

《論 説》

平民による封の保有と分割

——フランス慣習法学における免役封税と貴族的分割——(3・完)

藤 田 貴 宏

V

ブーシュルによる改定ポワトゥー慣習法第280条¹⁾の注釈も、コンスタンの注釈と同じく、相続による所有者交代、すなわち、同条の文言「相続権を介してpar droit de succession」の解釈に最も多くの紙面を割いているが(第56番から第72番まで)、共同相続人間の代償分割を詳細に論ずるところにブーシュルの特徴がある(第60番以下)。そこで問われているのは、代償分割を通じて共同相続人の一人が貴族財産を承継した場合に、この代償分割もまた本条に言う相続権を介した交代に算入され、後に第四の交代に達した時点で、代償部分を含めた貴族財産全体について長子優遇の貴族的分割が認められるのかどうかである。この論点は、売買や交換のような有償の特定の権原による所有者交代の介在(Ⅲ参照)に類似する面があるとはいえ、共同相続と遺産分割の密接な関連性に照らせば、本条適用の可否の判断は家外者との間の売買や交換の場合ほど容易ではない。富裕な平民等が、均分相続による家産の分散を避けるために、先代の取得した貴族財産をさしあたり代償分割によって共同相続人の一人に一括継承させておいて、将来の本条による貴族的分割に備えるといった事例は当時頻繁に見られたはずであるから、上記論点は実務的にも極めて重要度が高いと言える。

共同相続人間の代償分割が相続という包括的権原による交代に相当するか否

1) Ⅱ注100参照。

かについて、ブーシュルがまず参照しているのは、ルレの『考察集』²⁾の第280条注釈に紹介されている1629年2月12日のポワティエ上座裁判所の判決³⁾であ

- 2) ブーシュルが参照しているのはフィロー等による増補版『考察集』であるが、増補版の本判決のテキスト (Observations, II, 124-135.) には言い回しの変更や一部省略が見られるため、初版のテキストで内容を確認しておく。判決の理解を左右する重要な変更点については後述参照。
- 3) 「第四の交代に達した」:1629年2月12日にポワティエ上座裁判所にて、プレシュイールのセネシャルである上訴人ルネ・メシネとレジローの領主である被上訴人ギィ・ヴィネの間で、相続人の一人から共同相続人等に与えられた代償は、彼の後得財産と見なされるべきではなく、取得された貴族の城館つまりそのような代償を介した取得分が全体として相続の権原によって彼にもたらされるものと解されて、その死後に、代償にも拘わらず、その全体が第四の交代に達したものとして分割されることの妨げにはならない旨、報告に基づき判示された。当裁判の事案とは、簡潔に言えば、子等の父であり彼等と妻マリー・ヴィネの適法な財産管理者であったメシネが、亡くなったペリーヌ・ヴィネの遺産である不動産の分割を、レジロー領主ギィ・ヴィネに対して請求したというものである。当該遺産の一部にラ・ヴォトシェと呼ばれる貴族城館が含まれており、当該城館について、ギィ・ヴィネは長子として慣習法に基づく優先権を主張し、ペリーヌ・ヴィネの死去により第四の交代に達した当該貴族城館は彼の請求する遺産に属しているとした。メシネはこれに異議を申し立てて、ヴィネが当該城館上に優先権を主張する前に、均等分割のために6900リーヴル分の当該城館の評価額が分離されねばならないとし、当該城館がペリーヌ・ヴィネとその共同相続人、そして、当事者共通の兄ピエール・ヴィネとの間で為された分割によって彼女に帰属したのであるとしても、それは上記6900リーヴルからなる代償を介したものであるから、当該価額の限度で彼女は当該城館に後得財産を手にしたにすぎず、そのような後得財産は、相続の権原ではなく特定の権原によりもたらされるものであり、我々の慣習法が当第280条で交代は相続権による旨定めていることからすれば、第四の臣従礼に達したものとは解されないとした。ギィ・ヴィネ側からの抗弁と反論として、代償は、容易な分割にしばしば不可欠となる一般的な調整や手法であって、代償された物の状態を変化させ変更したり、それらが異なるものと解されたりするわけではなく、それどころか、反対に、代償された物が同じ物と見なされるような性質と資格をそこに授ける旨、学説彙纂第23巻第3章「嫁資の法について」第78法文第4節と同第4章「嫁資合意について」第26法文を論拠に主

る。事案は、兄弟姉妹四名の間の遺産分割に際して代償金の支払いと引き換えに「貴族城館maison noble」を承継した妹の一人がその後亡くなり、相続人となった兄が「第四の交代に達したestant venuë à la quatre mutation」ものとして当該「貴族城館」の貴族的分割を主張し⁴⁾、同じく相続人となったもう一人の妹の夫が妻と子等の「財産管理者administrateur」としてこれに異議を申し立てたというものであった。兄勝訴の判決を不服として上座裁判所に上訴した妹側は、亡くなった妹は代償金と引き換えに当該城館全体を承継できたのであり、代償額の範囲では「後得財産acquest」にすぎず、「相続の権原によって à tiltre successif」承継したとは言えないから、妹が遺した城館の内、代償による取得分については第280条による貴族的分割が認められず、均分相続が生じる旨主張した。これに対して、兄側は、「代償supplements」が「容易な分割に不可欠な手法remedes necessaires pour la facilité des partages」であり、

張され、また、主物の性質に従うのが従物であるという点、鑑定人等によって述べられたとおり、領主権を構成する城館の分離を回避するためにそのような代償を為す必要性を考慮されるべきという点、当事者の意図が彼等の間での分割を為すことに存する以上、そのような行為が売買に当たるとは主張し得ず、同一の契約が分割という包括的権原と売買という特定の権原の二つの面を有するのは不可能であるという点がそれぞれ主張された。更に、そのような代償を為した上記ペリーヌ・ヴィネは、彼女に遺産の取り分がもたらされ、売買に至るのに必要な類の自由な合意を妨げられたという事情からやむを得ずそうしたという点も主張された。以上及び他の諸点が考慮され、代償は契約の効果や性質を何ら変更することはない旨判示された。これは、デュ・ムーランのバリ慣習法第33条の文言「保有権譲渡税」への注釈、ダルジャントレの『ブルターニュ慣習法注解』所収「貴族間分割論」問題40及び「承認礼金論」第53節その他に従ったものであり、結局、契約は依然として分割の契約であるから、そのような契約によって取得されたものは、代償にも拘わらず、相続権によって得られたものに他ならないことになる。以上の判断は法院判決によって是認された。”(Observations, 588-590.)

- 4) 第280条の要件を満たす平民の長子も、貴族間相続に準じて(第221条)、まず「主張な貴族城館乃至邸宅le principal chastel ou hostel noble」を確保した上で、残余貴族財産の3分の2を得るので、この事案の長子は「貴族城館」の独占を主張していることになる。IIの155頁参照。

「当事者の意図l'intention des parties」も代償そのものではなくむしろ共同相続人間での遺産分割に向けられているとの理由から、たとえ金銭代償であっても、「売買という特定の権原un titre particulier de vendition」ではなく、むしろ、「分割という包括的権原un titre universel de partage」の一端としてこれを捉えるのが適切であり、代償による取得分にも相続による交代という「性質や資格la nature et les qualitez」がもたらされる旨主張し、上座裁判所も当該城館全体について兄の代での貴族的分割を容認した。その後、同事案はパリ高等法院にも持ち込まれたようであり、判決年月日は不明ながら、「以上の判断は法院判決によって是認されたce jugement s'esté confirmé par arrest」とされ、ブーシュルも紛争当事者の家名に因んで「ヴィネ家法院判決l'arrêt des Vinets」として言及している（第60番⁵⁾。

代償による取得分も本来の相続分と同等の「性質や資格」を備えるとする上記主張については、その「論拠argumentum」としてローマ法も参照されている。これが兄側の弁護士自身の援用なのか、ルレによる補充なのかは判然としないが、引用された法文と主張内容との整合性には疑問がある。まず引用されているのは、「共有地が嫁資として提供されたfundus communis in dotem datus erit」場合に、「共有者socius」との間の分割訴訟を通じて「夫に土地が裁定付与されたmarito fundus fuerit adjudicatus」としても「嫁資として提供された部分だけが嫁資であり続けるpars utique data in dotem dotalis manebit」とした法文⁶⁾である。これによれば、分割訴訟によって夫に帰属するに至った土地全体の内、「嫁資dos」という性質を保持し続けるのはあくまで「嫁資として提供された部分pars data in dotem」にすぎない。この論理は、亡き妹自身の均分相続分のみならず代償で得た分をも含めた貴族財産全体について相続による交代が生じたとする兄の上記主張とは相容れないはずである。当法文には、続けて、「離婚すると残りの取得分もまた返還され、夫が有責判

5) Corps et compilation de Poitou, II, 218.

6) D.23.3.78.4. Tryphoninus, libro undecimo disputationum.なお、テキストには、「嫁資の法についてDe jure dotium」（第23巻第3章の表題）ではなく、「熟慮権についてDe jure deliberandi」（第28巻第8章）とあるが、誤植であろう。

決に基づき共有者に支払った分の金額を妻から受領することになる *divortio facto sequetur restitutionem etiam altera portio, scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio*」とあり、婚姻解消時には、「嫁資として提供された部分」だけではなく土地全体が妻に返還されるものとされ、分割訴訟による帰属分も含めて「嫁資」として返還される趣旨のようにも見える。しかし、引用法文の末尾では、「婚姻存続中、嫁資として提供された部分のみが嫁資にあたるのか、それとも、残りの取得分も嫁資にあたるのか *an constante matrimonio non sola pars dotalis sit, quae data fuit in dotem, sed etiam altera portio*」との問いがあらためて提起され、「嫁資として提供された部分」のみを「嫁資」と見なしたユリアヌス *Iulianus* の見解が支持されている。婚姻解消時の嫁資返還に際しても、「残りの取得分 *altera portio*」が「嫁資」の性質を備えるのであれば、夫が共有物分割時に支払った額の補償を妻に課す必要はないはずである。

もう一つ引用されているのは、妻死亡時の嫁資返還や夫への嫁資留保に関する嫁資合意の様々な解釈例を提示した法文⁷⁾であるが、代償分割の対象となった財産の「性質や資格」に直接関わる内容は含まれていない。ただし、当法文の第2節には、「父と娘婿の間で、婚姻中に子のないまま娘が亡くなれば嫁資は父に返還される旨合意されている場合、子等を残して娘が亡くなれば嫁資は留保され、また、事後に別段の合意が交わされない限り、嫁資の一部が追加を理由に分離されることもない旨、当事者間で合意されたものと解されねばならない *cum inter patrem et generum convenit, ut, in matrimonio sine liberis defuncta filia, dos patri restituatur, id actum inter contrahentes intellegi debet, ut liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur: nec separabitur portio dotis additamenti causa data, si postea nihil aliud conveniat*」とある。これによれば、婚姻中に新たに嫁資に追加された物も、新たな合意のない限り、当初の嫁資合意に従い、嫁資の一部として返還されあるいは留保されることになる。代償分割による財産取得をここに言う嫁資の「追加 *additamentum*」の

7) D.23.4.26. *Papinianus, libro quatro responsorum.*

一例と解し得るとすれば、追加分もまた嫁資の性質を備えて返還乃至留保される趣旨の法文となり、先の法文との矛盾はともかく、「ヴィネ家法院判決」での兄側の主張の論拠として不当とまでは言えない。ポワティエ上座裁判所とパリ高等法院が代償によって得た分も含めて財産全体の貴族的分割を認めた理由について、プーシュルは、「それが分割契約によって同じ家族の先代等から到来した財産であり、それに関する競売や代償その他の共同相続人間の合意は、その本質や効力を変えることはなく、逆に、同じ物と見なされるほどにその性質や資格を保持させるからである *parce que c'est un bien qui est venu des prédecesseurs dans la même famille par un contrat de partage, dont la licitation, supplément ou autre accommodement entre les coheritiers ne change pas la nature et les effets; au contraire en conserve tellement la nature et les qualitez, qu'ils sont reputez une même chose*」と敷衍しているが、その際にも、上記第2節のみが、「追加を理由に分離されることはない *non separabitur additamenti causa data*」との言い回しの抜粋と共に指示されている⁸⁾。

なお、『考察集』初版のテキストには、これら二つの法文の他に、「主物の性質に従う従物 *accessoires qui suivent la nature du principal*」というやはりローマ法由来の常套句⁹⁾も掲げられていた。その趣旨は、本来の相続分が「主物 *le principal*」、代償による取得分が「従物 *l'accessoire*」にそれぞれ見立てられ、後者が前者に従い、相続による交代という「性質や資格」を備えるというものであろう。この常套的論拠 *locus communis* はフィロー等による増補版『考察集』では省かれているが、その理由は単に当該論拠の抽象性に起因するわけではない。というのも、「性質や資格」について初版で用いられていた「授ける *investissent*」という語句が、増補版では、「保持させる *conservent*」へと変更され¹⁰⁾、代償による取得分が相続分の性質に服するという上記論拠に沿った観

8) *Corps et compilation de Poitou*, II, 218.

9) III注35参照。

10) *Observations*, II, 589.

方よりは、むしろ、分割対象全体の遺産としての性質の持続が強調されているからである。先にふれたブーシュルによる判旨の敷衍は、増補版における変更をそのまま受け継いでいることになる。

とはいえ、ローマ法は、その権威を当てにあくまで補充的な論拠として援用されているだけで、慣習法解釈の当否それ自体を左右するほどの役割を果たしているとはいえない。ルレの紹介する「ヴィネ家法院判決」について、ブーシュルが着目しているのも、そのようなローマ法源との整合性などではなく、むしろ、当時の慣習法学の議論との間に見られる齟齬である(第61番)。その考察の拠り所としてブーシュルが挙げているのは、ポワトゥー慣習法と類縁関係にあるアンジュー、トゥレーヌ、メーヌの各慣習法の諸注釈書である。第280条注釈の「対照欄」にも掲記されたこれら三つの慣習法の対応条文では、相続による交代を要件に平民にも貴族的分割が容認されている。貴族財産取得後の相続による交代数が三つではなく二つで足りる点に違いはあるとはいえ(Ⅱ参照)、代償分割が交代に当たるか否かという上記論点に関する限り、それらの規定の解釈はそのままポワトゥー第280条にも通用し得る¹¹⁾。まず、改定アンジュー慣習法第255条¹²⁾及び第256条¹³⁾については、ショパンの『アンジュー慣習法論』第2巻第3部第1章第4節「平民間における封の相続権と順位についてDe successorio fudorum inter plebeios iure et ordine」第4番が引用されているが、この箇所直接論じられているのは、封の保有者を当該封に由来する賃租地の保有者が相続する結果生じる「賃租財産と授封財産の混同乃至併合 confusio et consolidatio rerum censualium cum feudariis」や「封主取戻 dominicus retractus」が貴族的分割の要件たる交代に当たらないという点にす

11) なお、ブーシュルは、「ヴィネ家法院判決」での分割対象を、特に断りもなしに、本来の「貴族城館」から「貴族地une terre noble」に言い換えている。アンジュー慣習法とメーヌ慣習法が、平民の長子に対して「貴族城館」の独占を認めず貴族不動産の「3分の2」にのみ優先権を認めているため(Ⅱの136-138頁参照)、それら類縁慣習法をめぐる議論の参照をより容易にするための配慮と解される。

12) Ⅱ注71参照。

13) Ⅱ注75参照。

ぎない¹⁴⁾。しかし、欄外注の一つに、「遺産である封が200アウレウスの代償金の負担によって死亡者にもたらされたものである場合、彼の相続人等はそれを全て貴族的に分割できるが、長子はその共同相続人に上記代償相当分を支払わねばならない*Si defuncto haereditarium feudum divisione obtigerit cum onere nummarii supplementi ducentorum aureorum eius haeredes illud nobiliter dividunt totum, sed maior natu solvet cohaeredi suo partem dicti supplementi*」とあり¹⁵⁾、代償分割との関わりは確認できる。「代償金 *nummarium supplementum*」と引き換えに得た「封*feudum*」について、先代は、アンジュー慣習法第256条に言う「取得者*l'acquireur*」として「第一の忠誠誓約*la premiere foy*」を為したに留まるので、彼の「長子*maior natu*」が、「当該取得者の相続人等*les heritiers d'iceluy acquireur*」の一人として「第二の忠誠誓約*la seconde foy*」を為すと共に、当該「封」について貴族的分割に相当する相続分を主張するのであれば、均分相続を前提に「その共同相続人に上記代償相当分を支払わねばならない*solvat cohaeredi suo partem dicti supplementi*」というのである。このショパンの主張は、代償分を含めた貴族財産全体について貴族的分割を容認した「ヴィネ家法院判決」とは確かに相容れない。

それでは、長子が次子等に補償すべき「代償相当分*pars supplementi*」とはそもそも何か。ブーシュルは、ショパンの簡略な叙述を補う議論として、アンジェ上座裁判所の国王弁護士及び判事を務めたガブリエル・デュ・ピノー Gabriel Du Pineau(1573-1644年)の『アンジュー慣習法の諸条文に関する考察、問題、解答集*Observations, questions et responses sur aucuns articles de la coustume d'Anjou*』(1646年初版)の第255条注釈を参照している。その一節¹⁶⁾

14) De legibus Andium, II, 218-219.

15) De legibus Andium, II, 218.

