

《論 説》

卑属結合と学識法

——16世紀ラインフランケンにおける立法と助言実務—— (1)

藤 田 貴 宏

夫を亡くした女性が、前夫との間にもうけた子等を連れて再婚することとなった。子等はまだ幼く、前夫の遺産も子等の独り立ちを支えるのに十分なものとはいえないため、再婚に際して、彼等前婚による子等が、新夫の連れ子や将来夫婦の間に生まれるであろう子等と均等の資格で相続に与る旨の合意が交わされた。そのような合意は、ラインフランケン地方¹⁾、とりわけ、シュパイヤー及びヴォルムスの両自由（帝国）都市の傍らを北上してきたライン川が、帝国都市フランクフルトを通過したメイン川と合流し、北はヴィースバーデン、南はマインツに挟まれる形で西に大きく進路を変えて流れる兩岸地域において、遅くとも14世紀後半には文書上に確認され²⁾、15世紀末には「卑属結合 Einkindschaft」という名称が一般化する。卑属結合は16世紀にかけて同地方

-
- 1) ここでは、東フランク王国を構成した部族公領の一つフランケン公領の旧領域の東半分にあたるライン川中流域及びメイン川下流域をおおよそ想定している。16世紀以降の帝国クライスで言えば、1500年に設けられた六クライスの一つで帝国中西部に広がるオーバーラインクライスと、1512年に追加されたクライスの一つでオーバーラインクライスに楔を打ち込むように北西から南東にのびるクールラインクライスが丁度交差する地域に当たる。卑属結合に関する立法を試みた帝国領邦としてⅠ及びⅡでふれるものの内、選帝侯であるマインツ、トリリア兩大司教の所領はクールラインクライスに、帝国都市フランクフルトとヴォルムス、ナッサウ＝ヴィースバーデン＝イトシュタイン伯領はオーバーラインクライスに、それぞれ属する。
- 2) Meyer, Die Einkindschaft (1900), 15-17., Scharl, Zur Entstehung der fränkischen Einkindschaft, Ius Commune XVI [1989], 264ff. [267-273].

の立法にも取り込まれ、卑属結合をめぐる争いは助言乃至鑑定の格好の対象となった。帝室裁判所の創設を機にローマ法が名実ともに帝国普通法として通用しつつあったこの時期、その自立性を保ち続けた慣習法学の営為の一端を、「法生活の学識化Verwissenschaftlichung des Rechtslebens」³⁾の典型例とも言えるそれらの立法や助言実務の内に辿ることが本稿の課題である。

I

ラインフランケンを本拠とするマインツ選帝侯は、その所領内に卑属結合が慣行化した地域を多く抱えていた。ホーエンツォラーン家出身でブランデンブルク選帝侯ヨーアヒムJoachim 1世(在位1499-1535年)の弟にあたるマインツ選帝侯アルブレヒトAlbrecht(在位1514-45年)の下で制定されたマインツ大司教領下級裁判所規則Undergerichtsordnung des Ertzstifts Meyntz(1534年。以下、マインツ選帝侯領裁判所規則と略称)は、「裁判所及びその人員についてVon den gerichteten und gerichtspersonen」との表題の下、法廷召喚から判決を経てその執行や上訴に至る一連の手続について定めた規則本体の末尾に、「卑属結合」について規定を置いている。直前には、男14歳女12歳未満の未成熟者や25歳未満の未成年者の財産管理者として訴訟を代行する「後見人Vormünder: Tutor」や「保佐人Pfleger: Curator」について定められており、条文の配置に照らせば、子の財産をめぐる問題の一端として卑属結合が捉えられているのは明らかである。一見場違いな規定の詳細さには、卑属結合をめぐる領内で頻発する訴訟への対処、そして、ローマ法由来の後見や保佐との機能的な連結を介した共通理解の確立という立法者の意図を見て取ることができよう。

3) Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952), 118.; *Zweite neubearbeitete Auflage* (1967), 225.; Avenarius, *Verwissenschaftlichung als sinnhafter Kern der Rezeption*, in: Behrends/ Schumann (Hrsg.), *Franz Wieacker Historiker des modernen Privatrechts* (2010), 119-180.

マインツ選帝侯領裁判所規則は卑属結合について合計13の条文を設けている。冒頭の第1文⁴⁾で指摘されているのは、再婚時の夫婦財産契約の一端としてしばしば約定されていた卑属結合に伴う弊害である。「卑属結合 Eynkindtschafften」とは、第1文にもあるとおり、「互いに子をもうけた夫婦の一方が亡くなり、存命の者が再婚するに際して、前婚による子等が後婚においてもうけられた子等と相続権において同等の子とされ、彼等全てが夫婦双方の嫡出となる云々といった趣旨で締結される auffgericht werden / also daß die kinder voriger ehe mit denen / so inn nachfolgender ehe gezielet werden / inn erblicher gerechtigkeit gleiche kindt sein sollen / als weren sie alle von ir beyder leiben geboren et cetera」ものであり、これによって、亡き配偶者の遺産の承継は、存命配偶者の再婚相手、つまり、前婚による子等にとっての継父もしくは継母の死亡時まで持ち越され、しかも、前婚による子等と、再婚夫婦にその後生まれた子等との間で均等に相続される。ところが、そのような卑属結合故に、前婚による子等は、親の再婚後の遺産減少や、先に亡くなった父乃至母の世襲財産の家外への流出といった危険に晒され、更には、卑属結合にかこつけて遺産を詐取されるなど、「正当な相続人 die rechten erben」としての地位を侵され困窮に陥る事態が生じているというのである。そのような前婚の子等の保護を図るために、卑属結合の慣行に一定の制約を課すことがここでは企図されている。

第1文所定の立法趣旨の下、第2文から第8文にかけて定められているのが卑属結合の「方式form」である。存命配偶者が再婚に際して前婚による子等のために再婚相手との間で卑属結合を締結する場合、「子等の後見人や保佐人 der kinder vormünder Tutores oder Curatores」の助成がまず求められる。後見人や保佐人が存しない場合には、子等の「祖父母 der anherre / anfraw」、既に成人し自立した「兄弟姉妹 geschwisterre」、「他に法により後見を委ねられなかつ子等の相続人となり得る者で死亡配偶者の家系に属する最近親者4

