

《資 料》

ブーシュルの卑属加入論*

藤 田 貴 宏 (訳)

〈1. 卑属加入。〉動産は、不動産利用のための従物化や特有財産化合意によって、その性質を変じ、不動産は、夫婦共有財産化によって、その性質を變じるころ、人が家さえ変更する合意が存する。夫婦財産契約を通じて、夫婦の一方及びその卑属を自らの子として迎える場合であり、この種の合意は卑属加入合意と呼ばれる。

〈2. 家外者が子の一人とみなされる合意。〉この用語は、それ自体によって、卑属加入とは何かを示しており、すなわちそれは、家外者がそれによって受け入れられ収養され、その者に子等と等しい相続分をもたらすために受入者の子の一人として算入される合意であり、学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第132法文にある「他人の子を受け入れた場合」にあたる。

〈3. 養子縁組とは何か。〉このような卑属加入は、ローマ人による古代の養子縁組の不完全な模倣であり、この古代の養子縁組については、法の中で、学説彙纂、勅法彙纂、法学提要の「養子縁組について」の各章に述べられていて、それが他者の権利に服する「自権者ではない」者に関わる場合には、真正な養

* 以下は、ジョゼフ・ブーシュル Joseph Boucheul (1639-1706年) による『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) の第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*」(244-259頁) の試訳である。「卑属加入 *affiliation*」については拙稿「卑属加入と養子縁組」を、第46番以下で言及される改定ポワトゥー慣習法第280条については拙稿「平民による封の保有と分割」Ⅲ以下を、それぞれ参照されたい。

子縁組にあたり、この養子縁組を介して、養子は、以前から実父の権利に服していたのと同じく、養父の権利に服することになった一方、〈4. 他権者養子縁組と自権者養子縁組の相違〉それが家父権免除者に関わる場合や、もしそうでなければ、養子縁組を為した者がそれらの者を自らの支配下に置き得ないような場合には、「自権者養子縁組」と呼ばれた。前者も後者も、家外者を自らの家に帰属させ、嫡出の実子が為すのと同様に相続できるように、その者を子と見なす行為であり、「それによって自然に従えば子でなかった者が子となる」行為であった。

〈5. 養子縁組を為すには、養子の実父となる能力と資格を有する必要があった。〉法が子のない人々に与えていたのは救済と慰謝であり、それらの人々に自然を模倣させるわけであるから【学説彙纂第1巻第7章「養子縁組、家父権免除、その他家父権が解消される方式について」第16法文】、養子縁組を行う能力は、自然に子を得られない者には付与されず、収養され得るのは自然に養親の子となり得る者に限られ、それ故、年少者が年長者を養子にとることは、「子が父より年長なのは奇怪であるから」[Inst.1,11,4.] 不可能とされ、兄弟がその兄弟を養子にとることも、兄弟は自然においてその兄弟の父とはなり得ない以上、不可能とされる【勅法彙纂6巻24章「相続人指定について」第7法文】。

〈6. 養子縁組は要式行為であった。〉養子縁組は、法が法定行為と呼ぶ諸行為に数え入れられたものの一つであり、君主の裁可や、所定の方式に従った当局の認可によってのみ為し得、養親の個別の意思に基づいて個々の単純な行為を介しては為し得なかった。つまり、「養子縁組は、たとえそれが代書人の手で作成されたものであっても、書面にはよらず、属州総督の下での法の厳格な方式に基づいて締結されるものとされている」のである【勅法彙纂第8巻第48章「養子縁組について」第4法文】。

〈7. 古代の養子縁組は、どのように、そしてまた、どこで受容されたのか。〉ボダンは『国家論』第1巻第4章で各地の人々が養子縁組を利用してきたのか述べており、フュレティエールは『総辞典』[〈養子縁組〉の項]で養子縁組がドイツの幾つかの地域で利用されている旨指摘している。また、クリステイネンの『実務問題集』第4巻判決185第4番やギュドラン『最新法注解』第1

卷第13章の証言によれば、フランドルは養子縁組を排斥したとされ、〈8. フランスでは、法定相続人を害する仕方では受容されなかった。〉フランスでは、ローマで遵守されていた方式、つまり、法定相続人を害する仕方では、養子縁組はもはや受け入れられていない。オトヌは『対照考察集』学説彙纂第1巻第7章考察においてそのように解しており、ショパンは『アンジュー慣習法注解』第3巻第3章第2節第13番で、一言、「養子縁組はフランスでは消滅した」と述べている。

〈9. 家外者に贈与し、家外者を相続人と定めるといふ趣旨で、卑属加入を為し得る。〉養子縁組が受容されなかったとしても、個別の処分行為によって外部者を、子つまり相続人の資格で相続させるために、子として迎えることはできるのかどうか問題となる。この点、スホーテン [スコタヌス] は『法学演習』第1部第7章「養子縁組について」[1669年版「実務的注記」a]で、それが遺言による場合には「遺言者の意思は法律にあたる」から処分行為は有効であるが、生存者間行為による場合には「合意によって遺産は付与されない」から処分行為は無効であるというように区別しており、シャルル・デュ・ムーラン氏は、『慣習法総覧』サントンジュ慣習法第1条の欄外注において、この問題について、「本王国においては明示の契約あるいは遺贈によらなければ外部者に如何なる権利も付与されない」と指摘している。

