

## 《論 説》

## 定期金の概念と類型

——典拠分析による学説史概観——(4)

藤 田 貴 宏

## IV

フランツケの言う「授封物の定期金*census rerum feudaliū*」は、目的物たる土地がまさに「授封物*res feudales*」であり、それを保有する封臣*vasallus*は下級所有権者にすぎないが故に、カノン法上のいわゆる留保定期金*census reservatiū*とは異なり、上級所有権*directum dominium*と下級所有権*utile dominium*を共に相手方に移転するという仕方で設定することはそもそも不可能である。ある者が封臣としての地位を保ちつつ自らの「授封物」の一部に定期金を設定し農民等に譲与する場合には、当該定期金の設定者と義務者との間に更に上級所有権者と下級所有権者に相当する関係が生じ、土地保有者の交代時には「疑似授封*quasi investitura*」とその見返りとしての「承認礼金*laudemium*」の支払いが求められる。この上級所有権の効果に照らせば、「授封物の定期金」は、同様の分割所有権が生じる典型的な場面として解釈されていたローマ法上の永代賃借*emphyteusis*に類似する(Ⅱ参照)。しかしその一方で、「授封物の定期金」では、地主の同意を欠いた譲渡や地代の不払いを理由に保有地そのものが没収されることはなく、そのような没収を認める永代賃借ともやはり区別されねばならない(Ⅲ参照)。ザクセンその他の地域で「世襲賃租地*Erbzinzgüter*」と呼ばれるものには、この「授封物の定期金」という形式で保有されている土地が存すると解すべきで、留保定期金に永代賃借を対置する二分法を前提にこれを何れかに振り分けて処理しようとする見解は不当であるというのがフランツケの立場である。このような議論の前提となるはず

の上記二分法それ自体に対する批判は『承認礼金論』の中で展開されている。そこでまず、批判の対象となっている二分法そのものの意義と伝承経路をフランクの文献引用と分析(第55番から第63番<sup>1)</sup>)を手掛かりに確認しておくことにしたい。

- 1) “(55. 諸博士が定期金の上記二つの意味を混同している旨反駁される。)以上から明らかなように、諸博士の多くが、大抵、定期金の最後に述べた意味を混同し、依然として定期金の全てを永代賃借から区別する点で誤っている。つまり、定期金契約によって、譲与者が目的物上に有していた全ての権利が譲与されるため、下級所有権も上級所有権も移転され、旧所有権の証しとしての年払い定期金の留保以外に譲与者には全く何も残らないのに対して、永借契約では、下級所有権のみが移転し、上級所有権は移転せず譲与者の下に留まるというのである【別書3巻36章第6節の文言「割合に応じて」への標準注釈末尾、同節への大修道院長 [=パノルミタヌス] の注釈第20番、別書1巻41章「原状回復について」第1節への同じく大修道院長の注釈第2段の「三つ目の理解を付け加えるならば云々」の箇所、別書3巻13章「教会財産で譲渡が可能なもの及び不可能なものについて」第9節へのイモラの注釈第2段、そこでは、このような混同が実際にしばしば生じ得るので、常に意識すべきである旨述べられている。更に、学説彙纂39巻4章「徴税請負人、貢納金、没収について」第1法文1節へのバルトルスの注釈第4番、勅法彙纂4巻66章第1法文へのヤーソンの注釈第39番、クラルス『永代賃借論』第1論第2番、エウエルドゥス『トピカ』論拠「永代賃借から定期金へ」第2番及び第3番、コワツルウィアス『問題解決集』第3巻第7章第1番の「以上から相違は明らかである云々」の箇所、メノキウス『推定論』第3巻第106章第1番、ゴメジウス『トロ法注解』第68条注釈第3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9番、スクラデルス『封論』第2部第2章第59番。そして、我々の法廷からは、コレルス『助言集』第1巻助言5第15番、ラウクベルス『問題集』第2巻問題22第17番、ウェーセンベキウス『助言集』第2部助言62第24番、モレルス『ザクセン選帝侯アウグスト勅法集注解』第2部第39条注釈第5番、ヘイギウス『法学提要注解』3巻24章「賃貸借について」第3節注釈第16番、ベルリキウス『実務解決集』第2部結論47第9番、ジグレルス『カルウォルスの黄金実務に就いた通説解決集』「貴族」の節の文言「農民の賦役について」に付された第187番。ここでは農民の財産について前記の区別が明確に肯定されており、これらの人々の見解は、選帝侯も、上記諸箇所において、一般論としては承認しているように思われる】。

(56. またそれ故、これらの諸博士は、あらゆる定期金は自らの物について、賃料

は他人物について支払われると主張する。)そのため、彼らは、定期金は自らの物について、地代や賃料は他人の物について支払われると主張する【別書3巻36章第6節の文言「割合に応じて」への標準注釈、エウエルドゥス前掲箇所】。〈57. イモラはこの点を拡張している。〉しかもこの点は次のように拡張されている【別書3巻13章第9節へのイモラの注釈第2段、イモラの注釈については上記大修道院長の第36章第6節注釈の補遺a以下[d]で言及されている。更に、前掲勅法彙纂4巻66章第1法文へのヤーソンの注釈第48番】。すなわち、証書によって明示的に永代賃借として年払い定期金と引き換えに譲与が行われても、譲与者が目的物上に有していた全ての権利の移転が行われたならば、当該契約は定期金契約となる、と。

〈58. これらの諸博士によれば、当該引渡の効果とは、第一に、地代が定期金契約から生じた場合、地代の不払いは三年以上にわたるものであっても、永借契約に基づいて地代の支払いが為される場合であれば生じたであろう没収は起こらない。〉そのような見解の諸博士は実際のところ非常に多く、著名な者もその影響に曝されている。すなわち、1) 地代の支払いが定期金契約に基づくことが明らかな場合には、定期金義務者が二年や三年に留まらず何年にもわたって支払いを滞ったとしても、定期金に供された目的物を剥奪されたり、そこから追い立てられたりすることはなく【別書3巻36章第6節への標準注釈、大修道院長の前掲同節注釈第20番、ヤーソンの前掲勅法彙纂4巻66章第1法文注釈第41番、メノキウス前掲『推定論』推定106第10番、ここでは多くの論者が引用されている。ワラスクス『永借権論』第32論第32[→30]番、コレルス『ドイツ判決集』第1部判決24第1番、ローセンタリウス『封論』第10章結論34第21番】、利害関係の賠償を義務づけられるに留まり、〈59. 同上。〉この点は近時のザクセン法や広く認められた実務慣行にも見受けられ【コレルス前掲判決24第4番及び第5番、これによれば、1568年にその旨判示されたと言言されている。『ザクセン勅法意見集』第1部第13論末尾】、最終的には、選帝侯が前掲勅法第2部第39条の末尾においてこの点を認めている。そこには、「そうではなく遅延利息と訴訟費用を請求できる云々」とある【ダニエル・モレルス『勅法集注解』同条注釈第2番以下、ベルリキウス前掲『実務解決集』第2部結論47第8番】。ただしかつては、制裁として、遅滞以後経過した日毎に倍額が請求されていた【ザクセンシュピーゲルのラント法第1巻第54条の「しかし賃料を期限に云々」の一節】。〈60. ザクセン法における滑走賃租とは一体何か。〉このため、当該賃租は、それが滑るように増額し、長く放置されればされるほど増えるが故に、「滑走賃租」と呼ばれた【ラント法第2巻第58条へのラテン語注釈C[?], コレルス前掲『ドイツ判決集』判決

フランツケによれば、「諸博士の多くが、大抵、定期金の最後に述べた意味を混同し、依然として定期金の全てを永代賃借から区別する点で誤っている *errare plerosque fere Doctores dum census has postremas significationes confundentes censum omnem hactenus ab emphyteusi distinguunt*」とされる。ここに言う「定期金の最後に述べた意味 *census hae postremae significationes*」とは、〈ケンスス *census*〉の第六の語義である「上級所有権や領主権の承認故に支払われる地代 *illa pensio, quae praestatur in recognitionem domini directi, et jurium dominicalium*」(第37番)、『問題解決集』の用語で言えば「授封物の定期金」に相当する「年払いの償却金 *annuus reditus*」について直前に詳論された諸点、すなわち、そのような意味での「定期金」が課された土地については疑似授封による保有者交代の承認並びに承認礼金の授受が求

---

24へのヤコブス・スクルテスの補注冒頭、ウェーネルス『実務考察集』「滑走賃租」、ベルキウス前掲箇所第5番】。〈62. 永借契約に基づいて地代の支払いが為される場合であれば没収が生じる。〉しかし、永代賃借では逆のことが生じ、市民法上の永代賃借では三年間【勅法彙纂4巻66章第2法文】、教会法上の永代賃借では二年間【新勅法第7勅法第3章第2節、別書3巻18章「賃貸借について」第6節末尾】、永借人が賃料の支払いを滞るとその権利は剥奪される。

〈62. 第二に、目的物が永代賃借のために譲与されたことが明らかな場合、領主の同意を得ない目的物の処分は無効であるが、定期金のために譲与された場合には、処分は有効である。〉2) 目的物が永代賃借のために譲与されたことが明らかな場合、領主に無断で目的物を処分する永借人は、諸博士の通説(ただしこれについては先に既に述べたところ【第9章第65番以下】を参照せよ)によれば、目的物を失うが、定期金義務者はそうではない【デキウス前掲『助言集』助言164第13番、アルワルス・ワラスクス前掲『永代賃借論』問題32第32番、メノキウス前掲『推定論』第106章代18番、モリナエウス『パリ慣習法注解』第82条注釈第7番】。

〈63. 永借財産については領主に先買権や同意権が付与されるが、定期金負担付き財産については付与されない。〉3) ここから帰結するのは、永借財産については、領主に同意権が生じるが、定期金の支払いを受ける者には生じないという点である【この点について詳しくは、ラウクベルス前掲『問題集』第2部問題22全体を参照せよ。】(De laudemis, 221-222.)

められること(第42番)、これら「上級所有権の二つの効果duo directi dominii effectus」がテューリンゲン、(オーバー)ザクセン、ブランデンブルクの諸地域の「世襲賃租地」と呼ばれる「農民の定期金負担付き財産bona censualia rusticorum」にまさに見出されること(第43番から第53番)、このような「定期金負担付き財産bona censualia」はそれ故「農民rustici」の「完全な所有権plenum dominium」に属するわけではないこと(第54番)、を指している。「授封物の定期金」のこれらの特質を顧慮せずに、〈ケンスス〉の第五の語義である「自らの不動産と当該不動産について有しているあらゆる権利乃至所有権を相手方に完全に移転し、定期金の名目で果実もしくは金銭で支払われるべき僅かな持分のみを自らに留保する者に支払われる年金pensio annua, quae vel praestatur illi, qui praedium suum et quicquid in eo juris et dominii habet, in alterum plene transtulit, reservata sibi modica saltem illa portione, vel in fructibus, vel pecunia sub nomine census praestanda」、つまり、「カノン法jus canonicum」に由来し「市民法jus civilis」においても承認されているいわゆる「留保定期金」(第30番)と同視し、これを永代賃借に對置することの誤謬をフランツケは指摘しているのである。なお、「留保定期金」という名称そのものは、16世紀以降、同じくカノン法由来の「証書定期金census consignativus」と区別するために流布したもので、フランツケもソト、メノッキオ、モリナといった人々の著作をその典拠として引用しているが(第33番)、中世以来の永代賃借との区別を扱う以下の考察においても論旨の明確化のために「留保定期金」の名称を用いることにする。

「留保定期金」が「カノン法」に由来するものである以上、永代賃借との二分法の典拠としてもまずカノン法学の文献が参照されねばならない。その筆頭に挙げられているのが、グレゴリウスGregorius IX世(在位1227-1441年)編纂の教皇令集Decretales(1234年)、通称「別書Liber extra」の第3巻第36章「聖堂は司教の管理に服すべきことについてDe religiosis domibus, ut episcopo sint subiectae」第6節<sup>2)</sup>(以下第6節と略称)へのベルナルドゥス・デ・パル

2) “教皇インノケンティウス三世がグロッタフェッラータ [のサンタ・マリア修道院]

の修道院長並びに修道士たちへ。汝等修道院に保護権が認められているカステッロ教会、通称パオロ教会について、余の傍らに配されているアルバノ司教は、同教会がアルバノ司教区内に存し、それ故、普通法上、司教権に基づき自らに服する義務があるとの理由から、汝等に司教権を主張した。これに対して、汝等の財務管理者は、反対に、教会がたとえアルバノ司教区内に存するとしても、アルバノ司教であったドミニクス・ラウイタヌスが、その司教区内に存して我々の修道院に関連する全ての教会、そしてまた、我々の修道院やそれらの教会について彼が有するあらゆる権利を、年間通常八デナリウスの地代による永代賃借として汝等に譲与したのであるから、司教権に服する義務はない旨主張した。つまり、修道院長と修道士等は、修道院自体や上記諸教会における聖職者の叙品や祭壇の聖別を誰であれ彼らの望む司教から得ることができ、しかも、これらの修道院と教会に関して慰霊寄進の三分の一が汝等に与えられ、教皇は同司教によって為された上記の点を是認した。当教会が仮にアルバノ教会に服していたとしても、汝等修道院は、四十年にわたって当教会を平穩に占有していたのであるから、正当な取得時効に依拠することもできる、と。他方、司教の財産管理者は、司教ラウイタヌスによる譲与が聖職売買という不正を伴い無効である旨述べた。というのも、司教は慰霊寄進の三分の一を修道院に譲与し、聖職者の叙品や祭壇の聖別について修道院に過剰な自由を付与しているからである。要するに、これらは明らかに靈的な事項であるから、同司教は、これらについて一定額の地代という対価を受領することによって、聖職売買という罪を犯したのであり、そうである以上、このような契約には何らの有効性もなく、しかも、承認に際して地代については何も言及がないので、教皇座の承認は詐欺によって得られたものである、と。しかしながら、司教が敬虔な身分の人々に教会を譲与し、それらの教会について何らかのものを賃料の名目で自らに留保することは珍しいことでも目新しいことでもない。余も幾つかの教会に自由の特権や防御の備えを許す際に、好意による定期金や納付金を受領しており、余の文書では余の継承者たちに伝えるために定期金の額も明記してある。そこで、余は、以上の申立てを聞き入れ、確定的な判断を以て、汝等修道院の財務管理者が上記司教の財務管理者に教会の名において、上記教会に生じる所定の割合で上記賃料を支払い、そしてまた、四十年間分の同じ割合での未払い賃料を返還することを命じ、他の点については汝等の財産管理者が司教の財産管理者の請求を免れるものとし、この者に永久の沈黙を課す。”(Corpus juris canonici, II, 487-488.引用は1746年バーゼル刊のテキストによる。)

マBernardus de Parma(?-1266年)の手になる標準注釈glossa ordinariaと、ニコラウス・デ・トゥデスキスNicolaus de Tudeschis(1386-1445年)、通称「パノルミタヌスPanormitanus」乃至「(パレルモ) 大修道院長Abbas (Panormitanus)」(シチリア王並びにナポリ王を兼ねるアラゴン王アルフォンソAlfonso V世によってパレルモ大司教Archiepiscopus Panormitanusに任じられたことに由来)の注釈である。教皇インノケンティウスInnocentius III世(在位1198-1216年)がローマ南方近郊のグロッタフェッラータGrottaferrata: crypta ferrataの大修道院長abbas並びに修道士等fratresに宛てた答書(1210年)であるこの第6節では、ある教会の保有管理をめぐる同修道院とアルバノ司教枢機卿cardinalis episcopus Albanensisとの争いが解決されている。パノルミタヌスの本節注釈が、その冒頭、教皇の答書の内容を「事案の説明causae narratio」と「事案の解決causae diffinitio」に二分し、前者を更に「原告の主張actoris petitio」、「被告の抗弁reorum defensio」、「原告の再抗弁actorum replicatio」の三つに分けた上で、事実関係を三人称で敷衍しているので<sup>3)</sup>、そ

---

3) “〈1. 司教区内に存する教会は、反対の事柄が明らかでないかぎり、当該司教に服する義務を負う。〉司教区内に存する教会は、正当に免除されていない限り、司教権に服するべく義務づけられるが、司教は司教権を弱めて自らに定期金を留保することができる。本節で述べられているのは、第一に、事実つまり事案の説明であり、第二に、事案の解決である(「しかしながら云々」の箇所)。前者は更に三つの部分に区分される。第一の部分には、原告の請求、第二の部分には、被告の抗弁(「これに対して云々」の箇所)、第三の部分には、原告の再抗弁(「他方云々」の箇所)が、それぞれ見出される。文言によれば事案は以下の通り。教皇陛下の傍らに配されたアルバノ司教が、カステッロ教会、通称パオロ教会について、同教会に保護権を有していたグロッタフェッラータ修道院の院長並びに修道士等に対して、当教会がアルバノ司教区内に存している以上、普通法上、司教権に服すべきであるとの理由から、司教権を主張した。逆にもし反対の事実が明らかであるならば、上記教会について地代の支払いと、四十年前から収取してきた地代の返還を修道院に強いるよう司教は請求したはずである。これに対して、修道院の財務管理者は、当教会がアルバノ司教区内に存するとしても、かつてアルバノ司教であったドミニクス・ラウィアヌスが自らの司教区の教会で当該修道院に関わる全ての教会、そしてまた、それらの教

れも適宜参照しながらまず第6節の内容を確認しておくことにする。アルバノ司教区はローマに隣接するいわゆる枢機卿直轄司教区の一つであり、同司教区内に存する「カステッロ教会、通称パオロ教会*ecclesia Castri, quod Pauli dicitur*」について上記グロッタフェッラータの修道院が「保護権*jus patronatus*」を行使していた。ところが、アルバノ司教は、「普通法*jus communis*」上、教会は司教に服する義務があるとし、「司教権*jus episcopale*」を主張して修道院を訴えた。これに対して、被告修道院側は、「当教会がアルバノ司教区内に存するとしても、かつてアルバノ司教であったドミニクス・ラ

---

会並びに当該修道院について有する全てのものを、当該修道院に永代賃借として年に八デナリウスの地代と引き換えに譲与した以上、如何なる点についても司教に服することはない旨反論した。つまり、修道院長や修道士等は、当該修道院においても譲与された教会においても、誰であれ彼らの望む司教からあらゆる秘蹟を受けることができ、これらの修道院と教会に関して慰霊寄進の三分の一が彼らに与えられ、しかも、教皇は上記司教によって為されたことを是認したのである。以上に加えて、修道院の財務管理者は、教会が仮にアルバノ司教に服していたとしても、修道院は三十年以上にわたって平穩に占有してきたとも主張した。これに対して、司教の代理人は、司教ラウィタヌスによる譲与が聖職売買という不正を伴うとして無効である旨反論した。つまり、司教は靈的な事項を譲与して、それと引き換えに年払いの地代を受領することで、聖職売買の罪を犯しているのであるから、当該譲与は無効であり、しかも、承認に際して地代については何も言及がないので、教皇の承認は詐欺によって得られたものである、と。これに対して、修道院の側からは、司教が敬虔な身分の人々に教会を譲与し、それらの教会について何らかのものを賃料の名目で自らに留保することは珍しいことでも目新しいことでもない、と反論された。そして、教皇も、幾つかの教会に自由の特権や防御の備えを許す際に、それらについて何らかの認可を自らに留保しており、認可書の中で永続的な記憶のために定期金が徴収されている。以上の点やその他の点を聞き入れ、教皇は、修道院の財務管理者が司教の財務管理者に、上記教会に生じる所定の割合で上記賃料を今後支払い、そして、四十年間分の同じ割合での未払い賃料を返還することを命じた。他の全ての点については、修道院の財産管理者は同司教の財産管理者の請求を免れるものとし、この者に永久の沈黙を課した。”(Commentaria, VI, 175. v. 引用は1591年ヴェネツィア刊のテキストによる。)



ウィアヌスが自らの司教区の教会で当該修道院に関わる全ての教会、そしてまた、それらの教会並びに当該修道院について有する全てのものを、当該修道院に永代賃借として年に八デナリウスの地代と引き換えに譲与した以上、如何なる点についても司教に服することはない*licet ecclesia sita esset in dioecese Albanensi ei non tenebatur in aliquo respondere, ex eo, quod Dominicus Lavitanus episcopus, qui fuerat episcopus Albanensis, omnes ecclesias suas in dioecese Albanensi pertinentes ad monasterium istud, et quicquid habebat tam in monasterio, quam in ecclesiis illis, concessit monasterio in emphyteusim sub annua pensione octo denariorum*」旨抗弁した。これを受けて原告司教側は「司教ラウイタヌスによる譲与が聖職売買という不正を伴い無効である*concessionem episcopi Lavitani non tenere, utpote continentem simoniacam pravitatem*」旨再抗弁した。「司教ラウイタヌス*episcopus Lavitanus*」は、修道院に対して、「永代賃借*emphyteusis*」の名目で「年に八デナリウスの地代*annua pensio octo denariorum*」と引き換えに、「慰霊寄進の三分の一を修道院に譲与し、聖職者の叙品や祭壇の聖別について修道院に過剰な自由を付与している*tertiam partem mortuorum monasterio concessit, et tam in ordinationibus clericorum, quam altarium consecrationibus indulsisset ei plenariam libertatem*」ので、「霊的な事項*spiritualia*」について「一定額の地代という対価*recompensatio certae pensions*」を受領し「聖職売買の罪を犯した*commisit vitium simoniae*」ことになり、上記「永代賃借」も当然無効であるというのである。しかし、インノケンティウスⅢ世は、「司教が敬虔な身分の人々に教会を譲与し、それらの教会について何らかのものを賃料の名目で自らに留保することは珍しいことでも目新しいことでもない*nec insolitum est, nec novum, ut cum episcopi ecclesias concesserunt piis locis, aliquid sibi reservent in eis nomine pensionis*」との見解(パウルミタヌスはこれを修道院側の再々抗弁と解しているようである)に与し、「修道院の財務管理者が司教の財務管理者に、上記教会に生じる所定の割合で上記賃料を今後支払い、そして、四十年間分の同じ割合での未払い賃料を返還することを命じた*condemnavit oeconomum monasterii oeconomus episcopi in solutionem pensionis praedictae de caetero*

faciendam, juxta ratam, quae contingit ecclesiam praedictam, et in restitutionem subtractae pensionis a quadraginta annis secundum ratam eadem」。

このような判断を下すに当たって、インノケンティウスⅢ世は、「余も幾つかの教会に自由の特権や防御の備えを許す際に、好意による定期金や納付金を受領しており、余の文書では余の継承者たちに伝えるために定期金の額も明記してあるnos quoque cum libertatis privilegium, vel protectionis praesidium aliquibus ecclesiis indulgemus, gratis accipiamus census gratis oblatum, et in literis nostris ad successorum nostrum memoriam census exprimamus etiam quantitatem」と付言している。ここに言う「定期金census」、すなわち、「教会ecclesiae」に「自由の特権libertatis privilegium」や「防御の備えprotectionis praesidium」等を容認することの対価として定期的に受領される金銭は、上記事案のようにある教会の「慰霊寄進mortuaria」や「秘蹟sacramenta」の権利譲与の対価として受領される永借料に確かに類比可能であり、「永代賃借」の効力を認める上記判断の補足的論拠としてこの点が言及されることに問題はない。しかしこの意味での「定期金」は、下級所有権のみならず上級所有権をも相手方に移転するものとして、永代賃借に対置される留保定期金とは明らかに異なる。実際、フランツケによる〈ケンスス〉の語義分析においても、「君主よりも下位の者に対しても服属の故やその証しとして、あるいは、関係成立やその他の原因に応じて毎年支払われるものquod annuatim etiam in feriori a principe praestatur vel ratione et in recognitionem subjectionis vel ratione foundationis vel ratione aliarum causarum」(第29番)が、「カノン法」や「慣習法consuetudo」において「一般的にin genere」用いられる語義(第四の語義)として、「留保定期金」に先立ち言及され、「服属subjectio」を理由とする「定期金」の典拠としてこの第6節が指示されている。このような語義区分は、Iでみたように、その典拠も含めてデュ・ムーランから借用したものであり、第三の語義である「租税や公課tributum et pensitatio publica」(第21番)が「君主princeps」の「包括的支配権の承認recognitio universalis dominii」や「君主の担う国家の支援助と維持auxilium et tuitio quae principi incumbit」の趣旨で

納められるという意味で公的なものであることとの繋がりで、公的な地租と私的な地代の何れとも決しがたい曖昧なものを独自の語義として把握するところに意味があるが、所有権移転の態様に着目する留保定期金と永代賃借の二分法とその批判とは全く文脈を異にしている。フランツケは、第6節が〈ケンスス〉の第四の語義の典拠であるだけでなく、何らかの意味で第五の語義つまり「留保定期金」にも関わりがあるが故に、同節の標準注釈やパノルミタヌスの注釈を二分法の典拠として挙げているはずである。

両注釈の対象となっている第6節の文言は、教皇が将来に向けての賃料支払と過去の未払い賃料分の利得返還を命じた答書の結論に見える〈所定の割合で juxta ratam〉であって、上記付言部分の〈定期金を censum〉でもなければ、事案の説明に見える〈永代賃借として in emphyteusim〉でもない。ここでは、標準注釈に加えて、教皇インノケンティウス Innocentius IV 世(シニバルドゥス・フリスクス Sinibaldus Fliscus 在位 1243-1254年)、オステティア司教枢機卿ヘンリクス・デ・セグシオ Henricus de Segusio、通称「ホステイエンス Hostiensis」(?-1271年)、ゴフレドゥス・デ・トラノ Gofferdus de Trano(?-1245年)、ヨアンネス・アンドレアエ Joannes Andreae(1270?-1348年)、ペトルス・デ・アンカラノ Petrus de Ancharano(?-1416年)といった教皇令集注釈者たちの成果に依拠したパノルミタヌスの注釈の内容を中世カノン法学の到達点として確認しておきたい。パノルミタヌスの第6節注釈の上記文言〈所定の割合で〉に付された箇所<sup>4)</sup>は、同じ文言に付された標準注釈<sup>5)</sup>から読み取

4) “〈18. 教会は、何かを永代賃借によって保有している場合、二年あるいは三年の賃料不払いに陥るとその権利を失う。〉〈所定の割合で云々〉の行への標準注釈について。非常に注目すべきこの標準注釈からは多くの点を読み取ることができる。第一に、冒頭部分の後で暗に指摘されるところによれば、教会であつても二年あるいは三年以内に地代を支払わなければその権利を失い、その結果、第3巻第18章「賃賃借について」第6節において高位聖職者について述べたのと同様に、永借物は没収されるとされ、ここで述べた点はインノケンティウス [IV世] やホステイエンスによって支持されている。これに対して、教令集第2部事例16問題1第40章第4節でカノン法化されている勅法集纂第1巻第2章「聖なる教会及びその財産と諸特

