

《論 説》

定期金の概念と類型

——典拠分析による学説史概観—— (3)

藤 田 貴 宏

Ⅲ

Ⅱでみたとおり、フランツケは、「留保定期金*census reservativus*」の一類型である「受封物の定期金*census rerum feudaliūm*」の特殊性を、ローマ法上の永代賃借との共通点、すなわち、地主に留保される「上級所有権*dominium directum*」とその効果、とりわけ、永借人交代時に受領される「承認礼金*laudemium*」に見出す一方で、フランスの慣習法上の「賃租*cens*」概念との類似性に示唆を得つつ、ザクセン法上の「賃租世襲地*Erbzinsgüter*」を当該定期金の負担が課された土地として同定している。しかし、このような議論は、「授封物の定期金」を、上級所有権と下級所有権が分離並存する封建的土地保有形式として解釈された永代賃借と同視するものでは決してない。『問題解決集』では、「農民の財産に設定されている留保定期金*census in bonis rusticis constituti reservativi*」は「授封物の定期金」と推定されるべきとの主張（第22番）に続いて、「これは、貴族が君主その他の人々から授かっている封の境界内に位置する土地についてとりわけ明らかである*quod maxime patet in fundis illis, qui intra fines feudaliūm, quae nobiles a principe, vel aliis recognoscunt, siti sunt*」との一見トートロジカルな指摘（第23番）が見出されるが¹⁾、このような指摘は、「授封物*res feudales*」を目的物とする農民の土地保有形式をめぐる、「定期金」と「永代賃借」とは区別可能なのか、更には、

1) *Resolutiones*, I, 8.

両者が区別されるとして、個々の事案でその何れを推定すべきなのかという優れて実務的な問題意識から為されている。まず、前者の概念的区別の可否については、「そのような土地は永借地に非常に似通っていて区別するのに困難を伴うため、両契約は効果において一致していて、ただ名称の響きを異にするだけであると解する*qui admodum emphyteuticis similes sunt, ut aegre ab illis discerni queant, adeo ut existimet, contractus illos in effectu convenire, et non nisi nominis sono differere*」見解が紹介され、その典拠が二つ挙げられている。一つは、勅法彙纂第4巻第66章「永借権について*De iure emphyteutico*」第1法文²⁾に付されたバルトルス・デ・サクソフェラート*Bartolus de Saxoferrato* (1313/4-1357年)の注釈³⁾の第7番である。同法文では、「永借権 *ius emphyteuticum*:

-
- 2) “皇帝ゼノンが近衛長官セバステアヌスへ。永借権は、賃借や譲渡の章に割り当てられるべきではなく、これらの二つの重要な契約との一括や同視とは関わりのない第三の権利であって、固有の概念と定義を備えており、正当かつ有効な契約が存するものと、定める。この契約では、契約を締結する両当事者の間で、偶然の事変をも含めたあらゆる事柄に関する書面を介した合意によって定められた点全てが、確実に不足のない永続的な安定の下にあらゆる手段を以て遵守されねばならず、それ故、偶然の事変によって生じる事柄が合意による取り決めの中で想定されていなかった場合には、永代賃借において引き渡された目的物それ自体を完全に滅失させるほどの大きな損害が生じたとしても、それは、もはや何も残されてはいない永借人ではなく、不運にも襲ってくる出来事にたとえ契約の締結がなくても曝されることになったであろう地主の負担に帰すべきものとする。これに対して、部分的あるいはその他軽微な損害が生じ、それによって目的物の実体が完全に失われてはいない場合、それが自らに負担に帰されるべきことを永借人は疑ってはならない。”(*Corpus juris civilis*, 195.)
- 3) “永借契約は独自の契約であり、契約の中に挿入された特約は有効であるし、目的物が全て滅失した場合には永借人は免責されるが、一部が滅失した場合にはこの限りではない。明確な理解のために、永借契約が如何にして成立するのか知っておく必要がある。というのも、例えば百といった一定額が最初に渡され、これとは別に以後毎年僅かなものの支払いが約束されるからである。そこで、当該契約が売買契約なのか賃貸借契約なのか疑問となり、皇帝はこれに答えているのである。〈1.異なる定義を有するものは種を異にすると述べられている。[以下、「梗概」の脱落部分は1581年リヨン刊のテキストにより補充]前半部について注意すべきなのは、異なる定義

を有するものは種を異にすると述べられている点である。後半部について注意すべきなのは、目的物の全部が滅失したのか一部が滅失したのかという区別である。後半部については、上記第4巻第48章「売却物の危険と利益について」第1法文の注釈で買主について述べたのと同じく、契約の締結日から危険は永借人に帰せられるとの異論が考えられる。解答：売買の場合と、賃貸借並びに永借契約の場合とは異なる。〈2. 永代賃借において目的物が滅失した場合に賃料が支払われない理由。〉理由：売買では、売主は、物、しかも、何らかの行為つまり引渡へと義務づけられる限りにおいて確定的な特定物へと義務づけられており、そのような行為は一時的なものである。それ故、義務づけられているものの弁済によって免責されるのみならず、上記の確定的な特定物の滅失によっても免責される。なぜなら、まさにこの確定的な特定物へと義務づけられているからである。〈3. 賃貸しあるいは永代賃借のために譲与する者は受忍へと義務づけられる。〉一方、賃貸しあるいは永代賃借として与える者は、確定的な特定物ではなく、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15法文の注釈冒頭で述べたとおり、小作人や永借人が用益することを許容するという意味での受忍へと義務づけられているのであり、そのような受忍は、将来へと続くものであって、確定的でも限定的でもないで、目的物が滅失してしまうとそれ以降もはや履行不能となり、それ故、賃料も請求不能となる。以上は理由の一つである。あるいはまた、第4巻第24章「賃訴権について」第9法文によって、目的物はそれが属する者からは失われるが、賃貸借契約や永借契約においては、目的物はそれが属する者に留まり、契約完成後もその者に留まったままであるので、その者から失われる、とも解される。第二に、目的物の一部が滅失した場合には、上記本巻第65章「賃貸借について」第8法文にあるとおり、賃料の減額が為されるべきとの異論も考えられる。〈4. 目的物の一部滅失において賃料が義務づけられる理由。〉解答：賃貸借の場合と永代賃借の場合とは異なる。理由：永借地は幾らかの僅かな代価の下に貸与され、そのような代価は果実の対価としてではなく所有権の承認を証するために受領されるものであり、たとえ目的物の一部が滅失した場合であっても果実は取得されるのであって、毎年支払われる賃料乃至地代と比して当該果実が常に十分なものである以上、代価の減額は為される必要はないが、賃貸借においては事情が異なる。〈5. 永借契約は如何なる点において売買や賃貸借の契約と異なるのか。〉以上のような永借契約が売買や賃貸借の契約と如何なる点で異なっているのか問題となる。解答：上記第2及び第3の注釈から導かれるとおり、特に一つの相違点に着目すべきであり、これについてはかつて行った討

論の中で詳しくふれた。ここで言っているのは、売買においては最初に代金が支払われるのに対して、この永借契約では毎年賃料が支払われるという点であり、上記注釈を参照されたい。何者かがペルージャ市とキウージ市から果実、定期金、収穫物を一定の年数にわたって毎年一定額の代価を按分して支払うような場合、賃貸借におけるように飢饉による代価の減額が為されるべきか、あるいは逆に、売買におけるように為されるべきではないのか、についても上記箇所において既に述べた。〈徴税請負人云々〉で始まるその討論で述べたように解すべきであり、そこで述べた中でも特に、目的物を「売却した」と言ったのか「賃貸した」と言ったのかについては私は重要視しない。そうではなくて、売買と賃貸借の何れが存するのか吟味すべきであると考え。とりわけ、毎年の支払いがあるのか否かが吟味されるべきであり、この点が、売買と賃貸借何れなのか見極めるための手掛かりの一つである。〈6. 永借契約は書面で締結されねばならないのか。〉永借契約は書面において締結されるべきなのかも問題となる。当法文の「この契約ではあらゆる点が云々」の行に照らしてこれを肯定する人々があり、同箇所の標準注釈も私の読む限り同旨であるように思われる。「書面」という文言に付された別の標準注釈はこれとは異なることを述べていて、それによれば、書面によって締結することが許容されているだけで、書面無しに締結することは禁じられるどころかむしろ可能であるとされており、慣習法もこの点を裏付けている。〈7. 永代賃借は如何なる点において自由保有契約と異なるのか。〉当契約が自由保有契約と如何なる点において異なるのが問題となる。ある人々は、永借地は永続的かあるいは幾世代かにわたって譲与されるのに対して、自由保有地は三十年間にわたって譲与されると述べている。この自由保有契約については、上記第1巻第2章「聖なる教会及びその財産と特権について」第13法文の新勅法引用要約文第一と、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節への各標準注釈において言及されている。簡潔に言えば、永代賃借と自由土地保有との間に違いはないと私は考える。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節のテキストも同旨であると解される。〈8. 容仮占有契約とは如何なる点で異なるのか。〉当契約はなぜ容仮占有契約と異なるのかについても問題となる。カノン法学者には、別書第3巻第14章「容仮占有について」第1[3?]節にあるような相違を両者の間に想定する人々がいる。簡潔に言えば、我々の下では、容仮占有は疑いなく異なる。というのも、容仮占有契約においては代価が介在せず、所有権者は何時でも望むときに返還を求めることができるからである。ただし、地域によって、慣習法上、永借人の占有が様々な名称で呼ばれている。す

