

《資 料》

ベシエとメシヤンの卑属代位論*

藤 田 貴 宏 (訳)

ベシエ『海とシャラント川の中のサントンジユの慣習』から
「卑属加入にかんする余滴」

卑属加入は、我々の夫婦財産契約に、とりわけ農民間において、非常によくみられるものなので、これについて幾らか考察を加えるのが有益であると思われる。我々の用語法は古代ローマ法に由来する【『ガイウスの法学提要摘要』第1巻第4章に「養子、すなわち、卑属加入者についても当てはまる云々」とある】。我々のフランス法学上の一般原則となっているのは、相続人指定、組合、婚姻のための贈与の形式、あるいは、家名や紋章を担う負担付き、あるいは、その他の仕方で企図される卑属加入が、貴族の間で為されるのであれ、平民の間で為されるのであれ、「たとえ存命の子等が存しない場合であっても」、法文、あるいは、それぞれの地方で受容され確立されている慣習法で許容されている範囲の贈与の効力のみを有するという点である。従って、卑属加入者は、卑属

* 以下は、コスム・ベシエCosme Bechet(1580?-1652年)の『海とシャラント川の中のサントンジユの慣習L'usage de Saintonge entre Mer et Charente』(1633年初版)所収の「卑属加入にかんする余滴Digression des affiliations」、及び、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)の第1章「卑属組合及び卑属加入についてD'association et affiliation」第1条注釈第6章から第8章の試訳である(前者は1647年サント刊第二版280-295頁、後者は1650年サン＝ジャン＝ダンジェリ刊初版9-12頁による)。卑属加入一般、及び、その一類型としての卑属代位については、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。

加入が代位によって為された場合を除いて、封にせよ平民の財産にせよ相続する資格はなく、遺産占有の訴えを申し立てる資格もない上、卑属受入者やその親族によって売却された財産について親族取戻を行う資格もない【ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節詳解』文言〈妻云々〉注釈第758番、マズエ『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、同じくモリナエウスのサン＝ジャン＝ダンジェリの慣習法第1条への注記、ティラコー『親族取戻論』第1条第8注釈第16番、同『貴族身分論』第15章第5番以下、同『長子権論』第85章第11番、同『勅法彙纂第8巻第56章第8法文詳解』文言〈子等をもうけた〉への注釈第22番、コナン『市民法注解』第2巻第15章、エギナリウス・バロン『法学提要注解』第1巻第11章「養子縁組について」注釈、ボダン『国家論』第1巻第4章末尾、アンペール『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『オベンヌ権論』第23章第8番、モルナク『考察集』学説彙纂第1巻第7章考察。以上から、慣習法が〈子等〉と定めている場合に、父母が子等のために生存者間であれ死亡を原因とするものであれ何らかの処分を行うとしても、養子に迎えられた者が実子で嫡出の子等の中に含まれることは決してないと言える【ティラコー『勅法彙纂第8巻第56章第8法文詳解』文言〈子等をもうけた〉への注釈第7番】。同様に、我々の慣習も、特有財産の3分の2を、それが直系であれ傍系であれ、慣習法上の義務分として近親者に付与しているので、卑属加入がそこに立ち入ることはできない。というのも、卑属加入は、動産、後得財産、そして、特有財産の3分の1の贈与にすぎず、遺贈を受け入れ、人的かつ動的な債務を弁済することを条件とするものと解されるからである。また、卑属加入者が、実子に代位させられる場合を除いて、卑属加入を為した者を相続することが決してないのと全く同様に、卑属として彼等を受け入れた者が、彼等、つまり、外部者として贈与や恵与を得る資格を有するに留まる子等を相続することは決してない【マズエ『裁判実務』「証明について」第38番、ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節詳解』文言〈妻云々〉注釈第196番及び第197番】。我が国の法律家等は彼等を合意による相続人乃遺産継承者と呼んでいるし、大セネ

カは『論争集』第2巻論争1で「接ぎ木された相続人」と呼んでいる。

ローマ法では女性は養子縁組する権能がないとされ【法学提要1巻11章第10節、勅法彙纂8巻48章第5法文、ゴトフレドゥスの同法文注釈】、同じくローマ法学によれば養子縁組は君主や政務官の許可によってのみ為されるとされてはいるが【学説彙纂1巻7章第2法文、勅法彙纂8巻48章第4法文及び第6法文】、我々は、性別に全く関わりなく、卑属加入は夫婦財産契約において為し得ると考えている【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、ラベ『ベリー慣習法注解』「贈与について」第7条注釈、ブヴォ『ブルゴーニュ高等法院判決集』第1巻問題1「養子縁組」、シャロンダのプティエ『田舎法書』第94章注釈】。ただし注意する必要があるのは、卑属加入が無償で為される場合と有償で為される場合が存するという点である。また、有償による場合の下位区分として、卑属加入者が受入者の家に持参する財産を考慮する場合と、代位による場合が存する。単に無償の卑属加入と言えるのは、卑属加入した者が単純な受贈者以上の特権や待遇を得ることがない場合である。しばしば行われるように、婿や嫁によって義父や義母にもたらされる金銭の考慮によって卑属加入が成立するとしても、法定相続人等は、その者に対して、自己の金銭を取り戻すために債権者の地位を受け入れるか、あるいは、動産、後得財産、あるいは、特有財産の3分の1の受贈者の地位を受け入れて、「詐害目的で養子縁組が為されないように」債務や遺贈の負担を支払うよう義務づけることができる【学説彙纂48巻20章「有責判決を受けた者の財産について」第7法文2節、フェッロヌス『ボルドー慣習法注解』「遺言について」第8条注釈】。最後に、卑属加入者が代位によって家族に迎えられた場合、当人は、彼が代位した実子と同じ権利を取得することになる。ただしその場合、代位の相手方の傍系親族や直系尊属で卑属加入と代位に同意していない者等を相続することはないという点で「実子とは」大きく異なる【ラベ、ブヴォの前掲箇所、コキーク『フランス法提要』「相続について」の章「別の相続において云々」の行、ブルボネ慣習法第295〔→265〕条、ニヴェルネ慣習法「夫婦の権利について」第25条及びコキークの同条注釈】。この卑属加入者もまた親族取戻を求める資格はない【ティラコー『親族取戻論』第1条第8注釈第16番】。それど

