

## 《資 料》

## サントンジュ慣習法第1章第1条注釈\*

藤 田 貴 宏 (訳)

## デヴィーニュ『サントンジュ慣習法釈義』

本慣習法の最初の条文で第1章の唯一の条文である本条は、相互に著しく矛盾する二つの語句、すなわち、組合と卑属加入という語句を用いている。というのも、組合とは、相互的な協力と、財産や成果乃至収益の共有、合同によって生じるのに対して【学説彙纂17巻2章、勅法彙纂4巻37章「組合訴権について」全体の至る所】、卑属加入は家への何らかの意味での付加や接合によって生じるからである【勅法彙纂8巻48章、法学提要1巻11章「養子縁組について」】。このように異なる概念を接続詞によって繋ぐことで混同し区別せずに用いている以上、それらが同じ一つの事柄を指し、何れによっても卑属加入が指示され

---

\* 以下は、いわゆるサントンジュ慣習法*Coutume de Saintonge*(1520年成文化)の第1章「卑属組合及び卑属加入について*D'association et affiliation*」第1条の諸注釈、すなわち、ジャック・デヴィーニュ*Jacques Desvigne*(生没年不詳)の『サントンジュ慣習法釈義*Paraphrasis ad consuetudinem Santangelicam*』(1638年)の2-10頁、コスム・ベシエ*Cosme Bechet*(1580?-1652年)の『サントンジュのサン=ジャン=ダンジェリ王領裁判所慣習法*Coutume du siège royal de St. Jean d'Angély en Saintonge*』(1689年初版)の1-10頁、アルマン・メシヤン*Armand Maichin*(1617-1705年)の『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)の5-9頁、の試訳である(最後のメシヤンの注釈は第3章から第5章のみ訳出)。内容等については、拙稿「卑属加入と養子縁組」(獨協法学第104号以下)を参照されたい。

ているのは明白である。それ故また、用語の不適切さに異議を申し立てる必要も全くない。なぜなら、如何なる立法においても、そこに定められている事柄が明白であるならば、用語の不適切さは容易に解消されるからである。例えば、勅法彙纂第6巻第26章「未成熟補充指定その他の補充指定について」第8法文第2節中に見える「成熟後に亡くなった場合」の「成熟」が未成熟者の年齢と解されるため、(不適切にも)法律家等は、死後に遺され遺贈その他によって取得されたものは財産持戻の対象とはならないとしているが【勅法彙纂6巻20章「財産持戻について」第15法文と同章第1法文の公撰集引用要約文への標準注釈の組み合わせ、ヨアンネス・ファベルの第15法文注釈】、優先遺贈によるそれらの権利が留保されると言えるとしても、持ち戻さないことと優先遺贈を留保することとは全く異なる。死亡前に取得されたものは「持ち戻されない」と言っても、死後に付与され取得される優先遺贈は、死因贈与や生存者間贈与が死亡により確定したものと同じく、「留保される」のである【アントニウス・ファベル『実務家誤謬集』第40章誤謬3及び第42章誤謬2】。

「相殺」と「清算」も、前者が本来は自己の財産について為され、後者が遺産について為されるにもかかわらず、多くの場合、同じように区別なく用いられる【クヤキウスの勅法彙纂3巻31章「相続請求について」第4法文注釈166頁】。全く何も占有せず【学説彙纂6巻1章「所有物取戻訴権について」第9法文末尾】、地主に代わってただ所持し有形的に保持するにすぎないコロヌス【学説彙纂41巻2章「占有の取得及び喪失について」第3法文12節、同43巻26章「容仮占有について」第6法文2節と文言<占有していない>の標準注釈】についても、区別なく、占有すると称される【学説彙纂10巻3章「共有物分割訴権について」第7法文11節、勅法彙纂7巻30章「使用取得による共有」第3法文】。同様に、法律家等は、ファルキディウス法による留保分とトレベリウスの留保分という用語を無差別に用いているし【学説彙纂35巻2章及び勅法彙纂6巻50章「ファルキディウス法について」、学説彙纂36巻1章及び学説彙纂6巻49章「トレベリウス元老院議決について」、法学提要2巻23章「遺産の信託遺贈について」、同24章「信託遺贈によって遺された特定物について】、義務分をファルキディウス法の留保分と称する場合さえあるが【勅法彙纂3巻28章「不倫遺

言について」第31法文】、これらの間に相当な違いがあるのは周知のとおりである。聖書においても、「天使」が「人々」【創世記第18章】と、シモンはらいが癒えた後もらい者と、マグダラのマリアは罪が許された後も罪深き女と、マタイは使徒の地位を得た後も徴税人、また、ある教父等によれば聖別後の主体【パルメリウスのテルトゥリアヌス『弁論について』第6巻注釈】と、それぞれ称される。そういうわけで、本条は的確かつ十分に卑属加入者について定めており、卑属加入者にかんするものと解される。また、本条にみえる「相続する」という文言も、組合ではなく卑属加入のみを念頭に置き、本条の対象が卑属加入に限られるということを示唆している。本条の理解のために知っておくべきなのは、ここに言及されフランス法の下でも通用している卑属加入が、ローマ法の下で行われていた他権者養子縁組や自権者養子縁組とは相当に異なっているという点である。なぜなら、ローマ法の下では、例えば祖父その他の尊属によって養子とされた者は、他の嫡出の実子等と同様に、遺言や無遺言で相続し、廃除されれば異議を申し立て、脱漏されれば遺言の無効を主張し【学説彙纂28巻3章「遺言の不正作成、破棄、失効について」第8法文と標準注釈、勅法彙纂8巻48章第10法文】、親族外の者によって養子とされた者は、遺言では外部者として相続するが【同第10法文1節】、無遺言では嫡出の実子等と平等に相続し、もし彼等が存しない場合には、死亡時に依然養子縁組に留まり家父権に服している限り、全てを相続した【法学提要1巻11章第2節、同3巻1章「無遺言で付与される遺産について」第10節】。

以上に対して、フランス法では、養子あるいは卑属加入者は、何れの性別であれ養親の処分と召喚によってのみ相続し、養親の遺産へと召喚されるが、慣行や慣習法によって処分が許されている性質の財産に限られ、それを超えることはなく、またそれは、自権相続人である子から家外相続人である傍系親族に至るまであらゆる相続人との関係で妥当する。というのも、本慣習法やサンス上座部裁判所管轄区の慣行によれば、相続人全てに区別なく義務分が認められているからであり、当該義務分は、後者の慣行によれば、世襲地である遺産全体から全ての負債を控除したものの3分の2と算定され【後述該当箇所】、本慣習法においても、同じ遺産の割合と算定されているが、法定相続人が、全て

