

## 《論 説》

## 定期金負担物の滅失

—学説・教皇令・実務— (3・完)

藤 田 貴 宏

## IX

人的定期金が許容されるとの前提が一旦確立されると、定期金負担物を抵当に類比することの意味合いにも当然変化が生じる。コバルビアスは、定期金負担物の存続や有無に左右されない債務を定期金設定者が負うこと、つまり、人的定期金が有効であることそれ自体を論証するために、物的定期金に抵当を読み込んだ。これに対して、ソリスのように、人的定期金許容論を前提に、「金銭により年単位で支払われるべき一定の定期給付の権利を一方が売却し他方が購入する *unus vendit, et alter emit ius certi redditus singulis annis solvendi in pecunia*」契約として、「定期金契約 *contractus censualis*」を定義してしまえば（『定期金注解』第1巻第4章「定期金とは何か *quid sit census*」第8番）<sup>1)</sup>、特定の不動産に設定された定期金が売買される場合、その契約が当該不動産との関係で如何なる効力をもたらすのかが、正面から問われることになる。ソリスにとって、抵当類比論はこの問いに答えるものでもあった。

物的定期金が売却されても定期金負担物の「所有権 *dominium*」は買主に移転しないという点については、ソリスの言う通り、「名声と権威のある著述家のほとんど全て *fere omnes scriptores nominis et auctoritatis*」が一致する（同章第2番）<sup>2)</sup>。しかし、そのような売買から「永続的に年賦金の弁済を地所に負

---

1) *Commentarii de censibus*, 51r.

2) *Commentarii de censibus*, 45.v.-46.v.同章第1番では、「債権者は、定期金に服する物を買戻の特約付きで購入し、直ちに、簡易の引渡の擬制によって債務者に永借地

担させる何らかの物的権利が生み出される*generari ius quoddam reale, quo perpetuo praedium tenetur ad praestationem pensionis annuae*』という点もまた否定し難いとされる(第3番)<sup>3)</sup>。それでは、定期金の売主が買主に対して負う定期金弁済の「人的債務*obligatio personalis*」と、定期金が設定された売主保有の土地の「物的負担*obligatio realis*」とはどのような関係に立つのであろうか。この点をソリスは、「定期金契約に保証人が加わり、期限の到来した定期金について永続的に訴求されるということは可能なのか*an in contractu censuali fidejussor possit intervenire, ita ut perpetuo conveniri possit pro*

---

として譲与する*creditor emit rem subiectam, et suppositam censui cum pacto de retrovendo, et statim fictione brevis manus eandem rem concedit debitori in emphyteusim*』と解し、物的定期金の売却を「永代賃借*emphyteusis*」の一種と捉える特異な説として、バルトロメ・デ・アルボルノスBartolomé de Albornoz(生没年不詳)の『契約要諦*Arte de los contractos*』(1573年)の第3巻第2章の内容が要約されている。この説によれば、物的定期金の売買では、売主から買主に「真正所有権*dominium directum*」が移転するとともに、買主から売主に永借権(準所有権*dominium utile*)が移転することになる。物的定期金における所有権移転を否定する第2番の議論は、アルボルノス説への反駁という文脈から引き出されている。

- 3) *Commentarii de censibus*, 46.v. 定期金売買から「何らかの物的権利*ius quoddam reale*」が生じる旨主張する論者として、ソリスは、アルボルノス、アスピルクエタ、サルミエント、サラザール、ロベス、ディエゴ・デ・シマンカスDiego de Simancas(1513-83年)、フワン・ヤニェス・パルアドリオJuan Yáñez Parladorio(生没年不詳)、アントニオ・デ・パディッラ・イ・メネセスAntonio de Padilla y Meneses(?-1580年)、グティエレス、ガルシア、アベンダーニョ、アントニオ・デ・ガマAntonio de Gamma(1520-95年)の名を特に挙げるとともに、「定期金は人的債務のみでは成立し得ないことをゆるぎない信念で擁護する神学者や教皇法論者全て*omnes theologi, et Pontificii authores, qui constanti animo defendunt, censum non posse sola obligatione personali consistere*」、つまり、人的定期金否定論者一般をここに含めている。彼等の所説は、アルボルノスを除き(前注2参照)、役権類比論として、後述の通り、第2巻第3章第21番、並びに、第3巻第4章第1番の二箇所再度言及されることになる。なお、役権類比論者の一人として言及されて然るべきヴァスの名はなぜか何れの箇所にも見当たらない。ヴァスの見解については「定期金負担物の滅失(1)」IIの261頁参照。

redditus decursis」問うことで検討している<sup>4)</sup>。「保証人fidejussor」が売買に加わる場合、売主の保証人であれば、目的物の引渡を担保することになるから、目的物が滅失してしまえば、売主の債務は消滅し、保証自体も失効するはずである。ところが、定期金売買の場合、定期金が特定の不動産に設定されたとしても、売主が負うのはあくまで定期金の弁済義務であり、保証人も、定期金負担物の引渡ではなく、売主の定期金債務を担保するにすぎない。また、人的定期金許容論に与する限り、定期金負担物滅失後の定期金債務の存続は自明の理であり、保証人の債務は、定期金負担物が失われても、売主の定期金債務と共に存続する。定期金の売主の「人的債務」は、自ら保有する土地の「物的負担」と並存しつつ、本来、定期金負担物の存続とは無関係に保証可能な「主たる債務*principalis obligatio*」として、定期金が買い戻されない限り、永続するというわけである。以上から、ソリスは、「定期金契約が主として人的であり副次的に物的である *contractum censiticum principaliter esse personalem, et secundario realem*」との結論を導いている(同章第4番)<sup>5)</sup>。

たとえ副次的であるにせよ「定期金契約*contractus censiticus*」が定期金の買主に「何らかの物的権利*ius quoddam reale*」をもたらすとすれば、それは一体如何なる権利なのか。「定期金における抵当*De hypotheca in censu*」と題された『定期金注解』第3巻第4章の冒頭で、ソリスは、「年定期金の負担を課された物が単なる抵当の代わりであるのか、それとも、それらの物に役権に準じた何らかの物的権利を定期金の設定がもたらし生じさせるのか*an res, quae annui redditus onere sunt affectae, sint loco solius hypothecae, an vero ius aliquod reale admodum servitutis in ipsis producat et operetur census*

4) この保証人の加入の可否の検討も、「定期金は擬制された永代賃借であり、永借物が破壊され滅失すれば、永借物に対する訴権も失われ消滅するから、永代賃借に保証人が加入するのは背理である*census est ficta quaedam emphyteisis, et repugnat in emphyteisi fidejussorem intervenire, quia destructa, et deperdita re emphyteitica consumitur perit, et extinguitur actio ad ipsam competens*」としたアルボルノス説(Commentarii de censibus, 45.r.)に対する反論を兼ねている。

5) Commentarii de censibus, 47.r.-v.

constitutio」を問いを立て、学説の対立に触れつつ、自らの立場を明らかにしている(第1番及び第2番)<sup>6)</sup>。役権類比論者としてそこで言及されているのは、順に、フォール、ギョーム・デュランGuillaume Durand(?-1230年)、ロペス、シマンカス、アベンダーニョ、パディッラ、パルラドリオ、アスピルクエタである。この内、フォールは、「土地の提供は単なる抵当の代わりではなく、別のより広範で強力な効果をもたらす*fundi suppositionem non esse loco solius hypothecae, sed sortiri diversum ampliorem et fortiorem effectum*」旨教示したとされる。しかし、そこに引用された法学提要第4巻第6章第7節注釈第34番には、<土地の上に*super fundo*>という文言で当該土地の収穫の定期給付を遺贈したり約束したりした場合、「約定無しに抵当が締結される*nuda cautione: contrahitur hypotheca*」とある<sup>7)</sup>。同注釈には、「約束者が<そしてこれのためにその物を供する>と述べる*promissor dicat: et pro hoc suppono talem rem*」ならば、「物的負担が締結されると私は解するだろう*crederem contrahi obligationem realem*」ともあるが<sup>8)</sup>、「<その土地から>や<あの土地について>という文言は、<あの土地の上に指定する>という文言とは違って、物的負担に相応しくない*verba haec: ex eo fundo, vel de illo fundo: non sunt ita apta ad obligationem realem, sicut illa: assigno super illo fundo*」との一節<sup>9)</sup>と合わせ読む限り、フォールの言う「物的負担*obligatio realis*」が抵当の趣旨であることは明らかである。また、デュランの『法の鏡*Speculum juris*』(13世紀後半)の第3部「永代賃借について*De emphyteusi*」では、「教会財産*res ecclesiae*」の永代賃借*emphyteusis*に関わる174に及ぶ論点が検討されており、ソリスが引用する箇所では、その第86番目として、「地代支払の遅滞を理由に目的物が没収されるというのは一般的に正しいのか*utrum sit generaliter verum, quod propter cessationem solutionis pensionis res incidat in commissum?*」が問われている(第109番)。デュランは、永代賃借の下で「所

6) *Commentarii de censibus*, 218.v.-219.r.

7) 「定期金負担物の減失(1)II」の265頁以下参照。

8) *In Institutiones commentarii*, 131.v.

9) *In Institutiones commentarii*, 132.r.

有権に基づき教会への地代の支払いが義務づけられている *debetur ecclesiae pensio tatione domini*」場合には、地代不払いによる永借地没収は自明であると上記問いに答えつつ、関連して、例えば、「遺言者が〈これだけを某教会に対して某土地の上に遺贈する〉と述べた *testator dixit, relinquo tantum tali ecclesiae super tali fundo*」ことで「教会が寄進を得ている *habet ecclesia ratione elemosynae*」ような場合には、「寄進 *elemosyna*」が期限付きであれば「目的物に負担は課されないと解される *res non videtur obligata*」が、遺言者が「〈永続的に提供される〉と述べていた *dixi, quod in perpetuum praestaretur*」ならば、「如何なる保有者であっても義務を負うことになる *quilibet possessor tenebitur*」と指摘している<sup>10)</sup>。そのように土地の上に永続的に設定された寄進を物的負担の一例と見なすことは可能であるとしても、教会への寄進をめぐる議論を、物的定期金の売買にそのまま当てはめ、買主の権利を役権に準える典拠に据えるのはやはり無理があろう<sup>11)</sup>。

残る人々は全て16世紀のスペイン及びポルトガルの論者である。具体的な典拠は、前述の『定期金注解』第1巻第4章第3番の参照が指示されているので、それに従い、各人の説くところを確認しておく。まず、ロペスは、『新たに注解を施された七部法典』第五部第8章第28条の文言〈地代のために〉注釈<sup>12)</sup>の一節で、「たとえ土地が売却されてはいなくとも、土地からの年定期金が購入

10) *Speculum iuris*, III, 132.v.引用は1577年リヨン刊のテキストによる。ただし、なお後注20も参照。

11) なお、デュランは、この箇所で、「用益権 *ususfructus*」の受遺者が、「賦役や租税 *stipendium vel tributum*」等の「諸負担 *onera*」と同様、目的物の「修繕 *refectio*」を負担するとの法文 (D.7.1.7.2. 流布版ではD.7.1.8.) を引用しているが、これは、寄進による教会の権利を用益権に準える趣旨ではなく、同法文の標準注釈にもある通り (*Digestum vetus, ad <ab eo>, 576, m.1551*年リヨン刊のテキストをによる)、用益権者の保有する「物に関して *ratione rei*」負担が生じるという点に着目したものと考えられる。

12) 既にふれた通り (『定期金負担物の減失 (2)』VIIIの299頁以下参照)、『定期金注解』第1巻第8章では、ロペスは不当にも人的定期金許容論者の一人に数えられていた。一貫性を欠くソリスの典拠引用には注意が必要である。

の代価と引き換えに売却され、そのような年定期金について契約されている以上、そこには土地に付着する物的権利が存する*licet fundus non sit venditus venduntur tamen reditus ex fundo pro ea summa qua emuntur et illi sunt super quibus contrahitur, et sic est ibi ius reale adhaerens fundo*」と指摘しているが<sup>13)</sup>、物的定期金の買主によって取得される「土地に付着する物的権利*ius reale adhaerens fundo*」が役権に相当するとまでは言っていない。次に、シウダ・ロドリーゴ司教であったシマンカスについては、『異端を予防し根絶するために絶対に欠かせないカトリック教本*De catholicis institutionibus liber ad praecavendas et extirpandas haereses admodum necessarius*』(1569年)<sup>14)</sup>の第9章「異端者の財産について*De bonis haereticorum*」第130番が引用されているが、そこには、「物に対する訴権は追及し得る物そのものが存する場合に認められるべきである*actiones in rem ibi esse censeantur, ubi res ipsae sunt, ad quas persequendas competunt*」とあり、その例として「質権、年賦金の権利、その他同種の権利*ius pignoris, ius annuae pensionis et alia eiusdem generis*」が挙示されているだけである<sup>15)</sup>。物的定期金の買主が物的訴権により

13) *Quinta partida, 49.r.*

14) バリャドリード高等法院の聴聞官在任時の1552年に同地で出版された『異端を予防し根絶するために必要な事項が整然かつ簡潔に論じられたカトリック提要*Institutiones catholicae quibus ordine ac brevitate diseritur quicquid ad praecavendas et extirpandas haereses necessarium est*』の改訂増補版。

15) *De catholicis institutionibus, 29.r.*引用は1569年コンプルテンセ刊のテキストによる。なお、1552年刊の初版(前注参照)の第9章第150番では、「教会に対する定期金を負担する異端者の財産は没収可能か*nunquid res haeretici, quae censum debet ecclesiae, confiscari possit*」につき検討されており、「当該財産の所有権はその異端者のもとに存していたし、それが定期金契約によって完全に移動してしまうわけではない*dominium illius rei erat penes ipsum haeticum: quod per contractum censualem non plene transfertur*」(文脈上、<non>を挿入して読む)ので、「教会に支払われるべき年賦金の権利を温存してもなお没収され得るものが残されている*relinquitur quod publicari potest, salvo iure pensionis ecclesiae praestandae*」とある(*Institutiones catholicae, 45.r.*)。シマンカスは、定期金受領の「権利*ius*」が元々「所有権*dominium*」

定期金負担物を追及し得ること以上の内容はここからは読み取れない。更に、アベンダーニョの『四十の解答集』の解答12第10番には、「定期金の設定によって定期金負担物に物的で特定の権利がもたらされる *per impositionem census causatur ius reale et speciale in re acensata*」とある<sup>16)</sup>。ただし、そこで想定されているのは、「特定の抵当権が目的物に留保されている *ius hypothecae specialis reservatur in re*」場面にすぎず、上述のフォールの所説も援用されている。

続いて、バリャドリッド高等法院の聴聞官を経て騎士団評議会 *Consejo de las Órdenes* の勅撰評議員に任じられたパディッラの『勅法彙纂 6 卷42章「信託遺贈について」注解 *In titulum de fideicommissis commentarius*』(1568年初版)の第6法文注釈では、同法文の「抵当に供された地所が遺贈もしくは信託遺贈によって遺された場合、相続人が請け戻さねばならない *praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta heres luere debet*」との原則の七つ目の例外として、「年定期金のように幾年にもわたって繰り返し発生する債務 *debitum quod quot annis renascitur puta annuo censu*」については、「常に受遺者が目的物の負担を取り除くべきである *semper tenetur legatarius rem luere*」と指摘されている(第11番)<sup>17)</sup>。その理由として、パディッラは、「年定期金はちょうど役権の一種に相当すると解される *annus census veluti servitus quaedam esse videatur*」と述べており、確かに、役権類比論の典拠としてふさわしい<sup>18)</sup>。また、バリャドリッドの弁護士であったパルラドリオも、コバル

---

の一部であったと解しているようである。

- 16) *Quadragesima responsa*, 25.v.つまり、アベンダーニョは役権類比論者ではなく抵当類比論者である。「定期金負担物の減失(1)II」の277頁参照。
- 17) *In titulum de fideicommissis commentarius*, 46.r.-v.引用は1568年マドリッド刊初版による。
- 18) パディッラは、ここで、ハプスブルク家統治下のネーデルラントのリューフェン大学で教えたガブリエル・ムダエウス *Gabriel Madaeus* (ハブリエル・ファン・デル・ミュイデン *van der Muyden*: 1500-1560年) の見解を引いている。ムダエウスは、『学説彙纂の諸章注解 *Commentarii ad titulos Digestorum*』(1563年初版)所収の第20巻第1章表題注釈第3番で、やはり、相続人が請戻し義務を負う抵当目的物の遺贈に

ピアスに献呈された『日常事件録*Rerum quotidianarum liber singularis*』（1573年初版）の第3章の中で、「年定期金がそのように土地の上に設定されると、抵当訴権がもたらされるだけではなく、地所自体に用益権に準じた何らかの物的権利が設定される*cum annus reditus sic super fundo imponitur, non tantum hypothecaria actio consuitur: sed etiam quodam ius reale ipsi praedio ususfructus instar imponitur*」と述べていて<sup>19)</sup>、「用益権*ususfructus*」、つまり、人的役権に物的定期金に準えているようである<sup>20)</sup>。ソリスが最後に名を挙げたアスピルクエタの『徴利注解』所収の定期金論については、引用箇所は明示されていない。同じく、アスピルクエタの『徴利注解』を引用したバルラドリオは、スペイン語による旧版から、「農場の上に設定される物的定期金*censo real, que sobre hazienda se constituyete*」について、「偶有性は実体なしに存在し得ず、当該定期金は地所との関係においてその偶有性のようなものである*el accidente no puede estar sin subjecto, y el censo para con la heredad en que esta puesto, es como un accidente suyo*」との一節（第83番）<sup>21)</sup>を、前述のロベスとシマンカスの所説と共にを引用しており<sup>22)</sup>、ソリスもこれを参照した可能

---

対置して、定期金負担物の遺贈について、「受遺者自身が負担を負う*ipse legetarius feret onus*」とし、それを「用益権者*usufructuarius*」の立場と同視している（*Commentarii, De pignoribus et hypothecis*, 1.引用は1563年リューフエン刊初版による）。ソリスはこのムダエウスの所説には言及していない（なお後注71参照）。

19) *Rerum quotidianarum liber singularis*, 116.引用は1573年バリャドリード刊初版による。

20) なお、バルラドリオは、「物的権利*ius reale*」について、「その時々地所の保有者に、たとえそれが特定承継人であっても、及ぶ*adversus unumquemque praedii possessorem transit, etiam si singularis sit successor*」と付言し、地所の第三保有者への効力に着目する趣旨で、前述のデュランとフォールの所説を参照している。ソリスがデュランとフォールを役権類比論者であるかのように扱ったのは、このバルラドリオによる引用の影響と考えられる。

21) *Comentario resolutorio*, 41.バルラドリオはこの一節を「年定期金は実体における偶有性のごとく地所に備わる*annuum reditum inesse praedio tanquam accidens in subiecto*」と言い換えている。

22) *Rerum quotidianarum liber singularis*, 117.



性が高い。いずれにせよ、ソリスがここに列挙した人々の内、役権類比論者の名に値するのはパディッラとパルラドリオのみということになる。

他方、ソリスは、物的定期金において「土地が単なる抵当の代わりとなる *solius hypotecae vice fundum gerere*」と主張する抵当類比論者として、ズメンハルト、フワン・デ・メディナ、メイジャー、コバルピナス、ソト、パラシオ<sup>23)</sup>の名を挙げて、自らもこちらの抵当類比論に与する旨あらためて明言している<sup>24)</sup>。抵当類比論の論拠としては、まず、定期給付の遺贈を担保する土地の

23) この内、最初の三人はコバルピナスが『問題解決集』第3巻第7章で人的定期金許容論者の先達として引用した者にすぎず、ズメンハルトとメディナの所説には抵当類比論と相容れない主張が含まれている(後述XI参照)。逆に、同じくコバルピナスによって引用された者でも、「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 *reditus ad hoc noviter constituti, super certis praediis, ad hoc sufficientibus et specialiter hypothecatis*」に言及したデュ・ムーラン(「物的定期金と抵当権」Iの注6)は何故か引用対象から外れている(『定期金注解』では「モリナエウス *Molinaeus*」の著書や名の引用が相当数見られるので、デュ・ムーランが禁書目録上の全著作禁止対象者であったこととは関りはない)。これに対して、ソトは、「定期金がその上に設定された財産は、売却物ではなく、売主の信用を強める質や抵当と見なされる *bona illa super quibus constituitur census, non tam rei venditae rationem habent quam pignoris atque hypotecae qua venditoris fides firmatur*」と明言しており(De iustitia et iure, 568.)、パラシオも定期金負担物を「抵当に供された土地 *fundus hypothecatus*」と称している(「定期金負担物の滅失(2)」VIIの278頁以下)。なお、ソトとメイジャーは、数度にわたる『問題解決集』の増補の機会に追加された論者であるが、同じく増補時に言及されていたオットマンの名はここには見当たらない。後注44参照。

24) ソリスは「折衷説 *media sententia*」にも言及しているが、特定の論者や典拠は示されていない。この説によれば、「定期金は、それが設定されている土地の偶有性であり、役権のような性質を有するが、年定期金の弁済のために特定のあるいは包括的に供される他の財産は抵当の法によって取り扱われる *fundus in quo census constituitur, census sit accidens et qualitas, ac velut servitus. Reliqua vero bona quae specialiter et generaliter redditus annui praestatione subijciuntur, iure hypotecae censeantur*」とされる(Commentarii de censibus, 218.v.)。

質入れを有効とする法文<sup>25)</sup>と、<土地の上に>との文言に黙示の質入れの効力を認めるバルトルスの同法文注釈が参照されているが、いずれの引用もコバルピアスに倣ったものである<sup>26)</sup>。また、「定期金契約contractus censualis」は「売買emptio et venditio」の一種であり、「売買が正当であるために保証人も質も抵当も不要であるvenditio ut sit iusta non exigit fidejussorem, pignus neque hypothecam」以上、物的定期金の売買において、「土地は、債務の単なる安全や担保のため、つまり、より確実に安全な弁済のために、定期金契約に追加されるのであるから、単純な抵当の役割を果たすfundum adjici contractui censuali pro sola tuitione et securitate debiti proque certiori et saniori solutione, ac proinde solius hypothecae loco esse」とも指摘されている<sup>27)</sup>。人的定期金それ自体の設定と売買を許容する立場からすれば、特定の不動産上に定期金を設定する可否かは、売買上の債務に担保を付すか否かという当事者の選択肢以上の意味を持たないというわけである。一方、役権類比論への反駁は省略されており、『定期金注解』第3巻第4章の残る主要部分は、後に見る通り、物的定期金を人的債務と抵当の組み合わせと捉えた場合の諸帰結の列挙敷衍に充てられている。

それでは、そもそも物的定期金を役権に類比できないのは一体なぜなのか。ソリスは、この点を、既に『定期金注解』の第2巻第3章「如何なる物に定期金は設定され得るのかIn quibus rebus census constitui valeat」の中で、「共有物に定期金は設定可能かan in re communi possit constitui census?」との問いを通じて論じていた(同章第21番及び第22番)<sup>28)</sup>。もし物的定期金が役権に相当するならば<sup>29)</sup>、「家屋の共有者の一人が役権を設定することはできないunus ex

25) D.33,1,9.

26) 「物的定期金と抵当権」IIの118頁以下参照。

27) Commentarii de censibus, 219.r.

28) Commentarii de censibus, 162.v.-164.v.

29) この箇所ではソリスが役権類比論の典拠として列挙しているのは、第3巻第4章でも引用されていたパディッラとパルラドリオの所説に加えて、サルミエントの『法解釈選集』第7巻第1章(第4番「今日締結されている定期金契約は、売主の人格

dominis communium aedium servitutem imponere non potest」との法文<sup>30)</sup>に

もまた義務づけられるとはいえ、物的権利を移転させ、そしてまた、それらの契約は、物を追求し永続的であるから、物的役権や用益権の売却に類似するとみるのがより正しい*verius est census contractus, qui hodie celebrantur ius reale transferre licet persona vendentis etiam obligetur et similes esse hos contractus venditioni servitutis realis, vel usus fructus cum rem sequantur, et perpetui sint* [Selectarum interpretationum liber septimus, 31.v.)、グティエレスの『助言集*Consilia*』(1587年初版)助言18(第77番「年定期金は物自体に付着する何らかの役権と解され、それ故、年定期金弁済の負担は受遺者に課せられる*census annus censetur quaedam servitus ipsi rei inhaerens, et sic legatario incumbit onus solvendi illos*」[*Consilia*, 72.v.]引用は1595年サラマンカ刊第二版による)、サラザールの『慣行並びに慣習法について』第11章(第12番「年賦払いは、質や抵当付きでの共有物の売買よりも、むしろ役権に近い*annua praestatio magis servituti adhaereat quam venditioni rei communis pignore vel hypothecae*」[*De usu et consuetudine*, 141.v.]なお並べて引用される第6番については本文参照)、ガマの『ポルトガル王国最高法院判決集*Decisiones supremi senatus regni Lusitaniae*』(1578年初版)判決145、である。ただし、最後の判決145において、ガマは、「某土地上に10かごの小麦を売却し、あるいは、その他これに類する仕方では何かを売却した者は、土地上に物的負担を設定することになり、売却後、10かごの小麦の買主は、その土地を購入した者に対して10かごの小麦を請求することができるのか*an is qui vendidit decem corbes frumenti super tali fundo, vel aliquo simili modo constituat obligationem realem in illo fundo, ipso vendito possit emptor illorum decem corbum frumenti contra eum qui fundum emit agere ad decem illos corbes frumenti*」との問いに、「可能と解すべし*dicendum est posse*」と答え、「年定期金の支払いのために土地に負担が課されている場合には常に、土地はその負担と共に移転し、何れの土地の保有者との関係でも訴権が付与される*ubicunque fundus pro annuo censu solvendo obligatur transit cum suo onere, et datur actio contra quemcunque fundi possessorem*」と敷衍してはいるが、そのような「訴権*actio*」は、役権ではなく、「この年定期金弁済の人的債務のために用意された抵当*hypotheca, quae huic obligationi personali solvendi annum redditum designatur*」によるものと解している(*Decisiones*, 125-126.引用は1597年バルセロナ刊のテキストによる)。

30) D.8,1,2. ソリスは他にD.8,3,11/ 34; 8,4,18も引用している。

従い、不動産の共有者の一人が単独で定期金を設定し売却することは許されない。実際に、そのように主張する論者として、ソリスは、特にサラザールの名を挙げている。「役権は、共有地に共有者一人一人によって設定可能であるとしても、最後の共有者が他の共有者に同意して初めて設定されたものと解される *servitus, licet separatim in fundo communi constitui possit: non dicitur constituta, donec ultimus dominiorum reliquis consenserit*」<sup>31)</sup> から、共有不動産への定期金設定も共有者全員の同意の下にのみ許されるというわけである(『慣行並びに慣習法について』第11章第6番)<sup>32)</sup>。

これに対して、ソリスは、役権を「物から物に対して負担される物的なもの *realis, quae a re rei debetur*」と「物から人に対して負担される人的なもの *personalis, quae a re personae debetur*」に大きく二分する観方<sup>33)</sup>を前提に、物的定期金が何れの役権にも類比不能であるとする。まず、「物的役権 *servitus realis*」との関係では、「定期金は地所とは無関係に創出され人格のみに設定され得る *censum posse creari abstractum a praedio, in solaque persona constitui*」との人的定期金許容論からすれば、定期金の売却にあたって、売主が「承役地 *praedium serviens*」に相当する定期金負担物を保有している必要はないし、特定の不動産に定期金を設定されたとしても、定期金負担物から便益を享受する「要役地 *praedium dominans*」が買主側に存するわけではない。「地所に付着する何らかの権利であり、要役地の利便を向上させ、承役地の自由を減少させる *ius quoddam praedio inhaerens, quod dominantis utilitatem aget,*

31) サラザールが引用するのはD.8,3,11. 同法文には、共有地上の役権の譲渡について、共有者全員の譲渡承認を得る前であっても、「先に譲渡した者等 *eos, qui antea cesserunt*」が譲受人に「譲渡された権利の享受を禁じることはできない *vetare uti cesso iure non posse*」とあり、「一人一人によって *separatim*」というのは、全共有者の承認完了前に許容される役権行使を想定した表現と解される。

32) *De usu et consuetudine*, 140r.

