

## 《論 説》

## 相続と嫁資合意 ——現代的慣用とは何か—— (2)

藤 田 貴 宏

### II

「相続財産は遺言によって与えられる」とのローマ法の原則に忠実に「将来の相続」に関わる「嫁資合意」の効力を全面的に否定する見解（ヒエロニウムス・シュルフの前述助言56）は、「相続する旨の相互的合意」の有効性を認める帝室裁判所の実務（アンドレーアス・ガイルの前述考察126）に見て取れるように、帝国法たるローマ法の実用化という枠組みの下、中世ローマ法学の成果を駆使して同時代の実務慣行の理論的裏づけに努める潮流の中で逆に力を失いつつあったと推測される。とりわけ、婚姻時の嫁資授受に付随する嫁資合意の一種として当時広く行われていた、将来の配偶者死亡時における夫婦間の財産承継の約定について、ローマ法との整合性に配慮しつつも可能な限りその効力を認めようとする傾向は、ザクセンシュピーゲル並びにこれに基づく参審裁判所実務の蓄積という相対的に強固な地域固有法の地盤を有するザクセンにおいても変わらず見受けられ、16世紀後半には、領邦君主による立法にも反映されるに至る。

ザクセン選帝侯アウグストAugust（在位1553-1586年）による「裁判手続規則勅法集Verordnungen und Constitutionen des Rechtlichen Proces」<sup>1)</sup>（1572

---

1) 1572年にドレスデンで印刷公開されたテキストの表題には、「ザクセン公にして、神聖ローマ帝国の大元帥並びに選帝侯、デューリングゲン方伯、マイセン辺境伯、マクデブルク城伯であられるアウグスト陛下による裁判手続の規則並びに勅法集、幾

年公布、以下「アウグスト勅法集」<sup>2)</sup>と略称)の第2部第43条「婚姻特約や嫁資合意は何名の証人を伴うべきか、並びに、どうすればそれらは終意処分として存続できるのか *Wieviel zeugen die Ehestiftung und pacta dotalia haben sollen / und wie sie in vim ultimae voluntatis zu erhalten*」がそれである。同条前段には、「婚姻特約は契約であるから、二名乃至三名の証人がそこに立ち会えば足りるものとする。ただし、婚姻特約によって、例えばその中で死亡時に備えて相続財産が遺贈されている場合のように、それが契約としての効力を保持できず保護されないような事態が生じ、その際に五名乃至それ以上の証人が立ち会っていたならば、そのような婚姻特約は終意処分として有効であると認められる。 *Nachdem die Ehestiftung contract seind / so ist es auch gnug / wann zwene Zeugen oder drey haben gewesen / Do es aber mit den Ehestiftungen die gelegenheit hette / das sie in vim contractus nicht können erhalten noch beschützt werden / Als do die Erbschaft auff den todesfall dorin-*

---

つかの疑わしく争いの激しい事件について、選帝侯領に設置され整備された宮廷裁判所、法学部、参審裁判所その他の諸裁判所が正しく判断し判決を下す基準ともなるべきもの *Des durchlauchtigsten hochgebornen Fürsten und Herrn / Herrn Augusten Hertzogen zu Sachsen / des Heiligen Römischen Reichs Ertzmarschalhen und Churfürsten / Landgraffen Düringen / Marggraffen zu Meissen und Burggraffen zu Magdeburg: Verordenugen und Constitutionen des Rechtlichen Proces / auch wassermassen etzlicher zweifelhafter und streitiger fell halben / durch die bestalte und geordente Hoffgerichte / Juristen Faculteten / Schöppenstühle / auch andere Gerichte / in seiner Churfürstlichen Gnaden Landen / zu recht erkand und gesprochen werden sol*」、とある。以下の条文引用も同テキストによる。

- 2) アウグスト勅法集の立法過程の詳細については、Schletter, *Die Constitutionen Kurfürst August's von Sachsen vom Jahre 1572* (1857), 28-111. 参照。同書に基づく略述として、Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Erste Abtheilung* (1880), 551-555.、Kunkel, *Einleitung*, in: *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, Erster Band, Zweiter Halbband* (1938), XXXV-XXXVIII.

nen vormacht / und es seind fünff oder mehr zeugen darbey gewesen / So sollen solche Eheschiftungen in vim ultimae voluntatis, krefftig erkant werden.」、とあって、「死亡時に備えて相続財産が遺贈されているdie Erbschafft auff den todesfall vormacht」等、死後の財産承継について定めた「婚姻特約Ehestiftunge」つまり嫁資合意は、「契約としてin vim contractus」ではなく「終意処分としてin vim ultimae voluntatis」有効とされる。死後の財産承継について定める嫁資合意が遺言に匹敵する一種の「終意処分ultima voluntas」として有効となる要件として、ここでは、「五名乃至それ以上の証人fünff oder mehr zeugen」の嫁資合意への立会を求めているが、続く後段には、「それ故また、同様の場合に、婚姻特約が合意として成立しないとしても、当事者立会の下に適正に申告され裁判所に登録されたならば、やはり有効と認められ、朕の宮廷裁判所、参審裁判所、大学法学部が判決起草において以上の点を遵守すべきものとする。Also auch wann die Ehestiftungen in gleichen fellen als pacta, nicht können stat haben / und sie würden in beysein beider teil gebührlich insinürt, und gerichtlich eingeschrieben / so sollen sie auch krefftig erkandt werden / Solchem allen nach / sollen sich unsere Hoffgerichte / Faculteten und Schöppenstüle / in verfassung der Urteil halten.」、とあって、五名以上の証人の立会とは別に、嫁資合意が「当事者立会の下に適正に申告され裁判所に登録されたwürden in beysein beider teil gebührlich insinürt, und gerichtlich eingeschrieben」ことが、当該嫁資合意の有効要件と位置づけられている。結局、この第43条によれば、嫁資合意はたとえ配偶者死亡時の財産承継に関するものであっても、五名以上の証人の立会か、あるいは、裁判所への申告登録か、いずれかの要件を満たす限り、少なくとも「終意処分」としてその効力を認められることとなる。

しかし、本条が、合意の相互性、生存者間贈与という法形式、目的物の特定性といった点を要件に相続合意を文字通り合意として有効とみなすガイル説（帝室裁判所の実務）と如何なる関係に立つのかははっきりしない。同条の意義と射程を正確に把握するためには、条文の文言の表面的理解に留まることなく、立法の前提となった裁判実務の実態や立法理由に目を配る必要がある。

アウグスト勅法集は、当時の領邦立法としては例外的に多くの立法資料が残され、しかも、それらの資料が同時代に印刷公刊され、勅法集それ自体と共に広く参照されることで、立法後の実務や学説に多大な影響を与えた。帝国都市フランクフルト・アム・マインの法律顧問Syndikusペーター・フリーダーPeter Frider (?-1616年)による再編集版<sup>3)</sup>の公刊(1616年)以降、「ザクセン意見集Consultationes Saxonicae」乃至「ザクセン勅法意見集Consultationes constitutionum Saxonicarum」と呼ばれるようになるそれら一群の公刊資料の内、最初に出版されたのが、『問題判定議論集Quaestionum decisiones et discussiones』<sup>4)</sup>(1599年)である。同書は、「ザクセン選帝侯勅法集に関するヴィッテンベルクの参審裁判所の意見集Consultationes Consistorii Wittenber-

---

3) 表題には、『両普通法並びにザクセン法上の種々の有名かつ重要な問題を扱い、ザクセン選帝侯アウグストの命令の下、ヴィッテンベルクとライプチヒの参審裁判所の著名な判事等によってまとめられたザクセン意見集全五巻Consultationum Saxonicarum ad illustres et gravissimas easque varias juris utriusque communis nec non Saxonici quaestiones habitatum et a celeberrimis Wittenbergensis et Lipsensis scabinatum adessoribus jussu Electoris Saxoniae Augusti decimarum libri quinque.』とある。

4) フランクフルト・アム・マイン市民で書店主civis et Bibliopola Francofurtensisヨハン・テオバルト・シェンヴェッターJohann Theobald Schönwetterによる「献呈文epistola dedicatoria」及び「読者宛て序言praefatio ad lectorem」が付されて、1599年にフランクフルト・アム・マインで公刊された本書の扉には、『両法の解釈者たちの間で争われている様々な問題についての、傑出し輝かしく権威を備えた待望久しい判定並びに議論の集成。これは、皇帝法、教皇法、ザクセン法に基づき帝室裁判所の実務にも適合している上に、歴史に残る英邁な君主にしてザクセン選帝侯その他の称号を有するアウグスト陛下のため、1572年、陛下の御付託に応じて、スクネイデウィヌス、マッタエウス・ウェーセンベキウス、トミンギウス他、ヴィッテンベルクおよびライプチヒの大学や参審裁判所の当時の指導者であった卓越せる法律家たちによって建白されたもので、五つの部分から構成され、その内、第一部は契約乃至準契約、並びに、婚姻事項について、第二部は相続及び終意処分について、第三部は裁判及び手続について、第四部は不法行為乃至準不法行為について、それぞれ扱い、第五部ではその他雑多な問題が論じられおり、著者等の真正の手稿に基

genesis, super Constitutiones Electorales Saxoniae」と、「ライプチヒの参審裁判所において扱われた幾つかの問題の解決集 *Resolitiones aliquot quaestionum in Consistorio scabinorum Lipsensium tractatarum*」から成っており、嫁資合意に関しては、前者の第一部「契約乃至準契約、並びに、婚姻関連事項について」に、問題9 *Quaestio IX*「嫁資合意には何名の証人を要するのか *Pacta dotalia quot testes requirant.*」<sup>5)</sup>、後者には、問題117 *Quaestio CXVII*「嫁資合

---

づき、十年間にわたる皇帝陛下の唯一かつ特別の認可を得て、この度初めて印刷に付され、問題及び事項双方の索引のみならず、この優れた成果の特長にかんする序言も備えている *Illustres, aureae, solemnes, diuque exoptae quaestionum variarum apud iuris utriusque interpretes controversarum decisiones et discussiones: ex iure Caesareo, Pontificio, et Saxonico ad praxin Camerae accomodatae, et illustrissimo memorando heroico domino, domino Augusto, Electori Saxoniae, et cetera, in anno millesimo quingentesimo septuagesimo secundo, ad Celsitudinis eius mandatum, per dominos Schneidewinum, Matthaenum Wesenbecium, Thomingium, et alios in Studio et Scabinatu Wittenbergensi et Lipsensi, tum temporis antecessores, iurisconsultos praestantissimos, exhibitae, quinque partibus comprehensae, quarum prima De contractibus vel quasi, et caussis matrimonialibus, secunda De successionibus et ultimis voluntatibus, tertia De iudicio et processu, quarta De delictis vel quasi delictis: agit: quinta Miscellaneas quaestiones tractat: ex authentico auctorum manuscripto, singulari et speciali Caesaris Maiestatis privilegio ad decennium munito, nunc primum typis descriptae, ac duplici quaestionum et rerum Indice nec non Praefatione de operis excellenti praestantia donatae.*』とある。

- 5) “〈1. 五名の証人を要する終意処分中に嫁資合意を含める者が少なくなく、三名乃至四名の証人の面前では成立困難である。〉一般に言われるとおり、幾つかの参審裁判所が、今日、新たな方針を採っており、それは要するに、嫁資合意つまり婚姻特約を終意処分に数え、二名、三名、四名の証人の面前では成立し得ず、一種の終意処分として少なくとも五名の証人を要するとするものである。というのも、如何なる終意処分にも五名の証人が必要とされる【勅法彙纂6巻36章「小書付について」第8法文〔3節〕】からである。そして、嫁資合意は、それらにおいて将来の相続について定められる場合には、終意処分的一种もしくはそれに準じるから、同じ論拠から五名の証人を要すると解される、というのである。〈2. 嫁資合意もしくは将来

相続に関する合意は終意処分的一种ではない。)しかしながら、我々は、この方針には未だ賛同しかねており、嫁資合意や将来相続に関する合意は決して終意処分的一种ではなく、勅法彙纂第5卷第14章「嫁資や婚姻前贈与について交わされた合意、及び、嫁資外財産について」全体、学説彙纂第45卷第1章「言語による債務関係について」第61法文、勅法彙纂第2卷第3章「合意について」第19法文及び第30法文に証明されているとおり、生存者間における契約に留まること、〈3. 嫁資合意は前書訴権を生じさせる有名契約である。〉そしてまた、前書訴権を生じさせる有名契約であり【勅法彙纂4卷54章「買主と売主の間で交わされた合意について」第2法文、また、現代の人々は学説彙纂2卷14章及び勅法彙纂2卷3章の表題「合意について」への注釈でその旨述べている】、しかも、契約は二名の証人によって証明されること【学説彙纂22卷5章「証人について」第12法文】、がその理由である。従って、嫁資合意も二名の証人で十分に証明可能である。そしてその結果として五名の証人は必要ない。

〈4. 特定の物について将来の相続を得る旨の合意は有効であり是認されている。〉加えて、特定の物について将来の相続を得る旨の合意は有効とされ是認されているのは自明である(スクルフィウス『助言集』第1集助言11末尾はこれに反対であると解される)。というのも、諸博士が先に引用した諸法文の注釈で認めているとおり、それらの合意が自由な遺言権能を妨げることはないからである。

〈5. 嫁資合意では、一般に、配偶者の全遺産に関してではなく、何か特定の部分ものについて、一方が他方の死後に一体何を得られるのか定めが設けられるにすぎない。〉すなわち、その場合、婚姻特約においては、通常、配偶者の全遺産についてではなく、何か特定の部分について、一方が他方の死後に何を得られるのか定めが設けられるにすぎないので、何らかの特定の物に関するそのような将来相続の合意は否認されることも、終意処分的一种と見なされることもない云々、と。

〈6. 終意処分は遺言者の意思にのみ由来し、その性質上不確定であり、臨終に至るまで変更可能である。〉更に、終意処分は遺言者の意思にのみ由来し、その性質上不確定で、死亡までに撤回可能である【学説彙纂34卷4章「遺贈や信託遺贈の剥奪乃至移転について」第3法文及び第4法文】。然るに、この種の合意は契約当事者双方の意思に由来し、他方の変心によって撤回されない。〈7. 契約当事者の行為は彼らの意図の超えて解釈されるべきではない。〉加えて、契約当事者の行為は彼らの意図を超えて解釈されてはならない【学説彙纂12卷1章「確定物が訴求される場合の貸与物、並びに、不当利得返還請求訴権について」第19法文〔前書〕】。ところで、婚約した男女が嫁資合意を交わすとき、終意処分を行う意思や意図は存しない。従っ

意はどの程度有効なのかPacta dotalia quatenus subsistant.」<sup>6)</sup>、がそれぞれ収録されている。

て云々 [=嫁資合意の当事者の意思を越えて終意処分と解釈されてはならない]。最後に、如何なる行為も、その形式に欠陥が存しない限り、無効とされるよりはむしろ、有効とされ存続させるように解釈されるべきである。

〈8. 二名の証人の面前でなされた嫁資合意が有効であるのは如何なる場合か。〉以上から、我々は、二名の証人の立会で交わされた嫁資合意若しくは二名の証人によって立証された嫁資合意を、当該形式により有効とみなす。ただし、これを奇貨として、そのような合意において、夫婦二人が、終意処分として、例えば、両者の間で、その全遺産について、相互に遺贈したい分を相手方の死後において保持できる旨の定めを置いた場合、そのようなことは、勅法彙纂第5巻第14章第5法文にあるとおり、当該合意の性質に反するであろう。そこで、この定めが何らかの意味で適法とされるためには、少なくとも五名の証人の立会を要するものとすべきであろう。というのも、学説彙纂第39巻第6章「死因贈与乃至取得について」第27法文の趣旨に照らせば、そのような合意は要するに終意処分としての形態を有すると解されるからである。〉(Decisiones et discussiones, 13r.-v.引用は1599年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる。)

- 6) “〈1. 嫁資合意は嫁資や婚姻故の贈与に関わる限りにおいて存続する。〉当地域に関して言えば、我々は、婚姻特約もしくは嫁資合意が嫁資や婚姻故の贈与について関わり、財産の包括的な取得や承継を内容としない〔後述注20と本文対応箇所を参照〕限りにおいて有効であると常々判示しており、これは勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻前贈与について交わされた合意、並びに、嫁資外財産について」第5法文の明確な文言や諸博士の同法文注釈も同旨である。〈2. 相続や財産取得を内容とする合意は習俗に反し、死を狙う欲求を惹起するので、無益無意味である。〉なぜなら、包括承継や総財産の取得を〔後述注21参照〕内容とする合意は、遺言する自由な権能を奪うだけでなく死を狙う欲求を惹起することにもなるので善良な風俗に反しており、当然ながら、如何なる重みも意味もないからである【学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文、勅法彙纂2巻3章「合意について」第15法文及び第30法文、同6巻20章「財産持戻について」第3法文、同3巻39章「無効な問答契約について」第4法文】。〈3. 相続財産は合意によって付与されない。〉以上に加えて、相続財産は合意によって付与されないという点も理由となる【勅法彙纂前掲5巻14章第5法文】。総財産が譲与され相続が為される仕方は決まっており、十二表法や法

務官法による無遺言時の血縁の権利か、もしくは、厳格な終意処分の効力によるかのいずれかである【学説彙纂5巻3章「遺産請求について」第1法文、同33巻1章「年払い遺贈及び信託遺贈について」第18法文1節。バルトルスも『助言集』助言212でその旨述べている】。〈4. 財産の取得乃至承継が、通常、死亡を原因として為される贈与によって生じることはない。〉そして、この点は更に、死亡を原因として為される贈与によっても財産の取得や承継は通常生じないという意味でも正しい【勅法彙纂2巻3章第19法文及び諸博士の同法文注釈】。

〈5. 嫁資や婚姻故の贈与の範囲を超えた嫁資合意であっても、特定された個別の物について企図されたものは存続する。〉とはいえ、我々が、嫁資や婚姻故の贈与の範囲を超えて何かを定めているのかどうかとはかかわりなく、無差別に嫁資合意を無効と解しているわけではないことに注意すべきであり、例えば、花嫁と花婿が婚姻特約の中で財産あるいはその一定割合の包括的な取得乃至承継ではなく、特定の個別の物について合意する場合のような仕方では嫁資合意が作成され記載されている場合には時折これを有効と解してきた。これは、勅法彙纂前掲2巻3章第15法文へのデキウスの注釈第3段末尾「第二に制限される云々」に見える有名な学説に従ったものであり、それによれば、相続する旨の合意は遺産全体についてのみならず遺産の包括的な一定割合についても存続しないとされ、〈6. 相続財産についてもその一定割合についても判断は同じである。〉その理由は、相続財産についてもその一定割合についても同じ判断が下されるべきからとされる【論拠とされるのは学説彙纂6巻1章「所有物取戻請求訴権について」第76法文であり、バルトルスも学説彙纂32巻「遺贈及び信託遺贈について」第34法文1節の注釈も同旨である】。〈7. 相続する旨の合意は何らかの特定の物について肯定され有効である。〉これに対して、特定の個別のものについては事情が異なるとされ、この見解を裏付けるためにデキウスは極めて正確かつ的確に前掲第15法文のテキストを引証し、加えて、バルトルス『助言集』助言73等を引用している。そして、アンカラノ、イモラ、アレクサンデル、並びに、彼らの追隨者たちのように遺産の一定割合については反対の見解を擁護する人々を非難している。なお、何か特定の物について相続する旨の合意は有効に成立するという点は、カロルス・ルイヌスも『助言集』第2巻助言13第3番で述べている。

〈8. 子無く先に亡くなった者によって履行されるべき何らかの贈与として契約の手法で企図された嫁資合意は存続する。〉同様にまた我々は、夫婦が契約という手段で、いずれか先に亡くなった者の相続人が存命の配偶者に、あるいは、存命の配偶者が亡くなった者の相続人に、嫁資や反対贈与以外に何かを譲与し引き受けさせる



べく義務付けられるという点を相互に約束するような場合にも、嫁資合意は無効ではないと解している。これは、勅法彙纂4巻11章「相続人によってあるいは相続人に対して訴権が行使される場合」第1法文に従っており、当該約束が遺言する自由な権能を奪わないように配慮されている限りでそうである【学説彙纂前掲45巻1章第61法文のテキストに照らして】。そしてこの点はまさに、デキウスが勅法彙纂6巻20章第3法文注釈第3番で注意するよう促しているところであり、夫婦の一方が子無く先に亡くなった場合に贈与すべく相互に約束し義務づける際には文言は契約や贈与の手法で記載すべく用心するよう彼は述べている。

〈9. 嫁資合意は最終の意思決定と呼ばれる。〉更に、我々はまた、婚姻特約が五名もしくはそれ以上の人々の立会いで作成された場合にも、婚姻特約は無効と解するのではなくむしろ、この場合には少なくとも死因贈与の方法で成立し、死亡に際して婚姻時の約定が全てと解されるならば、そのような場合には嫁資合意であっても最終の意思決定として法文上言及されているので【学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文3節】、有効であると判示している。〈10. 解釈は常に、行為が消滅し無に帰するのではなくむしろ維持されるように行われるべきである。〉またこの点に関連するものとして、解釈は行為が消滅し無に帰するのではなく維持されるような仕方では為されるべきであるという周知の法準則が存する【学説彙纂34巻5章「疑わしい諸事例について」第12法文、同45巻1章第80法文】。まさにこれに倣って、五名の証人を得て為された贈与する旨の同種の約束は、たとえ生存者間で為されたものであっても、そのように為された約束が（例えば、現在並びに将来の全ての財産がその表現に含意されているために）生存者間で有効とはなり得ない場合には、少なくとも死因贈与として存続するのである。これは、この問題について実際に助言したクラウエッタが『助言集』助言139第10番で（同箇所にはこの見解の主張者や支持者が他に多数引用されている）、つい先ほど我々も援用し彼自身も周知の法準則と称している第80法文の準則に依拠して解答しているとおりである。〈11. 嫁資合意の存続のために証人が五名要求されるのは如何なる場合か。〉ところで、ここで注意しなければならないのは、（この点について我々の解答がある人々によってどのように理解されるにせよ）我々が嫁資合意の存続のために五名の証人を要求しているのではなく、嫁資合意が文字通り嫁資合意として存続し得ない場合にのみ五名の証人を要求しているという点、そして、そのような場合、嫁資合意は、五名の証人によって、彼らが嫁資書面の作成時に立ち会っていた限りで、死因贈与として存続し得るという点、である。”(Decisiones et discussiones, 191.v.-192.v.)

