

## 《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—— (3)

藤 田 貴 宏

V

夫婦間相続目的の嫁資合意が慣習法上有効であることを確認したバルタザルが、続いて論じているのは、「嫁資合意の作成に何名の証人を要するのか」という点である。この論点をめぐるバルタザルの議論（「解決」16第7番から第13番<sup>1)</sup>）は、ベルリッヒの見解（「結論」51第8番から第18番<sup>2)</sup>）を明示的に引用参照し、その内容を適宜借用しつつ展開されている。そこで以下では、IVで試みた個々の典拠の分析ではなく、むしろ両者の叙述そのものの順序や内容に焦点を当てて、バイエルン法学に対するザクセン法学の影響の跡を辿ることにしたい。

嫁資合意作成に要する証人数について、ベルリッヒは、「市民法にはこの問題にかんする定めを何も見出せない*de jure civili de hac quaestione nihil decisum invenio*」として（「結論」51第9番）、主に「ザクセン法*jus Saxonicum*」上の議論を念頭に、三つの見解にふれている。この内、一つ目は、嫁資合意が締結されるあらゆる場面について、「嫁資合意が2名乃至3名の証人の立会で作成されれば足りる*sufficere si pacta dotalia in praesentia duorum vel trium testium conficerentur*」との見解であり（第10番）、二つ目は、「将来相続、終意処分、死因贈与を思わせる*futuram successionem, ultimam voluntatem, et donationem causa mortis sapiunt*」場合に限って、「嫁資合意は

1) *Practicae resolutiones*, 209-212.2) *Conclusiones practicabiles*, II, 353-354.

5名の証人の面前で作成される必要がある*requiri, ut pacta dotalia coram quinque testibus conficiantur*」との見解であるが(第11番)、アウグスト勅法集第2部第43条において採用されたのはこれらの何れでもなく第三の見解であるというのがベルリッヒの理解である(第13番)。この第三の見解によれば、「嫁資や婚姻故の贈与についてのみ作成された*tantum super dote et donatione propter nuptias sunt confecta*」場合に加えて、「嫁資や婚姻故の贈与以外の別の財産や遺産の承継についてであっても、遺言の文言ではなく契約や贈与の文言を用いて締結された*ultra dotem, et donationem propter nuptias etiam de aliis bonis, et successione hereditatis sunt concepta, non quidem per verbum testamenti, sed per verbum contractus, et donationis*」場合や、「遺産全体についてではなく何か特定の財産について為された*sunt facta non de universali hereditate, sed de certis quibusdam bonis*」場合においても、「嫁資合意は文字通り合意として存続し得る*pacta dotalia per se in vim pacti subsistere possunt*」が故に、「契約一般*omnis contractus*」に準じて、「2名乃至3名の証人が立ち会えば十分である*sufficit, si duo, vel tres testes adhibeantur*」が、「上記の仕方の一つで締結されずに遺産全体について為された*uno ex praedictis modis non sunt concepta, sed de universali hereditate facta*」場合には、嫁資合意は「終意処分乃至死因贈与として有効であるにすぎない*non nisi in vim ultimae voluntatis vel donationis causa mortis valent*」ので、「必ず5名の証人が求められる*quinque testes necessario requiruntur*」とされる(第12番)。

バルタザルも、「普通法に訴えても何らの定めも見出されない*si ad jus commune recurramus, in eo nihil dispositum inveniemus*」とのベルリッヒの上記指摘を踏まえて、「嫁資合意が合意乃至契約として有効となる場合には証人を要しない*pacta dotalia in vim pacti vel contractus valeant, nullum testem desiderari*」とする師ラートの見解(「主張」33)に言及した後は、ベルリッヒに倣って上記三つの見解を列挙しており、特に明示的に引用された結論51第12番の叙述についてはほぼそのまま借用している(「解決」16第7番<sup>3)</sup>)。しかし

---

3) *Practicae resolutiones*, 209-210.

その一方で、アウグスト勅法集の立法資料（いわゆる『ザクセン勅法意見集 Consultationes constitutionum Saxonicarum』）、ダニエル・モラーの『勅法集注解』やクリストフ・ツォーベル Christoph Zobel (1499-1560年) の『市民法ザクセン法相違集 Differentiae iuris civilis et Saxonici』(1598年初版) のようにザクセン法を直接想起させる文献は典拠から除かれて、ザクセン法学に追従するかのような印象は回避されている。また、ベルリッヒがアウグスト勅法集第2部第43条による第三の見解の採用に言及した箇所は、「この区別はバイエルン法においても是認されている hanc distinctionem approbat jus Bavaricum」との指摘に差し替えられ、「他の行為であれば2名乃至3名の証人で足りるが、婚姻特約においては、通常、夫婦の死亡時の事柄、そしてまた、一方が他方の財産から何を承継すべきかについて取り決められているので、そのような特約が有効であるためには5名の証人を要する wiewol sonst in andern handlungen zween oder drey Zeugen genug seyn / weil aber in den Heyrathsgedingen gemeinlich von der Eheleuthen Todtfählen / und was eins von deß andern Guet erben soll / gehandelt wirdt / so seyn zu kräftiger solcher geding / fünff Zeugen nothwendig」としたラント法第1章第19条前段が掲げられており（第7番<sup>4)</sup>）、あくまで自らの「バイエルン法 jus Bavaricum」解釈の拠り所としてベルリッヒ説を参照しようとするバルタザルの意図は明白である。

ところで、「遺産 hereditas」に関わる嫁資合意であっても「契約や贈与の文言を用いて締結された sunt concepta per verbum contractus, et donationis」場合と「何か特定の財産について為された sunt facta de certis quibusdam bonis」場合については例外的に合意としての効力を認めるとの見解は、ラートの見解を扱ったⅡにおいても既にみたとおり、相続合意禁止の原則をめぐって普通法学上広く共有されていたものを夫婦間相続目的の嫁資合意に当てはめるものであるが、「ザクセン選帝侯アウグスト陛下もこの見解を自らの新勅法集において是認された hanc opinionem etiam approbavit Augustus Elector

---

4) Practicae resolutiones, 210.

Saxonicus in suis Novellis」(「結論」51第13番)とのベルリッヒの理解には注意を要する。というのも、そのアウグスト勅法集の第2部第43条<sup>5)</sup>には、「遺産Erbschaft」について定めているため「契約として存続できず保護され得ないin vim contractus nicht können erhalten noch geschützt werden」嫁資合意であっても、「5名乃至それ以上の証人fünff oder mehr zeugen」の立会を要件に「終意処分として有効と認められるin vim ultimae voluntatis, krefftig erkant werden」とあるだけで、契約的文言や目的物特定がその種の嫁資合意に「2名乃至3名の証人zwene Zeugen oder drey」で足りる「契約contract」としての効力を例外的にもたらし得る旨明言されているわけではないからである。つまり、ベルリッヒは、勅法集による混合合意論の導入は普通法を排斥するものとは解さず、夫婦間相続目的の嫁資合意について定める本条に従来の普通法学上の通説をそのまま読み込んでいるわけである。証人数をめぐるベル

5) 「婚姻特約は契約であるから2名乃至3名の証人がそこに立ち会えば足りるが、婚姻特約によって、例えば特約中に死亡時の遺産について定められているといったように、契約として存続できず保護され得ないような事態が生じ、そこに5名乃至それ以上の証人が立ち会っていた場合には、当該婚姻特約は終意処分として有効と認められるべきものとする。Nachdem die Ehestiftunge contract seind / so ist es auch gnug / wann zwene Zeugen oder drey dabay gewesen / do es aber mit den Ehestiftungen die gelegenheit hette / das sie in vim contractus nicht können erhalten noch geschützt werden / als do die Erbschaft auff den todes fall dorinnen vormacht / und es seind fünff oder mehr zeugen dorbey gewesen / so sollen solche Ehestiftungen in vim ultimae voluntatis, krefftig erkant werden.

更に、婚姻特約が、同様に合意としては存続し得ない場合に、双方立会の下に適正に申告され裁判所に登録されるならば、やはり有効と見なされるものとし、朕の宮廷裁判所、大学法学部、参審裁判所は判決の起案に当たって以上の諸点に従うべきものとする。Also auch wann die Ehestiftungen in gleichen fellen als pacta, nicht können stat haben / und sie würden in beysein beider teil gebürlich insinuirt, und gerichtlich eingeschrieben / so sollen sie auch krefftig erkant werden / solchen allen nach / sollen sich unsere Hoffgerichte / Facultaten und Schöpffenstüle / in vorfassung der Urteil halten.”(Verordenungen und Constitutuonen, 41.v.-42.r.引用は1572年ドレスデン刊のテキストによる。)

リッヒの議論の後半部分(第15番以下)では、そのような普通法学を下敷きとした第43条解釈が、目的物特定による例外的有効例を起点として更に敷衍展開されている。

ベルリッヒによれば、夫婦間相続目的の嫁資合意は、遺産中の「何か特定の物や財産について*de certis quibusdam rebus et bonis*」締結された場合には「契約として*in vim contractus*」有効となり得るのに対して(第15番)、遺産の「一定割合*quota*」について締結された場合には、「遺産全体について*de universali hereditate*」締結された場合と同様、「包括承継*universalis successio*」それ自体を企図するものと言え、第43条前段に基づき、「そこに5名乃至それ以上の証人が立ち会っていた*es sind fünf oder mehr zeugen dorbey gewesen*」場合には「終意処分として*in vim ultimae voluntatis*」有効となるとされる(第16番)。普通法上、「遺産は遺言によって付与される*hereditas testamento datur*」<sup>6)</sup>もので、「生き残った者が相手方の財産を取得する旨定められた私人間の書面が死因贈与締結の事実を有効に証明することは決してない*inter privatos huiusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is qui supervixerit alterius rebus potiat, nec donationis quidem mortis causa gestae efficaciter speciem ostendat*」<sup>7)</sup>のであり、「今日どこであれ、これと異なる点が慣行乃至慣習法上導入されていない限り、そのような合意が死因贈与として有効となることは決してない*ne quidem, ut illa pacta in vim donationis causa mortis valeant, nisi hodie aluid ubique moribus et consuetudine esse inductum*」ところ(第17番)、ザクセン選帝侯領では、本条により、夫婦間相続合意を終意処分と読み替える混合合意論がまさに導入され明文化されたというのがベルリッヒの見立てなのである。またその際、ベルリッヒは、「財産全体や何か一定の財産についてはこの限りではなく、それらの財産は生存者間贈与その他の合意を介して有効に移転され得る*secus est in omnibus, vel certis quibusdam bonis, illa enim bene donatione inter vivos, vel aliis pactis transferri possunt*」と付言しているが、

---

6) C.5,14.5.

7) C.2,3,19.

これは、普通法学由来のもう一つの例外枠、つまり、相続合意が「契約や贈与の文言を用いてper verbum contractus, et donationis」締結された場合を念頭に置いた指摘に他ならない。目的物の特定と契約的な文言とは互いに別個独立の基準なのであるから、たとえ配偶者の「財産全体omnia bona」にかかわる夫婦間相続目的の嫁資合意であっても、「生存者間贈与donatio inter vivos」その他契約に特有の文言や方式に従う限り、「遺産全体universalis hereditas」について締結されたとは言えず、契約そのものとして通用し、第43条冒頭にあるとおり、「2名乃至3名の証人がそこに立ち会えば足りるist es auch gnug / wann zwene Zeugen oder drey dabey gewesen」。結局、夫婦間相続目的の嫁資合意は目的物の特定か契約的な文言の利用か何れかの基準を満たす限り「契約としてin vim contractus」有効となるが、それ以外は、「遺産全体についてde universali hereditate」にせよ「遺産の一定割合についてde quota hereditatis」にせよ、「終意処分としてin vim ultimae voluntatis」効力を保持するに留まることになる。ただし、そのような効力保持は、ザクセン法上、証人の要否や数にのみ結びつけられているわけではない。第43条後段によれば、終意処分への読み替えは、「双方立会の下に適正に申告され裁判所に登録されるwürden in beysein beider teil gebürlich insinuiert, und gerichtlich eingeschrieben」場合にも認められているので、「これまで述べた点全体、すなわち、契約の効力を有さず終意処分として妥当する嫁資合意において5名の証人が要求されるという点は、当該合意が公簿に登録されると制限され、その場合、証人が全く立ち会わなくても有効となるhaec omnia, quae hucusque dicta sunt, quod scilicet in pactis dotalibus, quae vim contractus habere nequeunt, sed in vim ultimae voluntatis valeant, quinque testes requirantur, restringuntur, si eiusmodi pacta actis publicis insinuentur, tunc enim valent, etiamsi omnino nulli testes intervenerint」(第18番)のである。

先に見たように、新ラント法解釈の拠り所としてベルリッヒ説を参照したバルタザルではあるが、その議論内容は、普通法学説をアウグスト勅法集の規定に巧みに読み込み温存するベルリッヒのそれとは全く様相を異にしている。解釈対象であるラント法第19条とアウグスト勅法集第43条とが混合合意論の導入

において非常に類似した内容を備えていることを想起するならば、ベルリッヒとの解釈の相違は一層注目に値する。まず、「如何なる嫁資合意が契約乃至生存者間の行為として為され、如何なる嫁資合意が終意処分として為されたものと解されるべきか *quaenam pacta dotalia in vim contractus seu actus inter vivos, et quaenam in causam ultimae voluntatis intelligantur concepta esse*」との問いについて、バルタザルは、目的物の特定を条件に夫婦間相続目的の嫁資合意に契約としての効力を認めるベルリッヒの見解ではなく、「反対の見解 *contraria sententia*」<sup>8)</sup>、つまり、目的物特定による例外的扱いを認めない立場に与して、「バイエルン法はこの見解を是認している *quam approbare jus Bavaricum*」との解釈を提示している。そのような解釈の根拠としてバルタザルが着目しているのは、ラント法第19条後段に見える一節であり、そこには、証人数が同条前段で要求される5名に満たない「婚姻特約 *die Heurats Abreden*」は、「そこに約束された遺産承継や遺贈にかんする限り、それらが先に亡くなる配偶者の死亡によって初めて確定される事柄である以上、無効である *der darinnen gedintgen Erbfäll oder Vermächtnuß halber / die erst durch deß vorabgestorbnen Ehegemächts Todtfall bekräftiget werden / nit gültig*」とある。バルタザルは、「これらの文言から、嫁資合意の中に書き込まれ書き残された事柄で死亡によって初めて効力が確定されるものは何であれ終意処分の効力しか有しないということが明白である *ex quibus verbis clare*

---

8) この「反対の見解」の典拠として、バルタザルは、ベルリッヒが既に引用していたアウグスト勅法集第2部第43条をめぐるヴェーゼンベックの見解(ただし、拙稿「相続と嫁資合意(2)」獨協法学第93号126頁以下でふれたとおり、ヴェーゼンベックによる勅法集注釈なるものは公刊されておらず、ベルリッヒ自身、モラーの注釈書でヴェーゼンベック説として言及されたものをそのまま引用しているすぎない)と、ヒエロニムス・シュルフ *Hieronymus Schurpff* (1481-1554年) の『助言法解答百選第一集 *Consiliorum seu respororum iuris centuria prima*』(1545年初版) 助言11第4番(後注12参照)に、ファキネーイの『論争集』第5巻第84章 (*Controversiae juris*, II, 382-384.) を追加している。ラートは普通法学上の異説としてこのファキネーイの見解に言及していた(II注50参照)。

patet, Quod omnia illa in pactis dotalibus contenta ac relicta, quae morte primum confirmatur, habeant vim ultimae voluntatis」とし、「合意が特定の物や遺産の一定割合について交わされたのかどうかについて区別されていないのであれば、我々もまた区別すべきではないcum non fiat distinctio, utrum pacta concipiantur de certis rebus, vel quota hereditatis, ideoque etiam nostrum non est distinguere」と結論付けている（「解決」16第8番<sup>9)</sup>）。このような第19条全体の文脈と文言に忠実な推論は、「法律が区別しなければ我々もまた区別せずlege non distinguente nec nostrum est distinguere」とも法諺化される<sup>10)</sup> 解釈準則に合致するもので、文言上の根拠のないまま従来の普通法学説を第43条に読み込んだベルリッヒとは対照的である。バルタザルは、更に、「全体につき全体にかんして適法である事柄は部分につき部分にかんしても同じく適法であるquod juris est de toto, quoad totum, idem etiam est de parte quoad partem」とのトピカ的論拠（常套論拠）<sup>11)</sup> も持ち出すことで、自らのラ

9) Practicae resolutiones, 210-211.

10) バルタザルの同時代では、例えば、ヴォルフガング・アーダム・ラウターバッハ Wolfgang Adam Lauterbach(1618-1678年)の『学位論文集Dissertationes academicae』に収録されたゲオルク・フリードリヒ・ヴァグナーGeorg Friedrich Wagnerを解答者とする『収益質権に関する学位論文Disputatio inauguralis de jure ἀντιχρησεως』(1654年)の第20節第4番(1728年テュービンゲン刊の『学位論文集』のテキストでは236頁)でこの法諺が用いられており、そこには、バルタザルが論拠として掲げるものと同一の法文(D.6,2,8.)も引用されている。

11) このトピカ的論拠は、バルタザルも引用するとおり、「物全体の取戻請求について述べた点は物の一部についても同様に解されるべきであるquae de tota re vendicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda sunt」との学説彙纂第6巻第1章「所有物取戻訴権についてDe rei vindicatione」第76法文前書の文言「述べたdicta sunt」への標準注釈(1592年ヴェネツィア刊『学説彙纂旧篇Digestum vetus』のテキストでは969頁第75法文注釈f)以来広く流布していたものであり、15世紀半ば以降版を重ね広く読まれていたニコラース・エフェラルツNicolaas Everaerts(1461-1532年)の『トピカあるいは法の諸論拠にかんする書Topicorum seu de locis legalibus liber』(1516年リユーフエン初版の後、1544年バーゼルで『法のトピカ乃至諸論拠による発想と論証にかんする著作Topicorum seu locorum legalium opus de

ント法解釈の正当性を裏付けようとしている<sup>12)</sup>。夫婦間相続目的の嫁資合意の効力について、バイエルン法が混合合意論を採用したのはラント法第19条から明白だとしても、終意処分への読み替え基準として相続合意一般にかんする普通法学説をそのまま適用する理由はなく、第19条それ自体の解釈が試みられるべきというのがバルタザルの立場なのである。

その際、バルタザルが特に着目しているのは第19条後段に見える「遺産承継や遺贈Erbfall oder Vermächtnuß」という文言である。つまり、目的物の特定でも契約的文言の利用でもなく、端的に「遺産承継や遺贈」について合意されたか否かを、バイエルン法における終意処分読み替えの基準に据えるべきだと

---

inventione et argumentatione』、1564年ヴェネツィア、1579年リヨン、1591年フランクフルト・アム・マインで『法の論拠集Loci argumentorum legales』、1587年ヴェネツィアで『法のトピカ、別名、法の論拠集Topica iuris sive loci argumentorum legales』の各表題で再刊、1603年にはシュトラスブルクでドニ・ゴドフロワの読者宛て序文を付した版が『法の論拠集Loci argumentorum legales』の表題で公刊され、こちらは1604年にフランクフルト・アム・マイン、1607年にヴェネツィアで再刊)でも、「論拠<全体から部分へ>Locus a toto ad partem」の一例として言及されている(1607年ヴェネツィア刊のテキストでは71頁第2番)。

- 12) ただし、これはバルタザル独自の議論ではなく、ベルリッヒが引用したシュルフの助言11第4番のそれをそのまま借用したものである。そこには、「ここで論じられているのは、世襲財産全体についてではなく、6グルデン、つまり、遺産の一部についてにすぎないといっても当該合意のためにはならない。というのも、先に引用された諸法は、何ら区別することなく、将来相続にかんする合意は、遺産全体であろうとその一部についてであろうと無効である云々と述べているからである。従って、我々もまた、周知の法にあるとおり、これを区別してはならない。また、全体につき全体にかんして適法である事柄は部分につき部分にかんしても同じく適法である。Und mag derwegen nicht gesagt werden / daß mann hie nicht von gantzen erbe / sonder allein von vi. guldin / et ita de parte haereditatis disputire. Quia iura supra allegata loguuntur indistincte, videlicet, quod pactum de futura successione totius haereditatis, vel etiam in parte eius non valeat et cetera. Ergo neque nos distinguere debemus iuribus vulgaribus. Item quod iuris est de toto, quo ad totum, idem de parte, quo ad partem.」、とある(Consilia, 45.引用は1556年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる)。

いうのである。まず、「遺産承継Erbfall」にかんしては、例えば夫婦間で「存命者が死亡者をその遺産の一定取得分について相続すべきdas Überlebende / dem Verstorbenen in ein gewissen Antheil seiner Verlassenschaft」旨の嫁資合意が交わされた場合であっても、当該嫁資合意が、第19条により、終意処分として5名の証人を要するのは明らかであり、その限りでは「遺産の一定割合 quota hereditatis」をめぐるベルリッヒの議論とも一致する（「解決」16第9番<sup>13)</sup>）。一方、「遺贈Vermächtnuß」にかんしては、例えば「嫁資合意の中で夫婦が<私は遺贈する>つまり<遺す（フェアラッセン）>との文言を用いる in pactis dotalibus conjuges utuntur verbo, relinquo, verlassen」場合について、終意処分への読み替えが当然視されている（第10番）。この点は、「夫が妻に自分の死後に何かを残す場合、疑わしいならば、それは終意処分にかかわるものと解されねばならない in dubio, quando maritus post mortem relinquit uxori, id de ultima voluntate intelligendum est」という一般論<sup>14)</sup>によっても論証可能

13) Practicae resolutiones, 211.

14) この一般論にかかわる「解決」16第10番の叙述は、異説の引用も含めて、マンティカの『夜業集』第12巻第34章第22番を下敷きにしており、そこには、「<遺贈する>との文言を終意処分にかんするものと解するのが適切でありかつより一般的であるという点に疑問の余地はない neque dubium est, quin illud verbum, relinquere, proprie et frequentius intelligatur, de ultima voluntate」とし、夫婦間相続目的の嫁資合意を念頭に、「夫が死後に遺贈すべき旨述べられている場合には、なおさら終意処分と解されるべきである si dictum fuerit, quod maritus debeat post mortem relinquere, multo magis ultima voluntate intelligendum est」とある（Vaticanae lucubrationes, I, 761.）。なお、マンティカが依拠し、バルタザルも『夜業集』の上記箇所と共に引用している、アンドレア・アルチャーティ Andrea Alciati (1492-1550年) の『全九巻編解答集 Responsa libris novem digesta』（1565年初版）第8巻助言30第14番は、「遺贈することと遺贈すべく約束することとは別である aliud est relinquere, aliud est promissio de relinquere」とされているだけであり、本来ここで引用されるべきであったのは、「終意処分に関わるというのが当文言<遺贈する>の性質である haec est natura huius verbi relinquere, quod respicit ultimas voluntates」と述べる第17番であろう（Responsa, 213.v.引用は1575年ヴェネツィア刊の増補第3版による）。ただし、アルチャーティが論じているのは親子間相続目的の嫁資合意である。

ではあるが、バルタザルによれば、「ドイツ語ではそもそも全く問題とならないin Germanica lingua extra dubium est」とされる。「ドイツ語Germanica lingua」の「一般的用語法communis usus loquendi」では、「<遺す(フェアラッセン)>という語が終意処分を指すのに対して<譲る(ユーパーラッセン)>という語が生存者間の行為を意味するverbum verlassen ultimam voluntatem, uberlassen autem actum inter vivos denotat」ことは自明であるというのがその理由である。このように成文慣習法が用いる世俗語の表現を意識した解釈手法もベルリッヒとの相違点の一つに数えられよう。

「遺産承継や遺贈」という第19条後段の文言を文字通り受け取るならば、「夫婦の内の存命者が配偶者の死から契約に基づいて利益を得るような場面について条文が一般的に言及しているtextus generaliter loquitur de omni eo, quod superstes conjunx ex morte alterius, vigore pacti dotalis lucratur」ことになり、「バイエルン法では、嫁資や婚姻故の贈与の収益やその他特定の物や個々の物の取得にかんする嫁資合意もまた、何ら区別されることなく、5名の証人の立会の下でのみ妥当するde iure Bavarico pacta dotalia de lucro dotis ac donationis propter nuptias, ac alia re certa ac particulari acquirenda, indifferenter non aliter valere quam si quinque testes praesentes sint」と解すべきようにも見える。実際、既にⅡで見たとおり、バルタザルの師ラートはそう解していた(『相違論』「主張」36<sup>15)</sup>)。しかし、バルタザルは、このラート説には「明らかに難があるcerte difficultas est」とし、「死後に存命の配偶者があれやこれを取得しあるいは享受すべき旨定められた嫁資合意が常に終意処分と見なされる必要はなく、当該嫁資合意が死によって確定される場合にのみ終意処分として存続するnon statim ea pacta dotalia debent censi in vim ultimae voluntatis valere, in quibus convetum est, ut post mortem superstes conjunx hoc vel illud habeat vel lucretur, sed ita demum in vim ultimae voluntatis subsistunt, si ea per mortem confirmentur, die durch den Todtfall bekräftiget worden」と述べ

---

15) Ⅱ注82参照。

て師を批判している（「解決」16第11番<sup>16)</sup>）。このバルタザルの理解によれば、妻が実家から夫の下に持参する「嫁資dos」の全部や一定割合について、妻の死後に妻の実家には返還されず夫がそのまま留保承継する旨の合意（「嫁資の収益lucrum dotis」）、また逆に、婚姻に際し夫が妻に「婚姻故の贈与donatio propter nuptias」として約束するものの全部や一定割合について、夫の死後に妻が取得する旨の合意（「婚姻故の贈与の収益lucrum donationis propter nuptias」）、あるいは、「モルゲンガーベmonrgengeba」として婚姻直後に妻に引き渡しその特有財産に帰する「特定の物res certa」や、夫が受領する「嫁資」を構成している「個々の物res particularis」について、妻の死後に夫が受領乃至承継する旨の合意は、嫁資合意が文字通り合意として存続できるので、「5名の証人の立会quinque testes praesentes」は不要ということになる。

バルタザルの主張は、一見、先に自ら退けたはずの見解、つまり、目的物の特定を条件に例外的に相続取得合意を容認する普通法学説に立ち返ってしまっているようにも見える。しかし、ここでバルタザルは、普通法学説を成文慣習法に読み込むベルリッヒに倣って、あるいは、ラートが普通法の次元でのみ容認しバイエルン法の下では排斥した見解に依拠して、ラートのラント法解釈を批判しているわけでは勿論ない。バルタザルにとって重要なのは、ラント法第19条に基づき終意処分の読み替えが生じるかどうか、つまり、嫁資合意として「遺産承継や遺贈」が合意されたか否かである。この観点から見て決定的なのは、目的物が特定されているかどうかではなく、合意された財産承継が「死によって確定されるper mortem confirmentur, durch den Todtfall bekräftigt worden」か否かである。ここでバルタザルがわざわざ羅語と独語を併記しているのは、第19条後段の「先に亡くなる配偶者の死亡によって初めて確定されるerst durch deß vorabgestorbnen Ehegemächts Todtfall bekräftigt werden」との文言を意識しているからに他ならない。遺産の全てにせよ一定割合にせよ特定の物にせよ、そもそも遺産それ自体が何かは死亡時に確定される。これに対して、婚姻時に特定できる財産について夫婦間で死後の承継につ

---

16) Practicae resolutiones, 211-212.

き合意しても、死亡時に確定する遺産を目的としていない以上、「遺産継承や遺贈」について合意されたとはいえない。従って、そのような嫁資合意にはラント法第19条は適用されず、終意処分への読み替えは生じないのである。バルタザルによれば、「この見解は嫁資や婚姻故の贈与との関連で宮廷顧問会においても何度も是認され、周知の1649年10月9日の判決においても認められた *haec sententia ita in consilio aulico, quoad dotem et donationem propter nuptias saepius approbata et singulari praejudicio confirmata fuit, die nona Octobris, anno millesimo sescentesimo quadragesimo nono*」とされていて<sup>17)</sup>、事案は不明ながらも、少なくとも「嫁資」や「婚姻故の贈与」それ自体の死後承継を定める嫁資合意については、これに第19条を適用しない解釈が既にラント法実務上も定着していたようである。ラートは、「特定の何か個別の物についてのみ言及している *de certis duntaxat et singularibus quibusdam rebus mentionem faciunt*」が故に普通法上例外的に有効となり得る合意として、「夫婦の内の存命者は死亡者の財産から何か特定のものを取得する *das uberlebende Ehegemacht auß deß Verstobnen Gütern etlich gewisse Stuck bekomme*」との例を挙げていたが（「主張」34<sup>18)</sup>）、「死亡者の財産 *deß Verstobnen Güter*」が死亡時の財産つまり遺産を意味するとすれば、バルタザル説では、目的物の特定の有無とは無関係にラント法第19条が適用されることになろうし、第19条に取り込まれた混合合意論の射程を広く捉えるラートも結論は同じであろう。両者の違いもやはり解釈手法に由来する。ベルリッヒのように普通法学説を成文慣習法に読み込むのでも、ラートのように「ドイツの慣習法 *Germaniae consuetudo*」たる混合合意論を成文慣習法へと横滑りさせるのでもなく、何よりも成文慣習法それ自体の文言と論理に忠実に解釈することをバルタザルは企図しているのである。三者何れも、慣習法学の担い手として、固有法による普通法からの逸脱を厳格乃至制限的に捉える伝統的発想からは自由であり、成文慣習法を普通法に代替する一般法と捉える思考を共有してはいるが、成文慣習

17) この1649年の判決にバルタザル自身が既に「宮廷顧問官 *consiliarius aulicus*」の立場で関わっていたかどうかは不明である。

18) *Dissertatio juridica*, 42-43.