ころか、彼の異議申し立てが、彼を養子に迎えあるいは卑属に受け入れた者の遺言を覆すことは、卑属加入時に彼が権利や能力について未成熟者であっても成熟者であっても、不可能である【ベネディクトゥス『別書第3巻第26章第16節詳解』文言〈妻云々〉注釈第758番以下、アンベール『便覧』「養子」、パボン『高等法院判決集』第7巻「遺言の無効について」注釈1「養子云々」の行、ボダン『国家論』第4巻第4章、ティラコー『勅法彙纂第8巻第56章第8法文詳解』文言〈子等をもうけた〉への注釈第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】。

婿や嫁が家に卑属として受け入れられず、単に義理の父母やその一方と組合を為し、子等が彼等に対して後得の動産、及び、家産の3分の1の放棄を組合の効果として望んでいる場合、私は、他の財産と、組合存続中に取得された財産とを区別することにしたい。すなわち、前者の財産にかんしては、卑属加入者に債権者や受贈者の資格を義務づけるのは子等の権利であり、もしそうでなければ、このような方法で子等の義務分に裂け目をいれることができることになってしまう。これに対して、組合において取得された財産については、このような不都合は生じないであろう。以上の点について、私は、サン＝ジャン＝ダンジェリの慣習法第1条が卑属加入者、養子、卑属組合員に動産と後得財産のみを付与し世襲不動産には触れていないのを無視し、この点是我々の慣習では通用していないと解することにしたい。というのも、我々はこの種の制限を全く加えていないからである。

先に述べたとおり、卑属加入は、時折、加入者が受入者の家に持参する金銭を考慮して為されているが、結果を伴わない単なる約束だけで卑属加入を成立させるのに十分かどうか疑問が生じ得る。このような疑問は、卑属加入者が支払能力を欠く場合には当然のものであると私には思われる。というのも、彼は詐欺を働いているのであり、そこから利益を得るべきではないからである。同様に、嫁資を夫の下に持参しなかった妻は贈与を受ける資格はないとされる【勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻前贈与、嫁資外財産について交わされた合意について」第9法文の公撰集引用要約文第2文】。一方で、合意に相互的な約束や

債務が含まれているならば、一方の不履行は他方の解消をもたらすというのが法の準則である【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】。しかし、反対に、卑属加入者に支払能力がある場合、約束を履行する能力が詐欺の疑いを免れさせ、依然履行すべき立場に留まるのは明らかであり、履行のためには、卑属加入者に督促し、判決を以て、履行しなければ卑属加入に基づく権利を失う旨命じてもらう必要がある【「この点は裁判官の下で審理されることになる」学説彙纂22巻1章「利息について」第32法文】というのが私の考えである。

我々がしばしば目にするのは、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場合であり、この場合、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【「実父の権利は決して解消されず、他の家に移ら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】。この理屈は優れている。というのも、代位は、婚姻から生まれる子による適法かつ継続的な相続への期待の上に為されるにすぎず、当該期待の喪失以後はその存続にもはや根拠はないからである。従って、存命者は重要ではなくなるので生まれついた地位に戻り、血族相続人等は彼等の財産が家外の者に移転するとは考えない。とはいえ、相続が代位後に既発生であるならば、存命者は自身のものを保持し、先死者の法定相続人等を先死者が存命中に得た権利の相続へと振り向けることができるものと私は考える。遺産への期待と遺産の取得、つまり、期待と享受の間には大きな差があるからである【「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「債権者を詐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】。それでは、交換当事者の一方の死亡時に、一つの相続のみが既発生の場合は如

何に解すべきであろうか。この場合、交換は無効となるものと解されるかもしれない【「引渡が行われなかったかのよう」に」学説彙纂19巻4章第1法文4節】。しかし、卑属受入者の一方の先死により取得した者がそれを望む限り、既に取得された権利のために交換は存続する。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し得るからである。私が実際に申立てられたのを目にし、実務に現れた事件が事例として役立ち、私の論じる問題を幾らか解明してくれよう。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、アグネスはマテュランの財産の4分の1にあたる既発生の相続を取得し、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。その後、婚姻時には未成熟者であったジャンヌが財産の交換と代位の原状回復を求めて裁判所命令を得た。当該命令書は、彼女の未成熟に加えて、既発生の相続を放棄した点を根拠とする。ただしこれはバリ高等法院が、将来の相続を放棄した娘等の原状回復を否定している【ワァッラ『難問論考集』「父や母の相続の放棄について」第3番】のと同じく、否定するところである。また更に、ジャンヌは義理の父母であるアンドレとアンヌを相続することもできなかったとされる。というのも、両人の実の娘が既に亡くなってしまったからである。以上に対して、ピエールは、抗弁として、未成熟は当該争いでは重要ではない旨主張している。その理由は、普通法や公知の法に基づき行為する者は決して欺罔されることにはならないというのが法における確実な準則であるからとされる【学説彙纂50巻17章「古法の諸原則について」第116法文1節、勅法彙纂2巻22章「未成熟の家子について」第2法文、モルナキウス同法文注釈】。また、裁判所は、運命の成り行きや偶然に抗して原状回