まず前者のヴィッテンベルク参審裁判所の意見<sup>7)</sup>によれば、「嫁資合意 *pactum dotale*」は、「前書訴権を生ずる有名契約 *Contractus pariens actionem praescriptis verbis*」であり、「決して終意処分的一种ではなく生存者間の契約に留まる *keines Wegs species ultimae voluntatis seiend / bleibt und ist ein Contractus inter vivos*」とされ、証人については、「証人の数について付言されていない場合には二名でも十分である *ubi numerus testium non adicitur, etiam duo sufficient*」との法文<sup>8)</sup>に照らして、「二名の証人で十分に証明可能 *duobus testibus plene probari poterit*」で「五名の証人は必要ない *quinque testes non requiruntur*」とされる(第2番及び第3番)。このような意見は、「幾つかの参審裁判所 *tliche Schöphhen Stüle*」が採用しているとされる「新たな方針 *ein neue Opinion*」、すなわち、嫁資合意は、「それらにおいて将来の相続について定められる場合には、終意処分的一种もしくはそれに準じる *postquam in illis de futura successione disponatur, sunt species seu quasi cognata ultimae voluntatis*」から、「一種の終意処分として少なくとも五名の証人を要する *als ein ultima voluntas zum wenigsten fünf Zeugen haben müssen*」との見解(第1番)への反論として表明されている。上に言う「嫁資合意 *pacta dotalia*」に相続合意が含まれることは、「嫁資合意あるいは将来の相続に関する合意 *pacta dotalitia oder pacta futurae successionis*」という表現(第2番)や「終意処分 *ultima voluntas*」との異同をめぐる上記議論に既に示唆されている

7) この問題9を含む第一部の問題1から問題28までは、ヴィッテンベルク大学法学部教授で同地の参審裁判所、宮廷裁判所、宗教法院の判事を兼任していたミヒャエル・トイバー *Michael Teuber* (1524-1586年) が作成した合計136の問題から成る私的意見集(いわゆる「トイバーの事例集 *casus Teuberi*」)で、1571年にライプチヒで開催されたアウグスト勅法集制定の諮問会議における議論のたたき台の一つとなったものから収録されている (Schletter, *Die Constitutionen*, 162.)。

8) D. 22, 5, 12. ただし、この法文は、「証人 *testes*」(複数形)について規定はあるがその「数 *numerus*」が明示されていない場合について、「複数形の表現は二という数字で充足される *pluralis elocutio duorum numero contenta est*」との形式的理由から「二名でも十分である *etiam duo sufficient*」としているにすぎない。

るが、続く箇所、「特定の物について将来の相続を得る旨の合意は有効とされ是認されているのは自明である *ist unverborgen / quod pacta futurae successionis acquirendae super rebus particularibus sint rata ac firma*」(第4番)と指摘されているところから、ここでの議論の焦点が、嫁資合意一般ではなく、相続合意としてのそれであるのは明らかである。「特定の物について将来の相続を得る旨の合意 *pacta futurae successionis acquirendae super rebus particularibus*」が有効であるのは、合意の対象外の財産について終意処分の余地が残されている以上、「自由な遺言権能を少しも妨げない *minime liberam testandi facultatem impediunt*」からとされているが、「諸博士が先に引用した諸法の注釈で認めているとおり *ut affirmant doctores in allegatis iuribus*」と付言されるだけで、具体的な典拠は示されていない。「先に引用した諸法 *allegata iura*」とは、「嫁資合意や将来相続に関する合意が決して終意処分的一种ではなく生存者間の契約に留まる *pacta dotalia oder pacta futurae successionis keines Wegs species ultimae voluntatis seiend / bleibt und ist ein Contractus inter vivos*」ことを裏付けるものとして引用されていた一連の法文、すなわち、勅法彙纂第5巻第14章全体、学説彙纂第45巻第1章の第61法文、勅法彙纂第2巻第3章の第19法文並びに第30法文、と考えられる。これらの法文への注釈において、「自由な遺言権能を少しも妨げない」との理由から「特定の財産 *res particulares*」に関する相続合意を有効とした「諸博士」の一人に確実に数えることができるのがヤーソンである。ヤーソンは、上記第61法文の注釈第19番<sup>9)</sup>において、自ら助言を作成した事案を具体例に、不動産一般を相続しない旨の合意、特定不動産について遺言を含む処分を禁ずる旨の合意、嫁資相当の財産を除く全財産が死後に合意相手に帰属する旨の合意といった様々な相続合意を有効とする議論を展開している。そこには、有効と解する根拠として、「全財産に及ぶ包括的合意」でなければ「自由な遺言権能を奪わない *non aufert liberam facultatem testandi*」という点に加え、死亡後の財産帰属という効果を伴う場合については、「死亡者の死後に履行されるとはいえ生存者間の現在の

---

9) I 注25参照。

契約に由来している *provenit ex praesenti contractu inter vivos, licet collata post mortem defuncti*」との指摘も見出される。この指摘は、相続合意としての嫁資合意が「決して終意処分的一种ではなく生存者間の契約に留まる」との上記意見にも符合する。

他方で、「特定の物について将来の相続を得る旨の合意は有効とされ是認されているのは自明である」との上記意見の一節には、「スクルフィウス『助言集』第一集助言11末尾はこれに反対であると解される *contrarium videtur velle Schurphius, consilio undecimo in fine, prima centuria*」と付言されており、合意対象が特定されている場合も含めて相続合意一般を無効とする論者として、半世紀ほど前にヴィッテンベルクで法学を講じ参審実務に従事したシュルフの名が挙げられている。ここで引用されているのは、Iで検討した助言56ではなく、同じ『助言集』第一集に収録された助言11である。この助言11には、収録助言の検索性を高めるため個々の助言の冒頭に通常付される「論題 *thema*」や「事案 *casus*」<sup>10)</sup>は欠けているが、欄外番号に対応する「要約 *summaria*」によ

---

10) 例えば、助言5には、「要約」(第1番「卑属の相続において尊属は片親のみを同じくする兄弟や姉妹よりも優先されとの原則 *Regula, quod parentes in successione liberorum praeferantur fratribus vel sororibus ex uno latere tantum*」、第2番「卑属の相続において尊属は片親のみを同じくする兄弟や姉妹よりも優先されると定める上記の法の例外、すなわち、兄弟や姉妹が共に相続することを望むであろう尊属の直系に当たり、そのような意味でのその者と親族関係がある場合には、上記の法は適用されない、ということ云々 *Limitatio ad illa iura, disponentia, quod parentes in successione liberorum praeferantur fratribus vel sororibus ex uno latere tantum, quod non habeant locum, quando frater vel soror est ex linea eius parentis, cum quo vult succedere, et sic attinet ei et cetera*))に加えて、「論題」(「異父兄弟は母方の祖母と同順位で同じだけ無遺言で亡くなった異父兄弟の相続を認められ、同等の論拠により、異母兄弟は父方の父と同順位で異母兄弟の相続を認められるべきであること *Quod frater uterinus tantum, simul cum avia materna ad successionem fratris uterini ab intestato defuncti admittendus sit, et pari ratione frater consanguineus, cum avo paterno ad successionem fratris consanguinei*))と「事案」(「ブランデンブルク辺境伯領においてある母が無遺言で亡くなり、彼女の死後には、前夫との間

れば、助言後半部分<sup>11)</sup>の第3番では、「将来の相続について交わされた合意は、遺言相続と無遺言相続の何れが問題となるにせよ、無効であるPactum factum de futura successione, non valet, sive agatur de succedendo ex testamento, sive de intestato」ことについて、第4番では、「将来において相続する旨の合意は遺産の一部についても無効であるNon valere pactum de succedendo in futurum, etiam in parte haereditatis」ことについて、それぞれ論じられており、上記意見による引用箇所「末尾finis」という表現はこの後半部分（直接には第4番）を指示するものと解される。この助言11では、おそらくは助言依頼者の便宜のために、要旨に相当する箇所が俗語つまりドイツ語で書かれ、この各要旨部分にラテン語で論証と典拠を付す形式が採られている。第3番冒頭に見

---

に産みもうけた息子、後夫との間に産みもうけた息子、そして、彼らの母方の祖母が残された。その後、前夫との間に生まれた息子も亡くなり、彼の後には、異父兄弟と母方の祖母だけが残された。問題となったのは、前夫との間に生まれた息子の死後に無遺言で遺された財産が、相続法上、母方の祖母のみに回復され帰属するのか、それとも、死亡者の異父兄弟が祖母と同じ分だけ相続を認められるべきなのか、である。これについて、死亡者の母方の祖母と異父兄弟とが異父兄弟の遺産について同等に同順位で相続を認められるべき旨解答され判断される云々。Mulier quaedam in Marchia ab intestato decessit, relinquens post se filium ex primo marito, et alium filium ex secundo matiro genitum et procreatum, una cum avia materna. Postea moritur quoque filius ex primo marito genitus, relinquens post se fratrem uterinum tantum, et aviam maternam. Quaeritur utrum bona post mortem eius relicta ab intestato, devolvantur, ac iure haereditario pertineant ad aviam maternam solam, vel utrum frater eius uterinus tantum pariter cum avia sit admittendus. Et respondetur, ac deciditur, aviam maternam et fratrem uterinum defuncti in haereditate fratris uterini tantum, simul admitti debere, et cetera.」が何れも付されている（Consilia, I, 21.引用は1556年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる）。

- 11) “〈3.〉また、上記金銭は全て相続財産であるから、更に問題となっている約定乃至合意、すなわち、誰それにそれらの金銭が帰属し相続されるべき旨の約定乃至合意も無効であり法的に拘束力はないものと解される。

というのも、将来の相続にかんして為された合意は無効だからである【勅法彙纂

2巻3章「合意について」第15法文、同2巻4章「和解について」第34法文、同6巻20章「財産持戻について」第3法文、同8巻38章「無効な問答契約について」第4法文、同5巻14章「嫁資や婚姻前贈与について交わされた合意、並びに、嫁資外財産について」第5法文、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文】。そして、将来の相続を得る旨の合意が無効とされるのが自由な遺言権能を奪うからであるとしても【勅法彙纂前掲2巻3章第15法文】、無遺言相続、つまり、契約者乃至合資者が無遺言で亡くなった場合であってもまた、勅法彙纂全家8巻38条第4法文により、やはり合意は無効とされる。この第4法文では、将来の相続に関する合意は善良の風俗に反するが故に全く無意味である旨ははっきり述べられている。従って、もしこの種の合意が、締結者が無遺言で亡くなった場合にともかくも有効であるとすれば、この種の合意が全く無意味であるというのは正しくないことになってしまう。なぜなら、そのような場合、自由な遺言の意思や権能を奪ったことにはならない以上、合意は有効であらねばならないからである。というわけで、上記法文は「無意味である」という文言によって、この種の合意には自由な遺言権の剥奪という原因以外にも別の無効原因が存することをこの上なくはっきりと証明しており、この点は勅法彙纂前掲5巻14章第5法文によっても確認されている。当法文には、相続財産は遺言によって付与されるのであって、合意や契約によっては付与されない、とある。それどころか、遺言によって付与されることが求められている以上は、相続財産が、死因贈与されることもないし、同じく小書付によって付与されることもない。バルトルス、バルドゥスその他の諸博士も勅法彙纂2巻3章第19法文の注釈において、同法文の文言「死亡を原因とする」への標準注釈に依拠してそのように述べており、その標準注釈には、「しかしこの場合そのような合意によって自らに相続をもたらすことを望んだのである」、とある。そしてまた、以上の点は、この第19法文によっても的確に証明される。というのも、そこでは、兵士間を除いて、遺産や相続が合意や死因贈与によっても、また同じく小書付によっても付与されない旨特別に論証されているからである。それ故、この第19法文からは、当該規定が兵士ではない者の間ではたとえ遺言を作成しなかった場合であっても無効であることも明らかである。なぜなら、同法文において、兵士間では有効であるとされるのは、兵士等が別の反対の遺言作成しない限りにおいてであるという意味で例外的な事柄であるから。これは、フルゴシウスやパウルス・デ・カストロの同法文注釈やヨアンネス・デ・イモラの学説彙纂28巻5章「相続人指定について」第73法文の注釈で見事に解明されているとおりであり、アレクサンデル・デ・イモラ『助言集』第三巻助言28（私の手元の版では第3段）にもより詳細に述べられている。

える要旨部分には、「また、上記金銭は全て相続財産であるから、更に問題となっている約定乃至合意、すなわち、誰それにそれらの金銭が帰属し相続されるべき旨の約定乃至合意も無効であり法的に拘束力はないものと解されるUnd die weil angezeigte summa gelts erb ist / so erscheint auch / daß mehr gedachte conventio oder paction / auff wen sie fallen und erben sollen / unkräftig und zu Recht nit bündig ist」とあり、続いて、「将来の相続にかんして為された合意は無効であるpactum factum de futura successione, non valet」との命題が論証される。ここでは、当該命題の典拠となり得るローマ法文が六つ列挙された後、相続合意の無効理由として、「自由な遺言権libera testandi facultas」剥奪と「善良な風俗boni mores」違反の二点が指摘され、相続合意の当事者がたとえ「無遺言でab intestato」亡くなっても少なくとも後者の無効理由は妥当するから、相続合意は遺言の有無とは無関係に無効であるとの議論が展開されている。この議論は、Iで既に詳しく検討した助言56における相続合意無効論の最初の部分(同助言第15番と第16番<sup>12)</sup>)と、相続は「遺言testamentum」によってもたらされるもので「合意pactum」や「契約contractus」はもちろん「死因贈与donatio causa mortis」や「小書付codicilli」による相続もやはり不可能であるとの議論も含めて、ほとんど同じである。助言11と助言56の何れが先に書かれたものかは不明であるが、引用される法文や注釈、更には、細かな文章表現に至る両者の間の一致には、過去に

---

〈4.〉またそれ故、ここで、遺産全部ではなく六グルデンについてだけ、つまり、遺産の一部について述べているとの言い分も成り立たない。なぜなら、上に引用した諸法文では、区別することなく、すなわち、遺産全体の将来相続合意にせよ遺産の一部の将来相続合意せよ何れも無効である云々と述べられているからである。それ故、我々もまた周知の法に従って区別するべきではない。その上、全体について正しい事柄は部分についても同じく正しいのである【学説彙纂6巻1章「所有物取戻請求訴権について」第76法文前書、同箇所の標準注釈及び諸博士の注釈、学説彙纂22巻1章「利息、果実、原因、あらゆる付随物、遅延損害金について」第25法文前書、同箇所の優れた標準注釈とそこでの法文対照】。(Consilia, I, 44-45.)

12) Consilia, I, 215-216.

書いたものを別の機会に適宜流用した様をはっきり見て取ることができる。助言11第3番の上記要旨部分にある「上記金銭は全て相続財産である *angezeygte summa gelts erb ist*」との一節は助言の前半の議論を受けたものであり、ここでは、「授封物から受領された代価は目的物に代位しそれ故授封物と見なされるのかどうか *an precium redactum ex re feudali, succedat loco rei, et ita censetur feudalis*」という問いに「否 *non*」と解答され(第1番)、「たとえ金銭が封に代わりあるいはそのように見なされる旨合意されたとしてもその種の合意は当然無効である *si conventum sit, quod pecunia sit vel habeatur loco Feudi, huiusmodi conventio est ipso iure nulla*」とされている(第2番)<sup>13)</sup>。従って、「上記金銭 *angezeygte gelts*」とは「授封物 *res feudalis*」処分の対価として受領した「金銭 *gelts: pecunia*」であり、「封は金銭によって構成されることはあり得ない *Feudum non potest consistere in pecunia*」との理屈が特約の有無に関わり無く常に妥当するとの議論の結果、助言後半では、当該「金銭」の承継が、封建法上の封の更新乃至再授封ではなく、相続一般の問題として吟味されるところとなったのである。

確かに、シュルフは、助言11と助言56の何れにおいても、目的物の特定性や限定故に相続合意を有効とする議論の是非そのものには言及していない。しかし、I で見たとおり、シュルフが、相続合意を論ずるにあたって、上記第61法文注釈とは別のヤーソンの法文注釈(特に勅法彙纂第2巻第3章第15法文注釈において相続合意の無効理由を二分し無遺言時にも少なくとも一方の理由が妥当するからやはり無効であるとした議論)を参照したのは明らかであるから、第61法文注釈の内容を十分に知りつつ、相続合意の有効性を徹底して否定する自らの立場と相容れない議論を意図的に無視したと考えるのが自然であろう。ヴィッテンベルクの参審裁判所の上記意見も、「特定の物について将来の相続を得る旨の合意」が有効と解することへの「異論 *contrarium*」としてシュルフの助言を引用しており、目的物の限定を理由とする例外も認めない徹底した相続合意無効論者としてシュルフを扱っている。一方、ヤーソンの注釈対象であっ

---

13) *Consilia*, I, 43-44.



た第61法文自体が「善良の風俗」違反という無効理由の典拠として一般に援用されることをふまえるならば、遺産全体を目的としない相続合意の有効性を主張するヤーソンの議論は、その文脈上、当該合意が自由な遺言権能を奪わないだけでなく善良の風俗にも反しないという趣旨であることになる。このように真っ向から対立するザクセン法学の先達シュルフの徹底無効論とヤーソン等「諸博士」の限定的有効論とを並べた上で、上記意見は後者に与しているものと解される。

ところで、既に指摘したとおり、上記意見では、「嫁資合意」と「将来の相続に関する合意」は特に区別されることなく扱われているが、両者は本来別物であり、「将来の相続*futura successio*」の関わらない嫁資合意というものも当然あり得るし、相続合意が必ずしも「嫁資合意」乃至「婚姻特約」の形をとって交わされるというわけでもない。実際、ヤーソンが念頭に置いていたのは、親族間とりわけ貴族の兄弟間で家系存続を目的に交わされる相続合意であったし、授封物処分への代価の承継という事案からするとシュルフの助言11の議論も同様の場面を想定していた可能性が高い。上記意見は、このような点に特に拘ることなく、夫婦間の合意として嫁資合意と相続合意が重なるというそれ自体としては非常に限定された場面、すなわち、配偶者の遺産相続について約定する夫婦間の財産特約を前提に、「婚姻特約においては、通常、配偶者の全遺産についてではなく、何か特定の部分について、一方が他方の死後に何を得られるのか定めが設けられるにすぎないので、何らかの特定の物に関するそのような将来相続の合意は否認されることも、終意処分的一种と見なされることもない *dieweil dann in Ehe=Stiftungen gemeiniglich nicht eine Disposition gemacht wirdt uber die gantz Erbschafft der Eheleut / sondern allein uber etliche Paticular Stück / was ein nach deß andern Todt haben soll / so können solche pacta futurae successionis super quibusdam rebus particularibus nicht improbiert / noch pro specie ultimae voluntatis gehalten werden*」(第5番)、と述べている。これは、当時、嫁資合意の形式を採る夫婦間の相続合意の効力が実務上の懸案事項となっていたことの証左と考えられ、もしそうであるとすれば、相続合意無効説の典拠としては、シュルフの助言11ではなく、むしろ、

嫁資合意としての夫婦間相続合意を無効とした助言56こそ引用されるべきであった。とはいえ、両助言を支える論拠は既に見たとおり同じものであるから、いずれにせよ、シュルフのような相続合意無効説は、裁判実務上、相互に相続する旨の夫婦間の嫁資合意に関しても既に過去のものとなっていたのである。

婚姻時に嫁資合意として約定された夫婦間の相続合意を「終意処分」ではなく「生存者間の契約」として有効と解することは、上記意見冒頭に言及された証人の数だけでなく、当該合意の拘束力についても重大な差異をもたらす。というのも、夫婦間相続に関する嫁資合意が「終意処分」であるならば、それは「遺言者の意思にのみ由来し、その性質上不確定で、死亡までに撤回可能である *dependet a sola voluntate testatoris, et de sui natura est ambulatoria et revocabilis usque ad mortem*」が、「生存者間の契約」であるならば、それは「契約当事者双方の意思に由来し、他方の変心によって撤回されない *pendet a voluntate utriusque contrahentis, nec dissensu alterius revocantur*」からである(第6番)。目的物が限定された相続合意一般を有効とする前述の「諸博士」の見解が、夫婦間相続に関する嫁資合意を文字通り「生存者間の契約」として有効とみなす論拠となっているのは確かであるが、上記意見では、更に二つの論拠を追加している(第7番)。一つは、「契約当事者の行為は彼らの意図を超えて解釈されてはならない *actus contrahentium non debent interpretari ultra intentionem eorum*」との解釈基準<sup>14)</sup>であり、「婚約した男女が嫁資合意を交わすとき終意処分を行う意思や意図は存しない *quando sponsus et sponsa faciunt pacta dotalia, nec mens, nec intentio est constituere ultimam voluntatem*」はずであるから、当基準に従えば、嫁資合意は当事者の意思を越えて終意処分と解釈されてはならないことになる。もう一つは、「如何なる行為も、その形式に欠陥が存しない限り、無効とされるよりはむしろ、有効とされ存続させるよ

