

《論 説》

鑑定実務における利益衡量

—クリストフ・ベーズルトの鑑定意見から—

藤 田 貴 宏

13世紀以降、北イタリアの都市国家の経済的発展といわゆるポデスタ制に象徴される特徴的な政治組織を背景に培われた法学識者による助言活動とその成果は、とりわけ15世紀後半以降の助言集の印刷公刊を契機に、イタリア学風 *mos italicus* の一端としてドイツの法律家の間にも広く共有されることになる。古典期法律家の解答実務を継承する形でローマ法の実用化に寄与する一方、固有法優位を説く条例理論の実践でもあった「学識者の法助言 *consilium sapientis iudiciale*」は、それ自体、ドイツにおけるローマ法継受の一媒体として機能したのである。助言学派に倣った有力法律家の個人名義の鑑定意見に始まるドイツの鑑定実務は、その後徐々に、大学法学部判決団への書面送付と判決起草という独自の手続にその重点を移して行く。そのような転換期にあたる17世紀前半に公刊された鑑定意見集の一つとして、クリストフ・ベーズルト Christoph Besold (1577-1638年) が編集した全六巻からなる『公法及び私法上の注意すべき幾つかの問題に関する助言集 *Consultationes, de insignionibus aliquot juris tam publici, quam privati quaestionibus*』がある¹⁾。その大半を占めているのは、マッテオ・グリバルディやシャルル・デュムーランらによる16

1) ベーズルト及びその鑑定意見については Lange, *Ius commune und Statutarrecht in Christoph Besolds Consilia Tubigensia*, in: FS Kaser (1976), 638- 655.、本『助言集』の書誌については Gehrke, *Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands* (1974)、216. をそれぞれ参照。当時ドイツにおいては、条例理論の影響の下、一般論としては地域固有法を普通法に優先させつつ、具体的適用にあたっては、当該固有法の証明と厳格な解釈を要求する実務慣行が確立しており、ランゲの上記論考は、『助言集』収録の鑑定意見を素材に、そのような実務慣行を具体的に敷衍している (643-655.)。

世紀の個人名義の鑑定意見を中心に収めた第一巻(1634年刊、収録20件中16件が個人名義)を除いて、ベーゾルト自身がチュービンゲン大学法学部の名義で著した鑑定意見であった。例えば、最初に刊行された第二巻(1629年刊)には、1612年から1629年に至る計70件の鑑定意見が収録されているが、その内、個人名義によるものは、ベーゾルト(ヨーハン・ハルプリッターとの共著1件を含めて3件)と弟ヨーハン・ゲオルクを合わせても7件に過ぎず、残り63件は全て法学部判決団名義となっている(ただし判決案が付されているのは11件)。本稿では、この第二巻に収録された鑑定意見から幾つかを選び、利益衡量による原則論の相対化という方法的観点から敷衍検討することにした²⁾。

I

以下でまず採り上げるのは、『助言集』全体の通し番号で第61番目にあたる日付不詳³⁾のベーゾルト個人名義による鑑定意見であり、そこでは、土地定期

- 2) なお、本稿では、訴訟を予定しあるいは現に争訟中の紛争当事者の一方から依頼されるいわゆる「当事者のための助言 *consilia pro parte*」(この類型の鑑定意見一般については、Falk, *Der ganze Wald von Konsilien*, in: *Rechtshistorisches Juornal* 20 [2001], 293-300; ders, *Consilia: Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der fruehen Neizeit* [2006], 93-239参照)と、裁判所からの書類送付に基づく鑑定意見とを区別せずに扱う。確かに、前者において、謝礼 *honorarium* 目当ての鑑定人が真理や正義の探求よりも依頼者の要求を優先させるということは紛れもない現実として自覚されていたが(Falk, *Der ganze Wald*, 307-310; 鑑定実務一般に対する同時代の批判については *Consilia*, 241-277参照)、この点が個々の鑑定意見において展開される主張の理論的価値を失わせるとまでは考えられていなかった。実際、両者は区別されることなく、助言集として編集出版され、典拠として実務において繰り返し参照引用されていたのであり、結論の正当化を目指して原則論を相対化するという利益衡量の方法的機能もまた、推論の起点が中立的であるか否かとは関わりなく発揮され得るはずである。
- 3) ただし、本稿に引用された法令や判決で期的に最後に位置するのは、1622年8月のアウクスブルク市通貨条例であり、また、内容的に引用されて然るべき1624年2月のヴェルテンベルク大公領通貨令に言及がないことから、この間に書かれたものと推測される。なお、後者の通貨令に関連する鑑定意見については、Lange, *Ius commune und Statutarrecht*, 644-646 参照。

金 Gült: Grundrente: reditus annuus: census: pensio の買戻をめぐる事件が扱われている。定期金（厳密には金銭による定期給付）とは、継続的な収益が見込まれる何らかの物（ドイツにおいては主として都市の不動産）について、定期金義務者が権利者に対して通常年単位で定期に支払うべく義務づけられる金銭である。土地定期金の場合、定期金を設定した者の義務は、形式的には売買によって成立する金銭債務でありながら、同時にまた、土地そのものに課せられる物的負担でもあるという特徴を有していたが⁴⁾、本件で問題となっているの

4) 定期金売買やその買戻については、その暴利性をめぐって利息論の一端として扱われる他、売買一般との関連でも言及されることが多く、都市条例等の固有法の次元ではともかく、市民法一般の概念としては、土地定期金の人的性質を強調して、物的負担としての側面を否定する見解もみられる。例えば、当時版を重ねていたヒエロニムス・トロイトラーの『ユスティニアヌス市民法に関する討論選集 *Selectae disputationes ad jus civile Justinianaeum*』（1592/3年初版）では、いわゆる正当価格 *iustum pretium* を条件に定期金売買の有効性が確認された上で（“自分の物、係争中の物、封主の同意のないレーエン、永借地、その他同種の物の売買は無効であるが、土地定期金の売買については、それが暴利的でない限り、別である *Non tamen valet emtio rei suae: non litigiosae: non feudi sine consensu domini: non emphyteuseos, et similibus rerum: aliud est in reditu annuorum emtione, modo non sit usuraria.*” *Selectae disputationes, I, disp. XXVIII.* [Resp. Hartmanus Helffman], th. V., 269. なお引用は1628年マルブルク刊のテキストによる）、次のような注釈が加えられている。

Sive in pecunia, sive in frumento, et c. modo justam pensionem non excedat. Geil. 2. obs. 5. et 6. vide Recessus Imperii 1550. et 1548. sub tit. von Wucherlichen Contracten/quando contractus praesumatur usurarius, vide dissentientes Dd. opiniones apud Soar. in lit.V. nu. 20. et seq. Diss. etiam Hot. 2. obs. 15. Obligatio autem annuorum redituum ex certo fundo quotannis praestandorum personalis est, l. fin. §. 1. hic. adeoque fundum ejusque possessorem novum, nisi is de novo contrahat, aut contractum priorem ratiscet, non obligat, arg. l. 1. §. 16. ad Vellejan. Successor igitur, si fructus praestare nolit, redimere cogitur, hoc est tantam pecuniam numerare, quanta illa fuit pro qua reditus emti sunt: (aliud dicendum esset, si constaret contrahentes voluisse usumfructum constituere: quod tamen, ne per modum legati quidem, nisi in universis fundi fructibus fieri potest, l. 58. §. 1. de usufr.) adeoque dubium non est, fundo ex quo reditus illi annui debentur

は専ら前者の側面である。『助言集』収録の各鑑定意見は、その冒頭に、中心となる論点を表題風に掲げており、本件におけるそれは、「良貨を受領した土地定期金の売主は、証書に次のような文言、すなわち、〈当該買戻はその際に一般に流通している通貨でなされるものとする〉という文言がある場合、悪貨もしくは相場の高騰した貨幣によって土地定期金を買い戻すことができるか否か Ob der Gültverkäufer/so gut Gelt empfangen/die Gülte mit geringthältiger/oder gesteigerter Müntz an sich lösen möge/wann in der Verschreibung diese Wort stehen: Daß solches an denen Sorten/wie sie dannzumalen Gäng und Gäb seyn werden/beschehen solle ?」となっている⁵⁾。これに続く本文は、「事実の概要 facti species」あるいは「事案 casus」、「疑問点 rationes dubitandi」、「判断理由 rationes decidendi」、「異論への応答 responsiones

peremto, venditorem emtori nihilominus adhuc personaliter esse obligatum, vide Hotm. lib. 2. de usur. c. 4. Tomong. dec. 17. Praestationibus annuis quomodo praescribatur, vide infra p. 2. disp. 22. th. 3. lit. I. (270, n. f.)

“ [土地定期給付は、] 金銭による場合にせよ、收穫物その他のものによる場合にせよ、正当な支払分を越えてはならない。ガイル『実務考察集』第2巻考察5及び6。1550年及び1548年の帝国議会最終決定、「暴利的契約について：契約が暴利的であると推定される場合」の章を参照せよ。ソアレス『通説宝典』Vの項、20番以下に言及されている諸博士の反対意見も参照。ホトマヌス『市民法の考察と修正』第2巻、考察15もまた反対である。ところで、一定の土地から毎年弁済されるべき土地定期金債務は、人的なものであり【これに関する [学説彙纂44巻7章「債務関係及び訴権について」] 最終法文1節]、従ってまた、土地やその新たな占有者を義務づけることは、その占有者が改めて契約し、あるいは、最初の契約を承継しない限り、ない。論拠は同16巻1章「ウェッレーウス元老院議決」第16法文1節。それ故、相続人は、定期金の弁済を望まないならば、買戻、つまり、定期金購入の代償となっただけの金銭の支払を余儀なくされ (契約当事者が用益権の設定を望んでいたということが明らかであるならば、別様に解されるべきである。ただし、用益権は、土地の果実一般についてでなければ、遺贈の方式では決して設定できない。同7巻1章「用益権について」第58法文1節)、従ってまた、相続人に土地定期金を義務づけている土地が失われたとしても、売主は依然として買主に人的に義務づけられるということに疑いの余地はない。ホトマヌス『利息論』第2巻4章、トミンギウス『判決集』判決17。定期給付が如何にして消滅時効にかかるのかは、後述第2巻の討論22立論3注1を参照せよ。”

5) Consultationes, II, 206.

ad contraria」等から構成される鑑定意見の一般的形式に従っており、以下順に見ていくことにする。

「事実の概要」⁶⁾に示されている通り、本件は、1593年に、ある帝国都市において、年60グルデンの土地定期金を1200グルデンで売却した定期金義務者 Gültreicher が、「所定の元本について毎年発生する60グルデンが、上記の都市においてその都度一般に流通している通りに支払われ、同時にまた、定期金義務者らがこれらの土地定期金を買い戻す場合には、当該買戻はその際に同都市で一般に用いられている通貨で1200グルデン分をもってなされるべきものとする daß die von gedachtem Hauptgut jährlich gefallende sechzig Gulden/wie sie in erwehnter Statt jeder zeit Gäng und Gäb/entrichtet/wie in gleichem/falls die Herrn Gültreicher diese Gülte wider an sich lösen wollen/solches mit zwelffhundert Gulden/an denen Sorten/wie sie dannzumal in selbiger Statt Gäng und Gäb seyn werden/beschehen solle」との約定に基づき、「悪貨、もしくは、良貨ではあっても著しく相場の高い貨幣 entweder geringhältige Sorten/oder doch die gute Stuck in solchen hohen Werht」による定期金の買戻を定期金権利者に主張しているというものであ

6) “ある者が、1593年に神聖ローマ帝国のある主要都市において、年60グルデンの土地定期金を1200グルデンで、良貨と適正な相場に基づき購入し、その際に作成された証書には両当事者の合意に基づいて次のように約定された。すなわち、所定の元本について毎年発生する60グルデンが、上記の都市においてその都度一般に流通している通りに支払われ、同時にまた、定期金債務者らがこれらの土地定期金を買い戻す場合には、当該買戻はその際に同都市で一般に流通している通貨で1200グルデン分をもってなされるべきものとする、と。

その後、今まさに上に言及した定期金債務者らが定期金購入者に対して当該元本の償還を告知し、そしておそらくは、悪貨、もしくは、良貨であっても著しく相場の高い貨幣による支払を不当にも試みたのに対して、現在、神聖ローマ帝国の多くの地域においてそうであるように、定期金債務者らの都市においても、今のところ、弁済一般においてそのような貨幣による支払が延期されている。そのような中で、私は、忌憚のない意見をこの場にも公表するよう強く求められた。それを拒絶することは私に相応しいとは言えない。ただし、私がすべきことは、この大きな不利益を伴う問題について私の判断によって誰彼構わず非難するのではなく、他の一層思慮深い人々に衡平な吟味の機会を与えることである。” (Consultationes, II, 206-207.)

る。定期金売買の当事者名や都市名等は伏せられているが、以下に見て行くその内容からすると、定期金義務者(売主)から買戻を求められている定期金権利者(買主)側が本鑑定意見の依頼者であると考えられ、そのような依頼は、「現在、神聖ローマ帝国の多くの地域においてそうであるように、定期金義務者らの都市においても、今のところ、弁済一般についてそのような貨幣による支払が延期されている wie anjetzo in vielen Orten deß Heiligen Römischen Reichs/und auch in ihr/der Herrn Gültereichere Statt/solche dieser zeit in gemeiner Bezahlung verschoben werden」中でもたらされた。当該鑑定に必要な限りでの事実関係がこのように「事実の概要」として提示された後、問題の考察検討が開始される⁷⁾。

検討されるべき論点が表題にある通り一つで、しかもそれが定期金買戻に関する特約の効力という比較的単純なものであることに対応して、「疑問点」もまた簡潔に整理されている。定期金売買が売買の一種として位置づけられる以上、当事者間の特約に基づく定期金の買戻 *redemptio: relitio: retrovenditio: Ablösung* が問題となるのもまた当然である。実際には、当時、多くの定期金売買が、売主=貸主から買主=借主への利息付金銭消費貸借に代替するいわば脱法行為として機能し、定期金の支払と買戻がそれぞれ利息と元本の返済に対応したという事情の下、一般には、「代価相応に定期金が定められ、暴利を推定させるものが何も見当たらない場合ならば、買戻特約は有効 *pactum retrovendiendi valet, si pro pretii ratione quantitas reditus constituitur, et omnis usurae praesumptio absit*」と解されていた⁸⁾。「暴利の推定 *usurae praesump-*

7) 「事実の概要」を承けて問題の吟味に入る際には、例えば、「神の助力を謹みて祈願しつつ *Divino Auxilio humiliter invocato*」、あるいは、もっと簡潔に「我らの主イエス・キリストの名の下に *I. N. D. N. I. C.: In nomine Domini nostri Jesu Christi*」といった常套句がしばしば挿入されるが、本鑑定意見では、冒頭の見出しの直後に、「我らの主イエス・キリストの名において余は全ての助言及び公務遂行に常に勤しむ *In nomine Domini nostri Jesu Christi, ad omnia Consilia, omnesque Actus semper progredimur*」というユスティニアヌス帝の言葉 (C. 1, 27, 2, pr., Just.) が引用されている。

8) 例えば、「買戻特約 *pactum redimendi*」を「取得された権利の喪失原因 *causae*

amittendi juris adquisiti] である「反対行為 actus contrarius」の一つと位置づけるアルトゥジウスの『司法論理学 Dicaeologica』(1618年)では、ディエゴ・デ・コバルルヴィアス、シャルル・デュムーラン、ペーター・フリデルス等の見解に依拠しながら、土地定期金における買戻特約の有効性と要件について次のように整理されている。

Pactum retrovendendi, quo venditori debitori redemptio post certum praefinitum tempus datur in rebus annuis, odiosum, Covarruvias libr. 3. variar. resolut. cap. 8. scil. ut pro decem, unus aureus loco pensionis annuatim praestetur, vide Covarruviam d. loco. Anton. Fab. decad. 9. error. 9. et valet, si pro pretii ratione quantitas redditus constituatur, et omnis usurae praesumptio absit, Covarruv. v. loc. num. 5. sed liberam tamen, etiam post tempus redemptioni praefinitum, recte traditur, Covarr. d. cap. 8. num. 7. imo etiam statim, post contractum celebratum, Molinaeus de contract. quaest. 51. Mantica d. lib. 4. tit. 31. num. 33. et sequentibus. ne tamen majori pretio redemptio fiat, Covarr. libr. 3. var. resolut. cap. 9. num. 4. Emptori, seu creditori reddituum, tale pactum nihil omnino prodest, Rolanl. a Valle consil. 40. vol. 3. Petr. Frid. lib. 2. de mand. c. 72. nu. 4. 5. 6. ubi indistincte usurariam conventionem esse docet, et parem utrique facultatem redimendi dari docet.

Pactum igitur retrovendendi, quo potestas et arbitrium redimendi emptori datur in annuis redditibus venditis, est illicitum, tanquam in captationem usurarum appositum, Covarr. c. 9. lib. 3. ar. resolut. nu. 4. Molinaeus de contract. quaest. 55. et 58. nisi in casu morae, in solvendis redditibus, sortem capitalem restituendam esse, per pactum reservatum esset, Pet. Frid. libr. 2. de mand. c. 72. nu. 4.

Requisita ergo hujus pacti, ut valeat, sunt I. ut emptor pretium det absque ulla repetendi voluntate. II. Redditus constituatur ad justam quantitatem pretii. III. Ut venditor pro libitu, quandocunque, pretio accepto restituto, redditum redimere possit et reluere. (Dicaeologica, lib. II, cap. ii, n. 46—48, 526、テキストは1649年フランクフルト刊のテキストによる)

“[46]土地定期金において予め定められた期間経過後に売主兼定期金債務者に買戻を認める買戻特約は嫌悪すべきものであり【コワッルウィアス『問題解決集』第3巻8章】、10枚の金貨の対価として、定期金の名目で毎年1枚の金貨が支払われているような場合には明らかにそうであるが【コワッルウィアス前掲箇所、アントニウス・ファベル『法実務家及び法解釈者の誤謬について』9章9節】、代価相応に定期金が定められ、暴利を推定させるものが何も見当たらない場合ならば、買戻特約は有効である【コワッルウィアス前掲箇所の5番】。しかし、この場合、買戻のために予め定められた期間経過後であっても、売主兼定期金債務者に認められる買戻は任意のものであると正当にも指摘されており【コワッルウィアス前掲書8章の7番】、契約締結後直ちに買戻が為される場合も当然そうであるが【モリナエウス『契約、暴利、定期金に関す

tio」を排斥し得る「定期金の正当価格 *pretium justum redituum*」⁹⁾は、この場

る論考』問題51、マンティカ『黙示の合意及び不明確な合意に関する夜業集』4巻31章】、代価以上の価格によって買戻がなされてはならない【コワッルウィアス『問題解決集』3巻9章の4番】。また、このような特約が買主、つまり、定期金債権者の利益となっては決してならない【ロランドゥス・ア・ヴァッレ『助言集』第3巻の助言40】。ペトルス・フリデルス『帝室裁判所における裁判及び召喚手続について』2巻72章4—6番は、この点について不明瞭な場合には合意は暴利的であり、また、当事者双方に買戻の権限が付与されるべき旨論じている。

[47]従って、売却された土地定期金について買戻の権限や自由を付与する買戻特約は、いわば暴利獲得のために付加されたものとして無効である【コワッルウィアス『問題解決集』3巻9章の4番、モリナエウス『契約論』問題55及び58】。ただし、定期金弁済における遅滞に際して元本が償還されるべき旨特約で留保する場合は別である【ペトルス・フリデルス『召喚手続について』2巻72章4番】。

[48]当該特約が有効であるための要件は、1) 買主が返還請求の意図なく代金を支払うこと、2) 定期金が正当な代価額に即して定められていること、3) 売主が、自ら望んで、なおかつ、時期の到来を条件として、代価の償還により定期金を買い戻し解消できること、である。”

- 9) アルトゥジウスは、永続的定期金及び期限付き定期金の正当価格に関する通説的見解として、前者については代価の4%、後者については代価の8%強とする学説を引用している。

[...] *Reditus annuus, aestimandus est ex fructuum modo et quantitate aliquot annorum solvendorum, seu ex eo, quod tot annorum spacio ex pensionibus colligi tot tantique fructus, vel obventiones potuerunt, Mascard. conclus. 1934. et 471. et 656. Menoch. cas. 119. Modyn. de contract. quaet. 5. num. 118. et seqq. Pretium justum redituum perpetuorum, est id quod 25. annis ex reditu confici potest: pretium justum redituum tempolalium est id, quod ex reditu 12. annorum conficitur, Geil lib. 2. obs. c. 8. Busius lib. 1. c. 9. c. 10. de ann. rediv. Covarr. d. lib. 3. c. 9. var. resolut. Mascard. conclus. 1934. et 471. Menoch. d. cas. 119. (Dicaeologica, I, xxxi, 44, 129.)*

“…定期金は、収益方法や毎年支払われるべき額、もしくは、どれほど長い年月に渡って定期金からどれほど多くの収益もしくは収入が期待され得るのかという点に基づいて算定されねばならない【マスカルドゥス『証明問題解決集』結論1934、471及び656、メノキウス『裁判官裁量論』事例119、モリナエウス『契約論』問題5の118番以下】。永続的な定期金の正当価格は25年に渡る定期金から推算され得る価格であり、期限付き定期金の正当価格は12年の定期金から推算される価格である【ガイル『実務考察集』第2巻8章、ブシウス『定期金論』第1巻9及び10章、コワッルウィアス『問題解決集』第3巻9章、マスカルドゥス前掲書結論1934及び471、メノキウス前掲書事例119】。”

合、そもそも買戻を予定しない扶養等を目的とした「永続的定期金 *reditus perpetui*」の価格や、存続期間が限定され投資等を目的とした「期限付き定期金 *reditus temporales*」の価格とは区別されねばならない。例えば、「10枚の金貨の対価として、定期金の名目で毎年1枚の金貨が支払われる *pro decem, unus aureus loco pensionis annuatim praestatur*」場合には、対価に対する定期金の割合が10%と相当に大きいので、相当の年数が経過した後に買戻を認めるような特約は、買戻に至るまでに買主が多額の利益を取得することとなって、暴利の疑いが強く、「嫌悪すべき *odiosum*」特約と言えるが、年60グルデンの土地定期金に1200グルデンという本件での対価（従って定期金は代価の5%）は、買戻特約付き定期金売上の価格としてさしあたり正当であることになる。このような理解は、本件において、買戻特約 *pactum retrovendendi* そのものの有効性ではなく、特約に定められた買戻金の償還方法が論点とみなされていることから看取できる¹⁰⁾。「代価以上の価格によって買戻がなされてはならな

10) “ところで、以上の問題とは別に、法学教師の間で激しく争われているある問題が存在し、この問題について、両法の解釈者たちが様々に、そしてまた乱雑かつ曖昧に著述している。というのも、通貨とその価値及び質に即した同種の定期金の買戻において、契約時と弁済時の何れを顧慮すべきか争いが生じているからである。[1] しかしながら、貨幣の価値や質の変動にも関わらず、通常通り、最初に約定されただけのグルデン貨が償還されるべきことは明らかである。ただしそれは、弁済時に通用している貨幣及びその相場に即してなされるべきであり、この点に異論のない他の多くの人々に続いて、私自身(クリストフォルス・ベソルドゥス)も『消費貸借論』第9章全体に渡ってそう解していると見なされている。

他方で、当該事案においては、定期金義務者らが、彼ら自身の特別な合意において、彼らとその時点で（この場合は要するに償還が行われる際に）一般に流通している貨幣で当該定期金を買戻すことができるよう将来に備えその権利を留保している。[2] このような場合に弁済時が顧慮されるべきことは、ほとんど異論なく、一般に受け入れられている。また、弁済の方式に関する契約締結者の合意は完全に有効である旨バルトルスが学説彙纂46巻3章「弁済と免除について」第99法文への注釈で教示している。[3] というのも、債務者と債権者との間で取り決められた事柄が厳格に遵守されねばならないからである。アルベルトゥス・ブルーヌス『通貨の高騰及び下落について』の推論2の10番、アントニウス・ソラ『サヴォイア公国法注釈』、買主売主間の合意に関する章の事例17。[4] 更にこの点について、マルティヌス・ラウデンシス『貨幣論』の13番末尾は、実務家は、金銭の返還に関する当事者の尊重すべき旨述べている。従ってまた、合意によって、弁済時が顧慮されるべく定めることができる旨、アンドレアス・コール『法学演習』18章の26番が指摘している。” (Consultationes, II, 207.)