復を求める者に耳を傾けることはないとも主張された【学説彙纂4巻4章「25歳未満の者について」第11法文4節、同27巻8章「政務官に対する訴えについて」第1法文11節】。「我は望まん、行為を結果で難ずべきと解する人に幸なからんことを」[Ovidius, *Heroides*, II, 85-86.]と言われ、同等の期待は不確実な出来事に左右されるものであるというのである【勅法彙纂2巻3章「合意について」第1法文、同2巻4章「和解について」第11法文】。更に、子の死亡により相続権が彼に取得され、その結果もはや財産は元のとおりではなくなったこと、当該相続は悲しみを慰藉するために彼に留保されるべきであること、ジャンヌは、当該相続について、その夫と共に、夫と彼女以外に子の存しない家において、財産と物品を全て相続することで償いを得るし、彼女が出てきた家においても[実母マリー死亡時に]4分の1を得ることが主張された。以上に対して、ジャンヌが再抗弁として、アンドレとアンヌが娘のアグネスに嫁資を与えていたのであれば、嫁資はその孫娘の死亡後に復帰したはずであること、ピエールがそれでも交換の存続を望むのであれば、「取戻権にかんする論考」第16章に定められた例に従って、[孫娘の]祖父母[アンドレとアンヌ]が[実娘アグネスによって取得された]ジャンヌの父方財産を取得すべきであることを主張した。これらの申立事由には幾らかもつともな点があった。しかし、この事案と第16章で扱った事案との相違を検討した後、我々は、ジャンヌが依然存命である以上、取戻は起こり得ず、また、問題になっているのは相続の一つであるから、彼女はその卑属加入した家において生ずることになる二つの相続の内の最初のものに対する期待へと促されるのが正当であり、更には、彼女は父の遺産から得られたはずの相続分を[アグネスとその娘を経て]弟のピエールに、偶然の幸運な出来事から彼に取得されたもののように、与えたことになるとの見解に達した。彼女の母マリーについて生ずべき相続にかんしては、[アグネスが亡くなった以上]「他の家族に移らなかったかのように」彼女に期待が保持される。

子の無いまま亡くなった場合の代位の解消について言及したついでに、私は次のような事案[代位後相続未発生で代位解消]を紹介しようと考えた。サ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[マリー]を相続し、その後間もなく亡くなった。ジャンヌは、父を相続するために必然的にサントの管轄区域に戻らねばならない。なぜなら、マリーは既に亡くなり、その母の相続を得られるのは実子のみである以上、ジャンヌはもはやマリーに代わって義理の母を相続することはできないからである。しかしながら、代位の時点で既に発生していた相続[マリーによる父の相続]にかんしては、そのまま有効であるので、ピエールは成文法地域でその子を相続する。我々はある鑑定意見の中でそのように解した。ただし、マリーの父の財産からの彼の相続分が母の財産よりもその価値が極めて大きかったのではない限りで、ピエールがその財産[マリーの父の財産]から追加を得られるとの条件付きである。その結果、彼女[ジャンヌ]には異議を申し立てる余地はなく、「父方財産は父方に」とのサン＝ジャン＝ダンジェリの慣習法の原則に基づいて甥を相続するマリーの兄弟等の利益のみが存することになる。ただし、慣習第61条注釈の<再投資云々>の段で再投資について述べた諸理由は口をつぐまねばならない。

ティラコー『法諺<死は生者に得させる>にかんする論考』解明14、モリナエウス『パリ慣習法注解』第2条第2注釈第10番、ラベ『ベリー慣習法』「相続について」第28条注釈によれば、フランスでは、卑属加入者は、「死は生者に得させる」との一般慣習法の適用を受けないとされる。また、彼は単なる受贈者にすぎないので、実際にもそのように見えない。しかし、私の見るところ、この準則は、上に指摘した区別をふまえて理解される必要がある。すなわち、卑属受入者の厚意や、自らが家に持参した金銭を介して卑属加入を為したに留まる者に上記準則は妥当し、実子の地位に代位し、法の擬制を介して、その立会と同意を以て代位を承認した者等を相続することについて、交換相手と同等の利益を保持する者については妥当しない。ティラコーが前掲箇所と言うとおり、「たとえ擬制された子であっても真正な相続人なのである」。それ故、代位者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。「再婚にかんする論考」第42章第3番を参照されたい。

慣習第72条注釈で言及したように、学説彙纂第28巻第1章「誰が遺言を為し得、遺言は如何にして為され得るのか」第6法文が我々の下で遵守され、家子等が遺言を為す能力を得るために家父権免除が必要とされているため、夫婦財産契約における養父による子の養子縁組に対する実父の同意が家父権免除をもたらすのかどうか問題とされる。この点、私には否定的な立場がより確実であると解される。確かに、ローマ法によれば、家父権免除は当局の介在【勅法彙纂8巻49章「子等の家父権免除について」第5法文及び第6法文】や家外者の養子縁組【法学提要1巻11章第2節、勅法彙纂8巻48章第10法文】によってのみ可能であり、実際、我々は、婚姻時の合意を考慮するとともに、父が夫婦財産契約を介して息子や娘につき家父権免除を為し、息子や娘が遺言を為し得るようにするものと解されている。しかし、卑属加入への同意と家父権免除との間には大きな相違が存する。というのも、卑属加入は我々の慣行では無であり、単純な贈与以上の効果を生み出さないからである。また、今日でもなお、夫婦財産契約では家父権免除として不十分であると解されているという点は、「取戻権にかんする論考」第17章で述べた。

養父が養子から動産や金銭を受領した後に、実子に対して自らの動産や後得財産、更には、特有財産の3分の1を贈与した場合、養子の動産や金銭が当該贈与の中に含まれるのかどうか問われよう。この点、我々は否と解し、実子に対して為された贈与を前にして、養子は、自らが家に持参した財産を受け取り取り戻すか、あるいは、当該財産を〔養父の〕特有財産の3分の2へと混同させ、その全てについて法定相続人等と並んで相続分を得るかの選択権を有するものと考ええる。

