

《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— (2・完)

藤 田 貴 宏

Ⅲ

サントンジュ慣習法第1章の表題には「組合及び加入についてD'association et affiliation」とあり、同章唯一の条文である第1条では、「出資者l'associé」や「加入者l'affilié」が、「出資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均分して相続するsuccede à l'associant et affiliant avecques ses enfans naturels et legitimes par testes」ものとされている。本稿では、実子ではない者が実子と共に相続に与るという効果面に着目して、さしあたり「卑属組合」及び「卑属加入」という訳語を当てているが、これらの語句が実際何を意味しているのかについては、様々な解釈があり得よう。しかも、本条では同時に「養子縁組adoption」にも言及されているため、これら三つの概念の異同だけではなく、ローマ養子法との関係を如何に捉えるかもまた、本条の解釈を左右する論点となる。

デヴィーニユの『釈義』の本条注釈では、その冒頭、「組合association: societas」と「加入affiliation: affiliatio」が「相互に著しく矛盾する語句termini multum inter se discrepantes」であると評されている。「組合」が、「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fit, per mutuum collaborationem et communicationem ac confusionem rerum ac proventuum sive redituum」のに対して、「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fit per aggregationem et insitionem quandam in familiam」というのである¹⁾。ただし、この矛盾の指摘は、ユスティニアヌスの諸法典か

1) Paraphrasis, 2.

ら組合訴権と養子縁組にかんする章²⁾が援用されていることから明らかなように、両概念をローマ法上の組合と養子縁組とに敢えて対応させるならばという仮定での議論にすぎない。むしろ、そのような「用語の不適切さ *improprietas*」は無用の混乱を生み出すが故に解釈上可能な限り回避する必要がある。この点、デヴィーニュは、「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、用語の不適切さは喜んで許容される *improprietas facile toleratur in utraque legislatione, si de re de qua agitur facile constet*」とし、本条についても、「これほど異なる概念を接続詞で繋いで混同し区別せずに用いているからには、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ているのは明白である *dum dictionibus ita differentibus utitur permixtum et confusim eas coniungendo per copulatam, in unum et idem recidere manifestum est, et ad affiliationes utrasque referri*」と述べる³⁾。「組合」と「加入」は確かに異なる語義を有し得るが、本条では、それらが「及び *et*」という接続詞と共に無差別に用いられ、何より、「実子で嫡出である子等と共に相続する *succede avecques ses enfans naturels et legitimes*」との共通の効果に結び付けられている。「本条で用いられている〈相続する〉という文言に、それが卑属加入にのみ関わり、組合とは無関係であることが示唆されている *denotat verbum succedit in dicto articulo positum quod affiliationem demum, non societatem respicit*」以上、「組合」と「加入」を、一種の同義語として、「卑属加入」の趣旨に一括して捉えるべきであるというのがデヴィーニュの解釈なのである⁴⁾。

しかし、このように「組合」という文言を事実上無視することで、デヴィーニュが「卑属加入」をローマ法上の「自権者養子縁組 *arrogationes*」や「他権者養子縁組 *adoptiones*」と同一視しているわけではない。というのも、デヴィーニュは、先の議論に続けて、「フランス法 *ius Gallicum*」上の「卑属加入」の独

2) D. 17, 2, C. 4, 37, C. 8, 18, Inst. 1, 11.

3) Paraphrasis, 2.

4) Paraphrasis, 3.

自性を、ローマ法上の養子縁組との対比で敷衍しているからである⁵⁾。デヴィーニュも述べるように、ローマ養子法では、自権者養子縁組や尊属による他権者養子縁組ならば、養子は遺言無遺言問わず「他の嫡出の実子等と同様に *sicut quilibet alii legitimi et naturales*」相続し、理由のない廃除や指定漏れについてはいわゆる不倫遺言の *querela inofficiosi testamenti* を提起し遺言の効力を争うことができ、家外からの他権者養子縁組においてさえ、少なくとも無遺言では、「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 *succedebant aequaliter cum legitimis et naturalibus filiis, iis vero deficientibus in totum si manserint tempore mortis in adoptione et potestate*」。これに対して、「フランス法」上の「養子 *adoptati*」は「養親 *adoptans*」の処分行為に基づいてのみ相続することができ、しかも、相続の対象は「慣行や慣習法によって処分が許されている *disponere per usum aut consuetudinem permissum*」ものに限られる。本条前段にも、「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 *succede és biens meubles et acquets immeubles faits par l'affiliant seulement, et non és heritages*」とあって、相続可能な財産が明示限定されている。

養子の相続対象を「動産 *biens meubles*」一般と縁組以後に取得される「後得不動産 *acquets immeubles*」に限定し、「世襲不動産 *heritages*」を除外する本条前段所定の原則には例外が用意されている。本条後段によれば、「養子、加入者、あるいは、組合員 *les adoptez, affliez, ou associez*」は、「世襲不動産を持参し提供する *portent et conferent les heritages*」場合、「世襲不動産を放棄した *à iceux ayent renoncé*」場合、「夫婦財産契約において別段の合意が為された *en traicté de mariage autrement eust esté accordé*」場合には、「他の子等と共に、他の財産と同様、世襲不動産についても *avecques les autres enfans és heritages comme és autres biens*」相続するというのである。デ

5) Paraphrasis, 3-4.

ヴィーニュは、ここでも接続詞に着目し、例外的に養子が養親の世襲不動産の相続に与り得るためには、<またはou>という選言的接続詞によって繋がれた後段所定の三つの場面の内、「何れか一つの場面です十分であるunum aut alterum sufficere」との解釈に与している⁶⁾。例えば、婚姻と同時に配偶者の家に養子として迎えられる婿や嫁について、養親の世襲不動産の相続を認める旨の「夫婦財産契約*traicté de mariage*」は、婿や嫁が実家から自身の世襲不動産を持参するか否か、あるいは、実家で世襲不動産を放棄してきたか否かとは無関係に有効なのである。

ここまでは本条の文理解釈としてごく自然なものと解されるどころ、デヴィーニュは、「その場合も義務分は無傷のまま常に留保される*illaesa tamen legitima semper manente*」と付言している。慣習法の解釈という文脈上、「義務分*legitima*」とは、ローマ法に言うそれではなく、フランス法固有の意味合いを有しているはずである⁷⁾。サントンジュ慣習法の第10章「遺言その他の終

6) Paraphrasis, 5.

7) ここに言う「義務分」とは、さしあたりフランス固用法乃至慣習法上の「留保分*réserve*」と同義であり、遺産処分が相続分の指定、遺贈、贈与その他如何なる方法で為される場合にも、世襲不動産について推定相続人の「義務分」が問題とされる。推定相続人が、相続人指定との関係では「義務分」を享受し、遺贈義務者としての立場ではファルキディウス法等による留保分を取得するというローマ法流の区別は、ローマ法源が援用される場合にもほとんど意識されていない。ただし、「慣習法上の留保分*réserve coutumière*」については、各地の慣習法の成文化や改定が進んだ16世紀以降、例えば本稿で扱っているサントンジュ慣習法がそうであるように、後得不動産や動産を段階的に世襲不動産に代位させ読み替えることで被相続人の総財産上に及ぶ可能性が認められる一方(後述参照)、改定パリ慣習法(1580年)のように、従来の世襲不動産上の留保分とローマ法的な総財産上の義務分との選択が認められるなど(第292条及び第298条)、ローマ法的義務分との融合と併存が入り乱れる複雑な展開を遂げる。本稿で扱うサントンジュ慣習法学の論者の用語法は、そのような「慣習法地域の義務分*la légitime en pays coutumier*」の生成過程の一つを象徴するものでもある。中近世フランス法における留保分と義務分の概略として、Ourliac/Gazzaniga, *Histoire du droit privé* (1985), 335-340、16世紀からフランス民法典のいわゆる「遺留分*réserve héréditaire*」概念に至る展開の詳細については、Poch, *Aux*

意処分についてDes testamens et autres dernieres volontez」第1(84)条には、「遺言能力があり、相続によってもたらされる不動産を有する者は誰であれ、嫡出の実子がない場合、その好みと意図に応じて、動産と後得不動産に加えて、世襲不動産の3分の1について処分を為すことができるToute personne habille à tester, qui a biens immeubles obvenuz par succession, peut disposer à son plaisir et volonté des meubles et acquests immeubles, et de la tierce partie de son heritage, s'il n'a enfans naturels et legitimes.」とあり、同第4(87)条には、「父母その他の尊属は、子等、もしくは、子等がない場合には他の推定相続人等の内の一人を、自身の世襲不動産の3分の1について優遇することができるLe pere et la mere, ou autre parent, en leur heritage peuvent advantager l'un de leurs enfans, ou autres heritiers presumptifs, quand n'y enfans, en la tierce partie de l'heritage.」、とある⁸⁾。これらの規定を卑属加入乃至養子縁組の場面に当てはめるならば、配偶者の親と養子縁組を為した者は、たとえ養親の世襲不動産であっても、夫婦財産契約の定めや遺言等に基づき、その3分の1までは相続可能であるが、3分の2は嫡出の実子その他の「推定相続人heritiers presumptifs」に留保され、これを害する遺言等は無効ということになる。卑属加入は第10章第1条所定の処分行為の一つと解し得るが、たとえ「嫡出の実子enfans naturels et legitimes」が存する場合であっても、「推定相続人」ではない家外の卑属加入者に遺産の承継を許すところに第1章第1条固有の存在意義があるといえる。義務分の侵害を理由に不倫遺言の訴を提起して無遺言相続分を確保するにせよ、義務分補充訴権actio ad supplendam legitimamの行使に留まるにせよ⁹⁾、ローマ法上それらを為し得る相続人は直系の卑属や尊属に限られ、例外的に兄弟姉妹にも認められる場合がある¹⁰⁾ にす

origines de la réserve héréditaire du Code civil (2009) をそれぞれ参照。

8) Le grand coutumier general, II, ccccxii.v. 慣習法第10章の条文の順序は、デヴィーニユの『釈義』と、デユムーランの『大慣習法要覧』やベシエ等の注釈書との間に齟齬があり、前者では第4(87)条が第2条として論じられている(Paraphrasis, 231)。

9) C. 3, 28, 30.

ぎない。しかし、フランス固有法上は、「推定相続人」一般に義務分が留保され、「推定相続人」には、サントンジュ慣習法第11章「直系並びに傍系の無遺言相続について*Des successions ab intestato, directes ou collaterales*」の第14(104)条にも「代襲相続は血縁が証明され充足される限り直系傍系問わず無限に生じる*Representation a lieu in infinitum, soit en ligne directe ou collaterale, tant que le lignage se peut monstrier et precompter*」とあるとおり¹¹⁾、血縁者が広く含まれる。また、ローマ法の義務分は無遺言相続分の2分の1もしくは3分の1であるのに対して¹²⁾、サントンジュ慣習法の第10章第3(85)条及び第4(86)条の下では¹³⁾、まず世襲不動産の3分の2、世襲不動産を欠く場合には後得不動産の3分の2、後得不動産も欠く場合には動産の3分の2という具合に遺産の種別毎に段階的に留保される。

ところで、サントンジュ慣習法の第1章第1条によれば、卑属加入者乃至養子の相続対象に加入受入者乃至養親の世襲不動産は全く含まれないというのが原則であり、これと異なる趣旨の夫婦財産契約が締結されている場合等に例外的に世襲不動産の相続が認められるのであって、同慣習法第10章の上記諸規定に基づく遺言等終意処分の制限によって確保される血縁相続人の「義務分」は、あくまで第1条後段所定の例外に対する更なる制約として働くに留まる。しかし、デヴィーニュは、第1条前段の原則と後段の例外を特に区別することなく、フランス法上の養子の相続対象が慣行や慣習法により養親に処分可能な範囲の財産に限られている根拠として、「相続人全てに区別なく義務分が認められている*haeredibus omnibus indistincte debetur legitima*」という点を挙げている¹⁴⁾。更に、「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*an affiliatus succedat in totum patri adoptanti filiis naturalibus et legitimis non existentibus ad exclusionem*

10) C. 3, 28, 27.

11) *Le grand coustumier general*, II, ccccxiii.r.

12) Nov. 18.

13) *Le grand coustumier general*, II, ccccxii.v.

14) *Paraphrasis*, 3-4.

collateralium」という問題について、これを否定した「ボルドー高等法院の評定官等conscriptii Burdigalensis Curiae」の見解を紹介する際にも、同様に「義務分」に着目した論拠が提示されている。すなわち、「傍系親族から養子縁組を介して義務分が詐取されるなどということは、ローマ法の諸準則とは異なる本慣習法や慣行の下では明らかに許されないので、養子縁組のために何が為されようとも、我々の法の下では、養親が処分を許されている財産にのみ及び、義務分の権利が、あらゆる世代、家系、血縁の相続人のために常に確保され、侵害されることはなく、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権は回復され、彼等の義務分は決して削減されないcum appareat legitima collaterales per adoptionem fraudari non posse ex dicta consuetudine te usu contra iuris Romani regulas, qui fit ut adoptionis beneficium iure nostro demum extendatur ad bona de quibus adoptans poterat disponere salvo semper et integro legitima iure favore haeredum cuiuscumque generis, lineae, aut cognationis, ex eadem ratione fit ut haeredes in remotiori gradu existentes et proinde a successione exclusi, ad illius iura revocari possint una cum proximioribus modo illorum legitima in nullo minuatur」というのである¹⁵⁾。「義務分」は、養親がその世襲不動産を遺言等により養子に遺す場合に初めて、養親の実子等の血縁相続人のために機能するものであり、夫婦財産契約等がなく、養子が養親の世襲不動産を相続しないと第1条前段の原則がそのまま妥当する場合、血縁相続人の利益は、「義務分」を持ち出すまでもなく本条の規定によって保護されるはずである。にもかかわらず、第1条全体の趣旨を「義務分」で説明しようとするデヴィーニュの見解は、「組合」や「組合員」という文言を事実上無視した点も含めて、慣習法解釈として十分な説得力があるとは言い難い。

これに対して、バシェの『慣習法』の第1条注釈では、卑属加入が予め三つの類型に区分され、本条の文言とそれらの類型との対応関係が考慮される一方

15) Paraphrasis, 4.

で、卑属加入一般の本質が論じられることで解釈としてのまとまりが維持されている。ベシエは、注釈の冒頭、『ガイウス摘要』のテキスト¹⁶⁾を根拠に、本条の「加入者l'affilié」と「養子l'adopté」を同義語と解しているが、デヴィーニュとは異なり、「組合員l'associé」に「別の意味une autre intelligence」があることを素直に認め、先の二者と同義とは見なしていない。「そのような別の意味を上手く読み取り、当慣習法の最も難解な条文の一つである本条を理解するために pour la bien concevoir, et entendre cet article, qui est l'un des plus difficiles de la Coutume」提示されたのが卑属加入の類型論であった。「卑属加入は、代位、あるいは、無償行為、あるいは、対価の何れかを介して為される les affiliations se font par subrogation, ou par gratification, ou par recompense」とのベシエの理解をふまえ¹⁷⁾、以下、これら三つの類型を順に、卑属代位、無償加入、有償加入と呼ぶことにする。まず、一つ目の卑属代位は、「自己の財産を父母の手に委ね、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同士の間での財産の交換乃至代位un échange ou subrogation de biens, entre celui qui délaisse ses biens en la main de ses Pere et Mere, pour aller prendre ceux de son compermutant, en la place duquel il est subrogé」として二つの卑属加入が同時に行われる場合で、「当地の農村部の人々はこれを交換による婚姻と呼んでいる nos villageois appellent cela se marier par échange」とも付言されている¹⁸⁾。卑属代位として為される二組の卑属加入は、ベシエの言うように、各加入者の婚姻と表裏一体の関係にあり、息子と娘がいる二つの家の間で、それぞれの息子を相手方の家の娘と婚姻させると同時に、夫婦財産契約の方式でそれぞれの嫁を卑属加入させ養子に迎えるというのがその典型例である。デヴィーニュも、「サントンジュ地方全域において、農民間では、ほとんどの場合、夫婦財産契約における人格及び財産の交換乃至代位の方式によって卑属加入が行われる in tota Santonum provincia maxime inter rusticos, affiliationes fiunt per modum permutationis, et

16) IIの112-113頁参照。

17) Coutume, 2.