い *ne majori pretio redemptio fiat*」のは当然として、定期金売買以後に通貨の相場が急激に変動したり金や銀の含有量の減少で貨幣が著しく粗悪化したという特殊な事情の下でもなお、「定期金義務者らがこれらの土地定期金を買い戻す場合には、当該買戻はその際同都市で一般に用いられている通貨で1200グルデン分をもってなされるべきものとする *falls die Herrn Gültreicher diese Gülte wider an sich lösen wollen/solches mit zwelffhundert Gulden/anden Sorten/wie sie dannzumal in selbiger Statt Gäng und Gäb seyn werden/beschehen solle*」との特約が有効か否かがここでの問題なのである。

ところで、買戻金換算の基準時、つまり、「通貨とその価値及び質に即した同種の定期金の買戻 *Widerlösung dergleichen Gülten/der Sorten und selbiger Werht und Güte halben*」において、「契約時と弁済時の何れを顧慮すべきか *ob das tempus contractus, oder solutionis anzusehen*」という問題それ自体は、当時、特約での言及の有無とは無関係に、定期金の買戻一般について盛んに議論されており、この点、「貨幣の価値や質の変動にも関わらず、通常通り、最初に約定されただけのグルデン貨が償還されるべき *non obstante valoris vel bonitatis monetæ mutatione, regulariter tot floreni, quot ab initio stipulati fuerunt, reddendi sunt*」であるとしつつ、「弁済時に通用している貨幣及びその相場 *ea moneta, ejusque taxatio, quæ tempore solutionis usu est*」で換算した償還を認める見解が存在した。ベーズルトが指摘する「疑問点」とはこの弁済時換算説に他ならない。ただし、本件においては、「定期金義務者らが、彼ら自身の特別な合意において、彼らがその時点で（この場合は要するに償還が行われる際に）一般に流通している貨幣で当該定期金を買い戻すことができるよう将来に備えその権利を留保している *die Herrn Gültreichere ihnen selbsten singulari pacto prospicit und außgedinget/daß sie mit solchem Gelt/wie es dannzumal (da nämlich die Ablösung beschicht) Gäng und Gäb/diesen Zinß wider an sich kauffen mögen*」以上、弁済時換算説の援用を待たずとも、「特別な合意 *singulare pactum*」の効果として、当然に弁済時の通貨とその相場による償還が認められるとも考えられる。というのも、「弁済の方式に関する契約締結者の合意 *pactum contrahentium in qualitate solutionis*」は、「債務者と

債権者との間で取り決められた事柄 *ea, de quibus inter Debitorem et Creditorem conventum est*」であるが故に、「厳格に遵守されねばならない *debet stricte observari*」からである。実際、「このような場合に弁済時が顧慮されるべきことは、ほとんど異論なく、一般に受け入れられている *quo in casu nemine fere dissentiente, tempus solutionis inspiciendum esse, communiter receptum est*」。従って、本件において、契約締結時、あるいは、少なくとも通貨事情が悪化する以前の相場に従った換算を主張するにあたっては、弁済時換算説そのものに加えて、契約当事者間の特約の効力を重視するこの通説的見解をも論駁し得る論拠が「判断理由」として提示される必要がある。

「判断理由」では、「定期金債務者らは、今日各地で瞬く間に広まっている貨幣とその相場を用いて当該買戻を行うことはできない *die Herrn Gültreichere mit selbiger Müntz und Werth/so anjetzo der Orten von wenig Zeit eingerissen/solche Widerlösung nicht erstatten können*」という結論が予め掲げられた上で、当該結論を正当化する論拠が列挙されている。まず指摘されるのは、急激な相場の変動と貨幣の粗悪化という現状が、「前代未聞の貨幣制度の混乱 *zuvor unerhörte Confusion deß Müntzwesens*」の故に「注意深く思慮深い当局の希望や意図に反して生じた *wider aller rechtgesinnter und verständiger Obrigkeiten Wunsch und Willen beschehen*」ものであって、「ただ専らやむを得ない寛恕の下に新たな措置が講じられるまで甘受されている *einig und allein per conniventiam necessariam biß auff weitere Verordnung geduldet würdt*」にすぎないという点である。「現在の通貨及びその評価 *gegenwartiger Zeit Sorten/und selbiger Valvation*」は、「一般に一定期間の存続と蓋然的な安定を要求し目指す *temporis aliquem tractum successivum, probabilemque durationem omnino requirit, et intendit*」通貨本来の姿に反するのみならず、「法律や永続的な条例もしくは布告 *Lex vel Statutum aut Edictum perpetum*」による当局の積極的な承認をも欠いている以上、「ラント及び都市の正当な通貨と見なされるべきでは決してない *für ein Recht Lands- und Stattwehrung in keinen weg zuhalten ist*」のである¹¹⁾。ただし、不安定な

通貨は売買一般における代金支払に必ずしも影響を与えるわけではない。というのも、「あらゆる商品は、不動産であれ動産であれ、その価値において、あら

11) Dessen aber/und was sonst mehr in hanc sententiam eingeführt werden möchte/unangesehen/thue ich noch zur Zeit/ein mehrers dahin schliessen/daß die Herrn Gültreichere mit selbiger Müntz und Werth/so anjetzo der Orten von wenig Zeit eingerissen/der Ursach halben/solche Widerlösung nicht erstatten können: In bedeckung/dieses durch zuvor unerhörte Confusion deß Müntzwesens/ac ita de facto et quasi vi majore, wider aller rechtgesinnter und verständiger Obrigkeiten Wunsch und Willen beschehen/nirgend in dem Heiligen Römischen Reich (also noch weniger in der Herrn Gültreichere Statt/so wegen guter Policy und Ordnungen vor andern berhümp) Lege vel Statuto aut Edicto perpetuo angenommen/sondern enig und allein per conniventiam necessariam, ad certumque tantummodo tempus, deß auff weitere Verordnung geduldet/auch mit allem Fleiß dahin getrachtet würdt/wie solche schädliche Unordnung ehist abgestellt/widerumb ettwas Richtigkeit in die Müntz gebracht werden möchte.

Derohalben gegenwertiger Zeit Sorten/und selbiger Valuation/für ein Recht Lands=und Stattwehrgung (quae temporis aliquem tractum successivum, probabilemque durationem omnino requirit, et intendit) in keinen weg zuhalten ist. (Consultationes, II, 207)

“しかしながら、この見解に更に他に付け加えられ得る内容にもかかわらず、私はこの機会にもう一度あらためて次の通り結論づけることにする。すなわち、定期金債務者らが、今日各地で瞬く間に広まっている貨幣とその相場を用いて当該買戻を行い得ないのには理由がある、と。[5] 考えるに、そのような事態は、前代未聞の貨幣制度の混乱によって、つまり、結果としてなおかつ不可抗力に近い形で、注意深く思慮深い当局の希望や意図に反して生じたのであって、神聖ローマ帝国の如何なる場所においても（従って、良きポリツァイと秩序の故にとりわけ著名な定期金債務者等の都市においては尚更そうである）、法律や永続的な条例もしくは布告によって承認されているわけではなく、ただ専らやむを得ない寛恕の下、一定の期間に限って、つまり、新たな措置が講じられるまで甘受されているのであり、しかも、そのような有害な無秩序状態ができるだけ早急に除去され、貨幣に再び何らかの公正さがもたらされ得るように入念に考慮されている。

[6] 従って、現在の通貨及びその評価は、ラント及び都市の正当な通貨（そのような通貨は一般に一定の時間的存続と蓋然的安定を要求し目指すものである）と見なされるべきでは決してない。”

ゆる仕事はその報酬においてそうであると同様に、三倍もしくは四倍に釣り上がる *alle Waaren/auch ligend und fahrende Güter/in ihrem werth/wie ebenmäßig alle Handwerk mit ihrem Verdienst/drey oder vierfach aufschlagen*」のが通常であり、そのような需要に応じた「価格と購入される物との間の何らかの釣り合いや均衡 *aliqua proportio, seu aequabilitas inter precium et rem emptam*」、つまり、「交換的正義 *Iustitia commutativa*」は、通貨が如何なる状態にあろうともその都度確保できるからである。しかし、本件のように、「以前に良貨でしかも多額のグルデン貨を貸与した者の定期金の買戻 *Widerlösung der Gülten einer/so vor Zeiten gut Gelt/und schwehre Gülten außgeliehen*」において、買主は代価に見合った目的物の価値（例えば「支払った額の四分の一 *der vierte Theil dessen/so er hingegeben*」）を取り戻すことはできない。つまり、買主は、「現在の通貨及びその評価」に基づいて定期金が買い戻される結果、交換的正義に反して不利益を被ることになる。このような不利益が貨幣価値（相場）の著しい変動に起因する以上、「買い手の需要 *Mercatorum abusus*」はもはや貨幣の評価基準足り得ない。「たとえ貨幣が一般の流通からその評価を通常受け取るのも、一般の流通価値が真の価値を大幅に逸脱してはならない *Licet pecunia soleat a communi usu recipere aestimationem, communis tamen cursus, a vero valore haud ita longe aberrare debet*」のである¹²⁾。ここに言う「真の価値 *verus valor*」とは

12) 典故として引用されているホアン・デ・マリアナ『国王及び国王の教育について *De rege et regis institutione*』（1599年初版）には次のような記述が見られる。

[…] *Praeterea commercia cum alijs regionibus iuvanda potius modo ratis vectigalibus sunt, quam impedienda tributorum gravitate. nam etsi quidquid venditori detrahitur aucto vectigali, totum emptori accrescit: gravi tamen pretio minor ementium copia est, maior commercij difficultas. Invectiones evectionesque rerum necessariorum, ut mari terraque sint faciles, providendum est. Sic fiet ut quibus rebus abundat provincia, cum ijs mutantur, quarum penuria existit, apud alios copia maior: qui est verus mercaturae usus et finis, quo tota ea ars referri debet. Nam malis artibus, repetitisque in eodem loco venditionibus rem augere, quod avidi mercatores faciunt, lege prohibendum est, ne ex eorum aviditate pretia*

「金属の含有量 *quantitas Metallii*」に他ならない。不安定な相場ではなく貨幣の質そのものによる換算を要求するならば、「別の貨幣で今や支払を受けることになり、良貨の流通時には如何なる手段をもってしても元本を取り戻すことができず、また契約の性質上請求することもできなかつた債権者 *Creditores, quibus alias nunquam solvissent, et qui solutionem sortis capitalis, tempore probae monetae, nullis machinis extorsissent: aut etiam ex natura contractus petere nequivissent*」の不利益は回避できる¹³⁾。

rerum augenatur. Alioqui mercatorum commodis consulendum arbitror. iure et legibus adiuvanda ars imprimis reip. salutaris.[...] (Lib. III, Cap. VIII, 330-331.引用は1599年トレド刊のテキストによる)

“…加えて、各地との交易は、貢納の重圧をもって妨げられるべきではなく、むしろ、適切な関税によって促されるべきである。なぜなら、関税の引き上げによって売り手からどれ程徴収されるにせよ、それら全ては買い手に転嫁され、その結果、価格の上昇によって買い手は減少し、交易上の困難は増大するからである。必要な物資の輸入及び輸出が海路や陸路を通じて容易になるように配慮されねばならない。例えば、地方においてある物資が余っているならば、この物資は、当地方では不足しているが他の地方では余っている物資と交換されるべきである。これが商取引の真の効用及び目的であり、それ故、この方法が全体として模倣されねばならない。これに対して、貪欲な商人たちが行うように、不正な方法を繰り返して同じ場所で物資を売却することは、彼等の貪欲さによって物価が高騰することのないように、法律によって禁じられるべきである。それ以外の場合は、商人たちの便益に配慮すべきであり、また、法や法律に基づいて、とりわけ国家にとって有益な方法を奨励すべきものと私は考える。…”

- 13) “[7] また、たとえそのような現在の通貨やその評価が購入にせよ売却にせよ支払一般において受け入れられたとしても、あらゆる商品は、不動産であれ動産であれ、その価値において、あらゆる仕事はその報酬においてそうであるのと同様に、三倍もしくは四倍に釣り上がるというまさにその理由で同じ状況が発生するにすぎず、それ故、人も、これを心得ていて、価格と購入される物その他との間に何らかの釣り合いや均衡求める。これに対して、以前に良貨でしかも多額のグルデン貨を貸与した者の定期金の買戻においては、この者は、少額のつまり相場の高騰したターラーもしくは同種の通貨を受け取らねばならないので、交換的正義という論拠に全く反して、支払った額の四分の一を受け取ることはない。これは、教区長でチュービンゲン大学の神学教授であるテオドルス・トゥミウス博士が『適法な利息及び違法な利息に関する論考』131頁の精確な補遺において公に証明した通りである。それは、キリスト教やカ

「極めて厄介な時期 *tempus admodum importunum*」に買戻を受ける定期金買主の利害に続いて、ベーゾルトが着目したのは、通貨政策のあり方である¹⁴⁾。何よりもまず確認されねばならないのは、「国王、つまり、絶対的支配

ノン法上の慈愛、及び、自然的理性及び共通感覚が明らかに忌避するところであるだけでなく、市民法の解釈者たちが一致して拒絶するところでもある。

[8] 実際、貨幣は、買い手の需要が指示するところではなく、金属の含有量が通常示すところに従って計算され評価されるべきであるとカスパルス・アントニウス・テッサウルスが『通貨変動論』第41番で論じている。[9] というのも、たとえ貨幣が一般の流通からその評価を通常受け取るのとしても、一般の流通価値が真の価値を大幅に逸脱してはならないのは、優秀なテッサウルスが上記箇所で示唆した通りである。また、この問題については、イエズス会の神学者ヨハネス・マリアナが『国王教育論』第3巻8章269頁で詳しく論じている。更に、『国庫論』第6章1節全体に渡る私の議論も付け加えておく。[10] 従って、(何よりもまず君主の、それから、より下位の公共体の) 法令は、もしそれが貨幣価値を不当に評価しているのであれば、調子外れであり無効となる。また更に、そのような評価に従えば、(別の貨幣で今や支払を受けることになり、良貨の流通時には如何なる手段をもってしても元本を取り戻すことができず、また契約の性質上請求することもできなかった) 債権者に対して極めて厄介な時期に弁済するよう求めていることになり、債権者は、マルティヌス・ラウデンシスが『貨幣論』第13番の「他方もし許されないならば」の節で述べている事柄を実行することになる。” (Consultationes, II, 207-208)

- 14) “また更に、如何なる統治機関もその臣民を、彼らを万民法に基づいて扱ってきた外国政府はさておき、粗悪な貨幣あるいは相場の高騰した貨幣に、事物の本性に反して拘束することは許されないであろう。[11] これは、新手の借金棒引や市場介入に他ならず、国王、つまり、絶対的支配者でさえ、その領地において流通する貨幣を自由に変更したり、自らに都合が良いように貨幣を扱い、それを通じて収益や利益を得ることはできないのは、リジュエーの司教ニコラウス・オレスムスが既に三百年も前に『通貨変更論』で論じている通りである。[12] 実際、これは万民法に属する事柄であり、従って、領地外においても大きな損害なしに使用され得るような貨幣が鑄造されねばならない。そのような洞察に基づいて、コワッルウィアスは次のように書いている。[13] すなわち、貨幣は、国家の文字が刻印されていなければどれほどの価値があるかに従って評価されるべきである、と。『旧貨幣の価値と有効性に関する論考』第7章の5番。[14] 『プラハのコスマスによるボヘミア年代記』第一巻の中で、ボヘミア王ボレスラウスが息子に書き送っている事柄もここに関連する。すなわち、「如何なる災い、疫病、人命の儂さも、あるいはまた、略奪や放火で世間を荒らし回る外敵も、通貨の

頻繁な変更や詐欺的な改鑄ほどには神の民を苦しめることはない。一体如何なる疫病あるいは地獄のエリュニス(Enyia)が、貨幣をめぐる支配者の欺瞞以上に、キリスト教徒を無慈悲に搾取し破滅させ瘦せ衰えさせるであろうか」と。ヨハンネス・ボディヌスは『国家論』第6巻3章冒頭からこの点に同意している。中でも彼は次のように書いている。[15] すなわち、君主は、君主としての名や栄光を失い、君主ではなく偽金の鑄造者と呼ばれることを敢えて望むのでない限り、殺したり奪うこと以上に悪貨を鑄造することはできないし、金や銀の価値を確立した万民法に背くこともまた許されない、と。ウェントゥーラ・デ・ワレレンティイスの『訴訟請負人パルテニオス』第1巻13章の18番には、[16] 貨幣の変更は多くの解決困難な訴訟を引き起こす、とある。[17] このような貨幣の変更は、エマヌエル・メテラヌス『ネーデルラント年代記』第14巻の証言に拠れば、ネーデルラントの同盟州同士の政治的な不和のきっかけになったとされる。[18] 同様にそれが、1595年、ホラントとゼーラントの人民の間に深刻な争いを引き起こしたことは、前述の歴史家[メテラヌス]が証言している通りである。イングランドにおいてもそうである。サンデルス『ガリア』の1577年を参照せよ。

[19] そればかりか、既にふれた素材(質あるいは量や重さ)の観点に基づく貨幣の評価方法が認められたとしても、不正で貪欲な君主には、その臣民たちを騙し欺く巧妙な抜け道が開かれている。すなわち、彼らは、その権威を濫用して、自らの肖像を彫りつけた鉄製の貨幣を鑄造し、臣民たちがそれらを金貨や銀貨(もしくは極端な価値付けの下に良質な素材による貨幣)として受け入れるよう強制することができる。この結果、そのような君主の支配権に服することなく、詐欺的な貨幣(あるいは不当な価値の貨幣)を拒絶する隣国の人々と取引を行う権利が、彼ら臣民から全く奪われることになるのは、キッツェリウスが『貸与物に関する注解』第5章の61番で論じている通りである。

[20] また同様に、古代ローマ帝国において、勅法彙纂11巻10[11]章「古い貨幣の有効性について」第1法文に示されたユスティニアヌス帝の意図に反して、君主の貨幣の間で古いものより新しいものが区別されたことは、どれ程重大な不都合をもたらしたか。それ故、レオン帝の新勅法集の第52勅法は、取引一般における改革の多くが、全ての者、とりわけ、最も助力や庇護を必要としている貧しい者たちに及ぶことで、多大な害悪をもたらしたことに配慮したのである。[21] 同様に、法律や通用している慣習に反して同じことを試みたニケフォルス・フォカス帝が取引に関して臣民たちをどれほど苦しめたかは、勅法彙纂に付加された皇帝立法雑録に見て取れる。[22] 更に、モリナエウスも『利息論』の719番において証言している。その箇所では、彼は、かつてフランスにおいて主要な地位を占めていたブルグント人やイングランド人によってもたらされた通貨の奇異な変更を、「イングランド疫」と呼んでいる。その結果として、確かに多くの人々が豊かになったが、それ以上に多くの人々が搾取され、実際それは、法にも衡平にも反していた。

者でさえ、その領地において流通する貨幣を自由に変更したり、自らに都合が良いように貨幣を扱い、それを通じて収益や利益を得ることはできない *Rex, aur Princeps absolutus, monetas in suo Regno currentes, libere mutare*

[23] 以上の全ての点は、とりわけ、神聖ローマ帝国に当てはまる。帝国においては、皇帝でさえ、等族の同意なしに、帝国法で定められた通貨を変更することは通常あり得ず、ましてや、皇帝に劣後する等族には決して変更できない。帝国制定法によれば、帝国通貨は、別段の規定がない限り、法定の価値で受領されるべきものと明確に規定されている点を参照。すなわち、1570年の帝国議会最終決定の「余は更にまた以下の通り制定し指示し命令する…」の条項、そこには、「その様々に定められた価値で」とある。また、「更なる継続的運用に際して…」及び「そしてとりわけ必要な…」の条項、そこには、「あるいはまた帝国貨幣や高額な場合にも、それらの価値が査定され、何らかの証書その他の手段で支払あるいは受領される…」とある。同様に、1571年1月20日にプラハで出された皇帝マクシミリアン2世の通貨令、そこには、「購入や売却、その他の取引や支払においても、その様々に定められた価値に従って支払われ受領されるものとする…」とある。そして、「同様に主要なラント通行証についても…」の条項、そこには、「その場合、帝国貨幣は、帝国制定法において評価されたよりも高く支払われたり受領されてはならない」とある。それでは、この帝国通貨の異常な高騰は如何にして対処され予防され得るのであろうか。何よりもまず、1570年に貨幣に関して決議され最終決定された事柄が、その後、様々な帝国会議で繰り返され更新されている。すなわち、1576年の帝国議会最終決定、「余は上述の皇帝による通貨令が…である旨制定し指示し命令する」の条項、及び、「しかしほとんど欠けていない」の条項、更には、「それ故に速やかかつ継続的な…」の条項、1582年の帝国議会最終決定、「今や全等族によって…」の条項、1594年の帝国議会最終決定、「余は次に第四条として…」の条項、1595年の帝国議会最終決定、「余はまたすすんで」の条項、「それだけに一層余はそれを認めない…」の条項、「しかし余は以下の通り指示し希望する…」の条項、1600年の帝国代表者会議最終決定、「更に上述の前回レーゲンスブルクにおける帝国議会においても…」の条項、1603年の帝国議会最終決定、「そこで余は制定し指示し希望する…」の章。