相互的な財産代位や卑属加入は、時折、不平等を伴うため、子等は原状回復のための許可を得る必要に迫られる。原状回復〔の可否〕については、それがたとえ成熟者のためであっても、父や母の主導で契約を為した者であれば、性別の区別なく、義務分への莫大損害が存する限り、何ら異論の余地はない。しかし、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、それとも、義務分のみ原状回復が及ぶのかという点である。例えば、父と母が、我々の慣行が彼等の許容しているものについて処分を為したとするならば、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、義務分が原状回復の対象とならざるを得ないからである。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、将来の相続の放棄を伴う交換とを区別するできよう。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再び置かれる場合、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「財産持戻について」第3法文の「娘が無遺言で父を相続することがそのような理由で禁じられてもいない」との文言に基づく。クヤキウスの同法文注釈、ホトマヌスの助言8、メナール判事の『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】や、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、父や母の主導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でも処分を為したのであり、それ故、家の外に出た子は、[他の家での相続から]義務分[に相当するもの]を得る限り、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、相続放棄を伴うことなく、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る。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い悪いに左右され、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、代位によって家に入った者はそこに留まる利益があり、交換相手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【ワスクス『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・パパエ『ゲ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『法学論争集』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、配偶者の相続分と混同するので、遺産分割は彼等にとって無用であり、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。それに、嫁資を得た娘が原状回復を求める場合、彼女を遺産分割に加えるのではなく、むしろ、補充を認めるべきであると我々は考える。なぜなら、嫁資が設定される元手となった特有財産の3分の2、後得財産、金銭との関係では、娘は義務分以上を得ることはなく、義務分は家産の3分の2に不確定な持分としてのみ子等のために存すべきだからである。また、勅法彙纂3卷28章「不倫遺言について」第30法文の定めによれば、父の遺言によって分割に与れなかった旨申し立てる娘は当該救済を得るものとされ、それは、「義務分に不足するものをその補充のために異論も遅滞もなく請求できる」というものである。この点は新勅法第115勅法第5章において繰り返されており、遺産分割を為すために取り戻すとは述べられていない。コキーユのニヴェルネ慣習法「夫婦の諸権利について」第25条の注釈は、我々が遵守する法とは異なる立場であるが、驚くに当たらない。というのも、パリ高等法院は、父母から嫁資を与えられた娘について原状回復を認めておらず、成文法によって規律されている諸地方をのみをその例外としているからである【プロドーのルエ『パリ高等法院判決集』

Rの項第17番補注】。この点との関連で、ある仲裁を是認した判決を紹介すべきものと思われる。コズ[サントの南]の夫婦が未成年の娘のカテリーヌ・ド・ベルシエ嬢をサン＝ジェルマンの郷士フランソワ・ド・ポーモンに嫁がせるにあたって、1614年9月8日付けで、総額3万3千リーヴルの嫁資を設定し、これによって同嬢は、両親が気にかけている子等のために、将来の両親の相続を放棄した。当時、両親には7人の子がいたが、他の子等が亡くなり、あるいは、修道誓願や叙階によって家を離れた中、夫婦財産契約において両親に指定された相続人ルイも亡くなり、シャルロットという娘を遺したところ、これに対して、その叔母にあたる上記サン＝ジェルマン嬢が原状回復のための命令を取得したため、寡婦で娘の後見人にあたるマリー・ド・ネモンと共に[シャルロットは]訴えを提起した。当事者等はボルドー高等法院の5名の弁護士の裁定に基づき和解し、1631年5月20日付けで弁護士等が下した裁定には、「サン＝ジェルマン嬢の得た命令や、当事者の他の訴えの趣旨や申立を受けて、我々は、父母の家産の3分の1を彼女に付与し、物的な負担や債務は免除するが、主要な城館、各遺産の従物、これらの遺産に含まれる貴族家産の5分の1税は予め除かれ、また、彼女が嫁資として父母から得たものも上記3分の1から控除するものとする。我々は、上記ド・ネモン夫人が、[サン＝ジェルマン嬢にその]父母であるコズの夫妻の死亡後に生じた当該3分の1からの果実を返還すべく命ずる」とある。当裁定について、ヌジェレの領主ルイ・ド・ベルシエから未成年後見人の資格で上訴が提起され、当該上訴をめぐり、助言の依頼を受けたマンテ及びコンスタンが1632年6月8日に弁論し、当該上訴は同月22日付けでジェネレ判事の報告に基づき判決を以て認容された。当該判決は四つの重要な争点について判断している。一つ目は、相続放棄にもかかわらず、たとえ貴族の間であっても、娘は義務分までは原状回復され、嫁資は、義務分に代わるものとして【メノキウス『助言集』助言168】、常に義務分にまで拡張されるべきという点、二つ目は、財産の価値は死亡時を基準に算定されるという点【勅法彙纂3巻28章第6法文】、三つ目は、嫁資として設定された金銭は特有財産の3分の2への持戻しが為されねばならず、受贈者の利益に帰してはならないという点で、これは私が本慣習第61条について既に与した見解でもあり、四つ目

は、義務分の果実は死亡日から算定され、提訴日から算定されるのではないという点、である。最後の点は、ボワイエ氏が報告した判決【『ボルドー高等法院判決集』判決3第16番】で、彼自身の見解には反するとされたもの【同第17番】とは異なっているけれども、もし別様に裁定付与されたならば、義務分は回復されないこととなろう【「死亡日よりそれは義務づけられ、如何なる遅滞も認められない」学説彙纂5巻2章「不倫遺言について」第8法文11節、勅法彙纂3巻28章第32法文と第6法文の公撰集引用要約文、アレクサンデル『助言集』第1巻助言69第3番、スルドゥス『マントヴァ元老院判決集』判決25第26番、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、ルエ氏『パリ高等法院判決集』Fの項第7番と同注釈、モルナキウスの勅法彙纂3巻32章「所有物取戻訴権について」第22法文の考察、グリウウェルス『ドル元老院判決集』判決98】。以上の点は正当であるので、死亡当日に義務分補充のための裁定付与が為されるほどである【ルエ氏『判決集』Rの項第17番へのプロドローによる注釈】。

