

《論 説》

卑属加入と養子縁組

—17世紀サントンジュにおける慣習法とローマ法—(1)

藤 田 貴 宏

周知のとおり、ローマ法において、養子縁組は、家父権の取得乃至喪失の一原因として、養子となる者の家の帰属関係に変更をもたらすものであった。しかし、このような制度は、血縁者による家系存続と家産承継を当然視する中近世ヨーロッパの一般的風潮と相容れない上、秘蹟たる婚姻とそこから生じる嫡出実親子関係を優遇する教会の姿勢とも矛盾する。そのため、学識法曹もローマ養子法の受容には消極的で、実際にも、ローマ法が本来想定していたような養子縁組に対する社会的需要は極めて少なかった¹⁾。一方、農民層や職人層を中心に、家業の後継者や日々の労働力不足に悩まされる者が、血縁者だけではなく家外の者をも、大抵は実子との婚姻、つまり、婿取りや嫁取りを介して、自家に迎え入れ、その者にいわば対価として自らの財産の一部を「相続」させるという慣行が生じ、14世紀の黒死病流行が招いた著しい人口減少の中で一層の広まりを見せる。嫡出の実子以外の者にあたかも子であるかのように財産を承継させる点は、ローマ法の養子縁組が家の変更の帰結としてもたらした相続権の取得を想起させるし、ローマ法上、「他権者養子縁組adoptio」については、既にユスティニアヌス帝の養子法改革²⁾によって家の変更が原則として否定さ

1) 中近世の仏語圏における養子法については、さしあたり、Ourliac/ Malafosse, *Histoire du droit privé*, III, *Le droit familial* (1968), 79; Ourliac/ Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil* (1985), 263-264; Godding, *Le droit privé dans les Pays-Bas méridionaux de douzième au dix-huitième siècle* (1987), 119-120.; Lefebvre-Teillard, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille* (1996), 286-290; 300-301; 318-319; 324. 参照。

2) Inst.1.11.2; C.8.48 [47], 10.

れ、養子が実父の家父権に服したまま養父を相続するものとされていたことも（いわゆる「不完全養子*adoptio minus plena*」）、ローマ養子法との関連づけを促す一因となった。この慣行は、慣習法地域と成文法地域の双方にまたがるフランス中西部の農民層において「卑属加入*affiliation*」の名称³⁾で流布し、16世紀に成文化された幾つかの慣習法にも規定されるに至る⁴⁾。その一つであるサントンジュ慣習法*Coutume de Saintonge* (1520年成文化) に着目し、17世紀に著された同慣習法の諸注釈書の叙述から、卑属加入と養子縁組の接点を探ることが本稿の課題である。

I

本稿で取り上げるサントンジュ慣習法は、シャルル＝アントワーヌ・ブールド・ド・リシュブール*Charles-Antoine Bourdot de Richebourg* (1665-1735年) の『新慣習法総覧*Nouveau coutumier général*』 (1724年) 第4巻には、「サン＝ジャン＝ダンジェリの裁判管轄地で公にされたサントンジュのセネシャル区の慣習法*Costumes du la seneschaussée de Xainctonge, au siege et ressort de Saint Jean d'Angeli, publiées*」の表題で収録されており⁵⁾、当慣習法の通用

-
- 3) この名称は、13世紀、成文法地域のプロヴァンスにおいて、家父権免除つまり家の変更を伴う養子縁組の俗称としても用いられていたようである (Roumy, *L'adoption dans le droit savant du douzième au seizième siècle* (1998), 202.)。プロヴァンスにおける養子縁組乃至卑属加入については、Aubenas, *L'adoption en Provence au Moyen Age*, in *RHD* (1934), 700-726.、Courtemanche, *Lutter contre la solitude: adoption et affiliation a Manosque au quinzième siècle*, in *Médiévale* 19 (1990), 37-42.も参照。
- 4) 成文慣習法上の卑属加入については、Hilaire, *La vie du droit* (1994), 125-156.、Roumy, *L'adoption dans le droit savant*, 204-206.参照。
- 5) *Nouveau coutumier*, IV, 870-882.なお、慣習法の条文の前に収録された「成文法議事録*procès verbal*」の冒頭では、「サン＝ジャン＝ダンジェリの裁判管轄地で新たに改定され公にされたサントンジュ地方の慣習法*Coutumier du pays de Xainctonge, au siege et ressort de Saint Jean d'Angeli, nouvellement reformé et publié*」との表題が

地域をめぐる聊か込み入った事情については、当表題中の文言<サントンジュのde Xaintonge>にブルドが付した注釈⁶⁾に簡明な解説を見出すことができる。それによれば、「当慣習法はサン＝ジャン＝ダンジェリの裁判管轄区域においてのみ通用しており、当地方の内、シャラント川とガロンヌ川の間、俗にいう<海とシャラントの間>に位置する残りの部分では遵守されていない *elle n'est en usage que dans le ressort du siege de saint Jean d'Angely seulement, et ne s'observe point dans le reste de la province, qui est entre la Charente et la Garonne, que l'on dit entre Mer et Charente*」とされ、シャラント河畔の司教座都市であったサントを中心に、シャラント川と、広大な川幅と潮の干満故に「海Mer」と呼ばれていたガロンヌ川下流域(ジロンド川)とに挟まれたサントンジュ地方の南部一帯は、「当地固有の慣習に定めのある場

用いられている。

- 6) “当慣習法は不適切にもサントンジュ慣習法という名称を備えている。というのも、当慣習法はサン＝ジャン＝ダンジェリの裁判管轄区域においてのみ通用しており、当地方の内、シャラント川とガロンヌ川の間、俗にいう「海とシャラントの間」に位置する残りの部分では遵守されていない。サントの管轄区域にあたるその地方は、当地固有の慣習に定めのある場合を除いて、成文法によって規律されているが、その慣習は従来の慣習法総覧には収録されていないので、私はそのテキストを当慣習法の後に載せておいた。

サン＝ジャン＝ダンジェリの裁判所の裁判権及び管轄の及ぶ範囲に含まれているのは、元来、シャラント川までのサントンジュ地方の北側一帯であり、フォンクーヴェルト、シャニエその他、サント司教区及び聖堂参事会に属する地所や領地は引き離され、その代わりに、「海とシャラントの間」について相応の裁判権が付与された。「海」と呼ばれているのは、サントンジュを南側の境界をなすガロンヌ川である。

当慣習法は1520年に成文化された。

当慣習法は、最初の成文化以降改定されていない相当数の慣習法の内の一つである。

【欄外注：当慣習法について注記や注釈を著した著者】 ジャック・デヴィーニユによるサン＝ジャン＝ダンジェリ慣習法の『釈義』。この著作は羅語による。メシャン氏による同慣習法の『注釈』。コスム・ベシェ氏によるもう一つの『注釈』。同じ著者にはサントの慣習とサン＝ジャン＝ダンジェリ慣習法の『対照考察』もある。” (Nouveau coutumier, IV, 870, a引用は1724年パリ刊のテキストによる。)

合を除いて、成文法によって規律されているse regit par le Droit écrit, excepté dans les cas compris dans son usance particuliere」というのである。ここに言う「当地固有の慣習son usance particuliere」は、サン＝ジャン＝ダンジェリを中心とするサントンジユ地方北部の慣習法とは異なり、正式に成文化されることはなかったが、17世紀に入って、同地方で活動する弁護士コスム・ベシエCosme Bechet(1580?-1652年)の手で、当時流布していた写本等に基づき、『海とシャラントとの間のサントンジユの慣習L'usance de Saintonge entre Mer et Charante』(1633年初版。以下『慣習』と略称)の表題で、詳細な注釈や補論とともに初めて印刷公刊された。ブルドも、北部の成文慣習法の後に続けて、このベシエによるサントンジユ南部の「慣習usance」のテキストを同じ表題で『新慣習法総覧』に収録し⁷⁾、表題の文言<サントンジユのDe Saintonge>に、サントンジユ地方の慣習法の通用地域や裁判所の管轄にかんして、サントンジユ北部の成文慣習法の表題に付された上記注釈と似た内容の注釈⁸⁾を加えている。それによれば、サントンジユのセネシャル区は、サン＝

7) Nouveau coutumier, IV, 873-888.

8) “シャルル8世の治世下、他の多くの地方を同様に、サントンジユにおいても、人々は慣習法の成文化と検証に取り組んだが、その作業は未完のままとなった。しかし、以前から、当地方では、ある慣習法が遵守されていて、その後もそれは依然として遵守され続けており、「海とシャラントの間のサントンジユの慣習」の名称で知られているこの慣習法は、我々にそれにかんする注記をのこした著者〔コスム・ベシエ〕が言うには、「手から手へと伝承され、時の積み重ねと慣用からその効力を得ている」とされる。

この著者が1633年にその注記と共に初めてこの慣習法を印刷する労を取る前から、それは写本の形でのみ当地方に流布していたものと解され、何れの慣習法総覧にもそれは見出されない。

サントンジユのセネシャル区には二つの裁判所、すなわち、サントの町の上座部裁判所、サン＝ジャン＝ダンジェリの町の王領裁判所があり、それぞれが慣習法を有している。

従来の慣習法総覧に収録されていて、我々もそれが通常備える「サントンジユ地方の慣習法」という名称ですぐ前に収録したばかりのものは、サン＝ジャン＝ダン

ジャン＝ダンジェリの「王領裁判所siegé Royal」⁹⁾の管轄地域と、サントの「上座部裁判所siegé Presidial」のそれとに二分され、前者では成文慣習法が、後者では主として成文法つまりローマ法が通用し、裁判当事者の合意、判決による裏付け、公知性の証明の何れかがある場合にのみ上記「慣習」が適用されていたとされる。このように、サントンジュは、フランスの北部慣習法地域と南部成文法地域の境界に位置するだけでなく、一地方、一セネシャル区内に両地域を併存させていたことになる。

ボルドー高等法院の部長判事であったニコラ・ボイエNicolas Bohier(1469-1539年)等が国王親任官commissaireとして成文化に関与し1520年2月8日付けで公布されて以来、改定されることなく通用していたサントンジュ北部の慣習法について、最初の注釈書『サントンジュ慣習法釈義Paraphrasis ad consuetudinem Santangelicam』(1638年。以下『釈義』と略称)が現れたのは、成文化されていない南部の慣習が注釈付きで前記のとおりベシエによって編集公刊された5年後であった。出版を手掛けたのは、ベシエの『慣習』と同じサントの印刷業者ジャン・ビションJean Bichonであり、フランスの一地方都市で立て続けにこの種の著作が出版されるという異例の事態からは、当地の慣習

ジェリの裁判所のためのものにすぎず、海とシャラントの間に位置する当地方の残りの部分は、当「慣習」に定められる個々の場合を除いて、成文法により規律されている。

当地では、サントンジュと南部地方を分けているガロンヌ川を「海」と呼んでおり、それは、その川幅の広さとそこに見られる潮の干満故に違いない。

以上のとおり、当慣習は、サントの上座部裁判所のためのもので、三つの場面、すなわち、第一に、当事者が合意の上で当慣習に留まる場合、第二に、当慣習が、様々な判決、とりわけ、法院判決によって是認されている場合、第三に、公知性の証明がある場合に限って、遵守される。”(Nouveau coutumier, IV, 870, a.883, a.)

- 9) 下級審としての「王領裁判所」という呼称、並びに、1552年のアンリ2世の王示によって各地に創設された上座部裁判所において旧来のバイイ区乃至セネシャル区裁判所の機能が審級差を伴い維持された点については、例えば、Barbiche, *Les institutions de la monarchie française à l'époque moderne, deuxième édition* (1991), 347/ 350参照。

法の注釈に対する需要の大きさを見て取ることができよう。『釈義』の著者ジャック・デヴィーニュJacques Desvigne(生没年不詳)は、出版当時既に亡くなっていたが、代わりに付された息子のベルナルBernardによるサン＝パプル司教ベルナル・デプリュBernard Despruets(?-1655年。サントの元司教座聖堂参事会員)宛ての献呈文にも、「連日の夜業と多大な労力で私の父によって著され、誰にとっても有用有益であるとまでは言えないとしても、特に法律家にとっては必要不可欠な本書*hic liber cum multis lucubrationibus et laboribus a parte meo, compositus non sane parum unicuique utilis et fructuosus, sed praecipue iurisconsultis necessarius*」¹⁰⁾との表現が見出される。デヴィーニュは、生前、『釈義』の表題頁にあるとおり、「サント上座部裁判所*forum Santonum praesidialium*」と「ボルドー高等法院*suprema curia Burdigalensis*」の「弁護士*causarum patronus*」を務めていたようであり、職務上も、サントンジュ北部の成文慣習法の注釈を著すのに十分な動機と実務的知見を有していたと言える。というのも、サントの上座部裁判所は、南部のセネシャル区裁判所としての機能に加えて、その本来の役割、すなわち、サン＝ジャン＝ダンジェリの王領裁判所を含むサントンジュのセネシャル区全体の上級審としての役割を担っており、更には、サントンジュのセネシャル区は、サントの上座部裁判所を介して、最上級審たるボルドー高等法院の管轄に服していたので、何れの裁判所で活動するにせよ、デヴィーニュは、弁護士として、当然、サントンジュ北部の成文慣習法の運用にも日常的に関わっていたものと解されるからである。

一方、ベシェも、『慣習』の表題頁にあるように、「パリ高等法院の弁護士*advocat au Parlement de Paris*」に加えて「サント上座部裁判所の弁護士*advocat au Siege Presidial de Saintes*」の資格を有していたようであり、『慣習』はまさに後者の立場での実務の経験から生まれたものと解される。そのベシェは、『慣習』公刊から10年ほど後に、『サントの慣習とサン＝ジャン＝ダンジェリの慣習法の対照考察集*Conference de l'usage de Saintes avec la coutume*」

