

《論 説》

定期金の概念と類型

——典拠分析による学説史概観——（2）

藤 田 貴 宏

II

『問題解決集』第1巻問題1では、冒頭での〈ケンスス〉の語義分析に続いて、「留保定期金*census reservatus*」の類型化、及び、「永代賃借*emphyteusis*」との異同が論じられており（第19番から第26番¹⁾）、これらについてより詳細に

-
- 1) “〈19. 留保定期金には更に自由保有物の定期金と授封物の定期金が存する。〉ところで、ここで注意して然るべきは、留保定期金について更に二つ、すなわち、完全な自由保有物の定期金と、授封物、つまり、封臣その他これに類する者がそうであるように譲与者が下級所有権のみを有するような物の定期金とが存するという点である。確かにこれらの人々は封主の同意が無ければ目的物を譲渡できないが、彼らが目的物上に何らかの権利を留保するような仕方では定期金を設定することを禁じていないのは明らかであるので、定期金義務者自身、そしてまた、そのように定期金の設定された各土地の交換が定期金義務者による譲渡によって生じる場合にはその都度、新たな占有者が、そのような権利を承認し、疑似授封を求め、その見返りに承認礼金を支払うよう義務づけられること、つまり、「その者は、そのような賃租地の授封を受け、授封料あるいは承認礼金を支払わねばならない」のであり、この二つが本来的で上級の所有権の周知の効果である【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第3法文、同11巻62章「皇帝世襲地、放牧用森林、永借地、並びに、それらの賃借人について」第1法文、フランキスクス・デ・クラベリウス『プロヴァンス租税国庫法廷判決集』事件15問題2第27番、クニッヒェン『授封合意論』第2部第4章第264番。また、より精確で我々の地方固有の慣行に即したものとしてコレルス『ザクセンの法廷実務に適應した執行手続論』第1部第10章第194番以下】。この点について

論じた『承認礼金論』第10章の後半部分(第38番から第91番)の参照が適宜求められている。フランツケはまず、留保定期金を「完全な自由保有物の定期金 *census rerum pure allodialium*」と「授封物の定期金 *census rerum feudalium*」という二つの類型に分けている。「完全な自由保有物 *res pure allodiales*」は、文字通り保有者の完全な所有に属し、売買等による通常の譲渡にせよ定期金の設定にせよ、処分は自由である。これに対して、「授封物 *res feudales*」の保有

は、ザクセン選帝侯[ヨハン・ゲオルクⅠ世]の法廷手続並びに裁判所規則第46条「しかし云々」の節にも規定があり、そこでは、定期金の支払を受ける者が明確に上級所有権者と称され、それらの財産が質入れされる際には、上級所有権者のみならず、その地の裁判官、つまり、「裁判領主」の同意を得るべく定められている。〈20.〉そして、相手方に対する年払いの地代に加えて承認の負担も課された土地が譲与される場合には常にこの意味での定期金が存するものと考えられている。この場合、「土地が相手方に貸し付けられ賃租をもたらす」ので、土地が譲与者の完全な所有に属する創設定期金乃至証書定期金とも異なり、こちらの譲与者について言えば、「この者は相手方に地代を負担し、あるいは、その相手方が単なる賃租領主となる」にすぎない。〈21. 本来、承認礼金が支払われるの后者の封の定期金の売却についてである。〉承認礼金の問題に関係するのは、本来、この種の定期金であるのは、フランス王国についてモリナエウス前掲『パリ慣習法注解』第2章第73条第1注釈第5番、第12番、第13番、第20番、第2章表題注釈第17[→19]番以下、同章第[旧]52[→新74]条第2注釈第18番が、ブルゴーニュ公領についてカッサネオ『ブルゴーニュ慣習法注解』第8巻第11章「賃租地について」第1条注釈第1番及び同第5条注釈第5番が、それぞれ証言するとおりであるし、承認礼金が問題となる場合には、この種の定期金が常に念頭に置かれている【アルワルス・ワラスクス『永代賃借論』問題32第32番、アププリクティス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第6番、モリナ前掲『正義と法』第2巻討論381第7番】。〈22. 今日我々の下では農民の定期金の大半がそのようなものである。〉以上から言えるのは、我々の下では、農民の財産の処分に際して保有者交代承認礼金が支払われるのが通常である以上、農民の財産に設定されている留保定期金は、たとえ疑わしい場合でも、上記のようなものとして推定されるべきであるということである。この点については前掲『承認礼金論』第10章第41番以下で詳しく述べた。〈23. とりわけ貴族から授かっている土地についてはそうである。〉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

者である「封臣vasallus」は、「下級所有権utile dominium」を有するに留まり、「封主の同意が無ければ目的物を譲渡できないsine consensu domini rem non possunt alienare」一方で、「目的物上に何らかの権利を留保するような仕方では定期金を設定することは禁じられていないcensum ita constituere non prohibentur, ut aliquid juris in re retineant」。そして、「授封物」の新たな保有者となる「定期金義務者censuarius」や、その後の「授封物」の転々譲渡に伴い「定期金義務者」の地位を承継する者は、その都度、定期金設定者である「封臣」が自ら

位置する土地についてとりわけ明らかである。確かに、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が伴うため、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番やそこで引用されている他の人々に従って、ティラクエルス『親族取戻論』第34章注釈1第1番は、両契約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と考えているし、また、この種の財産から農民によって長期間にわたって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と解すべきであると、ハルトマヌス・ピストリス『実務考察集』考察95第9番は解しており、ライブチヒにおいてもそのように判示されたとしている。〈24. ただしそのような土地と永借地とを混同してはならない。〉しかし、この点について疑うのは決して不当なことではない。というのも、古来の慣習法上、この種の財産を定期金のために譲与し得ると解されているからである。つまり、この場合、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、そのような譲与を、他の何らかの留保定期金あるいは創設定期金とみなすのが好都合なのである。〈25. 同上。〉なお、目的物を明示の合意により、自らによって授認されるという仕方では譲与した場合と同じである。なぜなら、契約というものは、締結当事者の目的や意図に最大限に沿うように解されるべきであるから。さらに付け加えるならば、永代賃借においては、領主権の承認に専ら関心があるので、賃料は少額であることが通常であるのに対して、この種の定期金においては、総額で相当に高額が支払われることもある。〈26. 同上。〉この種の定期金は、更に、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も失われることはないという点において、永借権とは異なっており、モリナエウス前掲『パリ慣習法注解』第2章第73条注釈及び第74条注釈第2番と第3番もその旨主張し論証している。それ以上に、『交代礼金論』第10章第70番以下でこの点について詳しく述べたところを参照されたい。” (Resoluciones, I, 7-9.)

に留保した「何らかの権利*aliquid juris*」を承認するだけではなく、「上級所有権*directum dominium*」を有する者に対して、「疑似授封*quasi investitura*」を求め、その返礼として「保有者交代承認礼金*laudemium*」を支払うべく義務づけられることになる。

この「疑似授封」と「承認礼金」の「二つ*duo*」を、「本来的で上級の所有権の周知の効果*naturalis et directi dominii effectus notorii*」と位置づけるにあたって、フランツケは幾つかの法文と文献を援用している。法文としてまず引用されているのは、勅法彙纂第4巻第66章「永借権について*De jure emphyteutico*」第3法文²⁾である。この法文には、「特約が挿入されなかった場合、あるいは、永借契約書が失われてしまったりした場合には、所有権者の同意無しに、永借人が増加分を他人に売却することや永借権を移転することは決して許されない*sin pactio interposita est, vel forte instrumentum emphyteuseos deperditum est: miinime licere emphyteutae sine consensu domini*

-
- 2) “皇帝ユスティニアヌスが近衛長官ユリアヌスに。永借人は、所有権者の意向に沿って、ギリシャ語で〈エンポネーマタ〉と呼ばれる増価分を譲渡したり、永借権を他人に移転したりする必要があるのか、つまり、所有権者の同意を待つべきなのかが問われた。朕は次のように定める。まず、永借契約書にこの点について何らかの特約がある場合には、それらの特約が遵守されるものとする。他方、特約が挿入されなかった場合、あるいは、永借契約書が失われてしまったりした場合には、所有権者の同意無しに、永借人が増加分を他人に売却することや永借権を移転することは決して許されない。ただし、これを奇貨として、所有権者が、永借人に対して、彼らが手に入れた増価分について代価を得ることを許さず、彼らを嘲り、その結果として、永借人の便宜が損なわれてしまうことのないように、所有権者に対して申告書を提出し、相手方から幾らの代価を得られるのか申し出るものとする。もし所有権者がその代価を自ら提供したい、つまり、永借人が相手方が実際に受領し得るだけの額を支払いたいと考えるならば、所有権者は常にこれを得られるものとする。しかし、二ヶ月経過しても、所有権者がそうしようとしない場合には、希望通りに、所有権者の同意を要することなく、増加分を売却する許可が永借人に与えられる。なお、永借契約に馴染みのない者がこの種の購入を為すことは禁じられる。それでも、増加分が上記の方法で他人に売却されてしまったならば、所有権者は永借人を是認せざるを得ないし、あるいはま

meliorationes suas aliis vendere, vel jus emphyteuticum transferre」との原則、及び、「所有権者が新たな永借人や増加分の買主を受け入れず、申告後二ヶ月経過してもそれを行わない場合には、たとえ所有権者が同意しなくても、永借人は自らの権利や増加分を他人に移転することを許される *sin novum emphyteutam vel emptorem meliorationis suscipere minime dominus maluerit, et attestatio facta intra duos menses hoc facere supersederit: licere emphyteutae etiam non consentientibus dominis ad alios suum jus, vel emponemata transferre*」との例外に加えて、「所有権者 *dominus*」が、「新たな永借人 *novus emphyteuta*」や「増加分の買主 *emptor meliorationis*」に対する承認と引き換えに、「代価や他人に移転される土地の評価額の50分の1以上の額を受領することは許されない *non amplius licet nisi quinquagesimam partem pretii, vel aestimationis loci qui ad aliam personam transfertur, accipere*」との準則が提示されている。この内、「永借権 *jus emphyteuticum*」の譲渡に際して原則的に要求されている「所有権者の同意 *consensus domini*」はひとまず措いて、譲渡に対する承認と当該承認の対価として所有権者が受領

た、永借権を、それを禁じられず許されていて、なおかつ、永借料を支払うに相応しい者に移転することを永借人が望んでいる場合にも、これに反対することなく、新たな永借人を受け入れねばならず、この新たな永借人は、徴収請負人や財産管理人ではなく、所有権者自身かその文書によって、または、(所有権者がこれをできずあるいは望まない場合には)、当該都市における納税管理官の賢明なる者への委託か、帳簿を示した申告によって、更に属州においては、総督や防衛責任者によって、承認されるものとする。加えて、物惜しさに駆られた所有権者が法外な金額を要求しないように(このようなことが現在に至るまで行われていることを朕は知っている)、署名や委託の引き換えに、代価や他人に移転される土地の評価額の50分の1以上の額を受領することは許されない。しかし、所有権者が新たな永借人や増加分の買主を受け入れず、申告後二ヶ月経過してもそれを行わない場合には、たとえ所有権者が同意しなくても、永借人は自らの権利や増加分を他人に移転することを許される。ただし、朕の法律が定めるのは別のことが行われた場合には、永借権は失われるものとする。”(Corpus iuris civilis, 195-196引用は1720年ライプチヒ刊『ローマ市民法大全Corpus iuris civilis Romani』所収のゴドフロワ版テキストによる。)

し得る「土地の評価額の50分の1 *quinguesima pars aestimationis loci*」を限度とする金銭とが、永借地所有者の「上級所有権の効果 *directi dominii effectus*」として、それぞれ、「授封物」の定期金設定やその後の転々譲渡において義務づけられる「疑似授封」と「承認礼金」とに擬せられているものと解することはできる。また、もう一つの引用法文である勅法彙纂第11巻第61章「皇帝世襲地、放牧用森林、永借地、並びに、それらの賃借人について *De fundis patrimonialibus, et saltuensibus, et emphyteuticis, et eorum conductoribus*」第1法文³⁾によれば、永借地所有者たる「国庫 *fiscus*」の「同意 *consensus*」に相当する「裁判官の許可 *judicis auctoritas*」が「贈与 *donationes*」による永借地処分の本来的な要件とされていたようであるが、更に加えて、「国庫に納められるべきものを支払うように強いられている *ea quae fisco pensitanda sunt repraesentare coguntur*」という事態に、「疑似授封」に擬し得る処分後の承認や金銭授受を読み込むことも不可能とまではいえない。

一方、文献として参照されているのは、順に、フランソワ・ド・クラピエ *François de Clapiers* (1524-1588年) の『プロヴァンス租税国庫法院判決集 *Centuriae caussarum, in summa rationum, vectigalium et sacri aerarii Provinciae curia decisarum*』(1589初版)、アンドレーアス・フォン・クニツヒェン *Andreas von Knichen* (1560-1621年) の『授封合意論 *De vestiturarum pactionibus*』第二部 *pars altera* (1603年初版)、マティーアス・コラー *Matthias Coler* (1530-1587年) の『ザクセンの法廷実務に随所で適応した民事及び金銭訴訟上の執行手続論 *Tractatus de processibus executivis, in causis civilibus et pecuniariis, ad practicam fori Saxonici passim accomodatus*』(1572年初版)、である。まず、クラピエの『判決集』は、自身が評定官を務めたエクス会計租税財務法院 *Cour des comptes, aides et finances d'Aix* の諸判決を集めて、そこ

3) “皇帝コンスタンティヌスがキュピトゥスに。永借権に関する国庫との約定に反することなく土地を裁判官の許可前に贈与した場合、国庫に納められるべきものを期限毎に現実に支払うべく強いられている限り、贈与は確定しているものとする。コンスタンティヌス四回目、リキニウス三回目の執政官就任の年 [315年] 6月15日トリアーにて。” (*Corpus iuris civilis*, 455.)

に含まれる論点につき学理的な検討を加えたものであり、著述形式としてはいわゆる「問題集Quaestiones」や「考察集Observationes」に相当する⁴⁾。フランツケはそこに「事件Caussa 15」⁵⁾として収録された1575年1月14日の判決をめぐる第二の考察(「問題Quaestio 2」)の第27番⁶⁾を引用している。この「事

- 4) Walter, in: Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, II, 2 (1976), 1253-1254. ヴァルターは、「論考Abhandlung」型の判決集を、「大抵は個々の考察に先立って法律問題が掲げられ、考察で扱われる問題が裁判そのものとは切り離されて論じられる」場合と、「考察が裁判所で判決が下された法律問題の詳細な検討に専ら向けられている」場合とに区分し、前者を「問題Quaestio」、後者を「考察Observatio」とそれぞれ呼んでいる。この区別に照らすならば、クラピエの『判決集』は、各判決の冒頭には問題が掲げられていないので「考察」に属するようにも見えるが、詳細な問題索引が付されている上、個々の考察には通し番号による「問題」という表現が用いられていて、いずれとも決し難い。この例からも、上記二類型の厳密な区別は困難であるし無意味であるように思われる。
- 5) “シチリア王でプロヴァンス伯のシャルルⅡ世の法令は未だ有効であり、それによれば、いわゆる高額定期金と低額の頭金での契約締結には保有者交代承認礼金が支払われるべき旨定められている。イストリア地方の森林の売主が、売却に際して、森林の上級所有権とフランスでの換算値で年一アスの賃料とを自分自身とその宮廷所在地の継承者に永続的に留保した。国庫長官は、売却による承認礼金を求めて提訴し、保護地の荒廃を理由に、保護地の没収もしくは罰金が課されるよう求めた。これに対して、買主であるゲラルドゥス・パウルスは、シャルルの法令の適用対象には永借契約は含まれない旨抗弁した。当該事案について、弁論が為された後、合議の上速やかに結審された。裁判所によって判示されたところによれば、上級所有権と年金を留保した授封物の譲渡に際して締結されるのは永代賃借であり、そのような低額の定期金と高額の前金のための譲渡は上記シャルルの法令の適用対象となるし、アンリⅡ世の王令も適用される。しかも、禁止に反した頻繁な譲渡によって封を荒廃させた封臣は、たとえ自らに上級所有権を留保した場合であっても、承認礼金や没収刑を課される。1575年1月14日。”(Centuriae, 122引用は1616年リヨン刊の後編増補版による。)
- 6) “これに対して、封に含まれる個々の物の上級所有権が封臣に帰属し、プロヴァンス伯に属するわけではないことは、永借人が永代賃借の下に保有している封の一部分にあたる物を譲渡する際に、封臣の同意を求め、封臣に授封を請い、保有者交代承認

件Causa」では、「プロヴァンス伯Comes Provinciae」の「封臣vasallus」による「授封物res feudalis」(「イストリア地方の森林salutus territorii Istri」)の「売却venditio」について、アンジュー家出身でプロヴァンス伯と「シチリア国王Siciliae Rex」を兼ねたカルロⅡ世(ナポリ王在位1285-1309年)の定めた「法令statutum」に基づき、「保有者交代承認礼金laudimium」が請求されており、「上級所有権と年金の留保retentio directi dominii et annuae pensionis」を伴う当該「売却」が「永代賃借emphyteusis」に相当する旨論じた「問題1」に続いて、「問題2」で吟味されるのは、「低額の定期金と高額の頭金で締結される永借契約について上記シャルル王の法令が適用されその正しさが確認されるべきかどうかAn dictum statutum Caroli Regis, habeat locum et verificetur in contractu emphyteutico, facto ad parvum censum et magnum acapitum」⁷⁾、である。フランツケが引用する第27番には、「永借人は、永代賃借の下に保有している封の一部分に当たる物を譲渡する際に、封臣の同意を求め、封臣に授封を請い、保有者交代承認礼金を支払い、それらの物が封臣の上級所有権の下に存することを承認すべく義務づけられるemphyteutae alienando res particulares feudi, quas tenent in emphyteusin, tenentur requirere consensum vasalli, et ab eo petere investituram, et solvere laudimium, et recognoscere res illas sub eius directo dominio」とあり、「これ

礼金を支払い、それらの物が封臣の上級所有権の下に存することを承認すべく義務づけられるところから証明される。それらの物がプロヴァンス伯に属していたとするならば、このようなことは生じなかったであろう。というのも、これらは、上級所有権の当然の効果であり【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第1法文及び同章全体】、上級所有権者にのみもたらされるものであり、なおかつ、同一物について同時に二人の上級所有権者が存するということとはあり得ないからである【学説彙纂13巻6章「使用貸借訴権及び反対訴権について」第5法文15節。また、先に引用した人々と共に、諸博士が学説彙纂41巻2巻「占有の取得及び喪失について」第3法文5節への注釈その旨述べている】。従って、封臣に帰属する個々の授封物は封主には属し得ない。”(Centuriae, 140-141.)

7) Centuria, 123.