18) Coutume, 2.

subrogationis cuiusdam et personarum et bonorum in contrahendis matrimoniiis」と指摘しており¹⁹⁾、卑属代位それ自体については本条の適用対象として意識していたようであるが、本条の文言との繋がりははっきりしない。他方、ベシエは、加入者の相続対象が世襲不動産に及ぶことを認めた本条後段所定の例外の一つを、「加入者が自己の特有不動産を交換相手のために放棄してその地位に代位するl'affilié renonce à ses heritages propres en faveur de son compermutant, subrogé en sa place」場合と説明することで、卑属代位を本条に読み込んでいる²⁰⁾。

第二の類型である無償加入とは、「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quelqu'un appelle un estranger en sa maison, et il l'affilie liberalement et gratuitement pour luy succeder」場合である。本条後段によれば、この無償加入において、「加入者l'affilié」が「加入受入者l'affiliant」の「世襲不動産」を相続するためには、現に保有する特有財産のみならず、将来のそれをも放棄（相続放棄）するか、あるいは、それらを保持したまま「夫婦財産契約」として別段の合意を交わしておく必要がある。これに対して、第三の類型である有償加入では、「卑属加入が行われるのと引き換えに加入者が財産を提供するl'affilié porte des biens moyenant lesquels se fait l'affiliation」ので、「世襲不動産を持参し提供するportent et conferent les heritages」という本条後段の例外の一つがまさに生じていることになる。ここで注目されるのは、ベシエが、この加入者による財産提供という側面に着目して、卑属加入を「組合の一種une espece de societé」と解している点である²¹⁾。そのように解するならば、「組合association」や「組合員l'associé」といった文言は、少なくとも有償加入にかなしては、本条の規定内容と整合することになる。更に、ベシエは、無償加入もまた「組合の一種」とみなす余地を認めている。無償加入が、本条解釈の前提として有償加入に対置される所以は、当該行為が単に無償であるからではな

19) Paraphrasis, 6.

20) Coutume, 3.

21) Coutume, 2.

く、本条に言う「世襲不動産」の持参提供を伴わないからである。しかし、そのような意味で「無償」の卑属加入であっても、例えば家業への従事等、加入者の提供する労務の対価として将来の相続が約束されるような場合には、ローマ法上の「組合」概念に従う限り、「労務は金銭に代替するopera pro pecunia valet」²²⁾から、「組合の一種」と捉えることに何ら問題はないというのである。他方、ベシエによれば、「組合は財産の交換と代位によって為される卑属加入に全くそぐわないla société ne convient aucunement à l'affiliation, qui se fait par un échange et subrogation des biens」とされる²³⁾。結局、本条で用いられる文言の内、上記何れの類型の卑属加入とも整合し得る「加入者」や「養子」とは異なり、「組合員」は卑属代位を除く二類型にのみ当てはまるというのがベシエの見立てなのである。

ローマ法由来の組合概念を巧妙に取り込んだベシエの類型論が本条の諸文言との整合性においてデヴィーニュの解釈に一步先んじているのは明らかであるが、解釈上の障害としてデヴィーニュを悩ませた組合と養子縁組の相違は類型論の中にそのまま放置されているように見える。ベシエは、財産の提供や交換を伴わずに家外の者を受け入れて相続させる無償加入について、特に「ローマ法の他権者養子縁組l'adoption du droit Romain」との対応関係を意識しているようである²⁴⁾。ここに言う「他権者養子縁組l'adoption: adoptio」とは、勿論、家の変更を伴わず相続権のみをもたらしいわゆる不完全養子縁組adoptio minus plenaとしてのそれであり、無遺言相続権の有無に拘らなければ、類比として不当とまでは言えない。しかし、ベシエにおいても、本条に言う「養子縁組」は「卑属加入」と同義であり、しかも、卑属加入一般を指示し得る概念なのであるから、ローマ法の養子縁組とフランス固有法のそれとはやはり区別されねばならない。ベシエの議論の特徴は両者の相違を卑属加入の本質と関連づけて論じるところにある。ベシエによれば、「卑属加入は、相続人指定、婚姻故の贈与、組合その他如何なる方式で行われるにせよ、貴族間のものであれ

22) Inst. 3, 25, 2.

23) Coutume, 3.

24) Coutume, 2.

農民間のものであれ、子の無い者によって為される場合も含め、法文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l'affiliation concevé par forme d'institution d'heritier, de donation en faveur de mariage, d'association, ou autrement en quelque façon que ce soit, entre nobles ou roturiers, mesme par celuy qui n'a pas d'enfans, n'opere autre chose que l'effet d'une donation, selon qu'elle est permise par la loy, ou par la coutume de la province」とされ、如何なる養子も、フランス法上は、「法や慣習法が許す限りでの単なる受贈者simples donataires autantqu'il est permis de droit et de coutume」にすぎないとされる²⁵⁾。このように、卑属加入一般、すなわち、フランス固有法上の養子縁組の本質が「贈与donation」であるとすれば、卑属加入にあたって「王状や国王の許可を得ることも裁判官の助成も不要であるnous n'obtenons point de Lettres ny de permission du Roy, et n'avonspoint bsoin du ministere d'aucun juge」し、加入者が「相続する」相手は受入者に限られその近親者は含まれず、逆に受入者が加入者を「相続する」こともないといった点も受贈者と贈与者の関係から自明であって、敢えてローマ法の不完全養子を持ち出す必要もない。なお、上記本質論に依拠する形で、加入者は、「嫡子としての家名le nom de fils」を得ることも、血縁相続人に準じて「親族取戻 retrait lignager」の権利を行使することも許されず、養親に当たる者が「単に子等のためにen faveur des enfans simplement」為した処分行為の効力は、「それが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、養子には及ばないsoit entre vifs ou à cause de mort, s'entendent des enfans naturels et non pas de ceus qui sont adoptez」とも指摘されているが、これらはローマ法上の養子縁組との相違というよりはむしろ、卑属加入が受入者と加入者との間に真正な親子関係を生じさせないことの帰結と言うべきであろう。

卑属加入一般の本質を「贈与」と捉えるにあたってベシエが援用する文献²⁶⁾の大半は、フランス固有法における「養子」に無遺言相続権を否定し、遺言等

25) Coutume, 4.

26) Coutume, 4-5.

に基づく財産承継のみを容認するマズユエやブノワの著作を初め、デュムーランの『パリ慣習法注解』、ティラコーの『親族取戻論』、ショパンの『アンジュー慣習法論』、バロンの『法学提要注解』、アンベールの『便覧』、モルナクの『考察集』、コナンの『市民法注解』、ボダンの『国家論』等、各著書の引用箇所も含め、既にIIで検討したものと重なる。ベシエによるサントンジュ慣習法の解釈は、過去二世紀近くにわたって「査閲」文献や慣習法注釈において培われてきた共通理解、すなわち、ローマ養子法の「不使用」をはっきり意識した上で提示されているのである。

とはいえ、ベシエの類型論が温存した「組合」と「養子縁組」の両概念がその意味内容の相違にもかかわらず如何にして第1条所定の相続という単一の効果に結びつくのか、その首尾一貫した説明は依然提示されていない。また、この難問を上手く回避したかに見える本質論そのものにも問題がある。卑属加入一般が「贈与」に相当し、加入者が「受贈者donataire」にすぎないとすれば、加入者は卑属加入自体によって受入者を「相続する」権利を取得することになる。ベシエも想定しているように、卑属加入が合意による「相続人指定 institution d'heritier」として為される場合、あるいは、死因贈与の特約を伴う場合であれば、嫁に対する「婚姻故の贈与donation en faveur de mariage」のような生存者間贈与の形式を採る場合とまさに同じく、少なくともその効果においては、一種の条件付き贈与と捉えることも確かに不可能ではない。第1条にも加入者は受入者の実子等と「均分してpar testes」相続するとあり、「動産」と「後得不動産」については実子等と同等の相続分が認められている。しかし、この相続分が決して無遺言相続分を意味しないことはフランス固有法のいわば常識であり、加入者が実際に「相続する」ためには受入者の処分行為が必須であった。従って、この処分行為が、卑属加入とは別個に将来において予定され、あるいは、卑属加入時の処分内容が後に新たな処分行為によって変更されるといったことも当然あり得る。婿乃至嫁が自らの「夫婦財産契約」として義父との間で卑属加入を為し、将来予定される義父の終意処分を待って将来の遺産承継の具体的内容が確定するといった事例において、卑属加入の効果を直ちに「贈与」のそれと同視することはやはり困難である。それどころか、「贈与」とい

う枠組みからは、加入者と受入者双方が存命中の財産、とりわけ相続対象の中核となる「動産」や「後得不動産」の処遇について有益な指針を引き出すこともできない。

メシヤンの『注解』にはこの難問に対する別の解答が示されている。サントンジュ慣習法所定の「卑属加入」をフランス法特有の「養子縁組」の一つと捉えて、ローマ法のそれと明確に区別する点は、メシヤンも同様である。『注解』の第1条注釈第3章「慣習法上の養子縁組についてDe l'adoption coutumiere」では、まず、養子縁組の方式については、自権者養子縁組*adrogatio*には皇帝の勅許*indulgentia principalis*、他権者養子縁組*adoptio*には担当判事面前での意思表示*apud competentem iudicem manifestare*をそれぞれ求めるローマ法に対し²⁷⁾、本慣習法の下では、「公証人や証人等の面前で為すことで足りる*nous sommes contentez de faire en présence de notaires et témoins*」とされる。そしてこの点は、本条が「卑属加入*affiliation*」や「養子縁組*adoption*」と並んで「組合*association*」にも言及していることから裏付けられる。本慣習法上、「養子縁組」と「組合」が「卑属加入」と「同義語*sinonimes*」であるとするれば、「養子縁組」は、「万民法*droit des gens*」に由来する諾成契約である「組合」と同じく、「当事者の合意からその成立と内容を引き出す契約*un contrat qui tire sa perfection et son essence du consentement des parties*」に他ならず、そのような「一契約*un contrat*」にすぎないものに「公証人と二名の証人の立会以上の方式*autre solemnité que la présence d'un notaire et de deux témoins*」を求める余地などないというのである²⁸⁾。

養子縁組の効果についても同様で、ローマ法の自権者養子縁組や直系尊属による他権者養子縁組により養父にもたらされた「養子の生殺与奪の完全かつ絶対的な権利*un droit entier et absolu de vie et de mort sur les adoptez*」、つまり、家父権*patria potestas*が、本条の「養親*adoptant*」に生じることなどそも

27) ベシェが引用するのは属州総督面前での他権者養子縁組に関するC.8,48,4のみであるが、本来ならば、自権者養子縁組についてはC.8,48,2,1、他権者養子縁組についてはC.8,48,11をそれぞれ引用すべきであろう。更にInst.1,11,1も参照。

28) *Commentaires*, 5.

そもあり得ない。一方、その内実はローマ法本来の家父権とは相当に異なるとはいえ、実子に対する「実父の権能la puissance du pere」が養子縁組によって影響を受けない点では、家外からの他権者養子縁組に類似するように見える。しかし、養子が本条に基づき「相続するsuccede」対象は、推定相続人の地位を前提とした「死亡者の遺産全体toute l'herédité du défunt」ではなく、養親の「動産と後得不動産les meubles et acquêts」にさしあたり限定され、後段所定の例外として、「家産le patrimoine」乃至「世襲不動産les héritages」の相続が許されるにすぎない。メシヤンは、この後段所定の例外に対する更なる制約として、当慣習法第10章第6(89)条を援用している²⁹⁾。同条には、「何人もその遺言その他の終意処分により、自己の世襲不動産及び世襲不動産とみなされるものの3分の2があらゆる遺贈や贈与の負担を除かれ免れた上で推定相続人等に帰属しないようにすることは許されないAucun par son testament ou autre dernière volonté, ne peut faire que les deux parties de son héritage, ou de ce qui est censé héritage, ne viennent à ses héritiers presumptifs, franchises et quittes de tous dons et legats.」³⁰⁾とあり、養親が第1章第1条に従い養子のために何らかの処分行為を為す場合にも、この第6条により、「家産の3分の2 les deux tiers du patrimoine」が「推定相続人等héritiers presumptifs」のいわば「義務分乃至割当分legitime et portion contingente」として留保される。既にみたとおり、デヴィーニューも「義務分legitima」の留保について言及していたが、第6条そのものは引用しておらず、「義務分」と第1条後段との繋がりもはっきりしなかった。各条文の意味連関を明示するメシヤンの議論は慣習法解釈として遥かに見通しのよいものとなっている。また、メシヤンは、慣習法上の「義務分la legitime」を「血縁の諸権利les droits du sang」の一つとして捉え、ローマ法の義務分に倣って、「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的要請le voeu commun de la nature qui destine les enfants pour successeurs

29) Commentaires, 5, g.

30) Le grand coutumier general, II, ccccxii.v.

à leurs peres, et les rend en quelque façon propriétaires de leurs biens avant leur décès」³¹⁾に言及しているが、慣習法の「義務分」をローマ法のそれと同視しているわけでは勿論ない。直系親族以外には、「同父母兄弟姉妹les frères Germains」について、その一人が遺言によって「いかがわしく恥ずべき人間を血縁よりも優先させたa préféré à son propre sang, une personne infame et honteuse」場合に限って認められたローマ法³²⁾の義務分とは異なり、「同父母兄弟姉妹であれ、彼らが存しない場合のその他傍系親族であれ、如何なる処分行為によっても、慣習法により義務分として彼等に留保されている家産の3分の2を奪われることはないni eux ni les autres collateraux à leur défaut, ne peuvent être trustez par aucune disposition des deux tiers du patrimoine qui leur sont necessairement reservez par la coûtume」のである³³⁾。

問題は、このように慣習法上の「養子縁組」の独自性を確認したとしても、「組合」との相違が依然本条解釈の障害として残されているという点である。メシャンも本条解釈の前提として卑属加入の類型論を採用している。一つ目の類型は、「人格や財産の代位を伴わない夫婦財産契約により、甥のためであれ、嫁や婿その他の家外者のためであれ、それらの者が何かを持参してもしなくても、為されるse fait par contrat de mariage sans aucune subrogation de personnes ni de biens, soit en faveur d'un neveu, d'une bru, d'un gendre ou autre étrangere, soit qu'ils conferent quelque chose ou non」ものである³⁴⁾。この類型には、ベシユとは異なり、有償加入と無償加入が区別されずに一括されている。そのように財産持参の有無を問わない理由として、メシャンは、「組合が、主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いので、組合員の一人が組合財産を全て抛出し、他の組合員がその技能以上のものを提供する必要がない場合もあり得る

31) 欄外注aには典拠としてD.28,2,11.が引用されている。

32) 欄外注dでは、デヴィーニュが引用したC.3,28,27.ではなく、Inst.2,18,1.が参照されている。

33) Commentaires, 5-6.