先に検討した準則、すなわち、卑属加入者は受入者の財産について単純な受贈者以上の権利を取得しないとの準則は、貴族間で異論なく遵守されねばならず、[キュジャス編]『封について』第4巻第10章「養子は封を承継しない」によれば一層そのように言える。従って、二人の娘をもつ父がその妹の婿を養子に迎えるとしても、当該養子は姉が当慣習57条に基づいて長子権を保持することの妨げとはならない。また、養子とされた婿がたとえ姉の夫であったとしても、長子権は、父母の遺産を分割する際に母方財産として子等に移転することであろう【モリナエウス『パリ慣習法注解』第8条第1注釈第33番には「単に子と定めている場合、実子と解され、法律に基づく擬制された子とは解されない」とある。勅法彙纂2巻45章「成年許可を得た者について」第4法文、学説彙纂35巻1章「遺言に書き込まれた条件等について」第76法文、ティラクエルス『長子権論』問題84】。しかし、養子とされた婿が自己の家の長子で、彼の長子権が彼自身への代位によって移転され、要するに、彼の地位に立つ者に移転されるとするならば、その代償として、彼の交換相手の長子権が彼の人格に移転され、彼はそれを父方財産として子等に引き継がせることになるものと

私は考える。というのも、この場合、彼は、単純な養子縁組の場合に法が認めているように、実父を相続することはないからである【法学提要3巻1章「無遺言で付与される遺産について」第14節、勅法彙纂8巻48章第10法文1節半ば】。また、彼は、彼が代位した者の全ての権利と利益と共に別の家に入ったからでもある【モリナエウスがトゥレーヌ慣習法第297条注記で「代位物は交換によって代替された旧土地の性質を備える」と述べており】。同じ理屈は、父母の家における長子権を放棄した娘にも当てはまるであろう。

私がしばしば議論してきたのは、卑属加入が申請登録の対象となるかどうかである。この問題についてまず述べておきたいのは、将来の夫婦の間で死別時に備えて為される贈与、すなわち、婚姻のための贈与、あるいは、サントンジュの日常語で婚姻故の利益と呼ばれるもの、我が同胞諸氏によく理解してもらうために私はこの呼称を用いるのであるが、これについて申請登録は不要であるという点である。我々の上座裁判所の判決について上訴を為したアントワヌ・グルローのために1626年3月9日にボルドー高等法院の法廷においてその旨判決が下されており、ラクールとロケット氏の弁論により原判決が破棄された。これを、登録不要とされる死因贈与【勅法彙纂8巻57章「死因贈与について」第4法文、クラルス『贈与論』問題17第3番】と同様の優遇とみなし、あるいは、贈与というよりはむしろ婚姻財産合意【ルエ『判決集』Dの項第64番と同注釈】、更には、補償や報償と解することもできるかもしれない【キュジャス『考察と修正』第27巻第40章】。しかし、むしろそれは、「登録不要とされる婚約恵与」【勅法彙纂5巻3章「婚姻前あるいは婚姻故の贈与及び婚約時贈与について」第20法文の公撰集引用要約文第3文】と解される。卑属加入にかんしては、[申請登録を要するとの]原則を免れさせるのもっともらしい理由はないようである。というのも、諸博士の一致した声は卑属加入を贈与とみなし、卑属加入にそれ以外の利点を何も認めていないからである。法や王令の解釈者等は、夫婦財産契約による相続人指定について申請登録がなければ無効であるとしている【ペレグリヌス『包括信託遺贈論』第51項第61番、グレゴリウス『全法要論』第41巻第7章第1番、メナール判事『成文法問題集』第2巻第53章、バリイ『相続論』第2巻第3章末尾、ブギエ判事『法院判決集』Hの項第11番】。卑属加入

についてもそう解する同等かあるいはそれ以上の理由があるように私には思われるが、法において一般的判断は危険を伴うので、財産の交換や代位によって為されるか、あるいは、卑属受入者の家にもたらされる金銭を介して為された卑属加入と、単なる恵与が根拠となっている卑属加入とを区別し、前者は有償の権原であるから王令の適用対象とならないが、後者はその反対であると解することにしたい。しかし、現在のところ、ボルドー高等法院によれば、相続人は申請登録の欠如を理由に贈与の無効を訴えることはできない旨判示している。すなわち、1636年4月22日付けで法廷にて下されたラシエル・ボロン勝訴、ピエール及びマリー・ボロン敗訴の判決では、ラシエルの夫婦財産契約において彼女の母スザンヌ・バルフェからラシエルに対して為された贈与の効力を認めたサント上座裁判所の判決が、申請登録の欠如にもかかわらず、是認されたのである。上訴側弁護士はユゴン氏、被上訴側弁護士はド・ロケット氏であった。これはトゥールーズ高等法院の見解でもあるが、父の相続人たる子等は、父によって家外の者に対して為された贈与について争い、適法に申請登録されていないことを理由にその無効を訴える権利を有するとの例外が伴っている【ドリーヴ判事『成文法問題集』第4巻第4章】。

周知の重要な問題に、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、というものがある。諸博士は、勅法彙纂第5巻第14章第5法文や同第2巻第3章第15法文の注釈においてこの問題を論じている。レオ帝の新勅法第19勅法は婚姻時の合意を優先させている。キュジャスも、上記第15法文注釈において、「自然的理由が定めた平等を子等の間に定めるものであるから」当勅法がより正当であるとの立場に与している。パリやトゥールーズの高等法院は、貴族と平民の区別なく、当勅法を遵守している【ショパン『パリ慣習法注解』第2巻第5章第12番、バケ『オベンヌ権論』第21章第7番以下、モルナク『考察集』勅法彙纂前掲第15法文考察、メナール判事『成文法問題集』第5巻第90章及び第7巻第100章第6番】。また、これらの高等法院は夫婦財産契約による相続人指定も容認している。この点はボルドー高等法院も貴族にかんして遵守している。オトンヌは同じ第15法文考察で、この点につき、1600年