の遺産の所有権の取戻しと用益権の原状回復を望んでいる場合はこの限りではない。

そのような義務分の負担は、何れの法定相続人との関係でも自然的なものであるから、直接間接問わず如何なる処分行為によっても奪われ得ず【勅法彙纂3巻28章第30法文及び第32法文】、譲渡によっても勿論奪い得ない。従って、何らかの世襲財産が見出される限り、別の財産によって補償され補充される必要があることになる。

ところで、ある問題、それは、私が今から20年前に熟達の法廷弁護士であった学識豊かな同僚ヨアンネス・アラヌスから聞き及んだところでは、ポルドー高等法院の評定官等の下で以前まさに争われ判示されたものであるが、その問題の解決も以上の点からもたらされる。それはすなわち、卑属加入者は、実子で嫡出の子等が存しない場合、傍系親族を排して、養父を全て相続するのかどうか、という問題である。上に述べた点から明らかなおり、傍系親族にも子や卑属等と同様に義務分が付与されている以上、傍系親族から義務分が養子縁組を介して詐取されるということは、勅法彙纂第3巻第28章第27法文所定の場合を除いて傍系親族に義務分を認めないローマの原則とは異なり、本慣習法や慣行上許されないので、養子縁組の優遇として何が為されるにせよ、我々の法の下では、あらゆる世代、家系、血縁の相続人の優遇という観点から、義務分の権利を決して侵害せず欠落無しに養親が処分可能な財産にのみそれは及ぶのであり【これはモリナエウスの本条への注記、及び、パリ慣習法第8条の第1注釈第33番から導かれるとおり】、また、同じ理由から、より遠い親等の相続人が存していて、相続から排除されるならば、より近い親等の相続人と共に相続の権利を回復し、彼等の義務分は削減されることは決してない【モリナエウスの慣習法第258条注記第2番及びプレス慣習法第6条注記、ショパン『パリ慣習法注解』第2巻第4章第8番では、この点についてバルドゥスとヤーソンの勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文注釈が引用されている】。

ただし、本条に示唆されるところによれば、慣習法が養子縁組の効力を先祖代々の遺産つまり世襲財産に及ぼさないのは、嫁資合意においてその旨定められていない場合や、養子が遺産を持参しないかあるいは放棄していない場合に

限られるものと解される。養子縁組が金銭や単純な合意を介して為され得ないように、幾らかあるいは取るに足りない財産提供があっても養子縁組の効力が世襲財産に及ぶことはないのである。この点に疑念の余地はなく、既に述べたとおり、義務分の権利が留保され、これを奪い削減することは決して許されない。そして、この点は本条の末尾にも、上記の諸場面において養子縁組が世襲財産に関わる旨定められることで示唆されており、しかも、その言い回しは、列挙された場面の間に設定されている選択という性質上、所定の場面の何れかを指示するものと解される。つまり、そのような言い回しで企図されている規定を肯定し通用させるためには、何れか一つの場面で十分であると想定されているのである【学説彙纂32巻「遺贈及び信託遺贈について」第25法文、同45巻1章「言語による債務関係について」第75法文8節、同第129法文及びアルキアトゥスの同注釈】。従って、本条からは、養子縁組は、婚姻証書とそこで言及される合意に基づき、供与され持参されるものがたとえわずかであり、あるいは、皆無であっても、全財産に無制限に及び得ると結論できる。ただし、その場合も、義務分は無傷のまま常に留保される【この点についてはオーヴェルニュ慣習法第14章「贈与、嫁資、夫婦財産契約について」第40条が論拠となる】。

それでは、財産の供与を約束した養子が何も供与しない場合、養子縁組の利益が剝奪されるのであろうか【欄外注：この問題についてはバロー『ポワトゥー慣習法注解』第3巻第2章第2番277頁参照】。この点、もし養子が資産を有していて、それによって支払い、合意を履行できるならば、決して剝奪されないと答えるべきである。なぜなら、この場合、依然として財産供与が義務づけられており、それ故、供与が容易に実現可能であり、養子に支払能力の存する限りいつでも供与が履行され得るからである。実際、この場合、履行の可能性が財産供与それ自体を意味し、財産供与が可能性の内に解消されているのであり、とりわけ、現実に履行遅滞が生じていない場合や、違約罰に関する条項が何ら挿入されていない場合はそうである。というのも、それらが無い限り、何も損なわれておらず、交わされた合意は履行可能で、合意に基づく全ての利益は取得可能であるから【勅法彙纂8巻38章「問答契約の締結について」第12法文と

諸博士の注釈、クヤキウスの学説彙纂45巻1章第84法文への学識豊かな注釈】。一方、養子が、文字通り、支払不能である場合には、その者の養子縁組は、我与えるが故に汝与えるべし、我為すが故に汝為すべしという無名踐成合意の本姓から無効となる【勅法彙纂4巻6章「原因故に与えられたものの不当利得返還請求訴権について」第8法文及び第9法文、同4巻64章「物の交換及び前書訴権について」第5法文、学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第5法文その他同章全体】。それは、養子とその悪意によって周知の法原則に反して利得を得ないようにするためである。この点について参考となるのは、バケ『裁判権論』第21章第327番319頁の指摘である。また、モリナエウスのプレス慣習法第190条注釈も同旨であり、そこには、信義に反しない限り、つまり、支払能力の存する限り、嫁資の約束だけで妻は寡婦分を取得するが、支払能力を欠くならば、信義に反する以上、何も取得しないとあるので、そのように解すべきである【オトンヌ『フランス法対照集』勅法彙纂5巻14章注釈】。

ところで、サントンジユ地方全域において、農民間では、ほとんどの場合、交換の方式、つまり、夫婦財産契約における人格及び財産の代位の方式によって卑属加入が行われるため、養子の何れか一方が亡くなり、養父が存命である場合に、養子縁組が全体として無効となるのかどうか問題となる。この点、その子等が存命であるならば、無効とならないのは明らかである。というのも、その場合、彼等は父を代襲し、何らかの移転と承継の権利により、父の地位に立ち、権利を行使するからである。他方、子等が存しない場合には養子縁組が全体として無効となり、これは、養子縁組の目的因、つまり、養子縁組の全効力が導出される創出因が失われ、事柄乃至行為全体について原因を見出せず、如何なる帰結も引き出されないからである【学説彙纂12巻4章「原因不存続故の不当利得返還請求訴権について」第5法文及び第13法文その他同章全体】。このような解決の論拠は次のように説明できる。すなわち、父等の存命中に物と人の代位の方式で為されたこの種の卑属加入には<それによって遺産が付与されたならば>との黙示の条件が含まれており、これは、遺産が取得され付与されていない限りそれが請求されることもないからである【カストレンシスその他の諸博士による学説彙纂29巻2章「遺産の取得及び喪失について」第94法