なわち、容仮占有と呼ぶ人々もいれば、自由保有地と呼ぶ人々もいるし、証拠のためにそう呼ぶ人々もいれば、地代のためにそう呼ぶ人々もいるが、どのように呼ばれているかが問題ではなく、それは永代賃借である。〈9. 賃料の減額が為されるほどの大きな毀損とは何か。〉毀損が生じたとして、如何なる場合にその毀損が賃料の減額が生じるほどに大きいと解されると当法文が述べているのかが問題となる。ある人々は、目的物の半分以上が失われた場合にそのように解しているが、我々の与する注釈は的確にもそのような区別無く、何らかのものが残存していれば、地代全額が支払われるべきである旨述べている。私の理解によれば、これは、地代に見合う十分な果実が取得されるものが残っていればよいという趣旨である。〈10. 永借地として譲与された物が増価した場合、地代も増額されるのか。〉反対に、目的物が増価した場合に、地代も増額されるのかどうか問題となる。標準注釈は、潜在的な増価と顕在的な増価とを区別しているが、これには与せず、それどころか、下記第7巻第41章「沖積地、沼、別の状態に変化した牧草地について」第3法文に基づき、あらゆる増加分は区別なく永借人自身に帰属すると私は考えており、また当法文に照らして、反対対立の論拠により、毀損の場合と同じ法が増価についても妥当するとも考えられる。〈11. 当契約に基づいて如何なる訴権が行使されるのか。〉当契約に基づいて如何なる訴権が行使されるのかが問題となる。ある人々は、当法文に基づいて不当利得返還請求訴権を行使できるとしている。別の人々によれば、例えばペトルス〔・デ・ベッラパルティカ〕とキーヌス〔・デ・ピストイア〕がこれに従っているが、ここでは前書訴権が行使されるとされる。というのも、前書訴権が新しい訴権であり、古い上記訴権は新たな種類に取り込まれているからである。更に、彼らが言うには、法律が新たな債務を導入する際、十二表法の原則を考慮して、前書訴権が行使されるという。つまり、無名踐成契約が問題とされているというのである。以上には賛同できないし、ペトルスやアルプスの向こうの人々はそのような主張によって自己矛盾に陥っている。すなわち、彼らは、前書訴権は無名踐成契約からのみ生じると述べている。ところが、彼らによれば、この無名踐成契約とはつまり永借契約であり、そのような〔名称のついた無名とはいえない〕契約から前書訴権が生じていることになって、そのようには言えないはずであるからである。従って、当法文から不当利得返還請求訴権が発生すると解すべきである。また、新たな債務が導入されていないと解することは妨げとはならない。というのも、古代法によれば、賃貸も賃借も存しなければ、実際には何も存在せず、目的物の介在によって表示されない限り、当該契約からは有効な訴権も債務も生じないとされたし、当

ius emphyteuticarium」が「固有の概念と定義*conceptio definitioque propria*」を備え、「永代賃借*emphyteusis*」が「正当かつ有効な契約*iustus validusque contractus*」である以上、「契約を締結する両当事者の間で、偶然の事変をも含めたあらゆる事柄に関して書面を介した合意により定められた点全て*cuncta quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus, vel etiam fortuitis casibus, pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint*」が「遵守されねばならない*debent custodiri*」こと、並びに、「偶然の事変*fortuiti casus*」についてそのような特約がなければ、「目的物それ自体を完全に滅失させるほどの大きな損害が生じた*tanta emersit clades, quae prorsus etiam ipsius rei faciat interitum*」場合には、「目的物の所有権者*rei dominus*」つまり地主の負担とされるが、「部分的なあるいはその他軽微な損害が生じ、それによって目的物の実体が完全に失われてはいない*particulare vel aliud leve contigit damnum, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia*」場合には、「永借人*emphyteuticarius: emphyteuta*」の負担とされること、が定められている。「永借権は、賃借や譲渡の章に割り当てられるべきではなく、これらの二つの重要な契約との一括や同視とは関わりのない第三の権利である*ius emphyteuticarium*」

該契約を完全に表示することはそもそも困難であったからである。なぜなら、地主の立場からはどれほどの期間において永借人を受け入れるべきかは不確定であり、また、永借人の立場からはどれほどの地代を支払うべきか不確定であるから。法律が新たな債務を導入する際に十二表法に依拠すると述べている点については、学説彙纂第13巻第2章「法律に基づく不当利得返還請求訴権について」第1法文について述べたとおり、誤りであると私は解する。〈12. 永借物が戦地や疫病地に存する場合、耕作不能である以上、地代は決して義務づけられない。〉目的物は滅失してはいないが、戦争故に耕作できない地域にそれが存する場合、地代が支払われるべきかどうか問題となる。ヤコブス・デ・アレナは、学説彙纂第41巻第2巻「占有の取得と喪失について」第21法文第1節と同第42巻第5章「裁判官の命令による財産の占有や売却について」第12法文第2節を論拠に、目的物全部が滅失した場合と同様に、支払う必要はないと結論づけている。また、同法文への注釈でキヌスはアーンを引用しており、この点を常に心すべきである。”(In duodecim libros Codicis commentaria, 456-457.引用は1562年バーゼル刊のテキストによる。)

neque conductionis, neque alienationis esse titulis adiciendum sed hoc ius terium esse, ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum」とするゼノー-Zeno帝の言葉に呼応する形で、バルトルスは、目的物全部滅失時の地主の危険負担を、「売買emptio」と「永代賃借emphyteusis」との相違点として、一部滅失時の永借人の危険負担を、「賃貸借locatio」と「永代賃借」との相違点としてそれぞれ説明しており(第2番から第4番)、フランツケによって引用された注釈第7番は、そのような「永借契約contractus emphyteiticus」と他の契約との概念区分の延長において、「自由保有契約contractus livelli」との区別の可否に言及した箇所である。しかし、この箇所でも、バルトルスは、「永代賃借と自由土地保有との間に違いはない nulla est differentia inter emphyteusim et livellum」との立場に与しているだけであり、なぜそれが、永代賃借と授封物定期金との効果における一致を説く見解として援用されているのか疑問となる。授封物の定期金を「自由土地保有livellum」と同一視することがフランツケの意図なのであろうか。

『問題解決集』では、「自由土地保有」そのものについて言及されていないが、『承認礼金論』では、「承認礼金laudemium」の「第四の客体quarta species objecti」として、「永代賃借emphyteusis」(第9章)、「封feudum」並びに「定期金負担付財産bona censitica」(第10章)に続いて、第11章で独立して論じられている。それによれば、「自由土地保有livellum: libellalia」とは、「市民法jus civilis」上、「売買と賃貸借との混合契約と解され、それ故また、更新に関して、更新料乃至承認礼金の支払いが当該契約に基づいて義務づけられる点、並びに、所有権承認のための少額で、多くの場合、僅かな銅貨や銀貨である年払いの地代に関する限りでは、永代賃借と同じであるmixtus contractus ex emtione venditione et locatione conductione constatus videtur et proinde emphyteusi admodum similis est, tum ratione renovationis, quod ex illo renovationis pretium sive laudemium praestandum sit, tum ratione pensionis annuae, quae in recognitionem domini modica et plerumque paucorum assium seu libellarum esse solet」し(第5番から第7番⁴⁾)、「封建法jus feudalis」上も、「永代賃借そのもの、つまり、僅かな額の年払い地代によって

永続的に物の用益を認める合意を意味すると解されている *videtur significare emphyteusin ipsam, seu conventionem de re utenda data in perpetuum sub annua paucorum denariorum pensione*」(第13番⁵⁾)とされ、「自由保有契約とは、永代賃借一般や上級所有権者によって設定される永代賃借ではなく、例えば封臣や永借人のような下級所有権によって初めて誰かに設定される下位の永代賃借にすぎない *libellarium contractum non pro quacunquē emphyteusi, et quae a domino directo, sed saltem pro subalterna, quae a domino utili puta vasallo aut emphyteuta primum alicui constituitur*」との異論(第22番⁶⁾)も、「下位受封が実際には封であり、最初の下位授封者である封臣に関して真正な封のあらゆる性質を保持しているのと同じく、下位永代賃借もまた実際には永代賃借であって、名称の響きを除けば永代賃借と異なるところは何もない *uti subfeudum revera feudum est, et omnes qualitates veri feudi habet ratione vasalli primi subfeudantis, ita et sub emphyteusis revera emphyteusis est, nec praeter nominis sonum quicquam ab eadem differt*」(第27番⁷⁾)との主張によって退けられている。この箇所は、「受封物」の「永代賃借」なるものが議論の前提として想定されていることの証拠ともなるが、それ以上に注目すべきは、この「自由土地保有」と「永代賃借」の一致に関連して、「遙か昔の解釈者ヤコブス・デ・アルディゾーネは、イタリアの大半の地域、とりわけ、その故郷であるヴェローナにおいて当時既に永代賃借の意味で自由土地保有と称されていた旨証言しているし、バルトルスやヤーソンも両者が効果において全く異なることを認めている *in permultis Italiae locis et praesertim Veronae in patria sua jam olim libellum pro contractu emphyteutico dictum esse, Jacobus de Ardizone vetustissimus interpret testatur, et in effectu prorsus non differre Bartolus et Jason concedit*」(第29番⁸⁾)と付言され、上記バルトルス

4) De laudemis, 228.