法の内在的解釈という点でバルタザルが一步抜きん出ていると評し得る。

とはいえ、バルタザルがそのラント法解釈において頑なに普通法学の影響を排除しているというわけでもない。それどころか、「死後に存命の配偶者があれこれ取得しあるいは享受すべき旨定められた嫁資合意が常に終意処分と見なされる必要はなく、当該嫁資合意が死によって確定される場合にのみ終意処分として存続する」という上記解釈の核心部分は、「死因贈与 *donatio causa mortis*」の推定をめぐる普通法学説に着想を得たものであった。この学説によれば、「贈与の中で死について言及されているからといって、目的因としてそれが為されているのではない限り、そこから直ちに死因贈与が存するとは言えない *non statim ex eo dici potest, eam esse donationem mortis causa, quando in ea mortis mentio fit, nisi id fiat per modum causae finalis*」とされ、「死への言及 *mortis mentio*」に基づく死因贈与の推定を覆す余地が認められている。バルタザルがその典拠として参照しているのは、クラークの『通説集』所収第4巻断章「贈与」の問題4第4番<sup>19)</sup>と、マンティカが教皇庁控訴院 *Rota Romana*の聴聞官 *auditor*に任ぜられる以前パードヴァ大学法学教授<sup>20)</sup> 在職時に著した『終意処分推定論 *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum*』(1579年初版)第1巻第13章「死因贈与と生存者間贈与の何れが為されたのかは如何

19) “4. 贈与中に死について言及されている場合はどうか。また贈与において死について言及されている場合には、生存者間贈与ではなく死因贈与が存するものと解されるべきことに疑いの余地はなく、デキウスが勅法彙纂第2巻第3章第30法文注釈第20番で述べているように、当該結論が通説と解されているし、パリシウス『助言集』第2巻助言16第4番もこの結論を通説としている。確かに、疑わしい場合、我々は文言の意味や本義から離れてはならない。しかし、単に死について言及されているということでは十分ではなく、二つの点、すなわち、贈与中に死について言及があるという点と、死亡時に贈与が先送りされているという点とが結びついた形で求められる。シギスムンドゥスが『助言集』助言5第4番で述べているとおり、あらゆる諸博士がそのように結論している。以上の点には常に注意されたい。”(*Opera omnia*, 81.)

20) 『終意処分推定論』の表題頁には「パードヴァ西方皇帝法学校の教授 *in Patavino gymnasio iuris Caesarei vespertini professor*」とある。

なる推定に基づいて判定され得るのかEx quibus coniecturis deprehendi possit, factam esse donationem causa mortis vel intervivos」第4番<sup>21)</sup>である。この内、「目的因causa finalis」という語を用いているのはマンティカであり、上記引用箇所には、「死について言及されているという点からは、死因贈与と解すべきとの結論は必ずしも導かれず、例えば死それ自体が贈与を促すといったように、死への言及が目的因として為されている場合に、死因贈与と解されるex eo, quod mortis mentio fiat, necessario non sequitur, ut mortis causa donatio intelligatur: sed quando fit mentio mortis per modum causae finalis, quasi quod mors ipsa inducat ad donandum, censetur mortis mortis causa donatio」

- 21) “…従って、死について言及されていないという点から、死因贈与が為されなかったという確実な推定は得られない。(4. 死への言及が目的因として為されているならば、後述のとおり種々の推定から別のことが導かれぬ限り、死因贈与と解される。) その一方、死について言及されているという点からは、死因贈与と解すべきとの結論は必ずしも導かれず、例えば死それ自体が贈与を促すといったように(この点はまた疑わしい場合に推定される【学説彙纂39巻6章「死因贈与について」第42法文前書】)、死への言及が目的因として為されている場合に、死因贈与と解される【学説彙纂33巻4章「優先遺贈された嫁資について」第11法文、バルドゥス『助言集』第2巻助言239第1番】。また、ロマヌス『助言集』助言513第1番、同じく学説彙纂24巻3章「婚姻解消時の嫁資返還請求について」第33法文注釈第8番もその旨結論付けており、コルネウス『助言集』第1巻助言92第10番はこれが通説であると証言しているし、アレクサンデル『助言集』第1巻助言81第2番やパリシウス『助言集』第2巻助言16第4番もこれに与しており、ユリウス・クラルス『通説集』第4巻「贈与」問題4の「また贈与において云々」は、単に死について言及されているということでは十分ではなく、第一に贈与中に死について言及があるという点、第二に死亡時に贈与が先送りされているという点が二つ結びついた形で求められ、シギスムンドゥス『助言集』助言5第4番はあらゆる諸博士がそのように結論していると付言しており、以上の点に常に注意すべきであるとクラルスは考えている。もちろんそのように死因贈与が存すると解されるのは、別の種々の推定によって別の結論が導かれぬ限りにおいてである【コルネウス『助言集』第4巻助言289第11番。ここでは軽微な推定でも足りるとされている】。”(De coniecturis, 10.v.引用は1580年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる。)

とある。その意図するところは、マンティカ自身が同旨の見解として参照引用しているクラーロの説明から一層明白となる。すなわち、死因贈与と解されるためには、「単に死について言及されているということでは十分ではなく、二つの点、すなわち、贈与中に死について言及があるという点と、死亡時に贈与が先送りされているという点とが結びついた形で求められるnon sufficit, quod simpliciter sit facta mentio mortis, sed duo copulative requiruntur, scilicet, quod in donatione sit facta mentio mortis, et quod sit collata in tempus mortis」というのである<sup>22)</sup>。つまり、「目的因」としての「死への言及mentio mortis」とは、「死亡時にin tempus mortis」先送りされるとの趣旨であって、バルタザルがラント法第19条の文言を意識して用いた「死によって確定されるper mortem confirmentur, durch den Todtfall bekräftiget worden」との表現とも合致する。

クラーロとマンティカの上記見解によれば、「死への言及」による死因贈与の推定は、当該贈与が死亡時に先送りされていないとの反証によって覆されることになり、その場合には「生存者間贈与donatio inter vivos」の存在が導かれる。「死への言及」をめぐるこの推論自体は、死因贈与を終意処分の一種と解するか否かという概念規定の問題とは無関係に、ラント法第19条所定の「婚姻特約Heuratsgeding」（嫁資合意）による「遺産承継や遺贈」の解釈にも適用可能であり、「死への言及」が見られる嫁資合意であっても、「死によって確定される」わけではないとの反証があれば、当該嫁資合意は、「遺産承継や遺贈」を目的とした終意処分に読み替えられることなく、文字通りの合意として存続

22) クラーロ自身は典拠として、シジスモンド・ロフレードSigismondo Loffredo(1480-1539年)の『助言解答集Consilia sive Responsa』助言5第4番を指示しており、そこには、「贈与の中で死について言及され、なおかつ、贈与が死亡時に先送りされているのでなければ、決して死因贈与とは解されず、あらゆる諸博士がそのように論じているnunquam donatio dicitur esse causa mortis nisi fieret mentio mortis in ea, et sit collata in tempus mortis ita concludunt doctores omnes」とある(Consilia, 27r.引用は1572年ヴェネツィア刊のテキストによる)。これによれば、当該学説は、クラーロやマンティカよりもさらに半世紀ほど早く16世紀初め乃至前半には既に通説として認知されていたことになる。

し得ることになる。例えば、嫁資に含まれる特定の地所やその収益を妻の死亡後に夫に留保承継させる嫁資合意は、嫁資物にかかわる合意として直ちに効力を生じ、「死によって確定される」わけではないから第19条は適用されない。当該地所は将来の妻の死亡時を基準にその遺産の一部として処分されたわけではないのである。勿論、バルタザルも、上記反証の前提として「死への言及」の推定効自体は認めており、嫁資合意に「5名の証人が立ち会っている *quinque testes adhibentur*」場合にも、同様に、「生存者間の行為ではなくむしろ終意処分行為としての推定が及ぶ *actus ultimae voluntatis potius, quam inter vivos praesumitur*」とされる(「解決」16第12番<sup>23)</sup>)。「死への言及」や「5名の証人」による終意処分の推定は、嫁資合意中に「用いられた文言 *verba apposita*」から、「遺産承継や遺贈」とは「異なる事柄 *aliud*」が明らかとなる限りにおいて覆されるのである。

確かに、「嫁資 *Heuratgut*」、「反対贈与 *Widerleg*」(婚姻故の贈与)、「モルゲンガーベ *Morgengab*」等、嫁資合意時に予測特定可能な財産については、夫婦間における死後の承継を定めたとしても、「遺産承継や遺贈」には当たらないとの反証は容易であり、バルタザルが、「嫁資、婚姻故の贈与、モルゲンガーベにかんする嫁資合意が生存者間の行為にあたり決して取り消され得ない」と断言しているのも(第11番末尾)、「嫁資」や「婚姻故の贈与」の枠内の「収益 *lucrum*」目的嫁資合意の有効性を当然視する普通法学に従う趣旨ではなく、あくまで上記ラント法解釈の帰結であろう。また、妻が嫁資以外に持参する嫁入り道具等(「嫁資外財産 *parapherna*」)についても、合意時に特定可能であるから上記解釈で対応可能である。逆に言えば、バルタザル説では、嫁資や婚姻故の贈与それ自体の死後承継についてもさしあたり終意処分が推定され、反証を通じて第19条の適用が排除されることになる。第19条解釈として混合合意論による画一的処理を主張したラートは、そのような「嫁資や婚姻故の贈与の収益」についても適用排除を認めなかったが、観方によっては、バルタザルの方が普通法に頼らない成文慣習法自前の問題処理を徹底させているとも解し得

---

23) *Practicae resolutiones*, 212.

る。

そのバルタザルが唯一例外的な対応を見せているのが、いわゆる「寡婦分 dotalitium」(「寡婦産 Wittib Sitz」)が嫁資合意中で設定された場合である。この場合、「寡婦分」が「夫死亡後の妻のために設定される uxori post mortem constituatur」にもかかわらず、「死への言及」による推定と反証を経ることなく、「寡婦分」の設定行為一般が「生存者間の行為と解されている censetur actus esse inter vivos」との理由から、「寡婦分」を設定する嫁資合意もまた「生存者間の行為 actus inter vivos」として第19条の適用を受けないというのである(第13番<sup>24)</sup>)。ただし、バルタザルは同趣旨の判断が示されたものとして先に引用した1649年の宮廷顧問会の判決等に言及するだけで、「寡婦分」の設定が「生存者間の行為」と見なされる論拠そのものは示していない。

以上のようなバルタザルによるラント法第1章第19条の解釈は、同じく第1章に定められている夫婦間における財産の死後承継の仕組みとの関係において一体如何なる帰結をもたらすのであろうか。「夫が亡くなり、妻に加え、妻との間の子等かあるいは前婚による子等を残し、夫婦の間に嫁資その他について特約が存しない場合 *Wo ein Man stirbt / und ein Ehe Weib / auch Kinder von ihr / oder von einer vorigen Ehe hinderlast / und zwischen ihnen weder deß heuratguets halben / noch ander geding nit füngangen*」(第1条第1文)、「妻が夫よりも先に亡くなり、夫あるいは前夫との間の子等が存していて、嫁資についても死亡時その他の事柄にかんしても何も特約が存していない場合 *Stirbt das Weib vor dem Man / und sein Kinder von ihme / oder einem vorigen Man verhanden / und ist kein geding / weder deß Heuratguets / noch der Todtfäll / oder anderer sachen halen beschehen*」(第3条第1文)、「夫婦の一方が他方よりも先に亡くなり、前婚によっても後婚によっても子を残しておらず、また、彼らの間に、嫁資についても死亡時その他の事柄についても特約が存しない場合 *Stirbt ein Ehegemächt vor dem andern / und verlasst nit Kinder / weder von der letsten noch vorigen Ehe / und ist zwischen ihnen*

---

24) Practicae resolutiones, 212.

gar kein geding / weder umb Heuratgut / noch der Todtfäll / oder anderer sachen halben beschehen」(第4条第1文)といった各条文冒頭の一節から明らかのように、夫婦の存命者承継分にかんするラント法の定めは、あくまで「特約geding」が交わされていないなかった場合、つまり、庶民層を含めた嫁資合意の受容浸透の度合いを踏まえるならばむしろ例外的といえる場面について、最低限の基準を提示するものにすぎない。配偶者を亡くした者が現実にどれだけの財産を承継保持できるのかは、多くの場合、「婚姻特約」(嫁資合意)によって決まるのである。

バルタザルもそのような夫婦財産の死後承継における嫁資合意の役割をはっきり意識している。というのも、子ある夫婦において夫が先に亡くなった場合の寡婦承継分につき定めたラント法第1章第1条を対象とする「解決」1の冒頭、普通法上の配偶者相続、とりわけ、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婦相続権の内容が敷衍され、夫婦間相続をめぐる各地の法令乃至慣習法が概観された後、夫婦間相続における嫁資合意の通用と遵守、法令等に対するその原則的優位等について予め論じられていたからである(第37番末尾から第43番<sup>25)</sup>)。すなわち、「死亡にかかわる将来の事柄をめぐる定め、

---

25) 「…ところで、夫婦の内の存命者にとって助けとなるのは嫁資合意かあるいは我々の法文の定め即した相続である。

嫁資合意にかんして言えば、死亡にかかわる将来の事柄をめぐる定め、つまり、夫が妻にあるいは妻が夫に先立った場合にそれらの者の相続について何が遵守されるべきか、「それらの事態が到来したならば遺産はどう扱われるべきか」という点もまた嫁資合意(これは大抵婚姻に付加されるものではあるが、たとえ嫁資合意を欠くとしても、特にカノン法上は、夫婦の共同生活についての無方式の合意に基づき婚姻が成立し得る【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第30法文】)の中に通常含まれることを知らないほど世事に疎い者などいない【コンラルドゥス・リッテルフシウス『新勅法体系』第7部第18章第2番】。

(38.嫁資合意にかんする聖クリュソストムスの典拠。) 聖クリュソストムスのヨハネ福音書説教から明らかなおり、この点は久しく以前から慣例となっていた。その箇所でクリュソストムスは、配偶者の死による利得を激しく非難しているが、それに動揺し、醜くわめきたて、あたかも新奇で不意の事態が生じたかのように嘆き

悲しむのは全くばかげているとも述べている。というのも、最初の内に、つまり、婚姻の締結について将来の夫婦の間で話し合われ始めたときに、まさにその婚姻の証書の中に、夫婦の何れかが先に亡くなった場合に如何なる点が遵守されるべきか書き込まれ定められていたからである。以上聖クリュソストムス。

〈39.嫁資合意は最優先で遵守されるべきである。〉それ故、その種の嫁資合意が存在するとしても、それらについて最大限慎重に留意し配慮すべきとの原則が遵守される。というのも、嫁資合意は、良俗に反しないかぎり、あらゆる法、法律、成文法、各地の法令や慣習法を改変し、これら全てに先んじて妥当し優越し優先されるからである【学説彙纂23巻4章「嫁資合意について」及び勅法彙纂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」全体、勅法彙纂2巻3章「合意について」第10法文、学説彙纂2巻14章「合意について」第48法文、学説彙纂5巻17章第34法文、ヒエロニムス・トレウトレルス『学説彙纂討論選集』第2巻討論17命題6注釈c、アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第2巻考察80第15番、マツエウス・ベルリキウス『実務解決集』第2部結論51第1番以下、同第3部結論27第1番及び第2番】。実際、合意が取決めから法律を受け取り、法律を改変するという点に疑念の余地はない【学説彙纂2巻14章第7法文5節、同45巻1章「言語による債務関係について」第72法文及び第52法文】。

〈40.封の場合には何よりも授封の趣旨に着目すべきである。〉以上に似ているのは、封建法学者等が、授封の趣旨について、それが封の性質全体を形成し改変するものである以上、何よりもまず慎重に考慮されるべきである旨述べている点である【ヨアンネス・ゲオルギウス・オッペル『全封建法要論』第2章第13番、ヘルマヌス・ウルテウス『封論』第2巻第3章第22番、パウルス・カストレンシス『助言集』第2巻助言351末尾、コンラルドゥス・リッテルフシウス『封建法区分』第1巻第1章問題10】。それ故同様に、夫婦間で嫁資合意中に、子の無いまま一方が先に亡くなった場合に存命者が死亡者の全財産もしくはその一部を承継し、あるいはまた、嫁資やその一部を取得する旨取り決められた場合には、それが遵守されることになる。

〈41.嫁資や婚姻故の贈与の範囲を超える嫁資合意は普通法上無効である。〉確かに、普通法上、嫁資合意が、嫁資や婚姻故の贈与の範囲を超えて、例えば夫婦相互の相続のように嫁資や婚姻故の贈与以外の財産について、夫婦の内の存命者が互いに先に亡くなった者を相続する旨定められている場合、全体に無効であり無益であるとされている【勅法彙纂5巻14章第5法文、ハルトマヌス・ピストリス『ローマ法ザクセン法問題集』第4巻問題2第14番、ヨアキム・ミュンシゲルス『個別考察集』第2集考察33第6番以下、ペトルス・ヘイギウス『市民法ザクセン法問題集』第1

部問題23第1番及び第8番、エルネストゥス・コトマヌス『法解答助言集』第2巻解答78第171番、ヨアンネス・ダウティウス『遺言論体系』第48〔→84〕番及び第101番、マッタエウス・ウェーセンベキウス『学説彙纂注解』第23巻第4章注解第4番、同『助言論考集』第3〔→2〕部助言71第3番、バルトルスの勅法彙纂5巻14章第5法文注釈、ファキナエウス『法学論争集』第5巻第87章全体、ミカエル・グラッス『遺産相続及び無遺言相続論』「無遺言相続」問題9第4番、ルドルフス・スクラデルス『助言解答集』第1巻助言19第18番】。

(42.ドイツの慣習法ではそうではない。)しかしながら、今日、ドイツの慣行や周知の慣習法によれば、包括承継にかんするこの種の嫁資合意が死因贈与やその他の終意処分として効力を保持することがますます認められるようになっている【ヨアキム・ミュンシゲルス『個別考察集』第2集考察33第10番、マッタエウス・ウェーセンベキウス『学説彙纂注解』第23巻第4章注解第4番、同『助言論考集』第2部助言71第3番、クリストフ・ツォーベル『市民法ザクセン法相違集』第2部相違48第10番、アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第2巻考察126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、ヨアンネス・ゴエダエウス『問答契約締結履行論』第6章結論7第38〔→83〕番以下、ベトルス・ヘイギウス『市民法ザクセン法問題集』第2〔→1〕部問題23第16番、ヨアンネス・ダウティウス『遺言論体系』第84番及び第101番、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、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、フリデリクス・ブルクマヌス『助言解答集』第2巻助言25第23番】。

(43.嫁資合意がない場合に地域の慣習法や法令が参照されるべきである。)嫁資合意が欠けている場合に、各地の法令乃至慣習法が考慮されるべきものとされており、その場合参照されるべきなのは、妻が娶られあるいは婚姻の儀式が挙行された地ではなく、夫が居住する地の法令乃至慣習法であり【学説彙纂5巻1章「裁判について」第65法文、ヨアンネス・スクネイデウィヌス『法学提要注解』「無遺言相続について」の夫婦間相続に】かんする章第3番、ヨアキム・ア・ベウスティウス『婚姻論』第3部第5章、ベルンハルドゥス・ウルムセルス『実務考察集』第1巻第37章考察5第1番、ドミニクス・トゥスクス枢機卿『実務結論集』Sの項結論512第1番、アントニウス・ゴメシウス『トロ法注解』第50条注釈第50番以下】、夫の元々の居住地は考慮されるべきではない【バルトロマエウス・サリケトゥスの勅法彙纂1巻1章「三位一体について」第1法文注釈第6番、ヨアンネス・スクネイデウィヌス『法学提要注解』「無遺言相続について」の夫婦間相続に】かんする章第4番、コンラルドゥス・リッテルフシウス『新勅法体系』第7部第18章第8番】。(Practicae resolutiones, 15-17.)

つまり、夫が妻にあるいは妻が夫に先立った場合にそれらの者の相続について何が遵守されるべきかという点もまた嫁資合意の中に通常含まれることを知らないほど世事に疎い者などいない *nemo est adeo rerum civilium imperitus, qui nesciat in pactis dotalibus solere comprehendi etiam dispositiones de futuris casibus mortis, videlicet si vir uxori, vel uxor viro praemoriatur, quidnam circa successiones ipsorum debeat observari*」と言われる現状では、たとえば夫婦間相続目的の嫁資合意であっても、合意一般と同様に、「良俗に反しないかぎり、あらゆる法、法律、成文法、各地の法令や慣習法を改変し、これら全てに先んじて妥当し優越し優先される *quatenus bonis moribus non repugnant, derogant omni juri, legibus, scriptis, statutis ac consuetudinibus locorum, et his omnibus praevalent, praedominantur ac praeferuntur*」というのである。もちろん、ここでバルタザルの念頭にある嫁資合意の有効性とは、「死因贈与やその他の終意処分として効力を保持する *in vim donationis causa mortis, vel alterius ultimae voluntatis validitatem habent*」という意味での有効性であり、この点は、「普通法 *ius commune*」上の無効を覆す「ドイツの慣行や周知の慣習法 *mores ac notissima Germaniae consuetudo*」の存在という「解決」16の論述を先取りすることで論証されている<sup>26)</sup>。いずれにせよ、ラント法のような「法令乃至慣習法 *statuta ac consuetudines*」が夫婦間相続について考慮されるのはあくまで「嫁資合意が欠けている場合 *deficientibus pactis dotalibus*」に限られるのである。

---

26) 「解決」1の第41番と第42番は「解決」16の第2番と第6番に対応しており、引用される典拠もほぼ同じである。なお、「解決」1第37番末尾から第40番に見られる叙述は、聖クリュストモスの説教引用や授封との類比も含めて、コンラート・リッターズハウゼン *Conrad Rittershausen* (1560-1613年) の『ユスティニアヌス法、すなわち、皇帝ユスティニアヌスの新勅法の体系的叙述 *Ius Iustinianum, hoc est, Novellarum Imperatoris Iustiniani Augusti expositio methodica*』(1615年初版)第7部第18章第2番から第4番まで(1615年シュトラスブルク刊初版では434-435頁)をほぼそのまま借用したものである。続く第5番は、「解決」16で夫婦間相続目的の嫁資合意の撤回肯定説の一典拠として明示的に引用されることになる(後述参照)。

このように嫁資合意が、当該合意を交わした夫婦間に妥当する「法律lex」として、ラント法による存命配偶者承継分の定めを改変しこれに優先し得るとすれば、バルタザルによる第19条解釈の具体的帰結もまた存命配偶者の法定承継分との対比において初めて明白となろう。例えば、上記議論が展開された「解決」1の注釈対象であるラント法第1章第1条では、Iですでに確認したとおり、子のある夫婦における寡婦の承継財産が、嫁資の約束乃至持参の有無に応じた場合分けの下に列挙明示されている。妻が夫の遺産の全部や一定割合を承継する旨の嫁資合意が、第19条に言う「遺産承継や遺贈」を定めるものとして、5名の証人の立会を要件に「終意処分として」有効となるのは確かに明らかであるが、それが混合合意である以上、VIでみるとおり、当該嫁資合意は夫の存命中いつでも自由に撤回可能とされる。従って、むしろ問題となり得るのは、寡婦承継分に関わる嫁資合意が文字通り合意として夫婦を拘束する場合であり、バルタザルの第19条解釈の核心は、そのような例外的場面を、相続合意をめぐる普通法学説の援用ではなく、第19条自体の反対解釈として導出した点にある。婚姻に際して妻が嫁資を約束乃至持参していた場合、上記第1条の第3文によれば、無嫁資時には同第1文で認められていた夫婦共有財産の一部（「夫婦が協力して取得した財産の子一人相当分der Kindtsthail / in dem mit einander eroberten Guet.」）が寡婦承継分から除かれることになるが、「嫁資に等しい反対贈与die Widerleg / welche Heuratguet gleich seye」の全部乃至一定割合を寡婦とその相続人に確定的に帰属させる旨の嫁資合意が交わされるならば、上記法定承継分の欠如を補うに十分か否かは婚姻時において不明であるとはいえ、少なくとも夫は当該合意を妻の意に反して撤回することはできない。逆に、寡夫承継分について、第3条とは異なり、「嫁資Heuratguet」や「モルゲンガーベMorgengab」の全部や一部が寡夫やその相続人に帰属する旨の嫁資合意が交わされていたならば、それらの財産について妻はもはや遺言を為し得ない。子の無い夫婦における存命配偶者の法定承継分（第4条）との関係でも事情は変わらない。そのような夫婦間相続目的の嫁資合意による法定承継分改変の効力如何を決する基準が第19条なのである。

## VI

バルタザルがラント法第19条をめぐる問題として最後に論じているのは、「夫婦の何れか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あるいは奪うことは可能かどうか *an alteruter ex conjugibus pacta dotalia altero invito revocare, et illud, quod in pactis dotalibus conventum est, minuere vel auferre possit?*」という点である（「解決」16第14番<sup>27)</sup>）。この嫁資合意撤回の可否に関しては、既にラートが、「ドイツの慣習法 *Germaniae consuetudo*」により「混合合意 *pacta mixta*」として有効とされた「包括承継 *universalis successio*」目的の嫁資合意について、「後悔した当事者の意のままにたとえ相手方の意に反してでも取り消すことができる *pro poenitentis arbitrio, altera quoque parte invita possunt revocari*」と述べていたが（「主張35」<sup>28)</sup>）、その注釈において提示された典拠はその数においても内容においても十分なものとはいえなかった。バルタザルがこの論点をめぐって引用する多数の文献はまさにこの不足を補うものといえる。その際参照利用されたのは、ここでもやはり、ベルリッヒの「結論」51であった（第21番から第26番<sup>29)</sup>）。ベルリッヒが明示的に引用されているわけではないが、夫婦間相続目的の嫁資合意の撤回可否をめぐる学説を、撤回肯定説、撤回否定説、折衷的な二分説の三つに分けて論ずるベルリッヒの叙述構成がそのまま踏襲されており、叙述内容や引用文献についても、一部省略されあるいは差し替えられているとはいえ、ベルリッヒから借用されていることは一見して明らかである。

ベルリッヒは、「夫婦の何れか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あるいは取り上げることは可能かどうか *an alteruter ex conjugibus pacta dotalia altero invito revocare, et illud, quod in pactis dotalibus conventum est, minuere vel tollere possit?*」という「重大

---

27) *Practicae resolutiones*, 212-213.

28) *Dissertatio juridica*, 43.

29) *Conclusiones practicabiles*, II, 354-355.

かつ日常的な問題pulchra et quotidiana quaestio] について、「諸博士の見解は様々であるdoctorum opiniones」とし、それらを大きく三つに分けて論じている(「結論」51第21番及び第22番)。まず取り上げられているのは、「この種の合意が有効なのは常に撤回可能とされる終意処分や死因贈与としてであるeiusmodi pacta valent in vim ultimae voluntatis, et donationis causa mortis, quae semper revocari possunt」との理由で嫁資合意の撤回を「区別なく肯定するindistincte affirmant」人々の見解である(第23番)。そのような撤回肯定説の典拠として、そこでは順に、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<sup>30)</sup>及び『助言論考集』助言71第24番<sup>31)</sup>、ハイゲの『法問題集』問題23第36番<sup>32)</sup>、テサウロの『ピエモンテ神聖顧問会新判決集』判決225第13番<sup>33)</sup>、ガイルの『実務考察集』第2巻考察91「夫から妻に引き渡された婦人用

30) II注74参照。

31) “〈24.相続する旨の合意は撤回可能である。〉また、そのような合意は自由な遺言権を奪うとも言えない。というのも、当該合意は撤回可能で終意処分の性質を有しているため、合意対象の遺産の主である者はいつでも合意に反して遺言ができるからである【これは前述勅法彙纂2巻3章「合意について」第15法文及び第30法文に基づく。ヤーソンはこの第30法文注釈第12番でこの点を是認している。更に、ヤーソンが同箇所でカストレンシスに与して提示しているとおり勅法彙纂2巻4章「和解について」第33法文その他類似の諸法文。】。他方で、意思を変更しない者は合意中の意思に留まるものと推定される【バルトルス他の諸博士の学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文3節及び同29巻7章「小書付の法について」第8法文の注釈。これは勅法彙纂6巻23章「遺言について」第27法文に見られる〈変更されなかった事柄が存続を禁じられる理由などあるだろうか〉との準則に基づく】。”(Tractatus, 228.)