らは上級所有権の当然の効果である*hi sunt naturales effectus dominii directi*』とされているので、「上級所有権の効果*directi dominii effectus*」に関する典拠としては確かに適切であるし、「疑似授封」と「承認礼金」の「二つ」に加えて、上級所有権者の「同意」にも言及があるので、フランツケが引用する先の二法文との対応関係にも問題はない。しかし、引用箇所でのクラピエの議論は、「シャルル王の法令が定めているのは王が上級所有権を有する物についてであり、それらの物は国王の法廷の同意無しには譲渡できないし、それらの物について同じく王の法廷に承認礼金が支払われる必要がある*statutum Regis Caroli loquitur de rebus in quibus Rex habet directum dominium, et quae alienari non possunt sine consensu eius curiae: et pro quibus, eidem curiae solvendum est laudimium*」⁸⁾との前提(第26番)の下で、「封臣が低額の定期金と高額の頭金のために封全体を売却しあるいは譲渡する場合を除いて、シャルル王の法令は適用されない*statutum Caroli non potest habere locum, nisi quando vasallus venderet aut daret ad parvum censum, et magnum acapitum universale feudum*」という「法令」解釈⁹⁾(第28番)を引き出す媒介項の役割を果たすものである。「永借人*emphyteutae*」によって既に保有されている「封の一部分にあたる物の所有権*dominium rerum particularium feudi*」については、それが「封臣に帰属している*pertinent ad vasallum*」以上、その譲渡に際して「同意*consensus*」を求めるべき相手も「承認礼金*laudimium*」の支払先も、「シャルル王*Rex Carolus*」の継承者にあたる現在の「プロヴァンス伯」ではなくその「封臣」であるので、譲渡は当該「法令」の適用対象ではない。これに対して、「封臣」が最初にそのような「永代賃借」に相当する「定期金」を設定する場合、「封の一部分にあたる物」については、「法のみならずプロヴァンスの一般慣習法によってもプロヴァンス伯の同意と承認礼金の支払を要することなく永代賃借に供与することができる*non solum de iure, sed etiam de consuetudine generali Provinciae possent dare in emphyteusin sine consensu*

8) Centuriae, 140.

9) Centuriae, 141.

Comitis Provinciae, et solutione laudimii¹⁰⁾とされるが(第25番)、「裁判権と領地を伴う城塞castrum cum iurisdictione et districtu」(いわゆるシャテルニー・châtellenie)、つまり、「封全体universale feudum」の「何らかの割合的部分pars aliqua sub nomine quotae」に定期金を設定されるような場合には、そのような「封全体」については、「伯が上級所有権を有する一方、封臣は下級所有権を有するにすぎないComes habet dominium directum, vasallus vero utile tantum」¹¹⁾以上、「法令」が適用され、「伯の同意consensus Comitis」が必要であり、また、「承認礼金」も「伯Comes」に支払われるべきことになる。問題は、フランツケが、このクラピエの議論の文脈、つまり、授封を求められ承認礼金を受領する「上級所有権者dominus directus」が封主である場合と封臣である場合との幾分込み入った区別をふまえた上で引用しているのかどうかである。この点、「封主の同意が無ければ目的物を譲渡できない」という一般論がクラピエの言う「封全体」の譲渡、「授封物の定期金census rerum feudaliū」の設定の次元と、その後の目的不動産の転々譲渡に伴う「定期金義務者」の地位の承継の次元とが「封の一部分にあたる物」の譲渡にそれぞれ対応すると考えることも勿論可能であり、「新たな保有者は疑似授封を求め、その見返りに承認礼金を支払うよう義務づけられるnovus possessor quasi investituram petere ob eamque laudemium solvere tenetur」という記述も、専ら定期金権利者としての封臣を相手方としたものと解することもできる。しかし、フランツケが実際にクラピエの『判決集』を繙いたのであれば、「上級所有権の効果」について、用語的にも論理的にももっと整理された議論ができていたようにも思われる。次に引用されるクニツヒェンの『授封合意論』に目を向けると、この疑念は直ちに氷解する。『判決集』の引用はこの『授封合意論』からの孫引きにすぎなかったのである。

バーゼル大学で博士号取得後、ハイデルベルク大学の法学提要担当教授を経て、ザクセン＝アイゼナハ公ヨハン・エルンストJohann Ernst(1566-1638年)、

10) Cesturiae, 139.

11) Centuriae, 141..

ブラウンシュヴァイク＝ヴォルフェンビュッテル公フリードリヒ・ウルリッヒ Friedrich Ulrich(1591-1634年)、ブランデンブルク選帝侯ヨハン・ジグスマント Johann Sigismund(1572-1620年)、アンハルト＝ツェアブスト侯ルドルフ Rudolf I 世(1576-1621年)等の下で枢密顧問官consiliarius intimusや尚書長官cancellariusを歴任したクニッヒェンは、領邦の統治実務を担った学識法曹として、フランツケの先達の一人であった。そのクニッヒェンの『授封合意論』の「森林伐採、狩猟、賦役の管理権の譲与、不定期収益、軍用馬について詳細に論ずる第二部Pars altera, concessionem iurisdictionem sylvarum et lignetorum, venationis, servitiorum et munerum, commoda adventitia nec non equitiam militaria discussim exhibens」から、フランツケは、第4章「あらゆる付属物や収益、すなわち、従属物、賃租、上納金等を伴う合意についてDe pactione cum omnibus pertinentiis et emolumentis, mit aller zu und Eyngehörungen/Zinsen/Gefällen/u.」の第264番を引用している。ただし、この第264番を含む部分は、『著作集Opera』(1613年初版)に収録された「増補改訂第三版Editio tertia aucta, correcta」で初めて公にされたものであり(1607年刊の『授封合意論』第二部「増補改訂第二版Editio iterata aucta, correcta」の第4章は第250番で終わっており、論述内容全体にかなりの変更が見られる)、フランツケが参照したのもこの『著作集』収録のテキストのようである。引用された第264番を含む箇所¹²⁾では、「承認礼金の濫用abusus

- 12) “〈254. 承認礼金の濫用について明示した判決が付け加えられる。〉関連してここで、「謝礼金(ラウダティウム)」の濫用を排した判決を付け加えておく。すなわち、ある教会財産が、永代賃借の状態に準じた世襲賃租地であるのか、それとも、随意的の返還請求に服するような定期金負担付きの農民用益地なのか、が審理されたのである。〈255. 世襲賃租地と農民用益地は異なる。〉後者は、農奴あるいは小作人の権利に基づき、農民に譲与されるものであり、〈256. 同上。〉それ故また、農民には上級所有権も下級所有権も付与されないので、単なる賃貸借でしかなく、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13法文第11節やヨアンネス・ウィンケンティウス・ホンデデウス『助言集』助言85第5番及び第7番にあるとおり、〈257. 単なる小作権に基づいて農民に譲与された財産は毎年黙示に再賃貸されるものと解

laudimii」、つまり、不当な承認礼金の請求に関する判決が紹介されている。「上訴受理の上で1601年12月に原審の判断を是認する判決が下された*decisio promanavit confirmatoria prioris sententiae mense Decemberi anno 1601. provocato consilio*」とあるところから、クニツヒェンがザクセン＝アイゼナハ公の下で尚書長官を務めた時期（1592-1604年）に宮廷裁判所で出された判決と考えられる。事案は、「農民*rustici*」に譲与された「教会財産*bona ecclesiastica*」の売却について「当地の幾人かの貴族が承認礼金を得ようとした*nobiles quidam eius loci sibi laudimium adfectabant*」ものである。「貴族等*nobiles*」は、「当該財産について上級所有権が教会に属する*directum dominium Ecclesiam concernet in praedictis bonis*」ことは認めながらも、「貴族自身が上級所有権によって関わりを有する財産とともに売却された*cum iis quae ipsos nobiles iure directi dominii attingerent, divendita essent*」ような場合には「貴族等への承認礼金の支払いが認められていた*ipsis fuisse exolutum*

されている。〉毎年、黙示の再賃貸が認められるのであり、〈258. たとえ占有者とその相続人が極めて長期にわたって小作権を保持し続けているとしても。〉たとえ占有者とその相続人が極めて長期にわたって小作権を保持しつづけているとしてもそうである【学説彙纂前掲19巻2章第13法文11節及び同章第14法文、勅法彙纂4巻65章「賃貸物及び賃借物について」第16法文、ホンデデウス前掲助言85第10番、フラミニウス・デ・ルベイス『助言集』助言8第30番及び第31番】。以上をふまえて次の通り判示された。当該財産について上級所有権が教会に属するにもかかわらず、当地の幾人かの貴族が承認礼金を得ようとした。その論拠は、第一に、〈258. 教会の財産が他の財産とともに売却された場合、原告等に承認礼金が支払われたこと。〉永借財産も定期金負担付きの農民用益地も、貴族自身が上級所有権によって関わりを有する財産とともに売却された場合にはもちろん、そうではなくても、農民の全ての財産について自らに上級所有権が属する旨主張された場合には、貴族等への承認礼金の支払いが認められていたし、〈259. 個別に移転しなかったものも全体としては大抵移転する。〉個別には全く移転することのなかったものも全体としては大抵移転するからである【別書3巻38章「保護権について」第7節、同2巻27章「判決及び既判事項について」第18節、学説彙纂41巻1章「物の所有権の取得について」第62法文、同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第53法文1節、同17巻1章「委任訴権及び反対訴権

laudimium proponebatur」という点(「個別には全く移転することのなかったものも全体としては大抵移転するmulta in gener transerunt, quae in specie minime transirent.」)、そして、「当該地域では財産が売却される都度、争点となっている教会財産についても何らの区別無く貴族等は承認礼金を受領してきたquotiescunque in isto districtu vendita sunt bona, mobiles receperunt indiscriminatim laudimium etiam quo ad ecclesiastica disceptationis」という点(「時効praescriptio」による「上級所有権directum dominium」の取得)の二つの理由から「承認礼金」の支払いを求めたが、上訴は退けられた。「定期金の支払いを受ける上級所有権者つまり地主との関係で承認礼金が義務づけられるということは、法の上で自明であり疑いの余地はないmanifesti et indubii iuris est, ut domino directo seu fundario, cui solvitur census debeatur laudemium」のであるから、この事案において「承認礼金」を受領すべき「上級所有権者dominus directus」も、「定期金census」の支払いを受けていた「教

について」第22法文4節】。

〈261. 取得時効もまた主張された。〉第二に、貴族等は消滅時効を主張した。というのも、当該地域では財産が売却される都度、争点となっている教会財産についても何らの区別無く貴族等は承認礼金を受領してきたからである。これに対して、教会会計官たちは教会財産の定期金にすぎないと反論した【請求項目第16番以下に関する第1証人から第4証人】。〈262. 反対の判決が下された。〉貴族等の申立てにもかかわらず、教会に有利に、原審の判断を是認する判決が1601年12月に上訴受理の上で下された。〈263. 承認礼金は上級所有権者つまり地主との関係で義務づけられる。〉というのも、定期金の支払いを受ける上級所有権者つまり地主との関係で承認礼金が義務づけられるということは、法の上で自明であり疑いの余地はない【勅法彙纂11巻61章「皇帝世襲地、放牧用森林、永借地、並びに、それらの賃借人について」第1法文、ボエリウス『ベリー慣習法』第4章「封及び賃租について」第22条注釈の第88頁「封に関する真正な慣習について云々」。レプッフス『フランス王令注解』第2巻「償却金設定論」第1条第17注釈第9番や、カッサネオ『ブルゴーニュ慣習法注解』第11章「賃租について」第5条注釈第5番末尾もこれに与している。更に、勅法彙纂4巻66章「永借権について」第3法文】、〈264. 上級所有権の承認故に義務づけられる。〉実際にも、承認と承認礼金の支払いは本来

会Ecclesia」であって、「貴族」ではないというのである。

フランツケによって引用された第264番において、「実際にも、承認と承認礼金の支払いは本来的で上級の所有権の効果と称されているrecognitio etenim laudimiique solutio perhibentur naturalis et directi effectus」とクニツヒェンが述べ、勅法彙纂の第11巻第61章第1法文と第4巻第66章と共に、クラピエの『判決集』の上記箇所を引用したのは以上のような文脈においてであった。フランツケによるクラピエ引用がクニツヒェンからの孫引きと考えられるのは、引用箇所を「問題2」ではなく「問題3」とする誤植がそのまま受け継がれている上、「上級所有権の当然の効果naturales effectus dominii directi」というクラピエの表現ではなく、「本来的で上級の所有権の効果naturalis et directi effectus」というクニツヒェンの些か不自然な表現が用いられているからである。ただし、既に見たとおり、クラピエが「上級所有権の当然の効果」として論じていたのは、「封臣」から「封の一部分にあたる物」を譲与された「永借人」が当該永借地を他人に譲渡する場合に、「封臣の同意を求め、封臣に授封を請い、保有者交代承認礼金を支払い、それらの物が封臣の上級所有権の下に存することを承認すべく義務づけられるtenentur requirere consensum vasalli, et ab eo petere investituram, et solvere laudimium, et recognoscere res illas sub eius directo dominio」という点であり、クニツヒェンの言う「承認recognitio」と「承認礼金の支払いlaudimii solutio」は、この内、最後の二つに対応するだけで、フランツケが挙げた「疑似授封」への言及は見られない。これは、クニツヒェ

的で上級の所有権の効果と称されているからであり【勅法彙纂前掲11巻61章第1法文、同4巻66章全体、フランキスクス・クラベリウス『プロヴァンス租税国庫法院判決集』事件15問題3〔2〕第27番第64頁〕、〈265. 第三者との関係においてではない。〉第三者との関係でそれが義務づけられることはない。〈266. 根拠付けられた主張が教会に存すると仮定される。〉したがってまた、支払われるものとされていたものが「謝礼金」であっても、前述の公理に照らして、根拠付けられた主張が教会に存することになる【学説彙纂50巻17章「古法の準則について」第202法文の標準注釈「卓近な用語では云々」、小ソキヌス『助言集』第3巻助言70第8番】。(Opera, 425.引用は1613年ハノーファー刊のテキストによる。)

ンが「授封物」ではなく「教会財産」について論じている以上、当然のことであって、逆に言えば、フランツケによる引用が典拠の文脈から相当に自由な形で行われていることを示している。更に、クニッヒェンによれば、上記事件では、問題となった「教会財産」が「永代賃借の状態に準じた世襲賃租地 *emphyteuticaria conditione imbuta Erbzinßgüter*」と「随意的返還請求に服するような定期金負担付きの農民用益地 *censualia revocationi ad libitum obnoxia Laßgüter*」の何れなのかも争われ、教会側は当該財産が後者の「農民用益地 *Laßgüter*」に当たる旨主張していたようであるが、「その者は、そのような賃租地の授封を受け、授封料あるいは承認礼金を支払わねばならない *er solche erkaufte Zinß=Güter in die Lehn nehmen/und davon die Lehen=Waar oder das Hand=Lohn entrichten müsse*」(『問題解決集 第19番』)という独語での敷衍からも明らかなように、フランツケ自身の念頭にあるのはむしろ前者の「世襲賃租地 *Erbzinßgüter*」である。それ故、フランツケは、「授封物」に「定期金」が設定され、それが「賃租地 *Zinß=Güter*」として転々譲渡される場面で、「疑似授封」と「承認礼金」の二つに言及する文献を他に見ていたことになる。それが、「我々の地方固有の慣行 *nostri mores provinciales*」、つまり、ザクセンの実務慣行に忠実な典拠として挙示されているコラーの『執行手続論』であった。

ヴィッテンベルク大学で博士号取得後、イエーナ大学教授を経て、ザクセン＝アンハルト公の尚書長官を務め、晩年は再びイエーナで、「判決団員 *Collegii Iuridici Ordinarius*」、「正教授 *Professor Publicus*」、宮廷裁判所の「陪席判事 *Consiliarius*」を兼務したコラーの『執行手続論』は、没後に編集公刊された『助言集 *Consilia*』(1612年)や『ドイツ判決集 *Decisiones Germaniae*』(1603年初版)と共に、ザクセン法の権威として、17世紀半ばにベネディクト・カルプツォフ *Benedikt Carpzov* (1595-1666年)の一連の著作に取って代わられるまでよく読まれた。フランツケは、その『執行手続論』の第1部第10章「担保の書式、つまり、金銭訴訟のための執行証書の書式について *De formula obligationis, vel instrumenti executivi pro causis pecuniariis*」から、「定期金負担付き財産の授封権と年払賃料を領主は自らに留保し、後続の承継人から彼らに対して承

認礼金が支払われるべきであるcensticorum bonorum infeudationem et annuum canonem reservant sibi domini, quibus et laudemium per sequentes successores solvi oportet」ことを論じた第194番及び第195番の参照を指示している。この箇所は、同章の初めに例示された「執行証書instrumentum executivum」の文言「我が地所あるいは封を授かっている領主がこの度の我が担保供与について一定期間内に同意を付与すべくut dominus, a quo recognosco mea praedia vel feuda, huic meae obligationi infra certum tempus consensum suum adhibeat」への注釈部分の一部であり、そこでは、「授封物feudalia bona」の売却ではなく質入れにおける「領主dominus」乃至「上位者superior」の「同意consensus」の要否が抵当債権者の優劣と関連づけて論じられている¹³⁾。まず最初に確認されているのは、「授封物は、封主が同意しな

13) “〈187. 授封物は封主の同意無しには譲渡不可能である。〉質について言及のあるこのような契約では、領主の同意に関する条項がきわめて有益である。実際、授封物についてそのような条項を挿入する必要は絶対的なものである。というのも、授封物は、封主が同意しなければ、没収の危険無しには、如何なる仕方によっても他人に移転できないからである【封建法書第2巻第55章「フリードリヒⅡ世による封処分の禁止について」の「何人も封やその一部を売却し質入れしすることは許されない】。〈188. 譲渡という語には用益権の譲与や抵当も含まれる。〉別な言い方をすれば、譲渡という語には、用益権の付与や、抵当、質の負担も含まれるのである【勅法彙纂4巻51章「譲渡不能な他人物、並びに、物の譲渡あるいは抵当の禁止について」第7法文】。〈189. 定期金負担付き財産や永借財産は封主の同意無しに質入れできるのは、地主の取戻請求に際して、第三取得者に対する抵当訴権が債権者に付与されるからである。〉確かに、市民法上、永借地や自由保有地、定期金負担付き不動産については異なっており、これらは、原則として、地主の同意無くして質入れ可能とされ【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第3法文の文言「他人に売却する」への標準注釈の「同様に質入れこと云々」の行】、譲与は有効ではあるが、これに承認を与える地主や国庫の権利は保持されている【法学提要3巻24章第3節、勅法彙纂11巻62章「皇帝世襲地、放牧用森林、永借地、並びに、それらの賃借人について」第1法文、同10巻33章「市参事会員の不動産は命令無しには譲渡できないことについて」第3法文。更に一層有益なのは、学説彙纂13巻7章「質訴権及び反対訴権について」第16法文2節であり、そこには、「税負担付きの」つまり永代質借された「不

動産」も「質入れ可能である」とある。同20巻1章「質及び抵当について、それらは如何にして締結されるのか、並びに、それらに伴う特約について」第31法文及び第4法文】。〈190. 同上。〉しかし、以上が妥当するのは、主たる債務者やその保証人への検索の後に、債務者や質物の第三占有者に対する抵当訴権を行使するという点に関してであり【勅法彙纂8巻14章「質について」第24法文及び同法文の新勅法抜粋要約文】、この場合には、上位者の同意が欠けても、抵当債務者の意思のみで十分であるが【上に引用した諸法文】、〈191. 公的文書による質権設定を受けた者は、質権の及ぶ目的物が授封物であろうと自由保有物であろうと、私的な抵当を有する他の債権者に優先する。〉複数の債権者が競合する際の時的先行の先取特権に関しては事情は異なる。この場合、たとえ後続の債権者であっても、公的な抵当、つまり、当地の裁判官の許可を得て設定を受けた抵当を有する者は、私的な抵当を有する他の債権者に、それらの他債権者が時的に如何に先行しているとしても、優先する【勅法彙纂8巻18章「質において優先すると解されるのは誰か」第11法文1節。そこには、「公に作成された文書に依拠する者が優先する」、とある。】。〈192. 公的文書は私的文書よりも信頼に値する。〉その理由とは、公に作られたものにおいては、密かに私的に作られたものよりも、欺罔が企てられ難いというものである【学説彙纂26巻7章「後見人や保佐人の職務と責任について」第54法文1節、同第9法文7節、勅法彙纂4巻38章「売買の締結について」第5法文】。〈193. 秘密の契約は詐欺の疑いを免れない。〉というのも、秘密の契約は、多くの場合、疑わしいものと見なされるからである【学説彙纂26巻8章「後見人や保佐人の許可及び同意について」第5法文3節には、「誠実に事務を行ったとは解されない云々」、同4節には、「不誠実ではなく、単に、誠実な人々ならばそうするとの理由から云々」、とある。また、同23巻2章「婚姻の成立について」第43法文も論拠となるし、勅法彙纂5巻17章「婚姻解消、並びに、譴責訴訟の廃止について」第7法文には、「分別を欠いたり密かにではなく、公の証明によって云々」、とある】。つまり、私人の間で共謀して作られた私的な書面が公的な書面に匹敵するということになれば、容易に詐欺が行われるようになり、必ずや抵当の成立日を遡らせて、公に証人の面前で契約を締結した他の人々を害することになるのである【ネグザンティウス『質抵当論』第5部第2節第30番がこのように述べており、ガイリウス氏もその『実務考察集』第2巻考察25第9番において、カルカネウス『助言集』助言29第13番その他同箇所引用されている諸論者に従い、これに与している】。以上から、抵当設定につき公証人の下で作成された公的文書を有する者は、私的な担保や抵当を主張する他の者に、たとえそれが先行するもので