16) “当地方は学識豊かで勤勉ナルネ・ショパン氏について多くを記憶しておくべきであり、実際、我々の慣習法に関する彼の注釈は、その難解かつ生硬で持って回った文体と語法、そして、解決案にも拘わらず、注意深く研究されねばならない。第2巻の「平民間における封の相続権と順位について」において、彼は、平民間で臣従

礼を経た財産の分割に関わる我々の慣習法の第255条以下を論じており、冒頭第1番は平民や非貴族とは何かについて扱い、彼は「農民」という語句を用いている。続く第2番で彼が提示している仮言的命題によれば、「二人の兄弟間の分割合意によって、二つの軍役授封地(臣従礼を伴う二つの土地)が、共同相続人にもたらされる平民地と引き換えに(賃租地と引き換えに)、1000アウレウスの代償金と共に、一方に帰属した場合、彼(つまり、上記兄弟の内、臣従礼を経た土地を取得した者)の年長相続人は、そのような授封地の3分の2を取得するが、死亡者がその共同相続人である兄弟に代償した金額だけそこから控除される」とされる。確かに、彼の見解に従うならば、臣従礼を経たそれらの土地の3分の2を取得した長子は、彼の父がその共同相続人から当該土地を代償によって取得した限度において、次弟に補償を為さねばならない。しかし、この準則を共同相続人間に生じる紛争に適用するにあたって、長子が次子に如何なる割合で償うべきなのか、彼は明らかにしていない。それ故、親族等の助けとなるには、祖父死亡時の資産の状態にまでさかのぼる必要がある。例えば、祖父が、1万2千リーヴル相当の資産、すなわち、臣従礼を経た土地として9000リーヴル、賃租地として3000リーヴルを保有していた場合、それらすべてが均等に分割されると、子それぞれが6000リーヴル相当の資産、すなわち、臣従礼を経た土地に4500リーヴル、賃租地に1500リーヴルの持分を有することになるが、臣従礼を経た土地を取得する者が他方に賃租地全体を与え、3000リーヴルの代償を為すと、当該代償によって、両者は6000リーヴル相当の相等しい取り分を得たことになる。祖父が第一の忠誠誓約、父が第二の忠誠誓約をそれぞれ為したが、子等が第三の忠誠誓約を為したのは4500リーヴルの限度においてであり、残りの4500リーヴルについて為されたのは第二の忠誠誓約にすぎない。なぜなら、平民財産の2分の1、及び、代償額の限度において、父は第一の忠誠誓約を為したにすぎないからである。従って、9000リーヴル相当の臣従礼を経た土地の内、2分の1の4500リーヴルについては、長子とその3分の2である3000リーヴルを、次子が3分の1の1500リーヴルを取得する。残りの4500リーヴルについては、長子が2250リーヴルについて権利を有し、もし3分の2の3000リーヴルを得るとすれば、つまり、本来彼に帰属しない750リーヴルを得て、上記残り2分の1の3分の1に当たる1500リーヴルだけを次子に与えるのであれば、彼は次子に対して代償として750リーヴルを負うことになろう。同じ著者[ショパン]は後の第4番において、「遺産である封が200アウレウスの代償金の負担によって死亡者にもたらされたものである場合、彼の相続人等はそれを全て貴族的に分割できるが、長子はその共同相続人に代償に相当する分を支払うべきである」と述べている。しかし、代償相当分とは何か彼は述べていない。長子が土地全体の3分の2を取得すると解する必要があるので、例えば、

では、ショパンの上記欄外注がそのまま抜粋引用された上で、その趣旨が敷衍されている。アンジュー慣習法第255条が、「第三の忠誠誓約の下に相続により取得された財産 *choses qui sont cheutes par succession en tierce foy*」の「3分の2 *les deux tiers*」を長子優遇相続分として認めている点を前提に、デュ・ピノーは、600リーヴルの代償金と引き換えに取得された遺産を取得者の二人の子が相続する例を挙げる。この場合、先代の後得財産にすぎない当該遺産は「第二の忠誠誓約」に達しただけで貴族的分割は許されない。それでも長子が「3分の2」に相当する400リーヴル分の継承を取って望むのであれば、300リーヴルずつの均分相続との差額である100リーヴルを次子に支払わねばならない。また、共同相続人間の均分相続が前提となる以上、長子は、「共同相続人がより多い場合にはより多く、より少ない場合にはより少なく *du plus, plus, du moins, moins*」支払う必要がある。例えば、取得者の子が三人の場合は各200リーヴル、五人の場合は各120リーヴルの均分相続となり、長子が次子等に支払うべき額は、二人に各100リーヴルの計200リーヴル、四人に各70リーヴルの計280リーヴルを補償すべきこととなろう。

続いて、改定トゥレーヌ慣習法第297条¹⁷⁾について、トゥール上座裁判所の判事及び国王弁護士を務めたエティエンヌ・パリュエ Étienne Pallu (1588-1670年) の『注解付きトゥレーヌ公領及び同バイイ区の慣習法 *Coutumes du duché et bailliage de Touraine avec les annotations*』(1661年初版) の同条注釈第3番¹⁸⁾ が引用されている。ここでまず問われているのは、「第三の忠誠誓約に達

代償金が支払われた部分に当該相続分を取得し、(600リーヴルの)遺産から400リーヴル分を得るとする。相続人が二人いるならば、(均等相続により)彼に帰属すべきなのは当該遺産の300リーヴル分だけであり、共同相続人が当該遺産の200リーヴルしか得ていないので、彼に100リーヴル支払うべきことになり、共同相続人がより多い場合にはより多く、より少ない場合にはより少なく支払う必要がある。” (Observations sur la coutume d'Anjou, 167.引用は1646年アンジェ刊の初版による。)

17) II注91参照。

18) “(3. 分割によって長子に委ねられた次子の3分の1は後得財産に当たるのか。)次に、もう一つ別の問題も頻繁に生じるが故に忘れずに論じておく。それはすなわち、第三の忠誠誓約に達した貴族地について優先的に3分の2を得た平民の長子が、共

同相続人等との取決めによって残りの3分の1を得て、当該長子が亡くなった場合、その子等の内の長子が貴族的に分割するのは当該土地全体なのか、それとも、優先的に得た上記3分の2の財産なのかという点である。長子が主張するのは、亡き父は対価を支払ったわけではないので土地全体を「相続権によって」取得したという点、相続人の権原によって土地を得たからには第三の忠誠誓約の下に相続されたことになる点、共同相続人が遺産について異なる権利を有しているとしても、特定の物においてそれぞれの相続分全体を得ることは様々な慣習法の下で彼等に許されており、その特定の物は、その後、相続人の人格に、分割された遺産に彼が他の財産を取得しなかったかのように帰属し、これは、遺産分割というものが各人の権利を分配するのではなく明示するもので、共同相続人が、相続発生日から既に、実際には事後の分割の結果として帰属した財産の個々の所有者であったと遡及的に見なされるからであるという点、である。他方、次子等のために、次のような場面を区別することは可能である。すなわち、何らかの土地が第三の忠誠誓約の下に平民等に帰属する場合に、それが分割対象の残りから区別された財産であり、分割対象の残りについて長子が優先権を有し「優先権故に」3分の2を取得し、それ故に次子等と同様に債務を負担し、次子等も分割対象とは明確に区別された彼等の3分の1を取得するところ、次子等が長子のために当該財産を放棄し、遺産中の別の財産によってその補償を得るならば、それは「遺産分割訴訟外の」交換の一形態にあたる。この場合、当該交換が交換された物と同様に特有財産について為されるのだとしても、第三の忠誠誓約による特有財産ではなく、特定の権原つまり次子等との間で為された契約を介して長子の相続にもたらされたことになる。この点は、遺産中の他の財産に取り分を全く有していなかったかのように、分割当事者の取り分が各人に取得されるものについて考慮される強制的分割の場合とは全く異なっているし、デュ・ムーランのバリ慣習法第13条の文言「長男子」に付された第1注釈第11番にあるとおり、「長子権に関する慣習法は例外的なもので、拡張されるべきではなく、慣習法の文言に忠実に適用されるべきである」から、上記の点に疑念の余地はないというのである。ただし、それがどんな物であれ、長子が父母から得た遺産中の財産であれば、全て貴族的に分割されるべきものと私は解している。この問題が持ち込まれた際、エティエンヌ・ル・ベルティエ、ジャン・パトリクス、そして、私の一致した見解の下に審理された。貴族を名乗ろうとしている当事者等の家名は省略する。その後、ベルナル・ローランサン、ピエール・フェルゴー、フランソワ・グロロー、そして、私は長子に有利な判決を下し、その証書は1656年4月26日付で公証人リシェによって受領された。その事案は以下の通り。弁護士であった亡きルネ・デュ・リュソーの子

した貴族地について優先的に3分の2を得た平民の長子が、共同相続人等との取決めによって残りの3分の1を得て、当該長子が亡くなった場合、この子等の内の長子が貴族的に分割するのは当該土地全体なのか、それとも、優先的に得た上記3分の2の財産なのか*si l'aisné roturier qui n'a que les deux tiers avec l'avantage en la terre noble escheuë en tierce foy, par accommodement entre ses coheritiers retient l'autre tiers, ledit aisné venant à deceder, l'aisné de ses enfants partagera noblement toute la terre ou bien seulement lesdits deux tiers avec l'avantage*』という点である。デュ・ピノーが想定していた事案とは異なり、ここでは、先代が、慣習法に基づき「第三の忠誠誓約に達した貴族地*la terre noble escheuë en tierce foy*」の3分の2を取得することが前提となっている。問題は、彼の子等の間での貴族的分割の範囲に、彼等の父が遺産分割時の「取決め*accommodement*」を介して得た「残りの3分の1 *l'autre tiers*」が含まれるか否かである。パリュは、長子側が土地全体の貴族的分割を求める根拠を三つ挙げている。第一に、「亡き父は対価を支払ったわけではないので土地全体を相続権によって取得した*feu son pere a eu toute la terre iure haereditatis qu'il n'a payé aucun retour*」と言えること、第二に、慣習法に基づく長子優遇によるにせよ、共同相続人間の分割合意によるにせよ、「相続人の権原によって土地を得たからには第三の忠誠誓約の下に相続されている *ne la tenant à autre que d'heritier, il est tombé en sa succession en tierce foy*」こと、第三に、「特定の物においてそれぞれの相続分全体を得ることが共同相続人等に許されている *il est loisible entre coheritiers de prendre toute*

等の間での分割によって、三名の次子等はそれぞれ100リーヴルずつ長子に与え、それによって長子は、第三の忠誠誓約に達した小さな封と十分の一税が分割対象に含まれることを許容し、次子等の一人のルイに帰属することとなったが、彼が子の無いまま亡くなったため、次子等によって分割外で金銭により補償された当該長子分は均等に分割されるが、ルイの元に留まっていた次子等の3分の1全体がルイの相続に際して貴族的に分割される旨判示されたのである。マテュラン・ルイ氏によるメーヌ慣習法第273条注釈も同じ見解であり、同趣旨の法院判決も紹介している。”
(*Coûtume de Touraine*, 495-497.引用は1661年トゥール刊初版による。)

leur part hereditaire en un corps particulier」とすれば、遺産分割の遡及効¹⁹⁾により長子は最初から土地全体の相続人であったと見なされること、である。これに対して、例えば、父の弟等が当該土地上の次子相続分を放棄する代わりに「遺産中の別の財産によってその補償を得る en sont recompensez d'autres biens de la succession」場合には、代償物と引き換えに得た3分の1は、相続ではなく「特定の権原や契約を介して par un titre et contract particulier」父に帰属したことになり、その子等における貴族的分割も父本来の長子相続分たる「3分の2」に限定されると解する余地もある。パリユは、これを「遺産分割訴訟外の交換の一形態 une forme d'eschange extra familiae erciscundae iudicium」と呼んで、「分割当事者の取り分が各人に取得されるものについて考慮される強制的分割 un partage forcé, auquel la part des copartageans est considerée en ce qui eschoit à chacun」に対置している。遺産に含まれる特定の財産について為される前者に対して、遺産全てが各人の相続分に見合う形に分割される後者では、相続分超過の補償が個々に問題となることはない。「対価を支払っていない n'a payé aucun retour」、あるいは、「特定の物においてそれぞれの相続分全体を得る prendre toute leur part hereditaire en un corps particulier」といった長子側の上記主張は「強制的分割 un partage forcé」を示唆している。ただし、「長子が父母から得た遺産中の財産 un bien de succession que l'ainé a eu de ses pere et mere」については、「強制的分割」か否かにかかわらず、慣習法に従い「全て貴族的に分割されるべき le tout se doit partager comme noble」と解するのがパリユの立場のようである。これに対して、例えば、長子優遇分が金銭代償と引き換えに次子等に譲られ、次子間の再分割を経て次子の一人に帰属した貴族財産につき、当該次子が子の無いまま亡くなったために傍系相続が生じる場合には、「次子等によって分割外で金銭により補償された当該長子分は均等に分割される cette part de l'ainé recompensée par les puisnez de leurs deniers, hors le partage, seroit partagée

19) ショパンからパリユを経てブーシュルへと受け継がれる分割遡及効論の意義と射程については後述VI参照。

egalement」ことになる。パリュによれば、自身が判事として関わったトゥール上座裁判所の判決においてその旨判示されたようである。「ヴィネ家法院判決」も共同相続人間の「取決め」による遺産分割後に傍系相続が生じた事案であるから、このパリュ説によれば、当該「取決め」が「強制的分割」に当たらない以上、貴族的分割は認められないことになる。

メヌ慣習法の第273条²⁰⁾と第274条²¹⁾については、まず、ル・マンのセネシャル区裁判所及び上座裁判所の弁護士であったジュリアン・ボドロール Julien Bodreau(1599-1662年)による『注解付きメヌ地方及び同伯領の慣習法 Les coutumes du païs et comté du Maine avec les commentaires』(1645年初版)が引用されている。ブーシュルが参照しているのは、両条文を一括して扱う注釈の末尾²²⁾において、「ある遺産中に臣従礼を経た土地が存していて、共同相

20) II注73参照。

21) II注76参照。

22) “ある遺産中に臣従礼を経た土地が存していて、共同相続人等が、それを分割し分離することを望まず、4分の1程度を限度に金銭による代償を為す場合に、ある時問題となったのは、そのような代償が売買と見なされるべきか、であった。それが後得財産であるとすれば、(その者が平民であったとの前提では)代償を為した者の相続人等は、当該土地を、代償の限度と価額の範囲で、未だ第三の忠誠誓約に達していない後得財産として、均等に分割することになる。しかし、代償分は臣従礼を経たものとして土地の残りの部分と共に分割されるべきであり、長子は、代償を考慮することなく、そこから3分の2を得る権利を有する。これは、代償が、分割を容易に為すにあたり一般的でしばしば不可欠でさえある手段であり、それ故、学説彙纂第23巻第3章「嫁資の法について」第78法文第4節や同第4章「嫁資合意について」第26法文を論拠に、代償の対象となった物は同一の性質を備えていると言えるからである。加えて、分割を為すことが当事者の意図である以上、当該行為は売買という特定の権原ではなく、分割という包括的権原として捉えることができるという点、更には、当事者間でその共有に帰しているものを分離し分割することが元々の原因となっているという点も理由となる。ただし、デュ・ムーランは、旧パリ慣習法第22条注釈の問題22第75番において次のような区別をしている。すなわち、分割が容易に為し得るにもかかわらず、各人がその取り分を現金で得るような場合は、仮装行為、つまり、売買を隠す欺罔の疑いが存するため、代償として売買が

続人等が、それを分割し分離することを望まず、金銭による代償を為す *succession il y a une terre hommagée que les coheritiers ne veulent pas diviser ny rompre, mais y mettent un supplément en argent*」場合に²³⁾、「そのような代償は売買と見なされるべきか *si tel supplément devoit estre réputé vendition*」論じた箇所であろう。もし「売買 *vendition*」が介在し相続による交代が途絶するのであれば、貴族的分割は認められないはずであり、ボドロールも、「代償を為した者の相続人等は、当該土地を、代償の限度と価額の範囲で、未だ第三の忠誠誓約に達していない後得財産として、均等に分割することになる *les heritiers de celuy qui avoit fait ledit supplément partageassent également de ladite terre jusques à concurrence et valeur dudit supplément, comme estant un acquest non tombé en tierce foy*」との観方を紹介している。しかし、「代償 *supplément*」を、「売買という特定の権原 *titre particulier de vendition*」ではなく、「分割という包括的権原 *titre universel de partage*」の一部と捉えて、土地全体について貴族的分割を認め、「長子は、代償を考慮することなく、そこから3分の2を得る権利を有する *l'ainé a doroict d'y prendre les deux parts, sans considerer le supplément*」と解するのがボドロール自身の立場のようである。しかも、その議論は、「分割を容易に為すにあたり一般的でしばしば不可欠でさえある手段 *un remede ordinaire et souvent necessaire pour faciliter le partages*」、「分割を為すことが当事者の意図である *l'intention des parties estant de faire des partages*」、「代償の対象となった物

為されたことになる」とされる。しかし、ダルジャントレ氏はその『貴族分割論』問題40において反対の見解を採っており、代償物は遺産と同一の性質を備えているので、後得財産と見なされる必要はないと考えている。”(Coustumes du Maine avec commentaires, 356-357.引用は1645年パリ刊初版による。)

- 23) ボドロールがここで、パリュのように、先代における貴族的分割を前提としているのかははっきりしない。また、金銭代償の範囲については、「4分の1程度を限度に *au quart plus ou moins*」と発言されており、もしこれを文字通り受け取るならば、貴族的分割時の次子相続分3分の1にも満たない以上、代替地等による代償と併用されねばならないことになろう。

は同一の性質を備えている*ile est de la mesme nature que la chose supplée*』といった言い回しから、「売買という特定の権原」と「分割という包括的権原」の対置、嫁資に関する法文の引用に至るまで、ルレの『考察集』からの引き写しといってもよい内容となっている。

その一方で、ここでボドローがルレの名を挙げないまま借用している議論自体、ルレの独創というわけではなく、「ヴィネ家法院判決」の結論の裏付けとしてルレが明示する慣習法学上の諸典拠、すなわち、デュ・ムーランの『パリ慣習法注解』旧慣習法第22条²⁴⁾注釈、ダルジャントレの『貴族分割論』問題40「当事者の合意により長子が弟や姉妹に金銭で分割する場合、売却された遺産と同様に保有権譲渡税が課されるのか*S'il advient que de consentement des parties, l'ainé partage son puisné, ou sa soeur par argent, sera-il deu ventes comme d'heritage vendu?*」及び『承認礼金論*De laudimiis tractatus sigularis*』第1章第53節「遺産分割について*De divisionibus haereditatum*」から容易にその系譜を辿ることができる。まず、デュ・ムーランの注釈では、同条に関わる第22番目の問題として、封の保有者変更時に封主に支払われるべき「保有権譲渡税*ventes(承認礼金laudemia)*」や「保有権承継税*droict de relief ius relevii*」が「共有者や共同相続人間の分割*divisio inter socios vel cohaeredes*」について課されるか否かが論じられている(第69番から第78番まで)。同条によれば、封臣の交代時には、「保有権譲渡税」の対象となるべき売買を介した保有者交代を除いて、「保有権承継税」が課されるが、「直系の相続や遺産先取贈与*succession ou donation en avancement d'hoirie en ligne directe*」による交代は例外的に課税対象から外されている。本条において、

24) 「当慣習法では、売買を除き、死亡、交換、相続その他によって封が保有者を変える場合、保有権承継税が課されるが、直系の相続や遺産先取贈与はこの限りではない*Par ladite coustume, quand un fief change main autrement que par vendition, par mort, eschange, succession ou autrement, il y chet droit de relief, fors qu'en succession ou donation en avancement d'hoirie en ligne directe*」(Le grand coustumier, I, iv.)。なお、ルレは、改定慣習法の対応条文第33条(Nouveau coutumier general, III, 33.)の注釈として引用している。

売買による交代が除外されているのは、先に第13条²⁵⁾が封臣による封の売却についていわゆる封主取戻権 *retrait feodal* を認めているからである。遺産分割が「売買」ではなく「直系による相続」に該当するならば、「保有権譲渡税」と「保有権承継税」の何れも課されないことになる。議論の冒頭、「分割は必要的処分であるから封主に何も支払う必要はない *nihil debetur domino, quia est alienatio necessaria*」とする説、共有者間の「随意的分割 *divisio voluntaria*」と共同相続人間の「必要的分割 *divisio necessaria*」を区別し前者のみ課税対象とみなす説、「目的物自体の分割が各人の持分に応じて為される *fit divisio ipsius rei pro rata portionis cuiusque*」場合と「目的物そのものは分割されず、目的物全体が一人に割り当てられ、他の者等に金銭で補償する *res ipsa in se non dividitur, sed tota assignatur uni, qui alios recompensat in pecunia*」場合に区別し課税対象を後者に限定する説の三つが列挙され、デュ・ムーラン自身は、「当事者の主たる意図 *principalis intentio prtium*」を尊重する立場から一

25) 「また、封主は、封臣によって売却された自らに由来する封を、取得者が与え支払った価額及び諸費用を、取得者が当該売買について申告した時、そして、もし書面化されているならばその契約書を提示した時から40日以内に支払うことによって、封の権能に基づき取戻し保持し保有することができる *Item le seigneur feodal peut prendre, tenir et avoir par puissance de fief, le fief tenu et mouvant de luy qui est vendu par son vassal, en payant le pris que l'acquesteur en a baillé et payé, et les loyaux cousts dedans quarante jours apres qu'on luy a notifié ladite vente et exhibé les contracts s'aucuns en y a par escrit.*」(Le grand coustumier, I, i.v.)。本条は改定慣習法第20条に対応する。なお、続く第14条(改定慣習法第21条に対応)には、「また、封主が、自らの由来する封の売却につき彼に支払われるべき5分の1税を受領し、あるいは、それについて担保や保証を得たならば、そのような封主はもはや当該封をその売却故に封の権能に基づき取り戻して自らの食卓に加え据えることはできない。 *Item si le seigneur feodal a receu le quint denier, ou chevi, ou baille souffrance d'iceluy à luy deu à cause de la vendition du fief mouvant de luy: tel seigneur feodal nu peut plus retenir ledit fief par puissance de fief pour l'unir et mettre en sa table, à cause d'icelle vendition.*」(Le grand coustumier, I, i.v.)とあり、ここに言う「5分の1税 *le quint denier*」が授封地売却について課される「保有権譲渡税」に相当する。

つ目の「必要的処分alienatio necessaria」説を支持し、「たとえ分割において物全体が一人に割り当てられるとしても、主たる意図は分割することにあつた licet in divisione res tota uni adiudicetur tamen principalis intentio fuit dividere」と述べている²⁶⁾。分割を「不可欠な手段un remede necessaire」と見なし、分割に向けられた「当事者の意図l'intention des parties」に着目する立場は既にデュ・ムーランによって明確に提示されていたわけである。