権について」第5法文、並びに、教令集事例11問題1第27章へのヨアンネス〔・テウトニクス〕の〔標準〕注釈、ゴフレドゥス〔・デ・トラノ〕による別書第3巻第49章「教会、墓地、教会に属する物の免除特権について」の概要の冒頭に続く箇所、ホステイエンスによる同章の概要第3節以下が反対の立場を採っており、ヨアンネス・アンドレアエ〔の本節注釈〕は詳しく、とりわけ次のような理由によってそう結論づけている。すなわち、教会の財産は、教令集事例12問題2第52章にあるとおり、手続を踏まずに処分することはできず、それ故、高位者聖職者の不払いを理由に、教会に属する当該下級所有権の処分がもたらされることはない、というのである。しかし、バルドゥスは前記勅法彙纂第1巻第2章第5法文への注釈〔第9番〕において、最初に述べた点に与しており、同法文に関して一般には反対に解されているが、同法文に述べられているのは、皇帝に税を納めないといった場合に刑罰として科される物の移転についてであるのに対して、我々の事例では、移転は契約の性質に基づいて生じ、目的物はその所有権者に復帰する旨反論している。教会の土地が皇帝への納税の不履行によって没収されることはないのだとしても、我々の事例では別様に解されるべきというのである。ペトルス・デ・アンカラノもこの見解に与しており、私もこちらが全く以て適切であると思われる。なぜなら、教会であっても、何らかの手続を介さずとも、時効によって、自らの物の所有権を失うのであり、教会の懈怠に加えて法の規定があれば十分であると考えられるからである。それ故、我々の事例においても同様に解すべきであり、別書第2巻第26章「時効について」第1節がその論拠となる。カノン法もまたこの場合に同じことを定めているのであり、カノン法が専ら教会と教会財産について規定している以上、それは教会そのものに対しても区別無く適用されるべきである。〈19. 高位聖職者の懈怠によって、教会の財産が時効によって失われたり、あるいは、没収されたりした場合、その高位聖職者は教会に損失を賠償すべく義務づけられる。〉ただし、支払いを怠った高位聖職者は、下級所有権の喪失によって生じる損失を賠償すべく教会によって訴えられ得ると私は考えるし、教令集事例16問題3第15章への前掲標準注釈の末尾もこれを肯定している。〈20. 永借契約と定期金契約は如何なる点において異なるのか。定期金契約は両所有権を受領者に移転するが永借契約はそうではない。〉第二に、当標準注釈で特に注目すべきなのは、定期金契約と永借契約との間には幾つかの注目すべき相違点が存するという点である。すなわち、定期金契約においては、上級所有権も下級所有権も受領者へと移転されるため、当該目的物について譲与者側には如何なる権利も残されない。これに対して、永借契約においては、下級所有権が永借人

へと移転し、上級所有権は地主の下に残される。当標準注釈は法文を引用してはいないが、学説彙纂第6巻第3章「貢納負担地すなわち永借地が訴求される場合」第1法文第1節がこの点について述べている。要するに、我々は、皇帝に支払うべき定期金の場合に明らかなように、我々自身の物について定期金を支払うのに対して、地代は他人物について支払うのであるが、この相違点に諸博士が一致して従っているわけではない。パルトルスも学説彙纂第39巻第4章「徴税請負人、貢納金、没収について」第1法文への注釈[第4番]でこの点を認めてはいるが、だからといって、それぞれに固有の名称が存するというにもならない。従って、定期金契約が存する場合には、本来であれば、地代ではなく定期金を支払うと言う必要があり、永借契約において請求されるのは、本来、地代であって定期金ではないけれども、一般に二つの名称は区別無く用いられている。また、そのような不適切な用語法故に契約乃至証書が無効となることもないのも、当節の諸注釈が標準注釈に依拠して是認しているとおりである。〈21. 定期金が支払われなくても目的物は没収されることはないが、定期金義務者は常に支払いを強制され得るのに対して、永借人はそうではない。〉二つ目の注目すべき相違点は、永借契約では、二年あるいは三年以内に地代が支払われなければ、前記別書第3巻第18章第6節にあるとおり、目的物は没収される。一方、定期金契約では、不払いによって目的物が失われるのではなく、当法文並びに標準注釈にあるとおり、定期金義務者が支払いを強制され得る。そして、この相違の理由は次のようなものであろう。すなわち、永借契約では、目的物が、上に述べたように、地主のものでなくなったわけではなく、地代を支払うとの条件で譲与されたと見なされるにすぎない。論拠となるのは学説彙纂第19巻第2章「貸主訴権及び借主訴権について」第54法文第1節である。これに対して、定期金契約においては、所有権が全て移転するので、受領者は定期金の支払いについて義務づけられるにすぎない。それ故また、教会の財産について為される譲与に際して、譲与が定期金のために為されるのではなく、永代賃借のために為される旨明記するよう注意すべきであろう。三つ目の相違点もある。というのも、霊的なものは、売却のように見える面もあるために永代賃借として譲与することはできないけれども、定期金のために譲与することはできる。というのも、定期金は、譲与された権利の対価としてではなく、むしろ譲与された自由の証しや過去の服従のしるしとして、留保されるからである。そして、本事案において成立しているのは定期金契約であって永借契約ではないということも以上から導かれる。なぜなら、司教は当該教会について自らが有していたあらゆる権利を移転したのであり、上に述べたとおり、こ

のようなことは永借契約ではあり得ないからである。

〈22. 文言から異なる種類に解釈できる契約であっても、その性質に合致した種類の契約として扱われる。〉更に、以上の点や当法文からは、別の重要な事柄が明らかとなる。それはすなわち、契約の中で、様々な種類の契約に解釈し得る文言が用いられている場合に、契約を挿入された文言に即して解釈する必要はなく、むしろ契約の本性に従って解釈すべきであるという点である。つまり、文言上は永借契約と解し得たとしても、全ての権利が移転されるというその性質からは反対の結論が導かれるのである。なお、バルトルスも学説彙纂第39巻第4章第11法文第5節への注釈で多くの人々に従って同じ結論に達しており、学説彙纂第43巻第18章「地上権について」第1法文への標準注釈は学説彙纂第19巻第2章第15法文第4節に全く適切にも関連づけている。”(Commentaria, VI, 176. r. -176. v.)

- 5) “〈所定の割合で〉。このように言われているのは、そのような地代を複数の教会に關して支払っていたからである。また、この箇所は、二年を超えて永借料を支払わなくてもその者はその権利を失わないということの論拠となる。というのも、かの者たちは四十年以上前から未払いの賃料の返還について有責の判決を受けたからである。しかし、こうなったのは、そのような権利、つまり、永借物の返還が請求されていないからであり、むしろ、司教が修道院に譲与した司教権を行使してそれを請求したように見える。しかし、司教の請求からそれが明らかであるわけではない。あるいは次のように解すべきである。すなわち、当該契約が実際に永借契約であったのであれば、地代を所定の期限に支払わなかったことを理由に【前述第18章「賃貸借について」第6節】、そのように請求を行えば、請求方法に則っているのであるから【後述第5巻第1章「告発、糾問、召喚について」第17節、同第3章「聖職売買の罪、及び、靈的なものと引き換えに何かを要求したり約束してはならないこと」第31節】、上記譲与によって取得した権利を修道院から取り上げて然るべきであった。ところが、ここでの契約は、上級所有権は移転されないが下級所有権が永借人に移転される永借契約なのではなく、定期金契約であり、この契約では、上級所有権も下級所有権も修道院に移転したのである。これは、「修道院のみならず当司教区所在の教会について有するあらゆる権利云々」と述べる文言から明らかである。従って、定期金を支払っていないのがどれ程の期間に及んでいても、譲与された物をそれによって失うことはなく、全ての期間の定期金を返還するよう義務づけられることになる。つまり、法文冒頭にあるように司教権を行使しても、せいぜい定期金が請求されるだけで、それ故、修道院も、全ての賃料、全期間すなわち未払いの四十年間

ることのできる二つの論点を敷衍展開する形を採っている。第一の論点とは、「教会ecclesia」もまた、「高位聖職者praelatus」と同様に、「二年あるいは三年以内に地代を支払わなければその権利を失い、その結果として永借物が没収されるnon solvens pensionem intra biennium, vel triennium, cadita iure suo, ita, quod res emphyteutica cadit in commissum」かどうかである。この点に関連する法文として、別書第3巻第18章「賃貸借についてDe locato et conducto」第6節(=別書発布後に追録されたグレゴリウスIX世の勅書[1235年])<sup>6)</sup>があり、そこには、「永借人は(まずは教会に問い合わせ申立てを為したが、教会が自ら購入することを欲しない旨表明し、あるいは、申立ての時から二ヶ月の期間が経過した場合、他の人々から申出がある限り)、増価分や権利を、自らの権限の下に、他の人々に、彼らがこの種の購入を全く禁じられていないのであれば、売却することができるものとする。また永借人は、以上とは異なることを企てた場合、あるいは、二年にわたって賃料の支払いを滞った場合(その後迅速な弁済のために手段を講ずるべく努めない限り)、正当に没収され得るものとする。賃料の支払いを求める通知が永借人に対してなかったとしてもそうである。というのも、このような場合には、所定の期間が地主のために経過したといえるからである。Potuit emphyteuta (ecclesia primitus requisita, eique nunciato, quantum sibi ab aliis offertur, si nolle se emere dixerit: vel a denunciationis tempore duorum mensium spatium sit elapsum) meliorationes et jus sibi competens aliis vendere, qui ab emptione hujusmodi

---

の定期金について有責判決を受けるにすぎない。というのも、〈司教権を行使する〉という当該請求には、普通法によって規定される司教権のみならず、合意や慣習法によって定められる事柄【前述第2巻第26章「時効について」第15節】が包含されているからである。そして、当教皇令において「地代」と見出される箇所は全て「定期金」と解すべきであり、そのような解釈は、教皇陛下が「余は定期金とし受領する」や「定期金の額を記載する」と述べていることによって裏付けられる。以上のとおり当教皇令に問題はない。」(Decretales, 1307-1308. 引用は1621年トリノ刊のテキストによる。)

6) Corpus juris canonici, II, 414-415.

minime prohibentur, emphyteuta quoque secus praesumendo, vel cessando in solutione canonis per biennium (nisi celeri satisfactione postmodum sibi consulere studuisset) juste potuisset repelli. Non obstante, quod ei ut canonem solveret, non extitit nunciatum: cum in hoc casu dies statuta pro domino interpellat.」、とある。勅法彙纂の規定<sup>7)</sup>に倣った永借権の一部乃至全部譲渡の手続、当該手続の違反や永借料の不払いを理由とする永借物没収（ただし没収の要件となる滞納期間はユスティニアヌスが定めた「三年triennium」ではなく「二年biennium」）を、「教会ecclesia」を「地主dominus」とする永代賃借にも当てはめた本節を、逆に「永借人emphyteuta」が「高位聖職者」や「教会」である場合にも妥当させるのが本節並びに第36章第6節の標準注釈であり、インノケンティウスIV世とホステイエンシスがこれに与しているとされる。これに対して、「高位聖職者」はともかく、その管理に服する「教会」が永借料不払いを理由に永借権を失い永借物を没収されることはないとする見解が存するとされ、パノルミタヌスは、その根拠の筆頭に、グラティアヌス教令集（以下教令集と略称）の第2部事例16問題1第40章（＝東ローマ皇帝レオLeo I世〔在位457-474年〕の勅法集第1巻の「司教ならびに聖職者についてDe episcopis et clericis第52法文」に第4節<sup>8)</sup>として収録され「カノン法化されたcanonizata」勅法彙纂第1巻第2章「聖なる教会とその財産及び諸特権についてDe sacrosanctis ecclesiis et rebus et privilegiis earum」の第5法文（西ローマ皇

7) 永借地没収についてC. 4, 66, 2.(Ⅲ注13)、永借地譲渡についてC. 4, 66, 3 (Ⅱ注2)を参照。

8) “理に適った公会議の熟考された内容に照らし、厳しい自制の下、教会が個々の都市の如何なる負担を特別に免ぜられるべきか定めるものとする。まず、不法な占拠であるとの悪罵をやめさせ、神聖な儀式の用に供される場所が卑しい税負担という澁によって悩まされることなく、特別な負担も余分な負担も求められず、移転の不安も生じないものとする。次に、特別な必要に基づいて徴収される貢納金以外には、教会の負担分として何も課されることはないものとする。もしこれに違反する場合、その者は、流神者としての正当に課されるべき制裁の過酷さを味わった後、永久追放の刑に処されるものとする。”(Corpus juris canonici, I, 671-672.)



帝ホノリウスHonoriusと東ローマ皇帝テオドシウスTheodosius II世の近衛長官メリティウスMelitius宛て勅法[412年] = テオドシウス法典第16巻第2章「司教、教会ならびに聖職者についてDe episcopis, ecclesiis et clericis」第40法文：以下第5法文と略称）を挙げている。そこには、「教会が個々の都市の如何なる負担を特別に免ぜられるべきかa quibus specialiter necessitatibus singularum urbium ecclesiae habeantur immunes」が定められ、その一つとして、「移転の不安translationis sollicitudo」、すなわち、税金滞納による財産没収の恐れが挙げられており、このように「教会」が、「神聖な儀式の用に供される場所praedia usibus coelestium secretorum dedicata」として、「卑しい税負担という澱によって悩まされないsordidorum munerum faece vexantur」とともに、「移転translatio」による制裁を受けることもないのであるから、永借料不払いによって聖堂その他が没収されることもないというのである。また、ヨアンネス・アンドレアエは、『新注釈集Novella commentaria』所収の第6節注釈の中で、教会財産の譲渡の可否について定めた教令集第2部事例12問題2の（教皇レオLeo I世[在位440-461年]がシチリアに配置された全司教univesri episcopi per Siciliam constitutiに宛てた書簡から収録された）第52章<sup>9)</sup>に依拠して、高位聖職者の永借料不払いを理由とする教会の永借権喪失に反対している<sup>10)</sup>。同章では、「司教episcopus」が「教会の財産res ecclesiae」を、

9) “例外を除き、司教はその教会の財産について何も贈与し、交換し、売却してはならないものと余は定める。ただし、それらの財産のあるものが利益を予想させる場合に、全ての聖職者の議論と同意によって、疑いなく教会の利益となる事柄を選んだ時はこの限りではない。§ 1. 司教は教会の財産を委託されたものとして用いるべきであり、自己のものとして用いてはならない。例えば、司教による教会財産の売却、交換は、聖職者の黙認と署名のない限り無効である。” (Corpus juris canonici, I, 612.)

10) “〈17.〉〈このように言われているのは云々hoc ideo〉に始まる標準注釈の「修道院から取り上げて然るべきであった云々」の箇所について。ここで標準注釈が主張しているのは、教会がその負担する定期金を支払わない場合、教会の永借物が私人の場合と同じく没収されるという点であり、インノケンティウスとホステイエンシス

の当箇所注釈が同旨である。またこの点については、[ゲイレルムス・デュランティスの]『法の鏡』『賃貸借について』の〈それでは云々〉の節第14行以下も参照されたい。ウベルトゥス[・デ・ボビオ]、マルティヌス・デ・ファーノの見解、すなわち、教会は没収されるが返還されるべきであるとの見解に与するものとして、ヨアンネス・デ・デオの第2巻第16問末尾がある。別の人々は反対に教会は没収されないと主張し、勅法彙纂第1巻第2章「聖なる教会及びその財産と諸特権について」第5法文、すなわち、教令集第2部事例16問題1第40章第4節に依拠し、同事例11問題1第27章へのヨハンネス[・テウトニクス]の[標準]注釈もこの箇所に依拠している。そして、この見解は、ゴフレドゥス[デ・トラノ]の『スンマ』本章第3節、ペトルス、[旧]大修道院長[=ベルナルドゥス・デ・モンテミラト]、アエギディウス[・デ・フスカラライス]の当箇所注釈、「司教座聖堂助祭」[=グイド・デ・バイシオ]の別書第2巻第26章「時効について」第1節注釈において支持されている。以上のように解することが勅法彙纂第10巻第19章「租税の徴収について」第8法文に反する点については次のように答えることができる。すなわち、当法文はカノン法の下では通用しないか、あるいは、当法文の諸注釈にあるように、租税が支払われるまで質に取られているのか、あるいは、〈神聖なもの〉と表現されているのは皇帝のものであるのか、である。恐らくは第一の解決が確実である。つまり、皇帝は教会の財産について何も定めることはできないということであり、もしそうになると教会の利益を著しく損なうことになる【教令集の第1部区別96第1章とその矛盾解消案】。教会について問題となる際に上記第8法文が妥当しないということは以上から明らかである。同様に、皇帝は、教会に譲与された特権を廃することはできない。というのも、君主から譲与された聖職禄は永続するに相応しいからである【第六書「法の諸準則について」準則16】。前述別書第2巻第1章「裁判官について」第13節の標準注釈「しかし云々」についてインノケンティウスに従って述べたところも論拠となる。更に、ヨハンネス・ゴフレドゥスとその信奉者たちの見解によれば当節がまさに論拠になるとされる。というのもここでは、ほとんど四十年にわたって定期金が支払われていない場合に、修道院は未払いの定期金についてのみ有責とされているからである。標準注釈が何と言っているとしても、ここでなぜ目的物に加えて地代が請求に含まれるのかその理由は明らかではない。封建法書第2巻第40章「コンラドゥスの章勅について」の〈同様にもし司教や大修道院長といった聖職者が云々〉の節も大いにこの点を裏付けている。というのもそこでは、教会が封を授かっている国王に対して、高位聖職者が不忠を働いた場合、その高位聖職者が生存中は封は

贈与、交換、売買等によって処分することを、「それらの財産のあるものが利益を予想させる場合で、全ての聖職者の議論と同意によって、疑いなく教会の利益となる事柄を選んだ時でない限り nisi forte aliquid horum faciat, ut

国王に帰属し、高位聖職者の死亡によって教会に復帰するとされているからである。なぜなら、人の不法行為は教会の不利益となつてはならないからである【第六者「法の準則について」準則76とその矛盾解消案】。また、反対節には驚かされる。というのも、教会や修道院が有している下級所有権乃至永借権が教会法の手続なく処分できないのは明らかであるから【教令集第2部事例12問題2第52章】。それ故、賃料の不払いによって永借権をそのように手続無しで処分することになるのではないだろうか。また、欺罔という手段を用いることも許されないし【別書第4巻第19章「離婚について」第4節末尾】、禁じられている事柄が何らかの手段で許されるべきでもない【第六書「法の諸準則について」準則39とその矛盾解決案】。売却の場合に下級所有権の真正な処分[aestimatioをalienatioと読む]が教会に認められないのであるから、賃料の不払いにおいては尚更認められないはずである。(18.) 当標準注釈の「上級所有権も下級所有権の修道院に移転した云々」の箇所について。ホスティエンシスの当箇所注釈によれば、この場合、司教は定期金以外に何も自らに留保しておらず、しかもこの定期金は所有権の証しとして求めているのではなく、付与された自由とりわけ特権の証しとして受領するものであり、それ故、支払いがどれほど滞ったとしても、一旦譲与された自由が返還されるわけではないとされる【法学提要第1巻第6章「誰が如何なる場合に解放できないのか」第6節】。所有権の証しとして定期金が保持されたのであれば事情は異なる。というのも、この場合は、その述べるところや、別書第2巻第9章「審理引き延ばしについて」第3節、同第12章「占有及び所有権の原因について」第8節、第3巻第18章「賃貸借について」第5節への諸注釈にあるとおり、二年にわたり定期金の支払いが滞るならば、譲与された物は没収されるからである。当標準注釈の「約定や慣習法によって定まっていること云々」の箇所について。別書第1巻第31章「正判事の職務について」第16節への最初の標準注釈でこれとは異なる指摘が為されていたように見える。しかし、インノケンティウスの述べるところでもあり、私も既に当該標準注釈で述べたとおり、これは定期金が司教権と引き換えに譲与された場合にのみ妥当するか、そうでなければ、反対の標準注釈が正しい。当標準注釈の末尾箇所について。ゴフレドゥス[・デ・トラノ]の同箇所注釈が同旨である。”(Novella commentaria, III, 184引用は1612年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

meliora prospiciat, et cum torius cleri tractatu atque consensu id eligat, quod non sit dubium profuturum ecclesiae」禁じている。永借料不払いを理由とする永借権の喪失と永借物の復帰を、そのような「教会財産 bona ecclesiae」の例外的な処分の一つと考えるならば、「手続を践ますに処分することはできず、それ故、高位聖職者の不払いを理由に、教会に属する当該下級所有権の処分がもたらされることはない non possunt alienari sine sollemnitate, ergo propter non solutionem praelati, non potest induci alienatio huius utilis domini competentis ecclesiae」。実際、司教の永借料不払いのみを理由に教会財産である永借権乃至永借物が失われ上級所有権者に復帰するとすれば、教会財産に対する司教の処分権を教会の利益のために制限した意味が失われる可能性がある。

パノルミタヌス自身は、以上のような見解に与せず、インノケンティウスⅣ世やホステイエンス等と共に、永借料不払いを理由とする教会の永借物の没収を肯定する標準注釈を支持している。まず、上記教令集第4節＝勅法彙纂第5法文に依拠した没収否定説に対する反論として参照されているのは、バルドゥス・デ・ウバルデイス Baldus de Ubaldis (1327-1400年) の第5法文注釈の一節<sup>11)</sup>である。その箇所ではバルドゥスは、「教会財産が税負担の不履行を理

11) “〈8. 教会財産は税負担の不履行を理由に没収されることはない。〉第三に注意すべきなのは、教会財産が税負担の不履行を理由に没収されること、つまり、国庫へと移転されることはないという点である。〈9. 教会は永借料の不払いを理由に永借権を失いその権利を奪われるのか否か。〉ところで、教会が永借地を有していて、永借料を支払わない場合も同じであろうか。ある人々は当法文を以て教会が権利を奪われることはないと論じている。しかしながら、当法文は論拠にはならない。なぜなら、当法文は刑罰としての移転について述べているのであり、それは永借料の不払い故に生じることはないが、目的物は永借料不払いを理由に地主に復帰し、それは刑罰ではなく契約の性質と言え、このように、契約は教会との間でも私人の間と同じくその性質を保持している以上、永借料の不払いによってその権利を失うものと解されるからである。この点については、公撰集9集3章「教会財産の処分や永代賃借について」第11節冒頭や、勅法彙纂本章第14法文の公撰集引用要約文第11への標準注釈が言及している。以上の点をよく注意すべきである。” (Opera omnia V, 18. 引用は1615年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

由に没収されること、つまり、国庫へと移転されることはない*res ecclesiae propter munera non soluta non confiscantur, id est, non transferuntur in fiscum*」という点を当法文の帰結の一つとして確認した上で、「教会が永借地を有していて、永借料を支払わない場合も同じであろうか*numquid est idem, si ecclesia habet emphyteusim, et non solvit canonem?*」との疑問を提起し、「当法文を以て教会が権利を奪われることはない」と論ずる*inducunt istum textum quod ecclesia non privetur iure suo*」人々に反対している。すなわち、「当法文は刑罰としての移転について述べているのであり、それは永借料の不払い故に生じることはないが、目的物は永借料不払いを理由に地主に復帰し、そのような移転は刑罰ではなく契約の性質と言え、このように、契約は教会との間でも私人との間と同じくその性質を保持している以上、永借料の不払いによってその権利を失うものと解される*iste textus loquitur in translatione poenali non facienda ob canonem non solutum, sed quod res revertatur ad dominum canone non soluto, ista non videtur poena, sed natura contractus, unde cum contractus habeat suam naturam cum ecclesia, sicut cum privato, videtur quod non solvendo cadat a iure suo*」というのである。永借料の不払いによる「移転*translatio*」とは、当法文が想定する「刑罰としての移転*translatio poenalis*」などではなく、永代賃借という「契約*contractus*」の「性質*natura*」上「目的物がその所有者に復帰する*res revertitur ad dominum suum*」ことを意味し、そのような意味での永借物の没収を当法文を根拠に否定することはできない。パノルミタヌスによれば、ペトルス・デ・アンカラノもまたこのバルドゥス説に与して教会の永借物の没収を肯定しているようである。次に、永借物没収を教会財産の処分的一种と捉え、処分に要求される手続を欠くとの理由から永借物没収を否定するアンドレアエの見解に対しては、「時効*praescriptio*」を根拠に反論が試みられている。援用されているのは、別書第2巻第26章「時効について*De praescriptionibus*」第1節<sup>12)</sup>である。402年の

12) “何者かがある場所をカトリックの一性へのために用い、その場所を三年にわたって誰にも返還を求められることなく保持している場合、以後その者は返還を求められることはな

アフリカ公会議concilium Africanumでの決定に基づくとされる本節には、「何者かがある場所をカトリックの一性へのために用い、その場所を三年にわたって誰にも返還を求められることなく保持している場合、以後その者は返還を求められることはない*si quisquam aliquem locum ad catholicam unitatem converterit, si eum per triennium nemine repetente tennerit, ulterius ab eo non repetatur*」との原則とともに、「その三年の間、返還を求めることのできた司教がそもそも存在しなかった*per ipsum triennium non fuit episcopus, qui posset repetere*」場合や、「司教がドナトゥス派からカトリックの信仰へと改宗した*fuit episcopus ad catholicam fidem ex Donati parte conversus*」場合には、この原則は適用せず、前者について「その場所が司教を得た場合には、その日から*cum locus acceperit episcopum, ex ipso die*」、後者については、「改宗した日から*ex quo die conversus est*」、それぞれ三年間は「場所*locus*」の返還を請求できるとの例外が定められている。411年に異端宣告を受けることになる「ドナトゥス派*Donati pars*」の懐柔策としての側面はともかく、本教令の主眼が聖堂所在地をめぐる一方の時効取得と他方の管理権喪失にあることは明らかであり、ここには「手続*sollemnitatis*」を伴わない「時効」による教会の権利喪失の可能性が示されているように見える。そこで、パノルミタヌスは、「教会であっても、何らかの手續を介さずに、時効によって、自らの物の所有権を失うのであり、教会の懈怠に加えて法の規定があれば十分であると考えられる *propter praescriptionem etiam ecclesia perdit doimnium rei suae, non interveniente aliqua sollemnitate; sed sufficit dispositio iuris una cum negligentia ecclesiae*」と述べて、アンドレアエの没収否定説を退けたのである。「カノン*iura canonica*」が「主に教会と教会財産について規定している

---

いものと決定された。ただし、その三年の間司教が存している場合には返還を求めることができた者は黙するけれども、司教が存していなかった場合には、教会の基盤が損なわれてはならないとはいえ、その場所が司教を得た場合には、その日から三年以内であれば返還を求めることが許される。同様に、司教がドナトゥス派からカトリックの信仰へと改宗した場合には、上記期間は彼を害することはなく、改宗した日から三年間、聖堂そのものに属する場所の返還を求める権能が認められるものとする。”(Corpus juris canonici, 307.)

principaliter disponunt de ecclesiis, et rebus ecclesiasticis」というのは自明の事実であり、その「カノン法」が前述のとおりローマ法に倣って永借物没収を認めているのであるから、「教会そのものに対しても区別無く適用すべきであるindistincte referenda sunt etiam ad ipsas ecclesias」し、「下級所有権の喪失によって生じる損失damnum incursum ex perditione utilis dominii」は、永借料の支払いを怠った「高位聖職者」に対する賠償請求によって対処すべきというのがパノルミタヌスの結論である。