4月にゴフルトー判事の報告に基づき下された判決を引用し、その判決はポエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決155第8番と判決204第3番以下に従っている。また、平等に相続させる旨の約束については、同じ高等法院において、当該約束が平民身分の人々に何ら義務を課すものではない旨判示されている。この点に関連して、1629年3月に法廷にてデュベルネ氏とコンスタン氏の弁論により、デュプレ氏の娘で何れもサント在住のド・ラ・ロシュ＝デュメヌ夫人とド・ヌジエール夫人の間の争いについて、有名な判決が下されている。デュプレ氏はリモージュ総徴税管区の財務官であったが、財務官の職によって彼が授爵されたわけではなかった。それでもしかし、平民身分の父母が婚姻させた子を相続人に指定し、あるいは、彼等の子等に如何なる利益も与えない旨約束した後に、次のような条項を付加していた点を尊重する必要がある。それはすなわち、他の子等が当該相続人指定の効力を妨げようとしたり、父母自身が自らの約束に反する別の処分を為したりした場合には、その時点で直ちに父母は贈与する旨の条項であり、そのような条項は有効なのである。なぜなら、モリナエウスが学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第1法文第2節注釈第76番で述べているとおり、「贈与は今から将来に向かって為される」からである【バルトルスの同第126法文注釈、エクスピリ『グルノーブル高等法院判決集』判決22第4番】。以上の点に私が言及したのは、ある助言に現れた次のような事案に対応するためである。すなわち、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、母親は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が、その後、他の子等の一人に対して母親は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。養女はこの贈与に異議を唱え、自らが全財産の4分の1を取得すべき旨、養父によって不当に家父権免除あるいは廃除されたが故に養父の全財産の4分の1を取得する未成熟者の例に倣って【法学提要1巻11章「養子縁組について」第3節、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法について」第22法文、同37巻6章「財産持戻について」第1法文21節、同5巻2章「不倫遺言について」第8法文15節】、主張した。また彼女は、似

た事案にかんするデュムーランの『助言集』助言36第9番の権威もこれに付け加えた。しかし、これに対して、彼女は実子以上の権利を取得することはなく、彼女は実子それぞれと全く同じように相続するのであって、卑属加入や代位が、平等に相続させる旨の実子に対する約束以上の効力を有することなどあってはならない旨反論された。つまり、受贈者ではない者として彼女を扱っている以上は何ら彼女に損害を加えることにはならないというのである。私自身の見解は、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というものである【前掲勅法彙纂2巻3章第15法文】。代位した娘が代償や交換の対価として養母の全財産から4分の1を取得する旨の明確な条項があり、彼女が他の子等の一人と同等に相続するとは述べられていなかったならば、私は別の考えをとったであろう。というのも、この場合、彼女は「交換の対価として取得する」からである。換言すれば、交換相手は彼女に実子の地位を譲らねばならず、「引渡が為されない場合に準じて不当利得返還請求訴権が生じる」のである【学説彙纂19巻4章「物の交換について」第1法文〔4節末尾〕、勅法彙纂4巻64章「物の交換及び前書訴権について」第5法文】。

尊属を相続する際には財産持戻が生じないというのが法の準則である【勅法彙纂6巻58章「法定相続人について」第1法文の標準注釈末尾、ポエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決302第3番】。ここから、養子は養父から与えられた財産を持ち戻す義務を負うか否かという難問が生じる。学説彙纂第37巻第6章「財産持戻について」第1法文第14節によれば「養方家族の下に属する者も財産の持ち戻しを義務づけられる」とされる【バルトルスは学説彙纂37巻7章「嫁資の持ち戻しについて」第6法文注釈でこの問題を論じている。ファキナエウス『法学論争集』第5巻論争78】。我々の下でこの難問を解決するため、私は、実子の地位への代位によって為される養子縁組と、先に考察した他の種類の養子縁組との相違に着目すべきものとする。すなわち、代位の下では、養子が何らかの単純な贈与を得ただけで養父の優先相続権を伴わないならば、当該贈与は持戻に服することになり【バリイ『相続論』第14巻第4章第3番及び第4番】、逆に、家外の者と捉えられ見なされる場合には、彼に対して為された贈与を持ち戻さないのである【ワラスクス『遺産分割実務論』第12章第44

番】。

遺産を返還する条件で相続人が指定され、その者が子の無いまま亡くなった場合、その者によって卑属加入させられた者は当該条件を無視することはできないという点で諸博士は一致している【学説彙纂35巻1章「遺言に記載された条件や証明等について」第76法文、メノキウス『推定論』第4巻推定89第104番、ペレグリヌス『包括信託遺贈論』第22項第93番、ルビュッフイ『王令注解』「先行判決について」第2条注釈2第27番、バリイ『相続論』第17巻「子がないならばとの条件について」第2番】。他方で、卑属の一人が義務を負う信託遺贈は、この卑属が子を得た場合には失効し効力を生じないという点も法において確実な準則である【学説彙纂35巻1章第102法文、勅法彙纂6巻42章「信託遺贈について」第30法文、同6巻25章「相続人指定や補充指定、条件不成就時の原状回復について」第6法文1節】。しかし、養子が、信託遺贈が存するにもかかわらず彼等の子等に財産を保持できるという同様の特権を享受するのかどうかという難問が存する。ティラクエルス『勅法彙纂第8巻第56章「贈与の撤回について」第8法文注解』文言「子等を設けた云々」注釈第10番、メノキウスの同法文注釈第31番及び第32番、ファキナエウス『法学論争集』第4巻第58章はこの点についてそれぞれ様々な見解に与している。私は喜んで否定説に与する。というのも、[信託遺贈にかんする]上記諸法文は、家外の者に実子に対する優位を認めることのない自然的動機に依拠しているからである。つまり、「家族への情愛が推定され」[学説彙纂35巻1章第102法文]、それ故、「遺言者は自己の相続よりも他人のそれを優先すると見なされてはならない」[勅法彙纂6巻42章第30法文末尾]のである。私が以上のような議論をしているのは、我々の慣習の下で、まず、卑属加入者が[養父の遺産返還の]条件を無視できるのか、更には、養子は信託遺贈にもかかわらず自らの子等のために財産を保持する特権を有するのか、という点を探求するためである。私には、何れの点についても、先に「たとえ云々」[281-282頁]の段落で示した区別を繰り返す必要があるように思われる。すなわち、実子の地位への代位による卑属加入者は、実子に取って代わるわけであるから、実子と同じ利益と優位を得るべきである。反対に、無償の卑属加入者はローマ法学の諸準則に服し、卑属受入者の家に持