〈10. 卑属加入の効力。〉このサントンジュ慣習法第1条は卑属加入や養子縁組の効力乃至利点について説明しており、それによれば、「組み合わせられ加入した者は組合や加入を受け入れた者を、その実子で嫡出である子等と均分して、動産や加入受入者の後得不動産について相続するが、世襲不動産についてはそうではない。というのも、慣習法上、養子縁組は世襲不動産を享受し得ないからである。ただし、養子、加入者、あるいは、組合員等が世襲不動産を持参し提供している場合、または、彼等が世襲不動産を放棄する場合、夫婦財産契約で別段の合意が為された場合はこの限りではない。というのも、これらの場合、加入者、組合員、あるいは、養子は、他の子等と均分して、他の財産と同様に世襲不動産について相続するからである」、とされている。〈11. 卑属加

入は夫婦財産契約その他のあらゆる契約によって為され得る。)更に、メシヤンは、『サン・ジャン・ダンジェリ慣習法注解』第1条注釈]第3章によれば、これらの養子縁組は他に何も方式を伴わずに公証人と証人等の面前で為され、また、当慣習法は夫婦財産契約によって為される養子縁組について述べているが、これはそれを為す最も一般的な仕方であるからであって、組合のような別の諸契約によっても、つまり、[デュ・ムーランの言うように]「明示の契約によって」、実現可能であるとされる。

〈12. 無償の卑属加入、すなわち、加入者が受入者の家に何も持参しない場合。〉慣行上受容されているこれらの卑属加入は、主に農民等の間で夫婦財産契約を通じて、二つの仕方で行われている。一つは全くの無償であり、加入者は受入者の家に如何なるものも持参しないのに対して、もう一つは有償であり、加入者が受入者に対して自己の財産や労務を提供する場合がそうである。〈13. 無償の卑属加入は慣習法が処分を容認しているものについての贈与に匹敵し、それを超えるものではない。〉前者、つまり、加入者が自己のものを何も持参せず、全くの無償である場合、それは贈与に匹敵し、それ故、そこに含まれるのは、受入者が慣習法により処分可能な財産に限られ、当該贈与の負担により、加入者は真正な受贈者の地位に立つという点について異論はない。

〈14. 有償の卑属加入、すなわち、加入者が受入者の家に自己の財産や労務を提供する場合。〉これに対して、加入者が受入者の家に金銭を持参するが故に、組合あるいは加入が有償で行われる場合、〈15. 当該加入が受贈者あるいは債権者としての資格のみを付与する理由。〉ベシエが『サントンジユの慣習』第7章「贈与及び遺言について」末尾所収の]「卑属加入にかんする余滴」第2番で述べるところによれば、この場合、受入者の子等やその他の相続人等は、加入者に、彼らの金銭、彼らが家や共有財産の内にもたらしたものを受け取る債権者としての地位か、あるいは、動産や後得財産、特有財産の3分の1もしくは慣習法が処分を認める別の取得分についての包括的受贈者の地位を受け入れるよう義務づけ、「養子縁組が欺罔目的で行われて」相続人からその義務分を奪うことのないようにすることができるとされる。

〈16. 有償加入した者は加入の目的となった取得分を動産不動産の区別なく

全財産上に得る。〉とはいえ、この種の卑属加入は、受入〔→加入〕者の労務や卑属化されるために提供した財産の代償として為されるにすぎないので、むしろ相続権の購入に相当し、それ故、加入者は、動産、後得不動産、特有不動産の区別なくあらゆる種類の財産について、加入の目的となった割当分を承継し取得すべきと言える。組合員あるいは加入者が受入者の家に自己の財産を持参した場合には、全財産について承継するが、そうではない場合には、動産と後得財産のみを取得するというのは、デュレの『フランス諸慣習法の調和』第4部第21章第265条に見える準則であり、ヴィギエ『アングーモワ慣習法注解』第86条注釈第15番、メシャンやデヴィーニュ〔『サン・ジャン・ダンジェリ慣習法釈義』〕のサントンジュ慣習法第1条注釈も同旨である。

〈17. 卑属加入は合意された割当分のための全財産の組合の一種である。〉これは、当事者が夫婦財産契約やその他の契約を通じてその全ての動産及び不動産について締結する組合の一種であり、これによって、契約当事者が有する特有財産も後得財産も、当該組合の解散時に、当事者間で合意された持分や割当分に従い、動産や共有中に取得された後得財産と同じく、共有者、組合員、あるいは加入者が財産共有の締結時に不動産を全く有していなかったとしても、全て分割される。〈18. なぜ卑属加入と呼ばれるのか。〉農民等はこの結合を、財産共有に受け入れられた者の割当分が、通常、子等の数に従って定まり、子の一人と同等の割当分を取得するが故に、「加入する」と呼んでいる。パローは『ポトゥー慣習法注解』第3章第2章の注釈第3番でこの点に言及しており、ラ・トマシエールも『バリー慣習法解決集』第2巻第37章で言及している。

〈19. 加入したが約束したものを供与しない者がその権利を剥奪される理由。〉組合あるいは卑属加入の契約によって合意されるのは、組合に迎えられる者がそこに加入するために組合に一定額の金銭その他の物を持参し供与するという点である。〈20. その者は、抛出、あるいは、遅延損害金付きの天引を申し出ることができる。〉パロー前掲書第2章第3番、メシャン『サントンジュ慣習法注解』第1条注釈第5章によれば、この出資者は、彼が加入し組合に迎えられための条件を満たさなければ、労務従事者としての彼に報酬を支払うよう主張する権利を有さないが、彼が供与する旨約束した額の抛出、あるいは、共

