

《論 説》

17世紀バイエルンにおける
夫婦間相続と嫁資合意

——1616年ラント法注釈文献の典拠分析——(2)

藤 田 貴 宏

Ⅲ

次に取り上げるのは、インゴルシュタット大学でラートに学んだヨーハン・フランツ・バルタザル Johann Franz Balthasar(?-1663年)¹⁾ による『市民法とバイエルン法の実務解決集第1部及び第2部 Practicarum resolutionum juris civilis et Bavarici pars prima et secunda』(1651年初版、以下『実務解決集』

- 1) 『実務解決集』公刊当時、バルタザルは、表題頁に記されているとおり、「バイエルン選帝侯宮廷顧問官Electtoris Bavariae consiliarius aulicus」の地位にあった。ユードス・タッデウス・ツァウナー Judas Thaddäus Zauner (1750-1813年) の『大学創立から現在に至るザルツブルク大学ゆかりの法学者の伝記集 Biographische Nachrichten von den Salzburgerischen Rechtslehrern von der Stiftung der Universität bis auf gegenwärtige Zeiten』(1789年)によれば(7-8頁)、その後、バルタザルは、1654年にザルツブルク大学(1622年創立。1803年帝国特別代表者会議のいわゆる主要決議に基づくザルツブルク大司教領の世俗化により成立したザルツブルク選帝侯領は、1806年の神聖ローマ帝国消滅とオーストリア帝国成立でザルツブルク公領、1809年にはフランス皇帝ナポレオンとオーストリア皇帝フランツ1世の間で交わされたシェーンブルン条約でフランス領となり、翌1810年ナポレオンによる譲与で親仏のバイエルン王国に併合された。これを受け大学も同年閉鎖)の学説彙纂担当正教授に任ぜられたが、2年程で職を辞したとされる。大学辞職後、バルタザルは、『実務解決集』の続編である『市民法とバイエルン法の実務解決集第3部及び第4部 Practicarum resolutionum juris civilis et Bavarici pars tertia et quarta』(1660年初版)の表題頁にもあるとおり、フライジング司教 Episcopus Frisingensis の尚書長官 Cancellarius: Kanzler 及びレーエン監督 Feudorum praepositus: Lehenprobst に任ぜられ、その死まで務めた。

と略称)である。ラートの『相違論』と同じく、バイエルン選帝侯マキシミアン1世に献呈されたこの『実務解決集』は²⁾、その表題³⁾や読者宛ての「序言 Praefatio」⁴⁾にもあるとおり、裁判実務の成果を盛り込んだ実務考察集とし

-
- 2) 『相違論』には、1632年3月6日付けの討論者(解答者)ノートハフトの献呈文が、『実務解決集』には、1651年1月1日付けの著者バルタザルの献呈文がそれぞれ付されている。
- 3) 『市民法とバイエルン法の実務解決集第1部及び第2部、ここに収録されているのは近時日常的に生じている実務的な諸問題であって、様々な裁判所や宗教法院において判決を以て既に解決済みのものも含め、ドイツや他の多くの地域における問題、とりわけバイエルン選帝侯領のラント法に関わる問題が適正な順序の下に取り扱われているPracticarum resolutionum juris civilis et Bavarici pars prima et secunda, in quibus continentur quaestiones novae, quotidianae, et practicae, quarum quaedam in variis tribunalibus ac consistories per sententiam decisaе, et ad plurimas Germaniae aliarumque regionum, praecipue vero Electoratus Bavariae statute provincialia ex justo ordine dispositae sunt』
- 4) “親愛なる読者よ、この実務解決集を上梓し公表したのかどうか私は躊躇している。「人々の手に何かをもたらすほど偉大なことはないと考えた」(以上是小プリニウス『書簡集』第7巻[17,15.]の一節である)のは確かである。しかし私は付け加えておきたい。それは極めて危険なことでもある、と。というのも、法学の研究がほとんどその完成の極みに達していると考えるべき今日、全ては正確に叙述され整理され新しい方法で配列されねばならず、そうである以上、私の仕事の公表を延期し、世のゾイロスたちの嘲りから逃れた方がよいかもしれないからである。要するに、何かを著述する者は、教会博士ヒエロニムスの言うように、多くの審判者を自ら受け入れることになるのである。しかしながら、二つの理由が私の知力の成果を他の人々の手にもたらしべく私を促した。まず、祖国や各地の法令乃至勅法の解釈のためにこの上なく有益な成果をもたらした法学の著述家が、多くの場合、他に先んじて栄冠を獲得し、実務から賞賛を受けているということは私のよく知るところであった。そのような著述家の数では、管見によれば、スペイン、フランス、ザクセンの人々が抜きんでいる。アントニウス・ゴメジウス、アルフォンソ・アゼウエドゥス、マッタエウス・ベルリキウス、バルトロマエウス・カッサネウス、ビュルス・エングレベルマエウス、ニコラウス・ボエリウス、ヨアンネス・サインソニウス、アンドレアス・ティラクエルス、ペトルス・レブッフス、ヨアンネス・グティエレス、

ダニエル・モレルス、ファクシウス、フェッロニウス、ホラティウス・カルパヌス、クリストボルスとヨアンネス・ゲオルギウスのベソルドゥス兄弟、その他、祖国の法令を解明することとで国家に多大な貢献を為し、その著作が他に比べて実務家の手に広く行き渡っている多くの人々の注釈書は実際何れも甲乙つけがたい。そして、このような著述の手法を輝かしい栄誉を以て既に実践してきたのが、インゴルシュタット大学と法律家の誉れ、勅法彙纂担当教授で私の敬愛すべき旧師アルノルドゥス・ラティウス氏であり、氏は、バイエルン選帝侯領の勅法集の解明について他に先んじて極めて有益な成果を上げ、それがより一層有益なものとなるように一般の評価にも委ねて賛同者を得た。そして彼ら賛同者は今や、判事や顧問官として名高き諸法廷において多大な賞賛を得つつ祖国の上記勅法集を正義のために擁護し遵守している。このようなわが師の称えるべき足跡こそ、敢えてその跡に倣い、我が知力の貧弱さを顧みず事を為すよう私に促したものであった。私を動かしたもう一つ理由は次のとおりである。すなわち、私が、私の蔵書、特に、先に掲げた著者のものから日々覚書を作成し、それらを私のバイエルン法令集の適当な箇所に挿入していたところ、幾人かの友人の勧めで、それらの覚書からの確な方法つまりバイエルン勅法集の編別に従ってこの解決集をまとめる結果になってしまったのである。これが「実務的」と命名されたのは、バイエルンだけでなく他の地域や帝室裁判所の先例によっても実務上裏付けられているからであり、また、内容そのものが実務的で日常的に生じ得るものであるからでもある。親愛なる読者よ、この私の仕事を、私があなたに差し上げる時の気持ち、つまり、混じりけのない誠実な気持ちでどうか受け取ってもらいたい。最初は私自身の便宜のために用意され、この度あなたの利便のために公表されたものは、時の経過とともに、神のお許しを得て、広く世に出回ることになる。もし誰かが誤りを見出したとしても、私そして彼自身も人間であることを思い起こすはずである。すなわち、ルキウス・アンナエウス・セネカ〔リプジウス〕の言うように〔→Justus Lipsius, De una religione, in caput trium Politicorum sive civilis doctrinae libiri quarti, ad <consilia non decreta adfero etc.>〕、「無知に少しもかわらない人間などおらず、そのような無知とのかかわりを我々はまさに人間であるが故に背負っている。要するに、人が誤るとき、人らしく誤ったのである。他方、人の誤りをあげつらうことは人間であることそれ自体を誹ることになる」のである。また、神皇ユスティニアヌスによれば〔C.1,17,3,13=D. tertia praefatio de confirmation Digestorum,13〕、「何事にも迷うことなく、万事につき申し分なく修正無用であるというのは、神のみに見られる堅実さ不屈さであって、人間のそれではない」。その一方で、中傷者たちの罵詈雑言は気にならない。と

て構想されてはいるが、同時に、「1616年に制定され、特にラント法という名称を付されたバイエルンの最新の諸勅法への注釈 *commentarius in novissimas anno millesimo sescentesimo sexto decimo promulgatas constitutiones Bavaricas, quae speciali nomine Landrecht intitulantur*」を兼ねる意図が、「序言」の後に付された「読者のための特別な助言 *Admonitio specialis ad lectorem*」⁵⁾に明言されている。「序言」によれば、バルタザルが実務考察をラント法注釈の形式で著すにあたって意識していたのは、「祖国や各地の法令乃至勅法の解釈のためにこの上なく有益な成果をもたらした法学の著述家が、多くの場合、他に先んじて栄冠を獲得し、実務から賞賛を受けている *eos jurisprudentiae scriptores reliquis palmam plerumque praeripuisse, et a praxi fuisse commendates, qui in patriis seu certis locorum statutis ac constitutionibus interpretandis utilissimam profecto operam adhibuerunt*」と

いうのも、セネカの言うように〔*Ad Lucilium*, 9, 76, 4〕、「他人の中傷にも虚心坦懐に耳を傾けるべきであり、高潔さを目指す者を誹謗する者は自らを誹謗したことになる」からである。また、「嫉みに耐えるのは確かに不快ではあるが、嫉まれるべきものを何も持ち合わせない方が一層不快である」。親愛なる読者よ、御機嫌よう。さしあたり本書をお楽しみいただき、第3部と第4部については、神の御加護の下、来年どうかご期待いただきたい。”

- 5) “親愛なる読者よ、私はこの夜業集に『市民法バイエルン法実務解決集』という表題を付した。しかし、実際のところ、それは、1616年に制定され、特にラント法という名称を付されたバイエルンの最新の諸勅法への注釈に他ならない。各表題乃至章及び各条文の順序は勅法集のテキストに見出されるものに準拠し、各章各条文を相互に対応させた。一つ一つの条文の規定に同じ方法を当てはめたけれども、私の著作に見出される諸解決の数はバイエルン法上の条文よりも少なくなっている。これは、バイエルン勅法集の二つの条文が一つの同じ一貫した内容を扱っている場合に、一つの解決にまとめたからである。そこで、バイエルン法のどれがどれだけ私の諸解決に対応しているのか親愛なる読者にも分かってもらえるように、本書に収録されている全ての表題の目録を以下に付し、各解決には、対象となっている章のどの条文そしてまた幾つの条文に当該解決が対応しているのか小さな〔*majori*→*minori*?〕文字で書き加えることにした。これに対して、何も注記もない諸解決は、勿論、バイエルン法の条文と同じ順序となっている。では御機嫌よう。”

いう点であった。バルタザルは、そのような固有法注釈の輝かしい伝統の主たる担い手として、「スペイン、フランス、ザクセンの人々 Hispani, Galli et Saxones」の名を多数列挙するとともに⁶⁾、当時「インゴルシュタット大学

-
- 6) 「序言」では無雑作に著者名が列挙されているだけであるが、バルタザルの念頭にあると思われる著作と共に整理するならば、スペイン法（及びスペイン・ハブスブルク家統治下のミラーノ公国法）にかかわるものとして、アントニオ・ゴメス Antonio Gómez(1501-1572?年)の『トロ法注解Ad Leges Tauri commentaria』(1552年初版)、アルフォンソ・デ・アセベド Alfonso de Azevedo(1518-1598年)の『スペイン王国勅法集すなわち新勅法集諸巻に沿った市民法注解Commentaria iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones, libros Novae Recopilationis』(1583-98年初版)、ホアン・グティエレス Juan Gutiérrez(1535-1618年)の『新勅法集収録のスペイン王国法にかんする実務問題集Practicae Quaestiones circa leges Regias Hispaniae Novae Recopilationis』(1589-1604年初版)、オラーツィオ・カルパーニ Orazio Carpani(?-1595年)の『ミラーノ都市条例と称される都市法にかんする夜業集Lucrabationes in ius municipal quae appellant Statuta Mediolani』(1583年初版)が、フランス法にかかわるものとして、バルテレミ・ド・シャスヌー Barthélémy de Chasseneux(1480-1541年)の『主としてブルゴーニュ公領の慣習法、付随的にはフランスのほとんど全体の慣習法に対する注解Commentaria in Consuetudines Ducatus Burgundiae principaliter et totius fere Galliae consecutive』(1517年初版)、ジャン・フィリュ・ダングルベルム Jean Pyrrhus d'Angleberme(1480?-1521年)の『オルレアン慣習法注解Commentarius in Aurelianas Consuetudines』(1510年初版)、ニコラ・ボイエ Nicolas Bohier(1469-1531年)の『名高きブルージュ市及び市外域の慣習法注解Consuetudines inclitae civitatis et septenae Biturigum glosatae』(1508年初版)、ジャン・サンソン Jean Sainson(1480?-1541?年)の『今や高等法院の支えにより確定されたトゥレーヌの全管轄区すなわちバイイ区の慣習法Consuetudines totius praesidatus seu Turonensis bailliviae iam nunc supremi Parlamenti curiae stabilimento roboratae』(1516年初版)、アンドレ・ティラコー André Tiraqueau(1488-1558年)の『ボワトゥー慣習法注解の婚姻法にかんする章Ex commentariis in Pictonum Consuetudines sectio de legibus connubialibus』(1513年初版)、ピエール・ルビュッフィ Pierre Rebuffi(?-1557年)の『勅法すなわち王令への注解Commentarii in constitutiones seu ordinationes regias』(1554/55年初版)、アルノー・フェロン Arnaud Ferron(1515-1563年)の『ボルドー慣習法注解In consuetudines

Burdigalensium』(1536/38年初版)が、ザクセン法にかかわるものとして、マティーアス・ベルリッヒMatthias Berlich(1568-1638年)の『ザクセン選帝侯アウグストの勅法集の編別に従った実務解決集Conclusiones practicabiles secundum ordinem constitutionum Augusti electoris Saxoniae』(1615-18年初版)、ダニエル・モラーDaniel Moller(1544-1600年)の『選帝侯アウグスト規則勅法集並びに同注解Augusti Electoris ordinationes et constitutiones et in easdem commentarii』(1599年初版)、ルートヴィヒ・ファックス(1497-1554年)の『市民法ザクセン法相違集Differentiae aliquot iuris civilis et Saxonici』(1567年初版)が、それぞれ固有法注釈の範例として挙げられていることになる。なお、共にテュービンゲン大学で教えていたクリストフChristoph(1577-1638年)とヨーハン・ゲオルクJohann Georg(1580-1625年)のベーズルトBesold兄弟の名が最後に挙げられているが、バルタザルの念頭にあるのは、ザクセン法にかんする注釈ではもちろんなく、クリストフ指導による「討論disputatio」にヨーハン・ゲオルクの「覚書と注記adversaria et notationes」を付した『名高きヴェルテンベルク公領の統治規則(ヴェルテンベルク公領ラント規則)の簡潔な注解Ad ordinationes politicas, incluti Ducatus Würtembergici (über die Fürstliche Würtembergische Lands=Ordnung) commentaries succinctus』(1632年初版)であろう。

何れもパリ高等法院の管轄に属していたオルレアン、ブルジュ市、トゥレーヌの慣習法にかんする上記ダングルベルム、ボイエ、サンソンの各注釈書については、パリ刊の合冊版(1520年初版)に加えて、フランクフルト・アム・マインの書籍印刷商ニコラウス・バッセNikolaus Basseによって公刊された合冊版『ニコラウス・ボエリウス、ピュルス・エングレベルメウス、ヨアンネス・サインソニウスのこの上なく見事な注釈によって解明された下記のフランスの都市及び地方、すなわち、ブルジュ、オルレアン、トゥレーヌの慣習法Consuetudines infrascriptarum civitatum, et provinciarum Galliae: Bituricensis, Nicolai Boerii, Aurelianensis, Pyrrhi Englebermei, Turonensis, Ioanni Sainsonii luculentissimis commentariis singulae illustratae』(1575年初版)もある。更に、後者のフランクフルト版については、当時シュトラスブルクのアカデミー(前身のギムナジウムは1538年創立、1566年に皇帝マキシミリアン2世によりアカデミーとして認可、その後、1621年に皇帝フェルディナント2世により博士号授与権能を有する大学として認可)の学説彙纂担当教授を務めていたドニ・ゴドフロワDenis Godefroy(1549-1622年)による献呈文(ルーアンのノルマンディ高等法院の院長であったクロード・グルラルClaude Groulart [1551-1607年]宛て1598年2月25日付)と「上記諸注釈の要点を同時にかつ簡潔に

academia Ingolstadiana」の「勅法彙纂担当教授Professor Codicis」となっていた「旧師 antehac praeceptor」ラートをバイエルンにおける固有法注釈の先達と位置づけている。ラートは、「バイエルン選帝侯領の勅法集の解明について他に先んじて極めて有益な成果を上げ、それがより一層有益なものとなるように一般の評価にも委ねて賛同者を得た primus omnium in illustrandis Electratus Bavariae constitutionibus operam fructuosissimam posuit, quae, ut eo fructuosior esset, eandem etiam publico examini subiecit, defensoribus adhibitis」というのである。書名こそ明示されていないが、ここで「一般の評価に委ねた publico examini subiecit」とされるラートの成果がⅡで検討した『相違論』を指すのは明らかであろう。バルタザルは、『実務解決集』において、ラートの『相違論』が先鞭をつけたバイエルン慣習法学の試みを継承補完し、1616年ラント法のより包括的な注釈を企図したのである⁷⁾。「私が、私の蔵書、特に、先に掲げた著者のものから日々覚書を作成し、それらを私のバイエルン法令集の適当な箇所挿入していたところ、幾人かの友人の勧めで、それらの覚書からの確かな方法つまりバイエルン勅法集の編別に従ってこの解決集をまとめる結果になってしまった cum ex suppellectile mea libraria, praecipue vero ex supra allegatis authoribus quotidie adversaria decerpissem, eaque codici meo statutorum Bavaricorum accomodo loco inservissem, tandem evenerit, ut quorundam amicorum suasu, ex iis

収録した体系的で学説彙纂の編別に可能な限り合わせた要約集Synopsis, superiorum commetariariorum summam simul et breviter continens, methodica, et Pandectarum ordinem, quoad fieri potuit, relata」とを付した改訂版(1598年初版)も公刊されており、公刊地及び公刊年に照らせば、バルタザルの「蔵書libraria」にもこのゴドフロワ編集による合冊版が含まれていた可能性が高い。

- 7) ただし、「序言」での「来年insequenti anno」との予告より大幅に遅れて1660年に公刊され、選帝侯フェルディナント・マリーアFerdinand Maria(在位1651-1679年)に献呈された続編『市民法とバイエルン法の実務解決集第3部及び第4部』での注釈対象はラント法第20章までに留まり、数年後のバルタザルの死によってその包括的なラント法注釈の試みは未完のままとなった。

adversariis hasce resolutions justa methodo, secundum Bavariae Constitutiones concinnarem」とされる著述公表の経緯も、自覚的営為としての慣習法学の生成を裏付けるものとして興味深い。

夫婦間相続目的の婚姻特約（嫁資合意）の要件効果について定めたラント法第1章第19条の注釈に相当するのは、『実務解決集』の第1部第1章「解決 *resolutio*」16「嫁資合意について、何名の証人が当該合意に際して求められるのか、そして、如何なる合意が生存者間のものとして有効となり、あるいは、終意処分として有効となると解されるべきか *De pactis dotalibus, quot testes circa eadem requirantur: et quae pacta inter vivos vel in vi ultimae voluntatis censeantur valere?*」である。『実務解決集』では、ラント法の「各章及び各条文の順序 *ordo titulorum ac articulorum*」を踏襲した編別が採られる一方で⁸⁾、「読者のための特別な助言」にあるとおり、ラント法の複数の条文が「一つの同じ一貫した内容 *una eademque ac cohaerentis materia*」を扱っている場合にはそれらの条文が一つの「解決」でまとめて論じられている。それ故、「解決」と条文との間にはずれが生じ得るが、これに備えて、「バイエルン法のどれがどれだけ私の諸解決に対応しているのか読者にも分かるように、本書に収録されている全ての表題の目次を付し、各解決には、対象となっている章のどの条文そしてまた幾つの条文に当該解決が対応しているのか小さな文字で書き加えることにした *ut lector intelligere possit, quinam et quot articuli Iuris Bavarici meis concordant resolutionibus, placuit elenchum omnium rubricarum in hoc opera comprehensarum subjungere, et unicuique resolutioni minori litera annectere, cui et quot articulis ea resolution correspondeat, in eo videlicet titulo, sub quo posita est*」とされる。その「全章及び解決の目次 *elenchus titulorum ac resolutionum*」の「解決」16の表題

8) なお、『実務解決集』は、ラント法第1章から第5章までを扱う「第1部 *pars prima*」と第6章から第10章までを扱う「第2部 *pars secunda*」とに区分されているが、このような「部 *pars*」単位の区分はラント法には見られないものであり、バルタザル自身もこれについて特に言及してはならず、著作編集上の便宜的な区分にすぎないと解される。

には、「第18条及び第19条の理解のためにad intellectum articuli duodevicesimi et undevicesimi」と付記されており、「解決」16が第19条注釈として読まれることが想定されているわけである。

夫婦間相続目的の嫁資合意について、普通法から説き起こし「慣習法 consuetudo」を経て「バイエルン法」に至るバルタザルの叙述手法は、『相違論』におけるラートと変わらない。「解決」16の冒頭では、「嫁資や婚姻故の贈与にかんする嫁資合意は、それが法律や慣行に反したり、不法行為の機会となった、あるいは、それによって妻が無嫁資の状態に置かれたり、嫁資の状態が何らかの意味で悪化したりするものでなければ、如何なる形態によるにせよ有効である pacta dotalia de dote et donatione propter nuptias, quoquo modo concepta valent, dum modo non repugnent legibus aut moribus aut occasionem praebeant, aut per ea mulieres indotatae efficiantur aut dos saltem deterior reddatur」⁹⁾として、嫁資合意有効の原則がまず確認されている(第1番)。この箇所ではローマ法文以外に典拠として掲げられているのは、ヴェーゼンバックの『注解』の学説彙纂第23巻第4章注解第1番及び第2番¹⁰⁾

9) Practicae resolutiones, 208.引用は1651年ミュンヘン刊初版による。なお、「解決」16全体の試訳は「バルタザルとシュミットのバイエルンラント法第1章第19条注釈」(獨協法学第101号)参照。

10) “〈1. 嫁資合意は遵守されねばならない。〉以上の内容[学説彙纂第23巻第2章「嫁資の法について」注解]が妥当するのは、勿論、合意によって別様の取決めが為されない限りにおいてである。つまり、当該事項にかかわる合意は有効であって、遵守されねばならないが【学説彙纂2巻14章「合意について」第49[→48]法文及び同法文注釈、勅法彙纂2巻3章「合意について」第10法文、同5巻14章「嫁資や婚姻前贈与並びに嫁資外財産について交わされた合意について」第1法文[inscriptioとsubscriptioは異なるが前法文と同一法文]、同5巻11章「嫁資の約束及び無方式合意について」第6法文】、〈2. 有効とならないのは如何なる合意か。〉それは、当該合意が法律や良俗に反したり、あるいは、不法行為の機会となったり【本章第5法文及び第6法文、勅法彙纂5巻14章第5法文】、あるいは、未だ存命の妻を無嫁資の状態に置くか【本章第2法文及び第4法文】(つまり、妻の死後に嫁資を夫が享受する旨合意することは、かつて普通法上認められていたので、可能である【本章第2法

であり、引用法文の一致や言い回しの類似性から、バルタザルがヴェーゼンベックの議論を借用したのは明らかである。例えば、「妻が亡くなっても嫁資は夫とその相続人のもとに留まる *muliere mortua dos penes maritus et eius heredes remaneat*」旨の嫁資合意¹¹⁾は、「未だ存命の妻を無嫁資の状態に置く

文)」、嫁資の状態を悪化させるか【本章第6法文、第14法文、第15法文、第16法文】しない限りにおいてである。”(Commentarii, 779-780.)