4) Undergerichtsordnung, xxiv.r.- v.引用は1534年マインツ刊初版による。以下引用の各条文の訳註は「ラインフランケン地方の卑属結合法 (1)」参照。

名andere welchen vermog der recht die vormünderschaft gebürt / unnd der kinder erben sein mochten / vier die nechstgesipten / des verstorbnen ehgemahels geblüts」の順位で助成を為すべきものとされている(第2文⁵⁾)。彼等は、卑属結合締結の助成に当たってまず、死亡配偶者が残した財産、そして、卑属結合の結果として前婚の子等が実父母やその再婚相手たる「継父もしくは継母から von dem gemachten vatter oder mutter」将来承継すると見込まれる遺産を調査し、前婚による子等が本来承継するはずであった前者と、再婚による子等と将来均等に相続する後者との間に「均衡が見出されるか否か ob eyn gleicheyt erfunden oder nit werde」判定せねばならない(第3文⁶⁾)。もし前婚の子等の後見人や近親者等によって両財産の間に「著しい不均衡eyn grosse ungleicheyt」が存する旨主張されるならば、再婚夫婦による卑属結合締結の試みは途絶する。換言すれば、後見人や「死亡配偶者の家系に属する最近親者die nechstgesipten / des verstorbnen ehgemahels geblüts」の同意がない限り、死亡配偶者が遺した家産から見て何れも家外者にあたる再婚夫婦は卑属結合を締結できないわけである。この場合、前婚による子等は直ちに後見や保佐⁷⁾に付され、死亡配偶者の遺産は相続人たる子等の財産として後見人の

5) Undergerichtsordnung, xxiv.v.

6) Undergerichtsordnung, xxiv.v.

7) 「保佐人について Von Curatoren」第1文には、「法の規定によれば後見は12歳または14歳で終了するとされるが、それらの年少者は依然として自己の財産や行為に適切に注意を払える年齢に達しているとはいえないので、彼等の財産運用のために、それにふさわしい近親者、そうでなければ別の者が、未成年者の申立に応じて選任され、それらの者は前章 [[後見人の宣誓 Der vormünder eydt]] に定められたのと全く同様に宣誓すべきものとする。Wiewol nach ordenung der recht / die vormünderschaft zu zwölf unnd vierzehn jaren sich endet / dieweil aber dannoch solch jungen / nit des alters daß sie jren gütern unnd handlungen nutzlich vorsein können / so mögen nach gelegenhey jrer narung abermals die nechsten gesipten / wo die selbigen tüglich / oder sunst anders zu Curatoren unnd pflegern / auff des minderjerigen bitt verordnet werden / die sollen schweren in aller massen / alb oben im nechsten titel geordnet ist.」(Undergerichtsordnung, xxiii.r.-v.)とあって、卑属結合不成立時にも、成熟未成年の子等には、その「申立bitt」により「保佐人

Curator: pfeleger] が付されることになろう。なお、ここでは成熟による後見の終了と必要に応じた保佐というローマ「法recht」上の区別は依然維持されているようであるが、例えばフランクフルト・アム・マインの改定都市法（1509年：後述参照）には既に、「法の規定に従えば後見と呼ばれる財産管理は12歳及び14歳で終了するとされるので、我々は、財産管理者つまり後見人が遺言において一人かそれ以上選任されていて12歳や14歳を越える年齢が定められている場合には、同じ後見人等が12歳や14歳を経過した後に保佐人の資格を得て、遺言に定められた期限まで保佐人となるが、それに先立って自己の事務の清算を為すべきものとするDwyl nun nach ordnung der recht die Truwenhenderschaft genant Tutela / zu zwölff und viertzehn Jaren sich edet / so ordnen und setzen wir / wo Truwenhender / das synt Tutores in einem testament eyner oder mehr gesetzt seynt / und dar in ein zyt uber zwölff oder viertzehn Jare bestimt wirt / das alßdann die selben Tutores nach verlaufen der zwölff oder viertzehen Jaren den namen eins Curatoris ansich nemen und alßdann Curatores sein sollen biß uff die zeit durch den Testatorem bestimt / doch das sie zuvor aller irer handlung rechnung thun sollen.」（「保佐人について：12歳及び14歳に達した者の保護者についてDe curatoribus. Von den fürmönder der ihenen so zu zwölff und vierzehen iaren kommen sein」 第1文：Reformacion, xxxiii.v引用は1509年マインツ刊初版による）との規定が見えており、後見と保佐の区別は当時相対化されつつあった。そして、16世紀半ば以降、このような未成熟後見と未成年保佐の連続的一体的な把握が「一般慣習法generalis consuetudo」と認知されることとなる。既に、「1548年アウクスブルク帝国議会で公共の利益の増進のために制定されたローマ皇帝陛下の善きポリツァイ規則並びに改定Der Römischen Keyserlichen Maiestat Ordnung und Reformation guter Polliceys / zu befürderung deß gemeynen nutz / uff dem Reichßtag zu Augspurg / anno Domini M. D. XLVIII. uffgericht] の「未成熟子、未成年者、後見人についてVon der Pupillen / unnd Minderjährigen Kindern / Tutorn / und Vormündern」では、「未成熟子及び未成年子には、成年成熟の年齢に達するまで、後見人や保護監督人が、彼等の両親の遺言や終意処分において指定されず、あるいは、彼等の血縁者や近親者が正当な理由から後見の引き受けを望まないかあるいはそれに不適當不適當である限り、常に付与されるden Pupillen unnd minderjährigen kindern jederzeit / biß sie zu ihren vogtbarn unnd mannbarn Iahren kommen / vormünder und vorsteher / so die ihnen von jren Eltern in Testamenten / oder letzten willen nit verordent / oder jre angeborne freündt und verwandten / sich der vormundtschaft / auß rechtmessigen ursachen / nit unterziehen wolten / oder darzu tüglich und