5) De laudemis, 229.

6) De laudamiis, 230.

7) De laudemis, 231.

8) De laudemis, 231.

の注釈第7番が援用されているという点である。つまり、フランツケは、バルトルスの注釈があくまで「永代賃借」と「自由土地保有」の「効果」における一致を説くものであって、授封物の定期金とは直接関わりのないことを承知の上で、『問題解決集』の上記箇所を取ってこの注釈を引用したことになり、先の疑念は一層強まることになる。

そこで、もう一つの引用文献であるアンドレ・ティラコーAndré Tiraqueau (1488-1558年) の『都市法及び合意による財産取戻両注解De utroque retractu municipali et conventionali commentarii duo』(1543年初版)に目を向けることにする。この著作は、「ポワトゥー地方の一般慣習法Coutumes generales du pays de Poitou」(1514年成文化、1560年改訂)の旧第7章「親族取戻についてDe retractis lignagiers」の注釈書であり、フランツケが参照しているのは、旧第34(=270⁹⁾)条(「ただし、契約締結に際して、何らかの定期金負担付き財産を受領する者が当該物件のために定期金を支払う旨合意されているならば、そのために自らの総財産を担保に供しているにもかかわらず、そしてまた、当該物件を保有する間に限って定期金を支払う旨の取り決めもないにもかかわらず、当該物件を断念し放棄することができる。Mais si audit contract faisant estoit accordé, que celui qui prend aucune chose à rente, payeroit icelle rente pour raison desdicts lieux, nonobstant qu'à ce il eust obligé tous ses biens, et nonobstant que ne fust dict qu'il payeroit tant qu'il tiendrait lesdicts lieux, neantmoins il peut quitter et expondre lesdicts lieux.」)に付された第一注釈第1番¹⁰⁾である。それによれば、「本条は、それ

9) Bourdot de Richerbourg, Nouvauv coutumier general, Tome IV (1724), 764.

10) “本条は、それほど適切には配置されてはならず、むしろ傍論的に舞台のせり出しのように、前条の後半部に定められている点の結論や解明のために、前条に付け加えられているにすぎない。それ故、当然我々もここでは何らかの仕方での関連性について付言しよう。すなわち、永借人、賃租義務者、自由保有人の何れの名称で呼ぶにせよ(実際これらの者やこれに類する者の間に大きな差異はない)、本条に述べられているとおりであり、これは、勅法彙纂第4巻第66章「永借権について」第1法文へのバルトルスの注釈第2段の「如何なる点で異なるのか云々」の一節や近

ほど適切には配置されてはおらず、むしろ傍論的に舞台のせり出しのように、前条の後半部に定められている点の結論や解明のために、前条に付け加えられているにすぎないhic articulus non admodum apposite hic collocatur, verum tanquam obiter, ac per transennam et veluti in consequentiam atque declarationem eius, quod dictum est in posteriori parte articuli praecedentis, ei subiunctus est」とされ、「親族取戻retraict lignagier」そのものには直接関わりはないが、前条第33 (=269¹¹) 条(「ある者が自らの保有地や世襲地を償還可能な定期金のために譲与し、その後幾らか経って当該定期金がい戻された場合、保有地や世襲地に定期金を設定し、定期金の代価として金銭を受領し

時の人々の同箇所注釈、同じく、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節への彼らの注釈、封建法書第1巻第5章「如何なる仕方では封は失われるのか」前書の「あるいはもし自由保有者が云々」の行へのバルドゥスの注釈の冒頭部に続く箇所、マルティヌス・ラウデンシスの同法文「同様に云々」の行への注釈第1段「ここに言う自由保有者に注意せよ」の節、封建法書第2巻第39章「父方の封の処分について」への同じくマルティヌスの注釈に加えて、ピリップス・デキウス『助言集』助言518末尾直前の一覧に引用された類似の人々が述べているとおりである。また、最初にこれらの用語を持ち込んだ人々が如何なる相違点を想定していたのだとしても、ほとんど不使用に帰してしまっていて、今日ではこれらは区別無く用いられており、アンゲルス[・デ・ウバルデイス]の助言184も同旨であるし、この点については更にヨアンネス・デ・プラテアの法学提要第3巻第24章「賃貸借について」第3節への注釈の問題9も参照されたい。(敢えて言えば)本条で言われているのは、これらの者が、永借物にせよ、自由保有物にせよ、賃租物あるいは定期金負担物にせよ、所有権者の意思に反して放棄できるということであって、これは、勅法彙纂第4巻第66章第2法文の「地主が欲すれば云々」の節の反対解釈からすれば、普通法からは導かれない点であり、同法文注釈へのバルドゥスの注釈第2段、「問題なのは永借人が云々」の節、同じくアルベリクス[・デ・ロサーテ]の注釈最終段、「同様に問題なのは云々」の節、同じくヨアンネス・ファベルの注釈最終段、「もし永借人が云々」の行、同じくヤーソンの注釈第7段、「第六に主として云々」の行でもその旨指摘されている。”(De utroque retractu, 494.引用は1618年リヨン刊のテキストによる。)

11) Bourdot de Richerbourg, Nouvau coutumier general, Tome IV (1724), 764.

た者の父祖親族は、当該代金受領の故に世襲地を取り戻すことができる。封の権能に基づいて封を没収したりあるいは封の売却手数料や承認礼金を要求することのできる封主についても同じである。しかし、定期金が償還可能ではないにもかかわらず偶々それが買い戻された場合には、そのような定期金でも取戻の対象となる。Si aucun baille son fons et heritage à rente admortissable, et quelque temps apres ladicte rente est rachatee: en ce cas le parent et lignagier de celui qui a arrenté ledicts fons et heritage, et qui pour ladite rente a prins argent, pourra pour ledict pris avoir par retraits ledict heritage. Idem du seigneur de fief, qui le pourra prendre par puissance de fief, ou demander ses ventes et honneurs. Mais où la rente ne seroit admortissable, toutefuoyes s'il advient quelle soit rachetee, en ce cas tell rente choit en retraits.) の「後半部posterior pars」、すなわち、「定期金が償還可能ではない場合où la rente ne seroit admortissable」に関連して、「何らかの定期金負担付き財産を受領する者celuy qui prend aucune chose à rente」が「定期金rente」を支払うことなく「当該物件を断念し放棄することができるpeut quitter et expondre lesdicts lieux」旨、換言すれば、「定期金が買い戻されるrente est rachetee」ことなく所有権者に目的物が復帰する場合を注意的に規定したもの位置づけられている。「償還可能admortissable」な定期金とそうではない定期金とを区別した上で、前者が買い戻された場合だけでなく、通常は買い戻しが想定されていない後者においても、「偶々それが買い戻された場合s'il advient quelle soit rachetee」には親族取戻が認められるという第33条の趣旨を裏返せば、後者の償還されない定期金における親族取戻の原則的な否定が導かれ、ティラコーも同条の注釈の冒頭でこの点を、「親族取戻は、永代賃借にせよ自由土地保有にせよ賃租にせよ、その地代が永続的なもので買い戻しのきかないものための単純な譲与には認められないretractum non habere locum in simplici datione in emphyteusim, vel libellum, vel censum, cuius scilicet pensio perpetua est, nec subiecta redemptioni」¹²⁾と敷衍している。ティラコーが次条

12) De utorque retractu, 493.

第34条第一注釈の上記箇所、「永借人、賃租義務者、自由保有人の何れの名称で呼ぶにせよ（実際これらの者やこれに類する者の間に大きな差異はない）、本条に述べられているとおりである *quod hic dicitur, emphyteutam, sive censuarium, sive libellarium vocare malis (neque enim multum inter hos et similes interest)*」と指摘しているのは、前条の「定期金が償還可能ではない場合」に「永代賃借 *emphyteusis*」、「自由土地保有 *libellarium*」、「賃租 *census*」を区別無く読み込む解釈を承けたものであり、そこには先にみたバルトルスの注釈が論拠の一つとして引用されている。『承認礼金論』では適切な文脈でバルトルスの注釈を引用していたフランツケが、注釈内容を顧みずにティラコーから典拠を借用したとは考えられないけれども、「ティラクエルスは『親族取戻論』第34条第1注釈第1番で勅法彙纂第4巻第66章第1法文へのバルトルスの注釈第7番やそこに引用される他の人々に従って考えている *post Bartolum in legem l. Codicis de jure emphyteutico numero 7. et alios a se allegatos Tiraquellus de retract lignagier articuli 34. glossa l. numero l. existimat*」との表現からも明らかのように、ティラコーによるバルトルスの援用が意識されているのは確かである。この箇所でティラコーは、「最初にこれらの用語を持ち込んだ人々が如何なる相違点を想定していたのだとしても、ほとんど不使用に帰してしまっていて、今日これらは区別無く用いられている *quicquid discriminis somniarint ii, qui ab initio haec vocabula aduexerunt, in dissuetudinem propemodum abiit, hodieque promiscue his utimur*」と結論づけており、第33条と第34条の羅訳に際しても、「定期金 *rente*」に「地代 *solarium*」という一般的な訳語を当て、慣習法上の「賃租 *cens*」に対応する〈ケンスス *census*〉は用いておらず、「永代賃借」や「自由土地保有」との区別を巧みに回避している。フランツケは、IIで見たとおり、「授封物の定期金」とフランス法上の「賃租」の対応関係を意識していたのであるから、「授封物の定期金」と「永代賃借」が「効果において一致していて、ただ名称の響きを異にするだけである *in effectu convenire, et non nisi nominis sono differre*」との見解の典拠として、「永借契約」と「自由保有契約」の一致を説くにすぎないバルトルスの注釈を取って引用するその論法の合理性は、「永代賃借」と「自由土地保有」に加えて「賃