[24] 更にまた、弁済は公の法律によって規定されるあるいは承認された価値に従って行われねばならず、この真の価値が相場の変動や同様の私的権威によって変更されることもないこと、そしてそれは、特に神聖ローマ帝国内において効力を有し、今日に至るまで全等族の同意によって廃止されてもいない公の通貨立法に基づいていることを、レグネルス・シクスティヌス氏が優れた助言において論証している。『マールブルク大学法学部判決団助言集』第2巻、助言12の問題5。”(Consultationes, II, 208-209)

potest, et de eis disponere, prout ipsi lubet, ac super hoc capere lucrum aut emolumentum」という点であり、それ故、例えば、「彼らが、その権威を濫用して、自らの肖像を彫りつけた鉄製の貨幣を鑄造し、臣民たちがそれらを金貨や銀貨として受け入れるよう強制すること potestate sua abusi, nummos ferreos, sua imagine insignitos cudere, subditosque suos illos pro Aureis, vel Argentis ut accipiant, cogere」などは決して許されない。このように貨幣に関して君主の主権が制約されるのは、「通貨の頻繁な変更や詐欺的な改鑄 frequens mutatio, et fraudulenta pejoratio nummi」による「新手の借金棒引や市場介入 novarum Tabularum, forique cedendi novus modus」が、時に、「疫病 pestilentia」あるいは「略奪や放火で世間を荒らし回る外敵 hostes, totam terram rapinis, incendiisque devastantes」以上に臣民を苦しめるというだけでなく、「詐欺的な貨幣を拒絶する隣国の人々と取引を行う権利 jus exercendorum commerciorum cum vicinis, istos nummos adulterinos repudiantibus」をも臣民から奪ってしまうからである。つまり、如何なる君主も、取引一般における「金や銀の価値 Auri et Argenti precium」を確立した「万民法 Ius Gentium」の下、貨幣の粗悪化を避け、「領地外においても大きな支障なく使用できるような貨幣 talis moneta, quae etiam extra territorium expendi sine notabili damno possit」を鑄造すべく義務づけられているのである¹⁵⁾。ベーゾルト

15) 君主一般に通貨の安定と良貨の鑄造を義務づける議論の典拠として、プラハのコスマス(1045-1125年)による『ボヘミア年代記 Chronica Bohemorum』やニコル・オレーム(1320?-1382年)の小論からジャン・ボダン(1529/30-1596年)の『国家論 De la Republique: De Republica』(仏語版1576年、羅語版1586年初版)に至る様々な文献が参照されており、例えば、「貨幣政策について、すなわち、貨幣の粗悪化に上手く対処するには如何なる法律を用いるべきか De re numaria, quibusque legibus numorum depravationi facile occurratur」と題された羅語版『国家論』第4巻3章の冒頭には、ベーゾルトが直接引用した箇所を含む次のような一節が見出される。

Mihi firmissima quaeque Rerumpublicarum munimenta contemplanti, rei numariae curatio non tantum utilis, sed etiam civitatibus tantopere necessaria videtur, ut sine ea commodo consistere non possint: et quo maior necessitas est, eo magis numorum depravationi prospiciendum: cum ea res incredibile afferat universis ac singulis detrimentum. At non modo corrumpi moneta, sed ne mutati quidem potest sine

incommodo civitatis; quoniam mutatio pretii ac materiae numismatum, census etiam ac bonorum cujusque dubitationem affert. quo fit ut nemo quantum in bonis habeat, constituere possit. incerta sunt pacta conventa, quae versantur in societatibus, tutelis, fiduciis, mandatis, rebus emtis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas continetur; incerti reditus, vectigalia, tributa; denique poenae ipsae ac praemia quae a legibus et iudicibus irrogantur, incerta sunt futura: postremo aerarii opes, ac multa tum in publicis, tum in privatis rebus rationibusque dubia ac suspensa fore necesse est. argumento sit illius Gratidiani Tribuniplebis edictum, qui cum de collegarum sententia victoriati pretium certum indicta poena Romae constituisset, tantum sibi ac posteritati gloriae peperit, ut ei vicis omnibus statuae dicarentur, et ad eas thus ac cerei accederentur. certe quidem M. Tullius ait neminem umquam multitudini propter id unum fuisse cariorem. Ex quo intelligitur numis a principe ipso lege et auctoritate publica corruptis, quanta pernicies ad Rempublicam perventura sit. Quamquam principi non magis licet improba numismata cudere, quam occidere, quam grassari: nec a iure gentium, quo quidem auri et argenti pretium constitutum est, discedere; nisi regis nomen ac splendorem amittere, ac falsae monetae fabricator quam princeps appellari malit: quod Dante poeta Philippo Bello regi Francorum probro datum est; quod primus inter principes nostros, quantum quidem intelligo numismata corrupssit, ac dimidiam aeris parte argento miscuisset, unde frequentes in tota Gallia tumultus. cuius facti cum regem sero poenituisset, ac numos pristinae bonitati restituisset, Ludovicum filium admonuit, ne deinceps adulterari numismata pateretur.[...] (De Republica, Lib. IV, Cap. III, 1063-1064. 引用は1594年フランクフルト刊のテキストによる)

“国家の最も確かな守りとなるものについて吟味している私にとって、貨幣の管理は、国家にとって、単に有益であるだけでなく、それ無しには自らが上手く存立し得ない程に必要な不可欠であるように思われる。そして、そのような必要性が大きければ大きいほど、尚更、貨幣の粗悪化には警戒すべきである。というも、そのような事態は、全体にも個々人にも信じ難い損失をもたらすからである。またしかし、貨幣を粗悪化だけではなく変更もまた確かに国家の不利益なしには行われ得ない。というも、貨幣の価額や素材の変更は、個々人の財産評価額や資産にも不確定さをもたらすからである。その結果、誰も自分がどれだけの資産を有しているのか確認できないことになる。組合、後見、信託、委任、売買、貸借など社会の活力を保つ諸取引において見出される合意も、歳入、関税、公租も不確実であり、更には、法律や裁判官によって課されあるいは与えられた罰金や恩賞さえも不確実なものになってしまう。そして遂には、国庫の資力が不安定となって、公事私事問わず多くの事柄が疑わしく不安定な状態に陥るのは必定である。以上を証拠立てるものとして、護民官グラティディアヌスの布

は、このような万民法の要請に反する通貨政策が、ビザンティン帝国¹⁶⁾、あるいは、フランスやネーデルラントにおいて多大な混乱をもたらした例と比較する形で、神聖ローマ帝国の通貨制度の妥当性を強調している。というのも、神聖ローマ帝国においては、帝国議会最終決定や皇帝の通貨令等の種々の帝国立法によって貨幣価値が予め法定され、その遵守が全等族に義務づけられてお

告が挙げられる。彼は、ローマで同僚の同意に下に罰金刑をもってウィクトリア貨の価値を一定のものに確定したので、あらゆる街区において彼のために彫像が寄進され、それらには香が炊かれと蠟燭が灯されるほどの多大の栄誉を自らと子孫のために獲得した。マルクス・トゥッリウス [キケロー] は「たった一つのことです民衆からこれほど愛された者は未だ曾ていなかった」と述べている。このことから、君主自身の手で国の法律や権威の下に粗悪化された貨幣がどれ程大きな破滅を国家にもたらすことになるのか理解できよう。一方、君主は、国王としての名声や栄光を失い、君主ではなく偽金の製造者と呼ばれることを敢えて望むのでない限り、殺したり奪ったりすること以上に悪貨を製造することはできないし、金や銀の価値を確立した万民法に背くこともまた許されない。詩人ダンテはこの点をフィリップ [4世] 美麗王の不徳とみなした。というのも、少なくとも私の知る限り、我が国の君主で初めて、貨幣を粗悪にし、銀貨にその半分の量の銅を混入したのが彼であり、その結果、フランス全土において混乱が絶えなかった。このような事態は後に王を後悔させ、息子ルイ [10世] 王は貨幣の元の材質に戻し、今後貨幣に異物を混入しないよう布告した。…”

- 16) レオン6世帝の勅法 (「余は、最近の皇帝たちの新たな見解に安住することなく、昔の皇帝たちの先見の明に倣い、彼等の寛大で国家にとっても極めて有益な判断に従って、あらゆる種類の貨幣が、＜少なくとも、形や材質を偽っておらず、重さが十分である限りは＞昔の元首の貨幣であろうと、最近の元首の貨幣であろうと、等しく評価され、国家において扱われるべきものと定める *nos novo recentiorum placito non acquiescentes, vererum autem providentiam sequentes sancimus, ut secundum benignum illorum reiue publicae commodissimum iudicium, numismatis omne genus (quod quidem formam materiamque non adulteratam et plenum pondus habeat) sive vetustioris cujuspiam Principis, sive recentioris sit, aequaliter et aestimetur, et in republica tractetur*」 Imperatoris Leonis Augusti Novellae constituiones, constit. LII.引用は1720年ライプチヒ刊のファン・レーウェン編集ゴドフロワ版市民法大全所収のテキストによる)、及び、「取引において臣民を少なからず苦しめた *haud leviter subditis in permutationibus incommodavit*」と論評されるニケフォロス2世帝の勅法 (*Imperatoriae constituiones, Nicephori Phocae.*) が参照されている。

り、「皇帝でさえ、等族の同意なしに、帝国法で定められた通貨を変更することは通常あり得ず、ましてや、皇帝に劣後する等族には決して変更できない *nec Imperator ipse, absque Statuum consensu, Monetam Lege Imperii taxatam immutare solet: Status vero Inferiores nullo modo possunt*」からである。その結果、「弁済は国の法律によって規定されあるいは承認された価値に従って行われねばならず、この真の価値が相場の変動や同様の私的権威によって変更されることもない *solutio eo valore fieri debet, qui lege publica constitutus est, atque receptus; nec hic verus valor ad variationem Cambiorum, vel simili aliqua auctoritate privata mutatur*」。三十年戦争による混乱の直中にあるとはいえ、「如何なる統治機関もその臣民を粗悪な貨幣あるいは相場の高騰した貨幣に事物の本性に反してまで拘束することは許されない *kein Obrigkeit ihre Unterthanen/zu leichter oder hochgesteigerter Müntz/praeter et contra rerum naturam verbinden mag*」ということに変わりはなく、帝国等族の一員たる帝国都市においても、当然、帝国法上の貨幣価値に沿った換算と弁済が維持されるべきなのである。

続いて、貨幣における「永続的な価値 *perpetua aestimatio*」の重要性が論証されるとともに、それに対する債権者の期待や信頼、つまり、「信義 *bona fides*」が判断理由の核心部分として提示される¹⁷⁾。まずベーゾルトは、「ある

17) *Et porro, quod in moneta, perpetua inspici aestimatio debeat, non ea, quae ad certum tempus inducitur el toleratur; textus est hanc in rem expressus, in l. 1. in princip. ibi, publica et perpetua aestimatio. ff. de contrah. empt. l. 3. ibi. cum certa sit nummorum aestimatio. ff. de in lit. jur. consentit l. 3. ff. de eo, quod cert. loc. Sicque pro nummo (sive für ein Wehrung) haberi illa aestimatio nequit, quae perpetua haud existat. Ac quod ipsis in terminis nostris, mutatio numismatum, quae modico tempore duravit, vel duratura est, nullo pacto consideranda sit, nec ejus ratio debeat haberi, Bartolus alicubi tenet: quem communiter alii sequuntur, ut fatetur Panormitanus, adductus et adprobatus a Didaco Covarruvia, in collat. veter. numismat. cap. 7. num. 4. ad fin. (qui tamen regulariter tempus solutionis in redituum reuisione pertinaciter urget) consentit Brunus, de monet. praesuppos. 4. Laudensis, tractat. ead. de re, num. 19. Quo et confert elegans Pauli Iurisconsulti Responsum, in l. precia rerum 63. in §. fin. ff. ad Leg. Falcid. ubi inquit: Non ex*

momentis temporum, nec ex ea, quae raro accidat, caritate, precia illa nummi, in diesque varians expansio, pro vera aestimatione haberi debet.

Et ita, cum juste veremur valoris augmentum, vel decrementum, propediem rursus mutatum vel abrogatum iri; tum etiam ex mente eorum Auctorum, qui alias dicunt, respiciendum esse hoc nostro in casu, ad solutionis tempus, potius attendi debet precium et bonitas nummorum, quales ii fuerunt tempore contractus celebrati.

Et sane praesentis temporis vilis moneta, probiorisque iniqua aestimatio durabilis praesumi nullo modo debet. Quippe diu durare moneta vilior in eodem statu propterea non potest: quia difficultates commerciorum, et id genus alia, quamplurima incommoda, ex monetae deterioratione, quantumvis publice instituta, suborirentur: semperque ita metuendum est, ne brevi, vel in totum vilior illa tollatur, vel edicto publico valor extrinsecus restringatur: vel si neutrum horum eveniat, ipso populi tacito consensu aliud introducatur. Andreas Kohl, exercitat. 18. num. 1. vers. quinto, quia cum moneta, et c.

Et certe ex Theologorum scitu, Princeps improbam monetam, quam invexit bellum, eo finito, ne labes sit perpetua, continuo antiquare, et pro illa, bona fide possessoribus, legitimam reponere debet. Hinc etiam Fridericus II. Imperator difficultate bellica oppressus, percussa moneta coriacea, per Praeconem publice edici curavit, eum, qui bello finito, talem monetam ad Cameram Imperialem referret, aureum Augustalem recepturum, quod etiam ab ipso bona fide praestitum fuit. Iohannes Mariana, supr. dict. loc. ut et in obsidione Lugduni Batavorum (ubi chartacei) in obsidione Viennensi (ubi plumbei nummi percussi sunt) factum fuisse, Budelius alicubi notat. Et ubique aperiuntur publica Imperii Acta, utile esse, Edicta et Directa Monetalia Imperialibus, et Circularibus conventibus publicata, observari, auctumque valorem, ad pristinam formam reduci: cum salutaris sit, semel onus subire, quam sub perpetuo incertitudinis et damni iugo detineri. Ac quoque Pontifex Romanus, in cap. quando personam 18. extr. de iurejurand. respondet: Scandalosum esse in populo, non ad legitimum pondus revocare. Proinde omnino contra bonam fidem foret, si quis tempore depravatae, vel inique aestimatae monetae timens, imo providens necessariam deprecationem; annum censum, quem diu solvit, et porro etiam alias soluturus esset, maximo cum emptoris detrimento redimere vellet.

Confert huc, quod si servus debeatur, statuliber nequeat solvi. Quamvis namque statuliber vere sit servus, l. statuliberum, ff. de stat. liber. non tamen accipere eum creditor cogitur, cui scilicet homo promissus fuit, l. cum quis 38. §. qui hominem 3.

ff. de solutionib. Quia scilicet in ea conditione est, ut fieri possit liber. Ibi que generaliter Doctores notant, qui certo decipiendus est, eum agere, aut excipere posse, antequam deceptio suum effectum sortiatur. Sicque et merito non cogitur quis in solutum accipere nummos illos, quorum precium certo, aut probabiliter saltem diminuetur.

Facit etiam, quod in l. creditor 102. ff. de solutionib. respondetur: Si creditor in mora non sit pecuniam accipiendi, et interim pecunia ut aërosa sit sublata, tunc damnum debitoris esse. Item quod in l. debitorem 99. ff. d. tit. habetur, non cogi posse creditorem in ea forma accipere nummos, ex qua damnus sit accepturus.

Et ita imminens periculum diminutionis, vel totalis reprobationis der geringen Sorten omnino attendi debet: eaque instante, creditor talem temporalem monetam, vel talem temporalem aestimationem, nullo modo acceptare tenetur. Eoque item casu, ob crebras et incertas mutationes sublato, aut saltem incerto, et inutiles reddito valore impositio pecuniae, reddi et solvi debere in eadem materia, magnitudine et pondere; et sic sub eodem numero, et bonitate intrinseca, de quibus convenerit: non inspecta bonitate extrinseca, quae jam nulla est, aut dubia, captiosa et incerta, putat Molinaeus, tract. de usur. quaest. 93. num. 718. in fin. Da auch besonders den Herrschaftten böse Münzen zuschlagen vergünnt/und ihre Gläubiger sich damit bezahlen lassen müssen/würde infame illud Novarum Tabellarum remedium per indirectum wider aufgebracht/keiner seines vermögens gesichert/auch zu dem aller schandtlichsten Betrug und nicht haltung von sich gegebener cräftigster Brief und Sigel Ursach und Anleitung gegeben werden. (Consultationes, II, 209-210)

“[25] 更にまた、貨幣においては、ある一定の時点で実施されあるいは甘受されている価値ではなく、永続的な価値が顧慮されねばならず、この問題については、学説彙纂18巻1章「売買の締結、買主売主間の合意、及び、売却できない物について」第1法文冒頭の「公的かつ永続的な価値」、同12巻3章「争点に関する宣誓について」第3法文の「貨幣の価値は確定しているので」といった一節が非常に重要である。同13巻4章「確定地履行訴権」第3法文もこれと同調している。[26] それ故例えば、全く永続的ではないことが判明した価値を貨幣（あるいは通貨）とみなすことはできない。また、我々法律家の領分においても、短い間のみ存続しあるいはするであろう貨幣の変更は決して考慮に値せずまた考慮されてもならない旨、バルトルスがある箇所述べている。ディダクス・コワッルウィアスによって『新旧貨幣比較論』第7章4番末尾で引用され賛同されているパノルミタヌスが認めているように、他の人々も一致してバルトルスに従っており（ただしコワッルウィアスは、定期金の買戻については原則通り弁済時を頑固に主張している）、ブルーヌ『通貨の高騰及び下落について』の推論4、ラウデンシスの同じ主題に関する論考の第19番もこれと同調している。更に、

学説彙纂35巻2章「ファルクディウス法について」第63法文最終節にみえる法律家パウルススの典雅な助言もまたこれに与している。そこでパウルススは、[27]「時勢の変化や稀に起こる物価高騰に価格が左右されてはならない」と述べており、そうである以上、不確実で日々変化する貨幣の流通状況が貨幣の真の評価とみなされてはならないのは当然である。

[28] 以上の通り、価値の高騰や下落がやがて更に価値の変更や廃止に至るのではないかと我々が恐れることは正当であるだけでなく、我々の事案について、契約時に通用していた貨幣の価値や質に着目するのではなく、弁済時が顧慮されねばならない旨他方で主張している著者たちの目から見てもまたそうである。

[29] 実際、現在の粗悪な貨幣、及び、良貨に対する不当な評価がこのまま続くとは決して考えてはならない。というのも、極端に粗悪な貨幣は、取引上の支障やその他同じ様な無数の不都合が、たとえどれ程多くの措置が公に講じられたとしても、貨幣の粗悪化から次々に発生することになるというまさにそのために、長い間同じ状態に留まることができないからである。またそれ故に、そのような悪貨が短期間で完全に駆逐されたり、公の法令によってその価値を外部から制約されるのではないか、あるいはまた、たとえこれらの事態が発生していない場合であっても、人々の黙示の合意の下に何か別の事態がもたらされるのではないかと、常に警戒せねばならない。アンドレアス・コール『法学演習』演習18の1番、「第五に、貨幣とともに…」の一節。

[30] また、神学者たちの教義から確かな通り、君主は、戦争がもたらした悪貨を、戦争終結後、罪悪が永続しないように、直ちに退け、その代わりに、善意占有者には正当な通貨を返還すべきである。[31] それ故、戦乱の困窮に困惑していた皇帝フリードリヒ2世もまた、革製の貨幣を鑄造したけれども、戦争終結時にそのような貨幣を帝国国庫に持参した者は、以前その者が善意の下に提供した皇帝金貨の返還を受ける旨、伝令を介して一般に布告されるべく命じた。ヨハネス・マリアナ前掲箇所。また例えば、レイデン包囲時（そこでは紙製の貨幣が作られた）やウィーン包囲時（そこでは劣悪な貨幣が鑄造されていた）にも同様のことが起こったと、ブデリウスがある箇所指摘している。一方、帝国の対応策が有効で、帝国や各クライスの会議によって発布された通貨条例や通貨令が遵守された結果、高騰した貨幣価値が旧来の水準にまで回復されていることは誰の目にも明らかである。それは、永続的な不確かさや罰金のくびきに繋がれているよりも一度だけ不利益を被る方が遥かに都合が良いからである。更に、ローマ教皇もまた、『別書』第2巻24章「宣誓について」18節において、[32] 正しい重さを誤魔化した貨幣を然るべき重さに戻さないことは人民における罪に相当すると答えている。それ故、貨幣が粗悪化したり不当に評価される状況を恐れ、あるいはむしろ、必然的な価値の下落を予想したある者が、これまで長い間支払いまた何も問題がなければ今後も支払うことになるはずの定期金を、買主にとって著しく大きな負担となるにもかかわらず、買戻そうとするならば、信義に全く反することに

一定の時点で実施されあるいは甘受されている価値 *aestimatio, quae ad certum tempus inducitur vel toleratur*」ではなく「永続的な価値」が真の貨幣価値として尊重されている事例をローマ法源から幾つか引用し、この点が法律家の間でも共通認識となっている旨強調している。そこで参照されているのは、「売買の起源 *origo emendi vendendique*」に関して「公的かつ永続的な価値

なる。

[33] 以上について参考になるのは、奴隷の弁済が義務づけられている場合、自由候補者を弁済することはできないという点である。つまり、たとえ自由候補者が実際に奴隷であるとしても【学説彙纂40巻7章「解放奴隷について」第9法文【冒頭】】、

[34] 奴隷を約束されたことが明白である債権者はその自由候補者を受領すべく義務づけられることはない。同46巻3章「弁済と免除について」第38法文3節。[35] というのも、そのような自由候補者が一定の条件の下に解放され得るのは明らかであるから。また、同法文について一般に学識者たちが注釈するところによれば、確実に騙されそうな者は、欺罔がその結果をもたらす前に、請求したり抗弁できるとされる。それ故また、誰かが、弁済に際して、その価値が確実にあるいは少なくとも蓋然的に下落しそうな貨幣の受領を強制される謂われもない。

[36] 更に、同第102法文冒頭において解答されている点もまた有益である。すなわち、もし債権者が金銭の受領遅滞に陥っておらず、その間に金銭が銅の含有量が多すぎるとして没収された場合、損失は債務者に帰属する、と。[37] 同様に、同第99法文によれば、債権者が、それによって損害を被ることになるような方式で貨幣を受領すべく強制されるということとはあり得ない。

[38] 従って、悪貨の消失あるいは全面的排斥といった差し迫った危険には確かに注意を要するが、そのように切迫した状況にあっても、債権者がそのような一時的な貨幣や価値を受け入れるよう義務づけられるということは決してない。同様に、この場合、金銭に割り当てられた価値が、頻繁かつ不確実な変動故に無意味となりあるいは少なくとも不確定で役に立たなくなっている以上、同一の素材、密度、重さにおいて、つまりこの場合は、契約した通りの数量と内的性質に従って、既に無効あるいは疑わしく偽りで不確実な外的性質を顧慮することなく、返還され弁済されねばならないと、モリナエウスも『利息論』問題93の718番末尾において考えている。また、領主たちに悪貨の鑄造を許し、その債権者がそれによって支払を受けることを余儀なくされるとなると、かの借金棒引という不名誉な救済策を間接的が再びもたらされるとともに、非常に恥ずべき欺瞞の原因やきっかけにもなって、信頼に値する自制的態度などは期待できない。”

がその大きさの均一性によって物々交換の不都合を取り除いた *publica ac pepetua aestimatio difficultatibus permutationum, aequalitate quantitatis subveniret*』とする法文¹⁸⁾や、「寄託された貨幣 *nummi depositi*」の評価額に関する「宣誓 *jusjurandum*」は「貨幣の価値が確定している以上 *cum certa sit nummorum aestimatio*」、原則として認めるべきではないとする法文¹⁹⁾であり²⁰⁾、また、「時勢の変化や稀に起こる物価高騰に価格が左右されてはならない *non ex momentis temporum, nec ex ea quae raro accidat, caritate pretia constituentur*』というパウルの言葉²¹⁾も、直接には「オリーブ油 *oleum*」の価格に関する指摘ではあるが、貨幣の「真の価値 *vera aestimatio*」もまた「不確実で日々変化する流通状況 *incerta, in diesque varians expensio*」とは区別されるとの観方を裏付けるものとして引用されている。真の貨幣価値として称揚される「永続的な価値」が、既にみた通り、「金属の含有量」に基づくものであるならば、戦争に由来する「現在の粗悪な貨幣、及び、良貨に対する不当な評価 *praesentis temporis vilis moneta, probiorisque iniqua aestimatio*」は真っ先に駆逐され修正されねばならないはずである。そのような原状回復的な側面から、ここで再び通貨政策のあり方について言及されている。統治者は、戦費の調達や戦時の困窮等を口実に、金や銀の含有量を誤魔化した貨幣のみならず、

18) D. 18, 1, 1, pr., Paul. ad ed. 33.