管理下に置かれることになる。死亡配偶者の遺言によって指定された後見人が存する場合、当該後見人の任務は卑属結合の助成から子等の財産管理へと移行するが、遺言後見人が存しないならば、卑属結合助成のために召集された上記近親者等が、同時に「後見vormünderschaft」の資格を有する者でもあるため、子等は彼等の後見下に置かれるとされる(第4文⁸⁾)。ただし、それら法定後見人たる近親者等については、後見事務の開始にあたって「当局oberkeyt」による「適法な許可rechtmessige entschuldigung」を要するものとされ、遺言後見人も法定後見人も存しない場合には、先行する規定(「後見人、そして、彼等が未成熟者に如何にして付されるかについてVon vormündern / unnd wie die selbigen den minder jherigen kindern gesatzet werden sollen」第5文⁹⁾)に

geschickt weren / gegeben werden」とされ、後見義務化の対象として「未成熟子die Pupillen」と「未成年子die minderjährigen kinder」とが区別されていない(Ordnung und Reformation, 27.r引用は1549年マインツ刊のテキストによる。なお1692年マインツ刊『神聖ローマ帝国の全帝国議会の最終決定並びに制定規則Aller deß Heiligen römischen Reichs gehaltenen Reichs=Tage / Abschide und Satzungen』所収のテキストでは511頁の第31章第1条後段)。また例えば、アンドレーアス・ガイルAndreas Gail(1526-87年)が帝室裁判所の実務を論じた『実務考察集Practicae observationes』(1578年初版)の第2巻考察96「後見人の事務は慣習法によれば成熟によっては終了しないことQuod administratio tutoris ex consuetudine pubertate non finiatur」には、「あらゆる地域、とりわけドイツにおいて受容されているある種の一般慣習法によれば、財産管理の職務、それ故また、将来の危険も法定の成人年齢すなわち25歳に至るまで存続され延長され、要は、一旦適法に後見人に選任された者等は、多くの場合、保佐人であり続け、未成年者の財産を成年に至るまで管理するとされるQuamvis tutela pubertate finiatur, tamen ex generali quadam ubique locorum recepta consuetudine, praesertim in Germania, officium administrationis, et per consequens periculum futuri temporis continuatur et porrigitur usuque ad legitimam aetatem adultorum, puta viginti quinque annos: nam qui semel legitime dati sunt tutores, iidem plerunque et curatores permanent, et rebus minorum praesunt usque ad majorem aetatem.」とある(Practicae observationes, 346引用は1578年ケルン刊初版による)。

- 8) Undergerichtsordnung, xxiv.v.
 9) 「しかし、遺言において後見人が指定されておらず、後見を担うべき旨の適法な許

従い、「最も有益かつ誠実に子等に配慮し得る他の有能で高潔適格な者 andere geschickte erbare unnd tügliche personen / so den kindern nützlichsten und trewlichsten vorsein mögen」が当局により選任されねばならない（「卑属結合について」第5文¹⁰⁾。「死亡配偶者の家系に属する最近親者」から見て、卑属結合が前婚の子等に利益とならないと判断される場合には、遺言後見、法定後見、官選後見のローマ法的区分を踏襲する後見法に彼等の保護が委ねられるのである。

他方、再婚夫婦間で締結されようとしている卑属結合に「著しい不均衡」が見出されない場合には、卑属結合締結に対する後見人や近親者等の助成が継続される。将来の相続において前婚による子等と再婚による子等の間の衡平を図り、卑属結合締結を成功させる手立てとして当時しばしば用いられていたのは、死亡配偶者の財産が将来の相続発生時にその本来の相続人である前婚の子等に優先的に承継される旨の約定であった。これは、「遺産先取分 Voraus」と呼ばれ、再婚夫婦間の卑属結合契約中の特約ではあるが、死亡配偶者自身の遺言による先取遺贈 legatum praecipuum と同様の機能を果たすことになる。また、死亡配偶者がさしたる財産を遺さず、「子等の財産が彼等を養育するに十分なほどに多くはないため子等にとって有益で正当な卑属結合にあたると見なされた

可を得た近親者も、それを担うべき近親者も、そのような財産管理に相応しく適任の近親者も見出し得なかった場合には、朕の都市マインツにおいてはその財務顧問官、出納長、裁判長が、また、朕の大司教領の別の地域では裁判所が、最も有益かつ誠実に子等に配慮し得る他の有能で高潔適格な者を後見人に選任すべきものとする。Weren aber keyn vormünder im testament gegeben unnd auch keyn gesipten vorhanden / oder hetten rechtmessig entschuldigung / daß sie der vormünderschaft nit vorsein möchten / oder die zutragen schuldig oder zu solcher verwaltung nit tüglich und geschickt erfunden würden / alßdann sollen und mögen inn unser statt Meynz / Cammerer / Schultheyß und Richter / deßgleichen an andern orten unsers Ertzstifts / die gericht andere geschickte erbare unnd tügliche personen / so den kindern am nützlichsten und trewlichsten vorsein mögen / darzu verordnen。」(Undergerichtsordnung, xxi.v.)