租」もまた「地代が永続的なもので買戻しのきかない*pensio perpetua est, nec subiecta redemptioni*」という「効果において*in effectu*」一致するととのティラコーの慣習法解釈との組み合わせによって辛うじて保たれることになる。ただし、ティラコーの注釈の主眼は、「永代賃借」、「自由土地保有」、「賃租」の一致を指摘することそれ自体ではなく、「普通法*ius commune*」との関係で第34条の独自性を確認することにある。ローマ法上、「三年にわたって地代を支払わず、公課の領収書を地主に渡さない場合には、地主が欲すればその者を永借地から退去させることができる*si per totum triennium neque pecunias solverit neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere*」とされ(勅法彙纂第4巻第66章第2法文¹³⁾)、「地主が欲すれば*volenti ei*」との文言の「反対解釈により*a contrario sensu*」永借人には自らの意思で退去する自由はない。そのような「普通法」の解釈の下で、「永代賃借」を「自由土地保有」や「賃租」と区別しないとすれば、「永借物

- 13) “皇帝ユスティニアヌスが近衛長官デモステヌスへ。永借契約において、永代賃借の書面中に何らかの特約が実際に記載されているならば、当該特約が、他のあらゆる事項と並んで、通常の地代を支払わなかったり地租納付の証明書を提示しなかったりした場合の永借地保有者の退去についても、遵守されるべきものと朕は定める。

しかし、この点について何も特約がなくても、三年にわたって地代を支払わず、公課の領収書を地主に渡さない場合には、地主が欲すればその者を永借地から退去させることができ、後から、有益費あるいは増価分(エンポネマータ)と呼ばれるものについて主張したり、違約罰について異議を申し立てたりすることはできず、(地主がそれを欲する限り)直ちに退去させられ、このような理由で不利益を受けない旨主張することはできない。というのも、何人も訴訟や督促を待つまでもなく、進んで自ら提供すべきであり、朕の先の法律に定められたとおり、自発的な意思で債務を弁済せねばならないからである。

ただし、永借人を追い出す権能、つまり、三年間の経過によって永借地保有者がその権利を失うべく策を弄して支払いを少しも受け取らないといった権能が地主にもたらされることのないように、予めの申立てによって金銭を提供する機会を永借人に与え、それらの金銭が封印され法律に基づき供託された場合には、立ち退きの危険を恐れる必要は全くないものとする。”(Corpus juris civilis, 195.)

にせよ、自由保有物にせよ、賃租物あるいは定期金負担物にせよ、所有権者の意思に反して放棄できる *posse rem emphyteuticam, aut libellariam, aut censuariam, sive censualem, renuntiare domino invito*』という第34条の趣旨は「普通法からは導かれない *procedit de iure communi*」ことになる。フランツケは、この慣習法と普通法の対置というティラコーの意図には無頓着のまま、三つの名称が「今日では区別無く用いられている *hodieque promiscue utimur*』という指摘にのみ着目しているのである。

授封物の定期金と永代賃借とが「効果において一致する」との見解の実務上の帰結として、フランツケは、「この種の財産から農民によって長期間にわたり支払われる定期金は永借料と見なされる結果、領主の同意を欠いた譲渡によって没収が生じる *censum ex hujusmodi bonis a rusticis per longissimum temporis spatium pro canone emphyteutico, usque eo, ut propter alienationem sine consensu domini factam, caducitari locus sit, habendum esse*』という点にも言及している（『問題解決集』第23番）。その典拠として挙げられているのは、アウグスト（在位1553-1586年）、クリスティアンChristian I世（在位1586-1591年）、クリスティアンII世（在位1591-1611年）の三代にわたって「ザクセン選帝侯 *Elector Saxoniae*」に仕え、ライプチヒの参審裁判所並びに宮廷裁判所、そして、ドレスデンの上訴裁判所でも判事を務めたハルトマン・ピストリス *Hartmann Pistoris* (1543-1601年) の『個別考察集 *Observationes singulares*』(1629年初版)の考察95「賃料あるいは年払定期金の弁済によって当該財産は永借財産と定期金負担付財産の何れと解されるべきか *Ex canonis sive annui census praestatione, an bona censeantur emphyteutica, an vero censitica*」¹⁴⁾の第9番である。当考察では、「非常に議論が多く訴訟の種となっ

14) “〈1. 長期にわたって自らの土地のため賃料を支払っている者は永借地ではなく定期金負担地を取得している。〉非常に議論が多く訴訟の種となっている問題に、ある者が何らかの財産を長い間占有し、当該財産のために賃料や年払定期金を支払ってはいるが、如何なる名目で支払っているのか明らかではない場合、当該財産を永借財産と考えるべきなのか、それとも定期金負担付き財産と考えるべきなのか、というものがある。当然永借財産と解すべきであると述べているのは、勅法彙纂第4

卷第66章「永借権について」第2法文の文言「退去させる」への標準注釈に従ったバルドゥスの注釈であり、同法文へのヤーソンの注釈第155番及び第165番もこの標準注釈に従っている。また、スクルフィウス『助言集』第1巻助言58はこの注釈が一般に是認されている旨述べており、エウエラルドゥス『トビカ』「永代賃借から定期金への論拠」もこれに与している。

〈2. 同上。〉以上とは反対に、疑わしい場合その種の財産はむしろ定期金負担付き財産と考えるべきであるとするのは、前記勅法彙纂第4巻第66章第2法文へのアルベリクス・デ・ロサーテの注釈第4段、同法文へのヤーソンの矛盾を孕む注釈第42番、より詳しいソキヌス『助言集』助言167、マッタエウス・デ・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、「しかし本当のところは云々」の箇所、ペロイウスの『問題集』問題14と別書第1巻第41章「原状回復について」第1節注釈である。ただし、ペロイウスは後者において教会の財産の場合と他の財産の場合とを区別しており、これに依拠するクラウエッタ『助言集』助言20及び助言204第20番も同旨である。〈3. 同上。〉そして、我々の〔ザクセン選帝侯〕勅法集第2部第39条が通説と認めているのもこの見解である。

〈4. 封の譲与が明らかである場合、あるいは、土地が授封財産の領域内に見出される場合には、三十年にわたる賃料支払いに照らし、定期金負担地ではなく永借地と推定される。〉ただし、この見解には容認すべき限界がある。それはすなわち、目的物が封として譲与されたり、あるいは、授封財産の領域内のどこかに所在することが明らかとなる場合に常に妥当しないというものである。というのも、そのような場合、何者かが三十年にわたって目的物を占有し、そのために定期金を支払ってきたとしても、〈5. 定期金契約では下級所有権も上級所有権も移転される。〉定期金契約では、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節に述べられているとおり、下級所有権のみならず上級所有権も移転されるはずであって、定期金負担付き財産であるというよりはむしろ永借財産であると推定されるからである。〈6. 授封物には上級所有権が譲与者側に残存するという性質がある。〉実際にも、授封物には、上級所有権が譲与者側に留まるという性質がある。この理由から、マッタエウス・デ・アッフリクティスは前掲『判決集』判決129第6番においてその旨述べている。〈7. 自らの領主の封に含まれる何かを年払定期金と引き換えに保有している農民は、永借権に基づいて保有するものと解され、領主の同意の無い譲渡によって永借権を失う。〉そして以上からすれば、ある者が上位者から一定の財産について授封され、当該財産のある部分をその者の農民が非常に長い期間占有し、年払いの

ている問題*controversia admodum et litigiosa quaestio*」として、上記表題にもあるとおり、「ある者が何らかの財産を長い間占有し、当該財産のために賃料や年払定期金を支払っているが、如何なる名目で支払っているのか明らかではない場合、当該財産を永借財産と考えるべきなのか、それとも定期金負担付き財産と考えるべきなのか*si quis bona aliqua diu possederit, ab iisque canonem, sive censum annuum praestiterit, neque tamen constet, quo nomine eum persolverit, utrum bona haec pro emphyteuticis, an vero censiticis sint reputanda ?*」、が検討されている。まず一般論の次元では、「永借財産*bona emphyteutica*」ではなく「定期金負担付き財産*bona censitica*」を推定すべきとの見解に与するのがピストリスの立場のようであり、ザクセン選帝侯アウグストの勅法集の第2巻第39条「世襲賃租地及び単純賃租地は如何にして互いに識別され区別され、また、ある契約について疑わしい場合に何れが推定されるのか*Erbzins- und schlechte Zinsgüter, wie eins vom andern zu erkennen und zu unterscheiden und was vor ein Contract im Zweifel praesumiret wird*」¹⁵⁾