32) IV注67参照。

33) “〈13.慣習法はもう一つの法律であり遵守されるべきである。〉慣習法そのものからもう一つの法律が成立し、神の掟に反しない限り、それは別の場合であれば不正であった事柄を正しいものとして是認する。それ故、ルプスが学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」の前記表題注釈で述べているように、法律によってその旨定めることが可能で、グテリウス前掲『宣誓論』第59章で証言する通り、スペインにおいて実際に為されているのと同様、慣習法にも同じことが容認されてはならない理由は見当たらない。そして同じことは、都市の法律と解される法令にも言えよう。

装身具類(諸博士はこれをヨカリウムと呼ぶ)は夫の死亡時に妻に帰属するの  
かOrnamenta muliebria a marito tradita (doctores iocalia vocant) an  
mortuo marito uxoris sint」第1番<sup>34)</sup>、コラーの『ドイツ判決集』第1部判決  
37「将来相続をめぐる夫婦の合意についてDe pactis coniugium circa futuram  
successionem」<sup>35)</sup>第3番及び第4番、ヨハネス・ジッヒャルトJohannes Sichard

---

ただし、私は、そのような慣習法や法令の規定については、撤回可能な仕方  
で通用し、合意を終意処分として妥当させるという仕方  
で制限し、前記勅法彙纂2巻3章第30法文のテキストが容認していると思  
われるところに従い、撤回の正当な理由が示されれば撤回可能とし、たと  
え宣誓が為されたとしても、アルキアトゥスが前記勅法彙纂2巻3章第15  
法文注釈で述べるとおり、特免を得て撤回が許されるものとした。”  
(*Novae decisiones*, 250 r.v.)

- 34) “(1.贈与は配偶者の死亡によって確定される。)夫婦間贈与が死亡によ  
って確定され遺讓乃至遺贈の効力を有することは周知のとおりであり【学説  
彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第32法文による】、この点は、黙示  
乃至明示の撤回が明らかでないならば、疑問の余地なく妥当する。つま  
り、撤回について明らかであれば、その後の死亡が確定をもたらすこと  
はない【前記第32法文7節及び10節、ロマヌス『助言集』助言146第1  
番】。そこで、夫が、豪華な衣装や、例えば、宝石、首飾り、耳飾り、  
腕輪、金の鎖のような単なる装身具に属する高価な品々、すなわち、「婦  
人装飾品」を妻に引き渡したが、明示的な贈与について明らかではない場  
合はどうか。疑わしいならばそれらの品々を贈与したと見なされ、その  
結果、夫の死亡によって当該贈与が確定され、相続人等にそれらの返還  
を請求する権利がないということになるのであろうか。”(*Practicae  
observationes*, 469.)
- 35) “(1.遺産は合意によって付与されない。)このように、市民法上、  
遺産は、合意、とりわけ夫婦の合意によって付与されないのが原則である  
【勅法彙纂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5法文】。(2.この点はあてにならない。)ただし、  
ザシウスが学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係」第63法文注  
釈で証言している一般的慣習法によればこの限りではない。特にザクセン  
地方ではそうであり、この点についてザクセン選帝侯領の最高裁判所の  
判事等によって1546年に下された判決があり、それは『ライブチヒ判決  
録』第2巻判決132の中にみえる。  
(3.嫁資合意によってもたらされる相続は撤回不能ではない。)一方、嫁  
資合意によって遺産が付与された場合であっても、遺産を付与される者  
がこれによって撤回不能

(1499-1552年)の『崇高なる君主ユスティニアヌスの勅法彙纂諸巻に関する現存する限りの講義録Praellectiones in libros Codicis sacratissimi principis Iustiniani, quantum earundem extat』(1565年初版。以下『勅法彙纂講義録』)第6巻第20章「財産持戻についてDe collationibus」第3法文注釈第6番<sup>36)</sup>、が引用されている。これらの内、ガイルの考察91第1番は、贈与者存命中に撤回

---

な権利を取得するわけではない。(4.夫婦は嫁資合意において意思を変更できる。)というのも、夫婦はいつでも自らの意思を変更し別の事柄を定めることができるからである【『ライブチヒ判決録』第2巻判決125その他】。(Decisiones Germaniae, 122. 引用は1603年ライブチヒ刊のテキストによる)

- 36) “…しかし、将来の相続を取得する旨の合意、つまり、将来相続にかんする積極的合意は、既に述べたとおり、良俗に反し死を狙う欲求を惹起するが故に、[相続しない旨の消極的合意とは異なり] 宣誓を以てしても確認され得ない。(6.将来相続に関する夫婦間の合意は有効か否か、有効であるとしてそれはどの程度かがシカルドゥスによって見事に判断される。)そこから、重要ではあるが極めて困難な問題が生じる。すなわち、夫婦の一方が亡くなった場合に存命者が全てあるいは相当に多くを取得する旨、または、財産の一部が最近親の親族に帰属する旨定められるのが頻繁に見られるところ、そのような相続する旨の合意は婚姻契約の中で今日如何にして許容されるのか、との問いである。将来の相続に関わるそのように異論のない合意は容認され有効とされるべきなのか。この点に正しく解答できる者はいないように思われる。しかし、諸君は異例ではあるが次のように解されたい。すなわち、それらの婚姻契約は、遺言としての特徴、あるいは少なくとも終意処分としての特徴を何かしら備えており【同趣旨のものとして前記勅法彙纂2巻3章「合意について」第19法文の文言<利得>への見事な標準注釈がある】、それ故また、この場合も、遺産は、合意によって遺産が与えられることはないのであるから、合意に基づいて与えられるのではなく、終意処分によってのみ遺産が与えられるのであるから、何らかの終意処分に基いて付与されることになる。以上の点からもう一つ導かれるのは、終意処分に匹敵する内容を備えている場合には、そのような契約を締結した当事者によっていつでも撤回可能であり、彼等によって未だ権利は取得されていないという点である。というのも、周知の法にあるとおり、人間の意思は臨終の時まで不確定であるからである。”(Sichardus redivivus, II, 723.引用は『復活せるシカルドゥスSichardus redivivus』の表題で1598年にフランクフルト・アム・マインで公刊されたテキストによる)

されなければその死亡により夫婦間贈与が例外的に有効となる旨の法文<sup>37)</sup>の趣旨を確認敷衍しているにすぎず、相続目的嫁資合意の撤回の可否が論じられているわけではなく<sup>38)</sup>、典拠としては不適切といえる。

ヴェーゼンベックの『注解』第4番では、既にIIで既にみたとおり、夫婦間相続目的の嫁資合意を念頭に、「この種の将来相続にかんする合意*pacta eiusmodi de futura successione*」は「死因贈与や終意処分を思わせる*sapiunt donationem causa mortis et ultimam voluntatem*」ので「遺言によって撤回されなかったならば*si non retractentur testamento*」有効である旨論じられていたし、「嫁資合意による取決めを事後に夫婦の一方あるいは双方の意思で変更し、合意に基づいて取得される権利を一方から奪うことは可能か*an dotalibus pactis conventum, possit postmodum alterutrius aut utriusque coniugum voluntate mutari, et ius quaesitum ex pacto alterutri auferi?*」との問いにも、「終意処分や死因贈与に倣って可能である*posse exemplo ultimae voluntatis et donationis causa mortis*」と確答されている。一方、同じヴェーゼンベックの助言71は、冒頭に示された事案概要<sup>39)</sup>にあるとおり、寡婦の再婚にあたり両

37) D.24.1.32.

38) 夫婦間贈与と嫁資合意を区別せずに、同じガイルの考察126における(夫婦間相続目的の嫁資合意を含む)相続合意一般の例外的有効性をめぐる議論を、この考察91に矛盾するものとして批判したゲッデウス説についてはIV参照。

39) “夫の幼い子等と共に後にのこされたヨアンネスの寡婦は、ニコラウスと再婚するにあたって、前夫ヨアンネスが遺した財産を夫の存命の子等との間で法令に従い分割する必要があった。彼らの幼い年齢故にそれは不都合であると思われたため、双方により指名された仲裁人等によって、母とその新たな夫ニコラウスが生涯にわたって財産を保持し、子等を養育し、双方の死亡後、前配偶者の子等のために300アウレウスが父方財産承継分として分け与えられる一方、再婚夫婦がもし子等を授かった場合には、それら再婚による子等には、当時存命であった(後夫ニコラウスの父にあたる)祖父ヨドクスから100アウレウスが優先的に与えられ、最後に、残りの財産は誰に由来するものであれ全て、両婚姻による子等の中で共同相続関係にあるものとして差別なく分割されるものとされた。当該合意について、後夫ニコラウスとその父ヨドクス、そして、両者の近親者等は全員一致で同意し、官吏もまた当該合意

家間で交わされた嫁資合意で、夫婦双方の死亡後にその財産が「両婚姻による子等の間で共同相続関係にあるものとして差別なく分割されるinter liberos utriusque matrimonii tanquam confraternizatos citra discrimen dividerentur」趣旨のものであり、助言表題が示唆する他家間相続契約pacta confraternitatis: Erbverbrüderungでも、夫婦間相続目的の嫁資合意でもなく、いわゆる異父兄弟間平等相続契約uniones prolium: Einkindschaftに相当する嫁資合意を論じたものである。とはいえ、相続目的の嫁資合意に関わる議論として当助言を参照することは可能であり、実際、ベルリッヒが引用する当助言第24番には、「当該合意tale pactum」は「撤回可能で終意処分の性質を有しているため、合意対象の遺産の主である者はいつでも合意に反して遺言できるest revocabile, et habet naturam ultimae voluntatis, ita ut is, de cuius haereditate actum est, semper contra pactum testari possit」との『注解』類似の指摘が見出される。

ハイゲの問題23第36番が、「夫婦間相続について定められた嫁資合意pacta dotalia, de successione conjugum disponentia」を念頭に、「相続にかんする取決めを含む合意pacta de successione dispositionem continentia」は「終意処分に倣って撤回に服するexemplo ultimae voluntatis, revocationi subjacent」との「ザクセンの法や地域固有法Saxonicum et provinciale jus」に言及していることは既にIVでふれた。そのハイゲも引用していたテサウロの判決225では、相続合意一般について「慣習法や法令consuetudo et statutum」による有効化が肯定される一方（同第12番）、「そのような慣習法や法令の規定を、撤回可能

---

を認可し公簿に登録し公印を以て署名捺印した。後夫ニコラウスは当該婚姻から息子クンラルドゥスをもうけ、[妻よりも] 18年にわたって長生きし、前夫や彼の子等の全財産を合意に基づいて使用収益した結果富裕となって亡くなり、息子クンラルドゥスと父ヨドクスが後に残された。その後、ヨドクスも亡くなった際、その孫にあたるクンラルドゥスは全遺産を相続し、前夫の子等を外部者として排除しようとし、前夫の子等は合意の定めにもとづいて共に相続が許される旨訴えた。これにつき相矛盾する判決、つまり、一方で後夫の[息子で死亡者の] 孫に有利な判決と他方で前夫の子等に有利な判決が下されているため、何が法的に正しいのかが問題となる。” (Tractatus, 219.)

な仕方でも通用し、合意を終意処分として妥当させるという趣旨に制限的に解した *restringerem istam consuetudinem, et statuti dispositionem, ut procedant revocabiliter, et faciant valere pactum in vim ultimae voluntatis*」として、筆頭評議員 *primarius senator* たるテサウロ自身の判断が紹介されており、ベリリッヒが着目したのはこちらの箇所であろう。また、コラーの判決37からの引用箇所でも、夫婦間相続目的の嫁資合意を対象とする議論か否かは不明ながら、ライプチヒ参審裁判所の未公開の裁判資料を典拠に、「嫁資合意によって遺産が付与された場合であっても、遺産を付与される者<sup>40)</sup>がこれによって撤回不能な権利を取得するわけではない *etiamsi pactis dotalibus possit conferri hereditas, tamen iis, quibus datur, non acquiritur per hoc ius irrevocabile*」とされ、「夫婦はいつでも自らの意思を変更し別の事柄を定めることができる *coniuges semper voluntatem suam mutare et aliud disponere possunt*」と論じられている。

以上の諸典拠がいずれも16世紀半ば以降のものであるのに対して、1535年からテュービンゲン大学で教え、37年以降、勅法彙纂担当正教授の地位にあったジッヒャルトの講義を取める『勅法彙纂講義録』からの引用は、より早い時期の夫婦間相続目的嫁資合意の撤回可能性に関わる典拠として一際重要である。上記引用箇所でもジッヒャルトは、「夫婦の一方が亡くなった場合に存命者が全てあるいは相当に多くを取得する旨、または、財産の一部が最近親の親族に帰属する旨定められるのが頻繁に見られる *saepissime videmus sic caveri, ut mortuo altero ex coniugibus superstes totum habeat, vel tantum habeat, vel ut pars bonorum perveniat ad proximos agnatos*」との実状を踏まえて、「婚姻契約中のそのような相続する旨の合意は今日如何にして許容されるのか *quo pacto hodie sustineantur pacta illa de succedendo in contractibus matrimonialibus*」との問いを提起し、「この場合も、遺産は何らかの終意処分に基づいて付与されることになる *illo casu hereditas defertur vi cuiusdam*

40) 特に限定的な表現は見当たらないので、少なくとも論理的には、夫婦それぞれの前婚による子や夫婦間に将来生まれる子等だけではなく、存命配偶者もまたここに含まれよう。

ultimae voluntatis」とこれに答えている。「終意処分よってのみ遺産が与えられるper ultimas voluntates solas deferuntur hereditates」(=「合意によって遺産は与えられることはないpactis non potest deferri hereditas」)との普通法上の原則に加えて、この終意処分読み替え論の論拠として指摘されているのは、「それらの婚姻契約が、何かしら遺言としての特徴、あるいは少なくとも終意処分としての特徴を備えているilli contractus matrimoniales habent quandam speciem testamentorum, vel ad minimum ultimae voluntatis」という点である。ここに言う「それらの婚姻契約illi contractus matrimoniales」とは、文脈上も明らかなおと、夫婦間相続に関わる合意乃至特約を含んだ夫婦財産契約に他ならない。従って、ジッヒャルト説の一つ目の帰結は、終意処分への読み替えを介して「婚姻契約contractus matrimoniales」による夫婦間での遺産の付与が容認されるという点に存する。続けてジッヒャルトは、自説のもう一つの帰結として、「婚姻契約」が「終意処分に匹敵する内容を備えているhabent instar ultimarum voluntatum」場合には、「そのような契約を締結した当事者によっていつでも撤回可能であり、彼等によって未だ権利は取得されていないsemper possunt revocari per eos, qui sic contraxerunt, et ab iis quibus nonnumquam quaesitum est ius」と述べている。ベルリッヒがジッヒャルト説を引用するにあたって着目したのも勿論この部分であろう。

夫婦間相続合意を含む「婚姻契約」が「遺言としての特徴、あるいは少なくとも終意処分としての特徴を何かしら備えているhabent quandam speciem testamentorum, vel ad minimum ultimae voluntatis」との理解を提示するにあたって、ジッヒャルトが唯一拠り所としているのは、従軍中の兵士間について例外的に相続合意を容認する勅法彙纂第2巻第3章「合意についてDe pactis」第19法文<sup>41)</sup>の文言<利得compendium>に付された標準注釈<sup>42)</sup>である。

41) 「私人間では、生き残った者が相手方の財産を取得するといった内容の書面が死因贈与の締結の例となることは決してないけれども、臨終時や私的な財産について如何なる仕方であれ死を思いつつ書面に書き留められた兵士の意思は最終的な意思決定としての効力を保持するものであり、また、汝と汝の兄弟が戦闘に臨むにあたって双方の死の運命を見据えて、生き残った方に死の運命に見舞われた方の財産が帰

そこでは、当該兵士間の合意が「財産全体universitas」に及ぶ包括承継をもたらすという点が確認された上で、その場合、「遺言が存することになるのかどうか問題となる quæritur an sit testamentum」とされ、「ある人々は然りと答えている quidam quod sic」一方、「別の人々は否と答え、ただ単に終意処分と呼んでいる alii contra, et dicunt simpliciter」として、二つの理解が並記されている。兵士間の相続合意を「遺言 testamentum」と見なすの前者の見解は、「望むままの仕方でも遺言を作成できる faciant testamenta quomodo volent」<sup>43)</sup>として同じく従軍中の兵士に例外的に認められた方式自由な遺言作成を前提に、当法文における兵士間の相続合意をそのような方式自由な遺言の一例として位置付けるものであろう。これに対して、後者の見解は、兵士間の相続合意を遺言とは異なる「終意処分 ultima voluntas」の一つと捉えるものようであり、両見解の対立は標準注釈以降も依然続いた。そのような中世来の学説状況は、例えば、当標準注釈の「補遺 additio」<sup>44)</sup>にも引用されるヤーソンの同じ第19法文注釈（第15番末尾<sup>45)</sup>）に総括されており、ヤーソン自身は、「類 genus」と「種

---

属する旨互いに合意した旨汝は申し立てているのであるから、条件が成就すれば、汝の兄弟の意思決定（それは勅法の明白な優遇によって是認される）に基づき、彼の財産の利得もまた汝に付与されるものと解される。」

42) “<利得>これは財産全体の利得という趣旨であって、それが何であれ個別の利益に限られない。ところで、遺言が存することになるのかどうか問題となる。ある人々は、本章第30法文にも示唆されているように、然りと答えている。別の人々は否と答え、ただ単に終意処分と呼んでいる。”(Codex repetitae praelectionis, 233-234, n.引用は1566年パリ刊のアントワヌ・ル・コント Antoine Le Conte [1517-1586年]による版 [1559年初版]による。)

43) D.29,1,1.pr.更にC.6,21,15.pr.も参照。

44) “アンゲルスの学説彙纂41巻1章「占有の取得及び喪失について」第3法文21節注釈によればこの標準注釈は特別なものとされ、ヤーソンの当法文注釈によればこの点について考え得るのは類としての終意処分であるとされる。”(Codex repetitae praelectionis, 233-234, n.)

45) “文言<利得>に付された当法文最後の標準注釈を取り上げる。この標準注釈は二つに分けるべし。第一の部分では法文が解明されている。第二の部分では問題が提起され二つの見解が提示されている。この標準注釈については、兵士間で有効とさ

species」の論理的区分を応用して当法文の兵士間の合意を「種としての遺言 testamentum in specie」ではなく「類としての無名の終意処分ultima voluntas in genere et innominata」と解したバルドゥス・デ・ウバルディスBaldus de Ubaldis(1327-1400年)に与している。ジッヒャルトも、当然、このバルドゥス=ヤーソン説を踏まえた上で、標準注釈を引用しているはずである。そうであるとすれば、夫婦間相続合意を含む「婚姻契約」が「遺言としての特徴、あるいは少なくとも終意処分としての特徴を何かしら備えている」との上記指摘は、夫婦間には兵士間のような特例はない以上、「種として遺言」の一例とは言えないまでも、「類としての終意処分的一种quaedam ultima voluntas in genere」と解することは可能であるとの趣旨に受け取ることができよう。

このようにバルドゥス=ヤーソン説とジッヒャルト説とを結びつける媒介項として着目されるのは、ジッヒャルトの師でもあったツァジウスの見解である。というのも、ツァジウスは『特別解答集、すなわち、法の非凡なる解釈集の大幅な増補改訂版Singularia responsa, sive intellectus iuris singulares, insigni

---

れる相互的な合意は、当法文において、厳密には種としての遺言ではなく、類としての終意処分の一種にあたるという趣旨に解されたい。これに与しているのはバルドゥスとアンゲルスの当法文注釈であり、バルドゥスが言うには、これは当法文の事案以外には見当たらない類としての無名の終意処分であるとされ、加えて、アンゲルスは学説彙纂41巻1章「占有の取得及び喪失について」第3法文21節の注釈でこの標準注釈について特別に吟味している。キーヌス、バルトルス、サリケトゥス、フルゴシウス、アレクサンデルは、勅法彙纂6巻21章「兵士の遺言について」第15法文に照らせば何も矛盾はないとの理由で、当法文において遺言が存するものと解しているけれども、これを採用すべきではない。確かに、バルドゥスが当法文注釈で指摘するとおり、何れの仕方でも結果は同じであるとはいえ、「最終的な意思決定としての効力」という文言からすれば法文はむしろ前者の立場に有利である。遺言の効力を有するというのであれば、それは実際には遺言ではないことになる。というのも、何かであるということと何かとして見なされるということとは別であるから【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第66法文及び第246法文】。"In primam Codicis partem commentariae, 63.v.引用は1573年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

accessione locupleati』(1541年初版。以下『特別解答集』と略称)<sup>46)</sup>の二つの箇所において、第19法文の上記標準注釈を典拠に「類としての終意処分ultima voluntas in genere」に言及しているからである。その一つは、同書第1巻第1章「バルトルスを除けば諸博士は一致して類が四つの仕方理解されるものと考えているGenus quatuor modis accipi, aliter quam Bartolus, et communiter Doctores sunt opinati」の冒頭部分<sup>47)</sup>に見出される<sup>48)</sup>。そこでは、「類genus」

46) 全22章から成る第1巻の内容の多くは、以下で言及する第1章を含めて、1526年にパーゼルで公刊された『市民法の少なからぬ箇所の非凡で新しい解釈集Intellectus singulares et novi in nonnulla loca iuris civilis』(1532年にフライブルクで『Intellectus iuris civilis singulares市民法の非凡なる解釈集』の表題で再刊)から採録されている。

47) “我々の市民法では類や種について頻繁に言及されるが、それらは、債務関係に関する限り、諸博士によって十分な説明を与えられていないか、あるいは、不当にも混同されているかの何れかであるため、あちこちで極めて多くの誤りが教示されているところ、すぐにでもこの問題をより明確かつ完全に論ずるならば、事態は正され適切になものとなすと思われる。というのも、そのような確かな論述によって関連する問題の理解が一層容易となり、不確実な事柄の世界の下、債務関係は根本的な解明から光を得ることとなる。”

ところで、類はなるものは、ポルフィリウスが『序説』の中で挙げている理解以外に、法律学にとって十分なものであるために、四つの仕方理解されると思われる。

〈1. 無名の類〉第一に、類は、定まった名称を持たず、ただ単に、全く不確定な性質にのみ結びつき、いわば無名のものとして放置されるものと解される。〈2. 無名の終意処分〉そのようなものとして例えば、類としての終意処分が見出され、それは遺言でも小書付でも死因贈与でもなく、その他特別な名称でも呼ばれるわけでもなく、ただ単に終意処分という一般的名称の下に放置されるのであり、勅法彙纂2巻3章「合意について」第19法文の周知の標準注釈がこれに言及している。”(Singularia responsa, 1引用は1541年パーゼル刊のテキストによる。)

48) なお、ツァジウスが挙げる四つの「類genus」とは、順に、「無名の類genus anonyma」、「事物の性質や状態として把握される類genus pro qualitate et conditione rei acceptum」、「代替物に相当する性質として把握される類genus pro qualitate circa res fungibiles」、「複数の種に共通する類genus quod se pluribus speciebus communicat」であるが、第一の「無名の類」は、主題である債務関係における類からは除かれている(「類について債務に関わるのかどうかを第一の仕方論じること

の第一の用法として、「定まった名称を持たず、ただ単に、全く不確定な性質にのみ結びつき、いわば無名のものとして放置されるものquod non habet certum nomen, sed simpliciter, nullique determinatae qualitati adstrictum, velut anonymum relinquitur」という意味での「類」が提示され(第1番)、「類としての終意処分ultima voluntas in genere」がその例の筆頭に挙げられている(第2番)。「類としての終意処分」とは、「遺言でも小書付でも死因贈与でもなく、その他特別な名称で呼ばれるわけでもなく、ただ単に終意処分という一般的名称の下に放置されるものquae nec sit testamentum, nec codicillus, nec donatio causa mortis, nec alio speciali nomine nominetur, sed simpliciter in generali appllatione ultimae voluntatis relinquatur」を意味し、上記第19法文の「周知の標準注釈glossa nota」がまさにこれに言及しているというのである。

続いて第2巻第7章「我々の法における幾つかの無名のものについてDe anonymis quibusdam in iure nostro」では、「我々の法において多くの事柄が無名のまま見出されるといってよく、また、法自体にもやはりそれらのために特定の名称を見つけれないのだとしても、法の諸準則には縛られるplacet adserere, multa in iure nostro inveniri anonyma, et tamen in eo ipso nomina certa eis non reperiuntur, et nihilominus constringuntur sub regulis iuris」(第1番<sup>49)</sup>)との指摘の下、そのような「無名の事柄anonyma」の一例として、第19法文を典拠に「類としての意思行為voluntas in genere」が挙げられている(第3番<sup>50)</sup>)。ツァジウスによれば、「ドイツ全域に蔓延している相続指示ordinationes successoria, quibus tota Germania est referta」なるものは、「遺

---

はできないde genere primo modo tractari non posse an in obligationem veniat」(第29番)Singularia responsa, 6.)。

49) Singularia responsa, 92.

50) “〈3.ドイツ人の相続指示は類としての終意処分〉同様に、ドイツ全域に蔓延している相続指示にもこれを見出すことができる。というのも、それは遺言でも小書付でも婚姻故の贈与でも合意でさえもなく、類としての終意処分にあたるからである【勅法彙纂2巻3章「合意について」第19法文】。”(Singularia responsa, 92.)

言でも小書付でも婚姻故の贈与でも合意でさえもないnec sunt testamentum, nec codicillus, nec donatio propter nuptias, nec plane pactum」ため、「我々の法ius nostrum」つまり市民法の中に「特定の名称nomina certa」を見出し得ず、「類としての意思行為」として捉える他ないというのである。この第2巻第7章は、冒頭の「他の箇所にあるとおり」との文言に示唆され、欄外にも注記されているように、「前巻第1章への補遺additio ad primum caput in superiori libro」であり、そうであるとすれば、第19法文を典拠とする「類としての意思行為」とは、第1巻第1章に言う「類としての終意処分」と同じ意味で用いられていることになる。この「類としての終意処分」という概念が、第19法文の標準注釈に端を発する議論の中で通説としての地位を確立していたバルドゥス＝ヤーソン説に由来することは既にみた<sup>51)</sup>。ツァジウスの言う「相続指示」なるものが具体的に如何なるものかは記されていないが、「婚姻故の贈与でも合意でさえもないnec sunt donatio propter nuptias, nec plane pactum」という言い回しからしても、IVで言及した同じくツァジウスの学説彙纂第45巻第1章第61法文注釈第50番<sup>52)</sup>でやはり「ドイツGermania」の実状を念頭に論じられた夫婦間相続目的の嫁資合意（「夫婦が嫁資合意の中で互いに互いを相続人に指定したmaritus et coniunx in pactis dotalibus sese reciproce fecerunt haeredes」場合）をそのような「相続指示」の一つに数え、「類としての終意処分」としてこれを捉えることは十分可能であろう<sup>53)</sup>。ツァジウスは同箇所に

51) なお、1494年からフライブルクで市書記官を務めていたツァジウスは1499年に当地の大学に登録して法学研究を再開し遅くとも1501年には博士号を取得している。そのフライブルクでの師パウルス・ギッタディヌスPaulus Gittadinusはミラノ出身でヤーソンの弟子とされる（Stintzing, Ulrich Zasius [1857], 23-24.）。

52) IV注85参照。

53) ベーゼラーは、この「相続指示」に「ドイツ法上の譲与deutschtliche Vergabungen」を読み込み、しかもそれを「相続合意pacta successoria」や「相続取得合意pacta successonis acquirendae」等とは区別しようとしているが（Die Lehre von den Erbverträgen, Allgemeiner Teil, 165.）、そのような観方は、「アウフラッスンクつまりゲヴェーレ移転を通じた譲与die Vergabungen durch die Auflassung, also durch die Uebertragung der Gewere」という特定の行為類型を予め想定して初めて

において市民法の遵守と帝室裁判所の実務を根拠に「そのような合意を私は依然認めない *quae pacta ego usque adhuc improbavi*」と述べており<sup>54)</sup>、そのような態度は、「無名の事柄」であっても「法の諸準則には縛られる *constringuntur sub regulis iuris*」との上記『特別解答集』第2巻第7章の指摘とも調和する。また、この「相続指示」が何であれ、ツァジウスが、元来第19法文の兵士間の相続合意を説明する概念にすぎなかった「類としての終意処分」を、ローマ法における「類」概念の用法という視角から、夫婦間相続目的の嫁資合意にも適用可能な汎用性のある概念へと変換したのは確かであり、フライブルクで師の講義を聞いたジッヒャルトも当然この議論を知り得たはずである。夫婦間相続合意を含む「婚姻契約」が「少なくとも終意処分としての特徴を何かしら備えている *habent quandam speciem ad minimum ultimae voluntatis*」とのジッヒャルトの見解は、引用された第19法文の標準注釈からツァジウスに至る「類としての終意処分」論の系譜に連なっているのである。

『勅法彙纂講義録』からの引用箇所でもう一つジッヒャルトが指摘しているのは、夫婦財産契約が「終意処分に匹敵する内容を備えている *habent instar ultimarum voluntatum*」場合、「そのような契約を締結した当事者によっていつでも撤回可能である *semper possunt revocari per eos, qui sic contraxerunt*」という点であった。ジッヒャルトによれば、終意処分に相当する夫婦財産契約が任意に撤回可能であるのは、「周知の法にあるとおり、人間の意思は臨終の時まで不確定であるから *cum voluntates hominum sint ambulatoriae usque ad ultimum spiritum vitae per iura vulgata*」とされる。「周知の法 *iura vulgata*」が何かは明示されていないが、表現の類似性や内容の関連性からみて、ジッヒャルトの念頭にあるのは何れもドミティウス・ウルピアーヌス *Domitius*

---

可能となる。そのような結論先取りの概念規定は、「相続指示」にせよ「相続合意」にせよ市民法中に「特定の名称」が見つからない「無名の事柄」を「類としての終意処分」と位置づけようとするツァジウスの見解とは全く相容れない。ペーゼラーは『特別解答集』第1巻第1章で展開されたツァジウスの「類」概念論や第19法文の標準注釈以来の学説の展開との連関に気づいていないのであろう。

54) Opera, III, 353-354.