10) Paraphrasis, a.2.v.引用は1638年サント刊のテキストによる。

de Saint Jean d'Angely』(1644年初版。『対照考察集』と略称)を公にし、サントンジュ北部の成文慣習法(「サン＝ジャン＝ダンジェリの慣習法la coutume de Saint Jean d'Angely」)の編別に従い、条文毎に、南部の未成文の慣習(「サントの慣習l'usage de Saintes」)における対応規定の有無や異同を論じている。「当『対照考察集』の形式と公刊をめぐる著者の所信Mouvemens de l'auteur sur la façon et la publication de cette Conference」と題された表題頁裏の短文には、「サントの慣習とサン＝ジャン＝ダンジェリの慣習法とを混同するボルドーの審理の多さへの懸念が公刊の契機となっているune reflexion sur quantité de consultations de Bordeaux, qui confondent l'Usage de Saintes avec la Coutume de Saint Jean d'Angely, donne coup à la publication」¹¹⁾とあり、サントンジュ地方を管轄下に置くボルドー高等法院の実務においても、同地方の慣習法の解釈運用が大きな実務上の関心を呼んでいたことがわかる。その後も、ベシエの慣習法研究の熱意は衰えず、北部の成文慣習法それ自体の注釈に取り組みこれを完成させたが、生前出版されることはなかった。その遺著は、ベシエの死後40年近くを経て、ボルドー高等法院の弁護士を務めていた同名の息子の仲介で、当時エティエンヌEstienneに代替わりしていたビションの工房から、『サントンジュのサン＝ジャン＝ダンジェリ王領慣習法Coutume du siège royal de St. Jean d'Angély en Saintonge』(1689年初版。以下『慣習法』と略称)の表題で出版されることになる。巻頭には、息子が出版に当たって用意した献呈文(ボルドー高等法院の法院長ジャン・ドニ・ドルド・ド・レストナックJean Denis Daulede de Lestonac宛て)に加えて、生前に書かれたものと思われるベシエ自身の読者宛て序文¹²⁾が収録されてい

11) 引用は1689年サント刊のテキストによる。なお後注14も参照。

12) “著者から読者へ。当地方が1651年に被った失寵が司法の公務を停止させ、私に書齋で安閑な時間を過ごすことを余儀なくさせたため、この時代の災厄による鬱屈とした気分を晴らし、それに専心することで、無為と切っても切れない仲の不安に先回りするのに最も相応しい仕事を探した。そして、我が人生を公務に捧げてきた以上、栄誉ある弁護の仕事によって同時代の人々に尽くすことがかなわないこの機会を、後世の人々のために用いる他ないと思われた。この慣習法は言葉遣いの粗野な時代

る。それによれば、『慣習法』は、「当地方が1651年に被った失寵les disgraces don't cette Province fut afligée en l'année1651」によりサントの上座部裁判所の機能が停止し、弁護士としての活動も不能となったために、その閑暇を利用して著されたとされる。上記「失寵les disgraces」とは、フロンドの乱la Fronde(1648-1653年)の後半、1651年9月にコンデ公ルイLouis 2世(1621-1686年)を中心とする反マザラン派がボルドーを拠点にサントンジュ地方を含むフランス中西部を支配下に置き宮廷に反旗を翻したことを指し、サントもまた反マザラン派のノワールムティエ公ルイ 2世(1612-1666年)によって占拠された。「この時代の災厄による鬱屈とした気分を晴らすdissiper les tristes idées des

に認証され、判別の困難な用語で定められた条文がそこに見いだされるのは確かではあるが、非常に理解容易な条文も多く含まれており、それらは必要以上に難しく解されている。法律の文言は最も自然な意味で常に解釈されるべきで、言葉本来の意味が明白な不正を伴わない限り、その本来の意味から離れるべきではないと確信する私からすれば、強引な解釈によって規定内容をしりぞけず、素直に条文を説明するだけで充分と考えられるが、第84条だけは、子のない者による家外の者のための処分行為を全て禁じている点において、上記原則の適用から除外される必要があるように思われる。この点、もしよければ、読者には、私の行いを論難する前にその論拠に目を通す労をお取りいただきたい。

ところで、内乱の終結前に当慣習法にかんする考察を終えてしまったが、私は、新しい仕事に取り組む代わりに、我々の慣習法に固有のものではないがしかし、しばしば生じるからには全く無関係とはいえない幾つかの問題の考察を様々な箇所に付け加えられると考えた。それらの問題の考察の大部分は、私の業務の日常的な流れの中で私が接することになった諸事案の検討の中で生まれたものである。

結局のところ、この小品の著述は私の気晴らしとなつたのであり、それを無視する人々がいても著作も著者も恨みはしないであろう。実際、私は、『サントの慣習』で既に論じた卑属加入の論点をめぐる問題の考察を、第1条の注釈で繰り返したけれども、それらは私の注釈に欠落を残さないために不可欠であった。いずれにせよ、私の得る慰めは、私が私自身のために用意するもので、他人のために進呈するものではないし、「汝剽窃者を恥じ入らせるべし」[Epigrammata, I, 52.]とのマルティアリスの警句を恐れる必要はないのだから。”(Coutume, -e.r引用は1689年サント刊のテキストによる。)

malheurs de ce temps-là) ために『慣習法』著述に没頭したベシエは、しかし、息子がこのベシエの序文に付け加えた一文¹³⁾にあるとおり、脱稿直後の1652年

- 13) “著者の息子から読者へ。父に長く栄えある人生を送ってもらうことが息子からの愛情として極めて称賛に値することに疑いの余地はないけれども、突然の死がはかない命を保つのに努める手段を息子から奪い去ってしまった以上、父の記憶を不朽のものとするために全力を注がずに日々を過ごすのは恥ずべきことであろう。これが、我が親愛なる読者よ、本書を公にするにあたって私が最初に抱く感慨であり、息子としての私の立場は自制を求め、他の学識ある公正な人々の口が著者の資質と能力について公言していることを全て読者の貴方に話すことを許さないけれども、敢えて私は断言しておきたい。すなわち、読者の貴方は、著者が清廉な精神、鋭敏な判断力、誠実な心の持ち主で、内戦の真っ只中にあっても、あるいはまた、砲火がサントの町の城壁を打ち崩している間にも、片時も休まず公共のために尽くしたこと、つまり、極度の緊張と勤勉さでこの著作に取り組み、並はずれな精神力でこれを完成させたことを本書から容易に見て取るであろう、と。しかし、本書が戦乱から生まれた子であるとしても、著者は同胞の平和のための〔ヘルメスの〕杖となっている。1652年7月25日に訪れたこの上なく善良な父の死によって私は悲嘆にくれ、その時の悲しみはほとんど忘れられない。「常に辛く常に尊いこの日を神々も望むごとく私は迎えるであろう」〔Aeneis, V, 49-50〕。私の慰めとなったかもしれないことも私の苦痛を増した。というのも、廉直の見本ともいうべき人間、その命は公共のためになくはならず、発見が遅すぎた結石が突然の暴挙により死へと追いやることがなければ、持って生まれた健康に応じて、このように短い年齢に縮められる必要もなかったはずの人間が72歳で亡くなるのを見る口惜しさは誇張無しで大きなものであったからである。読者よ、貴方はこのような駄弁を快く思われぬかもしれない。しかし、どうか思い出していただきたい、話しているのが息子であること、「父の肉が我を縛る」というある教父の美しい言葉を真心こめて口にする息子であるということ。

最後にご注意いただきたいのは、私が幾つかの箇所でも補充すべきと考えた点は、星印で本書の本文からは区別されており、それらの星印は幾つかの箇所では、我々の高等法院が「我々法院が法を生み出し得るとするのは疑わしい」との考えを如何なる場合に変更しているのか示している。私はまた、有益であるだけでなく必要であるとも思われたので、『サン＝ジャン＝ダンジェリの慣習法と慣習との対照考察集』の印刷で本書を補うべきと考えた。御機嫌よう。”(Coutume, e.v.-e.ii.v.)

7月に亡くなっている。著者の急死と内戦の混乱が『慣習法』の公刊を妨げたのであろう。息子のコスムは、この遺著『慣習法』を補う趣旨で、『対照考察集』も合冊させており¹⁴⁾、当地における慣習法注釈に対する関心が17世紀末においても依然高かったものと解される。

ところで、ベシエが『慣習法』の著述に取り掛かる直前、サントンジュの成文慣習法についても一つの注釈書が、『サン＝ジャン＝ダンジェリ慣習法注解Commentaires sur la Coutume de St. Jean d'Angély』（1650年初版。以下『注解』と略称）との表題で、その通用地域の中心であるサン＝ジャン＝ダンジェリで出版された。サン＝ジャン＝ダンジェリには、既にみたとおり、サントンジュのセネシャル区裁判所の一つに相当する王領裁判所が置かれ、『注解』の著者は、同裁判所の「国王評定官conseiller du Roy」で「特別代行官lieutenant particulier」を務めていたアルマン・メシヤンArmand Maichin(1617-1705年)である。『注解』の巻頭、パリ高等法院の大審部部長評定官ジャック・ル・コワニュ・ド・バシヨーモンJacques le Coigneux de Bachaumont(1589-1651年。三人目の妻がサントンジュのド・ショーモンDe Chaumont家出身)宛ての1650年8月21日付けの献呈文に続いて付された「読者への序言Preface au lecteur」¹⁵⁾において、メシヤンは、栄誉を期待できる「勅法彙纂や学説彙纂の

14) なお、『慣習法』に合冊された『対照考察集』第二版は、巻末目次の最終頁下部には1689年の記載があるものの、表題頁では出版年が1687年とされており、二年前に一旦出版されていた「第二版」を『慣習法』との合冊のためにそのまま増し刷りした可能性もある。また、1644年刊の『対照考察集』初版のテキストは確認できなかったが、ベシエ自身が、『慣習法』の中で「1644年に印刷された『慣習法と慣習の対照考察』la Conference de la Coutume avec l'Usance imprimée en 1644.」に言及している(Coutume, 348)。

15) “ローマ人の法律について著述することに専心する人々はまさに輝かしい試みをしたことになる。というのも、ローマ人の統治制度ほど称賛に値し、その推論ほど精緻で、その法律に含まれる判断ほど正義にかなうものはこの世に存しないからである。それ故、それらの人々は偉大で見事な目標に身を捧げている以上、彼等の著作が豪華に装飾され多大な評価を受けていることに驚く必要はなく、もしそのような栄誉を得ることだけが私の目的であったとすれば、ある小さな地方の慣習法ではな

く、むしろ、勅法彙纂や学説彙纂の注釈を著そうと試みたことであろう。しかしながら、我が故郷は私にとって常に極めて重要なものであるから、私の最初の夜業を故郷のために捧げ、そこが私の存在と生命を得た場所である以上、その場所を保ち、言ってみれば、これまで長い間活気づけ養ってきた法律の真の理解を得るために知力と努力の限りを尽くす義務を負っているのである。

私の企てを非難し、私の著述を不当に評する悪意ある人々があるいはいるかもしれないことは重々承知ではあるが、公平な読者には次の三つの点をお考えいただくようお願いしたい。第一に、理解の営みは常に公平であるということは不可能であり、それ故、偉大な人々でも、天性の才能に満ち溢れた一人であったかの聖アウグスティヌスが自らの述べた事柄を多数取り消すための大部の書物を著したように、時に極めて重大な誤りを犯すという点である。第二に、批判者の意見にあまりに無頓着に従う必要はなく、事柄を詳細に吟味し、その本質を洞察する必要があるという点である。これは、風刺であれば人々に気に入られ毒を振りまくことこそ本質といえるけれども、分別や良心が関与して、非難と弁護とを慎重に比べるのであれば、そのような非難が無益で馬鹿げていることに普通気づくからである。そして第三に、全く同じ顔つきの人間などほとんどいないように、完全に一致する考えの持ち主もほとんどおらず、先人たちが諸学問において偉大な発見を為したのは確かだとしても、彼等が真理の全てについて認識を得たわけではないし、理性を以て彼等の見解を支える人を非難する必要もないという点である。

学芸について皮相な知識しか持ち合わせない人々や全く無知な人々については、彼等が私に対して何を言おうとそれほど気にはならないし、彼等が自由気ままに喋ることに満足し、彼等に応答することを私に義務づけないのであれば彼等が私に難癖をつけても耐えることにしよう。文字の綴り方を知らない者に対して私の著述を正当化する必要がないのは全く以て光栄なことであり、如何なる非礼が私に降りかかるろうとも、そのような人と争うよりもじっとそれに耐え忍ぶ方を私は好む。

それはともかく筆を走らせる前に、我が親愛なる故郷サン＝ジャン＝ダンジェリの町に対する義務を果たし、今は不本意な状況に置かれているとしても、この町が依然として王国の著名で重要な都市の一つであると言うべきものと信じる。というのも、我々の知るところによれば、国王フィリップ2世が1204年にサン＝ジャン＝ダンジェリで市長と参事会員等を任命し、ルーアンの市長と参事会員等と同等の諸特権を彼等に付与したとされ、その後、フィリップ・ド・ヴァロワ [=フィリップ6世] が1331年7月の公開王状によってそれらの特権を是認かつ強化し、当市の住民の勇猛と忠誠に対する特別な評価を示すために、国王は当市を永久にフランス王

注釈commentaires sur le Code ou sur les Pandectes」ではなく、「小さな地方の慣習法の注釈commentaires sur la coutume d'une petite province」の著述を思い立った理由として、自らが生を享けた「故郷patrie」を「長い間活気づけ養ってきた法律の真の理解を得るために知力と努力の限りを尽くす義務を負っている j'étois obligé d'employer ce que j'ay d'esprit et d'estude pour