- 11) D.23.4.2.ところで、妻死亡後に嫁資を妻の実家に返還せず夫に留保帰属させる旨の合意は、嫁資制度を受容した地域において広く用いられ、それどころか、寡夫の嫁資取得が固有法の次元で法定される場合もあった。特に、イタリア北中部の諸都市では、13世紀後半以降、寡夫に嫁資の3分の1から場合によっては全部を取得することを認める立法が多数みられた。子の無い場合に寡夫が嫁資を全て取得する旨定めた1355年のフィレンツェ都市法(第2巻第74章)の下での寡夫による嫁資取得をめぐる助言実務について、Kirshner, *Maritus Lucretur Dotem Uxoris Sue Premortue in Late Medieval Florence*, in: ZRG 108, Kan. Abt. 87 (1991), 111-155; Lepsius, *Paulus de Castro als Konsiliator: Anwendung, Interpretation und Fortbildung der Florentiner Statuten*, in: *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 25 (2014), 70-82.を参照。

なお、妻が婚姻時に嫁資とは別に夫の下に持参したいわゆる「嫁資外財産 *parapherna*」については、ヴェーゼンベックが、ザクセン法(ザクセンシュピーゲルのラント法)上の夫婦財産制にも言及しつつ、『注解』学説彙纂第23巻第4章「嫁資の法について *De iure dotium*」注解第11番の後段で次のように述べている。

「嫁資に関連するものとして更に、妻の嫁資外財産、すなわち、嫁資とは別に設定された妻の特有財産も存する【本章第9法文3節、勅法彙纂5巻16章「夫婦間贈与、尊属から卑属への贈与、追認について」第27法文、同5巻14章「嫁資や婚姻前贈与並びに嫁資外財産について交わされた合意について」表題への標準注釈、ヤーソンの法学提要4巻6章「訴権について」第29節注釈第40番及び第41番】。この場合、それらの財産は妻に残されるのが通常である。妻の全財産に代わる寡婦分の設定を望みあるいは実際にそれが可能なほど夫の立場は強くないのである。それらの財産は、夫に引き渡され使用収益され得るにもかかわらず、嫁資外財産と呼ばれる。なぜなら、それらは、依然妻自身によって占有保持され、妻の固有財産にあたるからである【前掲本章第9法文3節、バルトルスの勅法彙纂2巻13章「事務管理人について」第21法文注釈第3番】。他方、ザクセン法においてもこれらの財産は夫の用益権の対象と

indotatas reddant mulieres adhuc superstites」わけではないので有効となる(『注解』第2番)。

これに対して、嫁資合意が「嫁資や婚姻故の贈与以外の財産について交わされた de aliis bonis, quam de dote et donatione propter nuptias concipiuntur」場合は別であり、特に、「夫婦間の相互相続について de mutua coniugum successione」交わされた場合、嫁資合意は「絶対に無効無益である prorsus invalida et irrita sunt」とされる(『解決』16第2番)。ラートの『相違論』では、夫婦間相続目的の嫁資合意が「合意の明白な限界 notorii pactorum ternimi」を超えていて無効であることは当然の前提とされていたが(『主張』32)、バルタザルは、夫婦間相続目的の嫁資合意の無効を嫁資合意一般の有効性に対する例外と位置付け、当該嫁資合意を相続合意の一種として無効とみなす通説それ自体をあらためて確認し、相当数の典拠によってこれを裏付けるところから議論を始めている。援用されている典拠は、ローマ法源として唯一引用された勅

なる。というのも、この法では、夫は妻をその全財産とともにある種の後見と支配の下に引き受け【ラント法第1巻第31条及び第45条】、夫婦間で共有とならないものは何もない【ラント法第1巻第31条】からである。とはいえ、この法においても、嫁資だけが夫の財産に帰属し【本章第75法文、学説彙纂50巻1章「市民及び居留民について」第4節】、残りのものは、法令の解釈において準拠すべき【勅法彙纂3巻41章「加害訴権について」第2法文】市民法の場合と同様、花嫁の下に留まるものと私は解する。しかも、夫へと譲渡されるよりも固有財産が残る方が花嫁にとって有利である。というのも、所有権や物における権利を有する方が訴権や物に対する権利を有するよりも確実であるから。以上のとおり、妻は複数の財産を有していることになる【勅法彙纂2巻13章「事務管理人について」第21法文の標準注釈、バルトルス、バルドゥス、その他諸博士の同法文注釈を参照せよ】。ザクセン法の下では、これに更に、(モルゲンガーベヤ)ゲラーデ乃至什器類、あるいは、夫の贈与により保有するものや、貴族であれば当地の一般法により、庶民であれば特別の法令により、夫の財産からその死後に取得するもの【ザクセン法[ザクセンシュピーゲルのラント法]第1巻第20条及び第21条以下】等がもしあればそれらもまた加えられよう【同第2巻第30条注釈、第1巻第31条、第3巻第75条及び第76条】。(Commentarii, 778-779.引用は1611年ケルン刊のテキストによる)。

法彙纂第5巻第14章「嫁資や婚姻前贈与並びに嫁資外財産について交わされた合意について De pactis conventis tam super dote, quam super donatione ante nuptias, et paraphernis」第5法文¹²⁾と、バルトルスの同法文注釈第1番¹³⁾を除けば、全て16世紀後半以降の文献である。この第5法文では、「相続財産は遺言によって外部者に付与される hereditas extraneis testamento datur」とされ、「嫁資として汝に与えられる必要のない妻の財産が妻の死後に汝に帰属する post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata」旨の嫁資合意の効力が否定されている。既にみたとおり、妻の死亡後に夫が嫁資を取得する旨の嫁資合意が有効とされる以上、ここに言う「嫁資として汝に与えられる必要のない妻の財産 bona eius, quae dotis titulo tibi non sunt obligata」がいわゆる「嫁資外財産 parapherna」を指すことは明らかである。一方、「外部者 extranei」という文言の解釈、つまり、法文に言う「汝

12) 「相続財産は遺言によって外部者に付与される。従って、遺言の代わりに嫁資の書面中に、嫁資として汝に与えられる必要のない妻の財産が妻の死後に汝に帰属する旨の合意が挿入されたことを汝が証明したとしても、汝に与えられる必要の全くないものを汝に回復すべく、妻の相続人や継承人を訴えることはできないと解すべし Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata: intelligis nulla te actione posse convenire heredes seu seccessores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur」

13) “嫁資を妻の死後に与える旨の合意は遺言の効力を有しない。[文言<挿入された>の標準注釈は] 次のように述べている。すなわち、当法文は二通りに読まれる、と。一つには、夫にかんするものとして、もう一つには、夫婦以外の者にかんするものとして。実際には、当法文は夫婦以外の者について妥当する。この点は、法文の冒頭により、「遺産は外部者に云々」とそこにある以上、証明される。Pactum de dote mulieris post mortem reddenda, vim testament non obtinet. Hoc dicit. Haec lex legitur duobus modis. Uno modo in marito: alio modo in extraneo: et ista de extraneo est vera. Probatur ex principio legis dum dicit: haereditas extraneis”(Commentaria in priman Codicis partem, 205.r.引用は1552年リヨン刊のテキストによる。)

tu」とは誰かについては、既にアックルシウス(同法文の文言<挿入されたinterpositum>への標準注釈¹⁴⁾)が、これを「夫婦以外の第三者」と捉える解釈と「夫」自身と捉える二通りの解釈を提示していた。これを踏まえて、「外部者に」との文言を根拠に前者の解釈に与しているのがバルトルスの上記注釈である。しかし、夫婦間相続目的の嫁資合意を無効とする原則の典拠として第5法文を引用する以上、バルタザルが、バルトルスとは異なり、「汝」を夫と捉える後者の解釈を支持しているのは明らかである。

実際、第5法文の趣旨を夫婦間相続目的の嫁資合意の無効と捉える見解は当時既にみられた。例えば、ドニ・ゴドフロワ Denis Godefroy(1549-1622年)は、『ユスティニアヌスのあらゆる法を収録した市民法大全 Corpus juris civilis quo jus universum Justinianeum comprehenditur』(1583年初版)¹⁵⁾の同法文の

14) “夫婦の間で、妻の財産がその死後に夫婦以外の第三者である「汝」に帰属する旨合意されたと解すべし。確かに、この場合、遺言の法においては当法文にあるとおろし無効であるし、合意の法においても直前の〔第4〕法文にあるとおろし無効である。あるいは、もう一つ、つまり夫である「汝」に帰属する旨合意されたと解すべし。この場合、同様に、嫁資の法によれば、嫁資は婚姻が終了する時点まで設定されているものであるから無効であり、これは、学説彙纂第7巻第1章「用益権及び用益の仕方について」第51法文にあるとおろし、用益権が用益権者の死後に設定されないのと同じであるし、また、遺言の法によれば、当法文にあるとおろし、介在しているのは遺言ではなく合意であるから無効である。これらは、一方すなわち遺言は一人の意思のみによって変更できるが、他方はそうではないので、異なっている。同じく、一方すなわち合意は相続人を義務づけるが、遺言は同じ仕方では義務づけない。同じく、一方は一人の意思に基づき、もう一方は少なくとも二人の意思に基づく。一方は引渡無く所有権を移転させ、もう一方は移転させない。”(Codicis domini Iustiniani sacratissimi principis praefecti praetorio Augusti, repetitiae praelectionis libri duodecim, 1066, z <Interpositum>.引用は1566年パリ刊のテキストによる。)

15) 『市民法大全Corpus juris civilis』の注釈はゴドフロワの生前に繰り返し増補されており、ここでは息子ジャック・ゴドフロワJacques Godefroy(1587-1652年)の手により整理された最終版注釈(1624年ジュネーヴ版以降の注釈)による。ゴドフロワの注釈付き『市民法大全』の書誌については、Spangenberg, Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch (1817), 840-845.参照。

文言<外部者にextraneis>に付した注釈¹⁶⁾において、「当法文に言う<外部者>とは、無遺言で相続する者全てと解され、ここでは花婿あるいは夫が花嫁乃至妻にとって<外部者>とみなされる」と述べている¹⁷⁾。これによれば、結局、「妻が先に亡くなった場合に夫が相続する旨の合意は無効であるpactum ut praemortuae uxori maritus succedat, irritum est」というのが第5法文の趣旨であり、ゴドフロワは、夫婦間相続目的の嫁資合意の無効を裏付ける典拠として、コンスタンティノス・ハルメノプーロス Κωνσταντίνος Αρμενοπούλος: Constantinus Harmenopulus(14世紀)の『法の貯蔵庫、別名、六巻書 Προχειρον νομων η Εξαβιβλος: Promptuarium juris sive hexabiblos』(1345年)のジャン・メルシエ Jean Mercier(1545-1600年)による羅訳テキスト(1566年初版)に希語原典を対照させ自ら編集した版(1587年刊)の第1巻第9章第34番¹⁸⁾も援用している。

-
- 16) “妻が先に亡くなった場合に夫が相続する旨の合意は無効である。というのも、合意によって相続は生じないからである。合意は、市民法上、他人の遺産を取得するために採用された方法ではない。それは、遺言か、あるいは、無遺言時の法律によってのみ生じる。ハルメノプーロス『法の貯蔵庫』第4[→1]巻第9章第34番も参照せよ。ところで、当法文に言う「外部者」とは、無遺言で相続する者全てと解され、ここでは花婿あるいは夫が花嫁乃至妻にとって「外部者」とみなされることに注意せよ。”(Corpus juris civilis, II, 448, g引用は1628年パリ刊のテキストによる。)
- 17) ただし、このようなゴドフロワの語義解釈の根拠は不明である。約二世紀後(1816年)に発見されることになるガイウスの『法学提要』の第2巻(第157節から第173節)では、周知のように、市民法上の相続人について、自権相続人のように相続承諾を要せず当然に相続する「家内相続人domestici heredes」と相続承諾を要する「家外相続人extranei heredes」とが区別されており、後者について、「遺言者の権利に服しない他の人々は家外相続人と呼ばれるceteri qui testatoris iuri subiecti non sunt extranei heredes appellantur」と定義されている(Gai. 2, 161.)。しかし、ゴドフロワは最劣位ながら法務官法上の無遺言相続人の地位ある配偶者(夫)を「外部者」と解しているのであるから、それは市民法上の「家外相続人」と同義ではあり得ない。
- 18) “〈34.夫が妻を相続する旨の合意について。〉夫が妻との間で亡くなった妻を夫が相続する旨の合意が交わされたとしても、当該合意は無効である。というのも、我々の相続に関わる事柄について合意を以て定めるということは為し得ないからである。

しかし、そのような第5法文の解釈の是非はともかく、ここで問われるべきは、夫婦間相続目的の嫁資合意をめぐる議論の直接の典拠とは言い難いバルトルスの上記注釈が引用されたのは一体なぜかという点であろう。この疑問はある文献との比較対照によって一挙に氷解する。その文献とは、序言において固有法注釈の先達の一人として言及されていたマティーアス・ベルリッヒ Matthias Berlich (1568-1638年) による『ザクセン選帝侯アウグストの勅法集の編別に従った実務解決集第2部 Secunda pars conclusionum practicabilium secundum ordinem constitutionum Augusti Electoris Saxoniae』(1614年初版。以下『実務解決集』と略称)の結論51「嫁資合意について、それは契約と終意処分何れとしてどの程度有効なのか、そしてまた、そこでは何名の証人を要するのか De pactis dotalibus, an et quatenus in vim contractus, vel ultimae voluntatis valeant, et quot testes in illis requirantur?」¹⁹⁾ 第2番²⁰⁾である。バル

実際、全くの他人が遺言によらずに他人の相続人となるということは決してあり得ない。他方、遺言によれば、全くの他人に対して遺産を与えることができる。”
(Promptuarium juris, 83-84.1587年ジュネーヴ刊のテキストによる。)

- 19) 全体の試訳は「普通ザクセン法における嫁資合意」(獨協法学第93号)参照。
- 20) “〈2.〉しかし、これらの嫁資合意が嫁資や婚姻故の贈与の範囲を越えて、嫁資や婚姻故の贈与以外の財産について交わされた場合、例えば、夫婦間の相互相続、すなわち、存命の者が先に亡くなった配偶者を承継するといった趣旨の合意が交わされたような場合には、嫁資合意は絶対に無効無益である【勅法彙纂5巻14章第5法文の明文による。ハルトマヌス・ピストリス『法問題集』第4巻問題2第14番、ミュンシゲルス『個別考察集』第2集考察33第6番から第9番、ペトルス・ヘイギウス『法問題集』第1部問題23(そこに見える諸論拠)第1番以下及び第8番以下、エルネストゥス・コトマヌス『助言集』第2巻助言78第171番及び第172番、ダウティウス『遺言論』「遺言変更権能について」第84番、第101番、ウェーセンベキウス『学説彙纂注解』23巻4章注解第4番、同『助言集』第2部助言71第3番、アンドレアス・ファキナエウス『論争解決集』第5巻第87章全体、スクラデウス『助言集』第1巻助言19第18番、ミカエリス・グラッスス『通説集』第1巻「無遺言相続」問題9第4番、勅法彙纂前掲5巻14章第5法文へのバルトルスの注釈第1番、ザクセン選帝侯勅法集第2部第43条へのダニエル・モレルスの注釈第1番】。”(Conclusiones, II, 352.引用は1651年ライプチヒ刊第4版による。)

タザルの「解決」16第2番にはこのベルリッヒの結論51第2番それ自体が引用されているわけではないが、本文はベルリッヒのそのの全くの引き写しであり²¹⁾、ベルリッヒが掲げた典拠の内、上記第5法文とバルトルスの注釈を含めて10箇所が重複している。ベルリッヒと重複する典拠の残る8つは、バルタザルによる引用の順に、ハルトマン・ピストリス Hartmann Pistoris(1543-1601年)の『ローマ法ザクセン法問題集 Quaestiones iuris tam Romani quam Saxonici』第4巻(1609年初版)問題2「相続取得合意について De pactis acquirendae successionis」第14番²²⁾、ミヒャエル・グラス Michael Graß(1541-1595年)の『遺言相続及び無遺言相続論 Tractatus de successionem tam

21) 「例えば」が<puta>から<veluti>に、「すなわち」が<scilicet>から<videlicet>に置き換えられているだけで、残りは語順も含めて一字一句同じである。

22) “〈14.合意当事者相互の遺産にかんする合意は原則として禁じられており、嫁資合意や婚姻特約の優遇もまたその有効性を裏付けられない。〉第五に、〔相続取得合意禁止の原則は〕嫁資合意についても妥当するという仕方では拡張される。というのは、嫁資の優遇が重要であり【学説彙纂24巻3章「婚姻解消時の嫁資返還請求について」第1法文、同42巻6章「債権者の先取特権について」第3法文〔=5章「裁判官の許可による物の占有あるいは売却について」第18法文〕、勅法彙纂5巻11章「嫁資の約束及び無方式合意について」第6法文〕、同じく婚姻が非常に優遇される事項であるとしても【別書4巻5章「婚約その他の契約中に挿入される条件について」第7節及び同節注釈、同2巻28章「上訴について」第39節〕、婚姻締結時に相続する旨の嫁資合意として父子間や婚約者間で交わされた合意は有効ではない【これは勅法彙纂5巻14章第5法文の明白にテキストにあるとおりであり、同2巻3章「合意について」第15法文、同前掲6巻20章「財産持戻について」第3法文も同旨、これらの法文への諸博士の注釈やザシウスの学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文注釈第3章第49番】。また、レオン〔6世〕新勅法集第19勅法によれば、婚姻時に子等に平等な相続分を約束する親による合意が有効とされるが、当該勅法も上記の点の妨げにはならない。なぜなら、相続時にはそのようなものは不使用に帰するからであり、それは、中でもボルコルテン【学説彙纂第2巻第14章「合意について」注解】第5章第69番末尾が論じているとおりである”(Quaestiones, II, 44引用は1609年イエーナ刊初版のテキストによる。第5法文を根拠に夫婦間の嫁資合意に言及する箇所の下線を付した。以下の諸典拠も同じ。)

ex testamento quam ab intestato』(1583年初版。以下『相続論』と略称)「無遺言相続 successio ab intestato」問題9第4番²³⁾、アンドレーア・ファキネーイ Andrea Fachinei(?-1607年)の『法学論争集第二部 Cotroversiarum iuris pars secunda』(1596年初版。以下『論争集』と略称)第5巻第87章「婚姻契約中に挿入された将来相続の合意は有効か否か Pactum de futura successione in contractu matrimoniali adjectum an valeat?」²⁴⁾、ルドルフ・シュラーダー