33) 「役権は、使用権や用益権のような人の役権であるか、あるいは、土地役権や建物役権のような物の役権である *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus fructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.*」(D.8,1,1.)

servientis libertatem minuit」との物的役権の定義は定期金に全く妥当しないのである。次に、「人的役権servitus personalis」との関係では、「用益権ususfructus」、「使用権usus」、「居住権habitatio」といったローマ法源上の人的役権の諸類型に対応するような物の用益の実態が、人的定期金にはもちろん、物的定期金にも欠けている。また、既存の諸類型を「制限limitatio」ではなく「例示demonstratio」の趣旨に捉え、他にも様々な人的役権を許容するとしても、物的定期金の買主が取得する権利をそのような特殊な人的役権の一例と見なすことはできない。というのも、「人的役権は、負担の提供先となる人が亡くなれば、消滅し終了するが、年定期金の権利は、相続人等に承継され、あるいは、家外者へと譲渡され得るので、最初の債権者が亡くなっても、買い戻されない限り、永続するservitutem personalem extinguere, et finire extincta persona cui debetur: at vero ius annui redditus transit ad haeredes, cedique in extraneum potest, et extincto primo creditore durat in perpetuum, quandiu redimatur」からである。

物的定期金を役権と見なすことに理由がないとすれば、「共有物に定期金は設定可能か」との問いも検討し直す必要がある。この点、まず、ソリスは、「共有地の持分communis praedii portio」が他の「共有者socius」のみならず「部外者extraneus」にも売却可能であることを前提とする法文<sup>34)</sup>と、「売買が認められるものは質入れも認められるquod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest」との法文<sup>35)</sup>の組み合わせ、あるいは、「共有持分portio」の質入れを許容する法文<sup>36)</sup>に基づき、「共有物res communis」の質入れ自体が可能であることを確認する。その上で、「先に引用された多くの極めて有力で叡智に満ちた論者autores plurimi gravissimi, sapientissimi relati superius」は「物は定期金において抵当の役割を担うと教示していたdocuerunt res in censu solius hypothecae vicem sustinere」と述べて、抵当類比論との接続を図っている。ここに言う「多くの極めて有力で叡智に満ちた論

34) C.4.52.3.

35) D.20.1.9.1.

36) C.8.21.1.

者 *autores plurimi gravissimi, sapientissimi*』とは、文脈上、『定期金注解』第1巻第8章「定期金の正当性の諸要件」第4番で列挙されたコバルピアスをはじめとする人的定期金許容論者<sup>37)</sup>を指す。共有物が買入れ可能であり、定期金負担物が定期金債務を担保する抵当に相当するならば、共有物への定期金設定もまた許容されて然るべきとソリスは考えるのである。

ある共有者が単独で共有不動産に定期金を設定できるといっても、売却される定期金の担保となり得るのは、その売主自身の共有持分にすぎない。そこで、ソリスは、この共有持分への設定という観点から、「共有物に質、抵当、年定期金が設定可能なのに、役権が設定され得ないのはなぜか *cur in re communi pignus, hypotheca, et ius annui redditus valeat constitui, non vero servitus imponi* ?」、あらためて検討している。第一に指摘されているのは、「役権の維持のためには人や自然の所為が不可欠である *in servitutis conservatione est necessarium factum hominis, vel naturae*」のに対して、「担保の維持には、設定された担保の他に、人間や自然の所為は要しない *ad conservationem obligationis nullum factum hominis vel naturae requiritur*」という点である<sup>38)</sup>。それがなぜ共有持分への設定可能性を左右するかと言えば、「そのような

37) 「定期金負担物の滅失(2)」VIIIの297頁以下参照。ただし、そこに挙げられた人的定期金許容論者の全てが定期金と抵当の関係に言及しているわけではなく、名指しされた中では、コバルピアス、マティエンソ(「定期金負担物の滅失(2)」VIIIの301頁)、パラシオがさしあたり該当者となろう。なお前述の『定期金注解』第3巻第4章の冒頭で役権類比論者に対置された人々もここに含まれる。

38) ソリスは、アンゲルス・デ・ウバルディス *Angelus de Ubaldis*(1327-1407?年) とパウルス・デ・カストロ *Paulus de Castro*(1360?-1441年) のD.8,1,2.注釈、ヤーソンのD.45,1,72,pr.注釈の他、同時代の典拠として、ジャン・ド・コラ *Jean de Coras*(1512-72年) の『学説彙纂8巻1章「役権について」注解 *Commentarii in rubricam Pandectae de servitutibus*』(1546年初版) のD.8,1,2.注釈も参照している。確かに、パウルの注釈には、「地役権の行使のためには土地という物体そのものにおける人や自然の所為が必要とされる *ad usum servitutis praedialis requiritur factum hominis, vel naturae in ipso corpore fundi*」との理由で共有持分への役権設定が否定されるとともに、「私が私の共有持分を売却したり担保に供したりできるのは、そのような権利

所為が部分としてもたらされることはあり得ず、土地全体が細部に至るまで共有されていることを考慮すれば、各共有者の持分に影響を及ぼす *illud factum non potest expediri pro parte, quin pars socii tangatur, considerato quod omnis fundi minima particula est communis* からとされる。第二に、「役権が不可分である *servitus est individua*」<sup>39)</sup> という点に照らしても、「共有地において共有者は自らの持分に役権を設定できない *in fundo communi socius non potest suae parti servitutum imponere*」ことになる<sup>40)</sup>。「他方で、このような理

---

の行使に人間や自然の所為を要しないからである *vendere, vel obligare partem meam ideo possum, quia non est necessarium factum hominis, vel naturae ad usum istius iuris*」とも明言されている (In primam Digesti veteris partem commentaria, 215.v.引用は1583年リオン刊のテキストによる)。これに対して、ヤーソンは、「所為 *factum*」の要否に言及することなく、「役権は熱した鉄で身体に刻まれた印のようなものである *servitus se habet ad modum characteris, qui imprimitur in corpore cum ferro ignito*」とのバルトルス説に従い、「共有者の一人が共有地に他人の別の土地のために役権を約束することはできない *unus sociorum non potest in fundo communi promittere servitutum alii fundo alterius*」と述べているにすぎず (In primam Digesti novi partem commentaria, 88.v.引用は1598年ヴェネツィア刊のテキストによる)、担保設定との対比も見られない。コラの注釈には、「設定された役権の便益は、権利だけから成るのではなく、所為を必要とし、それは、設定者の持分に収まらないどころか、共有者の持分に影響を及ぼし、ついには、その便益を減少させる *utilitas constitutae servitutis, non in solo iure consistit, sed factum desiderat, quod non potest in constituentis parte explicari, quin socii pars attingatur, eius denique utilitas diminuatur*」が、「購入、贈与、質入れからは所為なしに利益が取得される *ex emptione, donatione, aut pignoris obligatione, commodum sine facto quaeritur*」とあり (Commentarii, 47.引用は1548年リオン刊のテキストによる)、直接の引用は見られないものの、パウルスとほぼ同趣旨の見解といえる。

- 39) 「道路権、通行権、家畜荷車牽引権、引水権その他の役権のように分割を許容しない物に関する問答契約は分割されない *stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutum*」(D.45.1.72.pr.)。他にD.8.1.17.; 8.3.13.1.が引用されている。
- 40) 典拠として、フランソワ・ル・ドゥアラン François Le Douaren(1509-59年)の『学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」注解 *Commentarius in librum XLV.*

屈が、可分で一部の取得や設定も可能な質、抵当、年定期金に通用しないことに疑問の余地はないhaec autem ratio proculdubio cessat in pignore, hypotheca, et annuo reddito, quae dividua sunt, et pro parte adquiri, et imponi valent]とされる。第三に、有体物ではない共有持分に役権は設定できないとしたジャック・キュジャスJacques Cujas(1522-90年)の所説<sup>41)</sup>も援用されている。逆に、「質や抵当では有体物における権利は生じないius in corpore pignori, vel hypothecae non competit]」ので、「共有持分に設定され得るad partem

Pandectarum, titulo de verborum obligationibus] (1554年初版)の第72法文注釈(Opera omnia, 313-314.同法文冒頭に示された役権の不可分性の帰結の一つとして、「所有者の一人が共有地に役権を設定することはできないunus ex dominis servitutem fundo communi imponere potest]との命題が掲げられ、欄外にD.8,1,2とD.8,3,11が指示されている。引用は1558年リヨン刊の『今日まで出版済みの市民法に関する著作全集Opera omnia, quae in hunc usque diem edita extant in iure civili]所収のテキストによる)、フランソワ・コナンFrançois Connan(1508-51年)の『市民法注解全十卷前篇Commentaria iuris civilis] (1553年初版)の第4巻第9章第5番(「また役権の特徴は、分割することも、土地の一部に設定することもできないという点であるhoc item servitutis proprium est, quod dividi non potest, nec pro parte fundi constitui] Commentaria, 374.引用は1557年バーゼル刊のテキストによる)、ヴァコニオ・ヴァクナVaconio Vacuna(生没年不詳)の『市民法の新たな解明Novae declarationes iuris civilis] (1556年初版)の第5巻解明74第2番(「共有物は共有者全員に同時に帰属し、個々の共有者には帰属しないので、役権の設定は不可能であるres communis est omnium simul, et non singulorum, quamobrem servitus imponi non potest] Novae declarationes, 287.引用は1564年ヴェネツィア刊のテキストによる)、が引用されている。

- 41) 『アフリカヌス論補遺Ad Africanum reliqui tractatus] (1573年初版)所収の第六論考、学説彙纂8巻3章第32法文注釈に、「役権は有体物における権利である。共有持分という有体物は、潜んでいないし、そもそも存在してもおらず、ただそのようなものとして想定されている。それ故、共有持分に役権は設定され得ないServitus est ius in corpore. Partis nullum subest corpus: nec enim est, sed intelligitur. ad partem servitus constitui non potest]」との一節が見え(Ad Africanum, 6.引用は1573年リヨン刊初版による)、ソリスはこれをそのまま引き写している。



constitui valet」というわけである。定期金の買主が定期金負担物に取得する権利が「何らかの物的権利」であるとしても、それは、役権とは異なり、「人間や自然の所為factum hominis vel naturae」による目的物の用益とは関わりはなく、定期金負担物によって担保される定期金債権に応じて可分であるから、有体物ではない共有持分にも設定され得る。物的権利でありながらこれらの性質を備えるものこそ抵当に他ならない。人的定期金の許容性を導くために主張された抵当類比論が、ここでは、物的定期金の法的性質を解明する目的に転用されている。

## X

ソリスは、『旧著定期金注解への補遺Appendix ad priores commntarios de censibus』（1605年。以下『補遺』と略称）の中でも、物的定期金において「土地が単なる抵当の代わりにすぎないfundum esse dumtaxat loco solius hypothecae」という点を再度論じ敷衍している（『補遺』第1巻第1章第5番）。そこで、抵当類比論の典拠として新たに追加されているのは。順に、メルチオル・ペラーエス・デ・メレスMelchior Pelaez de Meres(生没年不詳)の『四巻にまとめられたスペインの家産信託並びに増価分に関する論考Tractatus majoratum et meliorationum Hispaniae in quatuor partes digestus』（1575年初版）、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）、アンドレーアス・ガイルAndreas Gail(1526-87年)の『帝室裁判所の事案解決並びに裁判手続に関する実務考察集全二卷Practicarum observationum tam ad processum iudicarium praesertim Imperialis Camerae, quam causarum decisiones pertinentium, libri duo』（1578年初版）、フランチェスコ・ボルサーティFrancesco Borsati(生没年不詳)の『助言解答集Consilia sive responsa』第2巻(1578年初版)、フランチェスコ・ミラネージFrancesco Milanese(?-1595年)の『シチリア王国裁判所の見事な判決集Aureae decisiones regiae curiae Regni Siciliae』（1596年初版）、ジョヴァンニ・ピエトロ・ソルディGiovanni Pietro Sordi(?-1598年)の『助言解答集

Consilia sive responsa』第2巻(1589年初版)、である<sup>42)</sup>。

グラナダ高等法院の弁護士であったメレスの上記著作第1部問題40には、確かに、「買戻し可能な年定期金は、主たる債務、つまり、弁済期の到来した定期金のために抵当に供された不動産上に設定されるannui reditus redimibiles constituentur super re immobili hipotecata, ad principale debitum, et ad census decursos」とある(第9番)<sup>43)</sup>。ただし、この点は、メレスにとって、「買戻し可能な定期金annui reditus redimibiles」それ自体が「不動産であり、そのようなものとして識別され見なされるべきであるsunt bona immobilia, et pro talibus sunt iudicandi, et habendi」ことを裏付ける理由の一つにすぎない。それどころか、メレスは、「このような定期金は不動産上に設定される場合に正当であるhi census tunc liciti sunt, quando constituuntur super bonis immobilibus」との見解に与する人的定期金否定論者であり、ソリスとは相容れない。これに対して、オットマンの上記著作第2巻第4章では、定期金負担物の滅失後の定期金債務の存続を肯定する議論の中で、定期金負担物が「抵当hypotheca」と見なされ、「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いないne solam debitoris fidem alia nulla hypotheca et cautione adhibita sequantur non interdicitur」と指摘されており<sup>44)</sup>、人的定期金許容論も含めて、ソリスの立場を先取りしている。

ガイルの上記著作から引用された考察7で抵当類比論に言及されるのは、第二版(1580年)以降であり<sup>45)</sup>、そこでは、「不特定の土地や物の上に締結された年定期金の購入も、特定の土地や物の上に締結された場合と同じく有効であり、それどころか、人的債務のみによっても設定され得るvalere emptionem annui census, tam supra incertis, quam certis fundis, et rebus contractam, adeoque

42) Appendix, 6引用は1605年マドリード刊初版による。

43) Tractatus majoratum, 154.r.-v.引用は1575年グラナダ刊初版による。

44) De usuris, 162引用は1551年リヨン刊初版による。なお、オットマンの所説は、コバルピアスの『問題解決集』の最終増補版(1583年サラゴサ版)でも引用されている(「物的定期金と抵当権」IVの153頁以下参照)。

45) 拙稿「定期金売買と教皇令」(獨協法学第117号)I参照。

sola obligatione personali constitui posse」との「一般慣習法 generalis consuetudo」が、ピウス5世の教勅に抗して、擁護されている(第13番)<sup>46)</sup>。その際に援用されたのが、「何らかの物の上への定期金設定からもたらされる抵当 *illa hypotheca, quae deducitur ex constitutione annui redditus supra realiqua*」についてのコバルピアスの所説であった。その一方で、物的定期金の売却後も「土地の所有者 *fundi dominus*」であり続ける「定期金の売主 *vendens redditum*」を、「自分の土地を通行する役権を売却する者 *vendens servitutum eundi per fundum suum*」に準える初版以来の主張(第8番から第10番)<sup>47)</sup>も温存されており、コバルピアス説への言及を根拠にガイルを抵当類比論者と見ることに疑問が残る。

ボルサーティ<sup>48)</sup>の助言からの引用箇所には、「ピウス5世の教勅以前、定期金は、個々の特定の明示された不動産だけではなく、不特定のもの、例えば、売主の総財産の上に購入され設定され得た *census ante bullam Pii quinti poterat emi, atque constitui, non solum super particularibus, certisque rebus, atque stabilibus distinctis, sed super incertis, puta omnibus bonis venditis in genere*」とあり、人的定期金許容論がその根拠として参照されている(助言214第9番)<sup>49)</sup>。そこには「抵当」等の文言は見当たらないが、コバルピアスやソリスが引用されていることもあり、ソリスはこの一節に抵当類比論への支持を読み取ったようである。しかし、ボルサーティの指摘は、教勅の効力の不遡及(第16条)を前提に、あくまで教勅発布以前に締結された定期金売買を想定したものにすぎない。人的定期金許容論と共に、「1452年に発布された教皇ニコ

46) *Practicae observationes*, editio secunda, 242-243. 引用は1580年ケルン刊のテキストによる。なお該当箇所の試訳は「定期金売買と教皇令」Iの注15参照。

47) *Practicae observationes*, editio secunda, 242.

48) 助言集の表題頁によれば、マントヴァを拠点に助言活動に従事したボルサーティは、「ラテラノ黄金拍車騎士 *equus auratus Lateranensis*」と「帝国宮中伯 *Imperialis aulae comes Palatinus*」の称号保持者であったようである。

49) *Consilia sive responsa*, 347. 引用は1578年ヴェネツィア刊初版による。なお <*venditis*> は <*venditoris*> と読む。

ラウス5世の勅令*constitutio Nicolai quinti Pontificis edita anno 1452.*」も援用されているが(助言214第10番)、後述の通り、ピウス5世の教勅発布の前後を問わず、抵当類比論を支持し、その典拠としてニコラウス5世の教勅を持ち出すソリスとの相違は明らかである。

スペイン統治下のシチリア王国で「王室財産裁判所の代訟官*Fisci patronus in tribunali regii patrimonii*」を務めたミラネージが編んだ上記判決集から引用された箇所(第2巻判決7の第43番から第45番)には、「何らかの徴収権が地所に設定される*constituitur aliquod ius percipiendi in praedio*」場合、「役権*servitus*」のような「物的権利*ius reale*」ではなく、「抵当と人的債務*hypotheca et obligatio personalis*」がもたらされるとある<sup>50)</sup>。ただし、この箇所は、ミラネージ自身の考察ではなく、カステイーリャ=アラゴン王カルロス1世(皇帝カール5世)の下で「アラゴン及びシチリアの最高顧問会の執政官*In supremo Aragoniae et Siciliae consilio regens*」を務めたロドヴィーコ・モンタルト*Lodovico Montalto*(?-1528?年)によるニコラウス5世の教勅の注釈<sup>51)</sup>からの抜粋であった。ニコラウス5世の教勅は、元来、アラゴン=シチリア王アルフォンソ5世の勅諭と共に当時の両シチリア王国を対象に発布されたものであり、少なくともシチリアではピウス5世の教勅発布後も効力を保っていた<sup>52)</sup>。上記の引用箇所は、このシチリア独自の定期金実務を敷衍したものにすぎない。

マントヴァ公国と同君連合の関係にあったモンフェッラート公国の首府カザーレの法律家ソルデイの上記助言集から引用された箇所には、「物を自然的にも市民的にも占有していない定期金の買主*emptor census, qui rem non possidet civiliter aut naturaliter*」について、「定期金負担物が明示的に担保に供されない限り、抵当ではなく人的訴権が付与される*non dari hypothecam,*

50) *Aureae decisiones*, 39.v.引用は1596年ヴェネツィア刊初版による。

51) なお、この一節は、ピエトロ・デ・グレゴリオ*Pietro de Gregorio*(1480?-1533年)の『定期金に関するニコラウス5世の教勅並びにアルボンスス王の勅諭の注解*Ad bullam apostolicam Nicolai V et regiam pragmaticam Alphonsi Regis*』(1601年初版)の第二版(1609年)以降に補遺として収録されたテキストには含まれていない。

52) 後述注65参照。

sed actionem personalem nisi expresse res censuaria sit obligata」が、「物それ自体の上に定期金が設定される場合には物が担保に供される dicitur res obligata, quando census constituitur super ipsa re」とある(助言162第9番及び第10番)<sup>53)</sup>。ただし、この箇所は、ソルディ自身の見解というよりは、そこに引用されたアイモーネ・クラヴェッタ Aymone Cravetta(1504-69年)の助言の一節(『助言集 Consilia』第2部助言217第4番)<sup>54)</sup>の祖述であり、ソルディ自身は、特定不動産への定期金設定を命じたピウス5世の教勅の効力を尊重している。ソルディが、「定期金弁済の主たる債務が人的債務であるのに対し、抵当は付従的に加わるにすぎない praecipua obligatio ad solutionem census personalis est, hypotheca autem venit accessorie」(助言162第12番)と考えた

53) Consilia sive responsa, II, 36.v. 助言162について「定期金売買と教皇令」III参照。

54) 「誰かが売主の物の上に年定期金を購入し、売主が年定期金の支払を約束し、当該年定期金のために特定の物を担保とし抵当に供した場合、全ての定期金は物が誰に移転されようとも物に及ぶが、年定期金のために土地が抵当に供されることなく、単に物に関して定期金が約束されただけで、その物の上への定期金の指定割当を欠く場合には、土地に及ぶことのない人的債務とされるであろうし、それが学説彙纂18巻1章最終法文の真の意味である quando quis emeret ab alio annuum censum super re venditoris et venditor promittit solvere annuum censum obligando et hypothecando rem certam pro ipso annuo censu et isto casu etiam omnis census sequitur rem quocunque vadat, si autem non esset hypothecatus fundus pro solutione annui census sed simpliciter promissus census occasione rei citra tamen assignationem ipsius census super ipsa re, diceretur obligatio personalis quae fundum sequeretur et istae est verus intellectus, legis finalis Digestis de contrahendo emptione」(Consilia, 21.r.引用は1566年ヴェネツィア刊のテキストによる。第1部収録の200件は1543年初版)。クラヴェッタが言及する法文(D.18,1,81,1=流布版D.18,1,88,1.)については「定期金負担物の減失(1)II」の注48参照。なお、ソルディは、クラヴェッタと助言と共に、エティエンヌ・ベルトラン Étienne Bertrand(1434?-1516年)の『助言解答集 Consilia sive responsa』(1531年初版)の第4巻助言20第5番及び第6番も引用しているが、こちらは、「永借物のために義務づけられた定期金 census pro re emphyteuticaria debitus)に関するものようである(Consilia sive responsa, IV, 34-35.引用は1603年フランクフルト刊のテキストによる)。

のは、コバルピアスのように人的定期金を正当化するためではなく、占有の欠如という点において定期金の買主を抵当権者に準えるためであった。人的定期金やピウス5世の教勅に対する各論者の評価にこだわらずに、定期金負担物を抵当と捉える部分にのみ着目して典拠を列挙するソリスの姿勢には、抵当類比論の果たす役割の変化が透けて見える。

以上のような学説上の新たな典拠に続いて、ソリスは、抵当類比説を裏付ける論拠を二つ挙げている<sup>55)</sup>。旧著『定期金注解』でも、既に見た通り、〈土地の上に〉という文言が黙示の抵当をもたらすとバルトルス以来の通説が物的定期金の売買にも当てはまること、そして、定期金契約が売買である以上、定期金負担物は売買に担保目的で追加される抵当と解する他ないことの二点が既に提示されていた(第3巻第4章第2番)。『補遺』でこれらに追加された一つの論拠は、「債務の本質obligationum substantia」に関する法文<sup>56)</sup>から引き出されている。その法文によれば、「債務の本質は、何らかの有体物や役権を〈我々のもの〉にするのではなく、〈我々に対して〉何かを与え、あるいは、為し、あるいは、履行すべく相手方に強いるところに存するobligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum」とされ、ソリスは、この理屈を物的定期金にも当てはめ、「土地上の定期金設定が、役権、所有権乃至準所有権といった物的権利をもたらすことはないredditus constitutionem in fundo non producere ius reale servitutis dominii vel quasi」とする<sup>57)</sup>。物的定期金の買主は売主に定期金の弁済を強いる

55) Appendix, 6.

56) D.44,7,3,pr.

57) 「前掲第4章でオットマヌスがこのような論法を用いているquo genere argumenti utitur Ottomanus dicto capito quarto」とある通り、ソリスは、オットマンの『利息について』第2巻第4章を参照したようである。定期金の売却を「通行権や家畜荷車牽引権のような土地の役権にたとえるservitutibus fundorum, ut actui, et itineri comparant」人々に従えば、定期金は「躯体ともいべき物に附着し、誰のもとに移転しても物に及ぶrei, ut ita dicam, visceribus inhaerent, et rem quocunque abest

ただだとすれば、定期金負担地はやはり「単なる抵当の地位や役割を担う solius hypothecae locum, vicemque subire」ものと解する他ないというわけである。

二つ目に追加されたのは、この消去法的な論法を更に裏付け得る「部分の枚挙 *partium enumeratio*」という常套論拠 *locus communis* であった<sup>58)</sup>。「物的権利全体が三つの形態に区分され、役権、あるいは、所有権や準所有権、あるいは、質や抵当<sup>59)</sup>」として存する *omne ius reale in tres formas distribuitur: aut enim*

---

*consequuntur*」とされるが、オットマンは次のように異論を唱えている。すなわち、「我々によって真正に偽りなく購入されるとはいえ我々のものとされるわけではない定期金 *reditus, qui quanvis a nobis vere et non simulate empti sunt, non tamen nostri esse diceuntur*」の訴求に当たっては、「<これは私の物であると主張する> *Hanc rem meam esse aio*」ではなく、「<あなたは私に与え為すべきであると主張する> *Aio te mihi dare facere oportere*」との「方式書 *formula*」が用いられるべきで、「ウルピアヌスが学説彙纂44巻7章第3法文でこの点を極めて明確に教示している *id quod apertissime Ulpianus docet in lege obligationum Digestis de actionibus et obligationibus*」というのである (De usuris, 160.)。同法文は、実際には、パウルスに由来するものであるが、オットマンによる誤記はソリスの所説にもそのまま取り込まれている。また、オットマンは、あくまで定期金の人的性質を強調する趣旨で同法文を引用しているにすぎず、ソリスのように抵当類比論の直接の論拠とみなしているわけではない。

- 58) Appendix, 6-7. この常套論拠の意義と用法について説く文献として、ソリスは、ニコラース・エフェラールツ Nicolaas Everaerts (1462-1532年) の『*Topicorum sive de locis legalibus liber* トピカすなわち法の論拠の書』(1516年初版)の論拠96 (「論拠<部分の枚挙により> *Locus a partium enumeratione*」)、クロード・シャンソネット Claude Chansonnette (クラウディウス・カンティウンクーラ *Claudius Cantiuuncula*: 1496-1549/60?年) の『トピカ *Topica*』(1520年初版)の論拠6「部分により *A partibus*」と論拠8「種により *A specie*」、ペドロ・ベレス・デ・ゲバラ *Pedro Vélez de Guevara* (1529-91年) の『マルクス・トゥッリウス・キケロのトピカ注解 *Marci Tullii Ciceronis topica notis explicata*』(1573年初版)第3節注釈第1番を挙げている。何れの典拠においても、物的権利の枚挙それぞれ自体が扱われているわけではない。
- 59) 抵当が物的権利の一つに当たるという点については、当時、抵当法の権威として広く読まれていたアントニオ・ネグサンティオ *Antonio Negusanzio* (1465-1528年) の

est ius servitutis, aut domini, aut quasi, vel hypothecae, vel pignoris」とすれば、物的定期金の買主が取得する「物的権利ius reale」は、枚挙された三つの何れかに当たるはずである。ところで、「定期金によって土地に生み出される権利ius ex censu productum in fundo」が、「地役権、人役権、混合役権のいずれでもないnon est ius servitutis praedialis, personalis, vel mixtae」こと、そして、「定期金負担物の所有権や準所有権が債権者に移転されないnec dominium, nec quasi dominium rei suppositae censui transferri, aut transfundi in creditorem」ことは、本稿でも既にふれた通り、ソリスの旧著『定期金注解』において論証済みであった（同書第2巻3章第21番及び第22番、第1巻第4章第2番）。従って、枚挙された物的権利の内、定期金の買主が取得するのは、「単なる抵当の権利であるほかないrelinquitur id ius esse solius hypothecae」ことになる<sup>60)</sup>。

---

『質及び抵当に関する論考De pignoribus et hypothecis tractatus』（1535年初版）が参照されている（第1編第3番「抵当は、物の上に設定されるが故に、物における権利、あるいは、物的権利と解され、債務者の人格ではなく物が義務づけられるので、物的訴権と称されるquia hypotheca constituitur super rebus, ideo dicitur ius in re, seu ius reale, vel actio realis: quia per illam non obligatur persona debitoris sed res」Tractatus, 2.r.引用は1549年リヨン刊のテキストによる）。

60) 以上のような常套論拠による推論の後に、ソリスは、抵当類比論の学説上の典拠として、もう一つ、マティエンソの『新スペイン法令集第五巻注解』を追加している。ただし、参照されたのは、人的定期金許容論の典拠として旧著『定期金注解』第1巻第8章で引用済みの新王国法集成第5巻第15章第1条の第1注釈（「定期金負担物の滅失(2)」VIIIの301頁参照）ではなく、同巻第11章第7条の第1注釈の一節である。そこには、「ペトルスがヨハネスに年金あるいは永続的な定期金を与えると約束し、それを特定の土地に設定した後、同ペトルスが土地をティティウスに売却した場合、ヨハネスがその土地を返還させたり、ペトルスの親族がその土地を取り戻したりできるのかPetrus promisit dare Ioanni annuam pensionem seu censum perpetuum, quem imposuit super certo fundo, demum idem Petrus vendidit fundum Titio, an illum possit Ioannes revocare, et an consanguineus Petri possit eum retrahere?」との問いについて、「売主自身の物の上に設定された年定期金の売却によって、買主に上級所有権は移転されず、支払の担保のために抵当乃至質入れが生じるだけなので、



常套論拠による推論で抵当類比論の消去法的な論証を締めくくったソリスは、更に、抵当類比論と調和する法令にも言及している<sup>61)</sup>。その一つは、新王国法集成第5巻第15章第3条であり、「定期金に供された物が全て登録される公簿が設けられるべきこと*Que se haga un libro, en el qual se registren todas las cosas, que se dieren à censo*」との見出しを付された同条の冒頭には、「家屋や土地に設定された定期金及び抵当*los censos e hypotecas que tienen las casas y heredades*」との言い回しが見える<sup>62)</sup>。ソリスによれば、「この王国法は、*<定期金>*と*<抵当>*という二つの文言を結びつけ組み合わせることで、定期金が現実的にも本来的にも抵当に相当する旨明確に教示している*lex illa regia coniunxit, et copulavit duo illa nomina, Censos e hipotecas, perspicue docuit censum esse hypothecam vere et proprie*」のだとされる。「本条は、公簿に記載されるべき定期金による抵当について定めており、登録される必要のない別種の抵当を対象としていない*ille textus solum loquitur de censualibus hypothecis, quas solum percipit in registro describi: nec complectitur alias hypothecas, quas necesse non est registrari*」から、「本条に挿入された文言*<抵当>*が別種の抵当を指している*verbum, Hipotecas, appositum in eo texto ad alias hypothecas, quam censuales, esse referendum*」とは解し得ず、定期金負担物としての「家屋や土地*las casas y heredades*」自体が抵当と見なされているというのである。

抵当類比論の法令上の典拠となり得るものとして、ソリスは、もう一つ、「ニ

---

返還や取戻は認められないと私は答える*respondeo revocationi vel retractui locum non esse, quandoquidem per venditionem annui redditus super re propria venditoris constituti, non transfertur in emptorem dominium directum, sed hypotheca dumtaxat, seu pignoratío pro securitate pensionis*」とある(Commentaria in librum quintum recollectionis, 349.r.)。ソリスには、「上級所有権*dominium directum*」の移転に「*抵当hypotheca*」や「*質入れpignoratío*」を対置するその論旨が、「部分の枚挙」による推論と調和するように見えたのであろう。

61) Appendix, 7.