また、デュ・ムーランの与する「必要的処分」説は、元々、共有物分割について「承認礼金」が課されるべきか否かとの論点をめぐり、バルトルス・デ・サクソフェッラートBartolus de Saxoferrato(1313/14-1357年)以来²⁷⁾ 広く流布していたローマ法由来の議論であった。確かに、売買か相続かという二分法の下では、「必要的処分」であるが故に「承認礼金」を負担すべき売買に当たらないとすれば、金銭代償を伴う遺産分割は相続の一端と解さざるを得ない。ダルジャントレの『承認礼金論』第1章第53節は、デュ・ムーランの上記注釈を参照しつつ、「必要的処分」説を一層徹底させている。あらゆる分割が「必要的処分」であるとすれば、「誰かが、自身の金銭によってであれ、遺産中の金銭によってであれ、他の者の持分を補償する場合、更には、共同相続人の誰かに遺産からは何も付与されず遺産外から満足を得るような場合も含めて、承認礼金の名目では何も課されることはない*si quomodo accidat, ut quisquam alterius portionem sarciat pecunia, vel propria, vel haereditaria, denique etiam*

26) Commentarii in consuetudines Parisienses, 317.v.-318.r.引用は1576年パリ刊増補版による。

27) 「永借物*res emphyteutica*」の分割時に「承認礼金の支払が義務づけられるべきか *an debeat solvi laudemium*」との問いに否定的に答える論拠として、バルトルスは、「他人と土地を共有する者は分割以外に共有から離れる手段はないと考えるので、処分は常に必要的と解される *ille qui habet communem fundum cum alio, nullo modo potest providere, ut a communione discedat, nisi propter divisionem, et ideo semper videtur alienatio necessaria*」と述べていた(Commentaria in secundam Digesti veteris partem, 63.v.-64.r., ad D.13,1,12, pr., n.4.引用は1590年ヴェネツィア刊のテキストによる)。

si accidat cuiquam cohaeredum de rebus haereditariis nihil tribui, sed aliunde satisfieri, nihil laidimiorum nomine deberi」というのである²⁸⁾。その論拠として、ダルジャントレは、デュ・ムーランと同じく、「当事者の意図」に着目し、「当事者間で合意されたのは分割を為すことであって、彼等は売買を全く意図していないhoc inter partes agi, ut divisio fiat de venditione nihil partes intendere」と述べている。『貴族分割論』問題40でも、「長子が屋敷の分散を危惧して弟等や姉妹に金銭で分割するles aisnez craignant desmembrer leurs maisons, partagent les puisnez et soeurs par argent」場合を想定しつつ、「遺産を分割するという当事者の欲するところが尊重されねばならないil faut regarder ce qu'entendent les parties, qui esr de divider leurs heritages」と明言されている(第2番)²⁹⁾。

ところで、デュ・ムーランの上記注釈によれば、遺産分割を課税対象から外す解釈は、「遺産中に授封建物が一つしかないために補償が共有ではない物によって為されるような場合にもetiam si recompensatio fieret de rebus non communibus cum forte non esset nisi una domus feudalis in haereditate」妥当するが(第74番)、「二人の共有者や共同相続人間に授封不動産以外にも共有物がないわけではなく、容易に分割可能であった場合のように、実際には、詐害行為、つまり、真正な売買や交換の偽装として分割がなされたように見えるならばこの限りではないnisi verisimiliter appareret homini divisionem esse factam in fraudem, et occultationem verae veditionis, aut permutationis, puta si nedum nihil erat commune inter duos socios vel cohaeredes nisi dicta domus, et si commode poterat dividi」とされる(第75番)³⁰⁾。代償一般を「当事者の意図」を根拠に非課税とするのではなく、遺産内容に照らした代償の要否が考慮されるべきだというのである。一方、これに異を唱えるダルジャント

28) Commentarii in patria Britonum leges, 2398-9.『承認礼金論』は『ブルターニュ慣習法注解』の付録として増補第二版(1613年刊)以降に収められている。

29) Commentarii in patria Britonum leges, 2316-7.

30) Commentarii in consuetudines Parisienses, 318.v.

レによれば、「分割対象物が容易に分割可能で、各人が遺産中の財産や金銭から自らの相続分を得られる *la chose que l'on partage se peut commodément diviser, et chacun prendre sa part des corps et especes de la succession*」場合に敢えて金銭代償が為されたとしても、当該代償について「不可避性と緊急性に深く根した原因 *la cause tiré beaucoup de la contrainte et nécessité*」が存する限り、詐害行為や売買の偽装を推定する必要はないとされる(『貴族分割論』問題40第3番)³¹⁾。

ルレが、金銭代償と引き換えに得た遺産の貴族的分割の可否について論じるにあたって、当該論点と直接関わりのない課税をめぐるデュ・ムーランとダルジャントレの議論を援用したのはなぜか。それは、両者が与する「必要的処分」説に従えば、金銭代償を伴う遺産分割もまた、売買ではなく、相続の一端であることになり、相続による交代を要件とする貴族的分割を妨げないとの解釈が導かれるからであろう。ルレの議論を借りて貴族的分割を肯定したボドロローも、デュ・ムーランの旧パリ慣習法第22条注釈とダルジャントレの『貴族分割論』第40章を引用しているが、その趣旨は異なる。というのも、ここでは、『貴族分割論』におけるダルジャントレのデュ・ムーラン批判を踏まえて、分割の困難な場合にのみ金銭代償の余地を認めるデュ・ムーラン説に、「必要的処分」説の射程をより広範に捉えるダルジャントレ説が対置されているからである³²⁾。プーシュルは、ショパン、デュ・ピノー、パリュの注釈と並んで、この

31) *Commentarii in patria Britonum leges*, 2317-8.

32) なお、ボドロローは、ダルジャントレが「代償物は遺産と同一の性質を備えているので、後得財産と見なされる必要はないと考えている *tient que le supplément est de la mesme nature que l'heritage, si bien qu'il ne doit estre censé pour acquest*」と述べているが、『貴族分割論』第40章にそのような主張は見当たらず、前述の嫁資関連の法文も引用されていない。ただし、改定ブルターニュ慣習法第418条の第2注釈第6番 (*Commentarii in patria Britonum leges*, 1651) では、「当事者の行為や意図を決定する作用因は分割であり、分割を主要な原因として生じる事柄は何であれ区別されねばならない *causa agens est divisio, a qua actus et intentio agentium determinanda est, et quodcumque fit a sua causa principali, quae est divisionis,*

ボドローによるメーヌ慣習法の注釈を掲げているので、金銭代償分の貴族的分割を制限する典拠として参照されるべきは、ボドロー自身の見解ではなく、そこに引用されたデュ・ムーラン説であったことになる。

金銭代償分の貴族的分割に消極的な見解の典拠としてブーシュルが最後に挙げるのは、ルイの『メーヌ慣習法への簡潔な注記集』の第273条注釈である。その一節³³⁾には、本条所定の「第三の忠誠誓約に達した遺産une hérédité en

dividendum est」と解する論拠として、「嫁資として提供された部分」のみが「嫁資」の性質を保つ旨の前記法文(D.23,3,78,4.)が引用されている。

- 33) 「長男子」：…生前に当裁判所〔ル・マン上座裁判所〕の審尋官及び弁護士であったジャック・ウルデルとその妻マルグリット・ド・モントテの相続について、本慣習法における長子優遇にとって重要な二つの点について判示された。一つ目は、次子の一人が、臣従礼の存する世襲不動産で第三の忠誠誓約に達したものについて僅かな持分しか有していないが、土地をそのまま保つために長兄その他の分割当事者等との取決めにより、臣従礼を満たした土地の一つが当該次子にもたらされる場合、当該次子の相続が開始されると、その長子は当該土地から3分の2を得る権利を有し、次子等は父に属していた賃租不動産の代償を主張することはできず、臣従礼を経た他の賃租不動産についても長子はその取り分を保ち、遺産はそれが現にある状態と資格において分割されねばならない【学説彙纂35巻2章「ファルキディオウス法について」第79法文及び同28巻5章「相続人指定について」第49法文】という点である。私が諸先達から聞いたところでは、エヴァイエ家の次子の一人について以前その旨当慣習法に基づき判示されたようである。二つ目は、臣従礼を経た土地上に建物が築造された場合、長子は土地と同じく当該建物にも3分の2を取得するが、上記取決めが長子のために為された生前贈与や取得と見なされるわけではないという点である。既に、ショパンが『アンジュー慣習法論』第2巻第3部第1章第4節220頁において、ドロモーが同じくアンジュー慣習法第258条注釈において、デュ・ムーランがサンリス慣習法第126条注釈において、デュ・ピノーがアンジュー慣習法第255条の第2注釈において、その旨主張している。法院判決が下された上記亡きウルデルとその妻の相続の事案は以下の通り。亡きモントテ領主は当市の住民であり、その三人の子、すなわち、息子一人と娘二人の内、娘の一人はサン＝クロワ領主であったアンブロワ・ティジェに嫁ぎ、もう一人の娘はジャック・ウルデルに嫁ぎ、モントテ領主は当該遺産について臣従礼を為していたところ、ティジェとウルデルは土地を分離分散させないために長子との間で臣従礼の権利について各200リーヴルずつ

計400リーヴルで譲り受ける旨取り決め合意し、これによって、当該遺産中の不動産は均等に分割され、亡きウルデルとその妻ド・モントテにはその取り分としてブリエールの封と共にモントテの土地がもたらされ、当該土地について臣従礼が充足される一方、当該土地上に美しい城館その他複数の建物が築造された。ウルデルとその妻は複数の子を残し、その長男でやはり当裁判所の弁護士であるジャック・ウルデル氏が、臣従礼を経た財産の分割を、アレクサンドル・ルノー氏とその妻マルグリット・ウルデル、その他次子等の訴訟保佐人であるジル・ムトゥル氏に対して申し立て、当該分割において、新たに築造された城館その他の建物も臣従礼を経た土地と共にその3分の2が自らに留まる旨登録されたが、上記ルノー及びムトゥルは次子等のために当該分割に異議を唱え、その理由として、当該建物等が平民の資金によって築造された以上、長子はこれについて補償すべきであり、そうでなければ慣習法によって禁じられた間接的優遇に当たること、更に、亡き父と母が共にモントテ領主の遺産中から承継する権利を有していた賃租財産に相当する代償を為すべきことが主張されたが、当該異議申立の理由にも拘わらず、1614年7月9日に当セネシャル区裁判所において判決が次の通り下された。それによれば、亡きウルデルとその妻によって当該モントテの土地に新たに築造された上記城館その他の建物はそこに言及された土地や牧草地等と共に当然に第三の臣従礼に達したものとされ、長子であるジャック・ウルデル氏と次子等との間で3分の2と3分の1に分割されるが、ウルデルの申立て通りに当該財産の分割が行われるためには、当該財産について、200リーヴルの限度で世襲不動産から控除が為されて当事者間で均等に分割されることとなり、もしそれを望まないのであれば、長子ウルデルはルノーや次子等に対して彼等に属する上記金額の均等な取り分を償還するものとされ、訴訟費用は課されなかった。当該判決については、ルノーとその妻による上訴、並びに、保佐人の資格でのムトゥルの上訴があったが、1615年4月30日に当判決を是認する法院判決が下された。この法院判決は、前掲『アンジュー慣習法論』第2巻第3部第1章第4節第2番及び第4番のショパン見解に幾らか符合する面がある。というのも、この見解は、長子が共有遺産から臣従礼を経た財産の3分の2を得るに当たり次子等に対して義務づけられる差額調整分の償還に触れており、当該差額調整は、父がその取り分に留まった臣従礼済みの土地のために共同相続人等に対して為したものであった。事案は次の通り。二人の兄弟間で分割されるべき遺産があり、その中に存する臣従礼済みの賃租地が兄弟の一方に、他方に対する600リーヴルの差額調整金の支払いを条件に帰属した。臣従礼済みの財産を得た方の長子はそこから3分の2を取得するが、次子等に対して上記差額調整分を償還する必要がある、次子が一人であれ

laquelle il y a de l'hommage tombé en tierce foy」の貴族的分割に関わる1615年4月30日の法院判決が紹介検討されている。事案は、複数の貴族財産(封)と平民財産(賃租地)を含む遺産が子等(兄一人と既婚の妹二人)の間で均等な相続分に応じて分割されると同時に、当該分割により貴族財産を得る妹等が金銭と引き換えに「臣従礼の権利droit d'hommage」を兄から譲り受けた後、妹の一人が亡くなったため、その長子が本条に基づく貴族的分割を主張したところ、次子等がこれに異議を唱えたものである。原審は、貴族的分割そのものは認める一方、「臣従礼の権利」に相当する金銭代償分については貴族的分割の対象から除外され均分相続の対象となり、長子がそれを望まない場合には次子等に差額を償還すべき旨の判決を下し、上訴を受けたパリ高等法院もこの原審の判断を是認したとされる³⁴⁾。ルイは、この法院判決について、「長子が共有遺産から臣従礼を経た財産の3分の2を得るに当たり次子等に対して義務づけられる差額調整分の償還la récompense de la soûte et retour que l'ainé doit

ば彼に100リーヴルだけ支払えばよい。というのも、彼は、共通の父によって600リーヴルの代償が為された臣従礼済みの土地の内、400リーヴル分を取得し、次子は200リーヴル分を取得するとすれば、長子と均等となるためには彼に100リーヴルのみ支払われるべきなのである。当該差額調整あるいは代償が依然未払いの場合には、長子は彼が取得する財産に応じてその3分の2、次子は残りの3分の1についてそれを支払わねばならない【前掲第252条】。ところで、亡きル・シャトゥリエ領主の相続に際して、その娘婿は臣従礼を伴う性質のブルサンの土地の半分について、ル・シャトゥリエ領主がその共同相続人等に為した1050リーヴルの差額調整分を次子等に償還することなく、その3分の2を取得した。これは、故ジュリアン・プロドー [→ボドロー] 氏の見解に従うものであり、差額調整は分割を容易にするための取決めであり、なおかつ、そのような差額調整が共有された遺産総額について為されているという点が論拠とされる。……”(Remarques et notes sommaires, 150-152.)

- 34) 本事案では、妹存命中に係争地上に築造された建物の貴族的分割の可否も争われ、原審はこちらも肯定している。ルイの注釈を再度引用しつつ、第280条注釈の別の箇所(第83番)で当該論点を取り上げたプーシュルは、「築造されたものは全て土地に従うomne quod inaedificatur solo cedit」との法文(D.41.1.7.10.)を根拠にこれを正当化している(Corps et compilation de Poitou, II, 220.)。

à ses puisnez en prenant les deux tiers des choses hommages de la succession commune」を論じたショパン説との類似性を指摘している。そこに掲げられた具体例(600リーヴルの金銭代償によって父が取得した貴族財産を二人の子が相続)からも明らかなように、ルイが引用の無いまま参照しているのは、デュ・ピノーによって敷衍されたショパン説である。ルイ自身も1615年の上記法院判決やこのショパン(デュ・ピノー)説に与しているようであるが、「差額調整分を次子等に償還することなく sans avoir récompensé ses puisnez d'un retour」3分の2の取得を長子に認める見解も紹介されている。「差額調整は分割を容易にするための取決めであり、なおかつ、そのような差額調整が共有された遺産総額について為されている le retour est un accommodement pour faciliter les partages, et quel retour se prend sur la masse commune de la succession」との論拠に照らすならば、この見解は、「必要的処分」説の射程を限定した前述のデュ・ムーランの旧パリ慣習法第22条注釈に由来するものと解される。ルイは、このデュ・ムーランの所論に言及するボドロウの前記注釈を参照したのであろう³⁵⁾。

ルイの紹介する1615年の法院判決の判旨について、「共同相続人が他の共同相続人等に対して取り分の代償及び調整として一定額の金銭を支払った場合、遺産の均等な分割のため、当該金額の限度で封から控除が為されねばならない le coheritier ayant donné une somme de deniers à ses autres coheritiers en

35) 「故ジュリアン・ブロードー氏の見解 l'avis de défunt maistre Julien Brodeau」とあるが、文脈上、ボドロウの注釈が参照されているのは明らかである。ルイは、ブロードーの死去(1653年)を未だ存命のボドロウのそれと勘違いしたのであろうか。ただし、早くに引退し著述に専念していたとはいえ同ル・マン上座裁判所の弁護士であったボドロウと、ジョルジュ・ルエ Georges Louet(?-1608年)の『パリ高等法院重要判決集 Recueil d'aucuns notables arrests donnez en la cour de parlement de Paris』(1602年初版、1614年版以降ブロードー補注)の補注者として生前から著名であったブロードー(パリ慣習法注釈書は死後1658年に初版)とを同一人物と誤解していたとは考えにくい。なお、Soleil, BODREAU, Julien, in: Dictionnaire historique des juristes français(2007), 94.参照。

supplément et composition de lots, distraction devoit être faite pour être partagez également des heritages dudit fief jusqu'à concurrence de ladite somme」と要約するブーシュルも、「共同相続人間のそのような代償や取決めについて、保有権譲渡税が、分割の必要性や分割という主たる行為との依存関係に照らして課されないのは確かであるとしても bien qu'il soit vray que de tels supplémens ou accomodemens entre coheritiers, il n'en soit point dûs de lods et ventes, à cause de la necessité de la division et dépendance à acte principal du partage」と付言することで、「必要的処分」説を明示的に援用するルレやボドローの議論に目配りしている。その際、参照を指示されているのは、「売買契約や、売買を思わせこれに匹敵する契約によって取得した者は、八日以内に当該契約について封主に通知し申告せねばならない celui qui a acquis par contrat de vente, sonnant et équipollant à vente, doit dedans huit jours après le contrat, notifier et declarer son contrat à son seigneur feodal」と定めるポワトゥー慣習法第23条³⁶⁾への自らの注釈の一節³⁷⁾である。そこには、

36) Nouveau coutumier general, IV, 777.旧慣習法第16条(744.)に対応。この申告を受けて、「封主は、その後八日間の猶予を得て、目的物を取り戻して代価を償還するか、あるいは、保有権譲渡税や承認礼金を受領するか、選択できる le seigneur a huit jours suivans, pour eslire de prendre la chose et payer le pris, ou prendre les ventes et honneurs」とされている。パリ慣習法について前注25参照。

37) “<25. 分割やこれに相当する行為について譲渡税は課されない。> 遺産分割や共同相続人間の分割に匹敵するその他の諸行為について、たとえ分割時に金銭による償還や差額調整が為され、しかも、共同相続人の一人によるそれが自己の金銭によるもので遺産中の金銭によるものでもなく、保有権譲渡税その他これに類する領主税は課されないという点もまた確実である。なぜなら、差額調整や補償も、分割の性質、そしてまた、差額調整がなされた目的物、つまり、相続財産の性質を備えているからである。つまりそれは、新たな権原や新規の取得というよりはむしろ、共同相続人間の取決め、未分割の持分の代償、交換、分配なのであり、「主要な意図は分割にあった」ことになる。売買の意図によるものではなく、共同相続人間の取決めによるもので、取決めの原因は必然的であるから、「分割に左右される必要的処分」と言える。以上の点については、シャロンダ、トロンソン、トゥルネ、プロドー、リカール、ド・フェリエールのパリ慣習法第80条注釈、パリュのトゥレーヌ慣習法第151条注釈、クアールのシャルトル慣習法第26条注釈、ラランドのオルレアン慣習

遺産外の自己資金による金銭代償も含め、遺産分割時の「差額調整や補償la soulte et la recompense」に「保有権譲渡税その他これに類する領主税は課されないles droits seigneuriaux de lods et ventes et autres semblables, ne sont dûs」理由として、「主要な意図は分割にあったprincipalis intentio fuit dividere」こと、そして、「分割に左右される必要的処分alienatio necessaria quae ex divisione pendat」であることが挙げられている。列挙された典拠は、共同相続人間の遺産競売に関して新たに設けられた改定パリ慣習法第80条³⁸⁾の諸注釈等、より新しいものに入れ替わってはいるが、「必要的処分」説が踏襲されていることに変わりはない。

しかし、そもそも遺産分割の課税と貴族的分割の可否とは別の問題であるから、前者に関わる「必要的処分」説を後者の判断に結びつける必然性はないはずである。そう考えたブーシュルは、ポワトゥー慣習法やその類縁慣習法が貴族的分割の要件として相続による交代を求めている点を強調する(第62番)。その際、再度参照されているのが前述のデュ・ピノーのアンジュー慣習法第255条注釈である。ブーシュルによれば、デュ・ピノーは、「相続財産の状態にまで立ち戻り、長子は、貴族的で臣従礼を経た財産について通常の仕方では彼にもたらされる相続分についてのみ貴族的に分割できると解する必要があるil faut remonter à l'état de la succession, et dire que l'aîné ne partagera noblement que la portion qui luyfût regulièrement échûë ès choses nobles et hommages」旨指摘したとされるが、金銭代償だけを想定した前述の事例で

法第15条注釈、ピノーのアンジュー慣習法第282条注釈、メシヤンのサン＝ジャン＝ダンジェリ慣習法第4章第27条注釈第6章、フィローの本慣習法前述第21条注釈をそれぞれ参照せよ。”(Corps et compilation de Poitou, I, 74.)