有財産上の持分からの天引きを、組合に加入した日以降の遅延損害金も含めて、申し出る場合はこの限りではないとされる。

〈21. 加入者に資力がある場合とない場合の区別。〉ベシエはその「卑属加入にかんする余滴」第4番において、出資者あるいは加入者に資力がある場合とない場合で区別している。それによれば、加入者に資力がある場合、つまり、彼が自己の約束を履行できる状態にある場合には、彼に支払命令を出すこと、すなわち、履行しなければ卑属加入による権利が剥奪される旨命ずることを要し、「裁判官によって吟味される」が、もし加入者あるいは出資者が無資力であるならば、その者は自己の欺罔から利益を得てはならないとされ、これは、勅法彙纂第5巻第14章「嫁資や婚姻前贈与あるいは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二を論拠とするもので、ここでは、夫に嫁資を持参しなかった妻は婚姻故の贈与を受ける資格はないとされている。

〈22. 当該懈怠によって共有財産上の権利を奪われるという解決。〉しかしながら、以上とは反対に、出資者あるいは卑属加入者に資力があろうがなかろうが、卑属加入や組合による権利は合意された額を共有財産に抛出する場合にのみその者に付与されるものであり、当該組合乃至加入は条件付きであるから、加入者としての分担を充足しない場合には、共有財産の持分の取得から彼を排除すべきである。ラペイレールは『判決要約集』Cの項第55番でその旨指摘しており、またそれは、デスペイスの『著作集』第1巻第1部第3章「[物の共有あるいは] 組合について」第1節第4番の見解でもあり、メナール氏は『成文法重要問題集』第2巻第7章において、組合の資産の差押を申し立てた加入者の債権者等に対して、彼等が合意された額の提供と供与を申し出た場合であっても、上記の通り判示した1585年7月の〔トゥールーズの〕法院判決を伝えている。組合を無効とするような条件の不成就がその理由とされ【学説彙纂17巻2章「組合訴権について」第1法文、勅法彙纂4巻37章「組合訴権について」第6法文】、合意には相互的な約束乃至債務が含まれている以上、一方の不履行は他方に免除をもたらすからであるとされる【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1節、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】。

〈23. 婚姻によって結ばれた夫婦の間では、当該解怠が夫婦共有財産を損なうことはない。〉夫と妻の間における夫婦共有財産については同様に解されない。なぜなら、夫婦は、当然に、つまり、慣習法の恩恵のみにより約定がなくとも、共有関係となるからである。その結果、妻の側に嫁資が存しない場合や、約束された嫁資が妻によって持参されない場合、妻は、共有財産を奪われたままとする旨の失権条項が存しないかぎり、たとえ嫁資を持参しないとしても、共有財産を奪われることはない。これは、ブーヴォが『ブルゴーニュ慣習法注解』第4章第2条注釈で述べている点であり、財産共有は「人によってではなく法律によって」妻に付与されるというのがその理由である。この点は、コキエユの『ニヴェルネ慣習法注解』「夫婦に属する諸権利について」第2条注釈や、ラ・トマシエールが『[ロリスと] モンタルジ [のバイイ区及びプレヴォ区] 慣習法注解』夫婦共有財産の章注解序言でも論じられている。

〈24. 嫁資を約束したのが妻の場合、遅延損害金と共に共有財産から天引きすることによって。〉彼等が付言するところによれば、約束を為した者が当然に権利を有する妻自身で、その妻が金銭を持参していない場合には、妻の権利から、その未払い分が契約日以降の遅延損害金とともに天引きされるのに対して、〈25. 嫁資を約束した妻以外の者に対する訴権は共有となる。〉金銭を約束したのが妻の父母である場合には、その約束した父母から支払いを受けるのは夫である以上、この場合の夫婦財産共有の解消に際しては、妻について、その約束し共有財産に供与すべきものを持分から天引きせず、それらの履行を求めるために訴権は共有のままであり、これは、夫婦共有財産上の債務が共有のまま、その負担となるのと同じである、とされる。フェリエール『パリ慣習法注釈集成』第220条第2注釈第68番も参照せよ。

〈26. 家名と紋章を担う条件の相続人指定。〉家名と紋章を担う条件の契約による相続人指定も家への加入や養子縁組の一種である。これには多くの事例があり、中でも、1599年のクリスマスに高等法院で下された判決が挙げられ、モントロンの『法院判決集』に判決91として収録され、オトンスの『査閲集』勅法彙纂9巻25章「家名変更について」でも言及されている。

〈27. 人格の交換と代位による卑属加入。〉卑属加入は、更に、別の仕方、つまり、人格の代位によっても為され、これは人格の交換とも呼ばれており、子等を家族内で相互に婚姻させる場合がこれに当たり、彼等は相互にその地位に取って代わることになる。これについてはコンスタンの『ポワトゥー慣習法注解』第231条第1注釈に述べられている。〈28. この仕方では加入し交換によって婚姻した者は相互に代位して相続する。〉この場合、そのようにして加入し交換により婚姻した子等は、彼等をその家に受け入れた者の動産や後得不動産だけではなく、彼等が代位した子と同等の相続分において特有財産や世襲不動産も承継する。ブルボネ慣習法第265条やニヴェルネ慣習法第23章第25条は、人がその子等を交換と呼ばれる仕方では相互に婚姻させた場合、その地位に置かれ交換された者等と同等の権利を、その子等が出身の家において有していたあらゆる権利について、彼等が代位した者が有していたままに有する旨定めている。この点については、デュレが『フランス諸慣習法の調和』第4部第21章第265条で述べるところを参照されたい。