領に併合し結び付け、如何なる原因、理由、出来事であろうとも決してそこから引き離されることのないものとし、それは1341年5月1日付けで発せられた公開王状に詳しく述べられているとおりである。1346年、アキテーヌのイングランド国王総代官であったダービー伯[ヘンリ・オブ・グロスモントHenry of Grosmont(?-1361年)、1351年初代ランカスター公叙任]が強大な軍勢で当市を攻囲し占拠し略奪したが、当市の住民は食糧も救援も全く欠く中で一步も譲ろうとはせず、1360年のカレーの和約では国王ジャン[2世]は自らが当市について保持する全ての権利をイングランド王のために完全に放棄したけれども、当市の住民は、フランスに復帰しようという熱烈な希望を心の底に依然保ち続け、1372年、ついに再び当市の主となって、ド・キュモン氏の勇気と導きに助けもあって、彼自身は勇ましく戦って亡くなったが、イングランド人を当市から追放し、ベルトラン・デュ・ゲ克蘭元帥の下で忠誠の宣誓を為したのは正真正銘の事実である。以上のような高潔で勇敢な行いは、シャルル5世賢明王をして、当市の参事会員等に貴族としての特権を付与させるところとなり、また、この偉大な君主は、帯剣の特権を、その奉仕のために極めて有益で名誉な仕方ですべてこれらの人々に付与する必要があると考えた。その後、それらの諸特権は1422年1月にシャルル7世により認証され、ルイ11世にも、1481年9月の公開王状に見えるとおり、認められ、その言葉はサン＝ジャン＝ダンジェリの住民の勇気と忠誠への賛辞に溢れていて、これほどの頌辞を臣下に与えた国王はこの世に他にはいないのではないかと私には思われる。付け加えねばならないのは、国王ルイ13世が、当市に現れた幾らかの反乱分子を理由に市壁を取り壊し、我々の父祖等がその命を代償として手に入れた輝かしい諸特権をはく奪し、1622年10月の王宣によってそれらを回復させたにもかかわらず、まるでそれらがかつて存在していなかったかのように、依然消え失せ無力なままとなっているという点である。それでも、我々の父祖等の生きざまが輝かしいものであり、彼等の奉仕が極めて輝かしい褒賞によって報いられ、勇敢さを学ぶためには我々の先達の事績を読みさえすればよいということは、我々の慰めとなっている。”(Commentaires, e iij-iiij. 引用は1650年サン＝ジャン＝ダンジェリ刊初版のテキストによる。)

donner la vraie intelligence de ses loix qui l'ont animée et vivisée depuis si long temps」旨述べているにすぎない。しかし、ベシエの『対照考察集』が現れ、『慣習』も1647年に再版されていたこと、更には、法律書とりわけ慣習法注釈のほとんどが世俗語で著されるようになっていた当時、サントンジュの成文慣習法の注釈書として先行するデヴィーニュの『釈義』が羅語による記述故に今一つ利便性に欠けるといった点に、新たな注釈書への需要を見出したと解するのがむしろ自然であろう。『注解』の上記序文の後半では、歴史家としての顔も有し、後に『サントンジュ、ポワトゥー、オニス、アングーモワの歴史 Histoire de Saintonge, Poitou, Aunis et Angoumois』(1671年)を著すことになるメシャンらしく、故郷サン＝ジャン＝ダンジェリの変遷が、百年戦争中のイングランド軍からの同市の奪還(1372年)と、その際の市民等の勲功に報いるべく国王シャルル5世から付与された特権の継承とを中心に述べられているが、それらの特権は、序文の末尾に諦念に満ちた表現で付け加えられているように、『注解』公刊当時既に追憶の対象となっていた。というのも、「国王ルイ13世が、当市に現れた幾らかの反乱分子を理由に市壁を取り壊し、我々の父祖等がその命を代償として手に入れた輝かしい諸特権をはく奪したle Roy Louys XIII. à cause de quelques factions qui s'estoient formées dans ladicte Ville en l'année 1621. rasa les murailles, et osta ces beaux privileges que nos peres avoient acquis au prix de leur sang」からである。ここで言及されているのは、アンリ・ド・ロアンHenri de Rohan(1579-1638年)に率いられたいわゆるユグノー反乱Les rébellions huguenotes(1620-29年)の初期、反乱軍に与したサン＝ジャン＝ダンジェリを国王軍が攻囲占拠した事件であり、それは、同市にとって、宗教内乱Les guerres de religion(1562-98年)の際の攻囲(1569年)に続く受難であった。サントンジュ慣習法(以下本稿では、便宜上、「サントンジュ慣習法」を成文化された北部の慣習法の呼称として用いる)の注釈書は、前世紀の宗教内乱が収まったのも束の間、ユグノー反乱、フロンドの乱と内戦が断続的に続く世情慌ただしい時期に、その間を縫うようにして著され出版され続けたことになる。

II

フランス各地の慣習法の成文化や改定が進むにつれて、特に16世紀後半から17世紀にかけて無数の慣習法注釈書が実務の要請に応じて現れる。フランス慣習法学の成立は、学識法曹の共有財産であった両普通法、とりわけ世俗普通法たるローマ法について、各地慣習法との相違への関心を先鋭化させ、北部の慣習法地域と南部の成文法地域といった大雑把な棲み分けでは捉えきれないよりきめ細やかな取捨選択の目をローマ法に向けさせる契機となった。その過程で、個々の慣習法注釈とは別に、ユスティニアヌスの各法典の編別に沿って個々のローマ法源それ自体の実益の有無を吟味判別する文献も次々と出版されている。本稿の検討対象であるサントンジユ慣習法の諸注釈において当然の前提とされているローマ養子法に対する評価は、それら一連のいわゆる「査閲 *censura*」文献で容易に確認することができる。

例えば、フランスの「査閲」文献の嚆矢ともいうべきエギネ・バロン *Éguiner Baron* (?-1550年) の『一方はローマ法をもう一方はフランス法を扱うこの上なく簡潔な二組の注釈で解明された皇帝ユスティニアヌス編纂の市民法学提要全四巻 *Institutionum civilium ab Justiniano Caesare editarum libri quattuor bipartito commentario quam brevissime illustrati, cuius pars altera Romanum, altera Gallicum ad singulos titulos ius complectitur*』(1546年初版)、第1巻第11章「養子縁組について *De adoptionibus*」の「注釈後編 *commentarii particula posterior*」¹⁶⁾には、冒頭、「養子縁組について、フランスでは、諸王

16) “養子縁組について、フランスでは、諸王令にも、成文化された諸慣習法にも全く言及はない。このような場合、一般に実務家の間では、固有法によって定められていない点は普通法つまりローマ法によって規律されるに相応しいとされている。というのも、このユスティニアヌスによって制定された法に、いわば衡平に相当するものとして、我々は王令や地域の慣行の役割をたびたび託しているからである。他方、教皇の裁判権に属する婚姻その他の事案について我々が依拠する教皇法によれば、法律上の血族関係が婚姻において考慮されている。以上から、慣行上、養子縁組は

令にも、成文化された諸慣習法にも全く言及はない*adoptionis apud Galliam, nulla in legibus Regiis, moribusqueve scripto constantibus, mentio extat*』とある。ただし、これはローマ養子法のいわゆる不使用*desuetudo*それ自体を主張する趣旨ではない。むしろ逆に、「一般に実務家の間では、固有法によって定められていない点は普通法つまりローマ法によって規律されるに相応しいとされている*in universum inter pragmaticos convenit, quod iure proprio constitutum non sit, iure communi idest, Romano dirimi*』との理由から、法令等が法定相続人として「卑属*liberi*」や「子*fili*」に言及するだけならば、「慣

是認されるものと解され、そこでは、普通法の規定に基づき、父は子等を、子等は父を相続し、遺言者は法定の真正な相続人に遺産の3分の1を留保し、死亡者はその財産の占有を最近親の資格のある相続人等に移転するものとされている。そうであれば、養子が法定相続人の概念に含まれてはならない理由などあるであろうか。実際、当該慣行は、尊属及び卑属の相続について普通法を指示しているものと解され、我々を明示的にも普通法へと立ち戻らせているのであるから。管見によれば、この点は、卑属や子について言及する諸慣行においても、それらの慣行が普通法から何かを廃しているにせよ、普通法には言及してはいないが普通法に類似すると解されているにせよ、妥当する。というも、我々の解釈は特別法から結論を引き出すのではなく、普通法の文言を解釈すべきであるからである。これに対して、実子で嫡出の卑属や子、あるいは、別の仕方で(「その体その肉から生まれた卑属相続人」、「適法な婚姻中に生まれた」等々)、それらの子等について地域の法令に明記されている場合には、それは無益に明示されているのではなく、この場合は、養子や婚外子が当該規定から除外されるものと私は解するし、この点は、当該規定が普通法に類似するにせよ、普通法を廃止しあるいは修正するにせよ、かわらない。なぜなら、特殊からの論拠は、法令が無益とならないように妥当すべきだからである。しかも、自身の直系に当たる卑属がないままに亡くなった場合に、血族に相続をもたらず諸慣行は、単に意味の上でだけでなく、文言上も養子を排除している。ただし、注意を要するのは、慣習法や、長い間同じように判示されてきた先例の權威に基づいて、何か別の法が裏付けられていないかという点であり、成文化されていない当地の慣習法によって排斥されていない場合はとりわけそう言える。なお、『学説彙纂注解』では養子縁組について一層詳しく検討しておいた。”(Opera omnia, II, 32-33.引用は1562年パリ刊『著作全集Opera omnia』第二卷所収のテキストによる。)

行上、養子縁組は是認されるものと解される *moribus adoptio probari videtur*」というのがバロンの理解である。勿論、「実子で嫡出の卑属や子等について地域の法令に明記されている *filii naturales, liberive et legitimi statuto municipali exprimuntur*」場合に、「養子や婚外子が当該規定から除外される *adoptivi et spurii, ea dispositione excludantur*」ことはバロンも認めており、そのような成文慣習法の規定の一例として、当時ブルジュ大学でローマ法を講じていたバロンにとって地元の慣習法にあたる「ブルジュその他ベリー地方乃至公領に属する諸都市及び地域の一般慣習法 *Coutumes generales des pays et duché de Berry, tant de la ville et septaine de Bourges, que des autres villes et lieux dudit pays et duché*」(1481年成文化、1539年改定)から、第18章「遺言について *Des testamens*」第5条前段に見える「適法な婚姻中に生まれた実子で嫡出の子等 *enfants naturelles et legitimes procréées en loyal mariage*」¹⁷⁾ や、同第19章「無遺言相続について *Des successions ab intestat*」第2条に見える「その体から生まれた卑属相続人 *hoirs descendants de son corps*」¹⁸⁾ といった文言を挙げている。バロンの見解によれば、法定相続人から養子を排除する趣旨が成文慣習法等の法令の規定から明らかとならない限りは、養子も嫡出の実子同様に相続に与り得ることになる。バロンは、上記注釈の末尾で自ら言及しているとおり、別著『皇帝ユスティニアヌスによって編纂された学説彙纂乃至集成の第一部の全体について、各章ごとに前編ではローマ法、後編ではフランス法を扱う注解 *Ad τα πρωτα Digestorum seu Pandectarum ab Iustiniano Caesare editatum, perpetui commentarii, quorum particula prior Romanum, posterior Gallicum ius ad singulos titulos complectitur*」(1548年初版)の第1巻第7章「養子縁組や家父権免除その他家父権が解消される方式について *De adoptionibus et emancipationibus, et aliis modis quibus patria potestas solvitur*」の「同章に関わるフランス法 *Ius Gallicum ad eundem titulum*」の内、養子縁組に関わる部分¹⁹⁾でも、ローマ法

17) Bourdot, III, 2, 966.

18) Bourdot, III, 2, 967.

19) “では次に養子縁組その他にかんするフランス法に論を進めることにする。他権者

養子縁組についても、自権者養子縁組についても、フランスでは、諸王令にも、成文化された諸慣習法にも全く言及はない。このような場合、実務家の間では、固有法によって定められていない点は普通法つまりローマ法によって規律されるに相応しいとされ、フランスの固有法にもその旨定められている。ところで、普通法では、学説彙纂に養親縁組について定められている点が勅法彙纂所収のユスティニアヌスの法律によって、いわば例外として、修正されており、それによれば、祖父や曾祖父等に養子が迎えられる場合に養子縁組は完全に有効となり、その者は実親が撰損中は養子の家父権を免除できないとされる。というのも、この場合、養子は養父の家父権に服し、実父の家父権にはもはや服しないからである。その後、ユスティニアヌスの新たな勅法により、無遺言相続における宗族関係及び家父権の区別が廃された結果、子が実父の家父権と養父の家父権の何れに服しているかは重要ではなくなり、子は養子であっても、養子縁組が行われなかったかのように、実親や血族を相続し、反対に、後者や前者を相続することとなった。ただし、大多数の見解では、この点は他権者養子や自権者養子と実父については妥当せず、家父権を免除された子と実父の間、あるいはせいぜい血族間の養子についてのみ妥当するものと解されており、この見解が正しい。他方、教皇法によれば、養子縁組は婚姻障害となる。以上から、慣行上、養子縁組は是認されるものと解され、そこでは、普通法の規定に基づき、父は子等を、子等は父を相続し、遺言者は法定の真正な相続人に遺産の3分の1を留保し、死亡者はその財産の占有を最近親の資格のある相続人等に移転するものとされている。そうであれば、適法な他権者養子縁組や自権者養子縁組を経た養子が子や法定相続人の概念になぜ含まれてはならないのか私には分からない。実際、当該慣行は、尊属及び卑属の相続について普通法を指示しているものと解され、我々を明示的にも普通法へと立ち戻らせているのであるから。管見によれば、この点は、卑属や子について言及する諸慣行においても、それらの慣行が普通法から何かを廃しているにせよ、普通法には言及してはいないが普通法に類似すると解されているにせよ、妥当するものと解される。というのも、我々の解釈は特別法から結論を引き出すのではなく、普通法の文言を解釈すべきであるからである。これに対して、実子で嫡出の卑属や子等、あるいは、別の仕方で(「その体その肉から生まれた卑属相続人」、「適法な婚姻中に生まれた卑属相続人」等々)、それらの子等について地域の法令に明記されている場合には、それは無益に明示されているのではなく、この場合は、養子や婚外子が当該規定から除外されるものと私は解するし、この点は、当該規定が普通法に類似するにせよ、普通法を廃止しあるいは修正するにせよ、かわらない。なぜなら、特殊からの論拠は、法令が無益とならないように妥当すべき

と異なる法令（「修正的な法令*statuta derogantia*」）の解釈について、「地方の法律の文言は想定された諸状況に照らして理解されるべきであるから、普通法のように一般化して捉えてはならない*verba in lege municipali generaliter, uti in communi, non accipiemus, quod in conditionibus proprie accipiantur*」と付言しつつ、ほぼ同趣旨の見解を提示敷衍している。

これに対して、バロンの上記注釈書に少し遅れて現れたジャン・アンベール Jean Imbert(生没年不詳)の『諸慣行や多くの慣習法により実用化されあるいはまた廃止されているフランスの成文法の便覧*Enchiridion iuris scripti Galliae moribus, et consuetudine frequentiore usitati, itemque abrogati*』（1556年初版）の「養子*Filii adoptivi*」の項²⁰⁾は、ごく単純に、「当フランス王国では養子は相

だからである。それはとりわけ、普通法に類似する事項が国王の権威に基づいて法令を改定する者たちによって排斥されているからである。普通法においても、養子という文言は実子と区別されているという点は言わずに置くが、実際、修正的な諸法令において嫡出子や子といった概念には養子が含まれない旨解答されているのをしばしば見かける。とはいえしかし、地方の法律の文言は想定された諸状況に照らして理解されるべきであるから、普通法のように一般化して捉えてはならない。というのも、法律においては、文言ではなくむしろ、想定された諸状況から、等しくあるいはより多く趣旨を読み取るべきだからである。従って、子が存しない場合に、尊属が動産や後得財産の相続に召喚されるならば、養子は尊属を排していることになる。そして、これは適切である。しかし、息子等が娘等を利益から排除している場合には、我々は[そこに言う「息子」に]養子も含めるべきである。なぜなら、立法者が実子のみをそうていしているのであれば、実子と明示できたはずだからである。ただし、注意を要するのは、慣習法や、長い間同じように判示されてきた先例の権威に基づいて、何か別の法が裏付けられていないかという点であり、法律が、普通法から取り入れた事柄に即した解釈を排除していない場合はとりわけそう言える。勿論、自身の直系に当たる卑属がないままに亡くなった場合には、傍系の血族に相続をもたらず諸慣行は、単に意味の上でだけでなく、文言上も養子を排除している。…”(Commentarii, 42r.-v.引用は1548年パリ刊初版による。法学提要第1巻第11章の「注釈後編」との重複箇所を下線で示した。)