10) Undergerichtsordnung, xxv.r.

der kinder narung nit also groß und namhafftig / daß man sie darauß erziehen mocht / und derhalb eyner eynkindtschafft / so den kindern nutz unnd gut sein mocht / vergleichen würden」場合にも、当然、卑属結合締結の手續は続行される。具体的には、助成者たる後見人や近親者等の手で、卑属結合の合意内容が「遺産先取分vorauß」の有無も含めて書面化され、管轄の裁判所に申告され、その「特別の認定と宣言sonderlicher erkantnuß und sprüche」、そして、「裁判所登録簿gerichts büch」への記載が求められるべきものとされている（第6文¹¹⁾。申告に当たって、後見人や近親者等は、卑属結合が彼等の同意を得て締結されたこと、そして、当該卑属結合が「子等に相応しく有益であるden kindern zu gutem und frommen entsprissen und dienen」ことを、「宣誓の上、名誉と真理にかけて陳述すべきものsollen an eydts statt geloben / bei ehren und wahheyт sagen」とされ、当局は、提出された書面に従い、卑属結合の方式（助成者の資格や人数）と内容（前婚の子等にとっての有益性）について審査する。この陳述と審査を経て、当該卑属結合に対する「特別の認定sonderliche erkantnuß」が為され、「裁判所登録簿」にその旨記録される一方（第7文¹²⁾）、卑属結合の当事者たる再婚夫婦の請求があれば、当該認定について「公印付き証明書versiegelter scheyn」も交付される（第8文¹³⁾。当該立法以降に締結される卑属結合は、この「当局の宣告と認定erkündigung und erkentnuß der oberkeyт」を以て初めて有効となるのであり、それを欠けば「無効、無益、無価値となるsoll kraftloß / nicktig unnd von unwirden sein」というわけである（第13文¹⁴⁾。

後見人等の助成と当局の認定を義務づけた「方式」の厳格化と並んで、マインツ選帝侯領裁判所規則は、卑属結合が将来の相続に及ぼす効力についても明確化を図っている。前婚による子等は、卑属結合の締結時に設定された「遺産先取分」を得るだけでなく、仮にそれが設定されていない場合であっても、「卑

11) Undergerichtsordnung, xxv.r.

12) Undergerichtsordnung, xxv.r.

13) Undergerichtsordnung, xxv.r.

14) Undergerichtsordnung, xxv.v.

属結合を為した父母の存命中に当該子等へとその近親者から相続され、あるいは、遺言、贈与その他の権原と機会により承継され帰属したあらゆる財産を優先して得る *alle gütter / bei leben irer angenommenen vatter und mutter / den selben kindern von iren gesipten anerstorben oder sunst durch testament / donation oder eynichen andern titel und ankunfft angefallen und zugestanden weren / zuvornemen*」とされる(第9文¹⁵⁾)。つまり、先に亡くなった父あるいは母の家系に属する近親者等から前婚の子等への相続、遺贈、贈与等は卑属結合にかかわらず有効なのである。このように世襲財産の家系内での承継に有利な配慮の下で、前婚による子等が「継父あるいは継母をその者の実子で嫡出の他の子等と同じように相続する *den gemachten vatter oder mutter wie andere der selben natürliche und eheliche kinder erben*」こと、それが卑属結合に許された効力に他ならない。この場合、前婚の子等とその「継父あるいは継母 *gemachten vatter oder mutter*」との間に生じる相続は相互的なものであり、もし継父母存命中に前婚の子が嫡出の子の無いまま亡くなるならば、継父母は、実父母同様、「適法かつ自然な相続人 *rechte und natürliche erben*」として、ローマ「法 *recht*」とそれを踏襲するマインツの「慣習法 *gewonheytt*」により、同父母兄弟姉妹と同順位で前婚の子を相続する(第10文¹⁶⁾)。勿論、ここに言う「法」とは、死亡者に第一順位相続人たる直系卑属が存しない場合に、存命の「尊属 *ascendentes*」と「同父母を介して死亡者と繋がる兄弟姉妹 *fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto*」を共に次順位で均等に頭分相続させるユスティニアヌスの勅法¹⁷⁾を

15) *Undergerichtsordnung*, xxv.r.- v.

16) *Undergerichtsordnung*, xxv.v.

17) 「他方、尊属と共に、両親を介して死亡者に繋がる兄弟及び姉妹が存するならば、親等の最も近い相続と共に遺産占有に召喚され、父や母が存命である場合には、それらの者の間で人数に応じて、尊属と兄弟等各人が均等な相続分を得るべく、遺産は分割されるべきものとする *Si vero cum ascendentibus inveniuntur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto: cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur: si et pater aut mater fuerint, dividenda inter eos quippe haereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli*

指しており、卑属結合の効力として、このローマ法由来の尊属相続権が、存命の実親のみならず、その再婚相手である継父乃至継母にもたらされるという趣旨であろう。しかし他方で、「卑属結合に基づく相続*succession vermogeynkindschafft*」は、あくまで前婚による子等と継父母の間に限定され、「継父母あるいは結合された子等の親族にまで、それが直系であれ傍系であれ、及ぶことはない*jrer gemachten vatter unnd mutter oder kinder freundt / sie seien in auff oder zwerch linien / nit gezogen werden*」のが原則とされる(第11文¹⁸⁾)。ただし、特約とそれに対する当局の許可を条件に例外も認められており(第12文¹⁹⁾)、前婚の子等は、卑属結合時の特約に基づき、「父母の遺産*vatterlich und mütterlich erbschafft*」以外に、継父乃至継母側の家産を承継する余地も残されている。また、「結合された子等*gemachte kinder*」つまり異父母兄弟姉妹の間の傍系相続は、ローマ「法」由来の準則に従えば、本来、上述の尊属と同父母兄弟姉妹に次ぐ順位に留まるが²⁰⁾、やはり卑属結合時の特約により、同父母兄弟姉妹や尊属(マインツ法では上述の通り継父乃至継母も含まれる)と同順位での相続が可能となる。従って、前婚による子等に不利益とならない内容がその後見人等の申告に従い確認され卑属結合が無事締結された後に、子等が将来の相続発生前に不幸にも亡くなったとしても、家産流出として危惧されるのは、死亡した子の財産が卑属結合の当事者たる存命配偶者やその再婚相手に承継される場面や、特約に基づき再婚による子等にも承継される場面に限られる。特約も許容する柔軟な枠組みの下で卑属結合という慣行を維持しつつ、家産流出の危険を最小限に食い止めようとするこれら内容上の制約

aequalem habeant portionem.] (Authenticum, collatio IX, tit.1, cap.ii.= Nov.118, 2. [544])

18) Undergerichtsordnung, xxv.v.

19) Undergerichtsordnung, xxv.v.