Ulpianus(?-228年)の『サビヌス注解Ad Sabinum』第33巻に由来する二つの法文と解される。一つは、学説彙纂第34巻第4章「遺贈物や信託遺贈物の没収乃至移転についてDe adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis」第4法文<sup>55)</sup>であり、そこでは、一旦断念された「遺贈乃至信託遺贈legatum vel fideicommissum」が受遺者との親交再開や「遺言者testator」の後悔によって「回復されるredintegratur」理由として、「死亡者の意思は生涯の最終出口に至るまで不確定であるambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum」と述べられている。もう一つは、同第24巻第1章「夫婦間贈与についてDe donationibus inter virum et uxorem」第32法文<sup>56)</sup>第3節であり、そこでは、夫婦間贈与を無効とする「法の厳格さ*iuris rigor*」を緩和す

55) 「再び親しい関係に戻り、遺言者が先立っての無礼を後悔したならば、断念された遺贈乃至信託遺贈が回復される。というのも、死亡者の意思は生涯の最終出口に至るまで不確定であるから。」

56) 「[前書] 夫婦間贈与の扱いが既に述べたようなものであったとき、我々の皇帝アントニヌスが、その父君である神皇セウエルス帝の崩御よりも以前に、元老院における勅諭によって、フルウィウス・アエミリアヌスとヌンミウス・アルビヌスが執政官である年[ローマ建国959年=紀元後206年]、法の厳格さを幾らか緩めるべく決議するよう元老院に勧告する役割を果たした。[第1節] 我々の皇帝の勅諭「贈与の是認について」は、妻に代わって夫により取得される贈与だけではなく、夫婦の間で為されるあらゆる贈与を対象とするものであり、目的物は適法に受贈者に帰属し、市民法上の債務が生じ、ファルキディウス法の取得分についてもそれが当てはまる限り問題とされねばならない。ファルキディウス法の取得分が当てはまるのは、私が思うに、贈与されたものが遺言によって是認されたかのようにみえるからであろう。[第2節] 勅諭には、「贈与した者が後悔するのは確かに致し方ないが、贈与した者の最終の意思に反してまで相続人がそれを奪うというのは無情で厚かましい」、とある。[第3節]ここに言う<後悔>とは最終的なものと解さねばならない。従って、妻に贈与した後でそれを後悔し、そのすぐ後に後悔するのをやめた場合、贈与は有効と解されるべきであり、それは、信託遺贈にかんして通常そうするようにその者の最終の判断に着目すべきであるからであるし、また、遺贈において悪意の抗弁提起について論じられるのも、その者の意思が生涯の最終出口に至るまで不確定であるからなのである。[第4節以下省略]」

べく元老院に勧告したマルクス・アウレリウス・アントニヌス Marcus Aurelius Antoninus (カラカラ Caracalla) 帝の勅諭<sup>57)</sup>について、勅諭中の文言「後悔 *paenitentia*」を「最終的な後悔 *suprema paenitentia*」の趣旨に解する際に、遺贈と類比しつつ、やはり「その者の意思は生涯の最終出口に至るまで不確定であるから *ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum*」と指摘されている。何れの法文でも問題とされている後悔とは一旦なされた処分行為の撤回に他ならず、本来撤回変更の自由な終意処分について、遺贈物剥奪の可否を左右するそのような撤回の有無は亡くなった処分者の「最終の意思」を基準に判定されるべきだとする前者の法文に対し、後者の法文は、その終意処分撤回自由の論理を夫婦間贈与無効の原則の緩和に應用していることになる。本来無効とされる夫婦間贈与であっても、贈与者が「最終の意思」として自らの処分行為を撤回せずに亡くなれば、遺言や小書付といった終意処分と同じく、有効となるというわけである。そのような終意処分への読み替えを支えていたのが、「意思は生涯の最終出口に至るまで不確定である *est ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum*」との論拠であった。同じ論拠を、婚姻存続中の夫婦間贈与だけでなく、婚姻に際して締結される夫婦財産契約中の夫婦間相続特約（夫婦間相続目的の嫁資合意）にも当てはめ、その撤回可能性を肯定したのが上記ジッヒャルトの主張と言える。更には、夫婦間相続目的の嫁資合意を終意処分に読み替えその撤回を容認し、当事者が生前に撤回しない限り一方の死亡時に効力が確定するとの理解は、夫婦間死因贈与の扱いとも合致する。というのも、ローマ法上、夫婦間で禁じられるのはあくまで生存者間贈与であって、「夫婦間の死因贈与は容認されている *inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt*」<sup>58)</sup>上、死因贈

57) 当時(206年)、アントニヌス帝は父ルキウス・セプティミウス・セウェルス Lucius Septimius Severus 帝(在位193-211年)と共同統治中であり、アントニヌスの別の勅法(C.5.16.10.)では当勅諭が「神皇セウェルスの勅諭 *oratio divi Severi*」として言及されている。

58) D.24.1.9.2.

与自体も「遺贈に倣って*ad exemplum legatorum*」撤回可能とされる<sup>59)</sup>からである。相続合意一般を包摂し得る「類としての終意処分」概念に加え、ローマ法における夫婦間贈与と遺贈との類比関係が、夫婦財産に関わる合意という共通点故の連想を介して、夫婦間相続目的の嫁資合意を終意処分に読み替える議論へと結実したことになる。

ところで、以上のようなジッヒャルト説は、夫婦間の「将来の相続*futura successio*」に関わる「婚姻契約」中の合意、すなわち、夫婦間相続目的の嫁資合意の効力如何という問いに「正しく解答できる者はいないように思われる *neminem video, qui ad hoc recte respondeat*」との前置き、そしてまた、「異例ではあるが諸君は理解せよ *vos dicite singulariter*」との聴講者への要望の下に開陳されており、ジッヒャルト自身、自らの見解が特異な説であることをはっきり意識していた様子が見て取れる。とはいえ、夫婦間相続目的の嫁資合意であっても、他に有効な終意処分がない限り、つまりそれによって当該嫁資合意が撤回されない限り、一方の死を以て効力が確定するとの理解は、恐らくはローマ法上の夫婦間（死因）贈与の扱いととの均衡への配慮から、学識法曹の間に早い時期から現れていたものと推測される。例えば、帝国都市フランクフルト・アム・マインの改定都市法*Reformation*(1509年)の「嫁資文書について *De litteris dotalibus. Von brutlauffbriefen.*」(第29番目の条文)<sup>60)</sup>では、「相続は特

59) D.39,6,15-16.

60) 「ところで、従来、嫁資文書において、嫁資すなわち妻が持参する贈与や、婚姻故の贈与すなわち夫がこれに応じて妻に与えあるいは約定する贈与について言及されるだけでなく、全財産や夫婦双方に関わる相続についても合意乃至特約が交わされても、相続は特約や合意に基づいて生じることはなく、遺言する自由な意思がそれによって奪われることはない」とされている。従って、今後も、そのような合意や特約が、嫁資や婚姻故贈与つまり夫婦双方の贈与の範囲を超えることのないよう我々は命じ定めることにする。Dwyl aber bißher in brutlauff briefen nit allein de dote et donacione propter nuptias, das ist von der zugift, so die fraw bringt, unnd der zugift, so der man dem wyb herwider bringt, oder verschrybt, meldung bescheen, sunder auch von allen gütteren und erbellen so von beider syten berrüren, pacta und geding uffgericht sein, und aber die erbelle nit uß geding oder pacta kommen

sollen, und auch der fryhe wille zu testiren den elüten da durch benommen würt. So ordenen und wöllen wir, das hinfür solche pacta und geding in brutlauffbriefen sich wyther nicht dann ab dotem et donacionem propter nuptias, das ist zu beyden zugiffen erstrecken sollen.

一方で、そのような合意や特約を顧慮せずに、夫婦双方あるいはその何れも、その他の財産から別に前述の寡婦(夫)分について遺言しあるいは処分を為す権利を有するものとする。Sunder one angesehen solche pacta und geding, sollen beyde elüte oder ir yedes besunder in andern iren gütern über obberürte widem zu testiren und zu disponiren macht haben.

ただし、そのような全財産に関する特約乃至合意が嫁資文書で交わされ、夫婦の双方あるいは何れか一方が遺言や処分行為のないまま亡くなった場合には、双方の財産に関わりそれらについて約定されている限り、当該合意は死によって確定され有効となり、それらの財産は当該嫁資文書に定められているとおりに帰属するものとする。Wo aber solch geding und pacta über alle gütttere in brutlauff briefen gescheen, und beyde eiüt oder ire eins one testament oder disposition mit tode abging, so vil dan solche pacta ire yedes güter betreffen und verschriben weren, solten durch den tod bestetet und becrefftiget werden, und fallen wie sie dann in solichen brutlauff briefen erfunden werden.

また、夫婦間においても、一方が他方にその全財産の用益権をこの種の文書中に特約として約定することは許されており、それ故、用益権に関するそのような合意乃至特約は嫁資文書中に有効に約定され、双方の所有権については望むままに処分できるものとする。Es mag auch under elüten eins dem andern usumfructum aller seiner gütter in hynlychs briefen durch geding verschrieben, also das soliche pacta und geding des usufructum halb in solichen brautlauffbriefen verschrieben crefftig sein sollen und mögen, des eygenthumbs ire yedes disponiren nach seinem gefallen. この種の文書中に、以下のような条項、すなわち、<存命者もまた亡くなったならば、それらの財産は最初に亡くなった者の最近親相続人でその時点で存命の者等に帰属する>との条項が定められているとしても、当該条項やこれに類する条項、そしてとりわけ<次いで>という文言について、我々は、所有権が最初の者が亡くなった時にこの者の最近親相続人に帰属するという趣旨以外にこれを解しない。つまり、上記事案は用益権の合同に他ならず、要するに、用益権は、所有権が前もって帰属していたところへと復帰するのである。Wann auch in hynlechts briefen die clausel erfunden würde, also lutende. Unnd wann dann das letstlebende auch mit tode

約や合意に基づいて生じることはなく、遺言する自由な意思がそれによって奪われることはないdie erbfelle nit uß geding oder pacta kommen sollen, und auch der fryhe wille zu testiren den elüthen da durch benommen würt]との原則が、「嫁資文書litterae dotaies: brutlauff breiffe」の中で「嫁資dos」や「婚姻故の贈与donacio propter nuptias」の範囲を超えて「全財産や夫婦双方に関わる相続についてvon allen güttieren und erbellen so von beider syten berrüren」交わされる「合意乃至特約pacta und geding」にも妥当するとされる一方で(第1項前段)、「そのような全財産に関する特約乃至合意が嫁資文書で交わされ、夫婦の双方あるいは何れか一方が遺言や処分行為のないまま亡くなった場合には、双方の財産に及びそれらについて約定されている限り、当該合意は死によって確定され有効となり、それらの財産は当該嫁資文書に定められているとおりに帰属するものとするWo solch geding und pacta uber alle güttiere in brutlauff briefen gescheen, und beyde eiüt oder ire eins one testament oder disposicion mit tode abging, so vil dan solche pacta ire yedes

---

abgangen ist, so sollen solche güttiere fallen uff des ersten abganganen nechsten erben die uff dann in leben sein, solche clausel oder dergleichen, und besunder uber das wort, alßdann wöllen wir anders nit verstanden haben, dann das der eygenthumb zur zeit so das erst abgangen ist uff desselbigen nechsten erben gefallen sol sein. Und der letstfal nichts anders dan consolidatio ususfructus sein sol, das isit der ususfructus dahyn fallen sol, dahyn der eygenthumb vorhyn gefallen ist.」(Zusäze, 367-368.引用はヨーハン・フィリップ・オルトJohann Philipp Orth [1698-1783年]による『フランクフルト・アム・マイン市のいわゆる再々改定都市法について著された大部な五巻からなる注釈の大部分の更なる解明、敷衍、そしてまた増補のため、更に加えて、有益な補遺乃至補足として役立ち得る多くの重要かつ注目すべき追加資料並びにその付録及び追録Zusäze vieler wichtigen und merkwürdigen materien samt deren anhangen und zugaben, welche zu einer weiteren erleuter= und ausführung, wie auch vermerung der meisten über die sogenannte erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt am Main gemachten und aus fünf starken bänden bestehenden anmerkungen, als ein gar nützlicher nachtrag oder nachlese dienen können』[1775年フランクフルト刊]所収のテキスト[都市法原本の26頁から27頁にあたるとされる]による。)

güter betreffen und verschriben weren, solten durch den tod bestetet und becrefftiget werden, und fallen wie sie dann in solichen brutlauff brieffen erfunden werden.」(第2項)と定められている。ここで想定されている「合意乃至特約」が夫婦間相続目的の嫁資合意であることは、「嫁資」や「婚姻故の贈与」の範囲を超える財産であっても「寡婦(夫)分について遺言しあるいは処分を為す権利widem zu testiren und zu disponiren macht haben」は容認され(第1項後段)、あるいは、寡婦(夫)死亡後に先に亡くなった配偶者の相続人に財産が復帰する旨の合意が、「寡婦(夫)分widem」に準じて、所有権との混同による終身用益権の消滅、つまり「用益権の合同consolidatio ususfructus」と解されている(第3項)本規定全体の脈絡からも明らかである。所有権の移転を含む夫婦間での財産の包括承継が嫁資合意によって企図されたとしても、夫婦存命中の有効な終意処分がない限り、当該合意は「死によって確定され有効となるsolten durch den tod bestetet und becrefftiget werden」というのが本規定の趣旨といえる。このフランクフルト法をジッヒャルト自身知っていた可能性もある。というのも、フライブルクで共にツァジウスに学び、1531年に同時に両法博士号<sup>61)</sup>を取得したヨーハン・フィッヒャルトJohann Fichard(1512-1581年)<sup>62)</sup>がフランクフルト出身であったからである。いずれに

61) 授与者は同じくツァジウス門下で当時勅法彙纂担当正教授であったゼバスティアン・デッラー-Sebastian Derrer(?-1541年)。

62) 『勅法彙纂講義録』第2巻の巻頭に収録されたフィッヒャルトの手になるジッヒャルト伝(「フランクフルト出身の法律家で故郷の弁護士兼法律顧問ヨアンネス・フィカルドゥスによって著されたドイツの法律家で卓説せる士ヨアンネス・シカルドゥスの生涯Clarissimi viri Ioannis Sichardi, iureconsulti Germanim vita, per Ioannem Fichardum Francofurtensem iureconsultum, patriaeque advocatum et syndicum perscripta)に、「そうして結局、私は、ザシウス(私はもう一人の父といってもよい彼にまず相談した)も強く反対はしなかったので、シカルドゥスの勧めと激励に従うことにし、シカルドゥスと私兩名は、我々に加わる者は他にないまま、1531年11月28日に両法博士号の榮譽を得た。ただし、我々に榮譽を授けて下さったのはガルビティウスが述べるようにザシウスその人ではなく(彼は当時老齢のため演壇に登ることはできなかったが、この授与式には列席して下さった)、高潔の上なく市

せよ、合意に基づく夫婦間相続への需要と、継受学識法たるローマ法との緊張関係を意識しつつこれに限定的ながら応えようとする実務の試みがなければ、ジッヒャルト説は生まれることはなかったはずである<sup>63)</sup>。

民法に極めて精通した人で、先にも既に言及した勅法彙纂担当正教授セバスティアヌス・デッレウス氏であった。これらの後、数か月して、復活祭の市の頃、私はフライブルクを去って故郷に帰り、それ以降シカルドゥスに会うことはなかった。Assensi igitur tandem, etiam Zasio (quem uti parentem alterum prius adhibueram in consilium) non admodum dissuadente, Sichardi consilio, cohortationique: et ita uterque Sichardus ac ego, nemine praeterea nobis adiuncto, ante diem quartum Calendas Decembris eiusdem anni sesquimillesimi trigesimi primi, utriusque iuris insignibus sumus decorati. Neque tamen ea Zasius ipse, ut Garbitius tradit, nobis contulit (qui prae senio tunc seggestum conscendere non poterat, solenni tamen isti actui interesse dignatus est), sed Dominus Sebastianus Derreus, Codicis Professor ordinarius, cuius etiam supra mentionem feci, vir integerissimus, et iuris civilis exime peritus. Hisce peractis post aliquot menses sup tempus nundinarum nostrarum Paschaliū, ego relicto Friburgo in patriam sum reversus: nec ab illo tempore Sichardum amplius unquam vidi.」(Sichardus redivivus, II, 8.) とある。なお、「ガルビティウスが述べるように ut Garbitius tradit」云々とあるのは、チュービンゲン大学でのジッヒャルトの同僚でギリシア語教授マティエース・ガルビティウス Matthias Garbitius (?-1559年) が、同じく『勅法彙纂講義録』第2巻に収録された「1552年10月16日に誉れ高きチュービンゲン大学にてマティエース・ガルビティウス・イッリュリクスによって為された、両法に精通せつ博士で卓越せる士ヨアンネス・シカルドゥス氏の生涯と死去に関する追悼演説 Oratio funebris de vita et obitu clarissimi viri domini Ioannis Sichardi iuris utriusque doctoris consultissimi in celeberrima academia Tubingae habita a Matthia Garbitio Illyrico anno millesimo quingentesimo quinquagesimo secundo calendarum Octobris sexto decimo」の中で、「大学では博士の榮譽を得てザシウスその人から公にそれを授かった in schola honores doctores est confectus, Zasio ipso eos publice ipsi contribuente」(Sichardus redivivus, II, [14.]) と述べていたのを正す趣旨であろう。

63) ベーゼラーは混合合意論の起源をジッヒャルトとみなしているが (Lehre von den Erbverträgen, Allgemeiner Teil, 136.)、重要なのは当時ジッヒャルトがなぜそのような見解を提示し得たのかという点であろう。ジッヒャルト説の新しさは、先行す

師ツァジウスの「類としての終意処分」概念に夫婦間相続目的の嫁資合意を包摂し、終意処分への読み替えを介してその生前の撤回可能性と死亡による効力確定とを論証するジッヒャルト説は、その後、故郷フランクフルト市の法律顧問syndicus(市代表弁護士advocatus reipublicae)を務めていた同門後輩のフィッヒャルトの手を介して、二つの成文慣習法の中に採用されることとなる。フィッヒャルトは、かつて勉学を共にしたジッヒャルトの見解に早くから着目していたようであり、1565年11月10日付けの助言<sup>64)</sup>では、同年バーゼルで公開されたばかりのジッヒャルトの『勅法彙纂講義録』の上記箇所<sup>65)</sup>に言及している。ただし、そこでは、「相続権留保合意pactum iuris circa successionem

---

る実務の試みを師ツァジウスの「類としての終意処分」概念の下に説明し直したところにあるというのが本稿の理解である。

64) フィッヒャルト没後にハインリッヒ・ペトレウスHeinrich Petreus(1546-1615年)の編集で1590年に公開された『助言集Consilia』の第1巻に助言35として収録。なお、第1巻収録の助言については、同巻表題頁にも明記されているように、「著者が助言依頼者等の便宜を考えてドイツ語を用いた箇所はラテン語に翻訳されてconversis in Latinum sermonem iis, quae autor consultoribus inseruiens Teutonica inserverat」おり、該当部分には欄外に訳者ペトレウスの名が付されているが、同時に刊行された第2巻所収の助言はドイツ語部分がそのまま残されている。フィッヒャルトの『助言集』編集公開の経緯についてはStintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, 599.参照。

65) “<5.ドイツの貴族間の嫁資合意は多くの点で普通法に反していても慣習法によって有効とされており、それらの嫁資合意は如何にして救済され得るのか。>第五にそして最後に、著名な諸博士の中には、嫁資証書で遺産到来について為されたこの種の合意が前述の慣習法に基づきドイツで許容され、いわば有効な義務分として有効となるとの見解に立つ人々もいるからである。実際、既に述べた我が師ツァジウスは学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第61法文注釈第18番で、第一の結論として、相続権留保に関する合意は相続にかんするものであるにも関わらず無効ではなく有効である旨ははっきり教示している。そしてその後すぐ、相続についてあれこれの場合に如何に相続されるべきか定められることがしばしばであるドイツ中の嫁資合意が当該結論によって救済され、法によって擁護されるとも述べている。ツァジウスが言うには、嫁資合意において相続にかんする指示が為し得ない

reservatorium」を有効とする師ツァジウスの見解（学説彙纂第45巻第1章第61法文注釈第18番<sup>66)</sup>）と一括され、ドイツの慣習法を根拠とする相続合意有効論の一つとして扱われている上、「慣習が有効と見なされ得るためには合理的でなければならないdebet consuetudo, ut pro valida possit haberi, rationabilis esse」との一般論<sup>67)</sup>、そして、ツァジウスにせよジッヒャルトにせよ「当該見解をそのように心に抱きつつも、他の法律家らが同じように考えていないことに気が付いていたquidem opinionem ita istam animo conceperint, alios tamen iurisconsultos idem sentire non repererintとの評価に基づき、相続合意論有効論一般としては両説とも支持されていない<sup>68)</sup>。しかし、既にIVでもみたとおり、

---

のは明白だとしても（というのも、我々によってもまた既に先に引用した諸法文により、それは遺言においてのみ許され嫁資合意では許されないからである）、この場合にはそれは当てはまらないとされる。なぜなら、例えば、「夫である私が先に亡くなったならば、あなたにもたらした財産は私の父方男性親族に留保される」と定められた場合のように、相続留保については、嫁資合意中に合意や指示を全く適法に為し得るからである。それ故、妻もまた嫁資財産について留保するならば、そのような留保も許されよう。そのような嫁資合意が我々の下で今日有効とされるとする同じ見解に、最近、（かつて私の最も親しい友人であった）ヨアンネス・シカルドゥスも、その勅法彙纂第6巻第20章「財産持戻について」第3法文注釈第6番において、別の論拠に基づいてではあるが与している。すなわち、この種の婚姻契約は、勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第19法文の最後の標準注釈によれば、遺言あるいは少なくとも終意処分としての特徴を何かしら有しているが故に、合意としてではなく終意処分として有効になるというのである。”(Consilia, I, 89.r.引用は1590年フランクフルト・アム・マイン刊初版による。)

66) Opera III, 344.このツァジウスの見解については既にIVでふれた。

67) 典拠として引用されるのはC.8,53,2-3.

68) “(18.如何なる慣習法が有効なのか。)確かに、勅法彙纂第8巻第53章「長期の慣習とは何か」第2法文にあるとおり、慣習法の權威は決して軽微なものではない。しかしながら、同法文では直ちに、「ただし理性や法律を凌駕するほどにその効力が大きいわけではない」と付言されている。それ故、慣習が有効と見なされ得るためには、同章第3法文にあるとおり、合理的であり、更には法律を模するものでなければならない。というのも、悪しき慣習は、有害な買収と同様、打破され忌避されるべきであるから【教

相続権の留保に限り普通法によっても相続合意を正当化できるというのがツァジウス説であり、また、ツァジウス自身頑として容認しなかった夫婦間相続目的の嫁資合意を「類としての終意処分」の一つとして有効と見なすのが上記ジッヒャルト説なのであるから、両説を一括して相続合意有効論として扱うこと自体無理がある。また、助言35の「事案casus」<sup>69)</sup>は、寡婦エリーザベトが一人娘

---

令集第1部区別8第3章】。なお、この点は以下の最後の論拠で詳論される。

先の第五の最後の論拠、すなわち、前述の幾人かの著名な諸博士が我々のドイツに共通の慣習法により当該合意が有効となると解している点について、私は以下の通り解答する。たとえそれが本当であるとしても、当の諸博士自身も同時に認めているとおりに、当該合意は明らかに諸法文に矛盾するし、また、彼らは、そのように当該見解を心に抱きつつも、他の法律家らが同じように考えていないことに気が付いていたのであるから、この見解を尊重すべきとまではいえない。実際、ザシウス氏は、そのような合意が相続権留保にのみ関わっており、それ故に有効である旨述べている前掲第61法文注釈第18番において、それが彼自身の主張であることを想起させ、それを誇ってさえいる。また、前掲第3法文注釈でこの問題を取り上げているシカルドゥスも、「誰もこの点に適切に解答できない。そこで諸君は次のように解されたい」云々と述べている。しかも、彼は、その見解を、ツァジウスのように相続権の留保によってではなく、勅法彙纂第2巻第3章第19法文の(彼の言うように)特異な標準注釈、つまり、そのような合意は合意としてではなく終意処分として有効であるという点によって根拠づけている。以上のように、彼等によれば、当該見解は特異で一般に受容されていないわけであるから、いずれにせよ、そこから多くは得られないように思われる。というのも、アエネアス・シルウィウスがその『パーゼル公会議史』の中で、自己の特異な説を評価し振り回す人々をこき下ろしているのは必ずしも不当とは言えないように、一般に受け入れられていることにむしろ留まるべきであるから。”(Consilia, I, 91.r.)

- 69) “貴族の身でかつてF氏の貞淑な妻であったエリーザベト夫人がその一人娘マルグレーテを壮年の貴族ハインリッヒ・フォン・H氏に嫁がせ、更にその際、父によって遺された全財産に加え、他から娘自身に帰属した価値の決して小さくない個々の財産を嫁資として娘に与えた。ところで、嫁資証書にはほかの事項と並んで次のような条項が含まれている。「ただし、何度も言及されているマルグレーテ嬢がその夫であるハインリッヒ氏よりも先に亡くなり、当婚姻による子が残されなかったならば、マルグレーテ嬢が遺した包括特定何れの財産もハインリッヒ氏が受領し、用益

マルガレータの婚姻に際してその娘婿ハインリッヒとの間で交わした嫁資合意に関わるものであり、娘が婿よりも先に亡くなった場合に、亡き夫の遺産その他に由来する娘の嫁資について婿が終身用益権を取得し婿死亡後に娘の相続人に財産が復帰する旨の約定の効力、すなわち、「マルガレータ嬢が一方で二名の父方のおば、他方で母エリーザベト夫人をのこして亡くなった場合、彼女が残した財産の相続権及び所有権は前者二名と後者の何れに帰し、何れの側が用益権終了時に当該相続財産を取得することになるのか*cum domina Margaretha relinquerit tum duas amitas, tum matrem suam dominam Elisabetham, utrum ad illas, an vero ad hanc iam bonorum ab ea relictorum haereditas et proprietates sit devoluta*」、が助言の主題であった。そうであるとすれば、ジッヒャルト説が論ずる嫁資合意に基づく夫婦間相続の可否それ自体はそもそも問題となつてはならず、当時のフランクフルト都市法の下でも、前述のように、嫁資合意による寡夫分の設定自体は当然可能で、本事案で設定されているのも寡夫死亡時の「用益権の合同」を予定した典型的な寡夫分なのであるから、寡夫死亡後に「当該財産はその元々由来する推定相続人へと復帰するものとする *ista bona ad legitimos haeredes, unde profecta sunt, retrovolvuntur*」との箇所のみ相続合意にあたるとしてその効力を否定し、父方の二名のおばではなく、亡き娘無遺言時の推定相続人たる存命の母への財産復帰を肯定したフィッヒャルトの結論はジッヒャルト説とは何ら矛盾しない<sup>70)</sup>。むしろ、フィッヒャルト

---

権者としてそれらを使用収益し、なおかつ、彼の固有財産であるかのように、誰からも異議や制約を受けることなく、その判断と望みのままに管理するが、彼の死亡時に当該財産はその由来する父方推定相続人へと復帰するものとする」、というのがそれである。

その後、実際にそのような事態が生じ、要するに、上記マルガレーテ・フォン・W嬢は、二年後、この時母エリーザベトは存命であったが、子を残さずに死去したため、上記条項がその前段部分が成就により発効してしまったのである。というのも、当条項の定めるところによれば、父の遺産や別のところから取得されたマルガレーテ嬢の特有財産は全てハインリッヒ氏の死亡後に、その用益権の消滅により、当財産が元々由来する相続人へと復帰せねばならないからである。”(Consilia, 88.v.-89.r.)