あっても、優先することになる【ガイリウス前掲箇所第9番】。〈194. 定期金負担付き財産の授封権と年払賃料を領主は自らに留保し、後続の承継人から彼らに対して承認礼金が支払われるべきである〉ところで、我々ザクセンの法律は、複数の債権者の優劣確定にあたって、証書の公的信用だけではなく、領主乃至上位者の権利を考慮するという点において、市民法とは幾分異なっており、領主乃至上位者は、授封財産や永借財産について自らに上級所有権を留保するのと同様に、定期金負担付き財産については自らに年払いの定期金乃至賃料、そしてまた、他の承継人をめぐる授封の権利を、提供された利益の対価や証しとして留保している【論拠となるのは、別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節へのパノルミタヌスの注釈第20番及び第21番、そしてまた、レプッフス『フランス王令注解』第2巻「償却金設定論」第2条第1注釈第3番が、勅法彙纂4巻46章「税金その他の納付が無ければ土地は取得できないこと」第1法文を根拠に述べている点、勅法彙纂第4巻57章「納税、調査官、徴税官、査察官について」第2法文、学説彙纂39巻4章「徴税請負人、租税、没収について」第1法文】。その箇所ではレプッフスは、この年払いの負担が、それが如何なる私人に譲与された地所であっても領主によってそこに留保されるいわば物的な負担であると解されるとしている。〈195. 同上。〉従って、今日、各領邦の至る所で、とりわけザクセンの諸領邦において、既に長きにわたって、「農民保有地」や「世襲賃租地」と呼ばれる定期金負担付き財産であっても、保有者の交代の度に、上位者によって再度の承認を受け、授封の更新を求められ、その引き換えに、領主に対して、相続人については如何なる場合でも一ソリドゥスつまり一シリングの承認礼金が、一方、(買主や受贈者その他これに類する者のような)特定承継人については価額の20分の1を承認礼金の名目で、それぞれ支払われており、定期金契約はこの点において永借契約と共通している【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第3法文】。以上については、日々の実務や経験のみならず、我がデューリンゲンの宮廷裁判所規則【「授封物について」の章第16条】に依拠できる。同じことは、ザクセン選帝侯領においても、領邦の制定法ではなくむしろ古来の慣習法に基づいて通用しており、ザクセン法が、定期金負担付き地所に関して、あるいはまた、それが永借地とどの程度どのように異なっているのかについて、全く何もあるいはほとんど何も定めていない以上【ラント法第1巻第30条】、これらの点や類似する事項については文献ではなく日常の実務から習得せざるを得ない。〈196. 受け入れがたい小作人を領主に意思に反して認めさせるべきではない。〉このように、領主が、定期金負担付き不動産について、授封に関する権利を自らに留保することは、望まし

ければ、没収の危険無しには、如何なる仕方によっても他人に移転できない *feudalia bona, non consentiente domino, sine periculo caducitatis, in alium quoquo modo transferri nequeunt*」との封建法上の原則である(第187番及び第188番)。封建法書第2巻第55章「フリードリヒⅡ世による封処分の禁止について *De prohibita feudi alienatione per Fridericum II*」の一節(「何人も、封の帰属主と確認される封主の許可無く、封の全てや一部を売却したり質入れしすることは許されないものとする *sancimus, ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam feudi vendere vel pignorare, sine permissione illius domini ad quem feudum spectare dignoscitur*」¹⁴⁾)の引用からも明らかなように、上記文言中の「領主」とは、この場合、封臣による質入れに対して「同意」を与える

くない小作人や受け入れがたい小作人を領主に無理に認めさせるべきではないという点を考慮すれば、正当である【論拠となるのは、アレクサンデル[・デ・タルタグニス=デ・イモラ]が学説彙纂39巻2章「未発生損害、及び、家屋の軒や突起部について」第15法文26節への注釈において、同12巻6章「非債弁済の不当利得返還請求訴権について」第26法文12節を介して論じている点である】。〈197. 上位者の同意を得て設定された抵当を有する者は、ザクセン法上、先行する抵当を有する者に、たとえそれが公的文書によって先に設定されたものであっても、優先する。〉その結果、ザクセンの諸領邦において遍く、領主や土地について承認を得るべき上位者の同意が介在しない限り、土地の質入れは優先順位について効力を発揮せず、従って、同意の介在の効力や効果として、抵当債権者は、領主の同意に基づき、他のあらゆる抵当債権者に、彼らが先行者にせよ後続者にせよ、公的文書と私的文書の何れに依拠するにせよ、優先することになる。また、私の記憶する範囲では、ザクセンの諸領邦において遍くそうである旨鑑定意見が出された。これは、[マクデブルク]都市法書(ヴァイヒビルトレヒト)の「通常の判決」の部、「質入れについて」の章の後に、ライプチヒの諸鑑定意見の間に挿入されたある判決から導かれるところに従ったものであり、そこには、「いわば上位者としての顧問会の同意を得た抵当債権者は、他のあらゆる者に優先されるべきである」、とある。更に、この点は、ザクセン選帝侯アウグスト陛下も、陛下の新勅法集の第2部第23条、「たとえ債権者が云々」の節並びに「ただし云々」の節において、承認されている。”(Tractatus, 316-318引用は1602年イエーナ刊第三版による。)

14) Corpus iuris civilis, II, 737.

封主を意味することになる。次に、これに対置されるのが、「市民法*ius civilis*」、つまり、ローマ法における「永借地*praedia emphyteutica*」、「自由保有地*praedia allodialia*」、「定期金負担付き不動産*praedia censitica*」の扱いである。これらについて、「主たる債務者やその保証人への検索*excussio bonorum principalis et eius intercessorum*」の後に「債務者や質物の第三占有者に対する抵当訴権*hypothecaria actio adversum debitorem, vel tertium possessionem pignorum*」を行使するためには、「上位者の同意が欠けていても、抵当債務者の意思のみで十分である*sufficit nuda voluntas debitoris hypothecantis, etiam absque consensu superioris*」とされている。同時代の封建的な土地所有構造をさしあたり捨象してローマ法源にそのまま従うならば、ここでの「上位者」とは、「地主*dominus*」や「国庫*fiscus*」であり、少なくとも「抵当訴権*hypothecaria actio*」の付与、つまり、抵当の成否という意味では、「地主の同意無くして質入れ可能である*etiam absque consensu domini pignorari possunt*」(第189番)。ただし、「複数の債権者が競合する際の時的先行の先取特権に関しては事情は異なる*secus est, quo ad privilegium antelationis in concursu plutium creditorum*」。というのも、「私人の間で共謀して作られた私的な書面*scripturae privatae, et inter privatos parietes confectae*」において「抵当の成立日*datae hypothecarum*」が遡らされるなどの「詐害行為*fraus*」を防止するために、「抵当設定につき公証人の下で作成された公的文書を有する者は、私的な担保や抵当を主張する他の者に、たとえそれが先行するものであっても、優先する*qui habet instrumentum publicum, confectum super hypothecae constitutione coram notario, eum praeferri alteri, privatam cautionem et hypothecam etiam anteriorem praetendenti*」と解されているからである(第190番から第193番)。

以上のようなローマ法上の帰結に対比する形で、コラーは、ザクセン法に即した上記文言の解明へと議論を進めている。「我々ザクセンの法律は、複数の債権者の優劣確定にあたって、証書の公的信用だけではなく、領主乃至上位者の権利を考慮するという点において、市民法とは幾分異なっている*leges nostrae Saxonicae in eo paulatim discedunt a iure civili, quod illae, in terminis*

praelationis plurium creditorum, non magis considerent publicam fidem instrumenti, quam ipsum ius domini, vel superiorum」 というのである。フランツケが引用した第194番と第195番は、ここに言う「領主乃至上位者の権利 ius domini, vel superiorum」の内実の説明に相当する。まず第194番では、「領主乃至上位者 dominus vel superiores」が、「授封財産や永借財産について自らに上級所有権を留保するのと同様に、定期金負担付き不動産については自らに年払いの定期金乃至賃料、そしてまた、更なる承継人をめぐる授封の権利を、提供された利益の対価や証しとして留保している sicut in bonis feudalibus et emphyteuticariis retinent sibi directum dominium, ita in praediis censiticis reservant sibi ius annui census vel canonis, item infeudationis circa personas aliorum successorum, in recompensationem et memoriam praestiti benefidii」とされる。ここで注意すべきなのは議論の枠組みの微妙な変化である。というのも、「授封財産 bona feudalialia」と「永借財産 bona emphyteutica」が一括されることで、先の封建法とローマ法の対立は薄れ、「上級所有権 directum dominium」という共通項が強調され、それが、「定期金負担付き不動産 praedia censitica」をめぐる「年払いの定期金の権利 ius annui census」や「更なる承継人をめぐる授封の権利 ius infeudationis circa aliorum successorum」へと類比されているからである。しかも、論じられるべき「領主乃至上位者」とは、「授封財産」に「上級所有権」を有する封主ではなく、「定期金負担付き財産 bona censualia」について、「永借財産」上の「上級所有権」に類する権利を有する封臣である。要するに、農民へと譲与される「定期金負担付き財産」に対して「領主 dominus」たる封臣が有する権利がここでの論点なのである。実際、次の第195番では、一般に「農民保有地 Bauergüter」や「世襲賃租地 Erbgüter」と呼ばれるこの「定期金負担付き財産」について、「今日、各領邦の至る所で、とりわけザクセンの諸領邦において、既に長きにわたって、保有者の交代の度に、上位者によって再度の承認を受け、授封の更新が求められ、その引き換えに、領主に対して、相続人については如何なる場合でも一ソリドゥスつまり一シリングの承認札金が、一方、(買主や受贈者その他これに類する者のような) 特定承継人については価額の20分の1が承認札金の名目で、

それぞれ支払われており、定期金契約はこの点において永借契約と共通する *hodie, per provincias, imprimis Saxoniae longissimo usu introductum fuit, bona etiam censualia, in quemcunque eventum mutati possessoris, recognosci denuo a superioribus, et peti renovationem investiturae, pro eaque offeri domino, per haeredes quidem laudemium unius saltem solidi, eines Schillings / per singularem vero successorem (prout sunt emptor, donatarius, et similes personae) laudemii nomine solvi vicesimam partem pretii, ita in hoc participat censualis de contractu emphyteutico*」、と述べられている。「授封の更新 *renovatio investiturae*」や「承認礼金 *laudemium*」をめぐるこのような議論が、やはり授封物の定期金と永代賃借の類比の下に「疑似授封」と「承認礼金」を「上級所有権の効果」と位置づけようとするフ란ツケの拠り所となったのである。

しかし他方で、この議論は、抵当債権者の優劣というコラー自身の主題から見れば、傍論にすぎず、「授封財産」、「永借財産」、「定期金負担付き財産」の何れであるにせよ、「何らかの土地 *aliqui fundus*」が質入れされる際の「領主乃至上位者」の「同意」と抵当債権者の優劣との関わりへと議論を戻さねばならない。そこでコラーは、「永借財産」のみならず「定期金負担付き財産」においても「保有者の交代 *eventum mutati possessoris*」に際して「授封の更新」や「承認礼金」が求められる根拠、すなわち、「望ましくない小作人や受け入れがたい小作人を領主に無理に認めさせることのないように *ne domino non idoneus vel non acceptabilis colonus obtrudatur*」との配慮を、「土地保有者 *possessor*」(封臣、永借人、定期金義務者)による抵当権設定時の「領主」の利害状況に当てはめることで切り抜けようとしている(第196番及び第197番)。「領主」にとって好ましくない質入れを防止するために「同意の介在 *consensus interventus*」が求められるというのである。「ザクセンの諸領邦において遍く、領主や土地について承認を得るべき上位者の同意が介在しない限り、土地の質入れは優先順位に関して効力を発揮せず、そうである以上、同意の介在の効力や効果として、抵当債権者は、領主の同意に基づき、他のあらゆる抵当債権者に、彼らが先行者にせよ後続者にせよ、公的文書と私的文書の何

れに依拠するにせよ、優先することになるper provincias Saxonicae, respectu praelationis, nulla valet pignoris de aliquo fundo obligatio, nisi consensus domini vel superioris, a quo recognoscitur fundus, interveniat, cuius interventus deinceps eius roboris et effectus est, quod creditor hypothecarius ex consensu domini, aliis quibuscunque hypotheacariis, sive anterioribus, sive posterioribus, sive publico sive privato instrumento munitis, praeferatur」というのがコラーの結論である。抵当権の効力が「領主の同意consensus domini」の有無によって左右されるとの理解は、ザクセンの確立した実務慣行として、領邦君主の立法においても既に確証済みであった。コラーがここで援用してるのは、「エルンスト系ernestinische Linie」のザクセン諸大公領を含めて広く受容されていた「アルブレヒト系albertinische Linie」のザクセン選帝侯領の立法である。ザクセン選帝侯アウグストAugust(1526-1586年)の「非常に疑わしく争いの激しい事件に際して、選帝侯領に設置され整備された宮廷裁判所、法学部、参審裁判所その他の諸裁判所が適法に判断し判決を下す基準ともなるべき、裁判手続に関する法令及び勅法集Verordnungen und Constitutionen des rechtlichen Proces, auch wasermassen etzlicher zweifelhafter und streitiger fell halben/durch die bestalte und geordnete Hoffgerichte/Juristen Faculteten/Schöppenstüle/auch andere Gerichte/in seiner Chur=fürstlichen Gnaden Landen / zu recht erkand und gesprochen werden sol」(1572年公布、以下「勅法集」と略称)の第2部「契約並びに準契約についてDe contractibus vel quasi」の第23条¹⁵⁾には、「世襲不動産の質入

- 15) “普通法によれば何人もその財産を裁判所への申告無しに担保に供し質入れできるのは確かであるが、ザクセン法の通用する地域では長きにわたる慣行によってこれとは異なる扱いが取り入れられている。それはすなわち、不動産の特定の質入れは、たとえそれが同時に全ての物に及ぶ包括的で一般的な質入れであるとしても、当該不動産を管轄する当局か、あるいは、領主の下に申告されねばならず、そうでなければ無効となる。

そしてこれには、物が何重にも担保に供されて人々が欺かれないようにするというもっともな理由がある。とはいえ、ある者が物を申告無しに質入れした後、その

れは、ザクセン法上、当該不動産を管轄する当局の下で行われねばならないのかどうかOb die Vorpfindunge unbeweglicher Erbgüter für der Obrigkeit, dorunter sie gelegen, nach Sachsenrecht geschehen müssen」という表題の下に、「不動産の質入れVorpfindung unbeweglicher Güter」つまり「抵当hypotheca」の要件と効力について定められている。その冒頭の節では、「何人もその財産を裁判所への申告無しに担保に供し質入れできるein jeder seine Güter one gerichtliche Insinuation oppignoriren und vorpfinden kan」とする「普通法gemeines Recht」に、「不動産の特定の質入れは、たとえそれが同時に全ての物に及ぶ包括的で一般的な質入れであるとしても、当該不動産を管轄する当局か、あるいは、領主の下に申告されねばならず、そうでなければ無効となるdie Special=vorpfindung unbeweglicher Güter oder aber auch, wann sie gleich general und allgemeine auf alle Güter gerichtet, für der Obrigkeit, unter welcher sie gelegen, oder auch Lehenherrs mus insinuirt werden, sonst aber unkreftig sey」とする「ザクセン法sechsisch Recht」が対置されている。ただし、この「申告insinuation」を伴わない抵当の無効には幾つか

相続人等が物の保持を主張し、借入金を支払っていない場合、質入れが無効な仕方として為されたとの理由づけは聞き入れるべきではなく、保持の承認と引き換えに借入金の支払いを義務づけられるべきである。

債権者が、二人乃至三人の証人の面前か、もしくは、当事者の印章で裏付けられた契約書の作成によって、包括的抵当や特定の抵当の設定を受けた場合であっても、それは抵当と見なされ、全ての無担保債権者に優先する。

しかし、裁判所における質入れは、裁判官の面前で為されていない他の全ての抵当に対して、それらが時に関して先行しているとしても、優先する。

臣下として領主を承認しなければならず、そうでなくても授封されるのが通常であるような永借財産や定期金負担付き財産、つまり、世襲賃借地や世襲賃租地が担保に供され質入れされる場合にも、地主あるいは領主の許可や同意を得て抵当に供される以外の方式を採ってはならず、これを欠いた質入れは決して成立しない。

占有下に存する物品や動産については、ザクセンの地においても、誰もが上記の申告無しに質入れできる。朕の法学部並びに参審裁判所は判決作成に際して以上に従うべし。”

(Kunkel, Quellen zur Neueren Priatrechtsgeschichte Deutschlands, I, 2 [1938] 274.)