38) 「遺産が共同相続人間で分割不能で、詐害を伴わずに裁判所の手で競売される場合、共同相続人の一人による競売について保有権譲渡税は課されないが、部外者が競売した場合には、取得者は保有権譲渡税を負うものとする。Si l'heritage ne se peut partir entre coheritiers, et se licite par justice sans fraude, ne sont deues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux: mais s'il est adjudgé à un estranger, l'acquireur doit ventes。」(Nouveau coutumier general, III, 36.)

は貴族的分割の生じる余地はなく、当該指摘とは符合しない。ブーシュルの念頭にあるのは恐らく、デュ・ピノーが前述の事例に先立って、やはりショパンの『アンジュー慣習法論』第2巻第3部第1章第4節の別の箇所を敷衍している一節であろう³⁹⁾。ショパンは、同節第2番において、「二人の兄弟間の分割合意により、二つの軍役授封地が平民地に代えて一方に帰属し、当該平民地は千アウレウスの代償金と共に共同相続人にもたらされた場合、前者の年長相続人はそのような授封地の3分の2を獲得するが、死亡者が共同相続人であった兄弟に代償した金額がそこから控除される*si, divisionis placito inter duos fratres, alteri obvenerint militaria duo praedia amplissima, plebeiorum vice: quae cesserint cohaeredi, una cum nummario mille aureorum supplemento, illius haeres natu grandior bessem talium fundorum clientelarium auferet: subducto tantum inde aeris pretio, quod defunctus cohaeredi fratri supplevisset*」と述べていた⁴⁰⁾。デュ・ピノーは、このショパンの指摘から、「臣従礼を経たそれらの土地の3分の2を取得した長子は、彼の父がその共同相続人から当該土地を代償によって取得した限度において、次子に補償を為さねばならない*l'ainé, qui prend les deux parts en ces terres hommagées, doit recompense à son frere puisné, jusques à concurrence de ce que son pere avoit acquis d'icelles terres de son coheritier par le moien du supplément*」との「準則*regle*」を引き出しつつ、この「準則」を「共同相続人間に生じる紛争*les differens qui surviennent entre les coheritiers*」に実際に適用し「長子が次子に如何なる割合で償うべきなのか*à quelle proportion l'ainé fera raison à son puisné*」明らかにするためは、「祖父死亡時の資産状態にまでさかのぼる必要がある*il faut remonter à l'estat auquel estoient les affaires quand l'ayeul deceda*」と述べている。ここでは、祖父から三代に渡って承継された貴族財産について、父自身の「相続分*portion*」については、「第三の忠誠誓約」に達したものとして、その長子に貴族的分割が認められる一方、父が金銭代償で得

39) 前注16参照。

40) *De legibus Andium*, II, 216.

た分については、均分相続を前提に次子への補償額が算定されており、ブーシュルの上記指摘とも合致する。貴族的分割の対象が先代の「相続分」に限定され、金銭代償分は「後得財産*acquêt*」として均等相続に服するとの主張を、金銭代償を伴う遺産分割も「必要的処分」であるから相続に準ずるとする貴族的分割肯定説に抗して擁護するためには、暗黙の前提となっている売買と相続の二分法を回避する必要がある。そこで、ブーシュルは、「分割*partage*」を「混合契約*un contrat mêlé*」と捉えて自立させ、「分割という権原*titre de partage*」を「相続*succession*」という包括的権原から区別している。貴族的分割を主張できるのは「相続の権原で取得されたもの*ce qui vient à titre de succession*」に限られ、ポワトゥー慣習法第280条の言う「相続権を介して第四の交代に達した貴族不動産*un heritage noble qui seroit venu à la quatre mutation par droit de succession*」もまさにそのようなものとして想定されているというわけである。

「分割*divisio*」を「混合契約*contractus mistus*」と捉える観方自体は、デュ・ムーランの旧パリ慣習法第22条注釈の前述箇所(第74番)において、遺産が「授封建物一つ*una domus feudalis*」だけであるためやむを得ず遺産外の金銭による代償が為される場合にも課税されない旨論じられた際にも、その論拠として提示されていた。「分割は確かに混合契約であり、分配と売買や交換の契約とを兼ねているが、それでもやはり固有で識別可能な性質を備えている*est enim divisio contractus mistus, participans de distractu et contractu, et de permutatione et venditione, et tamen propriam et distinctam habet naturam*」⁴¹⁾ から、「代償が共有財産ではなく特有財産によって為される場合

41) 「混合契約」論の由来であるローマ法上の「混合訴権*actio mixta*」概念そのものが、周知の通り、「遺産分割訴権*actio familiae erciscundae*」を以て例示され、「法廷に遺産分割の訴えが提起される場合、個々の物を個々の相続人に裁定付与すべきであり、何れかの者において裁定付与が過剰となると解されるならば、既に述べた通り、代償として共同相続人に一定額の金銭を支払うようその者に有責判決を下すべきである*si familiae erciscundae iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet: et si in alterius persona praegravare videatur adjudicatio; debet hunc invicem coheredi certa pecuna, sicut jam dictum est, condemnare*」(Inst.4.17.4.)とされる。

quando recompensatio non fit de communi, sed de proprio」であっても課税されないというのである⁴²⁾。しかし、分割が、独自の「混合契約」であって売買ではないが故に保有権譲渡税は課されないのだとしても、それによって封の保有者交代が生じるのであれば、直系相続等に当たると解さない限り、肝心の第22条による保有権承継税は結局免れず、遺産分割を非課税とする論拠としては弱い。これに対して、遺産分割の合意一般を相続から区別すると同時に、金銭代償を伴う分割合意を売買から区別し、これを売買や交換等と並ぶ「特定の権原」の一つと位置付け、金銭代償分の貴族的分割を否定するブーシュルの方が、「混合契約」概念の応用としてより説得力がある。

前述の通り、デュ・ムーランは、代償に利用し得る財産が遺産中に存するにも拘わらず遺産外の金銭で代償が為される場合に課税を認めることで、「必要的処分」説の射程を限定している。これに対して、遺産分割が如何に為されようが、相続による交代という貴族的分割の要件を満たし得るのは、遺産を構成する各財産の内、各人の相続分に対応する割合に限られるというのがブーシュルの立場である。「保有権譲渡税」との関係で、「他の共同相続人等の持ち分や

デュ・ムーランも、当法文を、そこに指示されている法文（「訴権の中には対人的であると共に対物的でもある混合的内容を備えるものもある。共同相続人等に遺産の分割を許す遺産分割訴権がそうである。また、何かを共有している者等でそれを分割させる共有物分割訴権もそうである。更に、隣り合う土地を有する者等の間で行使される境界画定訴権もそうである。これら三つの訴訟において審判人は訴訟当事者等の内に誰かに善と衡平に基づき目的物を裁定付与し、ある者の取り分が過剰と解される場合には、代わりに相手への一定額の金銭支払の有責判決をその者に下すことが許される。Quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam; qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adjudicare: et si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.」Inst.4,6,20.）と共に「混合契約」論の典拠として挙げている。

42) Commentarii in consuetudines Parisienses, 318.v.

相続分について自発的に取決めを為し、それらを金銭で補う共同相続人le coheritier qui compose volontairement des parts et portions de ses coheritiers, et les recompense en deniers」と、「分割の必要に迫られ分割分配の困難故に金銭で補う共同相続人le coheritier qui par la necessité du partage dans la difficulté de partager et diviser les biens supplée en deniers」とを区別すること自体はブーシュルも賛同している。この区別に照らせば、「ヴィネ家法院判決」の事案の先代は後者に当たるといのである（第63番）。しかし、その相続人等における貴族的分割の可否までもが、自発的分割と必要的分割の二分法に左右されると考える必要はない。ブーシュルは、この点を明確にするために、夫婦財産制上の「特有財産propre」と「後得財産acquêt」の区別に関わる論点に言及している。参照されているのは、『新たな法院判決集によって解明されたブルターニュ地方及び同公領の一般慣習法Coutume generales du pays et duché de Bretagne expliquées par un nouveau recueil d'arrests』（1659年初版）⁴³⁾の第422条の第2判決⁴⁴⁾である。貴族の長子である夫が遺産分割に

43) ブーシュルは、レンヌの書籍商ピエール・ガルニエPierre Garnierの未亡人の名義で編集出版された本書（以下『新法院判決集』と略称）を、ブルターニュ高等法院の弁護士であったセバスティアン・フレンSébastien Frain(?-1642年)の著作として引用しているが、『新法院判決集』の読者宛て序文には次のようにあり、正確な引用とは言えない。すなわち、「今世紀初めから1645年までの残りの諸法院判決は、高等法院の弁護士を経て評定官となった故デランド氏、そして、フレン及びド・ヴォランの両氏の考察によるものであり、彼等の偉大さは永遠に記憶されるであろう。より具体的に各人が何に寄与しているかについて言えば、以前に私が、フレン氏の弁論集の後に続けて彼の名義で、慣習法の幾つかの条文について出版した法院判決の大半は、ド・ヴォラン氏の選別と努力によるものである。あらゆる弁護士がこれを知っているのだから、私はこの場であらためて公衆にこの点を知らしめ、彼の名声に幾らか報いると共に、私が悪意のない誤謬により彼から奪い当初フレン氏に与えてしまった榮譽を彼に回復することにした。フレン氏の弁論集で参照されている諸法院判決は、それらが言及されている彼の覚書や弁論から取り出された」（Coutume de Bretagne expliquées, Le libraire su lecteur. 引用は1659年レンヌ刊初版による）といっているのである。ガルニエが生前海手掛けた『ブルターニュ高等法院判決集Arrests de la cour du parlement de Bretagne』（1646年初版）には、フレン自身の「覚書や弁論か

よって得た次子分3分の1は、自身の特有財産となるのか、それとも後得財産として夫婦共有財産に算入されるのが問題となった事案⁴⁵⁾で、ブルターニュ

ら集められたrecueillis des memoires et des plaidoyers」141件の法院判決、「法や実務の様々な主題に関する有益かつ興味深い注記集Remarques utiles et curieuses, sur des sujets differents ou de droit, ou de pratique」と題された計15の簡潔な考察に続けて、やはりフレン名義の『ブルターニュ地方及び同公領の一般慣習法の様々な条文について下された著名法院判決集Arrests notables donnez sur divers articles des coutumes generales des pays et duché de Bretagne』が合冊されているが、上記序文にある通り、後者の法院判決集は、フレンではなく、フレンの同僚であったポール・ド・ヴォランPaul de Vollant(?-1657年)の手になるものであった。ただし、出版年(1646年)から見て当然ではあるが、ブーシュルの参照する1655年の法院判決は同書の第442条(Arrests, 567-568.)には見当たらない。同法院判決は、1659年の『新法院判決集』の出版に当たって、フレンでもド・ヴォランでもない何者かの手で要約され増補されたことになる。

- 44) “当地の平貴族ルネ・デュ・ボワルーが次子等から分割を求めて訴えられていたが、判決が下される前に亡くなり、アンヌ・デ・ヴォー夫人との間にもうけた息子のルネ・デュ・ボワルーが後に残され、息子は叔父や叔母等には金銭で分割し、世襲不動産の全体を自らが保持した。問題となるのは、彼が上記次子等に属すべき3分の1を取得したと見なされ、その結果、子の無いまま亡くなった場合、彼の母の相続人等は、当該後得財産が、抵当付きかつ現金でとまでは言えないまでも、先行する分割と同様に少なくとも金銭の形で両家系にの共有となる旨主張できるかどうかである。それは金銭の形で共有される旨、デュ・ボワルーとド・ラ・コルビエールの間の事案について1655年1月15日に判示された。確かに、デュ・ボワルーの女後見人は抵当設定を求められ、和解に応じ、金銭を約束したが、当該和解は、親族の許可や証書の作成を伴わないものであったので、法院判決の判断理由とはならなかったものと解される。”(Coustume de Bretagne expliquées, 177.)
- 45) 実際の事案では、遺産分割訴訟中に貴族の長子が亡くなり、その子が訴訟当事者であった叔父叔母等から金銭代償により次子分3分の1を取得した後、子の無いまま亡くなっている。母の相続人等の主張が認められるには、当該代償分が後得財産と見なされ、父と母の夫婦共有財産に算入されたものと解さねばならない。父存命中に既に遺産分割訴訟が継続していたとはいえ、そのような先代夫婦の共有財産への算入自体が如何に正当化されるのかは不明である。なお、先々代の遺産の分割の効力が相続発生時まで世代を超えて遡及するという考え方は、コンスタンのポワ

産高等法院は、「長子が不動産全体を自ら保持するため次子等の3分の1の取り分について金銭で補償した場合、それは金銭の形で後得財産となる *c'est un acquêt communicable en deniers, quand l'ainé a satisfait pour le tiers à ses puinez en argent pour retenir tout l'heritage à luy*」旨判示したとされる。この論理を平民による貴族的分割の可否という論点に当てはめるならば、夫が遺産分割時に自らの相続分を超えて金銭代償によって得たものは「後得財産 *un acquêt*」となり、相続による交代が途絶えるため、彼が亡くなくても、その子等の間の貴族的分割の対象とはなり得ないということになる。

問題は、自発的分割だけではなく必要的分割においても同様に解されるのかどうかである。そこで、プーシュルは、「共同相続人間で未分割の不動産が競売を介して彼等の一人によって競落される *un heritage indivis entre coheritiers, et ad jugé par licitation à l'un d'eux*」場合に言及している(第64番)⁴⁶⁾。必要的分割の典型例とも言える遺産分割訴訟や「競売 *licitation*」を経て各人に帰属する財産の相続分超過分が同様に特有財産ではなく後得財産と解されるならば、自発的であるか必要的であるかを問わず、「分割契約 *contrat de partage*」における金銭代償分を特有財産と見なすような例外を設ける必要はそもそもないことになる。ポワトゥー慣習法の第3章「夫婦に属する諸権利、夫婦その他の人々の間での財産共有について *Des droits appartenans a gens mariez, et communauté de biens entr'eux et autres personnes*」第233条⁴⁷⁾に

トウー慣習法第280条第8注釈に既に見えている(「当該分割の契約は法の必然的擬制により相続発生時まで遡及し、最初に父の遺産がもたらされ帰属したヨアンナの存命中に分割が為されたのと同じことになる *contractum huius divisionis fictione iuris necessaria debere retrotrahi ad tempus delatae haereditatis, quemadmodum si dicta divisio fuisset vivente Ioanna, cui primum haereditas patris delata erat et acquisita*」*Responsa*, 349.)。分割遡及論については後述参照。

46) 必要的分割としての分割契約と競売の連関は前述の改定バリ慣習法第80条(前注38参照)にも反映されており、プーシュルがこれを意識している可能性もある。

47) 「後得財産という名称には、夫婦の一方から与えられたもの、あるいは、その努力その他によって何らかの権原で取得したもの全てが含まれる。ただし、贈与者が別段の定めをなしていたか、あるいは、贈与の際にそれが夫婦共有財産に属しない旨

よれば、「夫婦の一方から与えられたもの、あるいは、その努力その他によって何らかの権原で取得したもの *tout ce qui est donné à l'un de la compagnie, ou qu'il acquiert par quelque titre que ce soit, par son industrie ou autrement*」が「後得財産 *acquêts*」と見なされており、ここに言う「何らかの権原で取得したもの *ce qu'il acquiert par quelque titre que ce soit*」は、ブーシュルの本条注釈第27番にもある通り、「特定の権原 *titre particulier*」によるものに限られ、「直系傍系問わず相続によってもたらされるものは全て特有財産であって後得財産ではない *tout ce qui vient par succession, soit directe ou collaterale, est propre, non acquêt*」とされる⁴⁸⁾。遺産の競売手続を介して共同相続人の一人が手にする不動産の内、「遺産において彼自身に帰属する相続分を超えて他の共同相続人に帰属していた分は後得財産にあたる *luy étoit acquêt pour les parts qui appartenient à ses coheritiers, en ce qui excéderoit la part et portion à luy afferante dans les biens hereditaires*」と述べる際に、ブーシュルが参照を求めているのも本条注釈である⁴⁹⁾。引用された注釈第32番⁵⁰⁾には、「分割の権原でもたらされるものと相続の権原でもたらされるもの

の条件が付されていた場合はこの限りではない。 *Sous le nom d'acquêts est compris tout ce qui est donné à l'un de la compagnie, ou qu'il acquiert par quelque titre que ce soit, par son industrie ou autrement; si par le donnant n'avoit esté autrement ordonné, ou que condition n'eust mise en faisant ledit don, qu'il ne tomberoit en ladite communauté.* (Nouveau coutumier general, IV, 798.)

48) Corps et compilation de Poitou, I, 813.

49) Corps et compilation de Poitou, II, 218.

50) “〈32. 競売によって共同相続人から取得された持分はなぜ後得財産なのか。〉共同相続人間で未分割の不動産が競売を介して彼等の内の一人に裁定付与された。『裁判時報』第2巻第3章第4章[→第24章=増補版第27章]で紹介されている1660年6月23日の法院判決によって、当該不動産は、共同相続人等に帰属していてその一人が競落人となった分について後得財産となり、その結果、彼の相互的受贈者にあたる彼の寡婦に付与される旨判示された。これは、ヴィギエのアンゲーモワ慣習法第66条注釈、ラランドのオルレアン慣習法第323条注釈、フェリエールのバリ慣習法第154条注釈第8番、そして、ジョヴェ『諸高等法院判決集成』「後得財産」の項第16番が学説彙纂第23巻第4章「嫁資の法について」第78法文第4節を論拠に与する見

には相違があり、分割は一種の混合契約であるが、特有財産と呼ばれるのは、相続や相続人の権原によって帰属するものだけであり、分割や競売の権原によって帰属するものはそこに含まれない il y a difference de ce qui échet à titre de partage ou à titre de succession: le partage est un contrat mêlé, mais quand l'on parle du propre, on dit que c'est ce qui échoit à titre de succession et d'heritier, non à titre de partage et licitation」とあって、「混合契約」としての分割のみならず競売をも「後得財産」をもたらす「特定の権原」として一括するブーシュルの立場がはっきり示されている。

ブーシュルが第233条注釈の前述箇所で自らの主張の裏付けとしてまず挙げているのは、1660年6月23日のパリ高等法院王示部判決である。この法院判決は、フランソワ・ジャメ・ド・ラ・ゲシエール François Jamet de la Guessièrre (生没年不詳) の編集による『高等法院の主要裁判時報 Journal des principales audiences du parlement』第2巻(1667年初版。以下『裁判時報』第2巻と略称)の第3部第24章(1692年刊増補版では第27章)に「裁判所において競売が為され共同相続人の一人が競落人となった場合、目的物全体が後得財産となるのか、それとも、競売物について彼が相続人であった分については、

解でもあり、相続人は自身が相続人である分に限って死亡者を承継すること、分割の権原でもたらされるものと相続の権原でもたらされるものには相違があり、分割は一種の混合契約であるが、特有財産と呼ばれるのは、相続や相続人の権原によって帰属するものだけであり、分割や競売の権原によって帰属するものはそこに含まれないことが理由とされる。この1660年6月23日の法院判決と民事請願に関する別の二つの[大顧問会の]決定、その一つは当判決に否定的、最新のものは肯定的であるが、それらはデルニュッソン『特有財産論』第1章第5節第11番以下で検討されている。彼の結論では、競売によってもたらされるものが相続分を超えるか否か判断するためには遺産総額を算出する必要があるとされる。なぜなら、相続分を超えない限り、それは相続権に相当するからである。その場合、超過分は共同相続人にとって後得財産であるとしても、その配偶者は夫婦共有財産に含まれる金銭の半分については償還を受ける権利を有している。これは、前掲学説彙纂第23巻第4章第78法文第4節にある通り、「与えただけの額の返還を受けるため」である。”(Corps et compilation de Poitou, I, 813-814.)

