

《論 説》

定期金の概念と類型

—典拠分析による学説史概観—（5・完）

藤 田 貴 宏

V

中世カノン法学からザクセン法へと継承された永代賃借emphyteusis（世襲賃租Erbzins）と留保定期金census reservatus（単純賃租schlechter Zins）の二分法に対するフランツケの批判は、地代不払及び無断譲渡による保有地没収の是非、並びに、譲与者の同意権乃至先買権の有無という三つの相違点それ自体ではなく、むしろ、それらを所有権の完全な移転の有無の必然的な帰結と見なすことに向けられている（『承認礼金論』第64番から第80番¹⁾）。この批判は、

-
- 1) “〈64. ここに区別された諸帰結は、それ自体としては確かに否認されないが、諸博士による上記の不明瞭な二つの意味から実際に導かれるわけではない。〉確かに、これらの点 [= 永代賃借と留保定期金の三つの相違点（第58番から第63番）] は、すぐ後に述べるとおり、それ自体としては誤っていないが、既に述べた原則 [= 所有権の完全な移転の有無によって永代賃借と留保定期金を区分する二分法（第55番から第57番）] から導かれるものではない。特に我々の農民に関してはそうであり、彼らが、一般に定期金（＝賃租）負担付き財産を保有していることは誰の目にも明らかで、我々の下でそれらの財産が「農民保有地」と呼ばれているのもそのためである。〈65. この点が詳しく論じられる。〉というのも、これらの定期金負担付き財産を、君主自身、あるいは、様々な仕方では何れもその封臣にあたる貴族たちから、実際に多くの場合、授封財産として受領している以上、最初に為される譲与によって上級所有権が農民たちに移転されるというようなことは、譲与者である封臣が下級所有権以外に何も有していない上に、封臣がその下級所有権を放棄し他人に移転し封の

一部を現実に処分しようにも、そのようなことは封臣に許されていないので【封建法書第2巻第52章「ロータルによる封処分の禁止について」、同第55章「フリードリヒによる封処分の禁止について」】、決してあり得ないからである。〈66. 同上。〉他方、農民に対するこの種の譲与が許され、今日頻繁に行われているからには、他に下位授封や永代賃借としての譲与において一般に行われているのと同じく、上級所有権に類似した何らかの権利が封臣に残存して然るべきであり、マッタエウス・デ・アッフリクティスが『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第6番で適切に考察しているのはこの点であると考えられる。そこには次のように書かれている。すなわち、「私は、チェリニョーラの封の領主に対して6タリーと15グロッサが毎年支払われている当該目的物が当該封の域内に存している以上、当該事案が上に述べた諸権威に依拠して判断されるべきではなく、そしてまた、定期金契約では目的物の全てつまり下級上級何れの所有権も譲渡されたこととなるが、授封物は全ての所有権が移転されるという仕方では譲渡され得ないのであるから、定期金契約（第五の趣旨によって理解せよ）が推定されるということはある得ない、と述べた云々」、と。〈68. 同上。〉仮にこの種の権利譲与が全て、定期金契約となることはなく、必ず永代賃借となるのだとすれば、農民の財産もやはり全て永借財産ということになるであろうし、それでもなお農民の財産のあるものが定期金負担付き財産であるとすれば、定期金契約には二種類存していて、我々が論じている方の定期金契約はもう一方の定期金契約よりも永借契約に近いはずである。

〈69. 同上。〉この点については、ヤーソンも前掲勅法彙纂第4巻第66章第2法文注釈第41番の末尾で、「ただし、バルドゥスは、コンスタンツの和約の注解第24 [19?] 段の文言「臣従擬制金を支払う」の注釈において、定期金負担物に関する上記の点を、定期金が自己の物について支払われている場合、つまり、本来の意味での定期金が存する場合に限定し、定期金が支払われる相手方の下に存する所有権の承認故に支払われる場合はこの限りではないとしている。というのも、この場合、法によって定められた期間支払わなければ、目的物について有していた権利を失うからである」（以上ヤーソン）、と述べた際に考慮していたように思われる。

〈70. そして、農民に対して耕作用に自らの物を譲与した封臣たる貴族は、たとえそれを望んだとしても、全ての所有権を手放すことはできない、その理由が導かれる。〉ただし、ヤーソンの見解は、権利剥奪に関する限り、誤りであると私は考える。というのも、もしそうでなければ、定期金契約と永借契約との間には名称以外に違いはないことになるし、また、物を特約によって明示的に永代賃借ではなく定期金

のために、しかも、支払いは所有権の承認故に為されるという仕方、譲与することを妨げるものは何もなく、そのような譲与を除いた他の点では普通法に基づき定期金と見なされるからである。

〈71. 同上。〉更に、もしそのようなことが上記のごとく合意をもって為し得るのだとすれば、何らかの封に属する物の譲与に際しては常にそのようなことが生じると私は考える。なぜなら、前者の場合に、所有権が特約の効果として譲与者に留保されるのと同じく、後者の場合には、如何なる処分も許されない目的物の本性や様態故にそうなるからである。〈72. 同上。〉すなわち、そのように授封物全体を完全に譲与することのできない者は、同じ授封物を定期金のために譲与する場合にも常に、上位者としての権利を、あたかも上級所有権ように、自らに留保した上でこれを行うと考えられ、そのような譲与は、他の全ての点で、普通法上、定期金と見なされ、上記の点を除けば如何なる点においても定期金と区別できないのである。

〈73. この最後の意味での定期金負担付き財産と永借財産との間の真の相違点が二つ提示される。〉結局、永借財産と、我々がここで論じている定期金負担付き財産との間の相違は次のような点に限られると私は解する。〈74. 同上。〉それはすなわち、農民等は、それらの財産を売却する際に、先買権を領主にもたらす根拠ともなる通知を領主に対して為す必要は無く、そのように解するラウケルズが前掲『問題集』問題22で的確に論じているとおり、定期金目的物は自由に売却可能であるという点である。これら二つの相違点については、モリナエウスも前掲『パリ慣習法注解』第2章第73条注釈と第74条注釈第2番及び第3番で精確に指摘している。

〈75. そして、先に相違の帰結について述べたところもこの相違点に即して理解される。〉そしてまた、永代賃借と定期金契約との相違から生じる諸帰結について先に述べたところも、まさにこの意味に私は解しているし、それが正しいと考えている。

〈76. 同上。〉法律家でザクセン＝アルテンブルクの尚書長官でもある尊敬すべき私の友人ペルンハルドゥス・ベルトラム閣下もまた、私が本稿脱稿後それほど時を経ずに用務でお訪ねし、この問題について閣下と議論を交わした際、確かに最初はそうであったと考えておられる様子であった。〈77. 同上。〉すなわち、閣下によれば、当初、農民の財産は全て、第一の種類の定期金の意味における定期金負担付き財産であって、あらゆる承認礼金から完全に自由であったが、その後、領主たちの吝嗇と、領主たちの命令に従って承認礼金を支払う領民たちの忍耐の結果、永借財産へと変質してしまったのは自明であり、今日でも、農民の財産が、定期金負担付き財産なのか、つまり、農民の完全な所有権に属するのか、あるいは逆に、永借財産なのか、

以下に見るとおり、「定期金census」の名目で為される「授封財産bona feudalia」の譲与、すなわち、「授封物の定期金census rerum feudaliū」の類型的な独自性を主張する一般論という形で提示され、同時にまた、「農民保有地Bawergüter」、つまり、ザクセンを中心に見られる農民の「世襲賃租地Erbzinsgüter」について、これを永借地と同視して賃租の不払いや保有地の無断譲渡を理由とした没収を認めるべきではないとするフランツケ自身の主張の論拠ともなっている。「授封物の定期金」という名称は『承認礼金論』では未だ用いられてはいないが、『問題解決集』での議論との対応関係を顧慮する本稿では、『承認礼金論』の内容を扱う際にもこの名称を用いてきた。「授封物の定期金」について、疑似授封や承認礼金という「上級所有権の効果directi dominii effectus」を伴う点で永代賃借との類似性を認めつつ、地代不払や無断譲渡による保有地没収を認めない点で永代賃借とは区別する議論（Ⅱ及びⅢ参照）は、どちらかと言えばザクセンの法実務への批判という実践的意図をもって展開されていた。これに対して、ザクセンの世襲賃租のように、保有地の没収の是非等に関しては留保定期金と軌を一にしながら、従来の意味での留保定期金とは異なる定期金の類型の存在を二分法批判という形で論証することは、

つまり、農民の下級所有権に属するのだろうか、が問われることが稀ではないのもそれ故である、と。〈78. 同上。〉この時、閣下はためらう私をこの見解に与するよう強く促されたけれども、つい先程示した理由は前述の見解に与する私の立場をしつかり裏付けている。〈79. 同上。〉つまり、農民たちの財産の大半が、バルドゥスがコンスタンツの和約の第1節の文言「書付賃借」への注釈で明確に主張し、ゾペリウスが『市民法とザクセン法の相違集』第2部第46章第10番でこのバルドゥスを引用しこれに与しているとおおり、貴族たちの封から譲与されたものであり、この点が自明であるとすれば、それらの財産は、譲与者自身の完全な所有権に属していない以上、農民たちの完全な所有権に属するということはあるに得ない。〈80. 同上。〉それ故また、譲与者自身が有していた以上の権利を農民に移転できないというのも明らかである。にもかかわらず、定期金負担付き財産を一種類のみ認めるとする諸博士の通説によれば、定期金負担付き財産は、占有者の完全な所有権に属する見なされる点において、永借財産から区別されるというのである。"(De laudemis, 222-225.)

「授封物の定期金」論のいわば理論的な課題なのである。『問題解決集』での簡潔な叙述²⁾では、留保定期金の下位区分として「完全な自由保有地の定期金 *census rerum pure allodialium*」と「授封物の定期金」が最初から想定され、後者と永代賃借との類似点と相違点に着目する専ら実践的側面が扱われており、「授封物の定期金」の類型それ自体の論証という理論的側面は、旧著『承認礼金論』の叙述に委ねられている。本稿には、二分法の内実(Ⅳ参照)を踏まえた上で、フランツケの「授封物の定期金」論の独自性を学説史的系譜の中に確認する作業が残されているのである。

「賃租 *Zins*」つまり「定期金 *census*」の支払いを土地保有者に義務づけるという意味ではザクセンの世襲賃租も正に定期金契約の一種であり、しかも、フランツケの言うように、「我々の農民が一般に定期金負担付き財産を保有していることは誰の目にも明らかである *rusticos nostros bona censualia regulariter possidere, inter omnes facile constat*」のだとすれば、先のような二分法批判として「授封物の定期金」論が成り立つためには、「定期金負担付き財産 *bona censualia*」である「世襲賃租地」について、なぜ留保定期金の場合と同じく譲与者から受領者への所有権の完全な移転が認められないのかがまず明らかにさねばならない。この点、フランツケは、「農民はこれらの定期金負担付き財産を、君主自身、あるいは、様々な仕方でもれもその封臣にあたる貴族たちから、実際に多くの場合、授封財産として受領していて、譲与者である封臣は下級所有権以外に何も有しておらず、封臣がその下級所有権を放棄し他人に移転し封の一部を現実に処分しようにも、そのようなことは封臣に許されていない以上、最初に為される譲与によって上級所有権が農民たちに移転されるというようなことは決してあり得ない *cum rustici illa bona censualia vel a principe ipso vel nobilibus, qui diversimode omnes vasalli sunt, et quidem plerumque bonis feudalibus, recognoscant, fieri certe non potest, ut per concessionem primitus factam directum dominium in illos fuerit translatum, tum quia vasalli illi concedentes, nil nisi dominium utile habent, tunc quia si et utile illud*

2) Ⅱ注1参照。

dominium a se abdicant et in alios transferunt, partem feudi revera alienant, quod ipsis licitum non est」、と述べている。農民が保有する「定期金負担付き財産bona censualia」は同時に「授封財産bona feudalia」でもあり、皇帝乃至国王の受封者たる「君主princeps」であれ、その下位受封者たる「貴族nobiles」であれ、「譲与者である封臣vasalli concedentes」にはそもそも「下級所有権dominium utile」しか存しないから、「上級所有権directum dominium」を含めた完全な所有権が受領者たる農民に移転するというようなことは論理的にあり得ず、この帰結は封建法における封処分の禁止とも符合するといえるのである。ここでフランツケは、封建法書Libri feudorumから、第2巻第52章「ロータルによる封処分の禁止についてDe prohibita feudi alienatione per Lotharium」³⁾と、同第55章「フリードリヒによる封処分の禁止についてDe

- 3) “敬虔、至福、著名にして、勝利者であり、常に尊厳者たるローマ人の皇帝、ロタリウスⅢ世が、神々しく好意に満ちた慈悲をもって、全人民に。

臣民の便益に目を向け、細心の配慮をもってその危難を軽減することは、皇帝の慈悲の本領であると余は考える。国家の良き状態と帝国の威信をあらゆる私的な便益に優先させることもまた同様である。それ故、現在のみならず将来の余に忠実なるあらゆる人々は、余がロンカリアにて歴代の皇帝の勅法に則り正義と王国の平和の実現のため如何なる約束を為したのか知っていよう。すなわち、ローマ帝国の榮譽に関わるあらゆる事柄を注意深く追求し、極めて有害で国家に少なからぬ損失をもたらしている病癰を排除することを提案したのである。というのも、余に対して為された多くの訴えにより、騎士たちがその恩貸地を方々で処分し、そのように全てを使い果たすことで主君の臣下たる地位を免れていることを余は知り、余の指揮官等が恩貸地を失った騎士たちを余の名の下での幸ある遠征のために率いることができなければ、帝国の力が著しく弱まってしまうことに気付いたからである。そこで、余は、大司教、司教、公、伯、辺境伯、宮中伯、その他の貴族並びに裁判官の勧めと助言により、神の加護の下に永久に有効な本勅令をもって、次の通り定めるものとする。すなわち、何人も、自らの主君から受領している恩貸地を主君の許し無く処分し、あるいは、余の勅令の趣旨に反して何らかの取引を企て、その結果、帝国あるいは主君の利益を損なうことは許されない、と。もし何者かが余のこの上なく有益な法律の命ずるところに反してこの種の不当な取引にかかわり、あるいは、この法律を欺いて何かを為そうと企てたならば、代価と恩貸地の没収を受けるであら

prohibita feudi alienatione per Fridericum」⁴⁾を引用している。前者の第1法文

う。また、そのような契約について書面や証書を作成した公証人は、職務喪失の上、不名誉の危険を引き受けるものとする。1134年11月7日定む。”(Corpus juris civilis, II, 736.)

4) “神の加護の下、常に尊厳者たるローマ人の皇帝フリデリクスが。

王国の利益が不断に保たれ、個々人の境遇が常に損なわれることなく維持されるように国家を思い臣民の便宜に配慮することは皇帝の手腕と言うに相応しい。そのため、余の先代等の慣例に従いロンカリアの大法廷の壇上を占めた際、余は、イタリアの教会指導者たる諸侯並びに王国のその他忠実なる諸侯から、彼らの恩貸地及び封臣が彼らから受領している封を封主の許諾なく質入れされ、あるいは、共謀の上に書付賃借の名目で売却されることで義務づけられた臣従が放棄されることで、帝国の威信が損なわれと余の上首尾な遠征実施が妨げられているとの訴えを少なからず受けた。そこで、余は、司教、公、辺境伯、伯、並びに、宮廷の裁判官その他の指導者等の助言を得て、神の加護の下に永久に妥当する本勅令を以て、次のとおり定めるものとする。すなわち、何人も、封の全部あるいは一部を、封が由来する解される主君の許可なく、売却したり質入れするなど、何らかの仕方でも処分譲渡し、あるいはまた、軽々しく扱うことは許されない、と。ロタリウス帝は、同じ理由から、将来に向かってのみそのようなことが為されないように意図して、法を定めた。しかし、余は、王国にとってのより一層の利益を見通して、事後的にのみならずこれまでに既に為されたこの種の不正な譲渡をも、本決定によって排除し、どれほど長期の時効によっても、最初から当然に有効である事柄は時の経過によっても有効となることはない以上、妨げられることはなく、無効とし、ただ、善意の買主は買主訴権に基づいて売主に対して代価を訴求できるものとする。更に、代価を受領しながら、許されている授封を装って封を売却したり他人に移転するような者たちの狡猾な策略にも対処するため、そのような虚偽やその他余の本勅令の潜脱を企図することは絶対に禁じ、余の命令の下に、そのような不正な譲渡が行われるべく契約した売主と買主は封を失い、直ちに主君の下に復帰するとの刑罰を課すものとする。また、そのような証書を悪意を作成した代書人は、職務を失った上、不名誉の宣告と共に、手を失うものとする。加えて、14歳以上の成人の受封者がその不注意や過誤により、自らの主君に授封を求めることなく一年と一日を過ごすならば、その期間経過とともに封を失い、封は主君に復帰するものとする。”(Corpus juris civilis, II, 737.)

として収録された皇帝ロータルLothar III世(在位1133-1137年)の勅法(1136年)には、「何人も、自らの主君から受領している恩貸地を主君の許し無く処分し、あるいは、余の勅令の趣旨に反して何らかの取引を企て、それによって帝国あるいは主君の利益を損なうことは許されない*nemini licere beneficia quae a suis senioribus habent, sine ipsorum permissione distrahere, vel aliquid commercium adversus tenorem nostrae constitutionis ex cogitare, per quod imperii vel dominorum minuatur utilitas*」、と定められ、また、皇帝フリードリヒFreidrich I世(在位1152-1190年)の一連のいわゆるロンカリアRonchalia: Roncaglia勅法(1158年)の一つである後者の前書では、「何人も、封の全部あるいは一部を、封が由来する解される主君の許可なく、売却したり質入れするなど、何らかの仕方で処分譲渡し、あるいはまた、軽々しく扱うことは許されない*nulli licet feudum totum vel partem aliquam vendere vel pignore, vel quocunque modo distrahere seu alienare, vel pro anima judicare, sine permissione illius domini ad quem feudum spectare dignoscitur*」との同趣旨の定めが再度設けられると共に、「ロタリウス帝Imperator Lotharius」の勅法発布以降も「封臣*vasalli*」が「恩貸地及び封を封主の許諾なく質入れし、あるいは、共謀の上に書付賃借の名目で売却することで義務づけられた臣従を放棄している*beneficia et feuda, sine dominorum licentia pignori obligaverunt, et quadam collusionione nomine libelli vendiderunt, unde debita servitia amittebant*」という現状に対処するため、「ロタリウス帝」のように「恩貸地及び封*beneficia et feuda*」の処分を「将来に向かってのみ*tatum in futurum*」禁ずるのではなく、「これまでに既に為されたこの種の不正な譲渡をも、本決定によって排除し無効とする*etiam hujusmodi alienationes illicitas hactenus perpetratas, hac praesenti sanctione cassamus*」として、勅法の遡及効が宣言されている。従って、12世紀後半以降、帝国法の通用地域では、授封物について質入れや売却といった処分を封主に無断で行うことは法的に不可能であり、「書付賃借*libellum*」を装った売却が処分禁止の免脱行為として名指しされている以上、「書付賃借」との類似性を指摘されるところとなる永代賃借等の形式での封処分もまた禁止の対象に含まれることになろう。しかし、これらの勅

法の目的は、受封者が封主に無断で封臣の地位を放棄し、「義務づけられた臣従debita seevitia」を免脱する結果となるような封の処分を禁ずることであり、受封者が封臣の地位に留まって、依然、封主に臣従し「帝国の威信honor imperii」と皇帝の「上首尾な遠征の実施felicis expeditionis complementum」のために尽くす限り、与えられた封を有効に利用して収益を得ることは許されるどころか、むしろ領地の防衛と従軍への備えとして強く求められるはずである。つまり、封臣たる貴族が封主に同意を得ることなく「授封物」を「定期金負担付き財産」として農民等に譲与する慣行は、封臣たる地位それ自体の移転乃至放棄が伴わない限り、封処分を禁ずるこれらの勅法には反しない。正にそれ故に、フランツケの指摘するとおり、「農民に対して為されるこの種の譲与が許され、今日頻繁に行われているconcessionēs hujusmodi rusticis factae licitae sunt, hodieque frequētantur」のである。このように受封者が封主との関係で依然封臣の地位を失うことなく「授封物」を農民に譲与する場合、譲与者に残存する封臣としての地位と「授封物」の受領者たる農民の地位との間には、封主と封臣に類する分割所有関係が生じることになろう。「授封物の定期金」なるものが存在し得るとすれば、そこでは、「他に下位授封や永代賃借としての譲与において一般に行われているのと同じく、上級所有権に類似した何らかの権利が封臣に残存して然るべきなのであるoportet certe jus aliquod dominio directo simile in vasallis remansisse, sicut in subinfeudatione et in emphyteusine datione alias usu venire solet」。

封臣の地位を保持したまま授封物を譲与することは、分割所有権概念から論理必然的に帰結する完全な所有権移転の不可能性と、勅法に基づく封処分の法的な不可能性の何れとも矛盾しない。授封物をめぐる所有権の完全移転の可否と処分の是非とは本来別の問題であるが、封臣が授封物を他人に譲渡して臣従義務を免脱すれば封主に留保された上級所有権は事実上機能せず、受領者は完全な所有権者として振る舞いかねない。まさにそのような事態を避けるために封処分が禁じられているのである。フランツケがこのような二つの不可能性の連関に着目したのは、封建法上想定されている「下位授封subinfeudatione」以外に両者に矛盾せず授封物を譲与できる場合、つまり、永代賃借や書付賃借等

の形式によるいわゆる疑似授封*quasi investitura*の一つに、「授封物の定期金」を加えたいがためである。「授封物」の譲与について、所有権の完全移転の不可能性と封建法による封処分の禁止の両者を見据え、その意味で「適切に考察した*probe observasse*」ものとして、フランツケは、マッテオ・ダフリット Matteo d'Affitto (1443-1528年) の『ナポリ王国神聖顧問会判決集*Decisiones sacri regii Neapolitani consilii*』(1499年初版、以下『判決集』と略称)の判決129「永借権について*De iure emphyteutico*」⁵⁾の議論を数行にわたって抜粋引用している(『承認礼金論』第67番)。ここで考察の対象となっているのは、「アンジェロAngelo伯が、プッリャPuglia地方のチェリニョーラCerignolaの土地の下級所有権者として、当地で農場付きの建物を保有する主席司祭を訴え、かつて当地の宮廷の竈が存していたその農場付き建物が封へと回復されることを求めている*comes Angeli agit tanquam utilis dominus terrae Cirignolae de provincia Apuliae contra archipresbyterum dictae terrae possidentem quandam domum cum casaleno, ubi alias erat furnus dictae curiae, quam petit reintegrari ad feudum*」事案であり、元の保有者が「当該建物及び農場をアンジェロ伯の同意を得ることなく上記主席司祭に売却した*vendidit dictam domum et casalenum dicto archipresbytero sine eius consensu*」という点が回復請求の根拠として主張された。ナポリ王国の最上級審の一つである王国神聖顧問会*Sacrum Regium Consilium: Sacro Real Consiglio*において審理されたのは、第一に、「上記農場付き建物が上記チェリニョーラの封からの授封物であることが証明されているか否か*utrum sit probatum, quod dicta domus cum casaleno sit feudalis de dicto feudo cirignolae*」、第二に、「授封物であることが証明されない場合、永借物あるいは定期金負担物と推定されるのか否か*an si non probetur quod sit feudalis, utrum praesumitur emphyteutica vel censualis*」、第三に、「伯の財務代行者が買主から定期金乃至収益を受領することによって、権利没収の法について伯自身に不利益が生じると解すべきか否か*utrum per receptionem census sive redditus factam ab aerariis comitis, ab*

5) 全体の試訳は「ナポリ王国における授封物の定期金」獨協法学第90号参照。

ipso emptore, videatur praeiudicatum in iure caducitatis ipsi comiti」、第四に、「封として譲与済みの目的物は封主の同意が無くても譲渡できるとの慣習法が証明されているか否か *utrum sit probata consuetudo, quod res reddititae feudo possint alienari sine consensu domini*」、第五に、「王国内において、不毛地である授封物が領主の同意なく売却された場合、領主はそれを取り戻すことができるのか否か *utrum in Regno si res sterilis feudalit sit vendita sine consensu domini, dominus possit illam vendicare*」、であり、自ら判事(国王顧問官 *Consiliarius*)の一人として審理に加わったダフリットはこれら五つの争点について、自己の見解を交えつつ検討している。この内、フランツケが引用しているのは、第二の争点についてダフリット自身の見解を述べた箇所(第6番)である。

ナポリ王の封臣としてチェリニョーラを授封されたアンジェロ伯から「ジョズエ *Iosue: Giosuè*」なる者に譲与された「農場付き建物 *domus cum casaleno*」が、「チェリニョーラの封からの授封物 *res feudalit de feudo Cirignolae*」、つまり、封の一部が下位授封されたものであるとするならば、当該下位授封の封臣に当たる「ジョズエ」が同じく封主に当たるアンジェロ伯に無断で授封物たる建物を被告の「主席司祭 *archiprebyster*」に売却し、封臣の地位を離れたことになって、封建法上の封処分の禁止に反する。しかし、「封の要素は収益ではなく忠誠である *redditus non est de substantia feudi, sed fidelitas*」(アンジェー家支配期に王国大審院 *Magna regia curia* の判事とナポリ大学法学教授を務めたアンドレアス・デ・イセルニア *Andreas de Isernia* [?-1316?年] の封建法書注解 [『封の慣行及び慣習法の注解 *Commentaria in usus et consuetudines feudorum*』] の第2巻第24章「恩貸地の第一の喪失原因は何であったか *Quae fuit prima causa beneficii amittendi*」第2節に含まれる法文「しかし、引き換えに恩貸地が付与されている事柄、つまり、奉仕を為すことを拒否した場合以上に正当な恩貸地没収の根拠は存しない *sed non est alia justior causa beneficii auferendi, quam si id, propter quod beneficium datum fuerit, hoc servitium facere recusaverit*」⁶⁾への注釈⁷⁾が典拠として指示されている) ところ、裁判で証明されたのは、アンジェロ伯が当該建物から「毎年6タリー

と15グロッサannuatim tarení sex et grossi quindecim」の「収益redditus」を得ていたという点に留まるので、判事等はダフリットを含め「全員一致per totum Consilium」で、当該建物は「チェリニョーラの封feudum Cirignolae」からの下位授封による「授封物res feudalis」ではなく、単なる「収益負担物res reddititia」にすぎないとの結論に達したとされる。アンジェロ伯による当該建物の譲与を「永借契約contractus emphyteuticus」と「定期金契約contractus censuarius」の何れと推定すべきかとの第二の争点は、以上のように第一の争点が消極的に解されて初めて問題となる。なぜなら、アンジェロ伯による授封物の譲与が下位授封ではなく、封処分の禁止を直接の根拠とする当該建物の回復請求が認められないとしても、永代賃借と留保定期金の二分法の下、前者が推定されるならば、ローマ法上、無断譲渡を理由に当該建物を取り戻すことができるからである。この争点に関して、ダフリットは、まず一般論として、永借契約を推定するバルドゥスではなく、定期金契約を推定するアルベリクス・デ・ロサーテAlbericus de Rosate (1290?-1360年)の見解に与し、更に、グイレルムス・デュランティスGuilelmus Durantis (1237?-1296年)、通称「観察者Speculator」の『法の鏡Speculum juris』や、別書第3巻第36章第6節の諸注釈を援用している(第4番)。続いて、同じ定期金推定論者とし

6) Corpus juris civilis, II, 728.