62) Reconsolidacion de las leyes destes reynos, 345.v.

コラウス5世が定期金の創出方式に関して灯台<sup>63)</sup>の両側のシチリア王国のために発した追加教皇令*extravagans Nicolai quinti de forma creandi census edita pro Regnis Siciliae citra et ultra Farum*」を挙げている。ソリスが着目したのは、「物やその所有権の上に云々 *super rebus et proprietatibus suis et cetera*」、「契約当事者にとって望ましい担保や保全と共に *cum opportuna contrahentium securitate et tutiones*」、「全てあるいは個々の動産及び不動産を担保に供し供させる *omnia et singula mobilia et immobilia bona obligandi et obligari faciendi*」といった当教勅中の表現であり、定期金負担物が、所有権や役権の対象ではなく、定期金債務の担保と捉えられている点に、抵当類比論と相通じるものを見出したようである。しかし、当教勅では、「物やその所有権の上にそれらの価値や収益を当てに定期金を相互に締結し、売却し、購入する *censualia super rebus, et proprietatibus suis, a facultatibus, et emolumentis eorundem inter se contrahendi, vendendi, et emendi*」ことと、「当事者にとって望ましい担保、保全、補償 *opportuna contrahentium securitas, tuitio, et indemnitas*」、つまり、「売主の人格、所有権、収益、権利、裁判権、定期金、そして、全てあるいは個々の動産及び不動産を供し供させる *vendenetis personas, earumque proprietates, redditus, iura, iurisdictiones, census, ac omnia, et singula mobilia, et immobilia bona obligandi, et obligare faciendi*」こととが明確に区別され、定期金負担物とは別の担保の提供が想定されているのは文言上明らかである。

ところで、本稿でも既に検討した通り<sup>64)</sup>、ソリスは、このニコラウス5世の教勅を、旧著『定期金注解』でも、人的定期金許容論を裏付ける法令上の典拠の一つとして参照していた(第1巻第8章第7番)<sup>65)</sup>。その箇所では、当教勅が

63) シチリア島のメッシーナにあった灯台を指す。

64) 「定期金負担物の減失(2)」VIIIの307頁以下参照。

65) *Commentarii de censibus*, 89.r.-v. 試訳は「定期金負担物の減失(2)」VIIIの注135参照。なお、そこでは、ニコラウス5世の教皇在位から一世紀以上経た後に、ピウス5世に続いて教皇位に就いたグレゴリウス13世の教勅が、ニコラウス5世のものと共に、人的定期金許容論を裏付けるものとして引用されていたが、具体的な文言や

内容には特に言及はない。一方、『定期金注解』の第1巻第1章「定期金は万民法上の契約なのかAn census sit contractus iuris gentium」では、「定期金契約contractus censualis」それ自体の法令上の「起源origo」について概観されており（第18番）、これら三名の教皇の立法に対するソリスの態度を確認できる格好の一節でもあるので、以下に訳出しておく。

“当諸王国において、年定期金や定期金契約は古い起源を欠いており、七部法典、法廷書式集、その他昔の法令集に収録されたスペインの古法にこの定期金契約について言及するものはないというのがその理由である。他方、この契約について定められた最初の法律にあたるものが、ピリッパス1世の妻で無敵の皇帝カルロス5世の母にあたるヨアンナ女王によって1509年に発布されたトロ法の中に含まれていることは、バルトロマエウス・デ・アルボルノスの前掲書第3巻第2章109葉第1欄で指摘されている通りであり、この法律は当該法典では第68条にあたり、新王国法集成では第5巻第15章第1条にあたる。以上に対して、スペインの外では、マルティヌス5世とカリクストゥス3世の売買に関する追加教皇令から容易に導かれる通り、この契約はより古く、その内、マルティヌス5世のものは、コンスタンツ公会議[1414-18年]の頃、1423[→1425]年、カリクストゥス3世のものは1455年、教皇在位1年目の5月6日に、それぞれ定められたことは、これらの追加教皇令の署名から明白であり、かつてトレド大司教であったバルトロマエウス・デ・カランサ士によって著された『公会議要覧』でも言及されている。また、マウルス・アントニウス・ベラルドゥキウスも、『王国版告解者便覧』の「徴利について」で、定期金契約について、上記の追加教皇令の他に、ローマ教皇の立法が存する旨述べており、その一つは、教皇在位6年目の1452年9月30日に発せられたニコラウス5世の追加教皇令であり、それは、灯台のこちら側とあちら側のシチリア王国のための特別の教勅で、アラゴン、両シチリア、バレンシアの王アルポンス1世[1442年征服したナポリの王として。アラゴン、バレンシア、シチリアの王としてはアルフォンソ5世]の勅諭の定期金に関する章の中に挿入され、学識豊かなベトルス・フォッレリウス氏の注釈で解明されている。また別の追加教皇令を、永遠の賞賛を享受する至高の教皇ピウス5世が1569年に発しているが、その実務から日々発生していた様々な訴訟、争い、訴えについて、1585年にマドリードで開催されたコルテスで請願が為され、1587年1月8日の公布文書では、スペインの慣行上、受容されていない旨回答された。それ以降、私は本書を著述している本日、われらの主イエス・キリストの昇天日に至るまで、上記追加教皇令、すなわち、ピウス5世の自発教皇令は施行を命じられてはいない。定期金に関する更に別の追加教皇令を、グレゴリウス13

世が、我々の国王ピリッポス2世の求めに応じて、灯台のあちら側のシチリア王国のために1574年に発しており、マウルス・アントニウス・ベラルドゥキウスが、前掲『王国版告解者便覧』の「徴利について」の定期金契約に関わる287頁でこれにふれている。ところで、ローマ人の市民法上は、この契約は知られていなかったと解され、これは、サルミエントが『解釈選集』第7巻第1章第18番で教示している通りであり、そこには、上記追加教皇令以前は私人間では知られていなかったが、都市や君侯に対しては、勅法彙纂11巻58章及び4巻47章により、しばしば許容されていたとある。なお、この種の合意の注目すべき例が新勅法第160勅法に見出される旨、フランキスクス・オットマンがその『論考集』に収録された『利息に付いて』第2巻第4章239頁で述べている。他方、ヨアンナ女王によって制定されたトロ法第68条の後には、カロルス5世やピリッポス2世が定期金について幾つも法律を定め、それらは新王国法集成の第15章に収録されているし、アラゴン人における年定期金についてはアラゴン王国慣習法第4巻収録の法〔アルフォンソ5世の弟で、アラゴン、バレンシア、シチリアの各王位を継承したフワン2世による1461年の王令〕がある。”(Commentarii de censibus, 27.r-28.r.)。

この一節にある通り、ソリスは、グレゴリウス13世の教勅に関する情報を、マウロ・アントーニオ・ベラルドゥッチMauro Antonio Berarducci(生没年不詳)の『王国版告解者便覧Summa corona confessorum utilis』(1582年初版)から得たようである。そのベラルドゥッチによれば、同教勅は、「灯台の向こう側のシチリア王国Regnum Siciliae ultra farum」において、「ニコラウス5世の教勅の規定が、ピウス5世の教勅に妨げられることなく、維持されるべきであるservetur forma bullae Nicolai quinti, non obstante bulla Pii quinti」旨定めているとされ、ベラルドゥッチの地元である「ナポリ王国Regnum Neapolitanum」においても、「ピウス5世の教勅に定められた諸要件conditiones appositae in bulla Pii quinti」は「実務上受容されず、通用していないnon sint usu receptae, non tenent」ため、「上記ニコラウス5世の教勅が今日なお遵守されるべきbullae dicti Nicolai quinti hodie servanda est」とされる。このようにニコラウス5世の教勅がピウス5世の教勅発布以後も「両シチリア王国Regnum utriusque Siciliae」において通用し続けているとの認識の下、ベラルドゥッチは、「年定期金の購入時には、年定期金が設定され課される一つあるいは複数の特定の物の明示が求められ、その上で、現在及び将来の動産並びに不動産を含む総財産の包括的担保の提供が、単に追奪に関してだけでなく、定期金が設定された上記の別の物に加えてそれらの不足時に定期金について負担を課すためにも、可能となるin emptione annui census fiat mentio expressa alicuius rei certae, vel aliquarum

担保の一つとして例示したにすぎない「売主の人格 *vendentes personae*」という文言に、人的定期金を許容する意図を読み込む論証が試みられており、『補遺』における上記のような極めて疑わしい教勅解釈はその延長線上にある。しかも、『補遺』において、ソリスは、「我々の議論のより一層完全な理解に正に欠かせない *valde necessaria est ad nostrae disputationis perfectiorem cognitionem*」との理由で、ニコラウス5世の教勅の全文を収録している<sup>66)</sup>。ピウス5世の教勅もそれに続いてやはり全文が収録されているが<sup>67)</sup>、問題解明の便宜のため「付け加えてもよからう *libuit quoque adjicere*」という一言に象徴されている通り、両者の扱いの相違は明白である。ソリスがニコラウス5世の教勅にこだわったのは、おそらく、ピウス5世の教勅に代わる教皇法上の権威を、人的定期金許

---

*rerum certarum, super quibus constituitur, seu imponitur census annuus, deinde potest poni obligatio generalis mnum bonorum praesentium, et futurorum, mobiliium, et stabiliium, non solum ratione evictionis, sed ut etiam teneantur censui, ultra illas, alias res, super quibus census imponitur, et in defectu illarum*」とも述べている (Summa corona confessorum utilis, 291-292.引用は1582年ナポリ刊初版による)。ここでも、「年定期金が設定され課される一つあるいは複数の特定の物 *mentio expressa alicuius rei certae, vel aliquarum rerum certarum, super quibus constituitur, seu imponitur census annuus*」と、「現在及び将来の動産並びに不動産を含む総財産の包括的担保 *obligatio generalis mnum bonorum praesentium, et futurorum, mobiliium, et stabiliium*」とが区別されており、ソリスのように、ニコラウス5世の教勅に、人的定期金許容論や抵当類比論の裏付けを求めることにはやはり無理があろう。なお、ピウス5世は、教勅発布の翌年(1570年)に、「シチリア王国の港湾徴税長官」から照会された疑念に答える補充的な教勅を発布し、その中で、定期金負担物以外の抵当の追加を追奪担保目的に限定していたが(「定期金負担物の減失(1)」IIIの281頁以下参照)、ベラルドウッチの伝えるグレゴリウス13世の教勅は、これを否定し、ピウス5世の教勅発布以前の法、つまり、ニコラウス5世の教勅の効力回復を宣言する趣旨であったと解される。いずれにせよ、ソリスが人的定期金許容論や抵当類比論の関連でニコラウス5世やグレゴリウス13世の教勅に言及する場合、当教勅の局地的な性質は意図的に捨象されている。

66) Appendix, 13.v.-16.r.

67) Appendix, 16.r.-17.r.

容論や抵当類比論に確保しなかったからであろう。ローマ法源を巧みに操作する諸学説に王国法と教皇令上の典拠を加えることではじめて、ソリスは、「皇帝法、教皇法、王国法の何れにおいてであれ、抵当について定められた事柄は全て、定期金弁済の負担を課された土地に適用されねばならないomnia, quae in legibus Caesaris, Pontificiis, aut Regiis constituta sunt de hypotheca, accommodari debent fundo supposito census praestationi」と結論づけることができたのである。

それでは、定期金負担物を抵当と見なすことで一体如何なる帰結が導かれることになるのか。『定期金注解』第3巻第4章では、抵当類比論がもたらす帰結として、以下の五点が列挙されていた(第3番から第8番)<sup>68)</sup>。まず、指摘されているのは、「土地の提供が付加され附着し得るような人的債務が先行することなく、最初から何らかの土地に定期金が設定されることはあり得ないa principio non posse in aliquo fundo censum constitui, nisi praecesserit obligatio personalis, cui possit adjungi et adhaerere fundi suppositio」こと、「土地が滅失し破壊されたとしても、定期金徴収のための人的訴権は損なわれずに存続し得るperempto et destructo fundo manere potest integra personalis obligatio ad redditus percipiendos」こと、「年定期金弁済の負担が課された物の価値が元本や定期金それ自体よりも低いとしても、物そのものに欠けている分を債務者から人的訴権によって徴収できるetsi valor rerum annui redditus praestationi subjectarum inferior sit vel sorte principali vel pensionibus ipsis, exigi a debitore possit actione personali quod ex rebus ipsis defecerit」ことの三点である。コバルビアス説以来、人的定期金許容論の主たる論拠でもあった定期金負担物滅失後の定期金債務の存続をはじめ、これらは何れも、主たる債務たる定期金債務の存在を前提に追加される定期金負担物の抵当としての性質を端的に示すものと言える。

残る二点では定期金負担物が第三者の手に渡った場面が想定されている。一つは、第三保有者への追及の可否に関わる点である。債務者が自らの財産を抵

---

68) Commentarii de censibus, 219.r.-220.r.

当に供する旨の証書を債権者との間で交わしていたとしても、そのような「担保証書instrumentum guarentigium」自体には、抵当目的物の譲受人等の第三保所有者に対する執行力を認めず、「抵当の処分禁止の特約や条項pactum et clausula de non alienando hypothecam」が予め証書に挿入されていた場合のみ、第三保所有者への追及を許容するのが当時の実務であった<sup>69)</sup>。この実務に従えば、定期金契約においても、「処分禁止の条項や特約が付加されていない限り、担保証書があっても、定期金弁済の負担を課された物の第三保所有者に対する執行は許されないetiam ex instrumento guarentigio non admittatur neque procedat exsecutio contra tertium possessorem rei suppositae census praestationi, nisi adjecta fuerit clausula et pactum de non alienando」ことになる。ソリスは、「定期金証書instrumenta cesualia」に挿入されるべきこの処分禁止特約について、定期金の売主が買主に対して約束する「通俗的な形式vulgaris forma」ではなく、「公証人notarii」ならば用いるであろう形式、すなわち、「処分せず売却しない旨の絶対的かつ一般的な約束absoluta et generalis promissio de non alienando et vendendo」を推奨している。

もう一つは、定期金売却後に定期金負担物を第三者に譲渡した定期金の「設定者constituens」や「その相続人等eius haeredes」への弁済請求の可否についてである。定期金負担物が主たる定期金債務に担保として付加されるものすぎない以上、前者の処分は、滅失の場合と同じく、定期金債務の帰趨に影響を与えることはない。それ故、「年定期金の買主は、もし望むならば、土地の第三保所有者を無視し、設定者本人やその相続人等を、たとえ彼等が定期金負担物を保有していなくても年定期金について訴求できるposse annui redditus

---

69) 債務者から第三者の手に渡った財産に人的訴権は及ばない旨の法文(D.36.1.1.16.)について、当該財産が債権者のために「黙示乃至明示に担保に供されていなかったnon essent obligata tacite vel expresse」と説明するバルトルス(In secundam partem Infortiati commentaria, 414引用は1588年バーゼル刊のテキストによる)その他の注釈に加えて、処分禁止特約に関わる16世紀の文献が幾つか引用されている。その内、コバルビアスも参照したロドリゴ・スアレスRodrigo Suarezの所説については、「物の定期金と抵当権」IIIの144頁以下参照。

emptorem, si voluerit, omisso tertio fundi possessore agere ad annum redditum, adversus ipsum constituentem, eius haeredes, etsi non possideant rem super qua redditus fuerit constitutus」ことになる。この指摘も、ソリスの引用する通り、コバルピアスの所説を踏襲するものであった<sup>70)</sup>。

抵当類比論から以上のような諸帰結<sup>71)</sup>が引き出される一方で、「定期金の抵当*hypotheca censualis*」と通常の抵当との間には無視できない相違も残されているとされる(第9番)<sup>72)</sup>。というのも、通常の抵当であれば、「抵当訴権を

70) コバルピアス説について「物的定期金と抵当権」IIIの注49参照。なお、コバルピアス説では、第三保有者が定期金負担物を更に別の者に譲渡した場合には、定期金債務を免ぜられるとされていたのに対して、グティエレスは、人的定期金否定説に立ちつつも、そのような区別を不要と解していた(「定期金負担物の滅失(2)」VIIの285頁以下参照)。コバルピアス説と共にグティエレス説も引用するソリスが何れの立場に与するのかは、特に言及はなく不明である。

71) ソリスは、抵当類比論について再論敷衍した『補遺』の前述箇所(『定期金注解』第1巻第8章補遺)で、三つの帰結を追加している(第6番)。一つ目は、「遺言者が誰かに定期金負担物を遺贈した*testator legaverit alicui rem affectam onere census*」場合に「受遺者*legatarius*」ではなく「相続人*haeres*」が「定期金を償却し買い戻す義務を負う*teneatur luere et redimere censum*」という点であり、「定期金は一種の役権である*census velut servitus quaedam esse*」との理由で受遺者に定期金に関わる義務を負わせる見解、とりわけ、旧著で未検討であったムゲウスの所説への論駁が試みられている(Appendix, 7-10)。二つ目は、定期金負担物が負担について明示されることなく売却された場合に、「負担について最初知らず気づくこともなく事後に知った買主*emptor oneris inscius et ignatus a principio, postea conscius illius*」であっても、「契約の取消*rescindi contractum*」は許されず、「売主が定期金を自ら買い戻す旨申し出ることですりる*satisfaciat venditor offerens se censum redempturum*」という点である(Appendix, 10-11)。更に三つ目として、「定期金の債務者は担保証書を根拠に拘束収監され、年定期金弁済の負担を課された地所を放棄しても十分ではない*debitor census ex guarentigio instrumento incarceretur, nec satisfaciat dimittendo praedia supposita praestationi annui redditus*」という点も指摘されている(Appendix, 11-13)。定期金の売主やその相続人は、抵当たる定期金負担物の滅失時と同じく、その遺贈、売却、放棄の後も、定期金を買い戻さない限り、人的債務を負い続けるわけである。



行使された第三保所有者には未検索の抗弁の提起が許される *possessor tertius conventus hypothecaria possit opponere excussionis nondum actae exceptionem*」ところ、「年定期金の負担を課された土地の保所有者は、予めを検索がなくても、年定期金の弁済を訴求され得る *possessor praedii affecti onere annui redditus conveniri poterit ad eius solutionem etiam nulla excussione praemissa*」からである。定期金負担物の処分後もなお定期金弁済の人的債務を負い続ける定期金の売主への人的検索を経ずに、定期金負担物の第三保所有者への訴求が許されるとするこの理解もやはり、コバルビアスから受け継がれたものであった。「定期金の抵当」に見られるこの特殊性を、コバルビアスは、「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、その権利が土地の保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も当該定期金の弁済を強いられる *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 hunc reditum solvere*」という理由で正当化していた<sup>73)</sup>。しかし、この理由づけは、物的定期金を土地に付着し土地と共に移転する権利として捉える点で、役権類比論を想起させ、コバルビアス自身の主張する抵当類比論と相容れない印象を与える。そこで、ソリスは、物的定期金の設定が「他の全ての者に優先する抵当をもたらす *hypothecam inducit fortiorem omnibus aliis*」とのコバルビアスのもう一つの指摘に着目し、定期金の買主が取得する抵当を、嫁資を持参した妻や国庫に認められる黙示かつ特権化された包括的抵当と同列に位置づけている(第10番)<sup>74)</sup>。嫁資返還請求権のために夫の総財産上にその債権者全てに優先する黙示の抵当を有する妻が、夫への検索に先立って、夫の財産の第三保所有者に抵当訴権を行使できる<sup>75)</sup>のに準

72) *Commentarii de censibus*, 220.r.-v.

73) *Variae resolutiones*, 198.v.「物的定期金と抵当権」IIの126頁以下参照。

74) *Commentarii de censibus*, 220.v.

75) ソリスは幾つか典拠を挙げており、その一つ、ヤーソンの注釈(D.24.5.24.注釈第208番)によれば、第三保所有者への訴求に先立って主たる債務者や保証人への人的検

じて、定期金の買主もまた、売主（設定者）への検索を経ずに定期金負担物の第三保有者に抵当訴権を行使できるというのである。公証人の手になる「絶対的な処分禁止特約 *pactum absolutum de non alienando*」付きの「定期金証書 *instrumenta censualia*」に黙示の抵当の効力を認めること自体はもちろん可能であろう。しかし、定期金を嫁資や国庫<sup>76)</sup>と同等に優遇すべき政策的理由がそもそも存在するのかは疑わしい。ソリスは、コバルビアスの所説以外にも、第三保有者に対する未検索訴求を肯定する典拠を幾つも挙げてはいるが<sup>77)</sup>、定期

---

索を求める「最新つまり公撰集の法の規定 *dispositio iurium novissimorum et sic Authenticorum*」(C.8,14,2,24.の公撰集抜粋引用文 *Authentica*。「物的定期金と抵当権」IIの注34参照)は「嫁資の事案に妥当しない *non habebit locum in causa dotis*」ため、「妻は夫への検索に先立って外部の保有者を訴求できる *ante excussum maritum, mulier possit agere contra extraneos possessores*」とされる (In primam Infortiati partem commentaria, 35.引用は1588年ヴェネツィア刊のテキストによる)。ソリスはまた、バルドゥス・デ・バルトリニス *Baldus de Bartolinis* (バルドゥス・ノウェッルス *Novellus* : 1408-90年) の『嫁資について *De dote*』第8部特権38も引用しており、そこには、該当法文 (C.8,18,12.) の要約として、「嫁資自体の返還のための妻の抵当は、黙示ではあっても、抵当を有する者も含めて他の全ての債権者に優先する *hypotheca mulieris etiam tacita in ipsa dote restituenda praeferatur omnibus aliis creditoribus, etiam habentibus hypothecam*」とある (De dote tractatus, 169.引用は1569年リヨン刊『様々な市民法解釈者から集められた嫁資論 *De dote tractatus ex variis iuris civilis interpretibus decerpti*』所収のテキストによる)。同じ箇所はヤーソンの上記注釈でも参照されているので、第三保有者に対する未検索訴求を先取特権に関連づけるソリスの論法はヤーソンの注釈に着想を得たものと解される。

- 76) 「国庫が主たる債務者を検索せずに第三保有者に対して訴求できる *fiscus agere potest adversus tertios possessores non excuso debitore principale*」ことの典拠として三つの法文が引用されているが、それらは、「徴税請負 *conductio vectigalis*」に基づき国庫に債務を負っていた被相続人の財産の購入者ではなくむしろ相続人等が先に訴求されるべきとするもの (D.49,14,47,pr.)、亡き「都市参事会員 *decurio*」の都市に対する債務について相続人等が訴求されるに先立ち、参事会員職を継いだ息子への検索を求めるもの (C.10,31,1.)、同じく父から息子への都市参事会職の継承時になお存命の父に先立ち息子への検索を求めるもの (D.50,1,17,1.) であり、何れも第三者への未検索訴求を認めない趣旨と解される。

金の買主が妻や国庫に匹敵する「特権privilegium」を享受するなど主張するものは見当たらない。コバルビアスの抵当類比論が孕む難点は未解明のまま残されたのである。

77) コバルビアスの『問題解決集』第3巻第7章第6番の他、ギイ・パープGuy Pape (?-1477年)の『ドーフィネ高等法院判決集Decisiones parlamenti Delphinalis』(1490年初版)の問題42及び576、バルテルミ・ド・シャスヌーBarthélemy de Chasseneuz (1480-1541年)の『ブルゴーニュ公領慣習注解Commentaria in consuetudines Ducatus Burgundiae』(1517年初版)の第11章第6条注釈第2番、サラザールの『慣行並びに慣習法について』第11章第47番、ヴァスの『永借権問題集』問題32第14番、フォッレリオの『定期金実務』のアルフォンソ王勅諭の文言〈既判事項として〉注釈(ソリスは同注釈の第12、16、36番を指示するが、後述の通り、第三取得者への未検索執行について言及しているのは第13番)、グティエレスの『実務問題集』第2巻問題167第4番、ゴンサーロ・スアレス・デ・パスGonzalo Suárez de Paz(?-1590年)の『聖俗実務Praxis ecclesiasticae et secularis』(1583年初版)第1巻第4部第1章第39番、アルフォンソ・デ・アセベドAlfonso de Acevedo(1518-98年)の『新王国法集成第5巻を対象とするスペインの諸王令の市民法注解第三巻Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias constitutiones, quintum librum Novae Recopilationis complectens, tomus tertius』(1591年初版)の第15章第1条の文言〈自己の地所上に〉注釈、が引用されている。

この内、パープとシャスヌーのものは、コバルビアスの所説からの又引きであり、定期金負担物の第三保有者に対する訴求を、定期金売買の当事者間の処分禁止特約ではなく、第三保有者による「承認recognitio」や「更新renovatio」に基づくものと解している点にも注意が必要である(「物的定期金と抵当権」128頁以下参照)。サラザールも、コバルビアスと同様(ただし引用はない)、パープとシャスヌーの見解に与して、「定期金支払の負担を課された物そのものを訴求するに先立って、定期金設定者やその財産を予め検索する必要はないnon debere precedere excusionem personae imponentis censum: nec bonorum eius antequam perveniatur ad rem ipsam onere pensionis gravatam」と述べている(De usu et consuetudine, 150.v.)。これに対して、人的定期金否定論者で役権類比論者であるヴァスは、上記引用箇所でもコバルビアス説を批判的に紹介しているだけである(「定期金負担物の滅失(1)」IIの270頁以下参照)。

フォッレリオは、「判決の執行exequutio sententiae」において「第三者tertius」に

異議申立が許されていることとの対比で、「定期金契約では、定期金について、主たる債務者の財産への検索なしに、保有者が誰であれその人格と財産に対して執行が可能である *in contractu censuali pro censibus potest fieri exequutio absque discussione bonorum principalis debitoris, contra personas, et bona quorunq̄ue possessorum*」と述べている (*Praxis censualis*, 244.)。ただし、そのような「定期金の執行 *census exequutio*」の例外的扱いを特殊な抵当の効力として説明しているわけではない。