14) 典拠として引用されているのは、消費貸借による確定貸金訴権の成否に関して、「金銭交付は受領する者を必ずしも義務付けるわけではなく、その者が直ちに義務付けられること自体が明示されている場合にそうなるにすぎない *non omnis numeratio eum qui accepit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur*」、との原則を提示する法文(D.12.1.19.pr.)である。

うに解釈されるべきである*omnis actus ita interpretandus est, ut potius valeat et conservetur, quam ut destruat, nisi vitium sit in ipsius forma*」との解釈基準であり、「それ故我々は、二名の証人の立会で交わされた嫁資合意若しくは二名の証人によって立証された嫁資合意を、当該形式により有効とみなす*Derowegen halten wir die pacta dotalia, die vor zweyen Zeugen geschehen / oder mit zweyen Zeugen bewiesen werden / dieser Solennitet halben kräftig*」(第8番)との次段落冒頭の一節は、上記意見の結論であると同時に、「形式*forma*: Solennitet」の具備に着目したこの基準を踏まえたものといえる。

ヴィッテンベルク参審裁判所による以上のような意見は、前述のアウグスト勅法集第2部第43条前段との関係で言えば、「婚姻特約は契約であるから、二名乃至三名の証人がそこに立ち会えば十分である*Nachdem die Ehestiftunge contract seind*」との同条前段本文にほぼ対応する。これに対して、同条前段但書、すなわち、「ただし、婚姻特約によって、例えばその中で死亡時に相続財産が遺贈されている場合のように、それが契約としての効力を保持できず保護されないような事態が生じ、その際に五名乃至それ以上の証人が立ち会っていたならば、そのような婚姻特約は終意処分として有効であると認められる*So ist es auch gnug / wann zwene Zeugen oder drey haben gewesen / Do es aber mit den Ehestiftungen die gelegenheit hette / das sie in vim contractus nicht können erhalten noch beschützt werden / Als do die Erbschafft auff den todesfall dorinnen vormacht / und es seind fünff oder mehr zeugen darbey gewesen / So sollen solche Eheschtiftungen in vim ultimae voluntatis, krefftig erkant werden*」との定めに対応する内容は、意見末尾に漸く現れる。そこには、「我々は、二名の証人の立会で交わされた嫁資合意若しくは二名の証人によって立証された嫁資合意を、当該形式により有効とみなす」との前述の結論部分に続けて、「ただし、これを奇貨として、そのような合意において、夫婦二人が、終意処分として、例えば、両者の間で、その全遺産について、相互に遺贈したい分を相手方の死後において保持できる旨の定めを置いた場合、そのようなことは、勅法彙纂第5巻第14章第5法文にあるとおり、当該合意の本性に反するであろう。そこで、この定めが何らかの意味で適法とされるため

には、少なくとも五名の証人の立会を要するものとすべきであろう。というのも、学説彙纂第39巻第6章第27法文の趣旨に照らせば、そのような合意は要するに別の形態つまり終意処分としての形態を有すると解されるからである。Jedoch mit solchem Anhang / wann in solchen pactis zwey Eheleute / als einen letzten Willen / wie es unter ihnen aller ihrer gantzen Erbschafft halber / was sie beyderseits verlassen möchten / nach ihrem Absterben zu halten / ein Disposition gemacht / were solches contra naturam huiusmodi pacti, ut est textu in lege haereditas. Codice de pactis conventis. Da nun diese solten iure aliquo gehalten werden / so müssen zum wenigsten fünf Zeugen darbey seyn / quia talia pacta videntur aliam formam ultimae scilicet voluntatis habere, argumento lege ubi ita donatur. Digestis de donationibus」(第8番)、とある。「全遺産について相互に遺贈したい分を相手方の死後において保持できるaller ihrer gantzen Erbschafft halber / was sie beyderseits verlassen möchten / nach ihrem Absterben zu halten」旨の夫婦間の合意が、「特定の物」の夫婦間相続を定めた嫁資合意を「生存者間の契約」と見なして二名の証人で有効と解する上記見解に乗じて為されたとしても、「嫁資合意」としての「本性natura」に相容れず、合意乃至契約としては無効であるというのである。ここで典拠として引用される勅法彙纂第5巻第14章第5法文は、既にIで見たとおり、将来の相続に関する嫁資合意の無効を裏付ける典拠としてシュルフが引用したものの一つであった。そこでは、「妻の財産bona mulieris」をその死後に「親族外の者extranei」に与える旨の「合意pactum」が「遺言の代わりに嫁資の書面に挿入されたdotali instrumento interpositum esse vice testamenti」としても、「相続財産は遺言によって付与されるhereditas testamento datur」ものであるから、そのような嫁資合意は無効とされている。この法文の事案では、嫁資合意に基づき「妻の財産」を承継するのは夫ではなく「親族外の者」ではあるが、遺産全体にせよその一定割合にせよ、嫁資合意を装った包括遺贈を、「相続財産は遺言によって付与される」との原則の下に無効と解する典拠としてこれを援用すること自体は確かに可能であろう。

ただし、上記意見では、夫婦間の包括遺贈を目的とする嫁資合意が単純に無

効とされているわけではない。包括遺贈は、本来、合意ではなく「遺言」を通じて為されるべきものであり、嫁資合意中の包括遺贈の「定めDisposition」が仮に有効であるとすれば、「少なくとも五名の証人zum wenigsten fünf Zeugen」の立会を得て、「終意処分としての形態forma ultimae voluntatis」を備える必要があるというのである。無効であるはずの嫁資合意を「終意処分ein letzter Wille」と読み替えるこの例外的措置が、当時の参審実務をどの程度反映するものかははっきりしないけれども、「婚姻特約」による「相続財産」の遺贈を例に挙げるアウグスト勅法集第2部第43条の前段但書との対応関係は明白である。「終意処分」に要する「少なくとも五名zum wenigsten fünf」という証人数の典拠としては、意見の冒頭で、勅法彙纂第6巻第36章「小書付についてDe codicillis」第8法文が示唆されている。同法文の第3節には、「ところで、一般に終意処分においては、遺言を除いて、委託されたたかあるいは偶然に居合わせた五名の証人が同時に立ち会わねばならず、この場合、意思が文書に書き留められるか否かを問わないし、文書に書かれる場合には当然ながら自ら署名できる証人でなければならないIn omni autem ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes, vel rogati, vel fortuito venerint, in uno eodemque tempore debent adhiberi: sive in scriptis, sive sine scriptis voluntas conficiatur: testibus videlicet, quando in scriptis componitur, subnotatinem suam accomodantibus」、とあって、「七名の証人の立会septem testium praesentia」が要求される遺言<sup>15)</sup>以外の「終意処分」、例えば「小書付codicilli」による信託遺贈については、「五名の証人quinque testes」で足りるとされていた。また、上記意見では、包括遺贈を目的とする無効な嫁資合意が「五名の証人」という「形態」を備えさえすれば「終意処分」として有効となると解する「論拠argumentum」として、学説彙纂第39巻第6章「死因贈与及び死因取得についてDe mortis causa donationibus et capionibus」第27法文が引用されている。同法文には、「死因贈与が如何なる場合にも撤回されないとの条件で為された場合、死因贈与が存するのではなくむしろ死亡が贈与の原因となっているので、

---

15) C.6.23.28.1 [モムゼン版では6].

何か他の生存者間における贈与のように扱われねばならず、従ってまた夫婦間では無効であり、死因贈与の場合のようにファルキディウス法が適用されることもない*Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est, quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet, atque alia quaevis inter vivos donatio. Ideoque inter viros et uxores non valet: et ideo nec Falcidia locum habet, quasi in mortis causa donatione*」、とあり、本来撤回自由であるべき死因贈与が「如何なる場合にも撤回されないとの条件で*ita ut nullo casu revocetur*」為された場合に、これを単純に無効とせずに「生存者間の贈与*inter vivos donatio*」と解釈する可能性が示されている。当法文にそのような無効行為の転換が例示されているとすれば、無効な嫁資合意を有効な終意処分と解釈するに際して、当法文をその「論拠」として援用することも可能であろう。このように、上記意見からは、「五名乃至それ以上の証人*fünff oder mehr zeugen*」の立会を要件に無効な「婚姻特約」を有効な「終意処分」へと転換するアウグスト勅法集の規定がローマ法源にその手がかりを有するという点も確認できるのである。

ザクセン選帝侯領の下級審の広範な管轄権<sup>16)</sup>をヴィッテンベルクの参審裁判所と共に分担していたライプチヒの参審裁判所が、アウグスト勅法集第2部第43条に規定されることとなる問題について如何なる立場を採っていたかについては、『問題判定議論集』の後半に納められたライプチヒ参審裁判所の「解決集」の前記問題117<sup>17)</sup>に確認することができる。この問題117は、『問題判定議論集』に続くアウグスト勅法集の立法資料集として1600年にマインツの書籍印刷業者

16) 当時のザクセン選帝侯領の裁判組織及び管轄については、さしあたり、Kunkel, Einleitung, in: Quellen, I, 2, XLII-XLIII参照。

17) この問題117を含むライプチヒ参審裁判所の「解決集」の問題113から問題121までは、ライプチヒ大学法学部教授で同地の参審裁判所も兼任していたヤーコプ・トミングJacob Thoming(1518-1576年)が作成した九つの問題から成る私的意見集(いわゆる「トミングの事例集*casus Thomingii*」)で、アウグスト勅法集制定の諮問会議における議論のたたき台の一つとなったものから収録されている(Schletter, Die Constitutionen, 163.)。

ヨーハン・アルビンJohann Albinの手で公刊された『問題解決判定集 Quaestionum resolutiones et decisiones』<sup>18)</sup>の第五部Quinta pars<sup>19)</sup>にも問題5 Quaestio Vとして再度収録されている<sup>20)</sup>。元の「手稿manuscriptus」に由来するものか編集上の過誤や誤植によるものかは不明であるが、両テキストには相当数の異同が見られ、特に冒頭部分にはテキストの意味を左右する重大な相違点が存する。まず、前者のテキストには、「当地域に関して言えば、我々は、婚姻特約もしくは嫁資合意が嫁資や婚姻故の贈与について関わり、財産の包括的な取得や承継を内容とする限りにおいて有効であると常々判示しているals

18) 本書の扉には、表題として、『争いのある法に関する様々な問題、すなわち、裁判実務、とりわけ、帝室裁判所のそれにおいて日々現れている諸問題を、契約及び準契約、相続、裁判手続、不法行為及び準不法行為についての順に扱う解決並びに判定の集成であり、それらは、何処の法廷であれ、とりわけ、ザクセン選帝侯領の法廷では、永続的な注解足りえるもので、ザクセンの幾人かの卓越せる法律家の手稿から、法学を学ぶ人々のために収集され印刷公刊されたものであるVariarum iuris controversi quaestionum et in usu practico, praesertim Camerae quotidie occurrentium, resolutiones et decisiones, ita concinnantae ut de contractibus vel quasi de successioneibus, de processu iuridicario et de delictis vel quasi delictis, tractantes in quovis foro praesertim Saxonico ditionum Electoralium, vice perpetui commentarii esse possint, e manuscripto quorundam clarissimorum iurisconsultorum Saxoniae, in gratiam legalis prudentiae studiosum collectae, et typis evulgatae』、とある。

19) この「第五部」は、「契約及び準契約についてDe contractibus vel quasi」、「相続、終意処分についてDe successioneibus, ultimis voluntatibus」、「裁判手続についてDe iudicialibus」、「犯罪についてDe criminalibus」、「種々の事案Casus varii」に関する先行の本論全五部（後述するとおりこれらはライプチヒ諮問会議の答申文書でありアウグスト勅法集の事実上の草案にあたる）とは別に、「様々な雑多な問題 quaestiones variae et miscellanae」を扱うとされ、合計九つの問題が収録されているが、実際には『問題判定議論集』に収録されていたライプチヒ参審裁判所の「解決集」から重複して収録されたものである。この点については、Schletter, Die Constitutionen, 156.参照。

20) Resolutiones et decisiones, pars quinta, 27-29.

diesen Ort anlanget / pflegen wir zu sprechen / daß die Ehestiftung / oder pacta dotalia nur so weit gelten / so weit sie auff die Mitgift und Donation propter nuptias gerichtet / und univalem obventionem vel successionem bonorum in sich begriffen」(問題117第1番)とあり、「婚姻特約もしくは嫁資合意die Ehestiftung / oder pacta dotalia」が、妻から夫への「嫁資Mitgift」や夫から妻への「婚姻故の贈与Donation propter nuptias」についてその返還の条件や承継者等を定める場合に加えて、「財産の包括的な取得や承継を内容とするunivalem obventionem vel successionem bonorum in sich begriffen」場合にも「有効であるgelten」との趣旨に読めるけれども、これは、包括的財産承継に言及しつつ「…する限りにおいて有効であるnur so weit gelten」との限定的な文章表現を用いる点で不自然であるだけでなく、同趣旨の法文として引用される勅法彙纂第5巻第14章第5法文とも明らかに矛盾する。というのも、同法文には、前述のとおり、「相続財産は遺言によって付与される hereditas testamento datur」とあって、「合意pactum」による遺産の包括承継を明確に否定しているからである。一方、後者のテキストには、「当条項に関して言えば、我々は、婚姻特約もしくは嫁資合意が嫁資や婚姻故の贈与について関わり、財産の包括的な取得や承継を内容としない限りにおいて有効で存続し得ると常々判示しているals diesen Artikel anlanget / pflegen wir zu sprechen / daß die Ehestiftungen / oder pacta dotalia, nur so weit gelten / und bestendig seyn / so weit sie auff die Mitgift und donationem propter nuptias gericht / und univalem obventionem vel successionem bonorum in sich nicht begriffen」とあり、否定詞〈nicht〉が挿入されたことで<sup>21)</sup>、「嫁資」や「婚姻故の贈与」にのみ関わる婚姻特約は「財産の包括的な取得や承継を内容としていないunivalem obventionem vel successionem bonorum in sich nicht begriffen」ので「有効である」との趣旨となって、上記のような表現の不自然さも法文との矛盾も見られない。ただし、「地域Ort」が「条項Artikel」に置き換わっている点については、アウグスト勅法集制定以前に書かれたテキスト

21) この点については既にSchletter, Die Constitutionen, 275, Anm. 4.で指摘されている。



である以上、特定の「条項」に言及することは不可解であるし、ライブチヒの参審裁判所の参審人である「我々wir」が当裁判所の管轄地域を「当地域dieser Ort」と称していると解するのが自然であるから、前者のテキストに依拠すべきであろう。

以上の点を踏まえるならば、上記問題117では、その冒頭で、嫁資合意とは、本来、嫁資や婚姻故の贈与について交わされるもので、その他の財産の包括継承を目的とする嫁資合意は無効であるとのローマ法に忠実な見解が提示されていることになる。実際、続く箇所では、「包括承継や総財産の取得を<sup>22)</sup>内容とする合意pacta universalem successionem, vel obventionum bonorum omnium continentia」に「如何なる重みも意味もないnullius sunt ponderis ac momenti」と断言され、相続合意が無効である理由として、「遺言する自由な権能を奪うだけでなく死を狙う欲求を惹起することにもなって善良な風俗に反するbonis moribus adversantur utpote quae non solum liberam testandi facultatem tollant: verum etiam votum captandae mortis inducant」という点、そして、「相続財産は合意によって付与されないhereditas pactis non datur」という点が指摘され、死因贈与による包括承継も認められないとの指摘も含め、ローマ法源と「諸博士doctores」による解釈に即した型どおりの議論が展開されている(第2番から第4番、問題5では第2番から第5番に対応)。全体で四つの段落から成る問題117では、第一段において提示された上記のような相続目的の嫁資合意無効の原則論について、「我々が、嫁資や婚姻故の贈与の範囲を超えて何かを定めているのかどうかとはかかわりなく、無差別に嫁資合意を無効と解しているわけではないことに注意すべきであるes ist zu mercken / daß wir die pacta dotalia, ungeacht / ob sie gleich extra dotem et donationem propter nuptias reden / nicht indistincte vor unkräftig zu erkennen pflegen」

22) 問題117のテキストでは単に「財産の承継や取得をsuccessionem vel obventionem bonorum」となっているが、問題5では「包括承継や総財産の取得をuniversalem successionem, vel obventionem bonorum omnium」となっており、相続やそれに匹敵する包括遺贈など、財産の包括承継が問題となっている文脈上、ここでも後者のテキストに従い語句〈universalem〉及び〈omnium〉を補って読むべきであろう。

と付言され、第二段(第5番から第7番、問題5では第6番から第12番に対応)と第三段(第8番、問題5では第13番から第15番に対応)において、嫁資以外の財産の承継を目的とした嫁資合意が例外的に有効とされる場合が、それぞれ一つずつ例示されている。その一つ目は、「花嫁と花婿が婚姻特約の中で財産あるいはその一定割合の包括的な取得乃至承継ではなく、特定の個別の物について合意する場合 *wann Braut unnd Bräutigam in der Ehestiftung / nicht de universali obventionem vel successionem bonorum, aut de universali quota ipsorum, sondern de certis et particularibus rebus paciscieren*」であり、このように「特定の個別の物 *certae et particulares res*」を目的とする「婚姻特約 *Ehestiftung*」については、「我々は時折有効と解してきた *wir bißweilen für kräftig zu erkennen pflegen*」とされる。ここにいう「特定の物 *certae res*」が配偶者の遺産に含まれるそれであることは、相続目的の嫁資合意無効の原則に対する例外という位置づけから自明である。とすれば、ライブチヒの参審裁判所でも、ヴィッテンベルクと同様、目的物の特定性を要件に、夫婦間相続を目的とする嫁資合意を有効とする実務が定着していたことになる。ここには、無効論者シュルフへの言及はもはや見られないが、その一方で、限定有効論に与する「諸博士」について具体的な典拠が挙げられている。主要な典拠は、「相続する旨の合意は遺産全体についてのみならず遺産の包括的な一定割合についても存続しない *pactum succedendi in tota haereditate vel etiam in universali quota haereditatis non subsistit*」とするピリップス・デキウス *Philippus Decius* (フィリッポ・デキーオ *Filippo Decio* : 1454-1535年) の勅法彙纂第2巻第3章第15法文注釈であり、第二段の末尾には、カロルス・ルイヌス (カロ・ルーニ *Carlo Ruini* : 1456-1536年) の『助言集』第二巻 (1546年初版) 助言13第3番が引用され、問題5では更に、ヒエロニウムス・グラトゥス *Hieronimus Gratus* (?-1544年) の『助言集』(1544年初版) 第一巻助言19第13番も見える (問題5第12番)。何れもヤーソンよりも若い世代のイタリアの論者であり、目的物の特定性に着目した限定的な有効論が16世紀以降に急速に台頭し、学識法曹によって担われるドイツの裁判実務にも同世紀後半には影響を与えていた様子が伺われる。ただし、例えば、ルイヌスは、上記引用箇所、

「総財産について一方が他方を相続する旨定められているのではなく、特定の財産についてその旨定められている場合には、自由な遺言作成の機会は奪われなと解される *ex quo non est actum, quod alter alteri succedat in omnibus, sed in certis bonis tamen, non dicitur aufere liberam testamenti factionem,*」<sup>23)</sup>と述べているだけであり、先に見たヤーソン同様、これらの論者が夫婦間相続を目的した嫁資合意の効力を直接論じているわけではないことに注意すべきであろう。

問題117の第三段では、「同様にまた我々は、夫婦が契約という手段で、いずれか先に亡くなった者の相続人が存命の配偶者に、あるいは、存命の配偶者が亡くなった者の相続人に、嫁資や反対贈与以外に何かを譲与し引き受けさせるべく義務付けられる旨相互に約束するような場合にも、嫁資合意は無効ではないと解している *gleicher Gestalt pflegen wir auch die pacta dotalia nicht für unbeständigen zu erkennen / wann die Ehegatten per viam contractus einander zusagen / daß entweder deß jenigen / so am ersten mit Tode abgehen würde / hinderlassene Erben / dem überlebenden Ehegatten / oder aber das überlebende / deß verstorbenen Erben / auch ausserhalb der Mitgift / oder deß Gegenvermachs / nur etwas herauß zu geben und folgen zu lassen / schuldig seyn sollen*」、とされ、夫婦間において「何かetwas」の承継を「相互に約束する *einander zusagen*」趣旨の嫁資合意が、二つ目の例外的有効例として挙げられている。一つ目の例外的有効例との差異としてさしあたり目に付くのは、死後の財産譲与約束の相互性であり、合意が「相互的で互酬的である *mutuum et reciprocum est*」点に着目して「相互に相続する旨の夫婦間の贈与乃至合意は婚姻が継続する限り常に有効である *donationes et pacta reciproca de succedendo inter coniuges, statim constante ahnuc matrimonio valent*」としたガイルの見解（考察126<sup>24)</sup>第2番及び第3番）にも類似する。ただし、ガイルの指摘していた実質的な理由付け、すなわち、合意の相互性故に「相手