文注釈、同50巻16章「語句の意味について」第151法文とその標準注釈、同50巻17章「古法の諸準則について」第134 [→174] 法文】。また、親の判断で為された上記卑属加入が、財産の不均衡、恭順な畏敬、未成熟を理由に取り消され得るのかも頻繁に争われている。この点、当該卑属加入によって子等が義務分に等しい相続分を得る限り、取消不可能であると私は考える。というのも、義務分は割り当て可能で、特に、婚姻の優遇の観点や、それが為される際に考慮される家系の存続のために、他人の家や財産に配分することが可能だからである【論拠となるのは学説彙纂35巻2章「ファルキディウス法について」第87法文前書、第19法文、第30法文1節】。義務分が父方の財産によって充足されるべきで全額支払われねばならないという点【勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第36法文3節】も重要ではない。なぜなら、この法文が述べているのは、如何なる権利であれ子等に帰属する物によって充足され補充されてはならないとの趣旨、つまり、自然が義務づける助けが彼等の特有財産によって支払われてはならないとの趣旨であって【パパエ『グルノーブル高等法院判決集』判決487の新たな補注】、他の家や家系への義務分の割当の妨げにはならず、とりわけ、この種の相互的で互酬的な代位や養子縁組の大半に見られるとおり、明白な理由や緊急の必要性がそれを必要としている場合にはそうであり、これらを考慮して為される婚姻は、多くの場合、家系の権利を保つ趣旨のそれらの合意の有益性故に急がれるのであって、そのような有益性こそ緊急の理由なのである。モリナエウス『パリ慣習法注解』第8条第4注釈第14番及び第15番の指摘するとおり、義務分はあたかも遺産全体に含まれているかのように量として補充され割り当てられ得る。デュレ『オルレアン慣習法注解』第95条注釈末尾も、クヤキウス『考察と修正』第22巻第39章及び第40章から援用した論拠によって同じことを主張している。更に、子等はたとえ未成熟であったとしても、義務分に相当するものを取得する限り損害を受けたとは言えない以上、異議を申し立てることはできない。この義務分の額までは、親の判断により不法を為すことなく減額することは常に可能なのである【勅法彙纂3巻28章第35法文2節】。

上記のような代位の有効性にかんして更に言えるのは、代位が子ではなく親



の合意に裏付けられているという点である。実際、親は、子ではなく自分自身の財産を処分しているのであり、生存者間の処分にせよ死亡を原因とする処分にせよ、ファルキディウス法の割合が守られてさえいれば、親に許されており、その結果、ファルキディウス法の割合が保持されている限り、子等は、それが不利益となるにせよ利益となるにせよ、当該処分に異を唱えることはできないし【勅法彙纂3巻29章「不倫贈与について」】、子等が存命の親の財産中に確たる権利を何も有していない以上【グイド・パバエ『グルノーブル高等法院判決集』判決486とマッタエウスの補注】、当該財産について、この種の代位や養子縁組を介して、家外の者等の利益のために処分することは、義務分の権利が保持されている限り、詐害行為の疑いなく可能なのであり、モリナエウス『パリ慣習法注解』第8条第3注釈第15番、第16番、第18番が同様に解しているとおりである。

更に問題とされるのは、養父が養子に不利益な仕方で子等の一人に贈与できるか否かという点である。これについては、養子縁組が、死後の相続のために無限定な仕方、例えば3分の1、4分の1、5分の1といったように一定の割合の定めなく、為される場合には、慣行や慣習法上許されているものの贈与は妨げられない。なぜなら、自然的な絆は他のあらゆる擬制的で外来的なものよりも強力である以上、養子は実子で嫡出である子よりも多くの権利を得るべきではないからである。ただし、この種の贈与は、養子によって持参された財産に決して及ぶことなく、父の財産にのみ及び、しかも、義務分が侵害されないという仕方限定されるべきである。この義務分に養子の財産が混入し混合することで養子縁組の効力が実現されるのである。とはいえ、この場合、養子は、養子縁組が合意され約束された当時には予期できなかった贈与という不意の出来事を受けて、もし望むならば、義務分を放棄し、自らの財産を請求することを選択する余地がある。これは、養子の権利が復活し、容易に回復されることで、無限定無制限に為された養子縁組が養子に約束した平等な相続への期待に反して彼が何も詐取されないようにするためである【論拠となるのは学説彙纂18巻1章「売買の締結について」第35法文8節、同2巻14章「合意につい



て」第39法文とモリナエウスの注釈】。

これに対して、養子縁組が限定的に為される場合には、少なくとも養子縁組によって取得される権利は養子から贈与によって奪われてはならず、我々専門家の間ではそのように解されていることを私は知っているし、モリナエウス『助言集』助言36第9番の指摘もその裏付けとなる。

また、忘れてはならないのは、オトンヌ『フランス法対照集』学説彙纂45巻1章第132法文注釈660頁で述べている点である。フェッロニウス『ボルドー慣習法注解』「遺言について」第24条注釈の説に依拠して彼が言うには、上記卑属加入は、親が望むならば、義務分に限定することができるので、卑属加入者が義務分を超えて請求することはできないとされる。これに対して、ラベウス『ベリー慣習法注解』「贈与について」第7条注釈247頁は反対の立場であり、養子縁組は子等の数に按分される旨の合意と解される以上、養父は養子や卑属加入者に不利益な仕方では処分為し得ないとされる。しかも、ブルージュに加え、パリ高等法院の管轄区域全体においてもそのように解されている。なぜなら、それらの下では、子の内の誰かが親の主たる相続人となる旨の単純な言明が婚姻証書中に為され、子に帰属する相続分が無遺言で奪われ、詐取されることのないように親を義務づけるからである【ショパン『アンジュー慣習法論』第2巻第3部第1章第3節「貴族の封の承継について」第20番209頁及び210頁】。これに対して、ボルドー高等法院の評定官等においては、彼等の判決にあるとおり、そのような合意乃至言明は他の子等への贈与の黙示の禁止を含意しないとされ、そのようなことは法令の明示の規定なしには為し得ないとされている【ショパン『アンジュー慣習法論』第2巻前掲第20番末尾210頁】。

それでは、婚姻証書によって為された養子縁組で養子が何らかの利得を得る場合、当該婚姻から生じる子等に、再婚時にも、それは留保されるのであろうか。この点、たとえそれらが夫婦の一方から直接生じたものでもなくとも、上記婚姻のために婚姻を考慮して付与され約束され、夫婦自身によって既に取得されたようなものであるから、然りと解される【勅法彙纂3巻33章「用益権、居住権、奴隷の労務について」第17法文1節の文言<原状>標準注釈と、学説彙纂39巻6章「死因贈与について」第23法文の見事なテキスト】。ただし、