- 20) “当フランス王国では、マズユエ『裁判実務』『証明について』の章「同様に死亡者が云々」の行、ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節注解』文言<アデラシ

続しない*filiis adoptivi in hoc Franciae regno non succedunt*」と断じている。その際、典拠として参照されているのは、ジャン・マズユエJean Masuer(15世紀半ば没)の『裁判実務*Practica forensis*』「証明について*De probationibus*」と、ギョーム・ブノワGuillaume Benoît(1455-1516年)の『別書第3巻第26章「遺言及び終意処分について」第16節への非常に厳密な注解*Repetitio admodum solennis capituli Raynutius extra de Testamentis*』(1523年初版)の文言<そしてアデラシアという名の妻云々*Et uxorem nomine Adelasiam*>の注釈である。前者には、「親子関係*filiatio*」乃至「血族関係*consanguinitas*」の証明との関連で「慣習法上そもそも養子や婚外子が相続することはない*adoptivi et naturales tantum de consuetudine non succedunt*」と指摘した箇所²¹⁾があり、

アという名の妻云々>注釈第760番が証言しているとおり、養子は相続しない。また、アンドレアス・ティラクエルスも『親族取戻論』第1条第8注釈第68[→16]番もその旨述べており、またそこでは、養子には決して親族取戻が許されない旨付言されている。また、君主の勅許により嫡出となった婚外子もまた、同じ親族取戻を求めても、父の血縁者によって物が売却されたならば、認められるべきではない。ただし、父によって売却された場合には、そのような子等にも親族取戻が容認されるべき旨、ティラクエルスが、前掲注釈の少し前の箇所[第11番]で、ベネディクトゥスの前掲注釈第187番の見解に依拠して述べている。ティラクエルスは反対にこれを肯定しこの種の準正子にも親族取戻を容認すべきとする人々を引用してはいるが、私はベネディクトゥスとティラクエルスの見解の方が優れていると解する。というのも、この見解は次の項[「通常は条件付きの準正」の項]で述べられていることと合致するからである。そこでは、この種の準正子は父の申請によって父の相続に与る旨、ニコラウス・ボエリウスの見解にも依拠して述べておいた。これに対して、婚外子の子等は、嫡出の実子である限り、父からも互いにも相続を得て、彼等によって売却された物を取り戻す権利も付与されることを同じティラクエルスが、前掲注釈[第9番]で、マズユエ前掲書「親族取戻について」とベネディクトゥス前掲注釈第716番に基づき是認している。”(Enchiridion, 174-175.引用は1556年リヨン刊初版による。)

- 21) “同様に死亡者が死の床でこの点を告白したならば、これらの組み合わせは家系や親族関係の証明に十分である。キヌスが勅法彙纂4巻19章「証明について」第13法文の注釈でこの問題にふれている。

後者にも、このマズエウの見解を引きつつ、「今日、当王国一般に通用する慣習法によれば、単に市民法上の子にすぎない養子は、自然法上の子つまり庶出にすぎない子と同じく、無遺言で、市民法上の親を相続せず、また、それらの子が市民法上の親によって相続されることはない *hodie ex generali huius regni consuetudine filii adoptivi qui tantum civiles sunt, sicut naturales tantum seu bastardi ab intestato, non secedunt parentibus civilibus, nec eis per illos succedunt*」と述べる一節²²⁾が見出され(第758番)、続く箇所にも、たとえ「養

注意すべきなのは、血族関係の証明には第一親等の他に、特に血族関係の系の証明が必要とされるという点である。なぜなら、慣習法によれば、父方の傍系に属する者は母方の財産を相続せず、また逆に、母方の傍系に属する者は父方財産を相続しないとされ、それどころか、それらの財産は国庫に帰属するとされているからである。更にまた、別書第2巻第20章「証人及び証言について」第26節、同第47節、同節注釈、第4巻第14章「血族及び姻族関係について」第7節にあるとおり、親等は幹から数えられるべきであり、誰が兄弟や姉妹であるかも第一親等から数えられるべきである。というも、親子関係乃至血族関係が合意だけで生じたり結ばれたりするということはあり得ず、それは、人為と自然によって、つまり、婚姻が肉の交わりと結びつくことによって生み出されるのであり、それらが自然法上相続するに相応しい卑属や血族を生み出すのである。慣習法上そもそも養子や婚外子が相続することはないのであるから、当事者の合意が相続をもたらしことはなく、それ故、遺産占有が生じることもない。…”(Practica forensis, 143, n.34-35.引用は1548年パリ刊のテキストによる。)

22) “〈758.〉ところで、今日、当王国一般に通用する慣習法によれば、単に市民法上の子にすぎない養子が、自然法上の子つまり庶出にすぎない子と同じく、無遺言で、市民法上の親を相続せず、また、それらの子が市民法上の親によって相続されることはないのは、マスエルスが『裁判実務』「証明について」の「同様に死亡者が云々」の節で述べているとおりである。〈759.〉親子関係や親族関係は合意だけでは結ぶことはできない。それが為されるのは人為と自然によって、つまり、婚姻が肉と自然の交わりによって完遂されることによってである。そして、これら双方が自然法上相続するに相応しい卑属や血族を生み出すのである。以上マスエルスによる。これに対して、遺言によれば、彼等が相続することも相続されることも当然可能であろうし、これは家外の者が誰であれそうであるのと同じである【勅法彙纂6巻24章「相続人指定について」第11法文、法学提要2巻14章「相続人指定について」第12節】。

子*fili adoptivi*」であっても、「家外者*extraneus*」一般と同じく、「遺言によれば、相続することも相続されることも可能であろう*ex testamento bene succedere possent et succedi*」から、「子等が失われ亡くなった場合の慰藉として為される場合を除いて、今日、養子縁組はほとんど無益であろう*parum hodie prodesset adoptio, nisi in solatium amissorum liberorum et mortuorum*」とも記されている(第759番)。

ところで、アンペール自身がブノワの注釈からの引用箇所として指示しているのは、上記何れの箇所でもなく、それらに続く第760番であり、そこでは、血族関係を欠いた養親子間での相続が認められないことの延長線上で、「彼等

それ故、子等が失われ亡くなった場合の慰藉として為される場合を除いて、今日、養子縁組はほとんど無益であろう。注意すべきなのは、[マスエルス]が養子について簡単に述べすぎているという点である。というのも、収養された者が近親関係に属する者であった場合には、相続を望む限り、血族の権利や家父権に基づいて相続するからである。また、自権者養子においても、当該養子縁組に通常挿入され、あるいは、黙示に読み込まれる約定によって同じ帰結となることは、既に述べたところから明らかである。更に、養子とその市民法上の親を相続しないのであれば、親自身も養子を相続することはない。これは、既に見た学説彙纂第5巻第2章「不倫遺言について」第15法文にあるとおり、相続するかしないかは相互的に捉えられるべきだからである。〈760.〉以上のとおり、両者が自然的な宗族でも親族でもなく、単に市民法上のそれではしかなく、親族取戻がそのような自然的性質に裏付けられている以上、本節第二段の注釈末尾で述べたとおり、彼等の間に売却に対する親族取戻が為される余地はなかろう。というのも、相続しない以上は、そのような代位においても、子の概念には含まれないからである【論拠となるのは学説彙纂31巻「遺贈及び信託遺贈について」第51法文1節】。”(Repetitio, CXX.v.-CXXI.r.引用は1530年 [ただし巻末のコロフォンには「キリスト生誕の後1529年、リヨン、ドニ・ド・アルシの工房にて*Lugdumi apud Dionysium de Harsy, Anno a Christo nato vigesimonono supra sesquimillesimum*」とある] リヨン刊のテキストによる。なお、ブノワの当注釈は、同じくリヨンのアントワヌ・ヴァンサンAntoine Vincentの工房による1540年刊の版以降では、冒頭の「節*Sectio*」とこれに続く五つの「解決*decisiones*」に区分され、旧版注釈の上記第758番から第760番は、その「第五解決*Quinta decisio*」の第196番から第198番 [1540年版では128頁の表の右欄]にあたる。)

の間に親族取戻が為される余地はなからう locum non habebit retractum」とされているだけで、引用箇所としては疑問が残る。しかし、この疑問は、同様にマズエとブノワの見解に依拠するものとして、アンベールが参照するもう一つの文献に目を向けることで解消される。その文献とは、アンドレ・ティラコー André Tiraqueau(1488-1558年)の『ポワトゥー慣習法全体の注釈から抜粋された慣習法及び合意に基づく親族取戻の注釈で、ポワトゥーのみならず、フランス全体や他の諸民族のこの問題に関わる諸法令を論じたもの Commentarii de utroque retractu et municipali et conventionali, ex integris in Pictonum consuetudines commentariis, in quibus non solum Pictaviae, sed et universae Galliae, caeteraunque gentium decreta ad eam rem pertinentia exposita sunt』(1549年初版。以下『親族取戻論』と略称)である。本書は表題に示されているとおり、1560年に改定される前の旧ポワトゥー慣習法(1514年成文化)の第7章「親族取戻について De retraicts lignagiers」の注釈であり、ティラコーは、同章第1条(第237条)²³⁾の文言<近親者 le parent>に付された

23) 「ある者が何らかの不動産を、それが土地であれ、あるいは、無期限乃至期限付きの地役権や定期金で売主とその財産その他不動産に類するものの上に包括的に取得されて不動産とみなされるものであれ、売却した場合、売主の近親者乃至親族は、売却から一年と一日以内に、買主の前に向いて、当該売主が売買契約や売買に匹敵する契約によって上記のものを買主に譲渡したことを知るに至った経緯を説明することができ、その際、おおよそであれそれらのものについて明示し、売主の家系について知らせ、あるいは、少なくとも以上の点について適当な時と場所で説明する旨申し出た上で、上記買主に対して、売却されたものの取戻しを受け入れ、自らにそれを引き渡し委ねるよう求めるものとし、その際には、当該取戻者が目的物の価額を、慣習法所定の期間内に評価され上記価額として買主が正式に認める分、支払う旨申し出て、買主の求める枚数の金貨あるいは銀貨の提供を申し入れ、上記のとおり慣習法所定の期間内にそれを完了するものとする。 Si aucun a vendu aucuns biens immeubles, soient fons ou autres choses cencees pour immeubles, comme servitudes ou rentes particulieres, ou generales, assises generalement sur le vendeur, et sur ses biens, ou autres choses cencees pour immeubles: le parent, ou lignagier du vendeur, peult dedans l'an et jour de la vendition venir par deuers l'achepteur, et luy declarer, comme il est venu à sa notice, que ledict vendeur luy a

第8注釈第16番²⁴⁾において、「養子や養父、あるいは、養子縁組のみによって結合された人々は親族取戻に訴えることは許されないadoptivos filios, aut patres, alios nobis sola adoptione coniunctos non admitti ad retractum」と述

baillé par contract de vente, ou equipollent á vente, lesdictes choses: et les doit declarer, quoy que soit en general: et doit declarer le lignage dudict vendeur, et de luy, ou au moins offrir declarer en temp et lieu: et requerir audict acheteur, qu'il vueille recevoir au retract de ladicte chose vendue, et la luy bailler et delasser: offrant ledict retrayant á payer le priz, que la chose aura cousté, dedans le temps de la coustume, luy dement acertené dudict priz: et luy doit faire offre d'or ou d'argent, en telle quantité qu'il voudra, offrant á parfaire dedans le temps de la coustume, comme dict est.」(Commentarii de utroque retractu, 29.引用は1560年リヨン刊第4版による。Bourdot, Nouveau coutumier, IV, 761-762.も参照。)

- 24) “ところで、以上から直ちに証明されるのは、養子や養父、あるいは、養子縁組のみによって結合された人々は親族取戻に訴えることは許されないという点であり、これは、マズユエ『裁判実務』「証明について」の章「同様に死亡者が云々」の行、ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節注解』文言<アデラシアという名の妻云々>注釈第760番が証言しているとおりに、当フランス王国においてそのような人々が相続しないとされるのと同じである。また、私も、『勅法彙纂8巻56章第8法文注解』文言<子等をもうけた云々>の注釈第22番でその旨指摘しており、そこにはこの点に関わる別の多くの事柄が見出すことができよう。{養子は、擬制された子であり、本来、子とは言えず、擬制的にそう呼ばれるにすぎないので、バルドゥスが『助言集』第1巻助言24で述べているとおりに、子について定める法令の適用対象には含まれない。} 更に、これらの人々には、財産が家系から流出しないようにするという親族取戻の慣習の趣旨も当てはまらないからでもある。この理由から私が既に述べた点、すなわち、親族取戻は養子間では妥当しないという点はヨアンネス・ファベルの法学提要第3巻第1章「自権者養子縁組による取得について」第1節注釈最終段が明確に支持しているし、ベネディクトゥスの注釈の前掲箇所やフェッロニウスの『ボルドー慣習法注解』第2章「親族取戻について」第6条注釈、更には第10条注釈第1段も同旨である。”(Commentarii de utroque retractu, 92. なお、第4版の表題頁に「更に最近著者自身によって付け加えられたところは { } の記号に入れた quae autem recens ab eodem adiecta fuere, his notis inclusimus. {}」とあるように、{…} が増補部分である。)

べた上で、やはりマズユエとブノワに依りつつ、この親族取戻の否認が、「当フランス王国においてそのような人々が相続しないqui in hoc regno Franciae non succedunt」ことに呼応する旨指摘している。親族取戻の可否を論じているティラコーの立場からすれば、ブノワの注釈から第760番を引用するのは確かに適切である。逆に、養子相続権の否定というアンベールの主張自体の裏付けとしては、上記第758番こそ引用箇所として相応しいはずである。アンベールが実際に参照したのはティラコーの注釈であり、マズユエやブノワの引用もティラコーを介した孫引きであったと解して初めてこの奇異な引用にも説明がつく。換言すれば、アンベールは、生成期の慣習法学をシャルル・デュムールンCharles Dumoulin(1500-1566年)と共に牽引していたティラコーの見解を代弁しているにすぎないのである。

ティラコーの死後に出版された『親族取戻論』第4版(1560年)の上記箇所には、「養子は、擬制された子であり、本来、子とは言えず、擬制的にそう呼ばれるにすぎないので、子について定める法令の適用対象には含まれない *adoptivi filii sunt filii ficti, proprie filii adoptivi dicuntur filii, sed ficte; adeo non comprehenduntur in statutis loquentibus de filiis*」との一節が増補挿入されており、そこではバルドゥス・デ・ウバルデイスBaldus de Ubaldis(1327-1400年)の『助言集*Consilia*』第1巻助言24²⁵⁾が参照されている。当助言において、バ

