

《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——（４・完）

藤 田 貴 宏

VII

ラートの『相違論』やバルタザルの『実務解決集』が遺した成果を受け継ぎつつ、包括的なラント法注釈という課題を初めて成し遂げたバイエルン慣習法学の到達点ともいえるべき著作がカスパー・シュミットCaspar Schmid(1622-1693年)の『全三巻に分けられた極めて詳細なバイエルンラント法注解Commentaria amplissima ad ius municipale Bavaricum in tres tomos divisa』¹⁾(1695年。以下『ラント法注解』と略称)である。著者のシュミットは、プファルツ＝ノイブルク公領の官吏の子に生まれ、インゴルシュタット大学で学び両法博士号を取得後、バイエルン公領のシュトラウビング統治府の顧問官を皮切りに、宮廷顧問官Hofrat、控訴院判事Revisionsrat、枢密顧問官Geheimer Ratを歴任し、バイエルン選帝侯フェルディナント・マリーアFerdinand Mariaの信頼を得て、1662年には副尚書長官Vizekanzlerに任ぜられ、67年に尚書長官ヨーハン・ゲオルク・エクスルJohann Georg Oexle(1605-1675年)が皇帝側への機密漏洩で失脚した後は、内政及び外交を統轄、77年には自ら尚書長官Kanzler(枢密院議長Geheimer Ratskanzler)の地位に就いた。しかし、フェルディナント・マリーアの死後、新選帝侯マキシミリアンMaximilian 2世エマヌエルEmanuel(在位1679-1726年)の下でバイエルンの外交政策が親仏から親ハ

1) この表題は第1巻の表題頁の前頁に記載されたもので、各巻固有の表題については後注5参照。

プスブルクへと転換されると、皇帝側の圧力等もあって、83年に親仏派シュミットは罷免され、ダッハウ近郊シェンブルンの城館に隠棲、研究と著述に専念する。その後、再び親仏に傾きつつあった選帝侯は、88年に世襲フライヘル身分（男爵位）を付与してシュミット在任中の功勞に報い、シュミットも選帝侯の相談役として一時政治との関わりを取り戻すが、皇帝側から同盟義務の履行を迫られた選帝侯が対トルコ戦役で皇帝軍の総指揮を引き受けたのを受けて、名実ともに政治の表舞台から退いた²⁾。『ラント法注解』第3巻に付された書き

- 2) シュミットの生涯及び17世紀後半のバイエルンの政治状況については、Hüttel, Capar von Schmid(1622-1693), ein kurbayerischer Staatsmann aus dem Zeitalter Ludwigs XIV (1971) が詳しく、尚書長官罷免後のシュミットの動向については、同書306-311頁参照。なお、『ラント法注解』第1巻に付された書き手不明の「読者への序言Praefatio ad lectorem」(下記参照)でも、尚書長官罷免が『ラント法注解』著述の契機として言及されている。

“親愛なる読者よ、バイエルン公領ラント法の重要な部分にかんする注解をご覧あれ。この三巻構成の著作の第1巻には、まず、略式手続にかんする注解、続いて、競売手続にかんする注解、最後に補論として、それぞれ50の論争解決から成る二つの選集が収録されており、その大部分は、名高い選帝侯破棄院の見事な判決によって裏付けられた論争であって、かつて公的な議論のために提示されたそれらは判然としない著者とは別の他人の名前で著者にとって不名誉なことに出版されてしまったが、この度、その著者である閣下を表題に明示し、公の称賛に委ねられることとなり、そこには、法廷において判示された幾つかの問題から成る補遺が、二つの新しい勅法、更には、再度布告され激しい議論の的となっている死手譲渡制限法の実務的分析と共に加えられている。第2巻には、特にバイエルンの法令と呼ばれるもの、すなわち、「バイエルン選帝侯領ラント法」の注解が収められており、同巻では、章から章へ、条文から条文へと順に第20章まで扱われている。第3巻では同じ法令の続きについて最後まで同じく注解が進められている。自らの職務（著者はバイエルン宮廷の尚書長官でおられた）や長い実務経験の故にとりわけ国家や統治へと導かれた卓越せる人、そしてまた、第一の宰相として国事の統轄を担い、宮廷に有益な助言を提供し、自らの君主と祖国を的確に補佐するために生まれたと思われる人が、私的な事項に注意を向け、祖国の法の解明を引き受けるに至ったのは一体なぜなのか、読者よ、貴方はもしかすると不思議に思うかもしれない。しかしながら、功勞と年齢と積み重ねた榮譽に溢れ、そしてまた、彼を嫉み憎む人々の様々な策謀と格闘

手不明の読者宛て序文³⁾にも言及されているとおり、シェンブルンでは病床に

した彼が、領邦を長い間見事に率いた後に(惜しまれつつ)引退を命じられたということを知れば、驚きは消えるであろう。その意味でまさに、[プブリウス・ウェルギリウス・]マローの『牧歌』第1歌でテュティリス[ティテュルス]がメリバエウス[メリボエウス]に答えたように、「ああ、メリバエウスよ、神が我々にこの閑暇をお与えになったのだ」と言うこともできよう。彼は、この閑暇を、それが長い労働の合間の休息でもあり得るにもかかわらず、全てムーサたちに、とりわけ聖なるテーミスに最後まで捧げることにしたのであり、その結果、彼がこの上なく通じている祖国のもう一つの側面は助けとならなかったが、法に対して人が権威を有するより人に対して法が権威を有する時に国家は安泰であることをよく知っていた彼は、裁判を司るユスティティアのために法廷を支えるアトラスをもたらしたのである。というのも、ユリウス・パキウスが法学提要の序言前書への注釈で述べるとおり、市民は、官吏の中のいわば「法の道を通じて」法律へと結び付けられているからである。そういう次第であるから、貴方が誰であれ、内容の穿鑿は控えめな範囲に留め、勤勉かつ有益な努力を公平に評価されたい。御機嫌よう。”(Commentarius, I引用は1695年ミュンヘン刊のテキストによる。)

- 3) “読者にご挨拶申し上げる。著者は、封建法の注釈、バイエルンの貴族特権の宣言にかんする論考、立法者たる歴代陛下による新たな諸勅法の解明といった多くの著述を公にしようと考えていたが、親愛なる読者よ、あなたが受け取るこの第3巻が最後の巻となってしまった。作品と著述に終止符を打ったのは勿論著者の疲労なのではなく、万物に課された宿命的な法則、不可避の死の運命であった。というのも、死は、今まさに我々バイエルンの新たな勅法の解明に没頭している著者を襲い、最後へと追いやってしまったのである。とはいえ、親愛なる読者よ、驚くべきなのは、あなたの読まれるものはすべて、既に70歳を過ぎて病を得た者が、体力のない時には病床から、あるいは、力を振り絞って歩きつつ、ここ5年間、秘書等に口述筆記させたものであるということである。それ故、修正可能な箇所に関に出会ったとしても、衡平公正に考え、老齢と病の苦痛によるものとしてこれを大目に見ていただきたい。逆に、優れた箇所や有益な箇所を見出したならば、どうか祝福していただき、貴方もまた同じようなことに取り組んでいただきたい。というのも、貴方の努力に相応しい素材や領域がまだ残されているからである。とにかく、貴方が誰であれ、老人から諭され正義と真の勤勉を学ぶことを恥じるべきではない[→「諭され正義を学べしdiscite justitiam moniti」(Vergilius, Aeneis, 6, 620.)]。ご機嫌よう。”(Commentaria, III.) (2引用は1695年ミュンヘン刊のテキストによる。)

あっても口述筆記を介して著述を続け、その成果として、没後にシュミット自身による選帝侯への献呈文⁴⁾を付して出版されたのが上記『ラント法注解』で

- 4) この献呈文の冒頭(下記参照)では、対トルコ戦(1683年ポーランド国王ヤン3世ソビエツキ指揮のポーランド王国=神聖ローマ帝国連合軍に参加し、カーレンベルクの戦いで勝利しウィーンを解放、ロートリンゲン公カール5世指揮の帝国軍に参加し、86年ブダ奪還、87年モハーチの戦いで勝利、88年自ら帝国軍を指揮してベオグラード攻略)や、対仏戦(88年プファルツ継承戦争の勃発を受けてライン戦線に転戦、91年イタリア戦線でサヴォイア公ヴィットーリオ・アメデーオ2世のカルマニョーラ奪還を支援)における選帝侯の戦歴を意識してか、「戦争arma」と「司法justitia」の共通性、「法律家*jurisconsultus*」と「兵士*miles*」の「親密な連携*familiaris conjunctio*」が、『ラント法注解』第1巻の論述対象(略式手続と競売手続)を意識しつつ説かれている。

“両バイエルン並びにオーバープファルツ公、ライン宮中伯、神聖ローマ帝国で主膳長にして選帝侯、ロイヒテンベルク方伯その他でおられる我が慈悲深き主君マクシミリアン・エマヌエル陛下へ。

選帝侯陛下、「戦いと勇士を我歌わん」[Aeneis, 1, 1.]。私の注解の前置きとなる美德と正義の舞台におけるこの場面をこのように始めさせていただきたく存じます。実際、これほど偉大な君主でありますれば、私の注解の冒頭で「戦いと勇士云々」と申し上げ奉る以上に、遠大な御望みに合致し、あるいは、戦いから生まれた栄光に匹敵し、あるいは、陛下により英雄的成し遂げられた諸事績に相応しいことがありましょく。陛下の至上性と陛下の美德の偉大さは実に、単に戦時に雄々しく發揮されているのみならず、賢明でしかも不屈の人々によって支えられた司法によっても讃えられております。ご覧ください。陛下の天性の下、勇士たちが、それぞれの能力に応じて、確固たる権限に飾られ力強く成し遂げられた成果に溢れつつ働いておりますが、そこでは要するに、法律家と兵士の間に何らかの親しい連携が生じ、友愛を以て両者が結び付けられているように見えますし、両者は相携えて、一方は祖国の家族のために戦い、他方は父祖の法律のために論じることに奔走しているのでございます。

略式手続は、事件の確実さ、弁護士の鈴、論証の力により整えられております。一方、いや増すマルスの全く勇敢な軍勢は列を為し、その輝かしい勝利は、無敵の指揮官と整った軍隊のゆるぎない力、不屈の戦闘、争う者の激しい攻撃、衝突、前進から糧を得ます。

ある。

『ラント法注解』全三巻⁵⁾の内、実際にラント法の注釈に当てられているの

少なくとも古代の法律によれば第三戦列で用いられた百人隊の槍の下に財産が差し出され、競売にかけられ、大抵はそこに現れた者に売却されました。君主が戦列の先頭に立ち、両刃の剣を振りあげ、大胆な命令で猛々しく戦端を開き、敵を包囲し打ち破り、最高の戦利品を兵士等の間に分け与えるのだとすれば、槍の下に資産が売却され財産が分配されてはならない理由などありませんか。…”

なお、当献呈文には日付が付されていないが、末尾近くで言及される現選帝侯の事績(下記参照)に、スペイン領ネーデルラント総督としての任務(1691年12月スペイン王カルロス2世により任命、92年3月にブリュッセル入市)を思わせる記述が含まれているので、1692年以降、翌年9月にシュミットが亡くなるまでの間に書かれたものと推測される。

“そこで、「戦いと勇士」から生まれた陛下の不滅の榮譽のために、この『真理と正義の劇場』[ジョヴァンニ・バッティスタ・デ・ルーカGiovanni Battista De Luca (1614-83年)の同名著作(1669-81年初版)から]を築き、捧げ、記念とさせていただきます。と申しますのも、オーストリアがトルコの包囲に対する戦いにおいて、ハンガリーが都市、要塞、領地、王国の奪回において、サヴォイアがフランスの侵入の撃退において、ライン地方が神聖ローマ帝国の境界の防御において、ベルギウム[スペイン領ネーデルラント]が諸州の境界の保持において、ヨーロッパのほぼ全体が諸権利の擁護において、陛下の輝かしい働きを歓迎し称賛しております折も折、法律と武器の中に他に何か着手されるに値するものなどあったでしょうか。…”(Commentaria, I.) (2.)

- 5) 各巻固有の表題は、第1巻は、「略式手続及び競売命令手続にかんする注解に、判決によって裏付けられた様々な各50の問題乃至論争集二編を加え、更に、これに関わる若干の裁判上判示された問題を、二つの新たな勅法、再度布告され激しい論争の的になっているかの死手譲渡制限法の実務的検討と共に補遺として付した第1巻であり、至上の諸教皇令、教令、政教協約や、法学提要、学説彙纂、勅法彙纂の諸法文、公撰集引用要約文や新勅法の諸裁可、封建慣行、各地の慣習法に調和する仕方、ハーゼルバッハ、ビルンバッハ、ニーダーアウ、ブルンドブル、シェンブルン、モヒング、ズルツバッハのフライヘル、バイエルン選帝侯陛下の枢密顧問会長官、レーン最高監督、アイプリングの管理官その他でおられたこの上なく卓越傑出せる人士、著者カスバルス・シュミット閣下によって、企図され、熟考され、著述されたもの

は第2巻と第3巻であり⁶⁾、第2巻の冒頭に付された「バイエルンの諸法令にかんする序論的考察 *Ad statuta Bavarica proemiales obervationes*」⁷⁾ (以下「序論的考察」と略称) には、シュミットが注解を著すにあたってバルタザルの『実務解決集』を強く意識していた様子をうかがわせる記述が見出される(第2番⁸⁾)。まず、「我々のバイエルンラント法については、宮廷顧問会のかつて

Commentarii ad processum summarium, et edictalem, junctis duabus semicenturiis diversarum quaestionum, seu controversarum decisionibus firmatarum, quibus accessit appendix paucularum ad huc quaestionum forensium, et dijudicarum unacum duabus novellis, et problematico examine decantatae illius, et multorum disputationi obnoxiae legis amortizationis, tomus primus, comformiter summorum Pontificum decretis, et canonibus, ordinariorum concordatis, Institutionum, Pandectarum, et Codicis legibus, Authenticarum et Novellarum sanctionibus, fuerum usibus, atque locorum consuetudinibus, instructus, elaboratus, et compositus, autore illustrissimo et excellentissimo viro ac domino domino Casparo Schmid, liberbarone de Hasl- et Prünbach, Neidau, Brundobl, Schönbrun, Moching, et Sulzbach, Serenissimi Electoris Bavariae, et ceterorum intimi consilii Cancellario, supremo feudorum Praeposito, Praefecto in Aibling, et ceteris」、第2巻は、「第1章から第20章までを収録するバイエルンラント法注解第2巻 [以下第1巻と同じ] *Commentarii ad jus municipale Bavaricum, titulo primo usque ad vicesimo inclusive tomus secundus* [...]」、第3巻は、「第21章から最後に至るバイエルンラント法注解第3巻 [以下第1巻と同じ] *Commentarii ad jus municipale Bavaricum, a titulo vicesimo primo usque ad finem tomus tertius* [...]」となっている。

- 6) これに対して、第1巻には、その表題頁(前注参照)にも明示されているとおり、「ラント法」それ自体の注解ではなく、1616年に公布されたマキシミリアン1世の法典にラント法と並んで収録されていた諸法諸規則の内、編別順で最初の二つ、すなわち、「略式手続 *Summarischer Proceß*」と「競売手続 *GandtProceß*」の両規則の注解を中心に、両規則をめぐる実務的論点の考察、両規則に関連する1650年のマキシミリアン1世の勅法と1657年のフェルディナント・マリーアの勅法、1669年に続いて1672年に再度布告された貴族所領の維持を目的とするいわゆる「死手譲渡制限法 *lex amortizationis*」の各解説が合わせて収録されている。
- 7) 全体の試訳は「カスパー・フォン・シュミットのラント法論」(獨協法学103号) 参照。
- 8) *Commentarius*, II, 2.

の同僚⁹⁾であった今は亡きヨアンネス・フランキスクス・バルタサル氏が、同じく宮廷顧問会のかつての判事であった彼の父¹⁰⁾によって始められた様々な実務的解決の試みを、全四部に分け、我々のラント法の編別に則した卓越した方法により、我々の領邦への顕著な貢献として完成させていて、そこに見出されるあらゆる議論を頼りにし参照することができるad statuta nostra Bavarica dominus Joannes Franciscus Barthasar quondam in Senatu Aulico Collegia meus, pia memoriae, opus variarum resolutionum practicarum a domino

-
- 9) シュミットの宮廷顧問官着任は1651年であり、確かにバルタザルも『実務解決集』第1部及び第2部の刊行された同年既に宮廷顧問官の地位にあった(Ⅲ注1参照)。バルタザルは、その後、ザルツブルク大学教授を経て、ヴィッテルスバッハ家出身のフライジング司教アルブレヒト・ジギスムントAlbrecht Sigismund(在位1652-85年: アルブレヒト6世[次注参照]の四男、68年以降レーゲンスブルク司教を兼任、兄はケルン選帝侯マキシミリアン・ハインリッヒMaximilian Heinrich)の尚書長官となるが、シュミットとバルタザルが「宮廷顧問会の同僚in Senatu Aulico Collegia」であった正確な期間は不明である。
- 10) バルタザルの父ヨハン・バルタザルJohann Balthasar(生没年不詳)は、インゴルシュタットで、ラートの従兄ヒエロニムス・アルノルト・ラートHieronymus Arnold Rath(?-1625年)に学び、『Disputatio de dotibus, et earum iure, in aliquot theses coniecta嫁資及びその法にかんする幾つかの命題に整理された論究』(1600年刊)で学位取得後、バイエルン公の宮廷顧問官を務めたようであるが、シュミットの指摘のように、『実務解決集』がバルタザルの父子のいわば共著にあたるのか否かは、バルタザル自身は明言しておらず、定かではない。なお、父バルタザルの師ヒエロニムス・ラートは、ネーデルラントのヘルダーラント州出身で、インゴルシュタット大学法学部法学提要担当正教授(1594-1601年)を経て宮廷顧問官、アルブレヒト6世(1584-1666年: ヴィルヘルム5世の六男、マキシミリアン1世の弟、1646年妻の実家ロイヒテンベルク方伯領の男系断絶でバイエルン=ロイヒテンベルク公、1650年マキシミリアンの次男マキシミリアン・フィリップ・ヒエロニムスにロイヒテンベルク公位を委譲し代わりにハーグ帝国伯位を得る)の傳育官を務めた後、インゴルシュタットに戻り、その死に至るまで教授を務めた(1613-1625年)。『相違論』を著したアルノルト・ラート(1599-1671年)は、カルヴァン派からカトリックに改宗後、1620年よりインゴルシュタットで学び、1623年学位取得、1626年ヒエロニムスの後を継いで正教授に就いている。

parente suo ejusdem Senatus Aulici quondam assessore coeptum, in quatuor partes distribuit, et insigni methodo ad ordinem statutorum nosterum accomodata pro singulari utilitate patriae nostrae absolvit, qui in omnibus controversiis occurrentibus adiri, et consuli potest」との指摘からは、バルタザルの著作に対するラント法注釈の先行業績としての積極的な評価を読み取ることができる。しかし、その一方で、シュミットは、バルタザルの叙述の冗長さを指摘し、「異国の事柄や無関係な事柄に話を逸らすのは無用である ad externa, et adiaphora necesse non sit excurrere」との立場から、「我々のバイエルンラント法の各章や各条文を忠実にたどりつつ、立法者の意図が何であるのかを簡潔に解明し、40年以上にわたる実務の中で注目し値すると解された事柄を付け加える praecise inhaerendo singulis titulis, et articulis statutorum nosterum Bavaricorum, compendiose explicamus, quatenus legislatoris intentio fuerit, addendo, quae in plus quam quadragenaria praxi notatu digna observavimus」という自らの著述方針を表明している。先に詳しく検討した『実務解決集』第1部第1章「解決16」をみる限り、バイエルン以外の地域の実務考察文献を大量に引用参照するバルタザルの叙述に冗長な印象があることは確かに否めないが、シュミットの指摘のように、バルタザルが「普通法全体に関わる多様な論点どころか様々な地域において慣行や慣例に従い判示され解決されている論点にさえ ad diversas materias in universo corpore juris contentas, vel etiam in diversis provinciis usu, et observantia judicatas, et decisas」説き及んで、バイエルンラント法それ自体から「長々と話を脱線させている latiores excursiones facit」とまでは言えないように思われる。実際、バルタザルの「解決」16と以下でとりあげるシュミットのラント法第1章第19条注釈の分量そのものはさほど変わらないし、前者がベルリッヒの『実務解決集』を下敷きにしつつもラント法第19条の解釈に定位した議論を展開している点もVでみたとおりである。シュミットの注釈の特徴は、むしろ、引用文献を最低限に絞り、ラント法各条文の「立法者の意図 legislatoris intentio」とバルタザルの著作以後のラント法の「実務 praxis」について、自ら統治実務の中核にあった経験を生かしたより厚みある考察を提示している点に存する。その意味で、

シュミットが、バルタザル以上に、「祖国*patria nostra*」に「専心している *invenit occupationem*」のは確かであろう。

そのようなシュミットの著述方針を根底において支えていたのは、「地域や領邦に固有の法令*propria statuta localia et provincialia*」の領分を「帝国法 *Imperiales leges*」たる「普通法*jus mommune*」との関係で可能な限り拡張的に捉える観方であった。上記「序論的考察」第3番以下には、「どの君侯も帝国内においてたとえそれが帝国法に反し帝国法を廃するものであっても新たな法律を制定する権利や権能を有しているのか*an quilibet princeps in Imperio jus, et potestatem habeat, novas leges etiam Imperialibus legibus contrarias, et derogatorias statuendi?*」との問いに対する解答として、この点が論証されている。まず、シュミットは、「帝国の諸侯や諸身分は歴代皇帝より国王大権や至上権に基づく諸権利の共有を許され、至上の君主に特に留保された事項以外は何れの諸侯諸身分にも自らの領邦において皇帝が帝国全体において為し得るのと同じことを許されているという点は明白であるから、普通法に調和し、あるいは、普通法に反することなく単に普通法の埒外の事項について、何れの帝国諸身分も自らの領邦の便宜と必要に応じて望ましい事柄を制定し得るということに疑念を持つ者はいない*principibus, et statibus Imperii ab Imperatoribus regalia, et jura superioritatis ita communicata sunt, ut quilibet extra ea, quae supremo principi specialiter reservata sunt, in suo territorio idem possit, quod Imperator in universo, nemo dubitat, quin in iis, quae juri communi conformia, vel si non contra, saltem tantummodo praeter jus commune sunt, quilibet status Imperii pro utilitate, vel necessitate provinciae suae statuere possit, quod lubet*」と述べて、「領邦の法令の制定*statutorum provincialium erectio*」を、「帝国の諸身分*status Imperii*」に許された「国王大権*regalia*」や「至上権に基づく諸権利*jura superioritatis*」の一端として、「普通法」との内容的重複の有無を問わずに広範に認める原則論を確認している(第3番¹¹⁾)。続いて、バイエルンがそのような包括的な領邦一般法を古くから手にしているという点

11) *Commentarius*, II, 2.

が、皇帝ルートヴィヒ4世がバイエルン公の立場で制定したいいわゆる「法書 Recht=Buch」(1346年)からその「改定Reformacion」(1518年)に至る経緯、つまり、1616年の新ラント法制定の前史として辿られている(第4番から第6番¹²⁾)。しかし、そのように普通法とも重複し得る包括的な領邦立法が可能であるとして、「普通法に反する法律でも制定可能である *etiam leges contrarias juri communi condere posse*」のかどうか、つまり、帝国法の修正乃至廃止を「諸身分 *status*」の「至上権 *superioritas*」の行使と見なし得るか否か、は別に問われ得る。この点、シュミットは、「帝国の諸身分並びに諸侯は各自の領邦の法令の内に普通法の通用を宣言乃至明示でき、あるいは、普通法に則した事柄や普通法の埒外の事柄を新たに制定し付加できるだけでなく、自らに認められている至上権や国王大権に基づいて古来の共通の法律を廃止あるいは修正し、それらに反する全く新たな法律に置き換えることもまた可能である *status, et principes Imperii non tatum in statutis provincialibus jus commune declarare, vel dillucidare, aut alia, quae sunt secundum, vel praeter jus commune de novo statuerere, vel addere, sed etiam, quod vi superioritatis, et jure regali sibi competentium antiquas leges communes abrogare, vel illis derogare, et novas prorsus contrarias substituere possint*」として、「諸身分」の「至上権」に基づく反普通法的立法についても明確に肯定している(第7番及び第8番¹³⁾)。

しかし、普通法の改廃は「諸身分」の「至上権」に基づく立法によってもたらされるとは限らない。シュミット自身、「普通法の実定的法文が反対の慣習法によって廃され、それどころか、私人間の合意によってさき確かに除外され得る以上、同様にそれが領邦の法令によって為し得ることを否定する者などいるであろうか *cum lex positiva juris communis per contrariam consuetudinem abrogari, imo certo modo per pactum privatum tolli possit, quis inficias ibit, idem pari modo per statuta provincialia fieri posse?*」と述べて、「慣習法

12) Commentarius, II, 2-3, 「法書」と「改定(ラント法)」についてはI注6参照。

13) Commentarius, II, 3-4.

consuetudo」や「私人間の合意pactum privatum」による普通法の改廃や適用除外との類比を、反普通法的な領邦立法を正当化する論拠の一つとして提示している。普通法が「慣習法」によって漸次的に廃され得るのだとすれば、その「慣習法」を「至上権」に基づいて成文化する領邦立法に固有の意義は、普通法の改廃それ自体にではなく、むしろ、先に確認された包括的な法定立、まさにラント法が企図しているような領邦一般法の創出の可能性にこそ見出されるべきであろう。モーゼが神から得た「戒めの石板legum tabulae」以来受け継がれてい来た「正しく神聖で高潔であるjustas, sanctas et honestas esse」という「成文法jus scriptum」一般の本性を、「領邦の法令statuta provincialia」もまた当然分有する必要はあるが(第10番¹⁴⁾)、領邦の包括的な立法権能が、そのような「あらゆる法律omnes leges」に共通する本性を超えて制約されるとすれば、それは、「帝国議会最終決定recessus Imperii」等の「帝国の一般的法規Imperialis lex generalis」でいわゆる「強行条項clausula derogatoria」が付加されたものや、「最高の君主である皇帝の留保事項reservata supremi principis et Imperatoris」に相当する僅かな事項に抵触する場合に限られるというのがシュミットの理解なのである(第9番から第12番¹⁵⁾)。

この理解を司法における法の解釈適用の次元に反映させるならば、規律対象について普通法に競合匹敵する包括性を備えたラント法自身の法源としての一般性もまた自ずと明らかとなろう。勿論、ラント法はバイエルンという一領邦の一般法にすぎず、シュミットが領邦立法を正当化する論拠の一つとして参照している1555年の「帝室裁判所規則Ordinatio Camerae」(改定増補修正された帝室裁判所規則Erneuerte / gemehrte und verbesserte Cammer=Gerichts=Ordnung)第1部第57条冒頭の一節¹⁶⁾にも見て取れるとお

14) Commentarius, II, 4.