グティエレスは、上記引用箇所において、定期金負担物を将来譲渡する際に定期金の買主はその旨通知し買取の機会を与える義務を定期金の売主に課す「特約 *pactum*」の効力を認め、定期金の売主が無断で売却した場合には、定期金の買主は当該特約を根拠に定期金負担物をその譲受人から取り戻すことができると主張し、その理由として、フォールの法学提要第4巻第6章第7節注釈第34番（前述IX参照）に拠りつつ、「定期金に服する物に物的で特定の権利がもたらされる *causatur ius reale et speciale in re censui subjecta*」という点を挙げています。そこでは、同様の理由で物的定期金に「変則的な抵当 *hypotheca irregularis*」を読み込み、第三保有者に対する未検索訴求を認めたコバルビアスの所説も参照されており、「我々の論じている上記特約に関しても同様に解すべきで、特約を根拠に、そしてまた、定期金負担物に物的かつ特定の権利をもたらず特殊な抵当故に、定期金の買主は第三保有者から当該物を取り戻し得る *idem dicendum est respectu dicti pacti, de quo agimus, ut virtute ipsius et ratione hypothecae irregularis, quae ius reale et speciale constituit in re censui supposita, possit emptor census retrahere praedictam rem a tertio possessore*」とされる (*Practicae quaestiones*, 373.)。しかし、グティエレスは、定期金負担物の滅失や譲渡後も定期金設定者が定期金債務を負い続けるとの抵当類比論の根幹を共有した上でコバルビアス説を援用しているわけではない。本稿でも既に検討した通り、グティエレス自身は、人的定期金否定論者であり（「定期金負担物の滅失 (2)」VI及びVII参照）、役権類比論者であった（前注29参照）。抵当の効力としては本来説明困難な点であるからこそ、抵当類比論とは無縁のグティエレスにも無理なく援用できたのであろう。

デ・パスの著書からの引用箇所には、「特定の抵当に供された物について執行が申立てられる場合、相続人が複数存するとしても、当該物の保有者に対して全額について申し立て可能であろう *si executio petatur in ipsa re specialiter hypothecata, tunc fieri poterit contra eius possessorem in solidum, licet plures sint haeredes*」とあるだけで (*Praxis ecclesiasticae et secularis*, 87.v.引用は1583年サラマンカ刊初版

## XI

ソリスが抵当類比論を敷衍展開していた丁度同じ時期、コバルピアスの所説をあらためて批判する論者が現れる。その代表格と言えるのが、イエズス会士でエヴォラ大学(1559年創立)の神学筆頭教授 *primarius theologiae professor* を務めたルイス・デ・モリーナ Luis de Molina(1535-1600年)である。モリーナの『正義論第二卷「契約について」*De iustitia tomus secundus de contractibus*』(1597年初版)<sup>78)</sup>の第二論考第383論「証書定期金とは何か、そしてそれは、何種類存在するのか *Census consignativus quid, et quotuplex sit*」<sup>79)</sup>では、永借権のような「下級所有権 *dominium utile*」のみならず「上級所有権 *dominium directum*」を含めた不動産の完全な譲渡の際に譲渡人に定期金徴収権が留保される場合(「留保定期金 *census reservativus*」<sup>80)</sup>)とは逆に、所有権の移転を全く伴うことなく定期金徴収権のみが譲渡される場合について論じられている。

---

による)、定期金における抵当の特殊性と関連づける記述は見当たらない。最後に引用されたアセバドは、「定期金が設定され得るのは、人格ではなく、地所や不動産の上である *census constitui non posse super persona sed super haereditate et bonis immobilibus*」との前提に立った上で、「そのような物の上に設定された定期金は、物に付着し、物的負担に相当する *census super tali re constitutus est ei affixus, et est onus reale*」から、「物の保有者は検索なしに定期金について訴求され得る *possessor talis rei conveniri poterit ad census etiam nulla facta excussione*」と述べており(Commentaria iuris civilis, III, 358.v.引用は1591年サラマンカ刊初版による)、コバルピアスの抵当類比論の見られたような自家撞着は回避されている。

78) 同書は『契約に関する討論集 *Diputationes de contractibus*』との表題でも出版されており(1601年初版)、以下、本稿での引用もこちらのテキストに従う。

79) 全体の試訳は「ルイス・デ・モリーナの定期金類型論」(獨協法学第85号)参照。

80) 留保定期金については、討論381「定期金とは何か、並びに、留保定期金について *Census quid sit, et de reservativo censu*」の第2番以下で論じられている。同討論の試訳は「ルイス・デ・モリーナの定期金類型論」、留保定期金と永代賃借の概念区分については拙稿「定期金の概念と類型」(獨協法学第85号以下)をそれぞれ参照。

モリーナは、「定期金を譲渡する者の財産について証書が作成され設定され提供される *consignetur, constituatur, ac exhibeatur in rebus eius, qui illum concedit*」との理由で、そのような定期金を「証書定期金 *census consignativus*」と呼び、最も利用頻度の高い契約類型として、「定期金売買 *emptio et venditio census*」を考察対象に据えている（第1番及び第2番）<sup>81)</sup>。モリーナが着目するのは、「定期金 *census*」という概念が、所定の期限に繰り返し支払われる「金銭 *pecunia*」<sup>82)</sup> という趣旨で「質料的に *matelialiter*」用いられるだけでなく、そのように「期限ごとに弁済を受ける権利 *ius, ut a tempore in tempus solvantur*」という趣旨で「形相的に *formaliter*」も用いられる点である<sup>83)</sup>。定期金の売主側には、この「権利 *ius*」としての定期金と「関連するもの *correlateivum*」が存する。まず、「定期金を売却した者に属する物から毎年乃至毎月の支払を得る権利 *ius ad annuam aut menstruam, pensionem ex re alicuius, qui eum censum in illa vendidit*」にあたる「物的定期金 *census*

81) *Disputationes*, 343.引用は1601年ヴェネツィア刊初版による。

82) モリーナも、他の論者同様、金銭以外に「小麦 *triticum*」のような現物の定期給付を含めて議論している。

83) このような定期金概念における質料と形相、内容と形式の区別については、フワン・デ・メディナが『原状回復及び契約に関する書 *Codex de restitutione et contractibus*』（1546年初版）の中で（「定期金の設定について *De censibus quo ad eorum institutionem*」冒頭）、既に言及しており（「すなわち、定期金とは、果実、つまり、金銭を含め有用な何かを、定期金の設定対象として指示された物から收受する権利である。換言すれば、定期金の存する物から何らかの支払を得る権利にあたる。この場合、定期金は内容的にはなく形式的に捉えられており、内容的に捉えられた定期金とは、上記の物から受領される支払いそのものである *Est nam census ius percipiendi fructum, seu rem aliquam utilem, aut etiam pecniam, de re illa in qua dicitur census constitutus. Aut est ius percipiendi pensionem aliquam de re ipsa in qua est census. Et capitur hic census formaliter, non materialiter, nam materialiter sumptus, est ipsa pensio, quae ex praefata re percipitur*」*Codex de restitutione, cliiii. r.*引用は1546年アルカラ・デ・エナーレス刊初版による）、モリーナもこれに倣ったものと解される。

realis」の場合、売主側には、「三つの相関部分triplex partiale correlativum」、すなわち、「そのように義務づけられている限りにおいて支払われるべき物それ自体*res ipsa, quae debetur, quatenus ita debetur*」、それが義務づけられている原因であり、義務づけられたもののために課されている物の負担*obligatio rei, unde id debetur, quae pro eo debito est astricta*」、そのような物から定期金を支払うべき人の債務*obligatio hominis, qui census ex tali re debet*」が存する。これに対して、「定期金が単に人的である*census est mere personalis*」場合、定期金とは、「相手方が毎月乃至毎年の支払を為すよう求める権利*ius ut alius annuam aut menstruam pensionem solvat*」であり、売主側に存するのは、「二つの相関部分duplex partiale correlativum」すなわち、「そのように義務づけられている限りにおいて支払われるべき物*res, quae debetur, quatenus ita debetur*」と「それを履行すべき者の人的債務*personalis obligatio eius, qui illam debet*」である(第3番及び第4番)<sup>84)</sup>。以上によれば、定期金が物的であるか人的であるかは、それが「物的負担*obligatio realis*」と対応関係にあるか否かによって判別されることになる。

ただし、モリーナによれば、「単に人的ではない*non mere personalis*」定期金もあり得るとされる(第5番)<sup>85)</sup>。それは、「定期金のために、人に加えて何らかのものに負担が課されてはいるが、定期金がそこに義務づけられ、そこから弁済される物としてではなく、定期金とその弁済を担保する抵当として、負担が課されている*pro eo censu, ultra personam, est aliquid obligatum, non quidam tanquam res, in qua, et ex qua, debeatur, sed tanquam hypotheca ad census, illiusque solutionis, assecurationem*」ような場合である。この「抵当を伴う人的定期金*census personalis cum hypotheca*」は、「単純かつ絶対的に人的な定期金*census simpliciter et absolute personalis*」とは異なり、「物的負担」と対応関係にある。そこで問題となるのは、「物的定期金」と「抵当を伴う人的定期金」の異同である。モリーナは三つの点で両者を区別している(第6番)<sup>86)</sup>。

84) *Disputationes*, 343-344.

85) *Disputationes*, 344.

86) *Disputationes*, 344.

第一の相違点は目的物消滅時の定期金の帰趨に関わる。まず、物的定期金の場合、「定期金は、その物において義務づけられ、そして、その物から弁済されていたから、定期金が設定された物が失われると、定期金もまた消滅する *pereunte re, in qua erat collocatus, perit census; quia solum in illa, et ex illa, debebatur*」とされる。物的定期金の買主は、「物の所有者がその物において有するより大きな権利から、果実に関わるその権利の一部をその物において購入した *emerit in re illa partem iuris ad fructus ex maiori iure, quod in re illa dominus illius habebat*」以上、物の滅失によって定期金の売主が「より大きな権利 *ius maius*」を失えば、定期金として売却された「その権利の一部 *illa pars iuris*」も消滅せざるを得ない。これに対して、抵当を伴う人的定期金の場合、「定期金は、抵当にではなく、定期金の購入相手の人格に設定されているので、抵当が失われても定期金が消滅することはない *pereunte hypotheca, non perit census: quia census collocatus non erat in hypotheca, sed in persona eius, a quo census erat emptus*」とされる。「物が誰の手に渡ろうとも、定期金債務者に定期金を弁済できる財産が他にない場合に、そこから弁済されるべき担保 *assecuratio, ex qua census erat solvendus, ad cuiuscunque manus res illa deveniret, in eventu, quod debitor census non haberet alia bona unde posset solvere census*」として追加され提供されるのが抵当であるから、定期金売買後にその抵当が失われたところで、売主自身が負う人的定期金に影響はないというわけである。

第二の相違点は目的物譲渡後の定期金の帰趨に関わる。すなわち、物的定期金では、「定期金は、その物において義務づけられ、そして、その物から弁済されるから、定期金が設定される物の移転先となる者が定期金債務者となる *ille est debitor census, ad quem transit res, in qua census est collocatus: quia in illa, et ex illa, debetur*」が、抵当を伴う人的定期金では、「抵当が他人に移転しても、移転先となる者は定期金債務者とはならず、定期金の設定を受けた人とその相続人等が債務者である *transeunte hypotheca ad alium, is, ad quem transit, non est debitor census, sed debitor est persona, in qua census fuit collocatus, et haerees illius*」とされる。定期金債務と共に移転する定期金負担



物とは異なり、人的定期金に伴う抵当は、たとえ他人の手に渡っても、「定期金を支払うべき者が定期金の弁済について無資力となる場合に備えて、定期金の弁済のために負担を課された状態にあるにすぎない *solum manet obnoxia solutioni eius census in eventu, quod poersona, quae censum debet, impotens effecta sit ad census solutionem*」ので、「その者が財産を有し、それによって定期金が弁済され得る限りは、抵当よりも先にその者の財産について執行が為されねばならない *dum bona habet, unde solvi possit, prius fieri debet exequutio in bonis illius, quam in hypotheca*」ことになる。

第三の相違点は物的負担と定期金の対応の仕方に見られる。というのも、物的負担は、「物的定期金との関係では、当該定期金それ自体と定期金契約の本性故に対応する *censui reali respondet ex natura ipsiusmet census et contractus censualis*」のに対して、「抵当を伴う人的定期金との関係では、定期金や定期金契約によってではなく、定期金の一層の安全のために追加され、定期金契約の担保のために何らかの財産が抵当に供されるもう一つの契約に基づき対応する *censui personali cum hypotheca, non respondet vi census, ac vi censualis contractus, sed vi alterius contractus superadditi ad maiorem census secutitatem, quo bona aliqua in contractus censualis secutitatem hypothecatur*」からである。ここには、「定期金契約 *contractus censualis*」そのものから生じる物的負担と、当該契約に追加して締結される「もう一つの契約 *alter contractus*」によってもたらされる物的負担とを区別し、後者のみを「抵当 *hypotheca*」と捉えるモリーナの立場をはっきり見て取ることができる。

以上の通り、証書定期金を、物的負担との対応関係の有無や様相に応じて、物的定期金、「単純かつ絶対的に人的な定期金」、「抵当を伴う人的定期金」の三類型に整然と区別するモリーナからすれば、コバルビアスの所説は極めて奇異な主張であった。というのも、コバルビアスは、「物的定期金が確定された一つ乃至複数の地所に設定される場合、当該地所は抵当と見なされるにすぎないと断言している *affirmat, quando realis census in aliquo, aut in aliquibus praediis determinatis, collocatur, praedia illa solum habere rationem hypothecae*」からである。定期金が設定された地所が失われても、「地所減失

時に定期金も消滅するとの条件で定期金が設定される旨契約中に明記されていない限り、定期金が消滅することはなく、定期金の売主やその相続人等は定期金の弁済を義務づけられる*nisi expresse in contractu dicatur, ita in iilis collocari, ut, pereuntibus praediis, census pereat, non perire censum, sed venditorem census, haeredesque illius, teneri ad census solutionem*」とのコバルビアスの主張も、結局、定期金負担物と抵当の混同に由来する。つまり、定期金負担物を抵当と見なす誤謬から、定期金債務の帰趨に関わる更なる誤謬が生じているのである。

モリーナの見立てによれば、抵当類比論が抱える矛盾は、定期金負担物が「定期金の売主の相続人ではない第三保有者に移転される*transeant ad tertium possessorem, qui haeres venditoris census non sit*」場面において一層顕在化する(第7番)<sup>87)</sup>。定期金負担物が第三者に譲渡されれば、以後、その第三保有者が新たな「定期金債務者*debitor census*」となるから、元保有者がたとえ定期金の売主やその相続人であっても、以後生じる定期金について弁済を強いられることはない。仮に定期金売主が未払分につきなお人的に債務を負い続け、定期金負担物が第三者に譲渡された後も、当該未払分について物的負担が存続しているとしても、コバルビアスのように、前者の債務を主たる債務とみなし、物的定期金の買主が、定期金負担物の「第三保有者*tertius possessor*」を無視して、「定期金の最初の売主やその相続人に定期金の弁済を求めることができる*posse agere ad solutionem census adversus primum venditorem census et haeredes illius*」点で、抵当債権者と異ならないとか、「定期金の売主やその相続人*venditor census et haeredes illius*」へのそのような「検索*exequutio*」を経ずに、直ちに「第三保有者」への訴求を認められる点では、「他の抵当の諸法文*leges aliarum hypothecarum*」に服さない「非正規の抵当*hypotheca irregularis*」であるなどと主張する必要はないはずである。コバルビアスは、後者の未検索訴求が第三保有者の「先行債権者*priores creditores*」を害するとの疑念を念頭に、「何らかの地所への定期金の設定は、実際、他のあらゆる人々

---

87) *Disputationes*, 344-345.

に優越する抵当をもたらす *reditus constitutio super aliquo praedio hypothecam inducit, fortioerem quidem omnibus aliis*』と強弁した<sup>88)</sup>。しかし、問題はそのような抵当法の枠内で生じる矛盾ではなかった。「契約の方式にそれが示されているわけではなく、法の中に拠り所もない *neque id sonat forma contractus, neque ullum fundamentum habet in iure*」以上、定期金負担物を抵当と見なすこと自体がそもそも「誤りであり捏造である *falsum ac commentitium est*」とモリーナは考えるわけである。

モリーナは、自らの抵当類比論批判を裏付ける意図で、幾人かの論者に言及している(第8番前段)<sup>89)</sup>。まず紹介されているのはコバルビアス批判の先達であるヴァスの所説である。ヴァスは、既に本稿でも検討した通り<sup>90)</sup>、定期金負担物を抵当ではなく「役権 *servitus*」に類比することで物的定期金の特徴を説明しようとした。「役権の存する地所が滅失すれば、当該地所にいわば付着する役権も消滅し、また、地所が第三保有者に移転されると、役権は地所に随伴するため、当該役権を最初に与えた者やその相続人に対する役権に基づく訴権は、当該地所が追奪されない限り、付与されず、第三保有者に対する訴権のみが認められるところ、これとまったく同様の事態が物的定期金において生じる *sicut, pereunte praedio, in quo est servitus, perit servitus, quae illi erat quasi affixa, transeunteque praedio in tertium possessorem, servitus comitatur praedium, neque ulla actio ob servitutem competit adversus primum, qui illam concessit, aut haeredes illius, nisi forte praedium evincatur, sed actio solum competit adversus possessorem: ita res omnino habet in censu reali*」というのである。

ヴァスの役権類比説の要約に続いて、ズメンハルト、フワン・デ・メディナ、

---

88) *Variae resolutiones*, 198.v. この強力な効果を裏付けるのために、コバルビアスは、「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る *ius quoddam super ipso fundo constitui, tanquam onus ipsius fundi*」と述べて、抵当類比説の枠を自ら踏み越えてしまう。前述X末尾参照。

89) *Disputationes*, 345.

90) 「定期金負担物の滅失(1)」IIの261頁及び270頁以下参照。

ガブリエル・ビールGabriel Biel(?-1495年)、アスピルクエタの著作が列挙されている。以下、それらの著作からモリーナが引用する箇所を順に確認しておく。ズメンハルトは、『契約に関する七部作』の第4論考問題83結論12において、定期金負担物の「不毛sterilitas」が持続し収益が得られない場合、定期金負担物の減失とみなされ、定期金債務は免ぜられるとし、その理由として、「当該財産に設定された定期金*redditus in bonis illis constitutus*」は「物的権利*ius reale*」であり、「用益権と異ならない*non esse quam ususfructus*」旨指摘していた<sup>91)</sup>。これに対して、メディナの『原状回復及び契約に関する書』の末尾、「買戻可能な定期金について*de censu redimibili*」論じた箇所では、「定期金負担物が完全に減失する場合も含め如何なる事変に生じても*non obstante quocunque casu fortuito, etiam se res in qua census est institutus, omnino pereat*」定期金の弁済を義務づける旨の「特約*pactum*」は、「定期金契約の本性に反する*est contra naturam contractus consensualis*」が故に「不当*iniquum*」であるとされているが<sup>92)</sup>、物的定期金を役権や用益権に準える記述は見当たらない。とはいえ、両者が共に定期金負担物減失時の定期金債務の消滅を当然視している点は、コバルビアス批判という文脈において重大な意義を有していると考えられる。というのも、ズメンハルトとメディナは、コバルビアスに先んじて人的定期金を許容する一方で、労務の定期給付との類比によってこれを正当化しており<sup>93)</sup>、抵当との類比を介した定期金負担物減失後の定期金債務存続という理屈には頼っていないからである。人的定期金正当化のために必須ではないとすれば、コバルビアスのように物的定期金に敢えて抵当を読み込む必要もないことになる。

ズメンハルトと共に創立間もないテュービンゲン大学で神学を講じたビールの『命題集第四巻注解*Commentarius in quartum librum sententiarum*』（1574年初版）からは、定期金売買について扱う第15区別第12問が引用されている。そこには、「何らかの物に設定された定期金の購入においては、一般に購入物

91) *Tractatus de contractibus*, 424.

92) *Codex de restitutione*, clxxxii.r.

93) 「物的定期金と抵当権」I参照。

の危険が買主に移転するのと同じく、定期金の危険が買主に移転し、その結果、それが根づいている物の危険もまた移転するin emptione redditus constituti in re aliqua periculum redditus transit in eumentem: et per consequens rei, in qua fundatus est: transit in eumentem: sicut generaliter periculum rei emptae transit in emptorem」から、「物が失われれば定期金も消滅するsi perit res: perit et census」とあり、「一般に質の危険は債務者の負担となるgeneraliter periculum pignoris manet apud debitorem」こととの対比において、定期金負担物は「質ではないnon est pignus」とされている<sup>94)</sup>。つまり、モリーナは、役権類比論そのものの典拠としてではなく、むしろ、抵当類比論を否定する典拠としてピールの著書を挙げているのである。同様のことは、アスピルクエタの『徴利注解』からの引用箇所(増補版第76番及び第77番<sup>95)</sup>)についても言える。アスピルクエタは、「物的定期金census realis」の売買のみが認められる理由として、「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」との調和を強調する。仮に「人的定期金census personalis」が許容され「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い続けるpersona venditoris census, et alia bona ipsius ad eius solutionem obligata manerent」ことになれば、それは売買という形式によって「隠蔽された徴利usura palliata」にすぎない。「定期金の売主venditor census」は、「定期金が設定された地所が売主自身のものであるpraedium super quo imponitur census, est suum」こと、つまり、その「追奪evictio」について責任を負う一方<sup>96)</sup>、「地所が滅失しても地所の収益を弁済することについ

94) Commentarius in quartum librum sententiarum, 440引用は1574年ブリクセン刊初版による。

95) 「定期金負担物の滅失(1)」IIIの注90参照。

96) モリーナは、討論383第9番後段で、「定期金が設定された物が他の所有者等の手に渡った場合、定期金の売主やその相続人等に対する訴権が定期金の買主に付与されるというのは誤りであるesse falsum, transeuntibus rebus, super quas census est collocatus, ad alios possessores, actionem competere emptori census adversus

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*」のである。「売買の本性」を強調し、物的定期金を「受領済み代価の安全と定期金の弁済のための担保提供*obligatio securitatis pretii accepti, et solutionis census*」と捉えることを拒むアスピルクエタの態度は、ビールの所説の延長線上にある。

これらの引用文献からも見て取れるように、モリーナ自身の役権類比論へのこだわりは弱い。そもそもモリーナは、『正義論第一巻*De iustitia tomus primus*』（1593年初版）の第二論考考第11論「役権とは何か、そして、それは何種類存するのか*Quid et quotuplex sit servitus*」の中で、役権一般を、「物の実質を保ちつつ物について何かを行わせあるいは妨げることを求める物権に対応した他人物における状態もしくは消極的義務*habitus, passiva obligatio, in re aliena, respondens iuri in eadem re ad aliquid circa illam faciendum, aut impediendum salva illius substantia*」と定義していた。この定義に従えば、「不動産の上に設定された定期金の契約から生じる債務のように、物について何かを行わせるのではなく、物から何かを支払わせる義務*obligatio, quae non est ad aliquid in ea efficiendum, sed ut aliquid ex ea solvatur, ut obligatio, quae oritur ex censuali contractu super bono immobili collocato*」は「役権ではない*non est servitus*」ことになる<sup>97)</sup>。第383論では、第11論での結論を修正し、ズメンハルトのように「人的役権と同等もの*instar servitutis personalis*」と解する余地は認めてはいるが、「定期金契約が学説彙纂や勅法彙纂の市民法において認知されていなかった以上、この種の準役権について市民法に言及がなくても不思議ではない*quemadmodum censuali contractus abnitus non fuit iure civili Digestorum, aut Codicis; ita mirum non est, de hac quasi servitute*

---

*venditorem census, et haeredes illius*」こととの対比において、このアスピルクエタの所説に言及し、「定期金の売主やその相続人等*venditor census, et haeredes illius*」の追奪担保責任については、定期金負担物の譲渡後、譲渡相手のみならず、「定期金の保有者*possessor census*」つまり定期金の買主に対しても持続するとしている（*Disputationes*, 345.）。

97) *De iustitia*, I, 70-71.引用は1594年ヴェネツィア刊のテキストによる。

mentionem iure civili factam non fuisse」とされ、役権類比説に対する消極的態度に変わりはない。結局、モリーナは、ビールやアスピルクエタに倣って、定期金負担物滅失時に定期金自体が消滅すると解する根拠を「売買の本性」に求めている。「単に物的な定期金の売却は、定期金が設定された地所の権利の一部の売却に他ならない*venditio census mere realis non aliud est, quam venditio partis iuris praedii, in quo collocatur*」から、「物が失われれば、その物の権利の一部も失われる*pereunte re, perit pars iuris in ea*」というわけである(第8番中段)<sup>98)</sup>。

コバルビアスの抵当類比論に従えば、「目的物滅失時に人的債務が存続する旨全く明示されていなくても、黙示にそのように解されねばならない*quamvis minime expressum fuerit, quod perempta re, maneat obligatio personalis salva, nihilominus tacite id intelligendum est*」し、定期金負担物滅失時に定期金を消滅させるためには逆にその旨の特約が欠かせない<sup>99)</sup>。しかし、定期金負担物滅失時の定期金消滅が売買という「事物*res*」の「本性*natura*」に基づくとすれば、「契約に記載される必要は全くない*sane necesse non est exprimi in contractu*」ことになる。この点との関連で、モリーナは、普通追加教令集に「売買について*De emptione et venditione*」との表題で収録されたマルティヌス5世とカリクストゥス3世の教勅が<sup>98)</sup>、「定期金が設定された不動産が滅失しても、定期金の買主に代金取戻の訴権は付与されない*pereuntibus possessionibus, in quibus census erat constitutus, nullam competere actionem embtoribus census ad recuperationem pecuniae*」旨定めている点にも言及する(第8番後段)<sup>100)</sup>。定期金負担物滅失時の代価返還義務の要否とは異なり、「購入された定期金が、設定された地所とともに失われた*peribat census emptus una cum praediis, in quibus erat collocatus*」こと自体は、「事物の本性*natura rei*」上、当然であるから、そもそも特約は不要であったというのである。この推論も、アスピルクエタが『徴利注解』で既に提示していたものであった(増補版第74

98) *Disputationes*, 345.

99) *Variae resolutiones*, 198.v.「物的定期金と抵当権」IIの120頁以下参照。

100) *Disputationes*, 345.