34) Commentaires, 6.

comme la société tire principalement sa perfection du consentement des parties, et non pas d'une confusion et communication réciproque de divers choses, il se pût faire que l'un des associez en contribuera tout le fonds, sans que l'autre soit obligé d'y conférer rien que son adresse」と述べており、ローマ法の「組合*société: societas*」概念を参照する点では確かにベシエの議論に似ている。しかし、ローマ法の「組合」概念に倣うのであれば、メシヤンのように、財産提供の有無という意味での有償無償の区別は卑属加入の類型化基準として無用無益と解するのが筋であり、財産提供の有無そのものは本条後段所定の一例外として考慮すれば足りることになる。卑属加入を「組合の一種」と捉える立場が、メシヤンにおいて、より一層首尾一貫した仕方では提示されたわけである。

メシヤンが想定する卑属加入のもう一つの類型とは、「人格や財産の明示的な代位によって為される*se fait par une subrogation expresse de personnes et de biens*」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、その子等に嫁や婿の資格で他家に入ることを認め、かつ、その他家からその子等の地位に、その子等に完全に取って代わる他人を受け入れる*par une espece d'échange stipulé par contrat de mariage, le pere et mere donnent leurs enfans pour entrer en qualité de brus ou de gendres en une famille étrangere, et en recoivent d'autre en leur place qui les représentent absolument*」場合がこれに当たるとされる³⁵⁾。デヴィーニューやベシエも認知していたこの卑属代位に対して、先の類型を卑属組合と呼ぶならば、メシヤンは卑属加入一般を卑属組合と卑属代位とに二分していることになる。メシヤンの類型論でまず目を引くのは、両類型に共通の卑属加入の方式として「夫婦財産契約*contrat de mariage*」が想定されているという点である。サントンジユ地方の特に農民層の間で婚姻を機会に卑属加入が行われている実態はメシヤンにとっても自明であったはずであるから、このような想定は慣習法解釈にとっても相応しいものと言える。両類型を分ける決め手は、「人格や財産の代位*une*

35) Commentaires, 6.

subrogation de personnes et de biens」が明示的に合意されているか否かであり、「組合の一種」か「交換の一種une espece d'échange」かという二者択一がここで迫られているわけではない。むしろ、二つの家の間で、一方の息子や娘を他方の娘や息子に嫁がせる際に、同時にその親の「養子」とする旨の夫婦財産契約(卑属組合)が単独で締結されたか、あるいは、そのような夫婦財産契約が双方向的に二つ締結されて、互いに相手の家から迎えられた嫁乃至婿が、嫁いでいった実子と入れ替わって「養子」となったかの違いである。

このように、「組合の一種」としての性格が卑属代位の内に温存される一方、「養親」の終意処分に基づき「養子」が「相続する」という慣習法上の「養子縁組」の性格もまた両類型に備わっている。この点をメシヤンは、「慣習法上の卑属加入l'affiliation coutumiere」の「二つの構成要素deux parties integrantes」として説明する³⁶⁾。一つは、「それによって、養子が、養親との間で、共有乃至組合の存続中に彼等が為す収益や利得を分かち合うという構成要素l'une partie integrante par vertu de laquelle l'adopté a part avec l'adoptant dans les profits et aqués qu'ils font pendant leur condemeurance et societé」、もう一つは、「それによって、養子が、実子で嫡出である子等と均分して、動産や後得財産、更に一定の場合には、養親にのみ帰属している特有財産さえも、相続する資格を得るという構成要素l'une partie integrante qui le rend capable de succeder par testées avec les enfans naturels et legitimes es meubles et aquêts, memes en certains cas aux propres qui apartiennent à l'adoptant en particulier」である。後者が養親死亡時の相続や遺産分割に対応するのに対して、前者は養子と養親が存命中の財産の処遇に関わっている。既に指摘したとおり、卑属加入一般を「贈与」と捉えるベシエの本質論から、存命中の財産処分に関わる問題、例えば、養親による養子不利益処分の可否等の解決を引き出すのは難しい。「慣習法上の卑属加入」の存続中の問題をもその射程に収め得るメシヤンの議論は、この難点を補い、卑属加入の本質をよりの確に捉えるものと言えよう。サントンジュ慣習法第1章第1条は、確かに「組

36) Commentaires, 8.

合と加入とを結びつけ一括しているa conjoint et uni l'association avec l'affiliation」。しかし、この場合、「慣習法は、出資者が単純な組合に基づいて出資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ものをそれ自体として卓越的に内包した一つの契約を意図しているelle n'a pas entendu que l'associé, par vertu de la simple association succede à l'associant, ni que l'adopté partage avec l'adoptant, mais elle a voulu de ces deux contras en faire un qui participât de la nature de l'un et de l'autre, et qui contint éminemment en soy ce que tous les deux ont de perfection et de force」とメシャンは考えるのである。本条に言う「卑属加入」は、呼称は様々であっても、組合と養子縁組の性質を独特の仕方で兼ね備えた「一つの契約un contrat」にすぎない。卑属組合が単独で締結されるにせよ、もう一つの卑属組合と同時に卑属代位として締結されるにせよ、個々の卑属組合は、財産共有をもたらす組合的要素と遺産相続をもたらす養子縁組的要素の双方を備えているわけであるから、メシャンにおいて、卑属加入の類型論と本質論は難なく調和することになる。

IV

以上のメシャンの議論は、『注解』の本条注釈第4章において、「養父の動産や後得不動産について慣習法が実子で嫡出の子等と共に付与している相続分を養子から奪うことは可能なのかSi les adoptez peuvent être privez de leur part és meubles et acquêts de l'adoptant, que la coûtume leur donne avec le enfans naturels et legitimes」、あるいは、「養父は養子に不利な仕方で当該財産を処分できるのかsi le pere adoptant en peut disposer à leur préjudice」という問いに答える前提として提示されたものである。メシャンが提示する類型論と本質論の問題解決の枠組みとしての有用性を確かめるためには、その論ずるところを、デヴィーニュやベシエとの比較も交えつつ吟味しておく必要がある。上の二つの問いは、養子に不利な養親による処分行為の可否という論点を、不

利益の程度はともかく、不利益を被る養子の立場と、養子を犠牲に実子等の利益を図る養親の立場の双方から表現しているにすぎず、実質的には同一の問いである。むしろ、重要なのは、そのような不利益処分の対象が、本条前段における養子と実子との均分相続の対象、つまり、「動産」と「後得不動産」に限られているという点であろう。逆に言えば、例外的に養親の「世襲不動産」の相続を容認する本条後段はさしあたりここでは無関係であり、それ故、実子等血縁相続人の「義務分」とその侵害を理由とする遺言無効の主張や義務分補充の訴えはそもそも議論の対象とはなり得ない。

まず、単独の卑属組合における養子不利益処分の可否について、メシャンは三つの場面を想定して論じている。一つ目は、卑属組合が「無条件かつ単純に為される *est faite purement et simplement*」場合である³⁷⁾。この場合、養子の権利の内容は全く不確定であり、本条前段が定める均分相続も養親の処分行為に別段の定めがない場合に妥当する基準にすぎないとすれば、将来の相続の資格そのものを養子から奪う一方的な卑属加入の解消が不利益処分の典型となる。組合的要素に照らせば、当該卑属組合が無条件の契約にすぎない以上、組合一般と同様³⁸⁾、養親は「反対の意思によって *par une volonté contraire*」いつでも脱退可能で、組合員は養親と養子であるから、養親の脱退は卑属組合そのものの解散解消に直結する。養子縁組的要素に目を向けても、「遺産が養子縁組との関係で物的に確定した権利として養子等に移転するわけではない *l'hérité ne leur transfere à cet égard aucun droit réel*」から、「恩恵を施す側の意思が、恩恵や厚意の受け手に見出される食い違いや変化次第で撤回可能であり、依然不確定であるという事態を阻止できない *ne peut empêcher que la volonté du bien-facteur ne soit revocable et ambulatoire, suivant les diversitez et les changemens qu'il remarquera dans le sujet de ses bien-faits de ses affections*」とされる³⁹⁾。このように養親による一方的解消が自由に認められるとすれば、養子としては、解消時を基準に、「共有された利益全体を平等な

37) Commentaires, 6.

38) D. 17, 65, pr.

39) Commentaires, 7.

割合で分割することによって en partageant par égales portions la masse des émolumens communs」満足する他ない。ここに言う「共有された利益全体 la masse des émolumens communs」が何を指すかメシャンは明言していないが、加入後の家業従事による収益を中心に、実家からの持参財産があればそれも含めて、組合解消時点での「動産」と「後得不動産」全体を指し、「平等な割合で par égales portions」というのは、組合員であった養親と養子の間での折半という趣旨であって、本条所定の均分相続、すなわち、実子を含めた子の数での按分とは無関係である。とはいえ、養親が組合清算時に得た利益は将来実子等が相続する遺産の一部を構成することになろう。いずれにせよ、この無条件の卑属組合においては、組合員による財産共有と解散時の清算乃至財産分割といった組的要素が全体を支配し、養子縁組的要素は背後に後退している。

二つ目にメシャンが想定しているのは、夫婦財産契約の方式で締結された卑属組合の中に、「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でも優遇しない旨の約束が存する bien outre l'adoption, il y a promesse de n'avantager point les enfans naturels et legitimes au préjudice des adoptez」場合である⁴⁰⁾。ここでメシャンは二つの考え方に言及している。一つは「パリ高等法院の管轄区域 le ressort du Parlement de Paris」で通用しているとされる見解で、それによれば、「子の一人を他の子等よりも優遇しない旨のこの種の意味表示や約束は、夫婦財産契約中に挿入されその一部となったと解されるか、あるいは、結果的に夫婦財産契約の性質や意義を備えるに至り、当該契約と同様に永続的で撤回不能なものとなっている限り、当然に有効となる telles déclarations ou promesses de n'avantager point l'un des enfans plus que l'autre ont beaucoup d'effet, d'autant qu'êtans aposées es contrats de mariage, il semble qu'elles en sont partie, et que se revêtans par consequent de leur nature et de leurs propriétés, elles se rendent aussi bien qu'eux éternelles et irrévocables」とされる。この見解を縁組時の上記約束に当てはめるならば、養子を不利に扱わない旨の養父の約束は、夫婦財産契約という方式それ自体の

40) Commentaires, 6-7.

性質、つまり、契約一般の拘束力と撤回不可能性の故に有効で、例えば養父が養子よりも実子を優遇する内容の贈与や終意処分を為すのを妨げることになる。これに対して、「ボルドー高等法院Parlement de Bourdeaux」の見解やサントージュ地方の「日常の実務pratique ordinaire」によれば、「そ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、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ほど厳格に父の挙動を縛りつけることはない ces nuës et simples declarations ne sont pas absolument obligatoires, et ne lient pas les mains des peres si étroitement, qu'ils ne puissent donner les choses que la coùtume laisse dans leur disposition」とされる。養父の上記約束は、夫婦財産契約という形式にも拘わらず、実体としては、将来の財産にかかわる「無方式で単純な意思表示nuës et simples declarations」にすぎず、遺言等の終意処分と同じくいつでも撤回可能で、養子の「相続への期待l'esperance de la succession」を損ない実子を優遇するような処分を妨げる効果はないというのである⁴¹⁾。メシャンが支持するのは勿論後者の結論であるが、論拠として重視しているのは、実子の内の一人を優遇しない旨の約束にも妥当する約束一般の無方式性ではなく、むしろ、実子等に劣後する養子の地位の特殊性である。そもそも「法律上の絆は自然の絆ほどには強くはない les liens civils ne sont pas si forts que les naturels」から、「実子で嫡出である子等よりも養子が有利に扱われてはならない les adoptez ne doivent pas être plus favorablement traités que enfants naturels et légitimes」のである。ここでは、先の第一の場面とは逆に、組合的要素が後退し、養子縁組的要素、しかも、ローマ法の養子縁組とは異なり嫡出父子関係を創出することのない慣習法上の「養子縁組」の消極的側面が強調されている。

卑属組合の三つ目の例として取り上げられているのは、「夫婦財産契約を介して為される卑属加入に、養親の動産や後得不動産について生存者間贈与や包括的あるいは特定のな相続人指定が付加され付随している l'affiliation faite par contrat de mariage est révéluë et accompagnée d'une donation entre vifs ou

41) Commentaires, 7.

institution universelle ou particuliere dans les meubles et acquêts de l'adoptant」場合である。メシヤンによれば、この場合、「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が受贈者や被指定人に移転されるので、養子等は事後にそれらの利益を奪われることはないd'autant que telles donations et institutions contractuelles sont irrevocables, et transfèrent incontinent toute seigneurie et propriété des choses données aux donataires et instituez, ils ne peuvent ensuite être privés de ces avantages」とされる⁴²⁾。つまり、養親は、先の二つの場面とは逆に、縁組後に養子よりも実子を優遇する処分行為を為し得ないのである。このような結論は夫婦財産契約の締結それ自体によってもたらされるわけではない。「養子縁組に付随する贈与や相続人指定によって en vertu de la donation ou institution dont l'adoption est révéuë」卑属組合が成立と同時に履行され、相続権の付与という養子縁組的要素が確定的に実現されているのである。ここでは、組合存続中の財産共有を想定する必要はもはやなく、慣習法上の養子縁組の積極的側面のみが考慮される。

以上に対して、卑属代位を構成する二つの卑属組合の一方が養親によって解消される不利益処分の場合、組合的要素と養子縁組的要素の絡み合いはより複雑な様相を呈する。メシヤンによれば、「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解散して、動産や後得不動産を分配し負担を按分して担うことは可能だとしても、自らが既に放棄した権利の代償として養親の世襲不動産の3分の2を奪われることはないla personne adoptée est tellement antée dans sa famille, et renduë héritière des adoptans, que quoy qu'ils puissent rompre la société par eux contractée en partageant les meubles et acquêts, et suportant les charges à proportion, néanmoins elle ne pût être privée des deux tiers de leur patrimoine, comme étant une récompense des droits ausquels elle a renoncé」とされる⁴³⁾。ここでは、先の無条件の卑属組合の場合と同じく、養

42) Commentaires, 7.

親による一方的な組合関係の解消は可能で、その時点の共有財産が積極消極共に均等に分割されるが、「養親の相続人*héritière des adoptans*」としての地位もそのまま失われるわけではない。というのも、卑属代位の場合、養子は実家においてその兄弟姉妹と共に将来実親の遺産を相続する権利を、地位の交換相手である養家の実子のために放棄しており、その「自らが既に放棄した権利 *droits auxquels elle a renoncé*」の代償として、養親の実子に準じた権利を養親の世襲不動産上に取得する必要があるからである。これは、サントンジュ慣習法の第1章第1条後段と第10章第6条との意味連関から導かれた前述の結論、すなわち、養子が縁組時に既に保有していたその特有財産を単純に放棄し、あるいは、養家に持参することで、養親の世襲不動産の3分の1にも権利を取得し得るといふ点とは全く次元が異なる。卑属代位の場合、養子は実家の実子の地位を養家の実子の地位と交換しているのであるから、「父母が慣習法の規定により家産の3分の2を実子で嫡出である子等に必ず留保するよう縛られ義務づけられているのであれば、交換によって養子となり婚姻した子等にも同じものを請求する正当な理由がある *les peres et meres sont necessairement tenus et obligez par la disposition de la coutume de reserver les deux tiers de leur patrimoine à leurs enfans legitimes et naturels, et partant les enfans adoptez et mariez par échange sont bien fondez à demander la même chose*」⁴³⁾。この場合、養子が、養家の実子等と同じく、「養親の家産の3分の2 *les deux tiers de leur patrimoine*」にいわゆる「義務分」を有するのは当然の事理であって、養親の世襲不動産に対する権利は財産の放棄乃至持参を考慮した例外などではないのである。

養親による卑属組合の解消と養子による慣習法上の「義務分」の主張の併存を、卑属代位における組合的要素と養子縁組的要素の均衡として説明するのは容易い。しかし、慣習法が許す枠内であるとはいえ、このように卑属代位における養子の地位を、実子の地位の交換というその特殊性故に、実子のそれと同

43) Commentaires, 7-8.

44) Commentaires, 8.