差額調整のために他の共同相続人に代価全額が支払われたとしても特有財産となるのかSi la licitation faite en justice à un des coheritiers adjudicataire, est un acquet pour le tout, ou propre pour la part seulement en laquelle il estoit heritier en la chose licitée, quoy que tout le prix ait esté payé aux autres coheritiers pour les éгалer]との表題で紹介されている⁵¹⁾。事案は、租税法院の評定官が共同相続人間の競売によって承継した父の財産を妻に贈与した後亡くなり、同財産を特有財産とみなす亡き夫の相続人等と、後得財産として贈与有効を主張する元妻等が争ったものである。高等法院は、亡き評定官自身の相続分であった分について後得財産ではなく特有財産であるとして、相続人等の主張を一部認容したとされる。ブーシュルは、この法院判決に加えて、順に、ジャン・ヴィギエJean Vigier(生没年不詳)の『アンゲーモワ地方及び同公領、オニス、並びに、ラ・ロシエルの総督管区の慣習法Les coutumes du pais et duché d'Angoumois, Aunis et gouvernement de La Rochelle』(1650年初版)の第66条注釈、ジャック・ド・ラランドJacques de Lalande(1622-1703年)の『オルレアンの公領、バイイ区、プレヴォ区、並びに、それらの諸管轄地の慣習法 Coutumes des duché, bailliage, prevosté d'Orleans et ressorts d'iceux』(1673年初版)の第323条注釈、フェリエールのパリ慣習法第154条注釈第8番、ローラン・ジョヴェLaurent Jovet(生没年不詳)の『フランスの全高等法院の判決録La bibliotheque des arrests de tous les parlemens de France』(1669年)のAの項第6章「後得財産、取得Acquest, Acquisition」第16番を挙げている。この内、1660年の上記法院判決に先行するヴィギエのアンゲーモワ慣習法第66条注釈の第6番には、「競売財産の性質については、真に家産といえるのは相続によって受け取る分であって、その他の部分は特定の権原により取得されるものにすぎず、夫婦共有財産に帰属し、配偶者均等持分の補償によってのみ分離されるau regard de la qualité des biens licitez, il n'y a que la portion receuë par succession qui soit vraiment patrimoniale: les autres sont acquises à

51) Journal des principales audiences du parlement, II, 272-282.引用は1692年パリ刊増補版のテキストによる。

titre particulier, et tombent en la communauté des mariez, dont elles ne sont distraites, que par le remboursement du my-denier」とあり⁵²⁾、競落人の相続分に限定して競売遺産を特有財産とみなすプーシュルの典拠として確かに相応しいと言える。一方、ラランド⁵³⁾、フェリエール⁵⁴⁾、ジョヴェ⁵⁵⁾は何れも1660年の法院判決の判旨に簡潔に言及するだけである。また、ヴィギエとフェリエールは、嫁資に設定された共有地が婚姻後に分割訴訟によって夫の所有に帰したとしても「嫁資として提供された部分だけが嫁資であり続ける」とした前述の法文⁵⁶⁾を論拠に挙げており、プーシュルもこれに倣い引用している。前述の通り、第280条注釈での「ヴィネ家法院判決」の紹介では論拠から省かれた法文が、ここでは、財産の「性質」の維持存続という文脈で適切に援用されていることになる。

しかし、専ら競売について言及するこれら四つの文献には、肝心の混合契約論との繋がりを思わせる記述は見当たらない。遺産の競売を混合契約である分割と一括する観方は、1660年の法院判決における相続人側弁護士の弁論内容から取り出されたものであった。それによれば、「分割とはあらゆる種類の合意に開かれた混合契約の一つであり、しばしば交換や売買の外観を呈するが、分割としての性質を決して変えることはないle partage est un contrat meslé susceptible de toutes sortes de conventions, qui bien souvent porte l'apparence d'un échange ou d'une vente, et néanmoins ne change point sa nature de partage」とされ、「競売la licitation」自体は、「分割から区別される契約ではなく分割を可能にする手段であるn'est pas un contrat separé du partage, mais un remede pour le faciliter」から、「分割に従属し付随するにす

52) Les coutumes du pais et duché d'Angoumois, 250.引用は1650年パリ刊初版による。

53) Coutumes des duché, bailliage, prevosté d'Orleans, 396. 1673年オルレアン刊初版を参照。

54) Corps et compilation de Paris, II, 119. 1685年パリ刊初版を参照。

55) La bibliotheque des arrests, 16. 1669年パリ刊のテキストを参照。

56) D.23,3,78,4.

ぎない'n'est qu' accidentelle et accessoire au partage」というのである⁵⁷⁾。ただし、相続人側の主張は、分割という混合契約に競売を従属させるだけでなく、保有権譲渡税に関する改定パリ慣習法第80条⁵⁸⁾を引き合いに、「分割の権原 titre de partage」を「相続権 droit successif」と等置し、競落財産全体を特有財産と捉えるものであった。プーシュルは、代償を伴う分割を特定の権原とみなし、包括的権原である相続それ自体とは区別する自らの立場に整合する限りにおいて、分割に競売を従属させる上記主張を借用したに留まる⁵⁹⁾。この1660年の法院判決から学んだ混合契約論がポワトゥー慣習法第280条の解釈にも応用され、貴族的分割の要件とされる相続による交代から、遺産の分割や競売における代償取得を峻別すべきとの結論が導かれているわけである。

ところで、1660年の法院判決では、亡き夫が生前に父の遺産の競売によって得た財産の相続分を超える部分は、「後得財産」とみなされ、動産と共に「夫婦共有財産」に属するため、当該「後得財産」を目的とする夫婦間の相互的贈与は有効と判示されている。このような論理は前述のヴィギエの見解にも既に明瞭に示されていたものであった。しかし、競売を介して取得される遺産を区別なく全て「特有財産」と捉えるべきとの見解がその後現れ、プーシュルもこの異論に言及している。参照されているのは、ドニール・ブリュン Denis Le Brun (1640-1708年) の『相続論 Traité des successions』(1692年初版)である。同書の第4巻第1章「分割について Des partages」第33番⁶⁰⁾では、「遺産中の

57) Journal des principales audiences du parlement, II, 273-274.

58) 前注38参照。

59) 高等法院の判断を特有財産の限定へと方向づけた次席国王代訟官ジェローム・ビニオン Jérôme Bignon 2世 (1627-97年) の総括弁論においても、「分割は混合契約である le partage estoit un contrat mixte」とされつつ、第80条との関連づけが否定されている (Journal des principales audiences du parlement, II, 281.)。

60) “<33. 遺産中の不動産の競売がもたらすのは特有財産と後得財産の何れなのか。> 次に共有物競売の効果へと論を進めるにあたって、我々のやり方から外れないために、次のような周知の問題について述べるに留めたい。それはすなわち、遺産中の不動産の競売が、競落人たる共同相続人の人格に、特有財産をもたらすのか、それ

とも、後得財産をもたらすのか、そしてそれは、全体としてか、それとも、部分的にか、という点である。この問題に限って言えば、競売が為される当事者の意図を考慮するにせよ、競売で実際に為される事柄に目を向けるにせよ、競売は不動産全体について相続による特有財産をもたらすものと私は解する。競売が特有財産をもたらす点を裏付ける諸論拠：未分割のまま保有している遺産中の不動産を互いの間で競売にける共同相続人等の意図は、遺産の分割を為しあるいは調整するという点に存する。同様に、分割と呼ばれるものには、相続財産の現物分割のみならず、競売であれ他の仕方であれ、相続人等に対して為される相続財産の付与も含まれる。分割によって開始あるいは完了され得る分割全体は、その開始から終結に至るまで、同一の事柄、同一の契約に他ならない。従って、すぐに解明される通り、分割が差額調整を伴う場合でも特有財産をもたらすのと同様、競売もまた特有財産をもたらすのである。そもそも、このように競売によって分割する意図、つまり、分割を為しあるいは調整する意図は、分割を達成するために競売される必要性によって裏付けられ、分割を達成するために不可欠の手段に相当するものは、共同相続人等によって分割と見なされる。そこで二つの確実な命題が導かれる。第一の命題とは、すなわち、競売は、この場合、自身が主となるような自立した契約ではなく、分割に付随し従属するものにすぎないというものであり、第二の命題とは、競売を為す共同相続人等は彼等の分割を為しあるいは調整する意図を有しているというものである。次にこのような競売において実際に為されていることを考慮するならば、やはり我々の見解に行き着くであろう。というのも、ここで為されているのは、共同相続人間での未分割と共有を脱すること以外のなにものでもなく、それは他に分割としか呼びようのないものであるから。シャルル・デュ・ムーラン氏は〔旧〕パリ慣習法第22条注釈第70番において、「そのような競売は新たな交換でも他人への譲渡でもなく、それらの一体化であり、共有物が属する人々の間でそれは許容される」と述べている。そして、相続人が競売の結果として一度に不動産全体を得る場合、それら全体が最初から彼に属していたものと推定される。これは、嫁資の取得について、約束された嫁資の支払いによって現実に付与されるものが、付与されたのが不動産で約束していたのが金銭であっても、既に義務づけられていたと推定されるのと同じである。附合や寄洲が、一方は地上物と敷地の自然な結合により、他方はかすかな増加により、特有財産をもたらし、この世のあらゆるものが常に増えたり減ったりするが故にそれが一層自然であるならば、なぜ相続財産の一つの競売が特有財産をもたらさないといえるだろうか。というのも、複数の相続人等が分割できない遺産を競売にけること、分割不可能なもの全体がそれについて分割不可能な

不動産の競売が、競落人たる共同相続人の人格に、特有財産をもたらすのか、それとも、後得財産をもたらすのか、そしてそれは、全体としてか、それとも、部分的にかsi la licitation d'un immeuble de succession fait un propre; ou un acquet, pour le tout; ou pour partie en la personne de l'heritier adjudicature ?]との「周知の問題fameuse question」が扱われ、「競売は不動産全体について相続による特有財産をもたらすelle fait un propre de succession pour le total de l'heritage」との結論が提示されている。論拠とされているのは、分割と競売の主従関係、並びに、競売を為す共同相続人等の意図であり⁶¹⁾、競落人の相続分相当部分のみを特有財産とみなした1660年の法院判決との違いは、分割と競売の結果をそのまま相続時にまで遡及させるところに由来する。「相続人が競売の結果として一度に不動産全体を得る場合、それら全体が最初から彼に属していたものと推定されるquand une fois l'heritier a le total de l'heritage par l'évenement de la licitation, l'on presume que le tout luy appartenoit dès le

持分を有していた者に帰属することもまた同じように自然だからである。最後に、分割の差額調整金を支払った共同相続人の一人に属する不動産が、それでもやはり彼の元で相続による特有財産と見なされるのだとすれば、よく言われる通り同じように分割に関わっているのに、競売にはなぜ同じ効果が生じないのであろうか。パリ慣習法第80条はこの根拠に基づいて、不動産が相続人の一人に競落される場合、競売に保有権譲渡税は課されない旨定めている。この点は部外者の競売参加が認められている場合にも妥当すると解されねばならない。この問題は、以上の見解に合致する仕方でも高等法院によって、弁護士ローラン・デュ・リデオ氏に有利に判断されており、当該法院判決は『裁判時報』第2巻第3部第27章で紹介されている。しかし、その後、大顧問会は同様の事件について反対の判断を下している。”(Traité des successions, 582-583.引用は1692年パリ刊初版による。)

61) ル・ブリュンもデュ・ムーランの旧パリ慣習法第22条注釈も参照しているが、分割当事者の意図ではなく、分割への競売の従属に関連して、「分割に続く競落は新たな交換でも他人への譲渡でもなくそれらの一体化と解されるassignatio postea secuta non videtur esse nova mutatio, nec translatio in aliam manum, sed consolidatio in unum ex eis」(第70番。Commentarii in consuetudines Parisienses, 318.r.)との一節が引用されている。

commencement」というのである。そのような解釈を裏付ける意図で、ル・ブリュンは、遺産競売を保有権譲渡税の課税対象から外す改定パリ慣習法第80条と共に、ド・ラ・ゲシエールが『裁判時報』で紹介した1660年の法院判決に着目している。ル・ブリュンは法院判決それ自体が自説と同旨である旨述べているが、上記議論に符合するのは、法院判決の結論ではなく、先代の競落遺産全体をその特有財産とみなす相続人側の主張であろう⁶²⁾。このル・ブリュン説について、ブーシュルは、競落遺産全体を特有財産と捉えること自体の当否には直接言及せず、「それでも相続分を超過するものが相続の権原に基づくものではないというのは常に正しいmais il est toujours vray de dire, que ce qui excède la portion hereditaire n'est pas à titre successif」と付言している（第280条注釈第64番⁶³⁾）。

特有財産か後得財産かという二者択一の問いの下では、「相続の権原titre successif」に基づかないものは後得財産と解する他なく、ル・ブリュン説とブーシュル説は相容れないように見える。しかし、ブーシュルは、第280条による平民間の貴族的分割の対象を先代の相続分に限定する立場を維持しつつ、「分割時に、相続人の一人が他の共同相続人等に彼等の相続分に相当する金銭を与えたとしても、それは後得財産と見なされるが、特有財産でもあるので、そのような資格の下に、共同相続人間の分割によって取得されるものは全て彼等の相続において分割されるquoiqu'en partage faisant, l'un des heritiers ait rendu deniers à ses autres coheritiers pour leur portion hereditaire; ce n'est pas neanmoins considéré comme un acquêt, mais bien comme un propre, en laquelle qualité tout ce qui échoit en partage faisant entre coheritiers, se

62) なお、ド・ラ・ゲシエールによれば、1660年法院判決をめぐっては、敗訴した元妻側の「民事抗告requeste civile」により「大顧問会le grand conseil」によって競落遺産全てを後得財産とする旨の決定が下された後、更にこれを不服とする相続人側の再度の「民事抗告」を受け、当初の法院判決と同様、亡夫の相続分相当部分のみを特有財産とする決定が「大顧問会」の手で下されたようである（Journal des principales audiences du parlement, II, 282.）。

63) Corps et compilation de Poitou, II, 218.

divise en leur succession」としている(第66番)⁶⁴⁾。遺産競売や金銭代償を伴う遺産分割合意によって取得される財産が貴族財産であれば、競落人の相続分に対応する部分についてのみ第280条に基づく貴族的分割が問題となる一方、同条が適用されない金銭代償分は、それ自体としては「後得財産un acquêt」に当たるが、遺産一般としては「特有財産un propre」としての「資格qualité」を失わないというのである。このような理解は、一見迂遠ではあるが、金銭代償を経て承継される遺産が夫婦共有財産への算入によって家系外に流出することを防ぐという利点を備えている。ポワトゥー慣習法上の平民による貴族的分割との関連では、金銭代償分の「後得財産」としての性質に着目して相続による交代を否定するが、家外者との関係、とりわけ、夫婦間では、遺産全体を「特有財産」と捉えて家産の保持に配慮するというのがブーシュルの立場なのである。そのような理解の典拠として再び参照されたル・ブリュンの『相続論』第4巻第1章の第35番及び第36番⁶⁵⁾によれば、「特有財産という資格は、

64) Corps et compilation de Poitou, II, 219.

65) “(35. 分割の差額調整は特有財産の妨げとなるのか。) 分割差額調整が特有財産の妨げとなるのかが問題となる。私の共同相続人が、分割差額調整として、彼にとって後得財産にあたる不動産を私に与えるならば、当該不動産が私にとって相続による特有財産なるということは明らかである。なぜなら、この場合、分割は一種の交換であり、交換は特有財産について代位を為すための権原として最も適しているからである。加えて、衡平がそのように説き、問題がそのように考えさせる。つまり、特有財産という資格は、一つの主体から別の主体へと容易に移行する外的な資格なのである。私の共同相続人が分割差額調整として金銭を私に与えるならば、当該金銭が私にとって相続による特有財産となることはあり得ない。なぜなら、金銭は、その性質上、特有財産という資格を得る余地はないからである。にもかかわらず、当該金銭は、私の妻に有利な間接的な利得となるのを避けるため、夫婦財産共有による特有財産となる。一般に「様態変動による詐害」と呼ばれるこの種の欺罔行為が認められるためには、勿論、分割が私の婚姻中に為される必要がある。(36. 分割差額調整は特有財産の妨げとならないという解決。) それでは、差額調整の債務者である私の共同相続人にとって、彼の不動産は差額調整の限度において特有財産ではなくなるのであろうか。私の考えでは、不動産はその全体において彼の特有財産となるものと解される。というのも、特有財産について分割が為されている以上、分

一つの対象から別の対象へと容易に移行する外的な資格である la qualité de propre estant une qualité extrinseque, qui passe aisement d'un sujet en un autre」とされ、このような資格移転論に従えば、代償金を得た共同相続人等からその相続分に相当する部分の「特有財産」の「資格」が代償者の取得分へと移転するとの説明も可能となる。また、同箇所には、「差額調整を伴う分割は共同相続人が不動産上に有していた権利を明確化しあるいは是認するものにすぎず un partage fait avec soulte, ne fait qu'expliquer ou confirmer le droit que un coheritier avoit dans l'immeuble]、「世襲不動産は、死亡時から既に、

割に至るために不可欠の手段である差額調整によって特有財産としての効果が失われることはないからである。私の共同相続人が差額調整の負担の下に保有するものも分割の権原によるものであることに変わりはない。差額調整を為すか競売を申し立てるかの何れかによってのみ未分割の共有状態が解消される。差額調整を伴う分割は、私の共同相続人が不動産上に有していた権利を明確化しあるいは是認するものにすぎず、その権利は「全体における全体に及び、それ故、各部分における全体に及んでいる」。一種の遡及効によって、世襲不動産は、死亡時から既に、単に未分割であっただけでなく、不明瞭ながらその全体にわたって彼に帰属していたものと推定される。分割当事者の意図も以上の観方を裏付ける。なぜなら、彼等は財産の取得や取引のために分割を為したわけではなく、彼等の契約は通常の商取引ではないからである。そうではなくて、彼らが分割を為すのは、各人の取り分を得て、彼等に付与されるものに彼等に属するものの正当な価値を見出すためなのであり、だからこそ、彼等が分割に注意を払うのである。これはダルジャントレ氏のブルターニュ慣習法第418条第2注釈第6番に見える見解であり、そこには、「このような仕方取得されたものは、取得されたのではなく分割が為されたのであるから、後得財産と見なすべきではない」とある。また、アンジュー慣習法第282条は、分割の差額調整は譲渡税も取戻権も生じさせない旨定めている。この点について我々は更に次のように解している。すなわち、分割が和解の方式で為された場合、そこから不当な損害を被った者は、共同相続人が相互に、相続財産を、分割に代えて、売却し合う場合と同様に、やはり原状回復を請求でき、和解に関する王命で彼に抗弁を為し得ない。[分割という]行為の本質は、我々が借用する売買、和解、競売、差額調整といったあらゆる権原に対して常に優位するのである。”(Traité des successions, 587.)