参される金銭が考慮された卑属加入した者については、当該金銭を取り戻すか、そうでなければ、処分行為を甘受する他ない。

法学上、子等に有利な処分を為す父の遺言は優遇され、それが有効であるためには私署書面のみかあるいは2名の証人で足りるとされているところ、この点が養子との関係でも妥当するのか問題とされる。諸博士は、バリエ『相続論』第1巻第3章第11番に見えたとおり、自権者養子と他権者養子とを区別しているが、我々の下では、卑属加入は単純な贈与以上の効力はないので、問題があるとすれば、実子の地位への代位との関係に限られると思われる。しかし、前者においても後者においても、養父は家外の者に有利な処分を為す際に通常求められる方式を遵守すべきものと私は解する。なぜなら、メノキウスが『占有取得、保持、回復論』「占有取得論」第4章第317番で論じているとおり、「家外の者に有利な父の未履行の処分行為は容認されない」からである。

我々の慣習は、後得財産を特有財産と一括して義務分となす利益を子等に認めている。そこで、養子や卑属加入者もこの特権を享受できるのかどうか問うことができる。モリナエウス『パリ慣習法』第8条第1注釈第52番は、新勅法第18勅法に依拠して、義務分の加増は君主の勅許により法定相続人のために生じる必要があるとの立場である。同様に私も、代位による卑属加入者については何も疑念の余地はなく、この場合も、彼等はその順位を取得し地位に取って代わった実子で法定相続人である者の権利と利益を全て手にすべきであると考える。「不倫遺言の訴えについても、その他子等に生じるあらゆる相続に関しても、それが無遺言による場合であれ、遺言による場合であれ、あらゆる権利は完全に保持される」【勅法彙纂8巻48章「養子縁組について」第10法文最終節】のであり、それは「養子が養父の相続人となり、養父の家に加えられるからである」【同節】。しかし、無償の卑属加入や金銭による卑属加入については、本余滴でしばしば指摘してきた区別に従い、別様に判断する必要がある。

メシヤン『サン＝ジャン＝ダンジェリ慣習法注解』第1条注釈第6章「交換により婚姻した子等は、莫大損害、父方尊重、あるいは、未成年を理由に、人格や財産の代位により為された養子縁組を撤回で

きるのか」

実際に損害が莫大でこの種の養子縁組によって子等がその義務分を奪われるならば、彼等にその補充を為すのが正当であるが、そのために卑属加入が無効になることはなく、自然法により彼等が得られるものの返還を受ける以上は、彼等にそれ以上何も損害や訴権はない。子等に対する配慮が問題となる場合に諸法文がその判断を尊重している父等に反するような推定が諸法文上決して為されないこと、そして、父の立会や権威が恐怖、欺罔、莫大損害のあらゆる懸念を排除すること【d.勅法彙纂5巻1章「婚約について」第4法文】もまた考慮される。加えて、父は、法文の定めによってだけではなく、血縁の法や自然の掟によって創出され選ばれる真正な子等の後見人である以上、子等の人格における年齢や判断力の不足について、父の賢慮や慈悲を同時に損なうことなしに何か言い立てることなどできるであろうか。たとえ、至極もっともな期待や蓋然性に反して義務分が損なわれているとしても、義務分に不足するものを供与することで行為は維持する必要があり、それは、遺言者が子等に多額の遺贈を義務づけて、法文が子等に割り当てている相続分を遺さない場合に、遺言を無効にすることも、不倫遺言の訴えを提起することもできず、たとえ「家族への情愛に基づく」ものではないとしても、義務分補充の訴権を行使できるに留まる【a.勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第30法文、法学提要2巻18章「不倫遺言について」第3節におけるユスティニアヌスの「第30法文への」言及】のと同じであり、これにより自然の要請はさしあたり充足されるので、他の処分は存続し維持されるのである。

また言うまでもなく、子等の義務分が家外の者の財産や資産から与えられ割り当てられることはあり得ない。というのも、法の定めにより【b.勅法彙纂3巻28章第36法文1節に「補充は父の資産自体から為される」とある】、義務分は全て父の特有財産から引き出され取り出されねばならないからである。確かに、この点は、子等の固有特有の財産との関係においては自明であり、義務分を満足させその不可欠の構成部分となるべく、それらの財産が含み入れ算入されることは決してないとの趣旨に解されるが【c.同節に「たとえ別の原因によっ

て子が利得しても」とある】、他方で、如何なる様態で義務分が支払われるかは、それが遺産としてであれ、その他債券であれ、現金であれ、重要ではない【d. 同第30法文〔前書末尾〕には「遺産や遺贈、信託遺贈の中に彼等に何らかのものを、たとえ義務分に満たないものであっても、遺している」とある。ホトマヌス『ファルキディウス法の4分の1論』、プレスの人ファベルの『実務家誤謬論』第5巻第14集誤謬2、ウイドゥス・パピウス『グルノーブル高等法院判決集』判決487のフェツレリウスの補注】。また、そのように義務分の割り当てが為される目的や機会についても同様に解される。例えば、婚姻を容易にするためにもよく、そもそも婚姻は、極めて神聖であらゆるキリスト教徒の間でこの上なく尊ばれているものであり、国家の根幹、土台となるのであるため、サリカ法やリアリア法によっても婚姻上の特約や合意は極めて大きな効力と権威を有している。

第7章「夫婦財産契約により為された養子縁組の効果として養子に対して為された贈与や利益供与は養子の所有に帰するのか、それとも、再婚時に前婚による子等に留保されるのか」

勅法彙纂第5巻第9章「再婚について」第3法文、第5法文、第6法文の定めによれば、再婚する寡婦は、前婚による子等のために、前夫から彼女に贈与された全財産を全て管理し保持せねばならない。同様にまた、夫も、前妻から贈与された財産を保持せねばならない【e. 我々の下では、女性に許されない事柄は男性にも許されず、結局、何れも神の無条件の下僕と解される。聖ヒエロニムスのファビオラを悼む〔オケアヌス宛て〕書簡。】。しかし、夫の父母から妻に贈与されたものは、たとえ「夫のために」贈与されたものであっても、これらの法文による禁止の対象には含まれず、それ故留保不要である【f. エクスピリ『グルノーブル高等法院判決集』判決19。ブロードーのルエ『パリ高等法院判決集』Nの項第3番補注】。それらの法文には憎悪法が含まれ、夫婦間の恵与のみについて定め、彼等の近親者には言及していないので、それらの事例や本来の意味を超えて拡張されてはならない。以上からすると、養子に迎えられた妻が養子縁組を介して縁組を為した義父から取得し、夫の恵与によらない利