15) Commentarius, II, 4-5.

16) 「帝室裁判所判事並びに諸陪席判事の何れもまた、任官に先立って、神に宣誓を為し、聖なる福音に誓い、皇帝陛下の帝室裁判所のために忠実にかつ全力で尽くし、帝国の普通法、帝国議会最終決定、この度裁可され本帝国議会にて定められた信仰その他平和の保持も含めた諸事項にかかわる平和令に従い、更には、彼等の前に示

り、「帝国の最高裁判所suprema dicasteria Imperialia」たる「帝室裁判所Camera Imperialis: Reichskammergericht」¹⁷⁾にあっては、「各地の規則、法令、

された諸侯領、領地、裁判所の信頼に値し公正な各地の規則、法令、慣習法にも従って、身分高き者にも低き者にも、各自の最大限の理解を以て平等に裁き、如何なる事案もこれに反して審理しないものとする。Es sollen auch Cammer=Richter und Beysitzer / ein jeder / zuvor und ehe er auffgenommen wird / einen Eyd zu Gott / und auff das Heilige Evangelium schweren / dem Käyserlichen Cammer=Gericht getreulich / und mit Fleiß ob zu seyn und nach deß Reichs Gemeinen Rechten / Abschied / und dem jetzt bewilligten / und auf diesem Reichs=Tag auffgerichteten Frieden / in Religion und andern Sachen / auch Handhabung des Freidens / und nach redlichen / ehbarn und ländlichen Ondnungen / Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthumen / Herrschafften und Gericht / die vor sie bracht werden / dem Hohen und Niedern / nach seiner besten Verständnus / gleich zu richten / und kein Sach sich dagegen bewegen lassen.」(Abschiede und Satzungen, 601.引用は1692年マインツ刊の『神聖ローマ帝国で開催された全ての帝国議会の諸最終決定及び規定、並びに、その他の皇帝乃至王の諸勅法、すなわち、カール4世の金印勅書(羅語及び独語版)、続いて、信仰及びラントの平和令、ポリツァイ、通貨、帝室裁判所その他にかかわる諸規則や諸規定、並びに、パッサウ協約、カール5世の刑事重罪裁判規則、ブラハ、オスナブリュック、ミュンスターの各講和条約等、1356年から1654年までに定められ改定され公布されたものAller deß Heilligen Römischen Reichs gehaltenen Reichs=Täge / Abschiede und Satzungen / sambt andern Kayserlicher und Königliche Constituitionen, als Caroli quarti Guldene Bull (Lateinisch und Teutsch)/ so dann die Religion- und Land=Frieden / Policy=Münt= Cammer=Gericht / und was dememehr anhängig / betreffende Ordnungen und Satzungen / nebens dem Passauer Vertrag / Caroli quinti Peinlichen Halß=Gerichts=Ordnung / Prager / Oßnabrückischer und Münsterrischer Frieden=Schluß / wie die vom Jahr 1356 biß 1654 auffgericht / erneuert und publicirt worden』所収のテキストによる。)

- 17) シュミットは「シュパイヤーの帝室裁判所Camera Spirensis」との表現も用いているが、周知のように、シュパイヤーはプファルツ継承戦争中の1689年にフランス軍の攻撃で壊滅し、帝室裁判所はヴェツラーに移転する。ただし、シュミットの著述時期との前後関係は定かではない。

慣習法ländische Ordnungen / Statuten und Gewohnheiten」は、序列において「帝国の普通法deß Reichs gemeine Rechte」に劣後し、「信頼に値し redlich」で「公正である ehrbar」ことを前提に適用される法源にすぎない。しかし、不上訴特権privilegium de non appellandoの獲得によって帝国司法との繋がりが制限乃至遮断された領邦では、包括的なラント法は名実ともに当領邦の一般法として適用され、ラント法の欠缺補充の手掛かりとして参照される「普通法gemeine Rechte」について、「帝国の法des Reichs Rechte」であるか否かはもはや問題とならない。ラント法が制定された1616年の時点で、バイエルン公マキシミリアン1世は、先々代アルブレヒトAlbrecht 5世（在位1550-79年）が1559年に義父にあたる皇帝フェルディナントFerdinand 1世（在位1558-1564年）から獲得しその後5度にわたって更新されていた訴訟額500ライングルデンを上限とする不上訴特権¹⁸⁾を保持していたが、同額を超える訴訟については依然「皇帝の宮廷顧問会Aulicum Cosilium Caesareum」（帝国宮廷法院Reichshofrat）や「帝室裁判所Camera Imperialis」への上訴が続いていた。シュミットが「序論的考察」第1番や『ラント法注解』第1巻冒頭の「バイエルン略式手続序言注解Ad prooemium summarii processus Bavarici」¹⁹⁾で論じているとおり、「上訴によって中断された高額訴訟において、訴えられた被告が不当な占有乃至保持に留まり、訴えは途方もない年月にわたり繰り延べられ、多くの正当な原告や請求者等が訴訟の終結を見られずに騒ぎ出すcausis gravioribus per appellationem suspensis reo convento in iniqua possessione, vel detentione persistente, et litem in centenos annos protrahente, multi

18) 原文は例えば、ゲオルク・メルヒオル・フォン・ルドルフGeorg Melchior von Ludolf(1667-1740年)『帝室裁判所法大全Corpus juris Cameralis』（1724年）の付録『神聖ローマ帝国の諸選帝侯、諸侯、諸身分の不上訴特権で、皇帝と帝国の帝室裁判所において知られ裁判所に登録されている限りのものPrivilegia de non appellando des Heiligen Römischen Reichs=Chur=Fürsten / Fürsten und Stände / so veil deren beym Kayserlichen und Reichs Cammer=Gericht biß daher bekannt und gerichtlich insinuiert worden』の26-31頁に見ることができる。

19) 全体の試訳は「カスパー・フォン・シュミットのラント法論」注2参照。

justissimi actores, et petitores potius creparent, quam extium litis obtinerent」事態に、略式裁判手続からの上訴禁止を以て対処することが、1616年の法令集にラント法とともに収録された略式手続規則の主眼の一つでもあった(第2番)²⁰⁾。しかし、間もなく1620年には、皇帝フェルディナント2世(在位1619-37年)から無制限の不上訴特権²¹⁾を得ることに成功する。バイエルンにおける自己完結的な領邦司法の確立は、当然、ラント法の法源として的一般性を一層顕在化させることになった²²⁾。

そもそもラント法の最終第49章「如何にして新しいラント法は諸行為を正当に拘束しそしてまた解釈されるべきかWelcher massen die neuen Land=Recht die Handlungen mit Rechtfertigung binden / unnd zuverstehen seyn」第4条²³⁾には、「あれこれの身分の特別な自由や保持されるべき権利によっても、このラント法によっても、判断し得ない訴訟事案が存する場合、裁判官は、聖俗の成文普通法の指示に従い、各裁判官が各事案の中に認識し判断し得る程度に応じて、処理し判決を下すものとするBegebe sich ein strittiger Fall / der weder auß eines oder anderen Stands sonderbaren Freyheiten / unnd anderen habenden Rechten / noch auch auß disem Land=Recht nit kunte entschieden werden / so sollen alsdann die Richter handeln unnd erkennen / nach Außweisung gemainer geschribenen Geistlichen unnd Weltlichen

20) Commetatius, I, 1-2. なお「序論的考察」第1番も参照。

21) Privilegia de non appellando, 31-33; Eisenhardt, Die Kaiserlichen Privilegia de non appellando (1980), 163-166.

22) なお、フリードリヒ5世から剝奪されたプファルツ選帝侯位を委譲された1623年以降占領していたオーバープファルツについても、1628年に同じくフェルディナント2世から無制限の不上訴特権を得るが(Eisenhardt, Die Kaiserlichen Privilegia, 166-169.)、オーバープファルツはラント法適用対象外であった。後述VIIIも参照。

23) 同章第1条(通用範囲と改廃権能)と第3条(バイエルンのドイツ語による解釈)は1518年ラント法の最終章の規定をほぼそのまま引き継いでいるが、欠缺補充にかかわる第4条は、領邦諸身分(とりわけ新たにラント法の通用地域にとりこまれたニーダーバイエルンの諸身分)の特権尊重を確認する第2条とともに、新たに追加されたものである。

Rechten / nach Gestaltsame eines jeden Fals / darinnen jeder Richter erkennen und urtheilen mag」とあり、個々の事案におけるラント法の欠缺補充の手掛かりとして参照が指示されているのは、「帝国の普通法」ではなく、「聖俗の成文普通法 *gemaine geschribene Geistliche unnd Weltliche Rechte*」であった。同条の注釈²⁴⁾でシュミットも述べるとおり、「聖俗の成文普通法」とは、両法、つまり、「カノン法 *jus canonicum*」と「市民法 *jus civile*」の意である。「普通法 *jus commune*」は、もはや「帝国法 *jus Imperii*」や「皇帝法 *jus Caesareum*」である必要はなく、少なくともバイエルンのようなカトリック領邦では、包括的な領邦法との関係で、ローマ法とカノン法はまさに同格の補充法源となり得る。『ラント法注解』各巻表題に繰り返し用いられた、「至上の諸教皇令、教令、政教協約や、法学提要、学説彙纂、勅法彙纂の諸法文、公撰集引用要約文や新勅法の諸裁可、封建慣行、各地の慣習法に調和する仕方で企図され、熟考され、著述された *comformiter summorum Pontificum decretis, et canonibus, ordinariorum concordatis, Institutionum, Pandectarum, et Codicis legibus, Authenticarum et Novellarum sanctionibus, fuedorum usibus, atque locorum consuetudinibus, instructus, elaboratus, et compositus*」との表現はまさにそのような同条の趣旨に沿うものであり、「帝国議會最終決定」等の狭義の帝国法や帝室裁判所の実務との整合性は特に意識されていない。ラント法を中核とする領邦法の法源としての自立性は、制定後80年近くにわたるラント法実務の蓄積の中で、ラント法を、普通法との単なる対置異同という視角からでも（ラートの『相違論』）、実務考察一般という視角からでもなく（バルタザルの『実務解決集』）、ラント法それ自体として捉え、これに注釈を加えることを可能にした。「普通法に調和する事柄やその埒外の事柄について *in iis, quae juri communi conformia, vel praeter jus commune sunt*」定めるだけでなく「普通法に反する規定 *leges contrariae juri communi*」も盛り込んだ包括的かつ自立的な一般成文慣習法としてラント法を捉える観方は、夫婦間相続目的の嫁資合意を扱う新ラント法第1章第19条へのシュミットの注釈にも当然反映されてい

24) 全体の試訳は「カスパー・フォン・シュミットのラント法論」参照。

る。「普通法」にせよ「ドイツの一般慣習法」にせよ、シュミットにとって重要なのは、それらの是非をあくまでラント法の意味連関の中で評価し、個々の条文の解釈として、ラント法の反普通法的内容とも整合する形で提示することなのである。

VIII

シュミットの第19条注釈²⁵⁾は、冒頭、同条に言う「婚姻特約Heuratsgedinge」が普通法上の「嫁資合意pacta dotalia」に対応することを前提に、その「嫁資合意」が「嫁資や婚姻故の贈与の範囲を超えて相互の相続について定めている limites dotis, ac donationis propter nuptias egrediuntur, et de mutua successione disponunt」場合、普通法が禁じる相続合意の一種として、「無効無益であるinvalida et irrita sunt」ことを確認した後（第1番）、直ちに条文の解釈に取り掛かっている。当注釈で論じられている問題は五つで、その一つ目は、「嫁資合意が確実に存続するために何名の証人を要するのかquot testes in pactis dotalibus, ut in omnem casum subsistant, necessarii sint?」という点である。シュミットは、まず、本条冒頭に言う「他の行為andere Handlungen」、すなわち、「生存者間の行為または契約が問題となるにすぎないsolummodo agitur de actu, vel contractu inter vivos」場合について、「行為の本質や方式としてではなく行為の証明のためnon ad substantiam, sive solennitatem actus, sed ad eius probationem」に「2名乃至3名の証人duo, vel tres testes」が求められているにすぎず、行為の有効性が明らかである限り、証人欠如は無効を帰結しないとし、ラートの証人不要論（『相違論』『主張』33²⁶⁾）

25) Commentarius, II, 181-186.

26) II注32参照。「ラート氏の主張32のしばしば引用される箇所domini Rathii loco saepius citato assertionis 32.」とあるのは誤りであるが、後に「前掲箇所でloco citato」と述べて「主張」32の議論が参照されているので（第8番）、単純な誤植ではなく、シュミット自身が引用箇所を取り違えた可能性もある。また、「しばしば引用されるsaepius citato」との言い回しは、直接にはバルタザルがラートの証人不要

を引用支持している。嫁資合意について証人が必須となるのは²⁷⁾、「嫁資合意

論を参照していること(「解決」16第7番)を意識したものと解される。

- 27) なお、シュミットによれば、前条第18条について、「庶民plebeae personae」における嫁資合意では「裁判所の記録acta judicialia」が証人に代替するが、「市民cives」における「都市の書記局gramataea civica」での証書作成は、合意当事者の「無知や未経験imperitia et inscita」を補うものであって証書の「真正さveritas」を担保するものではないから、証人たる「婚姻立会人Heuratsleut」の「署名捺印Mitfertigung: subscriptio et sigillatio」に代替するものではないとされるが(第2番)、ここに言う証人の要否が本条にも妥当する趣旨なのかどうかははっきりしない。識字率の低い農村部で「署名捺印」の可能な「婚姻立会人」つまり証人を5名以上集めることの実際の困難を意識しているのであれば、たとえ夫婦間相続目的の嫁資合意であっても農村部では証人不要という解釈も確かにあり得よう。シュミット自身の第18条注釈の関連箇所(下記参照)では、都市や市場町の「市民cives」が、農村部の「庶民plebei homines」とは異なり、「自らの印章を保有していることが多いplerumque sua propria sigilla habent」とされてはいるが、「庶民」において「裁判所の記録」が証人に代替するとの主張を第19条での5名の証人の要否にもそのまま当てはめる趣旨かどうか決め手となる記述は見当たらない。

“〈1. 嫁資合意は書面無しで締結可能なのか。〉普通法上、嫁資合意が署名無しで為され得る点に疑念の余地はなく、他の諸契約の有効と存続のためにも書面の作成は求められていないというのがその理由である。〈2. 我々の領邦では如何なる法が適用しているのか。〉しかし、略式手続規則第3条及び第8条の注釈で和解や仲裁について、競売手続規則第3章第20条注釈で質権設定について、本章第12条、第13条、第14条の各注釈で女性の保証乃至加入について既に述べたとおり、我々バイエルンの諸法令は、多くの行為について、何らかの意味で重要で、かつ、金額に多い場合には適法な証書作成を、金額が少ない場合には裁判所の公簿へ登録をそれぞれ求めており、本条もまた、混乱や誤謬その他、庶民層の人々の間で嫁資合意をめぐって日常的に生じる争いを悉く予防するために、如何なる嫁資合意も、農村部の庶民層の人々の間では正式な官吏の面前での記載に加え裁判所の記録の作成、金額が少ない場合には当事者の合意乃至取決めの裁判所公簿への記録がなければ無効であるとしているが、〈3. 嫁資合意が都市や市場町で作成された場合はどうか。〉市場町や都市で嫁資合意が締結された場合には、本条は、この種の婚姻上の合意について自ら署名捺印するのか、それとも、証書の完成を正式な官吏に任せるのかは、自らの印章を保有していることの多い市民等の意思に委ねている。ただし、契約当事者自身

の中に将来の相続や死亡時の財産分割にかんする取決めが存するin pactis dotalibus dispositio est de futura successione, aut participatione in casum mortis」場合であり、第19条は、その際、「少なくとも5名の証人の立会 adhibitio ad minimum quinque testium」を求めている（第3番）。逆に言えば、注釈冒頭に示された普通法由来の夫婦間相続目的合意無効の原則がラント法として妥当するのは、「合意が終意処分的一种に格下げされなかった場合に限られるnisi pactum degeneret in speciem ultimae voluntatis」のである。シュミットは、ラント法が採用したこの混合合意論について、「ドイツの慣習法 consuetudo Germaniae」に言及することも、他領邦の実務文献を延々と引用参照することもしない。ただ、「婚姻特約では夫婦の死亡時の事柄や一方が他方の財産から何を相続すべきかについて取り決められるのが常であるから weil in den Heuratsgedingen gemainlich von der Eheleuten Todtfällen / und was eines von deß andern Guet erben soll / gehandelt würdet」との第19条前段の一節について、「新婚夫婦は、一方乃至他方の死亡時における嫁資や反対贈与の収益について互いに合意したり、子の有無に応じて婚姻終了時に遺産全体あるいは一部を存命配偶者に帰属させる旨定めたりしているnovi conjuges de lucro dotis, vel contradotis in casum unius, vel alterius praemorientis inter se conveniunt, vel de tota, aut parte haereditatis soluto cum, vel sine liberis matrimonio, superstiti obveniente disponunt」と敷衍し、夫婦間相続目的の嫁

がその証人や助成者等と共に署名捺印を引き受けた場合、嫁資合意証書は都市や市場町の書記局において記載されること、あるいは実務家等が言うように、記録され登記されることが特に求められている。これらは全て、無知で未熟な仕方で作成された嫁資合意から大抵生じる無用な諍いや争いを上記のような細心の注意を以て防止するという目的にのみ向けられている。以上の点においてもやはり、普通法と我々の法令との間の相違は顕著であるが（ただし、それは新たな相違点ではなく、すぐ上に引用した諸条文の注釈で既に述べた諸点に合致するものである）、〈4. 貴族の間で作成された場合はどうか。〉前述の諸注釈で詳しく解明した通り、他の契約や行為において自ら署名捺印する権利を有する貴族身分の人々は、嫁資合意についてもやはり、裁判所による証書作成も、書記官や公証人その他如何なる者の協力も義務づけられてはいない。”(Commentarius, II, 179.)

資合意に対する社会的需要を確認するに留まっている(第4番)。夫婦間相続目的の嫁資合意を証人の具備を要件に「終意処分的一种species ultimae voluntatis」として有効とみなす第19条の趣旨説明に、混合合意論を「ドイツの慣習法」として肯定する実務文献の引用はもはや不要で、普通法の上記原則を修正する本条の立法理由の明示で事足りるというわけである。

シュミットが二つ目に論じているのは、嫁資合意が、「如何なる場合に生存者間で為されたと解され、如何なる場合に終意処分や死に因んだ行為として為されたと解されるべきかquando censeatur celebratus actus inter vivos, vel ultimae voluntatis, sive mortis causa?」という点である。一つ目の問いとの繋がりからすれば、第19条における普通法の修正と混合合意論の採用を前提に、「婚姻特約」の有効要件として「5名の証人fünff Zeugen」が求められるのは如何なる場合かが端的に論じられるべきようにみえる。しかし、シュミットは、そのような自らの第19条解釈を開陳するに先立って、夫婦間相続目的の嫁資合意をめぐる普通法学上の議論を簡潔に整理し、それらを第19条の解釈に採用することの不都合を論じている。ここでは、そのような批判的考察の起点として、「諸博士の間で極めて大きな論争を引き起こしているinter doctores maximam controversiam movet」とされる上記論点が敢えて取り上げられているのである。シュミットは、まず手始めに、当該論争における「通説communis sententia」、すなわち、「嫁資証書の文言verba instrumenti dotalis」に着目する見解に言及している。この「通説」では、夫婦間相続目的の嫁資合意において、「文言が終意処分や死因処分風に表現されているならば、5名の証人の立会がない限り、それらの文言は有効ではないが、合意、贈与、契約風に表現されているならば、それらの文言の存続には、別の何かから明らかとなるような意思だけで十分であり、また、そのような意思が欠けている場合でも、証明のために2名乃至3名の証人の立会があれば足りるsi verba concepta sunt per modum ultimae voluntatis, aut dispositionis mortis causa, sine adhibitione quinque testium non subsistunt; si autem concepta sunt per modum conventionis, donationis, aut contractus, ad illorum substantiam nuda voluntas, de qua aliunde constat, vel in hujus defectu ad probationem duorum, vel

trium testium praesentia sufficit」とされている(第5番)。

しかし、嫁資合意の文言をそのように解釈する場合、シュミットが直ちに指摘するとおり、「文言が終意処分の意味を有するのは如何なる場合で、契約乃至合意の意味を有するのは如何なる場合なのかquando verba sensum ultimae voluntatis, vel contractus, aut conventionis habeant?」、その識別自体が問題となる。この困難を回避乃至解消する試みとして、シュミットが次に言及するのは、嫁資合意の目的物に着目する見解である。それによれば、「嫁資合意において、遺産全体や包括承継、あるいは、例えば3分の1や4分の1といったように遺産の一定の決められた割合について定められているin pactis dotalibus disponitur de universali haereditate, et successione, vel ejus certa, et determinata parte, verbis gratia de parte tertia, quarta, et cetera」場合には、「終意処分が為されたactum celebrari ultmae voluntatis」ものと解されるのに対して、「存命の配偶者に帰属すべき何か特定の物についてのみtantum de re quadam particulari superviventi conjugi obtingente」定められている場合には、「生存者間の行為が為されたにすぎないcelebrari nudum actum inter vivos」ものと解されることになる(第6番)。合意の文言や目的物に着目するこれらの議論は、本稿でも繰り返し見てきたとおり、元来、相続合意無効の原則について、契約的な文言や目的物の特定性を根拠に例外を容認する普通法学上の学説であり、「普通法による整理*juris communis dispositio*」や「普通法上議論がある*de jure communi controversum est*」といった言い回しから明らかのように、シュミットもまたこの点を十分に意識している。その一方で、夫婦間相続目的の嫁資合意について定めた第19条の注釈という文脈上、相続合意一般にかかわる普通法学上の文献それ自体の引用は省かれており、典拠として参照されているのは、ラートの『相違論』(「主張」34²⁸⁾)とベルリッヒの『実務解決集』(「結論」51第12番から第18番)だけである。Ⅱでみたとおり、ラートが普通法学上の上記議論に言及したのは、普通法からドイツの慣習法を経てラント法に至る段階的議論の中で、夫婦間相続目的の嫁資合意を混合合意論に

28) Ⅱ注35参照。

よって終意処分に読み替えるラント法第19条を普通法の相続合意無効原則に対置し、普通法学上の同原則の例外と自らの第19条解釈との間の相違を示すためであった。これに対して、ベルリッヒが、第19条と同じく混合合意論を採用したアウグスト勅法集第2部第43条の一解釈、つまり、夫婦間相続目的の嫁資合意に同条を適用せずにこれを文字通りの合意として有効とみなすための基準として上記議論を用いたことは、ベルリッヒの当該議論を一部借用するバルタザルの見解(『実務解決集』「結論」16第7番)の検討に際して既に指摘した²⁹⁾。従って、この「普通法による整理」について以下に展開されるシュミットの半ば批判的な考察は、普通法学説それ自体に対してだけでなく、混合合意論とそれを併存させるベルリッヒのような見解にも向けられていると解し得る。

文言基準の曖昧さを目的物の特定性の有無を以て補おうとする普通法学説は、「特定の物についてののみ定められている*de re particulari agitur*」にもかかわらず、「文言が終意処分や死因処分風に表現されている*verba concepta sunt per modum ultimae voluntatis, aut dispositionis mortis causa*」ような場合に、一種の膠着状態に陥る。シュミットが三つ目に論じているのは、まさにこの点、すなわち、「特定の物の処分に際して、文言が生存者間の契約ではなくむしろ終意処分の意図を示している場合、それでもやはり、生存者間の何らかの行為と解されるべきなのかどうか*quid si in dispositione rei particularis verba magis intentionem ultimae voluntatis, quam contractum inter vivos important, an nihilominus in vim alicujus actus inter vivos accipienda sint?*」という問題である。例えば、ベルリッヒなどは、「遺産の承継*successio hereditatis*」にかかわる嫁資合意であっても、「遺言の文言ではなく契約や贈与の文言で作成されている*sunt concepta, non quidem per verbum testamenti, sed per verbum contractus, et donationis*」か、あるいは、「遺産全体ではなく特定の財産について定められている*sunt facta non de universali hereditate, sed de certis quibusdam bonis*」場合には、終意処分としてではなく合意として有効であり、「上記の方法の一つによって作成されていない*uno ex praedictis modis non*

29) V112頁以下参照。

sunt concepta」嫁資合意のみがアウグスト勅法集第43条の適用対象になると解しており（「結論」51第12番）³⁰⁾、契約的な文言と目的物の特定性は相互に別個独立した基準として扱われている。その場合、ベルリッヒ自身も明言しており（同第17番）³¹⁾、「財産全体omnia bona」の死後承継を目的とする嫁資合意であっても「契約や贈与の文言verbum contractus, et donationis」を用いてさえいれば「生存者間贈与やその他の合意donatio inter vivos, vel alia pacta」として有効となるし、シュミットが上記問題の考察にあたって挙げた例のように、嫁資証書に「もし私が私の花嫁よりも先に死んだならば、あれこれ特定の不動産を彼女に遺贈するsi ego sponsam meam praemoriar, eidem lego hoc vel illud praedium speciale」と記載されていたとしても、目的物が特定されている以上、当該嫁資合意は合意として有効となろう。

これに対して、普通法学由来の両基準に対するシュミットの理解は全く異なる。シュミットにとって、目的物の特定性は、文言基準から離れて適用可能な基準ではなく、嫁資合意の文言が曖昧な場合に「生存者間の行為actus inter vivos」を推定するものにすぎない。先の例で言えば、そこには「遺贈するlego」と記載されており、「遺贈するvermach ich」や「遺すverschaff ich」といった「ドイツ語の文言verba Germanica」を用いた場合も含めて、それらの文言が「終意処分の意図を明白に証拠立てているintentionem ultimae voluntatis dilucide demonstrant」以上、「推定は真実に屈せねばならないpraesumptio cedere debet veritati」というのである（第19条注釈第7番）。従って、ラント法第19条が採用する混合合意論の下でも、当該嫁資合意は、目的物の特定にもかかわらず、「遺贈する」との文言故に、「生存者間の行為」ではなく「終意処分の一種」と解され、「5名の証人が立ち会わない限り無効となるnon aliter subsistunt, nisi quinque testes accedant」。既にラートは、普通法を念頭に、「その一部にせよ全体にせよ相続や遺産について言及される合意は当然禁じられているea pacta de iure prohibita censeri, in quibus expresse de successione aut

30) Conclusiones practicabiles, II, 353.