単に未分割であっただけでなく、不明瞭ながらその全体にわたって彼に帰属していたものと推定される *l'heritage est presumé luy appartenir tout entier dès le temps du décès, non-seulement; mais inidstinctement pour le tout*】との「遡及効 *un effet retroactif*」論も見出されるが、先の資格移転論との関わりについては特に言及はない。ここでプーシュルが明示的に援用するのも資格移転論だけであり(第67番)⁶⁶⁾、論理的に矛盾するように見える「遡及効」論にまで与する意図はないようである。プーシュルは、ル・ブリュンと同じく、金銭代償分を含めた遺産全体を特有財産と捉える見解として、更に、フィリップ・ド・ルニュッソン *Philippe de Renusson* (1632-1699年) による『物的特有財産、見なし物的特有財産、合意特有財産に関する論考 *Traité des propres reels, reputez reels et conventionels*』(1681年初版。以下『特有財産論』と略称)の第1章第5節「不動産は、無遺言時の法定相続人にとって、それが如何なる相続の順位や様態でもたらされるにせよ、特有財産となるのか *Si les immeubles sont propres aux heritiers legitimes, ab intestat, ausquels ils sont écheus, en quelque degré et genre de successions que ce soit*」の一節⁶⁷⁾も援用している。

66) *Corps et compilation de Poitou*, II, 219. ただし、代償者の後得財産であったものが受領者の特有財産に代位し特有財産の資格を備えるとのル・ブリュンの見解に忠実な適用例とは必ずしも言えない。後注80も参照。

67) “〈7. 共同相続人等に対する差額調整や代償の負担の下に直系あるいは傍系においてもたらされる世襲不動産はその全体が特有財産に当たるのか、それとも、差額調整の割合で後得財産となるのか。〉大いに議論されている周知の問題として次のようなものがある。すなわち、共同相続人等との間で差額調整や代償を用いて為した分割を通じて、直系乃至傍系においてその全体が一人の者に帰属するに至った不動産は、全体として特有財産となるのか、それとも、差額調整の割合で後得財産となるのかが問われている。例えば、ある屋敷が母からの遺産として三人の子等にもたらされたが、当該屋敷は分割不可能であるので、子等は、当該屋敷全体が、他の二人それぞれに一定額の金銭を支払うことを条件に、彼等の内の一人の元に留まる旨の証書を交わすか、あるいは、屋敷が競売に付され、裁判所で競売が為され、子等の一人が一定額で競落人となり、その額の3分の2を他の二人の兄弟に支払い、その後、競落人が亡くなり、父を後得財産の相続人、兄弟等を特有財産の相続人とした場合、当該屋敷はその3分の1に限って特有財産となり、残りの3分の2は、当該3分の

2の代価が既に支払われた以上、後得財産となるのか、それとも、屋敷全体が特有財産となるのか。(8. 当該問題の検討と様々な事例。) 当問題について吟味する前に、我々のフランス法が様々な相続人を定めていること、また、複数の相続人が残され、ある者は動産と後得不動産の相続人、別の者は特有財産の相続人とされる場合がよく見られることに注意せねばならない。ところで、フランスの共通法によって遺産がどのように彼等にもたらされようとも、彼等が等しく法定相続人であるのは確かであり、それぞれの権利が保持されるのが正当であり、特有財産の相続人が後得財産の相続人よりも有利であるとか、反対に、後得財産の相続人が特有財産の相続人よりも有利であるとかいうことに説得力はなく、諸慣習法によって各人の権利は均等に定められている以上、彼等の関わる財産の種類において各人が等しく有利なのであり、それ故、財産が、特有財産と後得財産の何れの資格を有するのか、特有財産の相続人と後得財産の相続人の何れに帰属するのか判断するにあたっては、平等が各人の利害を衡量する準則となるべきである。パリ慣習法は、二つの条文、すなわち、第139条と第143条において、この平等の準則を我々に幾分か示してくれている。第139条によれば、親族取戻によって取り戻された世襲不動産は、取戻者が特有財産相続人と後得財産相続人とを残して亡くなる場合、特有財産相続人に帰属するが、当人は後得財産相続人に対して死亡後一年と一日以内に当該不動産の代価を償還するという仕方、家に帰属するとされる。この条文は、1580年に改定される際にシャルル・デュ・ムーラン氏の旧慣習法注解の見解に従って付加されたものである。この条文によれば、親族取戻で取り戻された不動産は、実際、特有財産、つまり、維持されるべき家産であるが、無償かつ相続上の権原により取戻者に帰属しているわけではなく、取戻者が自らの金銭でそれを取り戻し、それについて自ら代価を支払ったという点もまた真理であるから、取戻者が亡くなり、後得財産相続人を残した場合、この相続人は補償を受け、特有財産相続人が彼に不動産の代価を償還するとされており、そうさせることで慣習法は各人に帰属すべきものを確保しているのである。同様の平等は同慣習法第143条にも見出され、同条には、自らの特有不動産を別の不動産と交換した場合、当該不動産は交換によってそれを得た者の特有財産となり、もしそれを売却したならば取戻の対象となる、とある。この慣習法の条文は一種の擬制を為しており、交換によって取得された不動産を交換された不動産と同様の特有財産の性質と資格を備えるものと見なしている。このような擬制が為される結果、特有財産相続人は補償を受け、彼が処分した従前の不動産の地位に新たに代替した不動産への代位によって彼の権利が維持される。これらの諸原理を応用し、以上の問題に帰着し得る様々な事例を検討する必要がある。すなわち、第一に、差額調整や代償が、同じ遺産中の金銭や動産で為される場合、あるいは、遺産に属さない金

銭や動産で為される場合、第二に、競売を伴わずに分割が為される場合、あるいは、分割に続いて競売が為される場合、第三に、競売が相続人間でのみ行われる場合、あるいは、外部者が相続人等と共に競売への参加が許される場合、である。差額調整や代償が同じ遺産中の金銭や動産によって為される場合、例えば、動産と不動産から構成される遺産が生じ、相続人間で為された分割によって、ある者等は不動産を、別の者等は動産を得る場合、不動産はそれを得た者等全員にとって特有財産となる。不動産はその全体において相続の権原によって彼等にもたらされたと実際に言えるというのがその理由である。(9. 当該問題に関するシャルル・デュ・ムーラン氏とダルジャントレ氏の見解。)これは、シャルル・デュ・ムーラン氏がその『旧バリ慣習法注解』第22条問題22「共同相続人等から自らの相続分全てを金銭や動産で受領した場合、別の者の下に全て留まっている不動産の内の何かが後得財産となると解すべきかどうか」で述べているものである。しかし、遺産中に動産が存しなかった場合には如何に解すべきであろうか。不動産を取得した者は、財布を取り出し、自らの負担、つまり、自らの金銭か借入金で共同相続人等に補償あるいは代償を為す義務を負うのであろうか。ダルジャントレ氏は、その『プルトーニュ慣習法注解』第418条注釈第2注釈第6番において、そのような場合においても、不動産はその全体が補償を為した者の特有財産となる旨、兄と妹の間で為された分割に事案に沿って述べている。以下抜粋〔省略〕。(10. 当該問題の解決。)しかしながら、私は、同じ遺産に属さない金銭や動産によって補償や代償が為されるこの分割の事案においてダルジャントレ氏の見解に与する必要は全くないと考える。というのも、この場合、相続人の取り分を超えるものは相続権によってもたらされた財産ではなくむしろ後得物に相当するからである。しかしその一方で、あらゆる遺産分割は「相続という原因を備えている」し、財産をその由来する家に維持させるのが我々のフランス法であるから、不動産を取得しそれについて差額調整金や補償金を支払った者が亡くなり、特有財産相続人と後得財産相続人を残した場合、特有財産相続人が不動産全体を保持し、その全体が特有財産と見なされるが、その場合、後得財産相続人には、死亡者がかつて相続にあたって自らの相続分を超える分について支払い代償したものと同額を補償すべきである。そうすれば、不動産はその由来する家に保持される一方で、後得財産相続人の方は、補償を受けた以上、異議を申し立てることはできない。これが理に適った中庸であり、その根拠は前記バリ慣習法第139条に見出され、同条は、高度な合理性と平等に裏付けられているが故に、共通法の地位を得て然るべきである。同様の判断は、分割に続いて裁判所で競売が為されるとしても、家外者の競売参加が許される場合と相続人間でのみ競売が為される場合のいずれにせよ、妥当する。なぜなら、相続人の一人が競落した場合には結局同じことであり、競売

ド・ラ・ゲシエールやル・ブリュン同様、パリ高等法院の弁護士であったド・ルニュッソンが主たる論拠として援用するのは、親族取戻を為した者の「特有財産相続人 l'heritier des propres」と「後得財産相続人 l'heritier des acquêts」（夫婦財産共有の関係にあった存命配偶者やその相続人）の利害調整に関わるパリ慣習法の二つの条文（第139条及び第143条）であるが、「相続人の取り分を超えるものは相続権によってもたらされた財産ではなくむしろ後得物に相当する *ce qui excède la part et portion de l'heritier est plutôt une acquisition qu'une chose échue par droit successif*」としつつ、「財産をその由来する家に維持させるのが我々のフランス法である *il est de notre Droit François de conserver les biens dans la famille d'où ils viennent*」との結論部分はブーシュルの意図に沿う。ただし、夫婦共有財産に関わる前述第233条の注釈やそこでの1660年法院判決の肯定的言及を踏まえるならば、ブーシュルは、ル・ブリュンやド・ルニュッソンの見解に全面的に与しているのではなく、第280条の適用対象である平民保有の貴族財産に限って、金銭代償分を含む全体を特有財産と捉える立場と解される。混合契約論による第280条の射程の限定は、均分相続の前提の下で貴族財産を家系内に保持し続ける可能性との抱き合わせによって、一層の説得力を得ているのである。

VI

分割合意にせよ競売にせよ代償により相続分を超えて得た遺産について相続による交代を認めず、次の相続時に第280条の適用を認めないブーシュルが、唯一その例外と見なしているのが遺産中の不動産による代償である。すなわち、「代償や補償が遺産中の主要建物や不動産で為され、金銭で為されず、共同相

は分割の続きであり分割の一部に成しているからである。また、家外者に競売参加を許す場合、それは、相続人間で競売価格を上昇させ、容易に分割し得ない不動産に正当な価格を付すためであり、いずれにせよ、相続人間では合意できなかったのである。”(Traité des propres, 17-20.引用は1681年パリ刊初版による。)

続人間で交わされた合意を介して、貴族不動産が全体として共同相続人の一人に留保され、他の者等には別の地所が帰属するものとされた場合には、全てが相続の権原で帰属したとみなされる *quand le supplément ou la recompense est faite en corps et heritages de la succession, non en deniers, au moyen dequel accommodement que les coheritiers font entr'eux, un heritage noble demeure pour le tout à l'un d'eux, et les autres domaines aux autres*』というのである(第65番)⁶⁸⁾。そのような判断の一例として、ブーシュルは、ルイのメヌ慣習法第273条注釈⁶⁹⁾で紹介されていた1615年の法院判決に再度言及している。というのも、同判決では、父が金銭代償によって得た分について長子に次子等への補償を命じる一方で、「次子等は父に属していた賃租不動産の代償を主張することはできない *sans que les puisnez puissent prétendre aucune subrogation des heritages censifs qui appartenoient à leur pere*』としていたからである⁷⁰⁾。父は、貴族不動産を承継するにあたって、金銭による代償に加えて、遺産に属していた「賃租不動産 *heritages censifs*」上の相続分を代償の一環として共同相続人等に譲っていたため、次子等がこちらの補償も長子に求めたが、世襲不動産による代償分については長子優遇が認められ補償は不要とされたわけである。世襲不動産による代償が例外とされる理由について、ルイは、「遺産はそれが現にある状態と資格において分割されねばならない *les successions se devans partager en l'état et selon la qualité qu'elles se trouvent*」と述べて、ローマ法文を二つ引用している。一つは、「世襲財産が問題となる場合、父が亡くなった時に保有していた資産のみが考慮される *de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater cum moreretur habuerit*」⁷¹⁾とするもので、もう一つには、「相続人の権利については彼が遺産を得た時点のそれに特に着目すべきである *ius heredis eo vel*

68) Corps et compilation de Poitou, II, 218.

69) 前注33参照。

70) Remarques et notes sommaires, 151.

71) D. 35, 2, 79.

maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem」⁷²⁾とある。分割時の遺産の現状に着目する命題に、被相続人死亡時や相続承認時を遺産と相続権の基準時とみなすこれらの法文を結びつける意図は必ずしもはっきりしないが、相続発生と遺産分割との間に経過し得る時間を考慮するならば、遺産分割に移転的効果しか認めないローマ法ではなく、むしろ、フランス法に固有の分割遡及効論からの影響をそこに読み取ることも可能である。遺産分割で世襲不動産を得る共同相続人の一人が、金銭ではなく、遺産中の別の世襲不動産上の相続分を以て代償する場合、代償によって得た物も代償物も共に同じ遺産に属する世襲不動産であるから、分割結果を相続発生時に遡及させても構わないというわけである。プーシュルも、「共同相続人等が遺産について様々な権利を有するにせよ、各相続人がそれぞれの相続分を遺産中の特定の物に取得するのが通常であるから、当該目的物も、後から相続人の人格にもたらされ、遺産分割時に別の財産を取得したのではなく、要は相続の権原に基づいて手にしたものと見なされる quonique les coheritiers ayent divers droits dans dans la succession, comme c'est ordinaire de prendre par chacun d'eux leur portion hereditaire en un corps particulier de la succession, aussi ce corps est puis après en la personne de l'heritier, considéré comme s'il n'avoit eu d'autre bien dans la succession partagée; en un mot, à titre successif」と述べて同様の理解を示している。遺産分割に際して共同相続人の一人が他の世襲不動産を代償に得た貴族不動産について、分割の遡及効を根拠に「相続の権原による à titre successif」帰属を認めるならば、相続による交代は途絶することなく、当該共同相続人の長子が第280条に基づく貴族的分割を主張することも可能となる。

このような理解の典拠としてプーシュルは、まず、前述のショパンの『アンジュ慣習法論』第2巻第3部第1章第4節から第11番を引用している。その冒頭部分では、姉妹等の嫁資等の持戻に代えて兄に譲った「世襲授封地 vetusti clientelae fundi」について、それが「嫁資の金銭 dotalis pecunia」等と引き換えに取得されたように見えるとしても、何れの財産も「共有の遺産に由来する

72) D. 28, 5, 49.

ex communi bonorum successionem delibata sunt」から、「共同相続人等の手を離れた封は、持ち戻されるべき金銭と引き換えに兄に購入されたのではなく、兄に相続されたものと解される *successorium potius feudum existimatur, quam a fratre emptum pro rata mobilis aeris ipsi conferendi, quod cohaeredibus remiserit*」とされ、当該授封財産は、アンジュー慣習法第255条により、「兄の相続人等の中で貴族的に分割されるべき *inter haeredes nobiliter hercisci debere*」ものとされている⁷³⁾。この議論は、遺産中の不動産を代償とするものではなく、共同相続人に対する嫁資等の持戻の免除を代償と捉えるもので、想定されている事案は異なるが、「共有遺産 *communis bonorum successio*」内での代償を相続と見なして次代での貴族的分割を容認する点では確かにブーシュルの上記議論に呼応する。

もう一つ、ブーシュルが引用しているのは、パリュのトゥレーヌ慣習法第297条注釈第3番⁷⁴⁾である。既に検討した通り、特に「分割当事者の取り分が各人に取得されるものについて考慮される強制的分割 *un partage forcé, auquel la part des copartageans est considérée en ce qui echoit à chacun*」において

73) “〈11.姉妹等が彼女等によって持ち戻されるべき様々な金銭の支払いのために兄に対して放棄した封は兄の後得財産ではなく世襲財産となる。〉しかし、姉妹等が多額の嫁資や母から得た遺産の収益の持戻を免れるために遺産分割にあたって世襲授封地を放棄する場合、長兄は別の点に注意すべきである。弁済や動産による補償と引き換えに兄に土地が帰属したとしても、それは嫁資の金銭や嫁資の土地用益権の収益である。つまり、全ては共有遺産に由来するものであり、買主としての兄が自己資金で手に入れた私的財産ではない。それ故、共同相続人等の手を離れた封は、持ち戻されるべき金銭と引き換えに兄に購入されたのではなく、兄に相続されたものと解される。それどころか、分割によって共同相続人に帰属する土地は、自己の資金による補填があったとしても、承認礼金の支払を免ぜられ、購入財産や新規取得財産とは呼ばれず、相続を原因として保有されていると見なされる【アンジュー慣習法第282条】。このように姉妹によって放棄された土地は特権の下に保有されている以上、兄の相続人等の中で貴族的に分割されるべきこととなる。…”(De legibus Andium, II, 225-226.)

74) 前注18参照。

は、各相続人が金銭代償を為すことなく自らの相続分に見合う財産を得ることになるので、直系傍系の区別なく相続による交代を認め、当該財産全体について次代での貴族的分割を許すのがパリュの解釈であった。「共同相続人が遺産について異なる権利を有しているとしても、特定の物においてそれぞれの相続分全体を得ることは様々な慣習法の下で彼等に許されており、その特定の物は、後から相続人の人格に、分割された遺産に彼が他の財産を取得しなかったかのように属すると見なされる *il est loisible entre coheritiers quoy qu'ils ayent divers droits en la succession, et en diferentes coustumes de prendre toute leur part hereditaire en un corps particulier, qui est puis apres consideré en la personne de l'heritier de mesme que s'il n'avoit eu autre bien de la succession qui a esté partagée*」というパリュの指摘⁷⁵⁾は、その言い回しも含めて、ブーシュルの主張の直接の典拠となっている。また、パリュは、ここで前提とされている遺産分割の遡及効に関して、「遺産分割というものは各人の相続権を分配するのではなく明示するもので、個々の共同相続人が、相続発生日から既に、実際には事後の分割の結果として帰属した財産の所有者であったと遡及的に見なされる *le partage haereditaria cuiusque iura explicat magis quam tribuit, et retro fingitur cohaeredes singulos à die delatae haereditatis dominos rerum extitisse quae ipsos postea divisionis sorte obtingerint*」との一般的命題を提示しており⁷⁶⁾、こちらもブーシュルによって抜粋引用されている。金銭代償分については資格移転論による特有財産の性質の維持に留める一方、遺産内の不動産による代償という限られた場面では、分割遡及効論に依拠して相続による交代を肯定し貴族的分割を許容するのがブーシュルの立場なのである。

遺産内の不動産による代償は、実質的には共同相続人間での世襲不動産の交換を意味するが、遺産分割後にあらためてそのような交換が為される場合について、ブーシュルは、資格移転論も分割遡及効論も適用することなく、交換に

75) Coustume de Touraine, 495.

76) Coustume de Touraine, 495-496.

よって得た貴族財産を「真正な後得財産 un véritable acquêt」と捉えている。「分割が為された後 après partage fait」では、「長子 l'aîné」が世襲不動産と引き換えに貴族財産上の「他の共同相続人等の相続分 les portions de ses autres coheritiers」を得るとしても、「分割時には各共同相続人の相続分が封上に依然存続していた par le partage à chacun des coheritiers seroit demeuré sa portion dans un fief」のであるから、文字通り事後的に「取得する acquiert」だけで、相続したことはないというのである(アンジュー慣習法第280条注釈第71番⁷⁷⁾。ここではショパンの『アンジュー慣習法論』第2巻第3部第1章第4節から第2番⁷⁸⁾が参照されている⁷⁹⁾。この箇所のショパンの主張は

77) Corps et compilation de Poitou, II, 219.