23) *Consilia*, III, 17.v. 引用は1579年ヴェネツィア刊のテキストによる。

24) I注15参照。

方の死を望むといった不吉な疑念が排除される *tollens sinistram illam suspicionem desiderandi mortem alterius*」という点には言及はなく、夫婦間贈与を無効とするローマ法の原則との関連づけも見られない。また、「契約という手段で *per viam contractus*」財産を「譲与し引き受けさせるべく義務付けられる *zu geben und folgen zu lassen / schuldig seyn*」旨「約束する *zusagen*」という言い回しにも、「相互的な合意 *mutua conventio*」をそもそも「将来の相続の合意 *pactum futurae successionis*」ではなく「生存者間の贈与 *donatio inter vivos*」と捉えようとするガイルの見立てに通じるものがあるが、典拠としては、「夫婦の一方が子無く先に亡くなった場合に贈与すべく相互に約束し義務付ける場合には契約や贈与の手法で文言を記載した方がよい *verba concipiuntur per viam contractus vel donationis, promittendo vel obligando se invicem ad donadum, si alter coniugum praemoriatur sine liberis*」とのデキウスの指摘(勅法彙纂第6巻第20章第3法文注釈第3番)が引用されるだけで、ガイルのような大量の文献による引証は見られない。他方、上記箇所と言う「嫁資や反対贈与以外に何か *ausserhalb der Mitgift / oder deß Gegenvermachs / nur etwas*」とは、「当該約束が遺言する自由な権能を奪わないように書かれている限り *dummodo ea promissio ita concipiatur, ne auferat liberam testandi facultatem*」そうであるとの敷衍に照らせば、一つ目の例外的有効例のように、目的物の特定までを求めるものではなく、遺産の一定割合に関する包括承継を目的とする合意であっても、残りの割合については「遺言する自由な権能 *libera testandi facultas*」は奪われないから有効ということになろう。なお相続合意一般について、目的物の特定までを求めずに包括承継であっても一定割合に留まるものであれば有効をみなす見解が古くから存していた点は、前述デキウス説の論駁対象として言及されていた(第6番)。ここで一定割合の包括承継を目的とする嫁資合意を有効と認めるのであれば、合意の相互性と引き換えに目的物の特定要件が緩和されたことになる。

二つ目の例外的有効例に対する以上のような理解を裏付ける具体的な判決例が、『問題解決判定集』のテキストには新たに補われている。判決年月日は特定されていないが、そこには、「故人ハインリッヒ・シェルレの兄弟ゲオルク・

シェルレの婚姻特約の中で、故人ハインリッヒとその相続人等に対して為された約束は、まさに以上のような理由付けと論拠に基づき、有効とされた。何となれば、当該婚姻特約には、汝の夫ゲオルク・シェルレが子無く亡くなった場合について、その亡くなった夫の全財産の半分を夫の兄弟であるハインリッヒ・シェルレもしくはその相続人に譲与しあるいは引き受けさせることを望みまたそうあるべき旨明確に記載されており、それ故、当該婚姻特約には相続や財産承継の合意は見出されないからである *Wie dann eben auß dieser ursachen und vermöge dieses Fundaments / die Zusage / welche Herrn Heinrich Scherle seligen / und seinen Erben / in seines Bruders Georg Scherle Ehestiftung geschehen ist / erhalten worden / Sintemal solche Ehestiftung außirücklich dahin gerichtet / daß Georg Scherle auff den Fall / dafür Ehemann ohne Kinder versterben würde / die helffte aller ihres Ehemanns verstorbenen Gütern / seinem Bruder Heinrich Scherle / oder seinen Erben reichen oder folgen lassen woll / und sol / und also kein pactum successionis, vel obvebtionis bonorum, in solcher Ehestiftung zu befinden* (問題 5 第16番)、とあり、「夫Ehemann」が「子無くなくなった場合ohne Kinder versterben」に「全財産の半分die helffte aller Gütern」を「兄弟Bruder」や「その相続人seine Erben」に「譲与しあるいは引き受けさせるreichen oder folgen lassen」旨の「婚姻特約Ehestiftung」は、実質的に遺産の二分の一を包括承継させる意図を有するものでありながら、夫が「契約という手段でper viam contractus」財産を「譲与し引き受けさせるべく義務付けられるzu geben und folgen zu lassen / schuldig seyn」旨の約束にすぎないから、「相続や財産承継の合意pactum successionis, vel obvebtionis bonorum」とは見なされずに有効だというのである。ただし、この事案では、遺産の「二分の一die helffte」を譲り受けるのは、婚姻特約の当事者である妻ではなく、亡くなった夫の「兄弟」であり、その限りでは、ヤーソン以降の論者が有効化に腐心した家系存続目的の親族間相続合意の一種とも考えられる。これを敢えて夫婦を相互に義務付ける趣旨の「婚姻特約」として捉えようとすれば、「存命の配偶者が亡くなった者の相続人にdas uberlebende / deß verstorbenen Erben」何かを譲与する約

束として、上記事案であれば、存命の妻が、卑属無き場合に夫の相続人足り得る「兄弟」及び「その相続人」に対して財産譲与を義務付けられることになろう（実質的には妻が遺贈義務者で夫の兄弟等が受遺者）。二つ目の例外的有効例としては、「いずれか先に亡くなった者の相続人が存命の配偶者に *entweder deß jenigen / so am ersten mit Tode abgehen würde / hinterlassene Erben / dem uberlebenden Ehegatten*」財産を譲与する約束も想定されているようであるから、そのような場合であれば、亡くなった夫乃至妻の相続人が存命の夫乃至妻との関係で財産譲与を義務付けられ（実質的には前者が遺贈義務者で後者が受遺者）、機能的には、ガイルが想定していた夫婦間の相互相続の合意にほぼ匹敵する。財産譲与を目的とする嫁資合意乃至婚姻特約の当事者つまり義務負担者は誰なのか、遺言相続と包括遺贈の何れの代替手段として考えられているのかといった点については、従来の議論同様、曖昧なままではあるが、一つ目の例外的有効例で求められていた目的物特定の要件が緩和されるところに、この二つ目の例外的有効例である相互的な夫婦間相続の嫁資合意の特徴が存するのはやはり確かなようである。

「嫁資 *Mitgift*」や「婚姻故の贈与 *Donation propter nuptias*」（反対贈与 *Gegenvermachtnuß*）の範囲を超える遺産の承継乃至譲与を目的とした嫁資合意が、目的物の特定性も合意の相互性も備えていない場合に、ライプチヒの参審裁判所として如何なる判断を下しているのかについては、問題117の第四段で述べられている。すなわち、「我々はまた、婚姻特約が五名もしくはそれ以上の人々の立会で作成された場合にも、婚姻特約は無効と解するのではなくむしろ、この場合には少なくとも死因贈与の方法で成立し、死亡に際して婚姻時の約定が全てと解されるからには、有効であると判示している *pflegen wir die Ehestiftung auch in denen Fällen / wann sie in fünf oder mehr Personen Gegenwärtigkeit auffgericht / nicht für unkräftig zu erkennen / sondern vielmehr zu sprechen / daß sie dißfalls auffß wenigste in via donationis causa mortis beschehen und gelten / sintemahl die Eheberedung in casu mortis alle begrieffen werden*」（第9番）とされ、「五名の証人を得て為された贈与する旨の約束は、たとえ生存者間で為されたものであっても、そのように為された

約束が(例えば、現在並びに将来の全ての財産がその表現に合意されているために)生存者間で有効とはなり得ない場合には、少なくとも死因贈与として存続する *promissio de donando facta quinque testibus licet maxime inter vivos sit concepta, si tamen sicuti concepta est inter vivos valere non possit (utpote si forsan omnia bona tam praesentia quam futura ambitu suo complectatur valebit salten atque subsistet in vim donationis causa mortis)* (第10番)、というのである。遺産の包括承継を目的とする婚姻特約を単純に「無効 unkräftig」と解するのではなく、「五名もしくはそれ以上の人々の立会で in fünf oder mehr Personen Gegenwartigkeit」作成されたものについては、何らかの有効性を認める点で、ヴィッテンベルクの参審裁判所と軌を一にする。ただし、ここでは、遺言や小書付による「終意処分 *ultima voluntas*」の一種ではなく、合意としての性質を温存する「死因贈与 *donatio causa mortis*」としての有効性が承認されている。また、合意の撤回の可否について直接の言及はないが、「死亡に際して婚姻時の約定が全てと解されるからには *sintemahl die Eheberedung in casu mortis alle begrieffen werden*」との一節について、「そのような場合には嫁資合意であっても最終の意思決定として法文<sup>25)</sup> 上言及されている *derowegen dann auch pactus dotale iudicium supremum in legibus*

25) 引用された学説彙纂第2巻第14章第40法文第3節には、「嫁資を約束した父が、自らの死後に娘が婚姻存続中に子無く亡くなった場合には嫁資の一部が自らの相続人である自らの兄弟に帰属する旨合意したとしても、そのような合意は、[娘の夫にとって] 舅がその後もうけて遺言によって相続人とした子等にとって、悪意の抗弁を介して利益となる。なぜなら、合意の当事者の間では「相続人」を利する旨定められたのであり、兄弟のために最終の意思決定を為したのは、あくまで父が娘以外に子を有していない時点であったと解すべきであるから。 *Pater, qui dotem promisit, pactus est, ut post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia, portio dotis apud heredem suum fratrem remaneret; ea conventio liberis a socero postea susceptis, et heredibus testamento relictis per exceptionem doli proderit: cum inter contrahentes id actum sit, ut heredibus consulatur; et illo tempore, quo pater alios filios non habuit, in fratrem suum iudicium supremum contulisse videatur.*」、とあり、内容的には、既存の嫁資合意の効力が、「悪意の抗弁 *exceptio doli*」を介して、当初「相

genandt wirdt」と付言され、死亡以前に嫁資合意とは別内容の遺言を作成するなど終意処分を行った場合に後発の終意処分が先行の嫁資合意の撤回を意味することは当然と前提となっていると解される。更に、無効な嫁資合意を有効な行為に読み替える際に、「解釈は行為が消滅し無に帰するのではなく維持されるような仕方で為されるべきである *semper est capienda interpretatio, ut actus sustineatur potius, quam ut pereat vel in nihilum recidat*」との「周知の法準則 *vulgata iuris regula*」が援用されるところも、ヴィッテンベルクの参審裁判所と同じであり、ここではその具体的な典拠として二つの法文<sup>26)</sup>が指示されている。

ところで、遺産の包括継承を目的とする嫁資合意を五名以上の証人を要件に死因贈与と読み替える以上のような議論の末尾に、「注意しなければならないのは、(この点について我々の解答がある人々によってどのように理解されるにせよ)我々が嫁資合意の存続のために五名の証人を要求しているのではなく、嫁資合意が文字通り嫁資合意として存続し得ない場合にのみ五名の証人を要求しているという点、である *es isit zu mercken / daß wir ad subsistentiam pactorum dotialium nit fünf Zeugen erfordern / (wie dißfalls unser responsa von etlichen verstanden werden wöllen) sondern dieselben allein in dem Fall /*

---

続人」として想定された父の「兄弟 *frater*」ではなく、合意後に父がもうけ「相続人 *heres*」に指定された「子 *liberi*」に及ぶというものであって、終意処分による先行嫁資合意の失効乃至撤回に関わるものではないが、逆に、子が生まれなければ、嫁資合意が「最終の意思決定 *judicium supremum*」として当初の想定どおり妥当することも含意すると解されるから、引用が不当とまでは言えない。

26) “訴えや抗弁に曖昧な表現が存する場合、主張されている事柄が失われるよりはむしろ有効となるように理解されるのが最も適切である。 *Quotiens in actionibus, sut in exceptionibus, ambigua oratio est: commodissimum est, id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.*”(D. 34, 5, 12. Iulianus, Digesta, 36.) ;

“問答契約に曖昧な表現が存する場合、述べられている事柄が保持されるように理解されるのが最も適切である。 *Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est: commodissimum est, id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.*”(D. 45, 1, 80. Ulpianus, Ad edictum, 74.)



wann sie tanquam pacta dotalia nicht bestehen können」との記述が見える。「五名の証人 fünf Zeugen」は遺産の包括承継を目的としていてそれ自体としては無効な嫁資合意を死因贈与に転換する際の要件にすぎないとするライプチヒの参審裁判所の立場を、あたかも嫁資合意一般の要件と見なしているかのよう誤解する「ある人々 etliche」とは一体誰であろうか。ここで想起されるのは、ヴィッテンベルクの参審裁判所による前記意見冒頭の一節である。そこには、「一般に言われるとおり、幾つかの参審裁判所が、今日、新たな方針を採っており、それは要するに、嫁資合意つまり婚姻特約を終意処分に加え、二名、三名、四名の証人の面前では成立し得ず、一種の終意処分として少なくとも五名の証人を要するとするものである etliche Schöpffen Stüle / wie man sagt / solen jetzendt ein neue Opinion eynführen / nemlichen / daß pacta dotalia, due Ehestiftung unter einen letzten Willen zu rechnen / und vor zweyen / dreyen oder vier Zeugen nicht bestehen mögen / sondern als ein ultima voluntas zum wenigsten fünf Zeugen haben müssen」(問題9第1番)、とある。嫁資合意一般を「終意処分 letzter Wille: ultima voluntas」と見なし「五名の証人 fünf Zeugen」を求める「幾つかの参審裁判所 etliche Schöpffen Stüle」の「新たな方針 ein neue Opinion」に抗して、嫁資合意をあくまで「生存者間における契約 Contractus inter vivos」と解して「二名の証人 duo testes」で足りるとするのがヴィッテンベルクにおける実務であった。上記二つの記述を対照し、終意処分と死因贈与の違いを捨象するならば、ヴィッテンベルクの参審裁判所はライプチヒのそれを念頭にその「新たな方針」を批判し、ライプチヒ側がこれを誤解として退けたものとも解し得る<sup>27)</sup>。何れにせよ、「五名の証人」を要件とする無効行為の転換を容認する両参審裁判所の立場に違いはない。ただし、嫁資合意一般における「二名の証人」を要否についてライプチヒ側は特に言及していないし、逆に、目的物の特定性とは別に合意の相互性を根拠とする相続

---

27) Schletter, Die Constitutionen, 275-276.、Kunkel, Anmerkungen zu den kursächsischen Konstitutionen, in: Quellen, I, 2, 377, Anm. 55. も同様の解釈を示している。

目的嫁資合意の例外的有効例は、ヴィッテンベルク側の議論からは漏れていた。

アウグスト勅法集は、1571年にライプチヒ、1572年にマイセンでそれぞれ開かれた諮問会議を経て制定されており、参審裁判所の判事も兼任していたヴィッテンベルクとライプチヒの各大学法学部の代表者による協議により作成されたライプチヒ諮問会議の答申文書は、事実上、アウグスト勅法集の草案としての役割を果たした。このライプチヒ諮問会議の答申文書が『問題判定議論集』の主要部分（本論第一部から第五部）であり、嫁資合意に関する前記第2部第43条のいわば草案に当たるのが、『問題判定議論集』の第一部問題14「婚姻特約や嫁資合意は何名の証人を伴うべきか、どうすればそれらは終意処分であり得るのか、並びに、それらが裁判所に申告されるのは如何なる場合か *Wieviel Zeugen die Ehestiftung und pacta dotalia haben sollen und wie sie in vim ultimae voluntatis zu verhalten / deß gleichen / wann sie Gerichtlichen insinuiert ?*」<sup>28)</sup>のテキストである。上に検討した両参審裁判所の意見書はライブ

28) “〈1. 嫁資合意には、それが契約であるならば、二名の証人で足りる。〉婚姻契約は契約であるから、二名乃至三名の証人がそこに立ち会えば十分である。なぜなら、契約の証明には、通常、二名の証人で足りるからである【学説彙纂22巻5章「証人について」第12法文】。〈2. 遺産について定められているが故に契約として有効でない場合には、五名乃至それ以上の証人が立ち会う限り、終意処分として維持される。〉しかし、婚姻特約によって、例えばその中で相続財産や世襲財産が万が一に備えて一方あるいは他方に遺贈されている場合のように、それが契約としての効力を保持できず保護されないような事態が生じた場合、そのような合意によって遺産は付与されないから【勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻前贈与について交わされた合意、並びに、嫁資外財産について」第5法文】、当該合意は存続できない。ただし、その際に五名乃至それ以上の証人が立ち会っていたならば、その婚姻特約は終意処分として有効であるとされる。というのも、行為は、常に、有効となり得る最大限の仕方でも有効となるべく解釈されねばならないからである【学説彙纂34巻5章「疑わしい諸事例について」第12法文や類似の諸法文】。なお、クラウエッタ『助言集』助言139第15〔→10〕番でもそのように解されている。〈3. 嫁資合意は最終の意思決定と呼ばれ、その内容上合意としては無効であっても、裁判所に申告されれば、参審人により終意処分として有効と宣告される。〉また更に、嫁資合意は最終の意思決定

チヒ諮問会議でも議論のたたき台として用いられたものであるから<sup>29)</sup>、この問題14を参照することで両参審裁判所の実務がどの程度勅法集の条文中に反映されたのか確認できる。まず、「婚姻契約は契約であるから、二名乃至三名の証人がそこに立ち会えば十分であるnach dem die Ehestiftung Contract sein / so ist auch gnug / wann 2. oder 3. Zeugen darbey gewesen」(問題14第1番)との冒頭の一文は、内容表現共に第43条前段本文とほぼ同じである。条文化に際して、「なぜなら、契約の証明には、通常、二名の証人で足りるからであるquia regulariter duo testes ad probationem contractuum sufficiunt」との理由づけの部分は省かれているが、この部分は、引用された法文(学説彙纂第22巻第5章第12法文)も含め、既に見たとおり、ヴィッテンベルクの参審裁判所の意見書(問題9第3番)にあったものである。

答申文書の続きには、「しかし、婚姻特約によって、例えばその中で死亡時に相続財産や世襲財産が万が一に備えて一方あるいは他方に遺贈されている場合のように、それが契約としての効力を保持できず保護されないような事態が生じた場合、そのような合意によって遺産は付与されないから、当該合意は存続できない。ただし、その際に五名乃至それ以上の証人が立ち会っていたならば、その婚姻特約は終意処分として有効であるとされる。というのも、行為は、常に、有効となり得る最大限の仕方でも有効となるべく解釈されねばならないからであるDa es aber mit den Ehestiftungen diese Gelegenheit hat / das sie in vim contractus nicht erhalten / noch beschützt werden können / als wan die haereditates und Erbschafften auff den fall einem oder den andern darinne

---

と呼ばれ、死因贈与に酷似する【学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文3節】。それ故、遺産について約束されているとの理由で婚姻特約が合意として存続できない場合であっても、そのような婚姻特約は両当事者の立会の下に適法に申告され裁判所に登録される。そのような場合にも、勅法彙纂8巻54章「贈与について」第31法文【冒頭=モムゼン版C.8,53,31,pr.】の判断の趣旨と論拠に照らして、婚姻特約は終意処分的一种として有効と見なされるべきである。”(Resoluciones et decisiones, pars prima, 10.)

29) 前注7及び17参照。

vermacht / quae pacta non subsistunt, quia haereditas non datur hujusmodi pactis. Und es seind fünff oder mehr Zeugen darbey gewesen / so spricht man solche Ehestiftung in vim ultimae voluntatis Krefftig. Semper enim actus interpretari debet ut valeat omni meliori modo, quo valere potest」(問題14第2番)、とある。これら二つの文章からやはり理由付けにあたる部分を取り除いた上で繋げると、「しかし、婚姻特約によって、例えばその中で相続財産や世襲財産が万が一に備えて一方あるいは他方に遺贈されている場合のように、それが契約としての効力を保持できず保護されないような事態が生じた場合Da es aber mit den Ehestiftungen diese Gelegenheit hat / das sie in vim contractus nicht erhalten / noch beschützt werden können / als wan die haereditates und Erbschafften auff den fall einem oder den andern darinne vermacht」には、「その際に五名乃至それ以上の証人が立ち会っていたならば、その婚姻特約は終意処分として有効であるとされるes seind fünff oder mehr Zeugen darbey gewesen / so spricht man solche Ehestiftung in vim ultimae voluntatis Krefftig」、となり、第43条前段但書とほぼ一致する。すなわち、「死亡時に相続財産や世襲財産が万が一に備えて一方あるいは他方に遺贈されているdie haereditates und Erbschafften auff den fall einem oder den andern vermacht」との無効な「婚姻特約Ehestiftung」の例が、「死亡時に備えて相続財産が遺贈されているdie Erbschafft aud den todesfall vormacht」との例に簡略化され、「有効であるとされるspiricht man Krefftig」という中立的な表現が、「有効であると認められるkrefftig erkant werden」との法令にふさわしい表現に改められたにすぎない。「相続財産は遺言によって付与されるhaereditas testamento datur」とした勅法彙纂第5巻第14章第5法文を引用して、「そのような合意によって遺産は付与されないから当該合意は存続できないquae pacta non subsistunt, quia haereditas non datur hujusmodi pactis」とする理由付けは、相続等包括承継目的での嫁資合意を原則無効とする議論を起点に展開されたライプチヒの参審裁判所の意見書との繋がりがより強いようにも思われる(問題117第1番)。しかし、ヴィッテンベルク側の意見書でも同じ法文が二度引用されており、一度目(問題9第2番)は嫁資合意が「終意処分ultima

voluntas」ではなく「生存者間の契約contractus inter vivos」であることを示す典拠にすぎないが、二度目(同第8番)は、嫁資合意中に「夫婦二人が、例えば、両者の間で、その全遺産について、相互に遺贈したい分を相手方の死後において保持できる旨の定めを置いたzwey Eheleute / wie es unter ihnen aller ihrer gantzen Erbschafft halber / was sie beyderseits verlassen möchten / nach ihrem Absterben zu halten / ein Disposition gemacht」場合、「そのような定めは当該合意の性質に反するであろうwere solches contra naturam hujusmodi pacti」とされた際に引用されており、この文脈では相続合意無効の典拠として機能している。しかも、ここで無効合意例とされた事案において「相互に遺贈するbeyderseits verlassen」と表現された合意の相互性は、答申文書でも、「一方あるいは他方に遺贈されるeinem oder den andern vermacht」との表現で残されており、逆に、ライプチヒ側の意見書が指摘していた合意の相互性に基づく例外的有効例には一切言及はない。