- 23) “〈4. 遺産取得合意が嫁資合意の中で交わされた場合はどうか。〉加えて、この結論は嫁資合意についても妥当する。すなわち、婚約した男女が嫁資合意において遺産や将来の相続について定めたとしても、当該定めは嫁資合意の本性に反するが故に許容されないからである【勅法彙纂5巻14章第5法文のテキストは明白で見事であるし、ティラクエルス『貴族身分及び長子相続権について』問題6において当該結論がより正しく受容されている旨多くの典拠に基づいて論じられているとおり、あらゆる諸博士の同法文注釈も同旨である】。ただし、以上のように解すべきなのは、嫁資合意において全遺産について定められた場合であって、多くの場合に見られるように個別の物について定められた場合はこのかぎりではない。というのも、後に[第10番で]述べるとおり、当該合意は排斥されるわけではないからである。

妻や夫の死亡時にその財産が親族に留保されるといったように、嫁資合意中に相続保持について定められた場合も後に述べるとおり同様である。

ところで、注意すべきなのは、今日、ドイツの慣習法上、反対の事柄が通用しているという点である。すなわち、ザシウスが前掲学説彙纂45巻1章第61法文注釈第50番において当該慣習法について述べているとおり、嫁資合意において相続の取得について区別なく合意されており、ザシウスは、ドイツにおいて逆の立場をとるのは困難である旨指摘しているけれども、そのような慣習法が有効か否かは後に述べる。とはいえ、嫁資合意におけるこの種の相続合意は、5名の証人が立ち会う限り【学説彙纂39巻6章「死因贈与及び死因取得について」第27法文】、終意処分として効力が維持されるものと私は解するし、幾つかの地域ではそれが通用している。”

(Tractatus de successione, 582-583引用は1583年フランクフルト・アム・マイン刊初版のテキストによる。)

- 24) “例えば当該婚姻より生まれる長子のみが相続する旨の合意のように、婚姻の合意に挿入された将来相続にかんする合意は有効であるとする著者は多く、グイド・パバエ『グルノーブル判決集』問題267及び505や、そこで参照されている他の人々がおり、メノキウス『助言集』第1巻助言1第167番もこれに与している。重要とは言

Ludolf Schrader(1531-1589年) の『助言解答集第一巻 Consiliorum sive responsorum volumen primum』(1607年初版)「貴族A家の事案のための助言

えない論拠は省略するならば、彼らは勅法彙纂第5巻第27章「庶子及びその母について」第5法文の次のような一節によって当該見解へと導かれている。そこには、「婚姻時に嫁資や婚姻前贈与について挿入されたもので、例えば、子が自らの兄弟等とともに、将来、両親あるいは(もう一方の親が存しない場合には)片親から、嫁資や婚姻前贈与について法律や合意に基づく利益を享受するといったような子等自身にかかわる合意を以て云々」、とある。そして、学説彙纂第23巻第4章第24法文がほぼ同じことを裏付けている。

しかし、私は、彼らに与しないし、それどころか、反対の見解を支持しており、この見解は、ティラクエルスが『貴族身分及び長子相続権について』問題6において、そこに引用された他の人々に従い、詳細に弁護しているものである。

私はまた、この種の合意が婚姻契約において有効ではない旨明確に述べている周知の諸法文にもそのように考えるよう促された。一つは、勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第25[→15]法文であり、そのテキストには、「嫁資の証書に含まれる合意で、父が亡くなった場合に娘が兄乃至弟と共に平等な相続分において父の相続人となる旨の合意は、如何なる債務も生じさせないし、娘の父の遺言作成の自由を奪うこともない」、とある。更に、ディオクレティアヌス[とマクシミアヌス]による勅法彙纂第5巻第14章第5法文がそうであり、そこには、「相続財産は遺言によって外部者に付与される。従って、遺言の代わりに嫁資の書面中に、嫁資として汝に与えられる必要のない妻の財産が妻の死後に汝に帰属する旨の合意が挿入されたことを汝が証明したとしても、汝に与えられる必要の全くないものを汝に回復すべく、妻の相続人や継承人を訴えることはできないと解すべし」、とある。

全く明白で事柄にも相応しいこれらの法文について、反対の立場の論者たちの誰の反論も取り上げる必要はない。実際、法文に対する反対説の反論は、当該諸法文は嫁資や婚姻故の贈与をめぐる合意について述べているという単純なものである。しかしながら、そのような合意が有効であることを否定する者など誰もいない。その上、我々の問いは、嫁資や婚姻故の贈与との関わりを超えて当該合意が有効となるのかというものである。この点、上記第5法文においてディオクレティアヌスが、「嫁資として汝に与えられる必要のない財産」という文言を付け加えたのは故なきことではない。つまり、彼は、嫁資や婚姻故の贈与をめぐる夫婦間のこの種の合意が有効であり遵守されるべきことを先刻承知だったのである。”(Controversiae juris, II, 388-389引用は1596年インゴルシュタット刊初版のテキストによる。)

19. そこでは、封は金銭によって設定可能か、そしてまた、特定の物や金額にかんする将来相続の合意は有効かが論じられる *Consilium decimum nonum, in causa Nobilium ab A. In quo disseritur, utrum feudum in pecunia possit constitui, itemque utrum pactum de futura successione ratione rei vel summae particularis valeat*」第18番²⁵⁾、ダウトの『遺言論』第84番²⁶⁾及び第101番²⁷⁾、エルンスト・コートマン Ernst Cothmann(1557-1624年)の『法解答

- 25) “〈18.寄進や婚姻の優遇を以てしても〔将来相続を得る旨の合意は容認されない。〕
加えて、将来相続の合意は寄進の優遇によっても決して有効とならない【アンゲルス〔・デ・ウバルディス〕、フルゴシウス、パウルス・カストレンシスの学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文3節注釈、パウルス・カストレンシス、ロマヌス、フランキスクス・アレティウス、アレッサンドリアのヨアンネス・アントニウス・ルベウスの勅法彙纂6巻20章「財産持戻について」第3法文注釈、ロマヌスの勅法彙纂6巻50章「ファルキディウス法について」第7法文の公撰集引用要約文第3の注釈】。同様に、婚姻の優遇によっても有効とはならない【勅法彙纂2巻3章第15法文、バルドゥス、サリケトゥス、アレクサンデル、ヤーソンその他諸博士の同法文注釈】。”
(*Consilia*, I, 1067.引用は1607年ライプチヒ刊初版のテキストによる。)

26) II注69参照。

- 27) “〈101.〉第三に、デキウスの前掲勅法彙纂第2巻第3章第15法文注釈第4番は、無遺言時に父を相続する合意当事者たる娘についても同じであるという仕方では〔相続取得合意無効の準則を〕拡張しており、それは同法文に確証されているとおりである。ただし、彼は、義務分については当該合意が有効となる旨付言している。他の人々も学説彙纂45巻1章第61法文注釈においてこの点を是認している【ボログネトゥス同法文注釈第26番と第172番】。

デキウスはこの点を以下のように論証しており、他の人々も彼に与している。禁止の趣旨が妥当しないならば禁止は妥当しない。ところで、父娘間で義務分について交わされた相続取得合意において〔相続合意〕禁止の趣旨は妥当しない。それ故、禁止は妥当しない。デキウスは〔この三段論法の〕小前提も論証している。すなわち、彼が言うには、合意が禁じられているのは遺言の自由が妨げられるからである。ところで、義務分について父は処分の自由を有していない。なぜなら、望もうが望むまいが義務分を娘に遺すべく強制されているからである。それ故、義務分については父の如何なる自由も妨げられ得ない。実際、如何なる剥奪も保持を前提としている。処分の自由の存しないところ、剥奪、すなわち、父の自由の妨げは生じ得ないとい

うのである。私は彼等のこの学説を無用であると解する。一つには、父が無遺言で亡くなれば、娘は、合意とは全く無関係に、宣誓を以て相続を放棄しない限り、相続するからである。一つには、遺言が適切で合意は忌避されるからである。つまりこの場合、父は、合意ではなく、父に相応しい相続人指定によって娘に相続分を遺さざるを得ず、もしそうしなければ娘は遺言を覆すことになるであろう。それどころか、父の遺言に相続人指定は不可欠である。このような見解は、確かに論争的とはなっているが、やはり通説といえる【ウェーセンベキウス『助言集』助言90第10、11、12番、コワッルウィアスの別書3巻26章「遺言及び終意処分について」第16節第1段注釈第2番及び第3番、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察112第9番】。ただし、父が子等の間の平等を確保し誰も相続人に指定しなかった場合は別である【ワスクイウス『相続発生論』第2巻第4部第20章第264番制限5、コワッルウィアス前掲箇所第3番】。ところで、父の遺言において子等の誰も相続人に指定されないことは容認できるとしても、子等が相続人であり追加権を有することは確かであり、もし合意によって娘に義務分が付与されるとすれば、娘は追加権から排除されてしまう。このように、父は、あらゆる場面の権原に堪えて平等を確保すべく強いられるのである。いずれにせよ、父の処分が有効であるためには、それは口頭もしくは書面による遺言か小書付でなければならない。もしそれが為されなかったならば、遺産分割や相続は無遺言で為されることになる【ワスクイウス『相続発生論』第2巻第18章第291番、クヤキウスの新勅法第18勅法及び第107勅法注釈、ハルトマヌス・ピストリス『法問題集』第1巻問題2】。

デキウス前掲注釈第5番の第四の拡張は、取り上げるに値する事柄を何も含んでおらず、法文から導出されるものである。

第五の拡張もまた法文に由来する。というのも、デキウス前掲注釈第6番及び第7番は当該「相続合意無効」の準則が嫁資契約においても当てはまる旨拡張しているからである。つまり、嫁資や婚姻の優遇故に相続合意が許容されるわけではないというのである。なぜなら、法文には、「嫁資の証書に含まれる合意で、父が亡くなった場合に娘が兄乃至弟と共に平等な相続分において父の相続人となる旨の合意は、如何なる債務も生じさせないし、娘の父の遺言作成の自由を奪うこともない」、とあるからである。婚姻の優遇は重要ではあるが、それだけでは、遺言の諸準則から法が離れるには十分ではない。ここに言う遺言の諸準則は二つあり、一つは、「合意によって相続は生じない」であり、そこから、もう一つの準則、すなわち、「文民間の合意は終意処分として許容されない」との準則が導かれる。この問題については強引な推論を避けるために区別が必要である。まず、合意が舅と婿との間で交わされ

及び鑑定意見集第2巻 Responsorum juris et consultationum volumen secundum』(1610年初版。以下『法解答集』と略称) 解答78第171番²⁸⁾、ペーター・

る場合である。これは前掲勅法彙纂2巻3章第15法文の問題であり、私はこの問題を難しい事案において偶々二度扱ったことがある。明快な結論が同法文に示されている。加えてウェーセンベキウス『助言集』助言63第8番及び第9番も参照されたい。もう一つは、婚約者間で合意が交わされる場合である。この場面は更に次のように区別すべきであろう。一つは、例えば長子が他の子等に優先して特定の物を承継するというように当該合意が将来生まれる子等に関わる場合である。このような事例についてはティラクエルスが『長子相続権論』問題6全体にわたって見事に論じている。もう一つは、合意が夫婦間相続にかかわる場合であり、結論は勅法彙纂第5巻第14章第5法文に示されている。つまり、そのような合意は無効なのである。ただし、ドイツの慣習法やザクセン選帝侯領の勅法は、この種の合意を、一定の範囲で、つまり、方式の充足を要件に終意処分として容認している。この点については、第三の疑念の三つ目の例外、つまり、第86番の「たとえ大半の人々が次のように解しているとしても云々」で既にふれた。また、モリナエウス『助言集』助言20第11番、ミュンシゲルス『個別考察集』第3集考察33、アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第2巻考察125第5番、ウェーセンベキウス『助言集』助言63第8番と第9番、及び、助言71第26番と第39番も参照されたい。更に、1572年公布のザクセン選帝侯勅法集第2部第43条も参照。従って、デキウスによる拡張例を鵜呑みにするのは今日安全ではない。この拡張例の問題について詳細を知りたい向きは、諸博士の前掲学説彙纂第45巻第1章第61法文注釈、特にアレクサンデルの注釈とザシウスの注釈第49番及び第50番、ベキウス『夫婦間遺言論』第1巻第8章第1、2、3番、グラスス『相続論』『無遺言相続』問題9第4番を参照されたい。この箇所ではグラススはドイツの慣習法に依拠して反対の立場に従うべき旨述べている。

第六に、デキウスの前掲注釈第7番は、当該合意は条件を介した間接的なものであっても無効であるという仕方では拡張している【前掲学説彙纂45巻1章第61法文】。というのも、直接的な方法つまり法の規定によって禁じられている事柄は、条件や罰金といった別の方法によって間接的にも許されてはならない【第六書「法の準則について」準則84、学説彙纂35巻2章「ファルキディウス法について」第27法文末尾、諸博士の前掲学説彙纂45巻1章第61法文注釈、特にヤーソンの注釈第3番、ザシウスの注釈第48番、ボログネトゥスの注釈第29番と第62番】。(Tractatus, 101-102.)

28) “<171.> 疑問点のために援用されるこれらの判決も妨げにはならない。というのも、

ハイゲPeter Heige(1559-1599年)の『市民法ザクセン法問題集 Quaestiones iuris tam civilis quam Saxonici』第1部(1601年初版。以下『法問題集』と略称)問題23「将来の相続を取得あるいは喪失あるいは保持する旨の合意は、市民法、法令、慣習法、家訓上、有効かどうか。また、都市は如何なる法令を制定できるのか。An de futura successione acquirenda, perdenda, aut conservanda, pacta valeant jure civili, statutorio, consuetudinario, aut familiari. Quae item civitas statuta condere possit.」第1番から第4番²⁹⁾、である。

これらの内、最後のハイゲの『法問題集』からの引用箇所は、「将来相続の合意 conventio de futura successione」一般の無効を確認する内容であり³⁰⁾、

最初に述べたとおり、全遺産にせよ遺産の一定割合にせよ合意によって付与され得ないところ【前掲勅法彙纂2巻3章第19法文及び第15法文】、同様に本件においても、全遺産や遺産の一部が付与されているのではなく、財産の特定部分が与えられているにすぎないからである。”(Responsa, II, 207. 引用は1610年フランクフルト・アム・マイン刊初版による。)

29) “〈1.〉遺産が合意ではなく遺言によって付与されるというのは市民法上の異論の余地のない見解である。〈2.〉それ故、将来相続の合意は、親子間でであろうと、外部者間でであろうと排斥される。従って、例えば合意によって一定の相続が自らに約束されたり、何らかの財産や全財産について当該合意が相互的に交わされたりすることはできないと解され、〈3.〉それ故、法令、慣習法、宣誓によっても、この種の合意が裏付けられ撤回不能になるということはない。〈4.〉というのも、死を企図する欲求が生じる何かを惹起するのは良俗に反するからである【勅法彙纂5巻14章第5法文、同2巻3章第15、19、30法文】。”(Quaestiones, 314.引用は1601年ヴィッテンベルク刊初版による。)

30) バルタザルの引用は第1番のみであるが、ベルリッヒの引用は「第1番以下 numero uno et sequentibus」となっていて、文脈上、第5法文が引用される第4番までが参照されていると解すべきであろう。なお、ベルリッヒは、「第8番以下 numerus octo et sequentes」も引用しており、そこでは、相続合意が無効とされる論拠として、「自由な遺言権能libera testandi facultas」や「不確定な人間の意思 ambulatoria hominis voluntas」への配慮に加えて、「法定相続人legitimi heredes」の利害重視が挙げられている(第12番まで)。本稿で参照した『法問題集』初版テキストの欄外番号は1619年ヴィッテンベルク刊第二版(314頁)でもそのまま踏襲されて

嫁資合意に関わる第5法文や勅法彙纂第2巻第3章第15法文も引用されているものの、相続目的の嫁資合意自体が論じられているとは言えない。また、ダウトの『遺言論』第84番³¹⁾も、ラートの『相違論』(主張35)の典拠として既にⅡで検討したとおり、「合意 pactum」による「相互相続 successio mutua」の可否一般を論じるものにすぎない。一方、シュラーダーの助言からの引用箇所では、「将来相続の合意 pactum de futura successione」が「婚姻の優遇によっても nec favore matrimonii」有効とはならないとされ、相続目的の嫁資合意の無効が示唆されているが、根拠として指示されているのは第5法文ではなく、上記第15法文であるから、念頭に置かれているのは、嫁資提供者たる父と娘婿との間で将来の娘による父の相続³²⁾をめぐる交換される嫁資合意と解される。更に、コートマンの解答からの引用箇所には、「全遺産にせよ遺産の一定割合にせよ合意によって付与され得ない neque haereditatem universam, neque haereditatis quotam pactis dari posse」とあり、第15法文に加えて、兵士間に限り相続合意を容認する同章第19法文が参照されているが、第5法文はやはり引用されていない。ただし、この箇所は、助言の依頼を受けた具体的な事案を前提に、「花婿は遺言を為すことで嫁資合意を破棄し、嫁資合意によって花嫁に割り当てられた利益を反対の終意処分で適法に剝奪し得るのか an sponsus testamento facto pactis dotilibus derogare et lucrum pactione dotali sponsae adscriptum, contraria voluntate ultima iure eripere possit」(助言78第3番³³⁾)との問いに答える部分の一節でもある。そのような

いるので、バルタザルの引用の不備は、参照テキストの異同に起因するものではない。ベルリッヒからの典拠借用の杜撰さをそこに見て取ることもできよう。

31) Ⅱ注69参照。

32) 仮にそのような合意が有効で妻がその実父から遺産を確実に取得できれば、その財産は妻との間に生まれる子等によって将来承継されることになり、夫の家系にとって大きな利益となり得る。早くにカノン法上有効とされた娘の宣誓付きの相続放棄合意(VI.1.18.2.)は、逆に、法定相続によってもまたもたらされ得るそのような利益への娘婿側の期待を予め排除して、父方男系による家産承継を確実にする手段であった。

33) Responsa, II, 198.

助言全体の文脈を踏まえるならば、第5法文の引用の有無とは無関係に、まさに夫婦間相続目的の嫁資合意を想定した議論として捉えることも不可能ではない。

以上に対して、残る四つの典拠では、夫婦間で交わされる嫁資合意の中で将来の相続について取り決められる場面がはっきり想定されている。まず、ハルトマン・ピストリスは、「婚姻締結時に相続する旨の嫁資合意として父子間や婚約者間で交わされた合意は有効ではない *non convention, tempore matrimonii contrahendi, in pactis dotalibus de succedendo, sive in ter patrem et filium, sive inter sponsum et sponsam, initia valet*」と述べており、「婚約者間で *inter sponsum et sponsam*」将来の相続について交わされる「嫁資合意 *pacta dotalia*」の無効が論じられているのは明らかである。ただし、ここでは、婚約者間の嫁資合意と並んで、賢帝レオンΛεων 6 世（在位886-912年）の諸勅法を集めたいわゆる「レオ帝新勅法集 *Αυτοκρατορος Λεοντος αυγουστου νεαραι διαταξεις* *Imperatoris Leonis Augusti novellae constitutiones*」³⁴⁾の第19勅法「息子等に平等な相続が生じる旨の父の約束について *De pacto paterno, ex aequo haeredem futurum filium*」に見える「父子間で交わされた合意 *conventio inter patrem et filium initia*」、すなわち、「父が、息子を婚姻させるに際して、息子が父の死後に他の兄弟等と平等な割合で父の財産の相続人となることを合意によって約束した *pater, quum in matrimonium collocaret silium, illum post decessum suum ex aequa parte cum aliis fratribus paternorum bonorum haeredem fore pacto promissit*」³⁵⁾という場面が想定されている。そのような「婚姻時に子等に平等な相続分を約束する親による合意 *pacta parentum, quibus, nupiarum tempore, aequalem prtionem filiis promiserunt*」が念頭にある以上、婚約者間の嫁資合意として想定されている

34) ハインリッヒ・スクリンガー-Heinrich Scrimger(1506-1572年) 編集の希語テキスト(1558年初版)がハインリッヒ・アギュラエウス-Heinrich Agylaeus(1533-1595年)の羅語訳と共にゴドフロワ編『市民法大全』に収録。「レオ帝新勅法集」については、さしあたり、Troje, *Graeca leguntur* (1971), 58-59/ 98-100.を参照。

35) *Corpus juris civilis*, II, 712.