例外があり、二節目では、無申告抵当設定者の「相続人Erben」には無効主張を認めない旨、三節目及び四節目では、「申告」とは別の方式による抵当設定に一定の有効性を認める旨、それぞれ定められている。コラーが引用しているのは後者の例外規定である。すなわち、「債権者が、二人乃至三人の証人の面前か、もしくは、当事者の印章で裏付けられた契約書の作成によって、包括的抵当や特定の抵当の設定を受けたein Gläubiger für zwey oder drey Zeugen oder Aufrichtunge eines Vortrags, so mit etzlicher Henderer Sigel bekreftiget, hypothecam generalem oder specialem constituiren würde」場合、「許可」を欠いていても、「それは抵当と見なされ、全ての無担保債権者に優先するsol es auch für ein hypothecam geachtet und allen chirographariis creditoribus fürgezogen werden」が、原則通り「許可」を得た抵当との関係では絶対的に劣後するとされる。換言すれば、「裁判所における質入れは、裁判官の面前で為されていない他の全ての抵当に対して、それらが時に関して先行しているとしても、優先するes sollen die gerichtliche Vorpfindung allen andern hypothecis, so nicht coram iudice geschehen, fürgehen, ungeachtet, ob die andern der Zeit halben elter weren」のである。「領主の同意cosensus domini」を得て抵当権の設定を受けた債権者が、ザクセン法上、「他のあらゆる抵当債権者に、彼らが先行者にせよ後続者にせよ、公的文書と私的文書の何れに依拠するにせよ、優先するaliis quibuscunque hypothecariis, sive anterioribus, sive posterioribus, sive publico sive privato instrumento munitis praefertur」という点の典拠としてこの箇所を引用したコラーは、「領主の同意」が「申告insinuation」、「証人Zeugen」や「契約書Vortrag」が、「公的文書publicum instrumentum」や「私的文書privatum instrumentum」に、それぞれ対応すると考えているようである。実際、本条冒頭の節では、「当該不動産を管轄する当局か、あるいは、領主の下に申告されねばならないfür der Obrigkeit under welcher sie gelegen, oder auch den Lehenherrn mus insinuirt werden」とされていて、「当局Obrigkeit」としての裁判所への申告のみならず、「領主Lehenherrn」へのそれもまた本条に言う「申告」に含まれることが見て取れる。しかしその一方で、コラーが「領主の同意」という要件を論ずる前

提として言及し、フランツケの着目するところになった「世襲賃租地 Erbzinsgüter」＝「定期金負担付き財産 bona censitica」そのものについては、コラーの引用する上記箇所ではなく、続く五節目に規定がある。すなわち、「永借財産や定期金負担付き財産、つまり、世襲賃借地や世襲賃租地が担保に供され質入れされる場合にも、地主あるいは領主の許可や同意を得て抵当に供される以外の方式を採ってはならず、これを欠いた質入れは決して成立しない wann auch bona emphyteutica oder censitica, Erblehen oder Erbzinsgüter, darüber ein Untertan einen Lehenherrs erkennen mus oder die er sonst in Lehen zu empfangen pflegt, vorsetzt und vorpfendet, sollen dieselbige anderer Gestalt nicht, dann mit Gunst oder Bewilligung des Erb- und Lehenherrns hypothecirt werden, und one das die Vorpfendung ganz nicht stat haben」、
 というのである。「領主の許可や同意 Gunst oder Bewilligung des Lehenherrns」という言い回しも含まれるこの部分をコラーが引用しなかったのは、「世襲賃租地」をめぐる議論がそもそも傍論にすぎず、「申告」済みの抵当債権者を「証人」や「契約書」を備えた先行抵当債権者にさへ優先させる引用部分こそ、抵当債権者の優劣という本論により関連性があると考えたからであらう。

逆に言えば、コラーの傍論部分に着目して、「定期金負担付き財産」の保有者交代時の「疑似授封」や「承認礼金」を「上級所有権の効果」として主題化したフランツケの議論自体は、「不動産の質入れ」一般の要件たる「許可」や抵当債権者の優劣について規定するザクセン選帝侯の上記法令とはそもそも内容的に噛み合わないことになる。にもかかわらず、フランツケは、この齟齬に無頓着なまま、コラーの議論に恐らくは引きずられる形で、ザクセン選帝侯の法令を引用している。ただし、引用されているのは、1572年の「勅令集」ではなく、1622年にヨハン・ゲオルク Johann Georg I 世 (1586-1656年) によって公布された「裁判手続並びに裁判所規則 Process- und Gerichts-Ordnung」(以下「裁判所規則」と略称) の中の条文である。この裁判所規則の第46章「合意による質入れについて Von der ausdrücklichen Verpfändung」の第1条から第5条¹⁶⁾は、勅法集の上記第2巻第23条を前提にこれを整理補充したものとなっ

ている。第1条は、「質入れVerpfändung」のあり方を「動産bewegliche Güter」、「不動産Unbewegliche Güter」、「債権Schulden」という目的物の種別に応じて定める必要性に言及した上で、まず動産について「何らの方式も伴わないohn einige Solennität」質入れを認めている。無方式の質入れを動産に認

16) “§ 1. 物には主として動産、不動産、債権の三つがあるので、それらの質入れに際しても、それが有効な仕方では為されるべく、それぞれに応じた扱いが為される。そこでまず、動産あるいは物品に関しては、それを所有する者により必要に応じて何らの方式も伴わずに有効に質入れ可能である。

§ 2. しかし、世襲不動産は、ザクセン普通法並びに思慮深き勅法により、当該不動産を管轄する当局及び裁判所の下で質入れされその場で申告されるか、あるいは、それに関する許可を得なければならず、そうでなければ、この種の質入れは無効となり、これは、物の一部と全部何れが質入れされる場合でも同じである一方で、そのように解されるのは他の債権者との関係においてに限られる。これに対して、物を申告無しに質入れした者の相続人は、これを口実に争うことは許されず、借入金 が存する限り、それを不足なく返済すべく義務づけられる。

§ 3. 債権者が、二名乃至三名の証人の面前か、あるいは、当事者の印章によって裏付けられた契約書の作成によって、不動産の質入れを受けた場合であっても、この債権者は全ての無担保債権者に先立って弁済を受けられるが、裁判所における質入れはそのような債権者にも常に優先する。

§ 4. 臣下として領主を承認するか、そうでなくても、授封されるのが通常であるような永借財産や定期金負担付き財産、すなわち、世襲賃借地や世襲賃租地が担保に供される場合、要するに、授封物が質入れされる場合、領主の許可や同意を得て抵当に供されるという以外にやり方はなく、これを欠いた質入れは無効である。ただし、同意を得ないで質入れを受けた者であっても、当該不動産の果実からは、他の一般債権者に先だって、弁済を受けることができる。しかし、当該不動産について同意を得た上で抵当の設定を受けた者は、果実を含めて、そのような者に常に優先する。

§ 5. 永借財産や定期金負担付き財産に関して、上級所有権者が同時に裁判領主ではなく、裁判権と永借地や定期金負担地とを別々の者が有しているという事態が生じた場合、裁判所での質入れが有効に為され、それ故に裁判領主に今後救済を拒絶させないためには、土地領主と裁判領主双方の同意を同時にかつ一括して得なければならない。”(Weiske, Die Quellen des gemeinen sächsischen Rechtes [1846], 164-165.)

める部分は、順序は逆転しているけれども、「勅法集」の上記第23条の最終節に対応する。続く第2条は第23条の一節目から二節目、第3条は同じく三節目から四節目、第4条は同じく五節目とそれぞれ対応関係にある。フランツケが引用しているのは次の第5条である。前条第4条は、「永借財産bona emphiteutica」＝「世襲賃借地Erbblehn」や「定期金負担付き財産bona censitica」＝「世襲賃租地Erbzins=Güter」の抵当の有効要件として「領主の許可や同意Gunst oder Bewilligung des Lehn=Herrn」を求める点では第23条の五節目と文言上も全く同じであるが、永借財産と定期金負担付き財産の大半を包括する概念として「授封物Lehn=Güter」を用いている点、「同意を得ないで質入れを受けた者であっても、当該不動産の果実からは、他の一般債権者に先だって、弁済を受けることができるsoll der, welcher ohne Consens Verpfändung erlanget, aus denen Früchten desselben Guths, vor andern gemeinen Gläubigern, seine Bezahlung haben」としている点で、第23条を補充する内容となっている。これに対して、「永借財産や定期金負担付き財産に関して、上級所有権者が同時に裁判領主ではなく、裁判権と永借地や定期金負担地とを別々の者が有しているという事態が生じたwürde sichs zutragen, daß in Bonis Emphiteuticis oder Censiticis, der Dominus Directus nicht zugleich Gerichts=Herr wäre, sondern ein anderer die Jurisdiction oder den Fundum Emphyteuticum oder Censiticum hätte」場合には、「土地領主と裁判領主双方の同意を同時にかつ一括して得なければならないdes Lehn= und Gerichts=Herrn Consens zugleich und conjunctim erhoben werden」と定める第5条は、第23条に対応箇所はなく、第4条所定の「同意Consens」の特殊な場合を新たに明記した規定である。その際、「裁判領主Gerichts=Herr: Dominus Jurisdictionis」の「同意」を併せて求める趣旨が、「有効な裁判所での質入れが為され、それ故に裁判領主に今後救済を拒絶させないためzu Erlangung einer beständigen Gerichtlichen Hypothec, und damit sich der Dominus Jurisdictionis hernach der Hüllfe detoweniger zu verweigern」と敷衍されていることから、第3条所定の「裁判所における質入れGerichtliche Verpfändungen」の絶対的な優先効が、「領主の許可や同意」による抵当にも、

第2条での両要件の並列に相応しい形で、本来的に備わっていることが確認でき、第23条では若干不明瞭であった規定全体の論理的な連関を見通すことができる。しかしここで問題なのは、フランツケが、「上級所有権の効果」に関する自らの議論の典拠として、この第5条を敢えて援用する意味である。「そこでは、定期金の支払を受ける者が明確に上級所有権者と称され、それらの財産が質入れされる際には、上級所有権者のみならず、その地の裁判官、つまり、裁判領主の同意を得るべく定められている *ubi diserte is, cui census solvitur, dominus directus dicitur, et in bonis illis oppignorandis non saltem illius, sed et Judicis loci, des Gerichts=Herrn consensum adhibendum esse sancitur*」、との当条文の敷衍内容(『問題解決集』第19番末尾)からすると、フランツケによって重要なのは、「裁判領主の同意」が同時に要求されている点なのではなく、「裁判権*Jurisdictio*」は欠いても永借料や「定期金*census*」の収取権を保持する領主がここで「上級所有権者*Dominus Directus*」と呼ばれている点なのであろう。そのような「上級所有権者」の「同意」は、フランツケが挙げる「疑似授封」や「承認礼金」とは異なるが、「上級所有権の効果」であることには変わりはない。「領主の許可や同意」という同意の標準型を定めた第4条ではなく、特殊型を定めた第5条が敢えて引用されているのも、「上級所有権者」という概念が条文中に用いられていたからに他ならない。

ところで、フランツケの言う「授封物の定期金」なるものには、「留保定期金」それ自体の概念規定から大きく外れる特殊な面が存する。既にIで見たとおり、フランツケは、土地保有者が、「地代*pensio*」の「受領権*facultas percipiendi*」のみを自らに留保して「自らの土地を相手方に完全に移転する *fundum suum in alterum plene transfert*」場合と、これまで通り土地を保有したまま「地代」の「受領権」のみを相手方に譲渡する場合とを区別し、そこで定期的に支払われる「地代」やその「受領権」、あるいはまた、「受領権」の発生原因たる「契約*contractus*」を、前者について「留保定期金*census reservativus*」、後者について「証書定期金*census consignativus*」や「創設定期金*census constitutivus*」とそれぞれ称していた(『問題解決集』第14番から第16番)。しかし、封臣が完全な所有権者ではない以上、その保有地に留保定

期金を設定しても、「自らの土地を相手方に完全に移転する」ことにはそもそもならないし、定期金の支払いを受ける封臣自身が「上級所有権者」として、永代賃借の貸主と同様、地代の收取権以外に、疑似授封や承認礼金といった「上級所有権の効果」を享受することになる。とはいえ、「授封物の定期金」においても土地の占有は相手方に現実に移転される以上、これを「留保定期金」の一種と解することも可能である。従って、占有移転さえ伴うことなく「土地が譲与者の完全な所有に属する*fundi in pleno domino concedentis sunt*」ような定期金、つまり、「創設定期金」乃至「証書定期金」ともやはり区別されねばならない。結局、定期金に関して「上級所有権の効果」たる「疑似授封」や「承認礼金」が問題となり得るのは、「授封物の定期金」に限られるのである（『問題解決集』第20番及び第21番）。以上の点を確認した上で、フランツケは、「フランス王国 *regnum Gallicum*」におけるいわゆる「賃租*census : cens*」に「授封物の定期金」に相当するものを見出している。この点、コラーが、「定期金負担付き財産」の性質を「授封財産」や「永借財産」との類比において説明する際に、パノルミタヌス *Panormitanus*（パレルモ大修道院長 *Abbas Panormitanus* : ニコラウス・デ・トゥデスキス *Nicolaus de Tudeschis* ; 1386-1445年）の『教令集第三巻注解 *Commentaria in tertium Decretalium librum*』とピエール・ルビュッフィ *Pierre Rebuffi* (?-1557年) の『王令注解集 *Commentarii in constitutiones seu ordinationes regias*』（1554初版）から、主として教会財産に設定され地代收取権を除いて不動産上の権利が全て移転される本来の意味での「留保定期金」（Ⅳ参照）に関わる箇所を引用していたのは異なり、「授封物の定期金」の特殊性がはっきり意識されていると言える。

賃租に関する文献としてフランツケが参照しているのは、〈ケンスス〉の語義分析に際して既に利用していたデュ・ムーランの『パリ慣習法注解』第二部（1558年初版）、そして、バルテルミ・ド・シャスヌー *Barthélemy de Chasseneuz* (1480-1541年) の『ブルゴーニュ公領慣習法注解 *Commentaria in Consuetudines Ducatus Burgundiae*』（1517年初版）である。『パリ慣習法注解』からは、まず、第2章「賃租地並びに領主権について *De censive et droicts seigneuriaux*」の表題注釈の第19番と第20番¹⁷⁾が引用されている。既にⅠで見

たように、第19番では、「自らの地所とそこに有していたあらゆる権利と支配を譲与移転し、定期金の名称で少額の年払い地代を留保した者に支払われるべき賃料*canon debitus ei qui praedium suum et quicquid iuris et dominii in eo habebat, concessit et transtulit, retenta modica annua pensione sub nomine census*」が、〈ケンスス〉の第四の語義として、第20番では、「上級所有権と領主権の承認故に支払われる少額の年払い賃料*modicus canon annus, qui praestatur in recognitionem dominii directi et iurium dominicalium*」が、同じく第五の語義として、それぞれ提示されており、フランツケは、両者を、「留保定期金」一般と「授封物の定期金」に相当するものと考えているのである。デュ・ムーランは、前者を「定期金*census*」と呼ぶ「カノン法学者たちに共通する用語法*communis modus loquendi canonistarum*」を退け、後者こそ、パリ慣習法を初めとする「この王国の全域*totum hoc Regnum*」の諸慣習法が規定する「定期金*census*」、つまり、「賃租*cens*」である旨述べている。「我々の下で、定期金契約は、一定の土地の下級所有権が、賃租の名目で年払いの永続的な地代支払いと引き換えに移転され、上級所有権や領主権は留保される場合に存する*apud nos contractus censualis est, quando dominium utile certi fundi transfertur sub annua et perpetua pensatione nomine census, retento domino directo et iuribus dominicalibus*」というのである。従って、「定期金契約では全ての権利と支配が移転されるのに対して、永借契約では下級所有権のみが移転され上級所有権は留保される*in contracto censuali omne ius et dominium transferatur: in contracto emphyteutico dominium utile tantum retento directo dominio*」とのカノン法学上の区別もまた、慣習法上の「賃租」には当てはまらない。デュ・ムーランは、ここで、ジャン・フォールJean Faure(1275? -1340年)の法学提要第3巻第24章「賃貸借について*De locatione et conductione*」第3節注釈の一節¹⁸⁾に依拠して、「賃租の支払いを

17) Opera, I, 1312-1313.

18) “〈14. 賃租は永代賃貸借とは異なる。〉そこで、定期金契約（ここで他の〈ケンスス〉については問題とならないので、〈ケンスス〉は年払いの地代の趣旨で用いられる）

受ける者は、上級所有権者で、目的物が売却される際に承認礼金を受領することを慣習法で認められている*de consuetudine servatur quod is cui census solvitur est dominus directus et percipit laudimia quando res venditur*」と指摘し、「永借契約以上に我々の賃租に類似した契約は存在しない*nullus est contractus in iure cui census noster magis assimiletur quam contractui emphyteutico*」と述べている。以上のようなデュ・ムーランの賃租論は、カノン法上の「定期金」、つまり、フランツケの言う「留保定期金」一般を慣習法上の用語として完全に排除し、その代わりに、「償却金のための譲与*concessio in redditum*」という概念を用い(表題注釈第23番以下)、「フランス全域で見られる毎年一定額の永続的な償却金のための譲与は、賃租契約でも永借契約でもなく、当該償却金を受領する権利以外に上級所有権その他の権利を一切留保することなく目的物の完全な譲渡と取得をもたらす独自の契約である*concessio ad certum annum et perpetuum redditum in tota Gallica non est contractus censualis nec emphyteuticus sed distinctus contractus totalem*

と永借契約に違いがあるのかどうかという問いに向かうことにする。カノン法学者たちが述べるには、定期金負担物は三年にわたって弁済が滞っても没収されないが永借物は没収されるので違いがあるとされ、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節を、ほとんど全ての人々が同箇所の注釈で述べるとおり、そのような趣旨に解している上、更に、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としている。しかし、そのようなことを市民法によって裏付けすることはできない。なぜなら、そこでは、〈ケンスス〉は単なる年払いの地代の趣旨に用いられていないし、私人間の〈ケンスス〉の契約は「土地に緊縛された」農奴状態の者においてのみ見られるからである。その一方で、世俗の人々の間では、慣習法上、賃租物は三年にわたって支払いが滞れば没収され、賃租を受領する者は上級所有権者とみなされ、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。……”

(*Commentaria*, 103.v.引用は1572年ヴェネツィア刊『法学提要全四巻の極めて学識豊かな注解*In quatuor libros Institutionum eruditissima commentaria*』のテキストによる。)

alienationem et expropriationem rei importans sine retentione domini directi vel alterius iuris quam dicti redditus percipiendi」(第36番¹⁹⁾)との概念区分を主張する点では、「留保定期金」を「授封物の定期金」の上位概念と位置づけるフランツケとは異なるとはいえ、「上級所有権」の留保に着目するその核心部分では、承認札金の有無や永代賃借との類似性に関する指摘も含めて、両者は確かに一致している。

次に引用されているのは同じく第2章の第73条(=旧第51条:「土地領主あるいは賃租領主は、その賃租地あるいは領地に存する地所を取得した新たな保有者に対して、当該地所の取得証明書が存する限り、それを提出提示するよう求め、売買許可料、保有承認料、罰金が発生する場合には、それらの支払いを受けることができるIl est loisible à un seigneur foncier ou censier de poursuivre l'acquesteur nouvel détenteur d'aucun heritage estant ne sa censive ou seigneurie fonciere, afin d'apporter et exhiber les lettres d'acquisition d'iceluy heritage, si aucunes en y a, pour estre payé des droicts de vente, saisine et amendes.」)の文言「土地領主あるいは賃租領主seigneur foncier, ou censier: dominus fundarius vel censualis」に付された第一注釈²⁰⁾である。この注釈でデュ・ムーランは、「土地領主seigneur foncier: dominus fundarius」と「賃租領主seigneur censier: dominus censualis」という二つの概念が、選言的な接続詞〈あるいはou〉によって通常想定されるように、「二つの相異なる徹底して相容れないものduo diversa et separata extrema」であって、「配列において何れも同じように主位に立つaeque principaliter sunt in dispositione」ような「択一alternativa」の関係(第1番)に立つのかどうかを、同条の「賃租地あるいは領地censive ou seigneurie fonciere」、更には、次の第74条(旧第52条:「賃租領主は、自らに支払われるべき金銭のため、何らかの賃租あるいは地租の負担を課されている地所上の果实に対して、処分差

19) Opera, I, 1317.