一方、五名以上の証人の立会で終意処分としての効力を保持できるの理由づけ、すなわち、「行為は、常に、有効となり得る最大限の仕方でも有効となるべく解釈されねばならないsemper actus interpretari debet ut valeat omni meliori modo, quo valere potest」との原則は、何れの参審裁判所の意見書にも言及されているが(問題9第7番末尾、問題117第10番)、答申文書で典拠とされている法文はライプチヒ側の意見書で引用されたものである。更に、上記原則との関連で引用されているアイモーネ・クラヴェッタAimone Cravetta(1504-1569年)『助言集Consilia』第一巻(1543年初版)の助言139第10番<sup>30)</sup>も、

30) “〈10. 現在及び将来の総財産について宣誓を以て為された生存者間贈与は、たとえ生存者間では無効であっても、証人五名が立ち会ったならば、死因贈与として有効となる。〉以上から私は、先に論題中に示した約束は生存者間の贈与として有効であると結論する。更に進んで私の考えでは、そのような約束が死因贈与にふさわしい五名に証人の面前で為された場合に、宣誓を以て撤回しない旨約定されたが故に生存者間の贈与が意図されている反面、現在及び将来の総財産について合意が為されて、自由な遺言の権能を奪ってしまうために生存者間では有効足り得ないとしても、死因贈与としては有効となると思われる。そのように見事に述べているのがパ

ライプチヒの意見書で既に参照を指示されていた。この文献は、答申文書である上記問題14で法文以外の典拠として唯一引用されたものであり、引用箇所には、「そのような約束が死因贈与にふさわしい五名の証人の面前で為された場合に、宣誓を以て撤回しない旨約定されたが故に生存者間の贈与が意図されている反面、現在及び将来の総財産について合意が為されて、自由な遺言の権能を奪ってしまうために生存者間では有効足り得ないとしても、死因贈与としては有効となる *si talis promissio facta sit coram quinque testibus, qui sufficiunt in donatione causa mortis, licet sonet ut inter vivos, quia actum sit de non revocando cum iuramento, tamen si ut inter vivos valere non posset, quia facta esset de omnibus bonis praesentibus et futuris, et sic auferret liberam testandi facultatem, valebit tamen ut donatio causa mortis*」、とある。五名の証人の立会を要件に相続目的の嫁資合意を単に無効とせず有効な「終意処分 *ultima voluntas*」に読み替える第43条の規定は、同様に相続を目的とする「生存者間の贈与 *donatio inter vivos*」を「死因贈与 *donatio causa mortis*」に転換する既存の学説に着想を得たものなのである。クラウエッタの引用によれば、そのような見解は、バルドゥス・デ・ウバルデイス *Baldus de Ubaldis* (1327-1400年) やその弟子パウルス・デ・カストロ *Paulus de Castro* (1360/62-1441年) の助言に既に現れていたとされ、ライプチヒの意見書も、「同箇所ではこの見解の主張者や支持者を他にも多数引用している *quo in loco multos etiam alios huius sententiae patronos ac defensores allegat*」とわざわざ付言してイタリアの諸博士の権威を意識した上で、クラウエッタの助言を参照させている。ラ

---

ウルス・デ・カストロ『助言集』第二巻助言75であり、ソキヌス『助言集』第1巻助言130末尾及び助言137第3番もこれに与している。また、[アッフリクティスの]『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決338第3段、学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」表題へのクロトゥスの注釈第7段冒頭があり、バルドゥス『助言集』第3巻助言108も加えられる。更にここでは、行為が有効となり無効とならないように常に解釈されねばならないとの周知の法準則に依拠することもできる【学説彙纂34巻5章「疑わしい諸事例について」第12法文、同45巻1章第80法文】。(Consilia, I, 505. 引用は1605年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる。)

イプチヒの意見書のクラウエッタ引用は、その意味で、第43条前段但書の裏づけに決定的な役割を果たしたと言える。

答申文書の末尾には、「また更に、嫁資合意は最終の意思決定と呼ばれ、死因贈与に酷似する。それ故、遺産について約束されているとの理由で婚姻特約が合意として存続できない場合であっても、そのような婚姻特約は両当事者の立会の下に適法に申告され裁判所に登録される。そのような場合にも、勅法彙纂第8巻第54章第31法文の判断の趣旨と論拠に照らして、婚姻特約は終意処分の一種として有効と見なされるべきであるItem pacta dotalia vocantur supremum iudicium, et habent magnam similitudinem cum donatione causa mortis. Also auch wan die Ehestiftungen alß ein pactum nicht können statt haben / ut quia haereditas promissa est est, und sie werden in beysein der Theil gebürlichen insinuir, und Gerichtlichen eingeschrieben. So sollen sie auch ob colorem iudicii et argumentum legis in donationibus Codice de donationibus alß ein ultima voluntas Krefftig erkandt werden」(問題14第3番)、とあり、「同様の場合に、婚姻特約が合意として成立しないとしても、当事者立会の下に適正に申告され裁判所に登録されたならば、やはり有効と認められるauch wann die Ehestiftungen in gleichen fellen als pacta, nicht können stat haben / und sie würden in beysein beider teil gebürlich insinuir, und gerichtlich eingeschrieben / so sollen sie auch krefftig erkandt werden」とする第43条後段との対応関係は明らかである。相続目的嫁資合意の転換については、ヴィッテンベルクとライブチヒ何れの意見書でも、五名の証人要件が言及されるだけで、裁判所への申告と登録による有効化は論じられていない。従って、第43条後段はライブチヒの諮問会議での新たな議論に基づき追加されたものと考えられる。ただし、答申文書に見える「嫁資合意は最終の意思決定と呼ばれ、死因贈与に酷似するpacta dotalia vocantur supremum iudicium, et habent magnam similitudinem cum donatione causa mortis」との一節は、引用される法文も含めて、ライブチヒの意見書(問題117第9番)に由来する。五名以上の証人の立会によって嫁資合意を「死因贈与donatio causa mortis」と読み替えるライブチヒ参審裁判所の実務の紹介という文脈で出てきた議論が、答申文書では、裁判所への

申告と登録を要件とする読み替えに転用されているのである。裁判所への申告と登録という要件自体の典拠として指示されているのは、勅法彙纂第8巻第54章「贈与についてDe donationibus」第31法文であり、その冒頭に、「登録申請された贈与について、近隣者やその他の証人が立ち会うことが必要とは朕は考えない。何となれば、公的な記録が備わっている以上、私的な証言は無用であるからIn donationibus, quae actis insinuantur, non esse necessarium iudicamus vicinos, vel alios testes adhibere. Nam superfluum est privatum testimonium, cum publica monumenta sufficient.」、とある。相続を目的とする無効な嫁資合意を「死因贈与」に転換できるとすれば、「贈与donationes」に関する当法文の「判断の趣旨と論拠color iudicii et argumentum」を「死因贈与」にも類推して、証人の「私的な証言privatum testimonium」ではなく裁判所への申請と「公的な記録publica monumenta」によっても、「死因贈与」への読み替えが可能なはずだというのが、ここでの引用の趣旨であろう。結論としては、「婚姻特約die Ehestiftungen」は「終意処分的一种として有効と見なされるべきであるsollen alß ein ultima voluntas Krefftig erkandt werden」とされ、第43条の文言からも「死因贈与」という表現は消えている。しかし、相続目的の嫁資合意が「死因贈与に酷似するet habent magnam similitudinem cum donatione causa mortis」からこそ、上記法文から裁判所への申請と記録という読み替え要件を抽出できたとも言え、答申文書の論理的な一貫性には疑問が残る。

ライプチヒ諮問会議の成果である答申文書は、翌年1572年にマイセンで開催された諮問会議において、その一部が、内部文書に留め立法そのものを控えるいわゆる「未公開勅法constitutiones ineditae」や、勅法集に含めるが印刷を控えて各裁判機関への通達に留める「補遺勅法constitutiones separatae」とされた後、アウグスト選帝侯の尚書長官ゲオルク・クラコフGeorg Cracov (1525-1575年)の手で最終的な編集が施され(答申文書<sup>31)</sup>について、第五部の削除、各部表題の変更、第一部と第二部の入れ替えを経て、第一部Pars prima: Der

31) 答申文書の編別と各部表題については注19参照。



erst Teil「裁判手続Iudicialia」=「法的手続その他裁判所に係属する事柄に関わる勅法並びに規則Constituiones und Ordnungen, den rechtlichen Proces und was den Grichten mehr anhengig ist belangende」32箇条、第二部Pars secunda: Der ander Teil「契約及び準契約についてDe contractibus vel quasi」=「当事者の間で自ら意図され締結された契約、及び、契約に属するかあるいはその他契約に準ずる事柄についてVon der Parteyen under inen selbst bewilligten und aufgerichteten Contracten, und was denen anhengig oder sonsten gleichförmig ist」53箇条、第三部Tertia pars: Der dritte Teil「相続、終意処分、封の授与についてDe successionibus, ultimis voluntatibus, et investitura feudali」=「死亡時の譲与、遺言、相続、封の継承についてVon Uebergaben auf den Todesfal, Testamenten, Erbellen et Lehnsvolgern」38箇条、第四部Quarta pars「刑事手続Criminalia」=「刑事事件についてVon peinlichen Fellen」48箇条の四部構成となる)、同年4月21日付けの選帝侯勅令を以て公布された。勅法集第二部第43条となった答申文書第一部の上記問題14をみる限り、少なくとも同条前段については、ヴィッテンベルクとライプチヒの各意見書に報じられている両参審裁判所の既存の実務をそのまま踏襲する内容であった。そして、学説上の典拠であるクラウエッタの助言集への言及や、相続目的嫁資合意が「死因贈与に酷似する」との指摘については、ライプチヒ側の意見書の影響を辿ることもできるが、第43条での証人数への着目や「終意処分」という表現等、条文に直接つながる面では、ヴィッテンベルク側の意見書がより尊重された可能性が高い。しかし、それ以上に重要なのは、ライプチヒの参審裁判所が詳細に論じた二つ目の例外的有効例、すなわち、包括承継目的の嫁資合意をその相互性故に有効と見なす実務が、立法の裏づけを得られなかったという点である。先にもふれたとおり、ヴィッテンベルクが示唆し答申文書にもかろうじて読み取れる合意の相互性はあくまで嫁資合意無効例に関わっており、例外的有効例としてはヴィッテンベルク側が主題的に論じていた目的物特定の場面に限られるとの立場が、第43条前段本文の前提として堅持されたと見られるのである。そうであるとすれば、夫婦間贈与をめぐる議論の延長線上で合意の相互性に着目して相続目的嫁資合意の有効性を確保しようとするヤーソンやガイル等の学

説上の系譜<sup>32)</sup>や帝室裁判所の実務との接点は、この第43条の立法過程において失われてしまった可能性もある。

ところで、ヴィッテンベルクやライプチヒの参審裁判所の意見書において議論の無かった裁判所への申告と登録という第43条後段所定の要件は一体どのような経緯で立法化されたのであろうか。この点の手がかりとなるのが、マテウス・ヴェーゼンバックMatthaeus Wesenbeck (マテウス・ウェーセムベケMatthaeus Wesenbeck : 1531-1586年) の『一般に法助言集と呼ばれる論考並びに解答集第一部Tractatum et responsorum, quae vulgo consilia iuris appellantur, pars prima』(1575年初版、以下『助言集』と略称) 所収の助言38Consilium XXXVIII「終意処分及びその性質を備える合意の方式についてDe Solennibus ultimarum voluntatum, et pactorum, quae illarum naturam induunt」の一節(第57番から第59番<sup>33)</sup>)である。ヴェーゼンバックは、当時

32) ただし、ヤーソンやガイル等が、ライプチヒ参審裁判所の実務のように、夫婦間合意の相互性と引き換えに承継財産の特定性という要件を緩和する立場であったかどうかは慎重に解する必要がある。この点についてはIの末尾参照。

33) “〈57. 登録簿に記載された遺言に他の証明は不要である。〉彼らにおいては遵守されるべきは、終意処分が有効であるのは、裁判所の登録簿に記載されて【勅法彙纂6巻23章「遺言について」第19法文〔モムゼン版1節〕及び諸博士の同法文注釈】、登録簿自体が事実を他に証明を不要とするほどに公示するために【ソキヌスの学説彙纂44巻2章「既判事項の抗弁について」第1法文注釈第5番、ヤーソンの学説彙纂12巻1章「確定物が訴求される場合の貸与物、並びに、利得返還請求訴権について」第41法文注釈第3番、ソキヌス『助言集』第4巻助言96第6番】、他の証言は不要とされるような場合【サリケトの勅法彙纂4巻21章「証書の証明力、証書の喪失、領収書の作成について、並びに、書面無く為し得る事柄について」第17法文注釈第2番及び第3番は勅法彙纂4巻1章「貸与物及び宣誓について」第12法文5節に依拠しているが、最適なテキストは同6巻23章第27法文〔2節〕の「適格な証人によるかあるいは登録簿によって明白となり云々」の行である】、または、尋問を要しない少なくとも五名の証人の面前で為された場合【勅法彙纂6巻36章「小書付について」第8法文、同法文標準注釈及び諸博士の注釈、学説彙纂32巻「遺贈及び信託遺贈について」第21法文へのバルトルスその他の人々の注釈】に限られる、との普遍的準則である。〈58. 終意処分及び死因贈与は少なくとも五名の証人に裏付けられる必要

がある。)以上の方式は、死因贈与【勅法彙纂8巻57章「死因贈与について」第4法文】や、相続に関わる他のあらゆる合意においても要求される。従って、契約が通常、当事者の捺印や署名のみ、あるいは、二名乃至三名の証人によって証明されるのは確かだとしても【学説彙纂22巻5章「証人について」第12法文、勅法彙纂4巻2章「確定物が訴求される場合」第17法文、同8巻18章「質において優先すると解されるのは誰か」第11法文〔1節〕】、契約が相続に関わる場合には、処分者の死後に終意処分へと移行し【これは学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文3節、バルトルスや諸博士の同法文注釈にあるとおり】、それ故また、この場合、五名の証人の信用と良心に頼らずには存続せず、効力も生じることなく、無効である【これは勅法彙纂前掲6巻36章第8法文〔3節〕及び同8巻57章第4法文に基づく。クラウエッタ『助言集』助言139第10番及び第11番もカストレンシス『助言集』第2巻助言75に依拠してそのように述べており、[小]ソキヌス『助言集』第1巻助言130末尾及び助言137第3番もこれに与している。更に、アッフリクティス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決338第5番及び第6番、学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」表題へのクロトゥスの注釈第7段や他の人々の注釈、バルドゥス『助言集』第3巻助言108】。というのも、この場合、契約は、文言ではなく、死亡時に発生するその効力に着目され重きが置かれているからである【デキウス『助言集』助言305第2番及びそこに引用されている箇所】。そして、これは他の贈与やその他無償行為が、生存者間贈与の法に基づいて有効とならない場合に、終意処分の法に基づいて、信託遺贈に必要な証人数、つまり、五名の証人が立ち会っているならば、維持されるのと同じである【勅法彙纂前掲6巻36章第8法文、諸博士の勅法彙纂6巻42章「信託遺贈について」第32法文注釈。クラウエッタ前掲助言139第11番は学説彙纂31巻第77法文26節及び第75法文、勅法彙纂8巻54章「贈与について」第5法文、ロマヌス『助言集』助言171第3番、コルニア『助言集』第3巻助言254、デキウス『助言集』助言196冒頭、ヤーンソン『助言集』第3巻助言5末尾に依拠して明確にその旨述べているし、ピリップス・ポルクウス『助言集』助言80第2番は、勅法彙纂前掲6巻36章第8法文3節の文言「終意処分」への標準注釈、デキウス『助言集』助言305第4番から最後までに依拠して、その種の合意は五名の証人を備えていた場合にのみ終意処分の法に基づき死後に温存されたものと解釈されるべき旨論証している】。ところで、従来、ザクセンの実務家の中には、そのような合意は、終意処分ではなくて契約である以上、既に我々も述べたごとく他の契約では不要なのであるから、上記の方式や証明を必要としないと考える人々もいたようである。しかし、処分者の死亡によって書面が遺言に移行しこれに基づいてある不動産が優先遺贈物として留保されるというような場合には、

彼らの見解を受け入れることはできない。というのも、既に述べたように、そしてまた、文言が示しているように、この場合、生存者間の契約は存しておらず、有効でもあり得ず、むしろ、死亡を原因とし子がない場合に備えて為された贈与乃至処分が存していてその意味で効力を有しているからである。同様にまた、ザクセン法上も、選帝侯勅法集第2部第43条により、そのような合意は、合意に立ち会う五名の証人無しには決して存続しない。これは選帝侯領においてのみ効力を有すべき何か目新しい勅法なのではなく、至る所で当然のごとく通用し過去に遡り得る普通法の明示承認にすぎない。というのも、この勅法は、何か新しい法を導入しているのではなく、現行の法を宣言しているからである【勅法彙纂1巻14章「法律、元首の勅法、告示について」第7法文へのバルドゥス及びサリケトの注釈】。〈59. 相違の根拠が存しない場合には法が異なることはない。〉また、上記勅法が相続合意について言及しているにすぎないとしても、終意処分に基づくかのようにのみ捉え得る相続や遺贈に関する他の合意についても同様に解すべきである。なぜなら、区別の根拠が見当たらないからである。つまり、そのような事案はそれ自体としては異なっても法において異なるとみなす必要はないし【学説彙纂46巻1章「保証及び保証委託について」第5法文、アエミュリウス『助言集』助言4第17番】、たとえ事案が異なっても【クラウエッタ『助言集』助言187第67番】、同じ根拠が通用する場合には、法文や法令は拡張されず説明されるのである【クラウエッタ『期間経過論』第35番】。そして、以上の点は上記勅法からも十分に読み取ることができる。確かに、上記勅法は、合意によって遺産は付与されない【勅法彙纂5巻14章第5法文、デキウスの勅法彙纂2巻3章第15法文注釈】との相続に特有の根拠を考慮していたとすれば、五名の証人ではなく、相続人指定時に求められる七名の証人【勅法彙纂6巻23章第12法文、法学提要2巻10章「相続人の指定について」第2節及び第3節その他類似の諸法文】が要求されることになろう。他方で、上記勅法がこの種の処分について証人を要求している場合、遺言以外に何か終意処分としての性質を帯び備えているようなあらゆる合意について述べていることに疑念の余地はない。そして、そのような場合には、一般に五名の証人が求められ、それ以上の証人は要求されておらず【勅法彙纂6巻36章第8法文、同8巻57章第4法文、クラウエッタ前掲助言139末尾】、証明のみならず合意方式についてもそうである【勅法彙纂前掲6巻36章第8法文の文言「署名」[への標準注釈]。ヤーソンの同法文注釈第12番は証人の署名が要求される旨指摘している】。(Tractatus et responsa, 910-911.引用は1577年バーゼル刊のテキストによる。)

ハプスブルク家の支配下（1555年には皇帝カールV世＝スペイン王カルロスI世の長子フェリペがネーデルラントの統治権を継承し翌年スペイン王に即位）にあったネーデルラントのアントウェルペンで生まれ、最初ルーヴァン（リューフェン）大学のガブリエル・ファン・デル・ミュイデンGabriel van der Muyden（1500-1560年）の下で法学を学んだが、プロテスタント故にザクセンに亡命し、アルブレヒト系Albertinerヴェッティン家die WettinerのモーリッツMoritz（ザクセン公在位1541-47年、選帝侯在位47-53年）に選帝侯位を奪われたエルンスト系Ernestinerのヨーハン・フリードリヒJohann Friedrich I世（選帝侯在位1532-47年、ザクセン公在位47-54年）により設立されその死後皇帝の特許状を得て大学に昇格していたイエーナ大学で博士号を取得（1558年）、その後、選帝侯領のヴィッテンベルク大学に移り、アウグスト勅法集立法時には、勅法彙纂担当教授（1569年着任）として、同地の参審裁判所、宮廷裁判所、宗教法院の各陪席判事を兼ねていた。勅法集立法自体にもヴェーゼンベックは直接関わっており、立法諮問会議での議論のたたき台となった意見書にはヴェーゼンベックのそれ（いわゆる「ヴェーゼンベックの事例集casus Wesenbecii」<sup>34)</sup>）も含まれ、二度の諮問会議にも、同僚のヨアヒム・フォン・ボイストJoachim von Beust（1522-1597年）やミヒャエル・トイバーMichael Teuber（1524-1586年）と共に参加している<sup>35)</sup>。そのヴェーゼンベックが、アウグスト勅法集制定の数年後に編んだのが上記『助言集』であり、そこに収録された諸助言には早くも勅法集の引用が散見される。『助言集』には、表題にも示唆されたとおり、助言依頼を受けた具体的な事案に即して論じる文字通りの「助言consilium」乃至「解答responsum」以外に、具体的な事案を想定せずに特定の問題について包括的体系的に吟味検討するいわゆる「論考tractatus」に相当するものが多数収録されており、「終意処分ultimae

34) 『問題判定議論集』の第一部問題34から問題75、第四部問題54から問題78、第五部問題32から問題49の各テキストがこれにあたる。Schletter, Die Constitutionen, 162-163.参照。

35) Schletter, Die Constitutionen, 54-55, 58.