ところで、グロッタフェッラータの修道院とアルバノ司教との間の「永代賃借emphyteusis」と前者の「四十年quadraginta anni」にも及ぶ賃料滞納を前提としつつも、後者の請求を退けたインノケンティウス三世の判断は、「二年」の永借料不払いによって教会の永借物の没収を認める立場とは相容れないように見える。この疑問に答えているのが、「定期金契約と永借契約との間には幾つかの注目すべき相違点が存するplures differentias notabiles inter contractum censualem, et emphyteuticarium」という点を標準注釈の第二の論点として敷衍した箇所であり、フランツケが留保定期金と永代賃借の二分法の典拠として引用しているのもこの部分である。「相違点differentia」は三つ挙げられている。一つ目は、「定期金契約においては、上級所有権も下級所有権も受領者へと移転されるため、当該目的物について譲与者側には如何なる権利も残されないin contractu censuali transfertur dominium in capientem, tam utile, quam directum, ita quod nihil iuris super re illa remanet penes concedentem」が、「永借契約においては、下級所有権が永借人へと移転し、上級所有権は地主の下に残されるin contractu emphyteuticario transit dominium utile in emphyteutam; directo remanente apud dominum」という点である。これに関連して、「我々自身の物について定期金を支払うのに対して、地代は他人物について支払うcensum solvimus de re nostra; pensionem vero solvimus de re aliena」といった対価の名称の「相違differentia」も指摘されることもあるが、こちらについては「諸博士が一致して従っているわけではないnon sequuntur communiter doctores」し、「一般にこれらの名称が区別無く用いられているquisque generaliter utamur promiscue his vocabulis」上、「その

ような不適切な用語法故に契約乃至証書が無効とされることもない*per istam impropriationem vitaretur contractus, vel libellus*』とされる。そうであるとすれば、第6節で用いられる〈地代*pensio*〉という文言も文字通りに受け取る必要はないということになる。二つ目の相違点とは、「永借契約*contractus emphyteuticus*」では、第一の論点として既に検討されたとおり、「二年あるいは三年以内に地代が支払われなければ、目的物は没収される*res incidit in commissum, si non solvitur pensio intra biennium seu triennium*」のに対して、「定期金契約では不払いによって目的物は失われない*in contractu censuario ex non solutione res non perditur*」という点である。パノルミタヌスはこれを一つ目の相違点の帰結として敷衍している。すなわち、「永借契約では、目的物が、地主のものでなくなったわけではなく、地代を支払うとの条件で譲与されたと思なされるにすぎない*in contractu emphyteutico res non desinit esse domini, videtur concessa quasi si sub conditione, si pensionem solverit*」ので、「地代*pensio*」が支払われなければ「目的物*res*」は「地主*dominus*」に復帰するが、「定期金契約においては、所有権が全て移転するので、受領者は定期金の支払いについて義務づけられるにすぎない*in contractu censuario transfertur dominium in totum, ita, quod recipiens solum obligatur ad censum solvendum*」というのである。なお、「教会の財産について為される譲与に際しては、譲与が定期金として為されるのではなく、永代賃借として為される旨明記するよう注意すべきであろう*sis cautus, ut in concessione, quae fit de rebus ecclesiae, non facias scribi, quod ad censum sit concessio, sed in emphyteusim*」とのパノルミタヌスの指摘は、教会が「地主*dominus*」の立場にある場合には有益な助言といえるが、第6節の事案のように「永借人*emphyteuta*」として権利喪失や目的物没収の危険に曝される可能性がある場合には、書面に〈永代賃借として*in emphyteusim*〉と記載することは教会にとってむしろ不利となる。三つ目の相違点としては、「霊的なものは、売却のように見える面もあるために永代賃借として譲与することはできないが、定期金のために譲与することはできる*spiritualia non possunt concedi in emphyteusim, cum quodam modo viderentur vendi; sed ad censum possunt concedi*」という



点が挙げられている。「定期金は、譲与された権利の対価としてではなく、むしろ譲与された自由の証しや過去の服従のしるしとして、留保される *census retinetur, non in recompensationem juris concessi, sed potius in memoriam libertatis concessae, seu in signum praeteritae subiectionis*」ので、「霊的なもの *spiritualia*」を譲与して「定期金 *census*」を受領したとしても聖職売買の罪を犯すことにはならないというのである。パノルミタヌスによれば、以上三つの相違点から、「本事案において成立しているのは定期金契約であって永借契約ではない *his intervenerit contractus censualis, et non emphyteuticarius*」との結論もまた導かれるとされる。まず、「司教は当該教会について自らが有していたあらゆる権利を移転したのであり、このようなことは永借契約ではあり得ない *episcopus transtulit in monasterium quicquid iuris habebat in illis ecclesiis; quod non fit in contractu emphyteutico*」。そして、「あらゆる権利 *quicquid iuris*」を移転する「定期金契約 *contractus censualis*」においては不払いによる目的物没収は生じない。更に、「あらゆる権利」の内実が「慰霊寄進 *mortuaria*」や「秘蹟 *sacramenta*」をめぐる権利であるとしても、その対価として「定期金」を受領するわけではないので、「聖職売買」には当たらない。結局、修道院と司教間の契約は「永借契約 *contractus emphyteuticus*」ではなく「定期金契約」であるが故に、司教の請求は退けられたことになる。しかし、〈永代賃借として〉といった文言が書面中に明記されているような場合にも、そのような判断は可能なのであろうか。この点、パノルミタヌスは、「契約の中で、様々な種類の契約に解釈し得る文言が用いられている場合に、契約を挿入された文言に即して解釈する必要はなく、むしろ契約の本性に従って解釈すべきである *ubi in contractu ponuntur verba, quae possunt trahi ad varias species contractuum, non debemus contractum interpretari secundum vocabula apposita, sed potius secundum naturam ipsius contractus*」と述べて、「文言 *verba; vocabula*」よりも「契約の本性 *natura contractus*」を優先させる解釈方法を主張している。第6節のような事案においても、「文言上は永借契約と解し得たとしても、全ての権利が移転されたというその性質からは反対の結論が導かれる *per verba contractus poterat dici emphyteuticus, sed ex*

natura illius colligitur, ex quo fuit translatum universum ius」のである。

フランツケは、留保定期金と永代賃借の二分法の典拠となるカノン法文献として、他に、同じパノルミタヌスの別書第1巻第41章「原状回復についてDe in integrum restitutione」第1節注釈と、ヨアンネス・デ・イモラJoannes de Imola(1370?-1436年)の別書第3巻第13章「教会財産の譲渡の可否についてDe rebus ecclesiae alienandis, vel non」第9節(以下第9節と略称)注釈を引用しており、特に後者は、注釈対象ではない第6節に言及しつつ、「文言verba」よりも「契約の本性natura contractus」を優先させる立場を一層明確に主張している点で注目される。直接の注釈対象である第9節は、教皇ケレステイヌスCoelestinusⅢ世(在位1191-1198年)のエクセター司教Episcopus Exonensis宛ての答書(1196年)であり、そこには、「汝等知つてのとおり新たに余の聞き及ぶところによれば、エクセター司教座のある聖堂参事会員が同司教座のある土地を(他の同僚に無断で)司教座に不利な仕方で永続的に賃貸したという。そこで余は、(申立てられたことが真実であるとすれば)汝がそれらの賃貸借を適法に取り消すことで、当該土地が原状通りに取り戻されるよう措置を講じ、当該賃貸借の貸主であると汝が認定した者たちに、当該賃貸借によって受領された金銭を賃借人に返還させるよう上訴を認容し命ずるものであるAd audientiam nostram noveritis pervenisse, quod quidam de canonicis Exonensibus Ecclesiae, quaedam praedia ejusdem (inconsultis aliis fratribus) in damnum ejus in perpetuum locaverunt. Ideoque mandamus, quatenus (si verum est quod asseritur) locationes illas legitime revocare procures: ita quod si eadem praedia non aliter revocari poterunt, eos, quos noveris harum locationum auctores, ad susceptam inde pecuniam conductoribus refundendam appellatione remissa compellas.」<sup>13)</sup>とある。イモラがその注釈<sup>14)</sup>でまず論じ

13) Corpus juris canonici, II, 408.

14) “第9節。聖堂参事会員は教会の地所を永続的に賃貸することはできない。これが本節の趣旨である。前段では事実について述べている。それ故、注意を要するのは後段である。Ad audientiam. Canonicus praedium ecclesiae perpetuo locare potest. Hoc dicitur. Et in prima narrat factum. In sedunnda providet ibi ideoque.¶まず注意

すべきなのは、教会の財産に関する永続的な賃貸借は所定の方式に拠らなければ許されておらず、前記本章第5節注釈で既に述べたところが論拠となる。そしてまた、このような賃貸借では下級所有権が移転されるからである【学説彙纂6巻3章「貢租地つまり永借地が訴求される場合」第1法文と第2法文、並びに、両法文への諸注釈】と説明することもできる。ただし、短い期間、教会の財産の賃貸借が為された場合はこの限りではない。なぜならそのような賃貸借によって下級所有権は移転されないからである。それ故、そのような賃貸借は容認されている【後記別書5巻4章「高位聖職者はその職務や教会を年払い定期金と引き換えに譲与してはならないこと」第4節】。それでは如何なる場合に一時的に賃貸借が為されたと言えるのか。ヨハネネス・アンドレアエが本節注釈でふれているように、たとえそれが三十年の期間までであるとする人々があり、法学提要第4巻第12章「永続的訴権と期限付き訴権について、並びに、如何なる訴権が相続人へと承継されるのか」第1節や、勅法彙纂第7巻第39章「三十年及び四十年の前書について」第3法文に述べられている点とその裏付けになるとされ、アンドレアエ氏も本節注釈において、クレメンス集3巻4章「譲渡不可能な教会財産について」第1節の「文言〈賃貸〉への自らの」標準注釈の「もし云々」の箇所での指摘の範囲で、この点を容認している。Nota primo quod perpetua locatio de re ecclesiae non est permissa sine debita solemnitate facit quod dictum fuit supra capitulo Nulli. Et ratio esse potest quia per talem locationem transfertur utile dominium lege prima et secunda cum ibi notis Digesitis si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur. Secus si fieret ad modicum tempus locatio rei ecclesiae, quia pro illam non transfertur utile dominium, ideo est permissa infra Ne praelati vices suas capitulo finali. Quando autem dicatur fieri imperpetuum dicunt quidam ut hic tangit Johannes Andreae quando sit ad tempus triginta annorum facit quod habetur Institutionibus de perpetuis et temporalibus actionibus paragrapho primo et lege Sicut Codice de praescriptione triginta annorum. Dominus Andreae hic remittit ad notum per glossam in Clementis in primo in glossa si de rebus ecclesiae alienandis.¶しかし、これには反対すべきである。すなわち、賃貸借が10年もしくはそれ以上の年数にわたって為される場合には、短い期間において為されたとは言えないから異議を述べるべきであり、実際、そのような期間は長期と言われていて、短期ではない【勅法彙纂7巻33章「10年あるいは20年の長期の前書について」全体】。また、学説彙纂6巻3章第1法文及び第2法文、並びに、勅法彙纂8巻52章「長期にわたる慣習とは何か」の表題への標準注釈、更

には、前記クレメンス集3巻4章第1節への標準注釈もまた同旨である。次に、30年かそれ以上の年数にわたって為され、あるいはまた、文言上も一時的との趣旨である場合、地代が支払われている限りは、上に引用した諸法文に述べられている点、更には、法学提要3巻24章第3節により、一時的であると弁明可能であるとも言える。Sed adverte que illud est querere quando dicatur locatio facta ad non modicum tempus quando facta est pro tempore decem annorum vel ultra que tale tempus dicitur longum tempus et sic non modicum Codice de praescriptione longi temporis per totum et voluit glossa in lege prima et secunda Digestis si ager vectigalis vel emphiteuticarius et in Rubrica Codice quae sit longa consuetudo et etiam glossa in dato Clementis primo. Secundo casu potest dici satisfieri imperpetuum quando fit pro tempore triginta annorum vel ultra vel etiam imperpetuum propter verbum sonat donec videlicet pensio solvatur per id quod habetur in iuribus superius allegatis et in paragrapho adeo Institutionibus de locatione.¶ 同様に、既に述べたとおり、永続的な賃貸借によって下級所有権が移転されるが故に、これにも反対すべきである。標準注釈は、[上記クレメンス集3巻4章第1法文の文言〈賃貸〉への注釈]の「そうである以上妨げない云々」の箇所やその他の箇所において、学説彙纂31巻「遺贈及び信託遺贈について」第88法文15節を根拠にこれに反対の立場である。Item adverte quatenus dixi quod per locationem perpetuam transfertur utile dominium glossa sic non et alibi tenuit oppositum lege paenultima paragrapho instituto Digestis de legatis secundo.¶ しかし、この標準注釈は、通説、とりわけ、ディヌス[・デ・ムゲッロの当標準注釈の補注]及びバルトルスの第15節注釈によって退けられている。すなわち、同節のテキストや前記学説彙纂6巻3章第1法文と第2法文に述べられているところに矛盾するからである。バルドゥスは、同節注釈において、下級所有権も含め如何なる所有権も賃借人に移転しない旨明確に述べられている場合を除いて、上記標準注釈は妥当しないとの立場である。というのも、その場合であれば、所有権は他に移転されることはなく、賃貸人が債務を負うに留まるので、譲渡するとは解されないからである。ただし、バルドゥスの述べるところは、自分自身に加えて自らの相続人をも義務づける俗人について当てはまると思われる【学説彙纂22巻3章「証明及び推定について」第9法文、同45巻1章「言語による債務関係について」第38法文】。相続人を義務づけることのできない高位聖職者については事情が異なると考える。ただし、理由と所定の手続を伴う場合はこの限りではない【別書5巻4章第4節】。高位聖職者が、施しの意図をもって、ある人の生涯にわ

たり教会の財産を譲与することができるかどうかについては次節で述べる。Sed illa glossa communiter reprobatur maxime Dynum et Bartolum ibi nam videlicet esse contra textum et ea quae habentur in data lege prima et secunda Digestis si ager vectigalis. Baldus tenet in dato paragrapho instituto salvat glossam illam quando expresse ageretur quod nullum dominium etiam utile transiret in conductorem quia tunc non transiret aliquo dominium sed solum obligaretur locans et non intelligeretur tunc alienare. Videtur tamen illud dictum Baldi procedere posse in layco qui praeter se et suos heredes obligaret lege si precium Digestis de probationibus et lege stipulatio ista Digestis de verborum obligationibus. Secus videtur in praelato qui non potest successorem obligare nisi ex causa et cum debita solemnitate ut lege et non ne praelati vices suas in capitulo Querelam an autem potest praelatus per vitam alicuius cedere intuitu elemosynae rem ecclesiae dicam in capitulo sequenti.¶同じく、賃貸借が永続的である場合、それは結果として永代賃借のための譲渡と解されるので、上記見解には反対すべきである。つまり、賃貸人が一定の年払いの地代と引き換えに一時的な契約を結ぶとしても効果は同じなのである。従って、それらの契約は名称において異なるだけで効果においては異ならないと解され、諸博士も前記本章第5節への注釈でそのように述べているように思われるし、私の同節注釈においてそのように述べた。Item adverte quia quando sit locatio perpetua videtur in effectum esse concessio in emphyteusem. Nam idem est effectus sive locator imperpetuum pro certa annua pensione et sic videntur tales contractus solum quo ad nomen et non quo ad effectum deferre et sic etiam videntur velle doctores in capitulo Nulli supra eodem et ibi dixi.¶また、永借契約と定期金契約は別の契約であることにも注意すべきである。というのも、永借契約では、上記本章第7節で既に述べたとおり、下級所有権が移転されるからであり、学説彙纂6巻3章第1法文と第2法文もその注釈とともに論拠となる。また、譲与が一定の年払い地代もしくは賃料と引き換えに為されると言おうと、一定の年払い定期金と引き換えに為されると言おうと、それによって下級所有権が移転されたのであれば、問題ではなく、前記第1法文と第2法文に述べられている点からも下級所有権が移転されることは全く明らかであり、年払い定期金と引き換えにと言われるか否かは重要ではない。本章第5節の文言がまさにその論拠となっている。私の見るところ、本来のかつ厳密な意味で定期金契約が存するのは、物が譲与される者へと上級所有権と下級所有権の何れもが移転される場合であり、「私があなたにこの物を譲

与し、私がこの物について有するあらゆる権利をあなたに移転する」と言われる場合である。従って、別書3巻36章「聖堂の司教の管理に服すべきこと」第6節の本文及び注釈にあるとおり、当該契約によって一定額の定期金の支払いが毎年義務づけられている場合に、定期金契約は存することになる。また、この場合、譲与が一定額の年払い定期金と引き換えに為されたのかは重要ではなく、また逆に、一定額の年払い地代や賃料と引き換えに為されたのかも重要ではない。なぜなら、そのような場合であっても、上記別書3巻36章第6節の本文とその諸注釈にあるとおり、定期金契約と解されるからである。ここでは、同節の標準注釈が述べるように、地代や賃料が契約の趣旨に照らして定期金の意味で用いられているのであり、学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第6法文や同19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第16法文前書〔＝第15法文4節〕に述べられている点も論拠となる。更に、「私はあなたにこの目的物とこの目的物について有しているあらゆる権利を一定額の年払い地代と引き換えに永続的な永代賃借に供する」と述べられている場合にも、適切に解釈すれば上記別書3巻36章第6節の本文から明らかなとおり、そのような言明にもかかわらず永借契約ではなく定期金契約になると解されるべきである。つまりこの場合、「永代賃借に」という文言が誤用されており、譲与者が目的物について有するあらゆる権利を譲与し譲与の相手方にそれを移転するという点がはっきりと言明されているところからすれば、実際には、「永続的な定期金による譲与として」と述べられるべきなのである。この点が、よく注意するならば上記別書3巻36章第6節によって十分に裏付けられることを忘れてはならない。また、既に引用した法も、上記学説彙纂19巻5章第6法文や同19巻2章第16法文前書は、この点、つまり、文言が契約の本性に照らして締結者の意図から見て誤用されることのよい論拠となっており、反対する論者も多いのでこれを忘れてはならない。Et nota etiam quod alius est contractus emphiteoticus alius est contractus censualis nam per contractum emphiteoticum transit utile dominium ut dixi in capitulo Ad aures supra eodem et facit lege prima et secunda Digestis si ager vectigalis cum ibi notis nec curo sive dicatur quod fiat coressio sub certa annua pensione vel mercede sive dicatur pro certo annuo censu quod quo utile dominium est translatum prout indubio videlicet transferri alio non apparente per ea quae habentur in data lege prima et secunda et non sit vis an dicatur sub anno censu, bene facit dictum capituli Ad aures. Contractus video censualis proprie et stricte est quando in eum cui conceditur res transfertur directum dominium et utile quod dicitur concedo tibi

talem et transiero in te quicquid iuris in illa habeo. Nam tunc contractus est censualis si annuatim debet praestari certus census pro illo ut est textum coniuncta glossa in capitulo Constitutus de religiosis domibus. Nec curo hoc casu an fiat concessio sub certo annuo censu, an vero sub certa annua pensione vel mercede quia nihilominus censetur contractus esse censualis, ut est textus cum glossa in dato capitulo Constitutus. Et sumitur tunc pensio vel merces pro censu propter subiectam materiam contractus ut voluit glossa in dato capitulo et bene facit quod habetur in lege insulam Digestis de praescriptis verbis et quod habetur in lege si uno in principio Digestis locati. Plus videtur dicendum si dictum fuerit concedo tibi talem rem in emphiteosim perpetuam et quicquid iuris habeo in illa pro certa annua pensione quod nihilominus contractus erit censualis et non emphiteocus, ut est textus expressus si bene proderetur in dato capitulo Constitutus. Et sic impropiabitur tunc verbum in emphiteosim et in effectu exponetur id est in concessionem censualem perpetuam ex quo expresse dictum fuit quod quicquid iuris habebat concedens in re concedit illud et transfert in ipsum cui fit concessio ut satis probatur in dato capitulo Constitutus, si bene advertetur quod tene menti. Et bene faciunt iura quae allegavi ut videlicet verba impropriantur secundum naturam contractus ex mente contrahentium ut data lege insulam et data lege si uno et tene menti haec quia multi dicunt oppositum.¶更に注意すべきなのは、永借契約と定期金契約との間に相違があるという点である。というのも、永借契約では、義務づけられた地代を、例えば私人であれば三年にわたって支払わない者はその権利を失うことになるからである【勅法彙纂 4 卷66章「永借権について」第 2 法文及び後述別書 3 卷18章「賃貸借について」第 6 節】。定期金契約においては、上記別書 3 卷36章第 6 節の本文と注釈にあるとおり、そうではなく、この点はしっかり覚えておくべきである。Et nota quod differentia est inter contractum emphiteoticum et contractum censualem, quia in contractu emphiteutico non solvens debitam pensionem vel intra triennium privato cadit a iure suo lege secunda Codice de iure emphiteutico et in capitulo Potuit infra locato. Secus in contractu censuali ut est textus cum glossa in dato capitulo Constitutus quod diligenter tene menti.¶そして、先に述べたところに照らして、後述別書 3 卷18章第 6 節や勅法彙纂 4 卷66章第 2 法文は、用語本来の意味に捉えられた定期金契約には適用されないことは明らかである。なお、先に述べた点、すなわち、一定額の年払い地代と引き換えに一時的に為される賃貸借と永借

ているのは、当法文にあるように「教会の財産 *res ecclesiae*」である「土地 *praedia*」を「永続的に賃貸すること *in perpetuum locare*」の可否である。ところで、同じ別書第3巻第13章の第5節には、「何人も、教会の不動産を、それが地所であれ、農奴であれ、処分し、あるいは、それらに特定のな抵当権を設定することは許されない。ただし、処分の語に含意されるのは、条件、贈与、売買、交換、永借契約である。従って、全ての司祭はこの種の処分を慎み、レオの勅法 [= 東ローマ皇帝レオ I 世と西ローマ皇帝アンテミウス *Anthemius* の近衛長官アルマシウス *Armasius* 宛て勅法 (470年) = 勅法彙纂第1巻第2章第14法文第5節、教皇レオ *Leo IV* 世 (在位847-855年) の公会議における教勅 = 教令集第2部事例12問題2第18章] が科する罰を恐れるべきである。Nulli liceat alienare rem immobilem ecclesiae sive agrum, sive rusticum mancipium neque specialis hypothecae titulo obligare. Alienationis autem verbum continet conditionem, donationem, venditionem, permutationem, et emphyteiticum perpetuum contractum. Unde omnes ab huiusmodi alienatione abstineant: poenas timentes, quas Leonina constitutio comminatur.」とあって、「教会の不動産を処分すること *alienare rem immobilem ecclesiae*」を明確に禁じ、「永借契約 *emphyteiticus perpetuus contractus*」のそのような「処分

---

契約との間には効果において相違はないという点については、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13法文の新勅法引用要約第1文への標準注釈及び諸博士の注釈や、学説彙纂39巻2章「未発生損害について」第15法文26節へのバルトルスの注釈に指摘されているところが論拠となる。Et pro praedicta patet quod capitulus Potuit infra locato et lex secunda Codice de iure emphyteoticorum non habent locum in contractu censuali proprie sumpto vocabulo. Et ad illud quod dixi supra quod non est differentia in effectu inter locationem quae fit imperpetuum pro certa annua pensione et contractum emphyteoticum bene facit quod notatur per glossam et doctores in autentica ingressi Codice de sacro sanctis ecclesiis et per Bartolum in lege si finita paragrapho si de vectigalibus Digestis de damno infecto.” (Commentaria, 135. v. -136. r. 引用は1500年ヴェネチア刊のテキストによる。当刊本は略字を多用した初期印刷本であるので復元した原文を併記した。)



alienatio」の一つに数えている。それ故、もし第9節に言うような「永続的な賃貸借perpetua locatio」を文字通りの永代賃借と解するならば、それはこの第5節において禁じられた「処分」に当たるということになり、第9節でのケレスティヌスⅢ世の判断とも整合する。イモラは、「教会の財産」の「永借契約」が、「贈与donatio」や「売買venditio」等と並んで禁じられる理由として、「このような賃貸借では下級所有権が移転されるper talem locationem transfertur utile dominium」という点を挙げている。その際、学説彙纂第6巻第3章「貢租地つまり永借地が訴求される場合Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur」第1法文と第2法文<sup>15)</sup>並びにその諸注釈が参照されており、「貢租地ager vectigalis」と呼ばれ「永続的に賃貸されるin perpetuum locantur」土地を「都市civitates」乃至「自治都市municipia」から借り受け占有する者に「対物訴権in rem actio」を付与する同法文が、永借権を下級所有権の一種と解釈する分割所有権論の重要な典拠となっていたことが見て取れる。「教会の財産」をめぐる「永借契約」が所有権移転の伴う処分であるが故に禁じられているとしても、「短い期間、教会の財産の賃貸借が為されるfit ad modicum tempus locatio rei ecclesiae」場合には、「下級所有権は移転されないnon transfertur utile dominium」ので、「教会の財産」の「賃貸借locatio」は容認される余地がある。イモラがその論拠として引用しているのは、別書第5巻第4章「高位

15) “都市の地所には貢租地と呼ばれるものとそうではないものがある。貢租地と呼ばれるのは、永続的に、つまり、当該土地のために貢租が支払われる限り、借り入れた者からも、彼の地位を承継した者からも、取り上げることの許されないとの約定で賃貸される地所である。貢租地ではない地所とは、我々が私的に耕作用に貸し与える一般的なやり方と同様に耕作用に貸し与えられるものである。§ 1. 自治都市から永続的に土地を用益すべく借り受けた者は、それによって所有権者となるわけではないけれども、当該土地の占有者に対してそれが誰であれ、それ故また自治都市そのものに対しても、対物訴権の行使が許される。

ただしそれは貢租を支払っている場合に限られる。”(Corpus iuris civilis, I, 209: D. 6, 3, 1, Paulus, Ad edictum, 21, D. 6, 3, 2, Ulpianus, Ad Sabinum, 17. 引用は1720年ライプチヒ刊のテキストによる。)

聖職者はその職位や教会を年払いの定期金と引き換えに譲与してはならないこと「*Ne praelati veces suas, vel ecclesias sub anno censu concedant*」の第4節である。この法文は教皇アレクサンデルAlexanderⅢ世（在位1159-1181年）の答書（1163年）であり、イモラの注釈対象であるケレスティヌスⅢ世の答書同じく、宛名人はエクセター司教となっている。そこには、「修練長グイレルムスの異議申立てを余は受理した。それによれば、カルヴァリーCalverleyの教会を、当教会のGなにがしから年払い定期金と引き換えに七年間にわたって保持すべく、受け取り、その後、その教会を一年間保持していたところ、かの者Gがこれを取り上げたものであり、グイレルムスは所定の期限に至るまで如何なる厄介や面倒もかの者Gにもたらさなかったことを宣誓の下に立証したという。そこで余は命じる。上記のとおり定められた以上は、先の教会を当グイレルムスへと返還し、同人が所定の期限まで（当人等が合意したとおりに）平穩に占有することを許すべく、汝はかの者Gに厳しく強いるべし、と。*Querelam magistri Guilelmo recepimus, quod cum ecclesiam de Chaphalai, a G. persona ejusdem ad annum censum tenedam per septennium suscepisset: ipse antequam eam per unum anni spatium tenuisset, auferre praesumpsit: quanquam praestita fide firmaverit, quod usque ad statutum terminum nullam ei exinde molestiam vel gravamen inferret. Ideoque mandamus, quatenus si constiterit ita esse, eum districte compellas, ut praefatam ecclesiam dicto Guilelmo restituat: et usque ad terminum constitutum (secundum quod inter se convenerint) ipsum eandem permittat pacifice possidere.*」、とあって、「年払い定期金*annuus census*」と引き換えに「七年間*septennium*」の「期限*terminus*」で「教会*ecclesia*」を「平穩に占有する*pacifice possidere*」という趣旨の契約を有効とし、占有者から一旦取り上げられた目的物の返還を命じている。つまり、教会財産の「七年間」の賃貸借は、第9節の場合のような「永続的な賃貸借」とは異なり、下級所有権が移転するわけではないから許されたのだとイモラは解しているのである。

教会財産の永代賃借は許されないが賃貸借は許されるとの議論は、前述の別書第3巻第13章第5節の文言〈条件*conditionem*〉を〈賃貸借*conductionem*〉

と読む見解に対するインノケンティウスIV世の『集注Apparatus』当節注釈<sup>16)</sup>以来の反論とも符合するが、イモラはこの文言の読みには言及していない。これはおそらく、イモラが、賃貸借か永代賃借か、あるいは、賃貸借が為されたのが「一時的imperpetuum」か「永続的perpetuum」かといった概念上文言上の区別ではなく、むしろ、具体的な期間の長短とそれに応じた「下級所有権utile dominium」の移転の有無に着目しているからであろう。まず、賃貸期間の長短に関しては、「賃貸借が十年もしくはそれ以上の年数にわたって為されたfacta est pro tempore decem annorum vel ultra」場合には、「短期modicum tempus」ではなく「長期longum tempus」と解されるべきとされ、「十年decem anni」という期間が「下級所有権」が移転する与否かの判断基準として提示されている。そして、仮に「文言上一時的との趣旨であるimperpetuum propter verbum sonat」場合であっても、「十年」を超えるその「長期」の存続期間に照らせば、「永続的」な賃貸借と言うべきであり、下級所有権が移転されるが故に、そのような賃貸借を教会財産について為すことは許されないとされる。ここでイモラが有力な反対論者としてまず意識しているのは、アンドレアエである。アンドレアエは、第9節の文言〈永続的perpetuum〉への注釈<sup>17)</sup>において、「期限付きad tempus」ならば「永続的perpetuum」ではないと

16) “文言〈条件〉について。これは、土地に税金が課せられるような条件付きの契約について述べている。また一般にも、そのような土地は、税金を払わなければ没収されるとの条件の下にあるので、条件付きの土地と呼ばれ、条件の下に締結されるような契約は条件付き契約と呼ばれている。以上の点を理解しない人々は、〈賃貸借〉に置き換えることで当節の文言を損なっている。というのも、賃貸借は決して処分ではないからである。” (In quinque libros Decretalium apparatus, 252. v. 引用は1578年リヨン刊のテキストによる。)

17) “〈永続的〉について。しかし、期限付きならばこれは可能であり、これは別書後述第5巻第4章「高位聖職者はその職務や教会を年払い定期金と引き換えに譲与できないこと」第4節で述べたとおりである。これに対して、ペトルス〔・デ・サンブソナ〕と〔旧〕大修道院長〔=ベルナルドゥス・デ・モンテミラト〕は三十年に達するものを永続的と解している。” (Novella commentaria, III, 73. r.)