のもまた、夫婦間相続目的の合意ではなく、次に見るような夫婦間に今後生まれる子等の相続分を予め定める趣旨の嫁資合意である可能性が高い。第5法文も引用されているが、父が娘婿との間で将来の娘の相続分や娘による相続放棄について定めた嫁資合意を無効とする法文（上記第15法文と勅法彙纂第6巻第20章「財産持戻について De collationibus」第3法文）も同時に参照されており、相続にかかわる嫁資合意一般の無効の裏付け以上の意味を第5法文の引用に見出すのは難しい。

婚約した男女が婚姻に際して将来生まれるはずの子等の相続分について交わす嫁資合意を具体例として明示しているのは、ファキネーイの『論争集』第5巻第87章とダウトの『遺言論』第101番である。前者の冒頭には、「当該婚姻より生まれる長子のみが相続する旨の合意のように、婚姻の合意に挿入された将来相続にかんする合意 *conventiones de futura successione pactis matrimonialibus adiectae, ut puta, quod solus primogenitus ex eo matrimonio succedat*」が例示されており、後者も、「婚約者の間で合意が交わされる *pactum fit inter sponsos*」場合の一つとして、「例えば長子が他の子等に優先して特定の物を承継するというように当該合意が将来生まれる子等に関わる *illud pactum concernit liberos nascituros, puta, ut primogenitus in certa re prae aliis succedat*」場合に言及している。そのような嫁資合意の無効を主張する際に両者が共に典拠として掲げているのが、アンドレ・ティラコー André Tiraqueau(1488-1558年)の『貴族身分及び長子相続権にかんする注解 *Commentarii de nobilitate et iure primigeniorum*』（1549年初版）所収の「長子相続権注解 *Commentarii de iure primigeniorum*」問題6である。そこでは、「長子が相続し他の子等は相続から排除されるかあるいは不平等に相続する旨の合意や私人による取決めは有効か *an valeat pactum, aut alia privati hominis dispositio, ut primogenitus succedat, aut aliis prorsus exclusis, aut non aequaliter succedentibus*」³⁶⁾（第1番）との問いについて、有効論（第3番から第15番）と無効論（第16番から第22番）の諸論拠がそれぞれ列挙された後に、

36) *Commentarii*, 475.引用は1584年リヨン刊第三版による。

有効論の論拠が逐一論駁（第23番以下）される伝統的な対論方式で無効論が論証されている。問題6の議論は長子相続目的の合意一般を対象とするものではあるが、有効論の論拠の一つとして、「長子が相続する旨の合意が付加されない限り婚姻が締結されないということもあり得るので婚姻の優遇や名誉もまた軽視されてはならない *non parvi momenti debet videri favor honorque matrimonii, quod forte contractum non fuisset, nisi eo pacto appposito, ut primogenitus succederet*」³⁷⁾（第7番）という点が挙げられ、第5法文と第15法文を根拠に反駁されているので（第25番）³⁸⁾、嫁資合意によるそれが典型例の一つとして想定されているのは明らかである。

グラスの『相続論』問題9第4番には、「婚約した男女が嫁資合意において遺産や将来の相続について定めたとしても、当該定めは嫁資合意の本性に反するが故に許容されない *si sponsus et sponsa in iis super hereditate et futura successione disponent, talis dispositio non toleraretur, quia est contra naturam eiusmodi pacti*」とあって、そのように解する論拠として第5法文が引用されると共に、ティラコーの問題6が参照されており、夫婦間で交わされる相続目的の嫁資合意の内、長子相続目的の嫁資合意が念頭にあるのは確かであろう。しかし、第5法文の引用だけでは、夫婦間相続目的の嫁資合意も射程内に存するかどうか、他の論者同様、判断の決め手を欠く。これに対して、ダウトは、『遺言論』第101番において、「婚約者間で合意が交わされる *pactum fit inter sponsos*」場合を、上記のような長子相続目的の合意と、「合意が夫婦間相続に関わる *pactum concernit coniugum successionem*」場合とに二分した上で、前述のゴドフロワの解釈同様、第5法文で無効とされているのが後者

37) *Commentarii*, 476.

38) もちろん、何れの法文も長子相続目的の嫁資合意それ自体の無効を定めているわけではないが、ティラコーは、両法文において「婚姻契約に合意が付加された趣旨はそれほど異なるものではなく、しかも、婚姻契約によって裏付けを得ているわけでもない *non absimiliter pactum erat appositum in contractu matrimonii, nec propterea robor ex eo accepit*」(*Commentarii*, 478-479.)と述べており、相続目的の嫁資合意一般の無効とする論拠として両法文を捉えているようである。

の夫婦間相続目的の嫁資合意である旨明言している。結局、ベルリッヒと重複するバルタザルの引用箇所、明示的に夫婦間相続目的の嫁資合意に言及しているのは、ダウトの『遺言論』第101番のみということになる。

ベルリッヒの示す典拠の内、バルタザルが借用しなかったのは、ミュンジンガーの『個別考察集』考察33³⁹⁾第6番から第9番、ヴェーゼンバックの『注解』学説彙纂第23巻第4章注解第4番⁴⁰⁾、同じく『一般に法助言集と呼ばれる論考集第2部 Tractatum, quae vulgo consilia iuris appellantur, pars secunda』

(1576年初版。以下『助言論考集』と略称)助言71「他家間相互相続合意について De pacto confraternitatis successorio」第3番⁴¹⁾、ダニエル・モラー Daniel Moller(1544-1600年)の『アウグスト選帝侯規則勅法集全体の独語から羅語への翻訳並びに同注解 Augusti Electoris ordinationes et constitutiones omnes ex Germanica in Latinam linguam translatae, et in easdem commentarii』(1599年初版。以下『勅法集注解』と略称)第2部第43条注釈⁴²⁾第1番の四つである⁴³⁾。この内、ミュンジンガーの考察33からの引用箇所、論じられているのは、既にⅡで検討したとおり、夫婦間相続目的の嫁資合意では

39) Ⅱ注54参照。

40) Ⅱ注74参照。

41) “〈3.嫁資合意によって遺産が付与されることも奪われることもない。〉とはいえ、嫁資合意やこれに類するものによって遺産が付与されたり奪われたりすることはあり得ない【勅法彙纂5巻14章第5法文、バルドゥスの同2巻3章第15法文注釈第1番、サリケトゥスの同法文注釈第2番、ヤーソンの同法文注釈末尾】。本事案において、やはりその相続が問題となっている祖父ヨドクスがそのような合意に同意し、勅法彙纂第2巻第3章第30法文に従い、亡くなるまでその意思を保ったとしても、事態は変わらない。つまり、たとえ遺言が作成されなかったとしても、この種の合意によって遺産はもたらされ得ないのである【勅法彙纂5巻14章第5法文】。”(Tractatus, 220-221.引用は1577年パーゼル刊のテキストによる。)

42) 全体の試訳は拙稿「相続と嫁資合意(2)」(獨協法学第93号)注43参照。

43) なお、これら四つを含めたベルリッヒの引用箇所の何れにおいても、バルトルスの第5法文注釈は参照されておらず、ミスリーディングな引用の由来をこれ以上遡ることはできない。

なく、婚姻後に同目的で締結される相互的な夫婦間贈与の無効にすぎない。また、ヴェーゼンバックの助言71第3番では、「嫁資合意やこれに類するものによって遺産が付与されたり奪われたりすることはあり得ない *non potest per pactum dotale aut simile dari vel adimi haereditas*」とされ、第5法文が引用されているが、「他家間相互相続合意 *pactum confraternitatis successorium*」を扱う助言全体の脈絡を踏まえるならば、夫婦間相続目的の嫁資合意が想定されているとは考えにくい。他方、ヴェーゼンバックの『注解』第4番では、「嫁資合意 *pacta dotalia*」において「夫や花嫁の相続について定められる *de futura successione mariti et coniugis agatur*」場合が、モラーの注釈第1番でも、同じく「夫婦間の相互相続について定められる *de mutua successione coniugum agatur*」⁴⁴⁾ 場合が論じられてはいるが、両者の議論は、夫婦間相続目的の嫁資合意を相続合意の一種として無効とする趣旨ではなく、むしろ、ザクセンの裁判実務や立法を前提にその例外的かつ限定的な有効性を論証するものであった。バルタザルが、両者を夫婦間相続目的の嫁資合意を無効とする典拠として借用しなかったのは適切であったと言える⁴⁵⁾。

逆に、バルタザルはベルリッヒから借用した以外に新たに二つの典拠を追加している。一つは、フランチェスコ・マンティカ Francesco Mantica(1534-1614年)の『黙示乃至不明確な合意にかんするヴァティカン夜業集 *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*』(1609年初版。以下『夜業集』と略称)第12巻「黙示乃至不明確な嫁資合意について *De tacitis et ambiguis dotium conventionibus*」第34章「婚姻締結に際して交わされた相続の効力にかかわる合意は如何に解されるべきか *Pacta, quae respiciunt successionis effectum, in contrahendo matrimonio conventa, quemadmodum intelligantur*」第1番である。そこには、第5法文を根拠に、「嫁資合意に挿入された合意で、妻の財産がその死後に夫に帰属すべき旨の合意は全く無意味で

44) *Commentarii*, 292.引用は1599年ライプチヒ刊初版による。

45) バルタザルによる典拠の借用乃至孫引きは、杜撰な面がある一方で、典拠の内容を踏まえた取捨選択を行っている様子もうかがわれる。いずれにせよ、典拠は学説の系譜を同定するにあたって貴重な手掛かりとなる。

ある *pactum in dotali instrumento insertum; quod bona mulieris post mortem eius ad maritum debeant pertinere; nullius esse momenti*」⁴⁶⁾ と述べられており、夫婦間相続目的の嫁資合意の無効を裏付けるのに正に相応しい典拠と言える。一方、もう一つの典拠、すなわち、『裁判手続や審理された事案そのものをめぐる疑念つまり法的争点についての偉大な帝室裁判所の判決先例集 *Dubiorum seu quaestionum aliquot in iure controversarum, tam circa processum, quam causas ipsas occurrentium, decisiones seu praeiudicia magni auditorii Camerae Imperialis*』⁴⁷⁾ (1601年刊)の「合意Pacta」の項末尾⁴⁸⁾には、「一方が他方の遺産を得る旨の嫁資合意は無効である *pacta dotalia, ut unus aliterius habeat hereditatem, non valent*」旨帝室裁判所で判示されたとあり、判決年月日と共に夫婦と推定される当事者名も示されているので、当該嫁資合意が夫婦間相続目的であった可能性は高い。

46) *Vaticanae lucubrationes*, I, 760.引用は1621年ジュネーヴ刊のテキストによる。

47) 本書は、帝室裁判所の匿名の陪席判事が作成した私的な覚書に基づくものであり、表題には「某陪席判事によって私的利便のためにアルファベット順に整理された *iuxta ordinem alphabeticum per quondam eius Assessorem private usus causa concinnata*」と付言されている。このように著者匿名のまま出版されたのは、帝室裁判所で審理された事案の概要が、多くの場合、訴訟当事者名も含めて書き留められていて(巻末には「帝室裁判所において互いに争い、本書において言及された人々の名簿 *Verzeichnuß der Personen / so für Kayserlichen Cammergericht mit einander zu thun gehabt / und in diesem Opere angezogen seynt*」まで付されている)、陪席判事としての守秘宣誓違反に問われる可能性が高かったからであろう。本書はフランクフルト・アム・マインの書籍商ヨーハン・テオバルト・シェーンヴェッターの出資によって出版されているが、大きな需要を見込んで、発禁処分等のリスクを伴う書物を敢えて公にする姿勢は、アウグスト勅法集の立法資料を出版した彼らしい(拙稿「相続と嫁資合意(2)」72頁及び126頁参照)。

48) “一方が他方の遺産を得る旨の嫁資合意は無効であるのは、1553年6月7日にアナ・ブシュラー旧姓シュプロラントとフィリップス・ブシュラーとの間の事件において結論づけられたとおりであるが、第三者異議申立人の見解がより適切であると私には思われた。”(*Decisiones seu praeiudicia*, 243.引用は1601年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる。)

バルタザルが援用した合計12の典拠の内、夫婦間相続目的の嫁資合意それ自体を無効とする典拠とはっきり同定できるのは、第5法文を除けば、ダウトの『遺言論』第101番とマンティカの『夜業集』第12巻第34章第1番の二つに留まる。逆に言えば、これらの諸典拠が現れた16世紀半ばから17世紀初頭にかけての時期、相続合意一般、あるいは、相続目的の嫁資合意一般について論じる文献が大半を占め、第5法文も、多くの場合、相続合意一般の無効を裏付ける根拠の一つでしかなかった。これに対して、ベルリッヒの「結論」51にせよ、バルタザルの「解決」16にせよ、夫婦間相続目的の嫁資合意それ自体を論じている点で従来の文献とは明らかに異質である。そのような相違が生じたのは、何れの『実務解決集』も、普通法の次元に留まることなく、特定の成文慣習法の注釈を目的としていたからであろう⁴⁹⁾。両者の議論は、夫婦間相続目的の嫁資合意の効力について定めた注釈対象によって方向づけられ枠づけられているのである。

伝統的な実務考察集の体裁を採りつつ、実際には包括的な固有法注釈を展開するバルタザルの『実務解決集』の構想自体、ベルリッヒのそれに触発されたものであるのはほぼ確実である。叙述や典拠の借用もそのような影響関係の大きさを物語っている。実際、「解決」16に限って見ても、ベルリッヒからの借用は「解決」全体にわたっており、議論構成上の類似性も顕著である。ベルリッヒの「結論」51では、まず冒頭で、嫁資合意一般の有効性(第1番)と、夫婦間相続目的の嫁資合意の無効(第2番)という原則事項がそれぞれ確認された後、夫婦間相続目的の嫁資合意が例外的に有効とされる場面が四つ列挙され(第

49) ベルリッヒも、『実務解決集』第1部(1615年初版)の読者宛て序言の中で、「私は実務考察集という表題を付すことにしたいが、それを誰かがザクセン勅法集の注解と呼ぼうとしたとしても、私の意に反するわけではないtitulum Conclusionum practicabilium praescribere volui, si quis tamen eas commentarium in Constitutiones Saxonicas nuncupare velit, mihi non displicebit」(引用は1651年ライプチヒ刊第四版による)と述べており、『実務解決集』がアウグスト勅法集の注釈書と受け止められることを最初から見越していたようである。この点については、『実務解決集』出版の経緯を含め、拙稿「相続と嫁資合意(4)」(獨協法学第95号)参照。

3番から第7番)、その中に注釈対象であるアウグスト勅法集第2部第43条所定の有効要件も位置付けられている。その上で、「嫁資合意の作成には何名の証人を要するのか *quotnam testes ad pactorum dotalium confectionem requirantur*」⁵⁰⁾(第8番)、及び、「夫婦の一方が相手の意に反して嫁資合意を撤回し、あるいは、嫁資合意中に定められたものを削減乃至剥奪することは可能なのか *an alteruter ex conjugibus pacta dotalia altero invito revocare, et illud, quod in pactis dotalibus convetum est, minuere, vel tollere possit*」⁵¹⁾(第21番)という実務上特に重要な二つの問題について対論方式で詳細に論じられている。バルタザルの「解決」16においても、既にみた冒頭での原則の確認に続いて、夫婦間相続目的の嫁資合意が有効となる例外的場面が四つ列挙され(第3番から第6番)、「嫁資合意の作成には何名の証人を要するのか *quotnam testes ad pactorum dotalium confectionem requirantur*」⁵²⁾(第7番)と、「夫婦の一方が相手方の意に反して嫁資合意を撤回し、嫁資合意中に定められたものを減らしたり剥奪したりすることが可能かどうか *an alteruter ex conjugibus pacta dotalia altero invito revocare, et illud, quod in pactis dotalibus convetum est, minuere, vel auferre possit*」⁵³⁾(第14番)とが論じられており、その議論展開は「結論」51と瓜二つである。しかしその一方で、嫁資合意の文言について立ち入って検討し、ラント法第19条の解釈をめぐって師ラートの説に批判的に応接する箇所(第10番から第13番)はバルタザル独自の議論といってよい。以下では、ラートの『相違集』を受けたバイエルン法学の展開という観点を維持しつつ、ベルリッヒを介したザクセン法学の影響にも着目して、バルタザルの議論の分析を引き続き試みることにしたい。

50) Conclusiones, II, 353.

51) Conclusiones, II, 354.

52) Practicae resolutiones, 209.

53) Practicae resolutiones, 212.

IV

バルタザルがラートの論点を敷衍展開する際にベルリッヒを参照した場面は三つあり、以下順に取り上げる（ⅣからⅥ）。一つ目は、夫婦間相続目的の嫁資合意を例外的に有効とする「慣習法 *consuetudo*」について、ラートの文献引用を補う箇所である（「解決」16第6番）。同時にこの箇所は、夫婦間相続目的の嫁資合意を無効とする原則について、バルタザルが列挙した例外の四つ目に当たる。バルタザルによれば、嫁資合意が夫婦間相続を目的とするものであっても、「契約や贈与の表現を用いて交わされている *sunt concepta, per verbum contractus vel donationis*」場合（第3番：第一の例外）や、「存命の者が先に亡くなった配偶者を特定の物についてのみ承継する旨定められていた *provisum fuit, ut superstes conjunx praemorienti coniugi in certis quibusdam rebus tantum succedat*」場合（第4番：第二の例外）には例外的に有効となるとされるが、これらは、Ⅱで検討したとおり、相続合意一般の例外的有効例として従来から普通法学上容認されてきたものであり、同趣旨のラートの「主張」34も引用参照されている。これに対して、第三の例外とされる場面、すなわち、「遺産の包括承継について定められた嫁資合意が2名の証人の立会の下に公簿に登録される *pacta dotalia de universali successionem concepta, apud acta eorum duobus testibus insinuantur*」場合（第6番）については、そこに唯一援用されたニコラウス・ホントハイム Nicolaus Hontheimの『証書の構文と証明力について、別名、ローマ聖庁やシュパイヤーの名高き帝室裁判所の様式に則った公証人術について *De syntaxi et fide instrumentorum, sive de arte notariatus ad Romae Curiae, Imperialis Spirensis, celeberrimorumque iudicorum mores*』（1607年。以下『公証人術』と略称）第2巻第43章「嫁資合意においては何名の証人を要するのか *In pactis dotalibus quot testes requiruntur?*」⁵⁴⁾ 第2番に言及される実務慣行⁵⁵⁾を根拠とするもののようであ

54) “(1.一方あるいは双方の相続について定められている嫁資合意は慣習法上有効であ

る。ベルリッヒも、夫婦間相続目的の嫁資合意の例外的有効例を四つ挙げており、合意の文言と目的物の特定性に基づく例外については、バルタザルも、例によって、ベルリッヒの叙述（第3番と第4番）の大半をそのまま流用している。ベルリッヒが第三及び第四の例外として位置付けているのは、終意処分への読み替え、及び、裁判所への申請登録による有効化であり、何れもアウグスト勅法集第2部第43条の内容に対応するものであるが、前者の読み替え論は、ラートと同様、「周知のドイツの慣習法 *notissima Germaniae consuetudo*」に由来するとされており（第5番）、順序は逆転しているが、バルタザルの挙げる第四の例外と一致する。

ラートの「主張」35では、相続目的嫁資合意を有効とみなす慣習法の存在を裏付ける典拠として、ミュンジンガーの『個別考察集』第2集考察33第10番、ガイルの『実務考察集』第2集考察126第3番以下、ヴェーゼンベックの『注解』学説彙纂第23巻第4章注釈第4番、ダウトの『遺言論』第84番の四つが挙げられていた。これに対して、バルタザルは、「ドイツ、フランス、サヴォイアその他の諸地域の周知の慣習法 *notissima Germaniae Galliae, Sabaudiae, aliorumque locorum consuetudo*」上、「包括承継にかんする嫁資合意であって

り、5名の証人が求められる。〉一方あるいは双方の相続について定められている嫁資合意が無効であることはすでに述べた【本巻第20章拡張8】。ただし、同箇所の制限7で既に指摘したとおり、慣行上、反対の事柄が順守されており、5名の証人が求められる結果、この種の合意は死因贈与としてのみ有効となる。〈2.遺産について締結されていない場合、もしくは、公簿に登録された場合、嫁資合意には2名の証人で足りる。〉また、公簿に登録された場合、もしくは、遺産について締結されていない場合には、2名の証人で足りる【前掲第20章で述べたところを参照せよ。更に、クラウエッタ『助言集』助言139第10番及び第14番、『ザクセン勅法意見集』第1部問題14及び第5部問題5全体も参照されたい】。”(De arte notariatus, 440.引用は1607年マインツ刊のテキストによる。)

- 55) 公簿登録の慣行にかんするホントハイムの指摘自体、アウグスト勅法集第2部第43条所定の要件を念頭に置いたものであることは、「ザクセン勅法意見集 *Consultationes constitutionum Saxonicarum*」として流布していたアウグスト勅法集の草案（拙稿「相続と嫁資合意(2)」参照）の引用にも見て取れる。

も、現在では受容され有効と判断されている *pacta dotalia etiam de universali successione, hodie recipuntur ac valida judicantur*」として(「解決」16第6番)⁵⁶⁾、ラートの「主張」35そのものを含めて計12の典拠を追加しており、その内、八つがベルリッヒの「結論」51第5番⁵⁷⁾に引用された典拠と重複する。その八つとは、バルタザルの引用順に、ヴェーゼンベックの『助言論考集』助言71第39番⁵⁸⁾、ハルトマン・ハルトマン Hartmann Hartmann(1495?-1547年)の『実務

56) Practicae resolutiones, 209.