7) ただし、イセルニアはこの注釈で、「封主の同意による以外には封の譲渡は無効であるalienatio feudi non valet aliter, quam de consensu domini」との大前提の下で、「譲渡が有効であるべく封主が同意したと解され、当該同意が妥当し、奉仕という物的義務が買主に移転するdominus videtur consentire, ut alienatio teneat, et hoc operatur suus consensus, realis obligatio servitii transiret in emptorem」場合に、「封主は奉仕について明記し留保せねばならず、もしそうしなかった場合には、奉仕に関しては任意と認めるものdominus debet servitium exprimere, reservando, alias libere dat quantum ad servitium」と解する理由として、「封に内在するのは忠誠であって、特に課されない限り、奉仕は内在しないfidelitas inest feudo, non servitium, nisi imponatur」と述べているだけで(Commentaria, 339. 引用は1629年フランクフルト刊のテキストによる)、「忠誠fidelitas」と「収益redditus」とを対置しているわけではない。

て「現代のかの聡明なる博士 *iste modernus doctor clarus*」ヤーソン・デ・マイノ Jason de Mayno (1435-1519年) が挙げられ、ヤーソンの言及するジャン・フォール Jean Faure (1275?-1340年) の説(『勅法彙纂摘要 *In Codicem Breviarium*』第4巻第66章「永借権について *De iure emphyteutico*」第1法文の文言〈書面 *scriptura*〉に対する注釈の一部⁸⁾)、すなわち、「当該地域において永借契約の方が頻繁にみられる場合には永借契約が推定される *si in regione illa magis frequentatur contractus emphyteuticus, praesumitur emphyteuticus*」が、「定期金契約が頻繁にみられる場合には定期金契約が推定される *si magis frequentatur contractus censualis, praesumitur censualis*」との見解の紹介、及び、このフォール説を支持するヤーソン説の難点(永借契約と定期金契約の何れを推定すべきかという論点を四十年の地代支払いという議論の前提の共通性につられて「永続的な永借人 *perpetuus emphyteuta*」の推定可否の問題と混同)の指摘を経て、「我々の問題は、永借人として支払っているのか定期金義務者として支払っているのか明らかではなく、かつ、地域の慣習も援用されていない場合に、何れの契約が推定されるのか、という点である *quaestio nostra est, quis contractus in dubio praesumatur, quando non apparet, an solvit ut emphyteuta, vel ut censuarius, et nulla allegatur consuetudo regionis*」と、第二の争点の主眼が確認されている(第5番)。フ

- 8) “¶ 契約については明らかではないが、地代が四十年にわたって支払われていることが証明された場合はどうか。次の第2法文の標準注釈は、永借契約が推定される【後述11巻61章「皇帝世襲地、森林地、永借地、並びに、それらの賃借人について」第14法文及び第11法文、】と述べている。観察者 [=グイレルムス・デュランティス] も『法の鏡』第162節及び第64節で同じ説を述べている。これは、その地域で定期金契約よりも永借契約が頻繁にみられる場合には正しい。そうではない場合にはこの限りではない【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第56法文】。¶ 書面の中に、定期金の趣旨で永代賃借として譲与する旨書かれている場合にはどうか。永代賃借と解される【学説彙纂17巻2章「組合訴権について」第13法文、同34巻2章「金や銀等の遺贈について」第15法文】。学説彙纂第41巻第2章「占有の取得及び喪失について」第10法文がこれに反するが、この箇所では時間的間隔を置いて行為が為されている。”(Breviarium, 116.v. 引用は1530年マインツ刊のテキストによる。)

ランツケによって抜粋されたのは、その直後、ダフリットが顧問会での自らの発言を要約した一節であり、抜粋部分には、「私は、チェリニョーラの封の領主に対して6タリーと15グロッサが毎年支払われている当該目的物が当該封の域内に存している以上、当該事案は上に述べた諸権威に依拠して判断されるべきではなく、そしてまた、定期金契約では目的物の全てつまり下級上級何れの所有権も譲渡されたこととなるが、授封物は全ての所有権が移転されるという仕方では譲渡され得ないのであるから、定期金契約（第五の趣旨で理解せよ）が推定されるということはある得ない、と述べた云々ego dicebam, quod iste casus non est decidendus per dictas autoridades, quia res istae de quibus annuatim solvuntur domino feudi Cirignolae tarení sex et grossi quindecim sunt intra fines dicti feudi, impossibile est quod possit praesumi censualis contractus (intellige secundum acceptionem quintam), quia per talem contractum esset res alienata, in totum scilicet utile et directum dominium sed feudales res non possunt alienari taliter, ut transferatur omne dominium et cetra」、とある。「当該事案iste casus」において「チェリニョーラの封の領主dominus feudi Cirignolae」アンジェロ伯が譲与した農場や建物は、「当該封の域内に存しているsunt intra fines dicti feudi」から、「授封物feudales res」の一部であり、「全ての所有権が移転されるという仕方では譲渡され得ないnon possunt alienari taliter, ut tranferatur omne dominium」とのダフリットの主張も、「授封物」の特質に着目するフランツケの議論に確かに沿うものである。しかし、「上級所有権directum dominium」と「下級所有権utile dominium」の区別に言及する文脈からすれば、その論拠は専ら分割所有権概念に由来する所有権の完全移転の不可能性にあつて、封建法による封処分の禁止との関連づけは少なくとも抜粋文から読みとれない。

しかし、ここで着目したいのは、フランツケの抜粋文がダフリットによる原文そのままではないという点である。上記『判決集』の対応箇所には、「私は、チェリニョーラの封の領主に対して6タリーと15グロッサが毎年支払われている当該目的物が当該封の域内に存している以上、当該事案が上に述べた諸権威に依拠して判断されるべきではなく、そしてまた、前掲別書3巻36章第6節へ

の諸注釈や同3巻13章「教会財産の譲渡の可否について」第9節へのヨアンネス・デ・イモラの注釈にあるとおり、定期金契約では目的物の全てつまり下級上級何れの所有権も譲渡されたこととなつて、王国勅法「神聖なる記憶に残る勅法云々」にもあるとおり、授封物は全ての所有権が移転されるという仕方では譲渡され得ないのであるから、定期金契約が推定され得るということはありません、と述べたego dicebam, quod iste casus non est decidendus per dictas auctoritates; quia res istae, de quibus annuatim solvuntur domino feudi Cirignolae tarenis sex et grossi quindecim et sunt intra fines dicti feudi, impossibile est quod possit praesumi censualis contractus; quia per talem contractum esset res alienata, in totum scilicet utile et directum dominium, ut notant in dicto capitulo Constitutum. et notat Ioannes de Imola in capitulo Audientiam de rebus ecclesiae non alienandis in secundo columine et feudales res non possunt alienari taliter, ut transferatur omne dominium, ut in constitutionibus Regni, Constitutionem divinae memoriae]、とある。一見して明らかな抜粋文との違いは典拠部分の省略である。ここで、「授封物は全ての所有権が移転されるという仕方では譲渡され得ないfeudales res non possunt alienari taliter, ut transferatur omne dominium」との理解の典拠として、シチリア王国勅法集Constitutiones regni Siciliaeの第3巻第5章「封並びに授封物の取り戻しについてDe revocatione feudorum, et rerum feudalium」収録の二勅法の内、一つ目の勅法⁹⁾が引用されている。この勅法集は、皇帝フリード

9) “神聖なる記憶に残る余の祖父ロゲリウスの封及び授封物の分散禁止に関する勅法を拡張し、余は、封及び授封物の縮小乃至交換に関わるあらゆる処分が、それが如何なる契約であろうと、余の特別な許しによって裏付けられない限り、決して効力を有しないものと定める。和解もまた、余の宮廷の命令が無くそれらの点について為されるならば、宣誓あるいは違約金の特約が挿入されたとしても、全く効力はないものと定める。そして、この種の契約や処分の当事者には、既に取り決めた事柄全てを自ら撤回する権能を認める。先に述べた点に関する妥協に基づいて為された仲裁についても、余の勅法によればそれらの点については所定の裁判長及び裁判官によって判断が下されるべきものとされているから、一切認めない。ただし、転封

リヒ I 世の孫で、初代シチリア王ルッジェーロ Ruggéro II 世(在位1130-1154年)の娘と皇帝ハインリッヒ Heinrich VI 世(在位1191-97年)の間に生まれ、母方のアルタヴィッラ(オートヴィル)家男系断絶後にシチリア王位を継承していた父ハインリッヒの死により幼少時にフェデリーコ Federico I 世としてシチリア王(在位1198-1250年)に即位したシュタウフェン家のフリードリヒが、フリードリヒ II 世として神聖ローマ皇帝(在位1220-1250年)をも兼ねた後、ユスティニアヌスを範とする立法者としての皇帝の権威を意識しつつ、シチリア Sicilia、カラブリア Calabria、プッリャ Puglia、ナポリ Napoli といった南イタリアの諸地域の封主たるシチリア王の立場で、「尚書長官 Cancellarius」ペトロ・デ・ヴィネーア Petro de Vineia に編纂を命じて1231年にメルフィ Melfi で公布したものである。フリードリヒの子コンラート Konrad IV 世(皇帝兼シチリア王在位1250-54年)の死後、帝国はいわゆる大空位時代 das Interregnum に突入する一方、シチリア王国でも、フランス国王ルイ Louis IX 世の弟で教皇の支持を得たシャルル・ダンジュー Charles d'Anjou が、フリードリヒの庶子マンフレディ Manfredi (在位1258-1266年)やコンラートの子コンラディン Konradin (在位1254-1258年)を破って、カルロ Carlo I 世としてシチリア王位(在位1266-1285年)に就き、ホーエンシュタウフェン朝は断絶したのに続いて、フランス人支配への反乱(シチリアの晩鐘 Vespro Siciliano)を契機にマンフレディの娘の夫でアラゴン王のペドロ Pedro III 世がピエトロ Pietro I 世として国王(在位1282-1285年)に迎えられ、シチリア王国は、アンジュー家支配のイタリア半島南部(シチリア Sicilia 王国、通称ナポリ王国)とアラゴン家支配のシチリア島(トリーナクリア Trinacria 王国、通称シチリア王国)に分裂する。しかし、ダフリットがナポリに生まれた15世紀半ば、シチリア王を兼ねるアラゴン王アルフォンソ Alfonso V 世がアルフォンソ Alfonso I 世としてナポ

を男や騎士に賃貸する場合には、従来賃貸する際に通常条件とされてきた毎年の奉仕と収益負担の下に賃貸され、その結果、奉仕義務や収益負担が少しも損なわれない限り、これを許すものとする。”(Constitutiones, 165-166.引用は1786年ナポリ刊のテキストによる。)

リ王(在位1442-1458年)に即位しシチリア・ナポリ両王国においてアラゴン家の支配が確立し、アラゴン連合王国とカスティーリャ王国の同君連合によるスペイン王国の成立とハプスブルク家によるその継承を経て、スペイン・ハプスブルク家が断絶する18世紀初めまでスペイン王による両王国の統治が続くことになる。『判決集』の「序言praefatio」の中で、「私の努力と夜業そして熱意によって成し遂げられたこの成果、すなわち、現在の正統なる王に至る歴代アラゴン王の神聖国王顧問会によって一致して下された事件の諸判決並びにそこで示された諸定義の中に現国王顧問官である私によって提供されるものを、訴訟に関わる人々は好意的に受け取ってくれるはずであるhoc opus laboribus et vigiliis meis atque studio conditum, ad lites occurrentes in decisionibus causarum incidentibus emergentibus et diffinitionibus actis per sacrum Regium consilium de Aragonia usque ad praesentem catholicum Regem me existente regio consiliario benigne suscipiant oblatum」¹⁰⁾、と述べるダフリットは、アラゴン家によるナポリ王国支配を前提に、王国の現行法として、フェデリーコ I 世の勅法集所収の勅法を援用しているものであり、別著『両シチリア王国の神聖なる全勅法に関する特別講解Singularis lectura super omnibus sacris Constitutionibus Regnorum utriusque Siciliae citra et ultra』(1517年初版、『勅法講解』と略称)では、上記勅法を含む勅法集全体について詳細な注釈を加えている。

上記勅法において、フェデリーコ I 世は、王国の封臣等に対して、「封及び授封物の縮小乃至交換に関わるあらゆる処分は、それが如何なる契約であろうと、余の特別な許しによって裏付けられない限り、決して効力を有しないomnes alienationes, seu quoscunque contractus, super feudis, et rebus feudalibus, minuendis, aut commutandis, nullam omnino firmitatem habere, nisi de speciali nostrae celsitudinis licentia confirmentur」ものと定め、同様に、「封及び授封物の縮小乃至交換についてsuper feudis, et rebus feudalibus, minuendis, aut commutandis」為される「和解transactiones」や「仲裁arbitria」も無効とし、

10) Decisiones, 4, praefatio, n. 5.

「余剰を男や騎士に賃貸する場合には、従来賃貸される際に通常条件とされてきた毎年の奉仕と収益負担の下に賃貸され、その結果、奉仕義務や収益負担が少しも損なわれない限り、これを許す *excadentias baronibus et militibus locare permittimus, dummodo sub eo annuo servitio, et redditu locentur, sub quo antiquo locari consueverunt: ita quod in nullo debitum servitium, vel redditus minuatur*」としている。最後に言及される「余剰*excadentiae*」とは、ダフリットの『勅法講解』の当勅法注釈によれば、「余剰封*feuda excadentialia*」と呼ばれるもので、国王のみが譲与できる「登録封*feuda quaternata*」に對置され、「伯や男その他の受封者を介して他人に封として譲与されることが通常である封*feudum consuetum dari aliis in feudum per comites, et Barones, et feudatarios alios*」とされる¹¹⁾。つまり、そのような「余剰封」を下位授封ではなく「賃貸*locatio*」という方式で譲与することを、ここでは「封*feuda*」や「授封物*res feudales*」の縮小乃至交換に例外的に当たらないものとして許しているのである。ダフリットの上記注釈も、まさにそのような理解の下、「〈賃貸する〉」という文言は、ここでは、一般的で従来通りの奉仕あるいは毎年の地代支払を条件とした余剰授封物の処分一般という広い意味に解される *istud verbum, locare, hic accipitur large pro omni alienatione rerum excadentialium sub consueto, et antiquo servitio, seu praestatione annua*」、と述べている¹²⁾。このフェデリーコ I 世の勅法は「祖父ロゲリウスの封及び授封物の分散禁止に関する勅法 *constitutio Rogerii avi nostri*」を拡充したものとされており、ロータル III 世からフリードリヒ I 世へと継承され強化された帝国における封処分の禁止に、内容的にはほぼ対応する。後者において強調された封臣の臣従免脱の防止という意図は、軍役のみならず土地からの収益をも広く取り込む形で、上記「余剰封」の賃貸許容の条件にはっきり明示されているし、同

11) *Novissima praelectio*, 98.r., n. 64. 引用は1580年にヴェネツィアで『シチリア及びナポリ両王国の勅書並びに勅法の最新講解 *In utriusque Siciliae, Neapolisque sanctiones, et constitutiones novissima praelectio*』の表題で刊行されたテキストによる。

12) *Novissima praelectio*, 98. r., n. 63.

じく第3巻第5章に収められた二つ目の勅法¹³⁾は、封臣等が「封及び授封物 *feuda et res feudales*」を「他人にその一部または全部を移転し、あるいはまた、交換しようと企て、余の宮廷に臣従そのものあるいは収益を失わせる *in alium pro parte vel in toto transferre praesumit, vel etiam commuare, unde servitium ipsum, sut redditus curia nostra perdat*」ことを禁じており、「宮廷 *curia*」の歳入減少をもたらす封処分そのものが規制対象となっている。従って、「授封物は全ての所有権が移転されるという仕方では譲渡され得ない」と述べる際、ダフリットが王国勅法による封処分の禁止との関連性を意識していたのは明らかであり、授封物をめぐる所有権の完全移転の論理的不能と処分一般の法的不能との関連づけた先達として、フランツケがこのダフリットを評価し、その議論を引用することには全く問題はない。

しかし他方で、ダフリットは、「定期金契約では目的物の全てつまり下級上級何れの所有権も譲渡されたことになる *per censualem contractus est res alienata in totum, scilicet utile et directum dominium*」との理解の典拠として、フランツケ自身も引用しているカノン法学者たちの別書注釈(IV参照)を指示し、永代賃借と留保定期金の二分法に忠実な立場から、授封物の譲与について「定期金契約が推定されるということはあり得ない *impossibile est, quod possit praesumi censualis contractus*」と明言している。アンジェロ伯の事案に照らして言えば、伯による授封物の譲与について「定期金契約 *censualis contractus*」を推定する余地はそもそもなく、「上記農場付き建物は封の領主によって上記賃料と引き換えに永代賃借として譲与されたと推定される *dicta domus cum casaleno praesumitur concessa a domino feudi in emphuteusim sub dicto canone*」というのである。当該譲与が「永代賃借 *emphyteusis*」で

13) “永久に妥当する本勅法を以て、余の王国の忠実なる臣下等全てに対し、伯、男、騎士その他の者、あるいは、聖職者が、余の宮廷に対して収益や奉仕が提供される根拠となる負担がどのような仕方であれ課された物を、生存者間あるいは遺言における如何なる処分の権原に基づくにせよ、他人にその一部または全部を移転し、あるいはまた、交換しようと企て、余の宮廷に臣従そのものあるいは収益を失わせることを、余は禁ずる。”(Constitutiones, 166.)

ある以上、目的物である「農場付き建物domus cum casaleno」は「封の領主の同意無く譲渡できないnon potest alienari sine domini feudi consensu」ことになり、それが「封の領主dominus feudi」であるアンジェロ伯の「同意無くsine consensu」譲渡されたのだとすれば、ローマ法源（勅法彙纂4巻66章第2法文¹⁴⁾）に従い、「当該目的物は没収されるdictae res incidunt in commissum」との結論に達する（第7番）。ダフリットは、「以上の私の見解に多数の同僚書諸氏も同意されたin hac mea opinione maior pars dominorum assensit」と述べていて、アンジェロ伯の譲与を永代賃借とみなす見解が神聖顧問会においても多数派であったことが分かる。ダフリットの『判決集』から上記箇所を抜粋する際、フランツケは、「定期金契約が推定されるということはありませんimpossibile est, quod possit praesumi censualis contractus」との一節の文言〈定期金契約censualis contractus〉に「第五の趣旨で理解せよintellige secundum acceptionem quintam」と注記しており、ダフリットの言う「定期金契約」が、フランツケ自身の〈ケンススensus〉の語義分析（I参照）における第五の語義（『承認礼金論』第30番）、すなわち、カノン法由来の留保定期金の意味で用いられていることに敢えて注意を促している。授封物の譲与について留保定期金ではなく永代賃借を推定するダフリット等の多数意見は、前述の授封物の特質には着目しているけれども、依然二分法の枠内に留まっているため、所有権の完全移転を伴う留保定期金の推定可能性を否定する他なかった。二分法を批判して「授封物の定期金」なるものを認めようと企てるフランツケにとって、ダフリットの議論はその結論において支持できるものではなかったのである。

既にⅡで見たとおり、『問題解決集』においても「授封物の定期金」論がより簡潔な仕方では提示され、そこでは、封臣による下位授封のように「上級所有権の効果directi dominii effectus」として「承認礼金laudemium」が問題となり得る特殊な「留保定期金」、つまり、「授封物の定期金」の存在を裏付ける典拠の一つとして、ダフリットの『判決集』から同じ判決129が引用されている（『問

14) Ⅲ注13参照。

題解決集』第21番)。IIでは、引用箇所の誤植を想定して、フランツケが、旧著『承認礼金論』と同じく、ナポリ王の封臣アンジェロ伯による農場付き建物の譲与を永借契約とみなす多数意見の箇所(第6番)を引用したものとして論じ、「授封物の定期金」そのものの典拠としては相応しくない旨の評価を下した。しかし、引用箇所に誤植はなく、テキストどおり、少数意見の紹介部分(第8番)の引用であったと解することも可能である。ダフリットによれば、「同調することを望まない諸氏が前記契約はむしろ定期金契約であると主張した*illi qui noverunt concurrere, dicenbant contractum praedictum esse potius censualem*」、とされている。この少数意見が依拠したのは、アレツォ Arezzo出身でエステ家支配下のフェッラーラFerraraで法学教授と判事を務めたアンゲルス・アレティヌスAngelus Aretinus(：アンゲルス・ア・ガンビリオニブス・デ・アレティオAngelus a Gambilionibus de Aretio、1451年以降没)の見解(法学提要第3巻第24章「賃貸借について*De locatione et conductione*」第3節注釈第14番¹⁵⁾)である。アレティヌスは、「永借人が地主に無断で増価分を売却できず、もし売却するならばその権利を失うのと同じく、地代の名目で幾らか支払っている地上権者や定期金義務者もまた地主に無断で増加分を売却できない*sicut emphyteuta non potest vendere sua melioramenta irrequisito domino, alias cadit a iure suo, ita nec etiam superficiarius, vel*

- 15) “〈14. 地代の名目で幾らかを支払っている地上権者あるいは定期金義務者は、地主に無断で増価分を売却できるか否か。〉もう一つ付言すべきなのは、永借人が地主に無断で増価分を売却できず、もし売却するならばその権利を失うのと同じく、地代の名目で幾らか支払っている地上権者や定期金義務者もまた地主に無断で増加分を売却できないという点であり、バルトルスが学説彙纂43巻18章「地上権について」第1法文6節の注釈【第1番】でその旨精確に述べているし、同じくバルトルスが勅法彙纂11巻61章「皇帝世襲地、森林地、永借地、及び、それらの賃借人について」第1法文と学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第52法文の注釈でそれぞれ述べていることも論拠となる。かつて私も聖プロクルス教会の地上権者及び定期金義務者について実際にそのように判示したところであるから、以上の点には注意すべきである。”(Commentaria, 180.v. 引用は1609年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

censuarius qui solvit aliquid nomine pensionis」と述べており、目的物の無断譲渡による権利喪失に関して、「地代の名目で幾らか支払っている定期金義務者censuarius qui solvit aliquid nomine pensionis」を「永借人emphyteuta」と同視している。従って、このアレティヌス説を援用してアンジェロ伯による授封物の譲与を「定期金契約contractus censualis」と推定する神聖顧問会の少数意見は、無断譲渡を理由とする目的物の回復請求を認める結論においては多数意見と一致することになる。ダフリットも、審理に際して、「アンゲルスがこの箇所で言及しているのは、全ての所有権の移転を受ける定期金義務者ではなく、〈地代の名目で何らかのものを支払っている地上物保有者もしくは定期金義務者〉、つまり、下級所有権を有して領主の同意が無ければ譲渡できない定期金義務者である、と私は述べたego dicebam, quod Angelus ibi non loquitur de censuario, in quem omne dominium est translatum, sed de superficiario vel censuario, qui solvit aliquid nomine pensionis et sic de eo censuario, qui habet utile dominium, qui non potest alienare sine consensu domini」、としており、両意見の結論における一致を意識している。しかし、ダフリットによれば、「この説が妥当するのは、定期金契約についてであることが明示的に明らかな場合であって、何れの契約なのか推定しようとしている場合はこの限りではないillud dictum procedit, ubi expresse apparet de contractu censuali, secus ubi sumus in praesumendo quis contractus sit」とされる。アンジェロ伯の事案のように、「封として譲与されたとは言えなくても封に属する物について毎年地代が支払われているpraestatur annua pensio de re quae est in feudo, licet non sit concessa in feudum」場合、「定期金契約contractus censualis」であると明示されていない限りは、「前述のとおり永代賃借として譲与された」と推定されるin dubio praesumitur in emphyteusim, ut supra dictum est」というのである。

ここで注目すべきは、ダフリットがアレティヌス説を敷衍する中で析出した概念、「下級所有権を有する定期金義務者censuarius, qui habet utile dominium」である。というのも、留保定期金が永代賃借と異なり所有権の完全移転をもたらすものであるとすれば、「下級所有権を有する定期金義務者」

という概念は伝統的な二分法の枠組みから外れるように見えるからである。アレティヌスは、「地代の名目で幾らか支払っている地上権者や定期金義務者 *superficiarius, vel censuarius qui solvit aliquid nomine pensionis*」を「永借人 *emphyteuta*」と同視するに際して、バルトルスの見解（学説彙纂第43巻第18章「地上権について *De superficiebus*」第1法文第6節の注釈第1番）を典拠として挙げている。しかし、バルトルスは、「地上物を毎年一定額の支払いを条件に賃借している者は地上権者であり、この場合には永借人と同じ権利が妥当すると私は考えるので、地上権者は永借人ができる範囲で売却乃至処分ができる *quidam est superficiarius, qui conduxit superficiem sub certa annua praestatione, et in isto puto idem iuris esse quod in emphyteuta, ut ita demum possit vendere, vel alienare, sicut emphyteuta potest*」¹⁶⁾と述べているだけで、「永借人 *emphyteuta*」と同視される者として、「地上権者 *superficiarius*」のみならず「定期金義務者 *censuarius*」にも言及するのは、そこに示唆されているとおり裁判実務の経験に裏付けられたアレティヌス独自の解釈と考えられる。ダフリットの見立てによれば、神聖顧問会の少数意見は、このアレティヌス説を基に、元々下級所有権者であるにすぎない封臣にも疑似授封の一つとして締結可能な定期金契約の相手方として、「下級所有権を有する定期金義務者」なるものを想定し、封臣アンジェロ伯による譲与を「定期金契約」と推定したというのである。この説によれば、「定期金義務者」と呼ぶにせよ、「永借人」と呼ぶにせよ、「下級所有権を有する者 *qui habet utile dominium*」は「領主の同意が無ければ譲渡できない *non potest alienare sine consensu domini*」のであるから、所有権の完全移転の有無から無断譲渡による目的物没収の可否等を導く二分法の難点が克服されているわけではない。その限りでは、永代賃借を推定するダフリット等の多数意見は勿論のこと、「定期金契約」を推定する少数意見もまた、依然二分法の枠に留まっており、これをフランツケの言う「授封物の定期金」の先駆と見なすことにはやはり無理がある。その一方で、『問題解決集』では、「授封物の定期金 *census rerum*

16) In primam Digesti Novi partem, 143.r. 引用は1581年リヨン刊のテキストによる。

fuedalium」について、「土地が年払いの地代に加えて承認の負担も課される仕方
 方で相手方に帰属する場合は常にこの種の定期金が潜在していると解される
 hujusmodi census toties subesse censetur, quoties fundus alteri et pensione
 annua et recognitione insuper obnoxius arreritur」とされ、「授封物の定期金」
 という類型に合致する土地保有形式がその名称はともかく実際には広く存在す
 るとの理解の下、「この定期金は相手方に賃貸されあるいは賃租を課するので創
 設定定期金とは異なるだけでなく、土地が譲与者の完全な所有に属する留保定期
 金とも異なり、こちらの定期金の譲与者については、相手方から賃租を徴収で
 きるとか、単純賃租領主であるとしか言えないDer einem andern lehnt oder
 zinset/et differt a constitutivo vel etiam reservativo, ubi fundi in pleno
 dominio concedentis sunt, daß er dem andern Zinßbar sey/oder welcher ein
 blosser Zinß-Herr ist」と指摘されている(第20番)。「授封物の定期金」が、
 土地を保有したまま地代收取権を譲与する「創設定定期金census constitutivus」
 (「証書定期金census consignativus」の別称)から区別されるのは当然である
 ので、議論の核心は、地代收取権のみを留保し土地の所有権を完全に相手方に
 譲与する「留保定期金census reservativus」(ザクセン法上の単純賃租
 schlechter Zins)との区別にある。このような文脈では、上記の「下級所有権
 を有する定期金義務者」という概念が、「授封物の定期金」の存在を裏付ける
 ものとして有効に機能し得る。実際、フランツケがダフリットによる少数意見
 (アレティヌス説)紹介部分を引用したのは、その直後、「承認礼金の問題に
 関わるのは本来この種の定期金であるhujusmodi census proprie ad materiam
 laudemiorum spectat」と指摘し、このような理解が「フランス王国regnum
 Gallicum」の慣習法上の「賃租cens」に留まらずより広く共有され、「承認礼
 金」が問題となる場合には常にこの種の定期金が念頭に置かれているhujusmodi
 census semper subintelligitur, ubi de laudemiis quaestio incidit」と述べた際
 であった(第21番)。つまり、ダフリットの『判決集』は、無断譲渡による没
 収の可否等の問題とはさしあたり無関係に、下位授封に準じて「承認礼金」を
 伴う特殊な「留保定期金」の典拠として引用され、その限りで「授封物の定期
 金」に関連づけられているにすぎない。『問題解決集』の議論の流れに照らす

ならば、テキストの誤植を安易に想定するよりは、フランツケ自身が敢えて、旧著『承認礼金論』で参照した多数意見ではなく、「下級所有権を有する定期金義務者」を認める少数意見を参照したと解する方が説得的かもしれない。

仮にそのような解釈に立った場合、『承認礼金論』ではなぜ少数意見が参照されなかったのが問題となる。この点に答える手掛かりは残念ながら見当たらないが、少数意見(アレティヌス説)にほぼ相当する議論が『承認礼金論』においても参照されているのは確かである。フランツケは、多数意見(ダフリット説)がアンジェロ伯による「授封物」の譲与について定期金契約における所有権の完全移転と矛盾するが故に永借契約を推定したところを承けて、「仮にこの種の権利譲与が全て、定期金契約となることはなく、必ず永代賃借となるのだとすれば、農民の財産もやはり全て永借財産ということになるであろうし、それでもなお農民の財産のあるものが定期金負担付き財産であるとするれば、定期金契約には二種類存していて、我々が論じている方の定期金契約はもう一方の定期金契約よりも永借契約に近いはずであるquod si itaque concessio hujusmodi omnis juris censualem contractum non infert, inferet certe emphyteusin, et sic omnia bona rusticorum emphyteutica erunt, aut si quaedam etiam sunt censualia, oportet certe censualem contractum duplicem esse, et hunc de quo loquimur magis quam illum emphyteusi assimilari」(第68番)、と述べている。ここでは留保定期金と永代賃借の二分法に拘ることへの疑念、換言すれば、「定期金契約には二種類存するcensualem contractum duplicem esse」こと、つまり、従来の留保定期金の他に「授封物の定期金」が存するという点、そして、この「我々が論じている方の定期金契約hic census de quo loquimur」が「もう一方の定期金契約よりも永借契約に近い magis quam illum censum emphyteusi assimilari」という点が明確に指摘されている。後者の永代賃借との類似性(疑似授封と承認礼金)は、相違点(地代没収や無断譲渡を理由とする保有地没収、並びに、譲与者の同意権や先買権の否定)と共に、既に詳細に論じられたとおりであり(第38番から第63番¹⁷⁾)、