ランキヌスの別書第3巻第26章「遺言及び終意処分について」第16節の〈別の女性と云々〉の釈義によれば、再婚する者は、先に亡くなった配偶者から得た物の所有権は剝奪されるが、それ以外から得た物は、たとえ先に亡くなった者を考慮して付与された物であっても、剝奪されることはないとする【ヨアンネス・リーパの勅法彙纂5巻9章「再婚について」第3法文注釈第26番とロマヌス『助言集』助言405に基づく】。同様に、アントワヌ・ファベル『ファベルの勅法彙纂』第5巻第5章「再婚について」定義2も同様の解決を提示している。留保について言及する勅法彙纂同章の第3法文、第5法文、第6法文は、配偶者に由来する利得についてのみ述べているのであって、他に由来する利得については述べておらず、それらについてまで留保を及ぼすのは不当で許されないというのがその理由である。これはエクスピリウス〔エクスピー〕『弁論集』判決19において明確に言明されているとおりであり、より正しく衡平に合致するものとしてこの見解に与すべきである【以上の点についてオトヌ『フランス法対照集』勅法彙纂5巻9章第5法文注釈で言及される1606年の法院判決も裏付けとなる】。

農民等の中で一般に夫婦財産契約を通じて行われている人格や財産の代位あるいは交換による卑属加入で取得され生み出された財産は、卑属加入によって放棄した財産と同一の性質と状態を備えており、それ故、無遺言時には、実親の家系や血縁の尊属へと付与されるのであって、養親の家系の尊属に付与されるわけではない【ガンディラウドゥス〔ギャンディロー〕『アングーモワ慣習法注解』第94条注釈で言及される1573年12月34日の法院判決による】。

ベシェ『サントンジユのサン＝ジャン＝ダンジェリ王領裁判所慣習法』

「卑属加入者、養子」という文言は、ラテン語におけるのと同様に【『ガイウス摘要』第1巻第4章「婚姻について」第2節には「養子つまり卑属加入者についても遵守されるべく命じられている」とある】、我々の言葉においても、同じ一つの意味を有している。しかし、「卑属組合員」は別の意味を有する。本慣習法の難解な条文の一つである本条を的確に理解解釈するためには、卑

属加入が代位、あるいは、無償、あるいは、有償の何れかによって為されることを知る必要がある。第一の方式は、父母の手の下にある自己の財産を放棄し、代位する相手の地位において、その交換相手の財産を取得する者との財産の交換乃至代位によって為される。当地の農村部の人々はこれを交換による婚姻とも呼んでいる。第二の方式は、ローマ法の養子縁組を対応し、ある者が家外の者を家に受け入れ、気前よく無償で自らを相続させるためにその者を卑属に加入させる場合であり、最後の方式は有償のものである。というのも、卑属加入者は、それと引き換えに卑属加入が為される財産を提供し、卑属加入は組合の一種といえるからである。それ故、慣習法も、加入者が加入受入者を実子で嫡出の子等と共に相続するのと同様に、組合員が組合受入者を相続する旨定めているのである。ただし、これらの卑属加入や組合の効力が及ぶのは、動産や後得財産に限られ、加入受入者の家の不動産や世襲財産に及ぶことはないが、三つの場合、すなわち、第一に、加入者乃至組合員が自らの側に不動産を保有し、当該不動産について加入受入者の家の不動産と混同が生じる場合、第二に、彼が自己の特有不動産を交換相手のために放棄し、その地位に代位する場合、第三に、夫婦財産契約中に、その者を加入させ組み合わせた者の不動産を相続する旨の明示の合意が存する場合は、この限りではない。これら三つの場合には、加入者乃至組合員は実子同様に相続し、その家の他の子等との間で遺言による遺産分割を行う。以上から明らかとなり、「養子」、「加入者」、「組合員」という三つの語句には看過できない食い違いがある。すなわち、組合は、財産の交換と代位によって為される卑属加入には全くそぐわないのに対して、有償による卑属加入には適合し、それが無償であってもそう言えるのである。「なぜなら、ある者の労務は金銭に代替するからである」【法学提要3巻25章「組合について」第2節、学説彙纂17巻2章「組合訴権について」第29法文及び第52法文2節、勅法彙纂4巻37章「組合訴権について」第1法文】。

問題とされるのは、卑属加入者によって提供される不動産が子一人の義務分と同等ではない場合、その特有財産の残部について何も得ることなく、当顔不動産の価額に満足すべく義務づけられているのかどうか、である。しかし、当

慣習法は、特に区別することなく、父と母の意思がその家の中では規範となる旨定めているので、実子等は、この点を理由に、加入者を排除する権利を有しておらず、ただ、この後に述べるとおり、その財産を、動産や後得財産、そして、世襲財産の3分の1を、全ての人的かつ動的な債務の弁済を条件に、取得するよう義務付ける権利を有する留まるのであり、これは、加入者が単純な受贈者である場合と全く同じである。

養子縁組が君主や官吏の許可無く為し得ないというのがローマ法の原則であるが【学説彙纂1巻7章「養子縁組、家父権免除、その他家父権が解消される方式について」第2法文、勅法彙纂8巻48章「養子縁組について」第4法文及び第6法文】、それらの方式はフランスでは廃されている。すなわち、我々は、卑属加入のために、国王の許可状を取得ことはないし、裁判官の介在も不要なのである。また、女性は養子縁組を為す権能を有しないとされていたのに対して【法学提要第1巻第11章「養子縁組について」第10節、勅法彙纂8巻48章第5法文及びゴトフレドゥスの注釈】、フランスでは、この点について女性も男性と同様に資格を有する【フェッロニウス『ボルドー慣習法注解』「遺言について」第24条注釈、ラベ『ベリー慣習法注解』の贈与に関する条文注釈、ブヴォ『ブルゴーニュ法院判決集』第1巻第1部「養子縁組」の項、シャロンダのブティエ『田舎法書』第94章注釈】。このように多様な法学説が、当王国における養子縁組や卑属加入が単純な贈与以上の効力を有していないという点を前提としており、女性が贈与について権能を有するのは、財産の処分権能について性別は何も違いを生じさせないからである。

以上の考察を踏まえた上で注意する必要があるのは、相続人指定、婚姻故の贈与、卑属組合その他如何なる方式で行われるにせよ、卑属加入なるものが、それが貴族間であれ農民間であれ、まさに子の無い者によって為された場合であっても、法律や当地の慣習法によって許される範囲での、一贈与以上の効力を生じさせないという点である。従って、卑属加入者が相続するのは加入受入者のみであり、受入者やその親族等によって売却された財産を親族取戻によって取り戻す権利を有さず、嗣子としての資格は慣習法によっても夫婦財産契約によっても加入者には及ばず、受入者は勅法彙纂第8巻第56章「贈与の撤回に