31) Conclusiones practicabiles, II, 354.

hereditate, sive tota sive ex parte agitur」が、「特定の物や個々の物について言及するにすぎない合意はこの限りではない*secus, quae de certis duntaxat et singularibus quibusdam rebus mentionem faciunt*」と述べていた(「主張」34)³²⁾。嫁資合意の中で「相続や遺産」と「特定の物や個々の物」の何れにも言及される場合のラートの理解は、シュミットとは異なる可能性もあるが³³⁾、目的物の特定それ自体ではなく「特定の物*certa res*」に言及する嫁資合意の「文言*verba*」に着目する点で両者の観方は共通している。

「文言が終意処分や死因処分風に表現されている*verba concepta sunt per modum ultimae voluntatis, aut dispositionis mortis causa*」か否か疑義の生じ得る場面として、シュミットがもう一つ取り上げているのは合意中に「死亡時について言及がある*de casu mortis mentio est*」場合である。ここではラートの見解(「主張」32)が引用参照されており、その箇所には、「生存者間贈与が、他のあらゆる合意と同じく、合意当事者の自由な意思に基づいて、無条件で為され直ちに効力を発生する仕方でも、贈与者の先死を期限あるいは停止条件とし、贈与者の死亡後、その時点でなお受贈者が存命である場合にのみ効力を発するという仕方でも、為され得る点に疑問の余地はない*in confesso est, quemadmodum reliquae omnes conventiones, pariter et donatio inter vivos ex libero paciscentium arbitrio ita concipi queat, ut vel pure facta statim consequatur effectum, vel in diem, aut sub conditione praemorientis donatoris suspensa, demum post huius mortem, et quidem vivo adhuc donatario subsecutam purificetur*」とある³⁴⁾。この後、ラート自身は、「夫婦が互いに相手方に<相手方が存命であれば>との条件で嫁資や婚姻故の贈与について生存者間贈与を為す旨ははっきりと明確な文言で言明するような贈与が是認されるだ

32) *Dissertatio juridica*, 42

33) II 66頁では、ラートの引用するガイルの考察126第8番を手掛かりに、文字通りの相続合意であっても「特定の合意*pactum particulare*」であれば有効とする見解として、ラート説を位置づけた。そのように解すれば、シュミットがここでラートを引用しなかったことも説明がつく。

34) *Dissertatio juridica*, 40-41.

けではなく、同様の利益が相続権ではなく合意を介して存命者に移転される旨夫婦が合意する限り、そのような嫁資合意もまた全て、普通法に基づいて言えば、証人の立会が無くても有効となるnon modo eam donationem sustineri, qua alter coniugum se alteri sub conditione SI IS SUPERVIXERIT, dotem vel donationem propter nuptias, inter vivos donare expresse et apertis verbis testatur, verum et de iure communi loquendo, omne pactum dotale nullo etiam teste adhibito eatenus subsistere, quatenus coniuges pacti sunt, ut in superstitem per viam pacti et absque successionis iure simile lucrum transferatur」としている(「主張」33)³⁵⁾。シュミットも、このラートの議論を、「普通法の規定では、生存者間の契約であっても期限や条件付きで為し得る以上、死亡時について言及があるからといって、必ずしもその行為を終意処分と見なす必要はないex juris communis dispositione non sepmer, quando de casu mortis mentio fit, actum debeamus habere pro actu ultimae voluntatis, cum etiam contractus inter vivos in diem, vel sub conditione fieri possint」という趣旨に捉えて、これに与している(第19条注釈第8番)。例えば、「私があなたよりも先に死んだならば、あなたに私の土地を与えるego dono tibi fundum meum, si te praemoriar」といった文言による合意は、「遺贈するlego」、「遺すrelinquo」、「死因贈与するmortis causa dono」といった文言が用いられた場合と異なり、贈与者死亡を期限乃至条件とする生存者間贈与にすぎない。この場合、「土地fundus」という「特定の物」への言及から生存者間贈与が推定されるわけではなく、「生存者間の契約contractus inter vivos」一般の「期限dies」や「条件conditio」として普通法が許容する「文言verba」の「本義proprietas」が尊重されるというのである。

ただし、嫁資合意の「文言」をめぐる以上のようなシュミットの議論は、繰

35) Dissertatio juridica, 41-42.なお、ここに言う「同様の利益simile lucrum」とは、文脈上、いわゆる「嫁資や婚姻故の贈与の収益lucrum dotis et donationis propter nuptias」を指すのは明らかであるから、ここでは、「主張」32での生存者間贈与をめぐる一般論を踏まえて、それを夫婦間贈与と嫁資合意とに当てはめていることになる(その限りでⅡ61頁の理解は訂正する)。

り返し参照されているラートの議論がそうであったように、あくまで「普通法の趣旨*tenor juris communis*」に則ったものであり、問題は、当該議論をそのままラント法第19条の解釈に当てはめることの是非である。そのような批判的な視点から、シュミットは、合意の「文言」をめぐる普通法学説と並べて、例えば、「2名あるいはそれ以上の者の間で、何れかの者が子の無いまま亡くなったならば、その者の財産が存命者に帰属する旨合意された*inter duos, vel plures conventum est, quod alterutro sine liberis mortuo ad superstitem bonaejus perveniant*」場合のように、死後の財産承継を目的とした「相互的合意*mutuum pactum*」にそのまま拘束力を認める「ドイツの一般慣習法*universalis consuetudo Germaniae*」にも言及している(第9番前半)。当該慣習法の典拠として、シュミットが引用しているのは、ガイルの『実務考察集』考察126第3番³⁶⁾、ミュンジンガー『個別考察集』考察33³⁷⁾、ハルトマン『実務考察集』第44章考察2第8番³⁸⁾の三つであり、何れにおいても、帝室裁判所の実務を前提に、その種の「相互的合意」が少なくとも夫婦間において有効である旨主張されている。この内、ガイルとミュンジンガーについては、ラートが「周知のドイツの慣習法*notoria Germaniae consuetudo*」として混合合意論に言及した際にも引用されていたが(「主張」35)³⁹⁾、ハルトマンを含めた上記三つの文献を、夫婦間相続目的の嫁資合意の有効性を示す典拠として参照することの難点は、Ⅱでラートの見解を検討した際に既に指摘した⁴⁰⁾。シュミットは、死後承継目的の「相互的合意」が慣習法上有効とされる実質的論拠として、当該「相互的合意」が、その相互性故に、「相手方の死への欲求というかの忌まわしい疑念を払拭する*tollit finistram illam suspicionem desiderandi mortem alterius*」という点、及び、当該合意から生じるのが「条件成就によって合意時に遡及して無条件と見なされる条件付き債務*obligatio conditionalis, quae*

36) Ⅱ78頁以下参照。

37) Ⅱ注54参照。

38) Ⅱ注58参照。

39) *Dissertatio juridica*, 44.

40) Ⅱ74頁以下。

eveniente conditione ad tempus conventionis retrotrahitur, et pro pura habetur」にすぎないという点を指摘しているが、前者は、元々、相続目的の夫婦間贈与の例外的有効要件として、後者は、相続合意一般を生存者間の合意を読み替える試みとして、何れも普通法学において早くから主張されていたものである。実際、ガイルの考察126の後半部分は、この「相互的合意」について、更に、合意の文言や目的物の特定性を論じていた。引用文献の重複にもかかわらず、ラートの言う「ドイツの慣習法*consuetudo Germaniae*」とシュミットの言うそれは明らかに異なっており、シュミットがラートを引用しないのは当然と言える。シュミットは、相続目的の「相互的合意」を文字通りの合意として容認する帝室裁判所の普通法解釈を「ドイツの一般慣習法」と呼んでいるにすぎないのである。

それでは、夫婦間相続目的の嫁資合意について、契約的な文言、目的物の特定性、合意の相互性といった観点から、例外的に「生存者間の行為」としての効力を認めようとする普通法学説は、混合合意論を採用したラント法第19条にも応用可能なのであろうか。この四つ目の問い（「先に述べた全ての点が我々の領邦においても妥当するの *an omnia prius dicta etiam in Patria nostra obtineat ?*」）に対して、シュミットははっきり「否 *non*」と答えており、注釈の後半部分をその論証と敷衍に当てている。普通法に匹敵する包括性を備えた領邦一般法としてラント法を捉えるシュミットにとって、何よりも尊重されるべきは第19条の文言と趣旨に忠実な解釈であった。まず、同条前段では、「婚姻特約 *Heuratsgedinge*」が「夫婦の死亡時の事柄 *der Eheleuthen Todtfällen*」や「一方が他方の財産から何を相続すべきか *was eines von deß anderen Guet erben soll*」について定める場合、すなわち、「嫁資合意に夫婦の死亡や夫婦間の相続について何か定められる *de morte conjugum, et eorum successionem*」場合について、5名の証人が求められている。5名の証人の具備はあくまで「終意処分的一种」としての有効要件であるから、「当該条文では合意では夫婦間で死に備えて何も定めることはできないと想定されている *praesupponit articulus, quod in casum mortis, inetr conjuges per pactum nihil disponi possit*」というのがシュミットによる前段部分の解釈である。この解釈によれ

ば、「本条は効果を死亡時に先送りするあらゆる処分行為について5名の証人を求めているhic articulus in omni dispositione, quae effectum ad mortem differt, numerum quinque testium requirit」ことになり、夫婦の一方が先に亡くなった場合にその者の財産が他方に与えられる旨の嫁資合意は、死亡を期限乃至条件とする生存者間の処分行為とみなされる余地はもはやないし、「5名の証人numerus quinque testium」を要件に終意処分としての効力が保証されている以上、たとえそれが「相互的合意」であっても、帝室裁判所の普通法解釈（「ドイツの一般慣習法」）に倣って例外を許容する必要などないことになる（第19条注釈第9番後半）。

また、そのように本条が「効果を死亡時に先送りするあらゆる処分行為omnis dispositio, quae effectum ad mortem differt」に適用されるのだとすれば、「死に際して相手方に何かが付与される場合、終意処分の文言によるにせよ、生存者間の処分の文言によるにせよ、常に5名の証人を要するquoties aliquid confertur alteri in casum mortis, sive id fiat per verba ultimae voluntatis, sive per verba dispositionis inter vivos, semper numerus quinque testium requiritur」と解さねばならない。つまり、合意の「文言」をめぐる前述の普通法学説は、「特定の物」への言及に基づく生存者間行為の推定も含めて、「本条の規定とは調和しないdispositioni hujus articuli conforme non est」のであり、それ故、ラント法解釈としては無益無用なのである（第10番）。以上のような第19条解釈は、シュミット自身が述べるとおり、ラートの見解（「主張」36）⁴¹⁾を受け継いだものである。ラートによれば、「嫁資や婚姻故の贈与dos et donatio propter nuptias」の夫婦相互の死後承継（いわゆる「嫁資や婚姻故の贈与の収益lucrum dotis et donationis propter nuptias」）を定める嫁資合意は、普通法上は生存者間の行為として有効となり得ても、ラント法上は、本条に基づき、「5名の証人fünf Zeugen」を要件に「終意処分の一種」としての効力が認められるにすぎず、「証人がこれに満たない場合im Fall derselben weniger weren」、本条後段に言う「遺産承継や遺贈Erbfall oder Vermächtnuß」にかん

41) Dissertatio juridica, 44.

する「婚姻特約」の一種として、「無効となるnit gültig」とされる。本条後段は、「遺産承継や遺贈」が「先立つ配偶者の死亡時に初めて効力を生じるerst durch deß vorabgestorbenen Ehegemächts Todtfall bekräftigt werden」という点に着目して、証人不足時の特約無効を定めているのであるから、「遺産や相続に関わる合意pacta haereditatis, vel successionis」だけではなく、「嫁資や婚姻故の贈与の収益」を含め、「夫婦の内の存命者が相手方の死に際して嫁資合意に基づき利益を得る場合全てomne id, quod superstes conjunx ex morte alterius vigore pactorum dotalium lucratur」が「悉くgeneraliter」本条の適用対象となるというのがラートの解釈の到達点であった。シュミットも、「遺産承継や遺贈」について嫁資合意中に言及があるか否かは、本条適用の可否とは無関係であるとし、そのような解釈が、普通法学に見られるような合意の文言をめぐる「不毛な論争inutiles disputationes」を本条によって回避しようとした「立法者legislator」の意図にも合致すると解している(第19条注釈第11番)。

以上の議論を踏まえて示されたシュミットの結論によれば、「嫁資合意の中で夫婦相互の相続について定められた事柄は全て、夫婦に子があろうとなかろうと、そして、先に亡くなった者の遺産全体についてであろうと、その一定割合についてであろうと、あるいはまた、個々の物についてであろうと、嫁資や反対贈与の収益についてであろうと、如何なる文言を用いたにせよ、効力発生が死亡時に先送りされる限り、その有効要件として5名の証人を要するomnia, quae in pactis dotalibus de successionem mutua conjugum cum, vel sine liberis in universa haereditate, vel in quota ejus, qui praemoritur, aut in re particulari, de lucro dotis, vel contradotis quibuscunque verbis disposita sint, ad validitatem numerum quinque testium requirunt, quotiescunque effectus confertur in casum mortis」というのが第19条の趣旨であるとされる(第12番冒頭)。シュミットは、ラートと同じように、夫婦間相続目的の嫁資合意を例外なく第19条の適用対象とみなしていることになる。これに対して、Vでみたとおり、バルタザルは、嫁資合意中に定められた夫婦間の「嫁資や婚姻故の贈与の収益lucrum dotis ac donationis propter nuptias」や寡夫による「モルゲンガーベMorgengab」の承継について、第19条に言う「遺産承継や遺贈」に

当たらないとする反証の余地を認め、ラート説を批判していた(「解決」16第11番)⁴²⁾。このバルタザルのラート批判を論駁することで、シュミットは上記結論を更に敷衍している(第19条注釈第12番)。

まず、バルタザルがラート批判の根拠として言及する宮廷顧問会の1649年の判決については、当時まだ顧問官ではなかったシュミット自身は同判決を知らず、バルタザルも具体的な事案について言及していないので、判示内容がはっきりしないとされる。更に、シュミットは、「事の真偽を慎重に調べたが、尚書局では書記官の記録が昔から保存されないという悪習がはびこっているために、上記判決を見つけられなかった*diligenter quidem curavi inquiri, an res de ita habeat, sed in Cacellaria hic abusus irrepserit, ut secretariorum protocolla saltem antiquitus non fuerint asservata, modo dictum praejudicium inveniri non potuit*」とも述べて、同判決の存在自体にも疑問を呈している。そこでシュミットが論駁の起点に据えたのは、嫁資合意において「嫁資や反対贈与について合意される*de dote et contradote convenitur*」場合と「嫁資や反対贈与の収益が合意される*de lucro dotis vel contradotis convenitur*」場合との明確な「区別*distinctio*」であった。例えば、婚姻に際して、「千フローリンが嫁資として夫に実際に支払われる一方で、夫により別の千フローリンが反対贈与して約束され、それが夫の特定の財産や総財産を以て担保される*mille floreni marito actualiter in dotem numerentur, et ab alia mille in contradotem assignentur, et vel in re certa, et specifica, vel in omnibus mariti bonis generaliter assecurantur*」というのが前者の典型例であるとすれば、後者においては、当該「嫁資や反対贈与*dos et contrados*」について、「一方あるいは他方の死後に存命者の所有に帰する*post mortem unius, vel alterius, superstiti superstiti proprietarie cedat*」旨合意される。前者が文字通りの合意として直ちに拘束力を生ずるのに対して、後者、つまり、「嫁資や反対贈与の収益*lucrum dotis vel contradotis*」の合意は、「先立つ配偶者の死によって初めて有効となる*erst durch daß vorabgestorbenen Ehegemächts Todtfall bekräftigt wird*」以上、

42) *Practicae resolutiones*, 211-212.

第19条後段にあるとおり、5名の証人の立会を欠けば当然に無効となるはずである。ところが、バルタサルは、同じく後段の「遺産承継や遺贈」という文言に着目し、「収益*lucrum*」の対象である嫁資や婚姻故の贈与そのものは婚姻時に既に設定され、夫婦の一方の死亡時にその遺産として「初めて確定される *erst bekräftigt werden*」わけではなく、例えば「遺す*verlassen*」ではなく「譲る*uberlassen*」といった表現を用いるなど合意の文言次第では、当該「収益」を目的とする嫁資合意が同条の適用を免れる可能性を認めていた。つまり、そのような場合、バルタザル説によれば、「嫁資や反対贈与の収益」は、「遺産承継*Erbfall*」にも「遺贈*Vermächtnuß*」にも当たらないことになる。

シュミットは、このバルタザル説に対して、同じ「遺産承継と遺贈」という第19条の文言から全く反対の結論を導いている⁴³⁾。すなわち、「死亡時に先送りされる嫁資や反対贈与の収益が遺産の一定割合とは言えないとしても、遺産の一部と言うことはでき、それが死亡時に先送りされるわけであるから、実際には<遺贈>と呼ぶこともできる *licet lucrum dotis, vel contradotis in casum mortis delatum non possit dici quota haereditatis, potest tamen dici haereditaria portio, et, quia defertur in casum mortis, vere dici potest, ein Vermächtnuß*」し、また、「わずかな額について相続人に指定されたり、何か安価な物や取るに足りない物を遺贈されたりした場合でさえ、<自らの相続分>や<自らの受遺物>を受け取ると言われるぐらいであるから、夫が妻に先立たれた際に嫁資を受け取り、あるいは、妻が夫に先立たれた際に反対贈与を受け取る場合にも、<自らの受遺物>を受け取ると言われて然るべきである *sicut, si quis instituitur in uno nummo, aut ipsi legatur res quaecunque vilis, aut modica, potest dici, accipere sein Erb=Theil / vel accipere sein Vermächtnuß / ita, si maritus accipiat dotem in casum praemortuae uxoris, vel uxor*

43) ここでシュミットは、「条文の文言*verba articuli*」として「遺産の一部及び遺贈 *Erb=Theil/ und Vermächtnuß*」に言及しているが、第19条にそのような文言は含まれておらず、「バルタサル氏が反対の趣旨で援用している文言*verba, quae dominus Balthasar in contrarium allegat*」との指摘からも明らかなように、「遺産承継や遺贈 *Erbfall oder Vermächtnuß*」の誤りであろう。

contradotem in casum praemortui mariti, recte dicuntur accipere ihr Vermächtnuß」から、「嫁資や反対贈与の収益」もまた「遺産承継や遺贈」に含意されるというのである。「花嫁sponsa」が「夫婦として床を共にした初めての朝にprimo mane post cobscensum thorum conjugalem」花婿から「純潔の代償としてin praemium virginitatis」受領する「朝の贈り物donum matutinum」、すなわち、「モルゲンガーベ:morgengeba: morgenatica」の死後承継をめぐつても、バルタザルとシュミットの議論は平行線を辿っている。死後承継の対象となる「モルゲンガーベ」は、「嫁資」や「婚姻故の贈与」と同じく、婚姻時（厳密には婚姻完遂時）に確定する財産であるから、バルタザル説によれば、妻の死後に夫が「モルゲンガーベ」を取り戻す旨の嫁資合意は第19条の適用を免れ得る。他方、シュミットからすれば、「モルゲンガーベとして贈られた物が妻の死後に夫に復帰する」旨の嫁資合意もまた、「モルゲンガーベ」が妻の「遺産の一部」である以上、第19条に言う「遺産承継や遺贈」を目的とした「婚姻特約」にすぎない。

とはいえ、シュミットは、目的物の特定性に着目した普通法学説をラント法解釈に持ち込むことに反対したラート説の一貫性を指摘した際に、「バルタザル氏自身、死について言及されている場合、疑わしいならば、当該行為は生存者間の行為ではなく、むしろ終意処分と見なされる旨述べて、同じ点を是認しているagnovit id ipsum dominus Balthasar, dum dicit in dubio, quando mortis fit mentio, actum magis haberi pro actu ultimae voluntatis」と評している。バルタザルが、「嫁資や婚姻故の贈与の収益」と「モルゲンガーベ」の死後承継とを第19条の適用対象から外す際に、目的物の特定性を基準とする普通法学説に依拠したわけではなく、「死への言及mortis mentio」による「遺産承継や遺贈」の推定を反証で覆すという第19条内在的な解釈を展開していることにシュミットも気づいていたのである。個々の結論は異なっても、ラント法第19条の文言と趣旨に忠実な解釈を目指す点では、ラート、バルタザル、シュミットの志向は一致しているといえよう。

シュミットは、「嫁資や婚姻故の贈与の収益」、「モルゲンガーベ」の回復に続いて、嫁資合意によるいわゆる「寡婦分vidualitium」の設定についても論じ

ている(第13番)。Vでみたとおり、バルタザルは、「寡婦分dotalitium」を設定する嫁資合意一般を「生存者間の行為actus inter vivos」と見なすべき旨主張していたが(「解決」16第13番)⁴⁴⁾、「寡婦分」が「夫亡き後の妻のために設定されるuxori post mortem constituitur」にもかかわらず、当該嫁資合意が、「嫁資や婚姻故の贈与の収益」、あるいは、妻に先立たれた夫への「モルゲンガーベ」の回復について定める嫁資合意とは異なり、「死への言及」による推定とその反証を経ることなく、第19条による終意処分への読み替えを免れるのは一体なぜか、その論拠は示されていなかった。シュミットは、ここで一転バルタザルを支持し、「寡婦分の設定に関する限り、嫁資合意は生存者間の行為乃至契約としての効力を有するものと解するpacta dotalitia, quatenus respiciunt constitutionem vidualitii, vim actus sive contractus inter vivos habere」⁴⁵⁾と述べた上で、その論証を試みている。バルタザルとは異なり、嫁資合意に基づく「嫁資や婚姻故の贈与の収益」や「モルゲンガーベ」の回復について第19条の適用を例外なく肯定するシュミットには、そのような論証の必要性が一層強く感じられたのであろう。シュミットによれば、「寡婦分」設定目的の嫁資合意に基づく「債務obligatio」は、「夫の死亡mors mariti」という「不確定な事実incertus casus」によって左右されることなく、「合意当初から発生し有効であるab initio pactorum in effectum, et efficacia est」とされ、ただその履行(「寡婦分の供与vidualitii effectus」)が「夫の死亡時に先送りされているdiffertur in casum mortis mariti」にすぎないとされる⁴⁶⁾。この場合、「夫は寡婦の居住と

44) Practicae resolutiones, 212.

45) バルタザルは「寡婦分vidualitium=dotalitium」を設定する「嫁資合意」という趣旨で、この箇所のみ、<pacta dotalia>ではなく<pacta dotalitia>を用いている。なお、II注81も参照。

46) このような論理構成は、夫婦間相続目的の相互的合意を有効とする「ドイツの一般的慣習法universalis consuetudo Germaniae」との関わりで先に言及された「条件成就によって合意時に遡及して無条件と見なされる条件付き債務obligatio conditionalis, quae eveniente conditione ad tempus conventionis retrotrahitur, et pro pura habetur」に着想を得たものとも解され、「債務自体が死亡時まで先送りされる

扶養について死への言及とは無関係に単純に義務を負っているmaritus se ad habitationem, et sustentationem viduae sine ulla mentione mortis simpliciter obligat」のであって、第19条が5名の証人を求める夫婦間の相続合意とは異なり、夫の妻に対する一方的かつ単純な扶養義務に関わる当該合意には「債務の相互性reciprocatio obligationis」も「将来の出来事に対する不確定な期待 futuri eventus incerta expectatio」も見出されない。そうである以上、「この寡婦となることを停止条件とする既存かつ有効な債務を敢えて終意処分の枠にはめ、これに5名の証人の要件を課す理由はないtalem praesentem et efficacem obligationem sub conditione vidualitatis suspensam ad cancellos ultimarum voluntatum redigere, aut eidem necessitatem quinque testium imponere, nullam rationem videmus」というのである。

シュミットが第19条注釈の最後に論じている五つ目の問題は、「夫婦間の嫁資合意が一方あるいは他方の意に反して取り消され撤回され得るのか否か an pacta dotalia inter conjuges una, vel altera parte invita tolli, et revocari possint ?」、である。この嫁資合意撤回の可否については、ラート(「主張」35)やバルタザル(「解決」16第14番)も論じており、ベルリッヒによる叙述と文献引用を借用した後者の議論の問題点も既VIで指摘したが、「終意処分として有効となる合意や取決めが問題となっている場合、あらゆる終意処分は臨終の時まで不確定であるので、相手方の意に反してでも撤回可能である agimus de iis, quae valent in vim ultimae voluntatis, et tunc etiam altera parte parte invita revocabilia sunt, cum omnis ultima voluntas ad extremum usque spiritum ambulatoria sit」との混合合意論の帰結を支持する点では⁴⁷⁾、シュミットも変わらない。その一方で、シュミットは、混合合意

のではなく、夫と妻が夜を共に過ごす婚姻当日に債務は発生する ipsa obligatio non differtur ad mortem, sed oritur in ipso die matrimonii, quo maritus vigilat uxori」、あるいは、「寡婦となることを停止条件とする既存かつ有効な債務 praesens et efficax obligatio sub conditione vidualitatis suspensa」といったシュミットの言い回しにもその影響を見て取れるが、具体的な典拠は示されていない。

47) 「意思は臨終の時まで不確定である voluntas ad extremum usque spiritum

論に関する文献を一切引用することなく、先に提示された自らの第19条解釈に整合的な仕方では嫁資合意の撤回を論じることには徹している（第19条注釈第14番）。ラートやシュミットの第19条解釈によれば、「夫婦の一方または他方の死亡時における嫁資や反対贈与の収益について相互的に定めた嫁資合意 *pacta dotalia, quae disponunt reciprocè de lucro dotis, vel contradotis in casum unius, vel alterius praemorientis conjugis*」も含め、夫婦間相続目的の嫁資合意一般が「5名の証人 *quinque testes*」を要件に「終意処分として *in vim ultimae voluntatis*」有効となるわけであるから、第19条の適用を受けて終意処分に読み替えられた嫁資合意、つまり、「婚姻特約 *Heuratsgedinge*」を介した夫婦間の「遺産承継 *Erbfall*」や「遺贈 *Vermächtnus*」は、全て撤回可能ということになろう。

このようなそれ自体としては単純明快な結論を、シュミットは、予想される異論への論駁を通じて敷衍している。その異論とは、「相互的 *reciprocum*」であることの多いこの種の嫁資合意を「夫婦何れもが相手方に全く知られないまま撤回し破棄できる *ab alterutro conjugè altera parte prorsus ignorante revocari, et infringi possunt*」とすると、「夫婦の一方が他方を容易に欺き、相手方に知られないまま、死に瀕する間にこの相互的な処分を密かに取り消すことで、存命の配偶者からその期待していた利益を奪い去ることも可能となる *unus conjugum facile alterum decipere, et eo ignorante, dum forte est in extremo vitae periculo, hanc recipricam dispositionem clandestine rescindere, sicque consortem superstitem lucro, quod sperabat, defraudare potest*」ため、「極めて過酷かつ不合理 *prorsus durum et irrationabile*」で「信義に全く反する *esse contra omnem bonam fidem*」とするものである。この点、シュミットはまず、夫婦が相互に相続する旨の嫁資合意を交わした夫婦と利害関係が類似する場面として、夫婦がそれぞれ相手方を自らの相続人とする旨の遺言を一つの書面ではずす共同遺言を引き合いに出した上で、そのように「夫婦が相互的な

ambulatoria est」¹という言い回しは、バルタザルにも見られるが（「解決」16第14番第2段落末尾）、元々、ジッヒャルトが二つの法文（D.24,1,32,3; 34,4,4.）に依拠して用いたものであった。VI143-145頁参照。