57) “〈5.〉 第三に制限されるところでは、包括承継について為された嫁資合意であっても、合意乃至契約としては無効だが、死因贈与の法によれば全く有効とされる。そして、この場合、死因贈与のためであるとしても嫁資合意はやはり有効ではあり得ないと解すべきようにも見えるが【勅法彙纂2巻3章「合意について」第19法文の冒頭に続く箇所の明確な一節による】、今日、どこであれ慣行上、更にはドイツの周知の慣習法によっても、そのような包括的相続に関する嫁資合意は死因贈与あるいはその他の終意処分として有効性を有するものと益々見なされるようになってい【その証人として、ヨアキム・ミュンシングルス『個別考察集』第2集考察33第10番(帝室裁判所においてその旨判示されたと述べている)、マッタエウス・ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』第23巻第4章注解第4番、同『助言集』第2部助言71第39番、クリストボルス・ゾペリウス『ローマ法ザクセン法相違集』第2部相違48第10番及び第11番(慣習によりドイツ全域でこの点を受容されており、当該慣習法は我々の地域でも遵守されている旨証言している)、アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第2巻考察126第3番及び第4番、ハルトマヌス・ハルトマヌス『実務考察集』第2巻第44章考察2第8番以下、ヨハンネス・ゴエダエウス『問答契約成立論』第6章(幾つもの論拠を提示している)結論7第83番、また夫婦間の相互的贈与について同趣旨の第84番以下、ペトルス・ヘイギウス『法問題集』第2部問題23第16番から第18番、ヨハンネス・ダウティウス『遺言論』前掲第84番末尾、次の番、第101番の半ば「ただしドイツの慣習法云々」以下、マッタエウス・コレルス『ドイツ判決集』第1部判決61第18番以下、アントニウス・テッサウルス『ピエモンテ神聖顧問会新判決集』前掲判決225第12番の「ドイツの慣習法」の行、フリデリクス・ブルクマヌス『助言集』第2巻最終助言第23番(法律家等の見解に基づき詳細に述べられている)及び第24番】。”(Conclusiones, II, 352-353.)

58) “〈39.慣習法によれば合意は無遺言時に有効とされる。〉そして確かに、市民法上、相互相続の合意は無効で、無遺言時にもやはり無効であるのは当然認められるとし

考察集 *Practicae observationes*』⁵⁹⁾ 第2巻(1577年初版)第44章「贈与について *De donationibus*」考察2第8番⁶⁰⁾、ヨハネス・ゲッデウス *Johannes*

でも【それが前掲勅法彙纂2巻3章第19法文の事案である】、一般慣習法上、これらの地域において、この種の合意とりわけ嫁資合意が、それが為されたとおりに公簿に登録され、遺言によって変更されなかった場合、無遺言時には有効であり、当該合意に基づき、信託遺贈の法の範囲で相続が生じるということは明らかであり否定できない。また、様々な宗教法院や法廷、当地の参審裁判所において頻繁にその旨判示されているという点は多くの例を以て証明できるし、この点について先に引用した勅法集第2部第43条、同第3部第10条及び第20条も証拠となる。”(Tractatus, 232.)

59) この著作についてはⅡ注58参照。

60) “〈8.夫婦間の相互的贈与は一方の贈与が他方の贈与に間をおくことなく続く場合に有効となる。〉また、バルドゥスが勅法彙纂第3巻第28章「不倫遺言について」第12法文を論拠に指摘しているとおり、相互的贈与も有効であり、彼によれば、それは単なる恵与ではないというのがその理由とされる。カエボラの『法の心得集』前掲箇所もそのように解しており、そこには、夫婦は相互的な贈与、つまり、一方が亡くなった場合に存命の他方がその財産を取得するといったように互いのための贈与を為すのが秘訣である、とある。というのも、この場合、出来事の発生が不確実なので贈与は有効であるからとされる【これは前掲勅法彙纂3巻28章第12法文に示されているとおりであり、キヌスの同法文注釈がこの点詳しく、諸博士の注釈も彼に従っている。勅法彙纂2巻3章「合意について」第19法文と同法文の標準注釈、学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第7法文2節がその論拠となるとされる】。〈9.同上。〉このような秘訣は、一方の贈与が他方の贈与に直ちに続く場合に当てはまり、この場合に限定されねばならず、間がおかれる場合にはそうではない。なぜなら、その場合相互的贈与は無効であるから【学説彙纂24巻1章第48法文の特異なテキストによる】。〈10.同上。〉同様に、そのような相互的贈与は、それが生存者間贈与であり撤回不能である旨定められているとしても、禁じられることはない【学説彙纂39巻6章「死因贈与及び死因取得について」第27法文による】。というのも、そのような贈与は直ちに有効となって追認を必要としないからであり、従ってまた、死後に引渡がない場合には財産を訴求できる。以上カエボラ前掲箇所による。〈11.二者間の相互的な贈与、とりわけ、将来の財産の贈与は有効か。〉同じく、ロマヌス『助言集』助言26第1段によれば、二人の者の間で、現在及び将来の全財産について相

Goeddaeus(1555-1632年)の『問答契約の締結及び履行にかんする注解
Commentarius de contrahenda et committenda stipulatione』(1596年初版。
以下『問答契約論』と略称)第6章「問答契約の主題について De subjecto
stipulationis」結論7第83番及び第84番⁶¹⁾、ハイゲの『法問題集』問題23第16

互的財産が為されたが、当人による自由な遺言作成が可能な何かが留保されている
場合、当該贈与は有効と判断されるべきであるとされる。一方の不利益は他方の不
利益によって相殺されるので彼らの何れも不利益を被らないと解されるというのが
その理由である【勅法彙纂2巻4章「和解について」第11法文、前掲同3巻28章第
12法文】。また、そのような贈与が先行する贈与との関係で報償的な贈与と解し得る
というのも理由となる【学説彙纂17巻1章「委任訴権及び委任反対訴権について」
第12法文8節】。”(Practicae observationes, 404.)

- 61) “〈83.如何なる法によって夫婦間相続合意は裏付けられるのか。〉また同様に、夫婦
間の相互的な相続合意も、総財産についてにせよ特定の財産についてにせよ、合意
としてではなく、死因贈与として有効となる。つまり、婚約日からそれ以降に、たと
え夫のみが妻との間で、子のないまま夫が亡くなった場合に妻が夫を相続し、逆に
言えば夫が妻を相続しない旨合意した場合であっても、死因贈与に相当する贈与し
か成立せず、それは、存命者によって撤回されない限り、最終的に死によって確証
されるのである【勅法彙纂5巻16章「夫婦間及び親子間で為される贈与及び追認につ
いて」第26法文、学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第26法文1節、第27法文、
第32法文、ヴェーゼンベック『助言集』助言63末尾、ミュンシングルス『個別考察集』
第2集考察33】。また、夫婦としての優しさや愛情に打ち勝つものなどない以上、死
を企図する欲求が生まれるとは考えられないし、＜子の無いまま亡くなれば存命の
相手方に＞との条件で取り決められるのであるから猶更そうである。実際、我々が
誰しも動かされるのは子やそれに続く孫等を数える欲求によってである。更に、自
由な遺言権能を奪うこともない。なぜなら、夫婦の一方が、終意処分によって当該
合意から離れることは、たとえ相手方の意に反するとしても自由であり、相続目的
の当該贈与が引渡や問答契約によって確証されていようが、いずれによっても確証
されていまいが同じである。〈84.ガイリウスの『実務考察集』第2巻考察91及び考察
126が検討される。〉ところで、ガイリウスが『実務考察集』第2巻考察126第5番以下
において述べている事柄は全て前掲考察91における自身の見解に反している。敢え
て言うが、前掲考察91において、夫婦間贈与が死によって確定され、黙示乃至明示
の撤回が明らかとならない限りにおいて遺贈の効力を有すると述べているのが正し

い。ミュンシゲルスが前掲書第2集考察33において、夫婦間の相互的な相続合意が終意処分や死因贈与として許容される旨述べているのは正しい。そして、そのように許容される場合以外は、前掲勅法彙纂第2巻第3章第19法文により全て無効となる【カッサナエウス『ブルゴーニュ慣習法注解』第4章第7条注釈及び第7章第12条注釈、ペトルス・ペキウス『夫婦間遺言論』第1巻第7章、アンドレアス・ティラクエルス『長子相続権論』問題6、[ゲオルギウス・] ナッタ『第六書第1巻第18章「合意について」第2節詳解』第249番及び同箇所のマッタエウス・ボイスの補注第65、66、67、69頁】。しかも、そのように許容されるのは、法学の權威によるのではなくむしろ慣習法や法令に効力による【同じくボイスによるボエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決214第22番、バルドゥス・ノウェルルス『嫁資論』第6部例外44】。従って、ガイリウスが前掲考察126第2番及び第3番において、これら生存夫婦間の相互的な相続にかんする合意や問答契約は直ちに有効となるが子にまつわる条件の下に履行が繰り延べられているとし、生存者間贈与の一種に当たる旨主張しているのは誤りである。敢えて言うが、死が介入しない限りそれらは完了しないのであるからこの見解は間違っている。確かに、婚姻中に一方が財産を減らすことも増やすこともないような生存夫婦間の相互的な贈与が成立し【学説彙纂24巻1章第7法文第2法文】、この場合、バルドゥスが勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第12法文注釈第2番で述べるとおり、何も不都合がないと解されるのだとしても、相互相続にかんする相互的な合意について同じことが妥当するという事にはならない。なぜなら、まず、夫婦双方について相続が生じるのではなく、存命者だけが死亡者の遺産を取得するからであり、また、より広く婚姻関係の存しない場面にまで拡張されているからであり、更には、そのような生存者間贈与が法によって排斥されていないとの理由で当該合意が成立するとすれば、法が生存者間贈与の成立場面として選んだあらゆる場合あらゆる人々の間で、相続とりわけ相互相続にかんする合意や問答契約もまた成立し得るということになってしまうからである。同じ理由が当てはまる場合には法も同じでなければならないというのであれば、後者が前掲勅法彙纂第2巻第3章第19法文によって否定されているのであるから、前者もまたそうであることになる。実際、相互的な生存者間贈与から夫婦の相互相続へと推論することは正しくない旨ヤーソンが前掲勅法彙纂第3巻第28章第12法文注釈第2番で詳細に述べている。それ故、相互相続にかんする夫婦間の合意が有効で撤回不能であり、交換や売買に類比されるから忘恩を理由としてもやはり撤回できない旨ガイリウスが考察126で述べているのは誤りなのである。また、ウェーセンペキウスは前掲助言63の末尾で、「嫁資合意において契約法上有効である事柄は何であれ双方の合意がない限り撤回できないが、終意処分法

上有効であるにすぎない事柄(すなわち将来の相続について定めているが故に5名の証人を要する場合)は、自身の相続に定められた本人によって撤回可能である【勅法彙纂2巻3章第15法文、同第5巻14章第5法文】」、と述べている。これらの合意が撤回可能であるという点は、ボエリウス『判決集』判決104第16番及び判決214第3、4、22、31番、バルドゥス・ノウェッルス『嫁資論』第6部例外44、ナッタ『第六書第1巻第18章第2節詳解』へのマッタエウス・ボイスによる補注66及び68頁によっても証明される。従って、相続にかんする相互的約束が生存者間贈与のための問答契約によって為されるのか、相互相続にかんする単純な合意によって為されるのかが区別されるべきで、前者においては将来相続の約束が為されているのではなく、死後の効力発生が定められているとはいえ生存者間の契約に基づき債務が発生し、後者においては、将来相続の合意や兄弟誓約が法律で禁じられているが故にそうではない旨ガイリウスが前掲考察126で述べているのも誤りである。まるで問答契約が当該合意に別の性質を与えたかのようである。然るに、そもそも合意することが許されない事柄については問答契約も締結することはできない【学説彙纂2巻14章第7法文第14法文】。それ故、ガイリウスが立てた上記区別は誤った仮説に基づいていることになる。その上、問答契約を介して為された相互相続の約束が、将来相続の合意ではなく契約から生じる債務であるとの理由で有効であるという点が夫婦間において正しいとすれば、他のあらゆる人々についてもそれが妥当し、彼等は問答契約によって相互に義務づけられるべく約束できることになる。しかしながら、彼等の場合それはこの上ない誤りである【前掲勅法彙纂2巻3章第19法文、同8巻39章「無効な問答契約について」第4法文】。第5法文で合意について述べられているのと同じ事柄が第4法文で問答契約について認められているのである。ここで勅法彙纂第4巻第11章第1法文を引用してみても無益である。というのも、この新しい準則は、瑕疵なく良俗に従ってこそ問答契約を締結できるという分かりやすい道理を前提としているからである。また、他の人々ではなく夫婦間において有効であるとする特別な理由も他に見当たらない。[ガイリウスが]小クルティウスに依拠して付け加えている理由、すなわち、贈与を原因としてなされた約束が死後に有効となるという点も理由とならない。なぜなら、小クルティウスは前掲勅法彙纂第4巻第11章第1法文について同じ解釈をしており、他の事柄が同じであれば[瑕疵なく良俗に反しないのであれば]、同じになるのは当然であるから。更に、ヤーソンも、引用された学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第61法文注釈において、ガイリウスの教示する上記主張は区別に役立つことは何も述べてはいない。ガイリウスは『実務考察集』初版[1578年刊]と第二版[1580年刊]の何れにおいても先例を援用しておらず(第

番⁶²⁾、ダウトの『遺言論』第101番⁶³⁾、マティーアス・カラー Matthias Coler

三版[1583年刊]は参照できなかった)、(私の見る限り)誤った仮説に基づいて前掲勅法彙纂第2巻第3章第19法文に反する主張をしているので、以上のとおり、この箇所では彼に与するべきではないと考える。”(Commentarius, 430-433.引用は1596年ジーゲン刊初版による。)

- 62) “〈14.将来の相続を保持する旨の合意は有効である。〉解釈者等によってまず教示されているところによれば、将来の相続を取得する旨の合意は無効とされるが、将来の相続の保持については、親子間、あるいは、遺産が帰属する可能性のある父方親族や母方親族の間で合意可能であることを、〈15.家父権免除の例によって。〉彼等は、信託締結によって為される家父権免除の例によって裏付けられるだけでなく【法学提要1巻15章「宗族による法定相続について」第8節】、他の幾つかの法の典拠によって補強している【勅法彙纂6巻58章「法定相続人について」第11法文、同8巻49章「子の家父権免除について」第6法文、同5巻30章「法定後見について」第4法文】。この点自体、他の人々によって疑問視されていること【アルキアトゥスの前掲勅法彙纂2巻3章第15法文注釈、アントニウス・コンティウス『無遺言相続財産論』32頁、そこでは家父権免除からの推論について解答されている。更に、ワスクイウス『相続発生論』第2巻18章第287番以下】を私は知らないわけではないが、〈16. 将来の相続を保持する旨の合意は有効である。〉反対の見解が非常に深く根付いているので、これ以上細かい点にかかわるつもりはない。〈17.相続留保は嫁資合意において卑属や父方親族の利益のために為され得る。〉それ故また、この種の合意は、とりわけ偉大な著者たちから確証を得ている【バルトルスの前掲学説彙纂45巻1章第61法文注釈、ザシウスの同法文注釈第19番及び第20番、そこでは、嫁資合意の中で父方親族や卑属の利益のために為された相続留保は有効とされている。また、この点を詳細に論じるものとして、アントニウス・ゴメジウス『トロ法注解』第22条注釈第19番、コラシウス『市民法雑録』第6巻第9章冒頭、ヨアンネス・イムベルトウス『フランス成文法提要』208頁、フランキスクス・ボンタムス[デ・ボンテ]『助言集』助言21第48番、ミュンシングルス『助言集』助言73第21番以下、ウェーセンベキウスの勅法彙纂2巻3章第30法文注釈[1594年ヴィッテンベルク刊[勅法彙纂第2巻第3章「合意について」並びに第4巻第21章「証書の証明力について」注解所収]]第12番、ホトマヌス『助言集』助言72第43番、フランキスクス・ベッキウス『助言集』助言74第5、6、16、17番、がある。】。なお、ここで思い出されるのは、この見解に基づき1596年に、父が娘に将来相続によって娘に帰属し得るものの内の何も娘から奪

(1530-1587年)の『ドイツ判決集 Decisiones Germaniae』第1部(1603年初版)判決61「夫婦の相続及び嫁資合意について De successione viri et uxoris, et pactis dotalibus」⁶⁴⁾第18番、アントニオ・テサウロ Antonio Tesaurio(1563-1628年)の『ピエモンテ神聖顧問会新判決集 Novae decisiones sacri senatus Pedemontati』(1590年初版)判決225「将来相続の合意は有効か否か、そして、如何なる場合に存続し得るのか Pactum de futura successione, an valeat, et quibus in casibus subsistere possit」第12番⁶⁵⁾、フリードリヒ・ブルクマン

われることはない旨約束した事案について、解答されたことである。〈18.勅法彙纂第2巻第3章第15法文の解釈〉また、このように述べても勅法彙纂第2巻第3章第15法文と矛盾することにはならない。というのも、ゴメジウス前掲箇所第19番やウェーセンベキウス前掲箇所第12番が適切にも指摘するとおり、当法文では、娘が財産を持ち戻すことなく優先的な嫁資を取得すべく定められることで、本来取得されるべきよりも多くのものが新たに娘によって取得されるため、平等ではなく不平等が惹起されているからである。これに対して、我々がここで論じているのは法に基づく平等な相続の保持についてである。”(Quaestiones, 316.)

63) 前注27参照。

64) 全体の試訳は「普通ザクセン法における寡婦相続権と嫁資合意」(獨協法学第94号)参照。

65) “〈12.将来相続の合意は有効な慣習法や法令によって許容される。〉[合意によって相続は生じないという準則は、]第二に、反対の法令や慣習法が存するならば、妥当しないという仕方で制限される。このような場合にも当該合意が有効となることを望まない人々もあり【『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集』判決453第3番】、グラッス前掲『相続論』問題9第4番はこれを通説と解しているようであるが、慣習法や法令がこの種の合意に裏付けを与え得るというのがより正しく、それ故、バルドゥスも勅法彙纂第6巻第54章「遺贈や信託遺贈の確保のための占有付与について、及び、担保提供を要するのは如何なる場合か」第4法文注釈もこの例外を認めているし、そのような慣習法の遵守を、アウフレリウス、ティラクエルス、ヨアンネス・ファベル、バボニウス、マスエリウスが各前掲箇所、フランキスクス・マルクスが『ドーフィネ神聖顧問会判決集』第1部判決136末尾で、それぞれ証言している。また、ドイツの慣習法については、ヨアンネス・アウルパキウス『重要引用集』第2巻第21章、ザシウス前掲学説彙纂第45巻第1章第61法文注釈、グラッス前掲問題9第4番が証言しており、彼等によれば、当該慣習法に反対することは困難であ

Friedrich Pruckmann(1562-1630年)の『助言法解答集第2巻 Consiliorum sive responsorum juris volumen secundum』(1610年初版)助言25第23番⁶⁶⁾、

るとされる。私は、ロンバルディアの人々の間で<モルガナティカ>と呼ばれる合意はこのドイツの慣習法に由来するものと考え【この合意については封建法書第2巻第29章「モルガナティカを約束された嫡出の娘について」を参照】。というのも、古来の慣習法は多くの場合重んじられるべきであるというのが、学説彙纂第1巻第3章「法律、元老院議決、長期にわたる慣習について」第32法文や勅法彙纂第8巻第53章「長期の慣習とは何か」第3法文の教えであるから。”(引用は1591年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

- 66) “<22.私が子の無いまま亡くなったならば存命の配偶者が私の全てあるいはほぼ全てを相続する旨定めた合意は完全に有効である。> 実際、この事案では第三者の相続ではなく、合意当事者自身の相続について合意されている。それ故、我々の事案の合意は法によって禁じられているわけではないと結論づけるのが正しい。というのも、私が子の無いまま亡くなった場合に存命の配偶者が私の財産の全てあるいはほぼ全てを取得する旨合意することが全く可能であるという点は法的に不確実であるとはいえないからである【フランキスクス・クルティウスの勅法彙纂2巻3章第30法文注釈第7番例外4、ヤーソンの注釈第8番、ボログネトゥスの注釈第41番、カグノルスの注釈第34番、その他諸博士の注釈、ダウティウス『遺言論』第115番、セラフィヌス・デ・セラフィニス『宣誓特権論』特権19第28番。シカルドゥスの勅法彙纂6巻20章第3法文注釈第6番はこの種の嫁資合意について言及している】。

<23.将来相続の合意は普通法上無効でも当該合意を支持する慣習法により有効である。> この点は、法律家等によってより詳しく、将来相続にかなする合意が法によって支持されないものであるとしても、これを欲し支持する慣習法から裏付けを得ることは可能である旨教示されている【バルドゥスの勅法彙纂6巻54章第4法文注釈第12番、デキウスの同2巻3章第15法文注釈第10番、ティラクエルス『長子相続権論』問題7第1番、『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集』判決452のアウフレトゥスの補注、ボエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決355第1番、アントニウス・ゴメジウス『トロ法注解』第22条注釈第24番、コワツルウィアスの別書3巻26章「遺言及び終意処分について」表題注釈第2部第15番、ワスキウス『相続発生論』第2巻第18章第231番、フランキスクス・マルクス『ドーフィネ神聖顧問会判決集』第1部判決136末尾、マセリウス『法定実務論』「組合について」第19番及び第20番、アントニウス・テサウルス『ピエモンテ神聖顧問会新判決集』判決225第12番、ガイ

である。

まず、ヴェーゼンベックの助言71第39番では、「一般慣習法上、これらの地域において、この種の合意とりわけ嫁資合意が、それが為されたとおりに公簿に登録され、遺言によって変更されなかった場合、無遺言時には有効であり、当該合意に基づき、信託遺贈の法の範囲で相続が生じるのは明らかである *constat, de consuetudine generali in his locis talia pacta, praesertim dotalia, si fiant apud acta, sicut istud factum est, et non mutata sint testamento, valere ab intestato, et ex eis succedi, saltem iure fideicommissi*」とされ、「様々な宗教法院や法廷、当地の参審裁判所において頻繁にその旨判示されている *ita saepius esse pronunciatum in diversis consistoriis et curiis, harum regionum Scabinalibus*」とも付言されている。ここに言う「一般慣習法 *consuetudo generalis*」とは、文脈上、当時ヴィッテンベルク大学法学部で勅法彙纂担当正教授の地位にあったヴェーゼンベックの地元ザクセン選帝侯領のそれを指すは