〈29. 加入者は卑属加入を受け入れた尊属のみを相続する。〉ただし、加入した子等と実子で嫡出である子等との間には次のように相違が存する。すなわち、当該卑属加入は、たとえ交換と代位による場合であっても、法律の擬制にすぎず、権利が及ぶのは加入を受け入れた者の財産に限られる。つまり、加入者は、加入した当該地位の傍系親族を相続することはないし、加入について同意していない尊属を相続することもない。ブルボネ慣習法の前掲第265条に定められているとおり、「婚姻に召集され同意した父母や尊属を相続する」のであり、この点は、コキークのニヴェルネ慣習法第23章第25条の注釈や、ベシェの卑属加入論第2番でも言及されている。〈30. 加入に同意していない他の尊属や傍系親族を相続することはない。〉卑属加入について同意していない尊属や傍系親族の遺産については、それぞれ、交換が存しない場合のように、自然で本来的な権利に基づいて取得する。

〈31. 承前。養子はどのように相続するのか。〉学説彙纂第1巻第7章第7法文には、「養子縁組が存する場合、当該事項について、その間で宗族の権利が生じる人々による許可は不要である」とあり、たとえ尊属が養子縁組に同意し

ていなかったとしても、養子は彼等を排して養親の財産を相続し、養親の父母にさえ優先するとされるが、勅法彙纂第8巻第48章第10法文によれば、[家外者の他権者養子縁組における]養子は、養子をとった者の財産を相続する以外には、誰の財産も相続することはなく、従って、養子縁組に同意しておらず、養子をとっていない他の尊属の財産を相続しないとされる。

〈32. 加入者は親族取戻によって取戻を為し得ない。〉このような理由から、加入者は擬制によって家族に数え入れられるにすぎず、実際には親族に属してはいないとされる。ティラコーは『親族取戻論』第1条第8注釈第16番において、加入者は、受入者の親族によって売却された財産を、たとえそれが受入者の世襲不動産であっても、親族取戻によって取り戻す権利を有しないと述べており、「当該権利は血縁に基づくものである」というのがその理由とされる。〈33. 交換による加入者についてはどうか、受入者の財産を取り戻せるのか。〉ただし、それは、単純な加入者に限られ、交換による加入者はこの限りではなく、後者は、受入者の保有していた財産上の諸権利全てについて、その代位した地位において代表し代位するので、取り戻しが可能であるとされる。しかし、ベシエの「卑属加入論」第1番は、加入者が実際に親族ではない以上、この見解に難点がないわけではない旨指摘している。タイザンの『ブルゴーニュ慣習法注解』第10章第4条注釈第2番も参照されたい。

〈34. ボルドー高等法院では、加入者が義務分を侵害された場合、その補充を請求できるとされる。〉実子で嫡出の子等が、養親で受入者である父の相続に当たって、彼等がその出身の家で実父の相続において保持し取得したであろう価値の諸権利を得ない場合がしばしば存する。ギュイエンヌの高等法院は、加入者等の不服申し立てを、卑属加入にもかかわらず彼等の義務分に相当するまで利得が回復されるべき旨の命令を以て認めている。すなわち、加入者が、受入者の財産と相続について、実父の相続において得られたであろう義務分の権利に相当する額を見出せない場合には、上記実父の財産に補充を求め得るといのである。その理由は、当高等法院の慣行上、遺産相続について放棄が為されたとしても、義務分を害することにはならないからとされる。この点については、ラペイレールが『判決要約集』Aの項第23番で次のようにまとめている

る。すなわち、加入者が受入者の財産に自己の義務分を見出す限り、未成年や家父権その他を口実とする原状回復は養子縁組に反し認められないが、加入者がその義務分、つまり、実父母の財産上の義務分について害される場合には、原状回復が認められる、と。以上につき、デヴィーニュのサントンジュ慣習法第1条注釈やメシヤンの同注釈第6章、ベシエの「卑属加入論」第9番及び第10番も参照せよ。

〈35. 義務分の放棄を許していない諸慣習法の下でも、同様に、加入者はその補充を求めることができる。〉ベリー慣習法第19章第33条及び第34条は、夫婦財産契約によって父母からの遺産相続を放棄し、父母の死亡時に義務分を得ない子等に、義務分補充を訴え請求する権利を認めている。ラ・トマシエールは『ベリー慣習法判決集』第4巻第52章でこれらの条文について説明し、次のように結論付けている。すなわち、交換によって婚姻した子等が養父の家で自己の義務分を完全に享受しない場合、そのような卑属加入は相続放棄を越える利益を何ももたらし得ないことになるので、子等は義務分の補充を求めることができる、と。ル・ブリュンもその『相続論』第3巻第3章第32番でこの点にふれている。