遺言を作成する*conjuges faciunt reciprocum testamentum*」場合、「当該遺言を任意にそしてまた良き意図を以て撤回し変更するのは何れにとっても自由なのではなかろうか*nunquid cuilibet liberum est, illud pro libitu suo, et bona voluntate revocandi, et immutandi*」と指摘している。共同遺言における利害の相互性が当該遺言の撤回を妨げる理由にならないのであれば、一終意処分にすぎない夫婦間相続目的の嫁資合意にも同じことが妥当する。婚姻に際してその種の嫁資合意を交わした夫婦が置かれている立場は、合意が「相互的」であろうとなかろうと、「夫婦双方が別々の遺言を作成し、一方が他方に一定の目論見と思慮をもって顕著な遺贈を行った*ambo conjuges faciunt separata testamenta, et unus alteri scienter, et prudenter insigne legatum relinquit*」ような場合と何ら変わらず、「あらゆる終意処分は臨終の時まで撤回可能たるべし*omnis ultima voluntas ad extremum vitae spiritum revocabilis sit*」との「自明の法準則*firmissima regula juris*」に服するのである。この場合、合意の「撤回*revocatio*」は不法ではなく「自らの処分を任意に変更する権能*potestas, suam dispositionem pro libitu immutandi*」の行使にすぎないから、「撤回」による「不利益*praejudicium*」について「人的不法侵害*injuria*」を訴えることも当然ながら許されない。第19条には明言されていないように見える「婚姻特約」の「撤回」の可否は、「婚姻特約」を介した夫婦間の「遺産承継」や「遺贈」を、遺言による相続人指定や遺贈と同視する以上の論法によって、巧みに条文中に読み込まれたのである⁴⁸⁾。

48) なお、夫婦間相続目的の嫁資合意の撤回は、夫婦の一方が婚姻後に合意内容について後悔し撤回するような場合だけでなく、例えば婚姻後に夫婦が商売で成功し、婚姻時の合意相続分よりもラント法所定の夫婦共有財産の折半(第4条:ただし子の無い夫婦の場合に限られる)の方が有利となったために、夫婦の一方が亡くなった後に寡婦乃至寡夫が合意の放棄を主張する場合にも問題となり得る。この点は、存命配偶者による合意承継分と法定承継分との間の「選択*optio*」の可否として、バイエルンの新ラント法と同じく混合合意論を採用していたアウグスト勅法集の下、ザクセン法学において盛んに論じられた(拙稿「相続と嫁資合意」(4)及び(5)参照)。これに対して、シュミットが論じているのはあくまで生前撤回の可否にすぎない。

IX

プファルツ選帝侯フリードリッヒ5世（在位1610-1623年）に対する帝国アハトの執行名目でオーバープファルツを占領し、皇帝フェルディナント2世から生涯に限って選帝侯位を授与されていたバイエルン公マキシミリアン1世が、1628年、念願の選帝侯位の世襲を認められ、アムベルクを中心とするオーバープファルツは正式にバイエルン選帝侯領に併合される。オーバープファルツでは、フリードリヒ5世の先代フリードリヒ4世（在位1583-1610年）の下で制定された「オーバーバイエルンにおけるプファルツ選帝侯領ラント法 Churfürstlicher Pfaltz Fürstenthumbs in Obern Bayern Landrecht」（1606年）⁴⁹⁾が通用しており、バイエルン選帝侯領への上記併合後も、1616年のマキ

子の有無を問わず配偶者相続権を認めたザクセン法とは異なり、バイエルン法では、亡くなった相手の固有財産の文字通りの相続はそもそも一切認められておらず、寡婦にその法定承継分として認められた夫婦共有財産でさえ、夫婦に子の存する場合には、「子一人相当分」に限定され、婚姻時に嫁資を持参した妻にはこれさえも付与されないため（第1条）、合意承継分と法定承継分の逆転現象はそもそも生じにくい。ラートが「共同の事業を営む夫婦」について第1条と第4条の区別の排除を提案し、更には嫁資合意による対処を推奨したのも、法定承継分が元来少なすぎるとの問題意識に基づくものであった（II 108頁以下参照）。

- 49) 裁判手続と刑事関連の法を含む点では、マキシミリアンの法令集に収録された新ラント法ではなく、旧ラント法、つまり、「改定バイエルンラント法」に似ており、第1部「裁判手続*Iudicialia*」（更に「下級裁判所の手続及び規則*der Untergerichts Proceß und Ordnung*」、「宮廷裁判所規則*Hofgerichts Ordnung*」、「プファルツ選帝侯領の婚姻並びに婚姻裁判所の新規則*Churfürstlicher Pfaltz vernewerte Ehe=und Ehegerichts Ordnung*」の三つに区分されている）、第2部「契約及び行為について*Von Contracten und Handthierungen*」、第3部「遺言及び終意処分について*Von Testamenten und letzten Willen*」、第4部「遺言を伴わない遺産、あるいは、無遺言相続について*Von Erbschaften ohne Testament / vel De Successionibus ab intestato*」、第5部「刑事関連事項、すなわち、犯罪、加害、不正、並びに、それらに関わる刑罰及び規則*Criminalia / das ist: Peinliche Malefitz / Übel und Mißthaten*

シミリアンの法令集⁵⁰⁾から「ラント並びにポリツァイ規則」の一部や「略式手続」規則が導入されたのを除いて、三十年戦争の混乱のため法の不統一は放置された。戦後もマキシミアンの法令集の包括的導入による法統一ではなく、既存の上記ラント法の再編修正という方向で作業が進められ、選帝侯フェルディナント・マリーアの下で制定されたのが、「バイエルンの選帝侯陛下とオーバープファルツ侯領のラント法Landrecht der Churfürstlichen Durchlaucht in Bayrn und Fürstenthumbs der Oberrn Pfaltz」(1657/59年)であった⁵¹⁾。これは、

／ auch derenselben Straffen und Ordnungen betreffend」から成っている。なお、このオーバープファルツを対象とする1606年制定のラント法は、フリードリッヒ4世の亡くなる直前に、ハイデルベルクを中心とするライン中流両岸地域のプファルツ選帝侯領でも、「ラインのプファルツ選帝侯領の改定改善されたラント法Churfürstlicher Pfalz bey Rhein / erneuert und verbessertes Landrecht」(1610年)の名称で公布施行された。

50) 表題及び構成はI注13参照。

51) なお、立法史料に基づく近時の研究(Dittrich, Die Entstehung des Oberpfälzischen Landrechts von 1657/59 und seine Malefizprozeßordnung [1991], 16-38.)にも示されているとおり、マキシミアン1世没後、未成年のフェルディナント・マリーアに代わり領邦統治を担った母マリーア・アンナAnna Maria(1610-1665年: 皇帝フェルディナント2世の娘で、母はバイエルン公ヴィルヘルム5世の娘マリーア・アンナ)の下で1652年以降開始されたとされる立法作業に、1651年からバイエルン選帝侯の宮廷顧問官並びに控訴院判事を務め、1656年には枢密顧問官となったシュミットが、枢密顧問会における最終草案の作成も含めて、直接関与していたのは確かなようである(Dittrich, Die Entstehung, 32, 35, Anm.117.)。しかし他方で、当法令集がプファルツ法とバイエルン法の妥協の産物とも言える内容であり(次注参照)、シュミット個人に起草が委ねられていたわけでもないから、当該立法自体をシュミットの「法学上の作品das juristische Schaffen」や「著作Werke」の一つに数える理解(Hüttl, Caspar von Schmid, 33-34; Heydenreuter, Kriminalgeschichte Bayerns [2003], 71; Kramer, Schmid von Haslbach, Kaspar Freiherr, in: NDB 23 [2007], 137-138.)は行き過ぎであろう。上記研究も、シュミット以外の宮廷顧問官や枢密顧問官の関与に加え、特に、アムベルク統治府の顧問官としてオーバープファルツの実状に基づく改正提案を作成したアーダム・ローレンツ・ベーハムAdam Lorenz Böhmbach(?-1662年)の役割を強調している(Dittrich, Die Entstehung, 20-26, 113.)。

規模的には1616年のマキシミリアンの法令集に匹敵するものであり、そこには、法令集全体の名称と重複する形で、第1部「契約についてVon Contracten」、第2部「遺言及び終意処分についてVon Testamenten / und letzten Willen」、第3部「無遺言による遺産についてVon Erbschafften / ohne Testament」の計三部構成による「ラント法Landrecht」(以下こちらをオーバープファルツラント法と呼ぶ)が収録されている⁵²⁾。

52) 当法令集は、順に、「略式手続Summarischer Process」(1657年)、「競売手続Gandt Proceß」(1657年)、「裁判規則Gerichtsordnung」(1657年)、「ラント法Landrecht」(1657年)、「ラント並びにポリツァイ規則Landts=und Policy Ordnung」(1658年)、「刑事手続規則Malefitz Proceß Ordnung」(1658年)、「森林規則Forst Ordnung」(1659年)の計七つの法令から成っており、マキシミリアンの法令集との形式上の比較では、「ラント自由の宣言」と「狩猟規則」が欠け(前者に相当する法令はバイエルン選帝侯領への併合に伴いオーバープファルツのラント諸身分が廃されたため不要であった)、「刑事手続規則」と「森林規則」の順序が入れ替えられただけで、各法令の名称と収録順序は共通している。ただし、法令集全体の名称として「ラント法」を温存したために、収録法令の一つである狭義の「ラント法」と名称が重複することとなった。一方、法令集の内容面では、民事手続に関わる三つの法令、すなわち、「略式手続」、「競売手続」、「裁判規則」がマキシミリアンの法令集のものが取り込まれているのに対して、狭義の「ラント法」については、1606年の旧ラント法第2部、第3部、第4部がそれぞれ第1部から第3部に繰り上げられて維持されており、「ラント並びにポリツァイ規則」については、旧ラント法に先立って同じくプファルツ選帝侯フリードリヒ4世の下で制定されていた「オーバーバイエルンにおけるプファルツ選帝侯領ラント規則Churfürstlicher Pfaltz Fürstenthumbs in Obern Bayern Landsordnung」(1598年、印刷公刊は1599年)を収録するといったように、オーバープファルツラント法が全体として、プファルツ法とバイエルン法が混和した内容となっているばかりでなく、「刑事手続規則」では法令それ自体の中で両法が混在している(同規則前半の第1章から第7章には、マキシミリアンの法令集の「刑事手続規則」に対応する刑事手続規定が、後半の第8章から第12章には、オーバープファルツの旧ラント法第5部全70章の内、第8章以下の刑事実体規定が五章分に整理されて収められている)。オーバープファルツラント法の編別構成については、Dittrich, Die Entstehung, 5-8.、及び、Schroeder, Das Oberpfälzer Landrecht von 1657/59 – ein Zeugnis für die Eigenständigkeit der Oberpfalz im 17. Jahrhundert, in:

本稿の主題である夫婦間相続目的の嫁資合意乃至婚姻特約については、オーバールプファルツラント法第2部第5章⁵³⁾に規定が存する。「婚姻特約が終意処分の効力を有すべきとされる場合Das Eheberedungen krafft eines Letzten Willens haben sollen」との見出しが付された同章は、内容文言とも旧ラント

ZRG GA 110 (1993), 482-495.を参照。

- 53) 「婚礼の前または後に、夫婦双方、その友人、その他信頼できる者の立会の下、夫婦自身やその子等の相続や遺産にかんして、前出第1部第22[→23]章所定の基準に従って取決めが為された婚姻特約は、たとえ前章第4[→3]章に定められた基準と方式に従って作成されていなくても、それとは別の遺言や終意処分としての効果及び効力を有するものとするが、夫婦双方の意図と意思を以て変更されあるいは破棄される場合はこの限りではない。Eheberedungen / darin in beysein beeder Ehegemächt / und derselben Freund / oder andern Biderleuthen vor / oder nach der Hochzeit ihrer selbst / und deren Kinder Succession / und verlaßthumbs haben / auff maß / wie in vorgehendem ersten Thail Landrechtens bey dem 22. Titul gesetzt / verordnung beschehen / sollen / ob sie schon nit auff maß und form / wie oben in dem vierten Titul vermeldt / auffgericht / dannoch ihre krafft und würckung als andere Testament und letzte Willen haben / es were dan / daß sie mit beder Eheleuth wissen und willen geändert / oder abgethan weren.

また、そのような婚姻特約において然るべき節度が保たれるように、余は、前婚から生まれた一人あるいはそれ以上の子が存する場合、夫婦の一方は、義父あるいは義母となる相手方に対して、贈与、婚姻特約、遺言やその他の終意処分によって、自らから遺贈され贈与され譲与されあるいは遺される子等の一人分を超えて遺贈若しくは譲渡してはならず、それ故、相手方にそれを超えて譲与され贈与されあるいは遺贈されたものは、遺産分割に際して存在せず無効なものとして扱われるものとする。Und darmit auch in solchen gebürende maß gehalten werde / so wollen wir / das auff den fall Kinder eines oder mehr auß erster Ehe gebohren / vorhanden / kein Ehegemächt dem andern / es sey Stieffvatter oder Mutter / weder durch Schanckung / Eheberedung / Testament / oder einigen andern letzten Willen mehr als seiner Kinder einem / dem am wenigsten von ihme vermacht / geschenckt / gegeben / oder hinderlassen worden / zuvermachen / und zuübergeben macht haben / sondern was also denselbigen weiters gegeben / geschenckt / oder vermacht worden / als nichtig und unkräftig in gemaine Erbthallung gehörig seyn solle.」(Landrecht, 263.引用は1657年ミュンヘン刊のテキストによる。)

法の第3部第5章⁵⁴⁾と同一であり、また、同章第1文は、元々、プファルツ選帝侯ルートヴィヒ6世（在位1576-83年）の下で制定された「プファルツ選帝侯領ラント法Churfürstlicher Pfaltz Landtrecht」（1582年）第3部第6章⁵⁵⁾に

54) “Eheberedungen / darin in beyseyn beeder Ehegemecht / und derselben freund oder andern Biderleuthen vor = oder nach der Hochzeit ihrer selbst und deren kinder Succession / und verlaßthumbs halben / auff maß / wie in vorgehendem zweyten theil Landrechts bey dem 22. Titul gesetzt / verordnung beschehen / sollen / ob sie schon nicht auff maß und form / wie oben in dem vierten Titul vermeldt / auffgericht / dennoch ire krafft und wirkung als andere Testament und Letzte willen haben / Es were dann / daß sie mit beeder Eheleuth wissen unnd willen geändert / oder abgethan weren.

Unnd darmit auch in solchen gebürende maß gehalten werde / So wollen wir das auff den fall Kinder eines oder mehr auß erster Ehe geboren / vorhanden / kein Ehegemecht dem andern / es sey Stieffvatter oder Mutter / weder durch Schanckung / Eheberedung / Testament / oder einigen andern Letzten willen mehr als seiner Kinder einem / dem am wenigsten von ihme vermacht / geschenckt / gegeben / oder hinderlassen worden / zuvermachen / und zuubergeben macht haben / Sondern was also denselbigen weitters gegeben / geschenckt / oder vermacht worden / Als nichtig und unkrefftig in gemeine Erbthellung gehörig seyn sollen.”(Dritter theil der Churfürstlichen Pfaltz LandtRechte, 9.引用は1606年アムベルク刊のテキストによる。綴り等を除けば、オーバープファルツラント法に収録される際に裁判手続にかんする第1部が省略され繰り上がったために、第一文の下線部の文言「第2部」が「第1部」に変更されたのが唯一の相違点である。)

55) “婚礼の前または後に、夫婦双方、その友人、その他信頼できる者の立会の下、夫婦自身やその子等の相続や遺産にかんして取決めが為された婚姻特約は、たとえ前章第4章に定められた基準と方式に従って作成されていなくても、それとは別の遺言や終意処分としての効果及び効力を有するものとするが、夫婦双方の意図と意思を以て変更されあるいは破棄される場合はこの限りではない。Eheberedungen / darinn in bey sein beyder Ehegemächt / und derselben Freundt / oder anderer Biderleut vor oder nach der Hochzeit / ihrer selbst / und deren Kinder Succession / und Verlaßthumbs halben / Verordnung beschichen / dieselben sollen / ob sie

遡る。このオーバープファルツラント法第2部第5章第1文には、「婚礼の前または後に、夫婦双方、その友人、その他信頼できる者の立会の下、夫婦自身やその子等の相続や遺産にかんして、前出第1部第22章所定の基準に従って取決めが為された婚姻特約は、たとえ前章第4章に定められた基準と方式に従って作成されていなくても、それとは別の遺言や終意処分としての効果及び効力を有するものとするEheberedungen / darin in beysein beeder Ehegemächt / und derselben Freund / oder andern Biderleuthen vor / oder nach der Hochzeit ihrer selbst / und deren Kinder Succession / und verlaßthumbs halben / auff maß / wie in vorgehendem ersten Thail Landrechts bey dem 22. Titul gesetzt / verordnung beschehen / sollen / ob sie schon nit auff maß und form / wie oben in dem vierten Titul vermeldt / auffgericht / dennoch ihre krafft und würckung als andere Testament und letzte Willen haben」とあり、「夫婦自身やその子等の相続や遺産にかんして ihrer selbst / und deren Kinder Succession / und verlaßthumbs halben」結ばれた「婚姻特約 Eheberedungen」が「遺言や終意処分 Testament und letzte Willen」としての効力を保持するとの混合合意論が明確に採用されている。ただし、「前出第1部第22章所定の基準に従って auff maß / wie in vorgehendem ersten Thail Landrechts bey dem 22. Titul gesetzt」というのは明らかに誤りであり、実際には、第1部第23章「嫁入り道具、嫁資、及び、それらの反対贈与 Von Ehestewer / Heurathgut / und deselben Widerleg」を指示しているものと解される。この誤指示は、オーバープファルツラント法が、1606年の旧ラント法第2部の規定を第1部として収録する際に、「寄託 Depositum」の特則として「係争物の強制保管乃至供託 Sequestration oder hinderlegung der strittigen Güeter」に関わる第7章を新設挿入しそれ以降の章の順序が繰り下がったに

schon nicht auff Maß und Form / wie oben in dem vierdten Titul vermeldt / auffgericht / dennoch ihre Krafft und Wirkung / als andere Testament und letzte Willen / haben / Es were dann / daß sie mit beyder Eheleut wissen und willen geendert / oder abgethan weren.”(Dritter theil der Churfürstlichen Pfaltz LandtRechte, 6.引用は1582年ハイデルベルク刊のテキストによる。)

もかわらず、旧来の章の指示が修正されないまま放置されたもののようである⁵⁶⁾。この第1部第23章の第3文⁵⁷⁾によれば、「嫁資や反対贈与の取決めや設定に際して更に、夫婦の一方あるいは他方の死亡時に存命者が上述の嫁資や反対贈与、あるいは、その他亡くなった相手方の財産で持参され相続され取得されたものの何について所有権を取得しあるいは用益権を保持乃至取得すべきかもまた述べられ定められているbey verordnung / und setzung der Ehestewr und widerlagen allerhand pacten und geding / was auff eines / oder deß

56) 後述のもう一つの誤植共々、法令集巻末の索引末尾に付された「正誤表Errata」には言及はなく、そこに見える「残りの誤植は有能な読者であれば気づかれるであろうDie ubrige Errata wird der günstige Leser zubeobachten wissen」との指摘を文字通り受け取った上で、本章を理解する必要がある。

57) “また、嫁資や反対贈与の取決めや設定に際して更に、夫婦の一方あるいは他方の死亡時に存命者が上述の嫁資や反対贈与、あるいは、その他亡くなった相手方の財産で持参され相続され取得されたものの何について所有権を取得しあるいは用益権を保持乃至取得すべきかもまた述べられ定められることもあり、この種の特約は、死亡時の事柄について為され、それ故、当事者つまり夫婦の自由と裁量に委ねられるべきものであるから、それらの婚姻特約を、所轄当局の下で記載し署名捺印すること、あるいはまた、通常の嫁資証書、つまり、4名乃至5名の信頼でき嫁資合意に立ち会った証人の証明捺印を伴い書面化された嫁資合意や公正証書よって証明することを許し、そうでなければ無効とすべきものと余は命じ欲する。Und dieweil sich begibt / daß bey verordnung / und setzung der Ehestewr und widerlagen allerhand pacten und geding / was auff eines / oder deß andern Ehegemahls absterben / das letztelebend / an ermeltem Heurathguet / Widerlag / oder andern deß verstorbenen zugebrachten / ererbten / und errungenen Güetern gewinnen / eigenthumblich / oder nießlich inbehalten / oder haben soll / beredt und bewilligt werden: Ordnen unnd wöllen wir / da dergleichen abredungen von todtfällen geschehen / daß alsdan den Partheyen oder Eheleuthen freystehen unnd unbenommen seyn soll / solche Eheberedungen vor ihrer ordentlichen Obrigkeit beschreiben / und versiglen / oder sonst durch gewöhnliche Instrumenta dotalia, und verbriefte Heurathsberedung und Notuln / under vier / oder fünff glaubwürdiger bey der Heurathsabred gewesener gezeugen Insigeln / bestettigen zulassen / sonsten aber nit gelten sollen.”(Landrecht, 244.)

andern Ehegemahls absterben / das letztlebend / an ermeltem Heurathguet / Widerlag / oder andern deß verstorbenen zugebrachten / ererbten / und errungenen Güetern gewinnen / eigenthumblich / oder nießlich inbehalten / oder haben soll / beredt und bewilligt werden」場合、そのような「死亡時の事柄について von todtfällen」為された「婚姻特約 Eheberedungen」が有効となる要件として、「所轄当局の下で記載し署名捺印すること vor ihrer ordentlichen Obrigkeit beschreiben / und versiglen」、もしくは、「通常の嫁資証書によって証明すること durch gewöhnliche Instrumenta dotalia bestettigen」が求められている。後者の「通常の嫁資証書 gewöhnliche Instrumenta dotalia」とは、「4名乃至5名の信頼でき嫁資合意に立ち会った証人の証明捺印を伴い書面化された嫁資合意や公正証書 verbriefte Heurathsberedung und Notuln / under vier / oder fünff glaubwürdiger bey der Heurathsabred gewesener gezeugen Insigeln」を指しており、第2部第5章第1文で指示された「基準maß」とは、嫁資や反対贈与（婚姻故の贈与）の収益を含む夫婦間相続（あるいは終身用益権設定）目的の嫁資合意の有効要件であることになる。1582年のプファルツ選帝侯領ラント法第3部第6章の時点ではこれに対応する指示は見当たらず、「夫婦双方、その友人、その他信頼できる者の立会の下で取決めが為される in beysein beeder Ehegemächt / und derselben Freund / oder andern Biderleuthen verordnung beschehen」という文言のみでその趣旨が不明瞭であったところ、1606年の旧ラント法において、共に夫婦間相続目的の婚姻特約を扱う両章の内容的な連関から有効要件が明確化され、それが1657年の新ラント法に引き継がれたものと解される。第1部第23章第3文との関係で、第2部第5章第1文が有する固有の意義は、第3文の「基準」が親子間相続目的の婚姻特約の有効要件としても妥当すること、そして何よりも、相続目的の婚姻特約の効力が「遺言や終意処分」としてのそれに限定されるという点に存する。

第5章第1文に見られるもう一つの他章指示、すなわち、「前章第4章に定められた基準と方式に従って auff maß und form / wie oben in dem vierten Titul vermeldt」という箇所も誤りであり、実際には、死に瀕した緊急時の特

別な遺言方式について定める第4章ではなく、むしろ、遺言作成一般の諸原則を定める第3章を指示しているものと解されねばならない。こちらの他章指示は、1582年のプファルツ選帝侯ラント法第3部第6章に既に見られたものであり、同ラント法では遺言の一般的方式は確かに第4章に規定されていた。しかし、1606年の旧ラント法制定に際して、遺言や終意処分の定義乃至区分に関する旧第1章及び第2章が第1章に統合整理されたために章の順序が繰り上がったにもかかわらず、新第5章での他章指示は旧第6章のままで、それが1657年の新ラント法においても修正されなかったようである。本来指示されるべき第3部第3章「遺言は如何にして作成されるべきかWie Testament auffgerichtet werden sollen」では、遺言作成に5名乃至7名の証人の立会を求める「普通法の規定außweisung gemainer Rechten」⁵⁸⁾の領邦内での通用が確認される一方で(第1文⁵⁹⁾)、証人の立会を要しないラント法固有の「単純かつ簡便な方

58) 遺言一般について7名(C.6,23,21.)、いわゆる全部自筆遺言holographum testamentumについては5名(C.6,23,28,6.)の証人が求められる。なお、普通法上、小書付(C.6,23,28,6; 6,36,8,3; 6,42,32,pr.)、死因贈与(C.8,57,4.)についても5名の証人を要するが、当ラント法では、第1章第1文に、「普通成文法では、この後余のラント法で扱われるのと同様に、小書付、信託遺贈、遺贈、ラテン語に死因贈与と呼ばれる死因譲与のように様々な終意処分について扱われているけれども、これらにおいては適法かつ明確な相続人指定が行われてない以上、遺言として十分なものとはいえない。Obwol in gemainen geschribenen Rechten von vilerley letzten Willen / als Codicillen, Fideicommissen, Lrgaten unnd ubergaben von todts wegen / Donaiones mortis causa in Latein genant / wie auch in disen unsern Landrechten hernacher gehandelt wird: Jedoch weil in denselben die rechte und gerade Erbsatzung nit statt hat / so seynd sie auch nit so ansehnlich / als ein Testament.」(Landrecht, 257.)とあるので、第3章所定の方式も、終意処分一般ではなく、「遺言」のみを想定しているものと解される。

59) “余の臣下臣民の内て普通法の規定に従つて遺言を為そうとする者に余はそれを許す。しかし、これと並んで、前述の諸理由から、以下のような単純かつ簡便な方法を臣民等のために案出させ明示させることにした。Welcher under unsren Underthanen und Angehörigen / nach außweisung gemainer Rechten Testiren will / dem stellen wir es frey. Dabeneben aber auß obgemelten ursachen haben wir nachfolgende

法schlechtere und einfältigere weg」そして、「市参事会Rath」や「裁判所 Gericht」に出頭し言明した遺言を公簿に登録させる方式(第2文⁶⁰⁾)や、封印した遺言を同じく「市参事会」や「裁判所」に提出し保管させる方式(第3文⁶¹⁾)が定められている。この点を踏まえて、前述の第1部第23章の指示と合わせ読むならば、結局、本章第5章第1文からは、相続目的の婚姻特約が市参事会や裁判所への申告登録あるいは証書保管といった方式を履んでいなくても、4名乃至5名の証人の立会の下に当該特約を含む嫁資証書が作成される限り、当該特約が「遺言や終意処分」の一種として有効になるとの帰結を引き出すことができる。未熟な立法技術による誤った他章指示や表現の相違はともか

schlechtere und einfältigere weg / ihnen zum besten / begreifen / und vorschreiben lassen.”(Landrecht, 262.)