17) Ⅲ注26(第38番から第40番)、Ⅱ注37(第41番から第54番)、Ⅳ注1(第55番から

ここでの議論の重点はむしろ、前者の「授封物の定期金」の存在それ自体に置かれている。所有権の完全移転の有無から没収の有無等を短絡する二分法の下では、「授封物」に由来する「農民の財産 *bona rusticorum*」一般を、留保定期金（単純賃租）ではなく永代賃借（世襲賃租）に基づき譲与された土地、「世襲賃租地」と解さざるを得ない。しかし、そのような「世襲賃租地」の中には、永借財産とはやはり区別されるべきものが含まれていて、それが現実には「定期金負担付き財産 *bona censualia*」の一種として認識されているというのがフランツケの主張である。永代賃借に類似するにもかかわらず依然「定期金」と称されるものが存するというこの主張にとって、「下級所有権を有する定期金義務者」なるものを想定する神聖顧問会の少数意見（アレティヌス説）は絶好の典拠となり得たはずであるが、『承認礼金論』のフランツケは代わりにヤーソンの勅法彙纂第4巻第66章第2法文注釈から数行にわたって抜粋している。すなわち、「この点については、ヤーソンも前掲勅法彙纂第4巻第66章第2法文注釈第41番の末尾で、〈ただし、バルドゥスは、コンスタンツの和約の注解第24段の文言「臣従擬制金を支払う」の注釈において、定期金負担物に関する上記の点を、定期金が自己の物について支払われている場合、つまり、本来の意味での定期金が存する場合に限定し、定期金が支払われる相手方の下に存する所有権の承認故に支払われる場合はこの限りではないとしている。というのも、この場合、法によって定められた期間支払わなければ、目的物について有していた権利を失うからである〉、と述べた際に考慮していたように思われる *hoc videtur quoque considerasse Jason in data lege secunda Codice de iure emphyteutico numero uno et quadraginta in fine quando inquit: Istud tamen de re censuali limitat Baldus in titulo de pace Constantiae in vicesimo quarto columine in verbum persolvere fictum, quando praestaretur census de re propria, ut est proprie census, secus si solveretur in recognitionem domini existensis penes illum, cui solvi debet, quia tunc non solvendo census tempore a jure statuto, perderet dominium quod haberet in re*」、というので

第63番）参照。

ある(第69番)。

ここで抜粹されているのは、「私人の永借人は永借料を三年にわたって支払わなければ没収されるのに対して、教会の永借人は二年で没収され、単なるコロヌスは直ちに没収される*emphyteuta privati cessans triennio a solutione canonis, potest privari; emphyteuta autem ecclesiae biennio, et simplex colonus statim*」との「三つの結論*tres conclusiones*」に関連して、「長期間のコロヌス乃至賃借人*colonus seu conductor ad longum tempus*」、「国家の徴税請負人*conductor vectigalis publici*」に続いて、「定期金義務者についてはどうか*quid in censuario*」が論じられている箇所(第2法文注釈第41番及び第42番¹⁸⁾)の一部である。「三年間支払いを滞っている私人の永借人や二年間滞っ

- 18) “〈41. 定期金義務者は定期金の不払いがたとえ何年にわたっても、権利を奪われることはない。〉第三に、定期金義務者についてはどうか、つまり、三年間支払いを滞っている私人の永借人や二年間滞っている教会の永借人について先に述べた点が定期金義務者にも妥当するの可否か、が問題となる。なお、定期金義務者とは如何なる者か、そして、永借人とは如何なる点で異なるのか、については、前記本章第1法文への最後の問いの第3注釈〔第1法文注釈第47番末尾〕で既に述べた。解答：妥当しないと解すべきである。つまり、別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきである」第6節を根拠に、同節の標準注釈及びインノケンティウス〔IV世〕の注釈末尾に倣い、妥当せず、しかも、不払いがどれほど多くの年月にわたっていて一度も定期金を支払ったことがなくとも、それを理由に権利を奪われることはない、と解すべきである。定期金義務者には譲与者の下に存しているあらゆる権利が移転されるのに対して、永借人には譲与者の下に存している権利が移転されず、むしろ、譲与者の下に留まるので、滞納する永借人を追い出すことができる、というのがその理由である。別書3巻13章「教会財産の譲渡の可否について」第9節へのイモラの注釈第2段で同じ立場をとっており、その箇所でもイモラは上記の点を強調し、日頃実際に行われているが故に常に覚えておくべきである旨述べている。他に同じ見解なのは、ヨアンネス・ファベルの当第2法文注釈第1段及び法学提要3巻24章「賃貸借について」第3節注釈最終段、勅法彙纂7巻72章「裁判官の命令による財産の占有あるいは売却について」第9法文の新勅法引用要約文注釈第11段の「君主による譲与によって云々」の行、である。ラファエル・クマウスも『助言集』助言164の「ある教会の高位聖職者が同意を得て云々」で始まる箇所も同旨である。以上から、当

ている教会の永借人について先に述べた点が定期金義務者にも妥当するの否か *nunquid illud quod est dictum in emphyteuta privati cessante triennio, vel in ecclesia cessante biennio habeat locum in censuali?*」という問いに対して、ヤーソンは、「妥当せず、しかも、不払いがどれほど多くの年月にわたってい

法文並びに先の諸結論に対する二つ目の例外を見出したことになる。というのも、第一の例外は、長期にわたる賃借人に関して既に指摘しておいたからである。ただし、バルドゥスは、コンスタンツの和約の注解第19段の文言「臣従擬制金を支払う」の注釈において、定期金負担物に関する上記の点を、定期金が自己の物について支払われている場合、つまり、本来の意味での定期金が存する場合に限定し、定期金が支払われる相手方の下に存する所有権の承認故に支払われる場合はこの限りではないとしている。というのも、この場合、法によって定められた期間支払わなければ、目的物について有していた権利を失うからであり、これらの諸概念については先に言及した諸博士もそのように述べている。(42. ある者が永借人なのか定期金義務者なのか明らかではない場合、たとえ如何なる期間であっても不払いを理由に権利を奪われることはない。) 以上の点に加えて、決して記憶から消去されてはならないのは、アルベリクス [デ・ロサーテ] が当法文注釈第8段の「ある修道院院長から私に助言を請われた問題についてはどうか云々」の行で説得力をもってただ一人主張している点である。その箇所ではアルベリクスは、もし誰が永借人なのか定期金義務者なのかあるいは他の誰かなのか明らかではない場合、滞納がどれ程の期間にわたってもそれを理由に権利を奪われることはないという立場をとっており、しかも、彼自身かつてある修道院の院長に対して実際にその旨解答したとされている。すなわち、当該修道院の文書中に、ティティウスが毎年修道院に大袋一つの収穫物のある土地を引き換えに納めると約束した旨の文書が見つかったため、この者が二年にわたる滞納の故に退去させられるのかどうか問われ、アルベリクスは、ティティウスが永借人乃至コロヌスあるいはこれに類するものであることが明らかではないので、退去させられることはない旨解答したというのである。アルベリクスは中でも特に前掲別書3巻36章第6節の標準注釈やインノケンティウスの注釈によってそのように解答すべく促されており、この点については後述の第七の問いを参照されたい。ただし、後に本注釈の最後の問いで当法文の文言〈退去させる〉への標準注釈について私が論じるところは以上の点に全く反している。何れにせよここでは、当法文及び前述の諸結論に対する三つ目の例外にふれたことになる。(In primam Codicis partem commentaria, 163r.)

て一度も定期金を支払ったことがなくとも、それを理由に権利を奪われることはないnon, immo si cessaret per mille annos, quod nunquam solveret census, non propterea privati posset iure suo」、と解答し、主たる典拠として、別書第3巻第36章第6節、同節の諸注釈、イモラの別書第3巻第13章第9節(何れもIV参照)を挙げ、定期金不払い者について没収を認めない理由としては、「定期金義務者には譲与者の下に存しているあらゆる権利が移転されるのに対して、永借人には譲与者の下に存している権利が移転されず、むしろ、譲与者の下に留まるので、滞納する永借人を退去させることができるin censuarium transfertur quicquid iuris est penes concedentem; in emphyteutam autem non transfertur illud ius quod est penes concedentem; immo penes eum remanet; et propterea potest emphyteutam cessantem expellere」、という点を指摘し、所有権の完全移転の有無から没収の是非を導く二分法に典型的な推論を展開している。続いて、ヤーソンは、「定期金義務者censuarius」は「永借人emphyteuta」と異なり不払いを理由に権利を奪われることはないとの「解答solutio」の射程を「制限するlimitat」議論として、「皇帝フリードリヒImperator Fridericus」I世、「息子のハインリッヒfilius eius Henricus」(1169年ドイツ王即位)、「ドイツの諸侯nobiles Alemaniae」と、「ロンバルディア、マルケ、ロマーニヤの諸都市civitates Lombardiae, Marchiae, et Romandiolae」との間で締結されたコンスタンツの和約Pax Constantiae(1183年)第1節¹⁹⁾の文言〈臣従擬制金を支払うpersolvere fictum〉へのバルドゥス・

19) “朕から授封を受けた朕の封臣は封臣として、他の者は市民として16年から70年にわたって、臣下の礼をとるものとする。ただし、欺罔無く宣誓が免除されるべき者あるいは免除され得る者である場合にはこの限りではない。戦時あるいは休戦時に授封を求めず、また、義務づけられた臣従を朕に尽くさなかった封臣であっても、この度は、封を失うことはない。書付賃借や容假占有は各都市の慣習に従い現状のまま存続するものとし、皇帝フリデリクスから失われ奪われたものは全て、朕や朕の側の者が[ロンバルディア]同盟全体からにせよその一員からにせよその援助者からにせよ被った不法をも含めて、朕の側の者ととともにこれを寛恕し、朕の多大なる温情をこの者らに与えるものとする旨の朕の法令もまたその妨げとなるものでは

デ・ウバルデイスBaldus de Ubaldis (1327-1400年)の注釈²⁰⁾を紹介しており、フランツケが抜粋引用しているのはこの部分である。フランツケはヤーソンの

ない。朕は、都市や司教区に不必要に長居して都市に損失を加えることのないものとする。この者らは都市を城壁で囲ったり城壁の外側に拡張することも許されるものとする。同様に、諸都市は現在締結している同盟を維持し、望むままにこれを更新することも許されるものとする。余の懸念や使者の印象によって締結された協定は無効とされ、未発効と見なされるので、それらの協定を根拠に何かが強要されることもないものとする。例えば、ピアチェンツァの諸協定、すなわち、ポー川の橋の臣従擬制金、国王大権、譲与の協定、[ボッピオ] 司教フーゴーがアルコ城塞について締結した協定、そしてまた、この司教や、余と同盟関係にある団体その他の者によって為された同様の協定で、当該橋をピアチェンツァの人々の便益のために存続させるがブレッシェの聖ジューリア女子修道院の院長に臣従擬制金を支払うべきとするもの、その他同様の協定があれば、それらの協定がこれにあたる。”(Volumen legum, 188-191. 引用は1627年リヨン刊のテキストによる。)

- 20) “¶〈臣従擬制金を支払う〉臣従擬制金と奉仕の間には、金銭や定期金と労役の間に存するのと同様の相違が存しており、時に臣従擬制金が定期金と呼ばれることもある【勅法彙纂8巻54章「贈与について」第7法文、学説彙纂41巻1章「物の所有権の取得について」第64法文、勅法彙纂4巻47章「納税その他を経ずに土地は購入できないこと」第3法文】。¶それでは、この定期金を法に定められた期限に支払わない者は目的物の所有権を失うのであろうか。定期金の支払われる相手方が目的物の上級所有権を有する場合には、勅法彙纂1巻2章「聖なる教会並びにその財産及び特権について」第14法文の新勅法引用要約文第11にあるとおり、支払わない者はそのように権利を失うと解すべきである。一方、定期金が、一方の従属の証しとして自己の物について支払われる場合には、インノケンティウス〔IV世〕が別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節への注釈で指摘し、また、勅法彙纂11巻61章「皇帝世襲地、森林地、永借地、並びに、それらの賃借人について」第4法文がよく裏付けているとおり、この限りではなく、学説彙纂17巻2章「組合訴権について」第52法文9節の注釈にあるとおり、土地が放棄されない限りは土地を失うことはない。なお、教会から更新を得なかった者は、別書3巻14章「容仮占有について」第1節の注釈にあるとおり、その権利を放棄したものと見なされる。要するにこの場合、先行する契約の必然的な帰結としてそうなるのである。”(Volumen legum, 192.)

注釈を省略等無くほぼそのまま引用しているが、その内容はバルドゥス説の紹介であるから、まず、バルドゥスの上記注釈を見ておく必要がある。

封臣の負担する「奉仕servitium」とその代替手段である「臣従擬制金fictus」の相違を、「労務opera」と「定期金census」のそれとの類比によって理解するバルドゥスは、「時に臣従擬制金が定期金と呼ばれることもあるaliquando fictus appellatur census」とした上で、「この定期金を法に定められた期限に支払わない者は目的物の所有権を失うのであろうかan quicunque non solvens censum tempore a iure statuto, perdat rei dominium?」との問題を提起している。「臣従擬制金」が「定期金」とも称されることも典拠として、ローマ法源が幾つか引用されているが、当然ながら、それらの法文²¹⁾は、「臣従擬制金」といった文言を含むわけではなく、監察官censorによる戸口調査censusに由来する財産評価や課税の趣旨での〈ケンススcensus〉の用例(フランツケの語義分析で言えば第一から第三の語義に対応: I 参照)にすぎず、むしろ、「臣従擬制金」を「定期金」と称する同時代の慣例がバルドゥスの指摘の背景に存すると考えるのが自然であろう。上記問題に対するバルドゥスの解答は、「定期金の支払われる相手方が目的物の上級所有権を有する場合には、支払わない者はそのように権利を失うと解すべきであるsic, si ille, cui debet census solvi, habet directum domnium rei」が⁸⁾、「定期金が一方の従属の証しとして自己の物について支払われる場合には、この限りではないsecus si praestatur in signum alterius subiectionis de re propria」、というものである。前者の場合に権利剥奪を肯定する論拠として挙示されているのは、勅法彙纂第1巻第2章「聖なる教会並びにその財産及び特権についてDe sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum」第14法文の新勅法引用要約文Authentica第11(公撰集Authenticum第9集第3章「神聖物の譲渡、永代賃借、賃貸借、抵当、その他あらゆる場面における諸契約についてDe alienatione et emphyteosi et locatione et hypothecis et aliis diversis contractibus in universis locis rerum sacrarum」=新勅法Novellae第120法文「教会財産の譲渡及び永代賃借につい

21) C. 8, 54, 7; D. 41, 1, 64; C. 4, 47, 3.

てΠερὶ εκποιήσεως καὶ ἐμφυτεύσεως ἐκκλησιαστικῶν πραγμάτων」第8章、及び、公撰集第2集第1章「教会の不動産の譲渡、交換、債権者のための特定の抵当設定を禁じられるが、包括的抵当は許されることについてDe non alienandis aut permutandis ecclesiasticis rebus immobilibus qut in specialem hypothecam dandis creditoribus, sed sufficere generales hypothecas」=新勅法第7法文「教会財産は譲渡されたり交換されたり債権者のために特定の抵当に供されてはならず、債権者は包括的抵当で満足すべきことについてΠερὶ τοῦ μὴ εκποιεῖσθαι ἢ ἀνταλλάττεσθαι τὰ ἐκκλησιαστικά πρᾶγματα ἢ εἰς ὕλην τυποθηκὴν δίδοσθαι τοῖς δανειστέῃ, ἀλλ' ἂρ κείθαι αὐτὸν ταῖς γενικαῖς ὑποθηκαῖς」第3章第2節に基づく引用要約文)であり、そこには、「賃借しあるいは永代賃借として受領したこの種の目的物の価値を減じた者や永借料を二年にわたって支払わない者は当法律によって退去させられ得るが、全期間について支払いあるいは損なったものを回復する限り、たとえ改良の名目で支払っているとしても、退去させられないqui rem hujusmodi conductam vel in emphyteusim acceptam fecerit deteriore, aut emphyteuticum canonem per biennium non solverit, hac lege repelli potest: ut tamen solvat totius temporis pensionem, et id, in quo rem laesit, resarciat: non repetiturus, si quid impendit nomine meliorationis」²²⁾、とある。他方、後者の場合に権利剥奪を否定する論拠として挙示されているのは、インノケンティウスInnocentius IV世の『集注Apparatus』における別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきことについてDe religionis domibus, ut episcopo sint subjectae」第6節²³⁾の文言〈未払い分のsubtractae〉への注釈²⁴⁾であり、そこには、グロッタフェッラータ

22) Corpus juris civilis, II,

23) IV注2参照。

24) “〈未払分の〉について。地代について訴えられているわけではないのに、未払分について有責判決が下されるのは不可思議である。同様に不思議なのは権利が喪失していないという点である。というのも、これほどの期間にわたって地代を支払っていないからである【教令集第2部事例12問題2〔第52章〕】。これは正当であろうか。解答：確かに、これほど長い期間にわたって支払っていなかったとすれば、永借人

Grottaferrataの修道院がアルバノ Albano司教に対して「四十年quadraginta anni」にわたり地代を支払っていなかったという同節の事案を前提に、「確かに、これほど長い期間にわたって支払っていなかったとすれば、永借人は永代賃借として受領している目的物に有している権利を剥奪されるべきであるが、この事案に見られるのは、仮に永借人であれば目的物の上級所有権が修道院に移転しなかったはずであるので、永借人ではなく、定期金義務者であって、この場合、譲与された物の上級及び下級所有権は受領者に移転し、それ故、どれ程の期間にわたって支払わなかったとしても譲与された物を失うことはない*vere privandus esset emphyteuta a iure, quod habet in re in emphyteusim data, si tanto tempore cessasset, sed hic non erat emphyteuta, quia sic non transisset directum dominium rerum in monasterium, sed censuale fuit, ubi et directum et utile dominium rerum concessarum transivit in donatarium, unde quandocunque tempore cesset, non perdit res concessas*」、と述べられている。前者の論拠である新勅法引用要約文の〈この種の目的物*res huiusmodi*〉とは、引用の文脈からすれば当然、教会財産のことであり、「二年*biennium*」にわたる永借料不払いを理由とした永借物の没収を認める点で、別書第3巻第18章「賃貸借について*De locato et conducto*」第6節(=1235年のグレゴリウスGregorius IX世の勅書)²⁵⁾とも一致するが、コンスタンツの和約以後の法であるためかここでは参照されていない。また、注釈対象である「臣従擬制金」の性質(「封の要素は収益ではなく忠誠である」との理解に照らし下位授封と疑似授封何れの効果と解すべきか)、当事者(皇帝、ピアチェンツァPiacenzaの住民、ボッビオBobbio司教、ブレッシャBresciaの聖ジューリア女子大修道院の院長

は永代賃借として受領している目的物に有している権利を剥奪されるべきであるが、この事案に見られるのは、仮に永借人であれば目的物の上級所有権が修道院に移転しなかったはずであるので、永借人ではなく、定期金義務者であって、この場合、譲与された物の上級及び下級所有権は受領者に移転し、それ故、どれ程の期間にわたって支払わなかったとしても譲与された物を失うことはない。”(Apparatus, 283.r. 引用は1578年リヨン刊のテキストによる。)

25) IV注6参照。

等の関係)、目的物(ピアチェンツァの「ポー川の橋posn Padi」は授封物か否か)についても特に言及はない。しかし、バルドゥスが、カノン法学由来の永代賃借と留保定期金の二分法を封建法上の「臣従擬制金」の理解に応用することによって、権利剥奪をめぐる上記区別を導いているのは明らかである。そのような二分法の応用は、同時に、「定期金」の用語法についてカノン法学との間にずれを生じさせている。本来、「定期金census」とは、インノケンティウスIV世の言うように、「譲与された物の上級及び下級所有権が受領者に移転するdirectum et utile dominium rerum concessarum transivit in donatarium」場合に、「一方の従属の証しとして自己の物について支払われるpraestatur in signum alterius subiectionis de re propria」ものであったが、バルドゥスは、封臣の「奉仕」に對置される「臣従擬制金」の趣旨でも「定期金」という名称が用いられている事実を前提に、所有権の完全移転の有無という観点から、永代賃借において支払われる「永借料emphyteusis」との類比を通じて、「定期金の支払われる相手方が目的物の上級所有権を有するille, cui debet census solvi, habet directum domnium rei」場合を想定し、教会財産の「永借人emphyteuta」と同様に二年の不払いによる没収を認めているのである。「臣従擬制金」としての「定期金」は、下級所有権のみの移転と不払時の目的物没収に関する限り、その名称にもかかわらず永代賃借乃至永借料と同視され、所有権移転の態様から目的物没収を導く二分法の根幹に何ら揺らぐところはない。

以上のようなバルドゥスの議論を、「定期金義務者censuarius」における不払い没収の是非というより一般的な文脈で取り上げたのがヤーソンであった。その際、権利剥奪についてバルドゥスが区別する二つの場面は、順序が逆転され別の表現に置き換えられている。本来の意味での留保定期金、すなわち、バルドゥスの言う「定期金が一方の従属の証しとして自己の物について支払われるcensus praestatur in signum alterius subiectionis de re propria」場合とは、ヤーソンによれば、「定期金が自己の物について支払われているpraestatur census de re propria」場合であり、永代賃借に同視された「定期金census」、すなわち、バルドゥスの言う「定期金の支払われる相手方が目的物の上級所有権を有するille, cui debet census solvi, habet directum domnium rei」場合とは、ヤーソン

によれば、「定期金が支払われる相手方の下に存する所有権の承認故に支払われる *census solvitur in recognitionem dominii existentis penes illum cui solvi debet*」場合であるとされる。更に、ヤーソンは、「本来の意味での定期金が存する *est proprie census*」のは前者であり、後者の「定期金」においては「法によって定められた期間支払わなければ、目的物について有していた権利を失うはずである *non solvendo censum tempore a iure statuto, perderet dominium quod haberet in re*」と述べて、バルドゥスの主張を自らの問題の文脈に合わせて敷衍している。そして、バルドゥスの言う「定期金の支払われる相手方が目的物の上級所有権を有する *ille, cui debet census solvi, habet directum dominium rei*」場合にヤーソンが着目したように、フランツケは、ヤーソンの言う「定期金が支払われる相手方の下に存する所有権の承認故に支払われる *census solvitur in recognitionem dominii existentis penes illum cui solvi debet*」場合に、自らの「授封物の定期金」論に繋がる端緒を見出したのである。ところで、バルドゥスやヤーソンが想定した場面は、神聖顧問会の少数意見の依拠するアレティヌス説からダフリットが析出した「下級所有権を有する定期金義務者 *censuarius, qui habet utile dominium*」という概念にまさに合致する。フランツケ自身は、『承認礼金論』と『問題解決集』の何れにおいても特にふれてはいないけれども、目的物の譲与者（定期金権利者）に単なる収益受領権だけでなく「上級所有権 *directum dominium*」乃至これに類する権利が留保され、受領者（下級所有権者としての定期金義務者）がその「承認故に *in recognitionem*」定期金を支払う特殊な留保定期金の存在に着目するバルドゥス、ヤーソン、アレティヌス（あるいはこれに言及したダフリット）の議論には、フランツケが両著で引用する他の論者も既に様々な形で言及していた。例えば、パノルミタヌスの別書第3巻第36章第6節注釈へのセバスティアーノ・サビーア Sebastiano Sapia (1462-1523年) の補注²⁶⁾は、〈永代賃借として *in emphyteusim*〉との契約文言にもかかわらず「定期金契約 *contractus censualis*」を推定した同節のインノケンティウス三世の判断とこれを支持するパノルミタヌスの見解との関

26) IV注25参照。

連で、「バルドゥスがコンスタンツの和約の文言〈臣従擬制金を支払う〉の注釈で何を述べていようと *quicquid dixerit Baldus in titulo de pace Constantiae in verbo persolvere fictum*」と付言していて、バルドゥスによる「定期金」の特殊な用語法が意識されているのが分かる。バルドゥスの注釈については、他に、フランチェスコ・マンティカ Francesco Mantica (1534-1614年) の『ヴァチカン夜業集 *Vaticanae lucubrationes*』(Ⅳの文献6)²⁷⁾でも言及されている。また、フランツェと同じく、バルドゥスの注釈そのものではなくヤーソンの注釈におけるその紹介と敷衍ににふれるものとしては、『問題解決集』で引用されたハルトマン・ピストリス Hartmann Pistoris (1543-1601年) の『個別考察集 *Observationes singulares*』がある²⁸⁾。アレティヌス説とそのダフリットによる解釈については、ジャコモ・メノッキオ Giacomo Menocchio (1532-1697年) の『推定論 *De praesumptionibus*』(Ⅳの文献4)²⁹⁾や、アルバロ・バス Alvaro Vaz (1526-1593年) の『永借権問題集 *Quaestiones iuris emphyteutici*』(Ⅳの文献15)³⁰⁾で言及されている。

27) 「フランチェスコ・マンティカの永代賃借概念論」(獨協法学第88号)の〈10.〉末尾参照。

28) Ⅲ注14の〈9.〉参照。

29) 「エフェラルツとメノッキオの定期金推定論」(獨協法学第89号)の「メノッキオ」〈20.〉参照。

30) Ⅱ注30参照。なお、Ⅱでは、バスの引用する「アンゲルス Angel.」をアンゲルス・デ・ウバルディス Angelus de Ubaldis と解していたが、アンゲルス・アレティヌス Angelus Aretinus の誤りであり、ここに訂正する。また、バスは、永借権に関するヤーソンの注釈も引用しているが、バルドゥス説に言及した上記箇所とは別の箇所(第三法文注釈第135番)である。ただし、「永借人が永借物を地主に無断で譲渡した後買い戻した場合、これによって没収の制裁を免れるのか *quid si emphyteuta alienat emphyteuticam rem irrequisito domino, et postea redimat, an per hoc evadat penam caducitatis*」を論じる同箇所(In primam Codicis partem commentaria, 188. v.)が、なぜ、アレティヌス説と共に、目的物の譲渡に際して「定期金義務者は定期金の支払いを受ける者に対して伺いを立てる必要はない *censuarius non teretur eum cui census solvit, requirere*」との主張の典拠となり得るのかは不明である。

以上の議論は、「永代賃借」と同じ意味で「定期金」の名称が用いられる特殊な用語法を追認しているだけであり、所有権移転の態様の相違を不払い没収等の是非に直結させる点を二分法の難点と見なす「授封物の定期金」論にとっては元より十分なものではない。『承認礼金論』のフランツケが、ヤーソンの上記注釈を肯定的に引用抜粋しながら、「ただし、彼の見解は、権利剥奪に関する限り、誤りであると私は考える*cujus sententiam quoad privationem falsam esse puto*」と述べざるを得なかったのはそのためである。ヤーソン説が誤っている理由として、フランツケがまず指摘するのは、「定期金が支払われる相手方の下に存する所有権の承認故に支払われる*census solvitur in recognitionem dominii existentis penes illum cui solvi debet*」場合を認めるのはよいとしても、そのような「定期金*census*」の不払いを理由に永代賃借と同様の「権利剥奪*privatio*」まで是認するならば、「定期金契約と永借契約との間には名称以外に違いはないことになる*nulla inter censualem et emphyteuticum contractum, nisi nomine tenus differentia esset*」という点である。しかし、この「名称*nomen*」をめぐる問題点は、Ⅲで見たとおり、永代賃借と定期金乃至賃租と間だけではなく、書付賃借等との間でも指摘され、しかも、名称の相違を重視しない実態を追認する議論が従来から主流であったので、ヤーソンを論駁する論拠としてはそれほど説得力はない。「授封物の定期金」論の核心部分として注目すべきなのは、フランツケが次に挙げる論拠、すなわち、「物を特約によって明示的に永代賃借ではなく定期金のために、しかも、支払いは所有権の承認故に為されるという仕方、譲与することを妨げるものは何もなく、そのような譲与を除いた他の点では普通法に基づき定期金と見なされる*nihil obstat, quo minus quis expresso facto, rem diserte in censum, non vero in emphyteusim concedere possit; ut tamen solutio in recognitionem dominii fiat, et praeter illam concessionem caeteraque communi census jure aestimetur*」、という点である(第70番)。ここでは、「授封物」を一旦離れた一般論として、「支払いが所有権の承認故に為される」ような「定期金のため*in censum*」の「譲与*concessio*」、つまり、譲与者に単なる定期金受領権ではなく上級所有権が留保される内容の定期金契約の締結可能性が、任意法としての「普通法*jus*

commune」と当事者の「特約expressum factum」乃至「合意pactum」との間の相互作用、すなわち、前者による後者の補充と後者による前者の変更という枠組みの中で、肯定されている。譲与者に上級所有権が留保され「定期金census」が当該所有権の「承認故にin recognitionem」に支払われるという「合意pactum」部分を除けば、当該「定期金契約contractus censualis」においては、留保定期金にかんする「普通法」すなわち二分法が妥当し、それ故、永代賃借の場合のような不払い没収等を認める必要はないことになる。続いて、フランツケは、「もしそのようなことが上記のごとく合意をもって為し得るのだとすれば、何らかの封に属する物の譲与に際しては常にそのようなことが生じると私は考えるexistimo, quod sicuti hoc fieri potest praedicto modo per pactum, ita semper fieri in concessione rerum illarum, quae ad feudum aliquod pertinent」と述べて、この一般論を「封に属する物res, quae ad feudum pertinent」つまり「授封物」が譲与される場面に当てはめている(第71番及び第72番)。ここで重要なのは、留保定期金一般においては、「特約の効果vis pacti」として「所有権が譲与者に留保されるretinetur dominium a concedente」可能性があるにすぎないのに対して、授封物の定期金においては、「目的物の本性や様態故にそうなるita propter naturam et conditionem rei」という点である。先の一般論においては、二分法という「普通法」は当事者の「合意」によって初めて修正されたが、授封物が譲与の目的物である場合には、定期金契約でありながら、授封物の「本性natura」や「態様conditio」に照らして「常にsemper」所有権に相当する何かが譲与者に留保され、二分法そのものが変更されるというのである。なぜなら、授封物については「如何なる処分も許されていないomnimodam alienationem non patitur」ため、「授封物全体を完全に譲与することのできない者は、同じ授封物を定期金のために譲与する場合にも常に、上位者としての権利を、あたかも上級所有権ように、自らに留保した上でこれを行うと考えられるqui non possunt, rem feudalem in totum jure pleno concedere; sic ubi quandoque eandem in censum concedunt, retento sibi jure superioritatis, et quasi directi dominii hoc agere videantur」からである。そして、たとえ「そのような譲与illa concessio」であっても、「他