70) 従って、この助言35を根拠に、フィッヒャルトがジッヒャルト説に「当初は

früher」反対していたとし、親子間相続に関わる嫁資合意をめぐる後の1573年の助言（『助言集』第2巻助言82）とも区別なく関連づけ、フィッヒャルトの「矛盾 Widersprüche」を指摘し、そこに、「実務に対する実定法の態度についてはっきりした結論に達することができず、実定法から離れることも実務を無視することも望まない über die Stellung des positiven Rechts zur Praxis nicht ins Klare gekommen ist, von jenem nicht abweichen, diese aber auch nicht übersehen will」態度の一例を見出すペーゼラーの理解（Lehre von den Erbverträgen, Allgemeiner Teil, 136.）は、フランクフルト法やジッヒャルト説の射程を看過したものとして適切ではない。また、コーイングは、このペーゼラーの観方を意識しつつも、嫁資合意中に「当婚姻による子が残されなかったならば non relictis ex eo matrimonio liberis」との条件が付され実際にも子をもうけることなく妻が亡くなった助言35の事案を踏まえてか、フィッヒャルトが「近親相続人とりわけ子等が相続契約によって無視されていない限り、多数説に与して相続契約を有効とみなそうとしている will sie [=die Erbverträge] mit der überwiegenden Meinung gelten lassen, wenn dadurch keine näheren Erben, also namentlich Kinder, übergangen werden」と解しているが（Coing, Die Frankfurter Reformation von 1578 und das gemeine Recht ihrer Zeit [1935], 64）、上記条件が当時のフランクフルト法でもはっきり容認されていた寡夫分の設定に関わるものである以上、そこに言う「多数説 die überwiegende Meinung」は、直前に言及されるツァジウスの相続権留保合意有効論でも夫婦間相続目的嫁資合意に関わるジッヒャルト説でもあり得ず、論証不足と言わざるを得ない。更に、コーイングは、ガイルの『実務考察集』を典拠に、フィッヒャルトが、助言35の事案のみならず、当時の帝室裁判所の実務も踏まえて、「夫婦に子の無いこと Kinderlosigkeit der Ehe」を相続目的嫁資合意の有効要件として重視するに至り、フランクフルト都市法の再改定時にこれを新たに挿入した（後注73の「第5条」参照）との見立ても披露するが（ibid. 64-65.）、『実務考察集』の初版公刊は再改定都市法の成立と同年であるから起草時に同書が参照されることはなかったであろうし、コーイングが具体的に引用する考察（第2巻考察117と考察126）に共通するのは夫婦間相続目的の嫁資合意ではなく「相続目的の相互的な夫婦間贈与や合意 donationes et pacta reciproca de succedendo inter coniuges」について「子の存しなければ liberis non extantibus」との条件に言及する議論にすぎず（考察117第6番と考察126第3番に見られるが、前者は1578年ケルン刊初版の該当箇所 [385頁] には欠けており改版時の増補部分である）、それらが帝室裁判所のどの時期の実務をどの程度反映しているのかも、考察中に具体的な判決が引用されていないため判然としない。フランク

は、後に「ゾルムス伯領及びミュンツェンベルクの裁判規則並びにラント法 Deren Graveschafftten Solms unnd Herrschafft Mintzenberg GerichtsOrdnung und Landrecht」(いわゆる「ゾルムスラント法Solms Landrecht」1571年。以下ゾルムス伯領ラント法と略称)と「フランクフルト・アム・マイン再改定都市法 Der Statt Franckenfurt am Mayn erneuerte Reformation」(1578年)の起草に際し<sup>71)</sup>、夫婦間相続目的の嫁資合意を生前撤回の可能な終意処分として容認する規定を盛り込むことで、「かつての最も親しい友人olim coniunctissimus amicus」であったジッヒャルトの見解を本来の意図に即して理解し普及させることに貢献したのである。

ゾルムス伯領ラント法第2部第18章第6節及び第7節<sup>72)</sup>では、「嫁資と反対

フルト市の法律顧問着任前に帝室裁判所の法廷弁護士Prokuratorを務めたこともあるフィッヒャルト自身の経歴や、コーイング自身が別の箇所 (ibid. 5, Anm.2.) で指摘する点(フィッヒャルトが「帝室裁判所の未公刊判決集eine unveröffentliche Sammlung von Entscheidungen des Reichskammergerichts」を保持していた可能性、弟のカスパー-Caspar Fichard [1523-69年]が1551年以降その死までやはり帝室裁判所の法廷弁護士を務めていたこと)を考慮しても、上記コーイングの見立てはやはり推測の域を出ないであろうし、先立つゾルムス伯領ラント法起草時にはなぜ同じ要件が盛り込まれなかったのかとの当然の疑問にも答えられない。

- 71) フィッヒャルトは、前者について、ゾルムス=ブラウンフェルス伯フィリップPhillip (1534-1581年)から、後者についてフランクフルトの市参事会から、それぞれ起草を委託された。1571年にさかのぼる後者の起草改定の経過についてさしあたりStobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, zweite Abtheilung [1864], 318-319.参照。
- 72) 「[第6節] 婚姻上の取決めや合意は、遺産承継について夫婦間で如何に取り扱われるべきかについても盛り込まれているとしても、前記の嫁資や反対贈与に関わる限りのものを超えて義務づけ効力を発することのないものとする。Es sollen auch die Heyrathsverschreibungen / unnd abreden / weiter nit dann allein so viel dieselbigen zugiffit unnd widerlegung belangt / bündig unnd krefftig sein / wann gleich sonst darin auch die Erbfelle / wie es damit zwischen ihnen Eheleuten künftiglich gehalten werden solt / mit eingezogen weren. この場合、当該合意にもかかわらず、夫婦の何れも、(婚姻特約の内容に従い確定されるべき約定の嫁資や反対贈与を除く) 自己の財産について自らの意思と好みに従って処分し遺言を為すこ

贈与」の範囲を超えた「遺産承継」を定める「婚姻上の取決めや合意 Heyrathsverschreibungen / unnd abreden」の効力を否定し、他の財産について「自らの意思と好みに従って処分し遺言を為すこと nach seinem willen unnd wolgefallen zu disponieren und zu testieren」を夫婦に認める原則論に続いて、「夫婦間において、そのような将来の遺産承継に関する合意乃至特約が為され、その合意乃至特約が、夫婦双方あるいは一方によってその存命かつ婚姻存続の間に撤回されず、また、遺言その他適法な処分行為によって変更されなかった場合、それらの合意乃至特約は、先に亡くなった者の財産に関わる限りにおいて、その者の死亡によって確証され、有効となり、婚姻証書に基づき遵守されるものとする da zwischen ihnen den Eheleuthen solche pacta und geding von künfftigen Erbfällen auffgericht / durch sie beyde / oder ihre eins / in zeit ihres lebens / unnd Ehestandts / nit widerrufen wehren / noch durch Testament oder andere rechtmäßige disposition nit verendert würden / So

---

とはその存命の限りは自由である。Dann dessen unangesehen / soll einem jeden Ehegemahl sein lebenslang bevor unnd frey stehen / mit seinen Gütern (ausserhalb der versprochen zugifft unnd widerlegung / damit es nach inhalt der Eheberedung vestiglich soll gehalten werden) nach seinem willen unnd wolgefallen zu disponieren und zu testieren.」

[第7節] ただし、夫婦間において、そのような将来の遺産承継に関する合意乃至特約が為され、その合意乃至特約が、夫婦双方あるいは一方によってその存命かつ婚姻存続の間に撤回されず、また、遺言その他適法な処分行為によって変更されなかった場合、それらの合意乃至特約は、先に亡くなった者の財産に関わる限りにおいて、その者の死亡によって確証され、有効となり、婚姻証書に基づき遵守されるものとする。Doch da zwischen ihnen den Eheleuthen solche pacta und geding von künfftigen Erbfällen auffgericht / durch sie beyde / oder ihre eins / in zeit ihres lebens / unnd Ehestandts / nit widerrufen wehren / noch durch Testament oder andere rechtmäßige disposition nit verendert würden / So sollen dieselben / so viel sie deß erst verstorben Güter betreffen / als durch desselben todt bestetiget / krefftig sein / und es vermöge der Heyratsbrieffe gehalten werden.」(GerichtsOrdnung und Landrecht, LXXXVII.r.引用は1571年フランクフルト・アム・マイン刊初版による。)

sollen dieselben / so viel sie deß erst verstorben Güter betreffen / als durch desselben todt bestetiget / krefftig sein / und es vermöge der Heyratsbrieffe gehalten werden」と規定されている。夫婦間相続目的の嫁資合意の無効と夫婦の自由な遺言権能の保障を前提に、終意処分のないまま夫婦の一方が亡くなった場合に当該嫁資合意を例外的に有効とした前述フランクフルト改定都市法の規定がここで踏襲されているのは一見して明らかである一方、嫁資合意の単純な撤回について、終意処分による変更とは敢えて区別されて言及されている。終意処分による変更も単純な撤回も嫁資合意の無効を確定させるという意味では全く同じ機能を果たすが、前者が遺言の自由によって裏付けられるのに対して、合意に一方的な撤回を容認する後者の根拠は自明ではない。夫婦間相続目的の嫁資合意は「類としての終意処分」の一つであるが故に遺言等の終意処分に準じて生前撤回が自由であるとのジッヒャルト説はまさにそれを説明するものであった。フィッヒャルトがゾルムス伯領ラント法起草にあたって、故郷フランクフルトの都市法を下敷きにしつつ、夫婦間相続目的の嫁資合意の単純な撤回可能性について明記できたのはジッヒャルト説という後ろ盾があったからであろう。数年後、ジッヒャルト説は、フランクフルト都市法の再改定を委ねられたフィッヒャルトの手を介して、自らを生み出す契機であった可能性もある成文慣習法の内にも取り込まれ定着したのである（第3部第2章「条件付き婚姻並びに婚姻証書について Von Bedingten Heurathen, und Heuraths=Brieffen」第4条及び第5条<sup>73)</sup>）。

---

73) 「第4条 法もまた遺産が合意や婚姻特約を通じて付与されるべきではない旨明確に定めている以上、今後、何人も、夫婦の一方が他方に、(持参財産や反対贈与を超える) 自らの財産の全てや明記された相当部分を遺産として承継させる旨の合意や婚姻特約を慎むべきものとする。Dieweil auch die Rechte austrücklich wöllen, daß die Erbschaften nicht durch Pacta und Eheberedungen vermacht werden sollen: So wollen Wir, daß hinführo alle solche Pacta und Geding, darin ein Ehegemahel dem andern, alle, oder einen ansehnlichen benannten Theil seiner Güter (über die Ehesteuer und Widerlegung) erblich vermachen wolt, sollen underlassen;そして、そのような合意や婚姻特約が婚姻証書に挿入されたとしても、不成立で無効と見な

以上の検討からも明らかなように、夫婦間相続目的の嫁資合意の撤回を容認する見解の典拠としてベルリッヒが列挙したものは、「ドイツの慣習法」に根拠に当該嫁資合意の終意処分としての有効性を主張する混合合意論の諸典拠と重なる。確かに、「混合合意pacta mixta」や「混合嫁資合意pacta dotalia mixta」といった概念が一般化するのには、ゲオルク・アーダム・シュトルーヴェ Georg Adam Struve(1619-1692年)が『学説彙纂の編別に沿った法学要論 Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum』(初版年不明、1655-63年刊第二版で完結)の演習30第19論<sup>74)</sup>で用い、ザームエル・シュトリュー

---

され、当事者双方とも、(持参財産や反対贈与を超える)自らの財産について好むままに遺言を為す自由な意思が、それによって奪われることなく保持されるべきものとする。Und da sie gleich in die Heurathsverschreibung gesetzt, doch für untüchtig und kraftloß gehalten werden, und jedem Theil der freye Wille, in seinen Gütern (ausserhalb der Ehesteuer und Widerlegung) seines Gefallens tu testiren, dadurch unbenommen, sondern vorbehalten seyn solle.

第5条 ただし、そのようなことが生じ、その後、夫婦の一方が、嫡出の実子相続人を残すことなく、また、遺言その他適法な終意処分もなく、婚姻特約の撤回無しに亡くなったならば、その時初めて、それは(死亡によって確証されたものとして)亡くなった配偶者の財産について有効とみなされ、当該財産は婚姻特約中に定められたとおりに承継されるものとする。Doch, da solches geschehe, und folgens ihre der Ehegemaheln eins sonder Verlassung Ehelicher Leibserben, auch sonder Testament, oder andern rechtmäßigen letzten Willen, ohn Widerrufen der Eheberedung, mit Tod abgehen würde: So soll dieselbig alsdann erst (als durch den Todt bestättiget) für kräfttig gehalten werden, in deß verstorbenen Ehemahels Gütern, und dieselbigen, wie in der Eheberedung verordnet, fallen.」(Erneuerte Reformation, CXXXV.v.引用は1578年フランクフルト刊のテキストによる。なお、『フランクフルト・アム・マイン市のいわゆる再々改定都市法の必須かつ有益と思われる注解集続編第二Nöthig=nützlich=erachteter Anmerckungen uber die so genannte Erneuerte Reformation der Stadt Franckfurt am Mayn zweyete Fortsetzung』(1744年)15頁及び18頁所収のテキストも参照した。)

74) “〈19.〉今日、ドイツの慣習法によれば、嫁資や婚姻故の贈与、更には嫁資外財産について以上のような嫁資合意が交わされるだけでなく、それ以外の財産についても、それどころか、将来の相続についてさえ(これは市民法上許されない。

ク(1640-1710年)が『無遺言相続論Tractatus de successione ab intestato』(1687年初版)の討論8「相続合意についてDe pactis successoris」第5章「夫婦間の合意についてDe pactis inter conjuges」第3節<sup>75)</sup>や『学説彙纂の現代的慣用

マツエウス前掲書 [『相続、婚姻、後見にかんする討論集』婚姻編討論9] 第12論以下及びウィーセンバキウス本章 [『学説彙纂全50巻演習』第1部演習46] 第23論以下を参照せよ)、嫁資合意において取り決められている。そのため、単純合意、すなわち、嫁資や婚姻故の贈与そして死亡時にそれらの内の何を保持すべきか定めているもの、あるいは、それ以外の財産(たとえそれが全財産であっても)を存命の配偶者に付与するもので、契約もしくは生存者間贈与の文言が用いられ、履行期がただ死亡日まで繰り延べられているにすぎないもの【カルプゾウィウス『裁判法学』第2巻第43条定義5及び6、アンドレアス・コール『嫁資合意及び夫婦間相続に関する論考』第2部第1番以下】と、混合合意、すなわち、嫁資や婚姻故の贈与の約束を含むだけでなく、夫婦間の将来の相続についても定め、しかも終意処分の文言で作成されたもの【カルプゾウィウス前掲定義6】とに区別され得る。

従って、嫁資合意に何名の証人が必要かは容易に判断できる。すなわち、単純合意においては、もし証人を以て合意の証明を望むのであれば、2名の証人で足りるのに対して、混合合意が為された場合には、5名の証人が立ち会うべきであるが【根拠となるのは勅法彙纂6巻36章「小書付について」第8法文及び同8巻57章「死因贈与について」第4法文】、合意が公簿に登録されたならば、証人無しで有効となる【カルプゾウィウス前掲箇所定義1以下】。

同じ論拠から、終意処分に依ってこの種の合意で遺されたものは配偶者の意に反しても撤回可能であるが、合意の方式で定められたものはそうではない【コトマヌス『助言集』第2巻解答78第169番、カルプゾウィウス氏前掲箇所定義10及び11。氏はそれに続く箇所に関連する諸論点を解決している】。(Syntagma, II, 139-140.引用は1672年イェーナ刊のフィリップ・ミュラー-Phillip Müller[1640-1713年。当時イェーナ大学哲学部弁論術教授]編のテキストによる。)

- 75) “ところで、当該合意は、一般に、単純合意と混合合意とに区分される。前者は契約の方式に準じて為され、後者は終意処分の方式に準じて為される【ストルウィウス氏『法学要論』演習30第19論】。この区別が用いられるのはとりわけ次のような疑問の生じる場面である。すなわち、財産にかんする契約と将来の相続にかんする合意の何れを締結したのか契約当事者の意思がはっきりしない場合がそれであり、その場合、合意当事者の文言から推論されるべきである【クロキウス『助言集』第3

続編第三Continuatio tertia usus moderni Pandectarum』(1712年初版)の第23巻第4章第3番及び第4番<sup>76)</sup>でこれを受け継いだ後、法学の準拠枠としての普通ローマ法の役割が再び顕在化した18世紀以降になるが、そのシュトルーヴェやシュトリュークが主要な典拠として参照したのはアウグスト勅法集を対象とするザクセン慣習法学の到達点と言うべきベネディクト・カルプツォフ Benedikt Carpzov(1595-1666年)の『ザクセン選帝侯アウグスト勅法集の編別に沿ったローマ=ザクセン裁判法学Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica secundum ordinem Constitutionum divi Augusti electoris Saxoniae』(1638年

巻助言114第42番から第46番、同助言123第166番以下を参照せよ】。まず、約束が合意当事者の人格とその現在の債務に裏付けられてはいるが、債務の効力乃至その履行請求それ自体は約束者の死後に延期されている結果、訴権が約束者の相続人によってそしてまた同人に対して行使されるのに準じて、行使可能となる場合は【勅法彙纂4巻11章「相続人によるあるいは相続人に対する訴権行使」第1法文。ブルネマヌス氏の同法文注釈第3番及び前掲箇所[ハルトマヌス・ピストリス『ローマ法ザクセン法問題集』第4巻]問題2参照。例えば「私があなたに私の財産を私の死後に約束する云々】、契約と見なされ、当該約束は契約の効力を有する。これに対して、当該合意が人ではなくむしろ財産に関わっているため【例えば「私の財産が私の死後にあなたに帰属する云々】、財産の取得それ自体を含意し、あるいは、遺産や相続について明確に言及されている場合は、終意処分と見なされる。この区別はバルトルスの勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文注釈第11番以降、諸博士により一致して是認されている【アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第2巻考察126第6番、コール『嫁資合意論』第1番以下及び第50番以下、マールブルクの法律家等『マールブルク大学法学部助言集』第3巻助言34第97番、第98番、第137番、クロキウス前掲『助言集』助言114第39番、メウイウス氏『リューベック法注解』第2部第1条注釈第37番以下及び第100番以下、カルプゾウィウス氏『ローマ=ザクセン裁判法学』第2部第43条定義6。なお、ハルトマヌス・ピストリスは『問題集』第4部問題3全体にわたって、当該区別を詳細かつ正確に解明している上、アンドレアス・ファキナエウス『法学論争集』第5巻論争35やローセントリウス『封論』第7章結論27第16番の異論に抗して当該区別を擁護している】。(Tractatus, 311-312.引用は1687年フランクフルト・アン・デア・オーダー刊初版による)

76) 拙訳「シュトリュークの嫁資合意論」(獨協法学第92号)参照。

初版)中の同勅法集第2部第43条の注解<sup>77)</sup>であった。カルプツォフに直接繋がる同条の解釈を展開するベルリッヒの議論やそこに援用される諸学説を混合合意論の名の下に整理することは、それ故、学説の系譜をたどる議論としてむしろ有益であろう。そして、本稿の直接の対象である17世紀バイエルンにおける嫁資合意論が、アウグスト勅法集と類似する規定を備えた新ラント法の解釈論として展開されていた点を踏まえるならば、ラートの『相違論』における当時としては珍しい「混合合意」概念への言及を強調するまでもなく、ラートからバルタザルへのバイエルン慣習法学の展開もまた、終意処分への読み替えと撤回の許容とを核心とする混合合意論の一端として理解されねばならない。

しかしその一方で、ジッヒャルト説を採用した上記ゾルムス伯領ラント法や再改定フランクフルト都市法の諸規定と、ザクセンのアウグスト勅法集第43条やバイエルンの新ラント法第19条との間には看過できない相違が存する<sup>78)</sup>。と

77) 拙訳「普通ザクセン法における嫁資合意」(獨協法学第93号)参照。

78) この相違は、18世紀以降も、学説上は有意なものとして注目されることはなかったようである(「単純嫁資合意*pacta dotalia simplicia*」と「混合嫁資合意*pacta dotalia mixta*」の二分論を総括するものとしてGlück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten, 25, I [1824], §§. 1246-1249.参照。拙訳「グリュックの夫婦財産契約論」(獨協法学第102号)。ただし、フランクフルト都市法の再々改定時(1611年)にそのまま維持された前記第3部第2章第5条に付されたオルトの注釈の一節には、「契約として通用する婚姻特約とある別種の終意処分として見なされるべき婚姻特約について、前者においてはより一層容易な証明を目的とする場合を除いて証人は不要であるのに対して、後者においては敢えて特約が有効であることを望むならば5名の証人を要する」とする法学者等による周知の区別は、改定都市法によれば、我々の下では成り立たない。というも、改定都市法によれば、この種の特約は全て、それが如何なる仕方でも為されたにせよ、本第5条所定の三つの要件〔「夫婦の一方が、1. 嫡出の妻子相続人をのこさず、また、2. 終意処分を為すことも、3. 当該婚姻特約を撤回することもなく、亡くなったことdaß ein Ehegatt lohne Verlassung ehelicher Leibs=Erben gestorben. Oder 2.keinen letzten Willen hinterlassen, noch 3.diese Eheberedung sonst widerrufen habe」Anmerckungen, Zweyte Fortsetzung, 19.〕さえ具備していれば有効と見なされるのであって、何らかの証人の必要については本章の諸条文に何

いうのも、前者が、合意当事者たる夫婦による生前の終意処分や撤回がないという不作為のみを要件に嫁資合意に基づく夫婦間相続を容認しているのに対して、後者は、夫婦間相続目的の嫁資合意の有効要件として更に証人5名の立会を予め求めているからである<sup>79)</sup>。バルリッヒのように目的物の特定性や契約的文言の利用による普通法学上の例外をそのまま温存する解釈にせよ(「混合嫁資合意」と「単純嫁資合意

*pacta dotalia simplicia*

」の選択的併存)、バルタザルのように成文慣習法の内在的解釈に徹するにせよ(混合合意論の徹底)、それらは、証人5名を要する新たな終意処分として夫婦間相続目的の嫁資合意を積極的に制度化する立法を前提としている。ここで仮に消極的混合合意論と積

---

ら定めはないからである。der sonst bekannte und von den Rechts=Lehrer gemachte Unterschied, zwischen den Ehe=Gedingen, so als ein Contract gelten, und denen, die wie ein anderer letzter Wille angesehen werden sollen, und bey den ersten keine Zeugen, als nur zum bessern Beweiß, bey den letzten aber, wenn solche anders kräftig seyn sollen, fünff erfordert werden, nach unsrer Reformation bey uns nicht statt finden kan, weil nach derselben alle dergleichen Gedinge, sie seyen aufgerichtet wie sie wollen, alsdenn erst für gültig gehalten werden, wann die in diesem §.5. erfordert drey Stücke sich da befinden, von der Nothwendigkeit einiger Zeugen aber, wird in diesen §§. nichts gedacht.」(Anmerkungen, Zweyte Fortsetzung, 20.)、とある。少なくともフランクフルト法では、18世紀半ばにおいても、通説との相違を意識しつつ、夫婦間相続目的の嫁資合意に証人の立会を求めない条文に忠実な解釈が堅持されていたのである。

79) なお、フランクフルトの再改定都市法起草にあたってフィッヒャルトが既に1572年に成立し公刊されていたアウグスト勅法集を参照した可能性も当然考えられるが(Going, *Die Frankfurter Reformation von 1578*, 5.)、いずれにせよ、勅法集第2部第43と再改定都市法第3部第2章第5条の間に共通点があるとすれば、夫婦間相続目的の嫁資合意を一種の終意処分として扱うという点に留まる。また、アウグスト勅法集第43条の起草過程でジッヒャルト説が積極的に参照された形跡も、その後公刊された立法資料(いわゆる「ザクセン勅法意見集」)等からは確認することはできない。その意味でも、混合合意論そのものの起源は、ジッヒャルト説のような特定の学説ではなく、むしろ、夫婦間相続合意一般への根強い需要にローマ法の遺言相続の枠組みの中で可能な限り応えようとした学識法曹の実務的試みに存すると解するのが穏当であろう。

極的混合合意論とを区別するならば、ベルリッヒもバルタザルも明らかに後者の系譜に属する。

夫婦相続目的の嫁資合意の撤回可否という論点について、ベルリッヒの叙述と典拠引用に依拠したバルタザルが撤回肯定論の典拠として新たに付け加えているのは、ラートの「主張」35とコンラート・リッターズハウゼンConrad Rittershausen(1560-1613年)の『ユスティニアヌス法、すなわち、皇帝ユスティニアヌスの新勅法の体系的叙述Ius Iustinianum, hoc est, Novellarum Imperatoris Iustiniani Augusti expositio methodica』(1615年初版。以下『ユスティニアヌス法』と略称)第7部第18章「更になお夫婦間相続について、そしてまた、嫁資合意並びに当該事項に関わる法令についてAdhuc de successione conjugum: et de pactis dotalibus: nec non de statutis circa hanc rem」第5番<sup>80)</sup>である。そこでは、夫婦間相続目的の嫁資合意の有効性につい

---

80) “(5. 嫁資合意は、夫婦の一方によって他方の同意なしに、事後的に撤回されるいは遺言によって修正され得るのか。)とて、この種の嫁資合意が有効であり、遺言を為さずその他法が許す終意処分も残さなかった場合に夫婦が当該嫁資合意に基づいて相互に相続し合うことについて何ら疑念が存しないのに対して、特に問題となるのは、嫁資合意が事後に夫婦の一方によって他方の意に反するかあるいは他方の知らぬ間に撤回され得るかどうか、そしてまた、夫若しくは妻が遺言によって嫁資合意を修正し、相手方の意に反して何かを奪い取り上げることは可能なのかという点である。この点、我が師ボルコルトゥスは、[前掲『親等論』の]同じ頁[258-259頁]で、嫁資合意により撤回不能な何らかの権利が夫婦に取得され、それは事後に遺言その他の終意処分によってその者から剝奪され得ないと解する人々の見解を支持しているが、私にはその反対が正しいように思われる。すなわち、嫁資合意にもかかわらず、夫婦の一方が、遺言を為して、存命の配偶者に予め認めていた相続を、その全部にせよ一部にせよ、別の相続人に与えることが許されるのである。というのも、自ら撤回することが許されないような条項を終意処分の中に自ら定めることなどできないし、それどころか、同時に定めた事柄を決して撤回しない旨宣誓したとしても、当該宣誓が遺言の自由をその者から奪ったり制限したりすることはあり得ないからであり、これはヨアンネス・フィカルドゥスとその『助言集』のどこかで述べているとおりである。その上そもそも、嫁資合意は、相互相続について定めている限り、終意処分の性質におおわせるもので、終意処分として有効とな

ては「何ら疑念は存しないnullum est dubium」とされた上で、当該嫁資合意の撤回や遺言による不利益変更の可否については、ヨハネス・ボルホルテン Johannes Borcholten(1535-1593年)<sup>81)</sup>が『親等論De gradibus tractatus』<sup>82)</sup>(1589

り許容される他ないことは、ウェーセンベキウス氏が『学説彙纂注解』第23巻第4章で述べているとおりである。そして、終意処分<sup>83)</sup>の性質とは不確定なものである【学説彙纂34巻4章「遺贈物や信託遺贈物の没収乃至移転について」第4法文及び同24巻1章「夫婦間贈与について」第32法文】。にもかかわらず、これでは、合意に反して何かを奪われる夫婦の一方は欺罔されることになり、そのようなことはあってはならない、と解する向きもあるかもしれない。これに対して私は、その者が欺罔されたとしてもそれはせいぜい自分自身かあるいは法の不知に起因するものであると答えよう。というのも、この種の嫁資合意が変更を許容する性質であることは当然知っているべきであるからであり、ヘニングス・ゴエデンも某助言においてその旨指摘している。何人もその権利を奪われてはならず、しかも、相続の期待が生じた夫婦が既に嫁資合意によって権利を取得しているという点も以上の妨げとはならない。なぜなら、そのように相続にかんする権利が嫁資合意によって撤回不能な仕方<sup>84)</sup>で夫婦に取得されるということは認められるべきではないからである。また、この見解に与する鑑定意見が多く<sup>85)</sup>の論拠を伴い我々の法学部により夫婦間相続と嫁資合意の事案について一度ならず示されたのを私は憶えている。”(Ius Iustinianum, 435. 引用は1615年シュトラスブルク刊初版による)

- 81) リッターズハウゼンは本章及び前章第17章で夫婦間相続を論じる際に繰り返し『親等論』を参照し、ボルホルテンを「我が師meus doctor」と呼んでいるが、これは、リッターズハウゼンがヘルムシュテット大学在籍中(1580-84年)にボルホルテン(1577年にロストック大学から同大学に転任)に学んだからであろう。
- 82) 表題頁には、「親等にかんする論考、そこではまた同時に親等のより一層の有用性を教示するため、婚姻並びに無遺言相続について論じられるDe gradibus tractatus, in quo simul ad ostendam uberiozem graduum utilitatem, de matrimonio et successione ab intestato, agitur」とあり(初版テキストは16折版で全272頁)、「無遺言相続並びに無遺言で遺産が付与されるのは誰かDe hereditatibus ab intestato, et quibus hereditates ab intestato deferantur」との見出しで始まる後半部分(同140頁以下)に、「夫婦間相続についてDe successione coniugum」論じる箇所(同251頁から259頁)が含まれ、夫婦間相続目的の嫁資合意はその末尾に論じられている。