- 60) “第一に、ある者が遺言を為そうと欲し、本来求められている証人を伴わず、市参事会や裁判所に出頭し、その場で、死後に誰を相続人に指定するか、そうでなければ何かを遺贈する旨の終意処分を言明表示し明確に求め、それを裁判所の公簿かそのために用意されている参事会の公簿に登録する場合、それもまた有効かつ確実な遺言とみなされるべきものとする。Als erstlich / soll diß auch für ein kräftig beständig Testament gehalten werden / da einer zutestiren gewillt / ohne einige zu sich geforderte Zeugen / vor Rath oder Gericht erschine / daselbsten seinen letzten Willen / wen er nach seinem Todt zum Erben haben / oder sonsten etwas verlassen wölle / erklärt und anzeigt / mit außtruckentlichem begehren / solches in das Gerichts=oder darzu verordnete Rathzbuech auffzuzaichen.”(Landrecht, 260.)
- 61) “同様に、ある者が秘密裡に遺言を書き、あるいは、別の誰かに書かせ、その遺言を自らかあるいは受任された弁護士によって封印し、裁判所か市参事会に提出し、あわせて、それが自らの終意処分であるから、それを死亡時まで保管しその後必然べく開封するよう求めた場合であっても、そのような遺言もまたその場に他に証人が立ち会わなかったにもかかわらず有効となるべきものとする。Desgleichen ob jemand ein Testament dahaimb schriebe / oder durch jemand anders schreiben ließ / und dasselb durch sich selbst / oder durch seinen gevollmächtigten Anwald mit seinem Pettschafft versigelt / hinder Gericht oder Rath legt / mit begehren / weil es sein letzter Will / dasselb biß zu seinem absterben verwahrlich zuhalten / und alsdan gebührlich zueröffnen / so soll solch Testament auch kräftig seyn / unangesehen / daß kein anderer Zeug dabey gewesen.”(Landrecht, 260.)

く、オーバープファルツラント法第2部第5章第1文が、夫婦間相続目的の嫁資合意を5名程度の証人立会を要件に終意処分を読み替える混合合意論の核心部分において、バイエルンラント法第1章第19条と一致するのは確かである⁶²⁾。

本稿でも繰り返し述べてきたとおり、バイエルンのラント法上、夫婦間相続目的の婚姻特約は、個々の夫婦の置かれた事情に応じて死別時の存命配偶者の承継分を予め定め、ラント法所定の存命配偶者の取得分の不足不都合を修正する役割を果たすものとして、嫁資文書への挿入がむしろ推奨されていたが、オーバープファルツラント法においても事情は変わらない。第3部第11章「相互に遺言その他の終意処分なく亡くなった夫婦の遺産及び相続について Von Erbschaft und Succession der Eheleut / so ohne Testament / oder andern letzten Willen von einander versterben」⁶³⁾は、死亡者に直系傍系の近親者が全

62) これに対して、旧ラント法第3部第5章で新たに追加され新ラント法でも維持された第2文は、前婚による子を有する者の再婚時に当該夫婦間で為される「贈与、婚姻特約、遺言やその他の終意処分 Schanckung / Eheberedung / Testament / oder einige andere letzte Willen」について、前婚による子の相続上の利益に配慮して、その範囲を子一人分に限定するものであり、バイエルンラント法では、夫婦間贈与について第1章第1条（I注17参照）の第2文但書に同趣旨の規定が存するが、当該制約が婚姻特約にも及ぶとの趣旨の明文の規定はない。

63) 「死亡者が、卑属にあたる子や孫も、尊属にあたる親も、また同じく傍系の親族も残さなかったならば、その場合に初めて、普通成文法は、存命の配偶者である男あるいは女に、亡くなった者の遺産を相続することを許し、国庫に優先させており、余はこの規定に満足している。So der Verstorben weder Kinder / oder Enickel in absteigender / noch Eltern in auffsteigender / deßgleichen auch keine Verwandten der zwerch Linien / hinder ihm verlassen hätte / alsdann erst / haben die gemeine beschriebene Recht[e] / dem uberlebenden Ehegemächt / Mans= oder Frawenperson / deß verstorbenen Ehegemächts Verlassenschaft zuerben zugelassen / und dem Fisco vorgezogen / bey welcher verordnung wir es lassen bewenden.

しかし、そのような事態が生じるのはまれであるため、夫婦の一方が他方の相続にほとんど与ることないが、それにもかかわらず、夫婦間には非常に分ちがたい

交わりと繋がり存しており、夫婦がそれを当然享受すべきところ、亡くなった夫婦の一方が裕福で存命である他方が貧しく無一文であるというのは如何にも奇妙であり、それ故、存命の配偶者が貧困に陥り亡くなった者の恥となるような生活を強いられることのないように、より新しい皇帝の法は、子等やその他の血縁者が存する場合についても別の定めを設けたが、その後、それが原因で、余の領邦においても方々で、不平等で誤っている上に場合によっては有害で過剰な慣行が数多くはびこっており、例を挙げるならば、子が四方の壁に向かって産声をあげた〔相続人たる資格を得た〕後に夫婦よりも先に亡くなったにもかかわらず、夫婦が相互に全く直接的かつ完全に相続し、婚姻後に取得され獲得された財産の夫側承継分（シュヴェアトタイル）と妻側承継分（シュピンデルタイル）に関してもまたそうであるとするものが存する。更に、多くの地域では、両親が全てについて相続し合うという点が、子が存する場合にも、子の財産権制限（フェアファンゲンシャフト）と共に、厳格にかつ自然的衡平に反して遵守されており、子等がその財産権制限を知らされないまま窮乏と貧困に陥ることになる。というのも、用益権の目的たるあらゆる財産、動産の取得、債務の弁済、その他支払う必要のない多くのものについても上記の点が遵守されているからであり、それは極めて不都合で影響の大きい結果をもたらしたために、余の多くの臣民たちがこの点についてしばしば苦情を申し立てているだけでなく、多くの場合、不和と争い、そして、大きな負担、損害、不利益を伴う長たらしい訴訟へと巻き込まれている。Nachdem aber solcher fall sich selten zuträgt / also / daß ein Ehegemächt schier zu keiner Succession deß andern kommen mögen / und doch nichts destoweniger zwischen Eheleuten die höchste / unaufflöbliche Gesellschaft / und Freundschaft ist / deren sie billich ergötzlichkeit empfinden sollen / sonderlich so das verstorbene Ehegemächt reich / und das überlebend arm und unvermüglich ist / so haben dahero / und damit das überlebend Ehegemächt nit in armut / und zu schande deß abgestobenen leben müsse / die jüngere Kayserliche Rechten / auch auff den fall / da Kinder / oder andere Blutsfreund vorhanden / unterschiedliche verordnung gethan / wie dan auch umb solcher ursachen willen / hin und wider in Unserm Fürstenthumb mancherley / wiewol ungleiche und irrige / thails auch böse / und übermässige gebräuch eingerissen / als wan ein Kind / wie man es genennt / die vier wänd beschryen / daß alsdan die Eheleut / ob schon solch Kind vor ihnen gestorben / einander dannoch ohne alle mittel und durchauß geerbet / Item / in errungenen und gewunnen Güetern / deß Schwerdt= und Spindelthails halben / Item / da es an

く存しない場合に国庫に優先してその存命配偶者に相続させる「成文普通法 die gemaine beschriebene Rechte」⁶⁴⁾の通用を認める一方で(第1文)、「子等やその他の血縁者が存する場合においても auch auff den fall / da Kinder / oder andere Blutsfreund vorhanden」存命配偶者に一定の相続分を認めた「より新しい皇帝の法 die jüngere Kayserliche Rechte」⁶⁵⁾に由来するとされる「夫婦が相互に全く直接的かつ完全に相続し合う die Eheleut einander ohne alle mittel und durchauß geerbet」との「慣行 gebräuch」については、子等やそれに続く直系尊属や傍系親族等の相続権を脅かし、「不和 Hader」や「争い Zanck」、そしてまた、「大きな負担、損害、不利益を伴う長たらしい訴訟 langwirigen Rechtfertigungen / mit grossen ihren kosten / schaden / und

vilen orten / auch im fall Kinder vorhanden / mit der verfangenschaft also streng / und wider die natürliche billigkeit gehalten wird / daß die Eltern bey allem Guet / und vil mehr die Kinder bey vorenthaltung ihrer verfangenschaft noth und mangel leyden müssen: Dan auch deß Beysitz bey allen Gütern / gewinnung der Farnus / bezahlung der schulden / und anderer mehr dingen halben / so unnoth zuerzehlen / welches ein solch irrig und weitläuffig Werck gewesen / daß sich nit allein vil Unser Underthanen darüber offtermals beschwert / sonder auch mehrerthails zu Hader / Zanck und langwirigen Rechtfertigungen / mit grossen ihren kosten / schaden / und nachthail gerathen.

そのような不平等や苦情に適切に対応し善処するために、余は、領邦の君主として、そのような夫婦間の相続について、許容できる方正かつ公正な手段及び方法を以て、今後余の領邦においては、婚姻特約や終意処分の存しない限り、以下〔第12章から第17章〕にそれぞれあるとおりに判断し定め命ずるものとする。Welchen ungleichenheiten und beschwerungen nun der gebür zubegegnen / und zufürkommen / so haben Wir / als der Landsfürst / solche Erbschaften zwischen Eheleuten auff leydenlich / ehrbare / und billiche mittel und wege / wie es hinfüro in Unserm Fürstenthumb / wo nit Eheberedungen / oder letzte Willen vorhanden / gerichtet / gesetzet / und geordnet / wie unterschiedlich hernach folgen thut.〕(Landrecht, 312-313.)

64) C.6,18,1.

65) Authentica <Praeterea>, C.6,18,1.

nachthail」をもたらしているが故に、その効力を否定し、存命配偶者の取得分について本来の相続人の利害とも調和し得るラント固有の規定を置く旨宣言している(第2文及び第3文)。ここに言う「より新しい皇帝の法」とは、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文であり、存命配偶者の困窮に配慮して4分の1もしくは子一人分を付与しているが、バイエルンラント法でもこの普通法の準則の適用を明文で禁じていた(第1章第4条第3文後段)⁶⁶⁾。オーバープファルツラント法は、子の有無に応じて、続く第12章「初婚、再婚、再々婚による子等を残さず、遺言、終意処分、婚姻特約その他の特約もなく互いに亡くなった夫婦の遺産について Von Erbschafften deren Eheleut / so ohne hinderlassung ainiger / auß der ersten / andern / oder dritten Ehe / Kinder / auch ohne Testament / letzte Willen / Eheberedung / oder andere geding / von einander todts verfahren」⁶⁷⁾と、第13章「死亡し前婚や後婚から子等を

66) I 注15参照。ただしそこでは、当該公撰集引用要約文の適用を排除する理由は、それに由来する「慣行」のもたらす不都合ではなく、当該公撰集引用要約文それ自体が「当諸侯領において全く用いられてこなかった in disen Fürstenthumben nie in ubung gewesen」という点に求められている。

67) 「夫婦の一方が他方から俗世での死によって別たれ、前婚と後婚何れからも子を後にのこさず、夫婦が以前に共に子等を養育したことがあっても、それらの子等が夫婦の存命中にやはり亡くなってしまったような場合について、余は次のように定め命じ求めるものとする。すなわち、存命の配偶者には、婚姻特約つまり嫁資合意や、その他の終意処分が夫婦間で作成されていない限り、別の章で扱われる債務の弁済の後に、死亡者に由来する全不動産の半分について、ラテン語で終身用益権と呼ばれる生涯にわたる寡婦(夫)分が確実に保持されるが(ただしそれを死亡者の最近親者にその求めに応じてその所有権のために提供する適正な担保の下に)、死亡した配偶者の不動産の残りの半分はその最近親者によって直ちに承継される。Auff disen fall / da ein Ehegemächt von dem andern durch den zeitlichen Todt geschiden / und weder auß voriger / noch der letzten Ehe Kinder hinder ihme im Leben verlassen wurde / ungeachtet sie hiebevur Kinder miteinander erzihlt / die in ihrer beyder Lebsseiten widerrumb verstorben: Setzen / ordnen / und wollen wir / daß dem letztlebenden Ehegemächt / da sonst keine Heuratsberedung / pacta dotialia, oder andere letzte Willen deßwegen zwischen ihnen Eheleuten auffgericht

vorhanden / nach abzahlung der Schulden / davon hernacher ein sonder Titul folgen wird / sein lebenslang der Besitz / zu latein Ususfructus genant / bey dem halben Thail aller vom Verstorbnen herrührenden ligenden Güeter (doch auff gebürliche Caution / so dasselb deß Abgestorbenen nechsten Befreunden / auff begehren / wegen deß Aigenthumbs zulaisten) ungeirret verbleiben / den andern halben thail aber / an deß erst verstorbenen Ehegemächts liegenden Güetern / desselben nechsten Erben alsbald folgen lassen solle. 同じく、存命配偶者は、持参されたものか相続されたものかは問わず全ての動産を、不動産及び動産からの全収益とともに、区別なく所有権者として取得するが、死亡した夫の動産の内、衣服、宝石や武器、甲冑、馬、書籍その他亡くなった者の身体や身分に専属するものはその最近親者によって承継され、また、妻が夫に先立った場合には、妻の衣服、宝石、女性用装身具、妻の一身に専属するものが、約束されている場合にはモルゲンガーベも含めて、その最近親者によって承継される。勿論、以上によって専属から彼等に帰属すべき義務分が奪われることはない。Desgleichen soll das Letztlebend alle Fahrnus / die sey zugebracht / oder ererbt / sambt der gantzen errungenschaft in ligenden und bewöglichen Güetern / ohne unterschied / eigenthumblich behalten / allein daß auß der Fahrnus deß verstobenen Mans nechsten Freunden / die klaiden / Kleinodien / oder Gewehr / harnisch / raistige Pferrdt / Bücher / und anders zu deß verstobenen Leib / und Stand / und da hingegen die Fraw vor dem Man versturbe / deroselben nechst Verwandten / ihre Klaiden / Kleinodien / Weiblicher Geschmuck / und was ungefährlich an dero Leib gehörig / sambt der Morgengab / da ihr ainige versprochen / gefolgt werden: Jedoch den Elteren an ihm gebührenden Pflichtthail / dadurch nichts benommen.

更に、余の官吏、顧問官、裁判所、臣民等が、この余のラント法において不動産や動産が一体何を指しているのか知ることができるように、余はそれを以下のとおり解明し、ここに定めることにする。すなわち、土地、家屋、農場やそれに付属する権利、世襲賃租、償却不能な定期金や土地債務だけではなく、証書化された債務、賃租、償却可能な定期金で、持参されたもの、相続されたもの、その他定期金の償却や不動産の購入のためにまとめて金銭で保持されているものもまた、不動産と見なされるべきであるが、それ以外の者は全て、余が不動産と解している商品、雑貨、手工業品その他商売や営業にかかわるものを除いて、動産の内に数えられ、動産として捉えられるべきものとする。Und damit auch unser Amptleut / Rath / Gericht / und Underthanen / wissens haben mögen / was in disen unsern Landrechten

残した夫婦の遺産について Von Erbschafften deren Eheleut / so mit Todt abgehen / und auß erster / oder letzter Ehe Kinder verlassen」⁶⁸⁾ とに分けて

ligend / unbewöglich Guet / oder Farnus aigentlich genent were / so wollen wir solches dahin erklärt und hiemit geordnet haben / das nit allein ligende Feldgüeter / Häuser / Hof / und desselben anhangende Recht / item Erbzinß / unablösige Renten / Gülten / sonder auch verbriefte Schulden / Zinß / und Gülten / so auff ablösung stehen / desgleichen zugebracht / ererbt / oder sonst auff Gülten außzuthun oder unbewögliche Güeter darumb zukaufen zusammen gehalten par Gelt / für ligend Guet zuachten: Alles uberige aber / ausserhalb Kauffmanschafften / Krämerey / Handwerckzeug / und anders zur Handthierung und dem Gewerh gehörig / so wir auch für ligends verstanden haben wollen / under die Farnus gerechnet / und in derselben begriffen seyn soll.

他方、収益とは、夫婦双方が婚姻中に、(遺産、受遺物、受贈物として夫婦にもたらされたのではなく) その勤勉な労働、慎重な家計管理や巧みさによって、神の恩恵を通じ、取得し、獲得し、あるいは、手に入れることで、夫婦の生計の改善に役立った全てのものを言う。Errungenschafft aber ist alles / was zway Eheleut in stehender Ehe / mit ihrer fleissigen arbeit / fürsichtiger Haußhaltung und Geschickligkeit (uber ihr Zubringens ererbts / legirts / oder Geschenckts) durch Gottes Segen erlangen / erobern / oder an sich bringen / und dardurch nahrung bessern.

ただし、持参財産、相続財産、受贈財産から何かが売却される場合には、それによって得られた金銭は、上記の点と似ていようがいまいが、収益とは見なされず、それを元々承継しあるいは贈与された夫婦の一方にのみ依然として属する。Da aber von zugebrachten / ererbten und gescheckten Güetern etwas verkauft / ist das darauß erlößte Gelt / es sey gleich angelegt / oder nit / vor kein Errungenschafft zuhalten / sonder bleinbt dem Ehegemächt allein / dem es vorhin anerstorben / oder geschenckt gewesen.」(Landrecht, 313-314.)

- 68) 「夫婦の一方が他方と死別し、その者が後婚もしくは前婚によっても子を残した場合、前条にも定められたとおり、債務の弁済の後、死亡者に由来する不動産は全て、その者の子等にその所有物として帰属し、また、死亡者の動産、そして、収益については、それが動産にせよ不動産にせよ、死亡者が子等の父である場合には2分の1、母が亡くなった場合には3分の1をそれぞれ超えないものが、同じく上記の子等に所有物として承継されるが、上記動産及び収益の残りの部分は、存命配偶者に完全

に保持され、その好みと意思のままに、自己の特有財産と同様に、引き続き支配し管理されるものとする。Wan ein Ehegemächt von dem andern versturbe / so auß der letzten / oder auch vorigen Ehe Kinder verliese / sollen alsdan nach abzahlung der Schulden / wie auch bey nechst vorgehendem Titul angelegt / alle von dem Verstobenen herührende ligende Güeter / desselben hinderlassen Kindern / als ihr Aigenthumb / heimb fallen / deßgleichen an deß Verstorbenen Fahnus / und Errungschafft / die sey bewöglich / oder unbewöglich / berürten Kindern mehr und weiter nit / dan so der Verstorben dero Vatter gewesen / zway / da aber die Mutter mit Todt abgangen / ein dritthail deroselben / gleichfalls aigenthumb= und erblich gebüren/ der uberig Thail aber gedachter Fahnus und Errngschafft / dem letztlebenden gänzlich verblaißen / damit nach seinem gefallen und willen / gleich andern seinen aigen Güetern / ferner haben zuschalten und walten.

ただし、目を引く豪華な動産が長子の家系や親類に由来して存する場合には、当該動産を前記の子等に他の者に優先して一括して承継させる慎重さを持つべきである。Dabeneben gleichwol die beschaidenheit zuhalten / da villeicht ein ansehnliche / stattliche Fahnus / von der ältesten Kinder Lini und Freundschaft herrührent vorhanden / daß selbige Fahnus berürten Kindern auch vor allen andern gänzlich gefolgt werde.

更に、存命の配偶者は、長子または次子の実の父または母である場合、その子に前述のとおり帰属する父あるいは母の財産乃至相続分について、管理権と扶養分を取得する。その代わり、その者は、神に対する畏敬、規律、実直さを以て子等を養育し、機会に応じて、賞賛すべき学芸や名誉ある職業や商売に従事させ、恥ずべき自堕落さから有益な習慣と労働に向かわせ促すことで、神や人々に対して将来責任を持てるようにし、そのようにして子等が一人前の年齢となって成人した際には、子等のために申し分のない婚姻を世話し、相応の持参金と衣装を自ら支出し、子等の死亡の際には、義務分を下回ることなく、その身分、財産、名誉に相応しく埋葬すべき義務を負うものとする。Doch soll das letztlebend Ehegemächt / da es der ersten / oder andern Kind rechter Vatter / oder Mutter / bey und an derselben jetzt vermelt angefallenen / Vätterlichen / oder Mütterlichen Güetern / oder Erbthail die Administration und Leibzucht / sein lebenslang haben: Dagegen die Kinder in Gottsforcht / zucht und Ehrbarkeit zuerziehen / sie auch nach gelegenheit zu den löblichen künsten / oder ehrlichen Handwercken und Handthierungen anzuweisen / und von schädlichen Müssiggang zu nutzlichen

存命配偶者の取得分を定めており、バイエルンラント法では、第1章第4条が前者に、同第1条及び第3条が後者にそれぞれ対応する。オーバープファルツ

ubungen / und der arbeit dermassen zuerwöhnen und anzuhalten / damit sie es gegen Gott und jedermänniglichen künfftig verantworten mögen und da hernacher die Kinder zu ihren manbahren Jahren / und vollkommenen Alter kommen / denselben nach bequemen Heuraten zutrachten / und die mit zimblischen Zugelt und Klaidung von ihr selbst nahrung / oder nach gelegenheit der Kinder verfangenschaft / nit under ihren Pflichtthail / ihrem Stand / vermögen und Ehrn gemäß / außzugeben / und zubestatten schuldig seyn soll.

しかし、存命の配偶者が子の継父もしくは継母であるならば、その継子の相続分について寡夫(婦)分を取得することではなく、当該財産は子等に完全に帰属移転し、継父もしくは継母は前述のとおり動産と収益だけで満足すべきである。So aber das letztlebens Ehegemächt / der Kind Stieffvatter / oder Mutter were / soll es Beysitz an seiner Stieffkind ererbtem anthail Güter haben / sondern dasselbig Guet den Kindern vollkumblich zufallen / und vorschlagen / und der Stieffvatter / oder Mutter sich mit der Fahrnus / und errungenem allermassen / wie oben gemelt ist / benügen lassen.

同様に、普通法もまた、母は、その実の子に父の死後に相続によって帰属しあるいは贈与されるものについて如何なる持分も有しない旨定めており、余はそれよいと考える。Gleicher gestalt wollen auch die gemeine Rechten / daß die Mutter an dem / so ihren rechten Kindern / nach deß Vatters Todt erblich angefallen / oder geschenckt worden / keine messung haben solle / bey dem wir es lassen bewenden.

また、両親はその子等の財産を何も処分してはならず、子等のために財産を有益な構成と内容の下に如何なる欠損もなく維持すべきものとする。それ故、子等は、管理権を理由に、両親の特有財産について黙示で責任を負うことはないだけでなく、処分された財産を自らの正当な担保として追及する権利も有するものとする。Es sollen auch die Eltern / von solchen ihrer Kinder Gütern nichts veräußern / sonder denselben zum besten / die in nützlichem Baw und Wesen / ohne ainigen abgang erhalten. Darumb dan berürten Kindern / diser Administration wegen nit allein ihrer Eltern andere eigene Güter stillschweigend verhaft / sonderr auch die Kinder macht haben sollen / die veräußerte Güter / als ihr recht Underpfand / zuverfolgen.」(Landrecht, 315-316)

ラント法の規定は1606年の旧ラント法を介して1582年のプファルツ選帝侯領ラント法(第4部第11章から第13章)に遡るものであるのに対して、バイエルンでは、1616年の新ラント法において初めて上記公撰集引用要約文の適用排除が明記されており、存命配偶者の法定取得分の内容も両ラント法で相違がある⁶⁹⁾。しかし、配偶者相続権にかんする普通法の準則の部分的受容とラント固

69) オーバープファルツラント法では、まず、夫婦間に子の存しない場合について、死亡した相手方の特有不動産に対する終身用益権つまり「寡婦(夫)分Beysitz」が法定され(第12章第1文前段)、特有動産や、夫婦共有財産にあたる婚姻中の収益に至っては、その全てが存命配偶者の所有に帰するのが原則で、死亡者に一身専属的な動産のみが例外的に最近親者に留保されるにすぎず、婚姻中の収益に至っては不動産と動産も区別されていない(同後段)。ただし、直系卑属に次ぐ相続順位を有する直系尊属に、義務分に相当する遺産が確保されることが前提となっており(同後段末尾)、オーバープファルツラント法第2部第13章「子が親に配慮すべきレギティマすなわち義務分乃至権利分についてVon der Legitima / das ist / Pflicht oder Rechtthail / so Kinder ihren Eltern zuthun schuldig seynd」第2文によれば、直系尊属に認められる「義務分Legitima:Pflichtthail」は「遺言する子の遺産の3分の1 diritter thail deß testirenden Kinds verlassenschaft」であるから(Landrecht, 275.)、当該義務分を(遺言の有無とは無関係に)控除した残り3分の2について存命配偶者の上記取得分が認められていることになる。それでも、婚姻中の収益の半分の承継以外に当該収益の残り半分と嫁資乃至反対贈与の終身用益権を存命配偶者に認めるにすぎないバイエルンラント法第1章第4条(I注15参照)に比べて、オーバープファルツラント法上、存命配偶者の地位が相当に優遇されているのは確かである。これに対して、夫婦に子がある場合については、死亡者の特有不動産こそ子等による全承継が認められているが、特有動産や収益の内、寡夫にはその2分の1、寡婦にはその3分の1がそれぞれ付与され(第13章第1文)、子等が実子である限りその相続分の管理保有の可能性も寡夫(婦)分として法定されている(同第3文。ただし、第5文との関係は不明瞭)。婚姻中の収益の帰趨については、寡婦には「子一人相当分ein gleicher Kindstheil」のみ(嫁資を持参乃至約束している場合は承継分なし)、寡夫には全ての承継を認めるバイエルンラント法第1章第1条及び第3条(I注17及び21参照)と比べて、寡婦について収益の3分の1が一律確保される点、また、子の相続分上の管理保有権についても、子等の実父たる寡夫にのみそれを認める同法(第3条第1文)に異なり、少なくとも文言上は寡婦にもそれが容認され

有法による補充という枠組みは両ラント法に共通しており、そうである以上、この存命配偶者の法定取得分との関係で夫婦間相続目的の嫁資合意に期待される役割もまた類似乃至一致することになる。

オーバープファルツラント法の制定は、同じヴィッテルスバッハ家に属するとはいえ、1329年のパヴィーア協約(家内契約)以来、プファルツ(ルードルフ)系とバイエルン(ルートヴィヒ)系に分かれた家系によって統治されてきた異なる領邦の法がバイエルン選帝侯領内で共存するという事態をもたらした。このバイエルン法とプファルツ法の共存が当時どのように捉えられていたのかを知る貴重な手掛かりとなるのが、オーバープファルツラント法の唯一の注釈書とも言えるミヒャエル・ミュンヒマイアMichael Münchmeyer(生没年不詳)の『普通法に関する注記やバイエルン法との相違点等を付したオーバープファルツラント法綱要Compendium deß Ober=pfälztischen Land=Rechts cum notis iuris communis, et differentiis juris Bavarivi, et cetera』(1689年。以下『綱要』と略称)である。『綱要』は、1514年に世襲帝国伯位を得たフッガー家出身で帝国宮廷顧問官を経て当時バイエルン選帝侯の枢密顧問官であったパウル・フッガーPaul Fugger(1637-1701年)を筆頭にバイエルン枢密院を構成する要職者計13名に献呈されており、シュミットの名も7番目に挙げられている⁷⁰⁾。1689年の「大天使ミカエルの祝日Festum Sancti Michaeli Arch-Angeli」(9月29日)に書かれた献呈文の署名にみえたとおり、著者のミュンヒマイアは、「両法博士号取得資格者*juris utriusque candidatus*」で、オーバープファルツの政庁所在地アムベルクにおいて「選帝侯領統治府記録官

る余地がある点において、オーバープファルツラント法の規定の方が寡婦にとって有利と言える。なお、オーバープファルツラント法の第3部第12章第2文以下には、存命配偶者の承継分との関連で、「不動産*ligend / unbewöglich* Guet」、「動産*Fahrnus*」、「収益*Errungenschaft*」の詳細な定義規定が含まれており、当時の財産概念や区分の典型例として読むこともできる。

70) *Compendium*,)(2.v. 引用は1689年ズルツバッハ刊のテキストによる。「枢密院長*Geheimer Rath*s Cantzler」の称号が付されているが、シュミットは既に1683年にその任を解かれており、実際には元枢密院長*Exkanzler*の立場にある。

Churfürstlicher Regierungsregistrator」と「帝国公証人notarius caesareus publicus et immatriculatus」を務める実務家であった。『綱要』は、八折判で本文330頁、索引等を含めても全体で400頁足らずの著作であり、しかも、オーバープファルツラント法を含む同名法令集全体を対象としているから、バイエルンラント法にかんするバルタザルやシュミットの著作のような詳細な記述はもとより期待できず、実際、法令集の各条文自体の解説は当該条文の簡潔なドイツ語の要約で済まされている。しかし、その一方で、表題にもあるとおり、各条文に関連する普通法学説や比較対照されるべきバイエルンラント法の条文等に言及するラテン語の欄外注が各要約文に付されており、本稿が着目するのもこの欄外注の記述である。

本稿の関心からすれば、まず参照されるべきは、相続目的の婚姻特約の効力に関わるオーバープファルツラント法第2部第5章要約⁷¹⁾に付された欄外注⁷²⁾

71) “ラント法第1部第22[→23]章の基準と規定に従って作成され、死後の相続に於て定められた婚姻特約は、たとえ第4[→3]章所定の仕方と方式に従って作成されていなくとも、もう一つの方法として(夫婦双方の意思を以て変更され破棄されない限り)、別の遺言乃至終意処分としての効果及び効力を有するが、夫婦の一方は、他方に対して、贈与、婚姻特約、遺言その他の終意処分によって、子の一人に自らが遺贈し贈与し譲与し遺す最低限のものよりも多く遺贈し譲与する権利はなく、そのような仕方により多く与えられたものは無効となり、遺産分割に際して顧慮されない。Die Eheberedung welche nach Maß und Ordnung des Landrechts ersten Theils 22. Tituls aufgerichtet und der Succession halber / nach dem Tod geordnet worden / ob sie schon nach Art und Form des vierdten Tituls nicht aufgerichtet / ein als andern Weg(es wäre dann mit beeder Eheleut Willen geändert und abgethan) die Krafft und Würckung als ander Testament und letzte Willen haben / doch soll ein Ehegemahl dem andern / weder durch Schanckung Eheberedung / Testament oder andern letzten Willen / nicht mehr / als seiner Kinder einem dem am wenigsten von ihm vermacht geschenckt / gegeben oder hinterlassen worden / zu vermachen und zu übergeben Macht haben / und was auf solche Weiß / weiters gegeben / nichtig und in gemeine Erbtheilung gehörig seyn.”(Compendium, 148.)