の全ての点では、普通法上、定期金と見なされ、上記の点を除けば如何なる点においても定期金と区別できない*in caeteris omnibus, jure census communi aestimetur, atque in nullo praeterquam in supra dicto distinguatur*」のである。以上のようなフランツケの議論は、一見して明らかなおと、いわゆる契約の本性*natura* (常素*naturalia*) から実践的帰結を導く試みの一例と言える。定期的給付が定期金契約の本質*substantia* (要素*essentialia*) であるとすれば、二分法による留保定期金の性質規定、すなわち、完全な所有権移転と不払い没収等の否定とは常素に相当する。フランツケは、上級所有権やこれに類する「上位者としての権利*jus superioritatis*」を留保する「合意」という偶有性*accidens* (偶素*accidentia*) によって、完全な所有権移転という常素がその都度変更を被る可能性を一般論として肯定するだけでなく、目的物たる授封物の「本性」から「上位者としての権利」留保の常態化を導き、上級所有権類似の権利が留保されるにもかかわらず不払い没収等を認めないという点を常素とする定期金契約の新たな類型として「授封物の定期金」を主張しているのである。この「授封物の定期金」と「永代賃借」の相違に関するフランツケの結論部分(第73番と第74番)には、既にⅢで検討したとおと、定期金権利者(「領主*dominus*」)の「先買権*jus protimiseos*」の否定、及び、定期金義務者(「農民等*rustici*」)による目的物売却の自由という「二つの相違点*duae differentiae*」がごく簡単に提示されているだけで、Ⅲで指摘した典拠(アンドレーアス・アウハバル*Andreas Ruchabar*の『問題集後編*Quaestionum pars posterior*』とシャルル・デュ・ムーラン*Charles Du Moulin*の『パリ慣習法注解第二部*Secunda pars commentariorum analyticorum in Consuetudines Parisienses*』)との不整合のみならず、「権利剥奪」をめぐるヤーソン説論駁という文脈からしても奇異な印象を受ける。しかし、それに続く、「永代賃借と定期金契約との相違から生じる諸帰結について先に述べたところも、まさにこの意味に私は解しているし、それが正しいと考えている*in hoc sensu, quae supra de effectibus ex differentia, inter emphyteusim et censuarium contractum ortis, diximus accipio et vera esse judicio*」との言明に照らせば、「授封物の定期金」において、目的物譲渡時の先買権乃至取戻権、無断譲渡及び定期金不払いを理

由とする目的物没収の三つを何れも否定するフランツケの立場は明瞭である。結局、永代賃借との類似性は、譲与者に留保された上級所有権類似の「上位者としての権利」の効果である疑似授封と承認礼金に留まり、不払いや無断譲渡による土地の没収には及ばないのである。

『承認礼金論』が初代ザクセン＝アルテンブルク公Herzog von Sachsen-Altenburgヨーハン・フィリップJohann Philipp (1597-1639年:1603年から在位)への献呈文と共に刊行された当時(1629年初版)、三十代半ばの少壮法律家(『承認礼金論』出版前後にシュヴァルツブルク＝ルドルシュタット伯Graf von Schwarzburg-Rudolstadtカール・ギュンターKarl Günther[1576-1630年]の法律顧問に着任)にすぎなかったフランツケによるこの野心的な議論は、二分法がザクセン法や裁判実務にも既に広く浸透していた状況の下では、一異説の地位に甘んずる他なかった。この点はフランツケが『承認礼金論』の中で伝えるエピソードにも見て取ることができる。それによれば、フランツケが、『承認礼金論』の脱稿後に、「ザクセン＝アルテンブルクの尚書長官Cancellarius Saxo-Altenburgicus」ベルンハルト・ベルトラムBernhard Bertramと「この問題について議論を交わしたde praesenti materia dissererem」際、ベルトラムは、「当初、農民の財産は全て、第一の種類の定期金の意味における定期金負担付き財産であって、あらゆる承認礼金から完全に自由であったが、その後、領主たちの吝嗇と、領主たちの命令に従って承認礼金を支払う領民たちの忍耐の結果、永借財産へと変質してしまったのは自明であり、今日でも、農民の財産が、定期金負担付き財産なのか、つまり、農民の完全な所有権に属するのか、あるいは逆に、永借財産なのか、つまり、農民の下級所有権に属するのかどうか、が問われることが稀ではないのもそのためであるcertum est bona rusuticorum omnia primitus censualia in primo genere census, adeoque ab omni laudemio prorsus libera fuisse, sed et post facto avaritia dominorum et patientia subditorum laudemia ad jussum illorum solventium, in emphyteutica, esse commutata, et inde etiam hodie non raro, num sint censualia, hoc est in pleno dominio rusticorum, num vero emphyteutica, hoc set, jure utilis dominii dubitari」旨述べたというのである(第76番及び第77番)。「尚書長官Cancellarius」としてエル

ンスト系ザクセン諸公領の領邦司法の統括者の一人でもあったベルトラムの言葉はそれ自体権威のあるものであったし、フランツケが自らの「授封物の定期金」と区別するためにわざわざ「第一の意味における定期金 *primum genus census*」と敷衍しているところからも明らかなように、「完全な所有権 *plenum dominium*」を伴う「定期金負担付き財産 *bona censualia*」と「下級所有権 *utile dominium*」のみを伴う「永借財産 *bona emphyteutica*」とを対置するその議論は二分法に依拠している。従って、「農民の財産 *bona rusticorum*」が「永借財産」と解される限り、不払いや無断譲渡を理由とする財産没収は避けられない。ただ、そのように「農民 *rustici*」にとって不利な現状を、「農民の財産」をとりまく歴史的経緯によって正当化したところにベルトラムの特徴がある。ベルトラムの言うように、「当初、農民の財産は全て、定期金負担付き財産であって、あらゆる承認礼金から完全に自由であったが、その後、領主たちの吝嗇と、領主たちの命令に従って承認礼金を支払う領民たちの忍耐の結果、永借財産へと変質してしまった *bona rusticorum omnia primitus censualia, adeoque ab omni laudemio prorsus libera fuisse, sed et post facto avaritia dominorum et patientia subditorum laudemia ad jussum illorum solventium, in emphyteutica, esse commutata*」のだとすれば、「農民の財産」は、今日、「承認礼金 *laudemium*」の支払い故に、「永借財産」と解さざるを得ない。譲与者に上級所有権類似の「上位者としての権利」が留保され、その効果として「承認礼金」が支払われるような定期金の類型を認めるのがフランツケの立場であるから、フランツケが、「閣下はためらう私をこの見解に与するよう強く促されたけれども、つい先程示した最後の理由は前述の見解に与する私の立場をしっかりと裏付けている *licet me fere in hanc sententiam haesitantem pertraxisset, maturius tamen de eo me cogitantem in priori sententia confirmavit, postrema ratio, paulo ante proposita*」と述べて、ベルトラムの見解をきっぱり退けたのは当然と言えよう。「つい先程示した最後の理由 *postrema ratio, paulo ante proposita*」とは、文脈からたどるならば、「授封物の定期金」という類型を認める究極の論拠として、「授封物全体を完全に譲与することのできない者は、同じ授封物を定期金のために譲与する場合にも常に、上位者としての権利を、あたかも上級所

有権のように、自らに留保した上でこれを行う *qui non possunt, rem feudalem in totum jure pleno concedere; sic ubi quandoque eandem in censum concedunt, retento sibi jure superioritatis, et quasi directi dominii hoc agere*」と述べた箇所(第72番)を指していると考えられる。その箇所で、「授封物全体を完全に譲与することができない *non possunt, rem feudalem in totum jure pleno concedere*」理由として直接指摘されているのは、「如何なる処分も許されない *omnimodam alienationem non patitur*」という封処分の法的な不可能性であるが、「授封物 *res feudalis*」の「本性 *natura*」に着目している以上、「譲与者である封臣が下級所有権以外に何も有していない *vasalli concedentes, nil nisi dominium utile habent*」から「譲与によって上級所有権が農民たちに移転されることはあり得ない *fieri certe non potest, ut per concessionem directum dominium in rusticos fuerit translatum*」(第65番)という意味での所有権完全移転の論理的な不可能性もそこに含意されているはずである。フランツケがベルトラムの見解を退ける論拠としているのもむしろこの授封物における所有権の完全移転の不可能性である。「農民たちの財産の大半は貴族たちの封から譲与されているという点が自明であるとすれば、それらの財産は、譲与者自身の完全な所有権に属していない以上、農民たちの完全な所有権に属するということとはあり得ない *dum bona rusticorum pleraque ex feudis nobilium concessa sunt, per se planum est, non possunt esse in pleno ipsorum dominio, quia non fuerunt in tali dominio concedentium*」(第79番)。従って、封臣たる「貴族 *nobiles*」から譲与された「農民の財産」が「あらゆる承認礼金から自由であった *ab omni laudemio prorsus libera fuisse*」時期を過去に想定するベルトラムの上記主張は、封乃至授封物の「本性」に照らして論理的に誤っていることになる。フランツケは、以上の点を、「譲与者自身が有していた以上の権利を農民に移転できない *plus juris in rusticos, quam quod concedentes habuerunt, transferre*」という簡潔な命題で表現して議論を締めくくっており、「授封物の定期金」論が、「何人も自らが有する以上の権利を他人に移転し得ない *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*」³¹⁾という周知の法原則の応用例でも

31) D. 50, 17, 54.

あることを示唆している。

所有権の完全移転の有無から不払い没収等の是非を導く二分法が実際の紛争解決に適用される場合、当事者の契約が永代賃借と留保定期金の何れと認定されるのかによって結論が決まることになる。それ故、二分法の起点となった別書第3巻第36章第6節でのインノケンティウスⅢ世の判断がそうであったように、争いの対象である契約が如何なる契約なのか疑念がある場合に、一体何を決め手に永代契約（あるいはこれに基づき保有される永借財産）なり定期金契約（あるいはこれに基づき保有される定期金負担付き財産）なりを推定すべきなのかが、二分法そのものと共に議論されてきた。それ故、フランツケもまた、この古くからの論点、すなわち、「最初の権原についてはっきりしない場合に、財産は、永借財産と推定されるべきなのか、それとも、定期金負担付き財産と推定されるべきなのか *quando de titulo primordiali non satis constat, num bona in dubio emphyteutica, an vero censualia praesumenda sit*」について、「授封物の定期金」の典型的な独自性をふまえ、あらためて検討している（第81番から第91番³²⁾）。二分法批判の前提として、二分法それ自体の系譜と概要が文

32) “(81. 疑わしい場合、永借財産と定期金負担付き財産の何れとして推定されるべきか。)しかし、最初の権原についてはっきりしない場合に、財産は、永借財産と推定されるべきなのか、それとも、定期金負担付き財産と推定されるべきなのか、まだ解明されていない。

(82. ある人々は単純に永借財産を推定する。)すなわち、ある人々は単純に永借財産を推定する。例えば、勅法彙纂第4巻第66章第1法文へのヨハンネス・ファベルの注釈第7番、同第2法文へのヤーソンの注釈第165番、プルサトゥス『助言集』第1巻助言56第8番、エウエラルドゥス『トピカ』「永代賃借から定期金への論拠」第5番、スクルフィウス『助言集』第1集助言56 [→58]、ミュンシゲルス『帝室裁判所判決個別考察集』第3集考察65第7番がそうであり、クラルス『永代賃借論』第1論第3番では、この通説が教会における譲与においても私的な譲与においても正しい旨述べられている。更に、リッテルスフシウス『封建法区分論』第2 [→1] 巻第2章第7 [→8] 番、ボケルス『封の性質について』第1章第35番も同旨である。

(83. ある者は反対に定期金負担付き財産を推定する。)またある人々は、反対に、定期金負担付き財産を推定している。例えば、メノキウス前掲『推定論』第3巻第

106章第3番では、これをむしろ通説と称している。また、コワツルウィアス前掲『問題解決集』第3巻第7章第1番、ヨアンネス・ウィンケンティウス・ホンデデウス『助言集』第2巻助言81第2番、マンティカ枢機卿『ヴァティカン夜業集』第22章第3節第11番及び第12番、ウェーセンベキウス『助言集』助言5第45番、ミンダヌス『裁判所命令論』第2巻第67章第8節、トゥスクス枢機卿『実務解決集』第3巻Eの項の解決192第175番も同旨であり、アウグスト選帝侯もその勅法第2部第39条でこの見解に与しているし、モレルス前掲『アウグスト選帝侯勅法集注解』同条注釈、ペルリキウス前掲『実務解決集』第2部解決457[→47]第19番、ジグレルス前掲『ニコラウス・カルウォルスの黄金実務に倣った通説結論集』「貴族」の節第307番も同旨である。

〈84. 著者は定期金負担付き財産の第五の意味と第六の意味を区別する。〉それ故、定期金負担付き財産を第五の意味と第六の意味の何れにおいて理解すべきかが重要であると私は考える。〈85. 後者の意味においては、疑わしい場合、定期金負担付き財産が推定されるべきである。〉後者の意味においては、永借財産ではなくむしろ定期金負担付き財産が推定されるべきものと解され、とりわけ没収罰や財産剥奪に関わる場合にはそうである。というのも、疑わしい場合には最小限の事柄に従うべきであるから【学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第14法文及び第39法文6節、同法文に対するバルトルスその他の人々の注釈、学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第9法文、第六書最終章「法の諸準則について」第30節】。〈86. 同上。〉実際、定期金義務者は、すぐ前[第74番]に述べたとおり、永借人が所定の期限内に永借料を支払わないことを理由としてその権利を奪われ得るのとは違い、定期金の滞納を理由にその権利を奪われることはないという意味では、永借料よりも定期金の方が義務づけの程度が弱い。〈87. 同上。〉地域によっては、定期金負担付き財産よりも永借財産の方が頻繁に見られるかもしれないが、以上のように解するのが正しいと私は考える【論拠となるのは第六書最終章第15節】。〈88. 前者の意味においては、むしろ永借財産が推定されるべきである。〉前者の意味においては、定期金負担付き財産ではなく、むしろ、永借財産が推定されるべきである。なぜなら、譲与者がそれを介して権利を全て手放すわけではないという限りでは永代賃借の場合の方がより小さく、譲与者の権利が全て移転する定期金では逆により大きくなるので、そのように推定することはそれほど困難ではないし【論拠となるのは学説彙纂22巻3章「証明及び推定について」第25法文】。〈89. 同上。〉変則的なものよりも規則的なものが推定されるべきであるからである。実際、そのような物の所有者権者においては、定期金義務者もそのような所有者権者であるが、当該目的物について毎年

献引用群を通じて簡略かつ的確に示されたのと同じく(IV参照)、推定に関してもまた、二分法の下での従来の議論が、「単純に永代財産を推定する *simpliciter emphyteutica praesumunt*」人々と「反対に定期金負担付き財産を推定する *econtra censualia praesumunt*」人々との対立として、それぞれ相当数の典拠を列挙することにより整理されている。前者の永代賃借(永借財産)推定説として引用されているのは、順に、

1: ジャン・フォールの『勅法彙纂摘要』、第4巻第66章第1法文注釈³³⁾、

何かを支払うというのは変則的なことであり、永借人においては規則的なことである【バコウィウス『トレウトレルスの討論集への注解集』第1巻討論29定理9への注解F】。〈90. 以上の点が正しいと言えるのは、地代の支払いを受ける者によって目的物が所有されていることは確かであり、その権原のみが明らかでない場合であり、第一に、もし前者の点についても疑わしいのであれば、この限りではない。〉アルワルス・ワラスクスは前掲『永代賃借論』第32論第35番が主張するには、以上の点が疑念無く当てはまるのは次の場合であるとされる。すなわち、目的物が地代の支払いを受ける者から取得されたことは確かであり、その権原のみが明らかでない場合、である。1) これに対して、目的物が、地代の支払いを受ける者やその相続人には決して属してはおらず、目的物の所有者によって偶々その目的物に随意的に地代の負担が設定された場合は、この限りではない【論拠となるのは学説彙纂31巻「遺贈及び信託遺贈について」第67法文8節。アッフリクティス前掲『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第6番も参照せよ】。〈91. 第二に、当該地域において、永代賃借よりも定期金が頻繁に見出される場合にも、この限りではない。〉2) また、当該地域において、永代賃借よりもむしろ定期金が頻繁に見出される場合にも、この限りではない【学説彙纂33巻7章「設備や備品の遺贈について」第18法文3節、ワラスクス前掲箇所、エウエラルドゥス前掲箇所第5番、法学提要3巻24章第3節へのヘイギウスの注釈第18番】。権利の剥奪について問題となるような刑罰事項についてはとりわけそうである。というのも、そのような場合【第五の意味での定期金負担付き財産が問題となる場合】において疑念があるならば、有利な点は、もう一つの意味の定期金について、つい先程述べたところに従い、逆に制限されたのと同じ理由から、拡張されるに相応しいからである。”(De laudemis, 225-226.)

33) 注8参照。なおフランツケは注釈の「第7番 *numero septem*」として引用しているが、本稿で参照した刊本は写本の表記を踏襲する初期印刷本(1530年マイantz刊)

2：ヤーソンの勅法彙纂第4巻第66章第2法文注釈の第165番³⁴⁾、

3：マントヴァ Mantova 出身で「ラテラノ黄金拍車の騎士 eques auratus Lateranensis」並びに「Imperialis aulae Comes Palatinus 帝国宮中伯」に叙されたフランチェスコ・ボルサーティ Francesco Borsati (フランキスクス・ブルサトゥス Franciscus Bursatus: 16世紀生没年不詳) の『助言解答集 Consilia sive responsa』第1巻 liber primus (1573年初版)、助言56第8番³⁵⁾、

4：ニコラース・エフェラルツ Nicolaas Everaerts (1461/62-1532年) の『法の論拠集 Loci argumentorum legales』(1516年初版)、第31論拠第5番³⁶⁾(IVの文献2)、

であるため、記号「¶」による区切りのみで番号は付されていない。

34) “〈165. 既存の契約については不明であるが、地代が四十年にわたって支払われてきたことは適切に証明された場合、永借契約と定期金契約の何れが推定されるのか。〉第九に問題となるのは、既存の契約については不明であるが、地代が四十年にわたって支払われてきたことは適切に証明された場合、永借契約と定期金契約の何れが推定されるのか、である。この問いについてはヨアンネス・ファベルだけが本章第1法文注釈第1段でふれており、彼は、当第2法文の標準注釈末尾が上述の契約は永借契約と推定されると述べている旨紹介しつつも、自らは、この見解を、地域において定期金契約よりも永借契約の方が頻繁に見られる場合に限定し、そうではない場合には、学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第56法文を論拠に、反対であるとしている。第六の問いで私が述べた点〔第160番〕もその裏付けもこれに近い。しかし、ある者が永借人、定期金義務者、コロヌスの何れなのか不明な場合に、三年にわたって支払いを滞ると追放され得るのかどうかについては、第四の問いで文言〈三年〉に関して既に述べた〔第158番〕。”(In primam Codicis partem commentaria, 173.v-174.r.)

35) “〈8. 通説によれば定期金ではなくむしろ永代賃借が推定される。〉それどころか、疑わしい場合には、〔本助言対象事案のように教会による譲与だけでなく〕世俗の君主による譲与であっても定期金ではなくむしろ永代賃借が推定され、ペロウス『問題集』問題14第1番やクラルス『問題集』「永代賃借」第1問の「ところで云々」の行〔第3番〕はこれが通説であると確言している。”(Consilia, I, 348-349. 引用は1579年フランクフルト刊のテキストによる。)

36) 「エフェラルツとメノッキオの定期金推定論」(獨協法学第89号) 参照。

5: ヴィッテンベルク大学教授、ザクセン選帝侯フリードリヒFriedrich III世賢公der Weise (在位1486-1525年)の枢密顧問官、アルテンブルク並びにライプチヒのザクセン共通宮廷裁判所の判事を歴任し、1521年のヴォルムス帝国議会ではルターの弁護人を務めると共にメランヒトン等と親交を深め、1547年にはシュマルカルデン戦争におけるプロテスタント側敗北と選帝侯ヨーハン・フリードリヒJohann Friedrich I世(在位1532-47年)の廃位を受け、ブランデンブルク選帝侯領のフランクフルト・アン・オーダー大学に転任したヒエロニムス・シュルフHieronymus Schurff (1481-1554年)の『法の助言解答集Consilia seu responsa iuris』第1集centuria prima (1545年初版)、助言58³⁷⁾第3番³⁸⁾、

37) 『承認礼金論』のテキストには「助言56」とあるが、こちらの助言は「母の財産bona materna」の相続に関するもので明らかに誤植である。また、上限の欄外番号の指示も欠けており、「要約summaria」と内容をふまえるならば、次注にあるとおり、第3番が該当箇所と考えられる。

38) “我が主イエス・キリストウスの助力を切に願う。事案の事実関係を全て個々に精査したところ、当該相談には以下の疑問点が含まれている。

第一に、何らかの財産を占有している者が正当な期間にわたり当該財産のために毎年一定額の地代を支払ってきたかどうか。同じく、この種の財産を売却し譲渡するなどした者は当該財産を理由に非難され、定期金負担付き財産としてその者から財産が没収され得るのか云々。以上については否と解答される。

第二に、特定の財産と当該財産の帰属し付属する財産について授封する旨約束した領主は、約束の文言中に特に明記されなかった一定の財産の授封を約束したと解されるのか云々。以上については否と解答される。

第三に、境界確定の訴えにおいては、何人も証明を義務づけられるのか、それとも、原告乃至上訴訟提起者のみが証明責任を負うのか云々。以上については、訴えて裁判を求める者が証明の義務を負うと解される。

〈1. 定期金負担付き財産と永借財産は、たとえ異なっているとしても、相互に互換的に用いられている。〉ここでは、周知の問題の考察、すなわち、定期金契約と永借契約との間に如何なる根本的な相違【これについては別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節へのカノン法学者の注釈やバルトルスの学説彙纂39

6: フライブルク大学教授を経て、オーバーライン・クライス Oberrheinischer Kreis選出で帝室裁判所Imperii Camera: Reichskammergerichtの陪席判事adessor: Assessorを八年務めた後、ブラウンシュヴァイク＝リューネブルク公Herzog von Braunschweig-Lüneburgの宮廷で尚書長官となったヨアヒム・ミュンジンガー・フォン・フルンデックJoachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588年) の『帝室裁判所判決個別考察集Singulares

卷4章「徴税請負人、貢納金、没収について」第1法文注釈によって検討されている】が存するののかの探究は省略される。なぜなら、上記別書3巻36章第6節並びに同節第2文の標準注釈第1段第2文「特に注意すべきなのは云々」にはっきり証明されているとおり、多くの場合、あるいは、一般的に、これらの名称は互換的に用いられているし、永借契約と言おうが定期金契約と言おうが名称の不適切さ故に契約に瑕疵が生じることもないからである。同様に、いまここでこの点を論ずることは余分でさえる。というのも、上記の財産は永借財産か定期金負担付き財産の何れかであって、「隷属農保有地(ラッスギューター)」ではなく、それ故、Nの住民が単なる期限付き小作人として当該財産を保有するということはありませんからである。

〈2. 永借権は地主との関係で時効によって取得できる。〉前記の〔第一の〕解答は簡単に論証できる。すなわち、永借権を地主との関係で時効により取得でき、それ故、たとえ最初は永借人として占有していなかったとしても、以後永借人と見なされるという点は、勅法彙纂11巻61章「皇帝世襲地、森林地、永借地、並びに、それらの賃借人について」第14法文の最適なテキストによって確認されているとおり、自明の法なのである。また、ヤコブス・デ・アレナやキヌスの注釈は当法文に依拠してそのように解しており、サリケトの勅法彙纂7巻39章「三十年及び四十年の前書について」第6法文注釈も同旨、パルトルスと同法文注釈末尾は勅法彙纂4巻66章「永借権について」第2法文の標準注釈を援用している。〈3. 疑わしい場合に推定されるのは永借人であって期限付き小作人ではない。〉更に、永借人として占有していたのか、それとも定期金義務者あるいは期限付き小作人として占有していたのか、疑わしい場合には、小作人としてではなく永借人として占有していたものと推定される。勅法彙纂4巻66章第2法文の文言〈退去させる〉の標準注釈末尾「同様に何者かが云々」の行による同旨の学説が一致して支持されており、上記勅法彙纂11巻61章第14法文を援用している。"(Consilia, I, 221-222. 引用は1556年フランクフルト刊のテキストによる。)

observationes iudicii imperialis camerae』(1563年初版)、第3集centuria tertia考察observatio65「永借料を支払わない永借人は当然に永借地を失うのかEmphyteuta canonem non solvens an ipso iure emphyteusin amittat?」第7番³⁹⁾、

39) “〈5. 永借契約と定期金契約とは区別される。〉ただし、以上に述べた点は、上級所有権が譲与者の元に留まる真正な永代賃借についてのみ当てはまり、下級所有権のみならず上級所有権も受領者に移転する定期金契約では事情が異なる。従って、定期金を支払わない定期金義務者は、それがたとえ十年に及んでも、定期金負担付き財産を没収されることはなく、未払い定期金の返還を強制されるに留まる。別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節の文言〈所定の云々〉への標準注釈及びパノルミタヌスの注釈の「しかし本事案では永代賃借ではなく云々」の行によりそのように解され、ソキヌス『助言集』第2巻の「主は私の唇をお開けになる」で始まる助言167によっても支持されている。〈6. 疑わしい場合定期金契約が推定される。〉このような没収に際してしばしば問題とされるのが、疑わしい場合にその契約は定期金契約と永借契約の何れと推定されるべきかという点である。上記ソキヌスの助言167は、アルベリクス〔・デ・ロサート〕の前掲勅法彙纂4巻66章「永借権について」第2法文注釈及びヤーソンの同法文注釈第41番以下に従い、定期金契約が推定されるべきと解している。〈7. バルドゥスは反対の見解を述べている。〉これに対して、永借契約が推定されるべきとの反対の意見を、バルドゥスが勅法彙纂6巻3章「解放奴隷の労務について」第6法文注釈で述べており、アッフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第8番も詳細な検討の末にこの見解に与しているし、ヒエロニムス・シュルフ『助言集』第1集助言56もその旨解答している。〈8. これらの意見が区別を介して調和させられる。〉そして、バルトルスやアンゲルス〔・アレティヌス〕といった多くの人々はこれらの見解を区別を介して以下のように調和させている。まず、前者の見解は私人の永代賃借について妥当する。つまり、疑わしい場合には永代賃借が推定されないとする。なぜなら、嫌悪されるべき否定的な事柄、とりわけ没収に関しては、拡張適用が為されるべきではないからである。これに対して、後者の見解は教会の永借人について妥当し、その結果、教会の優遇のため拡張適用が為され、永借契約が推定されるとしている。”(Singulares observationes, 225-226. 引用は1594年ヘルムシュテット刊のテキストによる。なお、フランツケの引用箇所は1576年バーゼル刊のテキスト以降に増補された部分〔第5番から第8番〕に含まれている。また、フランツケの指示する欄外番号はこのヘル