〈36. 成文法地域同様、この点について定めのない諸慣習法の下では、加入者は、たとえ未成年で義務分を侵害されたとしても、父母の同意による卑属加入に抗して、父母の将来の相続を求めることはできない。〉ただし、この点について規定していない諸慣習法に加え、成文法についても、プロドーガルエ氏の『法院判決集』Rの項第17章で伝えているパリ高等法院の諸判決は、次のように解して、相続放棄を優遇している。すなわち、未成年、莫大損害、義務分その他、如何なる理由にせよ、「疑義に基づいて」相続放棄に異議を申し立て、これに反対することはできないとされ、これは、当該合意を為したのが彼等の父母であり、父母はたとえ不利益となるとしても未発生の相続を放棄させることができたからとされる。従って、結果として加入者の資産が失われたとしても、その責めを加入者の父母に帰し得ず、加入者は、受入者の相続が富をもたらす有利であったならば利益を得るのと同じく、損失もまた甘受せねばならないというのである。この点は、ル・ブリュンの前掲箇所、コキエウの『ニヴェ

ルネ慣習法注解』第23章第25条注釈、[ジャック・]ポティエ『ブルボネ慣習法注解』第265条注釈、ヴィギエ『アングーモワ慣習法注解』第86条注釈第16番で言及されている。

(37. 加入者は既発生の権利のために異議を申し立てられる。) 以上のように解されるのは、卑属加入や代位が未発生で不確定な権利の承継を目的に為された場合である。なぜなら、権利や遺産が既発生のものである場合には、それについて著しい損害を被った者は、コキエユやポティエがその旨指摘しているとおり、その回復が可能であるからである。

(38. 交換による加入者の権利が一部既発生で一部未発生の場合) どうか。) 以上が当てはまるのは、交換された権利や遺産が双方について既に発生している場合であるが、遺産が一方には既発生で他方には未発生である場合もある。次のような事案がこれにあたる。すなわち、ジャンとジャンヌの兄妹は、それぞれジャックとマリーと婚姻し、ジャックやマリーの父母は存命であるが、ジャンとジャンヌの父は既に亡くなっており、母は存命で、ジャンがマリーと、ジャックがジャンヌとそれぞれ婚姻し、彼等の夫婦財産契約によって、マリーはジャンヌの父母の既発生及び未発生の権利や遺産について代位し、ジャンヌはマリーの父母の未発生の権利や遺産について代位する旨定められていて、ジャンヌが未成年であった場合、ジャンヌは、父の既発生遺産と母の未発生遺産について、既得の権利として、そしてまた、相続放棄の場合のように、「一括の代償として」との条項により、利得を回復し取り戻す命令を取得するのであり、未発生遺産の不確かさについて疑義が呈されたとしても、彼女は既得の諸権利について代償を求めることができよう。

(39. 受入者は、慣習法の許すところに従い、他の子等と同様、加入者に不利な仕方であつて処分行為を為し得る。) 卑属加入によって、加入者が交換された子の地位に立つことで、彼が受入者つまり実父の相続にあたって取得するであろう権利、持分、相続分を取得するわけであるが、受入者である父等が、自らの動産や後得不動産を、加入者に不利に、かつ、自己の実子やその他の家外者の利益のために処分することが可能かどうか問題とされる。しかし、加入者は、自らが代位する嫡出の実子以上の権利を得るわけではないので、父が、その者

の犠牲の下に、動産や後得不動産、あるいは、慣習法が処分を許している他の相続分について別の子を優遇することは、義務分さえ留保されるならば、可能であろうし、卑属加入によって、受入者である父が、子の内の一人乃至幾人か、あるいは、それに匹敵する他の者の利益のために処分を為すことを妨げられるということもなく、慣習法によってもそれは許されている。なぜなら、加入者は、嫡出の実子以上の権利を得ることはなく、それらの子の一人として、自らが代位した子の地位において、相続するにすぎないからである。以上については、オトヌ『対照考察集』学説彙纂第45巻第1章第132法文注釈、ベシエ「卑属加入論」第14番、メシャン『サントンジュ慣習法注釈』第1条注釈第4章、ラゴ『ベリー慣習法注解』第7章第9条を参照されたい。

〈40. 卑属加入の契約に優遇できない旨の反対の規定が存する場合には上記処分は為し得ない。〉最後のラゴの説明によれば、夫婦財産契約によって、受入者が子等の一人を他よりも優遇して、合意による相続人たる加入者に損害を加えることはできない旨特約されている場合はこの限りではないとされ、ベシエも卑属加入が為された文言を区別すべきである旨述べている。すなわち、卑属加入に、加入者が子の地位において、受入者の子の一人として相続する旨定められている場合には、他の子等以上の権利を得ることはなく、父は、義務分が留保される限り、子等に不利益な仕方でも処分を為し得るのに対して、〈41. あるいは、加入者の相続分が確定されている場合には。〉卑属加入に、加入者が、子の数に応じて、4分の1その他の相続分を得る旨定められている場合には、これに反する処分によって、加入者が動産、後得財産、特有財産を含む全財産から、受入者である父が無遺言で亡くなった場合と同様に、自らの相続分を得られないようにすることはできない。なぜなら、この場合、卑属加入は「交換に匹敵する」からである。ヴィギエ『アンゲーモワ慣習法注解』第86条注釈第15番、ル・ブリュン『相続論』第3巻第3章第32番も参照せよ。

〈42. 加入者を相続するのは実父母であって、養方の兄弟ではない。〉ニヴェルネ慣習法第23章第25条には、本主題について、交換された者が亡くなったならば、その遺産は慣習法の定めに基づきその者自身の尊属に帰属する旨簡潔に定められており、これは要するに、交換された者の遺産は彼等の養方の兄弟で