定期金を支払っている場合、当該財産は、定期金負担付き財産と解すべきであろうか、それとも、永借財産と解すべきであろうか。(8. 同上。) 判事たちの考えでは、そのような財産は永借財産と解され、それ故に、領主の同意の無い譲渡によって失われるべきものとされている。(9. 占有者自身のものではなく、当該財産のために定期金を支払っている定期金負担付き財産は、賃料の不払いや譲渡によって失われる。) というのも、定期金負担付き財産であっても、完全には占有者のものではなく、当該財産のために領主を承認して地代が支払われているような財産は、地代不払いという懈怠故に(同じことが譲渡故にも生じるように)失われる旨、ヤーソンが勅法彙纂第4巻第66章第2法文へ注釈第41番の半ば「ただしこの点は云々」の行で述べているからである。(Observationes, 97-98.引用は1658年フランクフルト刊のテキストによる。)

- 15) “普通法である皇帝法によれば世襲賃租と単純賃租との間には相違が存する。そこでは、「定期金負担付き財産」と称される単純賃租に関しては、賃租を適切に支払わないとしても、賃租義務者は当該地所を失うことはないが、世襲賃租地においてそのようなことは生じない。加えて、地所の世襲用益権、つまり、「下級所有権」のみが世襲賃租義務者、つまり、「永借人」に移転され、領主は当該地所に土地所有権を

もその典拠として言及されている(第1番から第3番)。同条では、「普通法である皇帝法gemeines keyserlichen Recht」に見られる「永借地emphyteusis」=「世襲賃租地Erbzinsgüter」と「定期金負担付き財産bona censitica」=「単純賃租地schlechte Zinsgüter」の「相違Underscheid」がまず確認されており、それによれば、「地所の世襲用益権すなわち下級所有権のみが世襲賃租義務者すなわち永借人に移転され、領主は当該地所に土地所有権を保持する wird

保持するのに対して、上記の単純賃租義務者はその保有する地所全体についてこれら双方、つまり、「上級所有権」と「下級所有権」を有する。

また、次のような区別をする人々もいる。すなわち、世襲賃租地は、領主や保有者に家系断絶が生じたり、譲渡される度に、再度授封され領主が受認されねばならないが、賃租地についてこのようはことは生じない。それ故しばしば授封状が交付され、それによって、領主が「上級所有権」を留保していることが分かるようになっている。

しかしながら、今日では、単純賃租地もまた、多くの場合、授封されているため、授封状が存在していてそれによって事態を確認できる場合を除けば、両者を区別することは困難である。

従って、授封状の中で地所が世襲賃租地として譲与され、領主が「上級所有権」を留保している場合には、当該地所は世襲賃租地と見なされるべきであるし、また、未開墾からの賃租負担付き地所が世襲賃租地に変更され、この点について授封状が作成された場合にも、その地所は「永借地」と見なされるけれども、それ以外の場合には、上記のとおり、賃租地であっても受封されることがある以上、単なる受封から確実なことを導くことはできない。

以上をふまえ、疑わしい場合、とりわけ、領主が「賃料の不払いを理由に」賃租義務者からの没収を望んでいる場合において、地所を「永借地」と単純な賃租地の何れと見なすべきかという点について、余が任じた者たちはこの上ない衡平さを企図して次のように結論した。すなわち、「疑わしき場合には」地所は「定期金負担付き財産」と解され、その保有者は「賃料の不払いを理由に」地所を没収されることはなく、その代わり、未払い賃料と弁済し、領主に課される裁判費用を補填すべく義務づけられ、この場合、請求や督促にもかかわらず延滞賃料を故意に弁済しない者に対しては実刑を科すこともできる、と。余もまた以上の点を是認し、余の勅法を以て法として定め公布されるものとする。”(Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, I, 2 [1938], 281-282.)

allein die erblicher Nutzbarkeit des Guts, utile dominium, in dem Erbzinsman, emphyteutam gewant und behelt der Lehenherr dorrauf den Grundeigentum, directum dominium」前者では、「賃租を適切に支払わなければ賃租義務者は当該地所を失うmachtet sich der Zinsmann des Guts vorlustig, wann er die Zins davon gebürlich nicht entrichtet」のに対して、「単純賃租義務者がその保有する地所全体についてこれら双方すなわち上級所有権と下級所有権とを有する solches beides, nemlich directum et utile dominium, hat ein schlechter Zinsman in allen seinen Gütern」後者においては、「賃租を適切に支払わないとしても賃租義務者は当該地所を失わないmachtet sich der Zinsmann des Guts nicht vorlustig, wann er gleich die Zins davon gebürlich nicht entrichtet」とされる(第1文)。このような「世襲賃租Erzbzinsen」= 永代賃借と「単純賃租schlechte Zinsen」= 定期金との「相違」を前提に、同条は、「疑わしい場合、とりわけ、領主が賃料の不払いを理由に賃租義務者からの没収を望んでいる場合において、地所を永借地と単純な賃租地の何れと見なすべきか ob im Zweifel, sonderlich, wann der Lehenherr dem Zinsman ob non solutum canonem priviren wil, das Gut pro emphyteusi oder vor ein schlecht Zinsgut zu achten」につき、「地所は定期金負担付き財産と解され、その保有者は定期金の不払いの理由に地所を没収されることはなく、その代わり、未払い賃料を弁済し、領主に課される裁判費用を補填すべく義務づけられ、この場合、請求や督促にもかかわらず延滞賃料を故意に弁済しない者に対しては実刑を科すこともできる das die Güter censitica bona zu halten und das der Besitzer ob non solutum censum derselben nicht zu priviren, sondern den vorsessenen Zins zu erlegen und die Gerichtskosten, die den Herrn aufgangen, auf Eemeßigung zu erstatten shuldig, und das dismals gleichwol auch ein wirkliche Straff erkant werden möchte wider die, so mutwillig und vorsetzlich solche Zins auf Ermanung und Erinnerung nicht erlegt hetten」と定めている(第5文)。従って、ピストリスの引用のとおり、「疑わしい場合 im Zweifel: in dubio」には「地所Gut」を「定期金負担付き財産」= 「単純賃租地」と推定すべきというのが同条の趣旨であると言える。しかし、ピストリスによれば、

「この見解haec opinio」には「容認すべき限界probabilis limitatio」があつて、「目的物が封として譲与されたり、あるいは、授封財産の領域内のどこかに所在することが明らかとなる場合には常に妥当しないnon procedit, quotiescunque apparet, rem fuisse concessam in feudum, vel alioqui intra fines feudaliū bonorum sita sit」とされる。目的物が「授封財産feudalia bona」あるいはその一部である以上、その「上級所有権directum dominium」は封主乃至領主の下に留保されていることになり、「下級所有権utile dominium」と「上級所有権」の双方が「賃租義務者Zinsman」に移転される「単純賃租地」＝「定期金負担付き財産」とは解し得ないというのがその理由である。その際、やはり永代賃借と定期金の二分法の下、「授封物は全ての所有権が移転されるような仕方では譲渡され得ないfeudales res non possunt alienari taliter, ut transferatur omne dominium」以上、「封に属する物が定期金のために譲与されたと推定することはできないres quae est de feudo, non potest praesumi concessa ad censum」と主張したダフリットの見解¹⁶⁾が採用されている。結局、「ある者が上位者から一定の財産について授封され、当該財産のある部分をその者の農民が非常に長い期間占有し、年払いの定期金を支払っているquidam fuit de certis bonis investitus a superiore, et quaedam ex illis bonis, rustici ipsius per longissimum temporis spacium possederunt, indeque censum annuum persolverunt」場合、そのような財産は、「完全には占有者のものではなく、当該財産のために領主を承認して地代が支払われているような財産bona, quae possessoris omnino non sunt propria, sed quorum nomine pensio solvitur in recognitionem domini」と言えるから、「永借財産と解されるべきものと判事たちは考えたputarunt Domini ea pro emphyteuticis reputanda」というのである。従つて、上記「皇帝法keyserliches Recht」の区別に従えば、「農民rustici」が「年払いの定期金census annuus」＝「地代pensio」と引き換えに保有する授封物は、「永借地」の一種として、「領主の同意の無い譲渡によって失われるpropter alienationem sine consensu donimi

16) IIの注33参照。

factam, amittantur」し、「地代の不払いという懈怠故に没収される ob cessationem non solutae pensionis caduca fit」ことになる。