voluntates」やこれに類似する「合意pacta」の「方式solennes」について詳細に論じた助言38も後者の「論考」にあたると考えられる。

ヴェーゼンバックによれば、「終意処分が有効であるのは、裁判所の登録簿に記載されて、登録簿自体が事実を他に証明を不要とするほどに公示するために、他の証言が不要となるような場合、または、尋問を要しない少なくとも五名の証人の面前で為された場合に限られるnon aliter valere ultimam voluntatem, quam vel ad acta iudicis factam, quae testimonia alia non requirunt, cum rem faciant per se notoriam, ut alia probatione non sit opus, vel factam coram quinque saltem testibus, etiam non rogatis」との「普遍的準則regula catholica」が存するとされる(助言38第57番)。本稿が目するものは、その直後、「終意処分ultima voluntas」の有効要件として要求される「以上の方式haec solennitas」、すなわち、「裁判所の登録簿acta iudicis」への記載、もしくは、「五名の証人quinque testes」の立会が、「死因贈与や、相続に関わる他のあらゆる合意においても要求されるetiam requiritur in donatione causa mortis, ac aliis omnibus pactis, quae agunt de succesione」(第58番冒頭)とされた箇所である。ここに言う「相続に関わる他のあらゆる合意omnia pacta, quae agunt de succesione」の内に、第43条の立法過程で「死因贈与に酷似する」とされた夫婦間の相続等包括承継目的での嫁資合意が含意されることは明らかであろう。そうであるならば、この相続目的嫁資合意にも上記「普遍的準則」が通用され、「五名の証人」の立会を得た場合だけではなく「裁判所の登録簿」に記載された場合にも、当該嫁資合意は有効となるとの見解がここに表明されていることになる。後者の裁判所登録要件につき法源上の典拠として引用されているのは、勅法彙纂第6巻第23章「遺言、すなわち、如何にして遺言は作成されるのかについてDe testamentis: quemadmodum testamenta ordinatur」第19法文であり、その前段には、「あらゆる遺言の方式に勝るのは、高貴で人望ある人々の間で衷心から懇願をもって挿入された事柄について君主の認知をも得る場合である。従って、裁判官の誰かや都市市民等の登録簿、あるいは、公務外にある者の耳を介して事後的に自らの意思に基づく判断を公示した者は保護され、また同様に、朕の助力、並びに、朕の筆により定められた一切の法に基づき証人

を得て承継する者の相続についてもあれこれ述べてはならないOmnium testamentorum solennitatem superare videtur, quod insertum mera fide precibus inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet. Sicut ergo securus erit, qui actis cujuscunque judicis, aut municipum, aut auri-bus privatorum mentis suae postremum publicavit judicium: ita nec de ejus unquam successione tractabitur, qui nobis mediis, et toto jure quod in nostirs est scriniis constitutum teste succedit.」、とある。ここでは、特殊な「遺言 testamenta」の方式として、いわゆる「君主への懇願preces Principi oblatae」が示され、「裁判官や都市市民等の登録簿acta judicis, aut municipum」によって遺言内容を「公示することpublicare」もまたこの「君主への懇願」に匹敵する方式として容認されている。先にみたとおり、答申文書では、この裁判所登録要件について、遺言ではなく贈与に関する法文が引用されていた。相続目的嫁資合意は「死因贈与に酷似する」との見解に引きずられ、「終意処分として有効である」との第43条の結論との整合性に問題のあった答申文書に対して、あくまで終意処分に関する法文を典拠に据えたところにヴェーゼンバック説の特徴がある。アウグスト勅法集の立法過程に直接関与していたヴェーゼンバックは、マインツでの出版によって公となる前に答申文書の内容を知悉し、その前提となったライプチヒ諮問会議での議論内容にも通じていたはずであるから、上記箇所でごえて答申文書とは異なる法文を援用した可能性や、諮問会議において既に同様の自説を述べていた可能性も否定できない。その意味で、助言38第58番の上記冒頭部分に、勅法集第43条後段の立法理由の一端を見出すこともあながち不当とまでは言えないであろう。

続く第58番での議論は、裁判所登録要件ではなく、専ら証人五名要件に関わるものであるが、この部分も第43条前段但書の立法理由の理解にとって有益である。証人数について、ヴェーゼンバックはまず、「契約が通常、当事者の捺印や署名のみ、あるいは、二名乃至三名の証人によって証明されるのは確かだとしても、契約が相続に関わる場合には、処分者の死後に終意処分へと移行し、それ故また、この場合、五名の証人の信用と良心に頼らずには存続せず、効力も生じることなく、無効であるlicet solo sigillo partium, vel scriptura, vel tes-

tibus duobus, aut tribus regulariter contractus probentur, tamen quando agunt de succedendo, et ideo post mortem disponentis, transerunt in ultimam voluntatem, ideoque tum non subsistunt, nec effectum suum consequuntur, neque valent, nisi fide et conscientia quinque testium nitantur」、と述べている。ここには、契約一般の証人数を「二名duo」とする典拠として、既にヴィッテンベルクの意見書や答申文書でも引用された法文が指示されると共に、証人を「三名tres」とする法文<sup>36)</sup>が新たに明示されている。しかしそれ以上に注目すべきなのは、相続に関わる契約が「終意処分」として要求される「五名の証人」について、ヴィッテンベルクの意見書で示唆されていた小書付に関する法文と共に、勅法彙纂第8巻第57章「死因贈与についてDe donationibus causa mortis」第4法文<sup>37)</sup>が新たに引用されている点である。そこでは、「死因贈与mortis causa donatio」を「終意処分ultimae voluntates」と「生存者間において成立する贈与donationes, quae inter vivos consistunt」の何れに組み入れる

---

36) 「金50リブラを超える金銭を貸し付けるpecunias credere aupra quinquaginta libras auri」際の「証書chirographarium instrumentum: chirographum」に「正しい考えの三名の証人の証言testimonium trium testium probatae opinionis」を求める法文(C. 4, 2, 17.)。他に、「質権乃至抵当権ius pignoris vel hypothecae」の優劣について、「公的に作成された証書instrumenta publice confecta」に基づく権利を作成日の前後を問わず「私署証書idichira」に基づくそれに優先させることを原則としつつ、「私署証書」に「正しく健全な考えの三名あるいはそれ以上の人士の署名probatae atque integrae opinionis tres, vel amplius viri」が存することを要件に、例外的に「私署証書」に基づく権利を優先させる法文(C.8,18,11,1.)も引用されている。

37) 「死因贈与について争いがあり、ある人々はこれを終意処分の中に位置づけているのに対して、生存者間において成立する贈与の内にこれを位置づける人々もいるところ、彼等の疑念を精査した上で、朕は、あらゆる死因贈与について、それが贈与を為す者の死に際して締結されたにせよ、遙か先の死を念頭に行われたにせよ、書面を要せず、また、公職にある人々の立会やこの種の証拠に通常付加される事柄も求められないものと定める。ただし、書面を伴うにせよ文書の作成を伴わないにせよ、五名の証人の立会を得て死因贈与を行おうと欲する者があるならば、為された行為は証拠物の追加無しに強固な確実性を以て存続し、何らの異議も受け付けることは



べきかという当時争われていた問題について、ユスティニアヌス帝が、「あらゆる死因贈与について、それが贈与を為す者の死に際して締結されたにせよ、遙か先の死を念頭に行われたにせよ、書面を要せず、また、公職にある人々の立会やこの種の証拠に通常付加される事柄も求められない *omnes mortis causa donationes, sive juxta mortem facientis fuerint celebratae, sive longiore cogitatione mortis subsecutae sunt, actis minime indigere; neque expectare publicarum personarum praesentiam, et ea, quae super hujusmodi monumentis solent adhiberi*」との解答を与えて、死因贈与を生存者間の贈与と同じく無方式の合意と位置づける一方で、「五名の証人の立会を得て死因贈与を行おうと欲する者があるならば、為された行為は証拠物の追加無しに強固な確実性を以て存続し、無償の終意処分が有するあらゆる効果が生ずる *si quinque testibus praesentibus, aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et omnes effectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates*」との例外的措置を認めている。この措置の例外性は行為の方式に関わるものであって、「相続財産は遺言によって付与される」との原則に対する例外、つまり、相続合意の限定的な有効性そのものをこの法文によって裏付けることは困難である。それでも、「五名の証人の立会 *quinque testes praesentes*」を要件として死因贈与に「無償の終意処分 *ultimae liberalitates*」の効果を認めるこの法文の後段部分を、ヴェーゼンバックのように、「五名の証人の立会」を要件に相続合意を終意処分に読み替える第43条前段但書のローマ法上の典拠と捉えることは十分可能であろう。五名証人要件の典拠としては、更に、ライプチヒの意見書が引用し答申文書でも重要な役割を果たしていたクラウエッタの助言も引用され、そこに引用されたパウルス・デ・カストロの助言を初めとする諸文献もそっくり孫引きされている。一方、契約が相続に関わる場合に「終意処分に移行する」理由として、ヴェー

---

なく、当該行為が証拠物を備えなかったことを理由に無効と見なされることもないので、無償の終意処分が有するあらゆる効果が生じ、ある部分でそれが似つかわしくないと解されることもないものとする」

ゼンベックは、デキーオの見解<sup>38)</sup>に依拠して、「この場合、契約は、文言ではなく、死亡時に発生するその効力に着目され重きが置かれる *hic non a suis verbis, sed ab effectu suo, quem a morte sortita sunt, considerantur et penduntur*」と指摘しており、両参審裁判所の意見書や諮問会議の答申文書にはなかった議論として注目される。相続目的の契約は、「文言 *verba*」に照せば「契約」であっても、「死亡時に発生する効力 *effectus, quem a morte sortita sunt*」に着目すれば「終意処分」に相当するというのである。「そのような合意は要するに終意処分としての形態を有する」(問題9第8番)とのヴィッテンベルクの意見書の指摘も結論の先取りにすぎなかったし、夫婦間相続目的の嫁資合意乃至婚姻特約は「最終の意思決定と呼ばれ、死因贈与に酷似する」(問題117第9番、問題14第3番)とのライプチヒの意見書や答申文書の指摘も、契約と終意処分との区別を曖昧にし、終意処分への読み替えを十分に根拠づけるものではなかったが、ヴェーゼンベックの上記議論は、契約から終意処分への移行それ自体を説明するものといえる。しかも、ヴェーゼンベックは、贈与を契約とは区別し法が特別に一定の拘束力を認めた無方式の合意と位置づけるローマ法本来の観方にも配慮し、契約から終意処分への移行とは別立てで、「他の贈与やその他無償行為が、生存者間贈与の法に基づいて有効とならない場合に、終意処分の法に基づいて、信託遺贈に必要な証人数、つまり、五名の証人が立ち会っているならば、維持される *caeterae donationes ac reliquae liberalitates, quando non valent iure donationis inter vivos, sustinentur iure ultimae voluntatis: si tamen adsit sufficiens testium numerus ad fideicomissum, hoc est, testium quinque*」、と述べている。立法過程における他の議論に比べ、ヴェーゼンベックは、契約と終意処分、契約と贈与といった概念区分をより厳

38) 引用されているのは『助言解答集 *Consilia sive Responsa*』(1533年初版) 助言305第2番であるが、これは、本稿で参照し得た1575年ヴェネツィア刊のニコラウス・アントニウス・グラウァティウス *Nicolaus Antonius Gravatius* の補注 *annotationes* 付『助言解答集』第1巻のテキストでは、助言304第2番にあたり、その冒頭に、「契約は文言よりもむしろ効果や実態に基づいて評価されねばならない *potius ab effectu, et re ipsa, quam a verbis debet contractus indicari*」との一節が見える。

密に捉えているようであり、それがまた、第43条の定めるような終意処分への読み替えに何かしらの裏づけを与える必要性を一層強く意識させたものと解される。

以上の議論を経て第58番の後半部分では、相続合意の有効要件に関わる「ザクセン法*ius Saxonicae*」として、アウグスト勅法集第43条そのものが論じられている。まず、ヴェーゼンバックは、「従来、ザクセンの実務家の中には、そのような合意は、終意処分ではなくて契約である以上、既に我々も述べたごとく他の契約では不要なのであるから、上記の方式や証明を必要としないと考える人々もいたようである*aliqui pragmatici Saxonicae hactenus forte putarint, talia pacta cum sint contractus magis quam ultimae voluntates, talem solennitatem ac probationem non requirere, ut nec caeteros cōtractus, sicut ostendimus*」、と述べて、相続合意が「契約*contractus*」であるが故に五名の証人を要しないと解する「ザクセンの実務家*pragmatici Saxonicae*」の存在を示唆している。「このような合意*talia pacta*」とは、「死因贈与」や「相続に関わる他のあらゆる合意」を指すことは、文脈上明らかであるから、この指摘を、先に見た両参審裁判所の意見書に提示された当時の裁判実務と照らし合わせるならば、特定遺贈等の当事者死亡後の特定承継を目的とする合意については例外的に「生存者間の契約*contractus inter vivos*」としての効力を保つとする論者が念頭に置かれていることになろう。ところが、第43条前段但書においても当然の前提とされていたはずのこの相続合意限定有効論にヴェーゼンバック自身は異論を唱えている。「処分者の死亡によって書面が遺言に移行しこれに基づいてある不動産が優先遺贈物として留保されるというような場合には、彼らの見解を受け入れることはできない*eorum opinio recipi nequit isto casu, ubi decessu disponentis transiit in ultimam voluntatem scriptura, et ex ea hoc praedium, ut praecipuum, retinetur*」というのである。この場合、「生存者間の契約は存しておらず、有効でもあり得ず、むしろ、死亡を原因とし子がない場合に備えて為された贈与乃至処分が存していてその意味で効力を有している*non est contractus inter vivos: nec sic valere potest, sed magis donatio aut dispositio causa mortis, et in casum non extantium liberorum facta*」というの

が、契約の「文言」ではなく「死亡時に発生するその効力」に着目するヴェーゼンベックの理解であり、この点を「ザクセン法*iure Saxonicae*」明確に定めているのがアウグスト勅法集第2部第43条なのだとされる。この「ザクセン法」上の規定と帝国の「普通法*ius commune*」との関係については、「選帝侯領においてのみ効力を有すべき何か目新しい勅法ではなく、至る所で当然のごとく通用し過去に遡り得る普通法の明示承認にすぎない*non est aliqua nova constitutio, quae tantum in electorali provincia vigere debeat, sed declaratio et approbatio iuris communis, quae ubique merito valet et retrotrahitur ad praeteria*」として、両者の一致を明言している。しかし、目的物の特定を要件に相続合意を例外的に有効とみなす見解はヤーソンを初めとするイタリアの「諸博士*doctores*」に由来し、それが、ガイルの伝える帝室裁判所の実務にも示されるとおり、帝国法の解釈として援用されていたわけであるから、ヴェーゼンベックの言うように、第43条が特定遺贈目的の合意も終意処分とみなしているとすれば、「ザクセン法」と「普通法」との間にはむしろ齟齬が生じていることになる。既に検討したアウグスト勅法集の立法資料に照らせば、ヴィッテンベルクとライプチヒの両参審裁判所の共通理解として、目的物特定を要件とする例外的有効論が第43条の暗黙の前提であったのは明らかである。また、アウグスト勅法集の個々の条文には表題に特に「勅法*constitutio*」と表示されているものが幾つかあり（第二部では第11条、第15条、第16条、第22条）、この点、既存の実務を踏襲する法令と実務の改変を意図する法令とを区別して（アウグスト勅法集そのものの表題である「裁判手続規則勅法集*Verordnungen und Constitutionen des Rechtlichen Proceß*」に見える「規則*Verordnungen*」と「勅法*Constitutionen*」との表現はこれに対応）、実務改変を伴う条文には特に「勅法」との表示が付した<sup>39)</sup>ものであるとの推測も可能である。仮にそのよ

39) Kunkel, Einleitung, Anm. 101.が既にそのような用語法の可能性を指摘しているが、「選帝侯領においてのみ効力を有すべき何か目新しい勅法ではない*non est aliqua nova constitutio, quae tantum in electorali provincia vigere debeat*」というヴェーゼンベックの上記指摘がその強力な証拠となるであろう。

うな推測が成り立つとすれば、表題に「勅法」の表示が見当たらない第43条にはやはり当時の普通法に即した実務が取り込まれているということになろう。相続合意に関するヴェーゼンバックの上記見解は、言ってみれば、シュルフの徹底無効論と両意見書の限定有効論の中間に位置し、第43条前段但書の立法理由というよりはむしろ、同条の適用により相続目的嫁資合意が終意処分に格下げされる場面を拡張した条文解釈と言える。

第43条前段但書の適用場面について、ヴェーゼンバックは更に、「上記勅法が相続合意について言及しているにすぎないとしても、終意処分に基づくかのようにのみ捉え得る相続や遺贈に関する他の合意についても同様に解すべきである *quanquam tantum loquatur dicta constitutio de pacto haereditatis: tamen idem intelligendum in pactis aliis successionum aut relictorum, quae saltem velut ex ultima voluntate capiantur*」、と指摘している(助言38第59番)。「相続合意 *pactum haereditatis*」と「相続や遺贈に関する他の合意 *pacta alia successionum aut relictorum*」について「区別の根拠が見当たらない *dari non potest ratio diversitatis*」というのがその理由である。しかも、このような第43条の理解は適用範囲の拡張には当たらないとされ、クラウエッタの論考『期間経過論 *Tractatus de antiquitatibus temporum*』(1549年初版)を主要な典拠として<sup>40)</sup>、「たとえ事案が異なっても、同じ根拠が通用する場合には、法文や法令は拡張されず説明される *ubi eadem militat ratio, ibi non extenditur lex, vel statutum, sed enucleatur*」との一般論が援用されている。しかし、ここで注目したいのは、そもそもなぜ「上記勅法が相続合意について言及しているにすぎない *tantum loquitur data constitutio de pacto haereditatis*」といえるのかである。「死亡時に備えて相続財産が遺贈されている *die Erbschaft auff den todesfall vormacht*」との第43条の文言から直ちにそのように断定するこ

---

40) 引用されているのは第一部第35番であり、そこには、「理由が同じ場合には規定は拡張されるのではなく説明されると言われる *ubi ratio est eadem, non dicitur dispositio extendi, sed enucleari*」との一節がみえる(Tractatus., v.引用は1559年リヨン刊のテキストによる)。

とは困難であろう。だとすれば他に決め手があったはずである。この点、ヴェーゼンベックは、「上記勅法が、合意によって遺産は付与されないとの相続に特有の根拠を考慮していたとすれば *si dicta constitutio rarionem aliquam in haereditate singularem considerasset, ut quod pactis dari haereditas nequeat*」と述べて、第43条の典拠として勅法彙纂第5巻第14章第5法文を特に指示している。アウグスト勅法集の立法に直接関わったヴェーゼンベックの立場を考慮すれば、この指摘は、条文の曖昧な文言ではなく、答申文書の第43条前段但書対応箇所における同法文の引用を受けたものと解するのが自然であろう。ヴェーゼンベックは、遺言による「相続人指定 *heredis institutio*」についてローマ法源<sup>41)</sup>上「七名の証人 *septem testes*」が要求されており、相続目的嫁資合意の終意処分への転換要件としても同様に「七名の証人」を求める余地もあったとした上で、第43条に「五名乃至それ以上の証人」とあるのは、かえって、同条が、小書付や死因贈与について「五名の証人」で足りるとする法文を考慮し、「遺言以外に何か終意処分としての性質を帯び備えているようなあらゆる合意について述べている *loquitur de quolibet pacto, quod cuiuslibet ultimae voluntatis extra testamentum naturam sapiat et retineat*」ことの証拠となると考えている。第43条前段但書の求める証人数に裏づけを与えるこの指摘もまた、同条の立法理由を補う有力な手がかりとなる。

以上のようなヴェーゼンベックの議論は、ローマ法源並びに普通法文献に基づいた終意処分の方式をめぐる「論考」のいわば傍論にすぎないとはいえ、制定期間もないアウグスト勅法集の第43条の解釈運用に貴重な指針を与えるものであった。そのような同条の注解としての役割に着目したのが、アウグスト勅法集に関する初の注釈書にあたる『1572年に公布された選帝侯アウグストの規則勅法集全体のドイツ語からラテン語への翻訳<sup>42)</sup>並びに注解 *Augusti Electoris*

41) 明示的に引用されている法文は、C.6,23,12、Inst.2,10,2-3であり、「類似法文 *similes leges*」としては、C.6,23,21,pr.等が挙げられる。

42) 本書では各条文のラテン語訳が付されており、第43条は、「嫁資合意は契約であるから、二名乃至三名の証人がこれに立ち会えば足りるものとする。Cum pacta

Ordinationes et Constitutiones, anno septuagesimo secundo editae omnes, ex Germanica in Latinam linguam translatae, et in easdem commentarii』(1599年初版、以下『勅法集注解』)を著したダニエル・モラー-Daniel Moller (1544-1600年)であった。同書の第2部第43条注釈<sup>43)</sup>によれば、「嫁資合意が、契約としては、二名もしくは三名の証明能力のある証人の面前で為されれば十分であるとしても、例えば、夫婦間の相互相続について当該合意中に定められる場合のように契約としては妥当し得ない場面では、少なくとも五名の証人の立会

---

totalia contractus sint, duos vel tres testes illis adhiberi sufficiat.