20) 当注釈全体の試訳は「シャルル・デュ・ムーランの賃租概念論」(獨協法学第86号)参照。

止めや収穫前差押えによる執行を行いあるいは行わせることができるUn seigneur censier peut proceder ou faire proceder par voye d'arrest ou brandon sur les fruits pendans en l'heritage à luy redeuable d'aucuns cens ou fonds de terre, pour les arrerages qui luy sont deus.」に見られる「賃租あるいは地租cens ou fonds de terre」といった類似の文言を含めて、検討している。それによれば、「王国の一般慣習法generalis consuetudo Regni」の用語法上、各概念の間には、「類と種の違いが何らかの形で存するにすぎないesse differentia saltem qualis inter genus et speciem」とされる。すなわち、「土地領主」が「土地と当該土地の上級かつ原初的な所有権の故に、封の権利、賃租の権利、永借権その他、この種の何らかの権利の授与者となる上級所有権者 quicunque dominus directus, cui aliquod ius ratione fundi et dominii primitivi et directi eiusdem fundi debetur, sive sit ius feudale, sive censuale, sive emphyteiticum aut aliud id genus」に相当するのに対して、「賃租領主」は、この「土地領主」という「類genus」に包摂される「種species」であり、同様に、「土地税乃至地租ius seu vectigal fundarium」が「土地に関して上級所有権者に帰属する税や定期金全てであるquodcunque ius seu redditus ratione fundi domino directo debitum」のに対して、「賃租census」とは「その一種 cuius species」にすぎないというのである（第3番）。ただし、このように「類と種」の間に設けられる択一alternativa posita inter genus et speciem」も、「賃租」について規定する「本章全体の文脈contextum totius huius tituli」の下で用いられる限りは、「叙述の内に解消されているresoluvitur in expositivam」。つまり、「〈土地領主〉という文言が、本章では、広義ではなく、狭義かつ我々の慣行に忠実に捉えられた賃租領主に特定して解されているvocem dominum fundiarium, in hoc titulo non generaliter, sed specialiter pro domino censuali stricte et secundum usum nostrum proprie sumpto accipi」のであり、「領地 seigneurie fonciere」や「地租fonds de terre」という「類」もまた、そのまま「広義にgeneraliter」ではなく、「賃租地censive」や「賃租cens」という「種」と同義に、「狭く特定してstricte et specialiter」用いられているのである（第5番から第9番）。

このようなデュ・ムーランの議論からフランツケは、「賃租」の独自性や「賃租領主」の享受する「領主権」に関わる箇所を幾つか引用している。まず引用されているは、第2章表題注釈の〈ケンスス〉語義論で示されたカノン法学由来の第三及び第四の語義、すなわち、「君主princeps」の「包括的な支配権 *universalis dominium*」の故に納められる「租税 *tributum*」(第二の語義: 第15番)に限定することなく「君主よりも下位の者に対しても毎年支払われるもの *quod annuatim, etiam inferiori a principe praestatur*」一般としての〈ケンスス〉(表題注釈第18番)と、上記のごとく永代賃借に對置される留保定期金としての〈ケンスス〉(同第19番)とが、慣習法上の「賃租」と明確に区別されている箇所である(第73条第一注釈第5番²¹⁾)。仏語〈サンス cens〉に対応する羅語〈ケンスス census〉が、先の二つの語義のように「地租よりも広義となる場合があるとしても *quamvis census alias etiam generalior sit iure fundario*」、慣習法上の「賃租」、つまり、「フランス人 *Galli*」にとつての〈ケンスス〉とは、「地租 *ius fundarium*」という「類 *genus*」に対する「種 *species*」として、「明確で独自の領主権を特に意味している *specialiter certum specificum ius dominicum significat*」というのである。「留保定期金」一般に対する「授封物の定期金」の独自性を強調したいフランツケにとつても、この箇所は格好の典拠となる。ただし、議論の枠組みそのものが一致しているわけではない。というのも、フランツケが「授封物の定期金」を「留保定期金」の一種として位置づけているのに対して、デュ・ムーランは、既に見たとおり、カノン法学由来の「留保定期金」概念を排除した上で、「地租」と「賃租」との間に「類」と「種」の関係を想定しているのからである。続いて引用される箇所では、「古い証書、授封文書、更新文書、財産目録、会計文書 *vetera instrumenta, investiturae, renovationes, catalogi, et rationum libri*」等で用いられている「主たる賃租、少額賃租、高額賃租、追加賃租 *chefs cens, menu cens, gros cens, sur cens*」は、「偶然的な要素を介して区分されている *dividitur per accidentia*」にすぎず、「賃租」が、「一つの独自の種 *unus particularis species*」として、「領主権 *ius*

21) Opera, I, 1324.

dominicum』という「類」に包摂されるという点が重要である旨指摘されている(第12番²²⁾)。同じく「領主権」に包摂される「封feudum」との間の「基底的な相違constitutiva differentia」にこそ着目すべきであり、「賃租」における「地代pensio censualis」、「封」における「忠誠fidelitas」が、互いの間に「固有で本質的な区別divisio propria et substantialis」をもたらしているというのである(第13番²³⁾)。ここでのデュ・ムーランの意図は「封」と「賃租」、つまり、パリ慣習法の第1章と第2章の主題の間の「基底的な相違」を示す点にあるが、フランツケの目はむしろ、両者の「類」である「領主権」に向けられている。なぜなら、「留保定期金」の一種である「授封物の定期金」の独自性は、この「領主権」の側面、すなわち、疑似授封や承認礼金といった「上級所有権の効果」に見出されるからである。このようなフランツケの関心は第73条第一注釈からの最後の引用箇所(第20番²⁴⁾)からもはっきり読み取ることができる。その箇所でも、「慣習法は、封について、様々な封主、封臣、封に関する個々の権利に関わる者の下位の段階を認めているが、賃租についても、永代賃借についても、このような下位の段階は認められていないconsuetudinem in feudis admittere subordinationem plurium dominiorum et vasallorum et feudaliū iurium singulos concernentium: sed nec in censu nec in emphyteusi huiusmodi subordinationem admitti」という具合に、「封feudum」と、「賃租census」や「永代賃借emphyteusis」との相違が強調されているが、フランツケが着目しているのは、第2章表題注釈第20番と同じくジャン・フォールの法学提要注釈²⁵⁾に依拠して提示される賃租領主＝上級所有権者論である。「最初の賃租領主のみが、賃租誓約、承認礼金、違約罰を求めること、つまり、授封を行い領主権を享受することができるsolus primus dominus censualis exigit professionem censualem, laudimias, mulctas: solus investituram faciet, et iuribus dominicis

22) Opera, I, 1325.

23) Opera, I, 1326.

24) Opera, I, 1327-1328.

25) 注18参照。ただし、フォール自身はこの箇所で「封」と「賃租」を対比しているわけではなく、デュ・ムーランによる引用には無理がある。

utetur」という注釈末尾の文において、デュ・ムーランの力点は、「最初の賃租領主のみが*solus primus dominus censualis*」という限定に存するが、フランツケにとっては、「授封を行い領主権を享受することができる*investituram faciet, et iuribus dominicis utetur*」という点が重要なのである。『パリ慣習法注解』からの最後の引用箇所である第74条の第二注釈第18番²⁶⁾では、「授封物や賃租物が、封や賃租上の権利や利益のために上級所有権者に対して抵当に供されるのかどうか*utrum res feudalis vel censualis sit hypothecata domino directo pro iuribus et commodis feudalibus aut censualibus*」という論点についてこれを肯定する立場表明されており、しかも、慣習法上の「領主権」では括られない永代賃借の場合を含めて、「授封物*res feudalis*」、「賃租物*res censualis*」、「永借地*fundus emphyteuticus*」の何れもが「上級所有権者に対して抵当に供される*est hypothecata domino directo*」というのである。その限りでは、永久賃借との類比の下で「上級所有権の効果」を論じるフランツケにとっても一層好都合な議論であるように見える。しかし、デュ・ムーランによ

-
- 26) “〈18. 授封物、賃租物、永借物は上級所有権のために抵当に供される。〉第三に、授封物や賃租物が、封や賃租上の権利や利益のために上級所有権者に対して抵当に供されるのかどうか、が問題となる。これを疑問とする考えがある。すなわち、ある人々の見解によれば、同一の物に上級所有権と抵当権を有することは馬鹿げている以上、永代賃借においてさえ永借料のために何らかの物が地主に対して抵当に供されることはない」とされ【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45法文】、アンゲルス〔・デ・ウバルデイス〕は勅法彙纂第7巻第38章「皇帝所有物や神殿の取戻請求は長期の前書によって退けられてはならないこと」第2法文への注釈において、永借地が賃料のために抵当に供されることはない旨断言している。簡潔に言うならば、封や賃租の場合も含めて反対に解すべきである。それどころか、果実もまた、未収穫のものはもちろん、たとえ耕地から分離されたとしても、抵当に供される【学説彙纂20巻2章「如何なる場合に質や抵当は黙示に締結されるのか」第7法文、本条前記第1注釈第28番及び第51番】。そして、同じことは、目的物について支払われあるいは受領されるべき一定の償却金や貢納金のために譲与されたあらゆる物について、上級所有権その他の権利が留保されていなくても、遍く当てはまる。”(Opera, I, 1401.)

れば、「同じことは、目的物について支払われあるいは受領されるべき一定の償却金や貢納金のために譲与されたあらゆる物について、上級所有権その他の権利が留保されていなくても、遍く当てはまるidem generaliter in omni re concessa ad certum reditum aut vectigal, etiam si non sit retentum dominium directum, vel aliud ius」とされていて、内容的には「留保定期金」に対応する「償却金のための譲与concessio ad reditum」をも一括した議論となっている。このような議論の文脈に忠実であろうとするならば、「上級所有権dominium directum」を含めた所有権全てを完全に相手方に移転する「留保定期金」に対して、永代賃借のように「上級所有権」類似の権利が譲与者側に留保される「授封物の定期金」の特殊性を裏付ける論拠としてこの箇所を援用することはやはり無理がある。

ディジョン、パリの各高等法院の評定官を経て、エクス・プロヴァンス高等法院の法院長を務めたシャスヌーの『ブルゴーニュ公領慣習法注解』は、デュ・ムーランの『パリ慣習法注解』と同じく、旧慣習法（ブルゴーニュ慣習法は1459年成文化、1570年改訂、パリ慣習法は1510年成文化、1580年改訂）への注釈書ではあるが、ラテン語による叙述、そして、ローマ法との比較をふまえた内容故に、各慣習法の通用地域を越えてフランス国外でも広く流布参照された。1574年には、『ブルゴーニュ公領並びにフランスのほぼ全域の慣習法 Consuetudines ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae』との表題の下に、リヨンに加えてフランクフルトでも公刊され、17世紀初頭まで数度版を重ねたようであり、フランツケが参照したのも恐らくこのフランクフルト版であると思われる。引用されているのは、まず、第11章「賃租についてDes censes」の第1条（「賃租に関しては、承認料、保証金、違約金が課されると言われ、また、領主その他の者が賃租を有する様々な土地の慣習の相違について一般的慣習に何も述べられていない以上、領主等は、従前通りに、それらの賃租、承認料、保証金、領主権、違約金を行使受領するものとするAu regard des censes qu'on dict porter lots, retenue, et amende, on ne declare point estre de coustume generale pour la diversité des usages, qui sont en divers lieux, esquels plusieurs seigneurs et autres ont censes, lesquels useront desdictes censes, et

desdicts lots, retenue, seigneurie et amende ainsi qu'ils ont par cydevant usé)の文言「承認料lots」に付された注釈の第1番²⁷⁾である。そこでは、ジャン・フォールの『法学提要注解』の第3巻第23章「売買についてDe emptione et venditione」表題注釈から、「フランス王国の慣習法によれば、賃租物が売却される場合、賃租領主に対して承認料が支払われ、これはある地域では承認料と呼ばれ、またある地域では承認礼金と呼ばれるde consuetudine regni Franciae, debentur ventae domino censuali, quando res censualis venditur, et alicubi vocantur ventae, alicubi laudemium」²⁸⁾、との一節が引用されており、「授封物の定期金」を特徴付ける「上級所有権の効果」の一つとして「承認礼金」を挙げるフランツケがこの箇所に目を付けたのは当然と言える。もう一つの引用箇所は、同じく第11章の第5条(「賃租領主は、保有者の過失によって賃租から離れた地所を取り戻し、また、未払いの賃租について、当該地所から果実、収益、所得を徴収し、賃租やその延滞分が支払われるまで自らのもととすることができ、十年以内に、当該賃租地がそれを元々保有していた者が当該地所の賃租を求めるならば、賃租領主は、果実の受領によって未払い金の弁済を得たか、そうでなくても収穫前に当該賃租地から弁済を得られる見通しがある限り、賃租地を返還し引き渡さねばならないが、十年経過した後は、当該地所は賃租領主に復帰し、誰にでも任意の者にそれを譲与し賃租に供することができ、元々賃租地として保有していた者に返還したり賃租に供する必要はない。Le seigneur censier peut recourir aux heritages movans de cense par faute de tenementier, et de cense à luy non payée, et d'iceux lever les fruitz, profits

27) “〈1.〉繰り返すが本条において注意すべきなのは、我が国には承認礼金が義務づけられる賃租が存するという点である。すなわち、ヨアンネス・ファベルの法学提要第3巻第23章「売買について」第1節[→表題]注釈[第1番]で述べているとおり、フランス王国の法令[→慣習法]によれば、賃租物が売却される場合、賃租領主に対して承認料が支払われ、それはある地域では承認料と呼ばれ、またある地域では承認礼金と呼ばれる。”(Consuetudines, 1374引用は1574年フランクフルト刊のテキストによる。)

28) Commentaria, 100.r.

et emolumens, et les appliquer à son pofit jusques à ce qu'il soit payé de sa cense, et des arrerages d'icelle, et si dedans dix ans luy qui tenoit paravant lesdicts heritages à cense, vient et qu'il demande lesdicts heritages censaux, ledict seigneur censier sera tenu se les luy remettre et delivrer, s'il a esté satisfait des arrerages par la reception des fruicts, ou sinon parmy ce que avant oeuvre il sera satisfait desdicts heritages, et lesdicts dix ans passez, lesdicts heritages demourront audict seigneur censier et les pourra bailler et acenser à tel qui luy plaira, sans plus estre tenu de les remettre ou bailler à celui qui les tenoit à cense de luy par avant, s'il ne luy plaist.」の文言「十年経過した後はet les dix ans passez」に付された注釈の第5番²⁹⁾である。ここでは、ローマ法上の「永借契約contractus emphyteuticus」とカノン法上の「定期金契約contractus censualis」との相違、すなわち、永借人は下級所有権を取得するに留まり、永借料の不払いによって権利を失うのに対して、「定期金義務者censuarius」は完全な所有権を取得し、定期金の不払いによっても権利を失うことはないという点（後述Ⅳ参照）が、羅語による表記の一致にもかかわらず、慣習法上の「賃租census」にはそのまま当てはまらなとされている。すなわち、「賃租義務者censuarius」は下級所有権のみを取得するが賃租の不

29) “〈5.〉そして、この点において、永借契約は定期金契約は異なっている。というのも、永借契約では、三年にわたって支払いが滞るならば、権利を失うが【勅法彙纂4巻66章「永借権について」第3法文】、法の下では、定期金義務者についてはそうではなく、定期金義務者は没収されることはない【別書3巻36章「聖堂は司教の管理に服すべきこと」第6節】。同節への標準注釈には別の相違点が考えられている。すなわち、定期金権利者は、全ての所有権、つまり、上級下級何れの所有権も移転するが、永借人は下級所有権のみを有して、永借地主が上級所有権を有するというのである。諸博士は勅法彙纂第4巻第66章第1法文への注釈でその旨指摘している。しかし、ヨアンネス・ファベルは法学提要第3巻第24章「賃貸借について」第3節への注釈において、慣習法上、賃租義務者は支払遅滞によって自らの権利を失う旨述べている。同様にまた、賃租の支払いを受ける者は上級所有権者と呼ばれ、既に述べたとおり、承認礼金を受領する。以上の点については、ボエルス『ベリ－慣習法』「封の慣習法について」第24条を参照されたい。” (Consuetudines, 1415-1416.)

払いによって権利を喪失することはなく、「賃租の支払いを受ける者は上級所有権者と呼ばれ、承認礼金を受領する *ille qui recipit census dicitur dominus directus, et recipit laudemia*」というのである。典拠となっているのはやはりジャン・フォールの『法学提要注解』であり、「承認礼金 *laudemia*」については上記表題注釈の参照が指示されている。「上級所有権者 *dominus directus*」が「承認礼金」を受領する点にカノン法の「定期金 *census*」と慣習法の「賃租 *census*」の相違を見出すこの議論は、〈*census*〉という表記を後者に限定したデュ・ムーラン以上に、フランツケによる「留保定期金」一般と「授封物の定期金」の区別に近いと言える。

「授封物の定期金」の独自性を賃租論の援用によって裏付けたフランツケは、「承認礼金が問題となる場合には、この種の定期金が常に念頭に置かれている *hujusmodi census semper subintelligitur, ubi de laudemis quaestio incidit*」と述べて、賃租に限定されない議論の一般性を確認し、フランス慣習法学以外の文献を三つ引用している(『問題解決集』第21番)。一つ目は、アルバロ・バス Alvaro Vaz(1526-1593年)の『永借権問題集 *Quaestiones iuris emphyteutici*』(1569年初版)である。同書の初版地は、著者の本国ポルトガル(1580年にフェリペⅡ世によりスペインに併合され1640年まで同君連合)のリスボンであるが、『永借権に関する完全なる論考 *Tractus iuris emphyteutici absolutissimus*』(1618年)との表題でフランクフルトでも公刊されているので、シャスヌーの『ブルゴーニュ公領慣習法注解』の場合と同じく、フランツケはこの入手容易なフランクフルト版を参照したものと考えられる。引用箇所の問題32「定期金契約について、並びに、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*」の第32番³⁰⁾で論じられ

30) “〈32. 定期金義務者は、前主に無断で没収の恐れなく譲渡できるのかどうか、そして、承認礼金を負うのかどうか。〉第三の相違点とは、永借人が、勅法彙纂第4巻第66章「永借権について」第3法文にあるとおり、地主に無断で没収の恐れなく譲渡することはできないが、定期金義務者は、デキウス前掲『助言集』助言164第13番、アレティヌス『助言集』助言14第5番、カピュキウス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』の精確な判決196、レブッフス『フランス王令注解集』前掲箇所第16番、カロルス・

ているのは、「定期金契約*contractus censuarius*」と「永借契約*contractus emphyteuticus*」の「第三の相違点*tertia differentia*」である。「永借契約においては、下級所有権が移転されるにすぎず、同様に、市民的占有は地主の下に残ったまま自然的占有が移転されるin *emphyteutico contractu transfertur duntaxat utile dominium, item transfertur naturalis possessio manente civili apud dominium*」のに対して、「定期金契約では、下級上級を問わず全ての所有権が移転されると共に、市民的自然的を問わず全ての占有が移転されるので、占有について如何なる権利も譲与者に残らず、何らかの地代あるいは定期金に限って、(永借人の場合のように所有権の承認の証しとしてではなく)当該目的物がかつて譲与者の完全な所有に属していたという前主の記憶のために留保される*per contractum censuarium transfertur omne dominium, tam utile, quam naturalis, ita sane, quod nihil iuris in ea remanet apud concedentem, sed duntaxat pensio quaedam, seu census, (non ut signum recognitionis domonii, yt est in emphyteuta sed) in memoriam pristini domini, videlicet illa res aliquando fuit in pleno domino concedentis*」という「第一の相違点*prima differentia*」(第27番³¹⁾)、「定期金義務者が三年かそれ以上の年数にわたって賃

ルイヌス『助言集』第1巻助言42第3段第8番、ベシアヌス『オーヴェルニュ慣習法』148頁によれば、逆に当然にこれができるし、定期金の支払いを受ける者に何いを立てる必要はないとされる。ただし、アンゲルス〔・デ・ウバルデイス〕の前掲法学提要第3巻第24章「賃貸借について」第3節への注釈末尾、ヤーソンの勅法彙纂第4巻第66章第3法文への注釈第135番は、反対の見解をとっており、私が彼らに同意できるのは、ファベルの法学提要第3巻第24章第3節への注釈やベシアヌス『オーヴェルニュ慣習法』前掲箇所末尾にあるように、そのような慣習法が通用している地域、あるいは、全ての権利が移転されるわけではない定期金義務者がいるような地域においてだけである。後者のような者は、カピュキウスが前掲箇所の末尾、さらには彼よりも先にアッフリクトゥス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決129第8番が指摘していたように、本来は永借人か地上権者と解され、レブッフス前掲箇所第16番にあるとおり、バルトルスの学説彙纂第43巻第18章「地上権について」第6節への注釈はこの趣旨に解されるべきである。”(Tractatus, 542引用は1618年フランクフルト刊のテキストによる。)

料の支払いを為さなくても、没収されることはない*censuarius licet triennio, et multo pluribus annis cesset canonis solutione, non ideo cadit in commissum*」のに対して、「永借人においてはこれと異なり、要するに、教会との関係では、二年にわたって支払わない者が権利を失うが、私人との関係では、三年にわたって支払わない者が地主によって没収される*in emphyteuta secus est, nam si fuerit Ecclesiae, per biennnium cesaans iure suo cadit, si vero fuerit privati alicui, trinennio cessas committitur domino*」という「第二の相違点*secunnda differentia*」(第30番³²⁾)に続いて、「永借人が没収の恐れ無しには地主に無断で譲渡できず、承認礼金を負う*emphyteuta non potest irrequisito domino alienare, sine metu commissi, et laudemia debet*」のに対して、「定期金義務者は当然に譲渡できるし、定期金の支払いを受けている者に伺いを立てる必要はない*censuarius bene potest, nec tenetur eum cui censum solvit, requirere*」という点が、ここで「第三の相違点」として挙げられている。しかし、この箇所を引用したフランツケにとって重要なのは、バスが、この相違点に対するアンゲルス・デ・ウバルデイス*Angelus de Ubaldis*(?-1407年)とヤーソン・デ・マイノ*Jason de Mayno*(1435-1519年)の異論(後述Ⅳ参照)に言及し、「私が彼らに同意できるのは、そのような慣習法が通用している地域、あるいは、全ての権利が移転されるわけではない定期金義務者がいるような地域においてだけである*quibus non assentior, nisi in locis ubi talis viguerit consuetudo vel ubi fuerit talis censuarius in quem omne ius translatum non sit*」と、ジャン・フォールの『法学提要注解』の前記箇所も引用しつつ、付言している部分であろう。「授封物の定期金」における「定期金義務者*censuarius*」は、「永借人*emphyteuta*」と同じように、「承認礼金を負う*laudemia debet*」のである。

二つ目の引用文献は、ナポリ王国(15世紀半ばにフランス王国からアラゴン王国の勢力下に移り1516年以降はスペイン王を君主とする同君連合)の神聖王

31) *Tractatus*, 539.