20) 「しかし、これらの者が存しない場合には、一方の親、すなわち、父あるいは母のみを介して死亡者に繋がる兄弟等を次順位で遺産へと召喚する。His autem non existentibus, in secundo ordine illos fratres ad haereditatem vocamus, qui ex uno parente coniuncti sunt defuncto, sive per patrem solum, sive per matrem.」
(Authenticum, collatio IX, tit.1, cap.iii.= Nov.118, 3.)

もまた、卑属結合の審査基準となり、その違背は卑属結合の不許可を導くことになろう(第13文²¹⁾)。

ところで、卑属結合はマインツ選帝侯領裁判所規則において初めて立法の対象に取り込まれたわけではない。これに先行する立法例としてまず注目されるべきなのが、ライン川を挟んでマインツ選帝侯領とも接する自由(帝国)都市ヴォルムスにおいて1498年に成立した改定都市法である²²⁾。このヴォルムス改定都市法Der Stadt Wormbs Reformationは、全6部構成で、第1部は第一審手続、第2部は上訴手続、第3部は3巻構成で請求、抗弁、証明、第4部は4巻構成で後見・保佐、贈与、遺言・終意処分、無遺言相続、第5部は5巻構成で売買、賃貸借・使用貸借・寄託、保証・質、地役権、夫婦財産制、第6部は2巻構成で民事罰と刑事罰をそれぞれ扱い、裁判手続のみならず実体法規も含んだ包括的なものであった。マインツ法では、卑属結合が、未成熟・未成年子の財産管理の一端として訴訟も担う後見・保佐に関連付けられていたの対して、ヴォルムス法は、夫婦財産制に関する第5部第5巻において、第1章「嫁資、婚姻贈与、それらの返還、ならびに、それらが如何にして供され保持されるべきかについてVon Eestuer Brudgaben und widerlegung derselben wie die geschehen und gehalten sollen werden」、第2章「嫁資若しくは婚資の特権に

21) 前注14参照。

22) 翌1499年に印刷公刊され、その後1505年に当時ローマ=ドイツ王であったハプスブルク家のマクシミリアン(後に神聖ローマ帝国皇帝マクシミリアン1世として在位1508-1519年)の認可を得る。なおマクシミリアン許可状は「ヴォルムス市の改定都市法に収録された規則や条例に対する王の認可と是認Königliche Confirmation und bestetigung / der Stat Wormbs Ordenungen unnd Satzungen / in der selben Reformation begriffen」との表題で例えば1542年ヴォルムス刊の改定都市法のテキストの末尾[clxix.v-clxx.r.]に見ることができる。なお、近世ドイツ法における卑属結合を一般向けに概観したものとしてSchott, Kindesannahme-Adoption-Wahlkindschaft(2009), 152-165.があり、ヴォルムス法についても断片的ながら紹介されているが(156-159.)、16世紀前半のラインフランケン立法動向には特に言及はなく、卑属結合と養子縁組を併置したフライブルク法(後注79参照)について若干立ち入った説明が試みられているだけである(159-160; 167-171.)。

ついでVon fryheit der Eestur oder hyratguts」、第3章「Von merung der Eestuer der Frauwen妻の嫁資の増額について」に続く、末尾第4章において、「嫁資Eestuer」や「婚資Hytratgut」（ローマ法に言う夫からの婚姻故の贈与 donatio propter nuptiasに相当）の設定等と並ぶ、夫婦財産契約の一種として卑属結合を扱っている。

その第5部第5巻第4章「卑属結合について、それは如何にして締結されるのかVon Einkintschafften wie die gemacht sollen werden」は合計12の条文で構成されており、冒頭第1文²³⁾は、マインツ法の場合と同様、卑属結合の果たしている役割を示した上で、近時見られる弊害を列举して規制の必要を訴える内容となっている。マインツ選帝侯領裁判所規則の前記第1文には、「近時、それによって、子等が著しい損害と不法を被り、彼等から父方もしくは母方の世襲の不動産や動産が奪われ家外者へともたらされ、正当な相続人等が困窮に陥り、場合によっては、彼等に当然に帰属すべき分まで詐取されることさえあ

23) Reformation, cxlii.v引用は1499年刊初版による（以下引用の各条文の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法（1）」参照）。ここに明確に示されている通り、ヴォルムス法が何よりもまず懸念しているのは、裕福な男性市民が妻と子等を残して亡くなり、寡婦となった妻が再婚する場合に、卑属結合の名目で亡き前夫の遺産が子等に継承されることなく家外者に流出する事態である。それ故、ヴォルムス改定都市法の中に依然保持された「局地（ラインフランケン）法das örtliche (rheinfränkische) Recht」の一例として「卑属結合Einkindschaft」を挙げつつ（Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 104; Zweite Auflage, 194.）、「卑属結合」による「複数の子等の相続権上の平等化Erbrechtliche Gleichstellung der Kinder aus mehreren Ehen」の機能を、「高い産褥死亡率故の寡夫の頻繁な再婚に絡む財産争いを回避するbei der wegen der hohen Kindbettsterblichkeit häufigen Wiederverheiratung des Witwers verwickelte Vermögensauseinandersetzungen erspart」点に代表させる理解（122; 232.）には無理がある。なお、「卑属結合」が「ヴォルムスや1509年のフランクフルトの相当にローマ法化された都市法にもauch in den stark romanisierten Stadtrechten Worms und Frankfurt 1509」含まれるとの指摘（Zweite Auflage, 232, Anm.25.）は、後述の通り、フランクフルト法については誤り（あるいは再改定都市法制定の「1578年」の誤植）であろう。