視する議論を、サントンジユ慣習法第1条の解釈として導き出すことは、「人格や財産の代位subrogation de personnes et de biens」そのものには一切言及しないその文言から見て相当に困難である。そこでメシャンは、サントンジユ地方と同様、卑属代位が流布浸透している他地域の慣習法を論拠として援用している。その慣習法とは、ニヴェルネ慣習法*Costumes de Nivernois*(1534年成文化)の第23章「夫婦に属する権利について*Des droits appartenans à gens mariez*」第25条であり、同条には、「自由人がその子等を交換によって婚姻させるならば、そのように婚姻させられた子等は、その地位に置かれ交換された者等と同等の権利を、その子等が出てきた家において有していた全ての諸権利、並びに、尊属のみの相続について、有するものとし、その結果、反対の合意が存しない限り、その子等はその代位する嫡出の子等として捉えられる。また、交換された者の一人が亡くなった場合には、その者の相続は、慣習法の規定に従い、実親に帰属するものとする*Si gens francs marient leurs enfans par eschange, les enfans ainsi mariez ont pareil droit que ceux au lieu desquels ils sont baillez ou eschangez en tous les droits qu'ils avoyent en l'hostel dont ils sont sortis, et en la succession des ascendans seulement, et en sont saisis comme les enfans legitimes qu'ils representent, s'il n'y a convenance au contraire. Et si l'un desdits eschangez decede, sa succession appartiendra à ses propres parens, selon la disposition de la coustume.*」⁴⁵⁾、とある。同条前段からメシャンは、「自由人がその子等を交換によって婚姻させるならば、そのように婚姻させられた子等は、その地位に置かれ交換された者等と同等の権利を、その子等が出てきた家において有していた全ての諸権利について有するものとし、その結果、その子等はその代位する嫡出の子等として捉えられる。*Si gens francs marient leurs enfans par eschange, les enfans ainsi mariez ont pareil droit que ceux au lieu desquels ils sont baillez ou eschangez en tous les droits qu'ils avoyent en l'hostel dont ils sont sortis, et en sont saisis comme les enfans legitimes qu'ils representent*」とする部分のみを引用しており⁴⁶⁾、

45) *Le grand coustumier general, I, cccxxxix.v.*

養子の相続権の範囲や、後段所定の養子死亡時の実親による相続については、養親による不利益処分の可否という当面の論点には直接関わらないためか省かれている。ニヴェルネ慣習法の規定には、婚姻を契機とした卑属代位それ自体について、実子の地位の交換が権利の同等性を帰結する点が明示されており、少なくとも慣習法上の「義務分」について卑属代位による養子に養家の他の実子等と「同等の権利*pareil droit*」認めるべきとのメシャンの主張にとって、格好の論拠となったのである。

V

メシャンがその類型論と本質論を駆使して論じた養子不利益処分については、デヴィーニュやベシエも実務上の重要問題の一つとして論じている。この内、デヴィーニュは、まず、「養父が養子に不利益な仕方では一人に贈与できるのか*an pater adoptans donare possit uni ex liberis in praeiudicium adoptati*」を、「養子縁組が、死後の相続のために、無限定な仕方では為される*adoptio indefinite facta fuit ad succedendum post mortem*」場合と、「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*ullius quotae taxatio tertiae puta, quartae aut quintae*」を伴って為される場合とに分けて論じていた。前者の場合、養子の将来の相続分は不確定であるから、サントンジュ慣習法第1条前段所定の養子と実子等の間の均分相続を前提に、これを乱すような実子への「贈与*donatio*」がここで想定されていることになる。「無限定の養子縁組*adoptio indefinita*」という場面設定自体は、メシャンが単独の卑属組合について論じた一つ目の場面と重なるが、デヴィーニュは、養親による縁組自体の一方的解消を想定したメシャンとは異なり、縁組存続中の贈与を不利益処分とみなしている。前述のとおり、デヴィーニュには、卑属加入乃至養子縁組を「組合の一種」と捉える考えはそもそもないから、仮に一方的な縁組解消を想定しても、メシャンのように組合の解散清算に準じて「動産」や「後得

46) *Commentaires*, 8.

財産」の分割を論じるのは困難であろう。養子に不利益な贈与を原則容認するのがデヴィーニュの立場であり、「自然的な絆は他のあらゆる擬制的で外来的な繋がりよりも強力である*vincula naturalia sunt fortiora aliis omnibus fictiis et adventiis*」との理由から、「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*plus iuris adoptatus habere non debet quam naturalis et legitimus*」とするその論法も、専ら養子縁組的側面から導かれるものといえる。

また、デヴィーニュによれば、「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、父方財産にのみ及び、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*huiusmodi donatio ita regulari debet ut ad bona per adoptatum collata nullomodo extendatur, sed demum ad paterna, salva legitima*」とされているが、ここでは二つの点に注意を要する。一つは、養子による財産持参が想定されている点であり、その結果、当該贈与の対象には、第1条前段所定の「動産」や「後得不動産」のみならず、後段所定の「世襲不動産」も含まれることになる。もう一つは、「義務分*legitima*」に言及されている点である。この「義務分」は、勿論、実子等「推定相続人」に留保される慣習法上の「義務分」であり、贈与の対象に養親の「世襲不動産」が含まれることとも平仄が合う。「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*in quam confunduntur et commiscentur bona adoptati ad effectum adoptionis consequendum*」とのデヴィーニュの指摘は、一見分かりにくいだが、サントンジユ慣習法第10章第5(88)条に、「相続によって取得される世襲不動産が存しない場合、後得不動産が世襲不動産と見なされる。また、相続によって取得される世襲不動産も後得不動産も存しない場合、動産が世襲不動産とみなされる*Ou aucun n'a point d'heritages obvenus par succession, les acquests immeubles sont censez heritages: Et où il n'y a heritages obvenus par succession, ny acquests immeubles, les meubles sont censez heritages*」⁴⁷⁾とあることから、養子の持参財産を含む「後得不動産*les acquests immeubles*」にも実子等の「義務分」が及ぶ可能性をふまえたも

47) Le grand coustumier general, II, ccccxii.v.

のと解される。いずれにせよ、第1条後段所定の財産持参が想定されている限りで、デヴィーニュの議論はメシヤンの論じる問題の範囲を越え出ていることになる。このような財産持参を伴う養子縁組では、養親による贈与が上記制限内に収まるものであっても、養家の財産の置かれた状況により、とりわけ「後得不動産」が「世襲不動産」と見なされるような場合には、養子の最終的な相続分の価値が、縁組時の自ら持参した財産のそれを下回ることも当然あり得る。デヴィーニュによれば、「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され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、養子縁組を放棄し、自らの財産を請求することを選択する余地がある electionem habet eo casu illi renunciare, et sua bona consequi si velit, propter inopiatum et non praevisum dictae donationis eventum, tempore adoptionis conventae ac stipulatae」とされる。養子の持参財産が養親の贈与可能な財産から予め除かれているのは、このような養子の選択権を確保し、「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もっともな期待に反して彼が何も詐取されないように ne alioquin illis fraudetur contra sepem probabilem successionis aequalis, quam adoptio indefinita et indeterminatae facta illi promittebat」するためなのである。「無限定で無制限に為された養子縁組 adoptio indefinita et indeterminatae facta」における養子の「平等な相続へのもっともな期待 spes probabilis successionis aequalis」を考慮するのであれば、持参財産の有無にかかわらず、メシヤンのように養子縁組(卑属組合)の解消と共有財産の分割を認めるのが筋であろう。デヴィーニュの主張する持参財産の回復は縁組時の財産持参を前提とした特殊な救済手段にすぎない。

「養子縁組が限定的である adoptio est limitata」場合、すなわち、養子相続分について養子縁組中に既に「一定の割合の定め ullius quotae taxatio」が存する場合については、「養子縁組によって取得される権利は贈与によって養子から奪われてはならない iure per eam quaesito adoptatus per donationes privari minime potest」というのがデヴィーニュの立場であり、論拠としては、デューランの『法の分析的助言解答集 Consilia et responsa iuris analytica』(1560年初版)の助言36第9番が引用されているだけである。当助言は父が生前に実子

に全財産の3分の1を贈与した事案にかかわるものであり、そこには、当該贈与の効力を肯定する論拠の一つとして、「当事案のジャンがその息子クロードに財産の3分の1にあたる利益乃至資産を与える旨約束して表明し、その後、当該財産が所定の割合において受贈者クロードに受領されているeo ipso quod dictus Ioannes paciscendo expressit se filium suum Claudium facere bonum et divitem de dicta tertia parte bonorum, sequitur dicta bona pro illa prtione acquisita Claudio donatario」と述べられ、目的物の受領乃至引渡後の資産の増減に言及する法文⁴⁸⁾が引用されている⁴⁹⁾。この引用箇所を照らすならば、養子の取得割合について明文で合意された養子縁組は、デムーランが論じる実親子間の生存者間贈与に匹敵するというのがデヴィーニュの理解と解される。つまり、養親の財産は、縁組中に合意された割合において、受領の意思表示と同時に確定的に養子に帰属するから、その後の養親の実子に対する贈与によってその効力が覆されることはないというのである。デヴィーニュがここで想定している限定的な養子縁組は、メシャンが卑属組合について論じた三つ目の場面、すなわち、養子縁組に「生存者間贈与や包括的あるいは特定の相続人指定が付加され付随しているest révéuè et accompagnée d'une donation entre vifs ou institution universelle ou particuliere」場合に対応する。養親の事後的な処分行為として想定されているものが何であれ、養親の財産の一部が既に養子に確定的に帰属済みであるとの論拠、そして、養子の利益保護という結論は、デヴィーニュとメシャン双方に共通している。

デヴィーニュは、養子不利益贈与の効力を、無限定の養子縁組と限定的なそれに分けて論じたのに続いて、養子と実子を平等に扱う旨の合意が付された養子縁組との関係でも検討している。これは、メシャンが卑属組合について二つ目に取り上げた場面に対応する議論であり、「パリ高等法院の管轄区域」の実務に「ボルドー高等法院の評定官等」の「判決」を対置する論法も類似している。『釈義』が明示的に引用されているわけではないが、メシャンがデヴィーニュ

48) 受領後の財産増加についてD. 35, 2, 63, pr.、引渡後の財産減少についてD. 24, 1, 5, 13。

49) Consilia, 173. 引用は1568年リヨン刊第二版による。

の見解を参照した可能性も否定できない。ただし、この両高等法院の実務の対置を含め、デヴィーニュの議論の大半は、そこに引用されたオトヌの『フランス法とローマ法の対照考察集』とショパンの『アンジュー慣習法論第二部』から借用されている。まず、前者の学説彙纂第45巻第1章第132法文⁵⁰⁾考察⁵¹⁾は、

- 50) “【前書】ある者が他人の息子を受け入れる際に、「彼を息子のように扱わなかったならば、彼を引き渡す者に一定額の金銭を支払う」旨約束した。この場合、後に彼を家から追い出し、あるいは、死に際して遺言で何も遺さなかったならば、問答契約が発効するのか、そして、彼が請求者の子なのか、里子なのか、それとも、血縁者なのか問題となるのかどうか、更には、誰かが息子を適法に養子に出し、上記のように、問答契約が存している場合に、養父が彼を廃除し、あるいは、家父権免除したならばどうか、が問題となる。問答契約は発効するのか。私は答える。問答契約は上記何れの場合にも有効であると。従って、合意に反することが為されれば、問答契約は発効する。そこでまず、適法に養子縁組を為した者について、養子を廃除し、あるいは、家父権免除すれば、問答契約が発効するのかどうか検討する。そもそも、これらの事柄を父は子について普通に行っている。つまり、子として扱っているにすぎない。従って、廃除された者は不倫遺言について争うことができる。それでは、廃除されるに相応しい場合にはどうであろうか。勿論、家父権免除された者にはそのような救済は存しない。それ故、養子を家父権免除しあるいは廃除する場合に備えて、一定の何かを約束するというような問答契約が用意されねばならないのである。ただし、問答契約が発効する場合、廃除された者に不倫遺言について申し立てることを許すべきか否か問題となり得る。とりわけ、[問答契約を為した]実父に相続人が存する場合に、[不倫遺言をめぐって]敗訴した相続人に、問答契約に基づく訴権を拒むべきかどうか問題である。この点、問答契約を得た者にこれを拒むべきではないならば、子が敗訴しても、義務づけられた金銭の履行請求をその者に拒むべきではない。以上に対して、養子縁組を為していない者について、「彼を息子のように扱わなかったならば」との当該文言が如何なる意味を持つのか私[パウルス]には分からない。このような場合に、我々は廃除や家父権免除といった不相応なことを求めるべきであろうか。その上、適法に養子縁組を為した者が、子に家父権を行使するから問答契約の文言に何も反しないというのであれば、それら[養子縁組]を為さない者については、無益なことを述べていることになる。それでもしかし、問答契約は発効し得よう。【第1節】家子が、「我がティティウスに貸し付ける金銭を汝は保証すると誓約するか」との問答契約を為し、家父権免除を得た後

「夫婦財産契約を介して将来の夫婦の一方を自らの子として受け入れる旨の合意というものが存在しており、一般にそれは卑属加入と呼ばれ、当法文によって裏付けられる il y a des conventions par lesquelles l'on prend pour son enfant par contract de mariage l'un des futures conjointes, que nous appellons vulgairement affiliations, lesquelles sont fondees sur la loy」との聊か唐突な指摘から始まる。パウルスPaulusの『問題集Quaestiones』第15巻か

に貸し付けた。この場合、保証誓約者は家父に義務を負わない。なぜなら、債務者も家父に債務を負っていないからである。”(Digestum novum, 1029-1031.1612年リヨン刊のテキストによる。)

- 51) “夫婦財産契約を介して将来の [tuteurs→futures] 夫婦の一方を自らの子として受け入れる旨の合意というものが存在しており、一般にそれは卑属加入と呼ばれ、当法文によって裏付けられる。また、それは、契約から生じるものであるが故に、加入者の相続人にも移転するという性質を有している。「なぜなら契約に基づく権利は相続人に移転するからである」【法学提要3巻19章「無効の問答契約について」第25節】。フェッロヌス『ボルドー慣習法注解』「遺言について」第24条注釈によれば、加入者は義務分で満足せねばならず、義務分が加入者に残されているならばそれ以上の相続分を求めることはできない。この点で加入者は養子と似ていないわけではない。なぜなら養子も義務分で満足せねばならないからである【学説彙纂1巻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22法文、同28巻6章「通常補充指定及び未成熟補充指定について」第10法文6節】。しかし、学識豊かな人士ラベ判事は、ブルジュ慣習法の「贈与について」第7条注釈において反対の見解に与している。子等が義務分で満足することを父が望んでいるとは信じがたく、それ故、父は、子等が自分を平等に相続することを望み、自分にとって子等の一部が他の子等よりも大事であるとは解さないとするのがその理由である。すなわち、当該卑属加入によって自らが加入させた者に子の権利を付与することで父が望んでいるのも、その者が他の子等と共に、子等の一人一人に無遺言で帰属すべき分について、相続することなのである。父や母、その他の尊属が彼等の娘等を婚姻させる際に、娘等が他の子等と平等に父母等尊属を相続し、子の一人を他の子等よりも優遇しない旨約束する特約も、そのような文言で定められるべきこととなり、ラベ判事が上記箇所述べるとおり、この種の合意はパリの法院判決によって是認されている。ところが、ボルドーでは、この種の合意や卑属加入は全て貴族間でのみ許されている。この点については勅法彙纂第2巻第3巻「合意について」第15法文について述べたところを参照されたい。”(La conference, 411-412.)

ら抜粋されたこの第132法文で論じられているのは、「ある者が他人の息子を受け入れる際に、彼を息子のように扱わなかったならば、彼を引き渡す者に一定額の金銭を支払う旨約束したquidam cum filium alienum susciperet, tradenti promiserat certam pecuniae quantitatem, si eum aliter quam ut filium observasset」後に、子が放逐され、あるいは、遺言から脱漏された場合、当該「問答契約stipulatio」の「彼を息子のように扱わなかったならばsi eum aliter quam ut filium observasset」との条件が成就し、受入者に金銭支払が義務づけられるのかという点であった。パウルスは、この問題を、受入者が「適法に養子縁組を為したlegitime adoptavit」場合と「養子縁組を為していないnon adoptavit」場合とに分けて検討しており、前者については、養父が、家父権行使の一般的な態様として、将来養子について家父権免除を為し、あるいは、正当な理由で養子を廃除するような場合に備えて、縁組時にこの種の問答契約を交わしておく合理性はあるとして、これを有効と見なしている。また、後者については、養子縁組が存せず家父権が生じない以上、「彼を息子のように扱わなかったならば」との条件は無益であるとしつつも、問答契約自体は有効であるというのがパウルスの結論であった。この法文が「卑属加入affiliation」の根拠として持ち出されているのは、「養子縁組adoptatio」とは別の仕方では「他人の息子filius alienus」を受け入れることが、一種の違約金を定める上記「問答契約」の前提として想定されているからであろう。ローマ法源中に見出されるそのような子の特殊な受入れの例を、フランス法の卑属加入と同一視することは困難であっても、ローマ法上の養子縁組と区別される点で両者は類比可能だというわけである。

オトンヌは、この後、受入者を将来相続する権利を加入者にもたらす卑属加入が「加入者の相続人にも移転するという性質を有しているsont de telle nature qu'elles passent à l'heritier de l'affilié」とのやはり脈略の不明瞭な指摘を経て、加入者の相続分が「義務分la legitime」に限定され得るのか、それとも、「義務分」を超えて受入者の実子と平等の相続分を主張し得るのかという問題へと論を進めている。しかし、卑属代位ならばともかく、卑属加入一般において、受入者の推定相続人である実子ではなく、加入者自身が「義務分」を有す