ついて」第8法文に基づいて贈与を撤回する権利も有さず、単に子等のためになされる贈与や処分は、生存者間のものであれ、死亡を原因とするものであれ、実子にのみ及び、養子には及ばず、受入者は加入者を相続することはなく、家外の者と同様、加入者の為し得る贈与や恵与のみを得る。要するに、卑属加入者は、[父]セネカが『論争集』第2巻論争1で述べているとおり、「接ぎ木された相続人」であり、一般に言われるように、「合意に基づく相続人乃至承継人」であり、法や慣習法が許す限りでの単純な受贈者なのである【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196番、第197番、第758番、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、モリナエウス『パリ慣習法注解』第2条第2注釈第10番、第8条第1注釈第33番、及び、本条への注記、ティラクエルス『親族取戻論』第1条第8注釈第16番、『貴族身分論』第15章第5番以下、『長子権論』第85章第11番、『勅法彙纂8巻56章第8法文注解』第7番及び第22番、コナヌス『市民法注解』第2巻第15章第6番、エギナリウス・パロー『法学提要注解』第1巻第11章注釈、ボダン『国家論』第1巻第4章末尾、イムベルトゥス『フランス法便覧』「養子」、ショパン『アンジュー慣習法論』第3巻第3章第2節第3番、バケ『オーバヌ法論』第23章第8番、モルナキウス『考察集』学説彙纂1巻7章考察】。

以上のような諸準則は、無償で卑属加入した者にとっての不都合を何ら容認するものではない。なぜなら、その者は、動産と後得財産、及び、特有財産の3分の1を受領すべく義務づけられており、残りの3分の2は、卑属加入と引き換えに、人的かつ動的な債務から離れ免ぜれる仕方で、直系乃至傍系の法定相続人に帰属するからである。卑属加入するために財産を提供した者については、もしそれが不動産であれば、後得財産として受贈物に算入され、金銭その他の動産である場合には、同じ受贈物の内に混入する結果、動産と後得財産、及び、世襲財産の3分の1を、債務の弁済を条件に受領するか、あるいは、卑属加入を放棄し、卑属加入する際に考慮された不動産や動産を取り戻すことで満足するよう義務づけられる【「詐害目的で養子縁組を行うべからず」学説彙纂48巻20章「処罰された者の財産について」第7法文2節、フェッロニウス『ボ

ルードー慣習法注解』「遺言について」第8条注釈。これに対して、代位による卑属加入者は、その地位に取って代わった実子と全く同一の権利を有するが、その例外として、当該卑属加入者は、交換相手の傍系親族を相続することではなく、代位に同意していない尊属を相続することもなく【ラベ『ベリー慣習法』「相続について」第7条注釈、ブヴォ『ブルゴーニュ法院判決集』第1巻第1部「養子縁組」の項、コキーク『フランス法提要』「相続について」の章「他の相続においては云々」行、ブルボネ慣習法第295条、ニヴェルネ慣習法「婚姻した者の権利について」第25条及びコキークの同条注釈】、親族取戻によって取戻を為す権能も有さず【ティラクエルス『親族取戻論』第1条第8注釈第16番】、その上、卑属加入者の指定漏れは、卑属加入時に権利や権能について未成熟者であったにせよ成熟者であったにせよ、当人を収養し受け入れた者の遺言を取り消し得ない【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番以下、アンベールの『便覧』「養子」の項、パボン『フランス諸高等法院判決集』第7巻の「遺言の無効について」注解1「養子云々」の行、ボダン『国家論』第4巻第4章、ティラクエルス『勅法彙纂8巻56章第8法文注釈』第8番、マンティカ『ヴァティカン夜業集』第11巻第8章第5番、バリイ『相続論』第10巻第3章第11番及び第8章第13番、ペトルス・グレゴリウス『全法要論』第44巻第1章第5番】。とはいえ、私は、最後の指定漏れの論点について次のように考えている。すなわち、諸博士の中に、「他権者養子縁組」と「自権者養子縁組」を区別することで、後者に、不倫遺言の異議申立を認めようとする人々がいるように【バリイ『相続論』第10巻第3章第11番】、我々も、卑属代位者と卑属加入者とを区別すべきなのである。というのも、加入者が、我々の法学説の準則どおり、指定漏れの異議申立を為す理由はないとしても、家外から迎えられた子が遺言で脱漏され、当人が異議を申し立てない場合、他の子等は当該遺言が無効である旨主張する権利を有するとされるからである【ファベル『ファベルの勅法彙纂』第6巻第9章定義5、ポエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決96第8番及び第9番、ユリウス・クラルス『通説集』「遺言」問題43、グイド・パバエ『グルノーブル高等法院判決集』問題426のフェッレリウス補注】。そこから、卑属代位者については、他の子等と同様

の権利を有するものと私は解することにしたい。ただし、交換相手の指定漏れが存しない場合は、代位者の異議申立は無効であるし、逆に、代位者が指定されているならば、その交換相手である実子もその他の子等もその指定漏れについて異議を申し立てる理由も、そこから何か利益を得る理由もない。

加入者が自らの側で持参する財産を介して為される卑属加入は、当慣習法の定めるとおり、組合の一種であるので、法定相続人が、全ての負担を引き受けることで、加入者に受贈者としての資格を受け入れるべく義務づけようとするのであれば、加入者が財産を取り戻し得ることに何ら疑念は生じないが、組合存続中に為された財産取得に加入者が与る場合には、当該取戻について問題が依然残る。私の考えでは、我々の慣習法の第58条がこの問題の規範となるべきであり、卑属加入が加入受入者〔→加入者〕によって約束される一定の金銭や動産と引き換えに為されたが、本人がその約束を履行していなかった場合、法の準則は明白であり、合意に相互的な約束や債務が含まれる場合、その一方の不履行は他方の義務消滅をもたらすのである【学説彙纂19巻5章「前書訴権及び事実訴権について」第5法文、勅法彙纂4巻6章「原因故に与えられたものの不当利得返還請求訴権について」第8法文、同4巻64章「物の交換及び前書訴権について」第5法文】。ただし、卑属加入者に支払能力があるならば、依然上記手段で同意を履行し享受し得る。というのも、もしそうしなければ、その者は卑属加入の利益に値せず、詐欺者と見なされることになるからである。

二つの異なる婚姻の夫婦財産契約における二人の配偶者の相互的な代位の後に、一方が子の無いまま亡くなった場合、それ以上交換は存続させずに、交換当事者の内の存命者を実父母の家に復帰させてその世襲財産を取得させるものと解されている【「実父の権利は決して解消されず、他の家へ移転しなかったかのように存続する」勅法彙纂8巻48章第10法文】。その理由は、代位が当該婚姻による子を介した適法で連続的な承継への期待のみに基づいて為される以上、当該期待の喪失以後はもはやそのような連続性に根拠がなく、従って、存命者は重要性を失って生家に復帰し、血縁ある相続人等は彼等の財産が家外の