7: ジューリオ・クラークGiulio Claro (1525-1575年) の『永借権論De iure emphyteutico tractatus』(1565年初版)、第1問第3番(Ⅳの文献1)⁴⁰⁾、

8: ヘルムシュテット大学(1576年創立)で文献学と法学を学んだ後、アルトドルフAltdorfのアカデミーAkademie(1575年創立、皇帝により大学Universitätとして認可されるのは1622年)でヒューベルト・ファン・ヒッフェンHubert van Giffen(フベルトゥス・ギファニウスHubertus Giphanius: 1533/34-1604年)の指導を受け(ファン・ヒッフェンが同僚ユグ・ドノーHugues Doneau [1527-1591年]と対立しインゴルシュタット大学[1459年創立]に移った際にも同行)、パーゼル大学(1459年創立)で博士学位取得後、アルトドルフで法学教授を務めたコンラート・リッターズハウゼンKonrad Rittershausen (1560-1613年)の『封建法の区分Partitiones juris feudalis』(1603年初版; 出版当時、帝国宮廷顧問会Consilium Caesaris Aulici: Reichshofrat: の陪席顧問consiliarius: Beisitzerに転出していた師ファン・ヒッフェンが序文を寄せている)、第1巻⁴¹⁾第2章「封に類似し近似する幾つかの行為が封から区別されるNegocia quaedam feudo similia et cognata ab eodem discriminantur。その関連で自由保有に言及De allodiis unde dicta。疑わしい場合に封と自由保有物の何れが推定されるのかUtrum in dubio res praesumatur feudalis, an allodialis。」第8問答⁴²⁾(本書の叙述は「学生Discipulus」の「質問quaestio」と

ムシュテット版と一致するが、本書の欄外番号は、考察の表題や要約の有無や内容と共に、諸版によって異同が見られる。例えばアンドレーアス・ガイルAndreas Gail [1526-1587年] の『実務考察集Practicae observationes』[1578年初版]と合本されて1613年にヴェネツィアで出版されたテキストでは、第5番が該当箇所に当たる。)

40) Ⅳ注39参照。

41) 『承認礼金論』のテキストでは「第2巻第2章第7番libro secunndo capitulo secundo numero septimmo」となっているが「第1巻第2章第8番libro primo capitulo secundo numeo octavo」の誤植である。

42) “学生：定期金契約とはどのような契約でしょうか。

教師：土地の所有権そのものは受領者に移転し、旧所有権者に一定額の地代が支払われる場合がそうである。別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節の標準注釈やカノン法学者等の注釈がそう述べている。またエウエルドゥス

「教師Magister」の「解答responsio」を対置させる問答形式が採られている)、

9: テュービンゲン大学(1476年創立)で博士号取得後、同大学で封建法と刑事法を教え、ヴュルテンベルク公Herzog von Württembergの顧問官や宮廷裁判所陪席判事も務めたハインリッヒ・ボーツァーHeinrich Bocer(1561-1630年)『封論二編Tractatus feudales duo』(1611年初版: 第一論考「封の本質、本性、偶有性についてDe substantia, natura, et accidente feudi」、第二論考「封の性質及び区分についてDe qualitate et differentia feudorum」)、第二論考第1章「封とは何か、そして、他の類似する権利とは如何なる点で異なっているのかQuid feudum, quidque differat illud ab alio similis jure」第35番⁴³⁾、

の『法の論拠集』も参照すべきである。同書によって、君は、定期金契約が封のみならず永代賃借ともどの程度異なっているのか簡単に知ることができるだろう。すなわち、後者二者の何れにおいても土地の所有権は、定期金契約の場合のようには移転されず、封主や永借地所有者の元に留まるのである。封や永代賃借においては没収があり得て、定期金契約においてはあり得ないのはそのためである。それ故、永借権や封による権利を有するよりも定期金による権利を有する方が有利となる。ただし、疑わしい場合には、農民のために定期金が推定されるのではなく、領主のために永借契約が推定される。”(Partitiones, 49-50. 引用は1615年マールブルク刊のテキストによる。)

- 43) “〈31. 定期金による権利もまた封に類似しており、それは如何なる権利かが定義される。〉永代賃借と同じく、定期金による権利もまた封に類似している。ところで、定期金による権利とは、ある者が自己所有の土地から相手方に何年かにわたり定期金を支払う場合に存する【別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節並びに同節の標準注釈やカノン法学者の諸注釈、ユリウス・クラルス『問題集』「永代賃借」第1問第2番、ペトルス・フォレルス『定期金黄金実務』332頁第23番以下、コラシウス『勅法彙纂4巻66章「永借権について」解説』「封、定期金、書付賃借、地上権、容仮占有は永代賃借とどの程度異なっているのか」の章、エウエラルドゥス『法の論拠集』論拠「永代賃借から定期金へ」第2番以下、メノキウス『推定論』第3巻推定106第1番、第2番、第6番、同推定107】。

〈32. 定期金は二つの仕方で設定され、それらがどのようなものか説明される。〉定期金や定期金による権利は二つの仕方で設定される。一つは、ある者が自己の土地を他人に引き渡し、受領者が当該土地から毎年定期金を支払う場合であり、もう

一つは、ある者が自分所有の土地上に他人のために年払い定期金を設定する場合である【メノキウスが前掲『推定論』第3巻推定107第4番以下で他の人々に従いそう述べている】。モリナエウスは『助言集』助言9第21番以下で、前者の方法で設定された定期金を土地定期金乃至不動産定期金と称し、後者の仕方で設定された定期金を負担定期金や賦課定期金と呼んでいる。注意すべきなのは、その箇所ではモリナエウスが、後者の定期金は買戻可能であるが前者の定期金は買戻不能と解している点である。疑わしい場合には常に最小限の事柄が推定されるからである。

〈33. 定期金による権利は如何なる点で封とは異なり、また、永代賃借とも異なるのかは、既述の定義から判明する。〉ところで、上記の定義から、定期金による権利が、如何なる点で封とは異なり、また、永代賃借とも異なっているかが明らかとなる。封は、先に述べたとおり、相互の誠実あるいは忠誠を条件として譲与される。これに対して、定期金による権利は年払い定期金と引き換えに付与される。永借地を譲与する者は土地の所有権を自らに留保し、使用し収益する権利のみを永借人に移転する。しかし、定期金による権利を他人に譲与する者は、定義が示すとおり、定期金負担地を、完全に、つまり、使用収益権も所有権それ自体も、定期金義務者に与えることになる。ただし、マッターエウス・デ・アッフリクティスは『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第8番で、譲与者が上級所有権を自らに留保し下級所有権だけを定期金義務者に移転するという仕方では定期金による権利が設定可能であると解しているようである。

〈34. 永代賃借と定期金による権利には他にも幾つか相違点が存する。〉永代賃借と定期金による権利には他にも相違がある。永借人は、市民法上の永代賃借による場合には、年払いの永借料を三年間支払わなければ永借地を失い、教会からの永代賃借による場合には、二年間支払わなければ失う【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第2法文、別書3巻18章「賃貸借について」第4節、新勅法第7法文第3章2節、同第120法文第8章、勅法彙纂1巻2章「聖なる教会並びにその財産と特権について」第14法文の新勅法引用要約文第11】。これに対して、定期金義務者はたとえ何年にわたって年払い定期金を支払いを滞ったとしても、メノキウスが前掲『推定論』推定106第1番で列挙し支持している諸博士が述べるとおり、その権利を失うことはない。また、永借人は地主に無断で永借地を譲渡するとその権利を失う【勅法彙纂4巻66章第3法文】。他方、定期金義務者はこの場合もやはり権利を失わない【デキウス『助言集』助言164第4段、カビュキウス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決103第5番及び第7番】。これら二つの相違の根拠になると解されるのは、定期金負

である。

この内、最初の二つについては、「契約については明らかではないが、地代が四十年にわたって支払われていることが証明された場合 *si non appareat de contractu: sed probatur pensio soluta quadraginta annis*」に「永借契約 *contractus emphyteoticus*」を推定する勅法彙纂第4巻第66章第2法文の文言〈退去させる *repellere*〉の標準注釈⁴⁴⁾の見解(ただし、標準注釈の成立時期 [1230

担地が完全に定期金義務者に帰属するという点、そして、如何なる法にも、定期金の不払い、あるいは、定期金負担地や定期金による権利の譲渡を理由に、定期金義務者が権利を剥奪されとの規定は見出されないという点である。

〈35. 疑わしい場合に永借契約と創設定期金契約の何れと見なされるのかについて論争がある。〉ところで、疑わしい場合に永借契約と創設定期金契約の何れと見なされるのかについて論争がある。この点、メノキウスが前掲『推定論』推定106第3番以下で述べているとおり、永借契約ではなく定期金契約が推定されるというのが、一般に通用し受け入れられている見解である。しかし、私の考えでは、この通説が妥当するのは、年払い定期金の支払いを受ける者から定期金義務者に土地が譲与されたことが明らかではない場合に限られる。他方、この者によって土地が定期金義務者自身に与えられたことが明らかであるならば、反対の見解がより適切であり、定期金ではなく永借契約が推定されると私は解する。疑わしい場合には常に最小限の事柄が推定されるというのがその理由である【学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第14法文と第39法文6節、同法文へのバルトルスその他の人々の注釈、学説彙纂32巻「遺贈及び信託遺贈について」第29法文1節と第75法文、同46巻5章「法務官の間答契約について」第11法文、同50巻17章「古法の諸準則について」第9法文、第六書最終章「法の諸準則について」第30節、ディヌスの同節注釈】。つまり、疑わしい場合には、使用収益する権利と共に土地の所有権をも受領者に移転することを望んだとは見なされるべきではないのである。”(Tractatus, 117-120. 引用は1611年テュービンゲン刊初版のテキストによる。)

- 44) “…同様に、永借権者ではない土地の保有者が当該土地のために四十年にわたって地代を支払っている場合、退去させられるであろうか。解答：退去させることはできず、私は、後述勅法彙纂11巻61章第14法文及び第11法文を論拠に、永借契約が締結されたと推定する。…”(Codicis libri noem priores cum Accursii commentariis, 650. 引用は1591年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

年代前半]は定期金の概念形成[1234年別書発布、同世紀半ばにかけてベルナルドゥス・デ・パルマの標準注釈やインノケンティウスIV世の『集注』成立]に若干先んじており、実際、アックルシウスも、定期金契約との択一関係で「永借契約*emphyteiticus contractus*」を推定しているのではなく、「土地のために四十年にわたって地代を支払った*pro fundo quadraginta annis solvit pensionem*」場合に「永借契約が締結されたと推定する*praesumo emphyteuticum contractum celebratum fuisse*」と述べているにすぎない)を、「その地域で定期金契約よりも永借契約が頻繁に見られる場合*ubi contractus emphyteoticus magis quam censualis in regione frequentatur*」に限って支持するのがフォールであり、ヤーソンはこのフォール説を援用するに留まる。逆に言えば、「そうでない場合*alias*」、つまり、「永借契約」が「定期金契約*contractus censualis*」よりも頻繁に見られる地域では、「定期金契約」を推定するのが両者の立場ということになる。それ故、フォールとヤーソンを定期金推定説論者と見なすことも可能であり、実際、ダフリットもデ・ロサートの定期金推定説の紹介と関連づけてヤーソンの注釈とそこでのフォール援用に言及している(前掲『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第5番)。フォールとヤーソンの注釈はこのように両義的なものであり、永代賃借推定論の典拠に数えることには疑問が残る。16世紀から17世紀初めにかけて著された残り七つの文献の位置づけにも注意を要する。まず、所有権の完全移転の有無を基準とするカノン法学由来の二分法の枠内で永代賃借説に与していると見て間違いないのは、フォールとヤーソンを永代賃借推定論者として引用しこれを支持するエフェラルツ、「別書第3巻第36章第6節の標準注釈及びカノン法学者の諸注釈*glossa et canonistae ad capitulo constitutus extra de religiosis domibus*」に加えてこのエフェラルツ説を参照させるリッタースハウゼン、「教会*ecclesia*」と「私人*privatus*」何れによる譲与についても疑わしい場合には永代賃借を推定すべきとするクラーロと、そのクラーロ説を援用するボルサーティ、そして、二分法の典拠としてクラーロやエフェラルツに言及(第31番)した上で永代賃借推定説に与しているポーツァー、であろう。これに対して、シュルフは、「カノン法学者*canonistae*」等が想定している「定期金契約

contractus censualis」と「永借契約contractus emphyteoticus」の間の「根本的相違fundamentalis differentia」については立ち入る必要を否定し、「多くの場合、あるいは、一般的に、これらの名称は互換的に用いられているし、永借契約と言おうが定期金契約と言おうが名称の不適切さ故に契約に瑕疵が生じることもないplerunque sive generaliter promiscue utantur istis vocabulis, nec ob eiusmodi improprietatem, vitiatur contractus, sive vocetur emphyteoticus, sive censualis」と、二分法の出発点であるはずの別書第3巻第36章第6節及び同標準注釈を根拠に断言していて、二分法の枠組みから離れた議論を展開している(第1番)。フランツケが引用する箇所では、確かに「定期金義務者censita」ではなく「永借人emphyteota」が推定される旨述べられているが、そもそもシュルフの議論は「カノン法学者」の二分法を前提としていないのであるから、シュルフの言う定期金義務者は完全な所有者としての定期金義務者ではあり得ない。実際、シュルフは、「定期金義務者」を「期限付き小作人colonus temporalis」と言い換えており、相互に区別されない「永借財産bona emphyteotica」や「定期金負担付き財産bona censualia」とに「隷属農保有地Laßgüter」を対置するその論法(第1番)に照らせば、シュルフの言う「定期金義務者」とは、結局、フランツケがザクセンシュピーゲルラント法第2巻第59条の独語注釈⁴⁵⁾から読み取った「賃租義務者Zinßmann」としての農民の区別(『承認札金論』第47番から第53番⁴⁶⁾)、すなわち、「賃租地Zinßgut」を保有しローマ法上の永借人と同等もしくはそれ以上の有利な境遇にある「自由農Freybawer」と、「古代に見られた生来の土地緊縛農民originarius et asscriptitius」つまりコロヌスcolonusとはほぼ同等の劣悪な境遇にある「隷属農Laß」との区別における後者に相当し、フランツケの「授封物の定期金」論の手掛かりの一つとなった前者は勿論、カノン法学由来の留保定期金とも全く関わりがないということになる。シュルフの永代賃借推定説は二分法を前提とするものではないのである。残るミュンジンガーの「考察observatio」は、定期

45) II注44参照。

46) II注37参照。

金推定説(第6番)、永代賃借推定説(第7番)、そして、「私人」による譲与については前者が、「教会」による譲与については後者がそれぞれ妥当すると考える折衷説(第8番)の中立的な紹介に留まる上、永代賃借説論の典拠として、ダフリットの『判決集』と共にシュルフの上記助言を挙げていて議論としての正確さにも問題がある。フランツケがこのミュンジンガーによる引用に釣られてシュルフを永代賃借推定論者の一人に加えた可能性もある。

一方、後者の留保定期金(定期金負担付き財産)推定説として引用されているのは、順に、

10: ジャコモ・メノッキオGiacomo Menocchio (1532-1607年)の『推定、推測、徴表、指標をめぐる論考集De praesumptionibus, coniecturis, signis, et indicis commnetaria』第1部(1587年初版)、第3巻第106推定の第3番(Ⅳの文献4)⁴⁷⁾、

11: ディエゴ・デ・コバルビアスDiego de Covarruvias (1512-1577年)の『種々の問題解決集Variae resolutiones』(1552年初版)、第3巻第7章第1番(Ⅳの文献3)⁴⁸⁾、

12: 教皇領に属するウンブリアUmbriaのペルージャPerugiaで「助言者consultor」及び「弁護士advocatus」として名を馳せたジョヴァンニ・ヴィンツェンツォ・オンデデイ・ダ・グッビオGiovanni Vincenzo Ondedei da Gubbio(ヨアンネス・ウインケンティウス・ホンデデウスIoannes Vincentius Hondedeus: ?-1603年)の『助言解答集Consilia sive responsa』(1592-1600年初版、『判定結論集、別名、法助言集Decisivae conclusiones, sive consultationes juridicae』の表題でも出版)、第2巻助言81第2番⁴⁹⁾、

47) 「エフェラルツとメノッキオの定期金推定論」(獨協法学第89号)参照。

48) I 注33参照。

49) “私は、予備的な助言の際、カストロの領主等に対してシエナ大司教祝下により、地主に無断で為された譲渡を理由とする財産没収が妥当である旨解答した。というのも、その時、当該財産は上記大司教から授封財産であると強く推定されたからである。

しかし、没収が妥当しないのではないかという疑問がすぐに生じた。なぜなら、

13: フランチェスコ・マンティカ Francesco Mantica (1534-1614年) の『黙示の合意及び不明確な合意に関するヴァチカン夜業集』(1609年初版)、第2巻第22章第3節第11番及び第12番(Ⅳの文献6)⁵⁰⁾、

14: マテウス・ヴェーセンベック Matthäus Wesenbeck (1531-1586年) の『一般に助言集と呼ばれる法解答集第一部 Responsorum iuris, quae vulgo consilia appellantur, pars prima』(1575年初版: 『一般に法助言集とも呼ばれる論考並びに解答集 Tractatus et responsa, quae vulgo consilia iuris appellantur』との表題でも出版)、助言5「時効について De praescriptionibus」第45番⁵¹⁾、

領主ルーカ・デ・マルティニスと当時の大司教殿下との間で交わされた1520年の文書の文言からは、当該財産が定期金負担付き財産であることが明らかであり、また、
 〈1. 定期金契約か永借契約かという契約の性質は文言の本義から認定される。〉ユリウス・クラルスが『問題集』「永代賃借」第1問「しかし云々」の行〔第3番末尾〕で述べているとおり、文言の本義から契約の性質つまり定期金契約なのか永借契約なのかを認定することについて躊躇すべきではないからである。〈2. 疑わしい場合には永借契約ではなく定期金契約が推定される。〉加えて、たとえ定期金契約なのか永借契約なのか明らかではない場合であっても、定期金契約が推定されるという法の推定が存する。これは、アルベリクス〔・デ・ロサーテ〕の勅法彙纂4巻66章「永借権について」第2法文注釈第13番、イモラの別書3巻13章「教会財産の譲渡の可否について」第9節注釈第4番、ヤーソンの勅法彙纂4巻66章第1法文注釈第48番及び同第2法文注釈第164〔165?〕番に従ったものであり、マスカルドゥス『証明論』第1巻結論281やメノキウス『推定論』第3巻推定106第3番以下は他にも多くの論者を挙げている。また、メノキウスは同箇所での見解が通説であると述べている。このような法の推定によれば、大司教に無断で為された当該財産の譲渡を理由に没収が生じることはない。”(Decisivae conclusiones, II, 434. 引用は1681年ニュルンベルク刊のテキストによる。)

50) 「フランチェスコ・マンティカの永代賃借概念論」(獨協法学第88号) 参照。

51) “〈45. 疑わしい場合には永借契約や賃貸借ではなくむしろ定期金契約が推定され、一定の地代が継続的に支払われている場合は特にそうである。〉そして、疑わしい場合には、永代賃借や賃貸借の権原ではなく定期金の権原が推定される【別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節、モリナエウス氏のパリ慣習法第2章「賃租について」表題注釈第36番、パリシウス『助言集』第4巻助言75第7番】。

15: ギーセン大学教授を経て帝国都市フランクフルト・アム・マインの法律顧問syndicusを務め、1616年にフランクフルトで公開された「ザクセン勅法意見集」(IV参照)の新版『ザクセン意見集Consultationes Saxonicae』の編者としても知られるペーター・フリデルスPeter Friderus (ミンデンMinden出身故に「ミンダヌスMindanus」とも称される: ?-1616年)の『契約条項によらない裁判所の命令並びに督促に関する有益かつ他に例のない論考De mandatis et monitoriis judicialibus sine clausula, tractatus utilis et singularis』第二巻Liber secundus (1596年初版)、第4部第67章「De parata executione matricularum

そして、誰でも永代賃借【前掲勅法彙纂4巻66章第2法文】や賃貸借【前掲勅法彙纂11巻47章第20法文】の場合のように他人のために占有するのではなく、自己のために、つまり、定期金契約【前掲別書3巻36章第6節】に基づいて、占有すると推定される【これはバルトルスの学説彙纂39巻1章「新規工事の通知について」第1法文2節注釈第12番、カストレンシスの学説彙纂24巻3章「婚姻解消時に如何にして嫁資は返還請求されるのか」第1法文注釈第5番、アレクサンデル『助言集』第1巻助言21末尾、デキウス『助言集』助言56第3番が結論づけているとおりである】。当該契約に基づいて年払い地代が支払われている場合であっても【前掲別書3巻36章第6節、観察者『法の鏡』『賃貸借について』の「それでは云々」の節第80番、ヤーソンの学説彙纂39巻1章第15法文注釈第42番、バルプス『学説彙纂41巻3章「使用取得について」第27法文詳解』第4部第1問第4番】、当事案のように常に一定額が支払われている限りは【ヤーソンの勅法彙纂4巻66章第2法文注釈第155番、ルイヌス『助言集』助言157第23番、バルプス『時効取得論』第4部第9問冒頭、クラウエッタ『時間経過論』第4部第105番】、そうであり、そのような仕方では時効取得が成立する【これは諸博士の勅法彙纂7巻39章「三十年及び四十年の前書について」第2法文注釈や、当地方の勅法集「ザクセン選帝侯アウグスト勅法集」第40条にあるとおりである】。なぜなら、それ程に長期にわたればたとえ賃貸借であっても別種の契約に変化するからである【諸博士の別書3巻13章「教会財産の譲渡の可否について」第1節、学説彙纂31巻「流布版の」第91法文2節 [=D.31.88.15.]、学説彙纂6巻3章「貢納地すなわち永借地が返還請求される場合」第1法文、封建法書2巻9章「封はかつて如何にして譲渡されたか」第1節への注釈、ヤーソンの勅法彙纂4巻66章第2法文注釈第39番】。(Tractatus et responsa, 268. 引用は1601年ヴィッテンベルク刊のテキストによる。)

et regestorum登録事項や目録記載事項の略式執行について」第8節⁵²⁾、

52) “Ⅷ. 〈30. 目録に基づき一定額の支払いが為される定期金は執行手続によって徴収され得ること。〉同様に、目録に基づいて一定額の支払いが為される定期金も執行手続によって支払うべく義務づけられ、それ故、強制され徴収され得る。〈31. 定期金とは何か、そして、それは何種類あるのか。〉また、定期金は、支払いを義務づけられた一定の収益乃至地代であり、ホステイエンシス別書要論3巻39章「租税、徴収、徴税代行者について」によれば、従属、自由乃至特権、保護の三つの根拠に基づくとされるが、これに私は隷属という根拠も加える。従属の契約による定期金は、単に従属故に、あるいは、その証しとして、従属者から支払われ、何らかの課税納税手段を通じて、人頭によるか能力に応じて課される【前記第46章参照】。特権による定期金は、許容された自由、提供された援助、譲与された特権と引き換えに支払われる。保護による定期金は、支持と保護のために被保護者から保護者に支払われる【別書5巻33章「特権及び特権者の死亡について」第8節】。〈32. 隷属の種々の段階。〉隷属故に定期金が支払われることも稀ではない。しかし、隷属には様々な段階が存在する。成文の市民法上の奴隷が如何なるものか知らない者はおらず、それによれば、自己の財産を持たず主人が全てを取得するというような奴隷の他は認められていない。しかし、年払いの定期金を支払う農民という隷属的境遇が見られた。その内のある者は課税対象登録民であり、ある者はコロヌスである。後者は自己の財産を有してはいるが土地を離れることはできず土地を耕作し収穫を得て一定の賃料乃至地代を地主に金銭や現物で土地の対価として支払うべく義務づけられている。一方、前者は隷属民である上にその特有財産も地主に属しており【勅法彙纂11巻47章「課税される農民あるいはコロヌスについて」第18法文及び同章全体、クヤキウス同箇所注釈】、被課税者や課税対象登録コロヌス【勅法彙纂11巻49章「被課税コロヌスが地主を告発できるのは如何なる場合か」第2法文】とも呼ばれ、自らは課税から自由で税金を納めはしないが毎年の貢納や所定の負担を負っている、ほとんど隷属民に見え、各人の身一つが各人の全てであると甘受している【勅法彙纂11巻49章、そこには隷属とその反対が一つの人間の内に如何にして区分され得るのかについて注目すべき例が示されている】。〈33. 隷属農民(ライブエイゲネ・ロイテ)と呼ばれる人々。〉この種の課税対象コロヌスは、「隷属農民」と呼ばれている生来奴隷に極めて似ており、彼らは、農地とひとまとめに登録されて課税され、地主の許しが無ければ移動できず、貢納と共に隷属を強いられているが、相続人へと承継される特有財産を有している。ただし、竈の中の灰に至るまで全てのものが相続人と地主

16: ローマ教皇庁Curia Romanaで教皇庁大審院Signaturia Apostolicaの報告判事referendor、ボローニャ駐在の教皇特使legatus pontificius (総督gubernator)、諮問法院Sacra Congregatio de Consilioの判事auditor等を務めた後、ティボリTivoliの司教episcopusを経て、マンティカと同じく教皇クレメンスClemensⅧ世(在位1592-1605年)により枢機卿Cardinalisに叙されたドメニコ・トスキDomenico Toschi(1535-1620年)の『あらゆる法廷において頻繁に見出される実務解決集成Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores』第三卷(1605年初版)、結論conclusio192「永借料を支払わない永借人は、如何なる場合に没収され、如何なる場合に没収を免れるのかEmphyteuta non solvens canonem, quando cadat, et quando excusetur a caducitate」第175番⁵³⁾、

との間で分割される場合や、地主に取り上げられないように死者の家畜の登録分を一二頭にする場合もある。更に、定期金の契約に関しては、勅法彙纂11卷70章「都市や国庫の土地の賃貸について」にあるとおり、賃貸借による場合や、例えば、毎年一定の穀物を定期金の名目で私に納める条件で土地をあなたに与えるというような償却による場合がある。”(De mandatis, II, 384-385. 引用は1660年フランクフルト刊のテキストによる。)

53) “〈174.〉[永借人は永借料支払わなければ没収されるという結論は]定期金契約においては制限される。なぜなら、定期金契約は、定期金のために土地を有する者は上級所有権を有するが故に不払いを理由に没収されないという点で、永代賃借とは異なっているからである【バルドゥス『助言集』第5卷助言501第2番、ソキヌス『助言集』第2卷助言167第6番】。この点については上記第132番以下を参照せよ。〈175.〉そしてこの点は、永代賃借と定期金の何れが存するのかわからない場合には常に、たとえ教会においても【ルイヌス『助言集』第1卷助言160第5番】、定期金が推定されるから、拡張されるべきである。この点については、ヤーソンの前掲勅法彙纂4卷66章第2法文注釈第42番以下を参照すれば十分である。〈176.〉バルドゥス『助言集』第3卷助言107第6番は反対の立場であり、彼は同箇所それが通説である旨述べているが、否定句が欠けているので、私はこれを補う。ただし、クラウエッタ『助言集』助言204第2番は没収を支持するものとしてバルドゥスを引用し、これが反対に通説であると述べている。”(Practicae conclusiones, III, 88. 引用は1634年リヨン刊のテキストによる。)

17: ザクセン選帝侯Kurfürst von SachsenアウグストAugust (在位1553-1586年) の「裁判手続に関する法令及び勅法集Verordnungen und Constitutionen des rechtlichen Proceß」(1572年)、第2部第39条⁵⁴⁾、

18: ダニエル・モラーDaniel Moller (?-1600年) の『アウグスト法令勅法集羅訳並びに同注解Augusti Onrdinationes et Constitutiones in latinam translatae, et in easdem commentarii』(1599年初版)、第2部第39条注釈(IV文献11)⁵⁵⁾、

19: マティアス・ベルリッヒMatthias Berlich (1586-1638年) の『実務結論集第二部Secunda pars conclusionum practicabilium』(1618年初版)、結論47第19番(IV文献13)⁵⁶⁾、

20: カスパー・ツィーグラーCaspar Ziegler (1581-1657年) の『通説結論集Communes conclusiones』(1617年初版)、「貴族nobiles」の章、第一結論第307番(IV文献14)⁵⁷⁾、である。

定期金推定説についても概ね二分法の枠組みに沿ったその意味では適切な典拠が列挙されている。それらは全て16世紀後半から17世紀初めに著されたもの

54) III注15参照。

55) IV注50参照。

56) 「普通ザクセン法学の世襲賃租論」(獨協法学第87号) 参照。

57) “〈307. 疑わしい場合には永借財産ではなく定期金負担付き財産と見なされる。〉第十四に、承認礼金に関する争いに際して、財産の性質につき定期金付き財産なのか永借財産なのか疑念が生じる場合、永借財産ではなく定期金負担付き財産が常に推定される【ザクセン選帝侯勅法集第2部第39条、モレルス同条注釈、ヤコプス・メノキウス『推定論』第3巻推定106第3番から第5番の詳細な叙述、ペトルス・フリデルス・ミンダマス『裁判所命令論』第2巻第67章第8節、コワツルウィアス『実務解決集』第3巻解決7第10番、エルベルトウス・レオニヌス『永借権論』に従ったルトゲルス・ルランドウス『帝室裁判所所見集』所見4第3番以下、ヨハンネス・ウインケンティウス・ホンデデウス『助言集』第2巻助言81第2番、マンティカ枢機卿『ヴァティカン夜業集』第22章第3節第11番及び第12番。】”(Communes conclusiones, 320.)