32) *Tractatus*, 541.

国顧問会Sacro Regio Consiglioに属したマッテオ・ダフリットMatteo d'Affitto(1443-1528年)の『ナポリ王国神聖顧問会判決集Decisiones sacro regii Neapolitani consilii』(1499年初版)である。このダフリットの判決集は、その後、トンマーゾ・グラマティコTommaso Gramatico、チェーザレ・ウルスイッリCesare Ursilli、ジョヴァンニ・アンジェロ・ピサネッリGiovanni Angelo Pisanelli、プロスペロ・カラヴィータProspero Caravita等による「追記additiones」や「注記annotationes」によって増補され、16世紀を通じてリヨンとヴェネツィアで版を重ねた後、1616年にはやはりフランクフルトで公開されたことが確認できる。フランツケが引用しているのは、「永借権についてDe iure emphyteutico」と題された判決129のダフリットによる本文部分の第6番³³⁾である。ここでダフリットが考察している事案とは、「アンジェロ伯comes Angeli」が、「プッリャ地方のチェリニョーラの土地の下級所有権者utilis dominus terrae Cirignolae de provincia Apuliae」として「ある農場付きの建物を占有している当地の主席司祭archipresbyter dictae terrae possidens quandam domum cum casaleno」を相手取り、前保有者である「ジョズエIosue」が「当該農場付き建物を主席司祭に同意無しに売却したvendidit dictam domum et casalenum dato archipresbyterio sine eius consensu」との理由で「封への回復を求めているpetit redintegrari ad feudum」というものであり、引用箇所は、「封であるとの証明が無い場合、永借物と定期金負担物の何れが推定されるべきかan si non probetur quod sit feudalis, utrum praesumitur emphyteutica vel censualis」という論点をめぐる考察の一部であ

33) “〈6. 定期金契約によって下級と上級何れの所有権も譲渡される。〉本事案については、チェリニョーラの封主に毎年僅か15〔ソルド?〕支払われている当該目的物はこのチェリニョーラの封の域内に存しており、定期金契約を推定するのは不可能である以上、上に述べた諸権威に依拠して判断すべきではないと私は考えた。というのも、そのような定期金契約であれば、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節への諸注釈、ヨアンネス・デ・イモラの別書第3巻第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段にあるとおり、目的物が全体として、つまり、下級と上級何れの所有権も譲渡されたはずであるし、授封物は、王国法「神

る。ここで、ダフリットは、永代賃借と留保定期金の二分法を前提に、当該事案が「定期金」に関するものではない旨主張し、その論拠として、「定期金契約では、目的物が全体として、つまり、下級と上級何れの所有権についても譲渡される *per censuali contractu est res alienata in totum, scilicet utile et directum dominium*」とのカノン法学説と、「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*」とする王国法とを挙げている。自らナポリ王の封臣として「下級所有権 *utile dominium*」を有するにすぎない原告が、「授封物 *feudales res*」について、所有権の完全な移転を前提とする「定期金契約 *censualis contractus*」を締結することなどできないというのである。「授封物の定期金」を留保定期金の一類型として提示するフランツケの議論が、留保定期金の本来的な概念規定と相容れない「授封物」の性質を起点して展開されている以上、この箇所を「授封物の定期金」の特殊性の典拠として引用することに問題はないように見える。しかし注意しなければならないのは、ダフリットが、「封に属する物は定期金のために譲与できないのであるから、定期金のために譲与されたと推定することもできないであろう *sicut non potest res quae de feudo, concedi ad censum, ita non potuerit praesumi concessa ad censum*」と述べて、完全な所有権移転の不可能性を理由に「授封物の定期金」それ自体の存在を否定している点である。「譲与者が下級所有権のみを有するような物の留保定期金 *census reserativus earum, in quibus concedens saltem utile dominium habet*」が存在するという前提で「上級所有権の効果」を論じるフランツケから見れば、カノン法のみならず王国法という世俗法の下でも「授封物の定期金」を認めないダフリットとの立場の相違は、フランスの「賃租」の

の記憶にも残されるべき勅法云々」にあるように、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からである。第一の問いについて述べた点も以上の妨げにはならない。なぜなら、金銭が支払われている場合には、真正な意味で授封契約が存するわけではなく、目的物は封に属するにすぎないからである。従って、封に属する物が定期金のために譲与できない以上、定期金のために譲与されたと推定することもできないであろう。”(Decisiones, 176.引用は1616年フランクフルト刊のテキストによる。)

ように慣習法上の裏付けが存在する場合に限って、定期金義務者による承認札金の負担を認めるバス以上に大きいはずである。

三つ目の引用文献であるイエズス会士モリナの『正義と法に関する著述全集』第二巻からの援用箇所についても同様の違和感がつきまとう。モリナの教えたクウェンカで刊行が始まったが、その死後、1609年に全六巻の完結版がマインツで出版されることになる『正義と法』もやはりフランツケにとって入手し易い文献であったようであり、Iで見たとおり、留保定期金と証書定期金という定期金の二大類型の典拠の一つとしても利用されていた。ここで引用されているのは留保定期金に関する討論381³⁴⁾の第7番³⁵⁾である。そこでは、第3番以降、「定期金契約*contractus censualis*」と「永借契約*contractus emphyteuticus*」の三つの相違点（完全な所有権移転の有無、不払時の没収の有無、無断譲渡の可否や承認札金の有無）と、不明時における推定とが論じられたのを承けて、今度は「定期金契約」が「売買*emptio et venditio*」に当たるかどうか吟味されている。フランツケはこの箇所の一体どの部分に着目したのであろうか。モリナによれば、「定期金契約」は、単なる「売買」ではなく、「同一物のある面が譲与され別の面が留保される契約*contractus, quo confertur unum, et reservatur aliud unius, et eiusdem rei*」とされる。しかし、ここで念頭に置かれているのは、「下級所有権*utile dominium*」を譲与し「上級所有権*directum dominium*」を留保するような場合ではなく、三つの相違点を通じて永代賃借に対置された留保定期金の下で、「ある地所が、毎年あるいは毎月の賃料のみを留保して、ある者に完全に譲与される*praedium aliquod pleno iure alicui conceditur, reservata in eo annua, aut mensura pensione*」場合にすぎない。それでは、「以上に説明してきた定期金契約は、今日、世俗の財産について頻繁に見られるものではなく、むしろ極めて稀なものとなっている*contractus censualis hactenus explicatus, neque frequens hodie est circa res temporales, sed admodum rarus*」との冒頭の一節はどうであろうか。「世俗の財産*res*

34) 全体の試訳は「ルイス・デ・モリナの定期金類型論」（獨協法学第85巻）を参照。

35) *Disputationes*, 340.

temporales」の大半が「授封物」であるが故に「留保定期金」は稀にしか見られないという趣旨にこれを解するならば、少なくとも先のダフリットの議論と同程度の関連性はある。しかし、承認礼金等の「上級所有権の効果」によって「授封物の定期金」を特殊性を論じるための典拠として取り立てて相応しいとは言えない。

とはいえ、「我々 nos」、つまり、ザクセン人の下で見られる「授封物の定期金」を、スペインやイタリアの留保定期金ではなくフランスの賃租に近いものとして捉えるフランツケの立場それ自体は、以上から十分に読み取ることができる。「我々の下では、農民の財産の処分に際して承認礼金が支払われるのが通常であるから、農民の財産に設定されている留保定期金は、たとえ疑わしい場合でも、上記のようなものとして推定されるべきである cum apud nos de bonis rusticis alienatis regulariter laudemium persolvendum sit, census in illis constitutos reservativos et in dubio ita praesumendos esse」(第22番)との主張は、ザクセンの「農民の財産 bona rusutica」の大半が、「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 fundi illi, qui intra fines feudalium, quae nobiles a principe vel aliis recognoscunt, siti sunt」(第23番)であるからこそ可能なのである。ところが、そのような「農民の財産」をめぐる肝心のザクセン法上の議論は、『問題解決集』では省略され、代わりに旧著『承認礼金論』の参照が指示されている。I で検討したとおり、『承認礼金論』での〈ケンスス〉の語義区分では、デュ・ムーランの『パリ慣習法注解』第2章表題注釈が「賃租」に相当する語義を独立に扱った箇所に依拠して、「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 dominii directi, et jurium dominicalium」が、六つ目乃至七つ目の語義として提示されていた(第37番³⁶⁾)。その際引用されたデュ・ムーラン、シャスヌー、バス、ダフリット、モリナの著書は、『問題解決集』が「授封物の定期金」の特殊性の典拠とした文献と重なっており、〈ケンスス〉の語義の一つとして扱うのか、あるいは、「留保定期金」の一類型として位置づけるのかと

36) De Laudemiis, 217. I の注 6 参照。

いう違いはあっても、フランスの「賃租cens」に相当する「定期金census」に着目していることに変わりはない。「農民の財産に設定された留保定期金 *census in bonis rusuticis constituti reservativi*」に関してフランツケが参照させた箇所（『承認礼金論』第41番から第54番³⁷⁾）では、この特殊な「定期金」を受領する者について「上級所有権を予め想定する *directum dominium praesupponere*」必要性が三つの理由によって論証されている。「そのような支払いの根拠となる財産が他人に売却されたり他の仕方で処分されたりする度に、ほとんど全ての地域の慣行乃至慣習によれば、第三者、つまり、貴族や君主その他の人々から承認を受け、その承認のために礼金が支払われるべきことになっている *quotiescunque bona illa ex quibus dolvitur, venduntur vel alias alienantur usu et consuetudine fere omnium locorum, ab aliquo tertio puta*

-
- 37) “〈41. この〈ケンスス〉＝定期金が、実際には、我々が年償却金と呼んでいるものとは異なることが明確に提示される。〉ここに言う〈ケンスス〉＝定期金とは、先に我々が年償却金と称したものと、そのような問題において区別されるべきであるし、それ故また、この定期金の支払いを受ける者には上級所有権が予め想定されていることは明らかなのである。〈42. 実際のところ年償却金は弁済者自身の財産について弁済されるのに対して、ここに言う定期金は他人物について弁済されるので、上級所有権は受領者である人に予め想定されている。〉というのも、第一に、そのような支払いの根拠となる財産が他人に売却されたり他の仕方で処分されたりする度に、ほとんど全ての地域の慣行乃至慣習によれば、第三者、つまり、貴族や君主その他の人々から承認を受け、その承認のために礼金が支払われるべきことになっているからであり、本来的で上級の所有権のこれら二つの効果は周知のものである【勅法彙纂第4巻第66章第3法文、同第11巻第61章「相続地、牧草地、永借地、並びに、それらの賃借について」第1法文、フランキスクス・デ・クラペリス『プロヴァンス租税国庫法廷判決集』事件15問題2第27番、クニツヒェン『授封合意論』第2部第4章第246番。また、より精確で、我々の地域固有の慣行に即したものとして、コレルス前掲『ザクセンの法廷実務に適応した執行手続論』第1部第10章第194番以下】。
- 〈43. 同様の事柄がザクセン法によっても主張されている。〉実際、ここで、「定期金義務者」に完全に所有権が移転してしまったならば、一体何故、他人に授封を求め、その者の承認故に毎年一定額支払う必要があるのだろうか。それというのも、法には、

各人がそれぞれの物の支配者であって、それらの物について他の者に顧慮することのない全く自由な処分権を有する旨定められているからである【論拠となるのは勅法彙纂第4巻第35章「委任訴権及び委任反対訴権について」第21法文やこれに類する諸法文】。〈44. 同上。〉また第二に、[クリストフ・ツォーベル編『ザクセンシュピーゲル』所収の] ラント法第3巻第79条へのドイツ語注釈第2番末尾は次のように述べることで、以上のような理解を巧みに提示しているように思われる。すなわち、「賃租地（農民の定期金負担地については同注釈第3番の最初に詳しく述べられている）は所有地でも世襲地でも封でもないが、ザクセンの地では、賃租地は、受封宣誓無しに、その購入者に貸与されており、要するにこれは、領主の同意の存することを示すものに他ならない。他方、賃租地は、領主がそこで賃租を得ている以上、所有地ではない。なぜなら、所有地は賃租を伴わずに保有されるからである。また、賃租地は、裁判官によって付与されることは決してない以上、世襲地ではない。更に、賃租地は、そこから賃租を支払っている以上、封ではない」、と。〈45. 同上。〉賃租地の起源についてラント法第1巻第54条の同じくドイツ語注釈第2番が述べている点も以上に関連しており、レーン法第60条へのドイツ語注釈は一層明解であって、その一節はここに引用する価値があると考えられる。このレーン法第60条注釈はこう述べる。「賃租義務者に関する本条の正当な規定はローマ法にその起源を有しており、ローマ人が圧倒的なその武力をもって全世界を征服し、敵方の拠点を占領した上、更にそこに、〈首領（フュリュスト）〉と呼ばれ同じくラテン語では最初に分け前を得る者という意味で〈プリンケプス〉と称される指導者を配置したとき、多くの場合、この首領は支配下にいる人々の農地のあらゆる収穫と賃租を常に手に入れ、それによって兵士や騎士を養っていた。そして、何か余剰が生じた場合に彼らはそれをローマ人に返還した。しかしその後、この地に平和がもたらされたとき、首領等＝諸侯は騎士や兵士を恒常的に自らの費用で養い続けることを煩わしく過剰な負担であると考えようになった。そこで、ローマ人が諸侯に土地を貸与し、諸侯が兵士＝臣下にその土地を貸与するようにローマ人は提案を承けた。こうして、それ以降は諸侯が臣下たちに貸与し、臣下たちは、土地から収穫と賃租を取得し、その代わりに奉仕することとなったのであり、このような貸与は、土地が臣下に貸与されるのであって譲与されるのではないため、封と呼ばれるようになった。この地が継続して平和に支配され、諸侯がローマ人から土地を手に入れると、それをまた騎士や臣下に授封したが、騎士や臣下は、自活するために更に貸与した。このようにして、騎士や臣下は、農地を、今我々が賃租と呼んでいる所定の条件の下に農民に賃貸する

ようになったのである」。以上注釈からの引用。

〈46. 同上。〉ただし、上記の注釈の記述には混乱があり、同じくラント法第3巻第79条注釈第3番、第1巻第54条や第2巻第59条その他の箇所の注釈にも見られるとおり、定期金負担付き財産と永借財産が混同されることはまれではないため、コレルス前掲箇所第195番が、定期金負担付き財産の知見を引き出し得るのは上に引用した「ザクセンシュピーゲル」の諸巻ではなく日常の実務からである旨述べているのは不当ではない。〈47. 同上。〉とはいえ、上記注釈を注意深く読むならば、定期金負担付き財産が農民自身の財産で彼らに完全に属するようなものではなく、上級所有権者によって承認されるべきものであり、それどころか、何らかの臣従を示すべく定められているという点では、注釈は首尾一貫している。生来の土地緊縛農民「コロヌス」に類する人々もまたそのような財産を有しており、彼らは、上記ラント法第2巻第59条注釈第4番以下に、「我々の父祖は〈隷属農（ラッス）〉を一定の条件の下に居住させ、以後彼らはラントに緊縛されている」とあるように、「隷属農（ラッス）」と呼ばれており、〈49. ラント法第2巻第59条注釈第3番とレーン法第60条注釈が解明される。〉レーン法第59条注釈第3番やレーン法第60条注釈その他の箇所でも、貴族である封臣がその種の財産に相応しくない旨指摘されているのもおそらくこの定期金負担付き財産に関わるものと解される。〈50. ザクセン法上、如何なる農民が隷属農と呼ばれた定期金義務者と呼ばれるのか、マルク [= プランデンプルク] 法ではどうか。〉上記の隷属農に加えて、前掲ラント法第2巻第59条注釈第4番では、これ以外の定期金義務者にも言及されており、彼らはより大きな権利を有していて、土地に緊縛されておらず、上級所有権者の同意なしに自らの地所を自由に処分できるので、彼らの財産は、その箇所で「世襲賃租地」と称されている永借地よりも有利な保有条件の財産と考えられる。〈51. 同上。〉ザクセン法では前者が、マルク法では後者が、それぞれ定期金義務者と呼ばれている。〈52. 同上。〉つまり、私の確信するところによれば、ドイツの農民全てが一つの種類に属しているわけではなく、ウェストファリアや、その近隣地域（注釈者がザクセンと解しているのは間違いなくこの地域である）、更には、プロイセンとそこに帰属する領域において、農民たちはより低劣な境遇にあり、古代に見られた生来の土地緊縛農民とほとんど同じ人々と言える。この点については、オルデンドルフピウスが『裁判手続演習』第3部訴権9「農民及びコロヌスについて」末尾の「第三の種類のコロヌスとは云々」の節が詳しく述べている参照するのが有益であり、これらの人々は、今日、「隷属民」と呼ばれている。「隷属民」については、ザシウス『解答集』第1巻第3章第76番以下やフサヌ

nobilibus vel principibus recognoscenda et recognitionis illius causa laudemia solenda sint」という第一の理由(第42番)については、「本来的で上級の所有権のこれら二つの効果は周知のものであるqui duo naturali et directi domini effectus notorii sunt」との付言部分、引用法文、引用文献(クラピエ、クニッヒェン、コラー)の全てにおいて、『問題解決集』にそのまま利用されている(第19番)。「農民の定期金負担付き財産は彼らの完全な所有権に属してはいないbona censualis rusticorum non esse in ipsorum pleno dominio」との第三の理由(第54番)も、同じ箇所の冒頭で「完全な自由保有物の定期金」と「授封物の定期金」との対置により示唆されているので、旧著参照の意味は、結局、ザクセン法の用語に関わる第二の理由(第44番から第53番)にある。

ス『隷属民論』が詳しく、また、コトマヌス『解答集』第1巻解答42第18番以下も精確に論じている。

〈53. 同上。〉これに対して、マルクや我々のテューリンゲン、そして、一般にオーバーザクセンと呼ばれるザクセンでは、農民たちはより良好で恵まれた境遇で生活しており、実際、先の人々と比べれば、自由人、つまり、「自由農」であり、彼らは、自由に耕作を行い、自らの相続人がおり、自由に自己の財産を売却し他の場所にも自由に移動できる上、相続に関する普通法を遵守する限り自らの領主である貴族に対して何かを為す必要はないし、領主によって合意の条項や慣習の準則を越える何か彼らに要求された場合には、彼らを法に訴え、訴訟という長手間のかかる防御策によって自らの自由を守ることさえまれではない。

〈54. 後者の農民保有の定期金負担付き財産は、原則として、彼らの完全な所有権に属しない。〉第三に、農民の定期金負担付き財産は彼らの完全な所有権に属してはおらず、それ故、彼らが支払う定期金は、多くの場合、非常に少額であり、雌鶏や鷺鳥で済まされることもよくあるため、真正な所有権という思いこみによって忘れられることのないようにという点以外に、定期金支払いについて如何なる理由も見当たらないように思われ【この点についてコナヌス『市民法注解』第7巻第12章第12番を参照せよ】。その箇所ではコナヌスは、財産の没収に際して、これらの定期金負担地が、定期金を支払いを受けていた所有者に復帰すると解しており、上級所有権の最も明白な示しが示されるのはまさにこの時であると考えている。”(De laudemis, 218-220.)