25) “キリストの名においてアーメン。都市の法令には、既に婚姻し嫁資を得ている女性には父や母の遺産について兄弟やその子等と分割に与ることはない旨定められている。今ある人が養子をとって彼を相続人に指定しようとしている。そこで問題となっているのは、この父がその子を全遺産の相続人に指定して、既に婚姻した嫡出の実子である娘が父の財産の相続に与ることのないようにし、また、上記法令に基づく義務分からも当該娘を排除することが可能なかという点である。まず自明のこととして確認しておきたいのは、嫡出の実子である息子がある者は、しかも複数の息子がいればなおさら、家外の者を養子に迎えることは許されないという点であり、これは、適法な婚姻からもうけた息子等の相続への期待、息子一人一人が父に従順であることで確実にすべきそのような期待が減じられないようにするためである。これは学説彙纂第1巻第7章「養子縁組や家父権免除その他家父権が解消される方式について」第17法文第3節にあるとおりであるが、君主の特別な許可やとりなし

ルドゥスは、養子を相続人に指定できない理由の一つとして、「養子は擬制された子であり、擬制は法令では通用しない*filiis adoptivi sunt filii ficti: et fictio non habet locum in statutis*」から、「法令が息子等や兄弟等に言及している場合、それらは決して養子を含むと解釈されてはならない*ubi statutum facit mentionem de filiis, vel fratribus, nunquam intelligitur de adoptivis*」と述べており、この理を、ティラコーは、成文慣習法上に取戻権者として言及される「売主の近親者乃至親族*le parent, ou lignagier du vendeur*」から養子を排除する自らの解釈にとって有用と考えたのである。先にみたバロンの学説彙纂第1巻

による場合はこの限りではない。第二に述べておきたいのは、そのように養子縁組された者が実際に自権者養子あるいは他権者養子として相続人に指定されるならば、当人の指定は当然に無効となるという点である。論拠としてこの上なく相応しいものが勅法彙纂第6巻第42章「信託遺贈について」第14法文にある。しかし、息子としてではなく、全くの家外の者として相続人に指定された場合には、当該相続人指定は、息子等の義務分が留保される限り、もちろん有効となる。なぜなら、我々は、公撰集第3巻第5章第1節にあるように、子等の義務分を奪わない限り、そのように友人等を相続人に指定することができるからである。第三に述べておきたいのは、法令が息子等や兄弟等に言及している場合、それらは決して養子を含むと解釈されてはならないという点である。なぜなら、養子は擬制された子であり、学説彙纂第3巻第5章「事務管理について」第3法文第6節にあるとおり、擬制は法令では通用しないからである。加えて、そこに自然にのみ基づく子等〔婚外子〕が含まれない以上、法律にのみ基づく子等〔養子〕も当然含まれることはないのは、勅法彙纂第6巻第25章「相続人指定及び補充指定について」第6法文第2節、学説彙纂第35巻第1章「遺言に書き込まれた条件等について」第76法文、同第31巻「遺贈及び信託遺贈について」第51法文第1節、勅法彙纂第2巻第45章「成年許可を得た者について」第4法文、同第5巻第27章「婚外子及びその母について、及び、如何なる場合に婚外子は嫡出子となるのか」アナスタシウス帝の法文〔第6法文〕にあるとおりである。以上から、問題に対する解答も明らかとある。というのも、第一に、養子縁組は禁じられており、第二に、養子として相続人指定されるならば、指定は無効となり、第三に、法令は擬制的つまり真正ではない子等について定めているとは解されないからである。私バルドゥス〔は以上のとおり解答する〕。(Consilia, I, 8.v.引用は1575年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

第7章注釈にも、「実際、修正的な諸法令において嫡出子や子といった概念には養子が含まれない旨解答されているのをしばしば見かける *scio saepius responsum esse, in statutis derogantibus, liberorum legitimorum, vel filiorum appellatione, adoptivos non contineri*」とあり、明示的な引用はないものの、バルドゥスの当助言が念頭にあった可能性が高い。バロン自身は、既に見たとおり、成文法の個々の規定の文脈に応じた柔軟な解釈を志向していたけれども、ティラコーに依拠して端的に養子の相続権を否定するアンベールの見立ての方が、各地で慣習法の成文化と改定が進んでいた当時の多数意見を代表していると解するのが穏当であろう。

養子の相続権をめぐる慣習法学上の見解を引用紹介した「査閲」文献としては、更に、アントワヌ・モルナク Antoine Mornac (1554-1619?年) の『フランスの法廷実務のための学説彙纂前半24巻及び勅法彙纂第1巻の考察集 *Observationes in viginti-quatuor libros Digestorum, et librum primum Codicis ad usum fori Gallici*』(1616年初版。以下『考察集』と略称)を挙げることができる。その学説彙纂第1巻第7章の表題考察²⁶⁾において、モルナクが最初に

26) “以下モリナエウスの『パリ慣習法注解』第2条第2注釈第10番の言葉。「フランス人は養子縁組を幾らか用いている」。家名承継の協定は養子縁組の一種にあたるというのがその理由とされる。より詳細に述べているのはティラクエルの『勅法彙纂8巻56章第8法文注解』文言〈子等をもうけた云々〉注釈第7番である。その教示するところによれば、フランスの幾つかの慣習法では、養子縁組は我々の世俗語で〈卑属加入〉と呼ばれており、しかも、この用語はガイウスの法学提要第1巻から取り出された可能性が高いとされ、ガイウスはその箇所では、養子を「卑属加入者」と呼んでおり、これはあたかも嫡出子との対置において「準正子」に言及するようなものとされる。更に、ヨアンネス・ボディヌスの『国家論』第1巻第4章末尾も参照されたい。そこでは、あらゆる民族における養子法について広く言及されている。最も新しくこの点について書いているコピウスが、『アンジュー慣習法注解』第3巻第3章第2節第13番において的確に教示するところによれば、フランスでは養子縁組は廃れているが、近親者や利害関係者等の同意がある場合はその限りではないとされ、彼が挙げる一例によれば、フランス騎馬軍指令官であったアルトゥルスは、ブルターニュ公の弟であったが子がなかったため、養子縁組の名目で、兄公の年少

引用しているのは、デュムーランの『パリ慣習法注解Commentarii in consuetudines Parisienses』(「第一部Prima pars」1539年、「第二部Secunda pars」1558年初版、以下『パリ慣習法注解』と略称)の旧パリ慣習法(1510年成文化)第1章「封にかかわる事項についてDe matiere feudale」第2条²⁷⁾の文言<相続によってpar succession>に付された第2注釈である。この『パリ

の子ベトルスに、ブリタニアとも呼ばれるアルモリカ地方、更には、ポワトゥー地方といった広大な領地を与えたが、そのために公の長子等の是認を要したとされる。この点は前掲箇所で詳細に論じられている。ところで、私は、上に引用した全ての人々、とりわけ、ティラクエルの『勅法彙纂8巻56章第8法文注解』、更には、勅法彙纂第8巻第48章「養子縁組について」のクヤキウスの注解によって述べられた点を尊重する。聖アウグスティヌスが[著作全集]第6巻『マニ教徒ファウストゥス論駁』第3巻において養子縁組について詳細に述べている点は、養子縁組が特に神自身よって十分に是認されていることを教示しており、彼の言葉によれば、「養子という言葉は最高善に匹敵し、我々の信仰の秘蹟において最も重視される」のである。実際のところ、私は、彼がキリスト教徒の使命のそのような卓越性、あるいはむしろ、遺産承継の恩恵を推奨する多くの文章から僅かな部分に言及しているにすぎない。”(Observationes, 42.引用は1616年パリ刊初版による。1631年パリ刊増補版『フランスの法廷実務のための学説彙纂前半24巻及び勅法彙纂前半4巻の考察集Observationes in XXIV libros Digestorum, et in IV libros Codicis ad usum fori Gallici』では25頁。)

- 27) 「何らかの封が、相続を介して、父、母、祖父、祖母からもたらされる場合、それらの父、母、祖父、祖母が存命中に権利を行使し義務を果たしていたならば、当該封の封主に対して、直系の卑属からは忠誠の誓いを伴う口と手のみが義務づけられるが、ヴェルクサン・ル・フランセ [ヴェクサン・フランセVexin français] の慣習法に由来し規律される封はこの限りではない。Quant aucun fief eschet par succession de pere, mere, ayeul, ou ayeule: il n'est deu au seigneur feodal dudict fief, par les descendans en ligne directe, que la bouche et les mains avec le serment de feaulte, quant lesdictz pere, mere, ayeul, ou ayeulle ont fait et paye, les droictsz et devoirs en leur temps, en ce non compris les fiefz qui relieuent, et se government, selon la coustume du veulquecin le francoys.」(Prima pars commentariorum, lvii.v.引用は1539年パリ刊テキストによる。Bourdot, Nouveau coutumier, II, 1, 1-2.も参照。)

慣習法注解」では、「第一部」初版の同注釈末尾第8番²⁸⁾において既に、本条により「相続succession」を介した「封fief」の承継が認められる「直系の卑属les descendants en ligne directe」に「自権者養子filius arrogatus」や「他権者養子filius adoptivus」が含まれないとの解釈が提示され、その論拠として、養子のように「法律上の子にすぎない者legitimus tantum」は「相続によっては何も取得できず、ただ贈与や契約によってのみ可能でありnon potest quicquam habere vi successionis: sed solum vi donationis, aut contractus」という点が挙げられていた。その後、デューランは、「第一部」初版公刊後に現れたティラコーの『親族取戻論』の上記箇所も参照しつつ、注釈を書き足したようであり、その内容は、死後編集出版された増補版(1574年初版)の同注釈第10番²⁹⁾に見ることができる。増補箇所では、ローマ法が想定している自権

28) “ところで、次に問題にしたいのは、本条が他権者養子や自権者養子にそのまま当てはまるのかどうかである。この点、端的に否と答えるべきであろう。なぜなら、後述第122条の注釈で述べたように、相続のために、我々がこの種の法的な血族関係に依拠することはなく、法律上の子にすぎない者は相続によっては何も取得できず、ただ贈与や契約によってのみ可能であり、しかも、当慣習法によってではなく、現実乃至簡易の引渡が既に存する場合にのみ保持できるからである。従ってまた、封が家外の者に引き渡されている場合のように、封主に対して全てが義務づけられることになり、この点を私は、勅法彙纂第8巻第48章「養子縁組について」第2法文その他に基づいて自権者養子縁組が君主に認可された場合にも拡張する。”(Prima pars commentariorum, lx.v.)

29) “ところで、次に問題にしたいのは、本条が他権者養子や自権者養子にそのまま当てはまるのかどうかである。この点、端的に否と答えるべきであろう。なぜなら、後述第122条の注釈で述べたように、相続のためにあるいはまた、後述第16章第186条の注釈末尾で述べたように、親族取戻のために、我々がこの種の法的な血族関係に依拠することはないからである。この点はアンドレアス・ティラクエルス氏の『親族取戻論』第1条第8注釈第16番で詳しく述べている。また、法律上の子にすぎない者は相続によっては何も取得できず、ただ贈与や契約によってのみ可能であり、しかも、当慣習法によってではなく、現実乃至簡易の引渡が既に存する場合にのみ保持できるからである。従ってまた、封が家外の者に引き渡されている場合のように、封主に対して全てが義務づけられることになり、この点を私は、勅法彙纂第8巻第

者養子縁組とも他権者養子縁組とも異なる特殊な養子縁組として、「あたかも子であるかのように、家名や紋章を担う負担を伴って、包括的受贈者あるいは包括的相続人に指定され、実子が存せず、傍系親族の同意が存する fuit tanquam filius cum onere nomen et insignia familiae deferendi, donatarius universalis vel universaliter institutus deficientibus naturalibus et consentientibus collateralibus」場合にも、相続による封の継承は認められないとの解釈が示されている。その上で、デュムーランは、「家父権がローマ市民の特有の権利である ius potestatis proprium est civium Romanorum」³⁰⁾ のと同様、「養子縁組 adoptio」もまた「ローマ人に特有の権利 peculiare ius Romanorum」であるとしつつも、後に「家名と紋章の養子縁組 l'apoption de nom et d'armes」³¹⁾ と呼ばれることになる貴族層特有の上記慣行を念頭に、「フ

48章「養子縁組について」第2法文その他に基づいて自権者養子縁組が君主に認可された場合にも拡張する。更に私は、あたかも子であるかのように、家名や紋章を担う負担を伴って、包括的受贈者あるいは包括的相続人に指定され、実子が存せず、傍系親族の同意が存する場合にもこの点を拡張し、慣習法により保持するのではなく、学説彙纂第41巻第2章「占有の取得及び喪失について」第23法文にあるとおり、占有取得によってのみ保持すると解する。別の場合にも重要となる傍系親族の同意や許可については、後述第11章第120条の注釈で述べたとおりであり、更には、1557年に、地方租税長官でおられるヨアンネス・ブラテアヌス閣下にも次のように助言申し上げた。すなわち、養子縁組は、家父権と同じく【法学提要1巻9章「家父権について」第1〔2〕節】、ローマ人に特有の権利であり、ギリシア人には不適切な用語法を除けば本来的なものではなく、そうであるからこそ、彼等の間では<ヒュイオテシア>という語が作られ（聖パウロもエフェソ書第1章[Eph.1.5.]でこの語を用いている）、その当時、ローマ人において養子縁組は簡略なものであった。また、フランス人は家父権を幾らか用いているのと同じ程度に、養子縁組を用いている。我々の下では、家父権は自権者たる権能や相続する権利を付与したり廃したりすることはなく、家父権を免ぜられた者間でそうであるのと変わらず、ましてや養子縁組によってそうなることはない。その他の点については後述第122条注釈で述べておいた。」(Commentarii, 101.r.-v.引用は1576年バリ刊のテキストによる。増補箇所以下線を付した。)

30) Inst.1.9.2.