で、論者は、IVで見た二分法それ自体の典拠がそうであったように、スペイン王国（及びその統治下にあるミラノ公国）や教皇領といった地域で伝統的な二分法をそのまま継承する人々と、アウグスト勅法集による二分法の固有法化を受けたザクセンの人々とに区別できる。前者に当たるのは、デ・ロサーテの勅法彙纂第4巻第66章第2法文注釈やこれを紹介するヤーソンの同法文⁵⁸⁾注釈（前者は後者を介して読まれ流布した）等を援用するコバルビアス、このコバルビアス説を含めて膨大な数の典拠を引用し定期金推定説が「通説recepta opinio」である旨主張するメノッキオ、デ・ロサーテやヤーソン等を引用するマンティカ、ヤーソンのみを引用するトスキの両枢機卿、デ・ロサーテ、ヤーソン、メノッキオ等を引用するオンデデイ、である。これに対して、「世襲賃租地Erbzinsgüter」を「永借地emphyteusis」に「単純賃租地schlecht Zinsgüter」を「定期金負担付き財産bona censitica」にそれぞれ対応させ、「〈疑わしき場合には〉地所は〈定期金負担付き財産〉と解され、〈賃料の不払いを理由に〉地所を没収されることはないdas in dubio die Güter censitica bona zu halten und das der Besitzer ob non solutum census derselben nicht zu priviren」と定めたアウグスト選帝侯勅法集第2部第39条をそのまま敷衍するモラー、第39条とモラーの同条注釈に言及するだけでなく（第20番）、定期金推定論者としてデ・ロサーテ、ヤーソン、コバルビアス、メノッキオ、トスキ等を引用（第19番）するベルリッヒ（エフェラルツも定期金推定論者として引用されているが誤解であろう）、コバルビアス、メノッキオ、オンデデイ、マンティカ、勅法集第39条、モラーの同条注釈等を引用するツィーグラールは後者に当たる。同じくザクセン法の文献として引用されているヴェーゼンベックの助言（二分法の典拠として引用済みの『法解答集第二部』[1577年初版]助言62第24番[IV文献10]とは別）は、勅法集の条文（ただし第39条ではなく第40条）が引用されているので、勅法集が公布された1572年以降に書かれたものと考えられる。そこでは、「疑わしい場合には永代賃借や賃貸借の権原ではなく定期金の権原が推定されるin dubio praesumitur potius titulus censualis,

58) 注18参照。

quam emphyteuticus, vel locationis」という見解の典拠として、まず別書第3巻第36章第6節が引用されている。しかし、同節においてインノケンティウスⅢ世は、Ⅳで検討したとおり、「永代賃借のためにin emphyteusim」という文言ではなく「あらゆる権利quicquid iuris」を譲与したという事実を尊重する判断を下すにあたって、「自由の特権libertatis privilegium」等を享受する者が教皇に支払う「定期金census」（フランツケによる〈ケンスス〉の語義分析で言えば第四の語義に相当）に言及しただけで、留保定期金の概念形成は同節の標準注釈その他のカノン法学者の注釈を通じて形成されたのであるから、定期金推定説の典拠としては不十分である。また、続いて引用されるデュ・ムーランのパリ慣習法第2章表題注釈⁵⁹⁾第36番では、確かに留保定期金に対応する「償却金のための譲与concessio ad reditum」について論じられているが、推定については特に言及はない。続く第37番には、「償却金その他如何なる給付にせよ、そのための譲与は、賃租や永借料のために譲与が為された」と明示されている場合を除き、賃租契約や永借契約と見なすべきではないと私は考えているconcludo quod nulla concessio ad reditum vel aliam quamvis praestationem censi debet contractus censualis vel emphyteuticus, nisi expresse appareat concessionem esse factam in censum vel reditum emphyteuticum」との記述があるので、慣習法上の賃租cens（「賃租契約contractus censualis」）と区別される留保定期金（「償却金のための譲与」）という意味での定期金を推定する説の典拠として引用するとすればこちらの方が適切と言える。残るフリデルスは、別書第3巻第36章第6節に見出されるような従属者から上位者に支払われる「定期金census」に関わるもので、推定についても全くふれておらず、永代賃借推定説として引用されたシュルフと同様、古代ローマのコロヌスとこれに匹敵する現在の「隷属農」（ここでは〈ライブアイグネ・ロイテleibeigene Leuthe〉と表現されている）をそのような「定期金」の支払い手として想定しているにすぎない。ところが、ツィーグラーがこのフリデルスの議論を定期金推定論の典拠の一つとして挙げており、フランツケはこのツィーグラーによ

59) I 注32参照。

る引用を不注意にもそのまま踏襲したようである。

フランツケの言う「授封物の定期金」は、これまで繰り返し見てきたとおり、譲与者側に疑似授封や承認礼金をもたらす「上位者の権利」を残存させる点では永代賃借に類似するが、受領者側には、二分法の下で完全な所有権者と規定される定期金義務者と同様に、目的物譲渡の自由を認め無断譲渡や定期金不払いを理由とする権利剥奪や目的物没収を認めないという点で、従来の二分法を克服を企図するものであるから、契約不明時の推定に関しても、上記引用文献群によって提示されたような永代賃借推定説と定期金推定説の単純な二者択一の図式では当然対処し得ない。そこで、フランツケは、〈ケンスス〉の語義分析（I 参照）をふまえて、「第五の意味quinta significatio」の〈ケンスス〉つまり従来の意味での留保定期金に基づき保有される定期金負担付き財産と永借財産との択一関係での推定、そして、「第六の意味sexta significatio」の〈ケンスス〉つまり「授封物の定期金」に基づき保有される定期金負担付き財産と永借財産との択一関係での推定の二つに分けた上で分析検討している。更に注目すべきなのは、当事者つまり目的物の譲与者と受領者の間の利益衡量を端的に主題化できる判断基準を複数提示して結論の具体的妥当性を確保すると同時に、それらの基準を上記二つの場面に共通して適用することによって判断の論理整合性をも担保できる推定論が展開されているという点である。主要な判断基準となっているのは、「曖昧な事柄については常に最小限のことに従う *semper in obscuris quod minimum est sequimur*」⁶⁰⁾や「曖昧な事柄については最小限のことが追求されるべし *in obscuris minimum sequendum*」⁶¹⁾といった表現でローマ・カノン両法源上にも明記されている最小限推定則である。これに、当事者が契約を締結し財産を保有している当該「地域provincia」において何れの契約乃至財産が「より頻繁に見られる *magis frequentantur*」のかという地域毎の契約の分布や頻度と、「不快な事柄は制限され、好ましい事柄

60) D. 50, 17, 9.

61) VI. 5, 13, 30.

は拡張されるに相応しい *odia restringi, et favores convenit ampliari*⁶²⁾ といった命題で表現される不利益縮減利益拡張則とが、副次的ないわば調整基準として組み合わされている。「授封物の定期金」論との関係でまず問題となるのは、当の「授封物の定期金」に基づく定期金負担付き財産と永借財産との択一関係における推定である(第85番から第87番)。この場面に最小限推定則を当てはめるならば、フランツケの言うように、「永借財産ではなくむしろ定期金負担付き財産が推定されるべきことになり、とりわけ没収罰や財産剥奪に関わる場合にはそうなる *praesumenda esse censualia potius quam emphyteutica, praesertim ubi in poena commissi et privatione bonorum versamur*」と解される。というのも、「永借人が所定の期限内に永借料を支払わないことを理由としてその権利を奪われ得るのとは違い、定期金の滞納を理由にその権利を奪われることはないという意味では、永借料よりも定期金の方が義務づけの程度が弱い *minus est obligatum esse ad censum, quam ad canonem: dum ob cessationem illius non ita censuarius, ut ob canonem non solutum intra statutum tempus, emphyteuta jure suo privati potest*」ので、定期金負担付き財産を推定した方がより小さな法的効果が生ずると言えるからである。また、フランツケによれば、「たとえ当該地域において定期金負担付き財産よりも永借財産の方が頻繁に見られるとしても *licet in provincia magis emphyteutica, quam censualia frequetarentur*」定期金推定の結論は変わらないとされる。そこには「論拠 *argumentum*」として上記の不利益縮減利益拡張則を定める第六書の最終章第15節が引用されているだけであるが、フランツケの推論は次のように敷衍できるであろう。当事者間の利益衡量の前提として、所有権の完全移転の有無を譲与者の利害、無断譲渡や地代不払いを理由とする没収の是非を受領者の利害としてそれぞれ位置づけるならば、「授封物の定期金」が関わるこの場面では、永代賃借と定期金の何れを推定しても所有権の完全に移転されないから、譲与者の利害にとっては中立であるのに対して、目的物没収や権利剥奪に関しては、永代賃借を推定してしまうと没収や剥奪という受領者にとっての不利益がまさに顕在化することになり、しかも、没収は従前の土地保有それ

62) VI. 5, 13, 15.

自体の否定という法律関係の根本的な変更をもたらすため、契約の頻度を無視してでも定期金を推定しこれを回避すべきなのである。

一方、既に学説上盛んに議論されていた留保定期金と永代賃借の択一関係での推定に最小限推定推定則を当てはめるならば、所有権の完全移転の有無それ自体が問題となるこの場面では、「譲与者がそれを介して権利を全て手放すわけではないという限りでは永代賃借の場合の方がより小さく、譲与者の権利が全て移転する定期金では逆により大きくなるin emphyteusi minus est, dum per illam non a se jus abdicat concedens, in censu vero majus, per quem universum jus concedentis transit」から、「定期金負担付き財産」ではなく「永借財産」が推定されることになる(第88番)。フランツケは特に言及はしていないけれども、永代賃借推定論者の一人として引用されたエフェラルツが上記箇所(論拠31第5番)で、「譲与者によって全ての所有権と占有が移転された」と推定すべきではなく、そのような場合には、他に何も明らかでない限り、ただ下級所有権と自然的占有が移転された」と推定できるに留まるnon debemus praesumere, translatum esse omne dominium et omnem possessionem per concedentem, ubi possum praesumere, duntaxat esse translatum utile dominium et possessionem naturalem tantum, nisi aliud apparet」と述べているのは、「債務不存在について争いがある場合に誰が債務の不存在を証明すべきかcum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum?」を論ずる法文⁶³⁾の引用も含めてフランツケと一致しており、この最小限推定則に基づく推論の先例としてフランツケがエフェラルツの所論を意識していた可能性が高い。また、最小限推定則を永代賃借推定の論拠として明示するボーツァーの上記箇所とフランツケの議論との間にも強い繋がりを認め得る。その一方で、定期金推定説に与するアウグスト選帝侯勅法集やこれに依拠するザクセン法学の主流とはここでも袂を分かつことになる。更に、フランツケは、「変則的なものよりも規則的なものが推定されるべしid potius praesumendum est, quod regulare quam quod irregulare est」との命題を永代賃借推定を裏付ける

63) D. 22, 3, 25.

補充的な論拠として提示し、実際にこの命題に則って永代賃借を推定している文献を引用している(第89番)。それは、ライナー・バホフ・アプ・エヒト Reiner Bachov ab Echt (1575-1640?年:ハイデルベルク大学で両法博士号を取得後、三十年戦争の混乱期に改宗を重ねながら同大学法学教授を断続的に務めた)の『法律家ヒエロニムス・トレウトレルスの討論集への注解並びに所見前編 *Notae et animadversiones ad Disputationes Hieronymi Treutleri iurisconsulti pars prior*』(1617年初版)である。同書はその表題にあるとおり、ヒエロニムス・トロイトラー Hieronymus Treutler (1565-1607年:創立間もないヘルボルン Herborn のアカデミー [1584年創立] の修辞学教授を経て、マルブルク大学のニコラウス・ヴィゲル Nicolaus Vigel [1529-1600年] の下で両法博士号を取得し、同大学の修辞学並びに法学の教授を数年務めた後、オーバーラウジッツ Oberlausitz のバウツ Bautz 市の法律顧問、オーバーラウジッツ及びニーダーラウジッツ Niederlausitz の主席帝室代官を歴任)の『学説彙纂全五十巻にまとめられたユスティニアヌスの市民法に関する二巻の討論選集前編 *Selectarum disputationum ad jus civile Justinianaeum quinquaginta libris Padectarum comprehensum volumen prius*』(1592年初版:学説彙纂の編別に準拠して討論主宰者 *praeses* であるトロイトラーが提示した簡潔な定理に討論応答者 *respondens* が注釈を施す形式の著作)に加えられた詳細な補注集であり、フランツケが参照しているのは、学説彙纂第19巻第2章「貸主訴権及び借主訴権について *locati conducti*」に対応し永代賃借も検討対象に取り込んだ討論29「賃貸借並びに永代賃借について *De locatione-conductione, et emphyteusi*」(討論応答者はヨハン・クリストフ・アーデルマン Johann Christoph Adelmann)の定理九「永代賃借とは、市民法上の誠意契約であり、当契約では、書面を介して、使用収益のため、何らかの不動産が、改良と毎年の地代支払いを条件に譲与され、教会の土地においては教会永代賃借、それ以外の場合には市民法上の永代賃借と呼ばれており、何れも一定期間でも永続的にでも設定可能である *Emphyteusis est contractus juris civilis et bonaefidei, quo scriptura interveniente quaecunque res immobilis utenda fruenda conceditur sub lege meliorationis, et praestationis annuae: ea si in solo*

ecclesiae, ecclesiastica: sin alibi, civilis appellatur: utraque vel ad certum tempus, vel in perpetuum constitui potest」⁶⁴⁾の文言「譲与されconceditur」に付された注 f ⁶⁵⁾にバホフが加えた補注の一つ⁶⁶⁾である。トロイトラーが与する定期金推定説に異を唱えるバホフは、「全ての権利を手放したと推定されるこ

64) Selectae disputationes, I, 281-282. 引用は1628年マールブルク刊のテキストによる。

65) “地主によって譲与されるのであり、地主には土地の処分は禁じられていない【前掲勅法彙纂4巻66章第1法文、ヤーソンの同法文注釈第38番以下、ボルコルテン、ドネルスの同法文注釈】。そして、この点が永借契約と定期金契約の大きな相違である。すなわち、前者においては用益権と占有権のみが永借人に移転するのに対して、後者においては所有権もまた移転し、譲与者の元には年払い地代の取収権以外に如何なる権利も残らないのである【別書3巻36章第6節の文言「所定の割合」の標準注釈、パノルミタヌスの同節注釈第10番、バルトルスの学説彙纂39巻4章第1法文1節注釈第4番、エウエルドゥス『法の論拠集』論拠「永代賃借から定期金へ」、ダニエル・モレルスのアウグスト選帝侯勅法集第2部第39条注釈第5番、ウルテュス『封論』第1巻代12章第8番、ゲッダウスの学説彙纂50巻16章第115法文注釈】(異論としてモリナエウスのバリ慣習法第2章表題注釈第39番、ミュンシンゲルスの法学提要3巻24章第2節注釈第10番)。ただし、ティラクエルス『親族取戻論』第1巻第35条第1注釈冒頭は、両者が今日互換的に用いられ上記のような相違は廢れてている旨主張している。モリナエウスも前掲箇所でのこの相違は認めていないが、その一方で、前掲箇所の少し前の第21番以下では他に三つの相違点を挙げている。これについては同箇所を参照されたい。ところで、上記相違には、疑わしい場合には永借契約ではなく定期金契約と見なされるという点において実益がある【論拠となるのは学説彙纂45巻1章第137法文、同50巻17章第9法文】。メノキウス『推定論』第3巻[推定106]第3番から第5番では、多くの論者が引用し、これが通説であると教示している。アウグスト選帝侯勅法集第2部第39条やモレルス氏の同条注釈もこれに与している(異論としてエウエルドゥス『法の論拠集』前掲箇所第5番やそこで引用される他の論者たち、メノキウス前掲箇所第6番)。従って、この場合、財産は定期金負担付き財産と見なされるので、定期金の不払いを理由とする剥奪は生じることなく、定期金義務者は費用負担や督促無視による罰金と共に弁済を強制されるに留まり、アウグスト選帝侯勅法集第2部第39条もそのように定めている。”(Selectae disputationes, I, 282.)

66) Notae et animadversiones, I, 546. 引用は1653年ケルン刊のテキストによる。

とを望む者はいないと解される*non videtur quis praesumi ius omne a se abdicatum voluisse*』という永代賃借推定の理由づけに与する論者としてエフェラルツの名を挙げた後に、「その上、定期金義務者が地代を支払っているとしても、物の所有権者によって毎年何から支払われるというのは変則的なことであるのに対して、永借人においては地代支払いは規則的なことであるから、通常の所有権の性質に反する年払いの地代の設定に照らしてむしろ永借契約が締結されたと推定すべきである*deinde cum etiam censuarius pensionem praestet, a domino autem rei aliquid solvi, irregulare, sed in emphyteuta regulare sit, potius contractus emphyteuticum em constitutione annuae pensionis, quae naturae domini regulari repugnat, celebratum praesumemus*」と述べており、議論の内容だけでなく順序も含めて、フランツケに対するバホフの影響は明らかである。使用収益の対価である地代の支払いは、永借人が下級所有権者としてまさにそのような使用収益権を行使する永代契約においては「規則的*regulare*」で自然なことであるのに対して、定期金義務者が完全な所有権者となる定期金契約では「変則的*irregulare*」で不自然なことであるから、前者が推定されるべきだということのである。

最後にフランツケは、この留保定期金との択一関係における永代賃借推定説が例外的に妥当しない場面を二つ挙げている。この例外挙示の主たる典拠となったのはアルバロ・バス *Alvaro Vaz* (1526-1593年) の『完全なる永借権問題集 *Tractatus iuris emphyteutici absolutissimus*』(1569年初版) 問題32 (Ⅳの文献15) の第35番⁶⁷⁾である (他にダフリット、エフェラルツ、ハイゲ [Ⅳ

67) “〈35. 疑わしい事案では定期金契約と永借契約の何れと判断されるのか、そして、「川の間 (インテルアムネンシス)」地方の実務慣行。〉とはいえ、契約条項や事実関係から何れの側にも傾くためどの契約が存するのか明らかではない場合、如何に判定すべきかという疑問が生じることもまれではない。この点、別書3巻36章第6節に確証されているとおり、より強力な推測が働く側のために、定期金契約なのかあるいは永借契約なのか判定されると解すべきである。同節では、永借権のために目的物が譲与されたと言明されているにもかかわらず、〈教会が有する全て〉という文言に照らして定期金と解釈されている。また、別書1巻41章「原状回復について」

第1節においても、ペロイウスの同節注釈が指摘しているように、この点が是認されている。確かに、物事は他の弱い推測を凌駕する強力な推測に即して判断されるものであり【別書4巻1章「婚約及び婚姻について」第26節及び同節標準注釈】、学説彙纂1巻5章「人の地位について」第10法文も論拠となるし、ペロイウス『問題集』問題40第3番も記述もこれに沿う。他方、同等の推測が存する場合、あるいは、長い間同じ額の地代が毎年支払われているが、支払いが永代賃借や永代小作によるものなのか、定期金によるものなのか不明である場合には、永借人や小作人であることが明らかではない以上、土地保有の自由の優遇という観点から、永借契約ではなく定期金契約を推定すべきというのが通説である。これは、アルベリクス〔・デ・ロサテ〕が前掲勅法彙纂4巻66章第2法文注釈5段第13番で考えているとおりであり、実際に自らそのように助言したとも述べている。また、ヤーソンの同法文注釈第10番、勅法彙纂第1巻第2章「聖なる教会、及びその財産と特権について」第14法文の新勅法引用要約文第11文への同じくヤーソンの注釈第10番およびデキウスの注釈第7番、ソキヌス前掲『助言集』第2巻助言167第2段、デキウス『助言集』助言138第2段半及び助言169第1番、ヒポリュトゥス〔デ・マルシリウス〕前掲『個別論点集』論点9末尾、バリシウス『助言集』第4巻助言64第12番、助言65第1番、助言13第9番、カロルス・ルイヌス『助言集』第1巻助言42第7番及び助言169第6番、ヒポリュトゥス『個別論点集』論点95、コワツルウィアス前掲『実務解決集』第3巻第7章第2段、カッサネオ『ブルゴーニュ慣習法』「賃租について」表題注釈247頁第3段第7番、レプッフス前掲箇所第22番も同旨である。私も、アッフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第6番で言及される場面、つまり、地代の支払いを受ける者やその相続人に目的物が帰属しているのでは決してなく、目的物の所有権者によって地代が負担され随意的に設定されていることが明らかな場合【論拠となるのは学説彙纂31巻「遺贈および信託遺贈について」第67法文8節末尾】や、目的物がある時点で定期金の支払いを受ける者に帰属したことが明かでない場合【論拠となるのは法学提要4巻15章「特示命令について」第4節】、そしてまた、当該地域において永代賃借よりも定期金の方が頻繁に見られる場合【学説彙纂33巻7章「設備や道具の遺贈について」第17法文3節の「従って各地域に留まっている者が推定される」の行、学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第34法文、及びデキウスの詳細な同法文注釈】には、以上の見解を疑念なく支持する。目的物がある時点で教会もしくは定期金の支払いを受ける他の者によって取得されたことは明らかで、権原に争いがある場合には、通説に抗して定期金ではなく永代賃借が存

すると解すべきと私は考える。なぜなら、疑わしい場合に誰かが全ての権利や目的物の所有権を手放したとは推定できないし【論拠となるのは学説彙纂22巻3章「証明及び推定について」第25法文前書末尾、同33巻2章「金銀装身具の遺贈について」第19法文】、原告にせよ被告にせよ契約を根拠に得をしようと望む者に不利に解釈は為されるべきであるからである【学説彙纂2巻24章「合意について」第39法文、イモラ『助言集』助言21】。この見解をヤーソンの前掲勅法彙纂4巻66章第2法文注釈第164番は擁護し、アレクサンデル『助言集』第2巻助言14第2段もこれに賛同している。また、王国法〔トロ法〕第4巻第65条冒頭も、永代賃借に言及することなく、年払いの地代を引き換えに目的物を受領した者で地代を払わない者に没収を課している限りでは、同旨であろう。なお、ペロイウスの別書1巻41章第1節注釈、『問題集』問題14は、教会に関しては、疑わしい場合に定期金ではなく永代賃借が推定されるとしている。

同様に、例えばこのポルトガル王国のように、定期金よりもむしろ永代賃借の方が頻繁に見られる地域では、上記の諸場合のように、私は疑念なく通説から離れ、ファベルの勅法彙纂4巻66章第1法文注釈第1番やヤーソンの同章第2法文注釈第165番の見解に従う。バルドゥスの勅法彙纂1巻18章「法及び事実の不知について」第5法文注釈第6番も通説に反対を表明しており、アッフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第6番から第8番も通説に反対である。ただし、我々の国務院において時に没収の回避を主たる目的として通説に与する判決が下されることがあるのは知っている。また、私はペロイウス『問題集』問題14第1番及び第2番の区別にも賛同しない。ペロイウスは、通説に反論しようとしてただ教会と私人とを区別しており、疑わしい場合には教会の利益のため定期金が推定され、通説が擁護されるが、私人の場合は異なるというのである。私は、第三者を犠牲にしてまで敬虔なる母で正義の看護婦たる教会【封建法書1巻13章「封の譲渡について」第1節、別書3巻24章「贈与について」第5節】が優遇されるべきとは考えない。従って、教会においても私人においても法は同じであって、地代を支払っているのが教会の場合にはペロイウスの見解を認める余地があるとしても、それ以外の場合、つまり、教会が支払いを受ける上級所有者である場合には、定期金としてそれを望んだとは推定されるべきではない。というのも、定期金のための譲与は譲渡であって、所有権を完全に手放すことになり、そのようなことは、別書3巻13章「教会財産の譲渡の可否」第5節にあるとおり、原則として教会には許されておらず、また、勅法彙纂4巻66章第2法文へのバルドゥスの注釈やヤーソンの注釈第160番にあると

の文献¹²⁾も引用されている)。この箇所では、デ・ロサーテやヤーソンの注釈を初めとする多くの文献を引用して定期金推定説が通説であることを認めつつ、通説の妥当する場面を、「地代の支払いを受ける者やその相続人に目的物が帰属しているのでは決してなく、目的物の所有者によって地代が負担され随意的に設定されていることが明らかな場合 *quando constiterit rem nunquam fuisse illius cui solvitur pensio, aut suorum successorum, sed per dominum rei fuisse onus pensionis, eidem appositum voluntarie*」、「目的物がある時点で定期金の支払いを受ける者に帰属したことが明らかでない場合 *quando non constiterit, quod res fuerit aliquando eius cui census penditur*」、「当該地域において永代賃借よりも定期金の方が頻繁に見られる場合 *si in ea regione magis frequentantur census quam emphyteuses*」の三つに限定し、逆に、「目的物がある時点で教会もしくは定期金の支払いを受ける他の者によって取得されたことは明らかで、権原に争いがある場合 *si constiterit rem habitam aliquando ab ecclesia, vel ab alio cui pensio solvitur, et de titulo*

り、教会の財産は譲与可能な仕方では譲与されたと見なされるからである。実際、ペロウスもこの点に同意しているはずである。なぜなら、彼は、まさに封は毎年の地代支払いを許容しない【封建法書1巻5章「如何なる場合に封は失われるのか」第1節】という理由で、封という原因からは地代支払いを推定していないからである。

以上に述べた点は、永借契約なのか定期金契約なのか、そしてまた、定期金のために供与された物なのか永代賃借のために供与された物なのかによって、没収や退去に関して発生する相異なる効果故に、よく注意すべきであり、これは、エウエラルドゥスが前掲『法の論挺集』論挺31で最良の探究を介して告知しているとおりであるし、アップリクティス前掲『判決集』判決80の的確な事案にも見て取れる。

なお忘れてはならないのは、我々の国で、(有名なドウウェロ川とミニョー川による沖積のために)「川の間(インテルアムネンシス)」と呼ばれる地域において、地代の性質に基づいて定期金が永代賃借から区別されているという点である。すなわち、地代が現金で支払われる場合には定期金が推定され、果実や収穫物によって支払われる場合には永代賃借が存すると解されているのである。しかし、このような推定に則って国務院の判決で解決された事案はこれまでのところ見たことはない。”(Tractatus, 543-545.)

dubitetur」や、「ポルトガル王国のように当該地域において定期金よりもむしろ永代賃借の方が頻繁に見られる場合 *si in ea provincia magis frequententur emphyteuses, quam census, ut in Regno Lusitaniae*」においては、永代賃借推定説に与している。この内、永代賃借推定説が妥当する場面の一つ目、すなわち、「目的物がある時点で教会もしくは定期金の支払いを受ける他の者によって所有されていたことが明らかである *si constiterit rem habitam aliquando ab ecclesia, vel ab alio cui pensio solvitur*」場合とは、定期金推定説の妥当する場面の一つ目に含まれる表現を用いるならば、「地代の支払いを受ける者やその相続人に目的物が帰属している *rem fuisse illius cui solvitur pensio, aut suorum successorum*」場合、つまり、少なくとも上級所有権が譲与者に留保されている場面の一つであり、そもそも所有権の移転が無く単なる賃貸借や用益権の設定に留まる可能性や、先に見たダフリットの議論(判決129第6番)の引用からすれば、目的物が授封物である場合などをも含み得るこの場面一般において永代賃借推定説が妥当するとバスは考えているように見える。そのような場合に定期金ではなく永代賃借を推定する論拠としてバスが指摘しているのは、「疑わしい場合に誰かが全ての権利や目的物の所有権を手放したとは推定できない *in dubio non est praesumendum, quod quid a se omne ius et dominium rei abdicavit*」という点と、「原告にせよ被告にせよ契約を根拠に得をしようと望む者に不利に解釈は為されるべきである *facienda est interpretatio adversus eum, qui ex contractu vult se juvare, sive sit actor, sive reus*」という点である。前者はバホフも依拠している論拠であり、何れも、フランツケが推定の基準とした不利益縮減利益拡張則のヴァリエーションと解し得る。フランツケは、以上のようなバスの議論を咀嚼した上で、表向きは定期金推定説を通説としつつ永代賃借推定説の射程を定めたバスとは反対に、「目的物が地代の支払いを受ける者によって所有されていることは確かであり、その権原のみが明らかではない場合 *si consisterit rem habitam fuisse ab eo, cui pensio solvitur, et de titulo saltem dubitatur*」に妥当する永代賃借推定説を原則とする立場から、例外的に定期金推定説の妥当する場面として、「目的物が、地代の支払いを受ける者やその相続人には決して属してはならず、目的物の所