年初版)で提示した否定説<sup>83)</sup>に抗して、撤回や変更を肯定容認する立場が表明

- 83) “例えば、妻の遺産から夫に、あるいは逆に、夫の遺産から妻に、その一部分が、嫁資合意に挿入された取決めにに基づき義務づけられる場合、嫁資合意は遵守されねばならないとされ【バルドゥスの勅法彙纂4巻16章「相続訴権について」第2法文注釈第3段「念のために云々」の行】、妻あるいは夫が遺言の作成によって何かを減らすこともできないとされる【バルドゥス前掲第2法文注釈】。同注釈では、嫁資が嫁資合意の取決めにに基づき【夫に】留保される場合、子が存していても、妻は嫁資について遺言を為し得ないとされている【アレクサンデルの学説彙纂24巻3章「婚姻解消時の嫁資返還請求について」第40法文注釈、ロランドゥス・ア・ワッレ『嫁資収益にかんする法令問題集』問題82も同旨】。それどころか、嫁資合意において、夫婦の一方が亡くなった場合に、子等がいなければ、存命者が亡くなった配偶者を相続すべき旨定められた場合であっても、そのような合意は日常的に為されていて、嫁資合意として是認確認されるであろうから、夫が先に亡くなれば妻が夫を相続し、逆に妻が先に亡くなれば夫が妻を相続することになる。その旨、キヌスによって勅法彙纂第3巻第28章「不倫遺言について」第12法文注釈において教示されていて、バルドゥス、サリケトゥス、パウルス・デ・カストロその他の人々が同法文注釈でキヌスに与している【ヒッポリュトゥス・デ・マルシリウス『重要論点集』「将来相続の合意」で始まる論点333、同じく「贈与」で始まる論点50、ロマヌス『重要論点集』「禁止された」で始まる論点820も同旨】。また、この種の合意が有効であるという見解を、オールドラドゥス『助言集』助言139、サリケトの勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文注釈第3番、ヤーソン前掲勅法彙纂3巻28章第5法文注釈第3番及び学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文注釈第19番も支持している。解釈者等の中には、ティラクエルス『長子相続権論』問題6第24番に見られるとおり、反対の見解に立って、上記嫁資合意が無効であると解する人々も多いけれども、帝室裁判所はこの種の嫁資合意を是認しており【ミュンシゲルス『個別考察集』第2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126】、ガイリウスの同考察第5番では、この種の合意が十分に是認され、忘恩を理由とする場合でさえ撤回され得ない旨教示されている。以上のように、妻が亡き夫の財産から、また逆に、夫が亡き妻の財産から何かを取得する旨定められた嫁資合意が有効であるとすれば、嫁資合意は慎重に吟味されるべきであり、また、人の取決めは法律の取決めを廃するものであるから【勅法彙纂5巻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11法文、ディーヌスの法学提要4巻6章「訴権について」第7節注釈、キヌスの勅法彙纂4巻65章「貸主訴権及び借主訴権について」

されている。リッターズハウゼンの議論が、夫婦間相続目的の嫁資合意を終意処分を読み替える混合合意論に基づくものであることは、「嫁資合意は、相互相続について定めている限り、終意処分の性質をにおわせる *pacta dotalia quatenus tractant de mutua successione sapiunt naturam ultimae voluntatis*」とのヴェーゼンベックの『注解』の見解を引用しているところから見て取れる。また、ジッヒャルト説への言及はないが、「終意処分の性質とは不確定なものである *natura ultimae volubtatis est quod sit ambulatoria*」との指摘とともに引用されている法文は先に言及したパウルの『サビーヌス注解』に由来する二つの法文であり、リッターズハウゼンが、ヴェーゼンベック説やジッヒャルト説、そしてまた、混合合意論を採用した各地の成文慣習法と思考様式を共有しているのは明らかである。

しかしその一方で、リッターズハウゼンの典拠援用には杜撰で恣意的な面も目立つ。まず、「決して撤回しない旨宣誓したとしても、当該宣誓が遺言の自由をその者から奪ったり制限したりすることはあり得ない *etiamsi quis juraverit nolle se revocare unquam, tamen hoc jusjurandum libertatem testandi ipsi adimere aut restringere non potuit*」との議論の典拠として、フィッヒャルトの助言を『助言集』収録のどの助言のどの箇所なのか特定せずに引用している。恐らく念頭にあるのは前述の『助言集』第1巻助言35の第8番<sup>84)</sup>であり、そこには確かに、「そのような合意は宣誓によっても是認され得ない *nec iuramento quidem talia pacta confirmari possunt*」とあるが、「誰か存命の者の将来の相続あるいは遺産に関わる合意は良俗に反し相手方の死を企図する欲求を容易に惹起するものとして一般に排斥される *omnino pacta*

---

第5法文注釈問題6、サリケトゥスの同法文注釈問題5、ルイヌス『助言集』第1巻助言74第8番及び第18番、小ソキヌス『助言集』第1巻助言128第200番及び助言130第12番、シカルドゥス『勅法彙纂講義録』4巻65章第5法文注釈第13番、アントニウス・ガブリエリウス・ロマヌス『共通結論通説集』第6巻「法の準則について」結論8】、それらの嫁資合意は夫婦間相続について定める成文法、法令、慣習法よりも優先されることになる。”(Tractatus de gradibus, 258-259引用は1589年刊初版による)

84) Consilia, I, 89.v.

alicuius viventis successionem vel haereditatem concernentia sunt improbara, utpote bonis moribus contraria, et votum captandae mortis alterius propemodum inducenta」との直前の議論(第7番)に照らせば、「そのような合意 *talia pacta*」とは相続合意一般の意味にすぎず、これが夫婦間相続目的の嫁資合意の撤回にそのまま当てはめられているのである。また、リッターズハウゼンは、夫婦間相続目的の嫁資合意について自由な生前撤回を認めれば「合意に反して何かを奪われる夫婦の一方は欺罔されることになる *futurum ut decipiatur ille ex conjugibus, cui contra pacta aliquid aufertur*」との疑念を、「この種の嫁資合意が変更を許容する性質であることは当然知っているべきである *scire debent hanc eiusmodi pactorum naturam esse ut mutari possint*」との理由で退けるにあたって、ヘニング・ゲーデ *Henning Göde*(?-1521年)の助言をやはり具体的な箇所を指示せずに引用している。ゲーデの『助言集』(1544年初版)を参照すると、助言101に、「死因贈与は、その本性上撤回可能なものであるから、理由がなくてもいつでも撤回可能である *donatio causa mortis poterit revocari etiam sine causa et quodocumque cum de eius natura sit revocabilis*」との一節(1609年ヴィッテンベルク版では第3番末尾<sup>85)</sup>)が見出されるが、当助言は、冒頭に掲げられた主題にもあるとおり、「夫婦間贈与が有効かどうか、有効であるすればそれは如何なる場合か、そして、贈与者は既に行した贈与を存命中に撤回できるのか *an et quando donatio inter virum et uxorem valeat, et an donator donationem factam, in vita revocare possit*」を論じるものであって、あくまで夫婦間贈与との関連で死因贈与の撤回許容性に言及しているにすぎない。

とはいえ、リッターズハウゼンの『ユスティニアヌス法』の上記箇所が、本稿でも既にふれたグラスの『相続論』(1583年)問題9第4番<sup>86)</sup>やダウトの『遺言論』(1594年)第101番<sup>87)</sup>と並んで、アウグスト勅法集(1572年)やフランクフルトの再改定都市法(1578年)とバイエルンの新ラント法(1616年)とに括

---

85) *Consilia*, 553.

86) Ⅲ注23参照。

87) Ⅲ注27参照。

まれた時期のドイツ各地における混合合意論の流布浸透を証拠立てているという事実に変わりはない。同箇所末尾では、「そのように相続にかんする権利が嫁資合意によって撤回不能な仕方では夫婦に取得されるということは認められるべきではない*id negandum est, quod hic quoad successionem jus per pacta dotalia irrevocabiliter quaesitum sit conjugii*」とされ、「この見解に与する鑑定意見が多く論拠を伴い我々の法学部により夫婦間相続と嫁資合意の事案について一度ならず示されたのを私は憶えている*pro hac sententia non semel responsum esse memini pluribus adductis fundamentis, a facultate nostra in materia successionis conjugum et pactorum dotalium*」と述べられており、混合合意論に基づく嫁資合意撤回肯定論がリッターズハウゼンの属するアルトドルフ大学法学部<sup>88)</sup>の鑑定実務でも既に採用支持されていた様子がうかがえる。この時期、混合合意論が「ドイツの慣習法」であることはまさに周知自明の事柄であり、夫婦の一方が他方の予想外の撤回による欺罔を訴えても、それは「せいぜい法の不知に起因する*forte a sua juris ignorantia*」ものとして、その訴えを退けることさえできたのである。

夫婦間相続目的の嫁資合意に合意としての拘束力を認め任意の撤回を認めない撤回否定説についても、バルタザルは、ベルリッヒが「結論」51第24番で列挙した八つの文献から五つを借用しており、それらにファーヴル『ファベルの勅法彙纂』第5巻第9章定義7「婚姻契約中の遺産が付与される旨の合意は後悔を理由に撤回できない*Pactum quo datur hereditas in contractu matrimonii non potest revocari per poenitentiam*」<sup>89)</sup>が追加されているにすぎない。ベル

88) リッターズハウゼンは、ヘルムシュテットで学んだ後、ヒューベルト・ファン・ヒッフェンHubert van Giffen(ギファニウスGiphanius: 1533/4-1604年)の愛弟子としてアルトドルフ及びインゴルシュタットの両大学に在籍、1591年にバーゼルで学位を取得し、同年アルトドルフの法学提要担当教授、98年以降その死まで学説彙纂担当教授を務めた。

89) 拙稿「相続と嫁資合意(5)」注38。同じ判決を素材とする定義6は、既にIVでみたとおり、相続目的嫁資合意の慣習法上の有効性を裏付ける典拠の一つとして引用済みである(「解決」16第6番)。

リッヒから借用された典拠は、引用順に、ガイル考察126<sup>90)</sup>第5番、パウルス・デ・カストロPaulus de Castro(1360/62-1441年)の勅法彙纂第3巻第28章「不倫遺言についてDe inofficioso testamento」第12法文注釈第3番<sup>91)</sup>、バルドゥスの勅法彙纂第4巻第16章「相続訴権についてDe actionibus hereditariis」第2法文注釈第17番<sup>92)</sup>、ポイエ『ボルドー高等法院判決集Decisiones supremi

---

90) 拙稿「相続と嫁資合意(1)」注15。本稿Ⅱも参照。

91) “(3.) また、キヌスその他の人々によれば、当法文は本章第37法文とともに、夫婦が互いに相互的な贈与を為し、夫婦の一方が先に亡くなった場合に、贈与は妨げられないと解する論拠にもなるとされ、しかも、学説彙纂第39巻第6章「死因贈与について」第27法文により、それが生存者間贈与で撤回不可能であるとすれば、当該贈与は直ちに有効となり、死亡による確証は不要で、たとえ未引渡であっても死後に財産を訴求できることになる。キヌスもそのようには説明しておらず、そう解するのが便宜であり、実際にも頻繁に目にするので、心に留め置かれたい。夫婦間で為された現在の総財産の贈与にもそれが妥当するという点は特にそうである。”  
(In promam Codicis partem Commentaria, 143.r.引用は1585年リヨン刊のテキストによる)

92) “(17.) また念のために知っておくべきなのは、嫁資が収益合意に基づき[夫に]留保されている場合、子があっても、妻は当該嫁資について遺言を為し得ないという点である。というのも、嫁資は契約に基づいて別の者にあてがわれているからである【論拠となるのは学説彙纂23巻4章「嫁資合意について」第29法文と勅法彙纂5巻3章「婚姻前乃至婚姻故の贈与及び婚約金について」第8法文】。この場合弁えてもらいたいのは、夫が先に妻が後に亡くなる場合には、たとえ子が存していても、当該合意が無効であるという点である【学説彙纂33巻4章「嫁資の優先遺贈について」第1法文1節】。しかし、夫婦が同時に亡くなったどうなるのか問題となり得よう。この点、学説彙纂第34巻第5章「疑わしい事案について」第16法文にあるとおりに解されたい。なぜなら、優遇された利得に関して、法の正確さからは死亡者の順位付けが必要とされるとしても、このように疑わしい場合には、より優遇されているものに着目し、学説彙纂第37巻第11章「遺言書に基づく遺産占有について」第11法文にあるとおり、二つの場合の内でもそのように優遇された特権が優先するからである。そして、明示的な収益合意が存在する場合に、夫が収益を得た上で再婚できるかどうか、再婚に関連して、勅法彙纂第5巻第10章「夫から用益権を遺された妻が再婚した場合」第1法文の公撰集引用要約文に述べられている点が妥当するかどうか

senatus Burdegalensis』(1544年初版) 判決355第4番<sup>93)</sup>、ミュンジンガー『法

について諸博士間に異論はない。”(In quartum et quintum Codicis libros commentaria, 30.v.引用は1599年ヴェネツィア刊のテキストによる)

- 93) “〈4.相互的贈与、とりわけ夫婦間のそれは撤回可能なのか。〉ところで、このような相互的贈与、とりわけ夫婦間で為されたそれは撤回可能なのであろうか。この点、前掲勅法彙纂第3巻第28章「不倫遺言について」第12法文により否との立場に立つ前掲諸博士を参照せよ。確かに、パウルス・デ・カストロの学説彙纂第46巻第3章「弁済及び免除について」第47法文注釈は、夫婦間で為された場合について反対の見解に立っているように思われ、彼によればそう解するのがより安全なのだとしても、前掲勅法彙纂第3巻第28章第12法文の注釈末尾では最初の見解を支持している。すなわち、この夫婦間の相互的贈与について、学説彙纂第39巻第6章「死因贈与について」第27法文により、それが生存者間贈与で撤回不可能であるとすれば、当該贈与は直ちに有効となり、確証は不要で、その結果、たとえ未引渡であっても相手方の死後に財産を訴求できる、というのである。パウルスは以上のように説明した上でキヌスの同法文注釈に言及しており、この場合、キヌスの主張するとおり、登録も同様に不要である。これに対して、カエポラは『心得』「夫婦間贈与」に始まる第112章で、引渡にかんする最後の点は正しくない旨述べている。それどころか、そのような贈与は無効であり、死亡者が存命者に対して予め確言していない限り、死亡によって確証されることもないとしている。そして、彼が言うには、何れの点についても、学説彙纂第24巻第1章「夫婦間贈与について」第32法文第14節に明白な事案が存するとされる。すなわちそこには、「従って、たまたま相互に贈与を為して同時に亡くなった場合に何れの贈与も有効となると解するのが正しい」とあり、その反対解釈として、一方が存命であるならば贈与は無効になるとカエポラは主張しているのである。また、ソキヌスも、準則104例外1末尾で、カエポラには全く言及はないけれども、一字一句同じことを述べている。ソキヌス、カエポラ、そして、上記第14節に対しては、ヤーソンが前掲勅法彙纂第3巻第28章第12法文注釈の最終段で次のように答えている。すなわち、上記第14節が述べているのは、第12法文にあるように一方が先に亡くなったならばとの条件付きで生存者間贈与が為されてはいない場合についてであるのに対して、諸博士が第12法文注釈で言及しているのは単純な相互的贈与である、と。この解答は十分なものであると解される。というのも、この種の贈与は、先に亡くなった者の財産が存命者に移転するとの条件の下に宣誓を以て為されるのが常であり、それ故、夫婦の一方が亡くなりさえすれば有効となるからである。当問題並びに先の問題〔兄弟間の相互的贈与〕について以上のとおり

解答助言集*Responsa iuris sive consilia*』（1573年初版）第2集解答14第9番及び第10番<sup>94)</sup>、である。

この内、バルドゥスの注釈は、嫁資が妻死亡による婚姻解消後も存命の夫の下に留保承継される旨のいわゆる「収益合意*pactum de lucrando: pactum lucrandi*」が交わされている場合について、たとえ子が存していても「妻は当該嫁資について遺言を為し得ない*mulier non potest testari de ista dote*」と述べてはいるが、遺言による撤回乃至変更の対象として、夫婦間の包括承継を目的とする嫁資合意が想定されているわけではない。同箇所末尾では、この「収益合意」に基づく寡夫の利益がその再婚時にも失われない旨の解釈が、「再婚により消滅する旨の条件付きで*lege, ut ex secundis nuptiis interiret*」寡婦に用益権を遺贈できても「嫁資や婚姻前贈与について特約を以て付与された用益権は遺言者によって廃され得ない*ususfructus in dote, sive ante nuptias*

---

り結論する。”(*Decisiones Burdegalenses*, 896-897.引用は1574年フランクフルト・アム・メイン刊のテキストによる)

- 94) “〈9.婚姻契約の存在について書面は必須ではない。〉この点の証明がないので、法の下では、当事者が書面無しに契約を締結しようとしたものと推定される。というのも、(既にのべたとおり) 嫁資合意の存在について書面は必須ではないからである。ただし、先に引用した諸法文への諸博士の注釈にあるとおり、為された行為のより強力な証明のために書面が役立つことはあり得る。既に交わされた合意がそれに続く婚姻によって裏付けられ確定された後に、妻が後悔し遺言を為そうとしたという点も妨げとならない。というのも、妻にはそうすることは許されていない上、事態が未確定であるわけでもないからである。〈10.夫婦の合意は双方の同意がない限り取り消されない。〉すなわち、この種の合意が夫婦双方の同意によって締結された場合、当該同意の撤回にも双方の同意が必要とされ、相手方に意に反して一方の同意だけでは為し得ないのである。実際、法文にも、「契約を結ぶか結ばないかについて双方に自由な権能が最初存していたからとあって、それと同じように一旦成立した債務関係を相手方の同意のないまま取り消すことは誰にも許されない」、とある【勅法彙纂4巻10章「債務関係と訴権について」第3法文。同法文の標準注釈が同旨のものを多く引用しており、学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第35法文や第六書「法の準則について」準則1も論拠となる】。”(*Responsa iuris*, 136.引用は1576年パーゼル刊のテキストによる)

donatione lege permissus, non potest a testatore derogari) とする法源<sup>95)</sup>の援用によって裏付けられており、ここからもバルドゥスの上記指摘の射程がいわゆる「嫁資の収益*lucrum dotis*」に留まるのは明らかである。

一方、パウルの注釈は、父が子等の間に設定した相互的な信託遺贈について不倫遺言の訴えを認めなかった注釈対象法文が、相互性を要件に夫婦間贈与の有効性を認めたキヌス・デ・ピストイア*Cinus de Pistoia*(1270-1336/7年)<sup>96)</sup>以来の学説<sup>97)</sup>の一端拠になっていることを踏まえ、夫婦間の相互的贈与について傍論的に言及するものである。パウルスによれば、自らの死後に配偶者に何らかの財産を取得させる相互的な夫婦間贈与であっても、「如何なる場合にも撤回されないとの条件で死因贈与が為された*ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur*」場合それはもはや死因贈与とは言えず、「他のあらゆる生存者間贈与と全く同様に扱われるべきである*perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio*」とする法文<sup>98)</sup>の適用により、当該夫婦間贈与もまた、「生存者間贈与*donatio inter vivos*」の一種として直ちに有効となり「撤回され得ない*non potest revocari*」とされる。このパウルス説は、夫婦間での合意に基づく死後の財産承継を想定しているとはいえ、それはあくまで婚姻存続中の夫婦間贈与によるものであり、贈与の対象もせいぜい「現在の総財産*omnia bona praesentia*」に限られ、将来の財産も含む包括承継、つまり、文字通りの夫婦間相続が目的とされているわけではない。従って、この夫婦間の相互的贈与の撤回不可能性も、前述の「収益合意」のそれと同様、夫婦間相続目的の嫁資合意自体の撤回不可能性を直接裏付ける典拠とはなり得ない。Iで既にふれた『ブルジュ慣習法注解』同様、国内でも広く読まれたポイエの『ボルドー高等法院判決集』からの上記箇所でも、夫婦間の相互的贈与についてパウルの上記注釈の内容が敷衍され、目的物の生前引渡の要否に関わる異

95) C.5,10,1, *authentica* <Hoc locum>.

96) キヌスの同法文注釈についてはI注63と本文対応箇所参照。

97) 夫婦間の相互的贈与有効説の通説化を決定づけたヤーソンの同法文注釈は、ガイルの考察126番の一端拠として、既に拙稿「相続と嫁資合意(1)」でふれた。

98) D.39,6,27.

論について検討されているだけである。しかも、「この種の贈与は、先に亡くなった者の財産が存命者に移転するとの条件の下に宣誓を以て為されるのが常であり、それ故、夫婦の一方が亡くなりさえすれば有効となる *tales donationes semper fiant sub conditione, quod bona praeorientis veniant ad supervenientem, et cum iuramento, unde valeat altero ipsorum tantum decedente*」との末尾の一節が結論であるとすれば、ボイエ自身は当該夫婦間贈与の撤回不可能性をその相互性ではなくむしろ宣誓に求めているようにも見える。いずれにせよ、ボイエの判決355第4番は、パウルの注釈と同様、典拠として不十分であり、相互的贈与が婚姻存続中ではなく「婚姻契約 *contractus matrimonii*」の中で約定された場合にも言及していた前述『ブルジュ慣習法注解』の一節<sup>99)</sup>とは対照的である。

ガイルの考察126から引用された第5番では、相互に相続する旨の合意が生存者間贈与として交わされる場合について、当該贈与がその相互性に照らして「交換 *permutatio*」や「売買 *venditio*」に匹敵するものであるから「たとえ忘恩を理由とする場合であっても決して撤回できないというほどに確定的である *adeo firma sunt, ut revocari nequeant, ne ob ingratitudinem quidem*」とされている。少し前の第3番では、そのような相続目的の相互的贈与の例として、特に「相互に相続する旨の夫婦間の贈与乃至合意 *donationes et pacta reciproca de succedendo inter coniuges*」が例示されている上、「日常的にみられるとおり、嫁資合意でこの種の取り決めが為されるのが一般的であり、それらの取り決めは当然に有効で確定的である *sicut quotidie in pactis dotalibus huiusmodi conventiones fieri consueverunt, quae de iure validae et firmae sunt*」とも指摘され<sup>100)</sup>、夫婦間相続が夫婦間贈与ではなく「嫁資合意 *pacta dotalia*」として約定された場合も想定されているようである。ガイル自身がその際典拠として引用しているのは、原則無効の夫婦間贈与を贈与者が撤回せず亡くなった場合に例外的に有効とする法文や、相互的な夫婦間贈与の有効性を論じた前記勅

---

99) II注61参照。

100) *Practicae observationes*, 400.引用は1578年ケルン刊のテキストによる。

法彙纂第3巻第28法文第2法文の諸注釈(パウルの注釈も挙がっている)等、専ら夫婦間贈与に関わるものにすぎないが、夫婦間相続目的の相互的贈与が「嫁資合意」として約定された場合についてその撤回不可能性を裏付ける典拠として上記第5番を引用することは可能であろう。ただし、この箇所は、夫婦間相続目的の嫁資合意一般の撤回不可能性の典拠とはなり得ない。というのも、IIでもふれたとおり、ガイルは、考察の後半部分で更に、相互相続が生存者間贈与して合意された場合と、単純な相互相続合意が交わされる場合とを区別し、後者を原則無効としつつも、目的物の特定乃至限定による「遺言の自由 liberum testandi arbitrium」の確保を理由に例外的に有効とする二段構えの議論を展開しているからである。

以上の諸典拠に対して、ミュンジンガーの解答14からの引用箇所では、「嫁資合意 *pactum dotale*」が「夫婦の同意によって *utriusque coniugis consensu*」締結され「それに続く婚姻によって裏付けられ確定された *per subsequens matrimonium iam vestitum ac corroboratum*」後は、「当該同意の撤回にも双方の同意が必要とされ、相手方の意に反して一方の同意だけでは為し得ない *utriusque etiam dissensus ad idem rescindendum requiritur, nec per alterum solum invito altero fieri potest*」とされているだけで、夫婦間相続とは何ら関連付けられることなく嫁資合意の拘束力が肯定されているにすぎない。実際、解答の別の箇所<sup>101)</sup>によれば、解答の対象となっているのは、ある女性が再婚

---

101) “(4.原告の主張に根拠あり。)次に事案それ自体については、原告が、卑属にも尊属にも相続人が存しない場合に遺産が兄弟姉妹に承継されるとする普通法【勅法彙纂6巻58章「法定相続人について」第3法文の公撰集引用要約文第1】によっても、あるいはまた、相続において兄弟姉妹が配偶者よりも優先されるとするヴィムプフェン市の新たな法令によっても、根拠ある主張を為しているという点に何ら疑いの余地はない。それでは、この原告の主張が被告によって論駁されているのであろうか。この点を解明するにあたり簡潔に言うならば、争点は大きく次の二点から成っているものと解される。(5. 被告の抗弁について。)第一に、本件の被告で上诉人であるヨアンネス・Bと彼の既に亡くなった妻アンナ・Eとの間で婚姻契約乃至合意が為されたのか、そして、それは有効と解されるべきなのか。第二に、この合意がヴィ

ムプフェン市旧法令時に交わされ、上記妻Bが新法令施行旧法令廃止後に亡くなった場合、妻の遺産については新旧何れの法令によって判断されるべきなのか。(6.第一の主たる争点) 第一の争点に関しては、当事者双方に多くの言い分があり得るのだとしても、(7.申し立てられた夫婦間合意は証明されているか。) 結論から言えば、上記夫婦の間に婚姻契約時に当該合意が交わされたことは第一審で為された立証によって十分に証明されたものと私は解する。というのも、まず、第10回一般審尋における被告人証人の陳述第14項によれば、上記アンナは何を為すべきか助言を得るために当証人のもとを訪れたが、それは、自らの特有財産から300ライン・フローリンを親族のために留保することに同意してくれさえすればHの某書記つまりヨアンネス・Bのもとに嫁ぐつもりであったからとされる。ここから、婚姻契約前、アンナはその近親者等に300ライン・フローリンを留保しようと考えていたことが分かる。続いて、第10回一般審尋における第5証人によれば、婚姻の儀式挙行後まもなく、すなわちその14日後に、上記アンナは、当証人に挨拶し、「愛する妹よ。私は再婚しました。ただし、特有財産から300ライン・フローリンを親族に留保するとの約束で。」と述べたとされる。同じ証人は、第11回審尋の際に、アンナが13年前に前夫から得た財産について別に嫁資証書を作成した旨付け加えている。また、第8証人は、当婚姻を取り持った仲介人であった彼の妻が、上記アンナがその死後に近親の相続人に帰属するものとして300フローリンを取り置いている旨述べたと証言している。同じく第13証人及び第15証人によれば、婚姻契約から一年後、アンナの夫ヨアンネス・Bが誠実に婚姻生活を送り、アンナの親族等に侮辱することなく、彼等に300フローリンが遺されることを容認していたとされる。同じく第15証人は、第4追加項目の第1回審尋の際に、婚姻契約の一年後に夫がアンナに気に入られていたと述べている。同様に、第10回一般審尋の証言によれば、既に婚姻契約後一年を経た枝の主日にアンナが優先遺贈される300フローリンについて述べたとされる。また、第6証人によれば、8年間に、アンナが当証人の家で病気であった当証人の妻を看病していた際に同人の前で同じことを語ったとされる。第8証人はやはり8年前に兩人から何度もそれを聞いたとしている。続いて、第4証人によれば、上記アンナは亡くなる14日前に、自分がヨアンネス・Bと300フローリンの留保の上で婚姻した経緯を長い間話した上で、書面は作成したが署名捺印がなく、夫に三度署名捺印を頼んだ旨付言したとされる。また、第5証人は、アンナが13年前に財産を得たこと、そして、ヨアンネス・Bが書面への署名捺印に躊躇していたことを証言している。加えて、第12証人も、情報元は不明ながら一般のうわさで、方々で一致して上記のとおり話されているとする。第9証人及び第10証人もヨアンネス・Bの妻からその旨聞いたとする。同様に、

時に、嫁資として持参する自己の特有財産の内の300フローリンを死後に親族(兄弟姉妹)に優先的に与える旨の合意を夫の間で交わし、その後、夫よりも先に亡くなったが、同時に相続人としての資格を有する兄弟姉妹がその額に満足せず、普通法や居住する帝国都市ヴィムプフェンの法令に基づいて法定相続分を寡夫に求め、寡夫側が嫁資合意を盾にこれを拒んでいるという事案であった<sup>102)</sup>。

第2、第8、第11、第14証人は全て、夫婦の双方から新法令の前後問わずしばしばその旨聞いたとする。更に、第15証人は第2抗弁に関して、夫婦双方が証人の前で公然とその旨話していたとする。第11証人によれば、10年前にヨアンネス・Bからその旨聞いたとされる。以上のとおり、当該合意について夫婦の相互の同意が存していたことは明らかである。また、原告等が以上の事実を知っていて、偽って不知を申し立てている可能性も高い。というのも、原告側の第1証人が特別審尋に際して、V・H(原告等の一人)から3年前の四旬節第一日曜日後の月に、B市からヴィムプフェンに帰った際、「我々の姉妹の一人がその夫よりも先に亡くなるのはたいしたことではない。夫が我々に300グレンくれる。」と言ったと証言しているからである。従って、夫婦双方が、婚姻中、一連の様々の機会に、様々な人々に、様々な場所で、当該合意を婚姻契約時に交わした旨表明し、しばしばそれを繰り返していたことになる。そういうわけで、私は、当該合意、つまり、夫婦が婚姻時にその旨合意したことが十分に証明されているものと解する。”(Responsa iuris, 134-135.)