19) D. 12, 3, 3, Ulp. ad ed. 30.

20) なお、いわゆる確定地履行訴権 *actio de eo quod certo loco dari oportet* が「審判人の裁量に委ねられる *in arbitrium iudicis refertur*」理由として、「葡萄酒 *vinum*」、「オリーブ油 *oleum*」、「小麦 *frumentum*」などの「物価が個々の都市や地域ごとに異なる *varia sunt pretia rerum per singulas civitates, regionesque*』という点を指摘し、「貨幣価値 *pecuniarum pretia*」もまた例外ではないとする法文も引用されているが（「貨幣価値もまた同様であり、購買力が如何なる場所においても同じであるように見えるとしても、ある場所では容易にしかも低利で調達できるのに対して、別の場所では調達しにくくしかも高利である *pecuniarum quoque, licet videatur una et eadem potestas ubique esse, tamen aliis locis facilius, et levibus usuris inveniuntur, aliis difficilius, et gravibus usuris*」D. 13, 4, 3, Gai. ad ed. 9.）、ここではむしろ、法文そのものの趣旨とは反対に、貨幣の「購買力 *potestas*」が「如何なる場所においても同じであること *una et eadem ubique esse*」の論拠として参照されている。

21) D. 35, 2, 63, 2, Paul. ad leg. Jul. et Pap. 2.

「革製の貨幣 *moneta coriacea*」や「紙製の貨幣 *nummi chartacei*」を鑄造することもあり、そのような「戦争のもたらす悪貨 *moneta, quam invexit bellum*」への事後的対応がここでの問題である。ベーゾルトは、「神学者たちの教義 *Theologorum scitus*」あるいはカノン法²²⁾に依拠しながら、悪貨の「善意占有者 *bona fide possessores*」に対して「正当な貨幣を返還する *legitimam monetam reponere*」義務を統治者に課す一方で、同じく戦争のために諸領邦において悪貨が乱発された神聖ローマ帝国の現状については、「高騰した貨幣価値が旧来の水準にまで回復されていることは誰の目にも明らかである *ubique aperitur auctum valorem, ad pristinam formam reduci*」として、帝国や各クライスの通貨政策の有効性を改めて強調している。

ここで注目すべきなのは、これらの議論が先の政策論の単なる敷衍に留まらず、本件定期金の当事者間の利益衡量に結びつけられているという点である。貨幣の粗悪化について上記のような原状回復の責任を統治者に認める以上、取引に関わる臣民においては、「悪貨が短期間で完全に駆逐されたり、公の法令によってその価値を外部から制約されるのではないか、あるいはまた、たとえばこれらの事態が発生していない場合であっても、人々の黙示の合意の下に何か別の事態がもたらされるのではないかと、常に警戒せねばならない *semper metuendum est, ne brevi, vel in totum vilior moneta tollatur, vel edicto publico valor extrinsecus restringatur: vel si neutrum horum eveniat, ipso populi tacito consensu aliud introducatur*」ことになる。このような危惧は全く正当なものであって、定期金買戻に際して弁済時換算説に立つ論者でさえこれを否定し得ない。むしろここで求められているのは、悪貨に対して著しく高騰していた帝国通貨について「必然的下落を予想する *providens necessariam depreciationem*」売主の買戻の利益と、そのような買戻によって買主が被るであろう「著しく大きな負担 *maximum detrimentum*」との比較衡量である。ベーゾルトが後者を重視するにあたって着目したのは、債権者の受領上の利益に関するローマ法源であり、そこには、「奴隷を約束した者 *qui hominem*

22) X. 2, 14, 18. Innoc. III.

promisit」からいわゆる「自由候補者 *statuliber*」を提供された債権者は「条件 *conditio*」の成就による解放を待つまでもなく受領を拒絶し契約通り奴隷の弁済を請求できるとする法文²³⁾に加えて、「債権者はそのことで何らかの損害を被る恐れがある場合には別の方式の貨幣の受領を強いられるべきではない *debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit*」とのパウルの解答²⁴⁾や、「債務者から提供された金銭 *oblata a debitore pecunia*」が「銅の含有量が多過ぎるとして没収された *quasi aersa sublata est*」場合に「損失は債権者に属しない *non creditoris detrimentum esse*」とするケルウィ・ディウス・スカエウォラの解答²⁵⁾が、何れも学説彙纂46巻3章から引用されている。このように債権者が自らに不利な弁済一般を拒絶できるとするならば、定期金の買戻において買主が「その価値が確実にあるいは少なくとも蓋然的に下落しそうな貨幣の受領を強制される謂われはない *merito non cogitur in solutum accipere nummos illos, quorum precium certo, aut probabiliter saltem diminuetur*」のであり、むしろ逆に、「契約した通りの数量と内的性質に従って、既に無効となりあるいは疑わしく偽りで不確実な外的性質を顧慮することなく、返還され弁済されねばならない *redii et solvi debet sub eodem numero, et bonitate intrinseca, de quibus convenerit: non inspecta bonitate extrinseca, quae jam nulla est, aut dubia, captiosa et incerta*」²⁶⁾。政策的措置を要するほどに貨幣が粗悪化しているにもかかわらず、なおもそのような悪貨による買戻を売主に認めることは、

23) D. 46, 3, 38, 3, *Afric. quaest.* 7. この法文を基に学説上一般化された命題（「確実に騙されそうな者は、欺罔がその結果をもたらす前に、請求したり抗弁できる」）にもベーズルトは言及しており、ほぼ同じ命題はゴドフロワの注解に見ることができる（884, n. 55）。

24) D. 46, 3, 99, *Paul. resp.* 4. なお諸版に従い <*debitorem*> は <*creditorum*> と読む。

25) D. 46, 3, 102, *pr.*, *Scaev. resp.* 5.

26) ここでは、典拠として掲げられたデューランの『契約、利息、定期金論 *Tractatus contractuum et usurarum, redituumque pecunia constitutorum*』（1546年初版）の一節をほぼそのまま引用されている（「貨幣に割り当てられた額面もしくは価値が、このように頻繁かつ不確実な変動によって無意味となりあるいは少なくとも不確定で役に立たなくなっている以上、同一の素材、密度、重さにおいて、つまりこの場合は、契約し

買主の信頼と期待を裏切り、契約上の「信義」に悖ると言わざるを得ないのである。

II

本鑑定意見は、「判断理由及び異論への応答 *Rationes decidendi, cum Responsonibus ad contraria*」という見出しの下に両者を一括しているが、理解の便宜のためにあえて両者を区別するならば、通貨政策のあり方を見据えた当事者の利益衡量に基づいて悪貨による定期金買戻を認めないとする前半部分が「判断理由」に、「定期金の買戻において弁済時が基準とされる旨の条項が最初に挿入されていたという事情は以上全ての点に対して何等妨げとはならない *Welchem allem kein Hinderung gebären solle/Daß erstlich eingeführt worden/in reultione redituum annuorum tempus solutionis attendendum esse*」という一節で始まる後半部分が「異論への応答」にそれぞれ対応するものと考えられる。「判断理由」に対する「異論 *contrarium*」としてまず想定されたのは、上に引用した通り、「定期金の買戻において弁済時が基準とされる旨の条項が最初に挿入されていたという事情 *daß erstlich eingeführt worden/in reultione redituum annuorum tempus solutionis attendendum esse*」である。この特約の存在といういわば形式的な論拠に対して、ベーゾルトもまた、政策論や利益衡量といった実質的な議論を一旦離れて、より権威的な論拠を提示している。学説については、個々の内容に全く言及することなく、定期金買戻に用いられるべき貨幣とその換算について「契約締結の時点が尊重されるべき

た通りの数量と内的性質に従って、既に無効で、いわば初めから疑わしく偽りで不確実であるような外的性質を顧慮することなく、返還され弁済されねばならない *Ita per hujusmodi crebras et incertas mutationes sublato saltem incerto et inutili reddito signo seu valore impositito pecuniae, reddi et solvi debet in eadem materia, magnitudine, et pondere: et sic sub eodem numero et bonitate intrinseca, de quibus convenit, non inspecta bonitate extrinseca, quae jam nulla est, sicut ab initio, aut dubia, captiosa, et incerta*」*Opera omnia*, II, 295. 引用は1681年パリ刊のテキストによる)。

inspicendum sit tempus celebrati contractus」とする立場として一括し、既存の文献や鑑定意見等から合計17に及ぶ典拠を列挙しており²⁷⁾、場合によっては特約の効力をも否定し得るような契約時換算説の絶対的優位²⁸⁾をその引用数に

27) “[39] 定期金の買戻において弁済時が顧慮される旨の条項が最初に挿入されていたという事情は、以上全ての点に対して何等妨げとはならない。なぜなら、弁済時ではなくむしろ契約締結時が顧慮されるべきであると、まず第一に、以下のような極めて有力な著者たちが反論しているからである。すなわち、アルベルトゥス・ブルーヌス『通貨の高騰及び下落に関する論考』第6章の1及び2番、モリナエウス『利息論』の704、707、749番、マッタエウス・デ・アフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会議判決集』判決194、同『封建法書注解』第2巻56章「国王留保権とは何か」の〈貨幣〉への注解、ボッシウス『貨幣論』の3番、「不都合…」の節、スルドゥス『助言集』第3巻の助言368全体、大テッサウルス『ピエモンテ神聖顧問会新判決集』判決174及び小テッサウルスの注解。同様にまた、小テッサウルス『通貨高騰論』第2部の33番及び35番以下、モデスティヌス・ピストリス『助言集』助言27の2番、アントニウス・ファーベル『金銭債務者による様々な弁済に関する論考』第9章及びその注解、アントニウス・ソラ『サヴォイア公国法注釈』の「買主売主間の合意」の章の84番、ガイル『実務考察集』考察9の3番、エルネストゥス・コトマヌス『助言集』第1巻の助言36、シギスムンドゥス・スカッキア『取引及び相場について』注釈5の2節、108及び180番、アンドレアス・クニッヒェン『ザクセン選帝侯の諸特権について』第1章の394番、バルトロマエウス・ウォルクマヌス『貨幣をめぐる討論集』問題1の2節「従って上述の通り…」、4節「従って」、「判別の…」の節、アウグスブルクで何度も公刊され、シュパイヤーにおいてもある鋭敏な法律家による注解とともに公刊されたされたウォルフガングス・ヒレリウスの当該問題に関する単発の助言がそうである。”(Consultationes, II, 210)

28) 契約時換算説の典拠の一つとして挙げられているデュムーランの『契約、利息、定期金論』においても、「古代、中世、現代を問わず全ての人々が、読み反復する際にも、あるいは、論考や助言などにおいても、あらゆる場合に一致して、例えば秤一杯といったように数量という抽象的仕方で金銭が支払が義務づけられるにせよ、あるいは、例えば金貨百枚といったように定まった種類の貨幣の支払が義務づけられるにせよ、常に区別することなく、契約時もしくはそれぞれの処分時の内的性質が考慮され吟味されるべきであるとの考えを維持してきたし、依然維持しており、しかも、それが先例とも言うべき共通意見となっている以上、主唱者を引用する必要もない omnes et veteres et medii et recentiores una voce ubique sive legendo sive repetendo, sive in tractatibus, sive in consiliis, tenuerunt et tenent semper et indistincte, sive debeatur pecunia in genere abstracto quantitatis, puta tot librae, sive certa species monetae, puta mille aurei, debere attendi et exigi bonitatem intrinsecam, quae erat tempore contractus sive ciuscumque dispositionis: et cum sit plusquam communis, velut praeiudicata opinio, superfluum est Authores citare」(Opera omnia, II, 306.)とされている。

よって印象づけようとする意図が見て取れる。

ただし、ここでの「応答 *resposio*」の主眼が、同じく契約時換算説に立つ「帝室裁判所の先例 *praejudicia Camerae Imperialis*」、及び、地域固有法の紹介にあることは、判決や法令の内容に及ぶその詳細かつ周到な引用からも明らかである。「先例 *praejudicia*」としては、定期金の支払と買戻何れに関する事案なのか不明ながら、「相手方から受領した通りの価値の貨幣あるいは金銭で支払い弁済する義務がある *mit Müntz oder Gelt/in dem Werth/wie er von dem Widertheil empfangen/auch zuentrichten und zubezahlen schuldig sey*」旨判示する1531年の判決、及び、定期金の弁済について被告売主は原告買主に対して「既になされている提供及び供託にもかかわらず、弁済期に到達し既に発生している定期金及び将来の定期金を、証拠として採用された定期金証書に所定の期限と場所において、適法な買戻が行われるまで毎年110グルデンづつ、1グルデンを15バツェンに換算の上、当該売買の締結時に一般に用いられている通りの金銀の通貨及び相場従って、支払い弁済する義務がある *beschehener Oblation und Deposition unverhindert/die verfallene und außstehende/auch alle künftige Zinß/in der angezogenen Gültverschreibung bestimmter Zeit und Orten/jedes Jahrs biß gebürlicher Ablösung mit ein hundert zehen Gulden/jeden zu fünfzehen Batzen gerechnet/an gülden un silbernen Sorten und Wehrungen/wie die zur Zeit getroffenen Kauffs/derselben Ends gäß und gangbar gewesen/zuentrichten und zubezahlen schuldig*」旨判示する1584年の判決に続いて、定期金買戻による「元本の償還 *Ablösung der Hauptsumma*」にも言及する二件の「決定 *Beschaid*」が引用されている。両決定は、原告買主が売主の相続人を被告として定期金の弁済を求めた同一の事案に関するものであるが、ベーズルトが着目したのは、決定の前提となった被告側の支払条件である。それによれば、「当該定期金のみならず将来の元本の償還もまた、フランクフルトにおいて、かつ、そこで流通している悪貨によって、購入時に原告により見積もられ支払われた通りになされねばならない *diese jährliche Pension/auch künftige Ablösung der Hauptsumma in Frankfurt/und daselbst gangbarer grober Müntz/wie die von Clägern zur*

Zeit der Auffnam/angeschlagen und erlegt worden/beschehen/bleiben」、あるいは、「購入時である1590年にフランクフルトにおいて流通していたままの良貨、悪貨、金貨、銀貨とその相場による定期金の現実の支払とともに、将来の全ての定期金と元本の償還もまたこれに倣って用意され見積もられるべきである mit würcklicher Ablegung der Pension/an guten/groben/gülden und silbernen Sorten und Wehrung/wie die zur Zeit der Auffnam im Jar 1590. in der Statt Frankfurt gäb und gangbar/darnach auch alle künfftige Pensionen und Ablösung der Haupt-Summen/gerichtet und angeschlagen weden sollen」といったように、定期金の支払のみならず買戻についても「購入時 Zeit der Auffnam」の通貨と相場に従った弁済が義務づけられている²⁹⁾。

29) “[40] 第二に、私は、シュパイヤーにある称賛されるべき皇帝の帝室裁判所において下された様々な新旧の判決を幾つか、以上の見解が一層裏付けられるように、ここに一字一句引用せずにはおられない。

<シュパイヤーの帝室裁判所の先例>

1531年12月11日の判決

ペーター・クヴェットゥンクと故ヨーハン・ポトガーの未亡人との間の事件では、上記クヴェットゥンクは、先に10月16日に下された判決に従い、320グルデンを、相手方から受領した通りの価値の貨幣あるいは金銭で支払い弁済する義務がある旨判示された。

1584年9月16日の判決

故ハインリッヒ・ヘックリンの未亡人でアンヴァイル出身のマリア・ヘックリンを原告とし、ライン伯オットー・ヴィルト氏とその兄弟を被告とする事件では、共に召喚されたマイヤーと、ヴィンツィンゲン及びメルヒンゲンの裁判所の参審人等に対する出頭命令が求められるとともに、特にライン伯オットーに対する訴えが提起され、当事者の主張するところに従い正当にも次の通り判示された。すなわち、当該被告は、既になされている提供及び供託にもかかわらず、原告の未亡人に対して、弁済期に到達し既に発生している定期金及び将来の定期金を、証拠として採用された定期金証書に規定の期限と場所において、適法な買戻が行われるまで毎年110グルデンづつ、1グルデンを15バッツェンに換算の上、当該売買の締結時に一般に用いられている通りの金銀の通貨及び相場従って、支払い弁済し、加えて、25フローリン4クロイツァーの明白な損害、6グルデン20ラインクロイツァーに相当する全訴訟費用を、当帝室裁判所官房に支払いあるいは更に支払うべきもの以外に、原告に支払い弁済する義務があ

る以上、我々は被告を上記全てについて有責とみなし弾劾する。クリスティアヌス・バルティウス『帝室裁判所判決集』第5部所収。

1615年〔8月22日〕の判決。

原告アンドレアエ・ホッホデルファーの被告故ヨーハン・フォン・ヴァールシュベルクの相続人たる息子たちに対する召喚手続事件では、[原告側法廷代理人] クレーマー博士による罰金宣告と拘禁の請求が当面却下されるとともに、被告側による履行保証に委ねられ、保証文書の中に言及された二つの農場が担保として提供されたが、更に被告側から次のような申出があった。すなわち、当該定期金のみならず将来の元本の償還もまた、フランクフルトにおいて、かつ、そこで流通している悪貨によって、元本受領時に原告により見積もられ支払われた通りになされねばならないこと、更にまた、それは、定期金の現実の提供によって、なおかつ、1608年から現在までに弁済期の到達した定期金の支払によってなされること、しかし他方で、既に受領し過ぎていた170グルデン1クロイツァーは、1607年8月27日に下された完全な満足あるべしとの判決の内に算定されていること、である。その後、[被告側法廷代理人] シュタイアーナーゲル修士は、期限すなわち猶予期間として四ヶ月が職権に基づいて拘禁の威嚇の下に設定されたとの信用に足る公示を行った。それを承けて、申し立てられている利息、費用、損害が適切に原告に支払われ提供される限り、上記申出が聞き届けられ、それに応じて何が法に適用のか判断されるべきとの決定がなされた。

1620年3月7日判決。

原告エンドリス・ホッホデルファーの被告故ヨーハン・フォン・ヴァールシュベルクの相続人たる息子たちに対する執行をめぐる召喚手続事件では、クレーマー博士による罰金宣告と拘禁、更には、新たな履行保証と元本の支払の請求が当面却下され、代わって、シュタイアーナーゲル修士が先に提起された抗弁に妨げられることなく次のような信用に足る公示を行った。すなわち、37フローリン36クロイツァーの帝国ターラーによる弁済、及び、履行期徒過後に支払われた各定期金の利息20グルデン、更に加えて、提出された目録によって特定された官房経費、帝室裁判所の使者報酬の弁済、そして最後に、去る1619年に時効取得された定期金の、1590年フランクフルトでの受領時に通用していた通りの良貨、悪貨、金貨、銀貨とその相場による支払とともに、将来の全ての定期金と元本の償還もまたこれに倣って見積もられるべきであり、1607年8月27日及び1615年8月22日に下された判決がその後完全に履行されるように、二ヶ月の期限すなわち猶予期間が職権により付され、その際、もし被告がそれらを従わない場合には、上記の期日に下された判決が依然有効である旨付け加えられた。他にも多くの先例や判決が、シュパイヤーで刊行された通貨問題に関する法学上の論考や解答に見出される。” (Consultationes, II, 210-211.)