ただし、例えば嫁資合意の中で相続財産が死亡に際して相互に遺贈されている場合のように、契約として効力を保持し得ない仕方では嫁資合意が企図され、その際、五名乃至それ以上の証人の面前でそれが締結されているならば、終意処分として有効となるものとする。また、当事者双方の立会の下に裁判所に申告され公的登録簿に記載された場合にも同様とし、朕の諸裁判所において以上のとおり判示されるべく朕は命ずる。Ubi vero ita concepta sunt, ut in vim contractus sustineri non possint, veluti, si haereditas in iis, in casum mortis invicem sit relicta, tum si coram quinque vel pluribus testibus contracta sint, in vim ultimae voluntatis valebunt. Idem erit, si in utriusque partis praesentia iudici insinuata, ad acta publica referantur, atque ita pronuntiari in iudiciis nostris iubemus.」、と訳されている。

- 43) “〈1. 合意によって遺産は付与されない。〉合意によって遺産は付与されないというのは自明の法に属しており【勅法彙纂5巻14章「嫁資及び婚姻故の贈与について交わされた合意、並びに、嫁資外財産について」第5法文】、たとえ問答契約によって補強されたとしても、善良の風俗に反する合意として否認され、如何なる訴権を生じさせない、とされるほどである【勅法彙纂8巻39章「無効な問答契約について」第4法文、同2巻4章「和解について」第34法文及び同法文の文言「義務付けられる」の標準注釈、小クルティウス『助言集』助言15第2番、『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集』問題452、パリシウス『助言集』第2巻助言24第55番以下、グイリエルムス・ベネディクトゥス『別書3巻26章「遺言及び終意処分について」第16節解説】「二人の娘を有する云々」第191番以下、カケラス『ピエモンテ神聖顧問会判決集』判決100第18番、フランキスクス・マルクス『ドーフィネ神聖顧問会(=高等法院)判決集』第2部判決128]。確かに、亡くなった者の遺産が存命者に付与される一定の仕方が法の中に明示されているが【学説彙纂5巻3章「相続請求について」第1

法文から第3法文】、両者の間に合意が見出されるわけではない。従って、嫁資合意が、契約としては、二名もしくは三名の証明能力のある証人の面前で為されれば十分であるとしても【学説彙纂22巻5章「証人について」第12法文】、例えば、夫婦間の相互相続について当該合意中に定められる場合のように契約としては妥当し得ない場面では、少なくとも五名の証人の立会で締結され、〈2. 終意処分の効力を有する合意は少なくとも五名の証人の立会がない限り有効ではない。〉それ故また、嫁資合意はこのような場合契約ではなく、少なくとも五名の証人の立会で為されなければ有効ではない終意処分と解すべき旨、本勅法は定めている【ウェーセンベキウス『助言集』[第1部]助言38第58番、ウェーセンベキウスは他にも多くの同趣旨の見解を引用している】。しかも、当勅法は、「死亡時の相続財産が合意中で遺贈された場合」とあることから、配偶者間の全遺産の相互相続について交わされた嫁資合意についてのみ規定しているように見えるとはいえず、〈3. 問題とされているのは全遺産についてかその一定割合についてか。〉死亡者の全遺産ではなく一定割合が存命配偶者に移転される旨定められている場合も同様に解すべきことに疑いはない。ただし、この点、ウェーセンベキウスは、学説彙纂6巻1章「所有物取戻請求訴権について」第76法文や勅法彙纂8巻57章「死因贈与について」第4法文を根拠に、遺産の一定割合ではなく遺産の何か特定の物が存命者に遺される場合にも五名の証人が無ければ無効であると考えている。

〈4. ただし両当事者の立会の下に裁判官に申請され公簿に記載された場合はこの限りではなく、この場合には証人無しに有効となる。〉更に付言されているのは、この種の合意が、契約として存続し得ない場合であっても、両当事者の立会の下に裁判官に申請され公簿に記載されるならば、有効であるという点であり、その場合には、当該合意に限らず他の終意処分も効力を保持する。他方、両当事者の立会について当勅法が言及している点は次のように解釈すべきものと考えられる。すなわち、嫁資合意がそれを実際に締結した人々の立会の下に裁判官に申請されるならば、多くの場合それらは当事者の両親や親族であるので、十分であり、また、婚姻時、夫婦は嫁資合意に悩まされるのに劣らず、大抵は別の事柄に没頭しているので、夫婦自身の立会は必ずしも必要ではない、と。ただし、別の箇所ですべて述べたとおり、他の終意処分については、それを為した人々自身によって申請されない限り、無効である。〈5. 嫁資合意は妻の側に保佐人を必要とするのか。〉ところで、上記の場合、ウェーセンベキウスによれば、嫁資合意には妻の側に保佐人が必要とされ、保佐人の助成を得て明文で嫁資合意に同意すべきものとされ、その理由として、もしそうでなければ、その後嫁資合意を破棄し、地域の法令や慣習法に基づき亡くなった



で締結され、それ故また、嫁資合意はこのような場合契約ではなく、少なくとも五名の証人の立会で為されなければ有効ではない終意処分と解すべき旨、当勅法は定めているetsi pacta dotalia tanquam contractus, coram duobus vel tribus testibus, quibus probari possint, facta esse sufficiat, tamen ubi tanquam contractus subsistere non possunt, veluti mutua successione coniugum in illis agatur, ad minimum in praesentia quinque testium contracta esse vult haec Constitutio, idque propterea, quod non pro contractibus tum habenda sint, sed pro ultimis voluntatibus, quae nisi adhibitis ad minimum quinque testibus facta sint, non valent」、とされる(注釈第2番)。そのような第43条の趣旨を裏付ける典拠として唯一引用されたのがヴェーゼンベックの助言38の第58番である。ただし、モラーの注釈において、ヴェーゼンベックの見解が絶対的な權威として尊重されているわけでもない。モラーによれば、「当勅法は、〈死亡時の相続財産が合意中で遺贈された場合〉とあることから、配偶者間の全遺産の相互相続について交わされた嫁資合意についてのみ規定しているように見えると

---

夫がその財産によって妻に対して義務づけられているものを選択する恐れがあると付言されている。しかし、私の見る限り、この地方では、保佐人が嫁資合意に立ち会う習慣はなく、尊属、近親者、姻戚者の間でこの種の合意が締結されており、また、保佐人が立ち会う合意も少なからず見かけたが、この種の合意を見た記憶はない。なお、ウェーセンベキウスが、保佐人無しに妻が締結した場合、妻は事後に後悔して、慣習法や法令が妻に与えるものを選択できると付言している点については、そのように解し得ない旨すでに他の箇所でも述べたし、ライプチヒの参審裁判所でも今日そのように判示されている。〈6. 当勅法所定の方式は、たとえ締結者がザクセン選帝侯領外に住所を有する場合であっても、妥当する。〉これに対して、同じくウェーセンベキウスが、当勅法に定められている嫁資合意の方式について、締結者がたとえザクセン選帝侯領外に住所を有する場合にも必ず遵守されるべき旨、勅法彙纂1巻1章「至高の三位一体及びカトリック信仰について、並びに、何人もこれにつき公に異議を申し立ててはならないこと」第1法文へのサリケト他諸博士の注釈に依拠して付言しているところについては、もちろんウェーセンベキウスを支持するし、同様の問題については前述第15章[条]の第16番で既にふれた。”(Commentarii, 291-292.引用は1599年ライプチヒ刊のテキストによる。)

はいえ、死亡者の全遺産ではなく一定割合が存命配偶者に移転される旨定められている場合も同様に解すべきことに疑いはないetsi Constitutio, dum dicit, als da die Erbschaft auff den Todesfall darinnen vermacht / videatur intelligenda tantum de pactis dotalibus, in quibus de mutua coniugum successione totius haereditatis conventum est, non tamen dubium est, quin idem dicendum sit, ubi non de tota haereditate defuncti, sed de quota tantum parte eius in superstitem transferenda actum est」とされ、終意処分への読み替え対象が包括承継一般であるとの理解、換言すれば、両参審裁判所の意見書にあったように、目的物が特定された夫婦間相続目的の嫁資合意を例外的にそのまま有効とする立場が表明されている。これに対して、ヴェーゼンバックが特定遺贈目的の嫁資合意にも第43条前段但書の適用し終意処分への読み替えを肯定していたのは既に見たとおりである。モラーもこれに着目しているが、「ウェーゼンベキウスは、遺産の一定割合ではなく遺産の何か特定の物が存命者に与えられる場合にも五名の証人が無ければ無効であると考えているけれどもquamvis Wesenbecius hic putet, etiam tum absque quinque testibus non valere, ubi nec quota haereditatis, sed certa quaedam rem superstiti relicta sit」と述べて、ヴェーゼンバック説を一異論として紹介するに留め、これに積極的には与してはいない。このモラーの注釈の態度は、後述のとおり、同条の理解がヴェーゼンバック説ではなく立法者の多数意見の方向で維持される契機となった。

ところで、『問題判定議論集』の公刊が『勅法集注解』と同年であり、しかも、秘匿されるべき勅法（「未公開勅法」や「補遺勅法」）の内容や個別事案の当時者名を含む前者がザクセン当局の要請で出版後直ちに発禁処分を受け少なくともザクセンでは流通していなかったとの事情<sup>44)</sup>を加味すれば、手稿や写しの形で密かに流布していたものを手にしたのでもない限り、モラーが勅法集の立法資料に接する可能性はなかったと思われる。従って、上記のようなヴェーゼンバック説に対するモラーの態度が、両参審裁判所の意見書そのものの影響によると考えることには、偶然手にしたそれらの意見書を表立って引用することは

44) この点についてはSchletter, Die Constitutionen, 150-152.参照。

憚られたと解する余地も無いわけではないが、やはり慎重であるべきであろう。その一方で、この第43条注釈には、モラーがヴェーゼンベックの見解を記した何らかの手稿を入手し（1576年にヴィッテンベルク大学でヴェーゼンベックの同僚であるヨーアヒム・フォン・ボイストの指導の下に学位を取得し、その後、ライプチヒ参審裁判所の正参審人を務めた経歴に照らせば、そのような手稿乃至写しの入手自体は困難ではなかったはずである）、それを立法資料に相当するものとして参照していた形跡を読み取ることが可能である。まず、特定承継目的の嫁資合意に第43条前段但書を適用する上記ヴェーゼンベック説が紹介された際、ヴェーゼンベックは「学説彙纂第6巻第1章第76法文や勅法彙纂第8巻第57章第4法文を根拠に*per textum legis Quae de tota Pandectis de rei vindicatione et legis finalis Codice de donationibus causa mortis*」その旨考えているとされているが、助言38の第58番の該当箇所には、合意によって「ある不動産が優先遺贈物として留保される*hoc praedium, ut praecipuum, retinetur*」場合、つまり、特定遺贈目的の合意もまた、第43条の適用を受けて「終意処分」と見なされるとあるだけで、これら二つの法文が援用されているわけではない。既に見たとおり、勅法彙纂第8巻第57章第4法文は、「五名」という証人数の典拠としては、第58番でも引用されていた。死因贈与を生存者間の贈与と同じく無方式の合意と位置づけつつも、「五名の証人の立会」を要件として「死因贈与」に「無償の終意処分」の効果を認めるこの法文が、今度は、特定遺贈目的の合意が無方式であれば無効であるとの前提で、当該合意を「五名の証人の立会」を要件に終意処分へと転換する論拠として引用されたわけである。これに対して、学説彙纂第6巻第1章「所有物取戻請求訴権について*De rei vindicatione*」第76法文については、第58番に引用そのものが見当たらない。この第76法文の前書には、「物全体の取戻請求について述べられている事柄は物の一部の取戻請求についても同一に解されるべきであり、従って、当該一部分と共に回復されるべきものもまた一部において回復される旨命じること裁判官の職務に属する*Quae de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda sunt: officioque iudicis continetur, pro modo partis ea quoque restitui jubere, quae simul cum ipsa parte restitui debent.*」、とあるので、所有物

取戻請求権と相続請求の関係等をひとまず措き、「物全体tota res」に関する規律をその「一部pars」についても類推する一般準則をここに見出すとすれば、第43条を包括承継目的の合意だけではなく特定遺贈目的の合意にも適用することを正当化する論拠にこの法文を持ち出すことも不当とまではいえないであろう。

モラーが助言38以外の何らかの典拠に基づいてヴェーゼンバックの見解に論及していると推測される一層明白な証拠は、第43条注釈の後半部分に見られる。この部分は、両参審裁判所の意見書では議論が無かった第43条後段の裁判所登録要件が詳細に論じられている。夫婦間相続目的の嫁資合意は、「契約として存続し得ない場合であっても、両当事者の立会の下に裁判官に申請され公簿に記載されるならば、有効であるubi in vim contractus subsistere nequerunt, valere tamen, si in praesentia utriusque partis iudici insinuata, et libris publicis inscripta sint」旨定める第43条後段についてまず論じられているのは、「当事者双方の立会の下にin beysein beider teil」という文言の理解である。この点、モラーは、「嫁資合意がそれを実際に締結した人々の立会の下に裁判官に申請されるならば、多くの場合それらは当事者の両親や親族であるので、十分であり、また、婚姻時、夫婦は嫁資合意に悩まされるのに劣らず、大抵は別の事柄に没頭しているので、夫婦自身の立会は必ずしも必要ではないsufficit, si illis praesentibus iudici pactum dotale insinuetur, per quos contractum est, ut sunt plerunque parentes aut cognati contrahentium, non vero etiam ipsorum coniugum praesentia necessario requiratur, ut qui tempore sponsalium aliis plerunque rebus intenti, nihil minus quam de pactis dotalibus solliciti sunt」との解釈を提示している。「当事者双方beider teil」というのはあくまで嫁資合意の実際の締結者との趣旨であり、それが「夫婦自身ipsi coniuges」であるとは限らないし、たとえ「夫婦自身」が締結者であっても、この場合は、同様の手続を求められる「他の終意処分aliae ultimae voluntates」とは異なり、婚姻当事者としての多忙さを考慮して、その立会は不要だというのである（第43条注釈第4番）。ヴェーゼンバックの見解が出典不明のまま紹介されているのも、この「夫婦自身」による嫁資合意の締結に関連してである。モラーによれば、

「ウェーセンベキウスによれば、嫁資合意には妻の側に保佐人が必要とされ、保佐人の助成を得て明文で嫁資合意に同意すべきものとされ、その理由として、もしそうでなければ、その後に嫁資合意を破棄し、地域の法令や慣習法に基づき亡くなった夫がその財産によって妻に対して義務づけられているものを選択する恐れがあると付言されている *Wesenbecius existimat, pacta dotalia ex parte mulieris etiam curatorem exigere, et ut illius interveniente autoritate in ea expressis verbis consentiat, addita ratione, ne si secus fiat, postea repudiat pacto dotali, id eligat, quod ex statuto vel consuetudine loci viris defunctis e bonis ipsorum superstitibus mulieribus debetur*」という。妻の嫁資合意締結に「保佐人 *curator*」の「助成 *authoritas*」を求めるこのヴェーゼンベック説に対して、モラー自身は、「私の見る限り、この地方では、保佐人が嫁資合意に立ち会う習慣はなく、尊属、近親者、姻戚者の間でこの種の合意が締結されており、また、保佐人が立ち会う合意も少なからず見かけたが、この種の合意を見た記憶はない *de consuetudine harum regionum, quantum observare potui, curatores illis adhiberi non solent, sed inter parentes, propinquos et affines eiusmodi pacta contrahuntur, nec memini me ullum vidisse, etsi viderim non pauca, quibus curator adhibitus fuisset*」と反論し、更に、「ウェーセンベキウスが、保佐人無しに妻が締結した場合、妻は事後に後悔して、慣習法や法令が妻に与えるものを選択できると付言している *addit Wesenbecius, si absque curatore contrahat mulier, posse eam postea poenitere, et id eligere, quod consuetudo vel statutum mulieribus tribuit*」点についても、モラー自身判事の一人として関与していた「ライプチヒの参審裁判所 *Scabitus Lipsensis*」の実務に依拠してこれを退けている（第5番）。その一方で、「同じくウェーセンベキウスが、当勅法に定められている嫁資合意の方式について、締結者がたとえザクセン選帝侯領外に住所を有する場合にも必ず遵守されるべき旨注記しているところについては、もちろんウェーセンベキウスを支持する *quod subiicit idem Wesenbecius solennitatem pactis dotalibus hoc loco preaescriptam, necessario adhibendam esse, etiamsi contrahentes extra ditiones Electoratus Saxonici domicilium habeant, in eo plane illi assentior*」とされる（第6番）。ここ

でモラーが是々非々の態度で接しているヴェーゼンベックの見解は、助言38はもちろん、『問題判定議論集』に分散して収録されているヴェーゼンベックの意見書(「ヴェーゼンベックの事例集」)にも対応箇所は見出せない。そうであるとすれば、モラーは、その後も日の目を見ることなく散逸してしまった可能性のあるヴェーゼンベックのいわば幻の手稿を手にしていただけのものと考えられる。モラーの注釈は、立法資料の公刊によっても必ずしも明らかとならなかった第43条後段の立法理由について貴重な手がかりを残したことになる。

モラーの注釈に見られるもう一つの特徴は、両参審裁判所の意見書やヴェーゼンベックの助言では全くと言ってよいほど参照されていなかった<sup>45)</sup>判決集(判決考察文献)の引用である。具体的には、「合意によって遺産は付与されないというのは自明の法に属しており、たとえ問答契約によって補強されたとしても、善良の風俗に反する合意として否認され、如何なる訴権を生じさせない、とされるほどである*pactis haereditates non dari notissimi iuris est, idque adeo quidem, ut quamvis stipulatione munita sint, tamen reprobentur, tanquam contra bonos mores facta, ideoque actionem nullam producant*」(注釈第1番)との理解の典拠として、ジャン・コルジエJean Corsier(生没年不詳)『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集*Decisiones capellae Tholosanae*』(14世紀末に成立し写本流布、その後、エティエンヌ・オフレリÉtienne Aufréri[1458-1511年]による注釈と増補を得て1503年に初版、以下『トゥールーズ判決集』と略称)の問題452<sup>46)</sup>、フランソワ・マルクFrançois Marc

45) 唯一の例外と言えるのは、ヴェーゼンベックの助言38第58番に見えるマッテオ・ダッフリット・ダ・ナポリMatteo d'Affitto da Napoli(1448-1528年)の『ナポリ王国神聖顧問会判決集*Decisiones sacri consilii Napoliani*』(1499年初版)の判決338であるが、これは、既にふれたとおり、クラウエッタの助言からの孫引きであり、ヴェーゼンベックが実際に参照した可能性は低い。

46) “同様に、婚姻契約において、当該婚姻から生まれた長男子が父の死後に単独相続人となり相続する旨の合意が交わされ締結された場合に、その合意は有効か否かが問題となった。結論は否である。なぜなら、相続する旨の合意はたとえ被相続人自身によって為された場合であっても法により否認されているからである【勅法彙纂

(?-1522/3?年)『ドーフィネ神聖顧問会において過去に審理され言い渡された輝かしき判決の集成Decisiones aureae in sacro Delphinatus senatu iampridem discussae, ac promulgatae』第二部(1532年初版、以下『ドーフィネ判決集』と略称)の判決128<sup>47)</sup>、カケラーノ・ドサスコ・ダ・アステイ

---

8巻39章「無効な問答契約について」第4法文、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文、勅法彙纂2巻4章「和解について」第34法文、学説彙纂38巻16章「自権相続人及び法定相続人について」第16法文、勅法彙纂2巻3章「合意について」第15法文及び第30法文、同6巻20章「財産持戻について」第3法文】。その理由とは、存命者の遺産は合意によって付与され得ないからであり【勅法彙纂5巻14章「嫁資及び婚姻前贈与について交わされた合意、並びに、嫁資外財産について」第5法文】、また、死に至るまで不確定であるべき終意処分の本質に反して自由な遺言の権能を奪うからである【別書3巻41章「ミサの挙行、聖体拝受の秘蹟、霊的職務について」第6節、勅法彙纂1巻2章「聖なる教会及びその財産と特権について」第1法文、学説彙纂32巻「遺贈及び信託遺贈について」第48法文前書】。更には、死を狙う欲求をもたらし【勅法彙纂2巻4章第11法文、第六書3巻7章「空席ではない聖職禄や教会の授与について」第3節及び第2節】、善良の風俗に反するからである。それ故、そのような合意は、法の準則に従い【第六書5巻「法の諸準則について」第58準則】、宣誓によっても証明されないとされる【バルトルスやサリケトの勅法彙纂前掲2巻3章第15法文、バルトルスその他諸博士の学説彙纂前掲45巻1章第61法文注釈、バルトルスの学説彙纂46巻1章「保証及び保証委託について」第56法文注釈】。従ってまた、そのような合意は、制定法や慣習によっても有効とされることはない。というのも、善良の風俗に反するとの理由で合意による何かが禁じられている場合には、バルトルスの学説彙纂1巻1章「正義と法について」第9法文注釈問題3で述べているとおり、制定法は全く働かないからである。そうであるとすれば、本件合意は、善良の風俗に反しているのであるから【勅法彙纂8巻39章「無効な問答契約について」第4法文並びに先に引用された諸法文】、云々「無効である。」(Decisiones capellae, 203. v.引用は1522年リヨン刊のテキストによる。)

- 47) “問題となったのは、子の婚姻契約に含まれる嫁資合意で、子が父の現在並びに将来の動産及び不動産全てを単独相続人として当然にかつ当該財産につき如何なる削減もなしに承継する旨の合意は有効か、そのような合意は婚姻優遇のために有効とならないのか、そのような取り決めは終意処分あるいは契約として有効であるため