はなく、相続する資格を有する実方の近親の尊属に帰属すべきで、それらの尊属が当然に彼等を相続するとの趣旨であろう。「血縁法は市民法によって決して廃され得ない」と法の準則にあるが、〈43. 交換は財産の出自や性質を変更しない。〉これは、交換は、その両親の側において加入者の特有財産と見なされる財産の由来や性質を変更するものではないからである。というのも、加入者は、受入者である父の財産を、自らの実父母の遺産から得られたであろう財産と引換えに得られるのであり、それ故、受入者である父の財産は、父母の財産に取って代わり、同一の性質を有するものと見なされるからである。以上は、メシャン『サントンジュ慣習法注解』第1条注釈第8章、パボンとポティエのブルボネ慣習法第265条注釈、ラ・トマシエール『ペリー慣習法判決集』第4巻第52章で述べている点である。

〈44. 受入者の家において加入者に帰属する世襲不動産はその特有財産である。〉ヴィギエが『アングーモワ慣習法注解』第86条注釈第15番で、受入者の遺産からこのように加入者へと帰属する財産は、彼の家系の家産であり、当該家産の傍系相続人の人格において、〈45. 加入者の実父母の出自に基づいて。〉彼の元々の家産と諸権利一般に代位する旨指摘しているのは、以上のような理由によるものであり、上記のような代位に基づくものである。ル・ヴェスの『パリ高等法院判決集』判決127として収められた1573年12月23日のギエムトー事件の法院判決も、そのような趣旨で、「代位物は代位された物の性質を伴う」と判示した。

〈46. 加入者が世襲不動産を取得するため第四の交代を要する〉この同じ理由、すなわち、卑属加入の結果、加入者は、彼がその地位へと交換された子等の諸権利を、あたかも彼が子であるかのように、享受するという点から、コンスタン『ポワトゥー慣習法解答集』第280条第4注釈によれば、交換による加入者へと帰属する世襲不動産は、相続によりその者に帰属するものとされ、その結果、それらの不動産が貴族不動産で、受入者である父の人格において第四の交代に達しているならば、同280条に言う「四度の臣従礼を経た」ものとして、加入者の相続人等の間で、その相続に際して、貴族的に長子権に従って分割されることになる。というのも、このような卑属の交換は養子縁組の一種にあた

り、養子縁組によれば、「養子は無遺言時に養父を実父のごとく当然に相続する」とされるからである【勅法彙纂8巻48章第10法文1節、法学提要1巻11章「養子縁組について」第2節】。

〈47. 長子権は貴族の不動産と交換された平民の不動産について生じることはない。〉これはこの種の卑属加入に独自のものである。というのも、加入者は、実子に匹敵し、受入者の財産を相続の権利を介して取得するからである。通常の交換の場合はそうではなく、平民である父が、貴族不動産もしくは貴族的に保有される不動産を保持し、その人格において第三あるいは第四の忠誠誓約に達した後、それを他の貴族不動産もしくは貴族的に保有される不動産と交換したとしても、そのように新たに交換された不動産は決して第三あるいは第四の臣従礼には達せず貴族的に分割されることはない。というのも、相続の権原に基づいて当該不動産を取得するわけではないからである。これは、ショパン『アンジュー慣習法論』第2巻第3部第1章第4節第5番にみえる見解であり、トゥレーヌ慣習法第297条へのシャルル・デュ・ムーラン氏の欄外注の要点でもある。

〈48. 承前。〉リエージュのポワトゥー慣習法第280条注釈は、この問題について争われた際、貴族的分割を認める仲裁が下された旨証言しているが、それは彼の意には沿わないとしている。また、事実、コンスタンは、同条の第9注釈において、この場合貴族的分割は生じないとした1597年4月1日の法院判決を伝えている。当該不動産が交換されたものに代位し、同じ家産としての性質を備えると解されるのは確かだとしても、第三あるいは第四の交代には達していない（「四度交代していない」）からである。

〈49. 父が交換契約により上記の点につき如何なる弁明をしようとも。〉同様のことが一層強い理由で当てはまるのは、交換と引き換えに得た不動産が平民不動産の場合であり、第四の臣従礼を経た貴族の不動産として同第280条の文言に基づき長子権を主張することはできないし、それが貴族不動産ではない以上、たとえ貴族間であっても第289条によって権利を主張することはできない。ルエ氏の『法院判決集』Sの項第10章へのプロドローの注釈と、同じく『パリ慣習法注解』第13条注釈第35番では、この論点について、1607年6月22日の法院

判決に言及されている。それによれば、交換によって生じる代位は異なる資格を生み出し得ないし、平民不動産が封であるというのでは真理に反するので、父がその封を平民財産と交換したとしても、その平民財産が封に取って代わることはなく、相続時に貴族的に分割されるように彼がこの点について如何なる表明を為すとしてもそうであるとされる。この点については、ド・ビュリダン『ランス慣習法注解』第30条注釈第40番、ラランド『オルレアン慣習法注解』第91条注釈、ル・ブリュン『相続論』第2巻第1章第1節第68番及び第2章第1節第52番を参照せよ。

(50. 交換における貴族的分割を肯定するアンジュー及びメーヌの慣習法。)