ここでフランツケが依拠しているのは、ライプチヒ大学の正教授を務めたクリストフ・ツォーベルChristoph Zobel(1499-1560年)によって新たに編集されたザクセンシュピーゲルSachsenspiegel、すなわち、『本文が変更され不明瞭な箇所では至る所で新たに完全に校訂され復元されたザクセンシュピーゲル、そこでは、多くの新たな追記により普通皇帝法が援用され、新たに増補された完全かつ便利な内容目録が付され、更には、当該ザクセンシュピーゲルの中で排斥される二十二の項目及び理由、そして、ザクセンシュピーゲルの多くの新たな解釈も含まれるSachssenspigell uffs new durchaus corrigirt und restituirt/allenthalb wu dye text vorandert und unvorstentlich gewest/mitt vil nawen adiconen / aus gemeynen Keyserrecht gezogen / sampt eynem vollkommen mit ztweyundzwentzig artickeln/ und ursachen/ wurumb die selbigen ynn dem Sachßenspyegell vorworffen / auch mitt vyl newer dewtung des Sachßenspiegels.』(1535年初版、以下『ザクセンシュピーゲル』と略称)と、『真正な写本や本文に則りこの度新たに多くの箇所が校訂され吟味され復元されたザクセンの都市法並びにレーン法、そこには、これら二書及びザクセンシュピーゲルの理解に極めて有用な新たな索引乃至内容目録が付され、更には、都市法とレーン法については、多くの有益な追記や相互対照、そしてまた、幾つかの判決も収録されており、それらの中では、ザクセン法を従う必要のある全ての人々の便宜のため、日々慣行に従い判示されている事案について解釈が為されているSechsisch Weychbild und Lehenrecht/jtzt auffs naw / nach den wahrhafften alden exemplarn und texten mit viels corrigirt / ubersehen und restituirt / sampt eim nawen Register oder Remissorio gantz verstendlich uer diese zwey bücher / und des Sachsenspiegel gemacht / darzu bey dem Weychbild und Lehenrecht vill nützlicher addiciones und concordancien / auch etliche Urteil / darinnen mancherley felle / so in teglich em gebrauch gehalten werden / begriffen / zunutz allen denen / so sich Sechsischs rechtens gebrauchen müssen.』(1537年初版、以下『ザクセンレーン法』と略称)とに収録された逐条の独語による「注釈Glossa」である。ザクセンシュピーゲルの「注釈」は、14世紀半ば以降流布したヨハン・フォン・ブー

フJohann von Buch(1290? -1356?)によるラント法注釈、並びに、これに少し後れて14世紀後半に成立した著者不明のレーン法注釈を中核に、その後、様々な手による増補改訂を経て成立したものであり、それぞれ羅語及び独語による逐条注釈の形が採られている。この内、ブランデンブルク辺境伯宮廷裁判所の判事を務めたブーフによる注釈は、ポローニャで法学を学んだ経歴を反映して、ローマ・カノン両普通法の援用が相当数に及び、両法との調和が強く意識された内容となっている³⁸⁾。しかし、それ以上に重要なのは、ザクセンシュピーゲルを基礎に、マクデブルク、ライプチヒ、ハレの各参審裁判所Schöffenstuhlの実務を通じて、両法の一方的な継受に抗しつつ成立したいわゆる普通ザクセン法gemeines Sachsenrechtの成果が、これらの「注釈」全体にわたってに陰に陽に取り込まれ反映されているという点である。

最初に参照されているのは、『ザクセンシュピーゲル』に収録されたラント法の第3巻第79条への注釈である。本条の第1文には、「農民が新たに村を(未開墾の状態から)設けた場合、その村の領主は、彼ら農民に土地の世襲賃租権を、たとえ彼らがその土地の生まれではない場合であっても、付与することができる。ただし、ラントの裁判官の権利を同時に侵害し、あるいは、裁判官の得る罰金を減らしたり増やしたりすることになる場合には、領主は農民のために如何なる権利も定めることはできないし、農民自身もまたそれを求めることはできない。Wo gebawren ein dorff von nawens besetzen / (von wilder worzel) den magk des dorffes herre / wol geben erbtzinssrecht ann dem gute / ab sie wol zu dem gute nicht geboren sein. Kein recht aber / mag her yhn setzen / noch sie selber wellen / da sie des Landrichters recht / mit krencken mögen / und sein gewette mit geminderen / oder gemehren mögen.³⁹⁾とあり、文言「未開墾の状態からvon wilder worzel」に付された二つ目と三つ目の「注釈」⁴⁰⁾がこの第1文に規定された「農民gebaweren」の「世襲賃租権

38) ザクセンシュピーゲルの「注釈」については、さしあたり、Lück, Über den Sachsenspiegel (2005), 28-35を参照。

39) Sachssenspiegell, 214.r.-v.引用は1535年ライプチヒ刊初版による。

erbtzinsrecht」の解明に当てられている。そこではまず、元々領主の「封lehen」であった「森林walt」が「農民」によって開墾され「村dorff」が生まれた場合に、本規定のように、それらの「農民」に出自を問うことなく「世襲賃租権」を付与することが、「賃租zinß」という形で「領主Herre」自身に利益をもたらすだけでなく、いわゆる「共有地gemeynes guth」にとっても「極めて有益で好都合であるist seher nütz und bequem」旨指摘されているが、フランツケが抜粋の形で引用しているのは、それに続いて提示された「賃租地zinßgut」の図式的な概念規定の部分である(『承認礼金論』第44番)。そこでは、「賃租地」が、「所有地eygen」でも「世襲地erb」でも「封lehen」でもない「第四のものviererley stück」と位置づけられている。すなわち、「賃租地」は、「領主がそこで賃租を得ている以上、所有地ではないist darümb keyn eygen/das

-
- 40) “『未開墾の状態から』について。これは、森林は村が設けられるまでは領主の封であるけれども、新たな村を設けるのが誰であれ、領主はその村について農民に世襲賃租地を付与できる、という趣旨である。というのも、賃租による増価分は自ら占有するよりも利益となるからである。またこれは、農民の共有地によっても極めて有益で好都合であり、そのような共有地は、公撰集第6巻第9章「財務官について」第1節にあるとおり、領主によって農民に与えられる。ここに言及されているのは、賃租地や賃租義務者という第四のものである。というのも、賃租地は所有地でも世襲地でも封でもないからである。ただし、ザクセンの地では、賃租地は(受封宣誓無しに)その購入者に貸与されており、要するにこれは、領主の同意の存することを示すものに他ならない。他方、賃租地は、領主がそこで賃租を得ている以上、前記第76条にあるように、所有地ではない。なぜなら、所有地は賃租を伴わずに保有されるからである。また、賃租地は、裁判官によって付与されるわけではない以上、世襲地ではない。更に、賃租地は、そこから賃租を支払っている以上、封建法第13条、第55条、第74条にあるとおり、封ではない。『また、賃租地に居住する農民は四つの特殊な権利も有している。第一に、誰かが賃租地において生まれながらにして当該権利を有する以上は、この権利を失うことはないし、前記第1巻第21条第4文にあるとおり、農民が当該賃租地から放逐され追い立てられることもない。第二に、農民は権利の明文化を必要としない。というのも、勅法彙纂第2巻第2章「法廷召喚について」第2法文や同第11巻第47章「課税される農民あるいはコロヌスについて」

der Herre darauff eynen zinß hat」し、「裁判官によって付与されるわけではない以上、世襲地ではないist darümb keyn Erbe／das ehs der Richter nicht auffgeben mag」し、「そこから賃租を支払っている以上、封ではないist keyn Lehen／umb das man davon tzynß gibt」、というのである。このように、「賃租地」とは、「裁判官Richter」の面前での法廷譲渡を経ることなく「領主」によって直接付与されるが、それによって義務づけられるのは忠誠ではなく専ら賃租であるような場合を言うことになる。しかも、「ザクセンの地では、賃租地は、受封宣誓無しに、その購入者に授封されており、要するにこれは、領主の同意の存することを示すものに他ならないleyhet man es yn dem land zu Sachßen on manschafft dem der es keuffet／das ist michts／denn ein zeichen／das ehs des Herren wille sey」とあって、「賃租地」の売却と買主への疑似授封、そして、「領主の同意des Herren wille」が、まさに「ザクセンの地land zu Sachßen」の慣行として言及されている。「農民の財産に設定された留保定

第2法文にあるとおり、この権利は生来の権利であるから。第三に、農民は、公撰集第6巻第9章「財務官について」第1節や勅法彙纂第12巻第36章「軍用物について」第18法文にあるとおり、農地の明け渡し滞らないように領主を裁判に訴えることができる（つまり、直ちに申立てあるいは誓言することができる）。第四に、農民は、学説彙纂第2巻第12章「祝日、延期並びに種々の期間について」第6法文や別書第2巻第9章「祝日について」第5節にあるとおり、八月（つまり収穫期に）法廷に召喚されることはない。次に、賃租地には二種類存することもここで述べておく。一つは、領主によって売却されることはなく、当地において生まれた小作人によって保有される賃租地であり、領主は当地において生まれ来るはずの者にこれを世襲させる。このような小作人は、勅法彙纂第11巻第47章第24法文にあるような隷属民によりも多数存すると思われる。彼らは〈地代負担民（プフレークハフテン）〉と呼ばれている。もう一つは、自らに賃租が課されている土地を子孫に相続させ、そしてまた、自ら望む者に当該土地を売却できるような農民全てが保有している賃租地である。また、彼らは、土地で得たもの、彼らの労働によって土地が改良されたその増価分を最初に買い取るように領主に申立てることもある。彼らは〈土地保有民（ラントザッセン）〉と呼ばれ、要するに、勅法彙纂第4巻第66章「永借権について」第3法文にあるような自ら農民である。”（Sachssenspiegell, 214.v.)

期金」の特質を「上級所有権の効果」に求めるフランツケも「賃租地」の売却に関するこの一節に着目したものと考えられる。また、フランツケが指摘するとおり、「農民の定期金負担付き財産 *bona censitica rusticorum*」、つまり、「農民」が保有する「賃租地」に関しては、続く三つ目の「注釈」に更に説明がある。そこには、「賃租地に居住する農民 *die Gebawer / die auff dem zinßgut sitzen*」の「四つの特殊な権利 *viererley sunderlich Recht*」として、「賃租地から放逐され追い立てられない *man sie dovon nicht weißen noch dringen magkt*」こと、「権利の明文化を必要としない *sie keyne Gesatze recht dürffen können*」こと、「農地の明け渡し滞らないように領主を裁判に訴えることができる *sie sollen ynn klagen schleunig Gericht haben auff das der acker nicht verseumet werde*」こと、「収穫期に法廷に召喚されることはない *man sie yn der Erne zu keynem recht geladen magkt*」こと、が挙げられているが、「領主」側の「上級所有権」に直接関わる内容ではないためか、抜粋はされてない。

代わりに、「賃租地の起源 *origo bonorum censiticorum*」について、上記ツォーベル編『ザクセンレーン法』に収められたザクセンシュピーゲルのレーン法第60条⁴¹⁾の「注釈」の冒頭部分⁴²⁾が、公撰集 *Authenticum* や勅法彙纂 *Codex* のロー

41) “(授封無しに) 不当な占有の状態にある者は、当該土地が自らの賃租地であると表明し、自らが服する者にその旨認めることによって、占有を保持できる。それ故、城代、代官、参審人、家臣その他これに類する者は誰であれ、賃租とは無関係である(つまりこれらの身分あるいは人は上記の者よりも上位に位置する) ことを知っておくべきであり、領主は、自らが裁判権を行使しあるいは奉仕を得る隷属民にも封臣にも賃租を認めることはない。しかも、(賃租あるいは地代によって貸与された) 製粉所や造幣所、税関一般、そして、農地あるいは土地を更に貸与してはならず、これを権利として許すこともできない。誠実に賃租地を保有しようとする者は、その土地を、自分自身、あるいは、食料や賃金によって自ら養う農奴によって耕作すべきである。にもかかわらず、その土地を他の者に賃租あるいは地代と引き換えに貸与する場合、この者自身が土地の賃租義務者として相応しくないことになる。”(Sechsisch Lehnrecht, 78引用は1537年ライプチヒ刊初版による。)

42) “賃租義務者に関する本条の正当な規定はローマ法にその起源を有しており、ローマ人が圧倒的なその武力をもって全世界を征服し、敵方の拠点を占領した上、更にそ

マ法源の典拠表示を除いてそのまま引き写されている(『承認礼金論』第45番)。この箇所は、フランツケの指摘するように、後述のラント法第1巻第54条の二つ目の注釈の前半部分を内容的に拡充したものと考えられ、「農民gebawern」が「賃租zins」を負担するに至った経緯を、具体的な時期や地域を明示することなく、図式的に述べている。それによれば、「ローマ人が圧倒的なその武力をもって全世界を征服し、敵方の拠点を占領した上、更にそこに、〈首領(フュリュスト)〉と呼ばれる指導者を配置した頃にwenn do die Römer alle welt bezwungen hetten / mit mannigfeltigkeit jrer gewalt / do besatzten sie der veinde festen / und satzten auch darauff hauptmann / die hiessen sie fürsten」、この「首領fürst」が「支配下にいる人々の農地のあらゆる収穫と賃租を常に手に入れ、それによって兵士や騎士を養っていたnemen mag uberal / allen genies und zinss der ecker / der leüt / die bezwungen warn / und davon hielten sie manschafft und ritter」とされる原初段階、次に、「この地に

こに、〈首領(フュリュスト)〉と呼ばれ同じくラテン語では最初に分け前を得る者という意味で〈プリンケプス〉と称される指導者を配置した頃、多くの場合、この首領は支配下にいる人々の農地のあらゆる収穫と賃租を常に手に入れ、それによって兵士や騎士を養っていた。そして、何か余剰が生じた場合に彼らはそれをローマ人に返還した。しかしその後、この地に平和がもたらされたとき、首領等＝諸侯は騎士や兵士を恒常的に自ら養い続けることを煩わしく過剰な負担であると考えようになった。そこで、ローマ人が諸侯に土地を貸与し、諸侯が兵士＝臣下にその土地を貸与するようにローマ人は提案を承けた。こうして、それ以降は諸侯が臣下たちに貸与し、臣下たちは、土地から収穫と賃租を取得し、その代わりに奉仕することとなったのであり、このような貸与は、土地が臣下に貸与されるのであって譲与されるのではないため、公撰集第8巻第17章序節にあるとおり、封と呼ばれるようになった。この地が継続して平和に支配され、諸侯がローマ人から土地を手に入れると、それをまた騎士や臣下に授封したが、騎士や臣下は、自活するために、公撰集第3巻第4節第8節にあるとおり、更に貸与した。このようにして、騎士や臣下は、農地を、勅法彙纂第11巻第47章第2法文にあるように今我々が賃租と呼んでいる所定の条件の下に農民に賃貸するようになったのである”(Sechsisch Lehnrecht, 78-79.)