者に移転されたとは考えないからである。とはいえ、相続が代位前や代位後に既に生じている場合には、存命者は自己の相続分を保持し、先に亡くなった相手方の法定相続人を、先に亡くなった者が既に取得した権利や、彼が存命中に受領した権利の相続へと振り向けることができると考える。というのも、相続の待機と取得、期待と享受との間には大きな差が存するからである【「取得されたものと取得されるべきものとは別である」学説彙纂42巻8章「債権者を許害する行為の回復について」第6法文、同37巻6章「財産持戻について」第1法文23節、メノキウス『助言集』助言157第24番、第25番、第26番。「物における権利」と「物に対する権利」学説彙纂39巻2章「未発生損害について」第19法文、「交換は物の引渡によって債務を生じさせる」学説彙纂19巻4章「物の交換について」第1法文2節】。

ところで、交換当事者の一方の死亡時に一つの相続のみが既発生である場合、当該交換は無効となるといえるのであろうか【「引渡が行われなかったかのよう」学説彙纂19巻4章第1法文4節】。この点、私は、交換は既に取得された権利のために存続すると解する。なぜなら、二つの相続に何ら共通点はなく、一方は他方と符合しなくても存続できるからであり、また、その家の他の子等が、相続取得の代償として、他家の遺産に対する期待へと促されるという点が考慮されるわけでもない。というのも、それらの子は、自分たちの義務分で満足するか、あるいは、交換者の父や母の最初の相続において自分たちの相続分を得るべきだからであり、交換者の方も、父の家における義務分に相当するのと同等の財産をそこに見出す限りで相続の取得へと促され得るのである。私は、この見解を、『サントンジュの慣習』の「卑属加入にかんする余滴」の「我々の考えでは云々」の行で既に述べた。

相互的な財産の代位と卑属加入は、時折、不平等を伴うため、子等は原状回復のための許可を取得する必要に迫られる。原状回復については、父母の主導の下に契約した成熟者についてさえ、その性別を問わず、義務分への莫大損害が存する限り、異論の余地はない。これに対して、問題なのは、原状回復が平等な遺産分割の利益をもたらすのか、あるいは、原状回復は義務分のみ及ぶのかどうかであるが、父や母が慣習法の許容するものについて処分を為した

とすれば、この点について何も疑問は生じ得ない。というのも、この場合には義務分が必然的に原状回復の対象となるからである。反対に、そのような処分が存しない場合には、単純な交換と、将来の相続の放棄に伴う交換とを区別することできよう。例えば、父と母が、他の子等に何も利益を与えることなく亡くなり、当事者が財産の交換や代位以前と同じ状態に置かれるならば、平等な遺産分割を為すために原状回復が行われる他ない【学説彙纂38巻16章「自権相続人及び法定相続人について」第16法文、及び、勅法彙纂6巻20章第3法文の「そのような理由から娘が無遺言で父を相続することが禁じられているわけでもない」との文言による。更に、ホトマヌスのある助言、メナール氏の『成文法問題集』第4巻第20章、アントニウス・ファベル『ファベルの勅法彙纂』2巻3章「合意について」定義8】。けれども、ボルドー高等法院ではこれとは反対の見解が見出される。その理由とされるのは、娘による相続放棄が平等な遺産分割の永続的な妨げとなり、当該娘は義務分についてのみ回復されるという点【ファキナエウス『法学論争集』第8巻第71章、バリイ『相続論』第11巻第25章第37番】、財産の代位において相続放棄が明示されなかったとしても、父や母の権威や意思がそれを推定させるという点である。すなわち、父母は、その子等の一人を家の外に出し、その子が他の家で取得する相続を利用することで、黙示に他の子等に有利な仕方処分をしたのであり、それ故、家の外に出た子は、義務分を得るならば、もはや異議を申し立てる理由などないが【勅法彙纂3巻29章「不倫贈与について」第1法文及び第5法文】、父母が、相続放棄を伴わずに婚姻のために贈与を為すか、あるいは、嫁資を設定した場合には、息子もしくは娘は平等に遺産分割をなすことになろう。なぜなら、この場合父母は確定した額の財産を付与しているのに対して、代位においては、財産の価額は家の成り行きの良し悪しに左右され、それは常に定まらないからである【「財産の不確かな成り行き故に」勅法彙纂8巻54章「贈与について」第34法文】。他方、代位によって彼等の家に入った者はそこに留まる利益があり、交換者が自己の財産を受領していなくても、義務分さえ不足なく保持していれば十分であり、義務分が、主として婚姻のため、そしてまた、家族の存続のために、他の家に割り当てられ得るということは一層正当であり得るし、父は義

務分を息子のために「他人の財産の内に」委ねることができ【ワクス『相続過程論』第4章第18番制限1】、父と母の存命中に子等が父母の財産に正式かつ確定した権利を有するというものもない【学説彙纂37卷12章「誰かが親から解放される場合」第2法文、37卷6章第1法文21節】。義務分について当初予想されていたものを補充するため、死亡時の財産額にかんして、当事者が鑑定人の財産評価につき同意すべしとの考え方もここに由来する【勅法彙纂3卷28章第30法文】。義理の父と母が死亡時にその者に遺した財産の中に義務分を見出せないならば、考慮の対象となる【勅法彙纂3卷28章第6法文及び第8法文、ガイド・パバエ『グルノーブル高等法院判決集』問題226のフェッレリウスの補注、ファキナエウス『法学問題集』第4卷第27章、ベリー慣習法「相続について」第34条、ショパン『アンジュー慣習法論』第3卷第1章第10番、モリナエウス『助言集』助言35第3番】。この義務分の補充は原状回復よりも正当であると解される。なぜなら、代位者は婚姻時の合意の結果として財産を保有しており、相手方の相続分と混同するので、回復された者がそこから何か利益を得ることはないからである。

### メシヤン『サン・ジャン・ダンジェリ慣習法注解』 第1注釈第3章「慣習法上の養子縁組について」

このように、ユスティニアヌスによってその高みへと導かれたローマ法学は今日まで持続してはいるが、我々はこれらの法的な行為の仰々しさを無用のものとして取り除き、古くは当局を介してのみ為し得た【a：「養子縁組はたとえ代書人によって作成されたものであっても書面では為し得ず、総督の面前での厳格な法的手続によって為されるのを常とする」勅法彙纂8卷48章「養子縁組について」第4法文】それらの養子縁組を公証人や証人等の面前で為すことで満足している。

実際、我々の慣習法が、本条において、夫婦財産契約によって締結される養子縁組について定めているのは、別の仕方では為し得ないからではなく、それが最もよく用いられるやり方だからである。「組合」と「加入」という二つの