78) “しかし、私の考えでは、購入された封の部分は、後得財産に算入されるべきで、購入者たる兄弟の特有財産に算入されるべきではない。というのも、この者は、新たに授封されたかのように、第一の忠誠誓約と臣従礼を為し、封の当該部分の第一の取得者乃至保有者になったと見なされる。それ故、彼の次代の相続人等は第二の臣従礼者であって、第三の臣従礼者ではなく、父によって購入された封の部分は子等の間で均等に分割されることになる。それどころか、封主が封主取戻権によって売却された封を部外者から取り戻す場合であっても、そのように取り戻された部分は後得財産の一種であって世襲財産ではない【ファベルの法学提要2巻20章「遺贈について」第9節注釈】。確かに、それらの部分は統合される封と同一の条件を受け継いでおり、それは土地本来の資格で、それによって貴族で唯一の封主となり、そこから派生しこの度統合回復された当初の性質と解される。しかし、それは各人の特有財産、世襲財産としてではなく、むしろ新規に新たに取得された財産としてにすぎない。この点は別の箇所です既に指摘したとおりである。例えば、二人の兄弟間の分割合意により、二つの軍役授封地が平民地に代えて一方に帰属し、当該平民地は1000アウレウスの代償金と共に共同相続人にもたらされた場合、前者の年長相続人はそのような授封地の3分の2を獲得するが、死亡者が共同相続人であった兄弟に代償した金額がそこから控除される。というのも、貴族地は、共同相続人に金銭を割り当て支払った限りにおいて死亡者によって調達されたものと解されるからである。ただし、封のこの部分を除いた残り、すなわち、上記分割の特約によって農地乃至平民地に代替した部分を相続人が均等に分割することは決してない。というのも、このような分割が交換の代わりに為されることが広く容認されているからである【学説彙纂10巻2章「遺産分割訴権について」第20法文3節、同第31巻「遺贈及び信託遺贈について」第77法文4節】。従って、交換された土地は、相互に引き渡さ

おおよそ以下の三つの点に分けられる。第一に、封の共同相続人である兄弟の一方により他方から「購入された封の部分emptitiae feudi partes」は、「購入者emptor」の「世襲財産patrimonia」ではなく「後得財産quaesita」に数えられ、「この者は、新たに授封されたかのように、第一の忠誠誓約と臣従礼を為し、封の当該部分の第一の取得者乃至保有者になったと見なされるhic tanquam novo ex feudo receptus fuit primum in fidem ac clientelam, primusque talium feudi partium auctor possessorve existimatur」ので、「彼の次代の相続人等は第二の臣従礼者であって、第三の臣従礼者ではなく、父によって購入された封の部分は子等の間で均等に分割されることになるcum huius proximi heredes

れ当該封に代替する土地【アンジュー慣習法第273条】と同様の方式で相続人間において分配される。確かに、個々の物の自発的随意的な交換【これについてはアンジューの慣行が存する】は、遺産分割の仲裁によって開始される先代の遺産全体の必要な交換とは異なる。というのも、後者の財産分割は、約定というよりはむしろ法定のそれと呼ぶに相応しく、各人の相続権を分配するのではなく明示するもので、個々の共同相続人が、相続発生日から既に、実際には事後に分割の結果として帰属した財産の所有者であったと遡及的に見なされるからである。とりわけ、分割によって相続人等が相互に分け合う土地全てが相続財産で共有の遺産に由来する場合はそう言える。更に、優遇されるべきなのは近親相続人間での相互の分割合意である。実際、彼等が相互に分割する平民不動産と同じ条件で捉える限り、授封財産は決して彼等の間で貴族的に分割されないことになってしまう。”(De legibus Andium, II, 216-217.)

79) なお、ブーシュル自身の前述第233条注釈の第34番 (Corps et compilation de Poitou, I, 814.) も引用されているが、そこでは、共同相続人の一人が他の相続人に分割済みの世襲不動産を定期金と引き換えに取得する場合にこれを後得財産とした1592年の法院判決について、ジャック・ド・モンロンJacques de Montholon(?-1622年)の『高等法院判決集Arrests de la cour prononcez en robes rouges』(1622年初版)に従い言及されているだけである。この法院判決は、「子等の一人がその共同相続人から遺産分割後に取得したものは後得財産であり、母がこれを承継するが、取得者が取得の代価として負担する定期金は特有財産であり、母はこれを承継することはない。Ce qui est acquis par l'un des enfans de son coheritier, apres partage est acquest, auquel la mere succede: mais la rente que devoit celuy qui a acquis pour le prix de l'acquisition est propre, et n'y succede la mere.」との表題で同書の判決74に収録されている(156-157引用は1622年パリ刊初版による)。

censeantur tatum secundi clientes beneficiarii, non tertii, magis est utique, emptas à ptre feudi particulas viritim dividi inter liberos」という点。第二に、「二人の兄弟間の分割合意により、二つの大きな軍役授封地が平民地に代えて一方に帰属し、当該平民地が1000アウレウスの代償金と共に共同相続人にもたらされた場合、前者の年長相続人はそのような授封地の3分の2を獲得するが、死亡者が共同相続人であった兄弟に代償した金額がそこから控除されるsi, divisionis placito inter duos fratres, alteri obvenerint militalia duo praedia amplissima, plebeiorum vice; quae cesserint cohaeredi, una cum nummario mille aureorum supplemento, illius haeres natu grandior bessem talium fundorum clientelarium auferet: subducto tantum inde aeris pretio, quod defunctus cohaeredi fratri supplevisset」一方、「上記分割の特約によって農地乃至平民地に代替した部分を相続人が均等に分割することは決してないhaud partientur ex aequis successores, quod rusticis ac ignobilibus praediis lege subrogatum sit divisionis antedictae」という点⁸⁰⁾。第三に、「個々の物の自發

80) なお、ショパンは、同主張の論拠としてアンジュー慣習法第273条（「自らの世襲不動産を他の世襲不動産との交換や代替のために譲渡しあるいは引き渡す場合、当該不動産は代替された不動産の性質を備え、相続人の間では代替が為された不動産であるかのように、先に定められた方式に従って分割されるものとする。Si aucun baille ou transporte son heritage en eschange et permutation d'autre heritage, tel heritage sortist la nature de l'heritage permuté, et entre les heritiers feroit departy comme eust été ledit heritage dont la permutation est faite, en la forme qui declarée est cydevant.」Nouveau coutumier general, IV, 557.）も引用しているが、この規定は、貴族不動産と交換された不動産それ自体を貴族不動産と見なし、「先に定められた方式la forme qui declarée est cydevant」、つまり、第255条の要件に従って、その相続人に貴族的分割を認める趣旨であり、遺産中の不動産による代償分の帰趨とは本来無関係のものである。プーシュルのポワトゥー慣習法第280条注釈でも、貴族不動産との交換によって取得した不動産の扱いについては、代償分割とは別に、文言「取得するacquiert」への注釈の中で論じられている（第77番から第79番Corps et compilation de Poitou, II, 220.）。貴族財産と交換された不動産が貴族財産としての「性質la nature」を備えるとの一種の擬制は、「そのような交換はこの一度に限って代替された不動産の性質を取り出すtel eschange sortist pour la premiere fois, la nature de l'heritage permuté」というより限定的な文言を伴うメヌ慣習法第290条

随意的な交換は、遺産分割の仲裁によって開始される先代の遺産全体の必要的な交換とは異なる *diversa causa est ultroneae voluntariaeque permutationis singularium corporum et necessariae commutationis universarum rerum praecessoris, quae arbitrio familiae herciscundae ineatur*」が⁸¹⁾、「近親相続人間での相互の分割合意 *partium inter propinquos haeredes accommodatio mutua*」も後者同様に優遇されるという点である。共同相続人間で売買される封は購入者の後得財産となるという第一の主張は、合意分割における金銭代償分もやはり後得財産となり次代での貴族的分割の対象から除かれるという意味で、同じ合意分割で遺産中の「平民地 *praedia plebeia*」と交換された「軍役授封地 *militalia praedia*」の貴族的分割を容認する第二の主張を裏から支える関

(Nouveau coutumier general, IV,493.) による場合も含め、「アンジューとメーヌの二つの慣習法の特別の恩恵 *un benefice particulier de ces deux coutumes d'Anjou et du Maine*」にすぎないから、対応する規定を欠くポワトゥー慣習法の下で生じる余地はないというのがブーシュルの立場である。貴族的分割の可否ではなく、特有財産としての資格の承継それ自体は勿論別であり、その旨指摘するデュ・ムーランのアンジュー慣習法第273条の欄外注（「なお当慣習法は、同じ地域か類縁慣習法に服する地域で取得されるもののみ通用するという仕方では制限され、貴族ではない者等の間で一方の不動産は第三の臣従礼に達しもう一方の不動産は達していない場合、そのように異なる地域間で取得されたものは第一の取得として均等に分割される。従って、サンスその他に所在の土地と交換されるような場合とは別であって、この場合、諸慣習法が一致して定める通り、交換するものの家系世襲の土地という一般的資格を当然取得する。Et adhuc haec consuetudo restringitur ut procedat in quaesitis in eadem provincia vel similis consuetudinis: ut quando inter non nobiles alterrum praedium estoit en tierce foy et non alterum et sic ad differentiam conquestum qui dividuntur viritim pro prima vice. Secus ergo si permutetur cum praedio sito Senonis vel alibi quia tunc bene sortietur qualitatem generalem haeredii linea praedii compermutati ut generaliter volunt consuetudines」Le grand coutumier, II, lv.r., n.3.）も引用されている。

81) 両者の対比は、第二の主張の欄外注（「一定の土地の自発的な交換と遺産分割訴訟による遺産全体の必要的な交換とは状況が異なる *alia est permutationis conditio certorum fundorum spontaneae, alia universorum necessariae, ex iudicio dividundae haereditatis*」）で既に示唆されている。

係にある。また、この第二の主張⁸²⁾は、ブーシュルが遺産中の不動産による代償について論じた際にも典拠として引用されて然るべき箇所と言える。しかし、ここでの引用の意図は第三の主張に関わる。相続とみなされ次代での貴族的分割が生じ得るのは、あくまで「遺産分割の仲裁によって開始される先代の遺産全体の必要的な交換*necessaria commutatio universarum rerum praecessoris, quae arbitrio familiae herciscundae ineatur*」と、これと同視されるべき「近親相続人間での相互の分割合意」であって、「遺産分割の仲裁*arbitrium familiae herciscundae*」や「相互の分割合意*partium accommodatio mutua*」とは別に為される「個々の物の自発的随意的な交換*ultronea voluntariaque permutatio singularium corprum*」は、第一の主張での売買と同じく、貴族財産の取得者に「後得財産」しかもたらさないというのである。ブーシュルが要約する通り、このショパン説によれば、「当該取得者は相続人間での貴族的分割に関する第一保有者にすぎない*cet acquereur est le premier possesseur au sujet du partage noble entre ses heritiers*」ことになる。

ところで、ショパンは、「遺産分割の仲裁」や「相互の分割合意」に基づく「遺産全体の必要的な交換*necessaria commutatio universarum rerum*」の効果について、「各人の相続権を分配するのではなく明示するもので、個々の共同相続人が、相続発生日から既に、実際には事後に分割の結果として帰属した財産の所有者であったと遡及的に見なされる*haereditaria cuiusque iura explicat mage quam tribuat, retro fingitur, cohaeredes singulos à die delatae haereditatis dominos rerum extitisse, quae ipsis postea divisionis sorte obtigerint*」と述べている。パリュが典拠を示さずにラテン語で唐突に提示した遺産分割の遡及効の命題は、ショパンのアンジュー慣習法注釈から借用されていたのである。アンジュー、トゥレーヌ、ポワトゥーといったフランス中西部地域の諸慣習法固有の問題に関してショパンからパリュを経てブーシュルへ

82) 先にふれた通り、デュ・ピノーのアンジュー慣習法第255条注釈(前注16参照)がこの第二の主張を敷衍しているが、ショパン自身の意図に反して、遺産内の「平民地」による代償分についても次代での貴族的分割を認めない趣旨に解されている。

と17世紀を通じて受け継がれたこの命題は、遺産分割の遡及効の一般的定式化に繋がる学説史上の一系譜として注目に値する⁸³⁾。また、ポワティエ上座裁判所の国王弁護士であったコンスタンが1620年代に依頼を受けた助言でも、「遺産分割契約は法の必然的擬制により相続発生時まで遡及する *contractum divisionis fictione iuris necessaria debere retrotrahi ad tempus delatae haereditatis*」や、「分割は死亡時に遡及する効果を必然的に伴う *le partage ayant necessairement un effet retroactif au temps et jour du deceds*」といった言い回しが既にポワトゥー慣習法第280条の解釈において用いられていた(『解答集』同条第8注釈)⁸⁴⁾。Ⅲで見た通りコンスタンはショパンから親しく

83) 遺産分割の効力を、ローマ法的な「移転的もしくは配分的 *translatif ou attributif*」なものではなく、「宣言的もしくは遡及的 *déclaratif ou rétroactif*」なものとする「フランスの原理 *le principe français*」が定着する経緯については、マルセル・プランニオル以来 (Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, tome troisième* [1901], 682-684. これを踏襲するものとして Olivier Martin, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, tome II* [1926], 458-461.、より簡略な言及例として Ourliac/ Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'an mil au Code civil* [1985], 334. をそれぞれ参照)、未分割時設定の抵当権の帰趨(「民事事例における原理の出現 *Apparition du principe en matière civile*」)と、保有権譲渡税等の課税(「新たな原理の課税上の適用 *Application fiscale du principe nouveau*」)という二つの観点から説明されているが、このような視角は、ロベール＝ジョゼフ・ポティエ Robert-Joseph Pothier (1699-1772年) の『遺著集 *Oeuvres posthumes*』第2巻(1777年)所収の「相続論 *Traité des successions*」第4章第5節で提示された命題(「遺産分割とは共同相続人それぞれが死亡者から承継する物を単に確定する行為であり、各共同相続人は、相続分の範囲で相続人であっただけで、全体を承継できたわけではなく、遺産の未分割状態が強いる分割がその後各人に付与した物を承継できたにすぎない *le partage est seulement un acte déterminatif des choses auxquelles chacun des cohéritiers a succédé au défunt, chacun des cohéritiers, qui n'étoit qu'héritier en partie n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles que lui assigneroit un jour le partage que la nature de l'indivis de la succession exigerait*」) *Oeuvres posthumes*, II, 206.) とその敷衍を過去に無批判に投影するもので、16世紀後半から18世紀初めにかけての慣習法学の展開の実像を踏まえたものとは言い難い。

84) *Responsa*, 349. ただし、コンスタンは、遺産分割前に他の共同相続人によって為さ

教えを受けているから、分割遡及論も師譲りであった可能性も十分にある。ただし、この地域の実務家の間に流布していた分割遡及論が最上級審たるパリ高等法院の実務にそのまま受容されたとまでは言えないようである。遺産分割時の他の世襲不動産との「交換échange」を相続による交代と捉え次代以降の貴族的分割を肯定する法院判決も同時期に現れてはいるが、その議論の枠組みは遺産分割を「必要的処分necessaria alienatio」の一つと捉える伝統的なものに依然留まっている。以下では、その一例として、ド・ラ・ゲシエールの『裁判時報』第2巻第6部第42章(増補版第44章)に「ポワトゥー慣習法における遺産の貴族財産としての分割において、二人の共同相続人が各自の取得物を当該分割行為によって交換した場合、それらの取得分は、交代が生じるにあたって、相続の権原によって彼等に帰属するものとみなされるのか、それとも、交換の権原によって帰属するものとみなされるのかPartage d'une succession comme de biens nobles dans la coutume de Poitou; deux des coheritiers changeans leur lot par le même acte de partage, si lesdits lots sont reputez leur appartenir à titre successif, ou à titre d'échange, en telle sorte qu'il y ait mutation」との表題で収録された1664年8月8日の第2審尋部判決⁸⁵⁾を取り上

れた「臣従礼l'hommage」を分割後の貴族財産承継者のそれと読み替えるために分割の遡及効に言及している(Ⅲ注36参照)。貴族財産の分割を受けた者が最初から相続人であったとすれば、分割前に為された「臣従礼」もこの者によって為されたと思なされるというのである。分割遡及故に分割前の「臣従礼」は失効するといった単純な推論になっていないのは、遺産未分割のまま時が経過し次代以降の相続が生じる場合にも慣習法に基づく貴族的分割の余地を残すべきとの実践的意図が解釈を導いているからであろう。世襲不動産による代償分割の場合と同様、分割遡及論は、例えば遺産の抵当債権者や差押債権者のような第三者との間の利害調整とは別の次元において主張援用されていたのである。

- 85) “1664年8月8日、この問題が、第2審尋部において、ド・ブノワーズ評定官の報告により、ポワティエ上座裁判所の代訟官ニコラ・ラムルーを被上訴人とし、ラ・フォンテーヌの領主で未成年の子等の父、亡き妻アンリエット・フレシーヌの正当な財産管理人であるアントワヌ・シャロン、上記上座裁判所の弁護士ピエール・コンティノー氏、その妻フランソワーズ・フレシーヌ、上記上座裁判所の代訟官ルネ・マディアン⁸⁵⁾の寡婦ジャンヌ・フレシーヌを上訴人とする事案について判示された。当事者

の争点は、当事者等が一致して貴族領地とみなすジュルドルの分益小作地が第四の臣従礼に達したものとして平民である当事者間で貴族的に分割され、長子を代襲する被上訴人が貴族的分割の利益を享受すべきかどうか、である。

当問題の判断はポワトゥー慣習法第280条の次のような文言の検討に左右された。そこには、「何らかの貴族不動産もしくは貴族的に保有される不動産が、三度の臣従礼を経て、取得者の忠誠誓約から数えて、相続権を介して第四の交代に達した場合、当該不動産は貴族間のように分割され、目的物が第四の交代に達したと解されるのは、ある相続人〔→平民〕が何らかの財産を取得し、彼がそれについて為す臣従礼が第一の交代、彼の息子その他相続人が為す臣従礼が第二の交代、彼の直系の孫その他相続人が為す臣従礼が第三の交代とそれぞれ見なされ、この孫その他相続人の死後に貴族として分割される場合であり、これは傍系相続においても同様に遵守されねばならない」、とある。

当事者間に見られる事実関係は以下の通り。平民トリスタン・ギルミエが交換の権原により貴族財産であるジュルドルの分益小作地を取得し、これが第一の交代、つまり、上記条文の文言に言う「取得者の忠誠誓約」と見なされることについて当事者は一致している。彼の死後、その妹であるアンリエット・ギルミエが「相続権により」兄トリスタンから上記分益小作地を承継し、これが、上記条文の文言によれば傍系相続においてもそれは生じるとされるから、第二の交代に当たることについても同様に当事者は一致している。アンリエット・ギルミエが亡くなった後、長男トリスタン以下、フランソワ、アントワネット、マリー・ラムルーの四名の子等が母の遺産を分割し取得した。上記分益小作地はアントワネットの取得分となり、マリーは120リーヴルの土地定期金、トリスタンとフランソワは今回問題となっていない別の領地をそれぞれ取得し、直ちに、一連の相互的合意が交わされた。同じ遺産分割に際して、アントワネットは、上記分益小作地に存する自らの取得分を妹のマリーに譲り、120リーヴルの上記定期金を取得し、その旨、他の取得分と合わせて分割合意中に定められた。被上訴人はこれが第三の交代にあたと主張している。マリー・ラムルーの死去後、アントワネット・ラムルーを代襲した上訴人等と、父フランソワ・ラムルーを代襲した被上訴人との間で争いが生じており、それは、長男子で妹のマリーを相続したトリスタン・ラムルーがこの妹の遺産を受領しないままフランス国外で死去したため、第四の臣従礼を経て貴族的分割に服する者として、被上訴人が上記分益小作地全体の3分の2を得るべきとの被上訴人の主張をめぐる争いである。これに対して、上訴人等は、仮に第四の交代に達していたとしても、被上訴人に帰属するのは、長男子として妹を相続したトリスタンに帰属していた3分の2の内の3分の2にすぎず、それどころか、被上訴人は長子としての優遇を伴わずに生じる相続分しか得られないと主張した。これは、上記分益小作地は未だ第

四の臣従礼に達しておらず、マリーがアントワネットに「交換の権利を介して」取得して第一の交代を為し、兄のトリスタンが第二の交代、訴訟当事者等が第三の交代をそれぞれ為したことになり、第三の臣従礼にしか達していないとの理由による。以上の争いについて、ポワティエ上座裁判所は、1660年1月22日に上訴の対象となった判決を下し、そこでは、上記受益小作地の3分の2の内の3分の2に限って被上訴人に裁定付与された。

上訴審における争点は、上記受益小作地について第四の臣従礼が為されたかどうかであり、法的観点から見れば、結局これは、共同相続人間での共有遺産の分割において、ある取得分が分割当事者の一人に、別の取得分が別の分割当事者に、偶々帰属することとなり、この二人の分割当事者が相互的合意を以て「直ちに」それぞれの取得分を交換し、それは同一の証書の中で他の複数の分割当事者間での分割と「結び付けて」為された場合に、それらの取得分は相続の権原によって彼等に帰属すると見なされるのか、それとも、お互いに取得者となって、ポワトゥー慣習法において平民間での貴族的分割を引き起こす貴族領地の臣従礼による第四の交代の発生を、分割当事者の一人が妨げるとして、交換の権原により彼等に帰属すると見なされるのか、という点に帰着する。