一方、買戻の基準時を契約時とする法令として引用された、1622年ウルムにおけるシュヴァーベン・クライスの「クライス会議最終決定 Craiß-Abschied」では、「良貨と、今日の著しい高騰に比べて安い相場の下に成立した定期金や売掛債務の弁済や買戻 *Ablegung und Widerbezahlung in guten Sorten/und geringem Werth gegen jetziger gar ubermachten Steigerung angelegten Gülden/so wol als verborgten Schulden*」をめぐって頻発していた「苦情申立 *Beschwerde*」について、「何よりもまず、作成された契約書の文言、次いで、善と衡平が重視されるべきであるが、とりわけ、反対の特約がない場合には、契約締結時が顧慮されるべき *forderist der Buchstab auffgerichter Verbriefung /so dann bonum et aequum, fürnämlich aber wa kein specialis provisio contraria vorhanden/tempus contractus in acht genommen werden solle*」との判断が下されている。ただし、それは、ペーゾルト自身が予め断っているように、シュヴァーベン・クライスに属する帝国等族を対象とするものであって、本件定期金が設定された某帝国都市とは直接関わりがないだけでなく、内容的にも、「善や衡平 *bonum et aequum*」あるいは「キリスト教的愛 *Christliche Liebe*」への言及が見られるとはいえ、「反対の特約がない場合 *wa kein specialis provisio contraria vorhanden*」という明白な限定が付されている以上、本件のような特約による基準時指定を覆す論拠としては力不足と言わざるを得ない。そこで、特約とは無関係に専ら衡平の観点から、「良貨を貸与した債権者 *Gläubiger, so gut Gelt hergeliehen*」の利益に反する解約を認めない旨の帝国都市ニュルンベルクとアウクスブルクの通貨条例、及び、「通貨の高騰は貸与から期間の経過した元本やその利息について考慮されてはならない *die Steigerung der Sorten nicht auff alte Capitalia, und dero Zinß zuziehen seye*」とする地元ヴェルテンベルク大公領の通貨令等が補足的に引用されている³⁰⁾。

30) “[45]また、たとえ本件が名高いシュヴァーベン人のクライスとは無関係であるとしても、私は、最近、1622年3月3/13日のウルムのクライス最終決定において、特にこの問題について大多数の賛同を得て決定された事項を付け加えないではいられない。その文言は次の通り。すなわち、「それによれば、無視できない苦情申立がなされてお

第二の異論として想定されているのは、「主たる借用書の中で、償還について、その時点で通用しているであろう貨幣が約定されているという点 in der Hauptverschreibung solche Müntz bey Ablösung angedinget/die der Zeit gäng und gäb seyn werde」である。この異論は、一見、先のものの繰り返しのように見えるが、応答の視点は全く異なる。弁済時を基準時とする特約の存在という第一の異論に対しては、帝室裁判所の先例や各地の法令が、当事者意思への高権的制約として列挙引用されたが、ここで試みられているのは、特約の内容の解釈、具体的には、「通用しているであろう貨幣 solche Müntz/die gäng und gäb seyn werde」をめぐる当事者意思の探求である³¹⁾。まず、「如何

り、それらは、かなり以前に成立したか、あるいは、ほんの数年前であっても、良貨と、今日の著しい高騰に比べて安い相場の下に成立した定期金や売掛債務の弁済や買戻をめぐる頻繁に生じている。そこで、大多数の賛同の下に次の通り決定された。すなわち、何よりもまず、作成された契約書の文言、次いで、善と衡平が重視されるべきであるが、とりわけ、反対の特約がない場合には、契約締結時が顧慮され、何人もそれによって不当に（そのようなことが暴利の破廉恥の瑕疵をめぐる生じてはならないのと同様に）苦しめられることなく、そもそもこのような場合にはキリスト的な愛が尊重されるべきであり、にもかかわらず、そのように理解し得ないような何らかの状況について明白な異議が申し立てられた場合には、それらに対してあらゆる法的手段や救済が留保される」。

[46]ニュルンベルクの指導者は、1621年12月20日に公布された通貨条例及び通貨令において、また、アウクスブルクの指導者は、1622年5月3日及び8月25日に公布された通貨条例及び命令において、それぞれこの点を考慮している。というのも、彼ら双方とも次のように明確に定めているからである。すなわち、債務者は、如何なる者に対しても、その財産を危険にし債権者の負担を強いる形で解約する資格や権利を有しておらず、良貨を貸与した債権者が、そのような解約によって、既発生の損害以上に負担を強いられるべきではない、と。

[47]同様の命令は、称賛すべきヴェルテンベルク大公領においても既に1620年11月30日に発令されている。すなわち、通貨の高騰は、小売商もしくは日々の支払及び現金債務においてのみ考慮されるべきで、貸与から期間の経過した元本やその利息において考慮されるべきではない、と。

[48]同様に、ヘッセン＝カッセル方伯領においても、1622年4月末日に類似する内容の命令が発令されている。”(Consultationes, II, 211-212.)

31) “他方、主たる借用書の中で、既にふれた通り、償還について、その時点で通用して

いるであろう貨幣が約定されているという点もまた同じく、判断の妨げにはならない。契約締結者は（彼らの文言はその本来かつ法的な意味において理解されねばならないのであるから）、永続的な法令によらず、しかも適切な範囲を超えて、権限濫用によって導入され、当座の間のみ甘受されているにすぎないものを、正当に流通する貨幣、あるいは同じことだが、正当な通貨とは、おそらく見なさないであろう。[49]確かに、如何なる義務づけや処分においても、多くの場合、文言は一般的かつ多義的であるが、しかし、現行法あるいは正しき理性の要請そのものに鑑み、何れか一方の当事者に著しい不都合や明白な損害が発生するような結論を回避するよう常に注意すべきであり、契約当事者がそのような事情について全く知らず、また、予測もできなかった場合には特にそうである。論拠は、学説彙纂2巻15章「和解について」第5法文、学識者の中では、マッタエウス・アッフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会議判決集』判決430の4番。

[50]一方、現在みられる通貨事情の悪化は確かに不当かつ破滅的ではあるが、しかし、それがローマ＝ゲルマン帝国において全く前代未聞の出来事であり、如何なる記録にも同じものを見出し得ないほどであるということは、何人も否定できない。[51]また同様に、契約当事者は双方とも、いわば気付かぬ内に行われ、従来の貨幣からそれほど大きくかけ離れることのないような貨幣の変更を想定していたはずである。論拠はエルネストゥス・コトマヌス氏の『助言集』第1巻、助言36の72番で論じられている。

[52]実際、契約当事者は、もし契約締結時に問われたならば、全く同じように答えたであろうから、これは保証事項とみなされるべきである。学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文最終節、及び、当該箇所への標準注釈。[53]また、トレントの法律家フランキスクス・デ・クルキフィッスィが、『貨幣価値の変動をめぐる所見集』の中で、全く見せかけの論拠によって、反対の見解（すなわち、債権者は、如何なる時も原則として、そのような通貨を、弁済時に当局の権威の下に、たとえそれが最高位者の権威ではなくとも、評価されたままの価値において受領すべく義務づけられている旨の見解）を強く主張しているけれども、彼自身が別の箇所で述べているところによれば、上記のような彼の判断は、通貨がその内的性質において変化したり、あるいは、より厚みのある良貨が少額貨幣の粗悪化によりその内的価値を高めた場合には当てはまらないとされ、実際そこで、彼は進んで、例えばフローリン貨のような基軸貨幣であっても、等しい額及び相応の良貨が、契約時における状態と評価に従って弁済されるべきことを認めている。

[54]ただし、良貨の相場の混乱や高騰が生じたのは、元々少額の3クロイツァー貨だったものが後から粗悪な3バツェン貨や6バツェン貨に改鑄されたためであることは周知の事実であり、またそれは、近年、悪貨がむしろ少額貨幣として受け取られていることから矛盾なく明らかである。以上は、少額貨幣が常に先にその内的性

なる義務づけや処分においても、多くの場合、文言は一般的かつ多義的である *maxime in obligatione et dispositione utcunque verba generalia et praegnantia sunt*』という認識の下、その解釈にあたっては、「現行法あるいは正しき理性の要請そのものに鑑み、何れか一方の当事者に著しい不都合や明白な損害が発生するような結論を回避するよう常に注意すべきである *semper per jura vulgata, ipsumque rectae rationis instinctum, exclusus censeatur is casus, per quem alterutri parti summa iniquitas, et damnum evidens suboriretur*』との一般的命題が提示される。ただし、当該命題が契約解釈の指針として提示されている以上、解釈の帰結はあくまで当事者自身の合理的意思として推定できるものでなければならない。このような観方を裏付ける典拠としてベーズルトが引用しているのは、契約解釈に関わる次のような二つの法文である。一つは、反対行為たる受領問答契約による免除を予定して、当事者間に存在するあらゆる債務を一つの問答契約上の債務に更改するいわゆるアクィーリウスの問答契約 *Aquiliana stipulatio* の効力が、契約時に「想定されてい

質において粗悪化し、その後初めて、まさにこの原因故に、粗悪な通貨の価値や相場がまさに必然的に（つまり皿から回転して飛び出すように）下落するという否定し難い論拠となっている。

[55]以上全てを考慮して、私は次のよう間違いのない見解に達した。それによれば、この不安定な上に、神聖ローマ帝国の卓越した法令に矛盾し、地域共同体にとっても非常に有害な、悪貨の価値、及び、自律的に定まる少額貨幣は、この事案における契約当事者によって理解され意図されてはいなかったはずであり、法によっても定期金購入者がその意思に反して受領を強いらねばならず、当該元本は更に延長して貸し付けられるか、そうでなければ、定期金債務者等は、この厭わしく不当な貨幣の高騰以前にその都市で通用していた貨幣及び価値による償還を行わねばならない。

とはいえ、もう一度申し述べておこうが、私は、判定する意図ではなくむしろ論究する意図から、以上全てを提案した。幾重にも全知全能なる神の思召しにより、当事者や裁判官の心はキリスト教的衡平へと導かれ、本当の真理は私に啓示されるはずであり、また、私のこの度の判断がそれに適っているのであれば、そのような真理が、専ら自らの利益に夢中になっている他の人々から見失われることはあっても、私を欺くことはないであろう。

クリストフォルス・ベソルドゥス博士” (*Consultationes*, II, 212-213.)

なかった訴訟 *lites de quibus non est cogitatum*」には及ばない旨の法文³²⁾であり、そこには、「法学者の解釈は偽りの寛容さを阻む *liberalitatem captiosam interpretatio Prudentium fregit*」という解釈準則も掲げられている。もう一つは、娘のために嫁資を設定した父親が、「彼の死後、婚姻中に娘が子供なしに亡くなった際には、嫁資の一部は彼の相続人である兄弟に遺される *post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia, portio dotis apud heredem suma fratrem remaneret*」旨当該兄弟との間で合意した後に、息子を授かった場合、「契約当事者は相続人を利する意図で合意し、父親に他に子供がいなかった当時、最終意思は彼の兄弟のために表明されたと見なされる *inter contrahentes id actum est, ut heredibus consulatur: et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videtur*」との理由で、新たに相続人に指定されていた息子に悪意の抗弁を認める法文³³⁾である。何れにおいても、「契約当事者がそのような事情について全く知らず、また、予測もできなかった *eo de eventu, nullo modo cogiare, eumque providere contrahentes potuerunt*」ことが重視されており、まさにこの点が当事者の合理的意思であるか否かの分水嶺となる。同様に、「現在みられる通貨事情の悪化がローマ=ゲルマン帝国において全く前代未聞の出来事であることを何人も否定できない *nemo negare potest, praesentem rei monetariae depravationem, in Imperio Romano Germanico inauditam prorsus esse*」以上、本件定期金売買においても、「従来の貨幣からそれほど大きくかけ離れることのないような貨幣の変更を想定していたはず *ad illam monetae mutationem respexerunt, quae non ita longe ab antiqua recessit*」の契約締結者は、「当座の間のみ甘受されているにすぎないものを正当に流通する貨幣とおそらく見なさないであろう *dieses für kein recht gangbar und gäbe Müntz/so ad tempus tantummodo tolerirt würdt*」。こうして、判断理由の核心であった真の貨幣価値に対する定期金購入者の信頼は、より根本的に、契約当

32) D. 2, 15, 5, Pap. defin. 1.

33) D. 2, 14, 40, 3, Pap. resp. 1.

事者の合理的意思という観点から正当化されたことになる。「悪貨の価値は、この事案の契約当事者によって理解され意図されてはいなかったはずであり、法によっても定期金購入者がその意思に反して受け入れを強いられてはならない Werth der groben Sorten/in diesem Fall von der Contrahenten/weder verstanden noch gemeint/noch auch von Rechtswegen von der Gültkäufern /wider dessen Willen angenommen werden muß」のであるから、「当該元本は更に延長して貸し付けられるか、そうでなければ、定期金債務者等は、この厭わしく不当な貨幣の高騰以前にその都市で通用していた貨幣及び価値による償還を行わねばならない dieses Hauptgut länger verzinset werden/oder doch die Herrn Gültreichere/die Ablösung in solchen Sorten und Werth/wie sie vor dieser ledigen ungebührlichen Steigerung der Müntzen/in ihrer Statt gangbar und geweißt/vornemmen müssen」というのが本鑑定意見におけるベーゾルトの結論である。

III

ベーゾルトがテュービンゲン大学法学部判決団名義で著したもののなかからここでまず取り上げるのは、遺言の撤回に関する1622年3月3日付けの第42番の鑑定意見である。ベーゾルトの『助言集』に収録された鑑定意見は、本鑑定意見を含めてフォリオ判で数頁足らずのものも少なくなく、その場合、「事実の概要」、「疑問点」、「判断理由」等が見出しで特に区別されてはいないが、叙述の方法そのものは同じであるので、以下においてもこの順序で敷衍して行くことにする。ここで扱われている事件は、若干の遺贈とラント法上の法定相続分のみを自分の夫に遺し、残り全財産を妹夫妻に譲る旨の遺言を作成したある夫人が、その後、全く逆に、夫に全財産を遺す旨を新たな遺言を作成し、間もなく亡くなったというものであり、おそらくは夫人の妹夫妻が鑑定依頼者であると思われる。旧遺言には、「将来、それがどこであれ、国内外の別の場所において、私のこの現在の遺言に反しあるいは矛盾するような異なる財産処分が行われあるいは文書が作成された場合には、当遺言は効力を失い、そのまま無効と

なる。つまり、その場合、私は、既に前もって、この現在の熟慮された適格な処分を正当に撤回し、白紙に戻し、訂正し、無効にしたことになる daß/wa sich sonsten ins künfftig inn=und ausserhalb Lands/es sey wa es wolle/ein widerige Disposition oder Zedel/so deisem meinem gegenwertigem letzten Willen zuwider oder entgegen were/daß alsdann derselbig nicht cräfftig und gültig seyn und verbleiben: Ich hätte dann zuvor diese gegenwerige wolbedachte und befugte Disposition wider ordentlich revocirt/abgefordert/cassirt und zu nichten gemacht」とのいわゆる「撤回条項 Clausula derogatoria」が挿入されていたが、新遺言において、夫人は、当該条項に「全く触れず、また、彼女の妹についても全く何処にも触れていなかった in dem geringsten nicht Meldung gethan/auch ihr Schwester ganz nirgendt bedacht」³⁴⁾。そのため、冒頭の表題にある通り、「後の遺言は、撤回条項に

34) “故アンナ・カタリーナ・N夫人は、1612年、Sにおいて、正式の遺言書を作成し、その中で、今は亡き義弟ゼバスティアン・M氏、及び、その夫人、すなわち、遺言者のただ一人の妹を包括相続人として指定し、夫ユリウス・フリデリクス・N氏には、遺贈とともに、ヴェルテンベルク新ラント法に基づいて義務づけられた法定相続分のみを遺した。同時に、遺言者は、彼女の遺言書に定式的文言による次のような条項を挿入した。「私はまた、本条項により、何らかのやり方で本遺言に対して加えられたりあるいは企図され得るあらゆる危害を回避するため、次の通り明確に定め表明しておくことにする。すなわち、将来、それがどこであれ、ラント内外の別の場所において、私のこの現在の遺言に反しあるいは矛盾するような異なる財産処分が行われあるいは文書が作成された場合には、当遺言は効力を失い、そのまま無効となる。つまり、その場合、私は、既に前もって、この現在の熟慮された適格な処分（このような処分に私を向かわせ駆り立てたのは、思慮深き神、私自身の誠意、心情、そして、強い思いやりである）を正当に撤回し、白紙に戻し、訂正し、無効にしたことになる。しかしまた、法律上私にその資格のあるこの明白な留保もしくは制約によって、私の遺言を、私の存命中いつ何時でも、私の意のままに適切と思われ留通りに、一部削除したり、補充したり、あるいは、全て撤回することもできる。

遺言者である上記夫人は、その後程なく、Fにおいて別の遺言書を正式に作成し、その中で、夫に対して（ごく僅かな遺贈に加えて）彼女の全財産を与えたが、最初の遺言やそこに挿入された上記撤回条項について全く触れず、また、彼女の妹にも全く何処にも触れぬまま、その後間もなく亡くなった。そこで、以上のような事実関係の下では、カタリーナ・N夫人の最初の遺言と新たな遺言の何れが有効で効力を発揮するのか、が問題となった。” (Consultationes, II, 67.)

よって保護された先の遺言への言及がなくても、当該遺言を無効とするか否か an posterius testamentum, non facta mentione prioris, Clausula derogatoria muniti, rumpat illud vel non ?」が問題となったのである。

ベーズルトは、「最初の遺言に遺言意思の撤回に関する詳細な条項が含まれている以上、そのような遺言は、最初の遺言及び当該条項について全く言及のない後の遺言によって決して訂正されたり取り消されることはなく、依然として有効でなければならない daß/weil dem ersten Testament ein außföhrliche Clausula derogatoria voluntatis einverbleibt/solches durch letztere/darinnen daß ersten und solcher Clausulae ledig kein Meldung beschicht/gar nicht cassirt oder auffgehoben worden/sondern noch allerdings in seinen Cräfften verbleiben müsse」との結論を予め提示し、ローマ法源³⁵⁾に基づく「適法に作成された後の遺言によって先の遺言は破棄される posteriore Testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur」との原則をこれに対比することによって、「通常であれば疑問の余地なく正しい sonst unstrittigen Rechts」はずの本原則を、逆に「疑問点」として位置づけている³⁶⁾。従って、続く「判断理由」では、「遺言とは終意処分である以上、より後に成立した遺言が有効でなけ

35) Inst. 2, 17, 2; D. 28, 3, 16, Pomp. 2, ad Quint. Muc.

36) “その後、我々テュービンゲン大学法学部の学部長及び他の諸博士は、この問題について法学的見解を開陳するよう然るべき手続の下に求められた。そこで、我々はそのような要請を無碍に退けることなく、全員一致で次の通り判断を下した。すなわち、事実の概略に示された通り、最初の遺言に遺言意思の撤回に関する詳細な条項が含まれている以上、そのような遺言は、最初の遺言及び当該条項について全く言及のない後の遺言によって決して訂正されたり取り消されることはなく、依然として有効でなければならない、と。

二つの遺言が存在する場合、たとえ後の遺言に先の遺言に関する言及がないとしても、後の遺言が完全に有効であり、後の遺言によって先の遺言が取り消されたことになるというのは、通常であれば疑念の余地なく正しい。[1]というの、通常、適法に作成された後の遺言によって先の遺言は破棄されるからである。法学提要 2 卷 17 章「如何にして遺言は失効するのか」第 2 節、学説彙纂 28 卷 3 章「遺言の不法、破棄、無効について」第 16 法文。[2]遺言とは終意処分である以上、より後に成立した遺言が有効でなければならない。” (Consultationes, II, 67.)