平和がもたらされたとき、首領等＝諸侯は騎士や兵士を恒常的に自ら養い続けることを煩わしく過剰な負担であると考えようになったals frid gemacht ward in den landem/da dauchte es die fürsten unbecemlich und zuviel sein / das sie die ritter und die manschafft / stetigklichen in jrer kost halten solten」ため、「ローマ人が諸侯に土地を貸与し、諸侯が兵士＝臣下にその土地を貸与するdie Römer den fürsten lihen die güter/unnd der selben güter manschafft」ようになり、その結果、「臣下たちは、土地から収穫と賃租を取得し、その代わりに奉仕することとなったmannschafft erbeit den nutz und den zins der güter/darumb solten dienen」という「封lehen」の成立段階、そして、「この地が継続して平和に支配され、諸侯がローマ人から土地を手に入れると、それをまた騎士や臣下に授封したが、騎士や臣下は自活するために更に貸与したwenn do sich die lande besatzten in stet und zu friden/und die fürsten die güter von den Römern also empfiengen/da lihen die fürsten auch den rittern und der mannschafft/die lehen fortan/auff das sie sich selber beköstigten」とされる「賃租地zinsgüter」の成立段階というおおよそ三つの段階があったとされる。最後の段階で、「騎士や臣下は農地を、今我々が賃租と呼んでいる所定の条件の下に農民に賃貸するようになったvermieteten die ritter und die manschafft/den acker den gebawern umb genanten bescheyd /den wir nun zins heissen」というのである。

しかし他方で、「上記の諸注釈の記述には混乱があるglossae praedictae confuse loquuntur」とフランツケは考えている。「定期金負担付き財産と永借財産を混同しているcensualia bona cum emphyteuticis confundunt」というのがその理由である。そのような混同が見られる注釈として、ラント法の上記第3巻第79条に加えて、第1巻第54条や第2巻第59条の注釈が挙げられている（『承認礼金論』第46番）。確かに、第1巻第54条第1文（「如何なる賃租義務者も、自らの領主のために、毎年支払う賃租を越えて差押えを受けることはない。Kein zinsman/sol sich vor seinem herrn höher verpfenden lassen/und uber seinen zinss/denn her alle jar gibt.」）に付された「注釈」⁴³⁾や、第2巻第59条第1文（「領主は、自らの領地から（当該領地の生まれではない）賃租

43) “〈如何なる賃租義務者も云々〉”について。これに関しては、既に第2条において三種類の人々につき言及がある。第一の人々は、その職務故に、参審自由人として土地を保有している。第二の人々は、地代と引き換えに土地を賃借し、地代負担民として、土地を保有しており、本条に述べられているのはこの地代負担民である。第三の人々は、荘園の土地を地代負担農民として保有している。¶ 知っておくべきは、最初、あらゆる農地がローマ人に属していたという点であり、当時、ローマ人は、公撰集第8集第17章前書、第3集第4章第2節、第2集第2章第8節にあるとおり、全ての騎士を自ら養い、地代を全て受領していた。しかし、騎士たちがラントを占拠すると、ローマ人は、公撰集第3集第4章第7節第1文にあるとおり、毎年の地代と引き換えに貸与し、騎士たちが自活できるようにした。騎士たちは更に、農地を農民に約定の下に貸与し、これが義務あるいは賃租と呼ばれた。今日、これを支払っている者は、勅法彙纂第11巻第47章第2法文にあるように、賃租義務者あるいは地代負担民と呼ばれている。この者は、勅法彙纂第8巻第15章第5法文にあるとおり、自らの領主のために差押えを受けることはない。更に知っておくべきなのは、賃租義務者とその領主の間に三つの法が存するという点である。第一に、勅法彙纂第4巻第65章第16法文、法学提要第3巻第24章第5節、学説彙纂第16巻第3章第6節にあるように、彼らにとって約定が法律となる。第二に、勅法彙纂第4巻第65章第5法文にあるとおり、賃租義務者が賃租地上に有するものは全て領主のために地代の担保に供されるというのが彼らの間の法である。今述べた法には二つの利点がある。一つ目は、裁判官の許可が無くてもあなたは賃租のために担保に供することできるという点である。つまり、あなたの土地上に存するものは、後述第2巻第59条の注釈末尾、第3巻第77条及び第79条、勅法彙纂第4巻第65章第5法文への標準注釈にあるとおり、それが賃租地に持ち込まれたときにあなたの地代のための担保となるのである。もう一つの利点とは、何者かがあなたの賃租義務者からあなたの土地に存する何らかのものを奪いあるいは持ち出したりした場合、賃租義務者は、勅法彙纂第8巻第15章第7節、学説彙纂第41巻第1章第52法文にあるとおり、その旨の約定の有無にかかわらず、上記のものが担保に供されていることによってあなたに責任を負わねばならないという点である。第三に、勅法彙纂第4巻第47章第2法文にあるとおり、賃租義務者は、賃租が未払いのままの賃租地を処分することはできないが、領主が賃租義務者を追放し別の者が当該賃租地を保有している場合には、この限りではない。

また賃租負担民には二種類あり、ある者は永続的に地代を負担し、ある者はそう

義務者を追放しようとする場合、聖燭の祭日にその旨通知すべきである。賃租義務者も領地を離れようとする場合には同じことをすべきである。Wil ein herr seinen zinszman/von seinem gut weisen (der zu dem gut nicht geboren ist) das sol er ihm verkünden zu liechtmes. Dasselb sol auch der mann thun/ob her das gut lassen wil.)) に付された「注釈」⁴⁴⁾には、勅法彙纂第4巻第66章「永借権について」の法文を根拠に、「定期金負担付き財産

ではない。本条で述べられているのは前者である。後者の権利も確かに以下の四つの点において似ている。第一に、後述第2巻第59条にあるとおり、領主は適切な時期に予め通知することによって彼らを追放することができる。第二に、領主は彼らが賃租を支払わない場合に追放できる。ただし注意すべきなのは、正当な賃租義務者は、勅法彙纂第4巻第66章第2法文にあるように、三年間はその土地を失わないという点である。これは農地として土地を受領した者に当てはまると解すべきである。一方、教会からの賃借人は、教令集第2部事例10問題2第3節、別書第3巻第18章第6節にあるとおり、二年の不払いで土地を失う。第三に、領主は、勅法彙纂第4巻第45章第3法文にあるように、自らそこで居住しあるいは耕作することを望む場合に、彼らを追放する。第四に、同じく第3法文にあるとおり、賃借地を保有する者が不誠実な態度あるいは行動をとる場合もそうである。”(Sachssenspiegel, 49r.-v.)

- 44) “〈領主が望むならば云々〉について。領主は、ある土地（つまり封）を取得する際に、それが世襲地となるべく申し渡している。従って、領主は、それまで所有されていた土地について、つまり、賃借権についてあなたに申し渡そうとしているのである。というのも、賃貸は売却に匹敵するからである。ただし、学説彙纂第19巻第2章第1法文にあるように、売買は永続的であるが、賃貸借は所定の期間において存続する。以上のことが一般的に見られることを知っておくべきである。それ故、賃貸借の法について把握しておくことが必要である。そこで知っておくべきなのは、地租と土地には三つの種類が存するという点である。すなわち土地は、所有地、封、賃借地の何れかである。¶所有地は、何者かが土地を最初に占有し、（しかもその者がそれを望むときに）土地がその者のものとなるという点に由来する。というのも、法学提要第2巻第1章第22節、学説彙纂第41巻第1章第7法文にあるとおり、無主物はそれを最初に占有するものに帰属するからである。この所有物については誰も何も与えることも奪うこともできない。封とは、帝国か領主の所有地

に属する土地あるいは地代であり、騎士にその希望に応じて貸与され、これに騎士は当然に報わねばならない。というのも、公撰集第3集第4章第1節、封建法書第2巻第53章、同第55章前書にあるように、彼らは忠誠の契約によって土地を求めているからである。賃借地と言えるのは、勅法彙纂第4巻第65章第16法文、学説彙纂第19巻第2章第25法文第3節、法学提要第3巻第24章第5節にあるとおり、私が誰かに私の土地を、それが私の所有地であるにせよ封であるにせよ、ある条件（これは両者の間で両者の望むとおりに定めることができる）の下に賃貸し、その者に権利を与える場合である。ここで、賃貸借に関して特に注意すべき点が七つ存する。第一に、賃貸地上に居住する者は騎士らしいとは言えず、要するにそうすることによって騎士の身分を失い、彼を騎士にした領主にそれを返上するのであり、本条に「領主が賃租義務者を云々」とあるのはこの点について述べている。つまり、本条は、賃租地を得る者がここに言う賃租義務者となると述べているようなものである。この場合、当該土地が属する者がその領主となる。注意すべきは、そのような者が、領主の封臣であることで、恥ずべき存在となることである。というのも、その者は、封を根拠に紋章を利用し、騎士身分に留まっているからである。そこで、勅法彙纂第4巻第65章第8法文及び第31法文にあるように、賃租のために騎士身分を剥奪され、農民となるのである。第二に、このことを当初は互いに知らないで、適切な時期に通告するようにして、その時まで、賃借が依然正当に残り存続する。¶「領主はその旨通知する云々」と本条にあるのはこのことを意味している。また、勅法彙纂第4巻第65章第16法文や公撰集第6集第17章第1節もこれに関連する。第三に、賃貸借には世襲となるものがある。¶本条に、「当該土地の生まれではない者云々」とあるのはそのためである。ここで知っておくべきなのは、人がその土地の生まれではなくするという点であり、この点についてザクセン法とマルク [= プランデンブルク] 法には違いがある。というのも、ザクセン法の下で賃租地に生まれついた者は、「隷属農(ラッス)」と呼ばれ、(領主の同意が無ければ)土地から離れることはできない。このような隷属農は、後記第3巻第44条にあるように、我々の父祖が一定の条件の下に居住させた者たちである(この時彼らはラントに緊縛された)。しかし、我々の下では(つまりマルクにおいては)、後記第3巻第79条にあるとおり、農民は賃租地について相続権を有する。また、農民は、望むままに賃租地を離れることもできる。これは、我々のラントが開拓されねばならないからであり、開拓される際に農民に未開墾のまま農地が委ねられ、農地が彼らの労働によって改良されると、勅法彙纂第4巻第66章第1法文、第2法文、第3法文にあるとおり、彼らは(望

bona censuaria」、つまり、「賃租地zinßgut」をめぐる「賃租義務者zinßman」乃至「賃租負担民zinslewt」の法的地位が説明される箇所が見出される。すなわち、前者の四つ目の注釈には、「領主は彼らが賃租を支払わない場合に追放できるman vorweisset sie also/ab sie den zins nit geben」反面、「正当な賃租義務者は三年間はその土地を失わない。勅法彙纂第4巻第66章第2法文。eyn rechter zinsman vorbürt sein gut nit/wen bey drey jaren. Codex de iure emphiteutico lex ii.」とあるし、そこで参照が指示されている後者の四つ目の注釈では、「その土地が世襲の賃貸地であり、賃借人が三年にわたって賃租を支払わなければ、勅法彙纂第4巻第66章第2法文にあるとおり、没収されるist es erbliche vormytung/und gibt der myeter den zinß yn dreien jaren nicht/so ist es ledig/ut Codice de iure emphiteutico lege in emphiteoticariis」と述べられているのである。既にコラーは、ザクセンシュピーゲルが「定期金負担付

むままに) それらの農地を売却し、このようなものは農民世襲地と呼ばれ、賃租地よりも有利である。第四に、賃貸地に損害が生じた場合、土地はそのまま彼らの下に留まるが、損害は賃借人の負担となる。なぜなら、学説彙纂第50巻第17章第10法文、勅法彙纂第4巻第65章第12法文にあるように、不運故に少なく支払いながら、幸運によって多くを得ても条件よりも多く支払わないというのでは、衡平ではないからである。第五に、私があなたから動産を賃借する場合、私はそれを注意深く保管するにせよ、もしそれが死亡したり滅失した場合には、賠償する必要はないのに対して、不動産賃借の場合は、法学提要第3巻第5節、学説彙纂第19巻第2章第25法文第7節、同第41法文にあるとおり、私はあなたに賠償でねばならない。第六に、賃借人は以下の三つの場合に土地を取り戻すことができる。第一に、その土地が世襲の賃貸地であっても、賃借人が三年にわたって賃租を支払わなければ、公撰集第9集第3章第4節、勅法彙纂第4巻第66章第1法文[→第2法文: 1553年版では訂正]にあるとおり、没収される。第二に、勅法彙纂第4巻第65章第3法文にあるとおり、私は自らの居住のために土地を取り戻すことができる。第三に、勅法彙纂同法文、公撰集第9集第3章第8節にあるとおり、賃借人が土地を毀損したり不品行を為した場合もそうである。第七に、あなたが土地を特約無く貸与した場合、勅法彙纂第4巻第65章第34法文第1節にあるように、ラントの慣行に則って支払いを受けることになる。”(Sachssenspiegel, 123.v-124.r.)

き地所の性質について、あるいはまた、それが永借地とどの程度どのように異っているのかについて、全く何も定めていない*de natura censiticorum praediorum, in quantum et quomodo ab emphyteoticis praediis different nihil admodum tradit*」以上、これらの点については「文献ではなく日常の実務から習得せざるを得ない*ex quotidiana practica magis, quam ex libris addisci possunt*」と指摘していたが(『執行手続論』第195番)、フランツケは、ザクセン法上の「賃租地」とローマ法上の「永借地*emphyteusis*」の混同をふまえて、このコラーの観方に一定の理解を示している。しかしその一方で、「上記注釈を注意深く読むならば、定期金負担付き財産が農民たち自身の財産で彼らに完全に属するようなものではなく、上級所有権者によって承認されるべきものであり、それどころか、何らかの臣従を示すべく定められているという点では、注釈は首尾一貫している*ex diligenti ipsarum lectione certum est, glossam hactenus sibi constare et perpetuo inculcare, bona censualia rusticorum propria et pleno jure non esse, sed a dominis directis recognoscenda, imo quaedam ita comparata esse, ut subjectionem quandam inferant*」とされ、より整合性のある「注釈」理解の可能性も追求されている(『承認礼金論』第47番)。そこで注目されたのは、この「定期金負担付き財産」=「賃租地」を保有する「定期金義務者*censuarius*」=「賃租義務者」でありながら、「生来の土地緊縛農民*originarius et ascriptitius*」として、ローマ法上の「コロヌス*colonus*」に匹敵する境遇に置かれたザクセン法上の「隷属農(ラッス)*laß*」の位置づけであった。というのも、上記ラント法第2巻第59条の注釈において、「より大きな権利を有していて、土地に緊縛されておらず、上級所有権者の同意なしに自らの地所を自由に処分できる別の定期金義務者*alii censuarii, qui jus pinguius habent, nec ita agris ascripti sunt, sed sine voluntate dominorum directorum, praedia sua libere alienare possunt*」(『承認礼金論』第50番)、つまり、フランツケの言う「授封物の定期金」を負担する「農民」が(後にⅢで見るとおり、「上級所有権の効果」を土地売却後の「疑似授封」と「承認礼金」に限定し、売却前の「同意」をこれに含めないフランツケの結論がここに既に示唆されている)、この「隷属農」に對置されているからである。

この議論は、「所有地eygen」、「封lehen」、「賃借地gemyit guth」という「土地guth」の三区分を前提に、「賃借地」をめぐる合計七つの論点の第三番目として（なお上記賃租不払いによる土地没収は第六の論点の一部である）、「賃貸借には世襲となるものがあるetzliche vormytung wert erblich」という点をめぐって展開されており、同時に、第59条の文言「当該土地の生まれではない者der zu dem gut nicht geboren ist」に関する注釈にもなっている。非世襲地からの追放や退去に関する本条のような規定がある以上、そもそも「人がその土地の生まれではなくman zu dem gut nicht geboren wurde」という可能性が想定されていることになり、「この点についてザクセン法とマルク法には違いがあるdaran scheydet sachssen recht/und marckes recht」というのが注釈の趣旨である。すなわち、「ザクセン法の下で賃租地に生まれついた者は、隷属農と呼ばれ、（領主の同意が無ければ）土地から離れることはできないwer yn sachssen recht/zu zinßgut geboren ist/der heysset ein laß/der magk sich de gutes nicht (an des herren willen) vorzeyen」のに対して、注釈者ブーフが「我々wir」と称する「マルクmargk」、つまり、ブランデンブルク辺境伯領の「農民gebawer」は、「賃租地について相続権を有するhaben erb/an zinß gut」し、「望むままに賃租地を離れることもできるmögen es lassen wen sie wöllen」というのである。それぞれについて、典拠となる何れもラント法第3巻の条文が挙示されており、前者は、同巻第44条第3文（「彼らは農地を耕作できるほど大勢ではなかったので、テューリンゲンの領主等を打ち負かし追い払った時にも、農民たちについては殺すことなくそのまま居住させ、農地上に（今日なお隷属農が有している）従属的な権利を付与した。ここから隷属農が生まれ、（自らの権利を喪失した）隷属農から日雇い人が生まれた。Und do yhr szo viel nicht was/das sie den acker möchten bawen/und do sie auch due Döringischen herren geschlugen/und vortrieben/liessen sie die gebaur sitzen ungeschlagen/und bestettigten yhn den acker/tzu also gethanem rechte (als noch die lassen haben). Und davon kommen die lassen/und von den lassen (die sich vorwirckten an yhrem rechten) seind kommen die tagwercken.⁴⁵⁾」の言う「隷属農lassen」、後者は、既

45) Sachssenspigell, 176.v.

に見た同巻第79条第1文で未開地開墾により「世襲賃租地Erbzinsgüter」を付与される「農民」にそれぞれ相当するとされる。ただし、注釈では、後者の「農民世襲地gebawer erb」について、「農民に未開墾のまま農地が委ねられ、農地が彼らの労働によって改良されると、勅法彙纂第4巻第66章第1法文、第2法文、第3法文にあるとおり、彼らは（望むままに）それらの農地を売却する do thet man den gebaweren die hufen / wilde aus / so denn die hufen nun besser sein worden mitt yhrem erbeyten / durch das vorkeuffen sy sie (wenn sie wöllen) ut Codice de iure emphyteutico lege ius et lege ii et iii」ので、「賃租地よりも有利である besser est / wenn zinß gut」と付言されていて、フランツケの批判するローマ法の永代賃借との混同が依然見られる。そこで、フランツケは、「彼らの財産はその箇所で世襲賃租地と称されている永借地よりも一層有利な保有条件の財産と考えられる quorum bona melioris conditionis, quam emphyteuseos quae Erbzinsgüter ibidem nominantur, reputentur」と述べて、混同を回避する解釈を提示している。しかし、そのような難点にもかかわらず、「ザクセン sachsen」の「隷属農」と「マルク margk」の「農民」を対置するこの第2巻第59条の注釈は、「授封物の定期金」、つまり、「農民の財産に設定されている留保定期金 census in bonis rusticis consitituti reservativi」（『問題解決集』第22番）の把握に大きな手掛かりをフランツケにもたらした。「ドイツの農民全てが一つの種類に属しているわけではない rusticorum in Germania non omnes unius generis sunt」から、「世襲賃租地」を保有する「農民」に焦点を合わせるためには地域的な限定が必要なのである。フランツケによれば、「ウェストファリアや、その近隣地域（注釈者がザクセンと解しているのは間違いなくこの地域である）、更には、プロイセンとそこに帰属する領域において、農民たちはより低劣な境遇にあり、古代に見られた生来の土地緊縛農民とほとんど同じ人々と言える in Westphalia et locis finitimis, quos sine dubio glossator per Saxoniam intelligit, ut Borussia et adjacentibus regionibus deterioris sunt conditionis, et veteribus fere originariis et asscriptitiis similes」（『承認礼金論』第52番）のに対して、「マルクや我々のテューリンゲン、そして、一般にオーバーザクセンと呼ばれるザクセンでは、農民たちはより良好で恵まれた境遇で生活しており、実際、先の人々と比べれば、自由人、つまり、自由農であり、彼らは、自由に耕作を行い、自らの

相続人がおり、自由に自己の財産を売却し他の場所にも自由に移動できる上、相続に関する普通法を遵守する限り自らの領主である貴族に対して何かを為す必要はないし、領主によって合意の条項や慣習の準則を越える何かが彼らに要求された場合には、彼らを法に訴え、訴訟という手間のかかる防御策によって自らの自由を守ることさえまれではないin Marchia, nostra Thuringia et Saxonia uti vocant superiori, degunt melioris pinguioris sortis, et vere ratione superiorum liberi Freybawren / qui libere agricultutam exercent, et successores suos habent, et bona sua libere vensunt, alioque se conferunt, nec quatenus ex communi jure successionis tenentur nobilibus suis et dominis quicquam faciunt, et non raro illos, si ultra conventionis consuetudinisque leges quicquam ab illis exigunt, in jus vocant et longo sufflamine litis libertates suas tuentur」(第53番)というのである。「注釈者glossator」の言う「ザクセン」が、実際には、ヴェストファーレンに隣接するニーダーザクセンに当たり、ザクセン選帝侯領や、フランツケの地元であるテューリンゲンのザクセン諸大公領の「農民」は、逆に、「マルク」のそれと同じ境遇にあるという議論のねじれに留意しつつ、フランツケは、ここでようやく、ローマ法上のコロヌスはもちろん永借人とも区別されるべき「ドイツGermania」の「定期金義務者」、つまり、「世襲賃租地」を保有する「自由農Freybawren」に辿り着いたことになる。先の『問題解決集』での「農民の財産」をめぐる議論は、このザクセンシュピーゲルの「注釈」を素材とする『承認礼金論』の考察を前提としたものなのである。ローマ法の永代賃借との類比によってカノン法学由来の留保定期金との差別化を図るフランツケの「授封物の定期金」論は、こうして今度は、逆に永代賃借それ自体との差別化を要する段階に差し掛かったと言える。これら永代賃借、留保定期金、授封物の定期金の相互の共通点並びに相違点を、引き続きフランツケの議論に沿いつつ、ローマ法、カノン法、慣習法の三つ巴の関係の一範例として把握することが本稿の次の課題である。

(未完)