の自らの解釈と共に、「三十年に達するものを永続的と解釈する *exponent perpetuum, quod fit ad triginta annos*」論者、すなわち、ペトルス・デ・サン  
プソナ *Petrus de Sampsona* (生没年不詳) と、ベルナルドゥス・デ・モンテミ  
ラト *Bernardus de Montemirato* (?-1296年)、通称「大修道院長 *Abbas*」(後  
に「旧大修道院長 *Abbas antiquus*」と呼ばれ、「新大修道院長 *Abbas modernus*」たるパノルミタヌスから区別)に言及している。当注釈中の接続  
詞 *autem* を素直に逆接の意味に捉えるならば、アンドレアエ自身はこれら  
の論者とは異なり、「期限付き」でさえあればどれほど長期にわたっても「永  
続的な賃貸借」とは解さないという立場であるように見える。しかし、イモラ  
はそうは解しておらず、その根拠として、クレメンス *Clemens V* 世 (在位  
1305-1314年) の教勅集 *Constitutiones* (1317年)、通称「クレメンス集  
*Clementinae*」の第3巻第4章「譲渡不可能な教会財産について *De rebus  
ecclesiae non alienandis*」第1節<sup>18)</sup>の文言〈賃貸 *locationes*〉への標準注釈<sup>19)</sup>、

- 
- 18) “修道院その他の正式な教会財産管理機関に生じる損失に対処するため、余は勅令  
をもって、修道院、修道分院、教会、その他如何なる教会財産管理機関であれ、そ  
の統括者たる修道会員が、その収益権や不動産を何者かに、その生涯にわたって、  
あるいは、一定期間、譲与することを、如何なる仕方にせよ、たとえそれによって  
金銭を受領するとしても、永久に禁ずる。ただし、修道院、修道分院、教会、同種  
の教会財産管理機関の必要や便益がそれを求め、なおかつ、その修道院集会の同意、  
修道会集会が存しなければ、修道会固有の高位聖職者の同意がこの点について与え  
られている場合はこの限りではない。もし以上の点に違反したならば、その者は当  
該職務の停止の罰を受け、その者の譲与によって受領者は何らの権利も得ることは  
ない。

なお、上記の点が、短い期間にわたる賃貸、あるいは、収益や果実の売買にまで  
は及ぼされるべきではないと余は宣言する。” (*Constitutiones*, 172-174. 引用は1620年  
トリノ刊の標準注釈付きテキストによる。)

- 19) “〈賃貸〉について。処分すること、担保に供すること、売却することが禁じられ  
ていても、賃貸することは可能であるし、更には、賃借人を債権者に委ねることも  
できる【学説彙纂第31巻「遺贈並びに信託遺贈について」第88法文15節、この点に  
ついて同19巻2章「貸主訴権及び借主訴権について」第39法文】。従って、高位聖職

つまり、アンドレアエの注釈を引用している。ヴィエンヌVienne公会議でのクレメンスV世の教勅(1311年)である当節では、「修道院、修道分院、教会、その他如何なる教会財産管理機関であれ、その統括者たる修道会員が、その収益権や不動産を何者かに、その生涯にわたって、あるいは、一定期間、譲与する *quis religiosus monasterio, prioratui, ecclesiae, seu administrationi cuius praesidens, iura redditus, aut possessiones eiusdem alicui ad vitam rius, seu aliud certum tempus concedit*」ことが禁じられる一方、「修道院 *monasterium*」等がその「必要 *necessitas*」や「便益 *utilitas*」上そのような譲与を求め、かつ、「修道院集会 *conventus*」か大修道院長のような「修道会固有の高位聖職者 *praelati proprii*」の「同意 *assensus*」が得られた場合、並びに、「短い期間にわたる賃貸 *locationes ad tempus modicum*」や「短い期間にわたる収益や果実の売買 *redituum, aut fructuum venditiones ad tempus modicum*」に留まる場合について、例外的に「収益権 *iura redditus*」や「不動産 *possessiones*」の譲与が認められている。一つ目の例外は、先に見た教令集第2部事例12問題2第52章が司教の財産処分につき定めていた点にはほぼ対応する。これに対して、二つ目の例外は、「短い期間 *tempus modicum*」を譲与の例外的有効性の要件としている。特にそこに言う「短い期間にわたる賃貸」は、第9節等で効力を否定されている「永続的な賃貸借」や「永借契約」との差別

---

者は賃貸できるし、司教の布告によって一定の人々に賃貸すべく制限されることもない【別書3巻18章第2節】。ただし、今述べた点、つまり、賃貸が処分に当たらないという点が妥当するのは、本節にあるとおり、短い期間にわたって賃貸が為された場合であり、またそうである以上、別書第3巻第13章「教会財産の譲渡の可否について」第5節により、その箇所ですべてたとおり、たとえ学説彙纂上記第31巻第88章第15節へのアックルシウスの最後の注釈が、処分を禁じられている者でも百年千年にわたって賃貸できる旨述べているにせよ、それは妨げにはならず、是認されていない。デイヌス[・デ・ムゲッロ]の当注釈への補注もこれに反対である。ところで、短い期間にわたって賃貸した高位聖職者がその後死去した場合にどうなるかについては、別書第5巻第4章「高位聖職者はその職務や教会を年払い定期金と引き換えに譲与してはならないこと」第4節への諸注釈を参照せよ。”(Constitutiones, 174.)

化にとって強力な論拠となり得る。アンドレアエは、「処分すること、担保に供すること、売却することを禁じられていても、賃貸することは可能である *prohibitus alienare, obligare, vel vendere, potest locare*」という点を確認した上で、「短い期間 *modicum tempus*」そのものについては、「処分を禁じられている者でも百年千年にわたって賃貸できる *prohibitus alienare locet ad centum, vel mille annos*」との「アックルシウス *Accursius*」の見解を退けている。それ故、イモラは、アンドレアエが、アックルシウス（1185? -1263年）のように無制限に賃貸を容認する立場には与していないとはいえ、第9節注釈で紹介された見解のように「三十年」を「一時的」か「永続的」かの判断基準と捉えているものと考えたのであろう。

ところで、アンドレアエの言及するアックルシウスの見解とは、学説彙纂第31巻「遺贈並びに信託遺贈について」第88法文第15節（＝学説彙纂補充編 *Digestum infortiatum* 第31巻第91法文第2節）<sup>20)</sup>の文言〈成就していない *non extitisse*〉への標準注釈 *glossa ordinaria*<sup>21)</sup>である。同節では、「遺言者

20) “遺言者が、息子を相続人に指定し、彼の下に生まれた孫たちにも財産を残した上で、次のような条項を定めた。すなわち、「私は、私の家屋が私の相続人等によって売却されたり、それらの上に貸し付けを受けたりすることを望まず、それらの家屋が私の子孫等のために永久に確実かつ無条件のまま存することを望む。もし私の相続人の内の誰かがその持分を売却したり持分を担保に貸し付けを受けようとする場合には、共同相続人に対して売却し、あるいは、共同相続人から貸し付けを受ける権利を有するものとする。以上の点に誰かが反した場合、義務づけられた事柄は無益無効となるものとする」、と。問題となったのは、死亡者の息子がフラウイア・ディオニュシアから金銭を借り受け、賃貸中の家屋につき自らの持分として受け取りべき賃料を債権者である彼女に譲渡した場合、遺言の条件が成就し、彼はその息子たちに対して信託遺贈に基づき責任を負うべきかどうか、である。私 [スカエウオラ] は、前述の内容に照らして、条件は成就していない旨解答した。” (*Digestum infortiatum*, 658-659. 引用は1551年リヨン刊のテキストによる。)

21) “〈成就していない〉について。勅法彙纂第4巻第51章「他人物の処分禁止、並びに、禁じられた物の処分や抵当について」第7法文は妨げにはならない。なぜなら、当法文では賃料つまり人の権利が義務づけられているのに対して、この法文では物に

testator」が、遺言中に、「私は、私の家屋が私の相続人等によって売却されたり、それらの上に貸し付けを受けたりすることを望まず、それらの家屋が私の子孫等のために永久に確実かつ無条件のまま存することを望む

*βουλομαι δε τας εμας οικας μη πωλεισθαι υπο τωνκληρονομων μου, μηδε δανειζεσθαι κατα υτων, αλλα μεωειν αυτας ακεραιας, και υιοις, και εκγονοις, εις τον απαντα κρονον* (volo meas aedes non vendi ab haeredibus meis neque foenerari super eas: sed manere eas firmas simplis meis filiis et nepotibus per universum tempus)」と述べて、これに反する処分行為の「無益無効 *αρηστον και ακυρον* (inutile atque irritum)」を定めていたところ、相続人の一人が、賃貸中の相続財産たる家屋について自らの「持ち分 *sua pars*」として受領すべき「賃料 *pensiones*」を債権者に譲渡した場合に、「遺言の条件が成就し、彼はその息子たちに対して信託遺贈に基づき責任を負うべきか *quaeritur, an conditio testamenti extitisse videatur, ut filiis suis fideicommissi nomine teneatur*」が問われ、クイントゥス・ケルウィディウス・スカエウォラ *Quiutus Cervidius Scaevola* は「成就していない *non extitisse*」と解答している。この文言〈成就していない〉に付した注釈において、確かにアックルシウスは、「当法文によって、処分を禁じられた者であっても、処分するわけではない以上、百年千年にわたって賃貸できることが論証される *est argutum hic quod si quis alienare prohibitus locet in centum annos vel mille, quod non alienet*」と述べていて、アンドレアエの論ずるところに問題は無い。一方、上記クレメンス集の標準注釈、つまり、アンドレアエがこのローマ法文を自らの論拠としているのかのようにイモラが述べているのは正確とは言えない。というのも、アンドレアエは、「賃貸できる上に、更には、賃借人を債権者に委ねることもできる *potest locare, et quod plus est, conductorem creditoribus delegare*」と解する根拠と

---

負担が課されているからである。また、当法文によって、処分を禁じられた者であっても、処分するわけではない以上、百年千年にわたって賃貸できることが論証される。学説彙纂前記第19巻第2章「貸主訴権並びに借主訴権について」第39法文によってもそうである。」(*Digestum infortuatum*, 659, g.)

して当法文を援用しているだけで、肝心の「短い期間にわたる賃貸locationes ad tempus modicum」との関連では上記のごとく標準注釈に批判的に言及するに留まっているからである。とはいえ、ここでイモラは、下級所有権移転の有無によって賃貸借が「永続的」か否かを判断する自らの立場との相違を強調するために、半ば意図的にアンドレアエとアックルシウスの見解を一括しているとも解される。実際、イモラが学説上の権威として援用するバルトルスの第88法文第15節の注釈<sup>22)</sup>は、ディヌス・デ・ムゲッロDinus de Mugello(?

- 
- 22) “〈1.〉売却や担保設定が禁じられていても賃貸は禁じられていないと解される、と言われている。またあるいは、処分を禁じられた家屋の賃借人の氏名を担保に供する者は家屋を処分しあるいは担保に供したとは解されない、とも言われている。要約において既に述べたところも注意せよ。〈2.〉また注意すべきなのは、「この本の上に私に貸し付けられた百」といった文言が、当節にあるように、この本が百のための質としてかの者に供されることを意味するという点である。〈3.〉標準注釈は、百年にわたって家屋を賃貸できるかどうかを問うている。そして、これは処分とは解されない旨述べている。ディヌスその他全ての人がこれに反対である。というのも、長い期間あるいは極めて長い期間にわたる賃貸借によって、学説彙纂前述第6巻第3章「貢租地つまり永借地が訴求される場合」第1法文と第2法文、及び、学説彙纂後述第43巻第18章「地上物について」第1法文第3節にあるとおり、物における権利が成立し、それ故、処分が存することになるからである。それ故、最後の法文は「短い期間の」賃貸に当てはめるべきである。〈4.〉百年分の家屋の果実を売却した場合はどうか問題となる。解答：購入者のために物の用益権を設定して、家屋の果実を売却したならば、それは処分になるであろう【勅法彙纂4巻51章「他人物の処分禁止、並びに、禁じられた物の処分や抵当について」第7法文】。一方、そのような用益権を設定せず、人的訴権によって果実を与えるべく義務を負ったならば、それは処分にはならないであろう【学説彙纂前述18巻1章「売買締結、買主と売主の間の約定、並びに、売却不可能な物とは何かについて」第81法文1節】。論拠となるのは、学説彙纂後述第33巻第1章「年払いの遺贈や信託遺贈について」第21法文前書である。用益権を設定したのか否かが如何にして判断されるべきかは、学説彙纂後述第33巻第2章「遺贈あるいは信託遺贈によって付与された使用权、用益権、収益権、居住権について」第41法文で述べたところを参照せよ。〈5.〉¶この息子が自己の財産全てを担保に供した場合、遺言つまり遺言者による禁止に反した



-1298/1303年) のアックルシウス批判に依拠して、「長い期間あるいは極めて長い期間にわたる賃貸借によって、物における権利が成立し、それ故、処分が存することになる *per locationem in longum, vel longissimum tempus constituitur ius in re, et sic est alienatio*」と明言している。イモラは、ローマ法上の遺言者による相続財産の処分禁止をめぐる先の標準注釈とこのディヌス＝バルトルス説との対立軸に、教会財産の賃貸借が「永続的」か否かをめぐる自らとアンドレアエの見解の相違を位置づけようと企図したのかもしれない。そのような試みは、遺言者による個別的で私的な処分禁止と、教皇による一般的で公的な処分禁止とを相互に類比することによって初めて可能となる。両普通法を縦横かつ柔軟に関連づける思考は、イモラがアンドレアエと並ぶ有力な反対論者として言及するバルドゥスの第88法文第15節の注釈<sup>23)</sup>にも見て取れ

---

と解すべきか否かが問題となる。解答：元来、遺言者の付加した違約罰故に特定の担保に供されることのないはずの家屋がそのような包括的な担保に含まれることはない【学説彙纂前巻20巻1章「質乃至抵当、それらは如何にして締結されるのか、それらの特約について」第6法文】。〈6.〉当節で、遺言者は、もし望むならば自らの兄弟に売却し、あるいは、兄弟から家屋を担保に貸し付けを受けられると述べているが、金銭を必要であるにもかかわらず、兄弟が購入や貸し付けを望まなかった場合はどうなるのか問題となる。この場合は勿論、所定の方式【学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第122法文3節とそこで述べた点】に従った問い合わせと待機を経て他人に売却することができる。”(Opera omnia, III, 46. r. -v. 引用は1581年リヨン刊のテキストによる。)

- 23) “売却することや担保に供することを禁じられた者であっても、短い期間にわたって賃貸したり占有権を譲与することは禁じられない、とディヌスは述べている。文言〈それらの上に〉について。注意すべきなのは、「私はこの本の上に同じ額だけ貸し付けを受ける」と述べる者は、バルトルスに従えば、あたかも「私はこの本を貸付金の担保に供する」と言うようなものであり、それが一般的用語でもあり、遺言者はこれに従ったのである。文言〈共同相続人に売却する〉について。ただし共同相続人が購入を望まない場合には、他方の相続人は、学説彙纂後巻第45巻第1章「言語による債務関係について」第1法文及び第122法文の方式を遵守して、売却できる。ディヌスは文言〈権利〉への注釈でこれに反対である。文言〈賃料〉について。賃

貸していたということであるか、処分するべからずとの条項にもかかわらず賃貸できるということになる。以上標準注釈、ディヌス。また、同じ箇所では標準注釈は、処分は禁じられても、百年千年つまり極めて長期にわたって賃貸することはできるのかどうか問い、当節でもまさにそれが問われているとし、これに然りと答えている。つまり、処分してはならないという信託遺贈の条件は賃貸について成就することはなく、また、文言上も、短い期間、長い期間、極めて長い期間の何れにわたるのか区別されていない、と言うのである。そして、標準注釈は学説彙纂前記第19巻第2章「貸主訴権並びに借主訴権について」第39法文も援用している。ディヌスは以上に反対である。なぜなら、短いとはいえない期間にわたる賃貸によって下級所有権が移転され、学説彙纂後述第43巻第18章「地上物について」第1法文第3節にあるとおり、そのような賃貸は処分の一環であるから。また、学説彙纂前述第6巻第3章「貢租地つまり永借地が訴求される場合」第1法文第1節と同後述第43巻第9章「公有地の利用について」第1法文で述べられている点も、本節にもかかわらず論拠となる。なぜなら、本節は短い期間の賃貸に限定されるべきであるから。ペトルス〔・デ・ベッラベルティカ〕も同じ立場であり、公撰集第2集第1巻「教会の不動産を譲渡したり交換したり債権者のため特定の抵当に供してはならないが、包括的抵当には服すること」第1節が論拠とされ、ヤコブス・デ・ベルウィシオの当箇所注釈もそうである。更に、ヨハネス・アンドレアエのクレメンス集第3巻第4章「譲渡不可能な教会財産について」第1節への注釈も同じ立場であり、私もこれが正しいと考える。ただし、当事者間において、その賃貸によって如何なる所有権の移転されまた取得されない旨明示的に取り決められた場合はこの限りではなく、要するに、取り決められた事柄は有効になる。論拠となるのは、学説彙纂第21巻第1章「按察官告示、解除、減額訴権について」第31法文第1節である。つまり、この場合、物における権利が取得されるのではなく、賃貸人という人に対する権利が取得されるのであるから、そのような契約は処分とはいえないのである。そして、以上から、バルトルスの述べる次の点も導かれる。バルトルスが言うには、果実を百年千年にわたって私が約束しても、当該契約からは人的訴権が生じるにすぎないので、当該契約は、本来的には売却や約束の契約と解されるとしても、処分の一種でもなければ、私を法や遺言者の禁止に触れさせることにもならない。この点には注意を払うべきである。更に、バルトルスは、当節注釈において、処分を禁止されながら包括的に担保に供することが禁止に反すると解すべきかを問い、否と解答している。彼によれば、その理由は、学説彙纂第20巻第1章「質乃至抵当、それらは如何にして締結

る。ただし、バルドゥスの見解はイモラが想定する学説上の対立軸に収まるほど単純ではない。まずそこでは、バルトルスも支持したディヌスの説、つまり、「賃貸locatio」が「処分的一种species alienationis」に当たるか否かを下級所有権の移転の有無で判断する見解が好意的に紹介されており、同時に、都市からの永借人に「対物訴権」を付与する前述の学説彙纂第6巻第3章の法文等も引用された上で、アックルシウスの説は排斥されている。そして、そのようなバルドゥスが条件付きながら明示的に賛意を示しているのが上記アンドレアエのクレメンス集注釈である。ここでは、アンドレアエはバルトルスと同じディヌス説の支持者に位置づけられており、このようなバルドゥスの見立ては、アックルシウス説に対抗する文脈でやはりディヌスの名を挙げていたアンドレアエの注釈に忠実と言え、逆にイモラの議論の恣意性をあぶり出すことにもなる。

「当事者間において、その賃貸によって如何なる所有権も移転されまた取得されない旨明示的に取り決められた場合はこの限りではない *nisi sit actum expresse inter partes, quod per talem locationem nullum dominium transferatur, vel acquiratur*」、つまり、所有権が移転しない旨の明示の約定が存する場合には、「物における権利が取得されるのではなく、賃貸人という人に対する権利が取得される *nullum ius quaeritur in re, sed contra personam locatoris*」ので、賃貸期間が「短い *modicum*」とは言えずたとえ十年を超えるとしても、「そのような契約は処分とはいえない *iste contractus non est species alienationis*」。このバルドゥス説に対して、イモラは、「バルドゥスの述べるところは、自分自身に加えて自らの相続人をも義務づける俗人について当てはまると思われる *videtur illud dictum Baldi procedere posse in layco qui praeter se et suos heredes obligaret*」と述べ、ローマ法解釈としてのバルドゥス説の権威は認めつつも<sup>24)</sup>、「相続人を義務づけることのできない高位聖職者

---

されるのか、それらの特約について」第6法文にあるとおり、特定の担保に供せないはずのものは一般に契約の対象にはならないからである。この点にもよく注意すべきである。”(Opera omnia, III, 160. 引用は1615年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

24) イモラをバルドゥスの弟子の一人に数えるものとして Bini, *Memoire istoriche della*

praelatus qui non potest successorem abligare」による所有権不移転の約定は賃貸期間が長期に及べば機能しない旨反論している。しかし、ここで重要なのは、両者が、バルトルスと同様、ディヌスに倣って所有権移転の有無に着目しているという点であろう。

当時の通説*opinio communis*とも言うべきこの観点からすれば、「永続的な賃貸借*locatio perpetua*」と言おうと「永代賃借のための譲与*concessio in emphiteusem*」と言おうと、下級所有権が移転される限り、「それらの契約は名称において異なるだけで効果においては異ならない*videntur tales contractus solum quo ad nomen et non quo ad effectum deferre*」。また逆に、「一時的に*imperpetuum*」為される教会財産の賃貸借は、下級所有権の移転を伴わないが故に、まさに第9節にみられるとおり、カノン法の処分禁止に反せず有効である一方、下級所有権どころか上級所有権をも移転する留保定期金は永代賃借以上に許されないということになりそうである。ところが、先の第6節の標準注釈やパノルミタヌスの注釈にあったように、留保定期金はカノン法上有効な契約と見なされている。イモラが、教会財産の賃貸借の可否という注釈の主題からの脱線を厭わず、敢えて永代賃借と定期金の相違にも詳細に言及しているのはそのような疑念を払拭するためであろう。イモラもまた、「永借契約と定期金契約が別の契約である*alius est contractus emphiteoticus alius est contractus censualis*」ことを確認するところから議論を始めている。「下級所有権が移転する*transit utile dominium*」場合には「永借契約*contractus emphiteoticus*」が存するのに対して、「本来的かつ厳密な意味で定期金契約が存するのは、物が譲与される者へと上級所有権と下級所有権の何れもが移転される場合であり、〈私があなたにこの物を譲与し、私がこの物について有するあらゆる権利をあなたに移転する〉と言われる場合である*Contractus*

---

Perugina università (1816), 132、Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2. Ausgabe, VI (1850), 229、Schulte, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, II (1877), 296、これを疑問視するものとして Lange/ Kiriechbau, *Römisches Recht im Mittelalter*, II (2007), 808を参照。

*censualis proprie et stricte est quando in eum cui conceditur res transfertur directum dominium et utile que dicitur concedo tibi talem et transiero in te quicquid iuris in illa habeo*」]。それ故、所有権移転の対価を永借料や定期金など如何なる名称で表示しようとも、下級所有権が移転される限りは永代賃借が、所有権が完全に移転される限りは留保定期金が、それぞれ存することになる。そして、イモラは、この理屈を対価の名称だけではなく契約それ自体の名称にも及ぼすための唯一無比の論拠として第6節を引用する。「〈私はあなたにこの目的物とこの目的物について有しているあらゆる権利を一定額の年払い地代と引き換えに永続的な永代賃借として供する〉と述べられている場合であっても、そのような言明にかかわらず、永借契約ではなく定期金契約が存することになると解すべき*dicendum si dcitum fuerit concedo tibi talem rem in emphiteosim perpetuam et quicquid iuris habeo in illa pro certa annua pensione quod nihilominus contractus erit censualis et non emphiteocus*」であり、そもそもこの場合には、「〈永代賃借として〉」という文言が誤用されていて、譲与者が目的物について有するあらゆる権利を譲与し譲与の相手方にそれを移転するという点がはっきりと言明されているところからすれば、実際には、〈永続的な定期金による譲与として〉と述べられるべき*impropriabitur verbum in emphiteosim et in effectum exponitur id est in concessionem censualem perpetuam ex quo expresse dictum fuit quod quicquid iuris habebat concedens in re concedit illud et transfert in ipsum cui fit concessio*」であったという点が、「よく注意するならば別書第3巻第36章第6節によって十分に裏付けられている*satis probatur in dato capitulo Constitutus, si bene advertetur*」というのである。更に、「締結者の意図から見た契約の本性に照らして文言が誤用されている*verba impropriantur secundum naturam contractus ex mente contrahentium*」と断定するイモラの言い回しには、先のパノルミタヌスの第6節注釈以上にはっきりと「契約の本性*natura contractus*」優先論への支持が表明されているとも言える。ほぼ同世代に属し共にポーロニヤで学んだイモラとパノルミタヌスが相互に言及することはなかったけれども、フランツケは、両者の注釈を永代賃借と留保定期金の二分法

の典拠としての的確に結びつけて引用したことになる。

とはいえ、パノルミタヌスの第6節注釈とイモラの第9節注釈との内容的な類縁性はフランツケ自身が見出したものではない。というのも、パノルミタヌスの第6節注釈中の文言〈幾つかの相違 *plures differentias*〉に付されたセバスティアーノ・サピーア Sebastiano Sapia (1462-1523年) の補注 *addito*<sup>25)</sup> が既にイモラの第9節に着目しその内容を敷衍しており、このサピーアの補注をフランツケは参照しているからである。フランツケが永代賃借と留保定期金の二分法を批判するのは、「定期金契約によって、譲与者が目的物上に有していた

---

25) “なお、これらの相違について、パレルモ大修道院長は、前記別書1巻41章「原状回復について」第1節への注釈第2段の「第三の理解をも加えるならば云々」の行においても提示している。また、この点についてはイモラが別書3巻13章「教会財産で譲渡可能なもの及び不可能なものについて」第9節への注釈第2段において大いに教師らしく説明している。そこでイモラは注釈の本筋から大きく逸れた上で、このようなことが実際にしばしば生じるが故に常に注意すべきである旨述べている。更にこの箇所ではイモラは次のように付言していて、けだし至言である。すなわち、証書において「私は、目的物を永続的な永代賃借として、年払いの定期金、例えば、百ドゥカートと引き換えに譲与し、目的物について私が有している全ての権利をあなたに移転する」と述べたならば、たとえ「永代賃借として」と述べられているとしても、「私が有している全ての権利をあなたに移転する」と述べたが故に「永代賃借として」との言明にもかかわらず、それは定期金契約なのである。ヨアンネス・ファベルも法学提要3巻24章「賃賃借について」第3節への注釈最終段〔の内第14番末尾から第17番〕において同じ立場に与しており、バルドゥスがコンスタンツの和解第1章への注釈第28段の文言「〈臣従擬制金を支払う〉について」で何を述べていようと問題ではない。それどころか、アルベリクス・デ・ロサーテが勅法彙纂4巻66章第2法文への注釈の文言「私によって問われている問題について先の某が何と言おうとも云々」で述べるところによれば、証書の趣旨からは永代賃借なのか定期金契約なのか明らかではない場合により一層強く特にそのように言えるとされ、要するに、疑わしい場合には定期金契約が存すると解されるとされる。それ故、数え切れない年数にわたって地代支払いを怠っているとしても、追い払われることはなく、上に引用した人々も一般に当節への標準注釈やインノケンティウスの注釈に依拠して、定期金契約であればそのように解する旨述べている。” (Commentaria, VI, 176. r.)