る dardurch zu zeiten die kinder hochlich beschedigt und verunrechtet / auch inen ir vatterlich oder mütterliche erbgütter ligendt unnd farende abgezogen auff andere frembde gewendt / unnd die rechten erben inn armut gefürt / ja auch biß weilen über den gebürlichen theyl inen von natur zustendig betrogen werden」とあるが、この一節は、「近時、それによって、子等が不法、欺罔、損失を被りあるいは負担を課され、父方の世襲財産を奪われ家外者へともたらされ、正当な相続人等が困窮に陥り dardurch zuzyten die kinder verunrecht beschedigt betrogen und verkürzt oder beschwert inen ir vaterlich Erbgüter abgezogen uff andere frembde gewendet und die rechten erben in armut gefuret」、「彼等に当然に帰属すべき分についても同様である auch uber den gepürlichen teil inen von natur gepürt」としたヴォルムス改定都市法の第1文の規定に言い回しも含めて酷似しており、マインツでの立法に際してヴォルムス法が参照されたのは明らかである。しかしその一方で、「父方もしくは母方の世襲財産 vatterlich oder mütterliche erbgütter」とするマインツ法に対して、ヴォルムス法は前婚の子等の「父方の世襲財産 vaterlich Erbgüter」のみに言及して、夫(父)を亡くした寡婦(母)の再婚時における卑属結合を専ら念頭に置いているようである。この点は、「名誉ある血筋、名、生まれ、素性で豊かな財産を有する男性が慈悲に動かされて貧しい娘あるいは女性と婚姻し、両者が子等をもうけ、その血筋、名、身分、紋章、特権を増やし保持し、その後、夫が亡くなり子等を残し、妻が別の夫を得てこれに嫁ぎその保護に服し、卑属結合を締結するということがしばしば生じ見受けられる oft gescheen und erfarn ist das etliche man guts erbars geschlechtes namens wesens und herkomens mercklicher narung und rych uss gütickeit bewegt nemmen arme Jungfrawen oder frauwen zu der Ee uff das sie kinder gewinnen ir geschlecht namen standt wapen und fryheyten meren und erhalten mogen, und so dann der man tods abgeet und kinder verlest nemmen die frauen andern man mit denen sie sich erlich vermaheln und understeen uffzurichten oder machen einkintschafft」という第1文冒頭の一節からもはっきり読み取ることができる。

前婚の子等の後见人あるいはその資格を有する近親者等による卑属結合への同意(第2文²⁴⁾)、合意内容の公正さや有益性の判断、書面化、当局(ここでは「市参事会Rat」)への申告(第3文²⁵⁾)、当局の審査と許可(第4文²⁶⁾)、「市参事会登録簿Ratsbuch」への記載と希望に応じた「公印付き証明書vesigelt urkund」の交付(第5文²⁷⁾)といった卑属結合の締結手続はマインツ法でも踏襲されている(前述第2文及び第6文から第8文に対応)。ただし、ヴォルムス法では、死亡配偶者の遺産が「1000ライングルデンTusent gulden Rynisch」を超える場合にのみ上記手続の履践が求められており(第2文)、富裕な上級市民層の家産保持を目指す上記立法趣旨に符合する。また、前婚による子等の「少なくとも4名の父系の最近親者等Vier die nechstgesipten zum wenigsten des vatterlichen geplüdes」によって書面化された卑属結合は、「父方母方双方の子等の近親者少なくとも6名Sechs persone zum minsten die den kinden uss beyden Eltern verwant synd」の手で申告されるものとされており(第3文)、再婚する存命配偶者側の近親者の協力も求められているようである。なお、ヴォルムス法では、卑属結合は、婚姻と同時に、あるいは、婚姻に先立って締結されるべき旨定めているが(第6文²⁸⁾)、マインツ法にはこの締結時期につき別段の規定はない。しかし、「存命の者が再婚するに際して卑属結合が締結されるdas uberbleibende sich zu weitherer ehe verandert / und eynkindschafften auffgericht werden」(第1文)ことは、マインツ法においても当然の前提であった。卑属結合は、妻側の嫁資の設定と夫側の婚姻故の贈与の約束、妻死亡時の嫁資の返還や夫留保分の約定、夫死亡時の寡婦分の設定等と並んで、夫婦財産契約における主要な合意事項の一つと考えられており、夫婦間贈与の拘束力を否定し、婚姻以前の合意(嫁資合意)を要求するローマ法的原理が学識法曹に広く共有されていた。ヴォルムス法がこの原則を卑属

24) Reformation, cxlii.v.

25) Reformation, cxliii.r.

26) Reformation, cxliii.r.

27) Reformation, cxliii.r.

28) Reformation, cxliii.r.

結合について敢えて条文化しているのは、直前の第3章²⁹⁾において、嫁資について例外的に婚姻後の「増額merung」を容認していることを意識したものと解される。

後见人や近親者等が前婚の子等にとって有害と判断して卑属結合に同意を与えない場合に、子等の「後見tutel oder vormunderschaftt」に移行すべきとする点でヴォルムス法はマインツ法と変わらない(第7文³⁰⁾)。その一方で、ヴォルムス法は、夫婦財産制に連結された卑属結合の体系的位置を踏まえて、卑属結合不成立時の嫁資や婚姻故の贈与の帰趨についても詳細な規定を置いている。夫(父)死亡後に卑属結合を締結できないまま再婚する妻(母)は、前婚時の「嫁資」に加え、亡き前夫から受領した「寡婦分widdum」等をそのまま再婚先に持参できるが(第12文³¹⁾)、再婚存続中、それらの「嫁資」や「婚姻故の贈与donatio propter nuptias」について「使用乃至収益abnutzung oder niessung」以上のことは為し得ないとされる。その後、再婚夫婦間に新たに嫡出の子が生まれることなく、妻が亡くなった場合には前夫の「婚姻故の贈与」

29) 「嫁資が、婚姻の締結に先立ち、あるいはまた、婚姻時に、その合意中に設定され約定されるのと同様に、上記嫁資は、いつでも、父や母、更には、夫、近親者、その他あらゆる縁者によって増額され得るものとし、例えば、父が娘に100グルデンの嫁資を与える場合、夫はその婚資から、他の者は他の財産あるいは現金から当該100グルデンの嫁資に分別を以て追加でき、その旨表明されたならば、当該増額分は100グルデンの嫁資と一括される。Glych als Eesür vor beschlusse der Ee in beredung derselben auch in zyt der Ee mag gesetzt geben unnd bestimpt werden, also mag auch die benant Eestür zu yeder zyt gemert werden von vatter und mutter, auch von dem eeman, gesipten frunden, und eyem yeden andern frembden also so der vatter syner dochter gebe Hundert gülden Eestür so mag der eeman vonn synem hyratgut, oder ein ander von andern gütern oder barem gelde zu dem hundert gülden eestür meer geben mit der bescheidenheit und ußgetruckten worden das solich merung mit sampt den hundert gülden Eestür syen und sein sollen.」
(Reformation, cxlii.r.)