文言以外に、我々の下では同義語が存在しており、それらは同じ事柄を意味しているので、養子縁組が組合と同様の方式で為されることは疑いない。そして、組合は、当事者の合意に基づいて成立し存続する契約であり、それ故、万民法に由来するので、当契約では公証人と二名の証人の立会以上の方式は要しない【b:「フランスでの古い養子縁組は髭の触れ合いを通じて成立した」デュレ『諸慣習法の調和』第4部第21章第265節571頁】。

我々はまた、先に述べたような養子縁組の二種類への区分にも従っておらず、ましてや、オットマン【c:法学提要第1巻11章「養子縁組について」第1節の文言「自権者である男女」への注釈】やデュアラン【d:学説彙纂1巻7章「養子縁組、家父権免除、その他家父権が解消される方式について」注釈】によって紹介されている自権者養子縁組の方式書の中で「息子について父に存するごとく生殺与奪の権能を云々」[Gellius, Noctes Atticae, 5, 19; Cicero, pro domo, 29, 77]と述べられているように養子縁組が養子の生殺与奪の完全かつ絶対的な権利をもたらすというようなことは全くないし、養子縁組によって家父権が減じられることも一切ない。

同様にまた、市民法の規定では、養子縁組は死亡者の遺産全体を対象としていたが【e:法学提要3巻1章「無遺言でもたらされる遺産について」第14節。そこには、「無遺言時に養父の相続に与ることができる云々」とある。ただし、「偽装された養子縁組が公職の任命を決してもたらしてはならず、遺産の取得にも役立たない旨元老院で議決された」タキトゥス『年代記』第15巻第19節。アンドレアス・アルキアトゥス『語句の意味について』第3巻】、我々の間では、養父の動産及び後得財産にのみ及び、養父の世襲財産には及ばない。ただし、我々の慣習法が定めるとおり、「養子、卑属加入者、卑属組合員等が世襲財産を持参し提供するか、あるいは、世襲財産を放棄するか、あるいはまた、夫婦財産契約中に別様の定めが存する場合にはその限りではなく、つまりこれらの場合、受け入れられ、組み合わされ、収養された者は、実子で嫡出の子等とともに、他の財産と同様に世襲財産も相続する」【f:「卑属組合員や加入者が父の相続において取得した世襲財産を放棄し、あるいは、それらの世襲財産を加入受入者の家に持参する場合には、加入者は全財産について受入者を相続する

が、そうでない場合には、動産と後得財産のみを享受する」『諸慣習法の調和』第4部第21章第265節571頁】。

とはいえ、これら三つの条件も、適正に、そして、制限を伴って、すなわち、実子で嫡出である子等が、彼等にその義務分乃至割当分として付与される世襲財産の3分の2を、あらゆる負担、債務、遺贈から自由でそれらを免れた状態で取得しするとの条件付きで【g：当慣習法の遺言に関する章の第6条】、理解されねばならない。義務分は法律によって付与されるものではなく、血縁に基づく諸権利と【h：「自然的根拠が何らかの黙示の法律のように子等に親の遺産を付与し、義務づけられた相続へと子等を召喚するが故に云々」学説彙纂48巻20章「処罰された者の財産について」第7法文】、子等を父祖の相続へと促し父祖の死亡以前に子等を何らかの意味で父祖の財産の所有者と捉える自然の一般的要請とを介して【a：学説彙纂28巻2章「卑属及び後生児の相続人指定及び廃除について」第11法文】、義務づけられるものであるから、著しい不敬により、子等がその生まれに基づく特権と利益に値しなくなるということのない限り、義務分は決して奪われ得ない【b：勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第6法文の公撰集引用要約文第1文及び第29法文】。

更に言えば、法の規定によると、同父母兄弟は、廃除や指定漏れに場合でも【c：学説彙纂5巻2章「不倫遺言について」第1法文には「無用な支出を自らにもたらさない方が賢明である」とある】、処分の不倫性にかんする異議を申し立てることも、兄弟の一人の遺言に抗して遺産の占有を求めることも、一種の不品行として、彼が自らの血縁よりもいかがわしく恥ずべき人間を優先させる場合でない限り【d：法学提要2巻18章「不倫遺言について」第2節】、許されないとはいえ、彼等同父母兄弟も、彼等が存しない場合のその他傍系親族も、如何なる処分行為によっても、「子の存しない場合に」慣習法により義務分として留保されている世襲財産の3分の2を奪われることはない【e：当慣習法「遺言について」第6条】。従って、卑属加入者や卑属組合員が、実子で嫡出の子等や子等が存しない場合の他の推定相続人らの法定相続分に見合うだけの不動産その他の財産を持参しない限り、彼等は、いわば自然の債務者にあたる真の相続人等がそれぞれの割当分を負担や目減りなく取得できるよう

に、彼等が少なく持参した割合に応じて、養父の世襲財産からより少なく取得することになる。

第4章「養子は、養父の動産や後得財産について慣習法が実子で嫡出の子等と共に彼に認めている相続分を剥奪され得るのか、そして、養父は養子に不利な仕方当該財産を処分できるのか」

この問題を解決するためには、我々が卑属加入や養子縁組について二つの方式を用いていることに注意する必要がある。第一のものは、夫婦財産契約によって為されるもので、人格や財産の代位は伴わず、甥のためであっても、嫁や婿その他家外の者のためであっても、また、それらの者が何らかの財産を持参してもしなくてよく、そのように財産持参の有無を問わないのは、組合が原則として当事者の合意によって成立し、様々な財産の相互的な混合や合同によって成立するわけではなく、組合員の一人が組合財産を全て拠出し、他の組合員は技能以上のものを提供するということもあり得るからである【f:「というのも、しばしば、ある者の労務は金銭に代わるからである」学説彙纂17巻2章「組合訴権について」第52法文2節、法学提要3巻25章「組合について」第2節】。第二のものは、人格や財産の明示的な代位によって為されるもので、夫婦財産契約において約定される交換の一種によって、父母が、その子等に他家の嫁や婿となることを認め、かつ、その他家からその子等の代わりに、その子等に完全にとって代わる他人を受け入れる。

卑属加入や卑属組合の第一の種類にかんしては、三つの異なる場合を区別する必要がある。すなわち、無条件かつ単純に為される場合、養子縁組に加えて、実子で嫡出の子等を養子に不利な仕方優遇しない旨の約束が存する場合、そして最後に、養子のために夫婦財産契約上の贈与や相続指定が存する場合、である。

第一の場合について全く自明なのは、卑属組合が組合受入者の意思に左右され、反対の意思によって解消可能であり、共有された利益全体を平等な割合で分割する。というのも、如何なる組合も同意の欠如により消滅し、養子縁組は