番<sup>101)</sup>。逆に、「定期金負担物の全部又は一部が滅失したり不毛となったりした場合、定期金もそれに応じて消滅する *pereunte re, super quam census collocatur, aut infructuosa reddita, in totum. Aut in parte, census quoque pro rata perire*」旨定めたピウス5世の教勅（第10条）には、「事物の本性」が敢えて明文化されたことになる。

なお、この時期、役権類比論に与して抵当類比論を退ける論者も依然存在していた。例えば、モリーナと同じくイエズス会士でリューフエン大学で神学を講じたレオナルドゥス・レッシウス *Leonardus Lessius* (レナールト・レイス *Lenaert Leys* : 1554-1623年) がそうである。レッシウスは、『正義及び法その他の枢要徳に関する四卷 *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quartuor*』(1605年初版。以下『正義と法』と略称)の第2巻第22章「定期金乃至年賦金について *De censibus seu redditibus annuis*」第5問で、「永続的で買戻不可能な定期金の購入は、予想される支払額より低い代価であっても許される *emptio census realis perpetui et irredimibilis licita est minori pretio, quam sint pensiones speratae*」旨論じた際に、コバルビアスヤソトの抵当類比論に批判的に言及している(第35番<sup>102)</sup>)。コバルビアスヤソトによれば、定期金負担物は「定期金のための真正な抵当 *vera hypotheca pro censu*」とみなされ、「物が滅失しても、定期金は消滅しない *re perempta, non perire census*」とされた。これに対して、「他人の収益物から果実や支払を受領する権利 *ius percipiendi fructum vel pensionem ex re fructifera alterius*」としての「物的定期金 *census realis*」は、「例えば、他人の土地を通過したり、他人の土地で狩猟し、漁を為し、木の実を採集したりする権利等、他人の物に有する役権に相当する *se habet sicut ius servitutis, quod quis habet in re alterius, verbi gratia ius eundi per praedium alterius, venandi, piscandi colligendi glandes et similia*」から、「物が滅失すれば権利は消滅し、物が他人に移転すれば、その前主は義務から解放される *si res pereat, perit ius; si ad alium*

101) *Commentarius*, 25.r.「定期金負担物の滅失(1) IIIの288頁以下参照。

102) *De iustitia et iure*, 276.引用は1605年リューフエン刊初版による。



tranferatur, prior dominus omni obligatione solvitur」というのがレッシウスの理解である。たとえ「永続的で買戻し不可能perpetuus et irredimibilis」であるとの条件で物的定期金が購入され得るとしても、定期金負担物自体が減失すれば定期金は消滅すると解されねばならない。コバルピアスやソトのように「定期金負担物を定期金のための抵当と解することdicere rem subjectam censui esse hypothecam pro censu」は、物的定期金の存在意義の否定、つまり、「あらゆる定期金を人的にすることomnes census facere personales」に繋がるのである。また、レッシウスによれば、「買戻不可能な物的定期金census realis irredimibilis」の担保として定期金負担物とは別に「抵当hypotheca」が追加される場合、「定期金債務者が（定期金負担物が依然存続中に）弁済を怠るようなことがあれば、そこから弁済を得るべく抵当が売却され得るsi forte debitor census molit(re censui subjecta permanete salva)solvere pensiones, possit vendi hypotheca, ut ex ea solutio petatur」との利点はあるにせよ、定期金負担物が減失してしまえば定期金債務自体が消滅し、「当該抵当は無益に帰するhaec hypotheca nullum habebit usum」とされる（第36番）<sup>103)</sup>。そもそも物的定期金が「収益よりも低い代価で購入され得るemi potest minore pretio quam fructus」のは、「物的定期金が所有権に含まれる権利の一部にすぎずcensus realis nihil est aliud quam pars illius iuris, quod in dominio continetur」、「物の上に定期金を有することは、その物の所有権を有するよりも価値が小さいminus est habere censum super re, quam eius dominium」との理由による（第34番）<sup>104)</sup>。モリーナとは異なり、「売買の本性」への言及は見当たらないが<sup>105)</sup>、購入された物的定期金を定期金負担物上の「権利の一部pars iuris」と捉える以上、「物が失われれば、その物の権利の一部も失われる」のは当然であった。

103) De iustitia et iure, 276.この一節はソリスの言う「折衷説」（前注24）を想起させる。

104) De iustitia et iure, 276.

105) ただし、レッシウスは、マルティヌス5世、カリクストゥス3世、ピウス5世の各追加教皇令を引きつつ、定期金負担物減失による定期金消滅を「物的定期金に内在する要件conditio intrinseca censui reali」と位置づけている（第35番末尾）。

## XII

ところで、コバルビアスの『問題解決集』第3巻第7章では、例えば、「金貨10枚分の年定期金が三つの土地あるいは建物上に設定され、年定期金の買主と契約した当人でも、定期金を売却した者の相続人でもない複数の第三保有者へとそれらが移転した *annuus reditus decem aureorum constituatur super tribus praediis, aut domibus: quae quidem ad plures, et tertios possessores devenerint: qui nec conraxerunt cum emptore annui reditus, nec eius haeredes sint, qui illum vendiderit*」場合に、「買主は、何れの保有者からでも一括して年定期金の全額を請求できるのか、それとも、何れの保有者についても、按分の上、つまり、3分の1ずつか、あるいは、各土地の状態を考慮し精査した割合について、各保有者を裁判所に召喚すべきなのか *an emptor possit in solidum a quolibet possessore exigere integrum annum redditum, vel teneatur omnes possessores pro rata, in iudicium vocare: nempe quemlibet pro tertia parte tantum, aut pro ea, quae attenda, et inspecta conditione cuiuslibet praedii*」が問われていた。コバルビアスも述べる通り、通説によれば、「複数の物に抵当権を得ている債権者は、これらの複数の目的物保有者の誰に対しても債権全額について一括して訴求でき、全員を相手取るか、彼等一人一人に按分するかして、抵当訴権を裁判上行使すべく強いられることはない *creditorum, cui plures res fuerint iure hypothecae obligatae, posse adversus quemlibet ex pluribus earundem rerum possessoribus in solidum agere ad integram debiti solutionem, nec posse cogi contra omnes, actionem hypothecariam, aut contra eorum quemlibet pro rata deducere in iudicium*」とされる(第7番)<sup>106)</sup>。問題は「通常の抵当 *hypotheca regularis*」に関わるこの

106) “(7. 複数の目的物の複数の保有者の一人に対して全額について抵当訴権は提起され得るだろうか。) 続いて問題となるのは、金貨10枚分の年定期金が三つの土地あるいは建物上に設定され、年定期金の買主と契約した当人でも、定期金を売却した者の相続人でもない複数の第三保有者へとそれらが移転した場合にどうなるかという

点である。この場合、買主は、何れの保有者からでも一括して年定期金の全額を請求できるのか、それとも、何れも保有者について、一般に言われる通り、按分の上、つまり、3分の1ずつか、あるいは、各土地の状態を考慮し精査した割合について、各保有者を裁判所に召喚すべきなのか。後者のような事態が年定期金の負担について生じ得るのか。この点についてまず注意すべきは、複数の物に抵当権を得ている債権者が、これらの複数の目的物保有者の誰に対しても債権全額について一括して訴求でき、全員を相手取るか、彼等一人一人に按分するかして、抵当訴権を裁判上行使すべく強いられることはないという点である。その旨認めているのは、学説彙纂49卷14章「国庫の権利について」第47法文の標準注釈とバルトルスの注釈であり、その箇所では、保有者が相続人でもなく、人的訴権に服する者の承継人でもない場合でも、この点が正しいとされている。コルネリウス『助言集』第1巻助言135、ヨアンネス・フェッラリウス『実務必携』「抵当訴権に関する答弁書式」の文言<抗弁>注釈第24番、ヤーソンの法学提要第4巻第6章「訴権について」第6節注釈第128番、アントニウス・ファネンシス『質論』第8編第1部第1章第50番も同旨である。マッタエウス・アプフリクティス『ナポリ王国勅令集注解』第1巻第17章注釈第26番もこの見解を法的に正しいと解している。彼等の支えとなるのは、抵当権が不可分であるという点である【学説彙纂21巻2章「追奪担保責任及び二倍額問答契約について」第65法文、同20巻1章「質及び抵当について」第17法文、バルドゥスの勅法彙纂8巻28章「質の売却について」第6法文注釈】。また、債権者が複数の目的物保有者を訴え、複数の者から別々に弁済を受領するのは、多大な不便と過大な費用負担を強いられることにもなる。しかし、ティヌスの前掲第47法文注釈、ヨアンネス・ファベルの前掲法学提要第4巻第6章第6節注釈第26番、カッサネウス『ブルゴーニュ慣習法注解』第5章第2条注釈第37番は反対の見解に与しており、この見解が公平である。この考えはナポリ王国においても遵守されている旨マッタエウス・アプフリクティスが前掲箇所第26番で述べている。前者の見解は前掲第47法文において全く証明されてはおらず、それどころかこちらの後者の見解の方が証明されている可能性が高い。というのも、この法文で法律家は、全ての占有者に対して訴求できる旨解答しており、そのような回答は、全ての占有者が占有する物に応じて、その比率と割合に従い、つまり、按分して訴求されるという趣旨に解され得るからである。更に、学説彙纂20巻5章「質及び抵当の売却について」第8法文や勅法彙纂8巻32章「債務者あるいは債権者の相続人の一人乃至複数が債務の分担分を弁済しあるいは受領する場合」第1法文が妥当するのは、債務者本人か、その相続人の誰かが、担保目的物の全てやそのどれかを有している場合である。というのも、この場合、

通説<sup>107)</sup>が、上記のような物的定期金の事例にも当てはまるのかどうかである。

この点、コバルビアスによれば、「三つの土地の上に金貨10枚分の年定期金が設定されたならば、年定期金の設定は、全体にはなく、性質と大きさに照らして各土地に相応しい割合についてのみ、その効力乃至効果を及ぼす

抵当訴権は、相続人の一人によって保有される目的物上に全額について行使でき、人的訴権のように分割が生じないからである。この点を見事に解明しているのは、ソキヌスの『助言集』第1巻助言75である。以上から次のように解する人々がいる。すなわち、抵当の負担を課されている目的物を保有し、債務者の相続人でもない複数の者が存する場合、債権者は、彼等の誰に対しても全額について抵当訴権を行使できるわけではなく、按分して、彼等の言うところでは、保有割合に応じて裁判所に召喚すべきである、と。彼等の見解が極めて公平であるのは確かである。にもかかわらず、最初の見解がより正しく、前掲第47法文の法律家の権威によって是認されている。なぜなら、単数による包括的表現は誰にでも全額請求できることを認めているからである【前掲第47法文の標準注釈、バルトルスの注釈、バルトルス、イモラ、その他諸博士の学説彙纂28巻5章「相続人指定について」第29法文注釈。また、観察者『法の鏡』「債務と弁済について」第1節第46番「同じく私の債務者云々」の行も同じ見解を採っており、この見解がむしろ通説である旨述べている】。(Variae resolutiones, 199.r.v.)

107) このような抵当目的物の保有者の一人に対する全額請求の許容は、コバルビアスの指摘する通り、徴税請負に基づく国庫の債権について、まず債務者の「相続人等 heredes」への人的検索を求め、然る後に「各保有者 possessor omnis」への抵当訴権の行使を認めた法文の標準注釈やバルトルスの注釈に由来する通説であった。アックルシウスは、文言 <possessorem omnem> について、保有者の「各人がそれぞれ義務づけられるように集団として collective: ut quisque viriliter teneatur」訴求されるとする見解を退け、抵当の不可分性を根拠に (C.8.28.6が引用されている)、保有者の「誰もが quemlibet」訴求され得るという趣旨に解した (Digestum novum, 1139, b引用は1551年リヨン刊のテキストによる)。バルトルスは、当法文で「複数形 pluralis numerus」の <omnes> ではなく「単数形 singularis numerus」の <omnis> が用いられている点を強調し、「財産保有者が複数存する plures sunt possessores bonorum」場合も、標準注釈同様、「債権者は誰でも望む相手を選択できる creditor possit eligere quemlibet quem vult」としている (In secundam partem Digesti novi commentaria, 633引用は1588年バーゼル刊のテキストによる)。

constituto annuo reditu decem aureorum super tribus fundis: ea constitutio in vim et virtutem constitutionis annui redditus non sit in solidum: sed pro parte cuilibet fundo iuxta eius qualitatem et quantitatem competenti] から、「これら三つの地所が三人の別々の保有者の手に渡った場合、どの保有者も公平で正当な割合に応じて年定期金を弁済し、承諾乃至承認を為すべく強いられる si haec tria praedia ad tres eorum singularis possessores devenerint, quemlibet pro aequa, et iusta parte annui redditus cogendus erit eum solveere, et agnitionem ac recognitionem facere」とされる(第8番)<sup>108)</sup>。つまり、債権全

108) “(8. 複数の目的物上の定期金設定。どの保有者も全額義務づけられるのか。) しかしながら、何らかの土地上への年定期金の設定から導かれる抵当は、通常の抵当とは一部異なっている上、教皇法上のケンススの方式に則り交わされた契約に幾分似ており、あるいはまた、地租に倣って設定される。つまり、私のみるところ、三つの土地の上に金貨10枚分の年定期金が設定されたならば、年定期金の設定は、全体にはなく、性質と大きさに照らして各土地に相応しい割合についてのみ、その効力乃至効果を及ぼすものと解されるべきである。それ故、これら三つの地所が三人の別々の保有者の手に渡った場合、どの保有者も公平で正当な割合に応じて年定期金を弁済し、承諾乃至承認を為すべく強いられるのであって、決して全額についてではない。これは、ガイド・パバエ『ドーフィネ高等法院判決集』問題432 [第4番] やカッサネウスの『ブルゴーニュ慣習法注解』前掲第2条注釈第35番に従うもので、ルペッラヌス『法廷実務手引』第1巻第10章では別書3巻38章第6節が論拠とされ、パノルミタヌスの同節注釈第8番やアンカラヌスの同節注釈第13番もこの見解の裏付けとされることが多い。そういうわけで、解答されるべく提起された問題について、私は次のように考える。すなわち、年定期金設定の趣旨と法に照らせば、第三保有者が、債権者によって定期金の弁済や承認を強いられ、裁判所に召喚されるのは、割合的に、その者に保有される物へと分割を介して義務づけられる分に限られ、全額についてではない、と。この点は、ガイド・パバエ、カッサネウス、そして、ルペッラヌスの権威の下、定期金設定からもたらされる抵当は特殊であるとの理由で確認される。また、前掲第47法文の解釈に従い見出された公平さに照らして、それが通常の抵当にあたるのだとしても、この見解が認められるべきであろう。この見解は疑問視され、スペイン人の実務にもほとんど受容されておらず、それどころか、裁判官等の判決によってきわめて頻繁に反対の判断が下されていることも私は知って

額について任意の第三保有者に対する抵当訴権の行使を認める上記通説が妥当しないという点でも、「定期金設定からもたらされる抵当は特殊である *hypotheca deducta a constitutione redditus irregularis est*」というのである。この特殊性を裏付ける典拠として、コバルピアスは、パープの『ドーフィネ高等法院判決集』、シャスヌーの『ブルゴーニュ公領慣習注解』、ジャン・アンベールJean Imbert(1522?-99?年)の『慣習により律せられているフランスのほぼ全域に共通する裁判実務の手引全四卷 *Institutionum forensium Galliae pene totius, quae moribus regitur, communium libri quatuor*』(1535年初版)を挙げている。

パープによれば、抵当目的物の第三保有者が複数存していても任意の者に債権全額について訴求できるとした標準注釈やバルトルス以来の通説は、「ドーフィネ高等法院において遵守され、この地方に存する他の聖俗全ての法廷にお

---

いるが、私は動じない。というのも、別書3巻38章第6節の解決が、複数の教会に設定された定期金や年金に妥当し、そのような場合、ここでの問いに関しては、契約当事者の意思を根拠に、各教会が割合的にその負担に服することが求められている。そうであるとすれば、この点は、古い法が言及する本来の意味でのケンススにも妥当する。更に、買戻し可能な定期金においても、生じ得る事案やその状況が裁判官等にガイドの見解に従うよう促すであろう。

定期金の弁済のために、定期金が特定の設定された財産以外の定期金設定者の財産に包括的に設定されることが多い通常の抵当権が行使されたならば、前記第47法文に関するバルトルスの見解に従い、物の第三保有者の誰に対しても全額の請求ができる。然るに、定期金設定者の相続人等の一人が、定期金の設定された財産のどれかを保有している場合は、全額ではなく割合的にのみ、年定期金の承認と弁済が訴求されるべきである。というのも、この場合、単純に抵当訴権で訴えられているのではなく、物への定期金の設定と指定割当故に訴えられており、そのような設定や指定割当は、割合的に分割して為されているからである。確かに、ルペッラヌスの前掲『裁判実務』第10章は、勅法彙纂8巻32章第1法文根拠に、この場合のように定期金設定者の相続人に対しては反対に解するのが法的正しいと解してはいるが、当該法文が妥当するのは通常の抵当訴権が行使される場合である。これに対して、我々がここで扱っているのは、先に既に指摘した通り、他の抵当と完全に一致しない抵当なのである。”(Variae resolutiones, 199.v.-200.r.)

いても同様である*servatur in curia parlamenti delphinalis et similiter in omnibus aliis curiis praesentis patriae tam spiritualibus, quam temporalibus*」一方で、「年金が複数の物の上に設定された場合はこの限りではなく *nisi esset annua pensio imposita super pluribus rebus*」、「何れの保有者に対しても按分して訴求されねばならない *debet agi contra quemlibet possessorem pro rata*」とされる(問題432第4番)<sup>109)</sup>。シャスヌーも、通説は「物が抵当に供されている単純な債権においては正しい *verum in debito simplici, ratione cuius res est hypothecata*」が、「年金乃至年定期金のために抵当に供された物については別である *secus est in re hypothecata pro annua pensione, vel redditibus annuis*」として、パープの所説に与している(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条注釈第35番)<sup>110)</sup>。これに対して、アンペールは、「複数の地所に同一の契約に基づき一定の貢租乃至地租が課されている *plura praedia certo vectigali solario seu fundario sint obligata ex uno eodemque contractu*」場合の「抵当訴権 *actio hypothecaria*」の行使について、「賃租 *census: cens*」として「封主や上級所有権者の承認のために納付される *in feudarii et directi domini agnitionem pendatur*」ならば、「個々の保有者に全額について請求できる *solidum a singulis possessoribus exigi*」が、「土地定期金 *renta fundiaria: rente foncière*」として支払われるならば、「何れも保有者も訴求され得るのは保有物に応じた分であって全額についてではない *unumquemque possessorem pro modo rerum possessarum, non autem in solidum*」とし、パープとシャスヌーの所説を典拠として引用する(第1巻第10章)<sup>111)</sup>。物的定期金、フランス風に

109) *Decisiones Gratianopolitanae*, 244.v.引用は1550年リヨン刊のテキストによる。

110) *Commentaria*, 208.r.引用は1543年リヨン刊のテキストによる。

111) *Institutiones forenses*, 26.引用は1541年パリ刊の第三版による。なお、アンペールは、按分訴求説に与する論者として、もう一人、ジョヴァンニ・ピエトロ・フェッラーリ *Giovanni Pietro Ferrari* (1400-99年) の名も挙げている。しかし、参照された『実務必携 *Practica*』(1476年初版)の「抵当訴権に関する答弁書式 *Forma responsionis libelli in actione hypothecaria*」の一節(文言<抗弁 *exceptionem*>)の注釈第24番)には、

言えば、特定不動産上の「設定定期金*rente constituée*」が、この時期、不動産の所有権移転と引渡を伴う「土地定期金」を仮装する方式で設定されていた経緯を踏まえるならば、定期金負担物の第三保所有者に対する抵当訴権の行使という次元で、両定期金（モリーナの用語法では証書定期金と留保定期金）の相違に拘る必要は確かにならう。

定期金負担物の保所有者の一人に対する抵当訴権の按分訴求を裏付ける法源として、パープ、シャスヌー、アンベールは揃って同じカノン法文<sup>112)</sup>を引用している。同法文は、司教から修道院に「永代賃借として*in emphyteusim*」教会が譲渡された事案に関するものではあったが、その後、カノン法学はこれを土地定期金乃至留保定期金と捉えるようになる<sup>113)</sup>。同法文において教皇インノケンティウス3世（在位1198-1216年）は、譲渡された教会の一つについて「所定の割合で*juxta ratam*」賃料を支払うべく命じており、パープ等はここに按分訴求の根拠を見出したのである。また、同法文では、教皇が何らかの特権の供与を契機に各教会から受領する「ケンスス*census*」についても言及されており、この種の<ケンスス>は、15世紀以降の追加教皇令において<ケンスス>が物的定期金の趣旨で用いられる以前から、教皇令集にもまとまった規定が置かれていた<sup>114)</sup>。「何らかの土地上への年定期金の設定から導かれる抵当は、通

---

「担保に供された物の複数の保所有者が抵当訴権で訴求される場合、複数の保証人と同様に分割の利益を享受するの*nunquid plures possessores rerum obligatarum conventi actione hypothecaria habeant beneficium divisionis, sicut plures fideiussores*」との問について、「質という原因は不可分である*causa pignoris individua est*」から「否と答えるべし*dic quod non*」とある（*Practica*, 399.引用は1557年リヨン刊のテキストによる）。他方、コバルビアスは、同じ箇所を、通常の抵当につき包括訴求を認めた典拠の一つとして、的確に引用している（前注106参照）。

112) X.3.36.6. 拙稿「定期金の概念と類型（4）」（獨協法学第89号）IVの注2参照。

113) 「定期金の概念と類型」IVの23頁以下参照。

114) <ケンスス>の語義や<レディトゥス>との使い分けについては、「定期金の概念と類型（1）」I及び「定期金負担物の滅失（1）」I参照。モリーナも、討論381第1番において、「何者かに対して、たとえそれが君主よりも下位の者であっても、臣従や寄進その他正当な理由から、毎年支払われるもの*quod annuatim praestatur alicui*,



常の抵当とは一部異なっている上、教皇法上のケンススの方式に則り交わされた契約に幾分似ており、あるいはまた、地租に倣って設定される *hypotheca, quae deducitur ex constitutione annui redditus super aliquo fundo, aliqua ex parte differt ab ordinariis hypothecis: et praeterea quodam modo similis est contractui, qui iuxta formam iuris Pontificii census constituebatur, et modo constituitur ad imitationem fundi vectigalis*」とのコバルビアスの指摘は、これらの経緯を意識したものであろう。按分訴求説が「スペイン人の実務にほとんど受容されていない *in praxi apud Hispanos rarissime receptam esse*」にもかかわらず、フランスの諸論者と共に同説に与したコバルビアスの拠り所は上記カノン法文とその注釈<sup>115)</sup>であった。上記カノン法文に示された按分訴求という「解決 *decisio*」は、「古い法が言及する本来の意味でのケンスス *proprius census, cuius vetera iura meminere*」や留保定期金のみならず、「買戻し可能な定期金 *census redimibilis*」にも妥当する。そのような理解が、今後、フランス<sup>116)</sup>のみならず自国の裁判実務にも浸透することをコバルビアスは期待して

---

*etiam inferiori a principe, ratione subjectionis, foundationis, aut alterius iustae causae*」という意味でのカノン法に特有の〈ケンスス〉の用法を、留保定期金や証書定期金としての用法の「起源 *ortus*」と見なしている (*Disputationes*, 338-339.)。

115) コバルビアスが引用しているのは、ニコラウス・デ・トゥデスキス *Nicolaus de Tudeschis* (「パレルモ大司教 *Archiepiscopus Panormitanus*」1386-1445年) の注釈第8番 (「ある賃料が複数の物に設定された場合、個々の物へと黙示に分割されたと解される *cum una pensio constituitur pro pluribus rebus tacite videtur distributa in singulares*」*Commentaria in tertium Decretalium librum*, 185. 引用は1539年リヨン刊のテキストによる) と、ペトルス・デ・アンカラノ *Petrus de Ancharano* (?-1416年) の注釈第13番 (「一定のケンススや賃料の弁済が複数の物について義務づけられている場合、当該賃料乃至ケンススはそれぞれの物に割合的に課されていると解される *cum debet fieri una solutio certi census, sive pensionis respectu plurium rerum: videtur dicta pensio, sive census concernere unam quamque rem pro rata*」*Super tertio Decretalium facundissima commentaria*, 400. 引用は1581年ポローニャ刊のテキストによる) である。

116) ポワトゥー地方のフォントネール＝コントの「弁護士 *causidicus*」であったアンベールは、「当ポワトゥー地方の法令 *statutum huius regionis Pictonicae*」(成文慣

いるのである。

アンペールによれば、定期金負担の約定の下に譲渡された土地の保有者に対する抵当訴権の按分行使が肯定されるのは、あくまで「第三保有者に対して行使された*adversus extraneos ageretur possessores*」場合であって、「当該約定の下に土地を取得した者やその相続人等の一人に対しては、たとえ土地の一部しか保有していなくても、一括して抵当訴権を行使し得る*contra eum qui hac pactione fundum acquisivit, aut unum ex eius haeredibus, licet partem fundi duntaxat possideat, hac in solidum actione hypothecaria posse agi*」とされる<sup>117)</sup>。これを物的定期金の売買の場面に当てはめるならば、複数の定期金負担物が設定当初から別々の者によって保有されていたり、売主が保有していた複数の定期金負担物がその後別々の相続人に承継されたりした場合、定期金負担物の保有者の一人に対する一括訴求が、通説に従い許容されることになる。ところが、コバルビアスは、「定期金設定者の相続人等の一人が、定期金の設定された財産のどれかを保有している場合*ex pluribus constituentis reditum haeredibus unus rem aliquam ex his, super quibus reditus fuit constitutus, possideat*」にも、「全額ではなく割合的にのみ年定期金の承認と弁済が訴求されるべきである*pro rata tantum non in solidum conveniendus is erit ad recognitionem, et solutionem annui reditus*」と主張し、アンペール説を退けている。複数の抵当目的物によって担保される債権自体は一つであるのに対して、物的定期金の場合、定期金自体が複数の不動産に分割して設定される。そのような「割当指定*assignatio*」故に、たとえ定期金の売主自身やその相続人であっても、その保有する不動産が負担する割合に限って弁済義務を負い、抵当訴権を行使され得る。コバルビアスは、物的定期金の設定がもたらす抵当の

---

習法)の下でも按分訴求説を支持できるとする一方で、「慣行や法にこの上なく精通した裁判官等*iudices usus iurisque peritissimi*」が「バリ高等法院の判決*arrestus Parisiensis curiae*」を後ろ盾に一括訴求説に与している旨指摘しており(*Institutiones forenses*, 26-27.)、当時のフランスの実務が決して一枚岩ではなかった様子が見取れる。

117) *Institutiones forenses*, 27.