リウス『実務考察集』第2巻考察127第1番】。〈24.ドイツ全域の慣習法上、嫁資合意が作成されそこで合意された事項が遵守される習わしとなって既に久しい。〉ドイツ全域に受容された慣行によって、婚姻締結時にあらゆる身分の人々の間で嫁資合意が作成され、その中で一定の相続方法が記されるという習わしになっていることを今や知らない者などいない【その旨証言するのはザシウスの学説彙纂45巻1章第61法文注釈第50番、グラッス『通説集』「無遺言相続」問題9第4番、そこには、「ただし、このドイツ全域の慣習法に何か異議を申し立てるのは困難であることに注意せよ」とある。更に、スクネイデウィヌス『法学提要注解』3巻1章「無遺言時に相続される遺産について」注釈の「夫婦間相続について」第1番、ヨアンネス・フィカルドゥス『助言集』第1巻助言54第1番及び第2番、『アルトドルフ大学法学部鑑定意見集』第1巻助言77の「嫁資合意を付すことで云々」の行】。〈25.存命の妻と亡くなった夫の親族との間で夫の遺産をめぐる頻繁に生じる訴訟ではとりわけ嫁資合意が決め手となる。〉この帝国全域の一般的慣習法により、いずれにせよ、この合意が成立し有効となるであろうし、それ故、存命の妻と亡くなった夫の親族との間で夫の遺産をめぐる生じる争いの判断に際しては嫁資合意に特に着目すべき旨、ヨアンネス・フェッラリウス・モンタヌスが『マールブルク大学法学部鑑定意見集』第1巻助言2第9番で強く勧めている。”(Consilia, II, 552.引用は1610年イエーナ刊初版による)

ずである。相続目的の嫁資合意にかんしてそこに言及された慣習法の内容も、引用されたアウグスト勅法集第2部第43条に合致する。ヴェーゼンバックは、兼務していたヴィッテンベルクの宗教法院や選帝侯宮廷裁判所の陪席判事、あるいは、同地の参審裁判所の参審人として勅法集の規定に則った実務に自ら関わっていたのである。

ヴェーゼンバックよりも一世代ほど若くヴィッテンベルク大学の同僚(1584年着任)でもあったハイゲの問題23第16番では、「将来の相続の保持については、親子間、あるいは、遺産が帰属する可能性のある父方親族や母方親族の間で合意可能である *de conservanda futura successione pcisci inter parentes et liberos, itemque agnatos et cognatos, ad quos alioqui hereditas pertineret, licere*」との見解が「非常に深く根付いている *nimis alte radices egit*」とされているだけであり、続く箇所では、「嫁資合意の中で父方親族や卑属の利益のために為された相続留保は有効である *ubi in pactis dotalibus reservationem successionis, in favorem agnatorum et liberorum factam, valere*」(第17番)とされ、また、娘の法定相続分の保持を目的とした嫁資合意を有効とする法学部判決団の鑑定意見にも言及がある(第18番)とはいえ、慣習法を根拠に相続目的嫁資合意の有効性を主張する議論として、相続保持合意に対象を限定することに説得力はない。実際、問題23には、慣習法に基づく相続目的嫁資合意の効力を裏付ける典拠としてより相応しい箇所が存在する(第35番及び第36番⁶⁷⁾)。そこには、「ドイツの方々において、夫婦間相続について定められた嫁

67) “〈34相続する旨の合意に裏付けを与える法令や慣習法が今日ほとんど至る所で通用している。〉それでは次に、本件事案に関連して、相続する旨の合意に裏付けを与える法令や慣習法が存立し得るかどうか見ることにしたい。確かに、そのような法令や慣習法は、この点にかんする疑念やそれらの慣習法や慣行への言及がほとんど無益とみなされるほどの効力を有しているし【バルドゥスの勅法彙纂6巻54章第4法文注釈、フランキスクス・マルクス『ドーフィネ神聖顧問会判決集』第1部判決136末尾、ザシウスの前掲学説彙纂45巻1章第61法文注釈、アントニウス・テサウルス『ピエモンテ神聖顧問会新判決集』判決225第12番、ホトマヌス前掲『助言集』助言72、エウエラルドゥス『助言集』助言136第12番、アルノルドゥス・フェッロニウ

資合意が通用している *valent in Germania passim pacta dotalia, de successione conjugum disponentia*』とある上、「我々ザクセンの法や地域固有法によれば、相続にかんする取決めを含む合意は5名の証人を必要とし、終意処分に倣って撤回可能とされている *nostro Saxonico et provinciali jure talia pacta, de successione dispositionem continentia, quinque testes exigunt, et, exemplo ultimae voluntatis, revocationi subjacent*』とも述べられている。アウグスト勅法集への言及こそ見当たらないが、慣習法上の相続目的嫁資合意にかかわる典拠としてはこちらの箇所の方が明らかに適切であり、それ故、バル

ス『ボルドー慣習法注解』「遺言について」第22条注釈、エルベルスのレオ帝新勅法第32勅法注釈第12番、ローセントリウス『封論』第7章定理57)、〈35.夫婦間相続目的の嫁資合意はドイツの方々において容認されている。〉また同様に、ドイツの方々において、夫婦間相続について定められた嫁資合意が通用しているし【ヨアンネス・アウルパキウス『重要引用集』第2巻第21章】、フランスの幾つかの地域では全当事者の同意がなければ当該合意は変更不能である旨、ウェーセンベキウスが勅法彙纂第2巻第3章第15法文注釈第7番においてボエリウスやカッサネウスに依拠して述べている。〈36.ただし、ザクセン法上、そのような嫁資合意は5名の証人を要し、終意処分に倣って撤回が許される〉ただし、我々ザクセンの法や地域固有法によれば、相続にかんする取決めを含む合意は5名の証人を必要とし、終意処分に倣って撤回可能とされている【ウェーセンベキウス『学説彙纂注解』23巻4章注解末尾】。それどころか、テサウルス前掲箇所は、その種の法令が通用している限り、合意は常に撤回可能である旨主張している。それ以外予め何も定められていない場合には確かにその解してよからう。〈37.この場合、慣習法により異なる事柄が認められているならば別である。〉しかし、合意内容の変更が許されないという点もまた慣習法によって認められている場合には、合意は遵守されるべきで、自然的な良俗に反して何かが為されることにもならないと私は考える。というのも、相続法に相当することが明らかな実定的市民法であっても、レオ帝が第19勅法において前掲勅法彙纂第2巻第3章第15法文にはっきり反した勅法を定め、当該法文に明示された諸理由を覆しているのが見て取れるとおり、法を以て廃止できるからである。〈38.異父母兄弟間平等相続合意はドイツにおいて通常撤回されない。〉ドイツにおいて異父母兄弟間平等相続合意が撤回不能で、永続的な効力を保持するとされるのも同じ理由による【アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第2巻考察125、リキウス[ヤープ・リック]『異父母兄弟間平等相続合意論』第10章その他】。(Quaestiones, 319-320.)

リッヒが引用した欄外番号について誤植の可能性も否定できない。いずれにせよバルタザルはベルリッヒによる引用をそのまま踏襲している。

ダウトの『遺言論』第101番では、先にⅢでみたとおり、夫婦間相続目的の嫁資合意を明確に想定した上で、普通法における当該合意の無効が確認されていたが、そこには続けて、「ドイツの慣習法やザクセン選帝侯領の勅法は、この種の合意を、一定の範囲で、つまり、方式の充足を要件に終意処分として容認している *consuetudo Germaniae, et constitutio Electoratus Saxoniae talia pacta, caeteris paribus, ide est, concurrentibus solennibus, in vim ultimarum voluntatum, sustinent*」とあって、アウグスト勅法集第2部第43条も引用されている⁶⁸⁾。相続目的の嫁資合意を有効とする「ドイツの慣習法 *consuetudo Germaniae*」の裏付けとしては、ラートの引用した第84番よりもはるかに適切な典拠と言えよう。

ところで、相続目的嫁資合意の慣習法上の有効性を示す典拠として第84番が適切とはいえないことは、既にⅡにおいてラートの「主張」35との関係で指摘したが、この箇所の引用には誤植乃至誤解の疑いも排除できない。というのも、『遺言論』の第84番ではなく1611年版の84頁に、引用されるに一層相応しい箇所があり、上述の第101番でも「ドイツの慣習法」やアウグスト勅法集との関係で参照を指示されているからである。それは第86番の中の一節⁶⁹⁾であり、「法

68) Tractatus, 102.

69) “たとえ大半の人々が、法令や慣習法によっても相続取得合意が有効であるとの結論は決して導かれないと解し【諸博士の学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文注釈、アレクサンデルの同法文注釈第7番。カケラヌス前掲『ピエモンテ神聖顧問会判決集』判決100第11番はこの上なく見事に論じている。ペトルス・ペッキウス『夫婦間遺言論』第1巻第8章第5番末尾は大半の人々がそのように解しているとする。ガイリウス『実務考察集』第2巻考察125第4番は多くを引用している。グラッス『相続論』「無遺言相続」問題9第8番によれば通説とされる】、慣習法によっても法令によっても悪しき慣行が正当なものになることは決してなく、遺言の自由は万民法に属するというのがその理由であるとしても、反対の見解がより正しく健全で実務にも受け入れられている【デキウス『助言集』助言225第1番及び第2番、同前掲助言516へのモリナエウス補注第5番から第8番、同じくデキウス

令や慣習法によっても相続取得合意が有効であるとの結論は決して導かれない *ne statuto quidem, aut consuetudine induci posse, ut pacta successionis acquisitiva valeant*」との見解に抗して、「反対の見解がより正しく健全で実務にも受け入れられている *contraria opinio verior, sanior, et in praxi recepta est*」と述べられている⁷⁰⁾。その上、典拠の一つとしてアウグスト勅法集の第

前掲助言655第12番以下及び第25番、同じくデキウスの勅法彙纂2巻3章「合意について」第15法文注釈第3番及び第11番、ティラクエルス『長子相続権論』問題7、カケラヌス前掲判決100第15番及び第33番、カロルス・モリナエウス『助言集』助言20第11番、ミュンシゲルス『個別考察集』第2集考察33、ガイリウス前掲考察125第5番、ウェーセンベキウス『助言論考集』助言71第26番及び第39番、ザクセン選帝侯陛下の勅法集第2部第43条のテキスト】。諸民族の新たな慣行によって、古代の法律家の知らなかったいわば第三の種類の相続人が創出されたとされるほどである。つまり、彼らは遺言に基づく相続人と法律に基づく相続人だけしか知らなかったが、その後、慣行によって合意に基づく相続人なるものが生み出されたというのである【ホトマヌス前掲『助言集』助言72第35番以下に詳しい】。(Tractatus, 84.)

70) この一節の末尾には、「遺言に基づく相続人 *haeredes testamentarii*」や「法律に基づく相続人 *haeredes legitimi*」とは異なる「第三の種類の相続人 *tertium genus haeredum*」として「合意に基づく相続人 *haeredes conventionales*」が「諸民族の新たな慣行により *novis gentium moribus*」創出されたとするフランソワ・オットマン François Hotman(1524-1590年)の見解も紹介されているが、ダウト自身はこの「合意に基づく相続人」説には消極的であり、欄外注nにおいてこの点を次のように論証している。

「ホトマヌスの述べる第三の種類の相続人には、1. 慣習法乃至法令と、2. 相互性を要するとされる。また彼が助言しているのは、1. 二人の兄弟の合意で、2. 相互的な贈与についてであり、3. そこでは遺言のために財産の一定割合が留保されている。確かに彼は第三の種類の相続について多くのことを述べてはいるが、同助言第44番末尾にも明らかなおと、それらの点に依拠しているわけではなく、実際には、遺産の移転による包括承継にあたらないが故に有効となる合意に足が向いている。これに対して、「合意に基づく」が故に撤回不能な仕方で相続が生じるという趣旨で合意による相続が問題とされているのは二つの事例についてであり、そこには先に第84番で述べた事柄と、ドイツの諸侯間の相互相続契約という素材が含まれる【ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節詳解』文言「二人の娘を有する」

への注釈第198番、ナッタ『第六書第1巻第18章「合意について」第2節詳解』第101番の補注¹⁾。以上ホトマヌス説の紹介。

ここからの帰結1. 勅法彙纂第2巻第3章第30法文に基づいて相続が生じるとしても、「合意に基づいて」生じるわけではないので、そこに合意に基づく相続人が存するわけではない。

帰結2. 嫁資合意において遺産が付与され、ここで引用したザクセンの勅法に見られるように当該合意が終意処分として容認される場合、合意に基づく相続人とは言えない。

帰結3. 後に第120番の末尾で指摘し学説彙纂第28巻第1章「誰が遺言を為し得るのか、及び、如何にして遺言は為されるのか」第21法文第3節について述べたとおり、生存者間の行為において終意処分为をすることは可能であるから、合意に終意処分が含まれ、あるいはまた、嫁資合意において信託遺贈が為されるならば、ペトルス・ベキウス『夫婦間遺言論』第1巻第6章で指摘されているように、相続人や相続が合意に基づいているとは決して言えない。

以上のとおり、これらの場合には、遺産がその全体にせよ一定割合にせよ合意によってつまり合意の故に与えられることはないとの法原則に反するところはない。従って、本当に意味で合意に基づく相続人と言えるためには、1. 義務を課す取決め乃至合意と、2. 相続全体かあるいはその一定割合が文字通り合意に基づいて生じるということの二点が必要となる。ところが、契約中において終意処分が為される場合にせよ、合意が法律や慣習法に基づいて終意処分の効力を有したり終意処分として容認されたりする場合にせよ、後述第120番にもあるとおり、実際には合意に基づく相続人なるものは存しないのである。」(この欄外注釈の内、「これに対して云々」以下は、1594年刊の初版テキスト『遺言教説体系』の対応箇所、すなわち、131頁の第86番欄外注^cには見当たらず、1611年刊の改訂増補版『体系的遺言論』で補充されたようである)。

ダウトは、「合意に基づく相続人」が生じるように見える事案について、契約や合意の中で終意処分が為される場合にせよ、相続合意が法令や慣習法によって終意処分として容認される場合にせよ、実際には、「遺言に基づく相続人」か「法律に基づく相続人」の何れかに当たると解しており、アウグスト勅法集の第43条で容認された嫁資合意による夫婦間相続もその典型例として言及されている。なお、パーゼラーは、オットマンの主張が「ドイツの学説に受け入れられ、そこで相続契約にかんする独特の観方が生まれる足掛かりの一つとなった in die deutsche Doctrin überging, und hier für die selbständigere Auffassung der Erbverträge einen Anhalt darbot」

43条も明記され、そこに付された欄外注^{m71)}には、「同条では嫁資合意が終意処分として容認されている *ibi pacta dotalia sustinentur in vim ultimae voluntatis*」とある。ここに言う「嫁資合意 *pacta dotalia*」が夫婦間相続目的のそれであることは第43条の趣旨からも明らかである。引用された欄外番号の誤植なのか、頁数を欄外番号と見誤ったのか、いずれにせよ疑問の残る引用箇所と言える⁷²⁾。

一方、カラーの判決61第18番には、「嫁資合意がドイツ全域において極めて頻繁に用いられているのは確かである上、ザクセン法が通用している諸地域ではとりわけそうである *verum est, pacta dotalia esse per totam Germaniam usitatissima, maxime autem in his provinciis, ubi viget ius Saxonicum*」とあ

と述べて、ドイツにおけるオットマン説の反響を示す典拠を幾つか挙げているが (*Allgemeiner Teil*, 150.)、言及されて然るべきダウトによる上記論駁にはふれていない。パーゼラーのように「ゲルマン法的な相続契約の理解 *germanische Auffassung der Erbverträge*」の生成過程として相続契約学説史を叙述することの可否は措くとしても、「単純嫁資合意 *pacta dotalia simplicia*」と「混合嫁資合意 *pacta dotalia mixta*」の区別を「望みのない理論 *verzweifelte Lehre*」と呼ぶパーゼラー自身の結論先取りの評価は (*Allgemeiner Teil*, 168.)、各地の成文慣習法に明文化され当時「ドイツの慣習法」とまで評価された「混合合意」論が過渡的とはいえ果たした学説史上の意義の的確な把握を、このオットマン説の受容如何という次元でも妨げているように思われる。

71) “同条では嫁資合意が終意処分として容認されている。加えてウェーセンベキウス『助言論考集』助言38第58番と助言63末尾も参照せよ。”なお、ここに見えるヴェーゼンベックの助言の引用も1611年刊の改訂増補版『体系的遺言論』で増補されたものである。

72) なお、ベルリッヒの引用は、「前掲第84番末尾、次の番 *dato numero 84. in fine, et num. seq.*」となっていて、「次の番 *num. seq.*」が単数形 *<numero sequente>* の略ならば第85番のみを指すことになるが、複数形 *<numeris sequentibus>* の略ならば (通常 *<seq.>* ではなく *<seqq.>* と表記されるはずではあるが) 第86番も含むことになり、法令や慣習法による相互相続合意の是認の可否にかかわる議論が「第84番末尾 *numerus 84. in fine*」から始まっていることも考慮するならば、ベルリッヒの引用は適切であったことになる。

る⁷³⁾。ここで「嫁資合意 *pacta dotalia*」として想定されているのは、直前の箇所に見えたとおり、夫が「持参された嫁資の倍額 *duplum illatae dotis*」を妻に対して約束する旨の嫁資合意であり、夫死亡時における当該嫁資合意に基づく妻の取得分と普通ザクセン法上の寡婦相続分（勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づく寡夫相続分から寡婦困窮要件を外して広く適用⁷⁴⁾）との関係について、当時カラーが属していたイエーナ大学法学部判決団が示した鑑定意見（1567年6月）が議論の前提となっている。本件嫁資合意は単純な反対贈与（婚姻故の贈与）の約束であった可能性が高く、嫁資合意による取得分を法定相続分に優先させることで実質的に寡婦相続分を確定させる機能を果たし得るとはいえ、慣習法に基づく相続目的嫁資合意の有効性の典拠として当該箇所が相応しいかどうか疑わしい。

以上四つの典拠がザクセン法を念頭に置いたものであるのに対して、残る四つは「ドイツの慣習法」一般に直接間接に言及するものである。まず、ハルトマンの考察2第8番には、「一方が亡くなった場合に存命の他方がその財産を取得する *si contingat alterum praemori, alter superstes habeat bona sua*」旨の夫婦間の「相互的贈与 *mutua donatio*」を有効とするバルドゥスやバルトロマエウス・カエポラ *Bartholomaeus Caepolla* (?-1477年) の見解が紹介されているだけで、「ドイツの慣習法」への明示的言及は見当たらない。しかし、『実務考察集』第2巻が16世紀前半の帝室裁判所の実務に取材されたという前提を踏まえるならば、当該学説が同裁判所の実務を介して帝国の一般慣習法として受容されているとの趣旨に解することは確かに可能である。学説上有効とされる相互的な夫婦間贈与の例として、ルドウィクス・ロマヌス *Ludovicus Romanus* (1409-1439年) の見解に従い、「現在及び将来の全財産について相互的贈与が為されたが、本人による自由な遺言作成が可能な何かが留保されている *mutua intercessit donatio, omnium bonorum praesentium et futurorum*,

73) *Decisiones*, 211.引用は1603年ライプチヒ刊初版による。

74) この普通ザクセン法については、判決61第32番から第35番に加え、拙稿「相続と嫁資合意(3)」(獨協法学第94号)を参照。

aliquo reservato, de quo libera sit eiudem testamenti factio」場合も挙げられており（第11番）、こちらについても同じことが言えよう。とはいえ、これらの議論はあくまで夫婦間の相互的贈与に関わるもので、相続目的の嫁資合意の有効性を直接裏付けるものとは言えない。

1527年にヘッセン方伯フィリップPhilipp(在位1509-1567年)によりルター派大学として創立されたマールブルク大学で当時法学提要担当正教授を務めていたゲッデウス⁷⁵⁾の『問答契約論』第83番では、「存命者の遺産の取得についてだけでなく当該遺産の放棄が目的である場合にも、従軍中の兵士として何らかの仕方で我々の終意処分や死因贈与を表明する場合を除き、我々は有効に要約することも諾約することもできず、要するに契約することなどできない neque solum acquirendam, sed et ut repudiata sit viventis hereditas, male stipulamur, ac promittimus, nisi milites, in aciem pergentes, quoquo modo ultimam nostram voluntatem, mortisve causa donationem declarantes, fortasse contrahamus」との結論（結論6⁷⁶⁾）を敷衍する議論の一端として、「夫婦間の相互的な相続合意も、総財産についてにせよ特定の財産についてにせよ、合意としてではなく、死因贈与として有効となる pactum inter conjuges reciprocum de succedendo in omnibus vel certis bonis valet, non vi pacti, sed donationis mortis causa」と述べられている。また続く第84番では、「夫婦間の相互的な相続合意 pactum inter conjuges reciprocum de succedendo」が「そのように許容されるのは慣習法や法令の効力による sustinetur ita vi

75) フィリップの長男でヘッセン＝マールブルク方伯ルートヴィヒLudwig 4世が1604年に跡継ぎの無いまま亡くなり、同法伯領は何れもルートヴィヒの甥にあたるヘッセン＝ダルムシュタット方伯ルートヴィヒ5世とヘッセン＝カッセル方伯モーリッツMoritzによって分割承継されるが、後者はルートヴィヒの遺言を無視してカルヴァン派への改宗を強行する。多くのルター派教授等がダルムシュタット方伯領に逃れる中（その後1607年にルター派のギーゼン大学が新たに創立）、ゲッデウスは、カルヴァン派大学となったマールブルク大学に留まり、当地の宗教法院陪席判事等の要職も兼務した。

76) Commentarius, 423.

consuetudinis vel statuti」とされており、ミュンジンガーの『個別考察集』第2集考察33⁷⁷⁾が主たる典拠として参照されている点を合わせて考慮するならば、ゲッデウスもまた、上記ハルトマンの議論と同様、夫婦間相続目的の相互的贈与を有効とした帝室裁判所の判断に「ドイツの慣習法」の裏付けを求めているものと解し得る。

同時にこの箇所では、「相互に相続する旨の約束が生存者間贈与のための問答契約として為される *fiat promissio mutua de succedendo per stipulationem causa donationis inter vivos*」場合を「死因贈与 *donatio mortis causa*」ではなく「生存者間贈与の一種 *species donationis inter vivos*」と捉えるガイルの見解(『実務考察集』第2巻考察126第6番)⁷⁸⁾が、ミュンジンガーの伝える帝室裁判所の上記実務のみならず、『実務考察集』の別の箇所(第2巻考察91「夫から妻に渡された女性用装身具類は夫の死亡時に妻に帰属するの *Ornamenta muliebria a marito uxori tradita an mortuo marito uxoris sint*」第1番)でガイル自身によって確認された周知の前提(「夫婦間贈与は死によって確証され遺贈の効力を有する *donationem inter coniuges morte confirmari, et vim legati habere*」⁷⁹⁾)にも矛盾するとして徹底して批判されている。しかし、ゲッデウスのこの批判には問題がある。まず、ゲッデウスは、「ミュンシנגェルスが前掲書第2集考察33において、夫婦間の相互的な相続合意が終意処分や死因贈与として許容される旨述べているのは正しい *recte Mynsinngerus data observatione tricesima tertiae centuriae secundae reciprocum de succedendo pactum inter coniuges vi ultimae voluntatis et donationis mortis causa sustineri*」と指摘するが、ミュンジンガーの伝える帝室裁判所の判断は、本来贈与者が撤回せずに亡くなった場合にのみ有効となるにすぎない夫婦間贈与について、それが相互的である場合に限り生前の拘束力を容認し撤回を認めない趣旨であり、そのような理解は、同一乃至類似の事案を前提としたハルトマンの前記見解とも一致する。ガイルの考察126の前半部分(第5番まで)もま

77) II 注54参照。

78) *Practicae observationes*, 555.