以上のようなピストリスの考察は、『個別考察集』に収録された他の諸「考察obeservatio」と同様、「判事たちは考えたputarunt Domini」といった一般的な表現が用いられているため¹⁷⁾、フランツケの指摘するように「ライブチヒでその旨判示されたLipsiae ita iudicatum esse」のかどうか判然としないけれども、ザクセンの実務慣行の一端を伝えるものであることは確かであろう。しかしその結論が、アウグスト選帝侯による勅法集の上記第2巻第39条の例外として導かれているのは、「皇帝法」との異同をふまえつつ当時のザクセン法を総括する勅法集の役割に照らせば、如何にも奇異な印象を与える。ピストリスは、第39条が、「皇帝法」による「永借地」と「定期金負担付き財産」の区別をそのまま受け入れた上で、「疑わしい場合」に後者を推定しているかのようには解しているが、このような理解がそもそも疑問となる。というのも、同条による「定期金負担付き財産」の推定は、「今日、単純賃租地もまた、多くの場合、授封されているため、授封状が存在していてそれによって事態を確認できる場合を除けば、両者を区別することは困難であるitziger Zeit auch die schlechten Zinsgüter an vielen Enden müssen in die Lehen genommen werden, ist es schwer, einen gewissen Unterschied zu treffen, es sey dann ein Lehenbrief vorhanden, doraus der Sachen gewis sein könnte」(第3文)との現状認識を介して導かれたものであり、「皇帝法」の想定する「永借地」との単純な二者択一ではなく、「単純賃租地」であると同時に授封物でもあるような「地所 Gut」、つまりフランツケの言う「授封物の定期金」の特殊性に考慮した結果であったからである。「世襲賃租地」である旨「授封状Lehenbrief」に明記されていない限り、たとえ「領主Lehenherr」が「賃料不払いを理由にob non solutum canonem」地所の没収を望んでも、これを許さず、刑罰の威嚇の下に「未払い賃料vorsessener Zins」の弁済を義務づけるに留め、地所の「保有者

17) この点については、Gehrke, Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands (1974), 132,を参照。

Besitzer」たる農民の利害に一定の配慮を示すこと、そこに本条は「この上ない衡平das Billigste」を見出しているのである。そうであるとすれば、授封物の一部について「農民が非常に長い期間占有し年払いの定期金を支払っている per longissimum temporis spacium possederunt, indeque census annum persolverunt」場合にその地所を「永借財産 bona emphyteutica」とみなし、「領主の同意を欠いた譲渡によって失われる」と解することは、ピストリス自身が示唆するとおり、「領主の同意を欠いた譲渡 alienatio sine consensu domini」と「地代の不払いという懈怠 cessatio non solutae pensionis」との間に地所没収の理由として実質的な差異がない以上、勅法集の趣旨とそこに汲み取られているはずのザクセンの慣行を誤解あるいは無視していることになる。

「授封物の定期金」を永代賃借と同一視し、疑わしい場合には留保定期金ではなく永代賃借を推定することで賃料不払いや無断譲渡による「農民の財産」の没収を肯定する以上のような見解にフランツケは与しない。フランツケによれば、「古来の慣習法上、この種の財産は定期金のために譲与され得ると解されている consuetudine antiqua receptum est, ut hujusmodi bona in census concedi possint」とされ、「譲与は、目的物の性質故に上級所有権が留保されるにもかかわらず、他の点においては、何か別の留保定期金や創設定期金とみなされるに正に相應しい non obstante dominio directo, quod per conditionem rei retinetur, merito concessio in caeteris jure census alterius alicujus reservativi vel constitutivi aestimatur」とされる。「授封物の定期金」は、IIでみたように、「疑似授封 quasi investitura」と「承認礼金 laudemium」という「上級所有権の効果 directi dominii effectus」を伴う点では、確かに永代賃借に類似してはいるが、その違いは「名称の響き nominis sonor」に留まるわけではなく、むしろ「留保定期金」の一類型として、永代賃借から明確に区別されているのである。フランツケは、両者との相違点について、永代賃借では「領主権の承認に専ら関心があるので、賃料は少額であるのが通常である canon exigius esse solet, quippe recognitionem dominii solum respiciens」のに対して「授封物の定期金」では「総額で相当に高額が支払われることもある quandoque etiam major summa solvitur」(『問題解決集』第25番)という点と

共に、ピストリスの上記「考察」が取り上げた問題についても、「授封物の定期金」は、永代賃借と異なり、「三年あるいは二年にわたる地代不払いや、領主の意図に反して為された譲渡によって失われることはない*nec per cessationem triennalem vel biennalem in solvenda pensione, nec alienationem irrequisito domino factam amittatur*」(同第26番)と指摘している。その際、旧著『承認礼金論』の参照が指示される以外には、唯一デュ・ムーランの『パリ慣習法注解』が典拠として挙げられているだけである。

『パリ慣習法注解』からは、「授封物の定期金」をフランスの諸慣習法上の「賃租」に対応させるにあたって引用済みの第2章「賃租並びに領主権について *De censive et droicts seigneuriaux*」の第73条及び第74条の注釈がここで再び引用されている。第74条の注釈についてフランツケは「第2番及び第3番において *numeris 2. et 3.*」と指示するだけで、文言「処分差止めや収穫前差押え *arrest ou brandon*」に付された長大な「第一注釈 *glossa prima*」と、文言「何らかの賃租あるいは地租 *d'aucuns cens ou fons de terre*」に付された比較的短い「第二注釈 *glossa secunda*」の何れかは示されていない。「第二注釈」の該当箇所¹⁸⁾では、「賃租義務者は、領主の意思に反してでも、有益無益を問わず

18) “〈2. 賃租義務者は、たとえ将来の承認礼金が少なくなるとしても、承認礼金に対する然るべき期待が奪われない限り、土地の外観を変更することができる。〉というわけで一般に、賃租義務者は、領主の意思に反してでも、有益無益を問わず思うままに賃租物を扱い、例えば建物を建てたり撤去したり、作物を植えたり、池に変えたり逆に池を埋め立てたり、葡萄畑や単なる庭園あるいは散策地へと利便や楽しみに応じて変更することができる。また、賃租領主も、目的物が自らによって賃租地として提供されたという理由だけでは、これを禁じることはできない。というのも、賃租が失われるわけでは決してないからである。要するに、賃租では、果実の支払いではなく領主への敬意が問題となるのである。それ故また、賃租は常に存続し、承認礼金が減少することになるとしても考慮されない。なぜなら、そのような特別で偶然の事変は考慮されないからである【ユーリウス法】。ただし、通常の十分の一税徴収権はそのように減少しないし、減少するとも見なされない。この権利は上記承認礼金よりも遥かに古く強力で優遇されているからである。

〈3. 永借人についてはこの限りではない。〉賃租それ自体の収取が損なわれる場合

思うままに賃租物を扱い、例えば建物を建てたり撤去したり、作物を植えたり、池に変えたり逆に池を埋め立てたり、葡萄畑や単なる庭園あるいは散策地へと利便や楽しみに応じて変更することができる *censuarius potest ad libitum probe vel perperam de re censuaria disponere domino invito, sive aedificando, sive demoliendo, sive implantando, sive in stagnum, sut contra convertendo, sive ad vineam vel nudam aream aut deambulatione utilitatis aut voluptatis gatia convertendo*」との原則が提示され、目的物変更による価値減少によって「賃租それ自体 *ipse census*」が損なわれたり、「承認礼金 *laudimia*」などの「付随的な権利 *iura adventitia*」が「永続的に *in perpetuum*」損なわれる場合をその例外とする議論が展開され、第3番には「永借人については事情は異なる *secus in emphyteuta*」との概要が付されているが、地代不払いや無断譲渡の

にはこの限りではなく、サンリス慣習法の旧239条や新224条はそのように解されねばならない。すなわち、目的物の変更つまりそれによる価値減少が賃租それ自体を損なう場合には、たとえ付随的な権利が損なわれなくても、そのように解されるのである。他の類似の諸慣習法においても同じである。この付随的な権利に関する点は、現状に照らしてそれらの権利が損なわれているにすぎない場合に妥当するという具合に私は修正しておく。つまり、永続的に損なわれるような場合はこの限りではないのである。従って、賃租義務者が、賃租だけでなく、定率賃租についても義務づけられている場合には（これについては前記表題注釈第2番で述べた）、定率賃租である定期金の部分を損なう仕方でも土地の形状を変更することはできない。同様の理由から、目的物を寄進によって死財とすることもできず、領主は、前記第51条注釈第12番で詳しく述べたとおり、たとえ賃租が依然として損なわれることがないとしても、寄進先が譲渡したり相続人を有することは通常なのであるから承認礼金については期待を奪われ永久に全て失われることになるので、これを受忍する必要はない。更に、上記の点は、見事に築造された建物が賃租に供され、多額の承認礼金を目当てに授封が為されたことが明白である場合には、当てはまらないというように私は修正する。それ故、賃租義務者は、当該建物を取り壊したり、家畜小屋や飼育場に転用したりすることで、このような期待を裏切ることが許されず、修復を強制される。池が命名されて賃租に供されたり、更地が賃租に供される場合でも、これに匹敵する理由が存するならば同じである。”(Opera omnia, I, 1397.)