特殊性を強調することで、任意の保有者に対する抵当訴権の一括行使を肯定する通説の適用を徹底して排除したのである。

当時のスペインの実務とも相容れないコバルピアスの特異な主張は、当然多くの反論を招いた。例えば、ヴァスは、「契約者の意思*mens contrahentium*」という観点から、コバルピアスの按分訴求説を退けている(『永借権問題集』問題32第15番)<sup>118)</sup>。すなわち、「この定期金設定の事案における全ての契約者の意思は、複数の地所が定期金に服している以上、買主に一層配慮すべきという点にあり、複数の地所から按分して請求すべく義務づけられるのでは、一部の弁済や徴収の不便は決して小さくないため、それは達成されないであろう *in hac materia constitutionis reddituum ea omnium contrahentium mens, esse videtur, cum plura praedia censui submittunt, ut melius prospiciatur emptori: quod non contingeret, si a pluribus teneretur pro rata exigere, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet*」というのである。役権類比論者であるヴァスは、ここで、「物的定期金の設定は抵当をもたさず、抵当権の法文には従わない *constitutio census realis non inducit hypothecam, nec leges hypothecarum sequitur*」ことに再度注意を促している。「各地所の保有者が個々に定期金全額について訴求される *cuiusque praedii possessor singularis in solidum pro censu possit conveniri*」ことの根拠を定期金売買の「契約者の意思」に求めたのは、定期金負担物を「抵当目的物 *res hypothecarum*」として捉えることを避け、抵当訴権に関する通説とも距離を置いたためでもあった。

また、イグナシオ・ラサルテ・イ・モリーナ *Ignacio Lasarte y Molina* (生没年不詳) の『売却及び交換の十分の一税、通称<アルカバラ>に関する一卷 *De decima venditionis et permutationis, quae Alcala nuncupatur, liber unus*』(1589年初版) では、「当該定期金について徴収すべき税が問題となる場合、定期金が設定された財産が様々な地域に存するため、各地に存する目的物に按分し性質や大きさに応じた定期金の割り当てを要する *cum de*

118) *Quaestiones iuris emphyteutici*, 195.v.-196.r.

adquirenda gabella illius census quaeritur, ut quia ea bona, super quibus constituitur, in diversis territoriis sint, necessaria est illa census distributio, quam pro rata et iuxta qualitatem quantitatemque rerum, quae in unoquoque territorio sint」とされ、コバルビアスの按分訴求説が参照されている(第10章「年定期金の設定から如何にして十分の一税は徴収されるのかQualiter ex annui reditus constitutione decima debeatur」第14番)<sup>119)</sup>。しかし、ここで論じられているのは、定期金負担物の保有者に対する定期金の請求や抵当訴権の行使ではなく、あくまで定期金売却時の税の徴収である。ラサルテは、スペインの「実務praxis」に即して、「各所在地で裁判所の資産調査により定まる定期金負担物の価値の十分の一を各徴税請負人が徴収するtantam partem illius decimae unusquisque gabellarius habeat, quantam rerum censui suppositarum in suo territorio esse constiterit per iudicalem omnium bonorum aestimationem」と述べるだけで、抵当訴権の按分行使について言及はない。それどころか、「何等かの定期給付が複数の財産上に金銭で設定され証書化される場合、当該財産が別の所有者や保有者に移転する可能性が高いが、各人は、たとえごく一部の物の所有者や所有者となとしても、定期金全額について義務づけられ、定期金を弁済し、あるいは、目的物を委付しなければならないcum census aliquis super multis bonis per pecuniam constituitur et consignatur, licet verissimum sit, quod si ea bona ad diversos dominos et possessores pervenerint, unusquisque etiam rei minimae possessor et dominus ad totum et integrum censum teneatur, eumque solvere, vel rei cedere debeat」とある。つまり、定期金負担物の委付を求める抵当訴権については、第三保有者が複数いる場合であっても、各人につき「定期金全額 totus et integer census」に及ぶ一括行使が当然視され、コバルビアス説は退けられているのである<sup>120)</sup>。

---

119) De decima venditionis, 96.r. 引用は1589年コンブルテンセ刊初版による。

120) なお、ラサルテによれば、売却税の課税対象となるのは「定期金のために特定の限定的に提供され負担を課された財産ea bona, quae specialiter limitateque sint censui supposita et obligata」に限られるとされる(第15番)。その理由として、「包

以上のヴァスとラサルテの所説を援用しつつ、コバルピアス説に一層徹底し

---

括的抵当よりも特定の抵当の方が強力であるspecialis hypotheca efficacior est, quam generalis」ことに加えて、「限定指定された特定の土地や不動産にのみ定期金は設定可能であり、そうでなければ定期金は不法で徴利にあたと見なされるとの諸博士の通説communis doctorum sententia, quae habet ut census constitui nequeat nisi super certis fundis et rebus immobilibus limitatis et destinatis, alias illicitus et usurarius censeatur」が「教皇ピウス5世の自発教皇令motu proprio Pii quinque Pontificis Maximi」によって「是認されたconfirmata est」ことが指摘されている(De decima venditionis, 96.r.v.)。ラサルテの著書が出版されたのは、カステイーリヤにおけるピウス5世の教勅適用を停止させた国王フェリペ2世の立法の後であり、上記主張は、一見、王国法に矛盾する印象を与える。しかし、ラサルテは、「定期金負担物の所在する場所で十分の一税が支払われるべきであるeo loci solvendam esse decimam census, quo res censuata sita sit」とする実務の正当性を敷衍した箇所(第20番)の末尾で、ピウス5世の自発教皇令について、「国王への請願がその遵守を停止していない限り、以上の問題に関して忌避されるべきではないin hac materia recedendum non est, nisi eius observantiam suspendat Regia supplicatio」と付言している(De decima venditionis, 99.r.)。つまり、特定の不動産に限定しない包括的な定期金の設定自体は、請願を受けた国王の立法によって許容されるにしても、「十分の一税decima」が特定された定期金負担物につきその所在地において納められるべきことの裏付けとしては、教勅はなお有効であるというわけである。ただし、ラサルテは、按分課税との関連で、「定期金の設定には包括的負担では不十分である以上、特定の財産の明示的な提供の他に包括的負担が付加されている場合であっても、定期金の訴求や担保のみならず、我々が論じている王国の十分の一税の按分のためにも役立つcum ad census constitutionem generalis bonorum obligatio insufficientis sit, quamvis ultra determinatam certorum bonorum suppositionem, addita illa fuerit, nihil operetur nec ad census scilicet persecutionem et securitatem, nec ad Regiae decimae divisionem, de qua agimus」とも述べていて(De decima venditionis, 96.v.)、「定期金の訴求や担保census persecutio et securitas」も含めて、包括的な定期金設定の効力を否定しているようにも見える。この一節は、恐らく、脱稿間際の立法に対処しきれずに、修正されないうまま残されたのであろう。同時期、グティエレスもまた、自らの考察の拠り所であった教勅の効力を慌てて否定する一文を付け加えていた(「定期金負担物の減失(2)」292頁以下参照)。

た批判を加えたのがモリーナであった。モリーナは、「物的定期金の設定を受けた物が別の所有者等の下に移転した場合 *transeuntibus rebus, super quas census realis est collocatus, ad alios possessores*」に「それらの物の一部を保有する各人に定期金全額を請求できない *non posse exigere integrum censum a quocunque possidente partem illarum rerum*」とするコバルビアスの主張は端的に「誤りである *falsum esse*」と断じている（討論383第9番）<sup>121)</sup>。そして、「その反対が正しく、スペインの人々に慣行上受容されている *contrarium esse verum, usuque in Hispaniis esse receptum*」のは、「それらの物の何れにも一括して定期金全体のために抵当のように負担が課されるというのが物的定期金契約を締結する人々の意思であったと解される *ea videtur fuisse mens celebrantium contractum census realis, ut scilicet unaquaeque earum rerum obligata esset pro toto censu more hypothecarum*」からだとされる。ここに見える「抵当のように *more hypothecarum*」との言い回しは、抵当類比論批判に矛盾するよう見えるが、一括請求の根拠は、抵当訴権をめぐる通説ではなく、あくまで「物的定期金契約を締結する人々の意思 *mens celebrantium contractum census realis*」である。ヴァスのように役権類比論に積極的に与

---

121) *Disputationes*, 345.モリーナは、更に、アスピルクエタの増補版『微利注解』第114番も参照している。そこでは、「定期金負担地の幾つかの部分売却した場合、売主だけが定期金全額を弁済すべく義務づけられるのか、それとも、それらの部分を購入した者等も義務づけられるのか *an venditor, qui vendit aliquas partes fundi censualis, ipse solus teneatur solveret totum censum, an etiam illi, qui eas emerunt?*」との問い（問題17）に、定期金の買主（「債権者 *creditor*」）の利害重視という観点から、「定期金の弁済を受けるべき者は彼等の内の誰からでも定期金全額を請求できるであろう *is, cui debetur census poterit illum totum petere a quolibet illorum*」と解答されていた（*Commentarius*, 41.v.42.r.）。なお、アスピルクエタは、ピウス5世の教勅が特約による「定期金負担物の処分権能 *libertas alienandi rem censuariam*」のはく奪や制限を禁じている（第5条）ことから、定期金の設定後に「定期金負担物を異なる部分に分割し、それらやそれらのある部分を異なる者に売却すること *dividere rem censui subjectam in diversas partes, et eas vel aliquas earum diversis vendere*」も許されるとしている。

するわけではないとはいえ、抵当類比論を排する点ではモリーナも同じであり、ヴァスが着目した「契約者の意思」はモリーナにとっても好都合な論拠であった。すなわち、「定期金の買主は、わざわざ別の仕方でも契約を結んで、それらの物が異なる保有者に移転された場合に、自らの手間と不利益の下に各保有者から定期金の一部ずつ請求すべく強いられる危険に自らを曝そうなどとは考えない *emptor census non aliter vellet celebrare contractum, exponendo se discrimini, ut si res illae ad diversos transirent possessores, cogereetur a singulis exigere partem census cum magno suo labore et detrimento*」し、「契約は各地の慣習に従って締結されるものと解されるべきであるから、契約中に何も明示されていなければ、当然、スペインの人々の慣習こそ契約を結ぶ人々の意思であったと解されねばならない *cum contractus celebrari censeatur iuxta loci consuetudinem; sane, esto in contractu nihil sit expressum, iudicandum est eam in Hispaniis fuisse contrahentium mentem*」というわけである。

XIで指摘した通り、モリーナのコバルピナス批判は、抵当法の枠内での矛盾ではなく、定期金負担物を抵当に類比すること自体の誤謬を指摘するものであった。定期金負担物の第三保有者に対する未検索請求が認められないのは、抵当債権者に人的検索を命じるローマ法文に反するからではなく、検索されるべき定期金の売主やその相続人等がもはや定期金債務を負っていないからであり、同様に、任意の保有者への一括請求は、抵当訴権をめぐる通説の權威ではなく、「物的定期金契約を締結する人々の意思」あるいはそれを体現する「慣習 *consuetudo*」から導かれる。これに対して、抵当類比説を受け継いだソリスは、抵当法の枠内でコバルピナス説の矛盾を指摘していた。コバルピナスは、定期金の設定が「他の全ての者に優先する抵当をもたらす」と解して、未検索請求を主張したが、按分請求は「定期金における抵当 *hypotheca censualis*」の効力を逆に弱めてしまう。それ故、通説の主張する一括請求が「定期金における抵当」にも認められねばならないというのである（『定期金注解』第3巻第4章第11番<sup>122)</sup>）。このソリスの主張も通説の權威に盲従するものではないが、

122) *Commentarii de censibus*, 220.v.-221.v.

あくまで抵当類比論を支持し、その論理的な整合性を追求している点で、モリーナによる一括請求支持とは次元を異にする。

### XIII

モリーナによる抵当類比論批判の特徴として何より注目すべきなのは、人的定期金許容論との両立である。コバルピアスが定期金負担物を抵当とみなしたのは、主たる債務としての定期金債務が定期金負担物の滅失後もなお存続し得る点を論拠に、定期金債務の自立性、つまり、人的定期金の正当性を導くことができるからであった。しかし、前述の討論383では、証書定期金の下位区分として、物的定期金の他に、「単純かつ絶対的に人的な定期金」と「抵当を伴う人的定期金」が想定され、人的定期金の購入自体が微利に当たらず許容されることは自明の前提となっている。それでは、モリーナは、抵当類比論に頼ることなく、如何にして人的定期金の購入を正当化し得たのか。以下、討論387「永続的な人的定期金の購入は正当か否か *Licita ne sit emptio census personali perpetui*」に提示されたモリーナによる論証を辿ることにしたい。

モリーナはまず、人的定期金許容論について従来提示されてきた論拠を三つを列挙している（第1番から第4番）<sup>123)</sup>。そもそも人的定期金を許容する諸論者<sup>124)</sup>は、定期金の売主の「人格 *persona*」を物的定期金における定期金負担物

123) *Disputationes*, 357-358.

124) モリーナは、ズメンハルト、メディナ、ソト、コバルピアス、メイジャーに加えて、ビールの名も挙げている (*Disputationes*, 357.)。ビールも、同時代のズメンハルトやメディナと同様、人の自発的な労務提供に着目して人的定期金を正当化している。モリーナによって『命題集第四巻注解』から引用された箇所（第15区別第12問第2節結論1）には、「自由な人間は、申命記第15章 [16-17行] や出エジプト記第21章 [5-6行] にある通り、自らを自発的に売却することができ、他人に対して自らを義務づけ、自らの労務や自らの必要を超えて得たものから、領主、貧窮院、修道院、私人に対して毎年一定額の支払うべく納付金を負担することができるのであるから、その労務や、信心会において日常みられる通り、1リブラの蜜蝋や何かの拠出に着目して、自らの人格に定期金を設定することも可能である。ただし、以上の点に従



のように「従属させること *redigere in servitutum*」を望んでいるわけではなく、ただ、「人格が、代価として受領する金銭と引き換えに、年単位の支払いへと自らを義務づけ得る *persona pro pecunia, quam in pretium accipiat, possit se obligare ad annuam pensionem*」と考えているにすぎない。従って、人的定期金が永続的に設定され売却された場合、「その種の訴権や債務は積極的にも消極的にも、相続を承認すること自体によって、相続人に移転する *eiusmodi actiones et obligationes transeunt, tam active, quam passive, ad haeredes eo ipso, quod haereditatem adeunt*」のだとしても、「定期金を負う人格が消滅し、十分な財産を遺さず、しかも、それが原因で、相続人の誰もその大きな負担を引き受けようとしなかったならば、これによって定期金は消滅する *si extingueretur persona, quae censum debet, nec relinqueret sufficientia bona, eaque de causa nullus cum tanto onere esse vellet haeres illius, tunc eo ipso expiraret census*」ことになる。このように人格の従属を伴わない人的定期金を想定する限り、「孤児の女性の嫁資や貧窮院の援助として年金を約束するといった仕方で贈与を権原に定期金を負うことができる *potest titulo donationis se eo modo ad census obligare, promittendo annuam pensionem in dotem orphanæ mulieris, aut in subsidium hospitalis*」のと同じく、「正当な代価と引

---

えば、そこに定期金が設定され得る人格は、その労務と勤勉によるか、あるいは、自身の生活の必要なものを欠くことも、自らの身分に相応のものを失うこともなく、何らかの手段で、この種の定期金を弁済する能力を有していなければならない *homo liber se ipsum sponte vendere potest: ut habetur Deuteronomio XV. et Exodi XXI. et seipsum obligare alicui, et facere censualem ad dansum singulis annis certam summam de opera sua, et his, quae lucratur ultra suam necessitatem domino, sut hospitali, sive monasterio aut privatae personae: et ita constituere redditum in persona sua habito respectu ad operas suas: aut etiam ad dandum libram cerae, vel aliquid huiusmodi: sicut fit quotidie in fraternitatibus. Oportet tamen secundum praemissa, quod persona, in qua constituitur redditus potens sit, et idonea ad solvendum de suo labore, et industria: vel aliunde huiusmodi redditus sine defectu necessariorum vitae propriae, et sine detrimento rationalibilis, et congrui status sui.*」とある (Commentarius in quartum librum sententiarum, 430.)。

き換えに*pro pretio iusto*定期金を売却することも許されてよい(第一の論拠)。また、教会の「人的な十分の一税 *decimae personales*」や「世俗の君主 *principes seculares*」によって課される「人的な税 *personale tributum*」が、「人的な定期給付 *personalis census*」として、「技能、商売、軍役その他類似のもの」の提供によって納付されている *persolvuntur, ut ex comparatis artificio, aut negotiatione, militia, et aliis rebus similibus*」ことに照らせば、「同様の人的定期金を、その労働と勤勉によって得たものや、それぞれの仕方で各人にもたらされる他の財産から毎年支払われるべく売却すること *vendere similem censum personalem quotannis solvandum es iis, quae suis operibus atque industria comparaverit, aut ex aliis bonis, quae ad ipsum quoquo modo pervenerint*」も可能と解される(第二の論拠)。

更に、「物的定期金が明示された某土地に設定される場合、それと同時に、単に人的な債務が、定期金の売主の人格上に、自身とその相続人等のために生じ、たとえ物が完全に失われても定期金を弁済せねばならない *quando realis census in praedio aliquo designato constituitur, simul resultat obligatio mere personalis pro se, et successoribus suis, in persona vendentis censum ad eum solvendum, esto omnino pereat res, in qua census est collocatus*」。それ故、「定期金の買主は、定期金が設定された土地の物的負担を伴わずに、最初からそのような人的な債務を購入してもよかった *potuit emptor census a principio emere solum obligationem illam absque obligatione reali praedii, in quo census fuit constitutus*」ということになる(第三の論拠)。これらの内、第三の論拠は、コバルピウスとソトの所説を念頭に置いたものであり、彼等は、定期金負担物を「定期金の担保のための抵当 *hypotheca ad census securitatem*」と見なすことで、定期金負担物滅失時の定期金債務の存続を論証していた。モリーナは、既に検討した通り、討論383でこの抵当類比論を徹底して批判しているから、この第三の論拠は当然排除されねばならない(第11番)<sup>125)</sup>。従って、ズメンハルト等によって古くより主張されていた第一及び第二の論拠に従い、

---

125) *Disputationes*, 361.

人的定期金は、「正当な代価*pretium iustum*」による「労務*operae*」の成果の提供として正当化されることになる。

「正当な代価」という論拠に鑑み、モリーナが特に問題としているのは、「徴収できると予想される支払全体の大きさよりも少ない代価で購入可能か*an licite emi possit minori pretio, quam sit latitudo pensionum omnium, quae percipi sperantur*」という点である(第6番及び第7番)<sup>126)</sup>。この点、モリーナは、たとえ「無限に徴収されることが期待される支払額よりも少ない代価*minus pretium, quam sit quantitas pensionum, quae in infinitum percipi sperantur*」で購入される「永続的な人的定期金*census personalis perpetuus*」であっても、当該定期金に伴う様々な「危険*pericula*」、すなわち、売主の生死や資産状況等に起因する「買主における利益喪失や損失発生*lucrum ementi cessans, aut damnum emergens*」、あるいは、買主自身が「無限に支払いを享受できるわけではない*non est potiturus illis in infinitum*」といった点を考慮すれば、「事物の本性*natura rei*」上、「正当となり得る*reddi posset licitus*」としている。その一方で、「人的定期金は、通常、そのようには正当化されていないため、全く正当にも、その購入は、ピウス5世により、禁じられ無効とされ、その契約は徴利に当たる旨宣言されている*quia personales census non solent ita iustificari, iure optimo eorum emptio prohibita, irritaque facta est a Pio quinto usurariusque est pronunciatu is contractus*」との一節も見える。つまり、人的定期金の購入は、「事物の本性」に照らせば、許容できるけれども、教皇の権威の下に、これを徴利とみなし禁ずることもまた可能であるというのである。このような二段構えの議論は、ピウス5世の教勅が受容されている場所とされてない場所の双方を想定する場合に初めて意味を為す。モリーナは、フェリペ2世の立法等の具体例にはふれていないが、教皇領域外において教勅が必ずしも受容されていない現実を意識した議論を展開しているわけである。

ピウス5世の教勅の権威の相対性については、レッシウスが一層明確に論じている(『正義と法』第2巻第22章第13問「これらの諸要件は如何なる場所で

---

126) Disputationes, 359-360.

も拘束力を有するの(Utrum hae conditiones obligent ubique)<sup>127)</sup>。レッシウスによれば、「皇帝の法律のみならず、教皇の法律もまた、各地域で公布されない限り、拘束力はなく、既存の法を廃する効力もないnon solum leges Imperatorias, sed etiam Pontificias non obligare, nec vim irritandi habere, nisi sint promulgatae in provincia」とされ、また、「たとえ法律が公布されたとしても、利用者の慣例や慣行そのものによって受容されず、上位者もそれに依拠し執行を命じさせなければ、やはり拘束力を欠くetiamsi lex sit promulgata, si tamen ipso usu et moribus utentium non recipiatur, nec superiores instent, et curent executioni mandari, non obligat」のだとされる。また、当教勅のように「目新しく、自然法上も全く求められていない諸要件を多く含むtot novaset iure naturali minime requisitas conditiones continet」場合には、「その不知によって臣民が損害を被ることのないように万人に的確かつ行き届いた仕方でも知られるべく法律を公布することが理性により要請されるratio postulat legem eo modo promulgari, ut commode et humano more possit innotescere omnibus, ne subditi damnum incurrant ex ignorantia」ところ、「ローマでの公布promulgatio Romae facta」だけでは全く不十分であるとも指摘されている(第98番)。以上から、レッシウスは、地元ネーデルラント(ベルギカ Belgica)の他、フランス王国(ガリアGallia)と神聖ローマ帝国(ゲルマニア Germania)についても<sup>128)</sup>、ピウス5世の求める諸要件が「全く公布されていないnunquam promulgatae」上、「反対の慣行が久しく通用してきたconrarius usus semper perseveravit」として、教勅の効力を否定する。加えて、グレゴ

127) De iustitia et iure, 284-285. レッシウスは、直前の第12問「定期金の購入において、実定法上、如何なる要件が求められているのかQuae conditiones iure positivo requirantur in emptione censuum」で合計14の要件をピウス5世教勅から読み取っているが(Disputationes, 282-284)、その内容は、アスピルクエタによる8要件(「定期金負担物の滅失(1)IV」の301頁以下参照)やボッカッチによる11要件(「同(2)」Vの注2参照)と大差ない。

128) 神聖ローマ帝国とフランス王国におけるピウス5世の教勅の効力排除については「定期金売買と教皇令」I及びIIを参照。

リウス13世の教勅によってニコラウス5世の教勅の効力が従前通り維持されていた「シチリア王国Regnum Siciliae」にも言及している(第99番)。レッシウスも、モリーナ同様、フェリペ2世の立法にはふれていないが、「利用者の慣例や慣行そのものによって受容されず、上位者もそれに依拠し執行を命じさせなければ、やはり拘束力を欠く*si tamen ipso usu et moribus utentium non recipiatur, nec superiores instent, et curent executioni mandari, non obligat*」との指摘は、世俗君主の立法による効力排除を想定したものといえよう。また、「当該教勅が受容されていないところでは、そこで通用している法律や慣習が遵守されるべきであるが、それらは神法や自然法に反するものであってはならない*haec Bulla non est recepta, servandae sunt leges et consuetudines ibidem usitatae, quae tamen legi divinae vel naturali non repugnent*」とされ、「法律の効力を有する確実な慣習*ceeta consuetudo habens vim legis*」も存しない場合には、「定期金と代価の均衡のみを求める自然法さえ遵守すれば足りる*satis est servare legem naturalem, quae tantummodo requirit aequalitatem inter censum et pretium*」とされる(第101番)。

レッシウスの言う「定期金と代価の均衡のみを求める自然法*lex naturalis, quae tantummodo requirit aequalitatem inter censum et pretium*」とは、モリーナが人的定期金の正当性を主張するにあたって「事物の本性」と呼んだものに相当する。確かに、代価以上の定期金の弁済が最初から約定されている場合には、「定期金と代価の均衡*aequalitas inter censum et pretium*」を欠くから、「徴利*usura*」となり「悪徳*nefas*」となるが、「永続的な人的定期金*personalis census perpetuus*」の場合は、「確定年数にわたる人的定期金*census personalis ad certum numerum annorum*」以上に、将来、定期金と代価との間に不均衡の生じる可能性が高くなる一方で、売主の不利益が買主側の被る様々な「危険」によって相殺される度合いもそれだけ大きい(討論387第7番)<sup>129)</sup>。これに対し

129) *Disputationes*, 360. モリーナ自身は、「一定量の金銭や果実*certa pecuniae, aut fructuum quantitas*」を継続して受領する権利の価値が様々な危険によって縮減される可能性、「消費貸借*mutuum*」において一括返済だけでなく分割返済も容認されていることとの均衡、返済されるべき定期金総額の上限としての代価の役割、相対的

て、ソリスは、「人的債務が債務自体より低い代価で購入され得るかどうかan debitum personale possit emi precio minori, quam sit ipsum debitum」という問い自体が不適切であるとして、モリーナの所説を批判した(『補遺』第1巻第8章第4番)<sup>130)</sup>。しかし、人的定期金が許容される理由として、ソリス自身が指摘するのは、結局、「人的定期金は正当でピウス5世の追加教皇令は排斥されるlicitos esse census personales, exclusa extravagantia Pii quinti」との「通説communis opinio」の権威だけであり(第1番)<sup>131)</sup>、加えて、シチリア王国にのみ通用するはずのニコラウス5世の教勅を都合よく援用するところも説得力を欠く(第2番)<sup>132)</sup>。ピウス5世の教勅が受容されていない場所では、代わりに遵守されるべき「法律や慣習leges et consuetudines」の有無にかかわらず、窮極的には、「事物の本性」として「定期金と代価の均衡」が要求されるといふ点にモリーナの人的定期金許容論の特徴は存するのである。

モリーナは、二段構えの人的定期金許容論の具体的な適用場面として、もう一つ、「ある土地上の物的定期金の購入と同時に、土地が失われてもなお定期金売主は定期金の弁済を義務づけられる旨の特約が交わされたin emptione census realis in aliquo praedio deducatur simul in pactum, quod praedio destructo, venditor census teneatur adhuc ad solutionem pensionis」場合についても論じている(討論387第9番及び第10番)<sup>133)</sup>。それによれば、この「特約

---

に確実性の高い確定期間付きの人的定期金との比較の四点を、定期金の期待総額よりも安価での永続的な人的定期金の購入を正当化する論拠として提示している。以下では、これらの論拠を全て内包し得る概念として、レッシウスの言う「定期金と代価の均衡」を用いることにする。

130) Appendix, 42.

131) Appendix, 39.ここでは『定期金注解』で引用されていなかった文献が追加され、その多くは、抵当類比論について再論された箇所(『補遺』第1巻第1章第5番)で引用されたものと重なる(X冒頭参照)。しかし、通説に与し人的定期金の正当性を当然視するソリスは、ここでも、抵当類比論を人的定期金の裏付ける論拠として扱うことはなかった。

132) Appendix, 39-40.

133) Disputationes, 360-361.

pactum」によって「物的定期金と人的定期金が混合した契約contractus mixtus ex censu reali et personali」が締結されたことになり、定期金の売主は、定期金負担物の滅失のみならず、定期金負担物の譲渡によっても当然には免責されることはなく、「定期金の買主は、定期金の売主やその相続人に対しても、第三保有者に対しても、無差別に定期金の弁済を強いることができる cogere emptor census indifferenter posset ad solvendas pensiones, tum census venditorem, et haeredes illius, tum etiam tertium possessorem」のだとされる。抵当類比論は、物的定期金の設定と売買によって、定期金債務と定期金負担物の主従関係が当然生じると解していたが、この「混合契約contractus mixtus」論では、そのような主従関係は当事者間の「特約」によってのみもたらされる。「物的定期金以外にどれほどの負担が定期金の売主自身に課されるのかわかる条項を契約中に挿入することが常に検討されるべきであり、それらの条項によってその意味する以上のことが義務づけられると解されてはならない semper consulendae essent clausulae appositae in contractu, ut ex eis imntelligatur, quantum onus super se induxerit venditor census, ultra censum realem, neque plus ex illis censendus est obligatus, quam illae sonant」というわけである。ただし、「以上の点は、今日、ピウス5世の教勅が受容された場所では妥当しない haec hodie non habent locum ubi bulla Pii quinti recepta fuerit」し、「当該教勅以後にそのような仕方でも締結されても、その契約は、法の推定上、当然に、徴利と見なされる contractus praesumptione iuris et de iure, usurarius censetur, si post eam bullam sit eo modo celebratus」。というのも、教勅には、「契約の本性上、他の場合であれば義務を負わないはずの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ような合意は決して有効としない conventiones directe aut indirecte obligantes ad casus fortuitos eum, qui alias ex natura contractus non tenetur, nullo modo valere volumus」(第4条)とあり、「今後別の方式で締結される契約は徴利とみなす contractus sub alia forma post hac celebrandos foeneratitios judicamus」(第13条)と明言されているからである。ここで「合意conventiones」による変更を許容されなかった「契約の本性natura contractus」それ自体についても、「将来に向かって創

設される定期金は全て、物の全部または一部が失われたり不毛となったりした場合、それに応じて失われる *census omnes in futurum creandos, non solum re in totum vel pro parte perempta, aut infructuosa in totum vel pro parte affecta, ad ratam perire*」(第10条)と明記されている<sup>134)</sup>。

一方、ピウス5世の教勅が「受容されていない場所 *ubi recepta non fuerit*」では上記「特約」乃至「合意」自体は可能であり、「定期金と代価の均衡」に照らしてその有効性が個別に吟味されることになる。その場合、「物的定期金の対価として支払われる代金が、一方で物的定期金、他方でまた定期金売主に同時に課される人的な負担との比較で衡平であるかどうか注意されねばならない *videndum est, utrum pretium pro illo censu reali datum, aequale sit comparatione, tum census realis, tum etiam oneris illus personalis simul impositi venditori census*」が、「もし専門家の鑑定により衡平と評価されたならば、当該契約は、事物の本性上、非難されるべきではない *quod si aequale prudentis arbitrio comperiat, non videtur damnandus contractus ex natura rei*」とされる。また、物的定期金に人的定期金が付け加われば、「買主にとって一層の担保となる *maior securitas ementis*」一方<sup>135)</sup>、「売主が土地の収益以上の定期金を自費で弁済すべく義務づけられるわけではないし、定期金を余分に弁済するということが稀である *non sit, ut venditor de suo teneatur solvere pensiones ultra redditus praedii, evenietque raro, ut de suo insuper illas solvat*」から、物的定期金は、そのような特約付きでも「事物の本性上、正当であり得る *poterit ex natura rei esse iustus*」とされる。逆に言えば、物的定期金に人的定期金を付加する特約が可能であるとしても、定期金負担物の収益を超える額の定期金を設定することは衡平の観点からそもそも許されず、その

134) *Bullarum privilegiorum ac diplomatum Romanorum Pontificum amplissima collectio*, IV, iii, 53.