31) さしあたり Roumy, L'adoption dans le droit savant, 207-210.参照。

ランス人は家父権を幾らか用いているのと同じ程度に、養子縁組を用いている *quemadmodum Galli quadantenus tantum utuntur patria potestate, ita et adoptione*」と付言している。モルナクがデュムーラン説として紹介しているのもこの箇所である。

このデュムーラン説と共に、モルナクの『考察集』が出版された17世紀初めの時点で、慣習法学の最新の知見として位置付けられているのは、ルネ・シヨパン René Choppin (1537-1606年) の『アンジュー慣習法論後編二卷 *De legibus Andium municipalibus libri duo posteriores*』(1591年初版)の第3巻「物の準所有権について *De utili rerum domino*」第3章「土地の一時的占有について *De possessione fundorum temporaria*」第2節「先に亡くなった子等の土地に対する親の用益権について *De fructuario parentum iure in fundos praemorientium liberorum*」注釈に示された見解である。同注釈第13番³²⁾では、

32) “…しかし、以上に検討した古代の人々の法令や制度はずっと以前から不使用に帰している。というのも、庶出の地位は子の父の認知によって拭い去られ除去されるわけではなく、庶出である者は法定相続人となって遺産を得ることもないからである。そして、親の財産に対する庶子や養子の相続権について記録され伝えられている事柄は全て、フランス人の下では廃れてしまっている。これは、マズユエ『裁判実務』「証明について」の章「同様に死亡者が云々」の行、ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節注解』文言<アデラシアという名の妻云々>注釈第758番及び第759番が述べているとおりである。確かに、アンジューに隣接するブルターニュの文書保管庫には、フランスの騎兵隊司令官アルトゥルスが、養子縁組という名目で、アルモリカ公の英雄の家系に属する兄公の年少の息子ペトルスに対して、兄公に対して信託の方式で委ねたブルターニュの豊かな所領を恵与するとともに、ポワトゥーの豊饒な地所、すなわち、パルトネー、ヴヴァン、メルヴァン、スコンディニー、ラティエ城砦その他、アルトゥルスが国王シャルル7世から授与された地所もこの甥に与えたとする1428年10月24日付けの両者署名の証書が見出される。その上、彼等当事者は、賢明にも、そのような養子縁組と恵与が無効とされることを恐れて、公ヤヌスの長子でアルモリカ公に予定されていたフランキスクスに対して、「是認される」ことを1437年8月5日付けで切に懇願したとされる。両者の請願に対して、フランキスクスは、アルトゥルスが兄公ヤヌスから信託を受けているブルターニュ貴族の土地は当該信託の約定に基づいて好きな時に取り戻し回復する旨答えている。

「親の財産に対する庶子や養子の相続権について記録され伝えられている事柄は全て、フランス人の下では廃れてしまっているin universum quae de naturalis, aut adoptati successorio iure in bona parentum, memoriae tradita sunt, apud Gallos exolevere」と指摘され、やはりマズユエとブノワが参照されており、後者については、養子相続権否定の典拠として相応しい箇所（上記注釈第758番と第759番）が的確に引用されている。その一方で、ショパンは、「ナントのブルターニュ公宝蔵保管文書inventarium chartarum Nannetensis thesauri Britanniae」に基づいて、マズユエの生きていた15世紀前半にブルターニュ公家で「養子縁組の名目でadoptionis titulo」為された財産譲渡にも言及している。それによれば、当時のブルターニュ公ジャンJean 5世（在位1399-1442年）の弟で、フランス国王シャルルCharles 7世（在位1422-61年）により「フランス騎馬軍司令官Gallicae equestris militiae magister」（いわゆる「フランス元帥Connétable de France」）に任じられていたアルテュールArthur（1393-1458年、後にアルテュール3世としてブルターニュ公在位1457-58年）が、兄公の次子で甥にあたるピエールPierre（1418-57年、後にピエール2世として在位1450-57年）に対して、兄から信託を受けているブルターニュ公領とシャルル7世から授封されたボワトゥー地方のパルトネーParthenay等を、「養子縁組の名目で恵与したadoptionis titulo liberaliter erogasse」ことが、「1428年10月24日付けの両者署名の証書literae consignatae ante diem nonum Kalendas Novembres anno 1428.」から、また、両者から請願を受けたブルターニュ公の長子フランソワFrançois（1414-50年、後にフランソワ1世として在位1442-50年）が、父公からアルテュールに委ねられている公領を無条件で自らに取り戻す権利を留保した上で、上記「養子縁組と恵与adoptio largitasque」を「1437年8月5日付けNonis Sextilibus anno 1437.」で是認したことも、別の文書から、それぞれ確認できるというのである。ショパン自身は、このブルターニュ公家の事例を養子縁組の一例に当たる旨明言しているわけではないけれども、モルナクは、このショパン説を、「フランスでは養子縁組は廃れているが、近親者や利害

…”(De legibus Andium, III, 513.引用は1611年パリ刊第3版による。)

関係者等の同意がある場合はその限りではない *exolevisse adoptiones in Gallia, nisi adsit consensus propinquorum, ac eorum quorum interest*』という趣旨に捉えている。「家名承継の協定は養子縁組の一種にあたる *conditio ferendi nominis species quaedam est adoptionis*」と解するものとして紹介されたデュムラン説と共に、このショパン説は、モルナクにとって、フランスにおける養子縁組の不使用を裏付けるものというよりは、むしろ、養子縁組が特殊な形態とはいえ依然有効となる余地を示す典拠なのである。

同様の意図をもってモルナクが参照を指示しているのが、ジャン・ボダン *Jean Bodin* (1539/40-1596年) の『国家論六卷 *Les six livres de la republique*』(1576年初版) 第1巻第4章である。同書は、成文慣習法を論じたものでも「査閲」文献でもないが、「家父権について、そしてまた、家父権を古代ローマ人と同じように行使することは望ましいかどうかについて *De la puissance paternelle, et s'il est bon d'en user comme les anciens Romains*」と題された同章の末尾には、ヨーロッパの君侯間における「養子縁組 *adoption*」の「事例 *exemples*」が列挙されるとともに、トゥールーズ大学で法学を修めパリ高等法院の弁護士の資格を得ていたボダンらしく、マズエとブノワの見解に依拠して養子による相続の可否にも言及する箇所³³⁾が見出される。フィレンツェ

33) “…しかし、無数にある異国の人々の事例を用いなくても、我々には、ナポリとシチリアの亜麻色の女王アンヌによって相続人がいない故にが為されたフランスのアンジュー公ルイの養子縁組という例があり【欄外注8：アントニウス『年代記』第22章】、これは、先にナポリとシチリアの封主たる教皇【欄外注9：マルティヌス5世】の同意の下に養子縁組していた甥のアラゴン王アルフォンスを忘恩故に排斥した後のことであり、その後、甥の子にあたるルネ・ダンジューもまたナポリ女王小ジャンヌによって子が無いために養子に迎えられた。また、ほぼ同時期、つまり、1408年[?→ノルウェー王エーリク3世として即位は1389年、デンマーク王エーリク7世、スウェーデン王エーリク13世として即位は1396年、翌97年カルマル同君連合成立]、ポメルン公アンリはデンマーク、ノルウェー、スウェーデンの女王ウォルデマル家のマルグリットによって、前記諸王国の継承者として養子に迎えられた【欄外注0：アエネアス・シルウィウス『ヨーロッパ誌』第33章】。そのまたかなり後に、イングランドのアンリ5世は、正気を失っていたシャルル6世によってではなく、その妃

大司教アントニオ・ピエロツィ Antonio Pierozzi(1389-1459年)の『年代記 Chronicon』やエネア・シルヴィオ・ピッコロミーニ Enea Silvio Piccolomini (1405-64年:後の教皇ピウス2世)の『ヨーロッパ誌 Europa』等に依りつつ、ボダンが「養子縁組」の「事例」として挙げるのは、「ナポリ女王 Royne de Naples」ジョヴァンナ Giovanna 2世(在位1414-35年)の二転三転した後継者指定³⁴⁾、「デンマーク、ノルウェー、スウェーデンの女王 Royne de Dannemarc, Norvege, et Suede」マルグレーテ Margrete(1353-1412年)によるポメルン公

[ヴィッテルスバッハ家出身のイザボー・ド・バヴィエール]によって養子に迎えられ、彼女は新たな婿[アンリ5世]を介して、自身の息子であるシャルル7世が、実際には賢明で高潔であったにもかかわらず、王位継承の資格がない旨宣言させた。ユスティニアヌスは、以上のような濫用を正すために、養父が養子を殆ど理由なく追い出し、実父からも他人の相続の期待の故に何も遺されなかったとしても、養子がお実父を相続すべき旨命じた【欄外注1:勅法彙纂8巻48章「養子縁組について」第10法文】。しかし、ユスティニアヌスは、悪しき助言のため、養子縁組の唯一の特徴であった家父権を除いてしまっており、これが除かれるともはや何も残っていないことになる。ところで、父に実子で嫡出である子がある場合には養子縁組を無効とし、あるいは、そのような子がない場合に、養子が実子と同じ権利を承継する旨命じていたならばより適切であったであろう。当王国では適切にも前者は阻止されているのに対して後者は許されている。というのも、我々は、養子が、実子の嫡出である子等とともに何かを相続するなどということには、それが何であれ、耐えられず【欄外注2:マセリウス『裁判実務』「証明について」の章「同様に死亡者が云々」の行、ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節注解』文言<妻云々>注釈第758番及び第760番、ファベルの法学提要第1巻第11章「養子縁組について」第1節注釈】、子の無い場合に養子に遺せるものは家外者に遺し得るものだからである。……”(De la Republique, 32引用は1579年パリ刊第3版による。)

- 34) 子のなかった女王は、最初、アラゴン王アルフォンソ5世を後継者に指名するが、不和によりこれを撤回し、フランスのアンジュー公ルイ(ルイージ)3世を、その死を受けて、その弟ルネ(レナート)を指定した。ただし、ボダンの叙述では、ジョヴァンナ2世とルイ3世の「養子縁組」(1423年)が、先々代ナポリ女王ジョヴァンナ1世とアンジュー公ルイ1世(仏王ジャン2世の子でヴァロワ系アンジュー家始祖、ルイ3世の祖父)のそれ(1380年)と混同されているようである。

エーリヒErich(1381/2-1459年)の王位推戴、フランス国王シャルル6世(在位1368-1422年)とイザボー・ド・バヴィエールIsabeau de Bavière(1371-1435年)の娘カテリーヌCatherineとイングランド国王ヘンリHenry 5世(在位1386-1422年)の婚姻に伴う王位継承合意(1420年のトロワ条約)であるが、これらの「事例」に対するボダン自身の評価は「濫用abus」という表現に象徴されるとおり消極的である。しかも、ここでは、他権者養子縁組について養子になお実父の相続権を容認するユスティニアヌスの勅法³⁵⁾が引用され、養子縁組の「濫用」への対処策として位置付けられる一方で、その前提として他権者養子縁組における家の変更つまり養父の家父権取得を否定したユスティニアヌスの施策が養子縁組を骨抜きにしたとも評されており、ローマ養子法自体に内包される矛盾が示唆されている。以上のような文脈において、ボダンは、「我々は、養子が、実子の嫡出である子等とともに何かを相続するなどということには、それが何であれ耐えられないnous ne souffrons pas que les enfans adoptez succedent en rien qui soit avec les enfans propres et legitimes」と述べて、養子の法定相続権に否定的な「当王国ce Royaume」つまりフランスの現状を肯定している。その論拠として参照されているのがマズユエヤブノワの見解であった。

嫡子以外による王位継承に「養子縁組」の実例を求める叙述は、モルナクの『考察集』と同時期に出版されたベルナール・オトヌBernard Automne(1574-1666年)の『フランス法とローマ法の対照考察集、そこでは市民法の学説彙纂及び勅法彙纂の各章、法文、節が、王令、諸高等法院の判決、フランスの卓越した実務家等の權威によって裏付けられ、解釈され、廃止されるLa conference du droit francois avec le droit romain, en laquelle les titres, loix et paragraphes des Pandectes et du Code du droit civil sont confirmez, interpretez et abrogez par ordonances Royaux, arrests des cours souveraines, et auctoritez des plus grands practiciens de France』(1610年初版)の学説彙纂第1巻第7章考察³⁶⁾にも見ることができる。オトヌは、冒頭、ローマ法上

35) C.8.48.10.

36) “これら二種類の養子縁組が市民法上のもので、養子縁組のかんする本章に定めら

れた諸方式を我々は全く遵守していない以上、少なくともそれに要する方式に則って我々がそれらの養子縁組を利用したことがこれまでであったとはほとんど考えられない。とはいえ、書物には、オーストラシアの王シギベルト〔シギベルト3世(在位630-656年)〕が、子がなかったため、宮宰〔グリモアルド〕からその子キルデベルトを養子に迎えるよう勧められたとあり、更に、オルレ안의王グントラムは彼の兄弟でロレーヌのメッスの王の息子であるキルデベルトを養子に迎え、彼が王国の継承者となり、その全財産の相続人となったとある。同様に、アンジュー家のルイ2世の子3世は養子となるためにナポリの女王ジャンヌに服従したが、これは信用できるし、ビュデヤコナンと共に、我々がかつて、〔市民法のものとは〕全く異なりあまり実用的ではない二種類の養子縁組を用いていたと信じさせてくれる。その一つは、子のいない者が、自己の家名や紋章の伝承、存続、維持について、それらが絶えてしまわないように、誰かを相続人に指定した場合、その者は、法定相続人や慣習法により相続が認められている者等の不利益とならない限り、生涯にわたって遺言者の家名を担い、紋章や旗章を利用することができるというものである。この種の養子縁組については、コナンの『市民法注解』第2巻第15章「他権者養子縁組及び自権者養子縁組について」で論じられている。学説彙纂第1巻第5章「人の地位について」第23法文の趣旨からすれば、娼婦から生まれた子等は庶子とは呼ばれない。というも、一般に庶子と呼ばれるのは、諸君侯がいわば彼等を養子に迎えるように正式に認めたものであり、これは認知と呼ばれる。それらの庶子に対して慣習法に基づき何か遺贈され、あるいは、遺産の一部が与えられ、事実上、彼等が息子であるかのように扱われる。しかしながら、子の地位に数えられ据えられるわけではない。クロタル1世〔フランク王在位558-561年〕はグンドバルトを認知しようとはせず、否認の印として、何度も剃髪させた【〔ベルナルド・ジラルール・デュ・エランによる〕〔フランス王国史〕の〕二代目王クロディオの生涯による】。マスエリウスやイムベルトウス『便覧』144頁にあるとおり、フランスでは、養子は相続しない。また、デュムーラン『パリ慣習法注解』第1章第2条注釈では、フランス人は、家父権を幾らか用いているのと同様、養子縁組を用いているとされる。

フランスでも同様に、家父権免除によって子等は家父権から解放され放免される。この家父権免除の方式として遵守されているのは、父が、一般に解されているところで少なくとも混合命令権か中等裁判権を有する裁判官の面前で、自らの子に権能を付与し、家父権から解放する旨率直に言明し、裁判官をしてその子が権能を認められ完全な能力者である旨宣言するよう求め、裁判官がこの請求を受理し、当該行為が為されるといふものである。アンベールはその『便覧』において、「フランスで