30) Reformation, cxliii.r.

31) Reformation, cxliiii.v.

は「それらの本来帰属し由来する者dem sie gepüren von dannen sie kommen weren」によって承継されねばらず、再婚相手が亡くなった場合の妻自身の「嫁資」も同様とされている（第7文）。再婚それ自体のための嫁資や婚姻故の贈与については第1章から第3章までの規定が適用されることになるので（第9文³²⁾）、ここに言う「嫁資」とは、文脈上、再婚のために新たに供される嫁資ではなく、次の第8文に見える「初婚乃至前婚の妻としての嫁資der ersten oder vordern frauwen Eestüer」を指すはずである。それ故また、「それらの本来帰属し由来する者」が誰であるかは前婚時の夫婦財産契約に左右されるが、それぞれの出捐者である妻及び前夫の親や近親者ではなく、あるいは彼等と並んで、第一順位の法定相続人たる前婚の子等が承継する場合も当然あり得よう。再婚による子等が存する場合であっても、再婚相手が亡くなれば、「初婚乃至前婚の妻としての嫁資der ersten oder vordern frauwen Eestüer」は、再婚による子等が存しない場合と同じく、「前婚の子等、あるいは、当該嫁資が由来する側の子等の近親者等に遺されるuff die kinder der vordern Ee oder derselben nechstgesipten fründe der syten da solich Eestüer her kommen were hinderfallen」とされ（第8文³³⁾）、再婚した妻の死亡時における前夫からの「婚姻故の贈与」の帰趨も特に規定はないが同様と解される。これに対して、亡くなった再婚相手から妻であり子等の共通の母への「贈与乃至婚資 zugab oder hyratgut」については、前婚による子等が存命である限り、「前婚及び後婚の子等の間で均等に分割されるunder die kinder der vordern und nachgenden Ee glych verteilt werden」ものとされている（第8文）。

マインツ法との相違として更に注目されるのは、貴族でありながら市民権を保持する「都市貴族Edelbürger」の家産保護を徹底するために遺産先取分の設定を義務づける規定が置かれている点である。「生来もしくは紋章を許された都市貴族でその財産乃至資産が1000ライングルデン以上の者Edelburgern der geschlechte oder wapens genossen und deren güter oder habe reichen uff

32) Reformation, cxliii.v.

33) Reformation, cxliii.v.

Tusent gulden Rynisch und darob」が子を残して亡くなり、その妻が再婚に際して卑属結合を望むならば、「前婚乃至初婚の子等のために彼等の父方の全ての財産及び相続分が予め控除され彼等に相続されるべく留保される denselben vordern oder ersten kinden alle ir vatterlich gut und erbeil vor außgeting und vorbehalten werden zuerben」場合にのみそれは許されるとされている(第10文³⁴⁾)。勿論、「都市貴族」ではなく一般市民であっても、「1000ライングルデンTusent gulden Rynisch」以上の資産を残して亡くなれば、前述の後見人等の助成の中で、相続人たる前婚の子等のために遺産先取分が約定される可能性が高いが、この場合、それを最初から義務づける点で、ヴォルムス法はマインツ法よりも卑属結合に対して一層抑制的な態度を採っていることとなる。また、妻を亡くした夫が再婚と卑属結合を望む場合にも、「同様に gleycherweise」、亡き妻が「都市貴族」の家系に属し「1000ライングルデン」以上の資産を残しているならば、「前婚の子等に彼等の母方の財産及び相続分が全て遺産先取分に設定され留保されるden ersten kinden alle ir mütterlich gut und erbeil zuvoruss gemacht und vorbehalten」ことが卑属結合成立の要件とされている(第11文³⁵⁾)。第1文の立法趣旨にも明示されていた通り、ヴォルムス法は、富裕市民層に属する夫を亡くした妻の再婚と卑属結合を主に想定して、相続人である前婚の子等の困窮や父方の家産の流出といった弊害の回避を目指しているが、その一方で、寡婦のみならず寡夫再婚時の卑属結合も規制対象から排除されていないことはこの第11文から看取できる。前述の卑属結合の締結手続への規制も、寡婦再婚時の卑属結合を主たる対象としつつも、例えば第2文の「夫婦の内の一人が亡くなり von zweyen Eelüten ir eins tods abgeet」云々という言い回しにも示唆される通り、寡夫再婚時の卑属締結への適用を妨げない趣旨と解される。その上、富裕な「都市貴族」の死亡時には、遺産先取分の設定が強制される結果、卑属結合によって将来の均分相続へと持ち越されるものはせいぜい前婚中に取得された夫婦共有財産(いわゆる後得財

34) Reformation, cxliii.v.

35) Reformation, cxliii.v.