ればならない *est quippe Testamentum ultima voluntas, proinde illud Testamentum valere debet, quod posterius existit*」という一見自明の論理に基づく本原則が本件事案にはなぜ当てはまらないのか論証されることになる。

単純に二つ以上の遺言が相前後して作成された場合とは異なり、本件のように、「撤回条項が付加された最初の遺言 *Testamentum primum, in quo Clausula derogatoria adest*」の後に、当該条項に全く言及しない「第二の遺言 *secundum Testamentum*」が作成された場合、「法は第二の遺言に遺言者の意思が欠けていると推定する *Lex praesumit, quod in secundo Testamento deficiat voluntas Testatoris*」ため、後者によって当然に前者が破棄されるということはない³⁷⁾。このような法律上の推定は、例えば、「二度遺贈した者に対し

37) “しかし、そのような原則は、最初の遺言に（我々の扱う当該事件においてなされたように）遺言意思の撤回条項が定められ、将来、別の遺言書を作成したならば、最初の遺言は効力を発揮しないものとし、それ故最初の遺言を明示的に破棄したことになる云々といったことが自らの意図である旨遺言者によって言明されている場合には、当てはまらない。[3]つまり、ただ単に第二の遺言が作成されただけでは、撤回条項が付加された最初の遺言を破棄したことにはならないのである。というも、そのような場合、法は、第二の遺言に遺言者の意思が欠けていると推定するからである。論拠となるのは、学説彙纂32巻「遺贈及び信託遺贈について」第22法文〔冒頭〕、及び、同箇所の標準注釈と諸博士その他の注釈、ウィグリウス『市民法提要注解』の法学提要2巻17章第2節への注釈第2番、ヘイギウス『ユスティニアヌス帝法学提要注解』の同箇所への注釈第9番、クラルス『問題集』99章、「遺言…」の節の第4番、メノキウス『推定論』4巻166章13番の「第三の見解とは…」の節、そしてまた、彼らによって引用されている他の多くの人々の見解。[4]またむしろ、この場合、遺言者は、後の遺言によって、自分に対する好意が失われないようにある親しい人々の気を引こうとする一方で、そこに如何なる効果も望んでいなかったとも推定される。学説彙纂11巻7章「宗教関連事項及び葬儀費用について」第14法文8節、同29巻2章「相続財産の取得及び喪失について」第6法文最終節、同25巻7巻「内縁について」第3法文〔冒頭節〕、同33巻10章「家財道具の遺贈について」第7法文2節、同42巻4章「如何なる理由に基づいて占有が付与されるか」第7法文4節、勅法彙纂3巻9章「争点の決定について」第1法文、及び、同箇所の標準注釈と学識者の注釈、ソキヌス『助言集』第2巻の「…は適切ではなかった」で始まる助言163の4番。[5]あるいは、問い詰める人々の怒りから逃れるために、文言や意図のはっきりした遺言を避けようとしたのかもしれない。

コルネルス『助言集』第1巻助言319の「一見そのように見える…」の箇所、マリアヌス・ソキヌス『助言集』第2巻助言144。[6]また一般に、遺言者は、次のような場合にも、最初の処分行為の撤回条項を付加することが多い。それはすなわち、親しい友人や血縁者が、遺言者の死の迫りつつある時に、欺瞞、誘惑、怒りによって、彼らの利益や意思に沿った処分が為されるようにけしかけたり異議を申し立てたりすることを恐れる場合である。[ハインリッヒ7世の]追加勅法集の「制限するために…」の法文、「反対しない…」の行へのバルトルスの注解。[7]従って、最初の遺言に撤回条項が挿入されている場合、後の遺言は、他人の圧力の下、遺言者ではなくむしろ彼ら他人の意思に基づいて為されたという疑いを免れず、詐術や欺罔の疑いもないわけではない。[8]実際、他の多くの人々に続いて、シモン・デ・ブラエティス『遺言解釈論』第4巻3章、疑義2の112番421頁は、第一の遺言がある自由な場所で行われた後で、自由に退出できない別の場所に連れ行かれた遺言者が第二の遺言を行ったような場合、大抵、以上の点が当てはまると述べている。また彼は、同箇所、ある夫人にそのようなことが生じたと述べている。その夫人は、最初の遺言において、姪を相続人に指定したが、後の遺言では、常に彼女を家の中に閉じ込め、血縁者による面会を許そうとしない夫を相続人に指定した。

[9]なお、以上の点にもかかわらず、後の遺言を妨げるために最初の遺言に付加されたこの撤回条項が全く役に立たない旨、アントニウス・ファベル『法実務家及び法解釈者の誤謬について』第2部37章の7以下、及び、同書38章の1が、若干の詭弁を弄して証明しようとしている。[10]しかし、このような見解が、極めて特異な見解として、全く注目に値しないことは、ピエモンテ [サヴォイア公国]の裁判所でさえこの見解に反対する判決が下された旨アントニウス・ファベル自身が『ファベルの勅法彙纂』第6巻5章の定義9で言及している通りである。

[11]更にまた、第二の遺言を行った遺言者が、別の遺言を全て撤回する旨一般的に言明しているとしても、それは、先行する遺言に存する撤回条項に基づいた十分なものとは言えず、当該条項に特に言及することが必要であると、我々博士の見解はむしろ一致している。同様にまた、学説彙纂32巻「遺贈及び信託遺贈について」第22法文 [冒頭] へのアルベリクスの注解も、全ての人々が一致してこの見解に従っていると、ベロイウスも、『助言集』第2巻、助言3の1番において、学識者たちが一致してこの見解に与していると述べている他、ヨハンネス・ケファルス『法助言集』助言375の27番、そして、カブラ『助言集』助言31の「彼らの見解によれば…」の箇所にも拠れば、シモン・デ・ブラエティス『助言集』助言124の5番、ヒポポリトゥス・リミナルドゥス『助言集』第3巻、助言235の55番、ヨアンネス・マリアヌス・リミナルドゥス『助言集』第1巻、助言73の15番、フランキスクス・ブルサトゥス『助言集』第1巻、助言47の90番もまた、通説に与している。更に、この法的判断が真理にもより一層適合的であると、アンドレアス・ファキナエウス『法学論争集』第4巻92章も結論づけ

ては一度だけ義務づけられることを我は望む *cui bis legavero, semel deberi volo*」と最初に書かれたその同じ遺言書の中で同一人に複数の遺贈が行われた際に、「後の意思の方が有効であると解される *suprema voluntas potior habetur*」のは、「最初の意思について後悔し、受遺者が複数の遺贈を受け取るよう望む旨特に言明した *specialiter dixit prioris voluntatis sibi paenituisse, et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat*」場合に限られるとする法文³⁸⁾を手掛かりとし、「最初の意思の撤回を許さないような条項を何人も自らに対して定めることはできない *nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat*」という準則、あるいは、より端的に、後続遺言による先行遺言の破棄を認める上記原則に対する制約として、標準注釈 *Glossa ordinaria*³⁹⁾

ている。[12]第一の遺言の撤回のためには、例えば、「後からなされたこの遺言が、別の如何なる遺言にも妨げられることなく、あるいは、他のあらゆる遺言を破棄し無効にすることによって、我が遺言として有効となることを望む」といった一般的な文言で十分であるとヒエロニムス・パントシュウシュマヌス『市民法及びザクセン法実務問題集』第2巻の問題3が回りくどく冗長な仕方でも論じているように、たとえ異なる見解の人々がいるとしても、そうである。[13]とはいへ、このような論争に我々が関わる必要はない。というのも、問題の事案においては、[他の遺言への]如何なる言及も見出されず、従ってまた、第二のあるいは後続の遺言における先行遺言の撤回は尚更見出し得ないからである。[14]他方、少なくとも一般的な撤回は不可欠であって、これに矛盾することを法律で定めることはできない旨、マンティカ『遺言解釈論』第12巻8章の4番、及び、マスカルドゥス『証明論』結論1288の39番が論じている。”
(Consultationes, II, 68.)

38) D. 32, 22, pr. Herm. 4, iur. epitom.

39) 「同様に、たとえ何らかの遺言を作成したとしても、…これこれの文言がはっきりと繰り返されなければ、そのような遺言の発効を望まない」と述べている場合はどうか。解答：第一の遺言が第二の遺言によって特に撤回されなければ第一の遺言が有効であるとの法則が常に妥当すると思われる。というのも、その時初めて第一の遺言が無効になるからである。Item quid si dicat, nolo valere, si quod fecero, [...] nisi expressim haec verba repetantur? Respond. semper videtur quod habet locum haec lex, quod valeat primum: nisi specialiter revocetur primum per secundum. tunc enim primum vitiatum.] (Glossa accipiat ad D. 32. 22. pr. 引用は1627年リヨン刊標準注釈付き市民法大全 *Corpus iuris civilis Justinianei cum commentariis Accursii*, vol. 1, 1041.による)

以来、学説上広く承認されている。撤回条項付きの遺言について特にこのような推定を認めるのは、撤回条項というものが、一般に、「親しい友人や血縁者が、迫りつつある死に乗じ、欺瞞、誘惑、怒りによって、彼らの利益や意思に沿った処分が為されるようにけしかけたり異議を申し立てたりすることを恐れる *ab Amicis et Consanguineis, eveniente casu mortis, timent deceptiones, sollicitationes atque molestias, quibus instigantur atque interpelluntur, ut ad eorum beneplacitum et voluntatem dispositio fiat*」遺言者によって挿入されることが多いからである。また、そのような他人の不当な介入が想定される場合、後続遺言は、そもそも、「他人の圧力の下、遺言者ではなくむしろ彼ら他人の意思に基づいて為されたとの疑いを免れない *non carent suspicione, quod ad aliorum instantiam, et potius secundum eorundem, quam Testatoris voluntatem, sint confecta*」。従って、後続遺言が、先行遺言に予め挿入しておいた撤回条項を意識しつつ遺言者自らが望んで作成したものなのか、それとも、他人の不当な介入の帰結そのものなのか、遺言者の利益のために注意深く判定する必要がある。その判定基準が撤回条項への言及の有無に他ならない。そして、そうである以上、撤回条項付きの先行遺言が確かに破棄されたと言えるためには、「別の遺言を全て撤回する旨一般的に言明した *dicebat in genere, quod revocet omne aliud Testamentum*」だけでは足りず、「当該条項に特に言及することが不可欠 *necesse esse, ut illius Clausulae in specie mentio fiat*」なのである⁴⁰⁾。

40) このような見解が当時の裁判実務にも受容されていたことを示すものとして、サヴォイア公国神聖顧問会 *Sacrus Sabaudiae Senatus* (最上級審裁判所に相当) の判決を勅法彙纂の編別に従って収録したアントワヌ・ファーヴル『ファベルの勅法彙纂 *Codex Fabrianus*』(1606年初版) から次の判決が引用されている (なお、ここでは、「一般的な撤回 *generalis revocatio*」のみならず「撤回条項への一般的言及 *derogatoriae clausulae mentio in genere facta*」もまた撤回条項付きの先行遺言の撤回としては不十分である旨判示されている)。

DEFINITIO IX.

Clausura derogatoria impedit validitatem posterioris testamenti, nisi specialiter ejus clausulae mentio facta sit in posteriori.

Constat prius testamentum, quod habet clausulam derogatoriam, non aliter

revocari posse per posterius, quam si specialis mentio fiat ejus clausulae, nec generalem sufficere revocationem, non solum si plura testamenta praecesserint, in quo omnes consentiunt, sed etsi unum duntaxat. Porro specialis revocatio prioris testamenti non ex eo solo facta videtur, quod testator in secundo testamento dixerit, non obstante alio testamento per me condito, in quo institui Sempronium, vel de quo fuit rogatus Maevius notarius. Sed requiritur omnino, ut facta fit mentio clausulae derogatoriae priori testamento insertae, secundum receptiorem nostrorum sententiam. Quae licet dura sit, vixque admittenda si clausula derogatoria primo testamento inserta simpliciter concepta erat, puta, si fecero aliud testamentum, nolo illud valere: tamen recipienda est, si clausula derogatoria habebat insertam aliquam specialem formam. Sed neque derogatoriae clausulae mentionem in genere factam esse sufficit, sed in specie fieri necesse est, quamvis non etiam in individuo. Maxime vero si tam breve temporis intervallum, puta septem aut ad summum decem dierum inter utrumque testamentum intercesserit, ut non sit credibile tam exiguo temporis spatio fuisse testatorem oblitum verborum, quibus clausulam derogatoriam conceperat; praesertim si neque implicata, neque insolita fuerunt, quo solo casu admittenda est praesumptio oblivionis in facto proprio de recenti. Ita Senatus in causa quadam gravi, 14. Calend. Aug. (Codex Fabrianus, VI, v, def. 9, 592-593. 引用は1740年ジュネーヴ刊のテキストによる)

“定義9：撤回条項は、後続遺言において特に言及されない限り、当該後続遺言の有効性を妨げる。

撤回条項を含む先行遺言が、当該条項について特別に言及されない限り撤回され得ないことは明らかであり、複数の遺言が先行し内容において全ての遺言が一致している場合だけでなく、たとえ一つの遺言が先行するにすぎない場合であっても、一般的な撤回では不十分である。更に、先行遺言の特別な撤回は、遺言者が第二の遺言において、「私が作成し、セムプロニウスが相続人に指定され、そしてまた、公証人マエウィウスの助言を受けたもう一つの遺言にも関わらず」と述べたという事実だけでは認められない。やはり、より広く我々に受け入れられている見解に従い、先行遺言に挿入された撤回条項について言及されることが必ず要求される。また、この見解は、それが如何に確固たるものであるとしても、例えば、「別の遺言を作成したならば以前の遺言の発効を望まない」というように、先行遺言に挿入される撤回条項が簡略に定められた場合には、受け入れる余地はほとんどない。しかし、撤回条項に何か特別な方式が付け加えられている場合には、やはりこの見解を受け入れるべきである。ただし、撤回条項への言及は、一般的なものでは不十分であって、個別的とまではいなくても、特別に行われる必要がある。殊に、それぞれの遺言の間に一週間もしくはせいぜい十日しか経過していないというように間隔が極端に短い場合、そのように短い時

以上のような判断理由に対する異論としてまず吟味されているのは、「撤回特約が遺言者の同意なしに先行する遺言に挿入された *Clausulam specialem derogatoriam, in primo Testamento adpositam fuisse praeter ipsius Testatoris consensum*」可能性を指摘する見解である。遺言者の知らぬ間に撤回条項が挿入されたのであれば、後続遺言における言及の有無はそもそも問題とならないというのである。しかし、本件撤回条項が「非常に入念な仕方で、かつ、明瞭な文言を用いて、当該処分理由も付け加えつつ *so operose, disertisque verbis, et addita ratione hujus dispositionis*」書かれていることは明らかであり、そうである以上、「遺言者である夫人の心からの同意と十分な自覚のないまま、当該条項が最初の遺言に挿入されたとは全く考えられない *es ledig nicht zuvermuten/daß ohne der Frau Testiererin seeliger Consens unt gutes Wissen diese Clausula ihrem Ersten Testament einverleibt*」。また、夫人が、「その財産を、多くの理由に基づき、ただ一人の妹に、自ら望んで一旦与えた後に、今度は自分の夫に与えようとしている *seelig einmal ihrer einigen Schwester/vieler Ursachen haiber ihr Vermögen gernest und lieber/dann ihrem Eheherrn gönnen wollen*」だけでなく、その後続遺言において、「彼女の血縁者にはその遺言の中で全く何も遺さなかったどころか、遺贈をも彼女の夫のために設定している *sie ihren Blutsfreuden darinn gantz nichts verlassen-/sondern auch Legata allerdings auff ihres Eheherrn Seitten gerichtet*」という事態の不自然な経過は、例えば、夫から新たな遺言を求められた夫人が「病気で衰弱した人間として、たとえそれが彼女の望みではなかったとしても、そのような求めを断りきれなかった *solches als ein krancke blöede Person nicht wol abschlagen können/ob es gleich ihre nicht lieb were*」といった状況を強く示唆する。従って、「ある思慮深い者が彼女に勧めたに違いない当該撤回条項は、遺言者にとって気に入らないどころかその意向に十分に添ったもので

間で遺言者が撤回条項作成時に用いた文言を忘れてしまうということは信じ難く、特に錯綜した特殊な事情のない限り、失念の推定は後続遺言をめぐる事実には照らして事案ごとくのみ認められるべきである。以上の通り、顧問会は、ある重大な事件について、[1593年] 8月14日に判示した。”

あった diese Clausula, so ihro zweifels frey ein verständiger suggerirt/der Testirerin nicht mißfällig/sondern wolbeliebig geweßt seye」と「推定する praesumiren」ことができる。「後の遺言において明らかに親しい人が相続人として指定された場合には、撤回条項によって保護された先の遺言もまた、たとえ先の遺言について言及がなくても、後の遺言によって無効とされると考えるべき *si in posteriori Testamento instituat personam valide dilecta, quod tunc prius Testamentum etiam Clausula derogatoria munitum, per posterius infrmatum conseatur, quamvis prioris non faciat mentionem*」との異論も、以上のような本件の事情を踏まえるならば全く説得力がない。というのも、夫人の新たな遺言作成に夫が介入した可能性が高く、夫人はまさにそのような事態を恐れて当該撤回条項を遺言に付加したものと推定される以上、「後の遺言でより一層親しい者が相続人に指定されたとは決して言えない *dici nequit, in posteriori testamento personam magis dilectam fuisse institutam*」からである⁴¹⁾。

41) Und diesem/was pro validitate hujus prioris Testamenti, Clausula derogatoria muniti, et in posteriori non revocati, bißhero außgeführt worden/sole zuwder nicht irren/das gesagt werden möchte/Clausulam illam specialem derogatoriam, in primo Testamento adpositam fuisse praeter ipsius Testatoris consensum. Nam tunc secundum, sine Clausula speciali derogatoria prioris, tollit illud primum: Et praesumi adjectam ex stylo et consuetudine Nortarii praeter voluntatem Testatoris, si testator erat idiota et literarrumignatus, quod dicit Menoch. supr. d. c. 166. Mantica lib. 3. tit. 5. num. 1. et lib. 12. tit. 8. num. 15. Simon. De Praetis libr. 4. interpret. 3. dubit. 2. numer. 61. et 91.

Dann es ist in gegenwertigen unserm Fall ledig nicht zuvermuten/daß ohne der Fraw Testiererin seeriger Consens und gutes Wissen diese Clausula ihrem Ersten Testament einverleibt; Weill nicht allein solche so operose, disertisque verbis, et addita ratione hujus dispositionis gebraucht worden (ibi: zu Verhütung allerley Gefährden/u. item ibi: inn: oder ausserhalb Landts/ac ibi: darzu mich/wiß Gott/mein eigen Herz/Gemüht/u. getrieben) sondern es geben auch alle circumstantiae gnugsamb zuerkennen/daß die Fraw Testiererin seelig einmal ihrer einigen Schwester/vieler Ursachen halber ihr Vermögen gernest und lieber/dann ihrem Herherrn gönnen wollen/doch beneben vermutet/und in Sorgen gestanden-

/wann sie von ihrem Eheherrn umb ein Testament angedredt/auch solches als ein krancke blöede Person nicht wol abschlagen können/ob es gleich ihre nicht lieb were. Darumb dann gänzlich zu praesumirten/daß diese Clausula, so ihre zweifels frey ein verständiger suggerirt/der Testirerin nicht mißfällig/sondern wolbeliebig geweißt seye. Gestaltsame dann das letzte Testament auch umb etwas in hanc jam dictam sententiam graviret würdt/weil sie Testirerin ihrem Blutsfreunden darinn gantz nichts verlassen sondern auch die Legata allerdings auff ihres Eheherrn Seitten gerichtet.

Darumben ebenmässig unserer decision nicht abbrüchtig sein mag/quod ex aliis Iason ad l. facimus. num. 14. vers. sexto fallit. et ad l. no dubium in fin. C. de testament. adducit, nempe si in posteriori Testamento instituat persona valde dilecta, quod tunc prius Testamentum etiam Clausula derogatoria munitum, per posterius infirmatum censeatur, quamvis prioris non faciat mentionem. Dann nicht allein er Iason selbst diese Meinung reprohirt/und solche der Rechtlichen Billigkeit entgegen zu sein halten thut/sondern es erscheint auch auss oberwehntem/daß die Fraw Testirerin ihr Gut der Schwester lieber/dann ihrem Eheherrn gegünnet/und eben intuitu mariti, diese Clausulam beygesetzt. Ita ut dici nequeat, in posteriori testamento persoram magis dilectam fuisse institutum.

Deme allem nach würdt es nochmalen hierbey verbleiben müessen/daß in diesem unsrem casu das Erst/und nicht das letzte Testament gültig/oder vollzogen werden solle. Actum in Collegio nostro den 3. Martii Anno 1622. (Consultationes, II, 68-69.)

“そしてまた、[15]そのような特別な撤回条項が遺言者の同意なしに先行する遺言に挿入された旨主張されるとしても、それは、撤回条項によって保護され後続遺言においても撤回されていない本件先行遺言の有効性のために以上において論じてきた点を動揺させることはない。というのも、特別な撤回条項がなくても、今度は第二の遺言が第一の遺言を破棄することになるからである。[16]更に、もし遺言者が無学で文盲である場合には、公証人の職務慣行上、遺言者の意思に反してでもそのような撤回条項が挿入されたと推定される旨、メノキウス前掲書166章、マンティカ『遺言解釈論』第3巻5章の1番及び第12巻8章の15番、シモン・デ・プラエティス『遺言解釈論』第4巻3章、疑義の2の61番及び91番は論じている。

更に、我々が今扱っている事案においては、遺言者である夫人の心からの同意と十分な自覚のないまま、当該条項が最初の遺言に挿入されたとは全く考えられない。というのも、当該条項は、非常に入念な仕方、かつ、明瞭な文言を用いて、当該処分理由も付け加えつつ、用いられているだけでなく(次の箇所:「あらゆる危害を避けるために…」)、同様に次の箇所:「ラント内もしくは外において」、そしてまた更に次

最後に取り上げるのは、判決団名義で、しかも、某裁判所からの「送付書類 *uberschickte Acta*」に基づいて著された1624年12月31日付け第46番の「永借権 *emphyteusis: Erbbestand: Erblehen*」に関する判決案付き鑑定意見である。表題には、「永借権の喪失原因は如何なる場合に当てはまりあるいは当てはまらないのか *quando causae amittendi Enphyteusin locum habeant vel non ?*」、「永借権の処分は正当な喪失原因となるか否か、そしてまた、如何なる場合にそうなのか *Alienatio emphyteuseos an et quando sit justa causa caducitatis ?*」、「合意の不履行についてはどうか *Quid de pactis non servatis ?*」、「不知は如何なる場合に推定され、如何にして証明されるべきか *Ignorantia quando*

の箇所：「このような処分に私を向かわせ駆り立てたのは、思慮深き神、私自身の誠意、心情…である」、あらゆる状況から、遺言者の夫人が、その財産を、多くの理由に基づき、ただ一人の妹に、自ら望んで一旦与えた後に、今度は自分の夫に与えようとしていることもまた紛れもなく明らかである。しかも、彼女は、再びラント外に連れ出された際、夫から遺言を求められたかもしれず、病気で衰弱した人間として、そのような求めを、たとえそれが彼女の望みではなかったとしても、断りきれなかったのではないかと推測され憂慮される。それ故、ある思慮深い者が彼女に勧めたに違いない当該撤回条項は、遺言者にとって気に入らないどころかその意向に十分に添ったものであったと推定される。最後の遺言も、その内容からして、ここに述べた見解を一層裏付けることになろう。なぜなら、遺言者は彼女の血縁者にはその遺言の中で全く何も遺さなかったどころか、遺贈をも彼女の夫のために設定しているからである。

また、以下の点を考慮してもなお我々の判断には綻びはないと思われる。[17]それはすなわち、勅法彙纂 6 卷23章「遺言について」第27法文へのヤーソンの注解第14番の「第六に誤解させるのは…」の行、及び、同じく第16法文末尾への注解が他から引用している点、すなわち、後の遺言において明らかに親しい人が相続人として指定された場合には、撤回条項によって保護された先の遺言もまた、たとえ先の遺言に言及がなくても、後の遺言によって無効とされると考えるべきであるとの見解である。[18]しかも、ヤーソン自身、このような見解を排斥し、それが法的な衡平さに反すると見なしただけでなく、上に述べたところからも、遺言者がその財産を、愛する妹に遺した後に自分の夫へと遺したのであり、また、まさにそのような夫を備えて、この条項を遺言に付加したことは明らかである。それ故、後の遺言でより一層親しい者が相続人に指定されたとはそもそも言えないのである。

以上全てから、この我々の事案においては、最後の遺言ではなく、最初の遺言が有効でありあるいは履行されるべきであるとの結論を依然として維持せざるを得ない。1622年3月3日我々判決団において判定。”

praesumatur, et quomodo probetur?」、永借料の受領によって一旦生じた永借権の喪失は回復されたと見なされるべきか Ob receptionem canonis an incurta caducitas remissa censeatur」が主要な論点として掲げられており、「永借権の喪失原因 causae amittendi Emphyteusin」、つまり、永借権失効の積極要件とともに、「不知 ignorantia」や「永借料の受領 receptio canonis」といった消極要件がここでの吟味の対象であることが看取できる。「事案の概要」に相当する本文冒頭部分によれば、本件事案は、永借地の所有者である原告等が、「古い永借権証書に書かれている事柄、及び、その後1572年の更新時に定められた合意がほとんど尊重されることなく、所有者にとって著しい損害や不利益となるような行為を合意に反して繰り返している so wol die in dem alten Erb=Bestands=Brief/als auch hernacher/in Anno 1572, beschehener Erneuerung bestimmte Pacta, zum wenigsten Theil in Obacht gehabt/sondern vielfältig zu mächtigen Praejuditz und Nachtheil deß Eigenthumbsherrn darwider gahandelt」との理由で、永借権者である被告等に対して、「その永借権あるいは収益権が裁判書類中に言及された地所について失効した ihr jus Emphyteuticum, oder Uberbesserung/auff denen in Acta angezogen Gutern verwürckt haben」旨主張し、永借地の返還を求めているというものである⁴²⁾。