72) “勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第19法文によれば、夫婦は同一の文書や羊皮紙に遺言し、互いに互いを相続人に指定することができる。問題となるのは、

ということになる。ところが、予想に反してそこで取り上げられているのは、夫婦間相続目的の嫁資合意ではなく、「互いに互いを相続人に指定する*se mutuo haeredes instituere*」趣旨の夫婦の共同遺言をめぐる普通法上の論点である。「存命の配偶者が自らの財産にかんして遺言を変更することを望んだ場合に、それは許されるのか*si superstes conjunx testamentum quoad bona sua mutare velit, an hoc ei permissum sit*」とのその問いに対して、ミュンヒマイアは、「一枚の羊皮紙に二名が遺言を為し得るとはいえ、そのような遺言は一つではなく二つの遺言として扱われるべきであり、また、意思は臨終に至るまで不確定なものである*licet in una membrana duo testari possint, tamen tale testamentum non pro unico sed duobus habendum est, et voluntas debet esse ambulatoria usque ad ultimum vitae spiritum*」との理由で、存命配偶者による遺言変更が容認されるべき旨答えている⁷³⁾。続いて、この種の共同遺言に付きまとういわゆる遺産狙いの疑念も、「夫婦としての愛情や言葉の魅力から互

存命の配偶者が自らの財産にかんして遺言を変更することを望んだ場合に、それは許されるのかどうか、とりわけ、夫婦間の相互的乃至交互的な遺言が存する場合にどうかという点である。私は然りを答える。というのも、一枚の羊皮紙に二名が遺言を為し得るとはいえ、そのような遺言は一つではなく二つの遺言として扱われるべきであり、また、意思は臨終に至るまで不確定なものであるからである【勅法彙纂1巻2章「聖なる教会とその財産及び特権について」第1法文、学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第32法文2節】。確かに、相手方の恣意を当てにするような意思は遺産狙いの意思にあたるとしても【勅法彙纂6巻21章「兵士の遺言について」第11法文、学説彙纂28巻5章「相続人指定について」第70法文】、夫婦としての愛情や言葉の魅力から互いが互いを相続人に指定するならば、強迫の存しない限り、夫婦間の遺言は無効とならず【学説彙纂29巻6章「誰かに遺言を禁じあるいは強制する場合」第3法文勅法彙纂6巻24章「相続人指定について」第14法文】、妻が強迫によって夫を相続人に指定するよう強いられたと解される場合には、強迫の証明があれば、当該相続人指定は遺産狙いとして無効とされるが、相続する旨の夫婦間の相互的合意、すなわち、存命者が子の存しない場合に先に亡くなった配偶者を相続する旨の合意は有効である。”(Compendium, 148.)

73) 夫婦間相続目的の嫁資合意を夫婦の共同遺言に類比する議論はシュミットのバイエルンラント法第19条の注釈にも見られる(VIII末尾参照)。

いが互いを相続人に指定するならば、強迫の存しない限り、夫婦間の遺言は無効とならない*testamentum conjugum non vitatur, si conjugali amore et verborum lenociniis alter alterum instituat, dummodo absit metus*」として退けられ、その延長線上で、「相続する旨の夫婦間の相互的合意、すなわち、存命者が子の存しない場合に先に亡くなった配偶者を相続する旨の合意は有効である*pactum reciprocum inter conjuges de succedendo, videlicet quod superstes in casu non existentium liberorum, praemorienti succedat, valet*」と付言されている。最後に言及された「相続する旨の夫婦間の相互的合意*pactum reciprocum inter conjuges de succedendo*」が、注釈対象である本章に言う「夫婦自身の相続や遺産について定められた婚姻特約*Eheberedungen / darin ihrer selbst Succession / und verlaßthumbs halben verordnung beschehen*」に対応するのは明らかであろう。そうであるとすれば、夫婦間相続目的の共同遺言が、その形式上の特殊性にもかかわらず、遺言本来の性質として自由に撤回可能であるとの主張は、本章により「遺言や終意処分*Testament und letzte Willen*」の効力を付与される「相続する旨の夫婦間の相互的合意」、つまり、夫婦間相続目的の婚姻特約にも当然当てはまることになる。しかも、「意思は臨終に至るまで不確定なものである*voluntas debet esse ambulatoria usque ad ultimum vitae spiritum*」というその論拠は、遺言の撤回に固有のものではなく、ジッヒャルト以来、混合合意論の論拠としても参照されてきたものであった⁷⁴⁾。また、本章第1文の末尾には、「夫婦双方の意図と意思を以て変更されあるいは破棄される場合はこの限りではない*es were dan / daß sie mit beder Eheleuth wissen und willen geändert / oder abgethan weren*」との但書が付されていて、相続目的の婚姻特約について合意に基づく変更乃至解消が容認されている。これは、当該婚姻特約が形式上は合意であるにもかかわらず、「遺言や終意処分」として読み替えられた結果、一方的な撤回が原則となるため、本来原則であるはずの合意解除を例外と位置付ける趣旨の規定であろう。そうであるとすれば、夫婦間の共同遺言や相続合

74) VIII注47参照。

意における撤回自由の貫徹という上記議論は、混合合意論から帰結するそのような原則と例外の逆転を強調し敷衍する役割を果たしているとも解し得る。確かに、本章の欄外注では、ドイツの慣習法としての混合合意論にも、混合合意論を採用したバイエルンラント法第1章第19条にも言及はなく、再婚時に合意可能な夫婦間承継分を前婚の子等の利益のために子一人分に限定した本章第2文に対応する規定を含んだバイエルンラント法第1章第1条⁷⁵⁾が欄外注本文に先立って指示されているにすぎない⁷⁶⁾。しかし、欄外注の内容からは、間接的なながらも、夫婦間相続目的の嫁資合意の有効性と撤回自由を裏付けようとする意図を読み取ることは十分に可能である。

次に、普通法に由来する慣行上の配偶者相続の難点と固有法上の手当の必要性とを説いた第3部第11章の要約⁷⁷⁾に付された欄外注⁷⁸⁾では、不都合な慣行を

75) 前注62参照。

76) Compendium, 148.

77) “尊属にも卑属にも、また傍系にも近親者が存しない場合に、存命の配偶者が相続し、国庫に優先される。Wann weder aufsteigender noch absteigender lini, desgleichen auch keine Verwandten der Zwerch=linie vorhanden / erbt alsdann / das letztlebende Ehegemächt / und wird dem fisco vorgezogen.

この場合、夫婦の間には分かち難い交わりが存し、夫婦の一方が他方からその補完を享受すべきであり、また、巷にはびこる悪習や誤謬、そして、四方の壁に向かって産声をあげた〔相続権を得た〕子等が存する場面やこれに類する場面でそれらの悪臭や誤謬から生じる訴訟に、一層の対策が講じられるべきとの理由から、婚姻特約や終意処分が存しない場合には、続く第12章にあるとおりに扱われるべきものとされている。Dieweilen dann zwischen den Eheleuten / die unauflöbliche Gesellschaft / und billig / daß ein Ehegemächt / von dem andern deßhalb Ergetzung genieße / und alle in Schwung gangne Mißbräuche / Irthumb und denen daraus entstehenden Rechtshandeln als da Kinder vorhanden / so die 4. Wände beschreyen / und dergleichen mehr abgeholfen werde / ist im nächstfolgenden 12. Titul wie es dißfals / wann kein Eheberedung oder letzter Will / vorhanden / gehalten werden solle.”(Compendium, 176.)

78) “この種の相続が生じるのは、第一に、直系にも傍系にも相続人がもはや存しない場合である。第二に、子等その他が存していても、妻が貧しく夫が裕福である場合

生み出した法源として、前記公撰集引用要約文ではなく、それが由来する新勅法の法文⁷⁹⁾が明記される一方で、「亡くなった夫婦の一方の遺産は、子が存せず、また、反対の趣旨の嫁資合意も作成されていない場合、無遺言で存命の配偶者にもたらされ、死亡者の兄弟姉妹その他の傍系の近親相続人は排除される defuncti conjugis haereditas, non exstantibus liberis, neque pactis dotalibus in contrarium confectis, supersitit ab intestato deferatur, exclusis defuncti conjugis fratribus, sororibus, aliisque ex latere, proximioribus haeredibus」という同様の配偶者相続の慣行を本章とは逆に是認する文献として、ガイルの『実務考察集』第2巻考察124「物や人について定める慣習法乃至法令は領邦を超えて通用するのか *Consuetudo vel statutum de rebus vel personis disponens, an extra territorium extendatur*」第1番⁸⁰⁾が参照されている。しかし、「慣習

には、妻は、子等と並んで、全財産の4分の1を相続するが、所有権は子等に留保され、死亡時まで用益権を保持し、子等が存しない場合には上記相続分を完全に取得する【新勅法第53勅法第6章】。ガイリウス『実務考察集』第2巻考察124第1番によれば、亡くなった夫婦の一方の遺産は、子等が存せず、また、反対の趣旨の嫁資合意も作成されていない場合、無遺言で存命の配偶者にもたらされ、死亡者の兄弟姉妹その他の傍系の近親相続人は排除されるとされ、また、この点は普通法ではなく慣習法に基づくとされている。慣習法や法令によって普通法が廃され得るのは自明であるというのがその理由である【学説彙纂47巻12章「墓所荒らしについて」第3法文5節】。実際、夫婦の間には生涯にわたる共同生活と神人両法の結合、そして、婚姻に基づく永遠の責任が存する以上、夫婦が相互に相続し、一方の貧窮が他方の富によって和らげられるのは適切なことである。”(Compendium, 176-177.)

79) Nov. 53, 6, pr.

80) “普通法上は、尊属、卑属、近親者の法定相続が全てかける場合によりやく配偶者が相続へと召喚されるが【勅法彙纂6巻18章「夫と妻の遺産占有について」第1法文】、〈1. 夫婦間相互相続の慣習法は有効である。〉亡くなった夫婦の一方の遺産が、子等が存せず、また、反対の趣旨の嫁資合意も作成されていない場合、無遺言で存命の配偶者にもたらされ、死亡者の兄弟姉妹その他の傍系の近親相続人は排除されるとの慣習法は有効であり、帝室裁判所でもしばしばその旨判示されている。”(Practicae observationes, 550.引用は1616年ケルン刊のテキストによる。)

なお、ミュンヒマイアの欄外注では、このガイル説の一節がそのまま借用されて

法や法令*consuetudo vel statutum*」ではなく個々の嫁資合意によっても同様の夫婦間相続を実現し得るか否かについては何も言及はない。そのような嫁資合意の有効性は、勿論第2部第5章にあるとおり、終意処分的一种としてではあるが当ラント法でも容認されており、子の無い夫婦の遺産について定めた第3部12章も、あくまで「当該夫婦間に婚姻特約すなわち嫁資合意、あるいは、その他の終意処分が作成されていない*keine Heuratsberedung / pacta dotalia, oder andere letzte Willen zwischen ihnen Eheleuten aufgerichtet vorhanden*」場合に妥当する規定である。夫婦間相続目的の嫁資合意を終意処分的一种として有効と見なすドイツの慣習法、つまり、混合合意論そのものについてふれる肝心の箇所は、その第3部第12章ではなく、傍系相続について定めた同第9章「死亡者の直系の卑属でも尊属でもなく、兄弟姉妹その他血統に連なる親戚縁者のように、傍系の属する人々の遺産継承権乃至相続について*Von Erbgerichtigkeit / oder Succession deren / die dem Verstobenen weder in ab=oder auffsteigenden / sonder in der zwerch Linien / als Brüder / Schwester / und andere Gesipte / und Bluts angehörigen verwandt seyn*」の要約の欄外注末尾⁸¹⁾に見出すことができる。その一節によれば、「嫁資合意が、

いるが、「子が存せず*non extantibus liberis*」とある箇所は、「子等の存在にもかかわらず*non obstantibus liberis*」となっている。これが、オーバープファルツラント法第3部第11章が示唆するような子の有無を問わず配偶者相続を認める慣行の存在を意識した意図的な変更であるのか、それとも、単なる誤植であるのかは定かではないが、子が存する場合に傍系親族が相続から排除されるのは慣習法以前の当然の事理であるから、ここでは誤植と解し、典拠に合わせて修正した。

- 81) 「[傍系親族が] 誰もいない場合に、普通法上、夫婦が相互に相続するが、嫁資合意や各地の法令乃至慣習法が優先する場合はこの限りではない【論拠となるのは学説彙纂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、嫁資外財産について交わされた合意について】」。確かに、普通法上は、嫁資合意が、嫁資や婚姻故の贈与の範囲を超えて、嫁資や婚姻故の贈与以外の財産、例えば、何れか存命の者が相手方を相続する旨の夫婦の相互的な相続について交わされた場合、それらの嫁資合意は全く無効無益であるとされる【勅法彙纂5巻14章第5法文】。しかし、今日、諸慣行やドイツの自明の慣習法によれば、包括承継にかんするこの種

嫁資や婚姻故の贈与の範囲を超えて、嫁資や婚姻故の贈与以外の財産、例えば、何れか存命の者が相手方を相続する旨の夫婦の相互的な相続について交わされた *pacta dotalia limites dotis ac donationis propter nuptias egrediuntur, et de aliis bonis quam de dote et donatione propter nuptias, puta de mutua successione conjugum concipiuntur*」場合であっても、「今日、諸慣行やドイツの自明の慣習法によれば、包括承継にかんするこの種の嫁資合意は死因贈与や別種の終意処分として有効性を取得するようにますますなっている *hodie moribus ac notissima Germaniae consuetudine invaluit ut ejusmodi pacta dotalia de universali successione, in vim donationis causa mortis vel alterius ultimae voluntatis, validitatem habeant*」とされ、バルタザルの『実務解決集』第1章「解決」1の第41番と第42番⁸²⁾も典拠として挙げられている。夫婦間相続目的の婚姻特約にまさに「別種の終意処分 *altera ultima voluntas*」としての効力を認めるオーバープファルツラント法第2部第5章も、当然、ここに言う「慣行 *mores*」の成文化の一例として、「ドイツの自明の慣習法 *notissima Germaniae consuetudo*」に連なるものと解されることとなろう。

ところで、オーバープファルツラント法第3部第16章「夫婦の一方は遺言その他によって他方からその者に付与されている権利を奪うことはできるのか、できるとすればそれはどのようにしてか *Ob un wie ein Ehegemächt dem andern sein gebührend Recht / durch Testament / oder sonsten / entziehen möge*」⁸³⁾によれば、夫婦間相続目的の婚姻特約が交わされた後に、夫婦の一方

の嫁資合意は死因贈与や別種の終意処分として有効性を取得するようにますますなっている【ヨハネス・フランキスクス・バルタサル『実務解決集』第1章解決1第41番及び第42番】。”(Compendium, 176.)

82) V注25参照。

83) 「夫婦の一方が相手方を、とりわけ当人が誠実かつ品行方正に振舞っている場合に、自己の遺言の中で顧慮しないなどとは考えられないし、ましてや、相手方のために婚姻特約中に定められたものから何かが嫉みや決然とした憤懣から特に理由もなく不当にも奪い取り上げられるなどとは想像さえできないところであるが、仮にそのようなことが生じたならば、それは無効であり、落ち度なく利益が損なわれた配偶者はその権利を保持すべきものと余は命じ定め欲する。Wiewol nit zuvermueten .

の終意処分を通じて、「相手方のために婚姻特約中に定められたものから何かが嫉みや決然とした憤懣から特に理由もなく不当にも奪い取り上げられる ihm unverdienter weiß etwas daß jenigen / so ihm in der Heurathsabred verordnet / auß Neyd / oder gefastem unwillen ohne sonderer ursachen benennen / und entzihehen werde」場合、当該終意処分は無効で相手方は婚姻特約上の権利を保持するとされる（第1文）。オーバープファルツラント法上、夫婦間相続目的の婚姻特約は、「遺言や終意処分」の一種として有効とされるとはいえ、「遺言や終意処分」のように生前の撤回が自由であるわけではなく、「離婚に十分な原因ursachen / so zu der Eheschaidung gnugsam」が

daß ein Ehegemächt daß andern in seinem Testament / besonder / wo es sich redlich / ehrbar / und wol verhalten / vergessen; zugeschweigen / daß ihm unverdienter weiß etwas daß jenigen / so ihm in der Heurathsabred verordnet / auß Neyd / oder gefastem unwillen ohne sonderer ursachen benennen / und entzihehen werde: Jedoch da dergleichen beschehe / ordnen / setzen / und wollen wir / daß solches kraftlos seyn / und das Ehegemächt / so also unverschulter sachen vernachthailt worden / bey seinem Rechten erhalten werden soll.

ただし、離婚に十分な原因が存する場合には、夫婦の一方は他方を廃除し、そうでなければその者に認められる事柄を全て撤回できるものとする。Jedoch / wo dermassen ursachen vorhanden / so zu der Eheschaidung gnugsam / mag ein Ehegemächt das ander enterben / und alles / was ihm sonst gebürt hätte / widerrufen.

それ故また、親子間で廃除が生じるような他のあらゆる原因（これについては第3部に定められている）が存する場合も、婚姻特約もしくは余の当ラント法に基づいて夫婦に認められているものの撤回及び剥奪にとって重要であり十分といえるが、それらの原因は、亡くなった配偶者の終意処分の中にはっきりと記載され、必要に応じて証明されるものとする。Also seynd auch alle andere ursachen / umb welcher willen zwischen Eltern und Kindern die Enterbung statt hat (da von hiebevorn im dritten Thail meldung beschehen) zu widerrueff= und benennung daß jenigen / so den Ehegemächten auß Heuratsberedungen / oder disen unsern Landrechten gebürt / erheblich und genugsam / jedoch / daß dieselben ursachen / in daß verstorbenen Ehegemächts letzten Willen / außtrucklich gemelt / und auff den fall bewisen werden.」(Landrecht, 319-320.)

「亡くなった配偶者の終意処分の中にはっきりと記載され、必要に応じて証明される in deß verstorbenen Ehegemächts letzten Willen / außtrucklich gemelt / und auff den fall bewisen werden」場合にのみ、婚姻特約を撤回して相手方を「廃除する enterben」ことが許されるというのである（第2文及び第3文）。このような一方的撤回の制限と、第2部第5章第1文末尾に示された合意による解消乃至修正の可能性とを合わせ読むならば、オーバープファルツラント法上の混合合意論は、夫婦間相続目的の嫁資合意を文字通りの合意として捉える立場に限りなく近づいているようにも見える。

これに対して、ミュンヒマイアの『綱要』の第3部第16章要約⁸⁴⁾の欄外注⁸⁵⁾は、

84) “夫婦の一方が相手方を正当な理由なく〔遺言中で〕顧みず、あるいは、婚姻特約においてその者にために定められているものを、何も落ち度もないにもかかわらず嫉みから取り上げた場合、それは無効となり、相手方はその権利を保持するものとする。Wann ein Ehegemächt das andere / ohne rechtmässige Ursachen vergessen oder dasjenige / so ihm in der Heyraths Abrede verordnet / unverschuldeter und aus Neid benehmen würde / sollen es krafftloß seyn / und das andere bey seinem Recht erhalten werden.

これに対して、離婚の原因や親子間にみられるのと同様の廃除の原因が現に存する場合、それらは婚姻特約によって夫婦の一方に付与されるものの撤回及び剥奪に十分であるが、それらの原因が終意処分の中に明確に記され、必要な場合に証明され得るということが重要である。Hingegen aber / obhandene Ursachen zur Ehescheidung / item / die so zwischen Kindern und Eltern / zur Enterbung statt haben / seyn genug zu Wiederruff und Benehmung desjenigen / so dem Ehegemächt / aus der Heyraths=Beredung gebührt / und erheblich / jedoch daß die diese Ursachen / in dem letzten Willen / ausdrücklich bemeldt / und aufm Fall / können bewiesen werden.”(Compendium, 180-181.)