有権者によって偶々その目的物に随意的に地代の負担が設定された場合 *quando consisterit rem nunquam fuisse illius, cui solvitur aut suorum successorum, sed per dominum rei forte onus pensionis eidem voluntarie appositum sit*」と、「当該地域において、永代賃借よりもむしろ定期金が頻繁に見出される場合 *si in ea regione magis census quam emphyteuses frequententur*」の二つを挙げている。ここでフランツケが、「授封物の定期金」と永代賃借との択一関係とは異なり、契約の頻度をそのまま判断基準として通用させ、しかも、「権利の剥奪が問題となるような罰則事項に関してとりわけ *maxime in penalibus, ubi de privatione juris quaestio incideret*」そのように解すべき旨述べているのは、留保定期金と永代賃借の択一関係では、二分法がそのまま通用し所有権の完全移転の有無が没収の是非を決するため、上級所有権者であるが故に不払い時に没収できる譲与者の利益が、下級所有権者であるが故に不払い時に没収される受領者の不利益よりも論理的に優先するからであろう。「この場合に疑念があるならば、有利な点は、もう一つの意味の定期金において逆に制限されたのと同じ理由から、拡張されるに相応しい *tum in dubio, favores convenit ampliari, quemadmodum econtra in altero significato census restringi*」とのフランツケの言葉はまさにそのような趣旨に解することができる。留保定期金と永代賃借の択一関係における後者の推定と、「授封物の定期金」と永代賃借の択一関係における前者の推定は、共通した判断基準の下に矛盾無く両立するのである。

フランツケが『承認礼金論』で提示し『問題解決集』で再論することになる「授封物の定期金」という新たな定期金類型は（なおフランツケのもう一つの主著『学説彙纂前半二十一巻注解 *Commentarius in unum et viginti libros Pandectarum priores*」[1644年]では「授封物の定期金」について言及はない）、ザクセンを中心に見られる農民保有地の実態に即した処遇という具体的かつ実践的な問題意識の下、同時代のフランス慣習法学の「賃租」論との比較による類似点の析出や、ザクセンシュピーゲルの「注釈」に見出される「賃租地」概念の用法に着目した沿革の検討を通じて着想され（何れもⅡ参照）、従来の留保定期金と永代賃借の二分法やそれを前提とする推定論の内在的な批判という

形で周到に論証された。『問題解決集』の出版当時(1648年初版)、フランツケは、ザクセン＝ヴァイマル公Herzog von Sachsen-WeimarヨーハンJohann III世(1570-1605年)の子で、約二十年前に『承認礼金論』を献呈したザクセン＝アルテンブルク公ヨーハン・フィリップの一人娘エリーザベト・ゾフィア Elisabeth Sophiaと婚姻後、1640年の領邦分割Erbteilungによりザクセン＝ゴータ公Herzog von Sachsen-GothaとなったエルンストErnst I世敬虔公der Fromme(1601-1675年：最晩年の1672年には男系の絶えたアルテンブルク公領の大部分を継承してザクセン＝ゴータ＝アルテンブルク公Herzog von Sachsen-Gotha-Altenburgとなる)の尚書長官cancellarius: Kanzlerの要職に就いていたが、領邦司法の統括者として自らの理論の実践に果たして成功したのかどうか、『問題解決集』の簡潔な叙述からは残念ながら読み取ることはできない。一方、学説史上、フランツケの「授封物の定期金」論に好意的に言及した著作としては、まず、ゲオルク・アードム・シュトルーヴェGeorg Adam Struve(1619-1692年)の『封建法要論Syntagma juris feudalis』(1653年初版、1659年増補第二版)が挙げられる。マクデブルク大司教Erzbischof von Magdeburgの顧問官の家に生まれたシュトルーヴェは、フランツケの母校(1622年学位取得)でもあるザクセン＝ヴァイマル公領のイエーナ大学で法学を学び始めるが、皇帝軍のイエーナ占領による戦火を避けて、ブラウンシュヴァイク＝リュネブルク公領のヘルムシュテット大学に移り、ハインリッヒ・ハーンHeinrich Hahn(1605-1668年)の指導の下、同大学で学位を取得して(1646年)、同年イエーナ大学に招聘され法学教授に着任、『封建法要論』の初版時には、イエーナのラント裁判所curia provinciae並びに参審裁判所scabinatusの判事assessorも兼任していた。同書増補版第2章「封の要素及び常素についてDe feudi essentia et natura」の第10命題aphorisma「以上に説明された封の要素及び常素からは、封が、永代賃借や地上権を含む他の種類の下級所有権、そしてまた、その他類似の諸権利と、どのように異なっているのか」が明らかになるEx hactenus explanata feudi natura atque essentia facile constare poterit, quomodo feudum a caeteris utilis dominii speciebus, emphyteusi nimirum ac aperficie, nen non ab aliis affinibus iuribus differat」

の解説第3番⁶⁸⁾では、譲与者に上級所有権が留保される点で「永借財産bona

68) “更に、授封財産や永借財産に類似するものとしては、(I) 定期金負担財産あるいは定期金賦課財産、つまり、賃租地【ザクセン選帝侯勅法集第2部第39条】がある。この財産においては、保有者は所有権を完全に有しており、受領者が一定の年払定期金の支払いを義務づけられる条件で所有権が譲与される【この説明は上記勅法集第39条から取り出された。他に参照すべきものとして、勅法彙纂4巻64章第8法文、別書3巻36章第6節の文言「所定の割合」への標準注釈f、オウイディウス・デアミキス前掲『永借権論』序論第25番、フルギネウス前掲『永借権論』問題8第1番及び第7番、ヨハanneス・ワメシウス『助言集』助言335、同助言第3番には、永代賃借における地代が譲与者の下に存続する上級所有権の承認故に支払われるのに対して、譲与者から受領された所有権の承認故に支払われる、とある。更に、アウグスティヌス・バルボサ『学説集成』別書6巻36章第6節の項第9番及び第10番、そこでは、ケンキウス『定期金論』第1部第11章第1節第5番他が引用された上で、定期金が設定されるのは、自己の物を相手方に引き渡し、上級及び下級の所有権を、受領者が一定の年払い定期金を支払うという負担と共に、移転する場合である、と述べられている。これと同旨なのは、スクラデルス『封論』第2部第2章第59番、アンドレアス・コール『封負担論』最終章第27番、モラー前掲勅法集第39条注釈、ラウハバル『問題集』第2巻問題12第17番、コレルス『助言集』第1巻助言5第15番、カスパルス・クロック『助言集』第2巻助言47第5番、ヴェーセンベック『助言集』第2巻助言62第24番、ヘイギウス『法学提要注解』3巻24章第3節注釈第16番、ツィーグラ『カルウォルスに就いた実務解決集』「貴族」の章第187番、である】。というのも、1) まず、定期金義務者(賃租義務者)は上級所有権の承認故に定期金を支払うわけではないからであり、それ故また、たとえ何年にわたって定期金を支払わなくても、財産が剥奪されることはなく、ただ定期金契約あるいは不法行為に基づいて、定期金権利者(賃租領主)に人的訴権が付与され、それによって定期金や督促無視による罰金を請求できるに留まる【前掲選帝侯勅法集第39条、及び、カルプツォフ『ローマザクセン裁判法学』同条定義3、コレルス『ドイツ判決集』判決24第4番及び第5番、フルギネウス前掲『永借権論』問題8第8番とそこに引用される論者、リヒター氏の『判決集』第2部判決48、アウグスティヌス・バルボサ前掲箇所第13番、ローセントリウス『封論』第10章結論34第22番及び注oの引用文献。かつては、支払いの滞った賃租が毎日幾何級数的に増額され(ザクセンシュピーゲルラント法第1巻第54条)、それ故、滑走賃租と呼ばれた(コレルス前掲判決24、ウィ

ルヘルムス・アントニウス『遲滞論』第4節第44番、加えて、フリデルス・デ・サンデ『ヘルデルラント及びズェトフェン市慣習法注解』序言第1章第10番も参照せよ)。そしてまた、2) 定期金義務者は、権利者に無断での譲渡を理由に目的物を失うこともないからである【フルギネウス前掲書第28番、アルワルス・ワラスクス『永借権論』問題32第32番、カビュキウス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決196、ラウハバル前掲諸問題23第18番】。以上のように、上級所有権は譲与者の下に残っているとは解されず、定期金義務者が支払うものは、定期金契約に基づいて、相続人もまた特定の目的物について義務づけられるという特殊な仕方、支払われるのである。というのも、このような負担と共に目的物は相続人へと承継されるからである。一方、1) 確かに、多くの地域では、定期金負担地についても、授封の更新が求められる、承認礼金の支払いが義務づけられている【前掲勅法集第39条】。しかしこれは、封や永代賃借との類似性の故に時の経過に従い定期金権利者の権利が大きく拡張され、定期金契約の通常の性質を超えて受容されたものである。その後、受容された点が定期金契約の本性に属するとまで解されるようになっていとしても、そこから、本来の意味での上級所有権を導くことはできないであろう。というのも、既に述べたとおり、上級所有権の性質は、財産権が何らかの仕方でも上位の領主に関係しているため、領主の同意を得ることなく目的物は譲渡不可能で、同意が得られることなく領主も承認しなければ、目的物は没収されるという点に最も強く現れるところ、上述のように、定期金負担付き財産においてはこれは妥当しないし、授封の不備を除けば財産が失われることもないからである【カルプツォフ前掲書第39条定義5】。上記のような更新は定期金契約の更新に他ならず、それを理由に永代賃借の場合に倣って承認礼金が支払われる。コレルス『執行手続論』第1部第10章第161番で次のように述べているのもそのような趣旨である。すなわち、「授封財産や永借財産において領主や上位者が自らに上級所有権を留保しているのと同様に、定期金負担地においても、過去に与えられた恩恵の返礼と記憶のために、年払いの定期金乃至地代の権利、そして、相続人に関する授封の権利を留保している」、と。これに加えて、選帝侯勅法集第2部第23条、同裁判所規則第46条の「しかしその場合、当該財産(永借財産もしくは定期金負担付き財産の意)について領民は領主を承認しなければならず、そうでなければ授封を受ける義務を負う」の節も参照せよ。更に、2) ザクセン法上、定期金負担付き財産の質入れにあたって領主(とりわけ裁判権を有する領主【コレルス前掲箇所第17番】)の同意が求められるという点から、上級所有権を導くこともできない。なぜなら、この場合、同意は、領主が定期金の収取を妨げら

れないように、そしてまた、債権者が欺かれないように、といった別の理由から要求されているからである【選帝侯勅法集第2部第23条、同裁判所規則第46条「しかし云々」の節、ラウハバル前掲書問題22第20番、コレルス前掲『執行手続論』第1部第10章第164番及び第171番、カルプツォフ前掲第23条定義22、リヒター氏の『債権者の権利及び特権について』第9討論270頁を参照せよ】。一方、類似性を根拠に、他人に移転された目的物について自らに留保された定期金収取権を、類推の意味で、上級所有権と称することは、特に授封の要求と承認礼金の支払いの点から、可能である。この点について、前掲選帝侯裁判所規則第46条「発生した云々」の節と同勅法集第2部第23条では、定期金領主も上級所有権者に含まれている。また、以上の点は、定期金契約本来の性質に照らしてもそのように解される。これに対して、契約の本性上は確かにそのように求められないが、例えば、授封物について封臣が誰かと定期金契約を締結する場合のように、目的物の状態に照らして、下級所有権だけが定期金契約を介して移転されると解される場合もある。確かに、封が他人に譲与される前に、定期金負担付き財産がある者に移転され、その後、この財産が他の財産とともに封として譲与された場合、定期金義務者は何も奪われず、封臣には定期金収取権以外に何も移転されず、定期金義務者が目的物の完全な所有権を保持する。更に、封が既に設定され、封臣が封に属するある土地を定期金契約によってある者に移転し、封主が当該処分に同意していて、定期金のみが留保され、定期金契約の本性が求めるもの以外には何も留保されない場合、定期金義務者に完全な所有権が移転することは妨げられないと解される。しかし、封臣が授封されたある土地を、定期金の支払いを条件に、封主の同意無しに、他人に譲与して自らに定期金を留保する場合には（このようなことは封建法上許されないように見えるとしても【封建法書2巻9章第1節が論拠となる。ローセントリウス『封論』第9章第1部結論7第2番】、慣行に従い許される場合があると考えられている）、下級所有権だけが移転されるということがあり得よう【フランツキウス閣下の『承認礼金論』第10章第72番及び第79番、並びに、『問題解決集』第1巻解決1第19番】。以上に述べてきた定期金は、目的物を他人に移転し自らに定期金を留保するため、一般に、留保定期金と呼ばれている【そしてこのような定期金は自然や実定法に照らして正当である。なぜなら、自己の物を引き渡すか引き渡さないかが自由であるように、地代を留保して引き渡すこともまた我々の意思に委ねられるからである。ボナキヌス『道徳神学著作集』第2巻第3論問題4最終節第3番】。この定期金と区別されるのが、証書定期金乃至設定定期金であり、売買類似の権原によって他人のために設定され

emphyteutica」が「授封財産bona feudalia」と共通の「性質natura」を有することを踏まえて、両者と性質を共有するとまでは言えないが、これらに「類似する財産affinia bona」の一つとして「定期金負担付き財産bona censitica: bona censualia」が論じられている。シュトルーヴェは、ローマカノン両普通法とザクセン法の文献を相当数引用しつつ、定期金契約における所有権の完全移転とそこから帰結する「授封財産」及び「永借財産」とのより具体的な相違点として、「定期金義務者censuarius（賃租義務者Zinßmann）」は、「何年定期金を支払わなくても財産を剥奪されないlicet per plures annos census non solvat, bonis non privetur」し、「領主に無断で為された譲渡を理由に目的物を失わないob factam alienationem irrequisito doino rem non amittat」という点を挙げる。そして、「多くの地域で、定期金負担地についても、授封の更新が求められ、承認礼金の支払いが義務づけられているin multis locis etiam nomine bonorum censiticorum renovatio investiturae petenda, et laudemium solvendum est」点や、「ザクセン法上、定期金負担付き財産の質入れにあたって領主の同意が求められるjure Saxonico ad oppignorationem bonorum censiticorum requiritur domini consensus」点から定期金財産の譲与者による上級所有権の留保という結論を引き出すことはできず、それ故、上記相違点が覆されることもないとされる。「類似性を根拠に、他人に移転された目的物について自らに留保された定期金収取権を、類推の意味で、上級所有権と称することは、特に授封の要求

た収益受領権を根拠に支払われる。この定期金には、特定の目的物と無関係に、定期金義務者、つまり、一定額の地代の支払いへと自らを義務づけた債務者の人格に設定される人的定期金と、収益のある不動産上に設定され当該目的物について負担される物的定期金とが存する【詳しくは、フランツキウス閣下の『問題解決集』第1巻解決1第28番以下及び解決2以下、ルドウィクス・モリナ『正義と法にかんする論考』第2巻討論381から討論396まで、マルティヌス・ボナキヌス『道徳神学著作集』前掲第2巻討論3問題4最終節以下、カロルス・ア・キルヒベルク『封論』第4章第165番以下、アウグスティヌス・バルボサ『カノン法所見判決助言集』第2部第3巻所見96第90番以下、同第103番以下、同『学説集成』別書3巻39章の項を参照せよ】。”(Syntagma, 68-72. 引用は1666年イエーナ巻第三版のテキストによる。)

と承認礼金の支払いの点から、可能である *potest propter similitudinem jus percipiendi censum nobis in re, in alium translata, reservatum, analogice dominium directum appellari*」とも付言されているが、この指摘も、「定期金収取権 *jus percipiendi censum*」の呼称に関わるものであって、定期金負担付き財産の譲与者側に留保される「上級所有権 *dominium directum*」類似の権利の効果として積極的に「授封 *investitura*」や「承認礼金 *laudemium*」を位置づけているわけではない。従って、ここまではザクセン法にも引き継がれた伝統的な二分法に則った議論と言える。しかし、この後、シュトルーヴェは、「契約の本性上は確かにそのように求められないが、目的物の状態に照らして、下級所有権だけが定期金契約を介して移転されると解される場合もある *aliquando non quidem contractus natura ita exigente, sed propter conditionem rei, utile dominium solum per contractum censualem videtur transferri*」と述べて、二分法の枠組みでは捉えきれない特殊な定期金契約の存在をはっきり認め、「封臣が授封されたある土地を、定期金の支払いを条件に、封主の同意無しに、他人に譲与して自らに定期金を留保する *vasallus fundum quendam feudalem sub praestatione census, absque consensu domini, alteri concedit, et censum sibi reservat*」場合をその具体例として挙げている。そして、その唯一の典拠とされているのが、ザクセン＝ゴータ公 *Herzog von Sachsen-Gotha* の尚書長官という地位を意識して「閣下 *Magnificus Dominus*」と敬称を付され引用されたフランツケの『承認礼金論』（第72番及び第79番）と『問題解決集』（第19番）であった。「契約の本性 *contractus natura*」とは区別しているとはいえ「目的物の状態 *conditio rei*」に着目して、「授封物について定期金契約が締結される *de re feudali contractus censualis est initus*」場合の特殊性を認めるシュトルーヴェの論法には、フランツケの「授封物の定期金」論の核心部分が継承されている。「授封物の定期金」という定期金契約の類型にとって、目的物が「授封物」であることは「契約の本性」に他ならないので、シュトルーヴェのように「契約の本性」と「目的物の状態」を区別することにあまり意味はない。

次に、シュトルーヴェの教えるイエーナ大学で両法博士号を取得（1671年）

後、ザクセン＝ヴァイマル公Herzog von Sachsen-Weimarへの仕官を経て、シュトラースブルク市の法律顧問に転じたヨーハン・シルターJohann Schilter (1632-1705年)の主著『ドイツの法廷におけるローマ法実務Praxis juris romani in foro germanico』(1675/83年初版)にも、フランツケの「授封物の定期金」論への言及が見られる。シルターは、同書第一巻に収録された「所有権の行使に関する学説彙纂第16演習exercitatio ad Pandectas sexta decima」の第84節⁶⁹⁾で、「世襲賃租地Erbzins-Güter」と呼ばれる「永借財産bona

69) “LXXXIV.しかし何れにせよ、「世襲賃租地」と「賃租地」という二種類の財産がもたらされた。この内、前者は永借財産であり、所有権の半分は地主にもう半分は永借人に帰属するのに対して、後者は定期金負担付き財産と呼ばれる。両者の共通の性質は、授封財産であること、つまり、それらの財産について授封を求めなければならないという点に存する。実際、「授封される」財産は一般に「封」と呼ばれ、「自由保有地」乃至「世襲地」や「所有地」と対置されているように、他人によって受諾され受領される財産が「封」乃至「フェオド」と呼ばれていたし、「財産」乃至「フェー」は「ファー」つまり「受領」を介して「授与(ライエン)」に結びついており、それ故、昔の人々の間では「レオド」が授与物、「レオデ」と「レウデス」が封と封臣を意味していた【トゥールのグレゴリウス『フランク史』第3巻第23章及び補遺第1章】。従って、授封者つまり封主が留保する権利は、定期金負担付財産についても、上級所有権の一種として見いだされるのであり、この点はフランツキウスが『承認礼金論』第11 [→10] 章第55番や『問題解決集』第1巻解決1第20番で的確に指摘している。その一方で、特殊な相違点が、永借地主がローマ法上有しているような定期金不払いを理由とする所有物剥奪の権能という所有権の一部分に存している。つまり、ドイツ法上、定期金負担地の所有者はそのような権能の代わりに、毎日二倍額を請求する権利を有しているのである【[ザクセンシュピーゲル] ラント法第1巻第54章、シュヴァーベンシュピーゲル第71章】。ただし、その後、これは今日の慣行に従い廃止されている【カルプツォウィウス『ローマザクセン法学』第2部第38条定義25】。以上から更に、疑わしい場合には永借権や土地からの追放権ではなく定期金による権利が推定される理由も明らかとなる。それはつまり、後者が祖国の法に合致しているのに対して、前者はローマ人の法律から受容されたものであるから。とはいえ、永借財産と定期金負担付き財産に共通する授封財産として性質からすれば、定期金負担付き財産、つまり、授封賃租地についても、地主、つまり、封主であり賃租地

emphyteutica」と「賃租地Zins-Güter」と呼ばれる「定期金負担付き財産 bona censitica」の「共通の性質natura communis」として、それらについて「授封investitura」でが求められるという点、そしてそれ故に、両財産についても、「上級所有権の一種species dominii directi」が「授封者investiens」つまり譲与者に留保されるという点を、フランツケが「的確に指摘しているrecte animadvertit」と述べ、『承認礼金論』（「授封物の定期金」と留保定期金の混同を批判する第55番）と『問題解決集』（「授封物の定期金」が創設定期金〔証書定期金〕だけでなく留保定期金とも異なる旨主張する第20番）を引用しているのである。また、「疑わしい場合には永借権や土地からの追放権ではなく定期金による権利が推定されるin dubio iure pro censitico, et non pro iure emphyteutico seu expellendi ex fundo praesumatur」と解する点でもシルターはフランツケと一致する。トゥールのグレゴリウスGregorius Turonusの『フランク史Historia Francorum』を典拠とするゲルマン古語の用例や、「ローマ人の法律leges Romanae」に対する「祖国の法ius patrium」の優位といった理由づけはシルター独自のものではあるが、シルターがフランツケによる「授封物の定期金」論を好意的に受けとめているのは明らかである。ただし、「永借財産と定期金負担付き財産に共通する授封財産として性質からすれば、定期金負担付き財産、つまり、授封賃租地についても、地主、つまり、封主であり賃租地主である者が先買権を有するという見解の方がより正しいことは明らかである illud ex communi natura bonorum emphyteuticorum et censiticorum feudali, apparet, veriolem esse sententiam, etiam in censiticis, Lehn- und Zins-Güthern, dominium Lehn- und Zins-Herrn habere ius promiseos」とされていて、「先買権」の有無に関してはフランツケと見解を異にしている。その際、「先買権」を認めない異論として、フランツケも二分法の典拠の一つと

主である者が先買権を有するという見解の方がより正しいことは明らかである。イエーナの法律家たちがそのように解答していることは、ルクテルス『判決集』判決76第60番が証言している。異論としてベルリキウス『実務結論集』第2部結論47第13番。”(Praxis, I, 73. 引用は1733年フランクフルト刊第四版のテキストによる。)

して参照したベルリッヒの見解(Ⅳの文献13:参照されているのは第13番)が引用され、そこに付された注c⁷⁰⁾には、ベルリッヒが論じている「定期金負担地*fundi censitici*」は、「授封無しに譲与される*dantur sine investitura*」もので、「本来の意味での賃租地であり、如何なる種類の上級所有権も留保されることなく、ただ定期金収受権のみが存する土地にすぎない*sunt proprie die Zinsgüter meres tales, in quibus nulla species dominii directi reservata cernitur, sed merum jus census*」ので「定期金権利者は先買権を有さない*nullum ius promiseos habet dominus census*」との説明が見える。その箇所ではベルリッヒは先買権否定説の典拠としてラウハバールの『問題集後編』の問題22を引用しており、既にⅢで見たように、フランツケが『承認礼金論』(第74番)でこのラウハバールの見解を自らの「授封物の定期金」論の裏付けの一つに不当にも用いていたことをからすると、シルターはフランツケよりも正確にベルリッヒ＝ラウハバール説を理解していたことになる。

シュトルーヴェがカノン法学由来の定期金概念を、シルターがザクセンシュピーゲル等の賃租地概念を、それぞれ起点としてフランツケの「授封物の定期金」論を的確に評価し自らの叙述に取り込んでいるのに対して、フランツケの議論を理解不十分のまま流用する者もいた。やはりイエーナでシュトルーヴェに学び、同大学で両法博士号を取得後、フランツケの最初の仕官先であったシュヴァルツブルク＝ルドルシュタット伯(当時はフランツケの仕えたカール＝ギュンターの甥アルベルト・アントンAlbert Anton [在位1662-1710年])に「宮廷顧問官*consiliarius aulae*」として仕え、「帝国宮中伯*comes palatinus Caesaris*」でもあったアハスヴェール・フリッチュAhasver Fritsch (1629-1701年)は、『ドイツの村落民の身分と権利に関する論考*Tractatus de statu ac*

70) 注c:その他に、定期金負担土地は、授封、つまり、我々が一般に言う「授与される」こと無しに譲与される。それらの財産は本来の意味での「賃租地」であり、如何なる種類の上級所有権も留保されることなく、ただ定期金収受権のみが存する財産にすぎず、定期金権利者は先買権を有さない。ベルリキウスはこの財産について述べているものと解すべきであり、我々も次節でこの財産について述べる。(Praxis, I, 73.)

jure pagorum Germaniae』(1673年)の第7章「農民の保有地についてDe rusticorum praediis」第2節から第4節⁷¹⁾において、「農民保有地praedia

71) “II. 〈5.〉次に、農民保有地は永借地か定期金負担地の何れかである。〈6.〉前者は、下級所有権の一種である永借権の下に、いわば永続的な小作人としての農民に対して譲与される土地で、「世襲賃租地」と呼ばれる。元々、永代賃借の権利、つまり、一般に言うところ「世襲賃租権」は、不毛かつ未開墾で今後何らかの改良が期待できる場合に、農民の土地に設定された【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第2法文及び第3法文】。これについてはフランツキウス『承認礼金論』第9章第1番以下を参照せよ。〈7.〉一方、定期金負担地乃至定期金賦課地とは、定期金支払いに因んでそのように称され(「農民保有地」や「世襲地」と呼ばれる)、成文法ではなく慣習法に由来しており、これは、カッサネオのブルゴーニュ慣習法第11章「賃租について」第1条注釈第1番がブルゴーニュ慣習法について、モリナエウスのパリ慣習法第2章「賃租について」注釈がフランスの慣習法について、コレルス『執行手続論』第1部第194番以下が我々のテューリンゲンやマイセン地方について述べているとおりであり、フランツキウス前掲『承認礼金論』第10章第8番も他の諸地域でも至る所で見いだされるとしている。

〈8.〉ところで、[ザクセンシュピーゲル]ラント法[第3巻]第39[→79]条への独語注釈のaは定期金負担地を次のように説明している。すなわち、「賃租地は所有地でも世襲地でも封でもないが、ザクセンの地では、賃租地は、受封宣誓無しに、その購入者に貸与されており、要するにこれは、領主の同意の存することを示すものに他ならない。他方、賃租地は、領主がそこで賃租を得ている以上、所有地ではない。なぜなら、所有地は賃租を伴わずに保有されるからである。また、賃租地は、裁判官によって付与されることは決してない以上、(ある地域では例えば我々のシュヴァルツブルク伯領のようにそのように呼ばれているけれども)世襲地ではない。更に、賃租地は、そこから賃租を支払っている以上、(つまり本来の用語法での)封ではない」と。別の個所では農民保有地について、「封主あるいは賃租領主がそれを所有する」と述べられている。

Ⅲ. 〈9.〉更に、定期金負担地の起源についてはザクセンレーン法第60条の注釈が次のように述べている。「賃租義務者に関する本条の正当な規定はローマ法にその起源を有しており、ローマ人が圧倒的なその武力をもって全世界を征服し、敵方の拠点を占領した上、更にそこに、〈首領(フュリュスト)〉と呼ばれ同じくラテン語では最初に分け前を得る者という意味で〈プリンケプス〉と称される指導者を配置

rustica」を、「成文法*jus scriptum*」つまりローマ法に基づく「永借地*praedia emphyteutica*」と、「慣習法*consuetudo*」に基づく「定期金負担地*praedia censitca*」に二分し、前者に「世襲賃租地*Erbzinß=Güther*」、後者に「農民保有地*Bauer=Güther*」乃至「世襲地*Erb=Güther*」という俗語名称を対応させる観方を、フランツケの『承認礼金論』を唯一の典拠として提示している。後

したとき、多くの場合、この首領は支配下にいる人々の農地のあらゆる収穫と賃租を常に手に入れ、それによって兵士や騎士を養っていた。そして、何か余剰が生じた場合に彼らはそれをローマ人に返還した。しかしその後、この地に平和がもたらされたとき、首領等＝諸侯は騎士や兵士を恒常的に自らの費用で養い続けることを煩わしく過剰な負担であると考えるようになった。そこで、ローマ人が諸侯に土地を貸与し、諸侯が兵士＝臣下にその土地を貸与するようにローマ人は提案を承けた。こうして、それ以降は諸侯が臣下たちに貸与し、臣下たちは、土地から収穫と賃租を取得し、その代わりに奉仕することとなったのであり、このような貸与は、土地が臣下に貸与されるのであって譲与されるのではないため、封と呼ばれるようになった。この地が継続して平和に支配され、諸侯がローマ人から土地を手に入れると、それをまた騎士や臣下に授封したが、騎士や臣下は、自活するために更に貸与した。このようにして、騎士や臣下は、農地を、今我々が賃租と呼んでいる所定の条件の下に農民に賃貸するようになったのである」。ここまで注釈。〈10.〉以上に述べたところから明らかなのは、定期金負担地が、農民自身に完全に帰属するものではなく、上級所有権者から承認されたものであり、しかも、生来の土地緊縛農民や、ラント法第2巻第59条の注釈が述べるように「我々の父祖が土地に緊縛されるという条件の下に彼らを居住させた(ラッセン)」ことに因んでそう呼ばれる「隷属農(ラッス)」に類似した何らかの従属をもたらず性質を有するという点である。