102) ミュンジンガーの『法解答助言集』については、収録された解答のほとんどが、私的に依頼されて著した助言ではなく、ミュンジンガーが帝室裁判所陪席判事在任時(1548-56年)に作成したいわゆる「意見書Relationen」であり、それらを「助言集を装ってals consilia eingekleidet」公刊したものとする指摘が古くから存する(Pütter, Litteratur, des Teutschen Staatsrechts, Bd. 1 [1776], 146-147, Anm. a; Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, 495.)。この解答14も帝国都市ヴィムプフェンでの第一審を不服とする上訴事件であり(なおBaumann, Gedruckte Relationen und Voten des Reichskammergerichts vom 16. bis 18. Jahrhundert [2004]では167頁に第236番として記載)、解答の冒頭には、「第一審被告で上訴人ヴィムプフェン市民ヨアンネスと、原告側で被告人等オティリア・E及びその兄弟姉妹との間で争われている本上訴事件では、一つには第一審における争点決定の欠如故の、一つには請求について虚偽で当事者自身によらない宣誓が為されたとの理由による、第一審裁判官等による訴訟手続全体の無効について審理され得るとしても、我々は事案の問題点について広くゆだねられているから、上記無効

従って、ミュンジガーが当該解答で想定している嫁資合意とは、嫁資それ自体が妻死亡後に近親者に帰属する旨定めたもので、撤回の可否に関わる上記議論も、夫婦間相続目的の嫁資合意とは無関係であることになる。

バルタザルが唯一追加した典拠、すなわち、ファーヴルの定義7には、「婚姻契約にそのような合意が付加された場合、それは終意処分の法によるものと解されてはならず、合意や贈与を原因とするものと見なされねばならない*cum in contractu matrimonii adiicitur talis pactio, non tam ultimae voluntatis iure censeretur quam pacti et donationis ob causam*」ので、「七名の証人その他の遺言の方式は不要であり、それ故また、後悔による撤回もできない*nec septem testium numerum requirit, nec alias testamentorum solennitates, nec proinde revocari ex poenitentia potest*」とある<sup>103)</sup>。「そのような合意*talis pactio*」が相続合意を指すことは、相続合意無効原則の例外を論じた直前の定義6の内容から明らかであるから、定義7は、確かに、夫婦財産契約の中に挿入された相続合意つまり相続目的嫁資合意の撤回不可能性を主張していることになる。しかし、既にIVで指摘したとおり、ファーヴルが想定しているのは、親子間相続目的の嫁資合意であって、夫婦間相続目的のそれではない。

ところで、バルタザルは、ベルリッヒが引用した諸典拠の内、リッターズハ

---

については顧慮することなく、事案の核心について判示されるべきものと私は考えるし、これは帝室裁判所規則にも基づく云々*posset in praesenti appellationis causa agitata inter Ioannem B. civem Vuimpinensem reum in prima instantia, nunc appellansem, et Otiliam E. eiusque consortes, tum partem agentem, nunc appellatam, disputari de nullitate totius processus coram prioris instatiae iudicibus habiti, tum ob omissam litis contestationem in prima instantia, tum quia petitum fuit iuramentum caluminae, et a partibus non praestitum: sed tamen quia in meritis causae sumus resoluti, non puto nullitatem illam respiciendam esse, sed in causa principali pronuntiandum: idque vigore Ordinationis Camerae, et cetera.*」(Responsum iuris, 133.)、とある。なお、解答末尾に見えるとおり、ミュンジガーの「所見*Votum*」は「上訴認容、第一審破棄*bene appellatum, male iudicatum a prioribus iudicibus*」(Responsum iuris, 138.)であった。

103) Codex Fabrianus, II, 42.

ウゼンの論駁対象として既にふれたボルホルテンの『親等論』の一節<sup>104)</sup>、カラーの『ドイツ判決集後編Decisionum Germaniae pars posterior』(1610年初版)判決286に編者フリードリヒ・ペンゾルトFriedrich Pensoldが付した補注Aの第177番<sup>105)</sup>、「ザクセン勅法意見集Consultationes constitutionum Saxoniarum」と呼ばれていたアウグスト勅法集の立法関連資料の第1巻(『問題判定議論集Quaestionum decisiones et discussiones』1599年刊)<sup>106)</sup>第2部問題26<sup>107)</sup>「3分

104) 前注83参照。なお、ベルリッヒは「<夫婦間相続について>の表題、末尾付近、251頁の<例えば、妻の遺産から夫に云々>の節、次節以下rubrica de successione coniugum, sub fine, pagina 251, versiculo sic si viro ex hereditate uxoris, et versiculo sequenti」として引用しているが、この頁数に対応する刊本は確認できなかった。頁数は誤植で、1598年ヘルムシュテット刊の『親等論』第3版のテキスト261頁以下を参照した可能性もある。

105) “他方、夫あるいは妻が、嫁資合意の中で相手方に約束したものを終意処分によって減らしあるいは奪うことが可能かどうか問題となる。

ウェーセンベキウスは、『バラティトラ』第23巻第4章「嫁資合意について」の中で、勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第15法文や学説彙纂第23巻第4章「嫁資合意について」第32法文に基づいてこれを肯定しており、ペトルス・ヘイギウス『問題集』第1巻問題23第36番でこれに与している。

反対の立場を擁護しているのは、ミュンシゲルス『解答集』第2集助言14第9番及び第10番、そして、シカルドゥスの勅法彙纂第6巻第20章「財産取戻について」第3法文注釈第6番である。成文法にむしろ合致している彼等の見解が通説であり他説よりも正しいと称えた上で、選帝侯勅法集の起草者たちは、当地においてもこの見解を是認している【『ザクセン勅法意見集』第1巻第2部問題26】。以上から当該場面にもまた選帝侯勅法集第3部第7条の適用があるものと私は解する。というのも、同条の表題は非常に一般的であるから。ただし、以上の点には、遺言を作成した当事者について、終意処分による別様の処分権能が嫁資合意中に明示的に留保されていた場合はその限りではないとの制限が加えられるべきである【ファスキウス『嫁資収益論』注釈13、モレルスの勅法集第3部第7条注釈第1番】(Decisiones Germaniae, II, 238.引用は1631年ライプツヒ刊のテキストによる。)

106) 『問題判定議論集』の極めて冗長な原表題は拙稿「相続と嫁資合意(2)」注4参照。「ザクセン勅法意見集」については、ペーター・フリーダーPeter Frider(?-1616年)による再編集版『ザクセン意見集Consultationes Saxonicae』(1616年刊)も含め、

の1乃至4分の1の法定相続分、あるいは、配偶者が無遺言で取得すべきものは遺言によって減らされ得るのかTertia vel quarta, vel id quod coniunx ab intestato debet habere, an illud possit sibi testamento minui」第1番及び第2番<sup>108)</sup>、の三つを引用対象から外している。この内、ボルホルテンの『親等論』

---

Schletter, Die Constitutionen Kurfürst August's von Sachsen vom Jahre 1572 (1857), 147-174.参照。ベルリッヒも、1614年刊の『実務解決集』第2巻の中で、『問題判定意見集』を、俗称に従って「ザクセン勅法意見集第1巻Consultationes constitutionum Saxoniarum tomus primus」として引用しており、フリーダー版公刊以前に既にこの名称が流布していたことがわかる。

107) この問題26は、『問題判定議論集』に五部構成で収録された他の多くの諸問題同様、元々、アウグスト勅法集制定をめぐる議論のたたき台の一つとなったヴィッテンベルク大学教授ミヒャエル・トイバーMichael Teuber(1524-1586年)の私的意見集の一部とされる。「ザクセン勅法意見集」の内容の出典についてはSchletter, Die Constitutionen, 162-171.参照。

108) “しばしば次のようなことが生じる。すなわち、夫あるいは妻が遺言を為し、その中で、死亡の際に、法や慣習に基づくかあるいは予め定められた婚姻特約の内容に従って付与されるものよりも少ないものを、それ以上請求してはならないとの明示的な指示付きで、配偶者に遺したという場合である。そのようなことが生じて、遺言が開封されると、その遺言は存命の配偶者にとって好ましいものではなく、その者は自らに付与されているものを得ようとするであろう。そこで問題となるのが、普通法【勅法彙纂第6巻第18章「夫と妻の遺産占有について」第1法文の公撰集引用要約文】により付与される4分の1やザクセン法により付与される3分の1、もしくは、同法により(日用品類を除いて)夫に移転されるべき動産、もしくは、嫁資合意によって約束されたものが、夫婦の一方によって遺言の中で削減され得るかどうか、である。〈1.嫁資合意で約束されたもの、もしくは、配偶者が無遺言で取得すべきものは、遺言によって削減され得るのか。サリケトゥスとアンゲルスはその可能性を肯定する。〉サリケトゥスの前掲公撰集引用要約文注釈は、アンゲルスに従って、このように遺言で為された削減は有効であると結論づけている。当該4分の1は、結果として先に亡くなった者の意思を介さずに義務づけられるものではあるが、その明確な意思に反してまで義務づけられるわけではないというのがその理由である。バルタキヌス『法学要覧』「終意処分について」の文言「法令」第70番もこれに与しており、その箇所には、妻に相続を認める法令は無遺言相続の場合にのみ適用され、遺言による相続には適用されない、とある。〈2.もう一つのより正しい

では、「妻の遺産から夫に、あるいは逆に、夫の遺産から妻に、その一部分が、嫁資合意に挿入された取決めにに基づき義務づけられる場合、嫁資合意は遵守されねばならず、妻あるいは夫が遺言の作成によって何かを減らすこともできない *si viro ex hereditate uxoris, et e contra uxori ex hereditate viri certa pars ex conventionem pactis dotalibus inserta debeatur, pacta dotalia erunt servanda, nec iis quicquam uxor aut maritus per testamenti factionem derogare poterunt*」とされるとともに、「嫁資合意において、夫婦の一方が亡くなった場合に、子等がいなければ、存命者が亡くなった配偶者を相続すべき旨定められた場合であっても、そのような合意は日常的に為されていて、嫁資合意として是認確証される *si pactis dotalibus fuerit cautum, quod altero coniugum mortuo, superstes liberis non existentibus defuncto coniugi succedere debeat, qualia pacta quotidie fieri consueverunt, pacta dotalia rata et firma erunt*」とある。遺産の一部にせよ全部にせよ夫婦間相続を目的とする嫁資合意は有効で遺言による修正は不可能だというのであるから、夫婦間相続目的の嫁資合意の撤回不可能性を裏付ける典拠としては一見この上なく単純かつ明白な主張と言える。遺産の一部に関する嫁資合意を有効とし遺言による事後撤回を認めない主張は、「収益合意」を論じたバルドゥスの前記注釈を典

---

意見。すなわち、法令や法律、あるいはまた合意によって無遺言で義務づけられるものは削減され得ない。) 反対の意見、すなわち、法文、法令、慣習、合意の何れに基づくにせよ無遺言時に夫婦の一方に付与されるべきものは、削減することも、遺言の中で明示的に廃することもできないという意見がより広く受け入れられていてなおかつ正しい。アレクサンデル、ヤーソン、ファビアンヌ、その他現代の人々の前掲公撰集引用要約文注釈がこの意見を擁護しているし、ルランドゥスの『嫁資収益問題集』問題82やソキヌス『助言集』助言708では、極めて多くの論拠を以てこの見解が是認されている。(3.公法は遺言者によって廃されることも変更されることもあり得ないとの理由。) 公法は遺言者によって廃されることも変更されることもあり得ない【学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第55法文】という理由である。加えて、ザクセン法、ゲラーデは死の床で近親の姪に不利な仕方与えることはできないとされる。そして我々も判決の際にこの意見に従っている。”(Quaestionum decisiones, 33.v.-34.r.引用は1599年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる)

拠とするものであり、嫁資は妻の遺産の一部と言えるから、主張と典拠の間に大きな齟齬はない。しかし、嫁資合意による夫婦間相続を端的に認める主張の方は、パウルの前記注釈を含む相互的夫婦間贈与有効論を典拠としたガイルの前記考察126第3番から、「嫁資合意」に言及する傍論部分を典拠と共に都合よく引き写したものにすぎない。ミュンジンガーの考察33やガイルの考察126を典拠に、「帝室裁判所はこの種の嫁資合意を是認しているCamera Imperialis huiusmodi pacta dotalia probavit」とも指摘されているけれども、専ら相互的な夫婦間贈与を念頭に置いている考察33をそのまま夫婦間相続目的の嫁資合意有効論の典拠に流用することの問題性は既にⅡで指摘した。ボルホルテンは、ガイル考察126から、更に、忘恩による撤回も許されない旨の前記第5番を特定して引用しているが、それがあくまで相互的贈与に限った議論であることは意識されていないようである。翻って、ベルリッヒが、一見無関係なバルドゥスとパウルの注釈を並べて引用し、ガイルの考察126の中からは特に第5番を挙げたのは、恐らくボルホルテンの議論を借用したからであろう。そのボルホルテンの『親等論』を引用しなかったバルタザルは、かえって典拠間の連関を見えにくくしてしまっている。これに対して、残る二つの典拠は、「嫁資合意pacta dotalia」乃至「婚姻特約Ehestiftung」によって約束された配偶者相続分を事後の「終意処分ultima voluntas」乃至「遺言testamentum」によって減らしあるいは奪うことが可能かどうかを、ザクセン法上従来から認められアウグスト勅法集第3部第20条において明文化された寡婦相続分<sup>109)</sup>の遺言による変更可能性との類比を通じて論じるものである。死亡配偶者の特有財産を割合的に包括承継するような文字通りの寡婦(夫)相続分がラント法上認められていなかったバイエルンにおいて敢えて参照すべき典拠ではなく、バルタザルの判断は適切であったといえる。

ベルリッヒが、混合合意論に基づく撤回肯定説と、ガイルの主張するような生存者間贈与と相互性の組み合わせ以外にさしたる論拠の見当たらない撤回否定説の後に、「私から見てより正しいと思われるのはこの問題を次のように区

---

109) 拙稿「相続と嫁資合意(3)」(獨協法学第94号)参照。

別する人々である*rectius mihi facere videntur, qui in hac quaestione ita distingunt*」と述べて、自ら与する第三の見解として提示しているのは、嫁資合意を撤回可能なものと撤回不可能なものに二分する折衷説である。この見解によれば、まず、「嫁資合意が、嫁資や婚姻故の贈与にのみ関わるとか、何か特定の物に関わるとか、遺言の文言ではなく契約や贈与の文言を用いて為されているといった理由で、契約として許容され得る場合があり、その場合、夫婦の一方は他方の意に反して嫁資合意を変更し撤回することはできないが、それは、合意や契約が、通常、相互の同意によってのみ解消され撤回され得るからである*pacta dotalia ex vi contractus sustineri possunt, puta, quia de dote et donatione propter nuptias tantum, vel de certis quibusdam rebus, vel per verba contractus, et dotationis, et non per verba testamenti sunt concepta, et tunc alteruter conjugum altera parte invita pacta mutare, et revocare non potest, quoniam tralatitium est, quod pacta et contractus non nisi mutuo utriusque prtia consensu dissolvantur et revocentur*」(「結論」51第25番)とされ、またその一方で、「嫁資合意が、遺産全体やその一定割合について為されているとの理由から、契約のままでは許容され得ず、終意処分か死因贈与の法に基づいてのみ有効となる場合があり、その場合、夫婦の一方は他方の意に反してでも嫁資合意から離れ、意思を変更することができるが、それは、死因贈与がいつでもたとえ受贈者の意に反してでも撤回され得、また、如何なる終意処分も死亡時までには不確定であるからである*pacta dotalia in modum contractus sustineri non possint, nisi jure ultimae voluntatis et donationis causa mortis valeant, puta, quia de universali hereditate, et quota ejus parte sunt concepta, et tunc alteruter conjugum etiam altera parte invita ab iis resilire, et voluntatem mutare potest, quia donatio causa mortis quaecumque etiam altera parte invita revocari potest, et quaelibet ultima voluntas ambulatoria est usque ad mortem*」(第26番)とされる<sup>110)</sup>。

ベルリッヒのこの折衷説を、バルタザルも、「この問題について適切にも場

---

110) Conclusiones, II, 354-355.

合分けを行う人々も存する*alii recte hac in re distinguunt*」との肯定的評価の下に、そのまま漏らさず引き写した上で<sup>111)</sup>、ベルリッヒの示した折衷説の典拠もまた全て借用している(「解決」16第14番後半<sup>112)</sup>)。その典拠とは、引用順に、ヴェーゼンバックの助言63第9番<sup>113)</sup>、ゲッデウスの『問答契約論』第6章「結論」7第83番<sup>114)</sup>、コートマンの『法解答集』解答78第169番以下<sup>115)</sup>、

111) <tantum>が<tantummodo>に、<mortem(死亡)>が<extremum vitae spiritum(臨終)>に変更されている以外は一字一句同じである。

112) *Practicae resolutiones*, 213.

113) 拙稿「相続と嫁資合意(3)」注28参照。

114) IV注61参照。

115) 以下関連する前後の箇所も含めて訳出しておく(第171番はⅢ注28で既訳)。

“〈159.〉論じられ吟味されるべき最後の論点として、花婿が終意処分によって合意上の利益を廃することができるのかどうかという点が残されている。第一に、当該合意は花婿の終意処分によって適法に撤回されるように見える【勅法彙纂5巻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、同2巻3章「合意について」第19法文、第15法文、第30法文、同2巻20章「財産取戻について」第3法文の明確な定め】。〈160.〉次に、相互的な合意について、たとえば特定の物について為されたものであっても、そして本件で扱っているのもこれであるが、一方の終意処分によって失効する旨説く第一級の解釈者等がないわけでもない【マッタエウス・ウェーゼンベキウス『学説彙纂パラティトラ』23巻4章注解第4番及び38巻11章注解第3番、フェルナンドゥス・ワスクイウス『相続論』第2巻第18章第291番、ミカエル・グラッス『相続論』『無遺言相続』問題9第4番及び第10番、問題15第7番、ペトルス・ベキウス『夫婦間遺言論』第1巻第7章第6番及び同章全体、ゴエダエウス『問答契約締結論』第6章結論7第84番以下】。〈161.〉第三に、当該合意は終意処分として有効であり、臨終の時まで不確定であるのは明らかだと理由も上記の点に加えられる【学説彙纂34巻4章「遺贈や信託遺贈の剝奪及び移転について」第4法文】。〈162.〉しかしながら、以上の諸点にもかかわらず、嫁資合意や婚姻合意は一方のみの意思によって解消され得るとするのがより正しく適切である。悪意によってでも法律に反してでもなく交わされた合意は遵守するよう命じる法務官の声がまずそのように促す。〈163.〉そして確かに、特定の財産について為された相互的な婚姻合意は善良な風俗や政体の仕組みによって導入され受容されたものであるのは、すぐ後に引用する解釈者等の主張するとおりである。次に、

合意が当初は意思に為されて後は強制に委ねられるのは自明である【勅法彙纂4巻10章「債務関係及び訴権について」第5法文】。

〈164.〉第三に、法令上の利益は夫婦の一方によって他方から奪い得ないという点についてはあらゆる人々が一致して認めており【…[典拠略]、〈165.〉これに倣って、前選帝侯アウグストによる最新の勅法集第3部第7条により、ザクセンでは法が定められている。それ故、同じことが、合意や合意に基づき義務づけられる利益についても定められるべきである。〈166.〉というのも、一般に、何か妨げの無い限り、法令から合意へあるいはその逆の法的推論が働くからであり【ルドルフス・スクラデルス『雑文録』第2章第9番]、〈167.〉また、補うものは補われたものの性質に従うからである【ステパヌス・ベルトラントゥス『助言集』第1巻後編助言24第4番]。そして、法令や法令上の利益に鑑みて当該合意や合意上の利益が受容されていて、とにかく双方が同じ歩みを為していることは周知のとおりである。第四に、契約に基づいて取得された権利は意に反して相手方によって奪われ得ないのは自明である【勅法彙纂1巻19章「皇帝への懇願申立について」第2法文]。〈168.〉第五に、部外者間で特定の物について交わされた合意が有効であるのに【これは解答21第106番以下で詳しく述べたとおり]、一体となった婚約者間での合意がなぜ一層の効力を持つことにならないのか。敬虔で強い愛情が結びつけている婚約者等に、そのような何か相互的な贈り物によって心と愛情を証明し表明することを許してはならない理由などあるだろうか。この点については、第一の判断理由において引用された解釈者等が参照されるべきである。〈169.〉第六に、学識ある解釈者の多くが、とりわけ特定の物について為された相互的な婚姻特約については決して撤回が許されない旨述べている【勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第12法文、カストレンシスの同法文注釈第3番及び他の解釈者等の注釈の一致した見解、バルドゥスの勅法彙纂4巻16章「相続訴権について」第2法文注釈第8番、マッターエウス・ウエーセンベキウスの勅法彙纂2巻3章「合意について」第15法文注釈第9番、ヨアキム・ミュンシングルス『個別考察集』第2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126第3番、ヴェッテンベルクとライプチヒの大学法学部によるザクセン意見集第2部問題26第2番34頁、ミカエル・グラッス『相続論』「無遺言相続」問題15第7番末尾、ヨアンネス・ボルコルテン『親等論』「夫婦間相続について」258頁、ダニエル・モレルス『ザクセン勅法集注解』第3部第7条注釈冒頭付近]。第七に、常に一定の解釈を得ている事柄は決して変更されてはならないという点は、自然な理性と判断にも合致した明確な法に属している【学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、長期にわたる慣習について」第23法文]。そして、特定の物について夫婦間で

相互にこのような合意が良き思慮によって各政体の慣行へ取り込まれこれまで遵守されており、また、当該合意が合意当事者の一方の反対の意思や不同意によって廃され解消されることはあり得ないという点については、先に引用した解釈者等が一致して是認しているし、我々の法学部のみならずメクレンブルク公の宮廷裁判所においても、そしてまた、他の大学法学部や裁判所においても、同様に判示されていることを私は知っている。〈171.〉疑問点として提示された諸点も以上の判断の妨げにはならない。というのも、第一に、遺産の全部にせよ一部にせよ合意によって与えられないことを我々は認めており【勅法彙纂2巻3章第19法文及び第15法文】、まさにそのとおりに、本事案でも遺産全体やその一部が割り当てられているのではなく、ただ財産の特定部分が付与されているにすぎない。〈172.〉以上の理由から、法令、あるいは、慣習法、あるいは、ちょうど本件のように合意によって与えられ帰属する利益は、それ故に、法令上の利益、慣習法上の利益、合意上の利益と呼ばれるのが普通であり【カロルス・モリナエウス『助言集』助言52第32番、ヨアンネス・ネウィザヌス『助言集』助言45第17番】、相続法に基づいて包括的にではなく、法令に基づいて個別に付与されるのであって、嫁資や婚姻故の贈与に類するものとして保持されることになるのである【ヒエロニムス・スクルフィウス『助言集』第2集助言36第8番末尾付近】。上記諸利益がこれらに倣って導入されたという点は助言50第45番で述べた。〈173.〉幾人かの解釈者等から引き出された第二の異論乃至疑問点も妨げにはならない。なぜなら、彼等の多くが言及しているのは、全財産を相互的に割り当て付与される旨の合意であるし【マッタエウス・ウェーセンベキウス前掲箇所、ミカエル・グラスス『相続論』「無遺言相続」問題9第4番及び第10番、問題15第7番】、他の人々も特定の物にかんする合意について何も確実なことは論じていないからである【ペトルス・ベキウス前掲箇所】。残る人々も、一般に受容され裁判においても遵守されている見解を軽んじ動揺させるほどの権威を有するわけではない。

〈174.〉更に、第三の疑問点も、反対説の主張者が誤って提起したように思われ、何ら妨げにはならない。というのも、嫁資合意や婚姻合意は生存者間における行為乃至取引であり【勅法彙纂5巻14章第1法文、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】、ただそれらが生存者間の行為乃至取引として有効に存続し得ない場合にのみ、終意処分として許容され持ちこたえるにすぎないからである

【ヴィッテンベルクの諸博士によるザクセン意見集第2部34頁の問題26、同37頁の問題34】。〈175.〉例えば、全財産や遺産の一部が相互相続のために贈与され付与された場合がこれにあたる。つまり、そのようなことは生存者間の合意によって為し得ない以上【勅法彙纂2巻3章第19法文及び既に引用した諸法文】、為されら事柄が

カラーの『助言法解答集*Consilia sive responsa iuris*』(ペンゾルトの編集で1612年初版) 助言40第97番及び第98番<sup>116)</sup>、プルックマンの『助言法解答集

効力を有するのは、5名の証人の立会の下に合意が為され、後悔や反対の意思によって撤回されていない場合に限られるのである【学説彙纂34巻4章「遺贈や信託遺贈の剝奪及び移転について」第4法文】。〈176.〉これに対して、特定の物について交わされた婚姻合意は直ちに有効となり、ただ条件の成就に従っているだけであり【勅補彙纂2巻3章第1法文】、要するに、当該合意に書かれた事柄は直ちに義務づけられ、債務は「発生した」が、「履行期が到来」していないのである【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第213法文】。これは、卓越した法律家で学識あるオルドラドゥスが、同様の論拠でもって、そのような婚姻合意は現在の債務を伴うが効力は死後に生ずると述べているのと同じである【オルドラドゥス前掲助言139】。このオルドラドゥスに他の多くの人々、とりわけ、アンドレアス・ガイルが前掲考察126第6番で与しており、これに対して術学的であると異を唱える者がいるようであっても、その者が日常的な事柄を弁えず我々の従事する法について不知であることは大目に見て同情すべきであろう【学説彙纂1巻2章「法の起源について」第2法文】。当然ながら、そのような事情が、確定した解釈を伴う事柄や判決によって是認された事柄に安んじて従おうとする裁判官を邪魔したり動揺させたりすることはあり得ないし、また、あってはならない【前掲学説彙纂1巻3章第23法文及び同34法文】。誰であれより正しく的確に判断する人の検討のために私が率直に提案するのは、確かに以上のとおりである。エルネストゥス・コトマヌス”(Responsa, II, 206-208.)