42) “Sの春期見本市の開催責任者に任命されている原告らと、被告フレイインゲンのエアハルト・モーレン及びその共同相続人との間で争われている事件において。我々テュービンゲン大学法学部の学部長及び博士は、我々宛に送付された極めて長大な事件書類を丹念に読み、熟考の末、以下の点を確認した。すなわち、原告の請求は特に下記の理由から十分に裏付けられており、またそれ故に、被告は、その永借権あるいは収益権が裁判書類中に言及された地所について失効したという点に異議を申し立てている、と。これは何よりもまず、古い永借権証書に書かれている事柄、及び、その後1572年の更新時に定められた合意がほとんど尊重されることなく、所有者にとって著しい損害や不利益となるような行為を繰り返しているとの理由による。

更に原告は次のように申し立てている。第一の合意事項に関して、被告は、一つの場所ではなく四つの異なる場所で実った年間収穫高の確定後も、永借料を定められた場所と時間に持参しなかったので、取立人は彼ら被告の居所まで取立に出向かざるを得ない。第二の合意事項は集金人もしくは取立人とは全く関連がないか、そもそも如何なる事項も定められなかった。更に、被告側は第三の合意事項の内容にも繰り返し

違反した。すなわち、当該永借地の幾つかの部分が、様々な機会に、被告等によって、所有権者の同意及び許諾のないまま売却され、変更され、分割され、更には別々に担保に供された云々。

[1]ところで、永借権が、永借物や収穫物の処分のために、たとえそれらについて如何なる合意も為されていない場合でも、失効することは明らかである。コルブルス『永借権剝奪の諸理由に関する論考』第14章1節。[2]これは契約の本性に基づく。勅法彙纂4巻66章「永借権について」第2法文に対するヤーソンの注解の4番、同箇所へのサリキウスの注解冒頭、アルベリクスの注解1番。[3]また同様に、永借権は、そのような処分が明らかに所有権者の利益となる場合であっても、剝奪されるに至る。コルブルス前掲箇所、15節。[4]永借権を付与された者は農民や女性その他同類の誰であれ法や契約条件を知らねばならず、それ故、これらの人々は、所有権者に無断で為された譲渡によって権利を失うことになる。これは、封建法書2巻42章「封主と封地購入者間の争いについて」への注解でバルドゥスが詳細に述べている通りであり、アフリクティス『封建法書注解』の同箇所への注解も同旨である。また他に、勅法彙纂4巻66章最終法文へのヤーソンの注解、問題16の128番、ティラクエルス『合意の取消について』4章、注釈7の17番、グリエルムス・レドアヌス『譲渡不可能な教会財産、及び、財産譲渡による喪失に関する論考』の第2番、「永借権のまた…」の行。[5]また、永借権の処分が無断でなされた場合には、永借地は収益とともに所有権者に復帰する。コルブルス前掲箇所50節。[6]その場合、所有権者が望み限り、裁判所の判決は不要である。ペトルス・デ・ベニンテンディス『ポローニヤ市顧問会判決集』判決37。

また同様に、原告からは、第六の合意事項が、次のような場合、被告によって無視されたことになる旨主張されている。それはすなわち、遺産分割や売買の時点で既にこれらの地所は他人の手に渡っているとしても、既に述べた合意に基づき、八日以内にSに赴き、春期見本市の開催責任者に対して、相続人もしくは買主が権利者として登録された旨知らせなかった場合である。

しかしながら、[7]永借権者もしくは永小作権者は、自らに課された合意事項に違反しその全てを履行しない場合、永借地上に有する権利及び権限は完全に失い、その地所は永貸人に完全に復帰するものと解される云々といった点は、よく知られている通り、全く正しい。[8]また、永借権者は、定められた期限に永借料を支払わない場合と同様に、他の合意事項を遵守しない場合にも、その権利を剝奪される。コルブルス『永借権論』第2章。

永借権失効の申立に際して原告側が主張するもう一つの主要な論拠も、被告等が当該地所が永借物であることを争っている以上、ここに取り上げることにする。

この場合もやはり、[9]ある永借人が永借地を保有することを否定しているのに対して、永借地を保有していることが証明された場合、その者は永借権を失う旨法に定められている。論拠となるのは、アフリクティス前掲書の封建法書2巻34巻「コルラドゥス法について」最終節への注解11番、アルワルス・ワラスクス『永借権法問題集』問題38の14番、コルブルス前掲書第1章。”(Consultationes, II, 82-83.)

ここで原告側は、「被告が永借料を定められた場所と時間に持参しなかった Beclagte hätten ihr Angebühr zu bestimmten Orten und Zeiten gar nicht geliefert」点、及び、「当該永借地の幾つかの部分が、様々な機会に、被告等によって、所有権者の同意及び許諾のないまま売却され、変更され、分割され、更には別々に担保に供された zu unterschiedlichen malen von ihnen ettliche Stuck ausser diesen Lehenbaaren Gütern/ohne Consens und Einwilligung der Eigenthumbsherrn/verkauft/verändert/vertheilt/auch sonsten zertrennt/und versetzt worden/u.」点を合意違反として申し立てており、「永借権者は、自らに課された合意事項に違反しその全てを履行しない場合、永借地上に有する権利及び権限は完全に失い、その地所は永貸人に完全に復帰するものと解される云々 der Emphyteuta oder Erbbeständer/falls er die ihm vorgeschriebne Pacta ubertrette/und denselben in allem nicht nachsetze /sein auff den Lehen=Gütern habend Recht und Gerechtigkeit gänzlich verwürckt/und solch Gut dem Lehenherrn vollkommenlich widerumb für heimgelassen geachtet werde/u.」といった観方がその裏付けとなっている。すなわち、「永借権が、永借物や収穫物の処分故に、失効すること emphyteutam propter alienationem rei emphyteuticae, vel melioramentorum, a jure suo cadere」は、「それらについて如何なる合意も為されていない nihil de eo est pactum」場合であっても「契約の本性 natura contractus」に基づき明らかである以上、合意されている場合には尚更、「定められた期限に永借料を支払わない canonem stato tempore non solvit」場合と同様に、「永借権者がその権利を剝奪される Emphyteuta privatur jure suo」根拠となり、「永借地は収益とともに所有権者に復帰する emphyteusis una cum melioramentis ad dominium redit」というのである。

しかし、「原告側によって主張されたこれらの論拠にもかかわらず、原告は事実上も法律上も自らの主張を根拠づけることができず、それ故、被告を訴えから解放するのが正当であると考えることに疑念の余地はない dieser und anderer von clagenden Theil eingeführter vermeindten Motiven ungeachtet /halten wir unzweifelzig dafür/daß selbige weder in facto noch jure

fundirt/deßhalben Beclagte billich von der Clag zuabsolviren」との一節から明らかな通り、本鑑定意見の主眼は、上記原告の主張とその論拠を「疑問点」と位置づけ、これを吟味反駁し、原告敗訴を導く「判断理由」を提示することにある⁴³⁾。まず検討されているのは、永借権に関する合意の中に「失権条項

43) “原告側によって主張されたこれらの論拠にもかかわらず、原告は事実上も法律上も自らの主張を根拠づけることができず、それ故、被告を訴えから解放するのが正当であると考え、ことに疑念の余地はない。すなわち、それら全てをその推論と証明のみならず結論において十分過ぎるほど明らかにすることはあらゆる異論への反駁となり、そこからまさに同じことが一層明らかとなる。というも、この種の永借権について話し合われ締結された合意の全てが、遵守しない場合に永借権を失う旨の罰則を備えているわけではなく、目的物の使用、つまり、永借地の利用法に関する罰則がみられるにすぎないからである。これは、ヨハネス・ペトルス・スルドゥス『マントヴァ公国顧問会判決集』判決180、マストリッルス『シチリア王国聖顧問会判決集』判決128の8番が論じている通りである。

また同時に、加えて援用される更新文書からも、各合意事項の違反によって当該永借権が失効すべきとはなっておらず、ただ第三及び第七番目の合意事項に失権条項が挿入されているにすぎないように見える。そしてそうである以上、他の合意事項の遵守をそのような厳格な罰則の下に引き受けることまで望んでいないのは明白である。

[11]というも、合意の中に失権について定められておらず省かれている場合に、それを読み込むことは容易ではないから。ヨハネス・ペトルス・スルドゥス前掲書判決180。[12]また、ある一つの場合に特に規定されている以上、それ以外の場合には、法は反対であるとみなされる。学説彙纂5巻1章「訴訟について」第12法文〔冒頭〕、同1巻3章「法律、元老院議決、長期に渡る慣習について」第22法文、ガイドゥス・パボニウス『判決集』判決473、アルバヌス『助言集』第1巻助言79の冒頭。[13]同様に、ある点について肯定されていることは残りの点について否定されていると考えるべきである。カノン法大全「別書」2巻23章「推定について」5節。

ところで、記録によれば、第三及び第七番目の合意事項に現在の被告が違反していることを、原告は未だ証明しておらず、しかも、幾つかの地所はおそらく既に被告の先代によって売却されたのである以上、相続人が今になって初めて訴えられるということはない。[14]というも、所有権者は、その意思を永借権者の存命中に表明しなければ、その後、永借権者の相続人に同じ意思を表明することはできないからである。これは、多くの人々に続いて、ミュンジンガー『帝室裁判所判決個別考察集』3巻、考察97の1番、ルイヌス『助言集』第1巻、助言128の8番及び助言168の20番、ハルトマヌス・ピストリス『ローマ法及びザクセン法問題集』第1巻、問題35の3番が述べて

clausula caducitatis」を挿入することの意味である。「この種の永借権について話し合わせ締結された合意の全てが、遵守しない場合に永借権を失う旨の罰則を備えているわけではない nicht alle Pacta, so bey dergleichen Erbbeständen abgehandlet und beschlosen werden./ diese Straff/daß auff den Fall nicht haltens/ein Erblehen verwürckt/auff sich tragen」ことに鑑みれば、失権という「過酷な違約罰 scharpffe Straaff」は、失権条項が挿入された合意部分に関してのみその効力を認めるべきであり、「ある一つの場合に特に規定されてい

いる通りである。

また、原告が申し立てている先代による原告の許諾を伴わない譲渡が、当時この永借地上に如何なる地所も保有していない者に対して行われたことは未だ証明されていない。その場合、主張された処分から既にかかなりの年数が経過しているので、所有権者の許諾は推定され、また推定するのが適切であろう。

[15]というのも、期間の長さから、永借権者による処分が所有権者の同意の下に行われたと推定されるからである。デキウス『助言集』助言409の4番及び本助言のほぼ全体、アレクサンデル『助言集』第4巻、助言211の最終コラム、ウェーセンベキウス『助言集』第1巻、助言34の46番。

[16]更に、十年間の黙認から処分に関する所有権者の許諾が生じる旨、勅法彙纂6巻9章「誰が如何なる期間において遺産占有を許され得るのか」第1法文へのヤーソンの注解16番、アレクサンデル『助言集』第4巻、助言113の10番「注意深い考察によれば…」の箇所、アントニウス・ゴメジウス『契約論』、「種々の契約の性質について」の章11節17番3行目、マスカルドゥス『証明論』第1巻、結論417の4番、デ・ヴェスケス『相続の発生、進行、終了について』第7章28番。[17]また、教会からの永借権においても、教会が他者への譲与を知らず長い間黙認していた場合（とりわけ永借料に関して教会の権利が侵害された訳ではない場合）には、永借権の喪失は生じない旨、アンカラヌス『助言集』助言443の17番は述べており、以上六名の博士の助言は支持され賛同されている。

原告等による明示の同意が十分に証明されているとみなすことも不可能ではない。なぜなら、そのような過去の売買の解除が、(原告自身の陳述によれば)原告やその先代、そして、当局を含めた多くの人々に認められたとされとされる以上、主張されている売買について同意が確かにあったということになるから。実際、同意の欠如故に売買が無効であると見なされるのであれば、解除が認められるということもまたないであろう。というのも、解除は、それが一般に知られている限り、先行する有効な契約を推定させるからである。”(Consultationes, II, 83-84.)

る以上、それ以外の場合には、法は反対であるとみなされる *quod specialiter in uno aliquo casu constituitur, extra illum casum, jus contrarium esse censetur*」や「ある点について肯定されていることは残りの点について否定されているとみなされる *affirmatum de uno, de reliquo censetur negatum*」といった普通法上の一般原則⁴⁴⁾は、契約当事者間の合意事項にも当てはまる。本件合意においても、「どの合意事項の違反によっても当該永借権が失効すべきとはなっておらず、ただ第三及び第七番目の合意事項に失権条項が挿入されているにすぎない *nicht wegen Unterlassung eines jeden Punctens/dieses Lehen verwürckht seyn solle/sondern einzig und allein dem 3. und 7. Pacto die Clausula Caducitatis beygefügt*」以上、「他の合意事項の遵守をそのように過酷な違約罰の下に引き受けることまで望んでいないのは明白である *nicht zuzweifeln ist/man habe die Observation der uberigen Puncten bey so scharpffer Straaff in Achtung zunehmen/nicht begehret*」。従って、「永借物 *bona Emphyteutica: Erblehens=Güter*」の処分それ自体が失権条項の有無とは無関係に契約の本性上当然に永借権の喪失原因となる上記見解は適切とは言えず、また、永借料の不払に関する第一番目の合意事項には失権条項が挿入されていない以上、問題となるのは、第三番目の合意事項に違反する事実、つまり、「所有権者の同意及び許諾を伴わない *ohne Consens und Einwilligung der Eigenthumbsherrn*」処分の有無である。しかし、原告が主張しているのは現被

44) 前者の原則については、D. 1, 3, 22, Ulp. 35, ad ed. (「法律は、過去についてあることを許す場合、将来についてはそれを禁じている *Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat*」) 及び D. 5, 1, 12, pr., Paul. 17, ad ed. (「法務官が数人の内一人に対して判決を禁ずる場合、他の者にはそれを委ねたものと見なされる *Cum Praetor unum ex pluribus judicare vetat, caeteris id committere videtur*」) が、後者の原則については、X. 2, 23, 5, Greg. (「<汝サマリア人である故に悪魔を宿したり>と判断するのは正しいのではなからうか。イエスは「我悪魔を宿さず」と答えられた。というのも、彼には二つの選択肢が認められたからである。それはすなわち、否定するか、あるいは、黙して認めるか、である *Nonne bene dicimus, quia Samaritanus es tu, et daemonium habes? Respondit Jesus: Ego daemonium non habeo. Duo quippe illata fuerunt ei: unum negavit, alterum tacendo concessit*」引用は1746年バーゼル刊フライエスレーベン編のテキストによる) がそれぞれ参照されている。

告の「先代 Vorfahre」による無断譲渡であるので、「現被告 jetzige Beclagte」による合意違反が証明されたわけではないし、「所有権者は、その意思を永借権者の存命中に表明しなければ、その後、永借権者の相続人に同じ意思を表明することはできない nisi Dominus voluntatem suam declaraverit emphytenta adhuc vivente, non potest postea adversus ipsius heredem eandem declarare」ので、「相続人が今になって初めて訴えられるということはない kündten die Erben anjetzo ererst nicht convenirt werden」はずである。また、無断処分後に経過した「期間の長さ diuturnitas temporis」から所有権者の「同意 consensus」や「許諾 licentia」が「推定される praesumitur」とする見解に従えば、「主張された処分から既にかかなりの年数が経過している albereit ettliche Jar von Zeit geclagter alienation verfllossen」本件においても、原告側の黙示の同意が推定される。更に、「そのような過去の売買の解除が、原告やその先代、そして、当局も含めた多くの人々に許されていた solch fūrgegangener Kauff viel personen von ihnen Clägern/deren Antecessoribus, ja ihrer Oberkeit selbsten die Losung gestattet」との原告自身の陳述からすると、解除されるべき「有効な契約 validus contractus」が既に成立していたことになり、永借地処分の有効性を左右する「原告の明示の同意 der Clägere expressus consensus」の存在がここに既に証明されていると解することも十分に可能である。

以上の議論が、永借権失効を主張する原告側によって証明されるべき積極的要件をめぐるものであったのに対して、「判断理由」の後半部分では、原告の主張の覆すために被告側によって証明されるべき消極的要件について吟味されている。まず、「法律上つまり正規の罰を課すためには、軽過失では十分ではなく、悪意あるいは少なくとも重過失が要求される ad infligendam poenam legalem vel ordinariam, levis culpa non sufficit, sed requiritur dolus vel saltem lata culpa」との一般論に従うならば、「永借権の喪失や失効という違約罰 die Staraff der caducität und Verwürckung eines Lehenguts」もまた「永借人側の悪意または重過失により何らかの点において合意事項が破られない限り課されない ehe und dann nicht statt habe/wa nicht ex parte des

emphyteutae, dolo vel lata culpa. Ausser betrieglichem vorsatz/oder unverantwortlicher fahrläßigkeit/in einem oder anderm wider die pacta gehandelt worden」と考えられる。それ故、合意違反による永借権の失効が申し立てられている本件においても、例えば、永借地の無断処分につき、被告等の悪意あるいは重過失が証明されねばならないはずであるが、そのような証明は未だなされていない。それどころか逆に、「どの被告も、最初の永借権取得は言うに及ばず、永借権の更新にも居合わせず、彼らに求められている更新について当該訴え以前に一度も読み聞かされたり、それに関する合意が適切な仕方で開示されたこともなく、当該地所が永借物なのかあるいは単なる賃借物であるかについてさえ知らされていない der beclagten keiner bey der renovation/vielweniger bey dem ersten bestand gewesen/noch ihnen angeregte erneuerung vor dieser rechtfertigung einmahlen vorgelesen/oder die darinnen begriffne pacta gebührendter massen geoffenbahret/auch ob dieses bona emphyteutica vel censualia. Erblehen oder allein schlechte Zinß=Güter seyen」旨主張されている。このような被告等の不知を法の不知 *ignorantia juris* ではなく事実の不知 *ignorantia facti* とみなす限り、「不知はあらゆる不法について免責し刑罰を免れさせる *iganorantia excusat ab omni delicto et poena*」との原則が妥当する⁴⁵⁾。そして、「被告等が手による宣誓によって自ら

45) このような見解の典拠として、ガイル『実務考察集 *Practicae observationes*』(1578年初版)の第2巻考察48「不知は如何なる場合に有利に働き如何なる場合に不利に働くのか *Ignorantia quando commodo vel incommodo sit*」から次の箇所が参照されている。

Primo Communiter receptum est, ignorantiam facti regulariter a paena excusare, text. in c. de controv. inter dominum et empt. feudi, et in l. fin. ff. de decre. ab ord. faciendi. ubi dicitur, poenas adversus scientes paratas esse, text. in l. illud, §. si tamen, ff. de tributo act. et in l. genero, ff. de his qui not. infam. gloss. ibid. in verb. ne ignorantia, Bart. In l. si, n. 2. ff. si quis testam. liber esse. Idem in l. omnes, n. 1. C. agric. et censi. [...]

Quinto tempus anni, et diei petendi renovationem investiturae, non currit ignorantia, sed demum a tempore scientiae, hoc est, cum scit, et notitiam habet feudi vacantis, textus et gloss. in cap. 1. in verbo, infantia, in fin. quo tempore

miles glos. in cap. imperialem, §. praeterea in verbo, negligentia, de prohib. feud. alien. per Freder. Zas. In tract. feud. p. 7. num. 2. Curt. in tract. feud. part. 4. num. 47. cum sequent. ubi hoc decem modis limitat. Idem cons. 220. num. 24. incipien. circa controversiam, volu. 3. ubi Communem dicit, privationem feudi non habere locum, non petita debito tempore investitura ob iustam ignorantiam. Ratio, quia qui sciens prudensque non petit investituram legitimo tempore, dominum contemnere, et feudi possessionem intervertere velle videtur: proinde ob contemptum illum, indignum se facit feudo, et sic merito privatur: at talis contemptus cessat ob iustam ignorantiam, quia ignorans non contemnit dominum, text. in l. si ignorans, ff. locati, et in d. l. fin. in fine de operib. publ. text. in l. generali, C. de tabularijs lib. 10.[...] (Practicae observationes, II, obs. XLVIII, 376-377. 引用は1645年ケルン刊のテキストによる)

「[1]第一に、事実の不知が原則として刑罰を免ずるということは一般に受け入れられている。封建法書2巻42章「封主と封地購入者間の争いについて」及び学説彙纂50巻9章「市会による布告について」最終法文、後者では「刑罰は故意ある者に対して用意される」と述べられている。また、同14巻4章「分配訴権について」第7法文1節、同3巻2章「破廉恥の宣告を受けた者について」第8法文、同法文「不知が罰せられないように」への標準注釈、学説彙纂29巻4章「何者かが遺言を看過したために無遺言その他の理由で相続財産を占有した場合」最終法文へのバルトルスの注解2番、勅法彙纂11巻48章「小作農民及び土着農民について」第8法文への同じくバルトルスの注解1番。…

[8]第五に、授封の更新を請求すべき期間は、不知の者については進行せず、認識時、つまり、彼が理解し封の失効について気付いた時から進行する。封建法書1巻22章「騎士は如何なる期間において授封を求めるべきか」第1法文及び同文末尾の「幼少さ」への標準注釈、封建法書2巻55章「フリデリクスによる封地譲渡の禁令について」冒頭法文最終節の「過失」への標準注釈、ザンクス『封地慣行概論』7頁2番、クルティウス『封建法論』4章47番、そこではこの点が十の仕方で制限されている。更に、同『助言集』第3巻助言220の24番では、正当な不知故に義務づけられた期限に授封を求めなかった場合、封地の剝奪は生じないというのが通説である旨指摘されている。事情を知りつつ故意に正当な期限に授封を求めない者は、封主を軽んじ封地の占有を横領しようとするものと解されるというのがその理由である。従って、この者は、そのような非礼の故に、封を受けるに相応しくなく、封地を剝奪するのが相当と言える。しかし、このような非礼は正当な不知の下では生じない。というのも、事情を知らない者は封主を軽んじてはいないからである。学説彙纂19巻2章「貸主訴権及び借主訴権」第50法文、同50巻10章「公共工事について」最終法文[1節]末尾、勅法彙纂10巻71章「戸口調査台帳について」第3法文。…”

の不知を明白にし証明した以上、たとえ彼等が所定の合意事項に違反したとしても、いまや完全に免責されることに疑いはない *Beclagte mit gegebner Handtrew an Aydstatt/ihre Unwissenheit gnugsamb an Tag geben und erwisen/als ist nicht zu zweiffen/daß selbige/wann schon die vorgeschriebene Pacta, von ihnen überschritten weren*。つまり、合意事項はおろか自らが永借人であることさえ知らなかった被告等は、その「重過失 *lata culpa*」が証明されない限り、失権という違約罰に問われることはないのである⁴⁶⁾。このよ

なお、ページルトは引用していないが、本考察には、不知故の永借料不払に言及する箇所もみられる（「不知は期限内に永借料を支払わなかった永借人の相続人を免責する。というも、その物が永借物であることを知らなかった以上、権利を失うことはないからである *ignorantia excusat haeredem emphyteutae non solventem canonem intra biennium: quia non cadet a iuresuo, si ignoravit rem talem esse emphyteuticam*」 *obs. XLVIII, 376, 4.*）。また、法の不知は事実の不知に対する例外として位置づけられている（「不知による免責という主たる準則は、通常は免責に値しない法の不知の下では、女性のように弱々しい者や、農夫のように質朴単純な者、未成年者のような若輩者に対して、寛恕されるべきことや回避可能な損害が訴求されるような場合を除いて、妥当しない *fallit regula principalis, quod ignorantia excuset, in ignorantia iuris, quae regulariter excusationem non meretur, nisi vel sexus imbecillitati, ut mulieri, vel simplicitati, ut rustico, vel aetati, ut monori, aliquid concedendum sit, vel dedamno vitando agatur*」 *obs. XLVIII, 379, 22.*）。

46) So ist ebenmessig bekanten Rechtens/daß die angesetzte Straff der caducität und Verwürckung eines Lehensguts/ehe und dann nicht statt habe/wa nicht ex parte des emphyteutae, dolo vel lata culpa, ausser betrieglichem vorsatz/oder unverantwortlicher fahrleßigkeit/in einem oder anderm wider die pacta gehandelt worden.