益や利得は、婚姻による利得には含まれず、前婚による子等のための留保に服することはないことになる。

とはいえ、法の真の趣旨を理解するためには、語句の外面上の曖昧さに拘泥することなく、法文の魂であり動力源に相当する立法者の考えや意図まで見抜く必要がある。そこで、皇帝等が夫婦の一方から贈与された物の所有権を前婚の子等に留保している場合に、彼等が、先に亡くなった者の父母等によって再婚者へともたらされた利得に言及する意図はなかったのかどうか検討することにした。

確かに、人間のあらゆる行為には何らかの理由が備わっており、我々の意思にきっかけと動きをもたらず衝動となり前提となる確実な原因が存している。それでは、養親は、その息子の夫婦財産契約によって嫁に何らかの利得を与えるとき、一体何を考慮しているのであろうか。それは養親がその嫁から受け取る奉仕や助力であったのであろうか。また、養親が予め嫁のことをほとんど知らない想定するならば、見ず知らずの他人を、自らの息子に対して抱く自然な親愛の情よりも優先しようと望むのであろうか。ほとんど理屈に合わず、家族愛の義務にも反する事柄を我々は想定する必要などない。むしろ、それは養親が当婚姻から生まれる子等のために用意しようと望んだものなのではなかろうか。実際、この種の贈与は全てそれらの子等のために推定的に為されるものであり、夫婦の忘恩によっては撤回され得ない【a. 学説彙纂23巻3章「嫁資の法について」第69法文6節】。そうであるとすれば、それらの贈与は子等によって取得されるのであって、母は、その再婚に当たり、贈与された物について如何なる所有権も主張することはできない。

また、再婚にかんする王示の範となった前掲諸法文に憎悪法が含まれ、その文言本来の範囲を超えて理解することはできないのは言うまでもない。しかし、これらの諸法文が、母等が第二の愛情に身を任せるにつれて、彼女等に見捨てられた哀れな子等の利益に資し、血縁や自然に由来する望みや権利を優遇するものである以上、優遇的な解釈が必要となる。

シャロンダもパリ慣習法第278条注釈でこの問題を論じており、夫の直系尊属から妻に対して贈与が為された場合、妻は、自らに贈与されたものを、「夫

自身からもたらされたものであるかのよう」に、前婚の子等のために留保すべく義務づけられるという点を肯定している。その際引用されているのは、学説彙纂第35巻第1章第71法文第3節と同第28巻第6章「通常補充指定及び未成熟補充指定について」第10法文第6節であり、後者〔末尾〕には、「更に私〔ウルピアヌス〕は、自権者養子縁組の養親の好意により何かを取得した場合にも、被補充指定者はそれを、例えば養親の友人や親類が何かを遺した場合のように、保持することができる」との注目すべき文言が見える【b. 勅法彙纂5巻9章「再婚について」第3法文の公撰集引用要約文】。同様に、養父が嫁に何らかの利得を付与する場合、彼女は、「自身の愛情故にではなく、夫の名誉に照らして」【c. パピニアヌスが学説彙纂26巻2章「遺言後見について」第28法文〔前書〕で同様に述べている。また勅法彙纂6巻30章「熟慮権、遺産の帰属乃至取得について」第21法文2節の「主人の意図から云々」も論拠となる。セネカ『恩恵について』にも「父の名誉のために為すならば、父が恩恵を受け取る」〔V, 19, 8.〕とある。】、この礼節と恵受けるに相応しいという点に照らせば、それは夫がそれを為すのと同じことである。更に、学説彙纂第24巻第1章「夫婦間贈与について」第3法文最終〔13〕節によれば、誰かが夫に贈与しようとしているものを夫が妻に贈与しても、「私が受領し私のものとなった物を妻に贈与したのと同様に解される以上」、当該贈与は無効であるとされる。また、デュムーランも、この問題、すなわち、婚姻に際して一定金額で与えられた土地は売却されたと解されるべきかどうか、を論じて、これに否と答え、「たとえ贈与の文言が娘のためではなく子孫のためになっているとしても」、夫はその土地について如何なる持分も主張できないとしている【d. 『パリ慣習法注解』第55条第1注釈第100番及び第101番】。以上から、私は、養子に迎えられた者が養子縁組を介して取得する利益は、再婚に際して、前婚の子等のために留保されねばならないと結論する。

第8章「養子縁組による財産の代位について」

ここで私は、当論考に必然的に伴う帰結として、交換の形式による卑属加入

者が相互に代表し合い、互いに相手方の立場に代位するように、彼等の人格に付随している財産もまた相互に代位する。その結果、「代位物は代位された物の性質を備える」とする法の準則により【a.学説彙纂4巻2章「強迫を原因になされたこと」第18法文末尾。同5巻3章「相続請求について」第22法文〔末尾〕には、「売却された遺産にその代価が代位し、それによって遺産そのものになると見なし得る」とある。】、卑属加入によって加入した息子や娘にもたらされた財産は、彼等が離れ、交換相手である別の息子や娘のために放棄した財産と同じ性質を有し、同じ性格と条件を備えることになる。従ってまた、それらの財産が他の家から彼等にもたらされたものであるとしても、当該代位の効力により彼等に特有の家産と見なされ、無遺言の場合、彼等の実方家系の親族へと継承される。この点に関係するのが、法廷全体の評議を経た後1596年3月30日にド・ルフュズ判事の報告に基づいて下されたパリ高等法院の著名な判決である。それによれば、遺産分割に際して子等の一人に、父方財産から得られる可能性のある相続分として付与された母方財産は、代位により父方財産と見なされる。