135) 物的定期金の売主の人的債務が「担保」の役割を果たすとの指摘は、一見、グティエレスの主張(「定期金負担物の滅失(2)」VIIの284頁以下参照)に似ているが、特約を要さず、定期金負担物滅失時には消滅するからピウス5世の教勅にも反しないとしたグティエレスの所説とは大きく異なる。



収益額を超えた人的定期金が売主に生じるという恐れはないのである。

しかし、以上のようなモリーナの議論には大きな疑念が生じる。というのも、既にみた通り、モリーナは、定期金負担物滅失時の定期金債務の消滅を、物的定期金の売買の本性、つまり、「事物の本性」として説明していた(討論383第8番中段)。そうであるとすれば、物的定期金に人的定期金を付け加え、定期金負担物滅失後も売主やその相続人等の人的債務を存続させる旨の特約はまさに「事物の本性」に反するはずである。追加された人的定期金そのものは、確かに、「売主が死亡し、死亡者に代わって死亡者のあらゆる人的債務を負担する死亡者の全財産が失われぬ限り、売主の人的債務として消滅することはない *nunquam quoad obligationem personalem vendentis perire, nisi vendens pereat, et omnia bona illius, quae defuncti loco, subjacent obligationibus omnibus personalibus defuncti*」のだとしても、契約本体である物的定期金の売買の本性が無視される理由は一体なぜか。この点、定期金負担物滅失時の買主危険負担は、「購入の本性に付属し追隨し調和するものではあっても、当該本性に欠かせない性質、あるいは、本性から分離不能な特質とまではいえない *sit de natura emptionis tanquam concomitans, consequens, ac consentaneum naturae illius; non tamen esse de essentia illius, aut proprietatem ab eo inseparabilem*」とされ、それ故、「何らかの特約によって省かれ得るし、それを原因に契約が無効とされることもない *remitti posse pacto aliquo, quin ea causa contractus reddatur invalidus*」というのがモリーナの弁明である(討論837第13番)<sup>136)</sup>。定期金売買の本性はあくまで「定期金と代価の均衡」であり、

---

136) *Disputationes*, 361-362.この箇所は、直接には、人的定期金否定説の論拠の一つ、契約完了後の売主危険負担への反論となっている。すなわち、「もし人に定期金が設定され、何らかの明示された財産に設定されなければ、売主やその相続人等の人格が絶えず定期金の弁済を義務づけられた状態になり、定期金の危険は決して買主に及ばない *si census in persona constituatur, et non in bonis aliquibus determinatis, periculum census nunquam ad emptorem spectabit; quia semper persona vendentis, atque haeredeum ipsius, obligata manebit census solutione*」から不当であるとの主張に対して (*Disputationes*, 359.)、人的定期金であっても、売主が亡くなり、相続人

定期金負担物の滅失に伴い定期金債務も消滅するとの事理は、「実定法 positivum ius」に明記されていない限り、当事者間の特約次第で覆せるということなのであろう。この「事物の本性」概念の揺らぎに象徴されるように、ピウス5世の教勅が「受容されていない場所」を想定した議論においても、定期金負担物滅失時の定期金債務の帰趨は依然扱いの難しい問題であり続けた。

一方で、モリーナは、「ピウス5世の教勅が受容された場所 ubi bulla Pii quinti recepta fuerit」を想定して、同教勅に示された「買戻特約付きの永続的定期金が許容される諸条件 *conditiones ut census perpetuus cum paco de retrovendendo sit licitus*」<sup>137)</sup>について注釈的検討を施している(討論389から392まで)。そこに明言されている通り、教勅第1条は、「人的定期金を排し、物的定期金のみを是認する *excludit census personalem, et approbat solum realem*」との趣旨であり(討論389「第1条項」注釈第3番)、しかも、同条の文言<その範囲が明確に表示されたもの *quae nominatim certis finibus designata sit*>は、「定期金を売却する者の現在及び将来の全財産の上に設定される定期金を排除するために付加された *fuit addita ad excludendum census, qui super mnia bona, tam praesentia, quam futura, eius, qui vendit census, collocantur*」のだとされる。そのように包括的な物的定期金によって、「定期

---

が承継せず、その遺産も尽きてしまえばやはり消滅するし、物的定期金における買主危険負担、つまり、定期金負担物滅失による定期金債務消滅に服するか否かの選択自体、当事者の意思に委ねられているというわけである。「特約」による「購入の本性 *natura emptionis*」の排除に言及するこの反論が、物的定期金に特約で人的定期金を付加する「混合契約」の正当化を意図しているのは明らかであろう。

137) モリーナは教勅の第1条から第15条までの規定内容を合計14の「条項 *clausula*」に整理し直している。具体的には、定期金負担物の処分自由に関する第5条と第6条、定期金義務者に対する違約罰等の合意を禁じる第7条及び第8条が、それぞれ一括される一方、定期金負担物滅失による定期金債務の消滅と、定期金の買戻しの双方について定める第10条は二つの「条項」に分けられた。同じく合計14の要件を挙げるレッシウスは、第10条を二つに分ける点はモリーナと同じであるが、教勅違反の契約を徴利とみなす旨の第13条と、設定済み定期金の譲渡も適用対象に含める旨の第14条については、列挙の対象から省いている。

金の危険periculum census」が買主ではなく売主に転嫁され、定期金負担物滅失時の定期金消滅という事理が骨抜きになる恐れがあるというのである。この指摘は、モリーナも引用する通り、アスピルクエタの注釈(増補版『徴利注解』第129番)<sup>138)</sup>を踏襲するものであった。

定期金負担物滅失時の定期金消滅について定めた第10条の冒頭部分に付された注釈(討論391「第8条項」注釈第3番<sup>139)</sup>)では、定期金負担物の滅失と並

---

138) 「定期金負担物の滅失(1)」IVの299頁以下参照。

139) “当条項によって、ピウス5世は、教勅以後に創出された定期金について、定期金が設定された物全体が失われたり、全く不毛となったりした場合、定期金が全て消滅するが、当該物が部分的に失われたり、全体に渡って一定割合で不毛になったりした場合、つまり、2分の1、3分の1、4分の1その他の割合で失われたり不毛となったりした場合、定期金もそれに匹敵する割合、つまり、2分の1、3分の1、4分の1その他の割合で消滅する旨定めている。この箇所ですまず注意すべきは次の点である。すなわち、物が不毛になったと解されるのは、2年や3年、あるいは、数年程度、果実をもたささない場合ではなく、将来に向かって果実をもたさす力を失う場合、例えば、地所が、一時的に天候不順によって果実をもたささないのではなく、海水に覆われたり、あるいは、川がその流れを変えて川床が別の土地をもたらしたりして、明白にかつ回復の望みもなく果実をもたさす力を失うような場合、そしてまた、定期金が設定された建物が完全に倒壊したり焼失したりしたような場合である。次に注意すべきは、定期金を設定された物が、不作その他の偶然の事象のため、通常の収穫ではなく、ほんのわずかな収穫しかもたささない場合と、物の一部が失われたり不毛となったりした場合とでは大きな差があるという点である。前者の場合、前述討論で第4条項について述べた通り、そのわずかな収穫でも間に合う限り、地所の所有者に何も残らないとしても、全額の支払いが義務づけられる。一方、後者の場合、当条項にある通り、定期金が設定された物に残されている割合に応じてのみ支払いが義務づけられ、たとえ、全額の支払いを満了分をはるかに上回る果実が、定期金負担物に残されているとしても、そうである。この相違の理由は、定期金が、定期金に服する物における権利であり、当該物がもたらす果実から最初に支払いを得るといふ当該物全体にわたる物的負担だからであり、耕作され収穫をもたさすのが当該物の全体であるか部分であるかは問題とならない。というのも、そのような負担は、負担全体が物全体に、負担の一部が物の一部にという具合に全体に及んでおり、その結果、当該物の一部が全体として失われたり不毛とな

んで、定期金消滅の原因と位置づけられている不毛化の意義、並びに、一部の滅失乃至不毛化の効果について述べられている。モリーナによれば、不毛化による定期金債務の免責は、洪水等による地所の水没や建物の倒壊焼失等、定期金負担物の収益から定期金の弁済を得る望みが完全に途絶えた場合にのみ認められ、定期金負担物の一部の滅失や不毛化においては、「定期金が設定された物に残されている割合に応じてのみ支払いが義務づけられ *solum debetur pensio pro rata eius, quod ex re, in qua census est collocatus, remanet*」、この点は、「たとえ、全額の支払いを満たす分をはるかに上回る果実が、定期金負担物に残されているとしても *esto, quod remanet ex re censui subjecta, longe plures fructus fuerat, quam qui ad pensionem integram solvendam sufficient*」妥当するとされる。ここで注目されるのは、定期金負担物の一部滅失に応じた定期金債務の一部消滅を根拠に、「定期金負担物が分割され複数の相続人や買主等の手に渡れば、各人は、その保有する物の部分に応じた定期金を負い、その弁済を義務づけられるに留まる *divisa re censuali in plures haeredes, aut emptores, singulos solum debere censum, contribuereque teneri ad solutionem illius, pro rata partis rei, quam possident*」と推論されている点である。この

---

たりすれば、当該負担と支払を得る権利の一部は、当該負担が存する実体と共に失われる。これに対して、物全体が存続している限りは全額の支払が義務づけられ、それは、果実をもたらすのが物の全体であろうが、一部であろうが、あるいはまた、収益をもたらす力が弱くなろうが、強くなろうが、同じ状態であろうが、変わらない。このように、定期金は、それが設定されている物に行き渡っているから、物の一部が失われれば定期金の一部も消滅するが、物全体が存続する限り、定期金全体も持続し義務づけられる。以上から明らかとなるのは、事物の本性による限り、定期金負担物が分割され複数の相続人や買主等の手に渡れば、各人はその保有する物の部分に応じた定期金を負い、その弁済を義務づけられるに留まるという点である。これに対して、定期金権利者が各人に定期金全額について訴求できるという点は、討論383で述べた通り、そのような負担と定期金購入者の特権を伴い契約が締結されるとみなす慣行が（その限りでは法に反しないで）通用しているのでなければ、そもそも誰も定期金を購入しようとしないうであろうという点に由来する。”(Disputationes, 371-372.)

結論は、「事物の本性による限り quantum est ex natura rei」と付言されている通り、教勅の規定と「事物の本性」の一致を前提としたものでもある。しかしその一方で、モリーナは、コバルビアスの抵当類比論批判の文脈で、「定期金権利者は各人に定期金全額について訴求できる dominus census agere possit ad integrm censum adversus singulos eorum」と述べていた(討論383第9番)<sup>140)</sup>。教勅に体现された「事物の本性」との齟齬について、モリーナは、一括訴求が「慣行 usus」上許容されていなければ「そもそも誰も定期金を購入しようとしないうち nullus emere censum vellet」との説明を与えているが、教勅の注釈という文脈では、スペインの実務慣行を持ち出すわけにはいかない。また、ローマ「法 ius」の下で抵当訴権の一括行使を認めるのが通説であるとしても、抵当類比論を批判した手前、それに頼ることもできないはずである。だからといって、定期金負担物滅失による定期金債務の消滅から、「事物の本性」としての地位を取り上げてしまえば、教勅が第1条で定期金の設定対象を特定不動産に限定した立法理由とも言うべき第10条自体が立法者の恣意に由来することになる。「事物の本性」概念を駆使したモリーナの論法は教勅注釈の次元でも成功しているとは言い難い。

#### XIV

それでは、この時期のローマ教皇庁控訴院 Rota Romana は、定期金負担物の一部滅失時の定期金債務の帰趨について、教勅をどのように解釈し運用していたのであろうか。それを確認するのに格好の文献といえるのが、ペルージャの弁護士 ロドヴィーコ・チェンチ Lodovico Cenci (?-1637年) の『定期金論 Tractatus de censibus』(1621年初版)<sup>141)</sup> に合冊する形で出版された『ローマ

140) XII 末尾参照。

141) ヴェネツィアで出版された本書は、同年に早くもトリノで第二版が公刊され、その際、「定期金に関するピウス5世の教勅に関する最新の注釈並びに解釈 novissimi commentarii, et interpretationes ad Bulla Pii quinti de censibus」として、レオネッリの『逐条注解』(「定期金負担物の滅失(2)」Vの246頁以下参照)と、モリーナの『正

聖庁控訴院判決集Decisiones sacrae Rotae Romanae』である。その冒頭に収録された1602年10月30日判決(判決1)<sup>142)</sup>では、テヴェレ川の中州に存する建

---

義論第二巻』から定期金関連の討論(381から395まで)が巻末に収録された。

142) “テヴェレ川のサン・バルトロメオの島[サン・バルトロメオ教会が存する中州＝ティバリーナ島]の某建物の上に定期金が設定されたところ、その建物が川の氾濫により一部倒壊したが、一部は残り、定期金の負担全体を引き受けるに足る収益があった。控訴院では、聖なる主の名の下に私を指名する委任に基づき、定期金全体が収益十分な部分に残るのか、それとも、失われた部分に応じて定期金も消滅するのが問題とされた。この問題の解決には二つの点の吟味を要した。一つは、亡きピウス5世聖下による定期金設定に関する教勅をひとまず措き、普通法の諸概念の下で、失われた部分に応じた消滅は、残された部分の収益が定期金弁済に十分であるとしても、妥当するかどうか、である。また、もう一つは、定期金がこの場合に普通法の諸概念に従い失われないと仮定した場合、上記教勅は、この点において新法を導入するものなのか、それとも、普通法との関係で受動的解釈に服するののか、である。

〈1.〉第一の難問について、聴聞官諸氏により、上記教勅を措いて、物の一部が滅失しても十分な収益をもたらし得る部分が残されている限り定期金は消滅しないと判断された点で、彼等がそのような判断へと促されたのは、〈2.〉物の上に定期金が設定されても物が売却されるわけでも、その所有権が定期金の買主に移転されるわけでもなく、ただ、その物から一定量の果実を徴収する権利が売却され、物の所有権や支配権から区別され分離された何らかの権利が設定されるにすぎないからであり、これはアイモヌス『助言集』助言217第4番[前注54参照]で見事に論じられている通りである。従ってまた、売却されるのが物ではなく徴収権である以上、物の一部滅失にのみ着目すべきではなく、建物がそのように一部滅失した結果、残された部分では、売却された権利のために義務づけられているだけの量の収益をもたらすのに十分でなくなるとの危険が買主に生じることが不可欠となる。〈3.〉更に、上記のような判断へと促されたのは、一定量の収益を徴収するこの権利が端的に物それ自体の上に設定されていて、物の特定の部分の上に設定されているわけではなく、そのため、当該権利がその上に設定され、定期金弁済に十分でもある物の部分が残っている限り、物が滅失が定期金の消滅を帰結するとは言えないとの理由からであった。〈4.〉というのも、定期金の設定は、物の上の役権の一種であり、それ故、役権の性質に従い、収益をもたらし得るどの部分にも存続し【バルトルスの学説彙

纂45卷1章「言語による債務関係について」第72法文注釈の異論3】、報告者が適切に述べている通り、同じ定期金が残存する部分に新たに設定され得るのであれば十分だからである。(5.) 最後、三つ目に、上級所有権者の承認と引き換えに僅かな額が支払われるわけではなく、地代が収益に対応し、物の全てが減失せず、地代のために十分な部分が残っている限り、全額弁済されねばならないとされる永代賃借【バルトルスの勅法彙纂4卷66章「永借権について」第1法文注釈第4番】との類似も諸氏の支持するところであったし、ペロイウス『助言集』第1巻助言130第11番にある通り、そのような意見が一般に受容されている。それ故、グレゴリウス・ロペスが『七部法典注解』第五部第8章第28条第2注釈でそう考えているように、定期金もまた同様の仕方でも収益に対応している以上、当該事案でもそのように解されるべきである。

第二の難問に関して聴聞官諸氏は、上記教勅の文言がやはり尊重され、失われなかった部分が収益の弁済に十分である限り、定期金は消滅しないと結論づけている。というのも、当該教勅には、十分な収益をもたらす別の部分が残存している場合に、一部減失によってその割合に応じた定期金の消滅がもたらされるとは明確に定められておらず、物の全部又は一部が失われ、あるいは、物の全部又は一部が不毛となれば、それに応じて定期金も消滅するとの一般的準則が定められているにすぎないからである。これらの文言は、物を収益弁済に不足する状態に陥らせるわけではない減失、つまり、残された別の部分が十分な収益をもたらす場合に関するものと解釈し得るほど明確ではない。それ故、この部分についてはあらゆる準則が動員され、それらは主題や契約の本性に照らし普通法との関係で受動的な解釈に服すべきであるから、残された別の部分が収益不十分である場合にそれに応じた定期金の消滅だけを導出するか、あるいは、端的に、この事案を他の全ての事案と同様に普通法に委ねるかの何れかである。第二に、同じ条項でこれに直接続く文言、並びに、<全部又は一部が不毛となれば>という同一の構文によっても先のような結論が促された。すなわち、この場合、教勅は、物が減失とは別の原因で不毛となった場合に、それに応じて定期金も消滅する旨定めているのであるから、一部が不毛となって、残りの部分の収益が定期金の弁済に十分である場合に、物の一部減失したとして、定期金がそれに応じて消滅するというのが教勅の趣旨であるというのでは全く説得力がない。(7.) 従って、両事案は等しく扱われ、選択肢の一方が他方を解明し、一方によって他方は説明を受けねばならないから、教勅において、収益の減少に繋がっている一部減失とは、定期金の弁済に十分ではないという趣旨で述べられていることになる。(8.) 第三に、先の結論を促したのは、教勅の趣旨が、普通法の諸規定に

物が川の氾濫によって一部倒壊した場合の当該建物に設定された定期金の帰趨について審理されている。担当聴聞官ジョヴァンニ・ガルシア・メリニ Giovanni Garsia Mellini(1562-1629年：1608年枢機卿司祭、1629年枢機卿司教)によれば、聴聞官等は、「亡きピウス5世聖下による定期金設定に関する教勅をひとまず措き、普通法の諸概念の下で*iuxta terminos iuris communis circumscripta constitutione sanctae memoriae Pii quinti super forma creandi census*」吟味した上で、そのような「普通法*ius commune*」による結論と教勅との調和を図ったとされる。控訴院の結論は、「物の一部が滅失しても十分な収益をもたらす部分が残されている限り定期金は消滅しない*census non perimatur per peremptionem rei in parte, si remaneat alia pars capax*」というものであり、教勅第10条の文言とは無関係に、三つの論拠が提示されている。第一に、「売却されるのが物ではなく徴収権である*non vendatur res, sed ius exigendi*」以上、定期金の一部消滅を導くには、「建物がそのように一部滅失した結果、残された部分では、売却された権利のために義務づけられているだけの量の収益をもたらすのに十分ではなくなる」との危険が買主に生じる*periculum pertineat ad emptorem, quod domus sit ita peremta in parte, quod pars remanens non sit sufficiens ad reddendum quantitatem fructuum debitam pro illo iure vendito*」ことが欠かせない。また第二に、「定期金の設定は、物の上の役権の一種であり、それ故、役権の性質に従い、収益をもたらす得る部分にも存続する*impositio census est quaedam species servitutis super re; ideo iuxta naturam servitutum remanet super qualibet parte*」といえる。更に、第三には、「永代賃借*emphyteusis*」において「地代が収益に対応している*pensio correspondet fructibus*」ように、定期金もまた「同様の仕方」で収益に

---

反する新たな諸条件を追加することにあつたのではなく、教勅の前文にある通り、普通法に反する合意や条件、そして、普通法を無視する濫用を眼前から排することにあつたからである。それ故、諸氏は、去る1月14日にサクラトゥス氏が担当した別のローマの定期金事案でも我々の与していた以上の見解から離れる必要はなく、多くの訴訟が提起されていたため、なおさらそうすべきとの結論に達した。”  
(*Decisiones sacrae Rotae Romanae*, 1-2.引用は1621年ヴェネツィア刊初版による。)



対応している*correspondeat fructibus ex eadem ratione*」から、「物の全てが減失せず、支払のために十分な部分が残っている限り、全額弁済されねばならない*si res non est in totum perempta, et remanet tanta pars, quae sit sufficiens pro pensione, debet integre solvi*」と解されるというのである。

売買、役権、永代賃借といった「普通法の諸概念*termini iuris communis*」に照らしつつ導かれたこれらの結論は、教勅の第10条の規定とも矛盾しないと考えられ、この点についても論拠が三つ提示されている。まず、同条に示されているのは、定期金負担物の一部減失乃至不毛による定期金の一部消滅という「一般的準則*regula generalis*」にすぎず、本件事案のように「十分な収益をもたらす別の部分が残存している*remanet alia pars capax*」場合にもこの準則が当てはまる旨「明確に*expresse*」定められているわけではない。また、<物の全部又は一部が失われ*re in totum vel pro parte perempta*>という文言に「同一の構文*eadem structura verborum*」で<全部又は一部が不毛となり*infructuosa in totum vel pro parte*>という文言が直接続いている本条の下では、前者は後者と同等の意味を有し、前者は後者によって解明される関係にあるといえる。それ故、定期金負担物の収益が定期金弁済に十分である場合に一部不毛による定期金の一部消滅が生じ得ないのと同様、「残りの部分の収益が定期金の弁済に十分である*fructus reliquae partis sufficiunt pro solutione census*」にも一部減失を認める必要はないというのである。更に、教勅の「前文*prooemium*」からすれば、立法者の意図は、普通法に反する定期金売買を排することにあるから、本条もまた「普通法との関係で受動的な解釈に服する*recipiat interpretationem passivam a iure communi*」ことになり、本条が想定していない本件事案については、「普通法」が妥当することになる。以上のように論証された結論、すなわち、定期金負担物の残存部分に十分な収益が見込める場合には教勅第10条が適用されず、定期金の一部消滅も生じないという点は、メリニが判決の末尾に言及する通り、同年1602年1月14日の判決の中でも確認されていた。フランチェスコ・サクラーティ Francesco Sacratì (1567-1623年：1621年枢機卿司祭)を担当聴聞官とするその判決は、チェンチの判決集にも収録されており(判決90)、そこには、「たとかまどが失われたとしても、定期

金の維持に十分といえる建物が残っていれば十分である *etiam si fornax perempta esset, nihilominus sufficit quod remaneat domus, quae sit capax pro sustentatione census*」との一節が見える（第8番）<sup>143)</sup>。

以上からすれば、定期金負担物の残部に定期金弁済になお十分な収益を期待できる場合にも、定期金の一部減失乃至不毛化に応じた定期金の一部消滅を認めた前述のモリーナ説は、「ピウス5世の教勅が受容された場所」を想定しているにもかかわらず、同時期の教皇庁控訴院の実務とは相容れないことになる。この点を見逃すことなく、モリーナ説を退け、控訴院の実務を支持したのがチェンチであった。定期金負担物減失時の定期金の帰趨を論じた『定期金論』の第3部第1章問題1第2節<sup>144)</sup>では、まず、定期金負担物の一部減失に応じて定

143) *Decisiones sacrae Rotae Romanae*, 77.

144) “前節で確認した通り、定期金に服する土地が減失した場合、定期金全体が消滅するのと同じく、当該土地の一部が減失した場合に、定期金の一部が失効し消滅すべきかどうか問題とされることがあった。〈1.〉この問題は、追加教皇令集3巻5章収録のマルティヌス5世とカリクストゥス3世の教勅によっては解明され決着がついていたわけではないため、ピウス5世が、定期金の創出方式について発した教勅の〈最後に定期金は全て云々〉の一節において、肯定的な仕方でこの問題を明確に解決した。〈2.〉察するところ、ピウス5世をそのように強力に促した理由は、全体について為されたとの同じ判断が部分についても下されねばならないという点にあり【学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第76法文〔前書〕、ティラクエルス『親族取戻論』第1条第7注釈第40番】、教皇庁控訴院においても、担当聴聞官マンザネドゥスの下、1606年5月10日にラヴェンナの定期金に関する判決で、この結論に沿った判断が示され、それは当論考末尾に収められた判決88に見ることができる。

〈3.〉ただし、そのように解されるべきなのは、減失せずに残存した定期金負担物の部分が定期金全額の弁済に見合うだけの果実や収益をもたらさない場合にに限られる。というのも、そのような場合には、定期金全体が有効なままであり、普通法並びにピウス5世の上記教勅に基づき、その債務者は定期金全額の弁済へと義務づけられるからである。これは、フェデリクス・マルティヌスが『定期金法論』第8章第224番以下で述べている通りで、その箇所では彼はこの点を論証し、異論に反駁している。更に、スタティリウス・パキフィクスの『サルウィウス特示命令論』第5考察第1章第147番も同旨であり、極め付きには、教皇庁控訴院も、メリヌス枢機卿

猥下のもとで、1602年10月30日にローマの定期金についてその旨はつきりと判示した。当論考末尾の判決1がそれである。〈4.〉同判決の第3番では、そのように結論付ける理由として、定期金が、物の特定の部分ではなく物それ自体の上に設定されているため、物のどれだけの部分が残っているにせよ、その果実が定期金全額の弁済に十分である限り、定期金の消滅を帰結もたらすような仕方では物が減失したとはいえないという点が指摘されている。

以上の理由から、フェルナンドウス・レベッルスが『正義の諸義務』第10巻問題6第17番で述べる点、すなわち、年賦金全額の債務は物全体に、年賦金債務の一部は物の一部に、年賦金債務のより多い部分あるいは少ない部分は物のより大きな部分あるいは小さな部分に存するという点は全く疑わしい。なお、そこでは、物の部分の大小は価値の大小の公的評価により定まると解されている。私に言わせれば、このレベッルスの考えは、定期金そのもの、つまり、先ほど引用したローマの定期金に関する控訴院の判決第3番にあるように、物の特定部分ではなく、全体としての物それ自体の上に設定され売却される年賦金とは相容れないものと解される。この点は、サクラトゥス猥下のもとで1602年1月14日にローマの定期金に関して示された控訴院の別の判断によって、十分に裏付けられる。この判断は当論考末尾に判決90として収録されており、その第6番には、定期金が二つの土地の上に設定された場合、その一方が失われても、残る土地の果実が定期金全額の弁済に足りるならば、もう一方の土地の上に定期金全体が存続するとある。そのように定期金が設定され得る点については、当論考第1部第3章問題3第2節〔第12番以下〕で既に述べた。

〈5.〉ルドウィクス・モリナについて同節では言及する必要はないと思われたが、彼は、その『契約論』第2部討論391第3番において次のように考えているようである。すなわち、定期金負担地の一部が失われれば、常に、定期金の相応の部分が消滅すべきで、残った部分が定期金全額の弁済に十分な果実をもたらすかどうかは考慮されず、区別もされない、というのである。そのような考えに彼を促したのは、次のように一見して全く明らかでもっともな理由である。すなわち、定期金とは物における権利であり、定期金が設定された物全体が毎年の定期金弁済の負担を課され、当該負担が全体に及ぶので、負担全体は物全体に、負担の一部は物の一部に存するというのである。レベッルスも前掲書第17番でそのように解しているようである。そのような理由からモリナが導くところによれば、定期金負担物の一部減失に応じて必然的に、その実体として当該部分に設定されていた負担の一部が失効し消滅するのであり、その結果、定期金の一部もまた、物の残部が定期金全額の弁済に十分な果実をもたらすとしても、失効し消滅するとされる。〈6.〉確かに、この理由は十

期金自体も一部消滅する旨明文で定めたピウス5世の教勅の規定(第10条)について、「そのように解されるべきなのは、滅失せずに残存した定期金負担地の部分が定期金全額の弁済に見合うだけの果実や収益をもたらさない場合に限られる *ita accipiendum esse nisi pars fundi suppositi, quae remanet non perempta tot ferat fructus et redditus, sui sufficient ad solutionem ntegricensus*」との解釈が提示されている。そのような制限的解釈を裏付けるものとして参照されているのが、1602年10月30日の教皇庁控訴院の判決である。この判決では、前述の通り、普通法の諸原則と教勅の文言という二つの次元で解釈の整合性が吟味されていた。これに対して、チェンチによる判旨紹介は簡略なもので、控訴院が示した諸論拠の内、役権の不可分性との類比のみが参照され、

---

分に雄弁であるように見えるが、私をモリナやレベッルスの見解へと引き入れ得るようなものではない。なぜなら、そこには誤謬が含まれているからであり、その誤謬とは、定期金の設定によって定期金負担地の上に課される物的権利は、土地のどの部分にも、全体として欠けるところなく設定されているわけではないとする点にある。〈7.〉というのも、定期金が何らかの地所の上に設定される場合、当該地所は、欠けるところのない全体として捉えられ、当該地所の各部分はそれ自体区別され分割されたものと見なされるわけではないからである。つまり、定期金全体が、土地自体の上にその全体にわたって設定されるのであって、定期金の各部分が土地の各部分の上に設定されていて、土地の各部分にどれだけの定期金の部分が課されているのか判定し得るわけではない。以上からモリナとレベッルスの主張は破綻している。〈8.〉加えて、定期金負担地に設定される物的権利は、概念的に土地自体に関連付けられる必要はなく、土地の果実と相関的に捉えられるべきであるから、土地は果実に関して負担を課され、要するに、毎年の定期金は、当該土地から収受される果実に応じて弁済されるのである。それ故、残された土地の部分が年賦定期金全額に見合うだけの果実をもたらす限り、全額が弁済されるとしても不都合はなく、それは、失われずに残っている土地の部分の果実が充たすだけの部分について弁済されると変わりはない。以上全てについて、控訴院は、ランケロトゥス [→メリヌス] 枢機卿陛下のもとで1602年10月30日にローマの定期金に関し曖昧なところなく同じように判断しているものと解され、それが当論考末尾の判決1であり、以上の議論に最大限に寄与し得る。”(Tractatus de censibus, 223-224.引用bは1621年ヴェネツィア刊初版による。)

「定期金が、物の特定の部分ではなく物それ自体の上に設定されているため、物のどれだけの部分が残っているにせよ、その果実が定期金全額の弁済に十分である限り、定期金の消滅を帰結しもたらすような仕方では物が減失したとはいえない*census constituitur simpliciter super ipsa re, et non super aliqua certa parte rei, et ideo donec superest tanta illius pars cuius fructus satis sint ad solutionem integri census non potest dici perempta res, ipsa ad effectum, ut inde resultet, et sequatur extinctio census*」と要約されている(第3番及び第4番)<sup>145)</sup>。

また、同判決後に出版された文献から、この制限的解釈に与するものとして、イエズス会士でインゴルシュタットとフライブルクで教会法を講じたフリードリヒ・マルティーニFriedrich Martini(?-1630年)による『定期金の法、とりわけ、購入を権原としてもたらされる年賦金の法に関する注解*De iure censuum, seu annuorum reddituum, eorum potissimum, qui emptionis titulo comparantur commentarius*』(1604年初版)<sup>146)</sup>と、ローマの弁護士スタティエリオ・パチフィーチStatilio Pacifici(1560-1619年)による『サルウィウス特示命令論*Tractatus de salviano interdico*』(1610年初版)も引用されている。人的定期金許容論者であるマルティーニによれば、定期金が総財産上に設定されたり、「非限定的な言辞で*oratione indefinita*」財産上に設定されたりした場合、それらの財産が仮に悉く減失したとしても、「定期金の権利は人格において存続する*remanet ius census in persona*」とされ、「人的定期金*census personalis*」

145) *Tractatus de censibus*, 223.