に、母が貴族で父が農民であっても、撤回されて前婚の子等の不利益になることはないのか、である。〈1. 婚姻契約における積極的な相続合意は法によって拒まれ、宣誓によっても裏付けられない。〉疑念が生じるのは、積極的な相続合意が法によって拒まれており【学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文、勅法彙纂2巻3章「合意について」第15法文、同2巻4章「和解について」第34法文及び第11法文、同8巻39章「無効な問答契約について」第4法文】、これは婚姻契約においても同じであるし【勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻前贈与について交わされた合意並びに嫁資外財産について」第5法文】、善良の風俗に反する以上、宣誓によっても裏付けられない【第六書5巻「法の諸準則について」第58準則】からである。〈2. 相続しない旨の消極的合意は宣誓によって裏付けられれば有効である。〉ただし、相続しない旨の消極的合意については、宣誓によって裏付けられるので【第六書1巻18章「合意について」第2節】、この限りではない。その理由は二つあって、一つは、そのような相続合意は拒まれているのはあくまで自由な遺言権能を制約するからである【学説彙纂45巻1章第61法文】。第二の理由は、死を狙う欲求を引き起すからであり、そのような欲求は当然非難されるからである【勅法彙纂2巻3章第30法文、第六書3巻7章「空席ではない聖職禄や教会の授与について」第3節】。〈3. 将来の相続に関する合意は兵士間において有効である。〉そして、以上の点が正しいのは兵士間ではない場合に限られる。というも、兵士間ではそのような合意は有効であるから【勅法彙纂前掲2巻3章第19法文】。ただしそれは合意が存続する限りにおいてであると、同法文にあるし、バルドゥスやヨアンネス・デ・イモラの学説彙纂28巻5章「相続人指定について」第71法文注釈や諸博士の勅法彙纂前掲2巻3章第19法文注釈も同旨である。というも、君主や兵士の間でそのような相続合意が許される場合においては、当該合意は終意処分として有効であるべきであり、終意処分は死までは不確定である以上【学説彙纂34巻4章「遺贈及び信託遺贈の没収や移転について」第3法文11節、別書3巻41章「ミサの挙行、聖体拝受の秘蹟、靈的職務について」第6節】、当該合意もいつでも撤回可能であるからである【バルドゥスの封建法書2巻53章「臣下間の協定は遵守され宣誓によって確証されるべきこと云々」第1節の「同様に秘蹟云々」注釈、アルベリクスの勅法彙纂3巻36章「遺産分割請求訴権について」第10法文注釈、諸博士の勅法彙纂前掲2巻3章第19法文注釈】。〈4. 権利や訴権は第三の種類の財産である。〉ところで、当該事案では、動産及び不動産と述べられていて合意に権利や訴権が含まれていないため、合意が総財産に関するものではないとの理由から反対に解される。そもそも権利や訴権は、動



産や不動産とは異なる第三の種類財産である【学説彙纂42巻1章「既判事項、既判力、中間判決について」第15法文、同50巻16章「語句の意味について」第98法文及びバルトルスの同法文注釈、同第21法文】。上のように明確に述べていると解されるのがヤーソン氏の学説彙纂45巻1章第61法文注釈であり、学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第91法文7節の標準注釈及びバルドゥスの注釈が述べている点も論拠となる。この標準注釈には、遺産が生存者間で付与される場合には現存財産として提示されるとある。〈5. 全財産の贈与は有効であり、それは何故か。〉従ってまた、バルトルスやバウルス・デ・カストロの同法文注釈によれば、この種の贈与も有効である。なぜなら、通説によれば、総財産の贈与は、将来の財産には及ばず、それらの財産については遺言可能である以上【諸博士の学説彙纂前掲45巻1章第61法文注釈や勅法彙纂前掲2巻3章第30法文注釈による】、有効であるから。〈6. 婚姻契約における相続合意は貴族身分を優遇し有効となり、撤回されることで婚姻から生まれた子等の不利益になることはない。〉更に、本件では、農民である父と貴族の娘との婚姻契約に際して、娘の両親が再婚しない旨の合意が為されており、そのような合意は、勅法彙纂5巻11章「嫁資の約束乃至無方式の片約について」第4法文の標準注釈や諸博士の注釈、バルドゥス、アルワロットゥス、筆頭参事会員〔ヨアンネス・アントニウス・デ・サンクト・ゲオルギオ〕の封建法書2巻26章「死亡者の封について封主と封臣の親族との間に争いが生じた場合」第4節の「生まれた息子等云々」注釈の述べるところによれば、有効である。そのような合意は、筆頭参事会員の封建法書2巻29章「モルゲンガーベを伴う婚姻から生まれた子等について」第1節注釈に従えば、他の子等の法定相続分を必ずしも害するわけではなく、バルドゥスの封建法書2巻26章第2節注釈によれば、宣誓によって証明され、ヨアンネス・ファベルの勅法彙纂4巻56章「奴隷が辱めを受けないという条件で売却される場合」第1法文注釈や『トゥールース司教座聖堂参事会判決集』判決452及び453によれば、撤回されて婚姻から生まれる子等の不利益となることもない。また、バルドゥスが学説彙纂45巻1章第122法文2節注釈や勅法彙纂8巻55章「条件付あるいは確定期限付きで為された贈与について」第3法文注釈で述べている点、すなわち、贈与者や受贈者ではなく第三者の利益のために合意が撤回可能であるとの指摘も、以上の妨げにはならない。なぜなら、同じ法文への諸博士の注釈によれば、公証人が第三者のために契約させたならばこの指摘は当てはまらないし、先に述べたとおり、婚姻から生まれた子等の不利益になるため撤回できないからである。以上に述べたところは、サッペトゥス出身のディオニシウスとその妻でコスタ出身のマリア

Cacherano d'Osasco da Asti (?-1580年)『ピエモンテ神聖顧問会判決集 Decisiones sacri senatus Pedemontani』(1569年初版、以下『ピエモンテ判決集』と略称)の判決100第18番<sup>48)</sup>、が引用されている。同じ箇所と典拠として他に引用されているのは、勅法彙纂第8巻第39章「無効な問答契約について」第4法文、同じく第2巻第4章「和解について」第34法文、同法文の文言〈義務付けられるadstringitur〉の標準注釈、フランチェスキーノ・コルテ Franceschino Corte (小クルティウスCurtius junior: ?-1553年)『助言集 Consilia』(1534年初版)助言15第2番、ピエートロ・パオロ・パリーシオ (パリシウスParisius: 1473-1545年)『助言集Consilia』(1543年)第2巻助言24第55番以下、グイリエルムス・ベネディクトゥスGulielmus Benedictus (生没年不詳)『別書3巻26章「遺言及び終意処分について」第16節解説Repetitio in

---

対ヴァコニス出身のヨフレドゥスとその妻フランケイシアの上訴事件の審理に役立つ。なぜなら、コスタの極めて肥沃な土地の農民グイリエルムスは、その息子ヨアンネスと某貴族出身のマルガリタとの婚姻契約の中で、ヨアンネスとその子等がグイリエルムスを、現在及び将来の全ての動産と不動産について、単独相続人として、当該財産について如何なる削減も無く当然に承継する旨、上記婚姻に関連して合意を為したからである。判事の中に、この相続する旨の嫁資合意の有効性について疑問を呈する者が幾人かいたのである。”(Decisiones aureae, II, 127-128.引用は1600年リヨン刊のテキストによる。)

- 48) “(18. 将来の相続に関する合意は善良な風俗に反するものとして遵守されるべきではないという点は如何に解されるのか。) 第二の準則は、将来の相続に関する合意はたとえ問答契約によって補強されたものであっても善良の風俗に反するものとして、如何なる訴権も生じさせず、全く無意味である【勅法彙纂8巻39章「無効な問答契約について」第4法文、同2巻4章「和解について」第34法文及び同法文の文言「義務付けられる」の標準注釈、小クルティウス『助言集』助言15第2番、『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集』問題452、パリシウス『助言集』第2巻助言24第55番以下、[グイリエルムス・]ベネディクトゥス『別書3巻26章「遺言及び終意処分について」第16節解説』「二人の娘を有する云々」第191番以下】。そのような良俗は法律家等によって二通りに考慮されている。すなわち、合意の対象となっている相続財産の主体の死を狙う欲求をもたらすからであるか【勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文】、あるいはまた、遺言作成の自由を奪うからであると考えられて

capitulum Raynuntius de Testamentis) (初版年不詳)「二人の娘を有する云々」解説第191番以下、であるが、これらは、『トゥールーズ判決集』の問題452と共に、『ピエモンテ判決集』の上記判決100第18番において全く同じ順序で引用されており、モラーはこれらの引用文献をそのまま自己の注釈に引き写した可能性が高い<sup>49)</sup>。そうであるとすれば、モラーが実際に内容を確認した上で引用した文献は、『ピエモンテ判決集』と『ドーフィネ判決集』の二つにすぎない

いる【勅法彙纂2巻3章第15法文及び同法文標準注釈、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文及び同法文に関する諸博士の一致した見解】。自由な遺言作成の妨害に関するこの理由が、相続しない旨の合意【勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第35法文1節、同6巻20章「財産持戻について」第3法文】と相続する旨の合意【勅法彙纂2巻3章第15法文及び第19法文】の何れについても区別なく同じように当てはまるわけではないという点については、これらの法文の標準注釈、更には、後述参照。

第二に、以上の見解に有利に働くものとして参照すべきなのは、前掲学説彙纂45巻1章第61法文に関して諸博士が一致して主張する結論、すなわち、現在及び将来の全財産の贈与は遺言作成の自由を奪うという上記の理由によって無効であるとの結論である。

第三に、上記の見解は、勅法彙纂2巻3章第19法文の一節によって裏付けられる。そこでは、互いに生き残った方が相手方の財産を取得する旨、私人間で交わされた合意は無効であり、有効であるのは兵士間での特別な法であるとされ、それ故、諸博士が同法文について一致して述べているとおり、この扱いは一般法に反することになる【学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、長期の慣習について」第16法文、同2巻14章「合意について」第46法文の標準注釈末尾】。

第四に、上記の見解は、対立項の排除を根拠とする論証によっても擁護できる。バルトルスの勅法彙纂2巻3章第30法文の注釈第11番が、当該問題においてこの論拠を用いている。(Decisiones, 178.v.引用は1570年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる。)

- 49) 『トゥールーズ判決集』は1575年にフランクフルト・アム・マインでも公刊されているが、その版では「問題452」が「問題453」として収録されており(フランクフルト版第248頁)、モラーがこれ入手して実際に参照していたならば、やはり別の形で引用されていたはずである。

ことになる。

『ドーフィネ判決集』からモラーが引用した判決128には、「積極的な相続合意は法によって拒まれていて、これは婚姻契約においても同じであり、善良の風俗に反する以上、宣誓によっても裏付けられない*pactum de succedendo affirmativum, est reprobatum de iure, etiam in contractu matrimonii, nec iuramento firmatur, cum sit contra bonos mores*」(第1番)、とあって、「積極的な相続合意*pactum de succedendo affirmativum*」を無効とするローマ法の原則が典拠となる法文と共に示されている。一方、『ピエモンテ判決集』から引用された判決100第18番でも、「合意が契約当事者の将来の遺産もしくは包括承継について為される*conventio fit de futura haereditate seu successione universali contrahentium*」場合の「法準則*iuris regulae*」をめぐり、「合意によっては遺産乃至相続が包括的に付与されることはない*pacto haereditas, seu successio in universo dari non potest*」(第17番)という準則に続いて、「将来の相続に関する合意はたとえ問答契約によって補強されたものであっても善良の風俗に反するものとして、如何なる訴権も生じさせず、全く無意味である*pactum de futura successione, etiam stipulatione vallatum veluti contra bonos mores factum, nullam producit actionem, nulliusque momenti est*」との「第二の準則*secunda regula*」が、モラーによって引き写された上記諸典拠の引用と共に提示されている。翻って、『トゥールーズ判決集』の上記問題452では、「婚姻契約において、当該婚姻から生まれた長男子が父の死後に単独相続人となり相続する旨の合意が交わされ締結された場合に、その合意は有効か否か *an valeat factum vel initum pactum in contractu matrimonii, quod primogenitus ex illo matrimonio nasciturus sit haeres universalis et succedat portem patris?*」という問題について、「相続する旨の合意はたとえ被相続人自身によって為された場合であっても法により否認されている*pactum de succedendo factum etiam cum eo, de cuius haereditate agitur, est a iure improbatum*」との理由から、「否*non*」と判示されたとされている。そこには、相続合意無効の根拠として、「存命者の遺産は合意によって付与され得ない*haereditas viventis pacto dari non potest*」こと、「死に至るまで不確定であるべき終意処分の本質

に反して自由な遺言の権能を奪う *liberam aufert facultatem testandi contra substantiam ultimae voluntatis, quae debet esse ambulatoria usque ad mortem*」こと、「死を狙う欲求をもたらし善良の風俗に反する *votum inducit captandae mortis et sic est contra bonos mores*」ことの三点が列挙され、そのような合意が、「宣誓によっても証明されない *non firmatur iuramento*」し、「制定法や慣習によっても有効とされることはない *statuto vel consuetudine roborari non potest*」と付言されている。この議論は、シュルフがその相続合意無効論の後ろ盾として依拠したヤーソンの勅法彙纂第2巻第3章第15法文<sup>50)</sup>を彷彿とさせる。ヤーソンが写本として流布していた『トゥールーズ判決集』を参照した証拠はないが、ヤーソンの注釈に教示された諸博士の学説<sup>51)</sup>は既に14世紀末にはフランス成文法地域の裁判実務においても受容されていたことになる。『ドーフィネ判決集』は、王太子ルイLouis(後のルイXI世)がゲルノーブルに設置し1453年にシャルルCharles 7世(在位1422-61年)の認可を得たドーフィネ高等法院Parlement de Dauphinéの判決を取めたものであり(ドーフィネ地方の王領併合は1457年)、『ピエモンテ判決集』は、カトー・カンブレジCateau-Cambrésis条約(1559年)によってフランス王国から領土を回復したサヴォイア公Dux Sabaudiae: duca di Savoiaエマヌエーレ・フィリベルトEmanuele Filiberto(在位1553-1580年)がフランス占領期に設置された高等法院を改組再編して設置した神聖顧問会Sacrus Senatus(元老院Senato)における判決を取めたものであるから、モラーによるこれらの判決集の引用には、アウグスト勅法集第2部第43条(に反映されたザクセンの裁判実務)と、ローマ法と共に嫁資制度を受容したフランス成文法地域並びにその影響下にある地域の実務の伝統との呼応関係を見て取ることができる。

モラー自身は、『ドーフィネ判決集』や『ピエモンテ判決集』からの引用を、

50) I注9参照。

51) 問題452に引用されているのは、バルトルス(1313-1356年)とバルトロマエウス・デ・サリケトBartholomaeus de Saliceto(?-1412年)の勅法彙纂注釈である。なお、サリケトの勅法彙纂注釈の著述時期については、Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, VI, 266-267.参照。

単に、「合意によって遺産は付与されない*pactis haereditates non dari*」という原則の典拠としてのみ捉えていたものと考えられるが、第43条の趣旨や射程の理解にとって一層重要な手がかりを両者から取り出すこともできる。まず、『ドーフィネ判決集』の上記判決128で実際に問題とされたのは、「子の婚姻契約に含まれる嫁資合意で、子が父の現在並びに将来の動産及び不動産全てを単独相続人として当然にかつ当該財産につき如何なる削減もなしに承継する旨の合意は有効か*an valeat pactum dotale in contractu matrimonii filii, de succedendo in omnibus bonis mobilibus et immobilibus, praesentibus et futuris patris, tanquam haeres universalis pleno iure, sine diminutione quacunque eorundem bonorum*」という点であり、判決自体は、この相続目的の嫁資合意が「有効*valere*」であり「撤回されて婚姻から生まれる子等の不利益となることもない*non potest revocari ad praeiudicium liberorum matrimonii*」としていて、同じく単独相続目的の嫁資合意に関する14世紀末のトゥールーズ司教座聖堂参事会の前記判決とは結論が異なっている。当該事案で単独相続目的の嫁資合意が認められた理由の一つとして判決128で指摘されているのは、「動産及び不動産と述べられていて合意に権利や訴権が含まれていない以上、合意は総財産に関わる包括的なものではない*pactum non est universale omnium bonorum: quia non comprehendit iura, et actiones cum solum loquatur de bonis mobilibus, et immobilibus*」という点である。これは合意対象の特定乃至限定を要件に例外的に相続合意を有効とする議論に他ならず、その主要な典拠として、本稿でも繰り返し言及してきたヤーソンの学説彙纂第45巻第1章第61法文注釈が引用されている(判決128第4番)。この点に着目するならば、アウグスト勅法集の規定は、相続合意無効という原則のみならず、合意対象の特定性を要件とする例外的有効例についても、フランス成文法地域の実務と一致していることになる。その一方で、『ピエモンテ判決集』からの引用箇所直後には、モラーに至るザクセンの法律家が言及することのなかった相続目的の嫁資合意と夫婦間贈与との関連性が明示されている(判決100第19番及び第20番<sup>52)</sup>)。というのも、合意による遺産の付与は不可能あり(第一準則)、相続合意は善良の風俗に反して無効である(第二準則)との理解に対しては、相続合意が「相

52) “(19. 別の場合には通常禁じられる夫婦間贈与は、相互的なものであれば許容されるという点が解明される。) 従って、まず、学説彙纂2巻14章第1法文その他これに類する法文や勅法彙纂4巻35章「委任訴権について」第21法文の準則も以上の妨げにはならない。というのも、既に為された合意や取り決めはそれを禁ずる法に基づき無効となる以上【勅法彙纂1巻14章「法律、君主の勅法、告示について」第5法文、同2巻3章「合意について」第6法文】、先に述べた諸準則は前述のような合意や取り決めを法が妨げない限りにおいて妥当すると解さねばならないからである。つまり、何人も法律が自己の取り決めに応用されないように定めることはできないのである【学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第55法文、パリシウス『助言集』第2巻助言24巻第75番以下もその旨解答している】。ところで、ここで問題となっている合意も、先に論証したとおり、法の規定に反して為されたものである。従って、反対の論拠として援用される上記諸準則は通用しない。また、相互的で相酬的な取り決めの効力に基づいているという第二の論拠も妨げにはならない。なぜなら、反対の論拠として援用される学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第7法文2節のテキストが、夫婦間の相互的贈与を認めているのは、そのような相互的な贈与について、夫婦間贈与が禁じられている主要な理由、つまり、相互の愛情を放棄しないようにという点が当てはまらないからである。それというのも、互いに自ら為した相互的贈与に基づいて同じだけしか受領できないからであり、それ故また、そのような相互的な贈与が有効となるのは一方の贈与が他方の贈与に一致する場合に限られ、一方が他方を越える場合には無効とされる【ロマヌス『助言集』前掲助言517末尾付近、アレティヌス『助言集』助言2第3段、ヤーソンの勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第12法文注釈第2番、ルプス『夫婦間贈与表題解説』第3節第9番、ティラクエルス『勅法彙纂8巻56章「贈与の撤回について」第8法文注解』文言〈贈与によって与えた〉への注釈第122番】。

この種の夫婦間贈与によって相続財産は付与されるわけではなく、自由な遺言権能が損なわれることもなく、直ちに贈与は有効となるから死を狙う欲求を惹起することもない解答可能であるが、これらは我々の事案にはあてはまらない。それ故、異なる法が有効に定められているのである【論拠となるのは勅法彙纂2巻4章第13法文】。

〈20. 同上。〉あるいはまた、上述の互酬的な夫婦間贈与と夫婦間贈与を禁じる法準則に反するものであるから、別の場面に当てはめられるべきではない、と解答することもできる【学説彙纂1巻3章第14法文とこれに続く二つの法文】。そして、別の

互的で互酬的な取り決めの効力に基づいているest vi mutuae et reciprocae dispositionis」ならば有効なのではないかとの異論が想定され、Iで言及した学説彙纂第24巻第1章「夫婦間贈与について」第7法文第2節が、「反対の論拠として援用される法文textus in contrarium adductus」と位置づけられているからである。その際、本来禁じられ無効であるはずの夫婦間贈与を贈与の相互性を根拠に例外的に有効と解する論者の一人として、ヤーソンの名が挙げられ、ガイル説の典拠としてやはりIで言及した勅法彙纂第3巻第38章第12法文注釈の第2番<sup>53)</sup>の参照が指示されている。この夫婦間贈与をめぐる議論と相続合意無効論との関係について、『ピエモンテ判決集』では、二つの場面について「異なる法が有効に定められているdiversum ius merito statuitur」と解するか、あるいは、「互酬的な夫婦間贈与は夫婦間贈与を禁じる法準則に反するものであるから、別の場面に当てはめられるべきではないcum reciprocae donationes inter virum et uxorem sint contra iuris regulas prohibitorias donationum inter coniuges, non debent trahi in consequentiam ad alios casus」と解するという二つの考え方が示され、仮に夫婦間で相互的な相続合意が交わされてもやはり原則どおり無効であるとの結論が採られているが、ガイルが伝える同じ16世紀の帝室裁判所の実務では、Iで検討したとおり、相続目的の嫁資合意が「生存者間の贈与donationes inter vivos」として締結された場合に、夫婦

---

場面について特別に定められている場合には特にそうであるところ【バルドゥスの学説彙纂1巻3章第32法文注釈第35番が、学説彙纂28巻6章「通常補充指定及び未成熟補充指定について」第43法文1節を論拠にその旨述べている】、我々の事案について特別に規定はされていない【勅法彙纂前掲2巻3章第19法文並びに上に引用した諸法文】。従って、夫婦間贈与から我々の扱う合意へと推論することはできず、それどころか、夫婦間でそのような相続合意が為されたとしても無効であり、宣誓によって証明されることはない。これは、ヤーソンが『助言集』第1巻助言87が、キヌス、バルトルス、バルドゥス、アンゲルス、サリケトのそれぞれ引用された所論に従って詳細に論じているとおりであり、ヤーソンは全てそのとおりである旨述べている。”(Decisiones, 178.v.-179.r.)

53) I注23参照。ヤーソン自身は学説彙纂第24巻第1章第7法文第2節を典拠とすること自体には懐疑的であった。



間贈与の相互性を根拠にその有効性が認めるとというのがその結論であった。モラーが、『ピエモンテ判決集』を参照しながら、このような夫婦間贈与との対比に全く言及しなかったのは、夫婦間相続目的の嫁資合意を合意の相互性故に容認する議論がザクセンの法律家の間に当時ほとんど見られなくなっていたからとの推測も可能であろう。ライプチヒ参審裁判所の意見書に辛うじて残されていた合意の相互性そのものを根拠に相続合意を例外的に有効とする議論は、アウグスト勅法集の注釈という新たな段階に入ったザクセン法学からやはり抜け落ちてしまったのである。

(未完)