アンジュー慣習法第273条やメーヌ慣習法第290条は独特な慣習法であり、そこには、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、そのような交換は代替された不動産の性質を取り出し、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分割されるものとする、とある。ボドロローは、これらの慣習法の規定について、交換と引き換えに得られた不動産は、平民財産や受封財産であるというその固有の性質や資格を決して失うことはないが、ただ慣習法上の特権によってのみ、一度目に限って交換された不動産の性質に従って分割され、その後は当初の性質に戻るものとしている。これは、デュ・ムーランがアンジュー慣習法第273条の欄外注で指摘している点でもあり、彼が言うには、これら二つの慣習法は「貴族的分割に関わる」特別法であり、それ以外については、交換された不動産は交換の対象となったものが有していた特有財産としての資格を取得し、「交換の対象となったものの世襲不動産としての性質を当然受け継ぐが、この地域の慣習法に固有の点に関してはそうではない」とされる。ド・ルニュッソンの『特有財産論』第1章第10節第5番以下を参照せよ。

(51. 交換においては一方不動産から他方不動産への代位が生じる。) これは、交換と反対交換とから成る法定の代位であり、これによって、交換に供された不動産が特有財産とみなされ、交換に供された不動産が元々帰属していた家系の者等に帰属することになる。パリ慣習法第143条、オルレアン慣習法第385条、ランス慣習法第36条その他の慣習法が、この点について明確な判断を示してお

り、この点について定めのない諸慣習法においてもそれが共通法である。ド・フェリエールの『パリ慣習法注解』第145条注釈第2番を参照せよ。

〈52. 遺産分割においては父方特有財産から母方特有財産への代位が生じる。〉遺産分割は包括的権利であり交換の一種であるが故に、ルエ氏の『法院判決集』Pの項第35章の伝える1596年3月30日の判決で法廷の審理を経て、遺産分割によって相続人の一人に母方の不動産が父方の遺産として彼に帰属するものの一部として付与され、そのようにして委付された遺産は、母方に由来するとしても、父方のものと見なされる旨判示され、その結果、父方の尊属がそれを相続し、もし売却された場合には、当該遺産に同じ性質を備えさせる代位を理由に、彼等が父方の特有財産として親族取戻を為すことになる。トロワ慣習法第154条、サンス慣習法第44条、ムーラン慣習法第134条がこの問題に関連する。また、ド・ルニユッソン『特有財産論』第1章第10節第12番以下、ル・ブリュン『相続論』第2巻第1章第1節第70番以下がこの点を解明している。更に、シャンピ『モー慣習法注解』も別の法院判決に沿って論じている。

〈53. 単純な加入者が受入者の相続において長子権を得ることはない。〉このような財産や人格の代位は、相互に地位や権利に取って代わるために交換により卑属化された者等にも見出される。それは以下のような理由による。すなわち、単純な加入者が、もう一人の子として相続する目的で卑属化された場合であっても、現実はその者が受入者である父母の長子、つまり、「嗣子」ではない以上、ティラコーが『長子権論』問題81で考察しているとおり、長子権を取得することはできないとはいえ、〈54. 交換による加入者は、その地位にとって代わった者として長子権を取得する。〉代位によって加入し、長子の地位に代位する者は、彼がその地位に取って代わった当該長子が保持していた長子権を、権利の譲渡による場合のように彼に代位するが故に、取得するからである。

〈55. 交換による加入者はあらゆる権利や利益を何れも保持する。〉要するに、交換や代位による加入者等は、彼等がその地位に代位する者が有していた権利、特権、訴権、利益を全て享受するのである。遺産占有、「子がない限り」との条件、買戻しの排除その他の事例についてはベシエの「卑属加入論」やル・ブリュン『相続論』第3巻第3章第31番に示されており、それは単純な加入者等

との相違でもある。

(56. 加入者やそれらの一人が子をもうけないまま受入者よりも先に亡くなる場合、卑属加入は無効となり失効する。) ただし、交換による卑属加入の効力が発生するのは、加入者やその卑属が受入者よりも長く生きる場合に限られる。なぜなら、交換により加入し婚姻した子等の一人が、子のないまま、受入者等よりも先に亡くなるという事態が生じるからである。ベシエの前掲「卑属加入論」第5番、メシャン『サントンジュ慣習法注解』第1条注釈第5章によれば、この場合、卑属加入は消滅し効力を失ったままであるので、加入者やその相続人等各人は、勅法彙纂第8巻第48章第10法文の趣旨に従い、それぞれの家系の元々の財産へと、卑属加入がなかったかのように復帰するのであり、それらの卑属加入は存命であることを要件とする相続合意の効力を有するとされる。

(57. 卑属加入は登録される必要はない。) これら交換による卑属加入は公簿登録の原則には服さないが、受入者の恵与以外の趣旨を有しない単純な卑属加入は公簿登録に服するようにも見える【ル・ブリュン『相続論』第3巻第3章第29番】。しかし、死亡を原因とし、卑属化させた者の死亡時の財産にのみ関わるというその性質は、この関連では、公簿登録の根拠を失わせる。

(58. 平等に相続し遺産分割するために前婚と再婚による子等の間で為される財産の結合及び組み合わせ。) もう一つの別の養子縁組の方式にあたるのは結合や組み合わせである、これは、再婚する者で、前婚による子等を有する者の間において、両者の財産が、両者の子等について混合し一体化し、前婚による子も再婚による子も全て平等に相続する旨合意されている場合である。これらの結合や組み合わせが導入されているのは、ナミュール慣習法第81条、エノー慣習法第77章第4条、その他フランドルやピカルディーの諸慣習法であり、それらにおいては、夫と妻が前婚以前に保有していた不動産や、前婚中に取得した不動産の全てが前婚による子等に、再婚中に生じあるいは取得された財産が再婚による子等に帰属するものとされている。財産に関するこれらの組み合わせや結合は異なる婚姻から生じる争いを回避するために他の諸慣習法において