全ての権利が譲与されるため、下級所有権も上級所有権も移転され、旧所有権の証しとしての年払い定期金の留保以外に譲与者には全く何も残らないのに対して、永借契約では、下級所有権のみが移転し、上級所有権は移転せず譲与者の下に留まる *per contractum censualem concedatur jus omne quod in re concedens habeat, adeoque transeat tum utile quam directum dominium et nihil prorsus penes concedentem maneat, quam reservatio annui census in memoriam dominii antiqui; per contractum emphyteuticum vero transeat solum dominium utile, directum non item, quod apud concedentem manet*」との理解では、「授封物の定期金」に伴う上級所有権の効果、すなわち、「疑似授封」と「承認礼金」が説明できないからである（『承認礼金論』第55番）。留保定期金は、先に見たとおり、教会財産の処分禁止の射程をめぐる賃貸借と永代賃借との区別を前提に、処分の一種として禁じられる永代賃借のいわば代替手段として現れたものと考えられ、しかも、完全な所有権を移転するが故に下級所有権のみを移転する永代賃借よりも一層処分の名に値するはずであったにもかかわらず、第6節を唯一の拠り所として、同節の標準注釈を起点にカノン法学上その有効性が承認され確立されたものであった。永代賃借と留保定期金の二分法は、「ここでの契約は、上級所有権は移転されないが下級所有権が永借人に移転される永借契約なのではなく、定期金契約であり、この契約では、上級所有権も下級所有権も修道院に移転したのである *hic non fuit contractus emphyteuticus, in quo contractu non transfertur dominium directum in emphyteutam, sed utile: sed fuit censualis contractus, in quo directum, et utile dominium transivit in monasterium*」という標準注釈の一篇<sup>26)</sup>によってまさに定式化されたのである。フランツケも、目的物の譲与者から受領者への所有権の完全な移転という留保定期金の概念的特徴を、「定期金は自らの物について、地代や賃料は他人の物について支払われる *censum de re nostra, sed pensionem seu canonem de re aliena solvi*」というパノルミタヌスの第6節注

26) 注5参照。

釈に既に見られた<sup>27)</sup>言い回しで敷衍しつつ、この第6節の標準注釈をあらためて引用している(第56番)。サピエアの上記補注がイモラの第9節注釈との組み合わせで引用されるのはその直後である。完全な所有権の有無という判断基準を拡張して適用し、「証書によって明示的に永代賃借として年払い定期金と引き換えに譲与が行われても、譲与者が目的物上に有していた全ての権利の移転が行われたならば、当該契約は定期金契約となる*licet instrumento concessio facta sit expresse in emphyteusin sub annuo censu, si tamen translatio fieret juris omnis, quod concedens in re illa haberet, contractum illum nihilominus esse censualem*」と解する論者としてイモラが特に取り上げられているのである(第57番)。〈永代賃借として*in emphyteusim*〉との証書の「文言*verba*」よりも、「全ての権利の移転*translatio juris omnis*」という留保定期金の「契約の本性*natura contractus*」を重視する観点それ自体は、既に見たように、パノルミタヌスにも確認できるものであって、イモラ特有のものではない。それにもかかわらず、パノルミタヌスの第6節注釈をここで引用せず、サピエアの補注と、同じくイモラの第9節に言及しこれに賛同するヤーソン・デ・マイノ Jason de Mayno(1435-1519年)の勅法彙纂第4巻第66章第1法文注釈<sup>28)</sup>のみ

27) 注4〈20.〉末尾参照。

28) “〈48. 永借契約は如何なる点において定期金契約とは異なるのか。〉第四に、この永借契約は如何なる点において定期金契約とは異なるのかが問題となる。そのような問いをここで提起しない者もあるし、バルドゥスも本章表題の注釈において取り上げていない。しかし次のように解すべきである。すなわち、定期金契約とは本来、ある者が物について有する権利を売却したり譲渡したりする場合であり、その者が本来的に所有権者であるならば上級所有権を、下級所有権を有するならばその有する権利を、例えば百デナリウスで売却するとともに、例えば二デナリウスの年定期金を自らに支払うべきとするような場合がこれにあたる。これは、別書第3巻第36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節とその標準注釈、学説彙纂第39巻第4章「徴税請負人、貢納金、没収について」第1法文第1節へのバルトルスの注釈とルドウィクス〔・ポンタヌス・デ・ローマ〕の同箇所注釈にあるとおりである。そして、まさにこの点において、定期金契約は、永代賃借、地上権設定、書付賃借における譲与と異なっており、これらにおいては、譲与者は物について有している



に言及するフランツケの態度には、「契約の本性」による正当化への懷疑を読み取ることも可能であろう。実際、サピエアもヤーソンも「契約の本性」には触れていないし、サピエアがイモラの見解を敷衍して、「証書において〈私は、目的物を永続的な永代賃借として、年払いの定期金、例えば、百ドゥカートと引き換えに譲与し、目的物について私が有している全ての権利をあなたに移転する〉と述べたならば、たとえ〈永代賃借として〉と述べられているとしても、〈私が有している全ての権利をあなたに移転する〉と述べたが故に〈永代賃借として〉との言明にもかかわらず、それは定期金契約なのである*si in instrumento diceretur, concedo rem in emphyteusim perpetuum sub annuo censu, puta centum ducatorum, et transfero in re omne ius, quod habeo, quamvis dictum sit in emphyteusim, tamen ille esset contractus censualis, non obstante, quod dictum sit in emphyteusim propter illud quod dictum fuit,*

---

権利を移転することはない旨、別書第3巻第13巻「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欄が説明している。その箇所ではイモラが大胆にも付言するには、もし証書中に、「私はある物と、その物について有する全ての権利を、年払い定期金と引き換えに永代賃借として譲与する」と述べられている場合、それは永借契約ではなく定期金契約であり、「永代賃借として譲与する」という文言が不当に用いられているとされる。イモラが考慮している点に、特に以下に付言する実益に照らし、よく注意すべきである。〈49. 同上。〉すなわち、永借契約と定期金契約との間に次のような注目すべき相違が存するのである。教会の永借人は負担する賃料を二年間支払わなければ永借権を失い【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、別書前記3巻18章「賃貸借について」第4節】、また、私人の永借人は三年間支払わなければ永借権を失うが【本章後述第2法文とそこで述べた点】、定期金義務者は、支払わない期間が三年どころか千年にわたったとしても、定期金による権利を失うことはない【別書前記3巻36章第6節の本文と標準注釈の組み合わせ】。この点については自分でよく考えてみるべきであり、例外についても注意すべきであるし【別書上記3巻18章第4節、本章後述第2法文】、実際注目すべき有益な例外が存している。更に、ヨアンネス・ファベルが法学提要第3巻第24章「賃貸借について」第3節への注釈の末尾直前で全体として同じように模範的に述べているところも参照せよ。永借権が如何なる点で用

transfere in te omne ius, quod habeo」と述べるところからは、「契約の本性」というよりはむしろ「〈私が有している全ての権利をあなたに移転する〉と述べたdictum fuit, transfere in te omne ius, quod habeo」ことが重視されているのが分かる。サビーアの補注では、イモラヤパノルミタヌスの一世紀前、バルトルスの師キヌス・デ・ピストイアCinus de Pistoia(1270-1336/37年)と同世代のジャン・フォールの見解も援用されていて、そのフォールの法学提要第3巻第24章第3節注釈の末尾部分<sup>29)</sup>では確かに、「公証人notarii」が「証書instrumentum」に〈某は永代賃借あるいは定期金としてある物を譲与し、全ての所有権を移転し、地代あるいは定期金以外には全く何も留保しないtalisdedit in emphyteusim seu censum talem rem, et transtulit omne dominium,

---

益権とは異なるのかについては本章後述第2法文への注釈第9欄で述べた。”(In primam Codicis partem commentaria, 155v. -156. r. 引用は1598年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

29) “〈14. 定期金は永代賃借とは異なること。〉…ところで、定期金負担物が没取されることはないというカノン法学者等の見解が仮に維持されるとして、証書中に、「某がある物を永代賃借としてもしくは永続的な定期金として譲与する」と書かれている場合には、その物は永借物となるのかそれとも定期金負担物となるのか、が問題となる。この場合は勿論、永借物となると解される【学説彙纂17巻2章「組合訴権について」第47法文】。同第34巻第2章「金、銀、化粧道具、装身具、香油、衣装、掛け布、彫像の遺贈について」第15法文も論拠に加えることができる。

〈15. 定期金契約の形式及び本性。〉それでは、証書中に、「某は永代賃借あるいは定期金としてある物を譲与し、全ての所有権を移転し、地代あるいは定期金以外には全く何も留保しない」と記載されている場合、これは、自分が何を書いているのか分かっていない公証人が頻繁にやっていることであるが、この場合はどうであろうか。上記の点は定期金の本性に関わるものであり、永代賃借の本性とは関係がないので、私は、このような場合、定期金契約と解したい。つまり、我々が文言に忠実であるのは、別の仕方で反対のことが明らかになっていない場合に限られるのである【学説彙纂32巻「遺贈並びに信託遺贈について」第69法文、同50巻17章「古法の諸準則について」第34法文】。更に、同第7巻第5章「費消され損耗する物の用益権について」第5法文第2節及び第12法文も論拠となる。”(Commentaria, 103. v. 〈14.〉の前段部分はIIの注18を参照。)

nihil omnino retento, nisi pensione, vel censu) と記入することは「永代賃借の本性*natura emphyteutica*」ではなく「定期金の本性*natura censualis*」に合致する旨論じられている。しかし、フランツケは、授封物の定期金と永代賃借の類似性を指摘する文脈で既にフォールの注釈を引用していながら(第38番<sup>30)</sup>)、ここではフォールの名を挙げてはいない。

カノン法学者の別書注釈に続いて、フランツケは、世代的に丁度パノルミタヌスとイモラを挟んで半世紀ほど相前後する二つのローマ法文注釈を、永代賃借と留保定期金の二分法の典拠として挙げている。まず一つ目は、学説彙纂第39巻第4章「徴税請負人、貢納金、没収について*De publicanis et vectigalibus et commissis*」第1法文第1節へのバルトルスの注釈である。同節には、「本章は徴税請負人に関連する。そもそも徴税請負人とは、国庫に貢納金を支払うにせよ租税を徴収するにせよ、公のものを享受している者であり(その名称はここに由来する)、更には、国庫から何かを賃借する者全てが正に〈プープリカーニ〉と称される。*Hic titulus ad publicanos pertinet: publicani sutem sunt, qui publico fruuntur (nam inde nomen habent), sive fisco vectigal pendant vel tributum censequantur: et omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani.*」、とあり、バルトルスの本節注釈からフランツケが引用しているのは、注釈冒頭の法文のいわゆる「要約*summaria*」の部分に続いて、法文中の文言「貢納金*vectigal*」と「租税*tributum*」について論じられた箇所<sup>31)</sup>である。バルトルスによれば、これら二つの語句は、「国庫*fiscus*」に納付

30) Ⅲ注26参照。

31) “〈1. 貢納金と税金は如何なる点で異なるのか。〉貢納金と税金との間に如何なる相違が存するのか問題となる。この点、標準注釈にあるとおり、貢納金を種と解するならば全く本節にあるとおりであるが、もしこれを類と解するならば、後述本章第7節及び同節について述べたところから、事情は異なる。〈2. 論拠は一般的な用語法から得られる。〉そしてこの点が、一般的な用語法によって証明されることは、本章第11法文第5節で述べた。〈3. 年払い公課、ケンスス、租税も場合により同義である。〉更に、標準注釈によれば、年払金、公課、定期金、租税もまた同様とされ、これは、それらが国庫に対して義務づけられているのである限り、正しい。しかし、

すべく義務づけられる金銭一般の「種species」として用いられる限りは、本節のように、「徴税請負人publicani」が国庫を代行して徴収する場面と徴収したものを国庫に納める場面とにそれぞれあてはることも可能であるが、「一般的な用語法communis usus loquendi」では、両者のみならず、「年払金annua praestatio」、「公課publica praestatio」、「定期金census」といった語句も含めて、国庫に納付される金銭一般、つまり、「類genus」として用いられているとされる。ただし、そのような用語法が妥当するのは、「それが国庫に対して義務づけられているdebetur fisco」場合に限られ、「それが私人、教会あるいは都市に対して義務づけられているならば、相違が存するsi debetur privato, ecclesiae vel civitati, tunc est differentia」。この箇所は、フランツケが前述のとおりデュ・ムーランから借用した〈ケンスス〉の語義区分の根底にある租税と地代の間の曖昧さを伴った公私区分の典拠の一つとしても注目されるが、ここで目を向けるべきは、バルトルスが、賃貸借や永代賃借と「定期金契約」との間に存する「相違differentia」に言及している点である。バルトルス自身は、「年払いの地代を負担する者、あるいは、賃借人や永借人である者が、支払わない場合、別書第3巻第36章第6節の本文や標準注釈その他諸注釈にあるとおり、その権利を失うille qui debet annuam pensionem, vel est conductor, vel

---

それらが私人、教会あるいは都市に対して義務づけられているならば、相違が存する。なぜなら、年払いの地代を負担する者、あるいは、賃借人や永借人である者が、支払わない場合、別書第3巻第36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節の本文や標準注釈その他諸注釈にあるとおり、その権利を失うからである。〈4. 定期金契約とは、一定額の地代が支払われるとしても目的物について自らに何も留保していない場合に為されるものであり、何かを留保している場合には永代賃借と解される。〉一方、定期金契約とは、一定額の地代が自らに支払われるべく義務づけられているにせよ、目的物について有している全ての権利を譲与する場合に存する。これに対して、自らに何らかの権利を留保する場合には永代賃借が存するとされる【上記別書第3巻第36章第6節及びバルトロマエウス〔・プリクシエンシス〕とインノケンティウス〔IV世〕の同節注釈】。私は租税やその他賦課されているものの間の相違を以上のように解する【学説彙纂上記第7巻第1章「用益権並びに用益の方法について」第18法文】。(Digestum novum commentaria, 118. 引用は1562年パーゼル刊のテキストによる。)

emphyteuta, et si non solvit, cadit a iure suo, ut Extra de religiosis domibus capitulo Constitutus ubi textum et glossa nota」<sup>32)</sup>としか述べていないが、第6節とその注釈が典拠として挙げられているところからも、「誰かが定期金の支払いを義務づけられている場合、それを支払わなくても、彼はその権利を失わないquando quis tenetur praestare censum, non cadit a iure suo, illo non soluto」<sup>33)</sup>とのアンドレアス・デ・バルバティアAndreas de Barbatia(?-1480年)の補注additio<sup>32)</sup>を待つまでもなく、カノン法学における永代賃借と留保定期金の二分法が意識されているのは明らかであろう。そして何よりも、バルトルスは、注釈の主題から脱線する形で、「定期金契約は、一定額の地代が自らに支払われるべく義務づけられているにせよ、目的物について有している全ての権利を譲与する場合に存するest contractus censualis, quando quis concedit omne ius quod habet in re, licet sibi debeat praestari certa pensio」<sup>34)</sup>か、「自らに何らかの権利を留保する場合には永代賃借が存するquando sibi aliquid iuris reservat, tunc est emphyteusis」<sup>35)</sup>という二分法それ自体に言及しており、フランツケが引用しているのもこの部分である。バルトルスが第6節の注釈者として名を挙げているのはバルトロマエウス・ブリクシエンシスBartholomaeus Brixiensis(?-1258?年)とインノケンティウスIV世であるが、逆に、パノルミタヌスの第6節注釈では二分法の典拠の一つとしてバルトルスの当該注釈が引用されている<sup>33)</sup>。

フランツケが二つ目に引用しているのは、永代賃借の契約類型としての独自性を認めた勅法彙纂第4巻第66章第1法文<sup>34)</sup>へのヤーソンの注釈である。フォリオ大判二欄組みで12頁に及ぶ長大な第1法文注釈は、当法文で直接言及されている売買や賃貸借との区別について論じた後、順に、「書付賃貸借契約<sup>35)</sup>

32) Digestum novum commentaria, 119, additio, b.

33) 注4〈20.〉参照。

34) Ⅲ注2参照。

35) 本稿では、土地に生来緊縛された隷属農ではなく、自由人による土地賃借である点をふまえて、これまで〈contractus livellarius〉に「自由保有契約」、〈livellus〉に「自

contractus livellarius]、「容假占有契約contractus precariae]、「地上権設定契約contractus superficiarius]、「定期金契約contractus censualis]、「封feudum]について、それぞれ永代賃借との区別の可否を検討している(第38番から第74番)。この内、フランツケによって引用されているのは、なぜか「定期金契約」ではなく「書付賃借契約」との区別を論じた箇所<sup>36)</sup>である。その箇

---

由土地保有」の訳語を当ててきたが、封建的負担を免れたいいわゆる「自由保有地allodium: Allod.」乃至「自由保有財産allodialia bona」との区別を明確にするため、以下、原語をそのまま生かし、「書付賃借契約」及び「書付賃借」と訳すことにする。

- 36) “(38. 永借契約は如何なる点について書付賃借契約とは異なるのか。)そこで第一に問題となるのは、如何なる点においてこの永借契約は書付賃借契約と異なっているのか、である。バルトルスは当法文注釈において、封建法書第2巻第9章「かつて封はどのように譲渡されていたのか」第1節に依拠して、両者には如何なる相違も存しないと述べている。同節の本文によれば、書付賃借契約とは、2デナリウスといった極めて少額の地代と引き換えに目的物を永続的に譲与する場合であるとされる。ただし、バルトルスによれば、永借契約は幾世代にもわたって永続的に譲与が行われる場合であるのに対して、書付賃借とは三十年までの期間で譲与が為される場合であると解する人々もいるとされる。バルトルスに与して同様に述べるものとして、[バルトロマエウス・デ・]サリケトの当法文注釈最終欄があり、観察者[=グイエームス・デュランティス]の『法の鏡』「封について」の章第40行末尾では、永借契約と書付賃借契約は同一の約定に属するとされている。書付賃借契約については、勅法彙纂前記第1巻第2章「聖なる教会並びにその財産と特権について」第13法文の新勅法引用要約文第1と、学説彙纂第39巻第2章「未発生損害について」第15法文第26節への各標準注釈を参照せよ。ところで、バルトルス自身、上記学説彙纂第39巻第2章第15法文第26節への注釈第4欄の第3問で、書付賃借契約と永借契約の間に相違がある旨述べている。その理由とは、書付賃借は目的物が封臣から譲与される場合であって【封建法書上記第2巻第9章第1節、同第52章「ロータルによる封処分の禁止について」第1節末尾】、譲与者が地主ではない以上、永代賃借と称するのは適切ではないからとされる。それ故、譲与が地主によって為される場合が永代賃借とされ、封臣や永借人によって譲与が為される場合が、本来、書付賃借契約と呼ばれていたところ、バルトルスによれば、今日、これらの名称はいい加減に用いられているとされ、我々も彼に与して永代賃借と書付賃借を理解することに

したい。〈39. 同上。〉以上に対して、バルドゥスは、本章上記表題の注釈において、書付賃借契約(コントラクトゥス・リウエラリウス)とは、例えば第二の永借人が他人に譲与するといったように、書付(リウエッルス)、つまり、証書を介して複数の様々な人々へと及んでいく場合であると述べている。また、バルドゥスによれば、書付賃借とは、三十年までの年払い給付が更新の特約を伴い設定される場合であり、これはキヌスによって援用されたアーズの見解とされ、バルドゥス自身、当法文注釈の第二問ではこれに与してはいないが、封建法書第1巻第5章「封は如何なる場合に失われるのか」前書の「もしくは書付賃借者に対して云々」の節への注釈第1欄ではこの見解に支持している。ところが、そのバルドゥスが、本章前記表題への注釈において反対の立場をとって、そのような更新の特約は書付賃借契約の本質には関わらないと述べている。簡潔に結論づけるならば、有用な区切りがなく、効果において相違が存しないのが明らかである以上、書付賃借契約とは封臣や永借人が年払いの地代と引き換えに自らが他人から受領している不動産をまた別の者に永続的に譲与する場合と解され、このように譲与者が地主ではない場合にその契約は当然に書付賃借契約と呼ばれるのに対して、譲与者が地主である場合が本来的に永借契約と呼ばれるのである。バルトルスの上記学説彙纂第39巻第2章第15法文第26節や封建法書第2巻第9章第1節への注釈に倣って通説上そのように認められているのが見出されるであろうし、封建法書第1巻第13章「封の処分について」第1節へのバルドゥス、ヤコブス・デ・アレナ、アンドレアス・デ・イセルニアの各注釈もまた同じ立場である。ただし、一般的な用語法では、永借契約を書付賃借契約、あるいは反対に、書付賃借契約を永借契約をと呼んでいて、書付賃借という名称よりも一層頻繁に用いられる表現である。この点にも言及しているのは、勅法彙纂後述第6巻第43章「遺贈物もしくは信託遺贈物の共有について」第3法文の新勅法引用要約文へのバルドゥスの注釈、別書前記3巻18章「賃貸借について」第4節へのフィレンツェ枢機卿 [= フランクスクス・ザバレラ] とイモラの各注釈、別書第3巻第25章「聖職者の私有財産について」第5節へのイモラの注釈である。なお、この書付賃借契約において、最初に一定の金額が支払われることが必須であるかどうかについては、先に明確に述べたし、バルドゥスも封建法書上記第1巻第13章第1節の注釈第2欄で言及している。〈40. 書付賃借契約の本性上、譲与は永続的に為される。〉また、ここでバルドゥスは、ヤコブス・デ・ベルウイシオに倣って、同節の本文に大いに注目している。すなわち、この書付賃借契約の本性とは、譲与が永続的に為されるというものであり、それ故、ある物が単純に書付賃借として譲与されたという内容の証書が見出されたならば、当

所では、「譲与が地主によって為される場合が永代賃借とされ、封臣や永借人によって譲与が為される場合が、本来、書付賃借契約と呼ばれていたところ、今日、これらの名称はいい加減に用いられている *dicitur emphyteusis, quando concessio fit a domino, si autem a vasallo vel emphyteuta, dicitur proprie levellarius, hodie tamen his vocabulis abutimur*」とし、そのような「一般的な用語法 *communis usus loquendi*」に照らせば、結局のところ、両者には「如何なる相違も存しない *nulla esse differentia*」とするバルトルスの見解とそれを支持する通説にヤーソンも与している。当事者間で交わされる「書付 *livellus: libellus*」がそのまま契約の名称としても用いられる書付賃借と永代賃借との間にまさにその名称以外の相違を認めないバルトルスの見解は、バルトルス自身の第1法文の注釈<sup>37)</sup>でも表明されており、こちらの注釈は、既にⅢでみたとおり、授封物の定期金と永代賃借の類似性の典拠としてフランツも引用していた(『承認礼金論』第38番)。しかし、カノン法由来の留保定期金と永代賃借の二分法を論じる文脈で、このバルトルス説を支持するヤーソンの注釈を引用することは、授封物の定期金と書付賃借との差異を捨象した先の議論以上に奇異である。しかも、フランツケは、前述のように、ヤーソンが永借契約と定期金契約の区別を論じた箇所<sup>38)</sup>を、イモラの第9節に言及する先のサビーアの補注

---

該譲与は永続的なものと推定されるというのである。彼が考慮している点をよく注意すべきである。また、本章後述第2法文について私が述べた多くの有益な事柄も参照されたい。なお、小作(コロナリウス)とよばれる契約が如何なる契約でどのようにして成立するのかについては、公撰集第2集第1章「教会の不動産を譲渡したり交換したり債権者のために特定の抵当に供することはできないが、包括的な抵当には服することについて」第1節で説明されるところを参照せよ。この契約については、勅法彙纂後述第7巻第39章「三十年もしくは四十年の前書について」第2法文の文言〈占有者〉への標準注釈第二冒頭、バルドゥスの同箇所注釈、封建法書前記第1巻第5章前書の「もしくは書付賃借者に対して云々」の節への同じくバルドゥスの注釈第1欄も言及している。”(In priman Codicis partem commentaria, 155.r.-v.)