るということは、サントンジュ慣習法に即して既にみたとおり、そもそもあり得ない。卑属加入を兼ねる夫婦財産契約で合意された加入者と実子等との間の平等相続の拘束力如何が論点であるとすれば、一体なぜ加入者について「義務分」という表現が用いられているのか。デヴィーニュがこの不可解な点も含めてオトヌヌ説を借用している以上、本稿にとってもその分析説明は欠かせない。オトヌヌの考察では、上記論点をめぐって対立する論者の著書が二つ引用されている。一つは、ボルドー高等法院の評定官アルノー・フェロンArnaud Ferron(1515-1568年)による『ボルドー慣習法注解In consuetudines Burdigalensium』(1536/38年初版)であり、もう一つは、ブルジュに存するベリー上座裁判所の判事ガブリエル・ラベGabriel Labbé(?-1615年)の『ベリー地方及び公領の一般慣習法Coustumes generales des pays et duché de Berry』(1579年初版)である。予め述べておこならば、オトヌヌの考察自体、一時期自ら弁護士として活動していた⁵²⁾ボルドー高等法院の実務に言及する箇所を除くと、後者のラベの注釈書からの引き写しにすぎず、「義務分」という表現もラベに由来する。ラベ自身は、前者におけるフェロンの所説を反駁に先立ち要約する際に、「義務分」に言及しており、この用語法を解明するためにはフェロンの注釈書の記述に目を向ける必要がある。

サントンジュ地方の南に接し、ボルドーを中心とするギュイエンヌ地方は、成文法地域に属しながらも、独自の成文慣習法(1520年成文化)を有しており、フェロンの『ボルドー慣習法注解』は当慣習法の最初の包括的な注釈書に当たる。当慣習法の「遺言、終意処分、貴族間及びその他の人々の間の相続についてDes Testamens, dernieres voluntez et successiones, tant entre nobles que auitres」と題された章の第24(77)条には、「また、母は自らの財産の三分の

52) オトヌヌの経歴と業績については、『ボルドー高等法院で審理され判示された黄金判決集Decisiones aureae in senatu Burdegalensi discussae et promulgatae』(1559年初版)を著したニコラ・ボイエNicolas Bohier(1469-1539年)やフェロンに続くボルドー慣習法学の継承とその「ローマ法化romanisation」の推進に果たした役割も含めて、Guyon, AUTOMNE Bernard, in: Dictionnaire historique des juristes français (2007), 26-27.参照。

一について自らの子等の一人乃至幾人かを優遇することができるが、子等が存する場合、当該三分の一を家外の者に遺すことはできないものとする。たとえ魂の救済のための遺贈であっても当該三分の一を超えてはならない。母の財産の三分の二は子等の間で平等に分割され、三分の一についても、子等の一人にそれを処分していない場合には、平等に分割されるものとする。Item et la mere pourra avantager du tiers de ses biens ung ou plusieurs de ses enfans: mais ne pourra laisser ledict tiers a ung estrangier, quant aura enfans. Aussi les legatz laissez pour son ame seront sur ledit tiers. Et les deux parties des biens de la mere seront partis esgalement entre tous les enfans, et le tiers aussi, sy non avoit dispose a lung desditz enfans。」⁵³⁾とあり、母の財産処分に課された制限について定められている。ラベの反駁の対象になったのは、本条注釈においてフェロンが「近時実際に論争の的となっている事柄illud quod nuper ex facto dubitatum est」を論じた箇所⁵⁴⁾である。そこで想定されている

53) Les coutumes generales de la ville de Bourdeaulx, 21. 引用は『ボルドー慣習法注解』の巻末に付された『ボルドー市、ギュイエンヌのセネシャル区、並びに、ボルドレ地方の一般慣習法Les coutumes generales de la ville de Bourdeaulx, seneschaucee de Guyenne, et pays de Bourdeloys』所収のテキストによる。

54) “…ところで、近時実際に論争の的となっている事柄もここで解明できる。他に二人の息子のいる父が娘をセムプロニウスと婚姻させ、娘のために少額の嫁資を設定した際、夫婦財産契約の中でセムプロニウスを息子として受け入れた。セムプロニウスが亡くなるとティベリアがこれを相続し、祖父は遺言で「娘である」彼女に義務分を遺し、他の財産は全て二人の息子に遺された。この場合、ティベリアが孫等に自己の義務分だけではなく、二人の兄弟の一人に遺されるものに相当する分も遺すことができるか疑問となる。このような息子としての受入は有効であり、とりわけ、それが夫婦財産契約において為された場合には、夫婦財産契約において交わされた合意が全く有効ではないと見なされる場合もあるとはいえ【封建法書2巻29章「貴賤婚姻から生まれた子等について」第1節、第六書1巻18章「合意について」第2節】、そう言えるとは私は解答する。しかも、私は、この受入を、養子縁組として捉えているのではなく、ある意味では養子縁組よりも強力なものと解する。というのも、養子は養父の遺言を覆すことはできないからである【勅法彙纂8巻48章「養子縁組について」第10法文】。この場合、もし遺言から脱漏された者があれば、婚姻時に交わ

された合意に基づいて請求できるのである【学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第132法文】。更には、当該権利がセムプロニウスに帰属していた以上、彼の死によって娘であるティベリアに移転する。なぜなら、契約に基づいて取得する権利は相続人へと移転するからである【法学提要3巻20章「無効な問答契約について」第25節による】。従って、ティベリアの後見人等が、裁判において、貞淑な妻に不可欠な技量を以てもたらされたとの理由で相当額の金銭を引き渡すべく相続人である息子等を義務づけるよう求めている点は正当である。というのも、誰かを息子として扱うべく約束した者であっても、彼に生活費だけではなく、仕事に要する費用も与えるべきであるから【勅法彙纂5巻39章「未成熟被後見人が養育される場合」第1法文による】。ペルージャのアンゲルスは、バルトルスの学説彙纂第37巻10章「カルポーの告示について」第6法文第5節及び同第34巻第1章「扶養費及び食料の遺贈について」第6法文の注釈に依拠して、反対の見解に与しているが、彼の見解はイモラのヨアンネスの学説彙纂第45巻第1章第132法文の注釈によって反駁されており、確かにこちらの見解が正しい。しかしながら、祖父によってティベリアに義務分が遺されていてもこれに満足しない後見人等の主張は不当であると解する。なぜなら、養子が義務分に満足せねばならないとすれば【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22法文、同28巻6章「通常補充指定及び未成熟補充指定について」第10法文6節】、息子として受け入れられた者は、養子として受け入れられたのではないのは確かであるが、多くの点で養子に類比されるべきだからである。それでは、嫡出の実子に義務分があるとして、その義務分はいか程になるのであろうか。この点、遺贈その他の負担を控除した三分の二が子等に遺される旨定められているのは不当ではない。この点は、四分の三が子等に遺されるべきとされる類似の法令においても同様である。これは、ペトルス・アンカラヌス『助言集』助言112によれば、義務分が如何なる負担によっても害されるべきではないのと同様に【勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第29法文及び第30法文】、法令や慣習法によって増加された上記留保分も負担を免ぜられるべきであるからとされる。アンカラヌスは、この見解の論拠として学説彙纂第47巻第4章「遺言によって解放されるべき旨命じられた者が主人死亡後相続承認前に何かを盗みあるいは毀した旨申し立てられた場合」第1法文第1節も挙げて、そのように増加された留保分を義務分の代わりに相続すると述べている。当慣習法は、母が子等の一人に三分の一を優先分として与えられる旨はつきり定めており、これは全財産について述べているものと解されるべきである。頭を悩ませる人々の抱く疑問の一つは、債権、訴権、その他の権利について、それらが第三の種類の財産として動産や不動

のは、父が娘を嫁がせるにあたって夫婦財産契約の中で娘婿を「息子として受け入れたin filium assumebat」後、娘婿が亡くなり妻である娘がこれを相続する一方、父の遺言により、娘にはその「義務分legitima」が遺され、残りの遺産は実子である二人の兄弟にもたらされたという事案であった。フェロンは、このような場合に、娘が、自らの「義務分」だけではなく、先に亡くなった夫が上記「息子としての受入assumptio in filium」の合意に基づき父の「息子filius」として相続できたはずの遺産、つまり、「二人の兄弟の一人に遺されるものに相当する分tantum quantum uni ex duobus fratribus relictum esset」をも、夫から相続した母自身の財産として、亡き夫との間に生まれた子等に遺すことができるのかを、「母の財産biens de la mere」について定める同条に関連付けて論じているのである。「このような息子としての受入は有効であり、とりわけ、それが夫婦財産契約において為された場合にはそうであるhanc in filium assumptionem validam esse, maxime cum in contractu matrimonii facta sit」とのフェロンの指摘からは、当時ギュイエンヌ地方においても卑属加入が夫婦財産契約を介して一般に行われていた様子が窺える。また、「もし遺言から脱漏された者があれば、婚姻時に交わされた合意に基づいて請求できるsi praeteritus esset, ex pacto in matrimonio apposito agere posset」との主張の典拠として前述の第132法文が引用されており、同法文を卑属加入に結びつける理解も、フェロンからラベを経てオトンヌへと引き継がれたことになる。更に、フェロンの想定する上記事案では、息子として受け入れられた者が亡くなり、妻がこれを相続したとあるので、卑属加入に基づく夫の権利もまた妻によっ

産から区別されているため【学説彙纂42巻1章「判決事項、既判力、中間判決について」第15法文2節】、この点が妥当なのかという点である。慣習法が不動産や動産についてのみ定めているのであれば、この点は疑問とされて然るべきである。しかし、単純に、動産や不動産といった付言無しに、財産について述べている以上、債権を含む全ての財産にも当てはまるかどうか疑問とする必要はない。この点は、勅法彙纂第8巻第17章「質入れ可能な物及び質の締結について」第4法文と学説彙纂第50巻第16章「語句の意味について」第208法文によって明白に裏付けられる。”(In consuetudines Burdigalensium, 77-78. 引用は1540年リヨン刊増補第二版による。)

て承継されると解する余地がある。この点、「何らかの条件の下で約束された場合、条件成就前に亡くなったとしても、その後に条件が成就すれば、その者の相続人が請求できる*cum quis sub aliqua condicione fuerit stipulatus, licet ante condicionem decesserit, postea existente condicione heres ejus agere potest*」との法文⁵⁵⁾に基づき、加入者の相続人による権利行使を認めるのがフェロンの立場である。先に指摘したオトヌの叙述の不明瞭さは、ラベが、このフェロンの所説を、事案に言及することなく引用法文と結論のみで要約紹介したことに由来する。

問題の「義務分」の用法については、上記事案では父は実子の一人にあたる娘にその「義務分」を遺したようであり、卑属加入者である娘婿の「義務分」をその妻である娘が相続したものと考える必要はないようにも見える。しかし他方で、フェロンは、寡婦となった娘が父の遺言に異議を申し立てて「義務分」を超える平等な相続を求めた場合に、これを退けるべき理由として、「養子が義務分に満足せねばならないとすれば、息子として受け入れられた者は、養子として受け入れられたのではないのは確かであるが、多くの点で養子に類比されるべきである*si adoptivus legitima necessario contentus esse debeat, certe et hic qui in filium assumptus est, non quidem ut adoptivus, sed tamen adoptivo in multis conferendus*」と述べている。「息子としての受入」がローマ法の「養子縁組*adoptio*」と異なるのは自明であるが、ローマ法源上⁵⁶⁾、「自権者養子縁組の養親*adrogator*」の死亡時に依然未成熟である養子の相続分や養父による未成熟補充指定が遺産の「四分の一*quarta*」に限定されている点に鑑み、卑属加入者とその承継人の権利も制限されるべきであるというのがここでの趣旨であろう。フェロン自身は、この権利を「義務分」と呼んでいるわけではないが、上記事案で実子である娘に付与された「義務分」が実質的に卑属加入者であった亡き夫の権利に相当するものと解されている可能性はある。いずれにせよ、娘は父の遺産について自らの「義務分」を超えた相続は主張でき

55) Inst. 3, 19, 25.

56) D. 1, 7, 22; 28, 6, 10, 6.

ず、この義務分に、亡き夫から承継した夫婦共有財産（「貞淑な妻に不可欠な技量を以てもたらされたeis artibus instrueretur, quae probis mulieribus necessariae sunt」もの）を加えたものが第24条所定の「母の財産」を構成するわけである。

ところが、ベリー慣習法（1481年成文化、1539年改定）の第6章「贈与についてDes donations」第7条の文言「特約pactions」に付されたラベの注釈⁵⁷⁾では、以上のフェロンの議論は、「加入者がもし脱漏された場合には義務分で満

57) “この合意は以下のようなものである。すなわち、それにより、夫婦財産契約を介して、将来の夫婦の一方を自らの子として受け入れるのであり、我々はこれを一般に「卑属加入」と呼んでいる。この卑属加入は学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第132法文に基づくもので、契約から生じるものであるが故に、加入者の相続人にも承継されるという性質を有している。「なぜなら、契約に基づいて取得する権利は相続人へと移転するからである」【法学提要3巻20章「無効な問答契約について」第25節、フェッロヌス『ボルドー慣習法注解』「遺言について」第24条注釈】。この箇所ではフェッロヌスは、加入者がもし脱漏された場合には義務分で満足すべきで、それ以上の相続分を請求できない旨述べている。「なぜなら、加入者は、義務分に満足せねばならない養子と似ていないわけではないからである」【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22法文、同28巻6章「通常補充指定及び未成熟補充指定について」第10法文6節】。しかし、私はこれに反対の意見に与している。というのも、子等が義務分で満足することを父が望んでいるとは信じがたく、それ故、父は、子等が自分を平等に相続することを望み、自分にとって子等の一部が他の子等よりも大事であるとは解さないからである。すなわち、当該卑属加入によって自らが加入させた者に子の権利を付与することで父が望んでいるのも、その者が他の子等と共に、子等の一人一人に無遺言で帰属すべき分について、相続することなのである。父や母、その他の尊属が彼等の娘等を婚姻させる際に、娘等が他の子等と平等に父母等尊属を相続し、子の一人を他の子等よりも優遇しない旨約束する特約も、そのような文言で定められるべきである。この種の合意は、たとえ昔の人々の論争的であったとしても、今日ではパリ高等法院の諸判決によって是認されており、それらの判決はこの点でレオ帝の新勅法集の第19勅法にみえる衡平にも合致している。”(Coustumes generales des pays et duché de Berry, 246-247. 引用は1607年パリ刊増補第二版による。)

足すべきで、それ以上の相続分を請求できない」との趣旨に要約され、卑属加入者自身に固有の義務分が認められているかのような言い回しとなっている。「義務分」という誤解を呼ぶ表現は、結局、ラベによる不正確な要約に起因するのである。とはいえ、ここでラベが論じようとしているのは、夫婦財産契約を介した卑属加入の合意に、加入者よりも実子を優遇する遺言を妨げるような効力があるかどうかであり、「義務分」の用法はともかく、卑属加入によって加入者と実子との平等相続が義務づけられるわけではないというのがフェロン説の帰結であることに変わりはない。これに対して、卑属加入によって実子との平等相続が義務づけられると解するのがラベの立場である。

注釈対象となっている改定ベリー慣習法第6章第7条には、「同様にまた、夫婦財産契約において、それが誰であれ何者かによって夫婦や当該婚姻から生まれる子等のために為される他のあらゆる贈与、特約、合意も、条件が成就されれば効力を発するEt paraeillement toutes autres donations, pactions, et conventions faictes en contract de mariage, par quelconque personne que ce soit, en faveur des mariéz, et leurs descendans dudict marigae, saisissent lesdictz mariéz et leurs descendans le cas advenant.]⁵⁸⁾とあり、前条第6条の定める尊属等による贈与も含め、「夫婦財産契約contract de mariage」を介した利益供与の「特約pactions」一般の有効性が認められている。ラベは、この「特約」の一例として「卑属加入affiliations」を取り上げ、加入者と実子等つまり配偶者の兄弟姉妹との平等相続の可否を論じているわけである。卑属加入者よりも実子等を優遇する遺言の効力を認めたフェロンに対して、ラベは、子等を平等に思う父親の意思を卑属加入者との関係でも推定し、「当該卑属加入によって自らが加入させた者に子の権利を付与することで父が望んでいるのも、その者が他の子等と共に、子等の一人一人に無遺言で帰属すべき分について、相続することであるde maniere qu'ayant accordé à celui qu'il affilie le droit de fils en consequence de ladite affiliation, il a aussi voulu qu'il vint à sa