85) “終意処分とみなされずに、むしろ、理由があつて合意や贈与と見なされる嫁資合意、すなわち、個々の物について為された嫁資合意や、契約乃至贈与の文言で債務のために交わされた嫁資合意が、夫婦の一方によって他方の意に反して変更あるいは撤回されることは決してあり得ない【ガイリウス『実務考察集』第2巻〔考察126〕】。なぜなら、合意や契約は当事者双方の相互の同意がなければ解消されることも撤回されることもないからである【学説彙纂2巻14章「合意について」第58法文、同23巻4章「嫁資合意について」第29法文2節】。また、嫁資合意が当事者を相互に義務づける場合

前半部分で嫁資合意の撤回の可否、後半部分で存命配偶者の「法定取得分 portio statutaria」の遺言による剝奪の可否をそれぞれ論じている。本稿にとって重要な前半部分で説かれているのは、「個々の物について為された嫁資合意や、契約乃至贈与の文言で債務のために交わされた嫁資合意が、夫婦の一方によって他方の意に反して変更あるいは撤回されることは決してあり得ない

であっても【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第7法文2節、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察126】、嫁資合意がまさに相続や遺産について交わされ、終意処分あるいは死因贈与としてしか存続し得ず、5名の証人の立会の下に為されたか、あるいは、裁判所に申告登録されたかした場合には【ウェーセンベキウス『助言集』助言63第9番】、夫婦の何れも相手の意に反して嫁資合意を破棄し意思を変更することはできないというほどに確定的では決していない。というのも、死因贈与は撤回可能であり、如何なる終意処分も死亡時までには不確定だからである【学説彙纂24巻1章第32法文3節、同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、同第30巻「遺贈及び信託遺贈について」第12法文3節、カルプゾウィウス『裁判法学』第2部第43条定義10及び11】。法定取得分は遺言によって存命配偶者から奪われ得ない。実際、これと同じく、法律に定められた子等の義務分を父は奪うことはできない【勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第30法文及び第6法文の公撰集引用要約文第1、新勅法第29〔→39〕勅法1章】、子等もまた父に堪してそのようなことは為し得ない。従って、人ではなく法の恩恵として法文もしくは法令上の取得分を得る者等から、その者の関与なくそれらの取得分が奪われ得ないのと同様に【学説彙纂30巻第55法文、新勅法第22勅法33章末尾】、法令によって付与された当該取得分もまた配偶者から奪われることはない。というのも、この種の法令上の取得分は根拠のあるものであり、根拠のあるものは、根拠づけられている人格の主である者の行為や同意無しには廃され得ないからである。その上、この種の法令上の取得分は負債に匹敵し、負債というものは何よりもまず死亡者の財産から控除されるべきものであって、それは遺言が為された場合も変わらない【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第39法文1節、同23巻3章「嫁資の法について」第72法文】。最後に、この法令上の取得分は、勅法彙纂第6巻第18章「夫婦の遺産占有について」第1法文の公撰集引用要約文に基づく4分の1に相当するものとして、死亡者の財産からその配偶者に付与されていて、市民法において困窮する配偶者のために義務づけられているものの代わりとされているところ、上記公撰集引用要約文に基づく4分の1は存命配偶者から奪われ得ないので、それ故、当該法令上の取得分もまた奪われ得ない。なぜなら、代替するものは代替されたものの性質を備えるからである【ヨハネス・フランキスクス・バルタサル『実務解決集』第1章解決1〔第26番〕】。(Compendium, 180-181.)

pacta dotalia, de rebus singularibus; per verba contractus, et donationis in vim obligationis concepta, ab una conjugum altera parte invita, mutare et revocare haud valet」との撤回不能説と、「嫁資合意がまさに相続や遺産について交わされ、終意処分あるいは死因贈与としてしか存続し得ず、5名の証人の立会の下に為されたか、あるいは、裁判所に申告登録されたかした場合には、夫婦の何れも相手の意に反して嫁資合意を破棄し意思を変更することはできないというほどに確定的では決してないpacta dotalia tam firma haud sunt, ut non alteruter conjugum, etiam altera parte invita, ab iis resilire et voluntatem mutare queat, si nimirum de successione, ac haereditate concepta fuerunt, nec aliter quam in vim ultimae voluntatis, aut donationis causa mortis sustineri potuerint, facta coram quinque testibus, aut judicialiter insinuata」との撤回可能説の併存である。前者は、目的物の特定や契約的文言の利用を要件に夫婦間相続目的の嫁資合意にそのまま合意としての効力を容認する普通法学由来の見解であり、ここでは本稿でも繰り返し言及してきたガイルの考察126番が典拠として指示されている。一方、後者が、オーバープファルツラント法やバイエルンラント法と同じく混合合意論を採用したザクセン選帝侯領のアウグスト勅法集第2部第43条を踏まえたザクセン法学上の議論であることは、そこに引用されているヴェーゼンベックの助言63第9番⁸⁶⁾からも明らかである。更に、「死因贈与は撤回可能であり、如何なる終意処分も死亡時までは不確定であるdonationes mortua causa revocari possunt, et quaelibet ultima voluntas ambulatoria est, usque ad mortem」という撤回可能説の論拠については、ウルピアヌスの『サビーヌス注解』に由来する二法文⁸⁷⁾を含む法源と並んで、カルプツォフの『ローマ＝ザクセン裁判法学』から上記アウグスト勅法集第43条の「定義」10及び11⁸⁸⁾も参照されている。このように普通法学上の撤回不能説とザクセン法学上の撤回可能説の双方に肯定的に言及するミュンヒ

86) IV 108頁参照。

87) VI 143-145頁参照。

88) 「普通ザクセン法における嫁資合意」(獨協法学第93号)の試訳に加え、拙稿「相続と嫁資合意(5)」(獨協法学第96号)164頁以下も参照。

マイアの意図は必ずしも明らかではないが、「夫婦の何れも相手の意に反して嫁資合意を破棄し意思を変更することはできないというほどに確定的では決してない*tam firma haud sunt, ut non alteruter conjugum, etiam altera parte invita, ab iis resilire et voluntatem mutare queat*」という回りくどい言い回しからすれば、第2部第5章の混合合意論に矛盾する印象を与える本章の適用範囲を限定する趣旨をそこに読み込むことも可能であろう。ベルリッヒがそうであったように、混合合意論を採用する固有法の下でも、普通法学由来の撤回不能論を温存するならば、本章の適用範囲を、夫婦間相続目的の婚姻特約が目的物の特定や契約的文言の利用故に文字通りの合意として拘束力を発揮する場面に限定し、第2部第5章所定の婚姻特約については混合合意論に忠実に生前撤回が依然自由であると解し得るわけである。また、そのような解釈は、前述のとおり夫婦間相続目的の嫁資合意の撤回可能性を同目的の共同遺言のそれを介して間接的に確認強調する第5章要約の欄外注の議論とも符合する。

『綱要』の表題によれば、各章の要約に付された欄外注では「普通法に関する注記*nota iuris communis*」だけでなく「バイエルン法との相違点*differentia juris Bavarici*」も指示されることとなっているが、オーバープファルツラント法に関する限り、実際には、「相違点*differentia*」というよりは、むしろ、バイエルンラント法上の類似関連する条文が掲記される場合がほとんどのようである。混合合意論の採用という意味で第2章第5章にまさに対応するバイエルンラント法第1章第19条も、本来ならば、第5章要約の欄外注で指示されてよいはずであるが、前述のとおりそのような記述は見当たらない。関連する諸章要約の欄外注で第19条との対応関係が示唆されているのは、婚姻特約の要件を定める第1部第23章要約のそれにおいてである。第2部第5章で明示的に指示されている同章は、既にみたとおり、死亡時の事柄に関わる婚姻特約の要件として、当局の下での書面作成と署名捺印、もしくは、「嫁資合意に立ち会った4名乃至5名の信頼できる証人の証明捺印を伴い書面化された嫁資合意や公正証書*verbrieftte Heurathsberedung und Notuln / under vier / oder fünff glaubwürdiger bey der Heurathsabred gewesener gezeugen Insigeln*」を求めており(第3文)、欄外注の一節において、この二つとの関連でバイエルン

ラント法が参照されている。すなわち、前者の要件については、「契約当事者双方の合意では十分ではなく、嫁資証書が正式な当局者の下で記載され、婚姻立会人もしくは当局者によって署名捺印されるまでは無効であるnon sufficit consensus, utriusque contrahentium, sondern seyn unkräftig / biß die Heyraths=Brief / vor ordentlicher Obrigkeit / geschrieben / und mag die Fertigung durch die Heyrathsleute / oder Obrigkeit geschehen」と敷衍された上で、バイエルンラント法第1章第18条が引用され、続けて、後者の要件についても、「5名の証人が求められ、それに満たなくても婚姻特約は有効であるが、相続や死亡時にかかわる別の部分は無効であるrequiruntur quinque testes, in Fall aber weniger seyn / ist die Heyraths=Abred gültig / das ander aber / der Erb und Todfälle halber / ungültig」と指摘されているのである⁸⁹⁾。後者の指摘についてバイエルンラント法の条文はなぜか引用されていないが、その内容や直前の引用からも、それがバイエルンラント法第1章第19条を踏まえたものであることに疑問の余地はない。以上、異なる欄外注に分散する記述を総合するならば、ミュンヒマイアは、夫婦間相続目的の嫁資合意に関わるオーバープファルツラント法の規定を、バイエルンラント法やザクセンのアウグスト勅法集と共有する混合合意論の枠組みに可能な限り忠実な仕方で解釈しようとしていたものと推測される。

X

オーバープファルツラント法が制定された17世紀半ば、プファルツ＝ノイブルク公に即位したフィリップ・ヴィルヘルムPhilipp Wilhelm(在位1653-1690年)の尚書長官に、バイエルン選帝侯領のインゴルシュタット大学の教授であったカスパー・マンツCaspar Manz(1606-1677年)が着任する。バイエルン選帝侯領西部に隣接し、宮廷所在地ノイブルクを中心とするドナウ川沿いの地域と、オーバープファルツとニーダーバイエルンに挟まれた飛び地の所領から主に構

89) Compendium, 137.

成されるプファルツ＝ノイブルク公領は、先代プファルツ＝ノイブルク公ヴォルフガング・ヴィルヘルム Wolfgang Wilhelm (在位1614-1653年) が妻のマグダレーネ Magdalene の兄バイエルン公マキシミリアン 1 世の支持を得てニーダーラインのユーリッヒ・ベルク両公位⁹⁰⁾ を母方から承継し、プファルツ＝ノイブルク公領を含めた領邦の再カトリック化を遂行するなど、バイエルンとの関係を強めていた。1660年にインゴルシュタット大学に復帰するまで七年にわたって尚書長官として同公領の最上級審も統轄したマンツは、その成果に基づく『プファルツ判決百選 Centuria decisionum Palatarum』(1659年。以下『判決百選』) を著して主君フィリップ・ヴィルヘルムに献呈している⁹¹⁾。『判決百選』では、表題にもあるとおり、「皇帝法、バイエルン法、プファルツの諸規則、その他新たな諸勅法から新たに生じた重要かつ日常的な事件が解決されている *celebricres quotidianique casus noviter nati ex iure Caesareo, Bavarico, ordinationibus Palatinis, et aliis novellis constitutionibus resolvuntur*」とされ、普通法やプファルツ法に加えてバイエルン法も参照される同公領の裁判実務の実態は、領邦自体の自立性は保たれているとはいえ、実質的には上記オーバープファルツのそれに類似匹敵する。しかも、著者マンツは、インゴルシュタット大学の同僚ラートの娘婿であり、シュミットの「母方の叔父 *avunculus*」で師でもあった⁹²⁾。『判決百選』は、「読者宛て序言 *Praefatio ad lectorem*」でマ

90) 両公領に挟まれたライン川両岸地域を領有するケルン選帝侯は16世紀後半から約2世紀にわたってバイエルンのヴィッテルスバッハ家から輩出され、ヴォルフガング・ヴィルヘルムの両公位継承について合意されたクサンテン条約締結時(1614年)のケルン選帝侯は、マキシミリアン 1 世の弟フェルディナント(在位1612-1650年)。

91) マンツ、プファルツ＝ノイブルク公、『判決百選』等については、「贈与・終意処分・嫁資合意」(獨協法学第97号)も参照。

92) シュミットが公にした最初の著作は、法律書ではなく(インゴルシュタットでの学位論文は公刊されておらず論題も不明)、『グラナダのルドウィクスによるキリスト教哲学 Ludovici Granatensis philosophia christiana』との表題で1650年に出版されたルイス・デ・グラナダ Luis de Granada (1504-1588年) の著作の羅訳(伊訳を介した重訳)であるが、その表題には「法律家でありキリスト教哲学者であるカスパルス・マンジウスの精神に則った *iuxta mentem Caspari Manzii iurisconsulti et philosophi*

ンツ自身が表明しているように、前世紀来ヨーロッパ各地で続々と出版されていた「判決集Decisiones」の諸先例に倣い、実務考察集として企図されたものではあるが、同時にまた、17世紀バイエルン法学の一成果としての側面も有しているのである。

バイエルン法学における混合合意論の展開過程を辿ってきた本稿にとって重要な素材となるのは、『判決百選』の第4組decas quarta「終意処分の諸問題についてIn materia ultimarum voluntatum」に収められた問題38⁹³⁾である。この問題38では、表題に明記されているとおり、「夫婦間において相続する旨の嫁資合意は有効か否か、有効であるとすればそれは如何なる法に基づいてか an pacta dotalia de succedendo inter coniuges valeant, et quo iure?」との問いと、「当該嫁資合意が有効であるとしてトレベリウスの取得分あるいはファルキディウス法の取得分は適用されるのか an iis salvis Trebellianica vel Falcidia locum habeat?」との問いが検討されている。第一の論点について検討する前

christiani」と付言されている。また、レーゲンスブルクの司教座聖堂参事会員 cathedralis ecclesiae Ratisbonensis canonicusで司教総代理vicarius generalisのゼバスティアン・デーニツヒSebastian Denich、同年にバイエルン選帝侯の枢密院議長 cancellarius intimusに着任したばかりのヨーハン・アドルツライターJohann Adlzreiter、インゴルシュタット大学カノン法筆頭正教授sanctissimorum canonum in universitate Ingolstadiana professor ordinarius primariusのカスパー・デーニツヒCaspar Denichの三名に宛てた献呈文の冒頭、マンツが大学でのイエズス会主導の哲学教育の方法を批判して2年前に著し草稿のまま出回っていた『従来のものよりも優れていてキリスト教的敬虔さに一層適合するような哲学の教授法はあり得るのかという問題についての若干の哲学的所見Iudicium quoddam philosophicum, super illa quaestione: utrum dari possit melior, et pietati christianae conformior modus docendi philosophiam, quam sit vulgaris?』(1670年によりやく印刷公刊)に言及した箇所では、マンツを「心より尊敬する我が叔父avunculus meus venerandissimus」と呼んでいる(引用は1650年インゴルシュタット刊のテキストによる)。更に、晩年に著された『ラント法注解』にも「我が叔父マンジウス氏avunculus noster dominus Manzius」との表現が見出される(Commentarius III, 559.)。

93) 全体の試訳は「贈与・終意処分・嫁資合意」198頁以下参照。

半部分(第1番から第6番)では、まず冒頭で、「嫁資合意は、たとえ将来の相続について為されるとしても、普通法上は確かに無効ではあるが、ドイツの一般慣習法によれば、婚姻の存続する限り有効であり、当該嫁資合意が相互的である場合にはとりわけそうである *pacta dotalia, etiam de futura successione concepta, non quidem de iure communi, sed ex generali consuetudine Germaniae valeant, etiam durante matrimonio, praesertim si sint reciproca*」という点、そして、その有効性は「死因贈与の法 *iuris donationis mortis causa*」に基づくもので「5名の証人 *testes sufficiant*」を要件とするという点が、幾つかの文献に依拠して確認されている⁹⁴⁾。それらの文献は、帝室裁判所の実務に基づくものとザクセンの法学者によるものことから成っており、前者としては、ガイルの考察126第3番⁹⁵⁾、ミュンジンガーの考察33第10番⁹⁶⁾、ハルトマンの考察2第8番⁹⁷⁾の他、「帝室裁判所弁護士 *Camerae Imperialis advocatus*」であったフィリップ・ライザー *Philipp Reyser* (生没年不詳) の『勅法彙纂第5巻第9章「再婚について」第3法文の公撰集引用要約文「遺言に基づき云々」について関連諸法を伴い最近ある事案に即して為された解明乃至論究 *Repetitio seu discursus authenticæ ex testamento Codice de secundis nuptiis cum iuribus concordantibus, ad propositum quendam casum nuper accommodata*』(1614年)の一節⁹⁸⁾が引用され、後者としては、ヴィッテンベルク大学で教えたヨー

94) *Centuria*, 224-225. 引用は1659年アウグスブルク刊初版による。

95) II 89頁以下参照。

96) II 注54参照。

97) II 注58参照。

98) “またしかし、我々の慣行上、相互的合意においては、「合意では遺産は付与されない」との前記原則について、他の場合は正当であるとしても、二つの場合に、特別の理由から拘束力があり有効なものとして例外が認められている。第一に、父系親族の優遇のためであり、これによって家系や家族が保持される【法学提要3巻2章「父系親族の法定相続について」】。第二に、婚姻の優遇のためであり、これによって人類が保持され人類の不滅がもたらされる【公撰集4集1章「婚姻について」序節、バルドゥスの別書4巻2章「未成熟者の婚約について」第3節注釈、司教座聖堂首席司祭 [=ヨアンネス・アントニウス・デ・サンクト・ゲオルギオ] の同箇所注解。

ハン・シュナイデヴァインJohann Schneidewein(1519-1568年)の『市民法法学提要全四巻注解In quattuor libros Institutionum iuris civilis commentarius』(1571年初版)第3巻第1章「無遺言で付与される遺産についてDe haereditatibus quae ab intestato deferuntur」注釈の「夫婦間相続についてDe successione inter virum et uxorem」第1番⁹⁹⁾、シュナイデヴァインの後任に

アウフレリウスも『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集』判決453への補注において彼等を引用し賛同しており、この点が婚姻の優遇と榮譽のために許される旨述べている。それは例えば、夫婦の一方が子の無いまま亡くなった場合にその財産が存命の相手方に帰属する旨の合意である【ローセントリウス『封論』第7章結論第25番18番】。ダウティウス『遺言論』第87番の[1594年版]欄外注aもそのように解釈している。更に、これらとほとんど変わらない言い回しで論じているのは、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察117及び考察127、ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』第23巻第4章注釈第4番である。ミュンシングルス『個別考察集』考察33第10番、バトルス・ヘイギウス『法問題集』第1巻問題23第35番、フィカルドゥス編『通説集』所収ヨアンネス・パプティスタ・ア・ウィツラロボス『法学通説集』「合意」の編者補注第5番も同旨。”(Repetitio, 54-56.引用は1614年シュトラスブルク刊のテキストによる。)

- 99) “次に第四順位の相続、つまり、夫婦間の相続が続き、これについては学説彙纂第38巻第11章及び勅法彙纂第6巻第18章「夫及び妻の遺産占有について」が定めている。夫婦の内の一方が亡くなることが前提となる。この場合、存命者配偶者が亡くなった者を常に一様に相続するのが問題となり、主に三つの次元で考察し検討する必要がある。(1. 夫婦間で嫁資合意が交わされている場合には当該合意に従い承継される。○) 第一は、夫婦間で嫁資合意が交わされているかどうか、すなわち、婚姻特約が為されているかどうかであり、大抵の場合、婚姻契約あるいは婚約の際に、夫が嫁資を、妻が婚姻故の贈与を、婚姻解消時に取得し、あるいはまた、亡くなった配偶者の別の財産を取得すべき旨定められた合意が為されるのが常である。遺産の承継にかんするこの種の合意は、勅法彙纂第5巻第14章「嫁資や婚姻前贈与あるいは嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文によりさしあたり無効であるように見えるが、有効であり、遵守されるべきであって、この種の合意に従って相続されるべく、何よりもまずそれに目を向け調査されるべきである。また、この場合、普通法や夫婦相互の相続について定める地域法も尊重されない [I. communis. ff.とある箇所は後の版に従い*iuris communis et*と読む]。というのも、人間の取決め

当たるヴェーゼンバックの『学説彙纂注解』第23巻第4章注釈第4番¹⁰⁰⁾と第28巻第5章「相続人指定についてDe haeredibus instituendis」注釈第6番¹⁰¹⁾に加えて、ベルリッヒの結論51第16番¹⁰²⁾も参照されている¹⁰³⁾。この内、ミュンジンガーやハルトマンの見解は、既にⅡで検討したとおり、相続目的の相互的な夫婦間贈与について論じるものにすぎず、その関連で夫婦間相続の嫁資合意にも言及するガイルの見解も、当該嫁資合意にそのまま合意としての拘束力を容認するものであって、マンツの言うような5名の証人を要件に死因贈与の一種として効力を認める混合合意論に与しているわけではない。更に、ライザー

は法律の取決めに廃するからである【勅法彙纂5巻14章第11法文】。”(Commentarius, pars prima, 300.引用は1571年シュトラスブルク刊初版による。)

100) Ⅱ注74参照。

101) “〈6. 形式：如何にして指定は為されるのか。〉…ところで、契約において指定を為し得るかどうかは別の箇所でも論じられており【2巻14章「合意について」第40法文3節へのバルトルス、バルドゥス、カストレンシスの注釈】、小書付では決して適切には為され得ないとされる以上【勅法彙纂6巻23章「遺言について」第14法文、バルドゥスとカストレンシスの前掲第40法文3節注釈もバルトルスに反対して同旨、勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻前贈与あるいは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法文と私の注解】、直接には為し得ず、信託遺贈、遺贈、もしくは、死因贈与の方式でのみ為し得るものと私は解する。例えば、夫婦が死後に互いに何を期待し如何にして承継すべきか定める嫁資合意において為される場合がこれにあたる【前掲第19法文と諸博士の同法文注釈、前掲第5法文】。…”(Commentarii, 875.)

102) V111頁参照。

103) Centuria, 224-225.そこには、ヴェーゼンバックの同僚アンドレーアス・ラウハバルAndreas Rauchbar(1559-1602年)の『重要問題五十集Quinquaginta quaestionum insignium』(1599年初版)から「問題23第36番」も引用されているが、その問題23は嫁資合意とは無関係の内容で、そもそも第36番それ自体が存在しない。ラウハバルの死後に出版された『問題集後編Quaestionum pars posterior』(1630年初版)の問題23も同様である。恐らくマンツは、同時期に刊行されたハイゲの『法問題集』の問題23第36番(Ⅳ注67参照)と混同したものと思われる。というのも、そこではまさに混合合意論について言及されているからである。

の見解も、夫婦間贈与と嫁資合意を区別することなく、「婚姻の優遇*favor matrimonii*」を根拠に、夫婦間相続目的の相互的合意の効力を例外的に認めるもので、混合合意論への言及は見られない。一方、ザクセンの文献では、嫁資合意に基づく夫婦間相続が普通法上の夫婦間の無遺言相続に優先する旨説くに留まるシュナイデヴァインに対して、ヴェーゼンベックやベルリッヒは、夫婦間相続目的の嫁資合意について、死因贈与乃至終意処分に準じた効力を5名以上の証人の立会を要件に認めている。結局、ガイル等の見解は、せいぜい夫婦間相続目的の嫁資合意の有効性そのものを説く見解として参照されているだけで、マンツ自身は、ヴェーゼンベックやベルリッヒと同じく、当該嫁資合意の有効性を死因贈与乃至終意処分のそれに制限する混合合意論に与しているわけである。そして、この点は、バイエルンラント法第1章第19条が、「婚姻特約において夫婦の死亡時の事柄、つまり、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場合、そのような特約の存続のためには5名の証人を要する *wann in heyrathsgedingen von der Eheleuten Todtfällen / was eines von deß andern Guth erben soll / gehandelt wird / so sein zu kräftiger Erhaltung seolcher Geding fünff Zeugen nothwendig*」との文言そのままに論拠として追加されていることから一層明白となる¹⁰⁴⁾。

続けて、マンツは、自らの考察の直接の素材となった事案について言及している。それは、ニュルンベルクの南方に位置するプファルツ＝ノイブルク公領の一つヒルポルトシュタイン¹⁰⁵⁾で審理されたもので、1655年2月1日付けの判決では、ある夫婦間相続目的の嫁資合意について、「立ち会った証人が6名に留まり、その多くが近親者であったため、当該合意は無効と判示され、その結果、終意処分は存せず、無遺言相続が生じたものとされた *ista pacta*

104) Centuria, 225.

105) ヴォルフガング・ヴィルヘルムの弟で、先代代プファルツ＝ノイブルク公フィリップ・ルートヴィヒPhillip Ludwig(在位1569-1614年)の四男にあたるヨーハン・フリードリッヒJohann Friedrichのために領部分割によりプファルツ＝ヒルポルトシュタイン公領が成立したが、1644年にヨーハン・フリードリッヒの死でプファルツ＝ノイブルク公領に復帰していた。

tanquam invalida fuerunt declarata, eo quod tantum sex testes, et plerique proximi consanguinei esset adhibiti, consequenter in defectu ultimae voluntatis successioni ab intestato locus esset」というのである。これに対して、上訴を受けたノイブルクの宮廷裁判所は、「6名の証人が立ち会っていた以上、合意は有効であるcum sex testes intervenissent, pacta illa valere」旨、第一審判決を覆す判断を下した。そのような上訴審の判断の背景として、「大抵は近親者が立ち会うplerumque proximi consanguinei ahibentur」という嫁資証書作成にまつわる「一般的な習わしquotidiana praxis」も指摘されているが、マンツが当該判断の直接の論拠として強調しているのは、引用されたバイエルンラント法の第19条において、「5名の証人が求められている以外には何も定められてはおらず、それらの証人が如何なる者であるべきかについて全く何も規定がないnihil aliud, nisi quinque testes requiruntur, et et quales illi esse, nihil prorsus disponitur」という点であった¹⁰⁶⁾。つまり、プファルツ＝ノイブルク公領の裁判実務においては、隣接するバイエルン選帝侯領のラント法が、普通法と並んで、あるいはそれ以上の權威を以て参照されていたのである。

上記事案では、更に、夫婦間相続目的の嫁資合意が死因贈与として有効であるとしても、無遺言相続人である死亡配偶者の近親者が、遺産の4分の1の控除を、「ファルキディウス法の取得分Falcidia」や「トレベリウスの取得分Trebellianica」の名目で、存命配偶者に対して求め得るかどうか吟味されたようであり、その内容が問題38の後半部分に収められている（第7番から第12番）。法学提要第2巻第23章「信託遺贈された遺産についてDe fideicommissariis hereditatibus」の第7節から第9節¹⁰⁷⁾に見えるとおり、ファ

106) Centuria, 225.