37) Ⅲ注3の〈7.〉参照。

38) 注28参照。



と共に引用している(第57番)。しかし、定期金契約との相違を論じたこちらの箇所も、内容的に、二分法それ自体の典拠として引用するに相応しいとはいえない。というのも、ヤーソンは、第6節やその標準注釈、バルトルスの上記注釈、そして、イモラの第9節注釈を典拠として引用しているにもかかわらず、「定期金契約とは本来、ある者が物について有する権利を売却したり譲渡したりする場合であり、その者が本来的に所有者であるならば上級所有権を売却し、下級所有権を有するならば、その有する権利を例えば百デナリウスで売却するとともに、例えば二デナリウスの年定期金を自らに支払うべきとするような場合がこれにあたる*contractus censualis est proprie quando quis vendit vel alienat ius quod habet in re, ut si sit directo dominus, vendit directum dominium; vel si habet utile dominium, et sic ius quod habet, puta pro centum, cum hoc quod sibi praestetur annus census, puta duorum denariorum*」とし、「この点において、定期金契約は、永代賃借、地上権設定、書付賃借における譲与と異なっており、これらにおいては、譲与者は物について有している権利を移転することはない*in hoc differat a concessione in emphyteusim vel superficiem, vel in livellum in quibus concedens non transfert quod habet in re*」と述べて、留保定期金は完全な所有権移転、永代賃借は下級所有権のみの移転という二分法の根幹に矛盾する説明をしているからである。とはいえ、「もし証書中に、〈私はある物と、その物について有する全ての権利を、年払い定期金と引き換えに永代賃借として譲与する〉と述べられている場合、それは永借契約ではなく定期金契約であり、〈永代賃借として譲与する〉という文言が不当に用いられている*si in instrumento diceretur concedo talem rem in emphyteusim pro annuo censu, et omne ius quod habeo in illa re, iste non esset contractus emphyteuticus, sed contractus censualis; et illa verba concedo in emphyteusim, starent improprie*」とのイモラの見解を、不払いによる権利喪失の有無という「実益*effectus*」に照らして肯定的に紹介するヤーソンの注釈が、約三世紀にわたる中世普通法学の営為の掉尾を飾るものであるのは確かである。13世紀初頭のインノケンティウスⅢ世の答書が第6節として別書に収録された後、その標準注釈を筆頭とするカノン法学者の諸注釈は、第

6節のような法源上の拠り所を持たないローマ法学者をも巻き込む形で、いわば協働して留保定期金と永代賃借の二分法を確立し普及させたのである。

中世普通法学の文献に続いて、フランツケは、16世紀以降の法学文献を合計14点列挙している。この内、後半7点が、「我々の法廷forum nostrum」、つまり、ザクセンの法廷実務を踏まえた著作であるのに対して、前半7点は、定期金論の先進地であるイタリアやスペインのものを中心に、中世来の伝統を直接引き継ぐ著作が並んでいる。引用されているのは、順に、

1：ミラノ公国（1535年以降ハプスブルク家領、1555年カールV世がネーデルラントと共に息子フェリペに譲渡、フェリペが翌年スペイン王に即位しスペイン王国領）でスペイン国王フェリペII世の「最高顧問supremus consiliarius」や「特別会計院長官redituum extraordinariorum praeses」等を務め、後に、マドリッドのイタリア諮問会議Consejo d'Italiaの「執政官Regens」にも任ぜられたジュリオ・クラロGiulio Claro(1525-1575年)の『永代賃借論Tractatus de emphyteusi』（『永借権論De iure emphyteutico tractatus』）第1問Quaestio prima「永代賃借はなぜ書付賃借契約や定期金契約とは異なるのかEmphyteusis quid differat a contractu libellario, et censuali」<sup>39)</sup>

---

39) “(1. 書付賃借契約は永代賃借とどのように異なるのか。) 概念の理解のためには、永代賃借に極めて類似し似通った契約、すなわち、書付賃借契約、定期金契約、賃賃借といったものが幾つか存することを知っておくべきである。そこで、この種の契約がなぜ永代賃借と異なるのかが問題となる。この点以下のように解答すべきである。書付賃借契約と言われるのは、封臣や永借人が相手方に一定額の年払い地代と引き換えに、他人から封あるいは永代賃借として受領している土地を譲与する場合であり、従ってまた、譲与者が地主、つまり、上級所有権者ではない場合である。これは要するに、転永代賃借と一般に呼ばれているものである。これに対して、譲与者が地主である場合こそ、本来、永借契約と呼ばれるものであり、勅法彙纂4巻66章「永借権について」第1法文へのヤーソンの注釈第39番の後半にあるとおり、諸博士は一致にしてこれを認めている。ただし、本来の用語法からどのように導かれるとしても、今日、永借契約と書付賃借契約は（一般的な用語法に従えば明らかに）同じものであり、デキウス『助言集』助言146第2番がパリシウス『助言集』第3巻

助言77第12番を援用して述べているとおり、全ての人々がこの点で一致している。また、この地域〔＝ミラノ公国〕でも以上の点が変わらず遵守されているのが見受けられ、至る所でこれら二つの契約が同義語と受け取られている。というのも、アングルス『助言集』助言184第3番やティラクエルス『親族取戻論』第33条第1注釈第1番が述べているとおり、今日では、これらの語句は、互いに混同し、一方のために他方を用いるなど、いい加減に扱われているからである。

〈2. 定期金契約とはどのように異なるのか。〉一方、定期金契約も永借契約とは異なる。なぜなら、定期金契約では、下級所有権のみならず上級所有権もが受領者に移転されるのに対して、永代賃借では、下級所有権だけが移転され、上級所有権は譲与者の下に留まるからである。別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節の文言「所定の割合で」への標準注釈の末尾がそのように述べており、大修道院長の同箇所注釈第20番が指摘するとおり、諸博士が一致してこれに従っているし、ヤーソンの勅法彙纂前掲4巻66章第1法文注釈第39番も諸博士が一致してこれを是認している旨述べている。従って、定期金は自己の物について支払われ、地代は他人の物について支払われる。というのも、大修道院長が別書前掲箇所への注釈で証言しているとおり、今日ではこれらの用語もまた混同して用いられてはいるとはいえ、本来、永借人によって支払われる賃料は地代と呼ばれ、定期金義務者によって支払われる賃料は定期金と呼ばれるからである。そして、以上の点から非常に重要な点が導かれる。それはすなわち、定期金義務者が賃料の支払いを二年にわたって滞ったとしても、『通説集』の〕「定期金」の章で既に述べたとおり、定期金負担物それ自体を失わない、という点である。後述第8問で詳しく述べるように、永借人の場合はそうではない。

〈3. 疑わしい場合、契約は定期金契約と永借契約の何れと解されるべきか。〉とここで、私が何らかの家屋あるいは土地を年払いの地代あるいは賃料と引き換えに受領したとするならば、定期金契約と永借契約の何れと解されるのであろうか。解答は次のとおり。諸博士は、もし毎年一定額が変わらずに支払われている場合には、定期金の権利というよりは、永借権あるいは永続的な小作権に基づき支払われていると推定されると言う。譲与者にとってより不利益にならないというのがその理由であり、ペロウス『問題集』問題14第1番が証言するとおり、注釈家の通説はそうのように解している。私の考えでは、この点は、教会によって為される譲与だけではなく、私人によって為される譲与にも妥当する。なぜなら、何れの場合にも同じ理由が通用するからである。譲与の文言から契約当事者が何れの契約を企図していたのかははっきり分かる場合には、語句の本義から離れるべきではないというのは勿論

## の第2番

2:ハプスブルク領ネーデルラント(1477年ブルゴーニュ家シャルル突進公の娘マリとオーストリア大公マクシミリアンの婚姻の後、息子フィリップ端麗公を経て、1506年孫シャルル[1516年スペイン王カルロスⅠ世、1519年神聖ローマ皇帝カールⅤ世]が継承)で「メヘレンのネーデルラント大評議院の議長 Senatus [=Grote Raad] Belgici apud Mechliniam praeses」を務めたニコラス・エフェラールツ Nicolaas Everaerts(1461/62-1532年)の『トピカ、別名、法の論拠の書 Topicorum, seu de locis legalibus』(『法の論拠集 Loci argumentorum legales』)第31論拠 locus「永代賃借から定期金へ ab emphyteusi

---

正しい。しかし、疑わしい場合には、定期金ではなく永代賃借もしくは永続的な賃借が推定されるという立場が原則として留まるべきである。

〈4. 単純な賃貸借は永代賃借とどのように異なるのか。〉更に、単純な賃貸借は永代賃借とどのように異なるかについては、周知のとおりである。

〈5. 高額で果実に匹敵するほどの地代が支払われている場合はどうか。〉なお、注意すべきは、僅かな地代が金銭で支払われている場合には、賃貸借ではなく永代賃借と判断せねばならないという点である。というのも、永借契約によって支払われるのは承認のための最小限のものであり、それが永借契約本来の形態であるから。ナッタ『助言集』助言49第7番後半が述べているとおり、この点で全ての論者が一致している。これに対して、果実に匹敵するほどに高額の地代、あるいは、果実の一部が支払われている場合には、永代賃借ではなくむしろ賃貸借と判断されねばならず、勅法彙纂4巻44章「売買の取消について」第2法文へのカグノルスの注釈第202番でも、果実に匹敵する地代が支払われている場合にその契約は永代賃借による譲与ではなく賃貸借として判断されるべき旨論者一致して結論づけているとされる。

〈6. 証書において永代賃借と賃貸借に区別無く言及されている場合はどうか。〉もう一つ知っておくべきなのは、ある契約において、永代賃借や賃貸借、あるいは、書付賃借契約について区別無く言及されている場合、その証書中の各契約に関する合意や特約が何れの契約に相応しいのかに着目し、それに従って、どの種類の契約に分類されるのか判断すべきである。というのも、呼称は重要ではなく、むしろ物事の効果に着目すべきであるからであり、ペロウス『助言集』助言21第5番が述べるとおり、これが通説である。”(Tractatus, 73-77. 引用は1575年ケルン刊のテキストによる。)

ad census」<sup>40)</sup>の第2番及び第3番、

3：サラマンカ大学教授、セゴビア司教、枢密院長官を歴任したディエゴ・デ・コバルビアスDiego de Covarruvias(1512-1577年)の『種々の問題解決集Variae resolutiones』第3巻第7章の第1番<sup>41)</sup>、

4：パヴィーア大学等で教え、クラーロと同じくミラノで顧問官や特別会計院Magistratto straordinario delle entrateの長官を務めたジャコモ・メノッキオGiacomo Menocchio(1532-1607年)の『推定論De praesumptionibus』第2部第3巻第106推定praesumptio CVI「永借契約であるのかそれとも定期金契約であるのかは如何なる推測や推定によって証明されるべきかContractus emphyteuticus, vel censualis, quibus coniecturis, et praesumptionibus demonstratur」<sup>42)</sup>の第1番、

5：コバルビアスと同じくサラマンカで教え、トレドの首席司祭も兼任したアントニオ・ゴメスAntonio Gomez(1500?-1572?年)の『トロ法注解Ad leges Tauri commentarius』第68条注釈<sup>43)</sup>の第3番、

6：パードヴァ大学教授、教皇庁控訴院判事auditor Rotae Romanaeを経て、枢機卿となったフランチェスコ・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Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus』第2巻第22章「永代賃借上の黙示の合意及び不明確な合意についてDe tacitiis et ambiguis emphyteuticis conventionibus」、第3節「永代賃借は書付賃借や定期金からどのように区別されるのかQuemadmodum emphyteusis a libello, et censu distinguatur」<sup>44)</sup>の第9番、

---

40) 全体の試訳は「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。

41) I 注33参照。

42) 全体の試訳は「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。

43) 拙稿「消費貸借における擬制と定期金売買」(獨協法学第88号)のⅢ注16参照。

44) 拙稿「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。

7: ポローニャで学位取得後、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)大学で法学筆頭教授並びに学長を務め、選帝侯や皇帝を含む諸貴顕の法律顧問として名を馳せたルドルフ・シュラーダー-Ludolf Schrader(1531-1589年)の『封論Tractatus feudalis』第2部「封の由来、語源、定義、区分についてDe origine, etymologia, definitione et divisionibus feudi」第2章「封の定義についてDe definitione feudi」の第59番<sup>45)</sup>、

- 
- 45) “以上の諸契約に続いて、定期金契約の定義を教示し、そこから、定期金契約が封や上に述べた他の諸契約とどのように異なっているのか理解することは、必要でありまた有益である。〈59. 定期金契約とは何か。〉定期金契約とは、何らかの物の完全な所有権あるいは下級所有権を有する者が【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第1法文へのヤーソンの注釈第48番】、当該物を、それについて有する全ての権利と共に【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「所定の割合で」への標準注釈、及び、大修道院長の同節注釈第20番、学説彙纂39巻4章「徴税請負人、貢納金、没収について」第1法文1節へのバルトルスの注釈第4番】、最初は無償【論拠となるのは別書上記3巻36章第6節】、あるいは、代価と引き換えに、他人に譲与し【勅法彙纂上記4巻66章第1法文へのヤーソンの注釈第48番】、それに基づいて相手方が一定額の年払い地代あるいは定期金を支払う場合に他ならない【別書上記3巻36章第6節、及び、大修道院長の同節注釈】。〈60. 長年にわたって地代を支払わなくても定期金負担物を剝奪されることはない。〉当該契約の本性上、何年にもわたって地代を支払わなかったとしても、それを理由に定期金負担物が剝奪されることはない【別書上記3巻36章第6節、同節の文言「所定の割合で」への標準注釈、大修道院長の同節注釈第21番、ヤーソンの勅法彙纂上記4巻66章第1法文注釈第49番、同第2法文注釈第41番及び第164番、ニコラウス・エウエラルドゥス『トピカ』論拠「永代賃借から定期金へ】。〈61. 自由保有地あるいは自由保有財産とは何か。〉封建法書では、知ってのとおり、時に自由保有地や自由保有財産について言及されるので、自由保有地が封、そして、上に述べた他のものどのように異なっているのか知っておくべきである。自由保有地あるいは自由保有財産と呼ばれるのは、封を除いた全ての我々の財産であって、我々はそれについて完全な所有権あるいは下級所有権を有しており、裁判権に関する場合を除いて誰からの受認される必要がない【封建法書2巻54章「自由保有地について」第1節冒頭、及び、バルドゥス、マッタエウス・デ・アッフリクティスの同箇所注釈、同2巻26章「死亡者の封につ

である。これら初版公刊順に並べ替えると、エフェラルツの『法の論拠集』(1516年)、コバルビアスの『問題解決集』とゴメスの『トロ法注解』(共に1552年)、クラーロの『永代賃借論』(1565年)、メノッキオ『推定論』(1587年)、シュラーダー『封論』(1594年)、マンティカの『ヴァティカン夜業集』(1609年)となる。フランツケの引用対象は、二分法それ自体の意義である所有権移転の態様の相違(永代賃借では下級所有権、留保定期金では上級所有権をも含む完全な所有権が土地受領者に移転)に言及する箇所に限られているが(ただしゴメスの注釈については所有権移転の態様の相違に言及した第2番ではなく権利喪失の有無を扱う第3番を引用)、既にみたとおり、中世の両法注釈者にとって、この二分法の意義は、地代あるいは定期金の不払いによる土地没収の有無(永借人は二年乃至三年の不払いで没収されるが、定期金義務者は不払いが何年に及んでも没収されない)という実務上の帰結と表裏一体の形で論じられることが多かった。そこで、以下では、二分法が16世紀以降も普通法上の常識として継承され広く普及していった実態を証拠立てるものとして、所有権移転の態様(論点A)と不払いによる土地没収乃至権利喪失の有無(論点B)の二つの論点について、別書第3巻第36章第6節の標準注釈、パノルミタヌスの同節注釈、イモラの同第13章第9節注釈、バルトルスの学説彙纂第39巻第4章第1法文第1節注釈、ヤーソンの勅法彙纂第4巻第66章第1法文注釈の五つの注釈が上記七文献において引用される頻度を確認しておきたい。まず、論点Aについて、標準注釈を引用するのは、クラーロ、エフェラルツ、メノッキオ(第2番)、ゴメス(第2番)、マンティカ(第9番)、シュラーダー(第59番)、パノルミタヌスを引用するのは、クラーロ、ゴメス、シュラーダー、イモラを引用するのは、コバルビアス、メノッキオ、ゴメス、バルトルスを引用するのは、エフェラルツ、コバルビアス、メノッキオ、ゴメス、マンティカ、シュラーダー、

---

いて封主と封臣の近親者との間に争いが生じた場合」第1節へのバルドゥス、ヤコブス・アルワロトゥス、マッタエウス・デ・アッフリクティスの注釈、ヤーソンの封建法書序論第143番、ヨアンネス・フェッラリウス『封論』第5巻第7章】。”(Tractatus, I, 22. 引用は1594年フランクフルト刊のテキストによる。)

ヤーソンを引用するのは、クラーロ、コバルビナス、ゴメス、シュラーダー、である。また、論点Bについて、標準注釈を引用するのは、エフェラルツ、コバルビナス、メノッキオ（第16番）、ゴメス（第3番）、シュラーダー（第60番）、パノルミタヌスを引用するのは、エフェラルツ、コバルビナス、ゴメス、マンティカ（第10番）、シュラーダー、イモラを引用するのは、コバルビナス、メノッキオ、ゴメス、マンティカ、バルトルスを引用するのは、コバルビナス、メノッキオ、マンティカ、ヤーソンを引用するのは、エフェラルツ、コバルビナス、メノッキオ、ゴメス、シュラーダー、である。当然ながら、第6節の標準注釈は、第6節そのものと共に、両論点を通じ、二分法の起源として強く意識されており、論点Aについてはバルトルスの注釈、論点Bについてはパノルミタヌスとヤーソンの注釈の引用頻度が比較的高い。なお、上記七文献の中で先行しているエフェラルツ、コバルビナス、クラーロの著作は、後続のメノッキオ、シュラーダー、マンティカによって引用されている。ヨーロッパ規模での二分法の浸透を裏付ける学説史的流れは、以上から十分に見て取ることができよう。

次に、フランツケ自身の本拠でもあるザクセンの法実務に連なる文献として列挙されているのは、順に、

8：イエーナ大学教授、ザクセン＝アンハルト公の尚書長官、宮廷裁判所の陪席判事等を歴任したマティーアス・コラーMatthias Coler(1530-1587年)の『助言集、別名、法解答集Consilia sive Responsa iuris』（コラーの没後、フリードリヒ・ペンゾルトFriedrich Pensoldによって編集）、助言5「論旨argumentum：封臣がその領民に年払いの地代を伴わず無償で譲与した授封財産は、疑わしい場合、永借財産もしくは書付賃借財産と見なされる。従って、反対の性質を主張する領民はその性質を証明する義務を負う。また、この種の財産は、領主に意に反して、あるいは、領主に無断で、譲渡できない。ただし、慣習法に反対の定めのない限りは、男系が途絶えたならば女性へ、女系が途絶えたならば傍系へと移転される。Bona feudalia, quae vasallus subditis suis sine pensione annua gratis concessit, in dubio reputantur emphyteutica vel libellaria. Et ideo qualitatem contrariam, allegantes subditi eam probare



tenentur. Nec eiusmodi bona, invito, vel non consentente domino alienari possunt. Deficinetibus tamen masculis descendentibus ad foeminas, iisque non existentibus ad collaterales transmittuntur, nisi consuetudo in contrarium extet.」の第15番<sup>46)</sup>、

9：ヴィッテンベルク大学教授、並びに、ザクセン選帝侯の顧問官を務めたアンドレアス・ラウハバルAndreas Ruachbar(1559-1602年)の『問題集後編Quaestionum pars posterior』問題22「領主乃至上位者は、授封財産でも永借財産でもないが定期金が課され自由保有である領民の財産やその果実について、先買取戻権を有するのかAn dominus vel superior in bonis subditorum non feudalibus, nec emphyteuticis, sed censiticis et allodialibus, vel fructibus eorum, jus protimiseos habeat?」<sup>47)</sup>の第17番、

10：ネーデルラントのアントウェルペン出身ながら、プロテスタント故にザクセンに移り、イエーナで学位を取得後、ヴィッテンベルクで大学教授、参審裁判所の参審人や宗教法院の判事等を務めたマテウス・ヴェーゼンベックMatthäus Wesenbeck(1531-1586年)の『一般に助言集と呼ばれる法解答集第

46) “〈14. 財産には古来の性質やそれにより近い性質が内在していると推定される。〉…従って、かつて授封財産であったのであれば、同一の性質か、あるいは、それとさほど異ならない性質を現在も有していると推定される。しかし、そうであるとしても、当該財産が自由保有地であると言われる場合には、元来の性質やこれとさほど異ならない性質が事物に内在すると解する法の推定から離れることになる。〈15. 自由保有財産や定期金負担付き財産においては全ての権利が占有者に移転する。授封財産においては、上級所有権は封主に留まり、下級所有権が封臣に譲与される。〉というのも、自由保有財産や定期金負担付き財産では、上級所有権が、それ故、全ての所有権が占有者に移転する結果、譲与者側には如何なる権利も残らないからである【別書3巻36章第6節へのパノルミタヌスの注釈による】。これに対して、授封物においては、下級所有権が封臣に、上級所有権が封主に存する【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】。従って、法の推定の下に、上記財産を自由保有財産とみなすことはできない。なぜなら、法はそのような推定を嫌うからである。”(Cosnolia, 48. v. 引用は1612年ライプチヒ刊のテキストによる。)

47) 拙稿「普通ザクセン法学の世襲賃租論」(獨協法学第87号)参照。

二部*Responsorum iuris, quae vulgo consilia appellantur, pars II*』助言62「財産は定期金負担付き財産と賃借財産の何れであると推定されるのか*Utrum bona praesumantur censualia, an conducta?*」(助言冒頭には、「貴族は、近隣の農民が既に非常に長い間、記憶にないほどに昔から、均一の賃料と引き換えにこれまで保有してきたある牧草地の定期金の値上げを、当該牧草地が自らによって賃貸されたものであるとして、求めている。法的に何が問題となるのか。*Nobiles volunt augere censum quorundam pratorum, quasi a se tantum elocatorum, quae vicini rustici iam longissime et ab immeoriali tempore pro uniformi canone hacetenus possederunt. Quaeritur, quid iuris?*」、とある)の「判断理由*rationes decidendi*」の第24番<sup>48)</sup>、

48) “以上の諸点〔疑問点*rationes dubitandi*〕にもかかわらず、私は、記憶にないほどに昔から当該牧草地を賃料を引き換えに保有してきた農民等保有者側に与し、提起された訴えから彼らが解放されるべきであると解する。…〈24. 定期金を支払っている者は、疑わしい場合、定期金負担物の所有者と推定される。〉年払い定期金を前記貴族に対して当該名称の下に支払っていたという点も妨げにはならない。なぜなら、彼ら農民は、相手方に支払ってきたという点よりも、むしろ定期金という名目からして、所有権者であると推定されるからである【別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節、学説彙纂39巻1章「新規工事の通告について」第15法文へのヤーソンの注釈第42番、同第1法文2節へのバルトルスの注釈第12番。また、[ヨアンネス・フランキスクス・]バルプス『学説彙纂41巻3章「使用取得について」第27法文要論」第4部第1問第4番は、別の点が証明される限りでそのように主張しているが、本件ではそのような点は証明されていない。更に、観察者[=グイエルムス・デュランティス]『法の鏡』「賃貸借について」の章、「それでは云々」の節、アレクサンデル『助言集』第1巻助言51末尾、デキウス『助言集』助言56第3番、パリシウス『助言集』第4巻助言75第7番)。そして、勅法彙纂4巻19章「証明について」第2法文と同法文へのバルドゥスの注釈第4番に見えたとおり、疑わしい場合、占有者は所有権者と推定されるのであるから、占有者は自らにより負担とならない権原に基づいて支払っていたとも推定される【学説彙纂46巻3章「弁済及び免除について」第1法文】。つまり、賃貸借や永代賃借に基づいて地代のように支払っていたのではなく、所有権者として、定期金の名目で支払っていたと推定さ

11: ライプチヒの参審裁判所の参審人を務めたダニエル・モラー Daniel Moller(?-1600年)の『前ザクセン公、神聖ローマ帝国大元帥、選帝侯、テューリンゲン方伯、マイセン辺境伯、マクデブルク城伯であった君主アウグスト陛下の1572年に公布された名高い法令並びに勅法集全体のドイツ語からラテン語への翻訳と、同勅法集への注解 *Illustrissimi et potentissimi principis et domini, Augusti, Ducis quondam Saxoniae, sacrum Romani Imperii Archimarschalli et Electoris, Landgravii Thurigiae, Marchionis Misniae, et Burggravii Magdeburgensis, illustris memoriae, Ordinationes et Constitutiones, anno LXXII. ediate omnes, ex Germanica in Latinam linguam translatae, et in easdem commentarii* 勅法集第2部第39条<sup>49)</sup>の注釈<sup>50)</sup>第5番、

---

れるのである【モリナエウス『パリ慣習法』第2章「賃租並びに領主権について」第63条注釈第36番、ソキヌス『助言集』第2巻助言266第5番及び第6番、封建法書2巻26章「死亡者の封をめぐって封主と封臣の卑属との間に争いが生じた場合」第4節へのマッタエウス・デ・アッフリクティスの注釈第5番及び第6番、パリシウス『助言集』第4巻助言65第7番】。とりわけ、(本件のように)均一の賃料が常に支払われていた場合にはそうである【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第2法文へのヤーソンの注釈第155番、同法文へのアルベリクス〔・デ・ロサーテ〕の注釈第11番、ルイヌス『助言集』第1巻助言157第23番、バルプス『時効論』第4部第9問冒頭付近、クラウエッタ『経過期間論』第4部の「客体」第105番、ボニウス『定期金論』第1巻第44章全体、アウグスティヌス・ペロウス『問題集』第14問第1番、勅法彙纂4巻44章「売買の取消について」第2法文へのヒエロニムス・カゲノルスの注釈第202番】。(Responsa, II, 161. 引用は1577年バーゼル刊のテキストによる。)

49) Ⅲ注15参照。

50) “〈1. ティラクエルスは別の考えではあるが、永借契約は今日でもなお定期金契約とは異なっている。〉アンドレアス・ティラクエルスは『財産取戻論』第1部第34条第1注釈冒頭において、定期金契約と永借契約とはそれほど異なってはならず、最初にこれらの用語を持ち込んだ人々が如何なる相違を想定していたにせよ、それらはほとんど不使用に帰してしまっており、今日では全く区別無く用いられていると解し、同じ考えの者として、アングルス『助言集』助言184最終欄、ヨアンネス・デ・プラテアの法学提要3巻24章「賃貸借について」第3節注釈第9問を引用している。