58) Coustumes generales des pays et duché de Berry, 277. 引用は1579年ブルジュ刊初版による。

succession par concurrence avec ses autres enfans, et pour telle part qui est deuë à chacun d'iceux ab intestat」と主張する。続けて、「父や母、その他の尊属が彼等の娘等を婚姻させる際に、娘等が他の子等と平等に父母等尊属を相続し、子の一人を他の子等よりも優遇しない旨約束する特約も、そのような文言で定められるべきである sous ces mots, aussi doivent estre comprises les pactions, par lesquelles les peres ou meres ou autres ascendans promettent en mariant leurs filles, qu'elles viendroient egalement à leurs successions avec leurs autres enfans, sans advantager les uns plus que les autres」と指摘され、卑属加入者の地位が他家に嫁ぐ娘のそれに類比されているところに照らせば、ラベが、卑属加入一般の効果として平等相続の権利を黙示に読み込むことまで主張しているとは考えられない。しかし、少なくとも卑属加入時に実子等を優遇しない旨の明示の約束があった場合には、受入者である父はこれに拘束され、平等相続に反するような遺言については事後に異議申し立てが認められることになる。

ラベの注釈の末尾には、「この種の合意はパリ高等法院の諸判決によって是認されている lesquelles conventions sont receuës par les arrêts de la Cour de Parlement à Paris」とあり、議論の文脈上、直前に言及された他家に嫁ぐ娘とその兄弟との間の平等相続だけでなく、卑属加入者と実子との間の平等相続についても特約の効力が是認されているかのような印象を与えている。パリ高等法院の広範な管轄地域に含まれるペリー地方において、サントンジュやギューエンヌと同様、「卑属加入」が「夫婦財産契約」の特約の一つとして認知されていたことは、「卑属加入」それ自体には言及していない慣習法の注釈において敢えてこの点が論じられていることから明らかである。しかし、ここで言及されている法院判決が、「卑属加入」における加入者と実子との相続平等合意について判示したものであるとは明言されておらず、特定の判決が既存の文献から引用されているわけでもない。実際には、それらは、より一般的な相続平等合意、すなわち、実子間の平等相続の合意にかかわる法院判決である可能性が高く、この理解はラベが論拠として補ったレオ帝新勅法集 *Imperatoris Leonis Augusti constitutiones novellae* の第19勅法とも内容的に符合する。と

いうのも、同勅法では、「父が、息子を婚姻させる際に、その息子が自らの死後に他の兄弟等と平等に父の財産の相続人となる旨合意をもって約束した *pater, quum in matrimonium collocaret filium, illum post decesum suum ex aequa parte cum aliis fratribus paternorum bonorum haerem fore pacto promiserit*」場合に、そのような「夫婦財産契約において約束された他の子等と平等な相続分が留保されるという子等の権利 *jura filorum, quibus cum reliquis liberis aequalem haereditatis portionem servatum iri in nuptialibus contractibus sponderint*」が尊重され、「交わされた合意に従って他の兄弟等と平等に子は財産を相続する *ex aequo cum aliis fratribus secundum initum pactum filius in bona succedet*」と定められているにすぎないからである⁵⁹⁾。

また、前述の第132法文にかんするオトンヌの考察の末尾では、「ボルドーではこの種の合意や卑属加入は全て貴族間でのみ許されている *à Bourdeaux toutes ces conventions et affiliations ne sont permises qu'entre nobles*」と付言され、卑属加入時の平等相続合意を貴族間に限って容認するボルドー高等法院の判決が存するかのよう論調となっている。しかし、オトンヌがここで参照を指示している勅法彙纂第2巻第3章第15法文⁶⁰⁾の考察⁶¹⁾でまず言及されて

59) *Constitutiones novellae*, 46-47. 引用は、ヘンドリク・アギュラエウス *Hendrik Agylaeus* (1533-1595年) が編集羅訳したテキスト (1560年刊) による。

60) “父が亡くなった場合、婚姻する娘がその兄弟と共に平等に父の相続人となる旨、嫁資証書中に定められた合意は、如何なる義務も発生させず、遺言作成の自由を娘の父から奪うこともない。”

61) “ある父が娘を婚姻させるにあたって五百エキュを嫁資として与えたとともに、自分の死後に他の兄弟とともにその一人として相続できる旨約束した。その後、遺言を作成して、彼の息子を相続人に指定し、娘には嫁資として設定された五千エキュで満足してもらおうと考えた。父が亡くなると、この娘は夫婦財産契約に挿入された条項に基づき他の兄弟と共に相続に与るべき旨主張し、兄弟が法の理屈で反論したのに対して、娘はレオ帝の勅法を引き合いに出した。レイモン判事の報告に基づき1592年5月に下されたボルドー高等法院の判決によれば、上記合意は無効であり、レオ帝の勅法は適用されず、当事者は平民身分であるとされた【フランスの法律家の第一人者であるゴフレテルス判事の報告により1600年4月に下された判決によれ

いるのは、同法文がまさに想定しているような事案、すなわち、「ある父が娘を婚姻させるにあたって五百エキュを嫁資として与えるとともに、自分の死後に他の兄弟とともにその一人として相続できる旨約束したun pere mariant sa fille luy donne cinq cens escus en dot, et promet qu'elle succedera apres son decez comme l'un de ses autres freres」が、その後、父が息子等を相続人に指定する遺言を残して亡くなったため、「この娘は夫婦財産契約に挿入された条項に基づき他の兄弟と共に相続に与るべき旨主張したceste fille soutient qu'en vertu de la clause apposee en son contract de mariage elle doit succeder avec ses freres」という事案をめぐる1592年の判決である。オトンヌによれば、平等相続を定めた嫁資合意について「如何なる義務も発生させず、遺言作成の自由を娘の父から奪うこともないneque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre」とした同法文に依拠して父の遺言の有効性を主張する兄弟等に対して、娘側は上記レオ帝の第19勅法を持ち出したが、ボルドー高等法院は夫婦財産契約中の平等相続合意を無効とし兄弟等の主張を認めたとされる。また、オトンヌは、当該事案において「当事者が平民身分であったles parties estoient roturiers」点に関連して、「貴族は夫婦財産契約の中で将来の相続について合意できるが平民はできないnobles possunt pacisci de futura successione in contractu matrimonii, non ignobiles」とした1600年の法院判決にも言及している。上記事案が実子間の平等相続合意にかんするものであることは明らかであり、後者の法院判決は、そ

ば、貴族は夫婦財産契約の中で将来の相続について合意できるが、平民はできないとされる。ただし、レオ帝の第19勅法はそれを認めていない。マイナルドゥス『成文法問題集』第7巻最終章によれば、この合意は平民においても是認されるとされ、1570年12月に下されたトゥールーズ高等法院の判決もその旨判示している。相続放棄の約束は相続放棄には相当せず、ボルドー高等法院でもその旨判示されている】。1555年7月15日にレイモン・ド・フュメルとカテリーヌ・ド・フュメルの事件について下されたボルドー高等法院の判決によれば、二人の貴族が夫婦財産契約によってその婚姻から最初に生まれた子に彼等の財産を与える場合、用益権者である父と母はそれらの財産を処分できないとされる。”(La conference, 585.)

のような実子間の相続平等合意を貴族間に限って容認する趣旨のものにすぎない。ボルドー高等法院の管轄に属するサントンジユやギュイエンヌにおいて卑属加入が広く利用されていたのは確かだとしても、オトヌヌがここで言及する法院判決が、卑属加入における加入者と実子の間の平等相続合意の可否について直接判断を下していたわけではないのである。

平等相続合意一般の可否をめぐるパリ高等法院とボルドー高等法院の見解の相違を取って卑属加入にも当てはめる意図がオトヌヌにあったのかは定かではないが、両高等法院の対立は卑属加入にかんする限り明らかに虚構であり、オトヌヌの第132法文考察を引用したデヴィーニュはこの虚構にそのまま便乗しているわけである。この点は、デヴィーニュがオトヌヌの考察と共に引用しているもう一つの文献、すなわち、ショパンの『アンジュー慣習法論第二部』の記述からも明らかとなる。引用された箇所は、第2巻第1章「貴族の封の承継についてDe feudaria nobilium virorum successione」第3節第20番⁶²⁾であり、

62) “(20. 長男子優遇のための父によるこの種の表明は慣習法の適用を排するの、排するとして如何なる効力を有するの、) それでは、父が筆頭相続人となる旨婚姻に際して表明した長男が父よりも先に亡くなった場合はどうであろうか。この長男は婚姻により幼い娘を遺したが、ペロンヌ慣習法【第192条】によれば、この娘は年齢においても性別においても祖父の遺産について父を代襲しないとされる。にもかかわらず、娘は、父の夫婦財産契約に基づいて、祖父の財産に対する条件付きの期待が父の相続人である自分に移転するとした。これは、学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第57法文、法学提要第3巻第20章「無効の問答契約について」第25節に基づく【契約において条件付きの期待は相続人に移転する。遺贈においてはその反対である】。確かに、多数説によれば、そのような合意は、市民法にあるとおり、地方の法令に基づいて解釈され、息子が父よりも長く生きて亡くなった場合には、その息子の長女も保護されるべきとされる。息子が父よりも先に亡くなった場合にも、孫は父と同じく祖父の遺産を相続するが、孫に付与されるのは法律により割り当てられた相続分である。というのも、疑わしい場合には、私的な合意は、普通法に近接し調和する公的な法令を排除することはないからである。バルトルスは勅法彙第4巻66章「永借権について」第2法文注釈でその旨明確に述べている【人間の取決めは、普通法に基づく法律の定めを排除しないが、特別法や特権

ここでは、「父が筆頭相続人となる旨婚姻に際して表明した長男が父よりも先に亡くなったprimogenitus, quem pater coniugio professus fuerat suum haeredem summum, fato praeveniat parentem ipsum」ため、長男に代わりそ

にかかわる場合はこの限りではない】。ところが、[パリ高等法院の]大法廷の判決では、長男のための将来の遺産にかんする両親の夫婦財産契約上の定めが、男子が存しない限り、当該婚姻から生まれた娘等にも適用されると解されている。これは、アンドレアス・イセルニアの封建法書第2巻第17章第1文注釈、アレクサンデル枢機卿の同第1巻第14章第1文注釈、そして、ティラクエルス『長子権論』第10章【第21番】の見解に従っている。すなわち、[両親が]何れの相続人にも同等に私的に合意すれば、長女は約束されることになるのである(勅法彙纂第8巻第38章「問答契約の締結について」第13法文)。高等法院は、評定官モレウス氏の厳肅な法廷における論争の審理の後、1601年1月27日付けの注目すべき判決において、同様の合意に基づき、父ルドウィクスの一人娘であるスサンナ・デ・グイとマリア・カナヤの請求を認容し、ルドウィクスの年下の兄弟等父方の抗弁を退けた【再婚から生まれたアントニウス・デ・グイの子等の後見人ニコラウス・ル・パージュを原告、ルドウィクス・デ・グイの寡婦マリア・カナヤと、ルドウィクスとカナヤの娘スサンナ・デ・グイの後見人アントニウス・デリユメルを被告とするピカルディ地方の事件】。ところで、アンジューの人々にとって極めて重要なのは、誰かを第一順位の相続人と定めた父の不動産は別の扱いとなるのかどうかである。というのも、アンジュー、トゥレーヌ、メーヌの地に存する財産にかんしては、父によるこの種の宣誓証言や意思表示は資産差止に相当し、処分が禁じられることになるからである。アンジュー慣習法第245条、トゥレーヌ慣習法第252条、メーヌ慣習法第262条。しかし、同様の点が法令に定められていない他の地域に存する財産にかんしては、父等のこの種の意思表示について、婚姻させた子の義務分を侵害するような他の子等への贈与や遺贈の黙示の禁止が存するにすぎない。この種の約定をフランス人の慣行が是認し、裁判所の様々な判断も支持しているのはそのためである。封建法書第2巻第29章第1文、ファベルの勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第30法文及び同第4巻第56章「辱められない条件で奴隷が売却された場合」第3法文注釈、『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集』判決450、451、452【ただし、将来の相続人たる息子についての父の意思表示は、新たに生じた不敬を原因とする廃除を妨げることはない。この場合、義父の財産上に息子の妻のために抵当の負担が留保される】。(De legibus Andium, II, 209-210. 欄外注は【 】で挿入した。)

の「幼い娘*filiola*」が祖父の相続を主張したという事例が紹介され論じられている。当該事案は、パリの北東に位置するピカルディ地方のペロンヌ慣習法(1507年成文化、1567年改定)の通用地域で生じたもので、同改定慣習法第192条の前段には、「貴族間及び封において、娘は、叔父つまり父の兄弟が存する場合、祖父母の相続や長子権について父を代襲しない*entre nobles et en fief, la fille de l'ainé ne represente son pere en la succession de l'ayeul, ou ayeule, en droit de primogeniture, où il y aura oncle, frere de son pere*」⁶³⁾とあるため、亡くなった長男の兄弟等が上記娘の主張を否定したが、娘側は「父の夫婦財産契約*nuptialis patris conventio*」を盾に「祖父の財産に対する条件付きの期待が父の相続人である自分に移転する*ad ipsam patris haeredem transmittatur spes conditionalis avitarum opum*」旨主張してこれに反論した。ショパンによれば、当該「夫婦財産契約*nuptialis conventio*」の効力が成文慣習法に優先すると解しつつも、普通法との調和を考慮し、当該合意に基づく孫の代襲相続分を父の無遺言相続分に限定すべきとの解釈もあり得るところ、ピカルディ地方もその管轄区域に含むパリ高等法院の「大法廷*curia maxima: grand chambre*」による1601年の判決は、「長男のための将来の遺産にかんする両親の夫婦財産契約上の定めが、男子が存しない限り、当該婚姻から生まれた娘等にも適用される*connubialem parentis in primigenium dispositionem de futura sua hereditate, produci etiam ad filias ex eo connubio editas, deficiente virili stirpe*」と解して、娘の主張を認容しその全遺産の相続を認めたとされる。この判決は貴族における夫婦財産契約を通じた相続人指定の効力を認めたものであって、卑属加入とは何ら関わりはない。にもかかわらず、デヴィーニュは、オトンヌの考察に紹介されたラベ説を、卑属加入において受入者が「加入者に不利益な仕方では処分を為し得ない*in praeiudicium affiliati minime disponere posse*」との趣旨に捉えた上で、それを裏付ける「パリ高等法院の管轄全域*tota iurisdictio Parisiensis Curiae*」の実務としてショパンの紹介する上記判決を引用している⁶⁴⁾。しかし、当判決が認めているのは、ラベが主張した平等相

63) *Nouveau coutumier*, II, 637.

続の特約の拘束力ではなく、子の一人を「筆頭相続人*heres summus*」に指定する特約の効力であった。その上、「子等の何れ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ると親を義務づける*declaraciones simplices quendam ex filiis fore principalem heredem parentum tabulis nuptialibus factae parentes ligant*」という理屈が、卑属加入における平等相続の合意乃至約束にそのまま当てはまるかのような理解にも全く説得力がない。

更に、デヴィーニュは、シヨパンが、上記注釈で、「誰かを第一順位の相続人と定めた父の不動産は別の扱いとなるのか*an alibi iaceat patris latifundia, qui heredem sibi fore primarium aliquem praedicarit*」との問いを追加し、地元アンジュー地方、及び、隣接するトゥレーヌ、メーヌの各地方の成文慣習法が明文を以て⁶⁵⁾、合意による相続人指定に反する事後の世襲不動産処分を禁

64) Paraphrasis, 8-9.