Ad infligendam enim poenam legalem vel ordinariam, levis culpa non sufficit, sed requiritur dolus vel saltem lata culpa. l. etiam §. licet ubi Alex. ff. solut. matrim. Dec. in c. 2. numer. 12. extr. de constit. Schrader. tract. feud. 2. p. 9. pr. section. 7. numer. 55. et 57.

Wie ingleichem/die den Emphyteusis, auff den fall der saumseligkeit mit reichung de Jährlichen Gülden/oder sonsten ubertretung der vorgeschribenen pactorum in den gemeinen Rechten angetrowete Straff ehe nicht vorgenommen werden kan/es seye dann von ihnen vorsetzlich/und mit wissendten dingen darwider verfahren worden. Bald. in l. 2. C. de jur. Emph. num. 23. verb.

spontanea voluntate. Rutger. Ruland. in vot. Cameral. de jur. Emphyteut. vot. 4. num. 14. Et in terminis nostris, etiam levem, imo bestialem causam excusare a dolo, tradit Corbulus tr. d. iur. Emphyt. cap. 15. ampl. 17. nu. 2. ac consentit Surd. decis. 188. num. 9.

Weil dann nun Erstlichen der Beclagten keiner bey der renovation/vielweniger bey dem ersten bestand gewesen/nach ihnen angeregte erneuerung vor dieser rechtfertigung einmahlen vorgelesen /oder die darinen begriffne pacta gebührender massen geoffenbahret/auch ob dieses bona emphyteutica vel censualia, Erblehen oder allein schrechte Zinß=Güter seyen/sie Clägere in Zweifel zuziehen/nicht gar unscheinbar/sondern solche Ursachen gehabt/welche auch nicht einen gemeinen Baurmann/sondern wol ettwas mehr verständigere irrig machen köndten: als ist dannenherr wolfolglich zuschliessen/daß/wann man ihrseidts schon die pacta nicht sametlichen gebührendt in obacht genommen hette/selbige jedoch sich mit der Unwissenheit gar wol entschuldigen möchten. Ignorantia siquidem excusat ab omni delicto et poena, Gail. 2. observat. 48. numer. 1. et 8. et ibid. Graevae. num. 1. Idem Gail. 2. dep. p. 10. num. Praesertim si emphyteuta probabiliter nesciat, rem vel fundum emphyteuticarium esse. arg. text. in c. 1. de contr. inter Domin. et emptor. feudi. per quem text. ibid. Bald. n. 4. notat, quod in omnibus alienationibus, in quibus alienans cadit a jure suo, debeat intelligi in sciente, non in ignorante rei qualitatem, quod et tradit in terminis Ias. in l. fin. num. 127. C. de jur. emphyt. Corn. cons. 167. n. 6. vol. 2. Grat. cons. 79. nu. 10. vol. 1. Afflict. in cap. 1. §. si vasallus, nu. 13. Si de feud. Fuerit contr. Int. dom. Et agnat. Guil. Redo. In tract. De reb. eccl. non al. d. caduc. ob rei alien. vers. emphyt. quoque, n. 39. p. 521. Francisc. Bursat. cons. 26. nu. 1. in fin. vol. 1. aut saltem ipsa caducitas non est cum effectu, cum integrum sit restituendus adversus alienationem factam ex clausula (si qua mihi justa causa) ut rem non perdat. Welche restitution sie Beclagte in eventum angeruffen. So ist auch diese fürgeschützte ignorantia und Unwissenheit allhie desto mehr zuvermuten/weil samtliche Beclagte der jenigen Erben und Nachkommen seynd/so oft angezogner renovation beygewohnt/auch keiner mehr enthalben ist/so damals in Leben gewesen. Cum succedens in Ius alterius, justam habere dicatur ignorantiae casusam, l. qui in alterius, ff. de R. I. Corbul. de Iur. emphyteut. c. 18. limit. 20. et 34. Idque in terminis emphyteuseos, tenent multi, quos allegat Card. Tuschus lit. E. concl. 207. num. 68. ubi ait, emphyteutam a caducitate excusari, prout si esset haeres.

So kan auch nicht gesagt werden/daß der Beclagten Wissenschaftt dieser

Ernewerung/darinnen befindenten Pacten durch genührte Kundtschafft zur zur Genüge beygebracht seye. Dann obwol ettliche under ihnen gewüßt haben mögen/daß eine Newerung wegen solcher Güter vorgegangen/zumal/wann ein Kauff beschehen/die contrahenten der Losung halber nachsuchen lassen. So folget jedoch nicht darauß/daß ihnen wissendt gewesen/was für Pacta und Beding absönderlichen darinnen begriffen/oder aber daß diese eben Erblehen/und nicht zur Zinß=Güter (derenthalben gleichförmig zu zeiten renovationes vorgenommen und Losungen gestattet werden) seyen. Bevorab weil in dergleichen/und sonderlich so hoch praejudicirlichen Fällen eine Special Wissenschaft aller Puncten erfordert würdt. per tradita Beroi cons. 117. n. 5. et seqq. vol. 1.

Und dieweil einmal Beclagte (gleich anfangs/als sie in praesenti hoc processu, editionem renovationis begehrt) mit gegebner Handtrew an Aydstatt/(welches einem corporali juramento gleich gehalten würdt/Myns. 1. obs. 17. numer. 3. Gail. 2. observ. 59.) ihre Uneissenheitgnugsamb an Tag geben und erweisen als ist nicht zu zweiffeln/daß selbige/wann schon die vorgeschriebene Pacta, von ihnen überschritten werden/Jedoch numehr völlig exculpirt seyen. Ignorantia siquidem allegentis Iuramento sufficienter probatur, Gail. 2. obs. 48. num. 23. et seqq. ubi hoc praejudicio Camerae firmat Menoch. lib. 2. de arbitr. Iudic. quaest. cas. 186. Numer. 2.

Über dieses/so ist auch die angestellte Clag gar zu general/dann obgleich einer oder ander wider die Pacta, so ein Verwürckung auff sich haben/gehandlet hatte/müsten doch selbige absönderlichen benambset/convenirt und beclagt/auch uberwisen werden. in betrachtung daß diese Güter mit Einwilligung der Clägere (wie die renovation außweiset) under viel Ihabere vertheilt/auch einem jeden absönderlichen seine portion/so er zureichen verbunden/gantz unterschiedlich angedingt worden. Welches falls fast aller Rechts=Gelehrten Meinung ist/daß ob gleich der eine under solchen Lehen=Leuten wegen nicht in obacht gehabter Pactorum, oder anderer Ursach halber u. sein Ius verwürckt/doch nicht die uberigen von ihrer Gerechtigkeit verstossen weden können/Crotus in l. qui Romae. §. duo fratres. num. 66. ff. de Verb. Obl. Sique res duobus est concessa, unus in canonis solutione, vel simili causa, alteri non nocet. Corbul. cap. 15. ampl. 5. numer. 20. Cum tot censeatur emphyteuses, quot personae. (Consultationes, II, 84-85.)

“[18]また、永借権の喪失もしくは失効という所定の違約罰が、永借人側の悪意または重過失により何らかの点において合意事項が破られない限り課されないという点も明らかに正しい。

[19]なぜなら、法律上つまり正規の罰を課すためには軽過失では十分ではなく、悪意あるいは少なくとも重過失が要求されるからである。学説彙纂24巻2章「婚姻解消時に嫁資は如何にして返還請求されるべきか」第18法文1節へのアレクサンデルの注解、デキウス『弁済約束論』第2章12番、スクラデルス『封建法論』封建法書2巻9章冒頭への注解、第7節の55及び57番。

[20]同様に、永借料の支払を怠った場合やその他合意事項に違反した場合、普通法上、悪意か、もしくは、事情を知った上で違反したのではない限り、永借人に対して問題の制裁を課すことはできないとされている。勅法彙纂4巻66章、第2法文[1節]「自発的意思によって」の語へのバルドゥスの注解23番、ルトゲルス・ルランドゥス『帝室裁判所所見集』永借権に関する所見4の14番。我々の用語では、[21]全く重大ではない軽微な理由は悪意の疑いを免れる旨、コルブルス『永借権論』15章17節の2番が論じており、スルドゥス『マントヴァ公国顧問会判決集』判決188の9番もこれに賛同している。

次に、どの被告も、最初の永借権取得時は言うに及ばず、永借権の更新にも居合わせず、彼らに要求される更新手続について当該訴え以前に一度も読み聞かされたり、それに関する合意について適切な仕方で教示されたこともなく、当該地所が永借物なのかあるいは単なる賃借物なのかについてさえ知らされていない。他方、原告等は、これに異論を唱えるにあたって、一般の農民のみならず知恵のある者でも誤解してしまうような論拠を掲げている。以上から、合意の全てを適切な仕方で受け入れたわけではない場合、その者は不知の故に免責され得ると整然と結論づけられる。[22]不知があらゆる不法について免責し刑罰を免れさせるのは確かである。ガイル『実務考察集』第2巻、考察48の1及び8番、グラエワエ『ガイル氏著実務考察集に即した実務指針集』第2巻の同箇所への注解1。永借権者が目的物もしくは土地が永借物であることを知らない可能性が高い場合は特にそうである。論拠となる法文は、封建法書2巻42章へのバルドゥスの注解。[23]同注解4番の指摘によれば、処分者がその権利を失うような如何なる処分においても、事情について不知ではなくし了知していなければならぬとされ、この点を専門用語によって論じているのが、勅法彙纂4巻66章最終法文へのヤーソンの注解127番、コルネルス『助言集』第2巻助言167の6番、グラトゥス『助言集』第1巻助言79の10番、アッフリクティス『封建法注解』第1章「封主と封臣相続人との間に争いが生じる場合」の「もし封臣が…」の節13番、グリエルムス・レドアヌス『譲渡不可能な教会財産、及び、財産譲渡による喪失に関する論考』の第39番521頁、フランキスクス・ブルサトゥス『助言集』第1巻助言26の1番末尾。[24]あるいは少なくとも、永借権の喪失に効果がない。というのも、行われた処分に対しては（「私に正当な原因がある限り」という）契約条項に基づいて原状回復がなされることになるので、目的物を失うことはない。被告は結果としてそのような原状回復に依拠している。ここで口実にされている不知は、被告全員が更新の際に居合わせた者たち

うな被告等の「不知」とともに、原告等による「失権後の永借料の受領 receptio canonis post incursum caducitatem」もまた永借権失効の申立を覆す

の相続人あるいは子孫であり、当時生きていた者は誰も被告に含まれていない以上、一層強く推定される。[25]なぜなら、他人の権利を承継する者は不知につき正当な原因を有するものをみなされるからである。学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第42法文、コルブルス『永借権論』第18章20及び34節。この点は、永借権について、トックス枢機卿『法実務解答集』Eの項、解答207の68番が引用している多くの人々によって支持されている。その箇所には、永借人は相続人ある限り失権を免れるとある。

また、このような更新やそれを含む合意について被告に十分に告知されたとも主張されていない。更に、被告の幾人かが当該永借物について更新が行われた後に売買がなされたことを知っていたとしても、契約当事者は解除を求められることになる。しかしこれは、如何なる合意事項がその中に取り決められているのかは知しているが故にではなく、それが賃貸借であって賃貸借（賃貸借についても現在同様に更新が行われ解除が認められている）ではないからである。[26]これは、特に、そのような著しく損害の多い場合には、全ての点について特別な了知が必要とされるという理由によると、ペロイウス『助言集』第1巻助言117の5番以下に論じられている。

[27]そして、被告等が、一旦、(本訴訟手続において更新の許可を求める際に直ちに)手による宣誓（これは身体による宣誓の一つと見なされている。ミュンジンガー『帝室裁判所判決考察集』考察17の3番、ガイル『実務考察集』第2巻の考察59）によって自らの不知を明白にし証明した以上、たとえ彼等が所定の合意事項に違反したとしても、いまや完全に免責されることに疑いはない。[28]不知が主張者の宣誓によって十分に証明されるのは確かである。ガイル『実務考察集』第2巻の考察48の23番以下。そこでは、以上の点が帝室裁判所の判決によって確認されている。メノキウス『裁判裁量論』第2巻、事例186の2番。

提起された訴えは一般的にすぎるので、以上に加えて更に、永借権喪失に関わる合意事項に幾人かが違反したとしても、当該財産が（更新の場合に証明されたように）原告の同意によって多くの保有者に分割され、受け取るべき割合がそれぞれに対して様々に約定された点を鑑みるならば、それら違反した人々を特に名指しして訴え、法廷に出頭させなければならない。[29]永借人の内のある者が合意違反その他の理由によってその権利を失うとしても、残りの者の権限を奪うことはできないというのが法学識者のはぼ一致した見解である。学説彙纂45巻1章「言語契約について」第122法文6節へのクロトゥスの注解。[30]物が二人に譲渡された場合に、一方が永借料の支払その他の理由によって他方を害することはない。コルブルス『永借権論』15章5節20番。[31]というのも、人の数だけ永借権も存在すると考えるべきであるから。”

論拠として指摘されている⁴⁷⁾。というのも、「永借料の不払その他の理由に

47) “更に、被告側の永借権が失効してしまったとしても、原告等は（被告等がその権利を失ったものと既に思いこんでいたのであるから）永借料の受領によって当該失権を回復させ、もはや失権を盾に訴える権限を失うに任せたことになる。

[32]確かに、永借料の不払その他の理由によって失権した永借人は、所有権者がそれを承知を上で永借料を受領した場合、自動的に復権する。勅法彙纂4巻54章「買主と売主の間に成立した合意について」第4法文、ヨハンネス・デ・アンナ『事案引用助言集』助言84の2番、父フランキスクス・クルティウス『助言集』助言81のほぼ全編、とりわけ第1番の「もし所有権者が承知の上で行うならば…」の行、クラルス『問題集』問題10の永借権の節3番、コルブルス『永借権論』15章21節全体。

原告等は、これを阻むために、今回の弁明の冒頭で、この給付によって何れの当事者の権利も害されないはずである旨主張しているけれども、何よりもまず、そのような反論は遅きに失している。というのも、原告等は、狡猾にも、このような弁明を始める以前に、永借料を如何なる異議や留保もなしに（彼等がそうしていたならば、彼等への永借料は、それが更新をもたらす以上、支払われないはずである）受領し、それ故、失権を回復しあるいは帳消しにしているからである。

[33]また更に、学説によれば一般に次のように結論づけられる。すなわち、永借人によって合意事項に反した永借地の処分が行われ、その後、所有権者が永借地の買主であり新たな保有者である者から永借料を受領する場合、当該所有権者に、処分を理由に永借権の失効を申し立てる資格はもはやない。アレグサンデル『助言集』第4巻助言113の9番以下、デキウス『助言集』助言185の10番以下、コルブルス『永借権論』第14章40節、トゥスクス枢機卿『法実務解答集』Eの項、結論207の165番。

それ故（原告等は、狡猾にも、期限の度に永借料を受領してただけでなく、現在の所有権者は解除にあたって先代を手助けした）、ここに提起されている反論、及び、彼等の権利の留保は、事実反しており、如何なる成果もたらさない。[34]なぜなら、永借権失効後の永借料の受領によって、あらゆる違反及び罰則は許され免除されるからである。アップリクトゥス『助言集』助言129の9番、ペロイウス『助言集』第1巻、助言200。[35]従って、同様の反論は、事実反するものとして、全く機能しない。メノキウス『助言集』助言1の306番、ホンデデウス『助言集』第1巻助言89の36。この点を限定された場面において承認しているのは、クラルス『問題集』永借権の章、問題10の1番、「ただしこの点は次の通り解される…」の行、そして、コルブルス前掲書第15章21節の2番である。[36]とりわけ、将来の期間（つまり永借権失効後には免除される期間）について永借料を受領する場合について、トレンタキンクイウス『実務解決集』第3巻、解決6の3番。

原告が最初に申し立てた論拠が維持できないことは以上全てから十分に明らかとなった。” (Consultationes, II, 85-86.)

よって失権した永借人は、所有権者がそれを承知の上で永借料を受領した場合、自動的に復権する *Emphyteuta qui cecidit ob non solutum canonem, aut aliam causam, ex eo solo rediintegratur, si Dominus scienter recipiat canonem*」からである⁴⁸⁾。なお、原告等は、合意違反とは別に、「被告等が、最初に、原告等に対して、自分たちの権利を申し出ようとしていない *Beclägte ihnen Clägeren ihr Gerechtigkeit anfangs gestehen wollen*」点も永借権失効の論拠として申し立てているが、これは上にみた被告等の「不知」によって直ちに反駁できる⁴⁹⁾。末尾に付された判決案⁵⁰⁾には、判決言渡時に判決理由を一切

48) 論拠として、売買解除権の喪失に関する法文（「予め定められた代金支払の期日以後に、物の取戻を選択せず敢えて代金の利息を請求した者は、代金不払による売買の解除特約を行使することはできない *commissoriae ventionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem, non vendicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit*」 C. 4, 54, 4, Alex.）が挙げられている。

49) “原告等は、別の論拠を申し立て、永借権が失効したものと見なされるべき旨申し立てている。というも、被告等は、最初に、原告等に対して、自分たちの権利を申し出ようとしていないからである。この論拠に対しては、たとえ彼等被告が永貸借ではなく単なる賃貸借にすぎないと当初思いこんでいた場合であっても、既に述べた点に基づいて同じように応答できる。[37]というも、そのような誤解は過失によらず不知に由来しており、これと並んで、彼等は、法律上の一般的推定（これに従えば、契約は永貸借よりはむしろ賃貸借と判断される。トックス枢機卿『法実務解答集』Eの項、結論152）を援用し、それは（既に上に見たような）かなりもっともらしい論拠に基づいてなされているからである。しかも、このような彼等の不知は手による宣誓によって既に確証されている。それ故、彼等の権利が剝奪されることはない。封建法書2巻42章「封主と封地購入者間の争いについて」、及び、同26章「死亡者の封地をめぐる封主と封臣の血縁者との間で争いが生じる場合」第3法文へのバルドゥスの注解、アルワルス・ワラスクス『永借権問題集』問題38の15番、「以下の点もまた永借人を宥恕する口実となる…」の行、スルドゥス『マントヴェア公国顧問会判決集』判決188の8番、「従って、宥恕する正当な理由となる…」という文言。[39]悪意もしくは重過失によらずに否認した永借権者はその権利を失わないという点については、コルブルス『永借権論』第1章12番も詳細に論じている。

また、被告等は、その弁明書の中で、なぜ彼等が文書中に言及された地所を賃借物とみなしたのか述べたけれども、それに固執することなく、その後、彼等に対して更新について十分かつ理解可能な仕方で見直しられ説示された結果、彼等はそれに関

開示しない当時に実務慣行⁵¹⁾に従い、以上の「判断理由」は盛り込まれていないが、「被告等は提起された訴えから免訴解放される Beclagte von erhebter Clag absolvirt und entlegigt」との結論を裏付けているのは、ここでもやはり、原則論を個々の事実に照らして吟味し相対化する細やかな利益衡量なのである。

(完)

する事項全てを理解し、債務に従って履行し給付することを望むとともに、争点の決定に際しては、彼等が更新によって義務づけられる立場にあることを含めて、あらゆる点をはっきりと認諾している。

最後に、以上に述べた点のみならず、被告による損害発生回避について検討する必要がないという単純な理由からも、一層、提起された訴えから被告等を解放すべきかどうか疑う余地はない。[40]実際、解釈は、常に、権利が喪失しない方向で、つまり、違約罰が回避されるようになされるべきである。スルドゥス『助言集』第1巻助言86の21番以下。

両当事者が被った費用については、原告等にもっともらしい訴えの理由がなかったわけではないので、彼等自身に填補させるのが妥当である。従って、以下のような判決を下すことができるであろう。”(Consultationes, II, 86.)

- 50) “一方で、Sでの春期見本市の開催責任者に今回任命されている原告と、何れもフレイインゲンの市民であるエアハルト・モーレンとその共同相続人を被告とする事件において、当該事件が係属する市長及び裁判官は、訴えと応答、陳述と抗弁について検討し、調査その他裁判所の職権を行使し、法規に従い、熟慮し、被告等を免訴解放する判決が正当であるとの助言を得ることによって、ここでもやはり、被告等は、提起された訴えから免訴解放されるが、争点決定時に自ら申し出た点に従い、将来に向かって永借権が更新されるものと判示する。錯綜する論拠によって両当事者が被った訴訟費用については、互いに填補され調整されるべきである。”(Consultationes, II, 86-87.)

- 51) この点についてはさしあたり Gehrke, Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur, 23-34.を参照。