79) *Practicae observationes*, 469.

さにこの点を敷衍する内容であった。これに対して後半部分(第6番以下)は、既にⅡでも指摘したとおり、相続目的嫁資合意を含む相続合意一般が例外的に有効となる場面が論じられている。「生存者間贈与のための問答契約として *per stipulationem causa donationis inter vivos*」約束されるというのは、そのような例外的有効を導く文言上の要件であって、また、たとえ「贈与」や「契約」といった文言を用いない単純な相続合意であっても目的物が特定され遺言の自由が残されているならば当該相続合意を容認するのがガイルの立場であった。ゲッデウスの批判は、このようなガイルの議論の前後の脈絡を無視して、夫婦間贈与や問答契約にかかわる原則論を一方的に押し通すものと言える。

相続目的の「嫁資合意」それ自体にはゲッデウスもまた言及してはいない。ただし、「夫婦間の相互的な相続合意は合意としてではなく死因贈与として有効となる *pactum inter conjuges reciprocum de succedendo valet, non vi pacti, sed donationis mortis causa*」との第83番冒頭の言明から明らかなように、「夫婦間の相互的な相続合意」を一種の「混合合意」と捉えるのがゲッデウスの立場である。ゲッデウスは、典拠として、ミュンジンガーの考察³³と共に、ヴェーゼンバックの『助言論考集』から助言63「嫁資外財産について *De bonis paraphernalibus*」⁸⁰⁾の末尾部分(第9番)も引用しており、そこには、「嫁資合意において契約法上有効である事柄は何であれ双方の合意がない限り撤回できないが、終意処分法上有効であるにすぎない事柄(すなわち将来の相続について定めているが故に5名の証人を要する場合)は、自身の相続に定められた本人によって撤回可能である *quaecunque in pactis dotalitiis valent iure contractus, non nisi mutuo consensu revocari possint: quae vero tantum iure ultimae voluntatis (quatenus scilicet de futura successione disponunt, et ideo quinque testibus opus habent) ea sint ab eo revocabilia, cuius de successione tractatur*」⁸¹⁾とある上、アウグスト勅法集第2部第43条も引用されていた。ゲッ

80) 全体の試訳は拙稿「相続と嫁資合意(3)」(獨協法学第94号)の注28参照。

81) *Tractatus*, 166.なお、この箇所は、第84番でのガイル批判の一論拠として、そのまま抜粋され再度参照されているが、文言上の工夫や目的物の特定性を条件に相続合

デウスは、「婚約日かそれ以降にin die sponsaliorum, vel postea」交わされる「夫婦間の相互的な相続合意」を想定していて、婚約者間の嫁資合意と婚姻存続中の夫婦間贈与とを厳密に区別していない可能性もあり、ヴェーゼンバックの助言63の上記引用とも照らし合わせるならば、ここでは夫婦間相続目的の嫁資合意も議論の射程に入っていると解する余地もある。

フランクフルト・アン・デア・オーダー出身で、ヴィッテンベルクで博士号取得後、ブランデンブルク選帝侯に仕え、『助言法解答集第2巻』公刊当時は司法担当の副尚書長官Procancellariusの地位にあったブルクマンの助言25第23番には、「将来相続にかんする合意が法によって支持されないものであるとしても、これを欲し支持する慣習法から裏付けを得ることは可能である *pacta de futura successione, etiam ea, quae de jure non subsisterent, robur tamen accipere possint, volente, iisque astipulante consuetudine*」との一般論がドイツのみならずイタリア、フランス、スペイン等各地の法律家に共通する理解として示され、続く第24番には、「ドイツ全域に受容された慣行によって、婚姻締結時にあらゆる身分の人々の間で嫁資合意が作成され、その中で一定の相続方法が記されるという習わしになっていることを今や知らない者などいない *jam vero nemo nescius est, recepto per totam Germaniam more, introductum esse, ut tempore ineundi matrimonii, inter omnes omnium ordinum homines, pacta dotalia conscribantur, inque iis, modus certus succedendi praescribatur*」と断言されている。相続目的の「嫁資合意*pacta dotalia*」を裏付ける「ドイツ全域に受容された慣行*receptus per totam Germaniam mos*」に明示的に言及している点で、ブルクマンの当助言はハルトマンやゲッデウスの見解よりも典拠として遥かに相応しい。

サヴォイア公国のピエモンテ神聖顧問会 *Sacer Senatus Pedemontanus*(ピエ

意を生存者間贈与として容認する議論と、相続目的の嫁資合意を終意処分に読み替える混合合意論とは論理的に矛盾せず両立可能であるし、前者を排して後者のみを認めたラートのように特定の成文慣習法の解釈を論じているわけでもないから、ヴェーゼンバック説に依拠してガイルを批判することはできない。

モンテ元老院 Senato di Piemonte)⁸²⁾ の筆頭評議員 primarius senatorであったテサウロの判決255第12番では、「合意によって将来の相続は生じないという準則 regula, quod pacto futura successio non detur」は、「反対の法令や慣習法が存するならば妥当しないという仕方では制限される limitatur, ut non procedat si in contrarium extet statutum, vel consuetudo」とされ、フランス慣習法学の諸文献に依拠して、「慣習法や法令がこの種の合意に裏付けを与え得る consuetudo, et statutum possint huiusmodi pactis robur tribuere」旨主張されているが、同趣旨の「ドイツの慣習法 Germaniae consuetudo」の存在も指摘されている。その際典拠として参照されているのは、ウルリッヒ・ツァジウス Ulrich Zasius(1461-1535年)の学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について De verborum obligationibus」第61法文注釈、グラスの『相続論』「無遺言相続」問題9第4番⁸³⁾、ヨハネス・アウルパッハ Johannes Aupach(1531-1582年)の『裁判実務一般の便益のために供される重要引用集 Singulares allegationes ad communem rerum usum accomodatae ad Christophorum Mellingerum Iurisconsultum』(1571年初版。以下『重要引用集』と略称)第2巻第21章⁸⁴⁾、である。

82) 首都トリノー(1563年遷都)に置かれ中央統治機関と上訴裁判所とを兼ねたピエモンテ神聖顧問会と並んで、アルプスを挟んだ仏語圏サヴォアの旧首都シャンベリーにはもう一つの上訴裁判所であるサヴォイア神聖顧問会 Sacer Sabaudiae Senatus(サヴォイア元老院 Senato di Savoia) が置かれていた。

83) 前注23参照。

84) “夫婦の一方が先に亡くなった相手方を全財産あるいは個々の財産において相続する旨の嫁資合意は非常に頻繁に見られ、ドイツでは至るところで有効とされている。ただし、普通法上、嫁資合意によって、遺産や、嫁資の名目で義務づけられていないものを与えることはできず、この点は、勅法彙纂第5巻第14章「嫁資や婚姻前贈与及び嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文のこの上なく明白なテキストに示されている。しかし実際のところ、これと同様の合意がフランスにおいても慣習法上受容されている旨、ヨアンネス・ファベルが勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第30法文注釈で述べているのは、フランキスクス・マルクスがその『黄金判決集』[第1部]問題136で見事に言及し指摘しているとおりであり、彼は、そ

ツァジウスの第61法文注釈は、法文自体の注釈にあたる冒頭部分に、相続合意一般の効力の是非を包括的に論じる論考が続く長大なものであり、「相続保持合意 pactum successionis reservandae」(第18番から第24番)、「相続喪失合意 pactum successionis amittendae」(第25番から第47番)、「相続取得合意 pacta successionis acquirendae」(第48番から第54番)、「将来相続をめぐる合意 pacta circa futuram successionem」(第55番から第57番)をそれぞれ扱う四つの章から構成されている。テサウロは注釈中の参照箇所を明示してはいないが、相続合意を有効とする「ドイツの慣習法」に言及している箇所としては、「相続取得合意」について論じた第3章に含まれる注釈第50番⁸⁵⁾が念頭に置か

こに引用したバルドゥスその他の人々に依拠して、これをより詳しく解明し、慣習法に照らして容認している。”(Singulares allegationes, 107-108.引用は1571年ケルン刊のテキストによる。)

- 85) “〈50.遺産は遺言によらなければ与えられることも奪われることもあり得ない。〉遺産は遺言によらなければ与えられることも奪われることもあり得ないという点は両法によって認められ、如何なる手段によっても当該学説に反駁できないほどである【法学提要2巻25章「小書付について」第2節、前述学説彙纂36巻1章「トレベリウス元老院議決について」第76法文】。ただし、遺産の付与や剥奪について述べた最後の点は二つの場合に緩和される。第一に、相続取得について付随的に定められ、主としてそれが定められてはいない場合であり、例えば、イタリアや諸侯において男系の者が存する場合には娘は排除される旨法令乃至取決めで定められている場合がこれにあたる。このような法令は付随的に相続の剥奪〔→取得〕について定めていると言える。というのも、娘が排除されれば男系の者が含められ、そこに相続取得の法令が姿を現すからである。それ故、諸博士は助言の中で、当該法令は、一部排除的で一部包含的、直接には排除的だが趣旨としては付随的間接的に包含的であると述べている。諸博士によれば、この法令が遵守されるべきなのは、娘が排除される限りでそれが相続取得の法令にあたるからではなく、それが直接的ではなく付随的であるからとされる。同様に、領外で妻に何も遺してはならない旨法令に定められている場合にも、当該法令は受け入れられている【アレクサンデルの当法文注釈】。上記結論が緩和される第二の場合は、子等に対して何らかの仕方で命令を為した父、つまり、合意によって分配し、あるいは、別の仕方で順不同で配分し、遺言も小書付も作成していない父について、父の職務を子が引き継ぐ限りでは、当該命

れていた可能性が高く、この箇所はダウトの『遺言論』第101番とプルクマンの助言25第24番でも引用されている。第61法文注釈第3章では、「相続取得の合意はたとえ宣誓によって裏付けられたものでも無効である *pacta successionis acquirendae etiam iuramento firmata, non valent*」(「第一の結論 *conclusio prima*」)、「遺言によって遺産が与えられ、遺言が宣誓によって撤回不能である旨確証されていても、当該宣誓にもかかわらず遺言は撤回可能である *etiam si testamento detur haereditas, et iuramento firmetur testamentum quod sit irrevocabile, tamen nihilominus revocari potest non obstante iuramento*」(「第二の結論 *conclusio secunda*」)、「遺言だけでなく現在及び将来の全財産の贈与についても宣誓によって有効とすることはできない *non*

令によって子等に相続が生じているのであり、そのような命令は有効である【勅法彙纂3巻36章「遺産分割訴権について」第18及び第26法文、同6巻23章「遺言は如何にして作成されるべきか」第3法文】。そのような自由が父には認められているのである。同胞諸君、嫁資合意において相続取得について合意されないという点を我々のドイツにおいて維持するのは、反対の事柄が遵守されているのは全く周知のとおりであるから、困難が伴うし、相続にかんする取決めが広く行われているのは確かではあるけれども、実際にはそれらはどれも有効とは言えない。最近、ある富裕な人がこの種の合意を根拠に相続を主張しようとしたが、それは確実ではないと私は諫め、我々は別の方策を用いた。いづれにせよ、私は、法に忠実であるし、夫婦が嫁資合意の中で互いに互いを相続人に指定した帝室裁判所の事案も知っているので、今のところ当該合意を認めない。ただし、第1章で述べた合意については別であり、嫁資合意において相続保持について定めることはたとえ宣誓がなくても当然可能である。”(Opera, III, 353-354.引用は1550年リヨン刊の『(一般に学説彙纂新篇と呼ばれる)学説彙纂第3部の注釈乃至講義を収録した卓越せる法律家ウダルリクス・ザシウス氏の著作集第3巻Domini Udalrici Zasii iureconsulti clarissimi operum tomus tertius, commentarius, seu lecturas eiudem in titulos tertiae partis Padectarum (quod vulgo Digestum novum vocant) complectens』による。)

なお、ツァジウスの第61法文注釈についてはパーゼラーが詳しく言及しており (Allgemeiner Teil, 126-130.)、そこには第50番の一節 (下線部分) も抜粋されている (127, Anm.16.「パーゼラーの相続契約学説史 (上)」(獨協法学第98号)の拙訳は上記のとおり訂正する)。

solum testamentum non potestfirmari iuramento ut valeat, sed ne donatio quidem omnium bonorum praesentium et futurorum」(「第三の結論 conclusio tertia」)という三つの「結論 conclusiones」がそれぞれ敷衍されており、第50番は「第一の結論」を論じた一節にあたる。そこでは、相続取得合意無効という結論が緩和される場面として、男系相続人が存する限り娘を相続から排除する法令等により「付随的かつ間接的に per occasionem et indirecte」相続取得が帰結する場合と、子等が父の「命令 ordinatio」によって「父の職務 officium patris」を引き継ぐ際に結果として相続取得が生じる場合の二つが挙げられた後、ツァジウスは、「嫁資合意において相続取得について合意されないという点を我々のドイツにおいて維持するには、反対の事柄が遵守されているのは全く周知のとおりであるから、困難が伴うし、相続にかんする取決めが広く行われているのは確かではあるけれども、実際にはそれらの何れも有効とは言えない durum est in Germania nostra hoc obtinere, quod in pactis dotalibus non conveniatur de successione acquirenda, cum usqueadeo notorie contrarium servetur: effuse enim disponunt de successionibus, tamen in veritate nihil eorum valet」と付言している。「ドイツ Germania」において相続取得目的の嫁資合意が広く利用されている事実は認めつつも、普通法上の原則にあくまで忠実な立場から当該嫁資合意を無効と解するのがツァジウスの立場なのである。ここでは、「この種の合意を根拠に相続を主張しようとした voluit asserere successionem ex huiusmodi pactis」者からの鑑定依頼や、「帝室裁判所 Camera」で争われたとされる「夫婦が嫁資合意の中で互いに互いを相続人に指定した事案 causa, ubi maritus et coniunx in pactis dotalibus sese reciproce fecerunt haeredes」⁸⁶⁾にも言及されており、ツァジウス自身の消極的

86) ツァジウスは1506年にフライブルク大学の正教授に就任した後もフライブルク市法律顧問(1502年就任)等の実務に1511年まで留まったとされるが(Stintzing, Geschichte, I, 158.)、彼がこの事案にいつどのような立場に関わったのかは不明である。言及の文脈に照らせば、帝室裁判所は普通法に従い当該嫁資合意を無効と判示したものと解される。匿名の陪席判事の覚書に基づくものとして1601年に公刊された前記判決集で言及される1553年の判決(前注48)とはもちろん時期的に無関係で

見解はともかく、相続目的の嫁資合意を容認する「ドイツの慣習法」の存在をこの箇所に取り取ることは十分に可能である。

なお、カラーの判決61第18番もこのツァジウスの第61法文注釈を欄外番号の特定のないまま引用しているが、前述のとおり、夫の反対贈与について定める通常の嫁資合意を念頭に「嫁資合意がドイツ全域において極めて頻繁に用いられている *verum est, pacta dotalia esse per totam Germaniam usitatissima*」という点の典拠として参照しているにすぎず、相続目的の嫁資合意に言及する上記注釈第50番との結びつきはそれほど明確ではない。実際、ドイツにおける嫁資合意の効力に言及する箇所が、「相続保持合意」を論じた第1章にも見られ、そこには、「ドイツ全域の嫁資合意は遵守し保持できる *possumus servare et salvare pacta dotalia totius Germaniae*」(第18番)とある⁸⁷⁾。「ある者が遺言によるか無遺言時かの何れかによって期待する相続権は合意によってその者に留保され得る *ius successionis quod aliquis sperat vel ex testamento vel ab intestato, potest ei pacto reservari*」との「結論 *conclusio*」の枠内では、「相続についてあれこれの場合に如何にして承継されるべきか定められるのが常である当該合意は法によって支持され得る *ista pacta possunt defendi de iure, in quibus semper et assidue disponitur super successionibus, quomodo hoc vel alio casu succedatur*」というのがここでのツァジウスの議論の趣旨である。このように「相続保持合意」に関する限り普通法と「ドイツの慣習法」の対立に拘泥する必要はないのであるから、ドイツにおける嫁資合意一般の拘束力を論証する目的であればこちらの箇所を参照してもよいことになる⁸⁸⁾。

ある。一方、ミュンジンガー、ハルトマン、ガイル等が言及する相続目的の相互的な夫婦間贈与を有効とした帝室裁判所の判断とも内容的に区別されるはずであるが、時期的な前後関係ははっきりしない。ツァジウスより一世代若いヴィッテンベルク大学教授ヒエロニムス・シュルフ *Hieronymus Schurpf* (1481-1544年) が、やはり相続目的嫁資合意無効の立場で著した鑑定意見については拙稿「相続と嫁資合意(1)」(獨協法学第92号) 参照。

87) *Opera*, III, 344.

88) 拙稿「相続と嫁資合意(4)」(獨協法学第95号) 注30参照(引用部分の訳を一部訂正

テサウロが引用するグラスの『相続論』問題9第4番では、既にⅢでみたとおり、勅法彙纂第5巻第14章第5法文を根拠に相続目的の嫁資合意を無効とする立場が表明されているが、同時に、その例外として、合意が個別の物や相続保持について交わされた場合が挙げられる一方、「今日、ドイツの慣習法上、反対の事柄が通用している *hodie de consuetudine Germaniae contrarium servatur*」という点にも言及されている⁸⁹⁾。そのような「ドイツの慣習法 *consuetudo Germaniae*」の典拠として参照されているのが、ツァジウスの上記第61法文注釈第50番である。グラス⁹⁰⁾は、「嫁資合意において相続取得につき区別なく合意されている *in pactis dotalibus conveniatur de successione acquirenda indistincte*」現状に対して、約一世紀前のツァジウスとは異なり、もはや普通法の原則論を維持しようとはしていない。「嫁資合意におけるこの種の相続合意は、5名の証人が立ち会う限り、終意処分として効力が維持されるものと私は解するし、幾つかの地域ではそれが通用している *existimarem eiusmodi conventiones de successionibus in pactis dotalibus sustineri in vim ultimae voluntatis, si saltem quinque testes intervenerint, et hoc in quibusdam locis servatur*」というのである。アウグスト勅法集の引用こそ見当たらないが、それら「幾つかの地域 *quidam loci*」には当然ザクセンが含まれよう。なお、プルクマンの助言25第24番も、ツァジウスの注釈第50番とともにこのグラスの問題9第4番を引用している。

する)。

89) *Tractatus de successione*, 583.