の自権者養子縁組と他権者養子縁組について、「これら二種類の養子縁組が市民法上のもので、養子縁組のかんする本章に定められた諸方式を我々は全く遵守していない以上、少なくともそれに要する方式に則って我々がそれらの養子縁組を利用したことがこれまでであったとはほとんど考えられない *attendu que ces deux especes d'adoption sont de droict civil, et que nous n'en gardons aucunement les solemnitez descrites en ce title de adoptionibus, à grand peine purrois je croire que nous en ayons jamais usé, pour le moins quand à la forme y requise*」と述べて、フランスにおけるローマ養子法の不使用を確認する一方で、フランス固有法上の「二種類の養子縁組 *deux especes d'adoption*」の存在も指摘している。一つは、「子のいない者が、自己の家名や紋章の伝承、存続、維持について、それらが絶えてしまわないように、誰かを相続人に指定した場合、その者は、法定相続人や慣習法により相続が認められている者等の不利益とならない限り、生涯にわたって遺言者の家名を担い、紋章や旗章を利用することができる *celuy qui n'avoit enfans d'enfans, pour la propagation et continuation, et entretenement de son nom et armes, a fin qu'ils ne perissent, instituait quelqu'un son heritier, lequel pendant sa vie pouvoit porter le nom du testateur, et se prevaloir de ses armes et enseignes, pourveu que ce fust sans prejudice des legitimes heritiers, et de ceux qui par la coustume pouvoient succeder*」というものであり、もう一つは、「認知 *advouer*」を受けた「庶子 *bastards*」に対して「慣習法に基づき何かが遺贈され、あるいは、遺産の一部が与えられ、事実上、彼等が息子であるかのように扱われる *l'on a de coustume de leguer quelque chose, ou donner quelque portion d'heritage, et sont recogneus veritablement comme fils*」場合である。前者の「家名や紋章の伝承 *propagation de nom et armes*」の実例として、オトヌは、『フランス大年代記 *Grandes Chroniques de France*』等に見えるメロヴィング朝フランク王国のグントラム *Guntram* (オルレアンを首都とするブルグント分王国

は自権者養子縁組は為されないもので、当 [学説彙纂 1 卷 7 章] 第 2 法文は不使用に帰している」と述べている。”(La conference, 9-10.引用は1616年パリ刊初版による。)

の王、在位561-592年)とその甥キルデベルトChildebert 2世(アウストラシア王在位575-596年)の協定(587年のアンドロAndelot協約)や、キルデベルト養子王Childebertus adoptivus(アウストラシア王在位656-662年)の例と共に、前述のナポリ女王ジョヴァンナ2世とアンジュー公ルイ3世の「養子縁組」も挙げている。オトンヌの特徴は、これらをいわゆる「家名と紋章の養子縁組」の実例として明確に位置付けている点である。ただし、この固有法上の「養子縁組」を論じた文献として参照されているフランソワ・コナンFrançois Connan(1508-1551年)の『市民法注解Commentarii iuris civilis』(1553年初版)第2巻第15章「他権者養子縁組及び自権者養子縁組についてDe adoptionibus et arrogationibus」の一節³⁷⁾は、スエトニウスSuetoniusの『皇帝伝De vita

37) “…これに対して家は宗族のみを含む。宗族とは、すなわち、同じ名に属する人々のことである。そのため、誰かがある者を相続人として遺言に記し、自己の名を担うべくその者に命じた場合、その者を養子に迎えたものと見なされた。例えば、ユリウス・カエサルはオクタウィウスを4分の3について相続人と記すとともに、家と名のために養子に迎えた、スエトニウスが書いている。更に、オクタウィウス自身も、2分の1と6分の1についてティベリウスを、3分の1についてリウシアを相続人に指定し、自己の名を担うよう命じた [Vita divi Augusti, 101.]。「ユリウス伝」では<家と名のために養子に迎える>とあったものを、「アウグストゥス伝」では<名を担う>とスエトニウスは表現している。同様に、「ティベリウス伝」にも、< [ティベリウスは] 元老院議員マルクス・ガッリウスによって養子とされ遺産を得たが、ガッリウスがアウグストゥスに敵対する党派に属していたため、間もなく名の使用を控えるようになった>とある [Vita Tiberi, 6.]。つまり、養子縁組は氏族の存続を目的に為されるのである。従って、<養子縁組すること>を<名を呼ぶこと>の意味でホラティウスが用いているのは不当とは言えない。すなわち、<兄弟よ>、<父よ>と、各人の年齢に応じて付け加え、そうして彼等を巧みに養子にとるべし [Epistulae, I, 6, 54-55.] とあるのは、兄弟や父の名を呼ぶことで、自身の宗族と家に加えよという趣旨である。女性が収養の権利を有しないのは以上の理由による。というのも、女性は、自らが産んだ者を、彼女の宗族や家にはなく、夫の宗族や家のために産んでいる以上、養子縁組によって誰かを自己の名に服させることなどなおさらできないからである。…”(Commentarii, I, 140.v.引用は1553年パリ刊初版による。)

Caesarum』に見えるカエサル³⁸⁾の古代ローマの事例をもとに、「誰かがある者を相続人として遺言に記し、自己の名を担うべくその者に命じた場合、その者を養子に迎えたものと見なされた*si quem quis testamento haeredem scripsisset, eumque iussisset ferre nomen suum, videbatur adoptasse eum*」と述べているにすぎない（「遺言によって為される養子縁組*adoptio quae fit testamento*」）。固有法の典拠としては、むしろ、マズエヤアンベールの養子相続権の否定説と共に考察の末尾に言及されるデムーラン説の方が相応しい³⁹⁾。

このようにオトンスがフランス固有法上の特殊な「養子縁組」に着目しているのに対して、モルナクの叙述には、ローマ養子法を簡潔精確に要約したジャック・キュジャスJacques Cujas(1522-1590年)の『勅法彙纂パラティトラ』(1579年初版)第8巻第47⁴⁰⁾章「養子縁組について*De adoptionibus*」注解⁴¹⁾に感嘆し、

38) 「しかし、最後の遺言では、姉妹の孫等三名、すなわち、ガイウス・オクタウィウスを、4分の3について、ルキウス・ピナリウスとクイントゥス・ペディウスを、残りの4分の1について、それぞれ相続人に指定し、最後の蠟板においては、ガイウス・オクタウィウスを家と名のために養子にも迎え、暗殺者等の多くを、自らに生まれるかもしれない子の後見人に指名し、デキウス・ブルートゥスに至っては次順位の相続人の一人にさえ指定していた。民衆に対しては、ティベリス河畔の庭園を全員のために、また、各人には300セステルティウスずつ遺贈した。Sed novissimo testamento tres instituit heredes sororum nepotes, Gaium Octavium ex dodrante, et Lucium Pinarium et Quintum Pedium ex quadrante reliquo; in ima cera Gaium Octavium etiam in familiam nomenque adoptavit; plerosque percussorum in tutoribus filii, si qui sibi nascerentur, nominavit, Decium Brutum etiam in secundis heredibus. Populo hortos circa Tiberim publice et viritim trecentos sesterios legavit.」(De vita Caesarum, vita divi Iuli, 83.)

39) 従って、家名承継慣行の養子縁組への「同化*assimilation*」を主張した先駆者としてデムーランとコナンを同列に掲げる見解(Roumy, L'adoption dans le droit savant, 210.)は誤解を招く。

40) キュジャスは、ゴドフロワ版でも維持されることになる流布版由来の章立てではなく、第11章「新築工事の通告について*De novi operis nunciatione*」第1法文を直前の第10章「私的建築物について*De aedificiis privatis*」の末尾第14法文とし、それ

更には、聖アウグスティヌスの『マニ教徒ファウストゥス論駁Contra Faustum

以降、章を一つずつ繰り上げる章立てに従っている。

- 41) “本章もまた家父権にかかわるものである。なぜなら、合法の婚姻による自然と生殖の恩恵としてだけでなく、養子縁組の恩恵としてもまた家父権は取得されるからである。養子縁組とは、自然の模倣であり、我々の家父権に服する子等があたかも合法の婚姻から生まれた子であるかのように取得される市民法上の仕組みである。あるいはまた、それは、異議を申し立てない家父や家子を主体である家父から見て血のつながった嫡出の子や孫の地位につかせる法的な行為である。この法的行為は、テオフィルスの『法学提要義解』本章注解ではく法の行為（ノミモス・プラクシス）とよばれているが、その説明にあるとおり、今日、養子縁組の諸方式は廃止され、学説彙纂第50巻第17章「古法の諸原則」第77法文にも養子縁組は挙がっていないので、私はこれを市民法上の仕組みと解するし、テオフィルスもそのように解していたことは、彼が『法学提要義解』第2巻第13章「子の廃除について」第4節注解に述べている点から明らかである。古法によるならば、本章第4法文や前述第6巻第55章「自権者、嫡出子、娘から生まれた孫等の無遺言相続について」第5法文により、要式行為と解するか、あるいは、政務官を介した男子の養子縁組に際しては三度の家父権免除と二度の解放、その他の卑属の養子縁組に際しては一度の家父権免除と解放によるか【本章第11法文】、もしくは、国民を介した家父の養子縁組に際しては、クーリア会と神祇官団の立会でローマにおいてのみ、それぞれ厳正に執り行われる法律行為と解するであろう。前者の法律行為は共通の名称を自己の名称とし、後者の法律行為は自権者養子縁組と呼ばれる。後者によって家父が、前者によって家子が、それぞれ養子とされる。後者は自らが主体となって、前者は父が主体となって、それぞれ為され、後者はローマでのみ、前者は属州においても為される。また、アウルス・ゲッリウスの[『アッティカの夜』]前掲箇所によれば、未成熟者や、家父権に服している女性については、自権者養子縁組は為し得ないにもかかわらず、そのような否定が見当たらないのは、家父権に服している男性についてもまた自権者養子縁組を為し得ないからである。しかしながら、現在では、これらの方式は全て廃れており、他権者養子縁組については公簿への登録、自権者養子縁組については君主の裁可で足りる。ところで、養子縁組によって家父権が取得されない場合が二つ存する。一つは、女性が誰か自権者を養子にとる場合である。なぜなら、家父権とは、この権能が唯一帰属する家父に因って得た名称であり、そこに祖父や曾祖父の権能は含まれるにせよ、存在したことさえない母の権能は含まれないからである。要す

Manichaeum】第3巻第3章から「養子縁組の概念は我々の信仰の秘蹟において非常に重要な意味をもつ adoptionis nomen plurimum valere in nostrae fidei sacramento」との一節⁴²⁾まで引用するなど、ローマ養子法乃至養子縁組一般に好意的な態度が見て取れる。ローマ養子法を論じた典拠としてモルナクがもう一つ引用しているのがティラコーの『勅法彙纂8巻56章「贈与の撤回について」第8法文注解Commentarii in legem Si unquam. Codicis de revocandis donationibus】(1535年初版)の文言<子等をもうけたsusceperit liberos>の注釈第7番⁴³⁾である。そこでは、先に見た『親族取戻論』とは打って変わって、

るに、女性は子を家子としてはもち得ないのである。また同様に、実父が子を家外者に養子に出す場合も家父権は取得されず、これはユスティニアヌスが本章第10法文で導入したものであり、同法文については別の箇所でも論じることにする。実際、この法文は、詳細で明解な注釈に値し、また、そのような注釈を求めてもいる。”(Paratitla, 696-698.引用は1579年バリ刊初版16折判による。)

- 42) モルナクが参照しているのは、『ヒッポ司教聖アウレリウス・アウグスティヌスの著作集で諸論駁書を取めた第六巻Sextus tomus operum divi Aurelii Augustini Hipponensis episcopi continens *τα πολεμικα*』所収のテキストであり、引用箇所は、例えば、エラスムス編集によるバーゼルのフローベン社Officina Frobeniana版(1528年刊)では151頁、リューフェン大学神学部編集によるアントウェルペンのクリストフ・プランタン社Officina Christophori Plantini版(1576年刊)では92頁左欄D、にそれぞれ見出される。
- 43) “ところで、バルドゥスも『助言集』第1巻助言24において、子について述べる法令は養子にかんするものとは決して解されないと指摘している。その理由とは、彼が言うには、養子は擬制された子であるからとされ、学説彙纂第35巻第1章「遺言に挿入された条件等について」第76法文の注釈(や『助言集』第1巻助言146第1段)も同旨である。これらに加えて、学説彙纂第28巻第2章「子や後生児の相続人指定及び廃除について」第23法文前書に見える「自然の模倣によって(真理が曇らされることのないように、実父の養子とは決して解されてはならない)」との一節も参照されたい。以上から、養子が真正かつ本来的な子ではなく、仮想の子であることが明らかとなる。この点については、更に、アレクサンデルの学説彙纂第2巻第4章「法廷召喚について」第8法文前書の注釈の半ばあたりでこの同じ一節を詳しく検討しており、また、ソキヌスの同法文注釈は、多くの論拠によって、<子>という概念

によって養子が指示される規定はない旨証明している一方で、パウルス・カストレンシスの同法文注釈は反対のことを述べている。しかし、上記の点は、(勅法彙纂第8巻第48章「養子縁組について」第10法文第1節の文言〈何か仮の云々〉や)学説彙纂第1巻第7章「養子縁組や家父権免除その他家父権が解消される方式について」第43法文の文言〈あたかも真正な子による云々〉、更には文言〈見なすべき云々〉、勅法彙纂第8巻第48章第5法文の文言〈あたかも云々〉によって明らかであり、これらの文言が非本来的性質や擬制を指示しているという点は、学説彙纂第26巻第3章「後見人及び保佐人の承認について」第3法文とバルトルスの同法文注釈にあるとおりで、学説彙纂第48巻第13章「横領等について」第6法文の標準注釈とバルトルスの注釈、バルトルスの学説彙纂第4巻第8章「仲裁引受契約について」第1法文注釈、同第41巻第3章「使用取得について」第15法文注釈第5段、〈いわば云々〉という言い回しにもふれるヤーソンの同法文注釈も同旨、ロマヌスとアレクサンデルの学説彙纂第41巻第2章「占有の取得及び喪失について」第17法文注釈も他の類似の論拠と共に同じ法文を用いてやはり同旨である。加えて、この文言については、学説彙纂第42巻第8章「債権者詐害行為の原状回復について」第12法文や同標準注釈、同第29巻2章「遺産の取得及び喪失について」第38法文と同標準注釈末尾がふれているものと解され、学説彙纂第41巻第2章第12法文の標準注釈、更には、バルトルスの前掲同第41巻第3章第15法文注釈も類似の論拠によりその旨述べている。以上に加えて、法律家ガイウスは、もし本当に彼であるとするればであるが、その『法学提要』第1巻第4章にみえたとおり、このような養子を、あたかも嫡出子に対置して準正子に言及するかのよう、「卑属加入者」と呼んでいたという点も付け加えられよう。とうのも、ここで彼が、養子と実子の間に、準正子と嫡出子の間と同じように、相違があると主張していることは明らかだからである。また、バルドゥスが別書第1巻第6章「選任及び被選任者の権能について」第7節注釈末尾において、養子を名称不当な子と呼んでいることも参照されるべきである。というのも、バルドゥスは、そのような子に言及する際、養子について述べている学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第132法文前書半ば「しかし云々」を引用しているからである。以上、後述第24番でも述べた点からしても、当法文は養子について述べているものとは解されない。ただし、読者は同箇所末尾や第64番にも注意し、しっかり是認いただきたい。(なお、バルドゥスの勅法彙纂第7巻第62章「上訴について」第11法文注釈も子という名称で養子は支持されないとし、ペトルス・アンカラヌスの別書第5巻第39章「破門宣告について」第3節注釈も子について言及する法文は養子に適用されない旨述べている。)(Commentarii, 322.引用は1552年リヨン