問題が主題化されているわけでもないし、「目的物の外観*facies rei*」の「変更*mutatio*」をめぐって賃租義務者と永借人が明示的に対置されているわけでもない。他方、「第一注釈」の該当箇所¹⁹⁾で指摘されているのは、「封主が、封について、賃租領主が賃租物について有するよりも大きな権利と権能を有している *dominus feudalis plus habet iuris et potestatis in feudum, quam dominus censualis in rem censualem*」という点である。「封主*dominus feudalis: seigneur feodal*」は、同慣習法第1章「封の問題について*De matiere feodale*」第1条にあるとおり、「封臣の懈怠、貢納金や義務の不履行乃至不払いを理由に、自らの由来する封を自らの支配下に回復し、当該封を余すところなく完全に享受し、没収中の果実を自己のものとする事ができる *par faute d'homme, droits et devoirs non faits et non payez, peut mettre en sa main le fief mouvant de luy, et iceluy fief exploicter en pure perte, et faire les fruitis siens pendent la main-mise*」とされ、要するに、「空地のなった封を没収し自

19) “2. 承前 [最上級審判決という意味での〈アレ〉はギリシア語に由来する用法であり、執行の一種である処分差止めという意味での〈アレ〉がフランス語の用法である。] 処分差止めは執行の一種であるから、法や慣習乃至特権によって容認されていることが明らかでない限り、通常は禁じられている。これは後述第162条にあるとおりである。またこの点は普通法においても明白である【学説彙纂42巻1章「既判事項、判決の効力、中間判決について」第58法文、勅法彙纂4巻10章「債務と訴権について」第9法文、同7巻53章「既判事項の執行について」第9法文、同4巻4章「金銭の仮差押えの禁止について」第1法文】。ところで、本章に関して何よりもまず考察すべきは、前章第1条以下全体にわたって論じた没収と如何なる点で異なるのか、である。

〈3. 封主は賃租領主よりも目的物においてより大きな権利と権能を有する。〉両者は、逮捕、すなわち、人の捕縛や拘禁が、人に対して逃走を禁じる処分や命令とは異なるのと同じように異なっていると解すべきである。というのも、人を捕縛することは、人に妨げたり禁じたり、一般に言われているように命令を下すこととは別であり、より強力なものであるのと同様に、土地その他の物を没収することは、それらを差し押さえることよりも強力であるから。そして、〈処分差止め〉という語が意味する単純な差押えについてもこのように言える。以上から、封主は封について、

らの支配下に置いて、その保有者になることができる*feudum apertum potest praeferre et in manu sua ponere, et eius possessor effici*]²⁰⁾けれども、「賃租領主*dominus censualis: seigneur censier*」は、賃租が支払われない場合、第74条にあるとおり、「賃租領主が地所上の果实に対して処分差止めや収穫前差押えを行いあるいは行わせることができる*peut proceder ou faire proceder par voye d'arrest ou brandon sur les fruicts pendans en l'heritages*」に留まる。つまり、「賃租領主」は、「たとえ賃租の支払いが無くとも、我々の慣習法の文言によれば、賃租物を自らの支配下に置くことも、その占有を自らに取り戻すこともできず、ただ目的物を差し押さえて、支払うまで保有者に処分を禁ずることしかできない*etiam ex defectu solutionis census non potest in terminis nostrae consuetudinis ponere rem censualem ad manum suam, nec eius possessionem ad se evocare, sed solum rem impedire et possessorem interdicere donec solverit*」というのである。ここでは確かに、賃租領主が賃租義務者の地代不払いに際して「賃租物*res censualis*」そのものを没収できない旨指摘されているが、比較の対象は、永借人ではなく封臣の不払いであるので、「授封物の定期金」と永代賃借とを区別する議論の典拠としてはやはり

賃租領主が賃租物について有するよりも大きな権利と権能を有していることになる。なぜなら、前者は、前章第1条第1注釈第2番で述べたとおり、空地のなった封を没収し自らの支配下に置いて、その保有者になることができるが、賃租領主はそうではないからである。賃租領主は、たとえ賃租の支払いが無くとも、我々の慣習法の文言によれば、賃租物を自らの支配下に置くことも、その占有を自らに取り戻すこともできず、本条に定められているとおり、ただ目的物を差し押さえて、支払うまで保有者に処分を禁ずることしかできない。これに似ているのが、最初の命令による占有付与であるけれども、本注釈の第11番に述べるとおり、完全に同じなのではなく、ある程度似ているにすぎない。また、仮差押えとも異なっており、たとえば差押えられた物の保管人が選任されるとしても、それ故に真正な仮差押えとなるわけではない。とはいえ、後述するところから明らかなおとおり、仮差押えに準じて扱われるべきなのは確かである。「処分差止め」という文言の意味については、本章の問題に関する限り、以上で十分である。”(Opera omnia, I, 1342-1343.)

20) Bourdot de Richerbourg, *Nouveau coutumier general*, Tome III (1724), 1.

違和感がある。更に、賃租領主に承認礼金等の收取を認める第73条の注釈に至っては、三つある「注釈」の何れなのかは勿論、注釈の番号さえ明示されておらず、フランツケによる引用の杜撰さが際立っている。『パリ慣習法注解』からの引用であれば、例えば、「成文法*ius scriptum*」つまりローマ法に基づくものか「慣習法*consuetudo*」に基づくものか、賃料不払いによって没収となるか否か、フランスでは一般に「財産取戻*retractus*」と呼ばれる「優先権*ius praelationis*」が領主に認められるか否かという三つの観点から簡潔に「永代賃借*emphyteusis*」と「賃租*census*」を区別した第2章表題注釈の箇所(第22番²¹⁾)などがむしろ適当であったはずである。

ところで、フランツケが参照を指示している旧著『承認礼金論』第10章(第70番以下)には、『問題解決集』と全く同じ典拠表示によってデュ・ムーランの『パリ慣習法注解』が引用された箇所(第73番及び第74番²²⁾)がある。しかし、「我々がここで論じている定期金負担付き財産*haec, de quibus loquimur, bona censualia*」、つまり、「定期金のために*in censum*」譲与された「授封物*res feudalis*」と、「永借財産*bona emphyteutica*」との間の「相違*differentia*」としてここで挙げられているのは、「農民は、売却にあたって、領主等に対し、彼らに先買取戻権をもたらすことになるような申告を為す必要はない*non est necesse a rusticis in vendendo denunciationem ullam, ex qua ipsi competat jus protimiseos, dominis fieri*」という点と、「定期金負担付き財産は自由に売

21) II注32参照。

22) “〈73. この最後の意味における定期金負担付き財産と永借財産との間の真の相違点が二つ提示される。〉そこで、永借財産と、我々がここで論じている定期金負担付き財産との間には次のような相違点だけが存するものと私は考える。〈74. 同上。〉すなわち、ラウケベルスが前掲『問題集』問題22でそのように一般に受け入れられている旨正当にも論じているとおり、農民は、売却にあたって、領主等に対し、彼らに先買取戻権をもたらすことになる申告を為す必要はなく、定期金負担付き財産は自由に売却され得るのであり、これら二つの相違点についてはモリナエウスもまた『パリ慣習法注解』の前掲第2章第73条注釈、第74条注釈第2番及び第3番において的確に指摘している。”(De laudemis, 224.)

却され得る*rem censualem libere vendi posse*』という点の二つであり、『問題解決集』で指摘された地代の額の大きさや不払時の没収の有無については言及がない。逆に、『問題解決集』では、領主の「先買取戻権*jus protimiseos*」の有無が相違点として挙げられておらず、それ故また、この点を論じたアンドレアス・ラウハバールAndreas Rauchbar(1559-1602年)の『問題集後編*Quaestionum pars posterior*』(1599年初版)の問題22²³⁾(「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を課された自由保有の臣下の財産について、先買取戻権を有するのか*An dominus vel superior in bonis subditorum non feudilibus, nec emphyteuticis, sed censiticis et allodialibus, vel fructibus eorum, jus protimiseos habeat ?*」)の引用も除かれている。ラウハバールによれば、「永借人や封臣は自然的占有と下級所有権のみを有し、市民的占有や上級所有権は領主の下に留保されているので、領主に〈先買取戻の〉権利や財産買取戻権を付与するのは不当ではない*emphyteutae et vasalli naturalem tantum possessionem et utile dominium habent, civilis vero possessio, et directum dominium penes dominium remanent, ideoque illis non merito jus protimiseos vel retractus conceditur*」(第16番)のに対して、「一般にそう呼ばれている賃租義務者や定期金義務者その他の臣民*censiti vel censuarii debitores, ut vocant, et alii subditi*」は、「自由保有財産は勿論のこと賃租負担財産についても、その上級下級の両所有権と、自然的市民的双方の占有を何れも保持する*censualium et multo magis allodialium bonorum utrumque dominium et possessionem, tam naturalem quam civilem obtinent*」(第17番)ので、「賃租領主の同意無くしてこの種の財産を賃租と共に、たとえ賃租が未払いであっても売却することができる*etiam citra censuarii domini consensum hujusmodi bona cum censu tamen, et reliquis census vendere querunt*」(第18番)とされる。ここでは、「永借人や封臣*emphyteutae et vasalli*」と「賃租義務者や定期金義務者*censiti vel censuarii debitores*」が対置され、賃租領主の同意を経ない売却を認めてその先買取戻権を否定する際には、デュ・ムーランの『パリ慣