116) “(97.) 以上から今や、一旦我々に取得された権利は奪われるべきではないというもう一つの解決も明らかとなる【前掲学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第11法文による】。その上、将来の権利にかんする合意は、将来我々に権利を取得させる旨の合意も含めて有効である【前掲勅法彙纂2巻3章「合意について」第1法文による】。

というのも、この対立命題が述べているのは、撤回不能な仕方取得される権利であり、事後当事者の一方が他方の意に反して離れることの許されない契約という方式によって取得される権利であるから【勅法彙纂4巻10章「債務関係及び訴権について」第5法文、学説彙纂2巻14章「合意について」第58法文】。

確かに、そのような合意によって我々に認められた権利は事後に変更できない【第六書「法の準則について」第33準則、勅法彙纂2巻3章「合意について」第25法文】。〈98.〉しかし、我々が取得する将来の相続の権利、つまり、合意による期待につい

Consilia sive responsa iuris』第1巻(1603年初版)助言34第75番<sup>117)</sup>、同第2巻助言1第334番から第340番<sup>118)</sup>、第566番及び567番<sup>119)</sup>、である。

てはこの限りではない。なぜなら、そのような権利は、終意処分<sup>120)</sup>の優遇のために、撤回可能であるから。それ故、合意は、我々のために当該合意を為した者が意思を変えることなく亡くなる限りにおいて、不確定なまま存続するものと解される【前掲ポログネトゥスの勅法彙纂2巻30章第30法文注釈第56番、カグノルスの同法文注釈第89番】。(Consilia, 277.r.引用は1612年ライブチヒ刊初版による。)

117) “〈74.辺境伯勅法は嫁資合意において合意された事柄は全て是認される旨定めている。〉更に、我々の辺境伯勅法が、嫁資合意において合意された事柄は全て是認されねばならない旨定めている【辺境伯勅法「夫婦間相続」の「婚姻特約において云々」の節】という点にも私は動揺しない。〈75.そしてそれはどのように解釈されるべきか。〉というのも、それは、存命の配偶者のために夫婦の一方が事後に別の事柄を遺言で定めなかった場合に限って通用するからである。つまり、我々の辺境伯領勅法は自由な遺言作成の余地を残しているのである【辺境伯勅法「遺言について」前文】。しかも、常日頃そのように運用されているのが見受けられる。従って、辺境伯勅法は我々の検討する処分の妨げとならない。また、嫁資合意によって妻のために取り決められた場合よりも、本件処分による場合の方が一層そう言える。なぜなら、当該処分では妻は用益権を設定されたのであり、その目的財産は将来の遺産分割においてその子等に帰属するからである。”(Consilia, I, 576.引用は1603年ライブチヒ刊のテキストによる。)

118) “第15に、前婚による子等は、彼等の母が三度目の婚姻を為す際に義父との間で明確な嫁資合意を交わし、遺産が彼等に如何に分割されるべきかも予め定めていたとしても、それによって互いに確実に安心することはできない。つまり、そのような嫁資合意も、我々の扱っている遺言の効力を失わせるには十分ではないのである。

〈334.〉というのも、嫁資合意が終意処分によって取り消されるという点は誰も否定し得ないからである【ウェーセンベキウス『パラティトラ』学説彙纂23巻4章注解第4番、ヨハネス・ピリップス・ステインハウシウスの同箇所補注第3番、コレルス『ライブチヒ判決集』判決61第7番、ハドリアヌス・ギルマニウス『訴状集』第1巻第3部所見6第194番】。

〈335.〉そうであるとすれば、このような嫁資合意は残された終意処分に倣って変更可能であるというのがまさに一貫している【ウェーセンベキウス前掲『パラティトラ』学説彙纂4巻23章注解第4番、コレルス『ライブチヒ判決集』判決37第3番、ペトルス・ヘイギウス『問題集』第1巻問題23第36番】。

まず、ヴェーゼンベックの助言63第9番では、次に引用されるゲッデウスの

(336.) その場合、夫婦双方の合意が加われば、以上の点にはほとんど疑問の余地はない【ヤコプス・ピリップス・ステインハウシウスの『パラティトラ』前掲箇所補注第4番】。

(337.) 遺言からそのような夫婦の合意が明らかである場合は特にそうである【ガイリウス『実務考察集』第2巻考察78第8番では学説彙纂33巻4章「嫁資の優先遺贈について」第1法文により同旨】。

(338.) また、嫁資合意の中で予め定められた事柄がまさに合意や約定として作成されたという点も妨げとはならない。これは、ウェーセンベキウスが『助言集』助言63第9番で勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文と学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第72法文によって適切にも指摘しているとおりである。

(339.) というのも、この点は区別によって解決されるからである。すなわち、以上の点が妥当するのは、嫁資合意に含まれている事柄が、嫁資の設定その他のような生存者間の行為に関わる場合に限られる。これに対して、将来の相続に関わる場合には妥当しない。そのような事柄については、依然何も合意に持ち込まれず、全て終意処分において成立し、それ故、撤回に服することになる【ウェーセンベキウス前掲『助言集』第2集序言63は勅法彙纂2巻3章第15法文及び同5巻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法文によって同旨】。

(340.) そしてそれは、とりわけ、嫁資合意によって夫婦の遺言権能が奪われると解されてはならないからであり、ダニエル・モレルス『セメストリア』第3巻第25章第2番から第3番が特にその旨判断しており、ライプチヒの参審人等がこの判断に与していることの証人ともなっている。”(Opera, II, 42.引用は1671年刊『著作集Opera』第2巻による。)

119) “(566.) しかしまた、「何かについての言明から単純な言明へ」の誤謬が、第15番目の異論、すなわち、嫁資合意はそれが関わる将来の相続にかんしては変更可能で、遺言の作成が妨げられることはないとの異論にも内在している。というのも、当該異論が妥当するのは、何か嫁資合意によって取り決められた場合にそれがたとえ相続の問題にかんするものであっても有効となるべき旨明確に定める勅法や法令が存しない限りにおいてであるから【ヘイギウス『問題集』第1部問題23第37がその旨指摘しており、ガイリウスやリキウスにそのように解するよう促しているのは法学提要1巻2章「自然法、万民法、市民法」第11節である】。

(567.) そしてまさに、辺境伯勅法がこの場合について以下のような文言で定めている。すなわち、「婚姻特約において、夫婦双方の近親者によって、取り決められ書

「結論」7第83番の典拠の一つとして既にIVで言及したとおり<sup>120)</sup>、「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 *quaecunque in pactis dotalitiis valent iure contractus, non nisi mutuo consensu revocari possunt*」が、「将来の相続 *futura successio*」のような「終意処分法上有効であるにすぎない事柄 *quae valent tantum iure ultimae voluntatis*」は「撤回可能 *revocabilia*」であるとされ、アウグスト勅法集第2部第43条前段<sup>121)</sup>における「婚姻特約 *Ehestiftunge*」の区別が撤回の可否に合わせて敷衍されている。従って、夫婦間相続目的嫁資合意を撤回可能なものと撤回不能なものに二分する折衷説の典拠としてはさしあたりふさわしいものと言える。しかし、嫁資合意の内容を、「契約法上有効である *valent iure contractus*」事柄と「終意処分法上有効であるにすぎない *valent tantum iure ultimae voluntatis*」事柄とに振り分ける肝心の基準については、「将来の相続」に関わるか否かという点以外には何も示されていない。ベルリッヒ自身は、合意による死後承継の対象について、「嫁資や婚姻故の贈与のみ *dos et donatio propter nuptias tantum*」<sup>122)</sup>が対象なのか、そうでなければ、「特定の物 *certae*

---

面化され締結された事柄で、夫婦の一方がその死後に他方に対して、金銭、動産、もしくは、不動産上の利益について優先的に取得すべく譲与するものは、効力を得て有効に存続するものとする」、と【辺境伯勅法「夫婦間相続」の「婚姻特約において云々」の節】。

従って、今や、当勅法に基づき、嫁資合意は、たとえ事後に遺言が作成されとしても、変更不可能であると考えるのが正しいのであり、その結果、第15番目の異論もまたこれにより崩れることになろう。”(Opera, II, 61.)

120) 拙稿「17世紀バイエルンにおける夫婦間相続と嫁資合意(2)」(獨協法学第101号)、IV、108(213)頁参照。

121) *Verordnungen und Constitutionen*, 41.v.-42.r. V注5参照。

122) 「嫁資」や「婚姻故の贈与」の死後承継という場合、それは、前記バルドゥスの注釈が想定していた「収益合意」がそうであったように、死亡配偶者の「嫁資」や「婚姻故の贈与」を存命配偶者やその相続人に確定的に帰属させる趣旨であり、合意による死後承継の対象が「特定の物」である場合の一形態と解することもできる。ただし、婚姻解消後に夫が嫁資合意に基づいて婚姻消後に嫁資を返還せず自ら取得すること自体は法文上も容認されていて(D.23.4.2.)、普通法の次元で、「嫁資」や「婚

res」と「遺産全体やその一定割合universalis hereditas, et quota ejus pars」の何れが対象なのか、また、合意の「文言verba」について、「契約や贈与の文言verba contractus, et dotationis」と「遺言の文言verba testamenti」の何れが用いられているのか、との判断基準を提示しているから、これらの基準につながる手掛かりはヴェーゼンベックの助言とは別の典拠に求めねばならない。

ゲッデウスの「結論」7第83番では、「夫婦間の相互的な相続合意は、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 coniuges reciprocum de succedendo in omnibus vel certis bonis valet, non vi pacti, sed donationis mortis causa」ので、「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、たとえ相手の意に反するとしても自由であるalterutri conjugum liberum est, ab ea pactione recedere per ultimam voluntatem, altera etiam parte invita」とされ、ヴェーゼンベックの助言63第9番も典拠の一つに挙がっているが、他の諸典拠や続く第84番でのガイル批判からも見て取れるように、それは嫁資合意ではなく相互的な夫婦間贈与を想定した議論であった。この点を措くとしても、合意対象として「総財産omnia bona」と「特定の財産certa bona」との区別しないゲッデウスの立場は、ベルリッヒの提示する上記判断基準とそもそも整合しない。これに対して、コートマンの解答78の上記箇所には、「とりわけ特定の物について為された相互的な婚姻特約については決して撤回が許されないpacta nuptialia praesertim reciproca de rebus certis facta nullo modo revocari posse」とする「諸解釈者interpretetes」の見解が相当数の典拠と共に紹介されている(第169番)。それらの諸典拠には、ガイルの考察126第3番やボルホルテンの『親等論』の前述箇所以外に、パウルの注釈やミュンジンガーの考察33のような相互的な夫婦間贈与にかんするものや「ザクセン勅法意見集」第1巻問題26のようにザクセン法上の寡婦相続分を前提とするものなど種々雑多なものが含ま

---

姻故の贈与」を嫁資合意に基づいて存命配偶者に帰属させることに異を唱える論者はほとんど皆無である。バルタザルも、ヴェーゼンベックの『注解』に依拠しつつ、同様の普通法理解を提示していた(「解決」16第1番)。拙稿「17世紀バイエルンにおける夫婦間相続と嫁資合意(2)」(獨協法学第101号)Ⅲ、65-67頁参照。

れてはいるが、特に「特定の物*res certae*」にかんする嫁資合意の撤回不可能性を明言する点で注目に値する。コートマンは、更に、「当該合意が合意当事者の一方の反対の意思や不同意によって廃され解消されることはあり得ないという点についても、先に引用した解釈者等が一致して是認しているし、我々の法学部のみならずメクレンブルク公の宮廷裁判所においても、そしてまた、他の大学法学部や裁判所においても、同様に判示されていることを私は知っている *interpretetes modo allegati neque alterius paciscentium voluntate contraria sive dissensu tolli et sovi posse concorditer attestantur, et ad eundem modum non tantum in Facultate nostra iuridica, sed et in Curia Megapolensi et in aliis Facultatibus iuridicis itemque curiis pronunciatum scio*」と述べて(第170番)、当該学説が自らの所属する「ロストック大学 *Academia Rostochiensis*」法学部判決団の鑑定実務やメクレンブルク公領の裁判実務においても支持され通用している旨証言している。嫁資合意の対象が「特定の物*res certae*」か否かという点は、この後、証人数との関係でも再び言及されており(第174番から第176番)、ベルリッヒも同じく証人数との関係でこの箇所を参照していた(「結論」51第14番から第16番)。

他方、カラーの助言40は、助言冒頭の「概要*argumentum*」<sup>123)</sup>を見る限り、父が三度目の婚姻を為すにあたって前婚及び前々婚による子等の将来の相続について嫁資合意を締結した場合、子等の義務分を侵害しない限りで父に遺言による撤回が許されるという趣旨のもので、夫婦間相続目的の嫁資合意を対象とするものではない。にもかかわらず、ベルリッヒが敢えてこの箇所を引用した

---

123) “父が、三度目の婚姻を為すにあたって、一度目と二度目の婚姻による子等、及び、再婚相手との間で、自らの財産について将来の相続に関わる嫁資合意と作成し、その後間は空いたけれども、それを彼等の居住地の上級官吏の下に是認されるべく手配した以上は、の存命中に一定額を受け取って将来の相続を放棄するよう子等に強いることはできない。ただし、当該嫁資合意にもかかわらず、第一及び第二の婚姻による子等にとって不利となっても、相続人指定の名目で義務分を彼等に遺す限りは、父は遺言を作成できる。そしてこの場合、子等が義務分について削減を被ることのないように然るべく遺言されるべきである。”(Consilia, 271r.)

のは、「将来我々に権利を取得させる旨の合意pactum de futuro jure nobis acquirendo」一般について、「事後当事者の一方が他方の意に反して離れることの許されない契約という方式によって取得される権利jus acquisitum per talem viam contractus, a quo deinceps contrahentibus, altera parte invita, recedere non licet」を対象とする場合と、「我々が取得する将来の相続の権利jus futurae successionis nobis acquisitum」とを対象とする場合とを区別するカラーの議論に、合意に用いられた「文言」に関わる判別基準に繋がるものを読み取ったからであろう。カラー自身は合意の「文言」そのものには言及しておらず、合意による「将来の相続の権利jus futurae successionis」が「撤回可能であるrevocabile」のもただ「終意処分への優遇のためpropter favorem ultimarum voluntatum」とされているだけではあるが、そのような相続合意も単純に無効なのではなく、「我々のために当該合意を為した者が意思を変えることなく亡くなる限りにおいて、不確定なまま存続するstare pactum in suspenso, donec videlicet, moriatur, non mutata voluntate, qui pactum illud nobis fecit」とされている。ここでは、自由な遺言権能の保障という論拠に裏付けられた相続合意禁止という原則論が、合意乃至契約一般の拘束力というより高次の原則の例外として取り込まれ、合意の撤回可否をめぐるまさに折衷的な議論へと読み替えられていることになる。

残るブルックマンの二つの助言からの引用箇所で注目すべきなのは、夫婦間相続目的の嫁資合意の効力について定めた成文慣習法の解釈という枠組みで議論が展開されているという点であろう。解釈の対象は、ブランデンブルク選帝侯ヨーアヒムJoachim 1世(在位1499-1535年)による「相続その他の諸事項にかんする勅法、法令、規則にして、ブランデンブルク辺境伯領全域並びにそこに属する諸ラントにおいて今後遵守されるべきものConstitution, Willkoer und Oldenung der Erbfelle und anderer Sachen, wie damit durch die ganzen Mark zu Brandenburg und darzu gehörenden Landen hinfor soll gehalten werden」(1527年)の第1条「夫婦間相続Erbfelle zwischen Eeuleuten」第2項であり、そこには、「婚姻特約において、夫婦双方の近親者によって、取り決められ書面化され締結された事柄で、夫婦の一方がその死後に他方に対して、

金銭、動産、もしくは、不動産上の利益について優先的に取得すべく譲与するものは、効力を得て有効に存続するものとするWas in der Ehestiftung / von beyderseits Freundschaft bedinget / verbriefet und beschlossen: daß eins der Eheleute dem andern übergibet / nach seinem Tode / an Geld / fahrender Haab / oder Vortheil / an den ligenden Grunden zuvoraus zu haben / soll bey Macht krefftig bleiben<sup>124)</sup>とある。まず、助言34第75番では、この勅法について、「自由な遺言作成testamenti factio libera」を尊重する観点から、「存命の配偶者のために夫婦の一方が事後に別の事柄を遺言で定めなかった場合に限って通用するita demum obtinet, si non aliud deinde, in testamento suo, in favorem coniugis superstitis, alter coniugum prospexerit」との制限的解釈が提示され<sup>125)</sup>、また、「常日頃そのように運用されているのが見受けられるita toto die, practicari videmus」として実務における当解釈の浸透も示唆されている。これに対して、助言1からの一つ目の引用箇所では、論駁されるべき異論つまり「問題点rationes dubitandi」の一つとして、相続目的の嫁資合意は「合意や約定として作成されたsunt in pactum, conventionemque

124) プルックマンが助言1第567番(前注119参照)で全文引用しており、ここではそのテキストに従う。原テキストは、例えば、Kunkel, Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands I, 2 (1938), 72で見られる。なお、この勅法では、配偶者相続分乃至取得分が「不動産及び動産の半分das halb Gut an liegenden Grunden und fahrender Habe」として定められており(同条第1項)、ザクセン法同様、法定相続分と嫁資合意による取得分の選択の問題が生じる。この問題を含め、夫婦間相続目的の嫁資合意をめぐるブランデンブルクの慣習法学それ自体の検討は別稿を予定している。嫁資合意の撤回の可否に関しては、さしあたり、「ブランデンブルク法における夫婦間相続と嫁資合意」(獨協法学第96号)として訳出したヨーアヒム・シェプリッツJoachim Scheplitz(1566-1634年)『選帝侯ブランデンブルク辺境伯領の慣習法Consuetudines Electratus et Marchiae Brandenburgensis』(1616年)の第5節第2番を参照されたい。そこではプルックマンの『助言法解答集』第2巻助言25が引用参照されている。

125) 「存命の配偶者のためにin favorem coniugis superstitis」との言い回しからは遺言による変更であっても不利益変更は許さない趣旨とも解されるがここでは立ち入らない。

deducta」としても「終意処分に倣って変更可能であるad instar voluntatum ultimarum immutari queunt」という混合合意論が取り上げられ(第334番から第338番)、この議論によれば、嫁資合意が文字通り「合意pactum」として妥当するのは「嫁資の設定その他のような生存者間の行為に関わるactus viventium, veluti dotis constitutionem, et si quae sunt alia, concernunt」場合に限られ、「将来の相続に関わるad futuras successiones attinet」場合には、夫婦の「遺言権能testandi facultas」を確保するため、嫁資合意は「撤回に服するrevocationi sunt obnoxia」のだとされる(第339番及び第340番)。二つ目の引用箇所ではこの異論に対する応答が上記勅法を根拠に提示されている。それによれば、混合合意論に基づく異論は、「<何かについての言明から単純な言明へ>の誤謬fallacia a dicto secundum quid, ad dictum simpliciter」、すなわち、限定付きの言明を無限定の言明にすり替える誤謬推理を犯しているというのである。混合合意論に基づく異論が通用するのは、「何か嫁資合意によって取り決められた場合にそれがたとえ相続の問題にかんするものであっても有効となるべき旨明確に定める勅法や法令が存しない限りにおいてであるquatenus constitutio, vel statutum aliquod, pactis dotalibus uti convenerat, etiam in successionum materia standum esse, expressum praecipiens, non adsit」ところ、夫婦間相続目的の嫁資合意を有効とする上記勅法が存する以上、「嫁資合意は、たとえ事後に遺言が作成されとしても、変更不可能であると考えるのが正しいrecte ratiocinabimur, quod pacta dotalia sint immutabilia, etiamsi postea confectum fuerit testamentum」というがプルックマンの結論なのである(第566番及び第567番)。

しかし、この結論は助言34での制限的解釈と明らかに矛盾する。プルックマンの二巻の『助言法解答集』に収録された各助言の執筆時期は不明であるが、仮に収録巻の前後関係を収録助言のそれに対応させるならば、以前の制限的解釈が放棄されたことと解することも可能ではある。問題なのはむしろ、このように相矛盾する箇所をなぜベルリッヒが折衷説の典拠として掲げたのかという点である。助言1の混合合意論に基づく異論では、嫁資合意が「嫁資の設定その他のように生存者間の行為に関わる」場合には文字通り合意として有効となる旨

示唆されていたが、ここに言う「生存者間の行為*actus viventium*」と「将来の相続*futurae successiones*」との対置や夫婦の「遺言権能」への配慮からは、前述のコラーの助言と同程度において、折衷説との繋がりを見出すことはできる。また何よりも、「生存者間の行為」としての合意と「将来の相続」にかんするそれとの相違を「撤回*revocatio*」の可否と捉え、その典拠としてヴェーゼンベックの助言63第9番を引用する箇所（第339番）がベルリッヒの目に留まっただけである。とはいえ、助言34の制限的解釈は撤回肯定説、助言1の勅法に依拠した応答は撤回否定説の典拠にこそ本来相応しいもので、折衷説との接点は見出せないから、いずれにせよ、疑問の残る典拠と言わざるを得ない。

以上見てきたとおり、ベルリッヒが示した折衷説の判断基準との対応関係では、合意の「文言*verba*」について直接言及する典拠が欠けていることになる<sup>126)</sup>。また、この文言基準を、合意が「契約」や「生存者間の行為」として交わされたか否かという「方式*modus*」の違いに置き換えるならば、例えば、相続合意が「生存者間贈与のための問答契約として*per stipulationem causa donationis inter vivos*」為されたか否か区別したガイルの考察126第6番<sup>127)</sup>などは恰好の典拠となり得るようにも見えるが、ガイルの議論では、普通法の相続合意禁止の原則論自体が堅持されており、契約の方式を採らない単純な相続合意は目的物が特定されない限り無効と解される他なく、混合合意論との両立を図る折衷説の典拠とはやはりなり得ない。バルタザルが、文言基準に言及し「契約に相応しい文言*verba, quae contractibus conveniunt*」と「相続に相応しい文言*verba, quae successionibus conveniunt*」とを区別したラートの「主張」34<sup>128)</sup>によって、ベルリッヒの典拠不足を補わなかったのも、ラートの議論が、ガイル同様、あくまで「普通法*ius commune*」の次元において展開されていたからであろう。しかし、その「普通法」を帝国法乃至皇帝法として解釈適用する帝室裁判所においてさえ、16世紀末には、各地の成文慣習法を介して

126) この典拠不足を補いつつ文言基準を敷衍展開したカルプツォフの見解については拙稿「相続と嫁資合意 (5)」獨協法学第96号137頁以下参照。

127) *Practicae observationes*, 556.

128) *Dissertatio juridica*, 42-43. II 注35参照。

混合合意論が「ドイツの慣習法 *consuetudo Germaniae*」として認知されていた。この点は、ブルックマンが助言 1 の第334番で引用した典拠の一つ、アードリアーン・ギルマン *Adrian Gylmann*<sup>129)</sup> の『請願文例集 *Symphorema supplicationum*』<sup>130)</sup> 第 1 巻 (1601年初版) 第 3 部に収録された「所見 *Votum*」

129) 18世紀末にブルグントクライス代表の帝室裁判所陪席判事を務めたエーギト・ヨーゼフ・カール・フォン・ファーネンベルク *Egid Joseph Karl von Fahnenberg* (1749-1827年) は、『帝室裁判所文献 *Litteratur des Kaiserlichen Reichskammergerichts*』(1792年ヴェツラー刊)における『嘆願文例集』の紹介で、この「アードリアーン・ギルマン」について、実在の人物ではなく、本書の出版を手掛けたフランクフルトの書籍商シェーンヴェッター *Schönwetter*による「虚構 *Erfindung*」であると指摘している (*Fahnenberg, Litteratur, 54.*)。また、同箇所では、当初1601年から1603年にかけて全5巻という体裁で公刊された『嘆願文例集』の第3巻について、「帝室裁判所の諸先例をアルファベット順に収録している *die kammergerichtliche Präjudizien alphabetisch geordnet enthält*」と説明されているが、これは、Ⅲで引用した『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*』(1601年刊)を指すものと解される。ただし、同書の表題頁等にはそれを直接示唆する手掛かりはない。出版者と刊行年の一致、あるいは、『嘆願文例集』が全5巻という体裁を採りながら第3巻が欠落しているとの事情に基づく見立てのようであり、*Gehrke, Die privatrechtliche Entscheidungsliteratur Deutschlands* (1974), 150, Anm.241.もこれに沿った説明を加えている。

130) 表題頁には「ローマ帝国の諸勅法に基づいて帝室裁判所の最上級審で手続を許されるための嘆願文例集に、関連する所見、意見書、当局より下された命令及びその申立書を付し、更に、個々の帝国勅法や帝室裁判所の手続に関わる様々な見解、疑問、解答を、その大部分は、高名で卓越した法律家アンドレアス・ガイリウス氏や他の最上級審陪席判事諸氏の夜業から抜粋したものであるが、付け加えたもので、事務弁護士、法廷弁護士、そして、帝室裁判所に事件を申し立てる者全てにとって極めて有益で欠かせない著作 *Symphorema supplicationum, pro processibus, super omnibus ac singulis Imperii Romani constitutionibus, in supremo Camerae Imperialis auditorio impetrandis cum adiunctis votis seu relationibus ac decretis desuper*

6<sup>131)</sup> からもはっきり読み取ることができる。同「所見」6はミュンスター司教領からの上訴事件にかんするもので、末尾に付された「判決文sententia」によれば1588年9月16日に上訴棄却の終局判決が言い渡されたようであり、ブルックマンの引用する第194番<sup>132)</sup>には、『注解』学説彙纂第23巻第4章注釈第4番<sup>133)</sup>等々に示されたヴェーゼンバック説に依拠して、「嫁資合意pacta dotalia」について「5名の証人が立ち会っているならば終意処分と見なされる si quinque testes fuerint adhibiti, haberi pro ultima voluntate」との通説が紹介され、続く第195番には、「この点はザクセン選帝侯の勅法集によっても一般

redditis, earumque requisitis, additis insuper variis consultationibus, dubiis, ac decisionibus, ad singulas Imperii constitutiones et Camerae precessum pertinentibus: maxima ex parte e nobilissimi et clarissimi Iurisconsulti domini Andreae Gailii, aliorumque supremi auditorii adsectorum lucubrationibus excerptis, opus omnibus advocatis, procuratoribus, et causas in Camera agentibus, apprime utile et necessarium」とある。

131) Baumann, Gedruckte Relationen und Voten, 262, Nr. 418.なお、当該「所見」は少なくとも七つの独立した意見書からなっており（1 = 21頁第1番以下、2 = 29頁第72番以下、3 = 33頁第107番以下、4 = 36頁第134番以下、5 = 37頁第141番、6 = 40頁第167番以下、7 = 50頁第236番以下）、引用箇所は六つ目の意見書の一節である。

132) “〈194.〉従って、逆に、終意処分が契約と同時に完了されることを禁ずる理由は何もないものと解され、とりわけ捺印済みの契約についてはそうであり、今問題とされているのも嫁資合意である。嫁資合意について特にその旨指摘しているのはヴェーゼンバックの『助言集』助言71第29番、助言11第28番、『学説彙纂パラティトラ』第23巻第4章注解であり、そこでは諸博士の勅法彙纂第8巻第54章「贈与について」第36法文や同第5巻第16章「夫婦間贈与や親から子へ為された贈与及び追認について」第27法文の注釈、クラウエッタ『助言集』助言139第10番、ヤーソンの勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第15法文注釈第15番、スクルフィウス『助言集』第1集助言6全体が参照されている。それらの箇所では、皆、5名の証人が立ち会っているならば終意処分と見なされる旨結論付けており、〈195.〉この点はザクセン選帝侯の勅法集によっても一般的に定められている【第2巻第43条】。”(Symphoremata, I, 3, 44.引用は1601年フランクフルト・アム・マイン刊初版による。)

133) II注74参照。

的に定められているquod ipsum quoque consitutionibus electoris Saxoniae generaliter constitutum est」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。つまり、帝室裁判所の陪席判事等は、ヴェストファーレンの司教領の事件について判断するにあたり、ザクセンの成文慣習法的一条項として実定化された混合合意論を参照していたことになる。混合合意論はこの時期既に「周知のドイツの慣習法notoria Germaniae consuetudo」としての地位を確立していたのである。ベルリッヒが提示した折衷説は、ガイルが陪席判事として在任中(1558-68年)であった16世紀半ばの帝室裁判所において相続合意の例外的有効を導くものとして既に認知されていた文言乃至方式の工夫や目的物の特定といった普通法学上の基準を、ザクセンのみならず帝国全域に浸透しつつあった混合合意論と共存させたのである。ただし、このような見解は、アウグスト勅法集第43条の解釈として必ずしもわかりやすいものではない。というのも、合意の文言や目的物をめぐる基準は条文それ自体に明示されているわけではなく、既存の普通法学の成果をそのまま温存するものにすぎないからである。ベルリッヒの解釈は混合合意論の不徹底という意味においてもまさに折衷説と称すべきものであった。

翻って、ラートのバイエルンラント法第1章第19条解釈は、IIで検討したとおり、嫁資合意に基づく嫁資や反対贈与の死後承継(「嫁資や婚姻故の贈与の収益lucrum dotis et donationis propter nuptias」)にさえ同条を適用し混合合意論を貫徹する立場であって、バルタザルが撤回肯定説の論者としてラートを補ったのは適切であるが<sup>134)</sup>、バルタザル自身の第19条解釈がベルリッヒの折衷説と重なるわけではない。確かに、バルタザルは、旧師ラートの上記見解を批判して、嫁資や反対贈与、モルゲンガーベといった婚姻時に特定可能な財産の死後承継を目的とする嫁資合意を第19条の適用対象から除外し、当該合意に拘束力を認める解釈を提示している。しかしそれは、Vでみたように、普通法学由来の文言の工夫や目的物の特定性を理由とするものではなく、あくまで第19

134) ただし、「ドイツの慣習法」について述べた「主張」35ではなく、第19条の解釈そのものを提示した「主張」36こそ引用されるべきであった。

条の文言「遺産承継や遺贈Erbfall oder Vermächtnuß」との整合を目指した内在的な解釈の帰結であった。先に展開されていた自身の第19条解釈ともかみ合わないまま、ベルリッヒ説の引き写しに終始する「解決」16第14番の記述は、それ故、同条の注釈として十分なものとはいえないが、本稿における典拠分析を通じたバルタザル説とベルリッヒ説の比較対照の目的は、そのようなバルタザル説それ自体の評価ではなく、ラートからバルタザルへと引き継がれたバイエルン慣習法学を、ザクセンをはじめとする同時期の帝国各地の慣習法学との関連の下に捉えることにある。夫婦間相続目的の嫁資合意をめぐるバルタザルのラント法解釈は、「ドイツの慣習法」として帝国全域に浸透しつつあった混合合意論の系譜に属し、しかも自らそれを強く意識しつつ展開されている。ベルリッヒへの一見過剰な依存関係にはむしろ慣習法学の先達に対する敬意を読み取るべきであろう。

(未完)