中世ローマ法学の法文注釈の伝統に忠実な議論が展開されており、前述のバルドゥスの助言24が参照された後、養子の擬制的性質を裏付ける典拠が延々と列挙されている。しかし、このティラコーの議論の中でモルナクが特に注目しているのは、人文主義的関心の下に16世紀前半に相次いで印刷公刊された⁴⁴⁾西ゴート族ローマ法典Lex Romana Visigothorum(アラリクス要覧Breviarium Alaricianum)に「ガイウス書Liber Gaii」の名称で収録され、後にドニ・ゴドフロワDenis Godefroy(1549-1622年)による『市民法大全Corpus iuris civilis』(1583年初版)にも「ガイウスの法学提要2巻Gaii Institutionum libri duo」の表題で収録される⁴⁵⁾ことになる著者不詳のテキスト(いわゆる『ガイウス摘

刊の増補版、すなわち、「1535年に初めて公刊されたが、この度、著者自身によって修正され、著作全体の約三分の一が増補されて再刊されたprimum editi anno 1535. nunc vero ab eodem castigati, et ad tertiam prope partem totius operis aucti, iterum editi」ものによる。増補箇所は括弧内。)

44) 最初に、ピーテル・ギリスPieter Gillis(ペトルス・アエギディウスPetrus Aegidius : 1486-1533年)により、1517年にアントウエルペンで、『諸皇帝の法律の要覧乃至要旨Summae sive argumenta legum diversorum imperatorum』の表題の下に出版され、続いて、アモリー・ブシャールAmaury Bouchard(アルマリクス・ボウカルドゥスAlmaricus Bouchardus : 生没年不詳)が、パリで1525年に、『ティトゥス・ガイウスの法学提要とユリウス・パウルの判決録の最新版Titi Gaii Institutionum Iulique Pauli Sententiarum recens opus』の表題で、更には、ヨーハン・ジッヒャルトJohann Sichard(1499-1552年)が、1528年にバーゼルで、ただし西ゴートローマ法典をその最初に簡約されて収録されたテオドシウス法典そのものと同一視して、その誤解の下に『テオドシウス法典全16巻Codicis Theodosiani libri XVI』の表題で、それぞれ公刊している。この内、ティラコーが参照したものは、出版年と刊行地からすると、恐らくブシャールのパリ版であったと解される。なお、上記三つの版の詳細な書誌については、Haenel, Lex Romana Visigothorum (1849), xcix-cvi.参照。

45) ゴドフロワは、『市民法大全』の第二版(1590年リヨン刊)で、その第5巻として『法にかんする種々の考察Tractatus ad ius varii』を追加し、その中で、学説彙纂、勅法彙纂、法学提要の各「体系概要ratio ordinis」、「十二表法断片Fragmenta duodecim tabularum」、「ウルピアヌス著書断章Tituli ex corpore Ulpiani」と共に、当テキストを収録し注釈を加えている。

要Epitome Gaii)が、典拠の追加の趣旨で参照されている箇所である。この『ガイウス摘要』の第1巻第4章「婚姻についてDe matrimoniis」第2節⁴⁶⁾には、婚姻障害について、「養子つまり卑属加入者についても遵守されるのが正しい etiam de adoptivis, hoc est adfiliatis, iustum est observari」との一節が見出され、ティラコーは、「準正子legitimati」と「嫡出子legitimi」の間の「相違 discrimen」に匹敵するような明確な概念上の区別が、「養子adoptivi filii」と「実子veri filii」の間にも想定されていた証拠としてこの一節を参照しているのである。ところで、モルナクによれば、この箇所でティラコーが、「フランスの幾つかの慣習法では、養子縁組は我々の世俗語で<卑属加入>と呼ばれており、しかも、この用語はガイウスの法学提要第1巻から取り出された可能性が高い旨教示している docet quibusdam consuetudinibus Galliae adoptionem vocari idiotissimo nostro, adfiliation, desumpta scilicet voce, ut verisimile est, ex libro primo Institutionum Caii」とされる。しかし、ティラコーによる『ガイウス摘要』への言及は、あくまでローマ法の枠内で、養子が擬制された子であり、本来、「子filius」の概念には含まれないことを論証する作業の一端にすぎず、「フランスの慣習法 consuetudines Galliae」には一言もふれられていない。『ガイウス摘要』における「卑属加入者 adfiliatii」を、慣習法にみられるフランス語の「卑属加入 adfiliation」の語源とみなす発想はモルナク自身のものである。モルナクはここで特定の成文慣習法を引用しているわけではないが、その念頭にあったと考えられるのが本稿の検討対象たるサントンジュ慣習法である。

46) 「しかし、誰でも妻を娶ることを許されるわけではない。というのも、父が娘を、息子が母を、祖父が孫を、孫が祖母を娶ることは許されないからである。この点は、親族関係で結ばれた人々のみならず、養子つまり卑属加入者についても遵守されるのが正しい。なぜなら、家父権免除によって養子縁組が解消されるとしても、これらの人々の間で婚姻は常に不法となるからである。」(Titi Gaii Institutiones, 2r.引用は1525年パリ刊のブシャル版による。なお、ジッヒャルト版 (Codex Theodosiani, 122r.) やゴドフロワ版 (例えば1602年刊第3版ではCorpus iuris civilis, II, Tractatus ad ius varii, 664.) のテキストでは、下線部「のが正しい iustum est」は、「べく命じられている iussum est」となっている。ヘーネルによる校訂版の読みはブシャル版と同じである (Haenel, Lex Romana Visigothorum, 318.)。

サントンジュ慣習法の第1章「卑属組合及び卑属加入についてD'association et affiliation」第1条には、「慣習法によれば、卑属に組み合わせられ加入した者は、組合や加入を受け入れた者を、その実子で嫡出である子等と共に、遺言により、動産と、加入受入者によって取得された不動産についてのみ相続し、世襲不動産については相続しない。というのも、慣習法上、世襲不動産を養子縁組は享受できないからである。ただし、養子、卑属加入者、あるいは、卑属組合員等が、世襲不動産を持参し提供する場合、または、世襲不動産を放棄する場合、または、夫婦財産契約において別段の合意が為された場合はこのかぎりではない。というのも、これらの場合、加入者、組合員、あるいは、養子は、遺言により、他の子等と共に、他の財産と同様、世襲不動産についても相続するからである。Par la coutume, celui qui est associé et affilié, succède à l'associant et affiliant avecques ses enfans naturels et legitimes par testes, és biens meubles et acquests immeubles faits par l'affiliant seulement, et non és heritages. Car quant à iceux adoption ne peut proffiter par la coutume, si n'est que les adoptez affiliez ou associez portent et conferent les heritages, ou qu'à iceux ayent renoncé, ou qu'en traicté de mariage autrement eust esté accordé. Car esdits cas l'affilié, associé ou adopté succède par teste avecques les autres enfans, és heritages comme és autres biens.」⁴⁷⁾とあり、そこでは、「養子les adoptez」と並んで確かに「卑属加入者les affiliez」という文言が用いられている。また、本条において、それらの「養子」や「卑属加入者」の遺産相続の可否について定められていることも一見して明らかである。バロンからモルナクに至る「査閲」文献や、そこに引用された慣習法注釈書の議論においても、バロンが養子縁組による「法律上の血族関係cognatio legalis」を婚姻障害の一つに数えたカノン法源⁴⁸⁾に言及していた程度で、ボダン指摘のとおり

47) 引用は1567年パリ刊のデュムーラン編『大慣習法要覧Le grand costumier general』第2巻所収のテキスト(II, cccix.)による。デヴィーニュ以下の注釈書やブルド編『新慣習法要覧』第4巻所収のテキストとの違いは、一部語句の綴りやセミコロン等の使用の有無に限られる。

48) 「ある女性が養子縁組によって私にとって姉妹となったならば、養子縁組が存続す

「養子縁組の唯一の特徴la seule marque d'adoption」⁴⁹⁾とも言うべき家父権の取得や家の変更に至っては全く無視されていて、関心の的は専ら「養子」乃至「卑属加入者」による相続の可否であった。慣習法文献として恐らく最も早くサントンジュ慣習法の当条文にふれたものと解されるデュムーラン編『大慣習法要覧Le grand coutumier general』(1567年)第2巻での本条の文言「養子縁組」への注記⁵⁰⁾においても、本条に限らず、「当王国hoc regnum」つまり

る限り、私と彼女との間で婚姻は成立し得ない。Si qua per adoptionem mihi soror esse coeperit, quandiu durat adoptio, inter me et ipsam nuptiae consistere non possunt」(X.4.12.1.)。なお、養子縁組を婚姻障害とする当法文もまた当時フランスにおいて既に廃止法文の一つに数えられていた。この点は、例えば、デュムーランの『教皇グレゴリウス9世の教皇令集全5巻注記集Ad libros quinque Decretalium Gregorii Noni Pontificis』(1603年)の当法文要約への注記からも容易に確認できる。そこには、「この婚姻障害は、教会法上のものではなく、市民法上のものである。それ故、君主は、その領地において、任意にそれを免除できる。それどころか、この婚姻障害は、かの家父権がローマ人特有のもので【法学提要1巻9章「家父権について」第1〔2〕節】、そのローマ人の政体が失われてしまった以上、今日ではもはや通用していないとさえ言える。また、周知のとおり、フランスにおいても、この婚姻障害は無視され、たとえ養子縁組存続中であっても勿論同じであり、これは、『パリ慣習法注解』第122条注釈で述べたとおり、養子が家父権へと帰属することも、相続権を得ることもないという点に呼応する」(Annotationes, 783.引用は1612年パリ刊『著作全集』第3巻収録のテキストによる。)、とあり、養子相続権否定との関連も明確に意識されている。

49) De la Republique, 32.

50) “<養子縁組>：これによつては、当王国においても、明示の契約なしには如何なる権利も付与されない。ただし、『パリ慣習法注解』第8条第1注釈第6問で述べたとおり、家外者に対する場合のように有効な移譲や遺贈による場合はこの限りではない。以上カロルス・モリナエウス。”(Le grand coutumier, II, ccccx.なお、この『大慣習法要覧』において各地の慣習法にふされた注記部分は、「フランスの諸慣習法への注記集Notae solennes ad consuetudines Gallicas」の表題で一括され、『既刊著作全集Opera quae extant omnia』に収録された。引用した注記は、1612年版『著作全集』では、第3巻の末尾、「契約、利息、設定定期金、遅延損害金、金銭の分析論要約 Sommaire du livre analytique des contracts, usures, rentes constituées, interests et

フランス全域において、養子縁組それ自体によっては「如何なる権利も付与されないnullum ius tribuitur」と解されているが、「家外者extraneus」の場合と同じく、「有効な移譲validum permissum」や「遺贈legatum」で養子に財産を付与することは可能である旨、一連の「査閲」文献とも符合する見解が示されていた。

その一世紀ほど後、17世紀半ばに公刊された「査閲」文献の一つ、ジェローム・メルシエJérôme Mercier(生没年不詳)の『ユスティニアヌス帝の法学提要にかんして、それがフランスにおいて如何に用いられ、法廷の慣行に調和させられるべきか述べたフランス法注記集Remarques du droit françois, sur les Instituts de l'empereur Justinien, comment ils se doivent pratiquer en France, et se rapporter à l'usage du Palais』(1657年初版。以下『注記集』と略称)には、「卑属加入」について定めるサントンジュ慣習法第1条が、法学提要第1巻第11章「養子縁組についてDe adoptionibus」の表題考察⁵¹⁾の中にそのまま

monnoyes)に始まる頁数で268頁目に見える。

51) “本章は、成文法地域をひとまず措くならば、慣習法地域において非常にまれにしか通用しておらず、養子縁組が「自らが生まなかつた子を持つるようになる自然の模倣」と定義されるにもかかわらず、ほとんど知られておらず、サントンジュ慣習法の第1条にわずかにその名残が見いだされるだけである。すなわち、そこには、「慣習法によれば、卑属に組み合わせられ加入した者は、組合や加入を受け入れた者を、その実子で嫡出である子等と共に、遺言により、動産と加入受入者によって取得された不動産についてのみ相続し、世襲不動産については相続しない。というのも、慣習法上、世襲不動産を養子縁組は享受できないからである。ただし、養子、卑属加入者、あるいは、卑属組合員等が、世襲不動産を持参し提供する場合、または、世襲不動産を放棄する場合、または、夫婦財産契約において別段の合意が為された場合はこのかぎりではない。というのも、これらの場合、養子、加入者、あるいは、組合員は、遺言により、他の子等と共に、他の財産と同様、世襲不動産についても相続するからである」、とある。この点は、動産と後得財産にかんして、ほとんど全ての慣習法の下で、相互に人格を交換する農民等の中で遵守されている。

ところで、相続について如何なる権利を養子が有するにせよ、ある貴族がある平民を養子に迎えたとしても、それによってその者が貴族となるわけではない。なぜなら、養子縁組は、それを介して平民を貴族にするためにではなく、子のいない者

抜粋引用され、「フランス慣習法地域France coutumiere」に見出される「養子縁組adoption」の「名残vestiges」と位置付けられている。ここには、遺産相続という次元におけるローマ法の「養子縁組」と慣習法の「卑属加入」の連関が、「フランス法droit francois」の常識、つまり、当時の法律家の共通理解として提示されているといえよう。それでは、「卑属加入」は、一体如何なる意味において「養子縁組」の「名残」と解され得たのか、その際、ローマ養子法はどの程度役立ち得たのか。以下、この点を、モルナクの『考察集』からメルシエの『注記集』に至るおよそ半世紀の間に相次いで出版されあるいは著されていたデヴィーニュ、ベシエ、メシャン等の注釈書から読み取っていくことにしたい。

(未完)

に「子のないことの慰藉のために」子を与えるために見出され許されるものであり、また、単に市民法上のものにすぎないこの工夫には、自然を変更し、平民の血統を高貴にする力などないからである。”(Remarques, 43-44.引用は1657年パリ刊初版による。なお、下線部は慣習法原文では「加入者、組合員、あるいは、養子」となっている。)