相続の権利に匹敵する以上、養父の死亡までその効力を必然的に停止するからである。相続の権利に匹敵すると言ったのは、養子縁組が養子を相続へと召喚するにすぎず、遺産が養子縁組との関係で物的で確定した現存の権利として移転するわけではなく、それ故、恩恵を施す者の意思が、恩恵や厚意の受け手に見出す食い違いや変化次第で、撤回可能で依然不確定であるという事態を阻止できないからである。もしそうでなければ、父が自己の動産や後得財産を実子で嫡出である子等から取り上げることができるのに、この点で外部者である養子らに不利な仕方では同等の自由を以てそれらを処分できないという不当な事態が生じてしまう。従って、卑属組員や卑属加入者が彼等の共有時に得られた動産や後得財産について分割を得る前は、彼等が養親の相続について如何なる主張もできないことになる。養子縁組は、その性質上撤回可能であり、養親の死亡時に有効に解消され清算されるのであるから。

第二の場面について指摘しておく必要があるのは、パリの高等法院の管轄内において、子の一人を他の子等よりも優遇する旨の意思表示や約束が、夫婦財産契約中に挿入されてその一部となっていると解され、あるいは、結果として夫婦財産契約の性質や意義を備えて、当該契約と同様に永続的かつ撤回不能なものとなっているならば、当然に有効とされているという点である。しかし、ボルドー高等法院の見解や我々の日常の実務によれば、このような無方式で単純な意思表示には決して拘束力はなく、父の行為をそのように厳しく縛って、慣習法がその処分に委ねている物について贈与できなくなるということはない。要するに、養子等は、実子で嫡出である子等以上に有利に扱われてはならないのである。というのも、市民法上の絆は自然の絆ほどには強くはなく、実を言えば、優遇しない旨の約束や意思表示によって養親が養子から相続への期待を奪うことを妨げられることはないのである。

第三の場面、すなわち、夫婦財産契約を介して為される卑属加入に、養親の動産や後得財産について包括的あるいは特定のな生存者間贈与や相続人指定が付加され付随している場合、そのような贈与や契約による相続人指定は撤回不能で、直ちに、贈与物のあらゆる支配権や所有権を受贈者や被指定人に移転させるので【ルエ『法院判決集』Sの項第9章とプロドーの同章補注】、養子等



は事後にそれらの利益を奪われ得ず、これは無条件で単純な養子縁組の効力によるものではなく、そこに付随する贈与や相続人指定に基づくものである。

人格や財産の代位によって為される第二の種類<sup>2</sup>の養子縁組にかんして言えば、収養される者は家族の中に根付き、養親の相続人と見なされる結果、両者によって締結された組合を廃して、動産や後得財産を分配し、負担を按分して担うことはできても、収養された者は、養親の世襲財産の3分の2を、その者が放棄した権利の代償として、つまり、「失われた遺産の代価として」、奪われることはない。これは、デュレが『諸慣習法の調和』第4部第21章第265節570頁で述べている点であり、彼が言うには、人々が彼等の子等を相互に婚姻させるならば、そのようにして、俗にいう交換によって婚姻した子等は、自らが代位する者等有するであろうものと同じ権利を、動産、不動産、後得財産上に有し、当該権利を委ねられ保持し続け、実子で嫡出の子のごとく、父や母、その直系の尊属を相続する、とされる。以上はニヴェルネ慣習法が定めるところでもある。同慣習法は第23章「夫婦に帰属する諸権利について」第26 [→25]条において、「自由人がその子等を婚姻させるならば、そのようにして婚姻した子等は、彼等が代わりに与えられ交換された者等と同等の権利を、彼等が抜け出た家において彼等有していた全ての諸権利について取得し、彼等が代位する実子で嫡出の子等としてそれらの権利を保有するものとする」、と定めている。ところで、父と母が慣習法の規定により世襲財産の3分の2を実子で嫡出の子等に必ず留保するよう縛られ義務づけられている。従って、交換によって養子となり婚姻した子等には同じものを請求する正当な理由があり、それらの子が養父と締結した組合が既に解散されているとしても、それらの子が実子を完全に取って代わり、彼等の権利や地位に代位している以上、それは変わらない。

以上の点について注意する必要があるのは、慣習法上の卑属加入には二つの構成要素、すなわち、一つは、それによって、養子が養父との間で、彼等の共有及び組合の存続中に取得される利益や収益を分け合うという構成要素、もう一つは、それによって、養子が遺言を介して実子で嫡出である子等と共に動産や後得財産、更に一定の場合には、養親に固有に帰属している特有財産につい

でも、相続する資格を得るという構成要素が存するという点である。それ故、我々の慣習法が卑属組合と卑属加入とを結びつけ一括しているのは、組合員が単純な卑属組合に基づいて組合受入者を相続すると解しているわけでも、養子が養親と共有関係になると解しているわけでもなく、これら二つの契約から、双方の性質を分け持ち、成立と効力にかんして両契約が備えるすべてをそれ自体として卓越的に含む一つの契約を意図しているのである。

### 第5章「養子の先死、並びに、卑属組合や養子縁組の契約に挿入された条項の不履行について」

ところで、交換によって収養され婚姻させられた子等の一人が養親よりも先に亡くなる場合、養子縁組は当然に解消されるのであろうか、つまり、哲学者の間で彼等の関係が言葉の喪失により滅失し消失するのと同様なのであろうか。確かに、養子が後に自らを代襲する子をのこさなかったならば、養子縁組は疑いなく解消され、当該養子の相続は、ニヴェルネ慣習法の定めるとおり【第23章第26条】、その者自身の親に帰属する。ここで問題となっているのは相互的な各自の相続権であるから、養子の一方に当てはまり、他方に欠けるということはあり得ず、被相続人よりも先立つ推定相続人の死亡による相続人欠落が生じ【勅法彙纂6巻51章「相続人欠落財産の廃止について」全体】、人格の代位は財産の代位を惹起し、効力は原因の消滅によって必然的に消滅する。しかし、養子が子等を残す場合、それらの子は、法の効力により、彼等の父の地位に代位し取って代わり、父を包括的かつ完全に代襲するので、養子縁組は彼等においてにおいて存続する。

卑属加入の契約によって養子が共有関係に入るにあたって一定額の金銭を拠出する旨約束されたのに、それを提供しない場合、養子は共有に由来する利益や収益を剝奪され得るのかどうか。この点、一言で言えば、まさに法にあるとおり、原因や条件の欠如は行為を無効にする【学説彙纂12巻4章「原因不存続故の不当利得返還請求訴権について」、勅法彙纂4巻6章「原因故に与えられたものの不当利得返還請求訴権について」全体】。従って、当該養子は、自ら

が組合に受け入れられる条件を満たしていない以上、そこに何か物を請求する権利は全くなく、使用人として合理的な報酬を自らに支払われることに満足する(というのも、この種の養子縁組は農民間で為されるのが通常であるから)。ただし、当該養子が、そこに提供する旨約束した金額を、共有仲間や組合に加入した後の裁判所命令に応じた遅延損害金とともに、支払い、あるいは、共有持分から天引きされる場合はこの限りではない。