23) 全体の試訳は「普通ザクセン法学における世襲賃租論」(獨協法学第87号)参照。

習法注解』第2章表題注釈から前述の賃租と永代賃借を比較した箇所も引用されており、その限りでは『承認礼金論』でのフランツケの引用は適切であるように見える。しかしながら、「ザクセン選帝侯クリスティアンI世の顧問官 Christianii I. Electoris Saxonum consiliarius」や「ヴィッテンベルク大学法学教授 in academia Witebergensi iurium professor」を務めたラウハバールは、一回り年上のピストリスと同じく、ザクセン選帝侯アウグストの勅法集第2部第39条に「皇帝法」上の区別として言及された「世襲賃租」と「単純賃租」つまり永代賃借と留保定期金の二分法にあくまで忠実である。「自由保有財産や賃租負担付き財産の売却についても、予め領主や上位者に同意を求めることで、新たな臣下を領主や上位者の意に反して押しつけることのないようにするのが公平である *aequum est, de venditione quoque allodialium vel censualium bonorum prius consuli dominium vel superiorem, ne ipsi invito novus subditus obtrudatur*」(第22番及び第23番)といった二分法を相対化するかのような指摘も見出されるが、フランツケのように「授封物の定期金」が独自の土地保有形式として位置づけられているわけではない。そもそも「授封財産 *bona feudalia*」上に下級所有権を有するにすぎない「封臣 *vasalli*」が、当該財産を「下級所有権 *utile dominium*」のみならず「上級所有権 *directum dominium*」を移転するような仕方で、定期金のために譲与することが可能なかという概念区分上の疑念、更には、永代賃借と留保定期金の二分法の維持は、ドイツの農民の「世襲賃租地」の多くがフランスの「賃租地」と同じく領主の同意なく自由に売却され、賃租不払いによって没収されることもないが、保有者交代時の「疑似授封」や「承認礼金」は要求されているという現実を歪めることにならないのかというより実務的な問題意識に導かれたフランツケにとって、ラウハバールの議論はいずれにせよ満足の行くものではなかったはずである。

フランツケの「授封物の定期金」論は、このような永代賃借と留保定期金の二分法への批判的観方と表裏一体の関係にあるが、証書定期金の類型化と消費賃借との異同を主題とする『問題解決集』の叙述ではこの二分法をめぐる議論が省略されてしまっている。これに対して、『承認礼金論』第10章では、〈ケンス *census*〉の語義分析(前述I参照)を経て、「上級所有権や領主の諸権利

の承認故に支払われる地代*pensio, quae praestatur in recognitionem dominii directi, et jurium dominicalium*』という語義が確認され(第37番²⁴⁾)、『問題解決集』に言う「授封物の定期金」に相当するこの〈ケンスス〉が課される「定期金負担付き財産」、つまり、ドイツ語で「農民保有地*Bawergüter*」や「世襲(賃租)地*Erbgüter*」(第8番²⁵⁾)とも称される財産が承認礼金の客体として詳細に論じられ、その過程で上記二分法それ自体についても批判的に言及されていた。その議論の冒頭、フランツケは、「定期金負担付き財産*bona censualia*」と「永借財産*bona emphuteutica*」の類似性を意識しつつも、両者を同一視して「所定の期間にわたって定期金が支払われない場合、定期金義務者はその権利を失う*si statuto tempore census non solutus fuerit, censuarium a jure suo cadere*」とする見解に与しない自らの立場を予め明示している(第38番から第40番²⁶⁾)。その後、フランスの「賃租」に照らしながら「世襲賃租」の特質を見据える作業(第41番から第54番²⁷⁾: 前述Ⅱ参照)を経て、この「世襲賃租」=「授封物の定期金」を上級下級の両所有権の移転を前提とする「定期金」と混同して永代賃借との二分法を想定する議論が論駁され(第55番から第71番: 後述Ⅳ参照)、その結論にあたるのがラウハバールの引用を含む上記箇所なのである。「授封物の定期金」と永代賃借を同一視する論者としてバルトルスやティラコーを挙げることの難点については既に述べたとおりであるが、『承認礼金論』の対応箇所(第39番)では、両者の著作に加えて、ジャン・フォール(?-1340年)の『法学提要注解』とフィリッポ・デキーオFilippo Decio(1454-1535年)の『助言集*Consilia*』も引用されていた。この内、前者の引用箇所(第11番から第13番)には、「永借契約*contractus emphyteuticus*」や「地代*pensio*』といった「用語*vocabulum*」について、「これらの用語はフランス

24) I注5参照。

25) I注5参照。「世襲地」という表現が用いられたのは、「世襲賃租地*Erbzinsgüter*」を永代賃借と同視して定期金に対置する慣例を意識したためと考えられるが、ザクセン選帝侯勅法集にも言及されるこの二分法を相対化することがフランツケの意図なのであるから、両表現は、文脈上、「自由農*Freybawren*」による同一の土地保有形式を指示しているはずである(Ⅱ末尾参照)。

王国では知られておらず、我々は賃租という語を用い、公証人等もまた、その証書中に、〈某はこれこれの土地を10スーの永続的賃租と引き換えに譲与しあるいは引き渡す〉と記載している *ista vocabula sunt nobis ignota in regno Francia, sed nos utimur verbo census, et etiam notarii in literis eorum ponunt, talis dedit vel tradidit talem fundum pro x. solidis perpetui census*]²⁸⁾

(第12番)とあり、「永代賃借 *emphyteusis*」と「賃租 *census*」を同視する慣行について確かに言及されている。ただし、それは、主として世俗法上の封建的分割所有を前提とする土地保有形式について、普通ローマ法(成文法)と地域固有法(慣習法)との概念上の相違を捨象し一元的に理解しようとするものであり、そこでは常に教会法由来の留保定期金との対置が意識されていた。実際、フォールは、これに続く箇所(第14番²⁹⁾)において、「慣習法上、世俗の人々

26) “〈38. この〈ケンスス〉は永借料に極めて類似している。〉そして、この〈ケンスス〉は、永借料に極めて類似しており、両者を区別することは、永借財産を定期金負担付き財産から区別するのと同じく困難であるため、〈39. 同上。〉勅法彙纂第4巻第66章「永借権について」第1法文へのバルトルスの注釈第7番、法学提要第3巻第24章「賃貸借について」第3節へのヨアンネス・ファベルの注釈第11番から第13番、デキウス『助言集』第1部助言46第2番及び助言164第1番、ティラクエルス『親族財産取戻論』第34条注釈1第1番、その他これらの論者によって引用されている人々は、両契約がその効果において一致していると考えたり、バルトルスの上記注釈第8番にあるように、たとえ何らかの相違があるにせよ、実務慣行や慣習法はそれらの名称を区別無く用いており、デキウスも上記助言164第2番記号Bの箇所ではほとんど同じように論じている。〈40.〉つまり、[勅法彙纂第4巻第66章第1法文]所定の期間、つまり、三年にわたって定期金が支払われない場合、定期金義務者はその権利を失うと彼らは考えるのであるが、これが誤りであることは後に詳しく述べることにする。なお、モリナも前掲箇所 [= 『正義と法』第2巻討論381第4番] で前掲別所第3巻第36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節に付言して的確にその旨指摘している。” (De laudemis, 217-218.)

27) II注37参照。

28) *Commentaria*, 103.v.

29) II注18参照。

の間では、三年にわたって支払いが滞れば賃租物は没収され、賃租を受領する者は上級所有者と見なされ、保有者が売却すれば、承認礼金を受領するという点が遵守されており、永借契約とほとんど同じように扱われていることを私は知っているscio, quod de consuetudine servatur inter laicos, quod res censualis cadit in commissum, si cessatum sit per triennium, et quod ille, qui censum recipit, censetur dominus directus, et recipit laudemium si possessor vendat, et fere utuntur sicut de emphyteutico contractu」と述べており、既に14世紀前半には慣習法上の「賃租」と成文法＝ローマ法上の永代賃借を同一視する観方が流布していたことになる。このような観方は、「カノン法学者たち canonistae」が創出した「定期金census」概念に対する世俗法側からの反作用として、定期金か永代賃借かという二者択一の思考様式が確立される中で生じたものであった。「定期金負担物については、定期金を支払う者に所有権が移転するのに対して、永借物についてはそうではなく、下級所有権が移転するにすぎないin re censuali dominium transit in illum, qui solvit censum: non sic in re emphyteutica in qua non transit, nisi utile」といった「カノン法学者」の主張は「市民法によって裏付けることはできないnon possunt probari de iure civili」というフォールの指摘には、この二分法生成の背景を明瞭に見て取ることができる。フランツケは、何故かこの箇所を引用せず、代わりに、「定期金契約が永代賃借と呼ばれ、永借契約が定期金契約と呼ばれることが、これら二つの契約が互いに相当に異なっているにもかかわらず、あるcontractum censualem appellari emphyteusim, et emphyteuticum censualem, cum tamen hi duo contractus longe diversi in se sint」と述べるルイス・デ・モリナ（『正義と法』第2巻討論381³⁰⁾第4番）が引き合いに出されているが、これもまた適切な引用とは言い難い。というのも、ここでモリナが「永代賃借 emphyteusis」との混同と戒めている「定期金契約contractus censualis」とは、フランツケの言う「授封物の定期金」を設定する合意などではなく、「定期金契約では、目的物が定期金の設定を受けた者に無条件かつ完全に帰属し、それ

30) 全体の訳は「ルイス・デ・モリナの定期金類型論」(獨協法学第85号) 参照。

故、定期金義務者が地代の支払いを怠ったとしても、没収されることはなく、地代の支払いを強制されるに留まると法は定めている*in contractu censuali res plene, ac perfecte eius efficitur, cui in censum conceditur, easque de causa voluit ius, ut si censuarius pesiones solvere omitteret, non incideret in commissum, sed solum cogeretur eas solvere*』とあることから明らかなように、完全な所有権移転をもたらすカノン法由来の「留保定期金*census reservativus*」のそれにすぎないからである。フランツケの「世襲賃租」＝「授封物の定期金」論はむしろこの中世来の二分法それ自体に反省を迫るものなのである。

(未完)