Ⅳ. 〈11.〉以上から更に、永借財産と定期金負担付き財産との間に大きな違いがあり、ある人々のように決して両者を混同してはならないということも明らかとなる。とはいえ、定期金負担付き財産の理解は、文献ではなくむしろ日常の実務から引き出されるべきであると、マテウス・コレルス前掲『執行手続論』第1部第10章第195番は正当にも指摘している。〈12.〉なお、疑わしい場合に永借財産と定期金負担付き財産の何れと見なされるべきかについては、フランツキウス前掲『承認礼金論』第10章第84番以下を参照せよ。”(Tractatus, caput septimum, II-IV. 引用は1673年イェーナ刊のテキストによる。)

者の「定期金負担地」を裏付ける「慣習法」についての文献として引用されるデュ・ムーランやバルテルミ・ド・シャスヌーの慣習法注釈書やマティエ・アス・コラーの『執行手続論』(何れもⅡ参照)は全て『承認礼金論』からの孫引きであり、フランツケが「賃租地Zinß=Gut」概念の典拠として原文を引用したザクセンシュピーゲルのラント法第3巻第79条及びレーン法第60条の「独語注釈glossa Germanica」もそのまま転載されている。しかしそのような引き写し以上に問題なのは、フランツケの「授封物の定期金」論に対するフリッチュの理解の杜撰さである。というのも、フリッチュは、フランツケが意識した世襲賃租地の多義性、つまり、ブランデンブルク、ザクセン、そして、ザクセン諸公領やシュヴァルツブルク＝ルドルシュタット伯領が属するテューリンゲン地方等に見られる「自由農Freybawer」が保有するそれと、プロイセンやヴェストファーレン等に見られる「隷属農Laß」が保有するそれとの違いを看過して、「永借地」(「世襲賃租地」)に対置される「定期金負担地」(「農民保有地」乃至「世襲地」)を全て後者の「隷属農」の保有地と見なしているからである。また、そのように誤解された「世襲賃租地」概念の裏付けとして、フランス慣習法学との比較やザクセンシュピーゲルに依拠した沿革探究が都合良く抜粋されるだけで、「授封物の定期金」論の核心とも言うべき二分法の内在的批判の部分(『承認礼金論』第55番以下)はその視野から完全に抜け落ちている。そもそもフランツケには、「定期金負担地」に対応する「農民保有地」乃至「世襲地」に、「世襲賃租地」を術語として対置する意図などなく、むしろ後者を単純にローマ法上の永代賃借と同視するザクセン風の二分法の克服こそ「授封物の定期金」論の目的であった⁷²⁾。フランツケ説に対する杜撰な理解は、同時期に出版されたカスパー・ツィーグラーCapar Ziegler(1621-1690年:『通説結論集』[Ⅳ文献14=Ⅴ文献20] 著者の同名の子で、ヴィッテンベルク大学教授)

72) Dannhorn, Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe (2003), 144-151. では、「定期金負担付き財産bonum censiticum」をめぐる『承認礼金論』の議論が比較的细节に敷衍されているが、フリッチュの理解(誤解)に依拠したためか、第55番以下で展開された二分法批判がほとんど顧慮されていない。

の『農村の定期金負担地に関する法学討論Disputatio juridica de praediis censiticis ruralibus』(1687年初版：討論応答者はマグヌス・レーザーMagnus Löser)にも見出される。「農村の定期金負担地は、多くの場合、封臣によって授封財産からその領民たる農民に対して譲与されるpraedia censitica ruralia plerumque a vasallis de bonis feudalibus subditis suis rusticis concessa sunt」とか、「確かに封臣は、封建慣習法の性質からして、下級所有権の範囲に限って授封地を保有しており、自らの主君の同意無しに授封地を譲渡することは禁じられているとはいえ、授封地の内の何かを定期金のために譲与することは可能であり、それ故また、封臣がそのような譲与によって定期金負担地に何らかの権利を留保することも必然であるenimvero cum vasalli juxta indolem consuetudinum feudalium fundos feudales quoad utile solum dominium habeant, eosque citra senioris sui consensum alienare prohibeatur; dare vero ex eis praedia quaedam in censum possint; utique necesse est, ut vasalli per concessionem talem aliquid juris in fundo censuali retineant」とか、「自らが有する以上の権利を他人に移転するということは理性や法の許容するところではなく、それ故、下位授封者に上級所有権類似の何かが残されると同じく、上級所有権類似の何か譲与者たる領主の元に残存しないわけがないとも解されるneque ratio et jura patiuntur, ut quis plus juris in alium transferat, quam ipse habet, et hinc analogum quid dominii directi penes dominos concedentes non potest non remanere, sicuti in subinfeudante analogum quid dominii alicujus directi manere quoque concedimus」といった小ツィーグラーの指摘(第20節)⁷³⁾は、正にフランツケの「授封物の定期金」論の核心を継承するも

73) “例えば、定期金が設定定期金である場合、すなわち、完全な所有権を有する者が売買や所有権の移転に適したこれに類する権原を介して、一定の金銭の支払いと引き換えに、不動産上に何らかの権利を創設したり、一定の年払い地代の受領を目的に他人のために設定する場合【フランツキウス『問題解決集』第1巻問題2第5番を参照せよ】、定期金義務者は定期金の負担が課された目的物に所有権を有しており、設定者の債権者にとっては、約束された定期金を受領し必要なときに確実に法の助力を享受できれば十分である。設定者乃至留保者が目的物の完全な所有権を有して

のようにも見える(奇妙にも『承認礼金論』は全く引用されず、「物的な設定定期金*census constitutivum realis*」の定義として『問題解決集』第1巻解決2第5番⁷⁴⁾が参照されているだけである)。しかし、実際には、二分法に対する内在的な理解と批判を欠いた皮相な剽窃とも言うべき議論であるため、例えば、「定期金義務者は誰でも望む相手にたとえ領主に無断であっても土地を譲渡できる*censitici alienare fundum possunt, cuicumque voluerint, etiam irrequisito domino suo*」との主張の典拠として、パスの『永借権問題集』(第32番)とフランツケの『承認礼金論』(第62番)を並べて引用する失態を犯している(第33節)⁷⁵⁾。

以上のように、フランツケの議論は同時代の学説に一定の影響を及ぼしたとは言えるが、支持が広まることはなかった。17世紀半ば以降のザクセン法学の方向

いて、それを契約の本性に即して受領者に移転するのだとすれば、留保定期金においても理屈は同じである。しかしながら、我々の農村の定期金負担地においては事情は異なる。それらは、多くの場合、封臣によって授封財産からその領民に対して譲与され、その場合、馬鹿げた混乱が無ければ、所有権が完全に移転されるということは決してあり得ない。確かに封臣は、封建慣習法の性質からして、下級所有権の範囲に限って授封地を保有しており、自らの主君の同意無しに授封地を譲渡することは禁じられているとはいえ、授封地の内の何かを定期金のために譲与することは可能であり、それ故また、封臣がそのような譲与によって定期金負担地に何らかの権利を留保することも必然である。また、自らが有する以上の権利を他人に移転するということは理性や法の許容するところではなく、それ故、下位授封者に上級所有権に類する何かが残されるのと同じく、上級所有権に類する何か譲与者たる領主の元に残存しないわけがないとも解される”(Disputatio, §. XX. 引用は1687年ヴィッテンベルク刊のテキスト(頁数不記載)による。)

74) “そこで便宜的に次のように定義することができる。すなわち、売買や、所有権移転に適したこれに類する権原を介して、その性質上果実を生み出す一定の範囲に限定された不動産について、毎年の地代支払いと引き換えに、創設乃至設定された権利、と。”(Resoluciones, I, 44.)

75) Disputatio, §. XXXIII. なおDannhorn, 249. もツィーグラウの所説に言及しているがその難点にはやはり気付いていない。

性を決定付けたベネディクト・カルプツォフBenedikt Carpszov(1595-1666年：1620年に「ライプチヒ参審裁判所scabinatus Lipsiensis」の判事に着任し、他にライプチヒ大学法学教授、ザクセン選帝侯の枢密顧問官等も務めた)の『ザクセン選帝侯アウグスト陛下の勅法集の編別に則ったローマ=ザクセン裁判法学Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica, secundum ordinem constitutionum divi Augusti electoris Saxoniae』(1638年初版)の勅法集第2部第39条の定義definiunt「永借財産の場合とは異なり、定期金負担付き財産においては領主は上級所有権を留保せず、上級下級の両所有権が定期金義務者に移転されるNon ut in emphyteuticis, ita etiam censiticis bonis, dominus retinet directum dominium, sed utrumque tam utile quam directum dominium in censitum transfertur」⁷⁶⁾と定義2「定期金の不払いを理由に定期金負担付き財産が失われ

76) “〈1.〉定期金契約と永借契約が多く の点で一致していることは私も否定しない。カロルス・モリナエウス『バリ慣習法注解』第2部表題注釈第21番の説明からもそれは明らかであり、そこには九つの共通点が挙げられている。〈2.〉しかし、だからといって、アンドレアス・ティラクエルス『親族取戻論』第1部第34条第1注釈冒頭のように、両契約のあらゆる相違がほとんど廃れてしまい、今日では永代賃借と定期金契約が全く同一視されていると推論することは決して許されない。〈3.〉これは、カロルス・モリナエウス前掲箇所、アルワルス・ワラスクス『永借権論』問題32第27番以下、ハルトマヌス・ハルトマヌス『実務考察集』第2巻第52章「定期金について」第4番以下が見事に論じているとおりである。〈4.〉そしてこれは地代支払いからだけでも明らかとなる。というのも、永借人が支払う永借料と定期金義務者が支払う定期金とは、定期金が自己のものから、永借料が他人のものから、それぞれ支払われる以上、互いに少なからず異なっているからである【別書3巻36章6節の文言「所定の割合」の標準注釈、ソンスベキウス『封論』第2部第32番】。〈5.〉同様にまた、永借地については地主に先買権が付与されるが、定期金負担付き財産についてはそうではない。これは上記第37条定義6及び定義7で既に述べたし、アンドレアス・ラウケベルス『問題集』第2部問題32も同旨であり、この点からも両契約の相違が導かれる。〈6.〉また、ニコラウス・エウエルドゥス『法の論拠集』論拠31「永代賃借から定期金へ」第4番によれば、霊的な権利は、定期金のために供与することは確かに許されいるが、永代賃借のために譲与することはできないと

ることはないOb non solutum census bona censitica nunquam amittuntur⁷⁷⁾では、「定義definitiones」そのものに簡潔に示されているとおり、所有権の完全

される。特に私としては、永借契約と定期金契約に明らかな区別をもたらすような注目すべき相違点が二つ存することを否定しない。〈7.〉第一の相違点は次の通り。永代賃借においては、地主は下級所有権だけを永借人に移転し上級所有権は自らに留保する【勅法彙纂4巻66章第1法文、学説彙纂6巻3章第1法文、アントニウス・ファベル『ファベルの勅法彙纂』第4巻第42章定義7第1番】。〈8.〉定期金契約ではそうではなく、上級下級の両所有権、そして、あらゆる権利が定期金義務者に移転され、定期金権利者には、以前の所有権の証しとして年払いの定期金が支払われる以外に何も残らない【勅法集本条の「加えて世襲収益権云々」の行、ハルトマン・ピストリス『実務考察集』考察95第5番、バルトルスの学説彙纂39巻4章第1法文1節注釈第4番、マタエウス・コレルス『助言集』第1巻助言5第15番、ヤコブス・メノキウス『推定論』第3巻推定106第1番、アンドレアス・ラウケベルス『問題集』第2部問題22第14番】。

判事等はクリストフォルス・ハラーズ・ツー・テーゼンの事件において1630年11月にそのように判示した(判決抜粋:「しかし、地所は封主に帰属しそれ故また上級所有権もまた帰属するのが正しいのであるから、世襲賃租地あるいは永借財産においても、下級所有権は汝の父祖や汝に委ねられているとしても、上級所有権は封主に残されている。従って、上記地所は世襲賃租地とは見なされず、単純賃租地と見なされるに相応しい云々」)。(Iurisprudentia, I, 647. 引用は1703年ライプチヒ刊のテキストによる。)

- 77) “〈1.〉永借契約と定期金契約のもう一つの相違点は次の点に存する。すなわち、永借人は、三年にわたって永借料を支払わなければ、永借地を剥奪されるのに対して、〈2.〉定期金負担付き財産は、定期金の不払いを理由に、たとえ保有者が十年、三十年、そして百年にわたって定期金を納めなかったとしても、失われることは決してない【本条冒頭文の「単純賃租云々」の行、モレルス本条注釈第3番、マタエウス・コレルス『ドイツ判決集』第1部判決24第1番、ワラスクス『永借権論』問題32第30番、ミュンシゲルス『帝室裁判所判決考察集』第3集考察65第5番、メノキウス『推定論』第3巻推定106第11〔→16〕番】〈3.〉この点は私人の財産だけではなく教会の財産についても妥当する旨、本条の一般性を根拠にモレルス前掲本条注釈第4番が述べている。〈4.〉また、ワラスクス前掲書第35番も同旨であり、そこでは、敬虔なる母であり正義の看護婦である教会【封建法書1巻第13章の「と

移転の有無と不払い没収の是非という二点を「永借契約と定期金契約の違い *diversitas contractus emphyteutici ac censitici*」と見なす二分法（及びこれを継承する勅法集第39条）に忠実な見解が提示されている。それぞれの定義の末尾に抜粋紹介されている「ライプチヒ参審裁判所」の「判決 *sententia*」の内、定義2に関する1628年7月の判決には、「汝の臣民が汝の封に属する一フーフエの土地を保有している *hat euer Unterthaner eine Hueffe Landes im Besitz*」との表現が見出され、参審裁判所の「判事等 *Domini*」は、この土地を「定期金負担付き財産 *bona censitica*」（勅法集第39条や定義1の「判決」の表現で言えば「単純賃租地 *ein schlecht Zinsgut*」）を見なして、「賃租 *Zins*」や「地租 *Landsteuer*」の不払いを理由とする土地没収を認めなかったとされる。ここでフランツケの言う「授封物の定期金」によって保有される土地が問題となっているのは明らかであるが、カルプツォフ等参審人は、勅法集第39条に実定化された従来の二分法の枠組みをそのまま当てはめて、事件を処理したようである。カルプツォフが、当判決の次の年に出版されたフランツケの『承認礼金論』を一顧だにせず、二分法を踏襲する立場をその著書で明確にした影響は、同時代

いうのも教会は云々」の行】が疑わしい場合に第三者を犠牲に優遇されるべきではないとされている。〈5.〉勿論、定期金義務者が定期金の支払いについて宣誓しながら、支払わなかった場合には、没収が妥当し、定期金負担付き財産はその者から取り上げられるべきであると、カッシオドルス『教皇庁控訴院判決集』『宣誓について』判決2が述べており、ヤコプス・メノキウス前掲書推定106第11番、ベルリキウス『実務結論集』第2部結論48第25番、モレルス前掲注釈第4番へのレインハルドゥス・ローサの補注がこれを引用し支持している。〈6.〉ただし、ワラスクス前掲書問題32第31番はこの点に疑念がないわけではないと指摘している。

判事等は、ラウレンティウス・レーベルの事件について、カロルス・ア・ボイセンの申立てに対して、1628年7月にそのように判示した（判決抜粋：「汝の臣民たるローレンツ・レーベルは汝の封に属する一フーフエの土地を保有しているが、かの者は十二年にわたって通常の賃租や地租を納めていない云々。確かに、当該賃租義務者はこれを理由に賃租地を失うことはない云々」）。

また、リュッツェンの市参事会の問い合わせに対しても1577年2月にその旨答えている。（*Iurisprudentia*, I, 647.）

の実務のみならず、その後の学説の展開にとっても極めて大きかったと考えられる。例えば、18世紀初頭、ザムエル・シュトリューク Samuel Stryk (1640-1710 年) は、『学説彙纂の現代的慣用続編第一 Continuatō prima usus modernī Pnadectarum』(1704年初版)の第6巻第3章「貢納地すなわち永借地が訴求される場合 Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur」の第4節⁷⁸⁾に

78) “ところで、農地の性質を顧慮しない永代賃借の一般的継受を想定するにしても、ドイツの慣行を精査し、あちらこちらの地域で永借地をめぐって特殊な仕方で受容されている事柄は何か検討すべきであろう。我々の用語でこの土地は「世襲賃租地」と呼ばれており、「賃租地」はこれに非常に似通っているため、以下で議論において誤解を避けるために、裁判実務上、両者が如何にして区別されているのかここで予め触れておく必要がある。確かに、スキルテルス氏は『法実務』第1部演習16第84節で、永借財産と定期金負担付き財産に共通の性質は授封財産であるとして、定期金負担付き財産においても何らかの上級所有権が相手方に残されると解している。しかし、この見解が受け入れられるのはザクセン法に關してである。というのも、そこでは、特に定期金負担付き財産について、授封という方式、つまり、「旧保有者は受封し新保有者が授封する」ことによって財産が移転されるという点が受容されているからである【フランツキウス『問題解決集』第2巻解決12第21番】。とはいえ、コレルスは『執行手続論』第1部第12章において、定期金負担付き財産が永借財産としばしば混同され、それ故、定期金負担付き財産の理解はザクセンシュピーゲルの注釈からではなくむしろ日常の実務から学び得ると述べている。この点、フランツキウスが『承認礼金論』第10章第55番以下で、定期金契約によって所有権が完全に移転されるが永借契約では下級所有権のみが移転されると主張する人々が誤っている旨詳細に論証すべく尽力しているけれども、彼が誤りと解する見解が既に長い間法廷において賛同を得るように思われる。実際、ザクセンの法律家自身も、定期金契約によって下級所有権のみならず上級所有権も移転されるという実務について証言しており【カルプゾウィウス『裁判法学』勅法集第2部第39条定義1、ベルリキウス『実務結論集』第2部結論47、ストルウィウス『封建法要論』第2章第10節第3番】、ザクセン選帝侯領では、今は亡きアウグスト陛下がこの相違点を明文の規定【勅法集第2部第39条】によって是認して以降、この点が一層明白となったし、ザクセン以外でもこの相違は等しく受容されている【スクラデルス『封論』第2部第2章第59番、コワツルウィウス『問題解決集』第3巻第7章第1番、メノキウス『推定論』第3巻推定106、コーリウス『封負担論』最終章第27番、クロックス『助言集』第2部助言47第5番】。”(Continuatō,

において、「農地の性質を顧慮しない永代賃借の一般的継受generalis emphyteuseos receptio non attenta agrorum qualitate」を前提としつつ、「ドイツの慣行mores Germaniae」の特殊な例の一つとして、ザクセン法上の「永借財産bona emphyteutica」(「世襲賃租地Erb = Zinß = Güther」)と「定期金負担付き財産bona censitica」(「賃租地Zinß = Güther」)の区別に言及する中で、正にフランツケ説とカルプツォフ説を対置し、後者に軍配を上げている。そこではまず、「永借財産と定期金負担付き財産に共通の性質は授封財産であるとして、定期金負担付き財産においても何らかの上級所有権が相手方に残されると解する existimat, tam emphyteuticorum, quam censiticorum bonorum communem naturam esse feudalem, ut adeo et in censiticis bonis dominium aliquod directum remaneat apud alterum」シルターの見解が、「定期金負担付き財産」の譲渡に際して擬似的な「授封investitura」を求める「ザクセン法jus Saxonicum」については妥当し得る旨指摘され、その典拠として、フランツケが『問題解決集』第2巻の問題Quaestio12「今日、ザクセンの人々に下で、不動産の所有権は、引渡と明渡、つまり、裁判所において為される登録と買主によるその承諾(「地所が裁判所において買主により明け渡され買主に委ねられること」)によってしか、売買を原因に買主に移転されないのかどうかAn hodie apud Saxones rerum immobilium dominium ex causa venditionis non aliter transseat in omtorem, quam si traditio et cessio, sive resignatio judicialiter facta, et ab emtore acceptata sit? Daß das Gut von dem Verkäuffer gerichtlichen aufgelassen/und dem Käufer zugeschrieben worden.」の中で傍論として、「ドイツの慣行Germania」である不動産譲渡時の「退去明渡abdicatio: cessio: Auflassung」が「定期金負担付き財産bona censitica」の譲渡においても「極めて強くpotissimum」求められる旨ザクセンシュピーゲルの「独語注釈glossa germanica」に依拠しつつ指摘した箇所(第21番⁷⁹⁾)が参照されている。しかし重要なのは、「フランツキウスが『承認礼

25-26. 引用は1749年ハレ刊第八版のテキストによる。)

79) *Variae resolutiones*, II, 135. 引用は1656年イエーナ刊のテキストによる。

金論』第10章第55番で、定期金契約によって所有権が完全に移転されるが永借契約では下級所有権のみが移転されると主張する人々が誤っている旨詳細に論証すべく尽力しているけれども、彼が誤りと解する見解が既に長い間法廷において賛同を得ているように思われる *quamvis prolixè ostendere nitatur Franzkius de laudemis capitulo decimo numeroquadraginta quinque errare illos, qui per contractum censualem plenum dominium transferri asserunt, per emphyteuticarium vero tantum utile: nescio tamen, an non haec sententia, quam iste erroneam existimat, applausum fori dudum meruerit*」との一節である。ブランデンブルク選帝侯領のフランクフルト・アン・デア・オーダー大学の法学教授を務めた後、新たに開学されたハレ大学（1692年創立）に着任する前の二年程の間、前述の小ツィーグラの後任としてザクセン選帝侯領のヴィッテンベルク大学で教えた経験があるシュトリュークは、ザクセン法にも精通していたはずであるから、このフランツケ説への評価は当時のザクセン法学の主流を反映したものと見てよい。「ザクセンの法律家自身も、定期金契約によって下級所有権のみならず上級所有権も移転されるという実務について証言しており、ザクセン選帝侯領では、今は亡きアウグスト陛下がこの相違点を明文の規定によって是認して以降、この点が一層明白となった *ipsi jurisconsulti Saxonici de praxi hac testantur, quod per contractum censiticum, tam directum quam utile dominium transferatur, quod in Electoratu Saxoniae eo certius, postquam expressa sanctione hanc differentiam pribavit Divus Augustus*」との一節では、「ザクセンの法律家 *jurisconsulti Saxonici*」の筆頭にカルプツォフの名が挙げられ（典拠は第39条定義1）、カルプツォフ等ザクセン法学の通説に対する異説というフランツケ説の位置づけは明白である。

フランツケの理解者であるはずのシュトルーヴェの『封建封要論』の上記箇所がカルプツォフと共に援用されている点は不正確であるし、所有権の完全移転の有無という「定期金契約 *contractus censualis*」と「永借契約 *contractus emphyteuticarius*」の「区別 *diversitas*」つまり二分法が「ザクセン以外でも等しく受容されている *extra Saxoniam pariter recepta est*」との認識の典拠として、シュラーダー（IV文献7）、コバルビアス（IV文献3）、メノッキオ（IV

文献4)の他には、ブランデンブルク選帝侯の副尚書長官を務めたアンドレーアス・コールAndreas Kohl (1568-1655年)の『論考二編Tractatus duo』(1609年初版)収録第一論考「封負担論Tractatus de servitiis feudalibus」第9部第27番⁸⁰⁾と、シュトルベルク諸伯Grafen zu Stolbergの尚書長官やブラウンシュヴァイク市の法律顧問を務めたカスパー・クロックCapar Klock (1583-1655年)の『助言集Consilia』第2巻(1649年初版)助言47第5番⁸¹⁾が引用される

80) “〈27. 授封契約と定期金契約の相違。〉ところで、授封契約と定期金契約の間の大きな相違について注意しなければならない。すなわち、封臣にはいわば永続的な受益権あるいは下級所有権が移転され、譲与者には上級所有権が留保されるのに対して、定期金義務者には完全な所有権が移転され、譲与者には如何なる所有権も留保されない。従って、絶対的かつ徹底的にあるいは完全に他人に移転された物よりも、単純かつ絶対的にでも全てでもなくただ何かに従属し何らかの制限の下に譲渡された物を取り戻す方が容易であるとしても何ら驚くに値しない。また、永代賃借はこれ程には封から離れてはおらず、何れにおいても上級所有権が譲与者に留保されるので、相当に似ており、そうである以上、定期金契約からではなくこの永代賃借から封へと推論すべきことになる。”(Tractatus, 375-376. 引用は1609年初版のテキストによる。)

81) “〈4. 永借契約と定期金契約の相違。〉これらの契約の他の注目すべき相違点にもふれておくならば、一つ目は、永代賃借においては、地主は下級所有権だけを永借人に移転し、上級所有権は自らに留保するという点である【勅法彙纂4巻66章第1法文、学説彙纂6巻3章第1法文、アントニウス・ファベル『判決集』第4巻第42章定義7第21番】。

〈5. 同上。〉定期金契約においてはそうではなく、上級下級何れの所有権、そしてまた、あらゆる権利が定期金義務者に移転され、旧所有権の証しと承認のために年払定期金支払われる以外に、何も権利者の下には残らない【メノキウス『推定論』第3巻推定106第1番、コンラドゥス・リッテルスフシウス『封建法区分論』第2章第8節第87頁、カルプゾウィウス『裁判法学』勅法集第2部第39条定義1第7番及び第8番】。

〈6. 同上。〉永借契約と定期金契約のもう一つの相違は次の点に存する。すなわち、永借人は所定の期限に永借料を支払わないと永借地を剥奪されるのに対して、定期金負担付き財産は、たとえ十年、三十年、あるいは百年にわたって保有者が滞納し

だけで、IVで検討したフランツケの周到的文献引用に比べると簡略にすぎる印象を受ける。しかし、「永借権に類似する権利cognata juris emphyteuticarii」の一つとして、「その本性上、上級所有権を含む完全な所有権を含み、受領される所有権の承認と引き換えにそこから毎年定期金が支払われるにすぎない定期金負担地保有権（定期金負担付き財産、農民世襲地）jus censiticum（bona censualia, Bauer = Erb = Güther）quod sua natura etiam directum, et sic plenum dominium continet, et ex quo tantum pro recognitione domini accepti singulis annis census solvitur」⁸²⁾を挙げ、その出典として、バスやカルプツォフと共に、フランツケの『承認礼金論』やシュトルーヴェの『封建法要論』を引用するヴォルフガング・アーダム・ラウターバツハWolfgang Adam Lauterbach(1618-1678年：テュービンゲン大学教授、ヴェルテンベルク公の宮廷裁判所陪席判事、同枢密顧問官)の『法学便覧Compendium juris』（1679年初版）や『学説彙纂の理論的実務的講座Collegium theoricopracticum pandectarum』第1巻（1690年初版）の記述からすれば（ただし両著とも聴講生のノートやラウターバツハの講義メモから編集されたもの）、シュトリュークの方が余程正確と言える。また、18世紀初頭のザクセン法の現状認識としてもシュトリュークの所見が的確であることは、例えば、ヨーハン・ハインリッヒ・フォン・ベルガーJohann Heinrich von Berger（1657-1732年：ヴィッテンベルク大学教授、ドレスデン上訴裁判所判事、帝国宮廷顧問会員）の『法学要論Oeconomia iuris』（1712年初版）に見える「年払定期金を条件に完全な所有権が占有者に移転される定期金契約、賃租契約contractum censiticum, Zinß = Contract, quo plenum dominium in possessorem transfertur, sub annuo

たとしても、定期金不払いを理由に没収されることはない【メノキウス前掲書推定106第11〔→16〕番、アルワルス・ワラスクス『永借権論』問題32第30番、ミュンシゲルス『帝室裁判所判決考察集』第3集考察65第5番〕〔表現と文献誤引用の一致故にこの箇所はカルプツォフの定義2冒頭部分の剽窃と考えられる〕。”(Consilia, II, 2, 134.引用は1649年フランクフルト刊のテキストによる。)

82) Compendium, 124 (1697年テュービンゲン刊のテキスト)、Collegium, I, 595 (1714年テュービンゲン刊第三版のテキスト)。

censu」との表現（第3巻「対物権についてDe iure ad rem」第5章「諾成契約についてDe contractibus consensualibus」第27節⁸³⁾からも看取できる。二分法の克服を企図したフランツケの「授封物の定期金」論は、結局、一異説に留まったのである。

(完)

83) Oeconomia, 696. 引用は1719年ライプチヒ刊第二版による。