146) オーストリア大公マクシミリアン3世(1558-1618年)に献呈された本書は、巻頭に、マルティヌス5世、カリクストゥス3世、ピウス5世の各教皇令、皇帝マクシミリアン1世(1500年)、カール5世(1530年及び1548年)、ルドルフ2世(1577年)の帝国ポリツァイ条例からの定期金関連規定の抜粋、そして、オーストリア大公フェルディナント2世(1529-95年)による定期金に関する条例(1572年)を収録し、特に、前部オーストリア、ティロル、内オーストリアを想定して、「定期金の法*ius censuum*」を包括的に論じたものであるが、文献は、帝国のみならず、イタリア、スペイン、フランスのものが広く参照されている。

自体も、設定者の死亡によって消滅せずにその相続人へ継承され、相続人がいない場合に初めて消滅するとされる（第8章第199番から第212番）<sup>147)</sup>。その一方で、「一つあるいは幾つかの地所乃至土地に特定して不可分に設定された物的定期金は、地所乃至土地が失われれば、全て完全に消滅する *census realis super uno, vel quibusdam praediis, seu fundis in specie, seu individuo constitutus, praedio vel praediis extinctis, in totum, et prorsus perit*」とされ（第213番）<sup>148)</sup>、チェンチが引用しているのは、この「物的定期金 *census realis*」に関する結論が妥当しない例外的場面の一つとして、定期金負担物の一部滅失についてふれた箇所である（第224番）<sup>149)</sup>。すなわち、「定期金負担地 *praedium censuale*」が「部分的に失われる *partim pereat*」場合、「定期金負担地の残っている部分が年賦金の履行に十分なだけのものをもたらすならば、一部滅失に際して、定期金はその全てにおいても一部においても消滅することはないが、地所の残っている部分が、年賦金の履行に要するだけの果実をもたらす得ないならば、果実が定期金全額の履行のために不足している限りにおいて、定期金は消滅する *si, quod de praedio censuali superest, tantum ferat, quantum ad annuam pensionem praestandam satis est, partis interitu census neque in totum, neque pro parte perit: sin vero praedii pars, quae superest, ad tantos fructus, quanti ad annuas pensiones pendendas requiruntur, non sufficiat, tunc census hactenus perit, quatenus fructus ad integrum reditum praestandum non sufficiunt*」というのである<sup>150)</sup>。

---

147) *De iure censuum*, 445-447. 引用は1604年フライブルク刊初版による。

148) *De iure censuum*, 447-448.

149) *De iure censuum*, 450-451.

150) マルティーニ自身は、この解釈の典拠として、アスピルクエタの増補版『微利注解』問題19、モリーナの前述討論391「第8条項」注釈第3番、トリーア大司教区の保佐司教 *Weihbischof* 並びに司教総代理 *Generalvikar* であったペーター・ビンズフェルト *Peter Binsfeld* (1545/6-98年) の『カノン法の微利に関する章への設問と結論による神学的並びに法学的注解 *Commentarius theologicus et iuridicus in titulum iuris canonici de usuris per quaestiones et conclusiones resolutorius*』(1593年初版) から

また、教皇庁控訴院の聴聞官団に献呈されたパチフィーチの上記著書からは、「定期金が建物上に設定され、その建物の全部又は一部が失われた場合、定期金の全部又は一部が消滅し、それ故また、サルウィウス特示命令の一部又は全部も失われるのか*si census impositus esset super domo, quae in totum, seu in partem periit, an in totum, seu in partem pereat census, et sic etiam in parte, vel in totum Salvianum*」問われた箇所が参照されている(考察5第1章第147番)<sup>151)</sup>。この点、定期金を負担する建物が一部減失しても、「残る部分が十分に収益をもたらし、当該定期金の負担を担い得る*alia pars remanens sit capax, et sustinere possit onus dicti census*」限り、定期金全額が存続し、定期金不履行時には、「サルウィウス特示命令*Salvianum interdictum*」に基づく定期金負担物の果実の占有取得もそのまま全額について認められるというのがパチフィーチの見解のようである。パチフィーチは、聖都の実務家らしく、前

---

別書第5巻第19章第6節注釈の設問12結論2末尾の三点を挙げている。しかし、アスピルクエタは、「課税対象であるが定期金を負担しているわけではない地所の一部が減失しただけでは*ex eo solo quod pars praedii vectigalis, ne censui suppositi perdatur*」定期金は消滅しない旨述べているにすぎないし(Commentarius, 42r.)、「たとえ、全額の支払いを満たす分をはるかに上回る果実が、定期金負担物に残されているとしても」定期金の一部消滅を認めるモリーナに至っては、マルティーニの理解とは正反対といえる。ピンスフェルトも、「定期金のために指定された物が定期金に同等であるか定期金を超える*res, quae censui assignatur, eundem aequet, aut superet*」ことが定期金売買の有効要件とされる理由として、「定期金とは物の果実や便益から弁済される年賦金の売買であるから、年賦金に相当する物の果実が存しなければ、仮装された購入にすぎず*cum census sit emptio venditioque pensionis solvendae ex fructibus sive utilitate rei, si tantus non sit fructus rei, quanta est pensio, non erit nisi simulata emptio*」、「購入物が物の性質を備えない以上、契約は徴利の様相を呈する*res empti non sit in rerum natura, et ita contractus sapiet usuram*」と述べるに留まり、定期金負担物の一部減失時の定期金の帰趨について明言しているわけではない(Commentarius theologicus et iuridicus, 260.引用は1593年トリーア刊初版による)。

151) Tractatus de salviano interdicto, 361-362. 引用は1618年ローマ刊第二版による。なお、この箇所は、初版には見られず、第二版で追加されている。

述1602年10月31日の教皇庁控訴院の判決にも言及しており<sup>152)</sup>、十分な収益が見込める定期金負担物の残部の上に定期金全額を存続させる控訴院の判断に、「サルウィウス特示命令」に関する自らの立場の裏付けを見出している。

チェンチは、以上のように、教勅第10条の制限的解釈の実務並びに学説上の典拠を示した後、これに反する見解の論駁を試みている（前掲第2節第5番から第8番）<sup>153)</sup>。その際、モリーナの前述討論391「第8条項」注釈第3番と並んで言及されているのが、やはりイエズス会士でエヴォラ大学におけるモリーナの後任でもあったフェルナン・レベロFernão Rebelo(1546-1608年)による『正義、信仰、愛の諸義務に関する著作Opus de obligationibus iustitiae, religionis et caritatis』（1608年初版）の第2部第10章「定期金についてDe censibus」の一節である。レベロは、定期金に関する「ピウス5世の教書Pii quinti diploma」について、「カステーリャでは受容されなかったとしても、ポルトガルにおいて受容されたのは明らかであるet si in Castella receptum non fuerit, in Lusitania tamen receptum fuisse constat」として、当該教書に示された「正当な定期金の条件*liciti census conditio*」を列挙解説する（問題6「買戻可能な定期金が正当であるために如何なる諸条件が求められるのかQuae nam conditiones exigantur, ut census redimibilis sit licitus?」）<sup>154)</sup>。その四つ目の条件に位置付けられているのが、教勅第10条所定の定期金負担物の滅失乃至不毛化に応じた定期金消滅である。レベロによれば、当規定による定期金消滅は、「物の一部ではなくむしろその価値の一部の割合に応じて*secundum propotionem, non tam prtis rei, quam valoris ipsius partis*」生じ、「年賦金全額の債務は物全体に、年賦金債務の一部は物の一部に、年賦金債務のより多い部分あるいは

152) なお、パチフィーチの著者も、チェンチの『定期金論』と同様、論考の主題に関連する教皇庁控訴院の判決を収集整理して巻末に収録しており（初版193件、第二版308件）、当判決は論考第二版巻末の判決集に判決187として収録されている（*Decisiones sacrae rotae Romanae*, 201-203. 出版年は本編の論考第二版より一年早い1617年）。

153) *Tractatus de censibus*, 223-224.

154) *Opus de obligationibus iustitiae*, 688. 引用は1608年リヨン刊初版による。



少ない部分は物のより大きな部分あるいは小さな部分にそれぞれ存するとはいえ、この場合、価値の大小の公的評価に従い明らかになるところが物の部分の大小にあたりと見なされねばならない *tota pensionis obligatio est in tota re, et pars in parte, et maior minorve pars obligationis in maiori, minorve parte rei, maior autem, minorve illa hic dicenda est, quae secundum communem aestimationem maioris, minorisve valoris exiterit*」とされる(第17番)<sup>155)</sup>。そのように解さなければ、弁済の原資となる定期金負担物の収益の有無にかかわらず定期金債務が存続することになって、「物的定期金が人的定期金へと変容してしまう *census realis converteretur in personalem*」し、「定期金債務 *obligatio censualis*」は、「基体乃至基礎に備わる偶有性のように、物に存する *est in re per modum accidentis in suo subiecto, sive fundamento*」から、「基体の喪失に応じて偶有性もまた消滅する *ad modum subiecti pereuntis ipsa quoque pereat*」のと同じく、定期金負担物の滅失に応じて消滅するというのである。従って、「定期金を課された建物やブドウ畑が失われれば、定期金の一部もまた消滅せざるを得ず、その結果、残りの土地や敷地に対応する年賦金のみが債務として負担される *si domus, vel vinea censita destruat, partem quoque debere perire, ita ut ea sola pars pensionis sub obligationem cadat, quae solo areaeve relictas correspondet*」ことになる。レペロがその旨明言しているわけではないが、滅失部分の評価額に応じて定期金が消滅するとの議論からすれば、定期金負担物の残存部分に定期金全額の弁済に十分な収益が見込める場合であっても、結論は変わらない。チェンチは、そのような見立てに基づいて、レペロの所論をモリーナのそれと共に論駁対象に据えたのである。

チェンチによれば、両者の「誤謬 *fallacia*」は、定期金が土地乃至地所の上に設定される場合に、その「各部分 *singulae partes*」を「それ自体区別され分割されたもの *de per se distinctae, et separatae*」と見なし、「定期金の各部分が土地の各部分の上に設定されていて、土地の各部分にどれだけの定期金の部分が課されているのか判定し得る *quaelibet pars census imponitur super*

---

155) *Opus de obligationibus iustitiae*, 691.

quaelibet parte fundi, ita ut possit discerni quanta pars census sit super qualibet parte fundi collocata」と解する点にある。しかし実際には、「当該地所が欠けるところのない全体として捉えられ *consideartur tanquam unum totum integrale*」、「定期金全体が土地自体の上にその全体にわたって設定される *totus census inponitur super toto fundo tamquam super illo toto*」のことであって、この理屈は、定期金負担物の一部が失われた場合にも妥当する。つまり、定期金負担物の残存部分が「欠けるところのない全体 *unum totum integrale*」として十分な「果実 *fructus*」をもたらす限り、「定期金全体 *totus census*」もまた存続するというわけである。また、チェンチは、「定期金負担地に設定される物的権利は、概念的に土地自体に関連付けられる必要はなく、土地の果実と相関的に捉えられねばならない *ius istud reale, quod constituitur super fundo censuato non debet considerari terminative ad ipsum fundum, sed relative ad fructus illius*」とも主張する。このように解するならば、「毎年の定期金は当該土地から収受される果実に応じて弁済される *annua censualis responsio solvatur ratione fructuum, qui ex illo fundo percipiuntur*」から、「残された土地の部分が年賦定期金全額に見合うだけの果実をもたらす限り、全額が弁済されるとしても不都合はなく、それは、失われずに残っている土地の部分の果実が充たすだけの部分について弁済されるのと変わりはない *si pars fundi, quae remanet ferat tot fructus, qui sufficiant pro integro censu annuo non est inconveniens, ut integra responsio solvatur, sin minus solvatur pro ea parte ad cuius solutionem fructus partis fundi remanentis, et non peremptae sufficiunt*」のである。「土地の果実 *fructus fundi*」という「価値 *valor*」に着目する点ではレベロに似ているが、チェンチは、その「価値」を定期金との関係で不可分のものと捉えている。それは、レベロとモリーナに対する反論であると同時に、役権の不可分性を物的定期金に当てはめた教皇庁控訴院の前掲判決の敷衍でもあった。

ところで、定期金負担物滅失時の定期金債務の存続は、定期金負担物と定期金債務の関係を抵当目的物と被担保債務の間の主従関係に見立てることを介して、人的定期金の正当化を図るコバルビアスの主張の根幹を成していた。逆に

言えば、人的定期金の売買を徴利として排除する教勅は、このコバルピアスの抵当類比論と決して両立しないはずである。実際、今もふれた通り、教皇庁控訴院の判決には、物的定期金を「役権の一種 *quaedam species servitutis*」と見なすものもある。しかし、その一方で、例えば、アレッサンドロ・ルドヴィーシ *Alessandro Ludovisi* (1554-1623年。後の教皇グレゴリウス15世) によって担当された1604年11月26日の判決(判決5)には、傍論ではあるが、コバルピアスの『問題解決集』第3巻第7章を引用しつつ、定期金が「その性質上、抵当を内包する *de sui natura continet hypothecam*」と述べる一節が見える(第11番)<sup>156)</sup>。また、前述の1602年1月14日判決(判決90)でも、「定期金設定者 *impositor census*」が「定期金負担物の処分 *alienatio rei censualis*」によって免責されないことの理由として、定期金設定時には「物的訴権 *actio realis*」と「人的訴権 *actio personalis*」の二つが発生し、前者は「物の保有者に伴い *sequitur possessorem rei*」、後者は「契約者自身に伴う *sequitur ipsum contrahentem*」旨指摘され(第10番から第12番まで)、抵当への言及はないものの、典拠の一つには、やはりコバルピアスの『問題解決集』から同じ箇所が挙がっている<sup>157)</sup>。

ピウス5世の教勅が定期金負担物の処分禁止特約を無効とした以上(第5条)、設定者による定期金負担物の譲渡に制限はないが、定期金設定者は定期金負担物の譲渡後も免責されることなく定期金弁済について人的債務を負い続ける。一方、定期金負担物の譲受人は、定期金負担物を保有する限り、「物的訴権」の行使を受けることになる。教皇庁控訴院は、定期金負担物が、定期金債務との関係で抵当に匹敵する物的担保としての役割を果たすことを認めているわけである。チェンチも『定期金論』第2部第2章問題5第9節において、「定期金という果実の取得のために抵当訴権によって定期金負担物の保有者は誰であれ訴求され得る *pro fructibus census consequendis agi possit contra quilibet rei suppositae possessorem actione hypoyhecaria*」ことに「何人も

156) *Decisiones sacrae Rotae Romanae*, 6.

157) *Decisiones sacrae Rotae Romanae*, 77.

疑いを抱いていない *nemo umquam dubitavit*』とし(第3番)<sup>158)</sup>、「定期金の権利者乃至債権者には、定期金を設定売却したり他の仕方でその弁済の義務を負う者に対して人的訴権を行使するか、あるいは、抵当目的物の保有者に対して抵当訴権乃至サルウィウス特示命令を行使するのかの選択が許される *domino et creditori census detur electio ut agat vel actione personali contra eum, qui censum imposuit, et vendidit, vel alias ad illius solutionem tenetur, vel contra possessorem bonorum hypothecatorum actione hypothecaria, vel Salviano interdicto*』と述べている(第41番)<sup>159)</sup>。しかも、「定期金を設定売却した者が検索されることなく、直ちに、定期金に服する財産の保有者に対して抵当訴権が行使され得る *actio hypotheca possit recta via intentari contra possessionem bonorum censui subiugartorum absque eo, uod excutiatur, is, qui censum imposuit, et vendidit*』とも指摘され、定期金売主への人的検索を経ない抵当訴権の行使を肯定するのがチェンチの立場のようである(第20番)<sup>160)</sup>。この未検索訴求肯定論について、チェンチは多数の典拠を列挙しており、そこには、コバルビアスの他に、本稿でも検討してきたヴァス、ボッカッチ、ソリス、モリーナ等の所説が特に区別もなく含まれている。しかし、ソリスを除く三者が各人各様の仕方でもコバルビアスの抵当類比論を批判していた<sup>161)</sup> ことには全く言及はない。また、ピウス5世の教勅を前提とする以上、人的定期金を許容する論拠としての抵当類比論とも無縁である。実際、チェンチは、コバルビアス

158) *Tractatus de censibus*, 212.

159) *Tractatus de censibus*, 215. 「定期金契約においては、定期金という果実の弁済のために、定期金の負担を課される物の上に抵当が締結される *in contractu censuali pro fructuum census solutine contrahatur hypotheca super re, quae oneri census subijcitur*」ので(第15番)、当該抵当の関連において、「サルウィウス特示命令による救済 *remedium Salviani interdicti*」、つまり、定期金負担物の「果実 *fructus*」の占有取得も許されるのだとされる(*Tractatus de censibus*, 213.)。定期金自体の対第三者請求については後述参照。

160) *Tractatus de censibus*, 213.

161) ヴァスについては「定期金負担物の滅失(1)II」の270頁以下、ボッカッチについては同(2)Vの239頁、モリーナについて前述XIをそれぞれ参照。

の抵当類比論を繰り返し参照する一方で、「年定期金が一般に人的訴権のみによって存続する*annui reditus sola personali actione plerumque subsistant*」との想定については、「当該契約の本性に反する*repugnare naturae huius contractus*」と明言している(第41番末尾)<sup>162)</sup>。物的定期金のみを許容する教勅の枠内では、モリーナが試みたような抵当を伴う人的定期金との区別も不要である。

それでは、定期金負担物の一部の保有者に対する一括訴求の可否についてはどうであろうか。モリーナは、既に見た通り、抵当訴権をめぐる通説に反して分割訴求を主張するコバルビアスの立場を抵当類比説の自家撞着として批判していた。これに対して、チェンチは、両者の間に立った折衷的な議論を試みている(第2部第2章問題3第8節の第4番から第10番)<sup>163)</sup>。チェンチによれば、

162) Tractatus de censibus, 215.

163) “〈4.〉この論争において、私の見解を明示するならば、コワッルウィアスとその追隨者等の意見の方が、定期金契約の本性により合致するので、むしろ私から見て好ましい。実際、定期金の設定及び賦課の時には、一つの土地にのみ設定されるにせよ、上記の通り、複数であるが特定され限定された土地に設定されるにせよ、その一つの土地、あるいは、同時に結びつけられた複数の土地が、定期金の全体全額の賦課と設定に十分であったかが考慮され重視されねばならず、それは、定期金創出に関するピウス5世の教勅にその旨定められ、前述第1部第3章問題2第1節及び同問題3第2節でも既に詳しく検討した通りであるから、土地が分割されたり、複数の土地が異なる人に移転されたりすると、その一つの地所のどの部分も、そしてまた、複数の地所の中のどの地所も、設定された年賦金全額にとって不十分となる可能性が極めて高い。それ故また、定期金負担地の一部の保有者や、複数の定期金負担地の一つの保有者が、定期金全額の弁済を義務づけられ強いられ得るとすれば、自身が保有する地所の価値や果実を超えて追及され訴求され得ることになり、その結果、定期金は、負担付きの土地の占有取得によって成立する人的債務に基づき弁済されるのと変わらない。〈5.〉この場合、二つの奇妙な事態が競合している。一つは、誰かが契約なしに人的訴権によって義務づけられるという点であり、これは法の諸原則とも矛盾する【学説彙纂3巻3章「代訴人及び弁護人について」第42法文2節、カッサネウス『ブルゴーニュ慣習法注解』第11章「賃租について」第6条注釈第1番、スルドゥス『マントヴァ元老院判決集』判決32第7番末尾】。もう一つは、定期金が人的債務に基づき義務づけられることになるという点であり、それ

「定期金の設定及び賦課の時には、一つの土地にのみ設定されるにせよ、複数であるが特定され限定された土地に設定されるにせよ、その一つの土地、あるいは、同時に結びつけられた複数の土地が、定期金の全体全額の賦課と設定に十分であったかが考慮され重視されねばならない*tempore constitutionis et impositionis census sive constituentur super uno solo fundo, sive pluribus, certis tamen et limitatis, semperdebuert haberi ratio et respectus, ut vel ille unus fundus, vel illi plures simul iuncti essent capaces totius, et integri census imponendi, et constituendi*」とされる。ところが、定期金設定後、「土地が分

---

が定期金契約の本性と本質に反し、法全体によって禁じられていることは先に第1部第3章問題1第6節で論証した。そして、以上の見解が考えられる限り最も望ましいと解されるが、ルドウィクス・モリナの前掲『契約論』討論391第3番や、メリヌス枢機卿の下で1602年10月30日にローマの定期金について下された教皇庁控訴院の判決は異なる立場に与している。すなわち、定期金は土地の部分上ではなく土地全体の上に設定されるから、負担全体が土地全体に存するのと同じ仕方、どの部分にも、同じ定期金の負担の部分が比例して存続し維持されねばならないというのである【論拠となるのは学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第76法文〔前書〕】。本節で考慮する別の理屈は【コワツルウィアス前掲書第7番】、以上の理屈とそれほど異ならないと私は考える。(6.) すなわち、それによれば、複数の土地上への定期金の設定は、個々の土地上に一括で及ぶものとしてではなく、各土地に、その質と量に応じて可能な割合において為されるのであり、もしそうではないと解するならば、定期金が各土地の果実に関連付けられて設定されると述べるのは正しくないことになる。(7.) ただし、以上の点が妥当するのは、つい先ほど述べたように定期金負担地の保有者に向けて付与される対物指定の人的訴権が行使される場合であると解すべきである。(8.) これに対して、そのような保有者が、単純な抵当訴権、もしくは、後に第2章問題5第9節で述べる通り、この種の保有者との関係で付与されるサルウィウス特示命令の救済によって訴求される場合は別である。というのも、その場合、如何なる保有者に対しても、定期金の全体全額について一括して訴求され得ると私は考えるからである。(9.) つまり、それは、保有者に定期金の全体全額を弁済させるためではなく、その者から定期金負担地の占有が奪われ、定期金の全体全額とその債権が満足されるまで定期金権利者によって保持されるべく行使されるのである。(10.) なぜなら、如何なる保有者も抵当によれば一括で訴求され得るとするのが通例であるから。”(Tractatus de censibus, 171-172.)

割されたり、複数の土地が異なる人に移転されたりすると、その一つの地所のどの部分も、そしてまた、複数の地所の中のどの地所も、設定された年賦金金額にとって不十分となる可能性が極めて高い*utique diviso illo fundo, vel translatis illis pluribus ad diversas personas satis est verisimile quod non quaelibet pars illius unici praedii, nec quodlibet praedium ex pluribus sit capax totius et integrae annuae responsionis superimpositae*。にもかかわらず、モリーナのように、定期金負担物の一部の保有者に対する一括訴求を認めてしまうと、第三保有者は、自ら保有する定期金負担物の「価値や果実*vires et fructus*」の裏付けを欠いた「人的債務*obligatio personalis*」として定期金を負担することになる。そのような事態は、「契約*contractus*」によらずに「人的債務」を負うという点で不当であるばかりか、物的定期金のみを容認するピウス5世の教勅にも違背する。その一方で、定期金負担物の一部減失に関する前述1602年10月30日の教皇庁控訴院の判決は、残存部分に十分な収益が見込まれる限り、定期金全額の存続を認めており、一部保有者に対する一括訴求を認めない立場と整合性を欠くように見える。しかし、「負担全体が土地全体に存するのと同じ仕方、どの部分にも、同じ定期金の負担の部分が比例して存続し維持されねばならない*sicut totum onus residet in toto fundo, eadem ratione in qualibet parte debet residere, et conservari proportionaliter pars oneris eiusdem census*」という点自体は、定期金負担物の一部減失、分割、譲渡何れにおいても変わらないとされる。つまり、定期金負担地の一部減失においては、残存部分が定期金を負担すべき「土地全体*totus fundus*」となるが、定期金負担地の分割や譲渡によって複数人の保有に帰した場合には、各土地の保有者が「その質と量に応じて*iuxta eius qualitatem et quantitatem*」定期金を負担するというわけである。

このチェンチによる分割訴求説への支持表明は、定期金負担地の保有者一人一人に対して相応の定期金の弁済を求め得る「対物指定の人的訴権*actio personalis in rem scripta*」<sup>164)</sup>の行使を念頭に置いている。これに対して、「抵

164) 物的訴権に準じて行使される当該訴権自体の説明は見当たらない。ローマ法源上

当訴権*actio hypothecaria*」は、「定期金負担地の占有が奪われ、定期金の全体全額とその債権が満足されるまで定期金権利者によって保持されるべく *avocetur possessio fundi censuati retinenda per dominium census quousque de toto et integro censu, et suo credito fuerit satisfactus*」行使され、「サルウィウス特示命令による救済*remedium Salviani interdicti*」も土地の果実について同様の仕方を利用して利用される。つまり、チェンチは、定期金負担物の第三保有者に対しても行使可能な「対物指定の人的訴権」につき分割訴求を認めることで、人的定期金へのなし崩し的変容を回避しつつ、「抵当訴権」や「サルウィウス特示命令」に基づく定期金負担地とその果実の占有取得については、バルトルス説以来の抵当訴権一般の通説に従い<sup>165)</sup>、定期金全体に及ぶ一括訴求を認めているのである。ピウス5世の教勅と教皇庁控訴院に実務に目を配りつつ、錯綜し対立する諸学説の間を巧みに取り持つチェンチの所説には、コバルビアスの抵当類比論以降、半世紀にわたって展開されてきた定期金論の到達点を見ることができるといえる。

(完)

---

の手掛かりは、周知の通り、強迫に関するいわゆる「対物指定訴権*actio in rem scripta*」であるが（「当該訴権は対物的に定められ、暴力を働く者の人格を罰するのではなく、強迫を原因に為されたものが回復されるよう万人に対して求める*haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit quod metus causa factum est*」*D.4.2.9.8.*）、これを目的物の第三保有者に対する訴権として一般化し応用する例として、他に、シャスヌーの『ブルゴーニュ慣習法注解』第10章「親族取戻について*Des retraictz*」第11条文言くもしくは保有者*ou detenteur*>注釈第3番（「慣習法に基づき占有故に義務づけられる*pro consuetudinem est obligatus ex possessionem*」*Commentaria, 343.v.*）も参照。

165) 同じ第2章の問題5第9節第29番以下（*Tractatus de censibus, 214-215.*）で検討されている。