しかしながら、事実は全く異なるというこは、勅法彙纂 4 卷66章「永借権について」第1法文へのヤーソンの注釈第48番を初めとする諸博士の注釈、学説彙纂 6 卷 3 章「貢租地つまり永借地が訴求される場合」第1法文への諸博士の注釈、別書 3 卷18章「賃貸借について」第4節へのヨアンネス・デ・イモラの詳細な注釈を初めとする諸博士の注釈が一般に説くところからも明らかである。〈2. 両者の間の相違点については省略。〉最も優れていると私が考えるのは、モリナエウス『パリ慣習法注解』第2章「賃租及び領主権について」表題注釈第21番及び第22番である。そこでは、両者が一致している点を九つ、異なっている点を三つそれぞれ挙げられている。〈3. 疑わしい場合には契約は永借契約ではなく定期金契約と推定される。〉当勅法によってもまさにその通りであり、当勅法はこれらの契約の間に幾つかの相違を認めて、疑わしい場合には、財産は永借財産ではなく定期金負担付き財産として扱われ、所定の期限に定期金を支払わないことを理由に財産の保有者から財産が剥奪されることもないが、定期金はなおも弁済され、領主には訴訟費用が償還されねばならず、更に、そのような趣旨で訴えられたにもかかわらず、意図的かつ強情にも定期金の弁済を拒否する者は罰金刑をもって罰せられるべき旨定めている。〈4. 他の幾人かとともにペロイウスが異なる立場をとっているけれども、教会財産についても同じである。〉そして、この点は、某かの私人の財産と同じく教会の財産についても当てはまると私は考える。というのも、当勅法は両者の間に差異を設けてはいないからである。ただし、ペロイウス『問題集』第14問第2番は、そこで引用される他の人々に倣って、教会の利益のため、疑わしい場合には、反対の推定が為されるべきであると主張している。

〈5. 永借契約には書面が要求されるのか。〉ところで、当勅法は、第4節において、永借地の譲与に関する書面に言及して、そのような書面によって初めて永代賃借が確認されるという述べているところから、書面が無ければ永代賃借は存続しないと考える人々の見解【勅法彙纂前記 4 卷66章第1法文へのヤーソンの注釈第61番の「この見解云々」はこの見解を支持した上で、これが通説であると述べているし、オクタウィアヌス・カケラヌス『[サヴォイア公国トリノの] ピエモンテ神聖元老院判決集』判決53冒頭もこれを認めている。法学提要 3 卷24章「賃貸借について」第3節へのアングエスの注釈は常にそのように実務が行われていたと述べていて、スネイデウィヌス『法学提要注解』同箇所へのウェーセンベキウスの補注もこれを是認している。更に、クラルス『通説集』「永借権」第4問、ボルコルテン『封論』第3章第7番、マスカルドゥス『証明論』結論602以下、マルティヌス・デ・ファー

ノ『永借権論』の「第四に問題なのは云々」の行。】が選帝侯によって是認されたかのように見えるかもしれない。しかし、私は、勅法の文言からそのように論じるのは適切ではなくむしろ反対の結論が導かれるものと考え。というのも、疑わしい場合に定期金負担付き財産と永借財産の何れと解するべきかという点はそもそもここで問われる必要はなかったからである。というのも、上に述べた通説がこの点について疑問視していたわけでは決してなく、書面が存していようが存していまいが、何れの場合でも、当然ではあるが、諸博士が永代賃借の本質として求めている点があれば永借財産であるし、それが欠けていれば永借財産ではないと解答するのは自明といえるからである。ただし、モリナエウス『パリ慣習法注解』第2章表題注釈第39番は「書面が無ければ永代賃借は存続しないとする」上記の人々にも見解を異にしている。ついでながら、モリナエウスが定期金契約と永借契約の一致点の一つに数えている事柄にも注意すべきであろう。モリナエウスが指摘するには、何れの契約においても上級所有権は譲与者の下に留まるというのである。これについて別の見解なのが、別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節の文言「所定の割合で」への標準注釈、パノルミタヌスの同箇所注釈第20番、学説彙纂39巻4章「徴税請負人、貢納金、没収について」第1法文1節へのバルトルスの注釈第4番であり、ニコラウス・エウエルドゥスも、『トビカ』の論拠「永代賃借から定期金へ」第2番において彼らに従って、これらの契約の相違点としてまず最初にこの点を挙げている。すなわち、定期金契約においては上級下級ともに全ての所有権、市民的自然的ともに全ての占有が受領者に移転され、受領者の下には年払いの地代以外に如何なる権利も残らないのに対して、永借契約においては、下級所有権と自然的占有だけが永借人に移転され、上級所有権は市民的占有とともに地主の下に留まるというのである。〈6. 定期金は自己の物について、地代は他人の物について支払われる。〉それ故、一般に、定期金は自己の物について支払われるが、地代は他人の物について支払われると言われる。これは大修道院長が上記引用箇所ですべていることであり、そこでは以上の見解が通説であると付言されている。アレクサンデル『助言集』第2巻助言第8番もこの通説に従っているし、ウェーセンベキウス『助言集』助言62第24番もこれに与して、疑わしい場合には、より負担にならない権原に基づいて占有するものと推定される旨述べている。従って、モリナエウスは上記箇所です勘違いをしたのか、あるいは、同人の『パリ慣習法注解』の当該箇所に誤植が見られるのかのどちらかであろうと私には思われる。というのも、モリナエウス自身、別書上記3巻36章第6節の標準注釈への欄外注においても、アレクサンデル

12: ヴィッテンベルク大学教授やドレスデンの上訴裁判所の判事を務めたペーター・ハイゲPeter Heige(1559-1599年)の『皇帝ユスティニアヌスの法学提要全四巻の注解Commentarii super IIII. Institutionum Imperialium Domini Iustiniani libros』(ハイゲの没後、ルートヴィヒ・ペルゾーンLudwig Personによって編集)、第3巻第24章「賃貸借についてDe locatione et conductione」第3節<sup>51)</sup>注釈の第16番<sup>52)</sup>、

の上記助言への補注においても、彼らと見解を異にするとは述べていないし、別の場合に何か不満があればそれを隠すことなど滅多にないからである。何れにせよ、この通説が我々の下でも受け入れられていることは、当勅法から明らかである。

〈7. 何人も自己の占有の権原を立証を義務づけられることはない。〉とはいえ、勅法が、疑わしい場合に定期金負担付き財産と見なされると定めている以上、永借財産であると主張する地主側に証明責任が課せられるのであって、何人も自らの占有を権原を証明するよう強いられることもあり得ない。これは他の場合にそのような証明を強いられることがないのと同じである【勅法彙纂3巻31章「相続の請求について」第11法文、ヤーソンの勅法彙纂4巻66章第2法文注釈第176、法学提要4巻6章「訴権について」第28節注釈第225番、封建法書注釈序論第50番、デキウス『助言集』助言61第2欄、カッサネオ『ブルゴーニュ慣習法』第3章第4条注釈第7番、勅法彙纂3巻34章「地役権及び用水について」第8法文へのアントニウス・デ・パディルスの注釈第3番以下、私も『セメストリア』第4巻第38章で述べた】。

最後に、当勅法の末尾に「実刑(ヴィルクリッヒェ・シュトラーフエ)」とあるのは、「相応の刑罰(ヴィルキュールリッヒェ・シュトラーフエ)」の誤植であることにほぼ間違いない。というのも、ここに定められているのは、先にみたとおり、賃料不払いを理由に財産剥奪が請求された場合、疑わしいならば、永借財産ではなく定期金負担付き財産と見なされるべきで、警告を受けてもなお支払わない者は、訴訟費用の他に、裁判官の裁量に応じて、罰金刑にも処せられるということなのであるから。(Commentarii, 283-284. 引用は1599年ライブチヒ刊のテキストによる。)

- 51) “同様に、売買と賃貸借の間にも相当な類似性が存するため、売買なのか賃貸借なのかよく問われる場面が幾つかある。例えば、永続的に用益されるべく誰かに引き渡された不動産について、地代や収益が当該不動産と引き換えに支払われる間は、賃借人自身からも、その相続人からも、更には、賃借人やその相続人が当該不動産を売却したり贈与したり嫁資名目で譲与したりその他仕方でも処分した相手方からも、

当該土地を取り上げることが許されない、とある場合がそうである。ところで、そのような契約は、昔の人々の間で議論され、ある人々によれば賃貸、別の人々によれば売買と解されたが、永借契約に固有の本性を認めるゼノン帝の法律 [= 勅法彙纂第4巻第66章第1法文] が制定され、そのような本性は、賃貸にも売買にも引きつけられることなく、それ自身の合意に照らして裏付けられるべきもので、何から合意されている場合には、あたかもそれが契約の本性 [naturalis→natura talis] であるかのように、それに従うものとされ、また、目的物の危険について何も合意されていない場合には、目的物全体の滅失が生じたならば、これについての危険は地主に帰し、一部滅失が生じたならば、この種の損害は永借人の負担となるものとされた。以上が我々の従う法である。”

- 52) “(16. 定期金契約とは何か、そして、永代賃借とはどのように異なっているのか。) 賃租契約あるいは定期金契約では、当該契約の名目で毎年幾らかの定期金が領主に支払われ、売買に基づいてその代価の12分の1を所有権者に支払うべく義務づけられるとの約定の下に、土地が正当な価格で購入される。従って、上級下級何れの所有権も移転され、その所有権は定期金不払いの過失によって失われることはなく、過失者は法定の罰金刑に処せられる【コナヌス前掲『市民法注解』第7巻第12章第11番、勅法彙纂第4巻66章前掲「永借権について」第1法文へのヤーソンの注釈第48番、コワッルウィアス『問題解決集』第3巻第7章第1番、モリナエウス前掲『パリ慣習法注解』第2章「賃租並びに領主権について」表題注釈第7番以下及び[第51条]第1注釈、ザクセン選帝侯勅法集第2部第39条末尾】。(17. 同上。) そして、この定期金契約は永借契約から慎重に区別されねばならない。何れの契約においても、年払い地代の支払いが行われ、当事者が契約の名称を明確に記載していなければ、何れの契約が締結されたと解されるのかほとんど不明であり、それ故、不動産からの年払いの定期金の支払いは、金銭の受領に照らしてそれが行われる可能性はあるにせよ、必ずしも領主権の承認を証明しない【アッフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決80番第8番及び判決83番冒頭、ボエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決227第12番】。それどころか、教会に償却金や定期金の支払うべく義務づけられている場合であっても、その由来や約定が不動産や土地について明らかでなければ、当該償却金や定期金が永続的であるとは解されない【モリナエウス『利息論』第212番以下、同『パリ慣習法注解』第1章「封について」第46条注釈第1番及び第2番】。

(18. 不動産や土地について地代が毎年等しく支払われている場合、永代賃借と定

期金何れの権利に基づいて支払われ受領されていると推定されるのか、またこの点には種々の区別が伴い、それによって制限される。)そこで、諸博士は、何らかのものが、毎年、不動産乃至土地について等しく支払われている場合に、それは、永代賃借と定期金の何れの権利に基づいて支払われ受領されているのか、を的確にも問うている。この問題は様々に論じられているが、私は、勅法彙纂4巻66章第2法文へのヤーソンの注釈第165番に従って、次のように解するのが最も正当であると考えており、エウエルドゥス『トピカ』論拠「永代賃借から定期金へ」第5番、クラルス『通説集』「永代賃借」第1問、マスカルドゥス『証明論』結論601第9番もこれを是認している。すなわち、契約当事者の文言が欠けていて、疑わしい場合には、まず、二つの契約の内の何れが、争いの生じた地域においてより頻繁に見られるのかを吟味し、それが締結されたとみなされる、と考えるのである【論拠となるのは学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第34法文】。両方の契約が同じ程度に頻繁に見られる場合には、定期金契約ではなくむしろ永借契約と判断されるべきである。なぜなら、このような解釈の方が譲与者にとってより不利益が少ないからであり、それというのも、永代賃借では完全な所有権の移転が、定期金では下級所有権のみの移転をそれぞれ我々は受け入れることになるからである。(19. 同上。)そして、以上の点は、全ての論者の一致した考えで受け入れられていると上記引用箇所では論じられているけれども、賃料や定期金を支払わない過失が証明された場合はこの限りではないとされている。なぜなら、この場合、永代賃借が推定されるとすると多大な不利益となるので、犯された過失に照らして上記解釈が変更され、なおかつ、不履行を犯した者が直ちにその全ての権利を剝奪されることのないように、定期金契約が締結されたものと推定されるからであり、ザクセン選帝侯勅法集第2部第39条もこの点をはっきり認めている。なお、このような例外に則って、むしろ単純に、疑わしい場合には定期金契約が推定されるべきと述べた上で、違約罰としての剝奪や没収権が問題となる場面について考慮する人々もいる。しかし、あくまで先の修正論に従う限りで彼らを評価すべきである【ソキヌス『助言集』第2巻助言167第6番、勅法彙纂4巻66章第2法文へのヤーソンの注釈第42番。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4番も、ヤーソンの上記注釈第155番の詳細な議論を参照している。その箇所ではヤーソンは原則として永代賃借が推定されたとしている。また、アウグスティヌス・ペロウス『問題集』第14問も上に述べた点を是認している。】。(Commentarii, 368.引用は1603年ヴィッテンベルク刊のテキストによる。)



13: ライプチヒでの助言活動で名声を博したマティーアス・ベルリッヒ Matthias Berlich(1586-1638年) の『実務結論集 第二部 *Secunda pars conclusionum practicabilium*』結論47「定期金負担付き財産、つまり、単純賃租地について、保有者は、定期金を支払わない場合、当該財産を失うのどうか、また、当該財産は、永借財産、つまり、世襲賃租地とどこが異なっているのか、更に、疑わしい場合には何れの財産と推定されるのか *De bonis censiticis, schlechte Zinßgüter / an possessor, si census non solvit, ea amittat, quid different a bonis emphyteuticis, von Erbzinßgütern / et in dubio pro utris sit habenda?*」<sup>53)</sup>の第9番、

14: ライプチヒの参審裁判所の参審人や市参事会員を務めたカスパー・ツィーグラー Caspar Ziegler(1581-1657年) の『法律家ニコラウス・カルウォルスの黄金実務<sup>54)</sup>』に倣った通説結論集 *Communes conclusiones ad Auream praxin Nicolai Calvoli iurisconsulti directae*』「貴族 *Nobiles*」の章の第一結論 *conclusio prima*「貴族には、原則として、農民に対する裁判権やその他関連の諸権利が付与されており、農民は、原則として、第1審において貴族の下に訴えられる *Nobilibus in rusticos plerumque competit jurisdictio, et alia connexa jura: et rustici plerumque coram illis in prima conveniuntur instantia*」の中で「農民の賦役について *De operis rusticorum*」との表題付された部分の第187番<sup>55)</sup>、

53) 拙稿「普通ザクセン法学の世襲賃租論」(獨協法学第87号) 参照。

54) ニッコロ・カルヴォーリ Nicolò Calvoli(生没年不詳) の『黄金通説結論集 *Communes conclusiones aureae*』(1614年ローマ初版、出版者はバルトロメオ・ザネッティ Bartolomèo Zanetti) のこと。この著作はツィーグラーの著作刊行の前年(1616年)に同じライプチヒの出版者ヘニング・グロス Henning Grossの手で再版されている。

55) “〈185. 貴族はその領地の農民を自由に追放することができるかどうか。〉第17番目に、解釈者たちは当結論を拡張して、貴族は、その領地の農民を意のままに放逐し、彼らの土地を他の者に移転したり自ら保有したり、あるいはまた、それらの土地で別荘を設けることも可能であるとしている【前掲マックエウス・ステファヌス『裁判権論』第2部第7章第206番、フサヌス『生来隷属民論』第7章第75番及び第2章

第31番】。〈186. ザクセン地方では貴族が農民の財産に立ち入ることは禁じられている。〉しかし、我々の地域では、そのようなことはあまり見受けられないし、当てはめることも適切ではない。なぜなら、農民たちは定期金負担付き財産もしくは永借財産を保有しており、何れの場合にも、貴族が農民の財産に立ち入ることは禁じられているからである。〈187. 定期金負担付き財産の所有権は下級所有権のみならず上級所有権も農民に帰属すること。〉それというのも、定期金負担付き財産では、下級所有権だけではなく上級所有権もまた農民自身に属していて、定期金が支払われる先の領主に属するわけではないと想定されているからである【ザクセン選帝侯勅法集第2部第39条冒頭、ウェーセンベキウス『助言集』第2部助言62第24番、ヨハンネス・ゴダエウス『仮差押論』第36番、スクラデルス『封論』第2部第2章第59番、ウルテウス『封論』第1巻第12章第8番】。〈188. 定期金は自己の物について支払われる。〉実際そうであるならば、定期金は自己の物について支払われるのであり【前掲ザクセン選帝侯勅法集第39条へのモレルス注釈第6番】、定期金の支払いによって初めて上級所有権者と承認されるわけではない。〈189. 定期金契約と呼ばれるのはどのような契約なのか。〉というのも、定期金契約と呼ばれるのは、誰かが、年払い定期金を留保して、自らが物について有しているあらゆる権利を他人に譲与する場合であるから【マンティカ枢機卿『ヴァティカン夜業集』第22章第3節第9番】。ただしそれは様々な原因に基づいており、例えば、服属の承認のために【別書5巻33章「特権並びに特権者の越権について」第8節、コワッルウィアス『問題解決集』第3巻第7章第1番】、あるいは、教会創設を理由に【別書3巻38章「保護権について」第3節及び第4節】、あるいは、かつて旧所有権者から保有者へと移転された従前の所有権の証しのために【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第1法文へのヤーソンの注釈第48番、アルワルス・ワラスクス『永借権論』第32問第7番】、あるいは、貸付金の受領を引き換えに【ワラスクス前掲書第32問第8番、マンティカ枢機卿『ヴァティカン夜業集』第8章第22節全体】、である。〈190. 貴族は、たとえ定期金を支払わなくても、農民を定期金負担付き財産から追い出すことはできない。〉この場合、貴族には如何なる所有権も属していないので、百年千年にわたって定期金が支払われなかったとしても、追放権は全く失われている【マンティカ枢機卿前掲書第22章第3節第10番、メノキウス『推定論』第3巻推定106第11番】。〈191. 永借財産の下級所有権は農民側に存すること。〉同様に、農民に保有されている財産が永借財産である場合には、下級所有権が農民の下に存すること【前掲ザクセン選帝侯勅法集第2部第39条、学説彙纂6巻3章「貢納地すなわち永借地が訴求される場合」第1法

の七点である。初版刊行時期は、ラウハバール『問題集』(1599年)、モラー『勅法集注解』(1599年)、ハイゲ『法学提要注解』(1603年)、コラー『助言集』(1612年)、ツィーグラー『通説結論集』(1617年)、バルリッヒ『実務結論集』(1618年)というように、16世紀末から17世紀初めに集中し、何れもザクセン選帝侯アウグストの勅法集(1572年)の公布を契機とする普通ザクセン法学興隆期の

文1節、パリシウス『助言集』第1巻助言50第21番、アルワルス・ワラスクス『永借権論』第13問第1番及び第3番)、〈192. 目的物の下級所有権ともにあらゆる収益が移転する。〉そしてまた、下級所有権と共にあらゆる収益が農民に移転されること【ベレグリヌス『助言集』第1巻助言13第15番、アンドレアス・クニケン前掲『授封合意論』第2部第1章第18番】、絶対に容認されるべきである。〈193. 用益に関しては下級所有権が上級所有権に勝る。〉更に、土地の用益に関しては下級所有権が上級所有権に遥かに勝るという点もよく知られている【クラウエッタ『助言集』第4巻助言411第36番、クニケン前掲書第1章第32番】。〈194. 永借人は、永代賃借に供された目的物について、地主に無断であっても、多くのことを為すことができる。〉それ故、永借人は、当該下級所有権に関して、たとえ上級所有権者に無断であっても、多くのことを為すことができる【マンティカ前掲書第22章第28節及び第2節第36番、ドネルス『市民法注解』第9巻第14章及び同箇所へのヒリゲルス氏の補注、アントニウス・ファベル『法の実務家並びに解釈者の誤謬について』第24集第5章。ルトゲルス・ルラントゥス『低質裁判所所見集』所見1第3番はステファヌス・グラティアヌス『マルケ地方教皇庁裁判所判決集』第2巻第337章第27番以下に従っている。】。〈195. 永借人は理由がなければ貴族によって土地から追放されることはない。〉従ってまた、農民が永借人であっても明白な理由無しにその土地から貴族によって追い立てられることはないの言うまでもない【ドン・ガルシア・マストリルス『シチリア王国宗教法院判決集』第2部判決193第11番ヨセフス・ルドウィクス『ペルージャ市及びウンブリア地方判決集』判決17第4番】。〈196. たとえ領主が明白な緊急の理由から当該土地に砦を築く場合であっても。〉そしてこれは、上級所有権者自身が明白な緊急の理由から当該土地に砦を築くということが証明されたとしても、同じく追い立てられることはない【アルワルス・ワラスクス『永借権論』第22問第1番とそこに引用された論者】。ただし、他の地域においては、農民の境遇は様々でより過酷であり、上に述べた諸権利をそのような農民に当てはめることはできない。”

(Communes conclusiones, 287.引用は1617年ライプチヒ刊のテキストによる。)

著作であって、イエーナで両法博士号を取得した後、同地で弁護士業に従事していたフランツケの『承認札金論』(1629年初版)に引用されるにまさに相応しいものと言える。また、法文注釈、助言乃至鑑定意見、フランツケの『問題解決集』と同様の実務考察など、その叙述形式は多様ではあるが、封臣 *vasallus*たる領主がその領民たる農民 *rustici*に譲与した「授封物 *res feudal*is」乃至「授封財産 *bona feuda*lia」というより具体的に限定された対象に永代賃借と留保定期金の二分法を適用している点で一致しており、「授封物の定期金」の独自性を主張しようとするフランツケにとって何よりもまず論駁すべき相手ということになる。既に引用された文献の内、二分法に関連して参照されているのは、コラーの『助言集』では、パノルミタヌス、ラウハバールの『問題集』では、標準注釈、パノルミタヌス、イモラ、バルトルス、エフェラルツ、メノッキオ、モラーの『勅法集注解』では、標準注釈、パノルミタヌス、バルトルス、エフェラルツ、ハイゲの『法学提要注解』では、ヤーソン、クラーク、エフェラルツ、コバルビアス、ベルリッヒの『実務結論集』では、エフェラルツ、コバルビアス、メノッキオ、ツィーグラの『通説結論集』では、ヤーソン、コバルビアス、メノッキオ、マンティカ、シュラーダー、であり、先に見た16世紀以降の前半七文献がザクセンにおける二分法普及の媒介項となっている様子がよく分かる。なお、ヴェーゼンベックの『助言集』からの引用箇所は、疑わしい場合には永代賃借ではなく留保定期金が推定される旨論じているだけで、所有権移転の態様や没収の有無には言及しておらず、フランツケがこの箇所を二分法の典拠の一つとして引用することには疑問がある。しかしその一方で、この推定をめぐる論点は、既に見たように、第6節の文言〈永代賃借として〉と〈あらゆる権利を譲与した〉を起点に契約の文言と本性を対置する中世カノン法学に既に見られたものであり、何よりも、ザクセン選帝侯アウグストの勅法集の第2部第39条において、疑わしい場合に同じく「単純賃租地 *schlechte Zinsgüter*」すなわち「定期金負担付き財産 *bona censita*」を推定するとの結論で実定化されることになる。ヴェーゼンベックの上記助言はこの第39条に言及していないので勅法集公布前のものと考えられるが、ラウハバール、モラー、ツィーグラが、第39条と共にヴェーゼンベックの『助言集』を

引用しており、このようなヴェーセンベックの權威に照らすならば、フランツケの引用も説明がつく。また、モラーの第39条注釈もまた、ラウハパール、ベルリッヒ、ツィーグラーによって引用され、相当の影響力を有していたことが分かる。フランツケは、このようにザクセンの法律家の間でも通説として地位を確立していた二分法に果敢にも対抗しようとしているのである。

所有権移転の態様に着目した二分法が通説であるとの現状認識を多数の文献引用によって提示した後、フランツケは、実務上重要な永代賃借と留保定期金の相違点を三つ挙げている。その一つ目は、「地代の支払いが定期金契約に基づくことが明らかな場合には、定期金義務者が二年や三年に留まらず何年にもわたって支払いを滞ったとしても、定期金に供された目的物を剥奪されたり、そこから追い立てられることはなく、利害関係の賠償を義務づけられるに留まる *si constet pensionem faciendam esse ex contractu censuali, licet censuarius in solvendo cessaret non saltem per biennium aut triennium, sed vel per mille annos, nunquam tamen re in censum data privari aut expelli posset, sed in id quod interest saltem teneretur*」(第58番)のに対して、「永借人 *emphyteuta*」は、「市民法上の永代賃借 *emphyteusis civilis*」では「三年間 *per triennium*」、「教会法上の永代賃借 *emphyteusis ecclesiastica*」では「二年間 *per biennium*」、「賃料の支払いを滞るとその権利は剥奪される *in solutione canonis cessans jure suo privatur*」(第62番)という点、二つ目は、「目的物が永代賃借のために譲与されたことが明らかな場合、領主に無断で目的物を処分する永借人は目的物を失うが、定期金義務者はそうではない *si constet rem esse concessam in emphyteusin, emphyteuta inconsulto domino rem alienans eadem cadit, censuarius non item*」(第62番)という点、三つ目は、「永借財産については、領主に同意権が生じるが、定期金の支払いを受ける者には生じない *in bonis emphyteuticis domino jus competat protimiseos, illi vero cui debetur census non item*」(第63番)という点であり、中世来論じられてきた前述の論点Bが第一の相違点として取り上げられている。この不払いを理由とする目的物没収の可否に関しては、標準注釈、パノルミタヌス、ヤーソン、メノッキオに加えて、新たに、

15: アルバロ・バス Alvaro Vaz(1526-1593年)の『永借権問題集』(1569年初版)の問題32quaestio XXXII「定期金契約について、そして、それは永借契約と如何なる点で異なるのかDe contractu censuario, et in quo differat ab emphyteusi」第30番<sup>56)</sup>、

56) “それでは、第7番で言及した意味に即した定期金の契約、つまり、旧所有権の証しとして少額の地代が留保されるだけで目的物は完全に譲与される場合に立ち戻り、よりの確な説明のために、この定期金契約と永借契約との間の幾つかの相違点を順に示しておく。