65) アンジュー慣習法(1508年成文化)第245条「貴族の男あるいは女でその第一順位の推定相続人にあたる息子乃至娘を婚姻させるにあたり第一順位の相続人として明示した者は、当該婚姻のために締結された契約の後、相手が誰であれ自らの世襲不動産の内、上記相続人を婚姻させた貴族の男女が亡くなったならば当該婚姻時の第一順位相続人にもたらされるはずの相続分について、決して売却し、贈与し、処分目的で引き渡すことはできない。ただし、生活の極端な困窮や財産本体の買戻し等がある場合にはこの限りではない。なお、夫婦財産契約が取得者や第三者の権利を否定する拘束力を生ずるためには、当該契約の適法な公示が求められる。」(*Le grand coutumier general, II, liii.v.-liii.r.*)。

トゥレーヌ慣習法(1507年成文化、1559年改定)第252条「長子権を保持する第一順位相続人として長男を婚姻させた父母は、事後、贈与その他によって、自己の特有財産の三分の二が優先的に当該長子に留保されるようにするほかない。ただし、財産本体の買戻しや生活の困窮が存する場合はこの限りではない。」(*Le grand coutumier general, II, xii.r.*)

メーヌ慣習法(1508年成文化)262条「貴族の男あるいは女でその第一順位の推定相続人にあたる息子乃至娘を婚姻させるにあたり第一順位の相続人として明示した者は、近隣の王領裁判所、もしくは、領主乃至城主裁判所において、当該婚姻のために締結された契約について公示と表明を為した後、相手が誰であれ自らの世襲不動産の内、上記相続人を婚姻させた貴族の男女が亡くなったならば当該婚姻時の第

じている旨論じた部分も引用している⁶⁶⁾。こちらの引用の趣旨は、先の引用とは逆に、夫婦財産契約中の実子間の平等相続合意の拘束力を平民間では否定するボルドー高等法院の上記実務の裏付けとなっていて、想定されている合意の趣旨の相違、つまり、相続の平等と優遇の違いは、貴族と平民の区別とともに、ここでも捨象されている。また、「この種の合意は他の子への贈与の黙示の禁止を含意せず、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シヨパンも述べている *talis pactio implicitam non habet donandi prohibitionem aliis liberis, quod etiam sine statuti expressa dispositione fieri non posse testatur Choppius*」とするデヴィーニュの簡略な要約とは異なり、シヨパン自身は、上記アンジュー慣習法等との比較で、「同様の点が法令に定められていない他の地域に存する財産にかんしては、父等のこの種の意味表明について、婚姻させた子の義務分を侵害するような他の子等への贈与や遺贈の黙示の禁止が存するにすぎない *quoad alibi sita, ubi non idem lege caveatur, talis patrum assertio implicitam habet solam donandi prohibitionem, legandive aliis liberis, in fraudem iustae portionis filii, quem pater matrimonio coniunxerit*」と述べている。シヨパンによれば、この「義務分 *iusta portio*」による制約の下で婚姻時の相続合意以後の処分行為を許容するのが「フランス人の慣行 *Francorum usus*」であるとされるが、これは世襲不動産上に「義務分」を有する実子等を想定した主張であろう。サントンジュ地方においても、既にみたとおり、実子等推定相続人の「義務分」そのものに関わる規定（サントンジュ慣習法第10章第6条）に加えて、子等の一人を優遇する終意処分を制限する明文の規定（同4条）もあり、シヨパンの言う「フランス人の慣行」が通用しているといえる。「義務分」をそもそも有さない卑属加入者との関係では、実子等を優遇する処分行為を妨げる法令上の制約は明示黙示問わず存在せず、その意味では、たとえ卑属加入時に平等相続が合意されたとしても確かに拘束力を欠く。しかし、

一順位相続人にもたらされるはずの相続分について、決して売却し、贈与し、処分の目的で引き渡すことはできない。ただし、生活の極端な困窮や財産本体の買戻し等がある場合にはこの限りではない。」(Le grand coutumier general, II, xcir.)

66) Paraphrasis, 9.

そのような結論を裏付けるほどの積極的な意義を、卑属加入には一言もふれていない上記ショパン説に見出すのはやはり困難と言わざるを得ない。

以上立ち入って見てきたとおり、卑属加入者と実子との間の平等相続にかんする合意や約束の拘束力について、デヴィーニュが言及するようなパリ高等法院とボルドー高等法院の対立は実際に存在せず、オトンヌから引き継いだそのような虚構が、追加されたショパン説の引用によって補われているわけでもない。この点、メシャンは、既にみたとおり、同様に両法院の実務に言及しつつも、より慎重な議論を展開していた。慣習法上の「養子」と実子との間の平等相続合意に拘束力が欠けるのは、平民身分について実子間の平等相続合意が認められないこととの類比でも、平等に反する処分を禁じる法令を欠くからでもなく、慣習法上の養親子関係がそもそも実親子間の「自然の絆*les liens naturels*」に劣後するからなのである。

VI

最後に、養子不利益処分の可否にかんするベシエの見解にも目を向けておきたい。この論点に関する叙述は、『慣習法』には見当たらず、サントンジュ地方南部の未成文慣習の注釈書として著された『慣習』の第7章「贈与及び遺言について*Des donations et testaments*」の末尾に付された補論の一つ「卑属加入にかんする余滴*Digression des affiliations*」(以下「余滴」と略称)⁶⁷⁾で言及されている。Iで既に述べたように、『慣習』は『慣習法』に先立って著され、この「余滴」には、後に『慣習法』の第1章第1条注釈に取り込まれる内容以外にも、特に卑属代位について詳細な議論が展開されていた。その中で、ベシエは、「夫婦財産契約において為された子等に平等に相続させる旨の約束は、父母がその財産を処分し、あるいは、不平等な遺産分割をさせることを妨げるのか*si la promesse en un contract de mariage, de faire*

67) *L'usage de Saintonge*, 280-295. 引用は1647年サント刊第二版による。なお「余滴」全体の試訳は「ベシエとメシャンの卑属代位論」(獨協法学第106号)参照。

succeder les enfans également, empesche les pere et mere de disposer de leurs biens, ou de faire un partage inégal]との論点についても扱っている⁶⁸⁾。そこではまず、子の婚姻時に交わされる平等合意の効力を認めた前述レオ帝第19勅法について、「貴族と平民の区別なく sans distinction de nobles et de roturiers」当勅法を遵守する「パリとトゥールーズの両高等法院 les Parlemens de Paris et Tolose」に、「貴族にかんして pour le regard des nobles」のみ当勅法に従う「ボルドー高等法院 le Parlement de Bourdeaux」の実務が対置され、オトヌの前述第15法文考察とそこに言及された1600年4月の法院判決も参照されているが、これに関連づけてもう一つ、『慣行』の刊行年（1633年）から見て最新の法院判決が紹介されており注目される。その1629年3月の法院判決では、サント在住で「リモージュ総徴税管区の財務官 tresorier en la generalité de Limoges」を務める者とその妻が子を婚姻させる際に、その子を相続人に指定し相続について他の子等よりも優遇する旨約束した合意の効力について判示された。「財務官の職によって彼が授爵されたわけではなかった sa qualité de tresorier ne l'avoit pas annobly」とされる以上、「平等に相続させる旨の約束 la promesse de faire succeder également」は「平民身分の人々に何ら義務を課さない n'impose point de nécessité auu personnes de roturiere condition」というボルドー高等法院の立場に準じて、当該夫婦財産契約上の相続合意もその効力を否定されるべきものとも解される。ところが、高等法院は、「他の子等が当該相続人指定の効力を妨げ、あるいは、父母自身が自らの約束に反する別の処分を為した場合には、その時点で直ちに父母は贈与する au cas que leurs autres enfans veulent empescher l'effet de l'institution, ou qu'eux mesme fassent d'autrent dispositions au prejudice de leur promesse; en ce cas ils donnent des à present comme deslors, et deslors comme des à present」との「条項 clause」が合意時に付されていた点を重視し、そのような違約にかんする特約の有効性を認めたというのである。当該条項に基づき合意違反が贈与を成立させるならば、結果的に平民間でも相続合意の拘束力が容

68) L'usage de Saintonge, 292.

認されたことになる。

ベシエは、夫婦財産契約上の相続合意にかかわる一連の法院判決がそのまま卑属加入一般に当てはまるとは勿論考えてはおらず、子の地位の交換を伴う卑属代位に限定して、法院判決が実子間の相続合意について示した準則の応用を試みている。具体的に想定されているのは、「ある母親が息子と娘を婚姻させ、自らの家に息子の将来の嫁を自らの実の娘の地位に代位させて受け入れ、四人の子がいたため彼女を卑属加入させ自らの財産の4分の1を他の子等各人と同等に相続させる旨合意したune mere en mariant son fils et sa sille, reçoit en sa maison la future épouse de son fils pour estre subrogée au lieu de sa fille naturelle; et ayant quatre enfans il est convenu qu'elle l'affilie pour succeder en la quatre partie de ses biens, comme l'un de ses autres enfans」が⁶⁸、その後、「母は他の子の一人に対してその動産と後得財産並びに自己の特有財産の3分の1を贈与したà l'un desquels elle donne ses meubles et acquets et tiers de ses propres」ため、「養女がこの贈与に異議を唱えたla fille adoptée impugne cette donation」という事案である⁶⁹。ベシエによれば、この事案において、「養

69) L'usage de Saintonge, 292-293.「ある助言に現れた事案espece qui s'est présentée en une consultation」とあり、ベシエ自身が法助言者乃至弁護士として直接関わった事案と解される。ベシエは、代位者の一人が亡くなった場合に存命の代位者は実子の地位を回復し実家に復帰するのか否かという論点に関して、やはり自らの実務経験の中から卑属代位の実例を二つ挙げ、対置している。一つは、「アンドレとアンヌの夫婦からジャンとアグネスが生まれ、マテュランとマリーの夫婦からジャンヌ、ピエールの他に二人の子が生まれた。マテュランの相続はその死により四名の子等によって為され、二つの婚姻、すなわち、ジャンとジャンヌ、ピエールとアグネスの婚姻について同一の夫婦財産契約が交わされ、そこには、ジャンヌとアグネスが相手の家に入り、互いにその立場に代位する旨の合意が付されていた。このような仕方では、アグネスはマテュランの財産の4分の1にあたる既発生の子を相続取得し、マリーの遺産を取得することになる。ジャンヌの方では、彼女はアンドレとアンヌの家に入り、両者の実の娘として両者を相続する望みを得る。ピエールとアグネスの間には子が生まれ、その子は母の死の後に亡くなり、母の遺産を父であるピエールに引き継いだ」(L'usage de Saintonge, 284.)という事案であり、もう一つは、「サ

女」側は、当初の平等相続合意のとおり遺産の4分の1を求めるにあたって、二つの論拠を挙げたとされる。一つは、自権者養子縁組の下で養親が正当な理由なく未成熟養子を廃除あるいは家父権免除した場合や養子の成熟前に死亡した場合に、縁組以前に養子が保有していた財産の回復に加えて、養親の遺産の4分の1の承継を未成熟養子に認めるローマ法文⁷⁰⁾である。これは、卑属代位における「養子」が、単純な卑属加入者とは異なり、実子の地位の相互的な交換を伴うことから、ローマ法上の自権者養子との類比も可能であること、そして何よりも、未成熟自権者養子に認められる「全財産の4分の1 le quart de tous biens」が上記卑属代位における合意内容と一致することに着目した論拠であろう。この未成熟自権者養子の相続分については、前述のとおり、フェロンが、卑属加入者一般の権利の制限という全く異なる文脈においてであるが、既に言及していた。もう一つの論拠は、父の実子に対する生前贈与について受領による効力確定を説くデムーランの助言36第9番であり、こちらも、デヴィーニュが、卑属加入時に「養子」の相続分が確定的に明示されている場合に「養親」の事後的な不利益処分が否定されるという文脈で言及していた。ベシエの扱う上記卑属代位の事案でも「養女」の相続分は最初から確定しているわけであるから、母の不利益処分を妨げる論拠と解する余地は確かにあろう。

しかし、ベシエ自身は、この「養女」側の主張に与してはおらず、「彼女はその義務分で満足すべきであり、遺言作成の自由は剝奪され得ない elle se doit

ントの管轄区域のジャンヌは、母から相続を得た後に、未成熟であった時に、マリーとの間で交換を為し、マリー自身は、母は存命であったが、父についてはサン＝ジャン＝ダンジェリの慣習法に基づいて相続済みであった。マリーと、ジャンヌの弟であるピエールとの間に一人の子が生まれ、その子は、母を相続し、その後間もなく亡くなった」(L'usage de Saintonge, 285.) という事案である。何れも亡くなった代位者に子があった事案であるが、ベシエによれば、当該代位者(アグネス)が死亡前に既に養親を相続している前者では、存命代位者(ジャンヌ)の原状回復の請求は認められず、代位後に養親について相続が生じていない後者では、実子の地位の交換によって取得したはずの養親の相続権が代位者の一方(マリー)の死亡により消滅するので、存命代位者(ジャンヌ)は実家に復帰せねばならないとされる。

70) Inst. 1, 11, 3; D. 1, 7, 22, pr.; 5, 2, 8, 15; 37, 6, 21.

contenter se sa legitime; neque libertatem testamenti faciendi potuit auferre」と述べている⁷¹⁾。「遺言作成の自由libertas testamenti faciendi」を尊重する後段部分については、父の嫁資合意における平等相続の約束の拘束力を否定した前述の勅法彙纂第2巻第3章第15法文が引用されているが、前段の「義務分legitime」については具体的な典拠は指示されていない。ベシェの「余滴」が、ローマ法が「成文法le droit écrit」として通用するサントンジユ地方南部でこれを修正補充する役割を果たしていた未成文慣習の注釈書の一部である以上、ここに言う「義務分」は北部で通用していたサントンジユ慣習法の前述第10章第6条所定のそれではあり得ない。ベシェが『慣習』において初めて印刷公刊し注釈を施した未成文慣習は、『慣習』の表題⁷²⁾や序文⁷³⁾にあるとおり、シャルル8世(在位1483-98年)治下での成文化作業が頓挫した後、写本の形で実

71) L'usage de Saintonge, 293.

72) 『古き写本から抜粋編集され、注釈によって解明され、多くの証人団の審尋と公知証明書により裏付けられた海とシャラントの間のサントンジユの慣習L'usage de Saintonge entre Mer et Charente, colligée des anciens manuscrits, illustrée de notes, et confirmée par quantité d'enquêtes par turbes et nototietez』

73) “シャルル7世がイングランド人の放逐によりフランス王国を再興させ、王国の諸慣習法を認証させるべく命令を下し、その王位継承者等がこれを引き継いだため、孫のシャルル8世の時代にサントンジユの当地方においてもそれが試みられたが、不完全な取り組みのために不首尾な結果となったその時からやがて二世紀がたとうとしている。爾来、それ以前と変わりなく、我々の父祖は、海とシャラントの間のサントンジユの慣習と呼ばれる慣習法を常に遵守してきたが、未だそれは印刷されておらず、手から手へと伝承され、時の積み重ねと運用からその効力を得ている。我々が手にしている写本には、各人がそのやり方と経験を踏まえて注釈を施している。各地の昔の弁護士らの所見と共に多くの写しを私が集めてきたのは、我が故郷の法律に精通したいという欲求からであって、書物を著そうと考えたわけではない。また私は、多くの条文を検証するために、上座裁判所の審理で提示された多数の公知証明書に注意深く目を通した。これらのことに従事するうちに、公知証明書に照らして古い写本を修正し、各条文に注釈を加えてそれらを更新することで我が故郷に幾らかの貢献を為し得るのではないかという考えが浮かんだ。…”(L'usage de Saintonge, a.r.-a.v.)

務家の間に広く流布していたものであり、その第7章第1(61)条には、「何人も、生存者間贈与にせよ死因贈与にせよ、自己の動産と後得財産の全ての他、家産の3分の1に限って贈与することができる。家産を有しない者は、その場合に家産の代わりとなる後得財産の3分の1と動産を贈与できる。家産も後得財産も有しない者は、この場合に家産の代わりとなる動産の3分の1のみを贈与できる。Nul nu peut donner entre vifs, ou à cause de mort, que tous ses biens meubles et acquets, et le tiers de son patrimoine. Celuy qui n'a point de patrimoine, ne peut donner que le tiers de ses acquets et ses meubles, lesquels acquets en ce cas tiennent lieu de patrimoine. Et celuy qui n'a point de patrimoine, ny d'acquets, ne peut donner que le tiers de ses meubles, lesquels aussi en ce cas tiennent lieu de patrimoine.」⁷⁴⁾とある。本条が、サントンジュ慣習法の第10章第1(74)条から第5(78)条に内容的に符合するのは明らかであり、残りの「世襲不動産の3分の2 les deux parties de son heritage」が推定相続人に留保される旨の第6条に対応する条文こそ見られないが、同様に「家産patrimoine」の「3分の2 les deux parties」を推定相続人の「義務分」とする趣旨は本条から容易に読み取ることができる。デヴィーニュの『釈義』のサントンジュ慣習法第1条第1章の前述注釈の中でも、「本慣習法やサンス上座裁判所管轄区の未成文慣習によれば、相続人全てに区別なく義務分が認められており、当該義務分は、後者の慣習によれば、遺産の世襲不動産から負債を全て控除したものの3分の2と算定され、本慣習法においても同じ遺産の割合と算定されているheredibus omnibus indistincte debetur legitima dicta consuetudine et usu non scripto Santonum presidialium quae taxatur dicto usu ad octo uncias totius assis haereditarii fundi patrimonialis, immunes ab omnibus oneribus et per dictam consuetudinem ad eas dem assis partes」と指摘され、両者の一致が自明のものとされていた⁷⁵⁾。その「未成文慣習usus non scriptus」の同じく第7章第4(64)条にも、「相続、遺言、遺贈にかんす

74) L'usage de Saintonge, 188.