も受容可能である。この点については、ヤコブス・リキウスが『卑属結合論』と題された論考を著している。

〈59. 前婚の後得財産は前婚の子等に、再婚の後得財産は再婚の子等に属する旨の諸慣習法。〉これ〔慣習法の上記規定〕は古来の慣行であり、シャルル・デュ・ムーラン氏も、パリの旧慣習法第10条注釈第28番でこれに言及し、複数回婚姻した夫婦の後得財産は、当該財産取得が生じた各婚姻による子等に帰属しもたらされていたとされる。ドルー慣習法第89条、シャルトル慣習法第98条、その他の諸慣習法もその痕跡を幾らか留めており、それらによれば、封上の特有財産は前婚の子等に属し、後得財産は封であっても再婚による子等に属するとされ、その結果、この点について慣習法は卑属間の遺産分割を定めていることになり、〈60. 父は再婚時の夫婦財産契約でこれらの慣習法を排除できない。〉クアール『シャルトル慣習法注解』には、父は、再婚時の夫婦財産契約によってさえも、その後得財産を前婚と再婚による子等の間で平等に分割される旨取り決めることはできなかつたとする1623年5月20日の法院判決が挙げられている。それが慣習法の定める遺産分割であり、長子権と同様、父がそれを排することはできないからというのがその理由とされる。

〈61. 父は、その後得財産の処分が許されているところに従い、遺言や贈与によってそれを為し得る。〉にもかかわらず、同じクアールによれば、父は生存者間贈与や死因贈与によってこれを排することは、後得財産の処分が慣習法によって許されている以上、可能であるとされており、これについて、慣習法調査団の審尋を経た1582年7月2日の法院判決も挙げている。この法院判決では、ショパン『パリ慣習法注解』第2巻第5章第28番も言及されている。デュ・ロランの上記シャルトル慣習法第98条及びドルー慣習法89条の注釈も参照されたい。

〈62. 各婚姻の子等は父の後得財産を順次相続する。〉同じシャルトル慣習法については別の法院判決においても検討されており、『裁判時報』第1巻第2部第115章に収められた同判決によれば、当該慣習法は各婚姻による子等全てに一般的に適用され、それらの子等の存する限りは、叔父らを排して、子等の間で順次相続するとされた。

〈63. サントンジュでは各婚姻の後得財産は当該各婚姻の子等に属するとされる。〉ボルドー慣習法第70条も各婚姻による子等への後得財産の留保に与しており、当該留保は幾つかの法院判決、とりわけ1591年4月9日に高等法院で言い渡された判決によって是認されているし、また、当該留保はサントンジュにおいて慣行化し、そこでは、各婚姻時の後得財産は当該婚姻による子等の間で分割されるものとされる。この点については、オトヌ『対照考察集』勅法彙纂5巻9章「再婚について」の公撰集引用要約文第2文注釈、同『ボルドー慣習法注解』上記第70条注釈、メシャン『サントンジュ慣習法注解』第9条注釈第2章第9節、ベシェ『再婚論』第24章、同『サントンジュ慣行注解』第60条及び第64条注釈、ボイエ『ボルドー高等法院判決集』第23章を参照せよ。

〈64. 前婚の子等が遺産目録作成を欠いて共有を継続している場合はどうか。〉そのような留保は、遺族と前婚による子等との間の共有関係存続の場合に、これらの慣習法に対する疑念を引き起こしている。デヴィーニュ『サントンジュ慣習法注解』第83条注釈の見解は、各婚姻の後得財産は当該婚姻から生まれた子等に留保されるので、前婚による子等は、再婚による子等が前婚の後得財産から何も得ることがないと同様に、再婚中に取得された財産について如何なる分け前も得ることはないというものであるが、反対に、メシャンの同じサントンジュ慣習法第83条の注釈やベシェ『再婚論』第24章第4番の理解によれば、留保が生じるのは、前婚の共有財産の目録作成と清算が為される場合に限られるとされる。というのも、目録作成のないまま共有が存続する場合は、前婚中に取得された財産は当該婚姻による子等に帰属し、再婚中に取得された財産については、前婚による子等がその3分の1を、遺児と再婚相手が各3分の1を取得するからである。

〈65. 前婚による共有からの後得財産は存続中の共有財産には算入されない。〉夫婦それぞれの前婚による子が存しない場合、新しいパリ慣習法第242条によれば、存続中の共有の後得財産が分割されるのは上記のやり方による。〈66. 慣習法がこの点について規定していない場合には、前婚と再婚による後得財産は、他の座員さんと同様、すべての子等の間で分割される。〉また、同第279条の文言にはこの点について何も定められておらず、各婚姻による子等への留保

について明記されていない以上、後得財産は、それをなした者の子等の中で、それが取得されたのが前婚中であろうと再婚中であろうと区別なく、長子権を除き、その取得された時期を考慮することなく、分割されることになる。これは、ショパン『パリ慣習法注解』第2巻第3章第7番によって考察されているとおりであるし、シャルル・デュ・ムーラン氏の旧慣習法第10条注釈第28番は当該留保を「極めて不都合」と評している。