90) 『相続論』公刊当時(1583年)、表題頁にあるとおり、グラスは「ロストック大学の勅法彙纂担当正教授 *in Rostochiensi Academia ordinarius Codicis professor*」の地位にあり、『相続論』は、1581年11月1日付けの献呈文により、ウルリッヒUlrich(先々代メクレンブルク＝ギュストロウ公アルブレヒト7世の子で現ギュストロウ公ウルリッヒ3世)、ヨーハンJohann(ウルリッヒの兄で先代メクレンブルク＝シュヴェリン公ヨハン・アルブレヒト1世の子、現シュヴェリン公ヨーハン7世)、ジギスムント・アウグストSigismund August(ヨーハンの弟)の「メクレンブルク諸公 *Duces Megapolenses*」に献呈されている。

テサウロが引用するもう一つの典拠であるアウルパッハの『重要引用集』⁹¹⁾第2巻第21章には、「夫婦の一方が先に亡くなった相手方を全財産あるいは個々の財産において相続する旨の嫁資合意は非常に頻繁に見られ、ドイツでは至るところで有効とされている *valde sunt frequentia ista pacta dotalia et in Germania ubique valent, ut alter coniugum praemortuo in omnibus et singulis bonis succedat*」とある。その一方で、勅法彙纂第5巻第14章第5法文を根拠に、「普通法上、嫁資合意によって、遺産や、嫁資の名目で義務づけられていないものを与えることはできない *iuris est communis, quod pactis dotalibus haereditates, et ea quae dotis nomine non sunt obligata, deferri non possint*」ことも確認されており、その意図するところは必ずしも明らかではない。「これと同様の合意がフランスにおいても慣習法上受容されている *haec eadem pacta etiam de consuetudine recepta esse in Gallia*」との見解も参照されており、その典拠は、フランソワ・マルク François Marc(?-1522/3年)の『ドーフィネ神聖顧問会にて嘗て審理され言い渡された輝かしき判決集 *Decisiones aureae in sacro Delphinatus senatu iampridem discussae, ac promulgatae*』第1部(1532年初版)の問題136「婚姻契約の中で将来の相続の保持について交わされた合意について *De pacto facto in contractu matrimonii de futura haereditate conservanda*」である⁹²⁾。そこでは、父に男系相続人がない場合に備えて娘やその卑属を相続人に補充指定する旨の合意が娘の婚姻契約の中で交わされた事案について、この種の合意が「フランスの慣習法上有効である *de*

91) アウルパッハは、インゴルシュタット大学で修辞学を学び処女詩集を出版した後、フランス遊学の際に法学博士号を取得して帰国、バイエルン公アルブレヒト Albrecht 5世への仕官を経て、『重要引用集』出版当時は、レーゲンスブルク司教に仕えていた (Muther, "Aurpach, Johannes" in: ADB 1 (1875), S. 692; Thürauf, "Aurpach, Johannes" in: NDB 1 (1953), S. 457 f.)。『重要引用集』は、オーストリア・クライス代表の帝室裁判所陪席判事を務めた経験があり (Jus Camerae, 716.によれば1550-55年在任)、当時は皇帝マキシミリアン Maximilian 2世の弟でティロル伯のオーストリア大公フェルディナント Ferdinand 2世 (在位1564-95年)の顧問官であったクリストフ・メルンガー Christoph Mellingerに捧げられている。

92) *Decisiones aureae*, I, 33.引用は1562年リヨン刊のテキストによる。

consuetudine Franciae sunt valida」旨論じられているが(第5番)、それは、「将来相続の合意が禁じられているとしても相続を保持する旨の合意についてはその限りではない licet prohibeatur pactum futurae successionis, secus est in pacto de conservanda haereditate」(第2番及び第3番)との通説的理解を前提に、あくまで普通法の枠内で論証可能なものであって、同時期のツァジウスの見解とも呼応する。それ故、アウルパッハが冒頭に述べるような夫婦間相続目的の嫁資合意を有効とする「ドイツの慣習法」と、この「フランスの慣習法 consuetudo Franciae」を同列に捉えるのは困難であろう。このように論証不足の感を否めないアウルパッハの見解ではあるが、先にふれたハイゲの『法問題集』問題23の第35番もこれを典拠に、「ドイツの方々において夫婦間相続について定められた嫁資合意が通用している valent in Germania passim pacta dotalia, de successione conjugum disponentia」⁹³⁾と述べている。

ベルリッヒと重なる以上八つの典拠に加えて、バルタザルは更に、アントワヌ・ファール Antoine Favre(1557-1624年)の『ファベルの勅法彙纂 Codex Fabrianus』(1609年初版)第5巻第9章定義6「遺産が付与される旨の婚姻契約中の合意でとりわけ宣誓されたものは有効であり、それは慣習法に由来する Valet pactum praesertim iuratum quo datur hereditas, in contractu matrimonii, idque ex consuetudine」⁹⁴⁾、ゴドフロワの勅法彙纂第5巻第14章第5法文の文言「汝等解すべし intelligis」注釈⁹⁵⁾、ホントハイムの『公証人術』

93) Quaestiones, 320.

94) 拙稿「相続と嫁資合意(5)」(獨協法学第96号)注47参照。

95) “フランスではそれが遵守されており【パボニウスは、『フランス諸最上級審判決集』第20巻第2章第1節において、「成文法地域と慣習法地域の何れにおいても、婚姻契約や全財産の組合その他の中で将来の相続人指定が適法に為されるのが日常的に見受けられ、トゥールーズやパリ〔の高等法院〕においてもしばしばその旨判示されており、それは特に貴族間に見られる」と述べている】、当法文や勅法彙纂第2巻第3章第15法文は廃されている【カッサネウス『ブルゴーニュ慣習法注解』第4章第7条文言「婚姻存続中に」注釈】。シュパイヤーの〔帝室〕裁判所の陪席判事等によってもまたその旨判示されている【ミュンシゲルス『個別考察集』第2集考察33】。更に、勅法彙纂第3巻第28章「不倫遺言について」第12法文へのキヌス、バルドゥ

第2巻第28章「将来相続の合意について De pactis successionis」第40番⁹⁶⁾の三つを、相続目的嫁資合意の慣習法上の有効性を裏付ける典拠として引用して

ス、サリケトゥス、カストレンシスの各注釈、マスエリウス『法定実務論』「組合について」第5番及び第10番、同「相続について」第57番、ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節詳解』第198番、ティラクエルス『長子相続権論』問題6第8番、ミュンシンゲルス『助言集』第5集解答49、ヒッポリユトゥス・デ・マルシリウス『重要論点集』論点50及び333、ボエリウス『プールジュ都市慣習法注解』「婚姻にかんする慣習法について」第1条注釈を参照されたい。ところで、このような相続する旨の合意が有効とされるのは、特に、父から子等に対して為された場合【レオ帝新勅法集第19勅法（前掲第15法文が廃されて）】、宣誓された場合【ガブリエル『通説集』第3巻「贈与について」】、互酬的相互的交互的である場合（というのもそのような相続人指定は双方が同じ立場に置かれるので遺産狙いにはならないからである【学説彙纂28巻5章「相続人指定について」第70法文。ウェアンティニアヌスの新勅法「遺言について」第1法文も参照せよ】。相互的贈与は他にも特権的扱いを受けており、マルシリウス前掲論点333も指摘するとおり、登録不要とされている）、婚姻証書に付加された場合（これは、父が娘に嫁資を与える理由となる結婚乃至婚姻の優遇による）、である。遺産の全てではなくその一部や用益権のみが付与される場合も同様である【カッサネウス前掲箇所】。他方、相続しない旨の合意は、市民法上は無効であっても【勅法彙纂3巻28章第35法文1節、同6巻20章「財産持戻について」第3法文、学説彙纂38巻16章「自権相続人及び法定相続人について」第16法文】、カノン法上は有効である【第六書1巻18章「合意について」第2節】。”(Corpus juris civilis, II, 448,†.)

96) “(40.婚約した男女の遺産取得にかんする嫁資合意は5名の証人が立ち会う限り終意処分として有効である。)その上また、婚約した男女が嫁資合意の中で遺産や双方の相続について取り決めた場合、5名の証人が介在しさえすれば、当該合意は終意処分として有効となる【これ以上についてはミカエル・グラッス前掲『相続論』問題9第4番を参照されたい】。この箇所ではグラッスは、反対の見解が通説であることを自ら認めつつも、ドイツの慣習法が優先して遵守されていることも認めている。同じことはフランスにおいても遵守されており、反対の法は廃止されたと解されている【ゴットフレドゥスの勅法彙纂5巻14章第5法文注釈を参照せよ】。ミュンシンゲルス『個別考察集』第2集考察33は、シュパイヤーの帝室裁判所において我々の見解に合致する判決が下された旨述べている。”(De arte notariatus, 371.)

いる。ファールルの定義6では、勅法彙纂第5巻第14章第5法文により無効とされるはずの相続目的の嫁資合意について、「ほとんど至るところで諸民族の反対の慣習法によりこの種の合意が婚姻契約の中で有効になると解されている *contraria consuetudine fere ubique gentium receptum est ut huiusmodi conventiones valeant in contractu matrimonii*」とされてはいるが、「この種の合意がそれによって法定相続を留保するためのものである場合はとりわけそうである *praesertim si eiusmodi pactiones sint ut per eas legitima successio conservetur*」との言い回しや、「それらの合意は自然的な良俗とも矛盾しないと解されているが、自由な遺言権能を奪うという点は確かに否定しがたい *neque videri possunt abhorre a bonis moribus naturalibus, quamvis negari non possit quin auferant liberam testandi facultatem*」との両義的な指摘に照らせば、そこに言う慣習法の射程が相続の保持を超えて積極的な相続の取得に及ぶものなのかは判然としない⁹⁷⁾。なお、定義6と同じく1593年2月のサヴォイア神聖顧問会の判決を下敷きとした定義7「遺産が付与される旨の婚姻契約中の合意は悔悟を理由に撤回できない *Pactum quo datur hereditas in contractu matrimonii non potest revocari per poenitentiam*」⁹⁸⁾も読み合わせるならば、婚姻する娘や息子が他の兄弟と共に将来父を相続する旨の嫁資合意が想定されているようであり、そのような親子間相続目的の嫁資合意であれば、合意内容が直系卑属の法定相続分に合致する限り、まさに相続保持合意の一種といえ、普通法の枠内でも正当化できることになる。

ゴドフロワの上記第5法文注釈は、「フランスではそれが遵守されており、当法文や前出勅法彙纂第2巻第3章第15法文は廃されている *in Gallia illud observari, abrogata hac lege, et lege quinta decima supra de pactis*」とし、「シュパイヤーの裁判所の陪席判事等によってもまたその旨判示されている *ita iudicatum quoque ab assessoribus curiae Spirensis*」とも付言している。Ⅲで確認したとおり、ゴドフロワは第5法文を夫婦間相続目的の嫁資合意にか

97) Codex Fabrianus, II, 42.引用は1610年リヨン刊のテキストによる。

98) 拙稿「相続と嫁資合意(5)」(獨協法学第96号)注38参照。

かわるものと解しているの、「それillud」とは当然夫婦間相続目的の嫁資合意を指すことになる。フランスにおける有効性の裏付けとしてここで参照されているのは、ジャン・パボンJean Papon(1507-1590年)の『フランスの諸最上級審重要判決集 Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France』

(1556年初版)第20巻第2章「複数の候補者から一人の相続人を選択する権利についてDu droit d'eslire un heritier de plusieurs appellees」判決1⁹⁹⁾である。そこには、「法によれば遺産は生存者間の契約によって付与され得ないとされているけれども、反対のことが遵守されており、成文法地域と慣習法地域の何れにおいても、相続人指定が日常的に行われ、しかも、それが婚姻や全財産の組合その他の契約の中で合法的に為されているとされる combien que de droit, heredité ne puisse estre transmise par contract entre vifs, ce neantmoins l'on observe le contraire, et sont journellement, tant en pays de droit escrit, que de coustume, suyvies institutions d'heritiers legitiment faictes d'ailleurs, en contracts de mariage, societé de tous biens, et autres」とあり、これを容認するトゥールーズやパリの高等法院の実務にも言及されている

99) “法によれば遺産は生存者間の契約によって付与され得ないとされているけれども【勅法彙纂第5巻第14章「嫁資や婚姻前贈与、嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文】、マズユエの見解に従うならば【『裁判実務』「組合について」の「相続人指定は云々」の節】、反対のことが遵守されており、成文法地域と慣習法地域の何れにおいても、相続人指定が日常的に行われ、しかも、それが婚姻や全財産の組合その他の契約の中で合法的に為されているとされる。そして、アウフレリウスが『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集』問題452 [の補注]で述べているとおり、その旨トゥールーズにおいてしばしば判示されている。ただしそれは、宣誓を以て為された場合に限られるとされ、これに従うべきである。更に、パリにおいてもその旨判示されており、とりわけ貴族間ではそうであって、勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第15法文や同第6巻第20章「財産持戻について」第3法文は顧慮されていない。これらの法文は確かに単純な無方式の合意には当てはまるが、上記のように婚姻の契約によって裏付けられている合意には妥当せず、そのような合意の性質が考慮されるのである【学説彙纂第19巻第5章「前書訴権及び事実訴権について」第13法文】。”(Recueil d'arrests, 609.引用は1695年リヨン刊第7版による。)

る¹⁰⁰⁾。ただし、続く判決2で例示されるボルドー高等法院の1535年の事案か

100) パボン自身は、フランスにおける相続合意(契約による相続人指定)の受容について、まず、ジャン・マズエJean Masuer(1370-1452?年)の『裁判実務Practica forensis』第29章「組合についてDe societate」第7番を引用する。そこには、「また、遺言による相続人指定は慣習法上4分の1に限って有効とされているけれども、付随的で合意による相続人指定は二つの場合、すなわち、全財産の組合に加え婚姻の契約においても、全体について有効であり、それ故、前述の組合締結の際に存命者が先に亡くなった者を相続する旨合意されたとしても有効となる。婚姻の契約においてもまた同じであり、勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第15法文は単純な無方式の合意について述べているのであって、我々の事例では、この合意が契約に付随しており、契約が合意に対して、それ自体としては無効である取決めが付加的性質に移行し、自らが随伴し付随する行為の性質に従って有効となることを容認するのである【学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第13法文、同17巻1章「委任訴権及び委任反対訴権について」第12法文、勅法彙纂2巻3章「合意について」第1法文、学説彙纂39巻6章「死因贈与及び死因取得について」第27法文】」(Practica forensis, 248-249引用は1577年リヨン刊のテキストによる)、とある。これによれば、オーヴェルニュ地方のリオンにあったセネシャル区裁判所で尚書長を務めたマズエが『裁判実務』を著したとされる15世紀半ば、少なくとも同地の慣習法上は、「全財産の組合societas omnium bonorum」か「婚姻matrimonium」の何れかの「契約contractus」の付加的合意という形式であれば(後者が嫁資合意に他ならない)、相続合意が容認されていたことになる。

また、パボンは、トゥールーズ高等法院の実務の典拠として、ジャン・コルズィエJean Corsier(14世紀後半から15世紀初め)の『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集Decisiones capellae Tholosanae』問題452に付されたエティエンヌ・オフレリÉtienne Aufréri(1458?-1511年)による補論も引用している。そこには、「私は以上の見解に従って何度も助言してきた。しかし、その後、高等法院の非常に多くの判決によって貴族間では反対に判示されるに至ったので、私も意見を変えて、この種の合意が貴族間では宣誓によって裏付けられる限り有効であると助言しているEgo saepenumero secundum istam pinionem consulvi. Sed deinde, quia per arresta quamplura Curiae Parlamenti inter nobiles contrarium fuit decisum, opinione mutata consulvi valere tale pactum inter nobiles, si iuramento fuerit firmatum」(Decisiones, clxxi, r.引用は1538年リヨン刊のテキストによる。なお後の諸版、例えば1575年フラ

らも明らかなように、想定されているのは主として親子間相続にかかわる嫁資合意のようである。一方、「シュパイヤーの裁判所 *curia Spirensis*」つまり帝室裁判所の実務を伝える文献として参照されているのはミュンジンガーの考察33であり、そこで論じられているのは夫婦間相続目的の嫁資合意ではなく婚姻後の相互的贈与の事案であった。ゴドフロワの上記注釈の後半部分では、相続合意一般が例外的に有効とされる場面が列挙されているにすぎず、当法文の主題である夫婦間相続目的嫁資合意の効力を裏付ける典拠は結局提示されていないことになる。

一方、ホントハイムの『公証人術』の上記箇所では、グラスの『相続論』問題9第4番に依拠して、「婚約した男女が嫁資合意の中で遺産や双方の相続について取り決めた場合、5名の証人が介在しさえすれば、当該合意は終意処分として有効となる *si sponsus et sponsa super haereditate et utriusque successione disponent in pactis dotalibus, illa pacta valent in vim ultimae voluntatis si saltem quinque testes interfuerint*」との「ドイツの慣習法 *consuetudo Germaniae*」が紹介されており、慣習法による相続目的嫁資合意の有効性に言及する典拠として申し分ないように見える。しかし、続けてゴドフロワの上記第5法文注釈を引用して、「同じことはフランスにおいても遵守されている *idem quoque in Francia observatur*」と指摘する一節には、上に述べたとおり注意が必要であるし、おそらくはそのゴドフロワの注釈に釣られる形でミュンジンガーの考察33を引用し、ミュンジンガーが「シュパイヤーの

ンクフルト・アム・マイン刊、1617年リヨン刊のテキスト等では問題番号が一つずれて問題453となっている)、とある。問題452でコルズィエが伝える聖堂参事会の判決とは、将来生まれる長子を単独相続人に指定する旨の嫁資合意を普通法の原則どおり無効とするものであり(問題452の本文部分の試訳は拙稿「相続と嫁資合意(2)」注46参照)、当判決集が著された14世紀末の時点のトゥールーズの実務が、約一世紀後にトゥールーズ大学でカノン法を講じ同高等法院の評定官も務めたオフレリが伝えるように、その後変更されたのだとすれば、フランスでは、オーヴェルニュのような慣習法地域のみならず、トゥールーズのような成文法地域においても、おおよそ15世紀中には親子間相続目的の嫁資合意が容認されていたことになる。

帝室裁判所において我々の見解に合致する判決が下された旨述べている *dictum in Camera Spirensi pro nostra opinione iudicatum esse*」とする箇所も正確さを欠く。

以上、「包括承継にかんする嫁資合意 *pacta dotalia de universali successione*」を有効とする慣習法の裏付けとしてバルタザルが引用する典拠の内容を、ベルリッヒと重なるものを含めて詳しく辿ってきた。バルタザルは、「ドイツ、フランス、サヴォイアその他の諸地域の周知の慣習法 *notissima Germaniae Galliae, Sabaudiae, aliorumque locorum consuetudo*」という言い方で、ベルリッヒも引用していたテサウロの『ピエモンテ神聖顧問会新判決集』に加え、ゴドフロワの第5法文注釈や『ファベルの勅法彙纂』を典拠として補ってはいるが、帝国の一領邦の成文慣習法の注解を企図している以上、ラートと同様、主眼はあくまで「ドイツの周知の慣習法 *notissima Germaniae consuetudo*」にある。バルタザルの「解決」16第6番では、ラートの「主張」35と異なり、相続目的の嫁資合意を終意処分に読み替え遺言等による撤回を容認するいわゆる「混合合意 *pacta mixta*」論には言及されていないが、この箇所の論証対象である慣習法上の相続目的嫁資合意の有効性とは、何よりもまず、ラント法第19条にも明文化されるに至った夫婦間相続目的の嫁資合意のしかも「混合合意」としてのそれに他ならないはずである。この観点から見て引用されるに相応しい典拠と言えるのは、ヴェーゼンバックの学説彙纂第23巻第4章注解第4番と助言71第39番、ハイゲの問題23（ただしベルリッヒとバルタザルが引用する第16番ではなく第35番と第36番）、ダウトの『遺言論』第101番（更には第86番）のようにアウグスト勅法集第2部第43条に直接間接に言及するもの以外では、混合合意としての有効性を指摘したグラスの『相続論』問題9第4番を参照するプルクマン、テサウロ、ホントハイム等の見解に限られよう。

上記諸典拠に散見されるツァジウスの第61法文注釈や「フランスの慣習法」の無造作な援用からは、卑属の相続保持合意や娘の相続放棄合意のように普通法の枠内で既に正当化されている合意と、そうではない相続取得合意との区別がそれほど明確に意識されていない様子が見て取れる。夫婦間相続目的の嫁資

合意を含む後者は、ガイルの考察126の後半部分に論じられていたとおり、文言上の工夫や目的物の特定によって正当化される道が早くから開かれていたが、少なくとも夫婦間相続目的の嫁資合意については、混合合意としての有効性がザクセンを筆頭に各地の立法を通じて「ドイツの慣習法」の名の下に確認されつつあった。また、ミュンジンガーの考察33の援用が繰り返される様子には、正式な婚姻成立に先立って婚約者間で交わされる夫婦間相続目的の嫁資合意と、婚姻存続中に夫婦間で締結される相続目的の相互的贈与とを厳密には区別しない当時の学説状況が反映されている。ザクセンのアウグスト勅法集やバイエルンのラント法による嫁資合意の有効要件の明確化は、夫婦間相続という実益面の考慮によって曖昧となっていたこの嫁資合意と夫婦間贈与の間の原理的な区別¹⁰¹⁾を再度意識させる契機ともなり得るのである。

(未完)

101) この区別を淵源とする日本法における夫婦財産契約（民法755条）と夫婦間契約取消権（同754条）の対置を想起されたい。