107) 「〈第7節〉しかし、ペーガスス元老院議決に由来する問答契約は古代の人々さえも悩ませ、ある場合には有害でさえあった旨パピニアヌスのような類まれな才知の持ち主も指摘しており、朕にも法律においては不便さよりも簡便さが相応しいと思われるため、両元老院議決の相違点と類似点につきもれなく助言を得た上で、後に成立したペーガスス元老院議決の方を廃し、トレベリウス元老院議決に完全な權威を認めるのが適切と思われた。すなわち、相続人が遺言者の意思に基づき4分の1

を得る場合にせよ、それを超えて、あるいは、それよりも少なく得るにせよ、全く何も得ないにせよ、信託遺贈された遺産は当該元老院議決に基づいて返還されるべきであり、相続人の下に遺されたものが何もないか、あるいは、4分の1に満たない場合には、4分の1もしくはその不足分を朕の権威に基づき保持し支払いを請求することが、トレベリウス元老院議決により割合に応じて訴権が信託受遺者と相続人それぞれに帰属する仕方、相続人に許されるべきである、と。これに対して、自発的に遺産全てを返還した場合には、遺産にかかわる訴権は信託受遺者が取得し、かつ、信託受遺者に対して行使されるものとする。ところで、ペーガス元老院議決の主眼であったのは、指定相続人が自らに供された遺産相続を承認することを拒絶した場合に、希望する信託受遺者に全ての遺産を返還する義務を指定相続人に課して、あらゆる訴権が信託受遺者に移転し、かつ、信託受遺者に対して行使されるという点であったが、朕はこの点もまたトレベリウス元老院議決へと移し入れることとし、相続人が承認しないために信託受遺者が自らへの遺産の返還を欠く場合には、当該元老院議決のみに基づいて相続人に義務が課され、相続人には如何なる損害も利益も残存しないものとする。〈第8節〉更に、遺産全体につき相続人に指定された者が遺産全体あるいはその一部について返還を求められているのか、それとも、遺産の一部について相続人に指定された者がその一部の全体あるいは一部について返還を求められているのかは、問題とならない。つまり、そのような場合にもまた、遺産全体の返還について既に述べたのと同じ点が遵守されるよう朕は命じる。

〈第9節〉4分の1に含まれる何らかの物、例えば、土地その他の物が控除され予め取り去られた後に、遺産の返還を求められる場合にも、トレベリウス元老院議決に基づいて、4分の1が留保された後に遺産の返還を求められる場合と同様に、返還が為されるべきである。ただし、一方の場合、すなわち、何らかの物が控除され予め取り去られた後に遺産が返還される場合には、当該元老院議決により訴権が全て移転され、相続人の下に留保される物は、遺贈によって彼に取得されたかのように、遺産上の負担を伴わずに相続人の下に留まるのに対して、もう一方の場合、すなわち、4分の1が留保された後に遺産の返還を求められた者が返還する場合には、訴権もまた分割されて4分の3が信託受遺者に移転され、4分の1が相続人に留まるという点は重要である。それどころか、遺産を返還するよう求められるにあたって控除され予め取り去られた物に遺産の大部分が含まれる場合でさえ、同様に訴権が全て移転されるので、遺産の返還を受ける者は返還が好都合かどうか自問すべきである。二つ以上の物が控除され予め取り去られた後に遺産が返還される場合にも、勿論同じことが生じる。更に、遺産の4分の1あるいは大部分に相当する額の金銭が控除

ルキディウス法*lex Falcidia*に基づき受遺者との関係で相続人に認められる遺産の4分の1の控除を信託受遺者との関係でも認めたペーガスス元老院議決*senatusconsultum Pegasianum*がその手続の「不便さ*difficultas*」故に廃止され、信託遺贈義務者たる相続人を介さずに信託受遺者が相続人の地位で権利を行使しあるいは行使されることを認めていたトレベリウス元老院議決*senatusconsultum Trebellianum*の手続の簡便さが、信託遺贈義務者の立場での相続人の遺産控除にも適用されることとなった。信託遺贈義務者たる相続人に留保される遺産の4分の1が「トレベリウスの取得分」と呼ばれるのはそのためである。マンツは、この「トレベリウスの取得分」の成立の経緯について、自著『皇帝の法学提要第2巻に対する根拠命題を用いた注解*Commentarius ratio-regularis in librum secundum Institutionum Imperialium*』(1645年初版)の第23章「遺産の信託遺贈とトレベリウス元老院議決について*De fidecommissariis haereditatibus, et ad senatus consultum Trebellianum*」第7節から第9節の注釈¹⁰⁸⁾で詳細に論じており、そこでは、上記法文第7節でパ

され予め取り去られた後で、遺産の返還を求められる場合についても、法は同じである。遺産全部の相続人に指定された者について朕が以上に述べたのと同じことを、遺産の一部の相続人に指定された者にも当てはめることとする。」

108) “(1. ペーガスス元老院議決は如何にして廃されたのか。) 以上に検討した事柄、すなわち、ペーガスス元老院議決の四つの章は確かにかつて通用していたが、皇帝ユスティニアヌスは第1章と第4章を維持し、トレベリウス元老院議決に移し入れることで、二つの元老院議決から一つのを創出し、それをトレベリウスのと呼ぶように命じている。(2. なぜ廃されたのか。) その理由は皇帝自身が示している。それはすなわち、部分割合遺贈問答契約や遺産売買問答契約は古代の人々を悩ませ、最も卓越した法律家パピニアヌスはある場合についてそれらの問答契約が有害である旨評したからであり、また、法律においては複雑さよりも簡潔さが好まれるからでもある。

〈3. パピニアヌスがペーガスス元老院議決の問答契約を有害と指摘したのは何故か。〉ところで、パピニアヌスがそれらの問答契約を有害と評したのはなぜか考えることにしたい。この点はウェーセンベキウスが本節注釈で見事に教示されており、彼の言葉によれば、相続人と信託受遺者の間に挿入された問答契約に基づいて債権者や受遺者が信託受遺者を訴えるべく強いられることは、彼等が上記の者等の契約

に拘束されない以上（実際、他人の間で取り決められた事柄が別の者等を害することはないのであるから）、ありえず、相続人を依然訴える他なく、その結果、それらの問答契約は相続人を煩わしさや負担から解放せず、長く迂遠な訴訟が生じることになったとされ、前述本節第3節注釈でも既に述べたとおり、そのような事態を回避すべきである。というのも、この場合、債権者や受遺者が相続人を訴えるのに続いて、相続人が包括受遺者を訴え、彼の代わりに弁済したものの返還を受けるからであり、これは、反対に信託受遺者から相続人に対して、取り立てたものを返還するよう訴えるべきなのと同じである【ミュンシングルス本節注釈】。〈4. 相続人が問答契約挿入後にもなお訴えられ得るのは何故か。〉更に、相続人が遺産売買問答契約挿入後にもなお訴えられ得るのはなぜかについても、ウェーセンベキウスは『学説彙纂パラティトラ』第18巻第4章「遺産や訴権の売買について」注解第5番において明確に説明している。その箇所では、遺産の買主が相続人に地位にとって代わるのは売主との関係においてであると述べている。つまり、債権者や受遺者との関係では、債務者である相続人が、彼等の権利を契約によって奪ったり変更したりすることはできないし、相続承諾によって自発的に引き受けた債務を他人に移転することもできないので、売買後（本論点で言えば問答契約挿入後）にもなお債権者によって訴えられるのは当然であり、買主乃至信託受遺者は、債権者と如何なる取引も行っていない以上、訴えられることは決してないというのである。〈5. パピニアヌスがペーガス元老院議決の問答契約を有害と指摘したのは何故か。〉ミュンシングルスと彼に与するハルプレクティウスの本節注解第2番は、部分割合遺贈問答契約が有害とされたもう一つ別の理由として、多くの場合に濫訴や約束者の無資力によって当事者双方に損害が生じたという点を指摘している。ではそろそろ本題に戻ろう。

〈6. 今日何が通用しているのか。〉今日では何が通用しているのか。今日、信託遺贈された遺産が返還される場合、三つの場面でトレベリウス元老院議決が妥当するというのがその答えである。第一に、指定相続人が遺産全体もしくはその4分の3以上を返還するよう求められた場合、4分の1全てもしくは4分の1に足りない分を皇帝の勅法に基づき保持することを認められ（それ故トレベリウスの4分の1と呼ばれる）、もしそれを事実の誤解によって信託受遺者に弁済してしまったならば、取り戻すことも許され、以上の場合において、訴訟と負担は取得分に応じて相続人と信託受遺者の間で分割される。

〈7. 4分の1や同不足分の保持が認められるのはなぜか。〉4分の1を保持し得る根拠は、既に指摘済みである。すなわち、人の最終的な意思が確定した以上は、遺言者の意思が無駄にならないようにするため、[相続人にとって]利益がないか僅

かであるとの理由で遺言が捨て置かれることのないようにするためである。

〈8. 相続人が必要以上に返還したものを取り戻すことが許されるのはなぜか。両者に差異はないのか。〉事実の誤解のために4分の3を超えて信託受遺者に弁済した場合、つまり、遺産において実際に保持している以上に自らが保持しているものと思い込んでしまった場合に、返還を求め得る根拠とは、事実の誤解は法の誤解とは違って許されるからである【学説彙纂22巻6章「法及び事実の不知について」第2法文】。事実の誤解にはこの上なく聡明な人でも陥ることがあるので、許されるに値する【同法文】。これに対して、法の誤解や不知は誰も許す理由にはならない【学説彙纂22巻6章第9法文前書及び3節】。それ故、4分の1を保持し得ることを知らずに必要以上に弁済したならば、その者は返還請求することはできない。第3巻第14章「要物契約は如何にして締結されるのか」第1節注釈第6番も参照されたい。

〈9. 各人がその取得分を負担とともに手にするのかなぜか。〉各人が自己の取得分を負担と共に手にし、按分して訴訟に応じる根拠とは、各人が、総体、つまり、分離不能で利益とともに不利益が含まれる遺産の一定割合乃至一部を取得する以上、利益の一部を得る者は不利益の一部もまた負うことになるからである。しかし、以上の点が単純に正しいといえるのかどうかについては異論を踏まえて後に検討する。

〈10. 相続人が自発的に遺産全体を返還した場合はどうか。〉第二に、相続人が自発的に遺産全体を返還し、4分の1を留保しない場合、遺産に対する全ての訴権は信託受遺者に移り、相続人は、問答契約が挿入されなくても当然に、あらゆる負担から解放される。その根拠は、ミュンシングルスによれば、この場合、信託受遺者が相続人の地位に立つと解されるからとされる。〈11. この場合にすべての負担が信託受遺者にもたらされるのはなぜか。〉もう一つの根拠は、ウェーセンベキウスによれば、相続人自身の信用が損なわれないようにするためとされる。更に別の根拠は、果実と利益を独占するものに負担が移るのが公平であるからである【学説彙纂36巻1章「トレベリウス元老院議決について」第1法文2節】。

〈12. 相続人は相続の承認を拒んだ場合はどうか。〉第三に、指定相続人が自らに与えられた遺産の承継を拒んだ場合には、信託受遺者の請求により、ペーガス元老院議決ではなくトレベリウス元老院議決に基づいて承継と遺産全体の返還が強制されるが、訴権もまた信託受遺者へ彼に対して行使されるべく移転され、相続人の下には如何なる利益も不利益も残らない。〈13. 損害も利益も全く残されないのはなぜか。〉その根拠は既に前述本章第6節注釈で既に耳にした。すなわち、損害を被らないのでは遺産返還の抗弁を有するからであり、トレベリウスの利益を得ないのは、他人の危険によって承継する以上、当然全ての利益を奪われるべきだからである

ピニアスに由来するとされているペーガスス元老院議決に対する批判が、トレベリウス元老院議決以前の相続人と信託受遺者間の「遺産売買問答契約 stipulationes emptae et venditae haereditatis」による遺産返還手続を相続人による遺産控除の手続として残存させたため、相続人と信託受遺者の間の問答契約に拘束されない債権者や受遺者が信託受遺者ではなく相続人を個々に訴え、その都度信託受遺者との間で問答契約に基づく求償清算せざるを得ないという不都合が再び生じ、信託遺贈義務者としての相続人にもファルキディウス法に準じた遺産控除を認めることで相続の承認を動機づけ信託遺贈の実現確保を狙ったペーガスス元老院議決の目的が阻害されてしまった旨敷衍されている。夫婦間相続目的の嫁資合意を、存命配偶者への遺産付与を相続人に委託する趣旨の「信託遺贈fideicommissum」に類比するならば、信託遺贈義務者たる相続人、つまり、死亡配偶者の近親者が、信託受遺者たる存命配偶者に対して、この「トレベリウスの取得分」の控除を求める余地が生じることになる。一方、当該嫁資合意を夫婦間の「死因贈与donatio mortis causa」とみなすことができれば、死因贈与についても、遺贈に準じて「ファルキディウス法の取得分の控除Falcidiaetractio」を認める諸法源¹⁰⁹⁾に従い、死因受贈者に相当する存命配偶者への同様の遺産控除請求が問題となる。

マンツは、以上のような夫婦間相続目的の嫁資合意における遺産控除の可能性を、さしあたり、後者の「ファルキディウス法の取得分」のそれに代表させ

【ミュンシゲルス本節注釈第10番及び第11番】。

〈14. トレベリウス元老院議決ではなくペーガスス元老院議決が廃されたのはなぜか。〉ところで、ペーガスス元老院議決が廃され、トレベリウス元老院議決が維持された根拠は以下のとおり。まず、前者にはどこにも問題はないが、ペーガスス元老院議決には問答契約の挿入という救済方法に問題があり、ある点で誤る者は全ての点に責任を問われやすいとするのがオステルマヌス本節注釈である。また、ウェーセンベキウスも、トレベリウス元老院議決の方が申し分なく正しく、迂回や問答契約無しに当然に、ペーガスス元老院議決では冗長な迂回路を介して回復されたものを確実かつ有効にもたらしたと述べている点で同意見である。”(Commentarius, 816-819.引用は1645年インゴルシュタット刊初版による。)

109) マンツが引用しているのは、D.31.79,1; C.6.50,51,1 / 18,1; C.8.57,2,2; D.39.6,42,pr.。

た上で、肯定否定双方の論拠を提示している。控除肯定説の論拠として参照されているのは、贈与者が撤回せずに亡くなった場合に例外的に有効とされる夫婦間贈与についてファルキディウス法に基づく遺産控除の可能性を認める学説彙纂第24巻第1章「夫婦間贈与についてDe donationibus inter virum et uxorem」第32法文第1節¹¹⁰⁾と勅法彙纂第6巻第50章「ファルキディウス法についてAd legem Falcidiam」第12法文¹¹¹⁾、そして、この点を遺贈との類比で説明する第32法文第1節の文言<ファルキディウス法の取得分Falcidia>に付されたゴドフロワの注釈¹¹²⁾である(問題38第8番)。これらの典拠は、夫婦間相続目的の嫁資合意そのものにかんするものではないが、死因贈与や贈与者未撤回死亡の夫婦間贈与が遺贈との類比によりファルキディウス法の適用対象となるのであれば、混合合意論を介して死因贈与の一種と読み替えられた当該嫁資合意においても、「ファルキディウス法の取得分」の控除が可能となるとの趣旨で援用されているのであろう。これに対して、控除否定説の論拠としては、「相続人がファルキディウス法を保持することを望まない旨明確に表明している場合には、遺言者の判断が有効なのは明らかであるsi expressim designaverit non velle haeredem retinere Falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam」とする「新法ius novum」¹¹³⁾と、遺言者の明確な意思表示がなくても「同等の行為に介してper aequipollens」控除を禁じていると解される可能性に言及するニコラウス・ヴィーゲルNikolaus Vigel(1529-1600年)の『法学論争体系Methodus iuris controversi』(1579年初版)第4巻

110) VI注56参照。

111) 「信託遺贈の役割を果たしている場合に、夫婦間で為された贈与にファルキディウス法が妥当するという点は、多くの法の規定に定められている」

112) “<ファルキディウス法の取得分>とは、すなわち、夫婦間で為された贈与からは、ちょうど贈与物が遺言によって遺された場合のように、ファルキディウス法の取得分が控除される、との趣旨である。勅法彙纂第6巻第50章「ファルキディウス法について」第12法文も参照せよ。”(Corpus juris civilis, II, 762, k.)

113) 新勅法第1勅法(=公撰集第1集第1章)「遺産及びファルキディウス法についてDe heredibus et Falcidia」第2章第2節。引用は公撰集のテキストによる。

第10章「ファルキディウス法、トレベリウス元老院議決、その他の遺贈の種類についてDe lege Falcidia, Senatusconsulto Trebelliano, et aliis legati speciebus」第一準則regula prima第四抗弁quarta exceptio第二再抗弁altera replicatio¹¹⁴⁾が参照されている(問題38第9番)。マンツによれば、当該事案の嫁資合意には、「存命者は死亡者の近親者にそこから何も与える義務はないものとするdas Überlebende deß Verstorbenen Freund nichts hinaus zugeben schuldig seyn solle」旨定められていたようであり、この定めを、遺言者による控除拒否の意思表明と「同等の行為aequipollens」と捉える余地も確かに存する。

マンツは、これらの何れの立場に与するのか明言しないまま、続けて、「バイエルンでは、嫁資合意に基づき存命配偶者に遺産が付与された場合にファルキディウス法の取得分やトレベリウスの取得分の控除が妥当するのであろうか an in casu delatae ex pactis dotalibus haereditatis superstiti coniugi in Bavaria detractio Falcidiae, vel Trebellianicae locum habeat?」との問いを提起している(第10番)¹¹⁵⁾。ここでは、まず、マンツの義父でインゴルシュタット大学の同僚であったラートの見解が紹介されているが、「聡明この上ない我が舅ラート氏は意見を請われて次のように答えたclarissimus dominus socer

114) “第二の再抗弁とは、相続人等がファルキディウス法に援用しないよう望む旨、遺言者が明確に定めていない限り、というものである。というのも、この場合もまた、遺言者の意に反して、相続人等は同法を援用できるからである【『法学論争体系』前出抗弁31再抗弁1】。その再々抗弁とは、遺言者が同等の行為によってそれを禁じていない限り、というものであり、例えば、遺産全体の返還を命じている場合や、ありとあらゆるものつまり自らの全財産が遺産返還懇願の対象となっている場合がこれにあたる。この再々抗弁は、ガブリエルス『通説結論集』第4巻の「トレベリウス元老院議決について」結論2及び3、ウィウィウス『両法諸博士通説集』第1巻の「遺産返還を懇願された相続人」の節第5番において論じられ整理されており、同「義務分は課せられない」の節第12番や、ウィッラロボス『通説集』Fの第55番とTの第77番でも扱われている。再々抗弁の多くの例は、ガブリエルス前掲箇所結論4とそれに続く五つの結論を参照されたい。”(Methodus, 504-505.引用は1581年リヨン刊のテキストによる。)

115) Centuria, 226.

Arnoldus Raht interrogatus ita respondit」とのマンツの言葉からも推測されたとおり、それは、『相違論』のような公刊された著作からの引用ではなく、鑑定意見の依頼や私的な照会に対する解答のようである。そのラートによれば、夫婦間相続目的の嫁資合意が「有効に生存者間に存続し、それ故、真正に債務を生じさせるin vim actuum inter vivos subsistere, ac proinde verum aes alienum constituere」と解する人々が「ファルキディウス法の取得分」や「トレベリウスの取得分」の控除を認めない点で一致しているのに対して、当該嫁資合意が「終意処分として存続し、遺言による場合と同様の仕方当該合意により相続が生じるin vim ultimarum voluntatum subsistere, adeoque successionem ex iis, veluti ex testamento deferri」と解する人々の間では控除の可否について争いがあるとされる。『相違論』の「主張」36で明言されていたとおり、ラート自身は、バイエルンラント法第19条の解釈としても、後者の混合合意論に与している。マンツによれば、そのラートが、夫婦間相続目的の嫁資合意における遺産控除の可否について、「私自身は、常々、5名の証人によって裏付けられている場合には、やはり何れの取得分も控除されないと解してきたego semper censui, si quinque testibus sint munita, etiam neutram quotam detrahi」と答え、その理由として、「成文法上、遺言から相続が生じるのと同様に、ドイツの慣習法や慣行上、5名の証人によって裏付けられた当該合意からも相続が生じ、その結果、存命配偶者は、死亡者本人から、つまり、死亡者自身の相続人指定に基づき遺産を取得するのであって、死亡者の無遺言相続人等から取得するのではなく、それ故、如何なる控除も無く取得するsicuti de iure scripto, haereditas ex testamento: ita quoque ex consuetudine et moribus Germanis ex illis pactis quinque testibus munitis deferatur, adeoque coniux superstes, haereditatem a se ipso, sive ex propria defuncti institutione, et non ab eius haeredibus ab intestato, ac proinde sine imni detractioe cosequatur」と述べたというのである(第11番)¹¹⁶⁾。ここで注目すべきなのは、控除否定という結論そのものではなく、むしろ、その理由付けであろう。というのも、普

116) Centuria, 226.

通法を論拠とする先の控除肯定説も控除否定説も、遺贈のように相続人を介して間接的に遺産が付与される場面を想定する点では一致していたのに対して、混合合意論を前提としたラートの控除否定説では、存命配偶者が死亡者による「相続人指定*institutio*」に基づき、文字通り相続人として直接遺産を承継すると解されているからである。そして、この立場は、存命配偶者の直接的な遺産承継を根拠に控除を否定するという点では、夫婦間相続目的の嫁資合意を生存者間の相続合意として通用させる見解と一致することになる¹¹⁷⁾。

マンツ自身は、このラートの控除否定説にも積極的に与することなく、「私の考えでは、もし控除があるとすれば、少なくともバイエルンでは、トレベリウスの取得分でなければならぬと思われた*quod si ulla detractio locum habaret, putarem, saltem, in Bavaria, illam debere esse Trebellianicam*」と述べて、バイエルン法に基づくトレベリウスの取得分の控除を認める自らの立場を表明している(第12番)¹¹⁸⁾。「当地のラント法によれば、特定の信託遺贈からはファルキディウス法の取得分が控除され、トレベリウスの取得分は控除されず、包括的な信託遺贈からのみトレベリウスの取得分が控除される*ex iure hoc provinciali de fideicommissis singularibus Falcidia, non Trebellianica detrahatur, sed tantum de universalibus*」というのがその理由である。マンツ

117) ただし、18世紀以降通説として確立される「単純嫁資合意」と「混合嫁資合意」の併存対置の下では、夫婦間相続目的の嫁資合意が契約に準ずる前者にあたるならば、存命配偶者は真正な相続人であり、死亡者の全遺産の承継が合意されていた場合には唯一の相続人、合意対象が遺産の一部に留まる場合には、他の遺言相続人や無遺言相続人と並ぶ共同相続人としてそれぞれ直接に遺産を承継するため、ファルキディウスの取得分にせよトレベリウスの取得分にせよ、如何なる遺産控除も問題となり得ないが、当該嫁資合意が死因贈与に準ずる後者にあたる場合には、存命配偶者は死因受贈者と同じくファルキディウス法による遺産控除を受けることになる。「グリェックの夫婦財産契約論」(獨協法学第102号)参照。これに対して、ラート説は夫婦間相続目的の嫁資合意を混合合意として一元的に捉える立場、つまり、学説史的にはその後衰滅することになる観方からの控除否定説であることに注意すべきである。

118) *Centuria*, 226.

は明記していないが、ここで念頭に置かれているバイエルンラント法の規定は、第38章「ファルキディウス法の取得分とトレベリウスの取得分について Von der Falcidia und Trebellianica」第4条「トレベリウスの取得分について、それは如何なるものか Von der Trebellianica, und was dieselb sey」と解され、そこには確かに、「遺言者が包括的信託遺贈だけではなく遺贈その他特定のな処分行為も定めた場合、そのような処分行為からはファルキディウス法の取得分が、包括的信託遺贈からはトレベリウスの信託遺贈が、按分して控除される Hette der Erblasser nit nur gemeine universal fideicommiss, sonder auch Legata, oder andere particular geschäft geordnet / so wirdet die Falcidia von solchen Geschäften / und die Trebellianica von den universal fideicommissen, jedes proportion nach / abgezogen」(第2文)とある¹¹⁹⁾。つまり、マンツは、当該事案の嫁資合意を、相続人指定ではなく包括的信託遺贈に類比するより穏当で、存命配偶者と無遺言相続人の間の利害調整にも適した立場を、やはりバイエルン法の援用によって裏付けようとしているわけである。先に見たとおり、バイエルンラント法第19条に照らして有効とされた当該事案の嫁資合意においても、嫁資合意に基づき亡き妻の遺産の承継を主張する上诉人に対して、「遺産の4分の3で満足し、残りはトレベリウスの取得分として無遺言相続人等に返還するように ut contentus tribus quartis reliquum, tanquam Trebellianicam, restituat venientibus ab intestato」勧告する判決が1655年8月20日付けで下されたようである¹²⁰⁾。「彼等が困窮する一方で、上诉人自身には資産がもたらされる sunt pauperes, ipse autem in facultatibus positus est」という点、つまり、遺産承継をめぐる当事者間の衡平を顧慮したとされるこの判断も、マンツが法学提要講座担当教授としてインゴルシュタット大学で講じていた普通法ではなく、その普通法を取り込んだバイエルンラント法の規定に敢えて依拠する形で提示されている。バイエルンラント法をその本来の通用地域外の裁判実務に持ち込み、普通法以上にその權威を尊重するマ

119) Landrecht, 362.

120) Centuria, 226-227.

ンツもまた、インゴルシュタット大学法学部を拠点に、ラート、バルタザル、シュミットへと受け継がれた17世紀バイエルン法学の系譜に属する一人なのである¹²¹⁾。

121) 皇帝カール6世死去によるハプスブルク家男系断絶を受けて勃発したオーストリア継承戦争(1740-48年)の最中、バイエルン選帝侯位がカール・アルブレヒトKarl Albrecht(選帝侯在位1726-45年、皇帝カール7世として在位1742-45年)からマキシミリアン3世ヨーゼフJoseph(在位1745-77年)へと引き継がれた18世紀半ば、ヴィグレイウス・クサーヴァー・アロイス・クライトマイアWigläus Xaver Alois Kreittmayr(1705-1790年)の起草による一連の立法(1751年「バイエルン刑法典Codex juris Bavaricus criminalis」、1753年「バイエルン訴訟法典Codex juris Bavaricus judicialis」、1756年「マキシミリアンのバイエルン市民法典Codex Maximilianeus Bavaricus civilis」)に先立ち、シュミットの『ラント法注解』の独訳版が実務の需要に応じて出版される(1742/47年)。その第1巻『バイエルン選帝侯領の略式手続並びに競売手続の注解乃至解釈Commentarius oder Auslegung des Chur=Bayrisch=Summarischen und Gandt=Process』(1742年刊)に付された書き手不明の「親愛なる読者に向けた序言Vorred an den geneigten Leser」(下記参照)にも、注解の著者シュミットの先達にあたる「バイエルン選帝侯領でこの上なく信頼されている法学者die Chur=Bayrischen bewahrtisten Rechts=Gelehrten」として、ラート、バルタザル、マンツの名が列挙されている。他に、ルター派からカトリックへ改宗してテュービンゲン大学からインゴルシュタット大学に移ったクリストフ・ベーズルトChristoph Besold(1577-1638年)とヴィルヘルム5世によって招聘されたアンドレーア・ファキネーイAndrea Fachinei(1549-1609年)の名も挙げられているが、前者は移籍後わずか2年で亡くなっており、また、パードヴァでティベリオ・デチャーニTiberio Deciani(1509-82年)に学び、1587年から10年にわたってインゴルシュタットで教えた後、ピサのアカデミーの皇帝法教授に転じた後者も、その著書『法学論争集Controversia iuris』(1595/97年初版)に見られる通り、普通法学の担い手にすぎず(ファキネーイについてはⅡ注50も参照)、いずれもバイエルン法学の展開に寄与したとは言い難い。なお、16世紀末から18世紀初頭にかけてのインゴルシュタット大学法学部についてはPrantl, Geschichte der Ludwig-Maximilians-Universität in Ingolstadt, Landshut, München, Erster Band (1872), 409-427 / 482-493.参照。

“カスパー・シュミット男爵閣下によって著されたバイエルン選帝侯領の略式手続及び競売手続にかんする注解(これが、ご覧のように、ここに我々の母語で、多くの

(完)

熱心な求めに応じて、この度公刊されるのである)、並びに、バイエルンラント法にかんする注解(こちらにもまたドイツ語で近々刊行されるであろう)が、後代の学術界全体において得た名声と荣誉が如何に大きなものであったかは、ラント中は勿論世間全体に知られている事柄であり、それ故、バイエルン選帝侯領でこの上なく信頼されている法学者、すなわち、ラート、バルタザル、マンツ、ペーゾルト、ファキナエウス氏その他の人々の中でさえ、それらの注解に優位を認めることに異論を唱える者などいないであろうし、この著者が見出せないような図書館はほとんど存在しておらず、如才ない賛辞よりも著作自体がその評判と有益さを証明している。

学術界においてこの注解の評価が高まるにつれて、学識のない者の間に、これらの注解が忠実で信頼できる手によってドイツ語に翻訳されること、そして、小さな都市や市場町の当局でも、そしてまた、大学で学んでいない官吏、判事、市民、役人等でもそれらを少なからず役立て、あらゆる少額の訴訟、競売や優先権をめぐる事案、その他契約や相続のために法学識者や弁護士乃至代訴人から少くない費用で助言を得る負担を免れることへの要望や要求をますます呼び起こすことになった。そういうわけで、そのような熱心な要望に応えようと、シュミット男爵によるバイエルン選帝侯領の略式手続と競売手続の注解だけではなく、バイエルンラント法の注解もまたドイツ語に翻訳するという愛国的な課題は、学識のない官吏、市民、代訴人であってもこの宝を利用し、それによって、そうでなければ負担せざるを得ないものを節約できるようにとの意図から専ら取り組まれたのである。親愛なる読者よ、翻訳者の意図もまた同じく、共同体、とりわけ、ラント裁判所やホーフマルク裁判所、あるいはまた、小さな都市や市場町の大学教育を受けていない当局者、ラントの官吏や判事、大学で学んでいない代訴人等に向けられているし、略式手続規則の第4章第5条にも、読み書き以上のことを学んでいない代訴人は、印刷されたラント法、ポリツァイ規則、裁判規則その他の諸巻を保持し熱心に読むべきである旨定められているので、それらについて著者が非常に詳細に叙述しこの度ドイツ語に翻訳された注解は彼等にとってまさに有益なものとなるであろう。翻訳者が心より望んでいるのは費やした労力への好意ある評価である。”(Auslegung, I.) (2r.-v.引用は1742年アウクスブルク刊のテキストによる。)