75) Paraphrasis, 3-4.

る他の点については成文法に律せら司られる習わしである*Au reste des successions, testamens, et legs, l'on a accoutumé de se regli et gouverner suivant le droit écrit*⁷⁶⁾とあるように、サントを中心とするサントンジユ地方南部が成文法地域であることは確かであるが、ローマ法のように財産一般ではなく、「家産」乃至「世襲不動産」について、サン＝ジャン＝ダンジェリを中心とする北部の成文慣習法と同じ「3分の2」の「義務分」が慣習上認められていたわけである。

母がこの「義務分」を侵害しない形で動産と後得不動産の全てに加えて世襲不動産の3分の1を実子に生前贈与した以上、卑属代位時の合意を盾に「全財産の4分の1」を求める「養女」の訴えは成文法地域であるサントンジユ地方南部においてもやはり退けられねばならない。ただし、ここでベシエはそのような「養女」の主張が例外的に認められる可能性にも言及している⁷⁷⁾。彼女が慣習上の「義務分」に甘んずる結果になったのは、卑属代位時の合意に「他の子等各人と同等に*comme l'un des ses autres enfans*」相続させるという平等相続の趣旨が含まれていたからでもあった。というのも、ベシエがオトンヌに倣って言及した1600年のポルドー高等法院の判決にあったように、平民間での平等相続合意にはそもそも拘束力はなく、合意後も自由な財産処分が容認されるからである。しかし、仮に上記事案において、「代位した娘が交換の代償乃至対価として養母の全財産から4分の1を取得する旨の極めて明確な条項があり、彼女が他の子等各人と同等に相続するとは述べられていなかったならば*si la clause estoit bien expresse, que la fille subrogée prendroit en recompense et contr'échange une quatre partie de tous les biens de sa belle-mere; sans dire qu'elle succederait comme l'un de ses autres enfans*」、事情は異なる。平等合意を欠けば上記法院判決の射程からは外れることになり、「全財産から4分の1を取得する*prendroit une quatre partie de tous les biens*」旨の「極めて明確な条項*la clause bien expresse*」の効力のみが問題となる。ローマ法上のい

76) *L'usage de Saintonge*, 271.

77) *L'usage de Saintonge*, 293.

わゆる無名踐成契約 *contracrus re innominati* の一つである交換 *permutatio* とも類比しつつ⁷⁸⁾、このような条項の効力を認め、卑属代位において「養子」が実子以上の遺産を実子の地位の交換の対価として取得する可能性をみとめるのがベシエの結論である⁷⁹⁾。平民間の相続優遇合意の効力を違約時即時贈与の「条項」の存在故に認めた前述の1629年の法院判決は、そのような結論を導く実務上の権威として引用されたのである。そこには、卑属加入者の取得財産が予め明示限定されている場合に事後の不利益処分⁸⁰⁾の効力を否定したデヴィーニュやメシヤンの論法と相通じるものを見出すこともできる。

とはいえ、ベシエの議論では「養子」自身に実子と同等の「義務分」が存することが前提とされており、その射程はあくまで卑属代位における相続に限定される。卑属加入について、無償加入、有償加入、卑属代位の三類型を想定するベシエの類型論は『慣習』収録の当「余滴」において既に提示されているが、後の『慣習法』での議論に比べると、卑属代位が、「卑属加入者が受入者の家に持参する財産 *biens que l'affilié porte en la maison de l'affiliant*」に着目する狭義の有償加入と共に、「有償による場合の下位区分 *une subdivision de titre onereux*」として一括されている点に特徴がある⁸⁰⁾。そのように自らの実子の

78) ベシエは、交換の目的物を既に引き渡した者が未だ引き渡さない相手方に対して不当利得返還請求訴権 *condicio* を行使することを認める法文 (D. 19, 4, 1, 4; C. 4, 64, 5.) を引用している。この引用が、実子の地位の「交換」にあたる卑属代位の拘束力を強調するものなのか、それとも、当該条項の不履行を理由に交換相手に実子の地位の返還を求めることを認める趣旨なのかは不明である。

79) 別の箇所ではベシエは、「代位者 *le subrogé*」は「包括承継について訴えを提起できるし、自然的な相続人の有するその他の権利や利益を享受し得る *peut former complainte pour la succession universelle, et se servir de tous les autres droits et avantages du naturel héritier*」(L'usage de Saintonge, 286.) と述べているが、そのような訴えの可否は、包括承継について定めた卑属代位の合意内容次第ということになる。なお、指定漏れを理由とする代位者の遺言無効の訴えの可否について、ベシエは、『慣習』では消極的な立場であったが (L'usage de Saintonge, 282.)、後の『慣習法』では積極説に転じている (Coutume, 6.)。

80) L'usage de Saintonge, 281.

地位の対価として交換相手の実子の地位を取得するという卑属代位の有償性を強調するならば、卑属代位はまず有償加入の一例として無償加入に對置されねばならない。ただし、この無償加入と有償加入の区別にかんしても、「余滴」は『慣習法』とは異なる理解を示している。既にみたとおり、サントンジュ慣習法の第1章第1条では、卑属加入者の相続分が原則として動産と後得不動産に限定され、例外的に世襲不動産に及ぶ場合の一つとして有償加入が位置付けられていたが、「我々の慣習の下ではこの点は通用していない *ce qui n'a pas de lieu en notre Usance*」というのである⁸¹⁾。南部の未成文慣習にサントンジュ慣習法第1条のような規定がない以上、卑属加入は、無償有償の区別なく、贈与や遺言による財産処分的一种として、前述の慣習第7章第1条に従い、「家産」の「3分の1」に限ってその効力を及ぼすわけである。このように無償加入と有償加入の区別が、サントンジュ慣習法第1条の定める世襲不動産の取得の可否とは無関係であるとすれば、区別の意義は、結局、「受贈者 *donataire*」として取得する受入者の財産に不服な場合に、有償加入者であれば、「債権者 *creancier*」として卑属加入時の持参財産の回復を選択し得るという点に尽きる。

一方、有償加入の下位区分として、卑属代位が狭義の有償加入から区別されるのは、卑属代位によって家族に迎えられた「婿 *le gendre*」や「嫁 *la bru*」が、「義理の父母やその一方 *leur beau-pere et belle-mere, ou l'un d'eux*」との関係で、単に「組合 *société*」に基づく財産の共有関係に入るのではなく、「代位した実子と同じ権利を取得する *aura les memes droits que l'enfant naturel*」からである。卑属代位による「養子」の「義務分」はそのような「実子と同じ権利 *les memes droits que l'enfant naturel*」の象徴なのである。にもかかわらず、そのような「養子」であっても実子以上の利益の享受は原則認められず、「養親」は「養子」の「義務分」を害しない限り実子優遇の処分行為を依然為し得るとというのが、先のバシエの結論であった。この卑属代位における「養子」の劣後的地位を、例えば「自然の絆」の有無で説明してしまうならば、実子に準じた「義務分」によって画された卑属代位と他の卑属加入との区別がかえって曖昧

81) *L'usance de Saintonge*, 282.

となる。これに対して、ベシエは、「養子」に「実子と同じ権利」を付与する卑属代位の特徴を踏まえた説明を試みている⁸²⁾。すなわち、「養子」は実子同等の「義務分」を留保して「養親」を相続できるが、「交換相手の傍系親族 *collateraux de son compermutant*」は勿論のこと、たとえ「直系尊属 *ascendants*」であっても「卑属代位に同意していない *n'auront pas presté consentement à l'affiliation et subrogation*」者を相続することはできないのである。この点については、サントンジュ慣習法にも未成文慣習にも規定はないため、他地方の成文慣習法として、メシャンも引用している前述ニヴェルネ慣習法第23章第25条に加えて、ブルボネ慣習法（1493/4年成文化、1521年改定）第21章「夫婦、嫁資、寡婦分について *Des gens mariez, dots et douaires*」第265条⁸³⁾が、慣習法文献として、ギー・コキユ *Guy Coquille* (1523-1603年) の『ニヴェルネ地方及び公領の慣習法 *Les coutumes du pay et duché de Nivernois*』(1605年初版) 第25条注釈⁸⁴⁾ や『フランス法提要 *Institution au droit des François*』(1605

82) *L'usage de Saintonge*, 282.

83) “人がその子等を相互に婚姻させる場合、一般に交換と呼ばれるこのやり方で婚姻した子等は、動産、世襲不動産、並びに、後得不動産について、彼等がその地位に代位した者等有していただけの権利を取得し、それを保持し身につけ続けるため、父、母、そして、当該婚姻に召集され同意した直系尊属等を相続し、嫡出の実子等の場合と同様に彼等が代位するそれらの権利は、タイユ税、死亡税、作物税にかんする領主の権利を侵害しない限りで、当該交換により以後彼等に帰属するものとみなす。しかし、当該交換もしくは帰属によって父母や直系尊属以外の男系相続の失権が生じることはなく、娘も父母や直系尊属以外の相続には与り、兄弟姉妹その他の傍系親族は男子相続人や男系卑属の存する限り、代襲の諸条件に服する。ただし、反対の合意が存する場合はこの限りではなく、また、当慣習法は貴族以外の者の間でのみ通用するものとする。”(*Le grand coutumier general*, II, ccxlv.v.-ccxlvii.r.)

84) “ブルボネ慣習法第265条がこの点についてほぼ同じように定めているが、ある制限を加えており、それは、当地方においても通用するのに十分な理由があるように私には思われる。その制限とは、婚姻に同意した尊属を相続するという点、そして、上記慣習法は貴族以外の者の間で通用するという点である。当慣習法は、古いサリカ法に関連しており、封建法書第2巻第29章「貴賤婚姻として締結された婚姻から生まれた子等について」にその典型例がみられ、それによれば、将来相続にかんす

年初版)「相続及び遺産についてDes successions et hereditez」の一節⁸⁵⁾が、それぞれ援用されている⁸⁶⁾。

る合意は、婚姻の優遇により、ローマ法の準則【勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第15法文】に反して是認されるとされている。”(Les coutumes du pay et duché de Nivernois, 571.引用は1605年パリ刊初版による。)

85) “自由人は交換により子等を婚姻させることができ、交換された子等は、彼等が迎えられた家において、既に取得されている権利につき、彼等が代位した者等と同等の権利を取得する。また更に、彼等は尊属からの相続についても同等の権利に与る。

それ以外の相続にかんしては、親族等は相互にその親等に従い承継する【ニヴェルネ慣習法第23章第25条】。ブルボネ慣習法295 [→265] 条は、婚姻に同意した尊属の相続にこれを限定している。そこには更に、彼等が尊属の相続に与る家に属するとみなされるとある。なお、以上の点は貴族ではない者等の間で妥当する。”(Institution, 298-299.引用は1611年パリ刊第三版による。)

86) ベシエは更に、ラベによるペリー慣習法第6章第7条注釈(前注57参照)と、ジョブ・ブヴォ Job Bouvot(?-1636年)の『ブルゴーニュ高等法院新判決集Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne』第1巻(1623年初版)「養子縁組Adoption」及び「卑属加入Affiliation」の項の問題1を引用しているが、何れにも、卑属代位者の尊属相続権を同意の有無によって制限する趣旨の記述は見当たらない。なお、後者では、傍論ながら、「婚姻する二つの家の二人の娘の交換と卑属加入は優遇され、血族関係と同じものが生じる。人格と財産の交換を伴うこの卑属加入は、法によって容認され、代位するものが代位された物の性質を備えるとされるもの全般について妥当する。また、養子縁組が自然を模倣するのであれば、現世における権利の真正な交換である卑属加入については猶更そうである。l'eschange, et affiliation de deux filles de deux maisons qui marient est favorable, et idem operatur ac conanguinitas; et cette affiliation qui emporte une subrogation de personne et de biens, est permise de droit et a lieu in universalibus, in quibus subrogatum sapit naturam rei subrogatae et si adoptio imitatur naturam, multo magis affiliatio, quae vera est permutatio iuris in temporalibus。」(Nouveau recueil, I, 2-3.引用は1623年ジュネーヴ刊のテキストによる。)とあり、ニヴェルネとブルボネ両地方の東側に隣接するブルゴーニュ地方においても、成文慣習法(「ブルゴーニュ地方及び公領の一般慣習法 Coustumes générales du pays et duché de Bourgogne」1459年成文化、1570年改定)上に明文の定めがないにもかかわらず、「人格と財産の交換を伴う卑属加入affiliation

「養子縁組」、「養子」、「養親」といった概念の借用にもかかわらず、ローマ養子法は、本稿が扱った何れの論者においても、慣習法上の卑属加入の独自性を強調する消極的な論拠の役割を果たすに留まっている。卑属加入とは、家系存続や労働力確保を目的に主として婚姻を契機に為される組合と処分行為（遺贈や贈与）の特殊な結合形態であり、卑属代位も、メシヤンがその類型論と本質論を通じて看破したとおり、後得財産の共有という組合的要素を決して失うことはない。卑属代位による「養子」が実子に準じて慣習法上の「義務分」を主張できるのは、そのような後得不動産や動産を除いた「養親」の世襲不動産についてである。この慣習法上の「義務分」は、世襲不動産の段階的な擬制によってローマ法本来の義務分に多少とも接近しているにせよ、ローマ法が最終的に他権者養子縁組に残存させた効力、すなわち、養父の財産一般に対する包括的な「無遺言相続権*ab intestato iura successionis*」⁸⁷⁾とは原理的に相容れない。「養子」に「実子と同じ権利」をもたらすとされる卑属代位についてさえ、その積極的な裏付けや実務上の問題解決にローマ養子法が参照される余地はほとんどなかったのである⁸⁸⁾。

(完)

qui emporte une subrogation de personne et de biens」が許容されていたことが分かる。また、この卑属代位の効力が、固有法ではなくローマ法、具体的には、「養子縁組は自然を模倣する*adoptio naturam imitatur*」(Inst. 1, 11, 4.)という理屈の類比によって裏付けられている点でも注目されるが、ローマ法上の養子縁組の効果をそのまま持ち込む意図をそこに読み取ることはできない。なお後注88も参照。

87) Inst. 1, 11, 2.

88) 例えば、ベシエは、「二つの婚姻と、夫婦等の内の二名の相互的な代位の後に、その一方が子の無いまま亡くなる*apres deux mariages, et la subrogation mutuelle de deux conjoints, l'un decede sans enfans*」場合について（子のある場合については前注69参照）、「それ以上交換を存続させず、交換当事者の内の存命者を実父母の遺産を受け取る地位に戻すべきものと解されている*nous observons de ne faire plus subsister l'échange, en renvoyant le survivant des compermutans recueillir l'heredité de ses pere et mere naturels*」と述べた際に、「家外者について為される養子縁組によっては、実父の権利は決して解消されず、その者は他の家に移らなかつ

たかのようにあり続けるものとする *sancimus per adoptionem quidem ad extraneam personam factam iura naturalis patris minime dissolvi, sed ita eum permanere, quasi non fuisset in alienam familiam translatus*」との法文 (C. 8, 48, 10, pr.) を援用しており (L'usage de Saintonge, 283.)、卑属代位をめぐる実務上の問題の解決にローマ養子法が活用されているかのような印象を与える。しかし、ローマ法上の他権者養子縁組 *adoptio* にかんする上記準則は、あたためて言うまでもなく、養父を相続する権利をもたらすだけで家の帰属に影響を与えない家外他権者対象のいわゆる不完全養子 *adoptio minus plena* を前提とするもので、しかも、当準則から帰結する実父の相続と養父の相続の同一人における併存という事態は、卑属代位における実子の地位の交換とは全く相容れない。実際、「養子の先死 *predecés de l'adopté*」という同じ論点を扱うメシヤンは、ローマ法源に一切言及することなく、「交換された者の一人が亡くなった場合には、慣習法の規定に従い、その相続は実親に帰属するものとする *si l'un desdits eschangez decede, sa succession appartiendra à ses propres parens, selon la disposition de la coustume*」とした前述ニエルヴェ慣習法第23章第25条後段を引用している (Commentaires, 8-9.)。