〈27. 定期金義務者は目的物の全ての権利と占有を有していて、この点で永借人とは異なる。〉第一の相違点とは、永借契約では、第13問で詳しく述べたとおり、下級所有権だけが移転され、同様に、第18問で十分に述べたとおり、自然的占有は移転されるが市民的占有は地主の下に留まるのに対して、定期金契約においては、上級下級の所有権全て、そしてまた、自然的市民的の占有全てが移転され、勿論その結果として、譲与者側には目的物について如何なる権利も残らず、ただ幾らかの地代乃至定期金が、(永借人の場合のように所有権承認の証しとしてではなく)旧所有権の記憶のために、つまり、当該目的物かつて譲与者の完全な所有に属していたことを忘れないために、留保される、という点である。この点は、別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節の標準注釈、パノルミタヌスの同節注釈第20番、学説彙纂39巻4章「徴税請負人、貢納金、没収について」第1法文1節へのバルトルスの注釈、別書3巻13章「教会財産譲渡の可否について」第9節へのイモラの注釈第4番、バリシウス『封論』124頁第9番及び176頁第6番第2欄、アレクサンデル『助言集』第2巻助言14第8番に従ったデキウス『助言集』助言164第3欄、その他すぐ後に引用する人々の見解から導かれる。また、ヤーソンの勅法彙纂4巻66章「永借権について」第1法文注釈第48番、封建法書序論第11番、『助言集』第1巻助言63第1欄及び第2欄において、これが通説である旨証言しており、それ故、一般に、定期金は自己の物について、地代は他人の物について支払われると言われている旨、エウエルドゥス『法の論拠集』論拠31第208頁が述べているし、ユリウス・クラルスも、永借人によって支払われる賃料は賃料と呼ばれるのに対して、定期金義務者によって支払われる賃料は定期金と呼ばれると述べている。ただし、大修道院長の上記注釈によれば、今日、これらの名称は区別無く用いられているとされる。

〈28. たとえ証書中に永借契約と記載されていても、物の全ての権利が移転される旨の条項が付されているならば、定期金と解されるのか。〉以上に述べたところから

明らかなのは、証書中に、目的物が、譲与者の有する全ての権利とともに、永続的な永代賃借として譲与されると記載され、当該契約が当事者によって証書全体を通じて永借契約と呼ばれているとしても、全ての権利が移転されるとある以上、定期金契約となる旨、イモラが上記別書3巻13章第9節注釈第4番でこの上なく的確に述べている【バルバティアの当注釈補注第3番、ヤーソンの勅法彙纂4巻66章第1法文注釈第48番、同封建法書序論第11番、アレクサンデルとデキウスの『助言集』前掲箇所、レプッフィウス『フランス王令注解集』第2巻の「創定期金論」第1条注釈17第22番、ベッロヌス『助言集』助言21、パリシウス『助言集』第4巻助言84第9番、エウエラルドゥス前掲書論拠31の「第二に云々」の行、カッサネオ『ブルゴーニュの慣習法注解』347頁第3欄、勅法彙纂1巻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へのヤコビヌス[・デ・サンクト・ゲオルギオ]の注釈】。ベッロヌスが上記助言21第5番で提言している点、すなわち、当事者の文言であっても契約の本性に照らせば不当に用いられていることになるという点【学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第6法文、同19巻2章「貸主訴権及び借主訴権」第15法文4節、バルトルスの勅法彙纂4巻66章表題注釈】、もここに付け加えておく。従ってその反対に、譲与に際して、目的物が上級所有権の留保を伴って定期金のために与えられる旨述べられた場合、イモラやヤコビヌスの前掲箇所に従えば、その契約は定期金契約ではなく永借契約となる。

〈29. 一定額の地代の留保を伴って物が交換されても、定期金と呼ばれるのか。〉上に述べた点から更に、目的物が、年払い地代の留保を伴って、交換を原因に譲与された場合であっても、交換の本性上、所有権が全て移転されるのであるから【学説彙纂19巻4章「物の交換について」第1法文】、定期金と呼ばれることになり、デキウス『助言集』助言146第2欄もその旨解答している。

〈30. 定期金義務者は地代不払いを理由に没収されるのかどうか。そして、「定期金において没収が認められる」旨の条項が付加されていた場合はどうか。〉第二の相違点とは、定期金義務者が、三年あるいはそれ以上の年数にわたって賃料の支払いを滞ったとしても、前掲別書3巻36章第6節の文言「所定の割合」への注目すべき標準注釈にあるとおり【大修道院長の同節注釈第20番はこれを是認している。更に、同じく大修道院長の別書2巻12章「占有並びに所有権の原因について」最終節注釈第10番、同1巻41章「原状回復について」第1節注釈第2番、ペロイウスの詳細な同節注釈、バルトルスの学説彙纂39巻4章第1法文1節注釈、アルワロトゥスの封建法書2巻24章「恩貸地喪失の第一の原因は何であったのか」第2節の「しかしよ

り正当な云々」の行注釈、コナヌ『市民法注解』第7巻第2章第11番末尾、勅法彙纂4巻66章第2法文へのアルベリクス〔・デ・ロサテ〕の注釈第4欄、ヤーソンの極めて詳細な同法文及び同第1法文注釈第48番、勅法彙纂1巻2章第14法文の新勅法引用要約文第11へのヤーソンの注釈第10番、デキウスの同文注釈第7番。ヤコビヌス同文注釈第7番はこれが通説であるとしている。アレクサンデル『助言集』第3巻助言14第8番、ソキヌ『助言集』第2巻助言183第1欄及び助言167、フィルミ『貢租論』第2欄、カロルス〔・ルイス〕『助言集』第1巻助言42第7番、ヒッポリュトゥス〔・デ・マルシリウス〕『個別論点集』第95番、カッサドル『教皇庁控訴院判決集』「宣誓について」判決2第2番、シルワヌス『助言集』助言42第2番、カッサネオ『ブルゴーニュ慣習法注解』前掲347頁第3欄、レブッフイウス『フランス王令注解集』前掲420頁第7番。デキウス『助言集』助言138第1欄、助言164第2番及び第3番、コワッルウィアス前掲箇所〔＝『問題解決集』第3巻第7章第1番〕第2欄によれば、これが通説であり、つい先程引用したユリウス・クラルスとエウエラルドゥスは極めて明白であると述べて、反対の見解を不注意にも通説である旨述べたバルドゥス『助言集』第3巻助言177に反論している。その箇所ではバルドゥスは、ヨアンネス・ファベルの前掲法学提要3巻24章「貸貸借」第3節注釈とボエリウス『ボルドー慣習法注解』第24条注釈に反論しているが、彼らは、慣習法に関する限り、定期金義務者でも没収を受ける旨述べている、不払いを理由に没収を受けることはないが、永借人の場合にはそうではないという点である。すなわち、教会の永借人であるならば、二年にわたって支払いを滞るとその権利を失い【別書3巻18章「貸貸借について」第4節、前掲勅法彙纂1巻2章第14法文の新勅法引用要約文第11】、何らかの私人の永借人であるならば、前掲勅法彙纂4巻66章第2法文にあるとおり、三年にわたって支払いを滞ると所有権を失う。(31. 同上。) 定期金契約であっても、二年あるいは三年の不払いによって没収となる旨の特約が付されているならば、無論、当特約が妥当し、トロ法第68条もこれを是認している。ただし、実務では、当該特約が妥当するのは、買戻し不能の永続的定期金であって、なおかつ、目的物の譲与者によって特約が付された場合に限られ、それ以外の場合には妥当しない旨、コバルピウス前掲箇所第2欄の「とはいえ実務云々」の行が、アッフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決80を援用しつつ、的確に指摘しており、それ故、定期金においてこの種の特約を単純に否定するカイエタヌスに対して、パウルス・デ・パラティオ『マタイ福音書講解』130頁裏は擁護されるべきである。

定期金義務者がそのような支払期限について宣誓した上に、支払わなかった場合



16: コラーの『ドイツ判決集Decisiones Germaniae』(1603年初版、ヤーコプ・シュルテJacob Schulte編集) 判決24decisio XXVIII「賃料の支払いについてDe canonis solutione」<sup>57)</sup>の第1番、

には、ロランドゥス『助言集』助言60第41番にあるとおり、通説によれば定期金は剥奪されるとされ、これは疑いなく妥当である。”(Tractatus, 539-542.なお第三の相違点を論じる〈32.〉についてはⅡ注30参照。)

57) “〈1.〉市民法によれば、賃料の滞納を理由に定期金負担付き財産から追われることはなく、遅滞時からの利害関係の賠償が不払い人に請求される【別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節の文言「所定の割合」への標準注釈及びインノケンティウス〔IV世〕の当節注釈、勅法彙纂4巻66章「永借権について」第2法文への諸博士の注釈、中でも詳しいのはヤーソンの注釈】。

〈2.〉しかし、ザクセン法によれば、「賃租を然るべき期限に支払わない者は、翌日には賃租を二倍支払わねばらず、賃租を彼の下に有している間は毎日同様である」、つまり、ザクセン法によって義務づけられた期限に地代を支払わない者は、次の日にはその二倍支払うべく義務づけられ、それを支払わない限り、地代は毎日倍加する【〔ザクセンシュピーゲル〕ラント法第1巻第54条】。〈3.〉ただし、このように「滑走賃租」つまり自働定期金が発生するのは、最初から特約を以て永借人が、一定の期日に支払わなければ翌日には二倍となりそれ以後同様に支払う旨約束していたからである【レインハルドゥス『市民法ザクセン法相違集』第1部相違11、ゾペリウス編ラント法第54条注釈B】。〈4.〉他の場合には、滞納している賃料についてのみ、弁済と遅滞後の利息の支払とが義務づけられる。〈5.〉我々 [=イエーナの参審裁判所] も1568年11月にアッハのエッツィドルフィウスにその旨、従ってまた、権利も奪われないと判示している。〈6.〉とはいえ、これとは反対のことがライプチヒの参審裁判所でより劣った理由づけで判示されたのを知っている。すなわち、この場合、事案の更なる審理無しに、地主は自由に永借地を取り戻すことができるというのである。しかし、私はこれは確かとは思われない。〈7.〉というのも、ライプチヒの参審人たちは、永借地の所有権者が、たとえ上級あるいは下級の裁判権の裏付けがなくても、遅滞を理由に自己の権限で賃料受領の代わりに永借人から質物を得ることができると考えていたようであるから【〔ツォーベル編『ザクセンシュピーゲル』所収の〕『ライプチヒ参審裁判所判決集』第2巻判決711】。

〈8.〉自働定期金つまり「滑走賃租」について述べた点は、前掲ラント法第54条のラテン語及びドイツ語の本文に従えば、約束された賃料が永借人や定期金義務者

17: ハイน์リヒ・フォン・ローゼンタール Heinrich von Rosenthal(? -1625? 年) の『全封建法の考察と概略 Tractatus et synopsis totius iuris feudalis』第2巻(1600年初版)、第10章結論34の第21番、  
 が引用されている。バスの『永借権問題集』からの引用箇所(第30番)では、永代賃借と留保定期金の「第二の相違点 *secunda differentia*」として没収の可否を論じていて、その引用文献には、パノルミタヌス、バルトルス、ヤーソン、コバルピアス、クラール、エフェラールツが含まれている。なお、所有権移転の態様の相違、すなわち、論点Aは、「第一の相違点 *prima differentia*」として論じられ(第27番)、標準注釈、パノルミタヌス、バルトルス、イモラ、ヤーソン、エフェラールツ、クラールが引用されているので、フランツケは先の14文献の前半にバスの著作も挙げることもできた。コラーの『ドイツ判決集』からの引用箇所(第1番)では、標準注釈を含む若干の典拠引用と共に(標準注

---

の家で取り立てられるとの約定が存する限りにおいて妥当する。

〈9.〉確かに、市民法では、永借人、あるいは、別の仕方で年払いあるいは定期の賃料を、一定の財産を授けてくれた地主に対して支払うべく義務づけられている者は誰であれ、賃料の支払いのために地主の家に向く義務がある【パノルミタヌスの別書2巻13章「侵奪物の回復について」第9節注釈(ただし私はそこにこの種の記述を見出せなかった)、同3巻21章「質及び他の担保について」第7節注釈第9番「標準注釈以外に問題となる云々」以下、同箇所への優れた補注。同じくパノルミタヌスの別書1巻2章「勅法について」第10節注釈第36番「しかし矛盾解消のため云々」、バルトルスの学説彙纂13巻5章「金銭の弁済約束について」第18法文前書注釈第7番「これに続いて問題にしたいのは云々」】。

〈10.〉しかし、ザクセン法によれば、地主が、永借人あるいは定期金義務者の家でのような年払い賃料を請求する義務がある【ラント法第1巻第54条】。本条には、地主は地代あるいは賃料を永借人の家で請求する義務がある、すなわち、「主人は賃租を小作人の家で取り立てるべし」、とある。〈11.〉こちらが正しいと解すべきである。ただし、別のことが合意されていたり慣習上遵守されている場合はこの限りではない。というのも、合意や慣習は守られねばならないからである【勅法彙纂4巻54章「買主と売主の間で交わされた合意について」第9法文、学説彙纂16巻3章「寄託訴権及び寄託反対訴権について」第1法文6節】。(Decisiones, 85-88. 引用は1603年ライブチヒ刊のテキストによる。)

釈以外には、同じく別書第3巻第36章第6節へのインノケンティウスIV世の注釈と、ヤーソンその他「諸博士doctores」の勅法彙纂第4巻第66章第2法文注釈のみ)、「賃料の滞納を理由に定期金負担付き財産から追われることはなく、遅滞時からの利害関係の賠償が不払い人に請求されるob cessationem in solutione canonis non potest quis expelli de re censuali, sed agitur ad praestationem interesse contra morosum, a tempore morae」との理解が、「市民法ius civilis」一般の帰結として(この表現にはカノン法の權威を相対化しつつローマ法を補う普通法源として利用するプロテスタントの立場を読み取ることもできる)、続けて詳論される「ザクセン法ius Saxonicum」での扱いに對置されている。これに対して、文献の引用量において群を抜いているのがローゼンタールの『全封建法の考察と概略』からの引用箇所である。同書は、シュラーダーの『封論』と同様、封建法全般にわたる体系的考察を企図するものであって、永代賃借や留保定期金を主題的に論じるものではなく、引用箇所でも、「封臣は賃料不払い故に封を失うのか、失うとすれば如何なる場合かan, et quando vasallus ob non solutum canonem feudum amittat」との問いに消極的に答える論拠の一つとして、「定期金契約では、支払遅滞を理由に、債務者が、定期金を支払っているその目的物を奪われることはないin contractu censuali propter moram non solvendi debitor re, ex qua praestat census, non privetur」<sup>58)</sup>との見解が紹介されているにすぎない。しかし、そこに付された脚注<sup>59)</sup>の文献引用群には、標準注釈、パノルミタヌス、イモラ、ヤーソン、コ

58) Tractatus, II, 139.引用は1610年ケルン刊のテキストによる。

59) 「別書3巻36章「聖堂は司教に管理に服すること」第6節本文、同節文言「所定の割合」への標準注釈、同節へのインノケンティウス[IV世]の注釈第3番、パノルミタヌスの注釈第21番、ヘンリクス・ボイクの注釈第10番及び第11番、別書3巻13章「教会財産譲渡の可否について」第9節へのヨアンネス・デ・イモラの注釈第4番、別書1巻41章「原状回復について」第1節への大修道院長の注釈第6番、ヤーソンの勅法彙纂1巻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への注釈第10番。同4巻66章「永借権について」第1法文注釈第49番及び第2法文注釈第41番は、ヨアンネス・ファブリの同箇所注釈及び法学提

要3巻24章「貸貸借について」第3節注釈に従って同旨。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、並びに、財産分離について」第9法文の新勅法引用要約文へのバルドゥスの注釈第37番、勅法彙纂1巻2章第14法文の新勅法引用要約文第11へのデキウスの注釈第7番、[グイエラムス・デ・モンテ・] ラウドゥーノの封建法書注釈序論、あるいはむしろ、同書1巻1章「封を授与できる者について、そして、封は如何にして受領され回復されるのか」前書冒頭への注釈第20番、司教座聖堂主席司祭 [=ヨアンネス・アントニウス・デ・サンクト・ゲオルギオ] の封建法書注釈序論第19番、パリス・デ・プテオ前掲書 [=『封回復論』] 第10章第10番、ラウレンティヌス・シルワヌス前掲書 [=『封承認論』] 問題110第4番及び第22番はこれが通説であると述べている。[アンドレアス・] ファキネウス前掲書 [=『法問題集』第3部第7巻] 第87章の「第四の論拠は定期金義務者において云々」の段落、ディダクス・コワッルウィアス『問題解決集』第3巻第7章第1番は通説に依拠、ニコラウス・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3番及び第5番、ヨセフス・マスカルドゥス『証明論』第2巻結論601第6番、スクネイデウィヌス『封論』第8部第1章も通説に依拠、スクラデルス前掲書 [=『封論』] 第6部第8章第22番、カッサネオ『ブルゴーニュ慣習法注解』第11章第5条の文言「保有者の過失によって」への注釈、アウレリウス・コルブルス『永借人が権利を剥奪される場合に関する論考』第15章例外33第2番も通説に依拠、ベネディクトゥス・ボニウス『定期金論』第13節第31番、第44節と第49節も同旨、メノキウス『推定論』第3巻推定106第11番、バルドゥス『助言集』第3巻助言311第3番、第5巻最終助言第2番、バルトロマエウス・ソキヌス『助言集』第2巻助言167第6番及び助言266第8番、デキウス『助言集』助言138第5番も通説に依拠、ナッタ『助言集』第1巻助言3第1番及び第2番、クラウエッタ『助言集』助言204第16番末尾、同第20番は通説に依拠、助言293第9番の「第二に云々」の行、メノキウス『助言集』助言291第9番、ヒッポリュトゥス・デ・マルシリウス『個別論点集』第95番第1番、カピュキウス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決103第7番及び判決196第2番、第3番、第5番、クラルス『通説集』第4巻の「永代賃借」第1問第2番、ラウレンティヌス・キルコウス『通説集』第4巻第1集結論30のC第40番。従って、バルドゥス自らが『助言集』第3巻第6番で反対のことを述べているのは不当である。” (Tractatus, II, 141, glossa, o.)

バルビウス、エフェラルツ、メノッキオ、クラーロを含む膨大な量の文献が挙げられている。この引用の塊とでも称すべき引用文献群は、疑問点 *rationes dubitandi* と判断理由 *rationes decidendi* を対置して、時には文献量が示唆する通説的權威を恃みつつ、典拠を網羅的に列挙引用する助言鑑定実務の慣行が、16世紀以降、実務考察文献や法文注釈にも広がったものであり、フランツケが引用する上記諸文献の大半にも程度の差はあれ見られるし、以上の考察そのものがフランツケの引用文献群を起点としている。一見冗長な文献引用が、学説の系譜を辿るための絶好の手掛かりとなるのである。

フランツケは、地代不払いを理由とした没収をめぐる永代賃借と留保定期金の相違が「近時のザクセン法や広く認められた実務慣行にも見受けられる *etiam de iure Saxonico noviori, et usu recepto*」(第59番)と述べる際、コラーの上記『ドイツ判決集』判決24と共に、もう一点、ザクセン法関連の文献を典拠に加えている。それは、「ザクセン勅法意見集 *Consultationes constitutionum Saxonicarum*」と呼ばれる勅法集の立法資料集<sup>60)</sup>の一つ、『両法の解釈者たちの間で争われている様々な問題についての、傑出し見事で權威があり、そしてまた長い間待ち望まれていた解決並びに議論集で、皇帝法、教皇法、ザクセン法に基づき、帝室裁判所の実務にも適合するとともに、歴史に残る英明高邁な君主で、ザクセン選帝侯その他の称号を有するアウグスト陛下のため、1572年に、陛下の御付託に応じて、スクネイデウィヌス [=ヨハン・シュナイデヴァイン Johann Schneidewein (1519-1568年)]、マッタエウス・ウェーセンベキウス [=マテウス・ヴェーセンベック]、トミンギウス [=ヤーコプ・トミング Jacob Thoming (1518-1576年)] 他、ヴィッテンベルク及びライプツヒでの研究と参審実務の指導者であったこともある卓越せる法律家たちによって建白されたもの *Illustres, aureae, solemnes, diuque exoptatae quaestionum variarum apud iuris utriusque interpretes controversiarum decisiones et discussiones: ex*

60) 「ザクセン勅法意見集」については、さしあたり、*Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, I, 2 (1938), Einleitung (Wolfgang Kunkel), XXXVIII-XL.を参照。

iure caesareo, pontificio, et Saxonico ad praxin Camerae accommodatae, et illustrissimo memorando heroico divo domino Auguto, Electori Saxoniae, et cetera, in anno 1572, ad celsitudinis eius mandatum, per dominos Schneidewinum, Mattaeum Wesenbecium, Thomingium, et alios in studio et Scabinatu Wittembergensi et Lipsensi, tum temporis antecessores, iurisconsultos praestantissimos, exhibitae.』(1599年初版)の第1部「契約、準契約、並びに、婚姻事項についてDe contractibus vel quasi, et caussis matrimonialibus」、第13論「賃料を支払わない永借人は当然に永借地を失うのかどうか、そして、期限に定期金を支払わない定期金義務者は、ザクセン法上、どのように罰せられるのかAn emphyteuta non solvens canonem, ipso iure emphytesin amittat. Et census non solvens in termino censum iure Saxonico qualiter puniatur?」<sup>61)</sup>である。そこでは、定期金義務者が定期金の不払いによっ

61) “諸博士は、二年間賃料を支払わない教会の永借人、あるいは、三年間賃料を支払わない私人が、判決が無くても当然に、その権利を喪失し、地主は永借地を他人に譲与できるのかどうか、を討議した。〈1.〉通説は、永借人が剥奪されることを望む意思を地主が表明していた場合には、他に如何なる手続も判決も要求されないというのが通説であるのは、勅法彙纂4巻66章第2法文へのヤーソンの注釈第12番にあるとおりで、ヒッポリュトウス・マルシリウスの学説彙纂48巻10章「偽造に関するコルネリウス法及びリボー元老院決議について」表題注釈もヤーソンに従っている。帝室裁判所でもその旨言い渡されたと、ミュンシゲルス『帝室裁判所判決考察集』第3集考察66及び考察97が証言しているし、ザクセン法 [=ザクセンシュピーゲル] のラント法第2巻第59条の「領地に生まれついていない者」への注釈末尾も上記通説に従っているので、我々教師団もこれに従うものとする。〈2.〉そしてこの点は、適法な期限内に賃料を支払わない者を、地主自身の権限で（もし永借人が居座るならば）実力をもって追い立て得るという理由からも裏付けられる。ヤーソンの勅法彙纂4巻66章第2法文注釈第100番から第109番は、多くの見解を引用した長大な考察の末に、そのような結論に達している。ただし、ヤーソンは、上記注釈第111番の「しかし第二の立場に関して云々」の行で、裁判官の命令によってそのような永借人が排除される方がより洗練されていると考え、そこにヤーソン自身が述べているような裁判官への申立ての手続や方式を提示している。〈3.〉しかし、以

て没収を受けず延滞分の返済を義務づけられるに留まるという点の典拠として、二分法論の起点たる標準注釈とパノルミタヌスが参照されている(第5番)。そして、フランツケの指摘するとおり、この没収の有無をめぐる相違が、永代賃借と留保定期金の二分法それ自体と共に、1572年のザクセン選帝侯勅法集第

---

上に述べた点は、全ての所有権が移転されるのではなく上級所有権は留保される真正な永代賃借には妥当するが、〈4.〉上級所有権ではなくむしろ下級所有権が受領者に移転され、上級所有権は留保される定期金契約には決して妥当しない。ザクセン法のラント法第1巻第54条の末尾もその旨述べている。〈5.〉それ故、定期金義務者がたとえ三百年にわたって定期金を支払わなくても、定期金負担付き財産を剝奪されることはなく、滞納された定期金の返済が義務づけられるだけである。何よりも参照されるべきは、別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節の文言「所定の割合」への標準注釈であり、パノルミタヌスの同箇所注釈もそうであり、そこには、「この契約は実際には永借契約ではない」、とある。そしてこれは、ソキヌス『助言集』助言167第2欄「主は我が口を開かせ給う」で始まる箇所によっても支持されている。

〈6.〉ところで、ザクセン法によれば、ラント法第1巻第54条の規定にあるとおり、賃租義務者が賃租を支払うべき期日にそれを支払わない場合、遅滞故に賃租が二倍になるというのが賃租義務者の違約罰であるとされている。〈7.〉同条には、「適法な期日に賃租を支払わない者は、その翌日に二倍支払い、彼がその賃租を保持し支払わない間は、毎日二倍となり、地主は判決に基づき彼を責め立て、当該賃租義務者の家で請求する云々」、とある。ゾベリウス〔編ラント法の注釈〕は、この規定を、全ての賃租ではなく、滑走賃租〔Ritter Zinß→Rutcherzinß?〕にのみ当てはまると解している。このような賃租は一定の地域に見られ、所定の期日に支払われねばならず、支払われない場合には、翌日に二倍支払うべきとされている。

〈8.〉しかし、注釈はまさにその箇所では賃租負担者を、地所を世襲する者とそうではない者の二つに区分している。そして、当規定は前者に関するものと理解しており、この点についてはラント法第2巻第59条及び第52条も言及している。〈9.〉当該規定がこれほどの多くの解釈を必要とし、どの賃租義務者について述べているのか不明確であり、しかも、ザクセン法上、レーン法第60条や第80条の注釈にあるとおり、四種の定期金義務者が存するとされる以上、〈10.〉滑走賃租が未だに用いられている場所を除いて、当該違約罰は妥当しない。”(Quaestionum decisiones, 16-17.引用は1599年フランクフルト刊のテキストによる。)

2 部第39条に盛り込まれることになる。既にⅢでみたとおり、同条第4節によれば、「単純賃租schlechter Zins」の負担者すなわち定期金義務者は、「定期金の不払いを理由に地所を没収されることはなく、その代わり、未払い賃租を弁済し、領主に生じる裁判費用を償還すべく義務づけられるob non solutum censum derselben [=der Güter] nicht zu priviren / sondern den vorsessenen Zins zu erlegen und die Gerichtskosten / die dem Herrn aufgangen / auf Ermeßigung erstatten schuldig」とされ、違約罰についても、延滞期間中に日々賃租額を倍増させるいわゆる「滑走賃租Rütscherzinß」（ザクセンシュピーゲル・ラント法第1巻第54条第2文前段：「適法な期日に賃租を支払わない者は、その翌日に二倍支払い、彼がその賃租を保持し支払わない間は、毎日二倍となり、地主は判決に基づき彼を責め立て、当該賃租義務者の家で請求する。Wer seinen zinz zu rechten tagen nicht en gibit / der sal in des anderen tages zweivalt geben unde alle tagen also / de wile her in undir sich hat / daz im der herre mit rechten orteilen volge unde in zu sime huse heische: Wer seinen Zinß zu rechter Zeit nicht gibt / Zweyfach soll er ihne geben deß andern Tags / und also alle Tag zweyfach / dieweil er seinen Zinß inbehält / und nicht bezahlt / also daß doch ihne der Herr mit Rechten verfolge / und den Zinß seines Manns Hauß erheische.」）は、ザクセンシュピーゲルにおける「賃租義務者Zinßleute」の多義性を理由に当該違約罰の妥当性を限定する「ザクセン勅法意見集」所収上記第13論（第6番から第10番）の提言を恐らくは考慮して、踏襲されなかった。二分法の根強い影響を指摘するためにフランツケが列举した多数の文献には、中世カノン法学からザクセンの現行法に至る二分法の伝承経路がこの上なく的確に示されているのである。

(未完)