ポワティエ上座裁判所の上記判決では、第280条の解釈の下に、遺産分割の契約そのものにおいて「直ちに」為された取得分の交換を通じて第四の交代に服する貴族領地を得た者は、「相続権を介して」当該領地を得るので、上訴人等が主張したような取得者の資格での第一の交代ではなく、第三の交代を為したといえ、それ故、死亡後のその遺産は第四の臣従礼に達し、慣習法に従い貴族的に分割されねばならないと判示された。

上訴人等が上訴理由として申し立てたのは、第四の臣従礼を経た貴族領地の貴族的分割について臣従礼を伴う交代は相続の権原による承継を介して連続して達せられる旨定める第280条に反した判決が下されているという点、そして、第三の臣従礼を為すはずであった分割当事者が、取得者であり、相続の権原によらず交換という特定の権原に基づいて当該領地を得ている以上、第一の交代を為しているだけであり、遺産分割で言及されたこの取得分の交換では、当該領地は、未だ第四の交代に達していないが故に、貴族的に分割され得ないという点であった。

被上訴人は、上記第280条によって定められた一般準則を尊重し、第四の臣従礼が「相続権を介して」達せられるべきであるという点については同意した。しかしながら、被上訴人は、この命題に依拠して、上記分割当事者がその取得分を分割と相続の権原で得たのであり、交換の権原により得たわけではないとの主張を、法の諸準則や法院判決の判旨から引き出された諸理由を以て維持した。

その理由とは、第一に、ここで交換と称されるものは、分割に際して表明された

もので、分割それ自体において「直ちに直接的な一つかつ同一の結びつきの下に」為されたものであるから、分割の一部で特約事項の一つにすぎず、要するに、「分割契約に直接挿入された合意」であって、そのような合意は、法の準則の文言に従えば、学説彙纂第2巻第14章「合意について」第7法文第5節にあるとおり、「契約自体に内在し、契約を形成し、契約の一部となっている」という点にある。

また、第二に、上記分割当事者は分割の目的でその取得分を得ている以上、相続の権原で得ていることになり、それを分割の目的で得ていると言えるのは、それが分割の契約によって彼女に帰属しているからであり、この契約が交換の契約とみなされることはなく、分割という包括的権原であると同時に交換という特定の権原と解されるというように、同じ契約が二つの顔を持つこともあり得ないという理由による。

更に、それが、まさに分割の機会に、「一つで同一の文書」、「一つの書面」、同一の署名、同一の公証人によって、新たな合意を伴わず、また、交換当事者による新たな抵当供与等、共同相続人間での取得分の追奪を許す以外に如何なる保証も伴わずに為されているという点。

当事者の意図は、「とにかく第一に主として」、交換することにはではなく、「遺産分割の趣旨で」分割を為すことにあり、要するにそれは自発的な分割であって、単に有効であるだけでなく、取得分の所有権を「相続の権原により」共同相続人の人格へと移転させるべきもので、法も、学説彙纂第10巻第2章「遺産分割訴権について」第57法文において、「合意に基づき共有遺産を分割する兄弟は、仲裁が引き受けられたとしても、家族愛の義務に服し、撤回してはならない」と定めているという点。

ここで交換と称されているものは擬制にすぎず、この擬制を用いて当事者等が為していることは、勅法彙纂第4巻第22章「偽装して表示された事柄よりも実際に為されることの方が有効であること」の文言、特に、その第2法文の文言「偽装した書面は真実の内容を変更し得ない」に即しているという点。

仮に分割当事者等がそれぞれの分け前を得たのが交換の契約を介してであったとしても、それは相続の権原によるものと変わらず、そもそも分割の権原に基づき財産を保有する人々は全て交換の権原により保有するが、それでもやはり相続の権原でも保有するのであり、これは、学説彙纂第31巻「遺贈及び信託遺贈について」第77法文第18節でのパピニアヌスの推論であり、学説彙纂第2巻第15章「和解について」第9法文の文言「隔てられる」への標準注釈、シャルル・デュ・ムーラン氏のブルボネ慣習法第216条注釈、ティラコー氏の『親族取戻論』第32条注釈第88番もこれに与して、彼等は皆、「分割は交換である」と解している上、同じくデュ・ムーラン氏はパリ慣習法【旧】第22条注釈第74番で、「分割は、分配と交換や売買とを兼ね備える混合契約であり、固有で識別可能な性質を備えている」と述べており、要す

るに、「本来の意味での処分でも新たな取得でもなく、配分であり、その効力故に分割が為される最初の権利に連続して財産が取得されるものと常に見なされ、分割はそのような権利と最初の取得の実行に他ならないので、必要的処分と呼ばれている」という点。

共同相続人等が、取得分を手にする前、つまり、共有遺産の各部分が彼等の取得分となっていない内に、「再度直ちに相互的合意を交わし」、あるいは少なくとも、「直ちに引き続いて」彼等の全ての取得物を交換し、そのような仕方でも一種新たな分割を為す場合、彼等はその取得分を相続の権原によって得たと言えるのではないか、もしそうであれば、遺産の債権者等、あるいは、共同相続人等自身も、それぞれの取り分の関わる追奪について、抵当の申立や第三取得者の遮断のために訴権を有するに留まり、相続人としての彼等自身の間では訴求不能であり、人的かつ抵当を伴って全体を正当に保有していることになり、もしそう言えなければ、遺産の相続分について際限のない詐害行為が始終生じ、彼等の間で、第三取得者と同様に有利になるために、あれこれの交換や取引を詐害行為とみなす者が跡を絶たず、債権者全員の利害を著しく損なうことになるであろうという点。

ルエ氏とその注釈者によって『高等法院判決集』Pの項第35番に報じられている多くの法院判決によって、分割の際に子等の一人に父方財産について主張し得たはずの相続分として付与された母方財産は父方財産と見なされ、相続の権原により彼に帰属するとされ、それ故、本事案においても、そのように相続の権原によって取得分が分割当事者に帰属すると解さねばならず、それらの法院判決の事案において、母方財産を父方財産の代わりとする同様の交換が存していたのは明らかである以上、その交換がまさに本件事案以上の違背を伴い行われたことになってしまうという点。

ポワトゥー慣習法そのものについても、1629年のポワティエ上座裁判所の判決を是認するメシネとレジロー〔領主〕の間の事案の法院判決によって、相続人の一人から共同相続人等に対して与えられる代償は、決して後得財産と見なされてはならず、その取得分として代償を介してもたらされた貴族の城館が全体として相続の権原により彼に帰属すると解される結果、その死後、第四の臣従礼に達したものとして分割されることを妨げない旨判示されており、当該事案については、ジャン・ルレ氏の第280条の文言「第四の交代に達した」への注釈において詳細に伝えられており、それが、(注目すべきことに)、被上訴人によって申し立てられた事由あるいは少なくともその一部に依拠している以上、被上訴人が不利に扱われてはならず、特に、分割取得分による代償が、「相続財産の外で」生じるものとして、二人の分割当事者の二つの取得分が「死亡者の財産の内に」存していたにもかかわらず、交換の一種と正当に見なされ得るということになれば、第四の臣従礼の経由には一層都合が悪いという点。

げる。

事案は、ある平民が交換によって貴族財産（分益小作地mestairie）を取得した後亡くなり、当該財産が、取得者の妹によって相続され、妹の死後は四名の子等（男女各二名の兄弟姉妹）の間で姉の承継が合意されるも、同じく母の遺産から妹が得た財産（土地定期金rente fonciere）と交換され、妹の死後は兄によって相続されたところ、兄の死去を受けて、既に亡くなっていた弟の息子が父の代襲者として当該財産の貴族的分割を主張し、やはり既に亡くなっていた姉の子等がこれに異議を申し立て、母の代襲者として均等な分割を求めたものであった。原審である1660年1月22日のポワティエ上座裁判所の判決では、妹から兄への傍系相続が彼等の叔父による財産取得から起算して第四の交代に当たることを前提に、弟の息子は、亡き兄がポワトゥー慣習法第280条に基づき承継した当該貴族財産の3分の2の更に3分の2をやはり同条に基づき承継する旨判示されたようである。これを不服としてパリ高等法院に上訴した姉の子等は、「第四の臣従礼を経た貴族領地の貴族的分割について臣従礼を伴う交代は相続の権原による承継を介して連続して達せられる旨定める当該第280条 *ledit article 280, qui veut que pour le partage noble du domaine noble quart hommagé les mutations hommagées successivement venues soient arrivées par succession à titre d'heredité*」に照らせば、本事案において「第三の臣従

なお、ポワティエ上座裁判所の国王弁護士であったジャン・コンスタンによる第280条の文言「相続権を介して」への注釈、「それでは次の問題はどうか云々」の段、及び、第282条の文言「足りない」への注釈、「別の問題云々」の段の二箇所が上訴人等によって上告理由の裏付けとして援用されたが、問題には無関係とされた。というのも、上記二箇所で示されているのは第280条によって定められているものとは別の事柄であり、忠誠誓約と臣従礼による交代が全て相続を介して為される必要があるという点については被上訴人も同意しているからである。合わせて、コンスタンによる最初の箇所は、分割とは無関係にそれとは離れて為された売買の事案に関するものであり、分割自体が存しておらず、問題となっている本事案のように分割の結果として「直ちに同じ機会に」為された売買ではない。高等法院は上訴を受理し、訴訟費用を負担させず上訴を退けた。

ガブリエール・ド・リパルフォン氏が被上訴人のために本件事案について書面を作成した。”(*Journal des principales audiences du parlement, II, 737-740.*)

札を為すはずであった分割当事者 *copartageant qui devoit faire le troisième hommage*」、つまり、妹は、「相続の権原によらず交換という特定の権原に基づいて当該領地を得ている以上、第一の交代を為しているだけである *ne fait que le premier, comme n'ayant pas ledit dimaine à titre de succession, mais à titre particulier d'échange*」として、原審の慣習法違背を訴えた。

これに対して、被上訴人側は、まず、兄弟姉妹間の遺産分割の合意と姉妹間の遺産の交換との一体性を、主としてローマ法文に依拠して論証している。各地の慣習法実務に通じているとは限らないパリ高等法院の弁護士が、同様の評定官を相手にパリ慣習法に同種の規定を欠く特殊な問題について論じようとするれば、このような論法に頼らざるを得ない。援用されているのは、「無方式の合意は債務ではなく抗弁をもたらす *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*」との原則の例外として、「誠意訴訟 *bonae fidei iudicia*」においては合意が「時に訴権そのものをもたらすこともある *interdum format ipsam actionem*」が、それは主たる契約に「続けて合意が交わされた *ex continenti pacta subsequuta sunt*」場合に限られるとする法文⁸⁶⁾である。被上訴人側が当法文を援用する意図は、上記事案の兄弟姉妹間の遺産分割契約と姉妹間の遺産交換合意に、「誠意契約 *bonae fidei contractus*」と「合意 *pactum*」の関係当てはめることにある。当該交換合意は、遺産分割契約において「直ちに直接的な一つかつ同一の結びつきの下に為された *a esté faite in instanti, in continenti uno et eodem contextu*」もので「分割契約に直接挿入された合意 *pactum in continenti adjectum contractui divisionis*」であるから、「契約自体に内在し、契約を形成し、契約の一部となっている *inest ipso jure contractui, informat contractum, facit partem contractus*」というのである。当該交換合意が「まさに分割の機会に、一つで同一の文書、一つの書面、同一の署名、同一の公証人によって *dans le même contexte d'un partage, uno et eodem cartae volumine, una scriptura, un même senig, mêmes notaires*」為されているという事実はそのような分割契約との一体性を裏付ける。そこに上記法文の示唆す

86) D.2.14.7.4-5.

る主従関係が伴うとすれば、「交換という特定の権原*titre particulier d'échange*」ではなく「分割という包括的権原*titre universel de partage*」が優位し、妹による貴族財産の取得も「相続の権原*titre successif*」によるものであったことになる。このような被上訴人側の推論では、プーシユルが混合契約論によって強調した分割契約自体の独自性は意識されておらず、相続と遺産分割が「包括的権原*titre universel*」として同視されてしまっているため、分割適及論の出番もない。分割と交換の関係については、相続人死亡時履行の信託遺贈における目的物滅失の「危険*periculum*」の免除について、「共同相続人間の分割*divisio inter cohaeredes*」と「共有物を分配する交換*permutatio rerum discernens communionem*」を同視する法文⁸⁷⁾も援用されているが、この法文から、「そもそも分割の権原に基づき財産を保有する人々は全て交換の権原により保有するが、それでもやはり相続の権原でも保有する*enfin toute personne qui possede à titre de partage possede aussi à titre d'échange, et ne laisse pas néanmoins de posseder aussi à titre successif*」といった一般的命題を引き出す被上訴人の主張に説得力はない。

このようにローマ法文の援用が尽きたところで参照されているのが、デュ・ムーランの前述旧パリ慣習法第22条注釈第74番で提示された混合契約論であった。そこでは、被上告人側の弁護士ガブリオー・ド・リパルフォンGabriau de Riparfonが抜粋する通り、「分割は混合契約であり、分配と売買や交換の契約とを兼ねているが、それでもやはり固有で識別可能な性質を備えている*divisio est contractus mixtus participans de distractu et contractu, permutatione et venditione, propriam tamen et distinctam habens naturam*」とされていた。しかし、この議論は、既に見た通り、遺産分割には売買や交換とは異なり保有権譲渡税は課されないという結論を導く論拠とされたにすぎない。上記抜粋部分には、続けて、「分割は本来の意味での処分でも新たな取得でもなく、配分であり、その効力故に分割が為される最初の権利に連続して財産が取得されるものと常に見なされ、分割はそのような権利と最初の取得の実行に他ならない

87) D.31.77.18.

ので、必要的処分と呼ばれる *divisio non est proprie alienatio nec nova acquisitio, sed portinum distributio et semper censetur res haberi jure successive primitivo, cujus virtute facta est divisio quae non est nisi illius juris et primariae acquisitionis executio, hinc dicitur necessaria alienatio*」とある。しかし、あたかもデュ・ムーラン自身の言葉であるかのようにラテン語で記されたこの一節は第22条注釈の上記箇所には見当たらず、ド・リパルフォンによる補充であることが分かる。その内容はデュ・ムーランも与していた「必要的処分 *necessaria alienatio*」説にすぎず、ショパン等の分割遡及論が意識されている形跡はない。

ポワトゥー慣習法第280条の解釈に直接関わる論拠としては、「1629年のポワティエ上座裁判所の判決を是認する法院判決 *l'arrest confirmatif de la sentence des presidiaux de Poitiers de mil six cens vingt-neuf*」が援用されている。この判決は、ルレの同条注釈に紹介され、ブーシュルが「ヴィネ家法院判決」と呼んで考察の起点に据えたものであるが、金銭代償を為した先代保有者について、被上訴人側も要約する通り、「代償を介して彼にもたらされた貴族の城館が全体として相続の権原により帰属すると解される結果、その死後に第四の臣従礼に達したものとして分割される *une maison noble échûë moyennant un supplément fust jugé luy estre entierement venu à titre successif, et dû en consequence estre partagé après sa mort comme venuë au quart hommagé*」旨判示したに留まる。しかし、金銭代償による遺産分割さえ「相続の権原 *titre successif*」と見なされるのであれば、遺産分割の当事者の「取得分 *lots*」同士が交換される場合には尚更同様の扱いが求められよう。「分割取得分による代償が、相続財産の外で生じるものとして、二人の分割当事者の二つの取得分が死亡者の財産の内に存していたにもかかわらず、交換の一種と正当に見なされ得るということになれば、第四の臣従礼の経由には一層都合が悪い *le supplément d'un lot de partage pouvant passer legitiment pour une espece d'échange encore moins favorable pour le quart hommagé, comme estant extra bona haereditatis, au lieu quae les deux lots des deux copartageans estoient in bonis defuncti*」というわけである。以上のような被上告人側の主

張の当否はともかく、ド・ラ・ゲシエールによれば、高等法院も、結論としては、原審の判断を是認し上告を退けたとされる。

「ヴィネ家法院判決」には批判的なブーシュルも、この1664年の法院判決については肯定的に自らの叙述の中に取り込んでいる(第72番)⁸⁸⁾。ただし、被上告人側の主張と重なるのは、「当該交換が同一の分割契約で直ちに為された以上、それは分割の一部にすぎないと解し得る *parce qu'étant fait par le même contrat de partage, uno instanti, on ne le échange pouvoit considerer que comme une partie du partage*」という点に限られる。被上告人側が、分割契約と相続を「包括的権原 *titre universel*」として一括し、金銭代償分を含む遺産分割一般を相続による交代と捉えているのに対して、ブーシュルは、その後ろ盾となっている「必要的処分」説や「ヴィネ家法院判決」の何れにも与していない。これまで検討してきた通り、共同相続人間の分割契約を混合契約の一種として売買や交換とは区別される独自の「特定の権原 *titre particulier*」と位置づけ、本来の相続分を超える遺産分割について相続による交代を原則否定し、金銭代償分については特有財産の資格の移転を認めて家産減少の危惧に対応するに留め、遺産中の不動産による代償のみを例外的に相続による交代と見なしてポワトゥー慣習法第280条に基づく貴族的分割を容認するのがブーシュルの立場であった。そこにはショパン以来の分割遡及論も貴族的分割の可否というその文脈に忠実な仕方巧みに取り込まれている。個別の論点を慣習法学の蓄積に広く依拠して法源横断的に検討する論考(ル・ブリュンの『相続論』、ド・ルニユッソンの『特有財産論』)や、単なる実務考察の枠を超えて高等法院での弁論内容を詳細に伝える法院判決集(ド・ラ・ゲシエールの『裁判時報』)といった新たな種類の文献も積極的に咀嚼し利用するブーシュルの議論⁸⁹⁾は、フランス共通法の理念に導かれた慣習法学の到達点を象徴的に示すも

88) *Corps et compilation de Poitou*, II, 219.

89) 共同相続人が貴族財産上の相続分と引き換えに得る代償金そのものの性質について、ブーシュルは、改定パリ慣習法第232条(「婚姻中に夫婦の何れかに帰属する何らかの世襲不動産あるいは特有財産たる定期金が売却され、または、当該定期金が買い戻される場合、売却や買戻しの代償は、その不動産や定期金が属していた者の

のと言えよう。

(完)

利益のために、売却時に控除や補償について合意がなく当該措置について意思表示がなかったとしても、夫婦共有財産から控除される。Si durant le mariage est vendu aucun heritage ou rente propre appartenant à l'un ou l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le pris de la vente, ou rachat, est repris sur les biens de la communauté, au profit de celui auquel appartenait l'heritage ou rente: encore qu'en vendant n'eust esté convenu de remploy, ou récompense: et qu'il n'y ait eu aucune declaration sur ce faite.][Nouveau coutumier general, III, 46.]に倣って、これを特有財産と見なして夫婦共有財産から除外する一方、それが「婚姻前に負担されていた代償un supplément qui fût dû avant le mariage」である場合には、夫婦財産契約上に控除について約定の無い限り、原則通り、後得財産として夫婦共有となると解しているが(第68番: Corps et compilation de Poitou, II, 219.)、そこでも、ド・ラ・ゲシエールの『裁判時報』(1678年初版の第3巻の第7部第14章に収録された1673年7月3日パリ高等法院第5審尋部判決)と、ド・ルニユッソンの別の論考(1692年初版の『婚姻によって結合した男女間の財産の共有、並びに、夫婦の一方の死後に存命配偶者が寡婦のままであるか、あるいは、再婚する場合の財産共有の存続に関する論考Traité de la communauté de biens entre l'homme et la femme conjoints par mariage, et de la continuation de communauté après le décès de l'un des conjoints, lorsque le survivant demeure en viduité, ou qu'il se remarie.])が参照されている。なお、『注釈者集成』の「はしがき」(IV注42参照)の末尾でも予告されている通り、ブーシュル自身、『相続合意あるいは契約による相続に関する論考Traité des conventions de succéder ou successions contractuelles』(1727年)を著しており、『注釈者集成』のポワトゥー慣習法第280条との関連では、貴族不動産の交換(第77番から第79番。前注80参照)や「交換による卑属加入」(第80番)について、ほぼ対応する記述が見出される(第15章「卑属加入及び相続権の代位についてDes affiliations et subrogations de droits successifs」第46番から第50番: Traité, 254-256. 同章全体の試訳は「ブーシュルの卑属加入論」参照)。