産)に留まり、卑属結合は家産保護の要請の前に事実上骨抜きとなるわけである。一方で、遺産が「1000ライングルデン」に満たない規制対象外の卑属結合は方式内容共に自由と言え、亡き父からさしたる遺産を得られなかった子等にとっても確かに有益であろうが、そのような事例は、「古き血統、商業、市民層die alten erlichen geschlecht hendel und burgerschafft」の保持を何より重んじるヴォルムス法にとってそもそも関心の埒外にあった。これに対して、マインツ法では、死亡配偶者の身分や遺産額は問われず、卑属結合による将来の相続対象に何を含めるかは、「遺産先取分」の設定の有無や範囲を含めて、死亡配偶者の家系に属する前婚の子等の後見人や近親者等の同意を得られるか否か、つまり、個々の事例における後見人等と再婚夫婦との間の交渉に広く委ねられているのである。

卑属結合の要件と効果を一括して定めるマインツ選帝侯領裁判所規則とは異なり、ヴォルムス改定都市法では、卑属結合に基づいて将来発生する相続の内容そのものについては、無遺言相続について定めた第4巻第4部の第4章「卑属結合の約定によって相続人とされた嫡出ではあるが実子ではない子等は如何にして相続するのかWie elich und nit naturlich kinde die durch beredung Einkintschafft Erben gemacht sind erben mogen」で扱われている。それによれば、前婚による子等が継父乃至継母を再婚後の子等と共に「彼等全てが嫡出の子であるかのように均等にzum glychem teyl als weren sie alle glych von irer beider lyben kommen」相続するが(第1文³⁶⁾、そのような相続の効力が「継父または継母の近親者irer gemachten vatter oder mutter gesipten fründe」にまで及ぶことはなく(第2文³⁷⁾、また、結合関係にある異父母兄弟姉妹が相互に相続し合うことも、「共有関係gemeinschaft」に入って互いの遺産の「分割verteilung」に与ることもないとされる(第3文³⁸⁾。この卑属結合による相続の根幹はマインツ法でもそのまま踏襲されている(第9文、第11

36) Reformation, xciii.v.

37) Reformation, xciii.v.

38) Reformation, xciii.v.

文、第12文)。しかし、継父乃至継母が実親のごとく前婚の子等を相続できる点(第10文)や、特約があれば異父母兄弟間でも尊属や同父母兄弟間と同順位での相続が容認される点(第12文)は、ヴォルムス法には特に規定は見当たらず、マインツ法において新たに導入されたようである。前者は再婚夫婦に卑属結合締結を促す動機づけの一つとなるであろうし、卑属結合に基づく相続の範囲を拡張する後者も卑属結合の利便性をむしろ高めることになる。前述のように死亡配偶者の身分や遺産額を問わず一律に捉える点も含め、マインツ法がヴォルムス法に比べて卑属結合の慣行に好意的に見えるのは、都市市民層のみならず農民層を含めたより広範な階層における卑属結合の頻繁な利用という現実が立法に反映されているからであろう。ただし、ヴォルムス法では、卑属結合締結後に、「前婚による子等*die ersten kinder*」が先に亡くなった実親の「縁者乃至親族*fründen oder gesipten*」から何かしらの遺産を承継した場合、「彼等が未だ25歳に達しておらず、あるいは、未婚であるため、依然継父の親権に服している*noch under Fünff und zweyntzig iaren alt. oder noch nit in elichem stande. und in gewaltsam ires gemachten vatters wern*」限り、継父は卑属結合を根拠に当該遺産を「使用し収益する*gepruchen und niessen*」ことができるとされ(第4文³⁹⁾)、継母についても同様とされる(同文末尾)。再婚相手が卑属結合の効力の一つとして許されたこの用益権を見込んで卑属結合の締結に踏み切る場合もあったと考えられるが、遺産の「所有権*eigenthum*」は「前婚の子等」に留保され、成年時や婚姻時には直ちに返還されねばならず、再婚後に生まれた継父乃至継母の実子等はそこに如何なる権利も取得し得ないので、その魅力は、マインツ法における継父乃至継母の相続権を凌ぐとまでは言い難い。

39) Reformation, xciii.v.- xciii.r.

II

ヴォルムス法に更に先行する立法例はフランクフルト＝アム＝マインにおいてみられる。一つは1463年の「市参事会Rat」の布告⁴⁰⁾である。それによれば、当時、卑属結合は、「市参事会員等の面前で都市の印章の下に承認される vor des Ratsfreunden und unter den Sted Insigel bestettigt」場合と、そのような都市当局の承認を得ないまま締結される場合とが併存していたようであり、これを是正する意図を以て当布告は発せられている。具体的には、今後締結される卑属結合について、「帝国都市裁判所Richsgericht」において前婚の子等の「後見人Mompar」を選任した上で、当該後見人と共に「市書記局 Stedteschreiberey」で卑属結合を締結し「市参事会員Rats frund」の認証を得ることが再婚夫婦に義務づけられた。ここに言う「後見人」は子等の「最近親者等nesten frunden」から優先的に選任され、卑属結合の締結には、前婚の子等の相続上の利益を代弁する「後見人」の同意を得ることが必須とされたのである⁴¹⁾。

40) Anmerkungen, 182.引用は『フランクフルト・アム・マインのいわゆる改定都市法の必須かつ有益と解される注記集統編第二Nöthig=und nützlich=erachteter anmerkungen uber die so genannte erneuerte Reformation der Stadt Franckfurt am Mayn zweyte Fortsetzung』[1744年]に収められたテキストによる（布告全体の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法（1）」参照）。なお、ほぼ同一のテキストは、Armin Wolf (Hg.), Die Gesetze der Stadt Frankfurt am Main im Mittelalter (1969), 359, Nr.268.に、15世紀半ば以降フランクフルトの都市書記官を務めたヨハネス・ベヒテンヘンネJohannes Bechtenhenneをはじめとする人々によって書き継がれた都市法典集の写本に基づき収録されている。

41) なお、この1463年の布告は卑属結合を<Einkindgemacht>や<Einkind>と称しており、この時期、少なくともフランクフルトでは、<Einkindschaft>という名称は未だ流布していなかったようである。同布告を収めた写本でも、<Einkinde>という表現について後に16世紀に入ってから欄外で<Eynkindschafft>と訂正されたようである（Wolf, Die Gesetze, 354, Anm.a.）。<Einkinndshafft>の使用例の初出とされるのは（Meyer, Die Einkindschaft, 17.）、フランクフルトの上級鑑定裁判所

フランクフルトにおける卑属結合についてはもう一つ、ローマ=ドイツ王マクシミリアンMaximilianの特許状(1494年)⁴²⁾が注目される。そこに要約された「フランクフルトの市長及び市参事会Burgermeister und Rate der Statt Franckfurt」の「嘆願diemütig Bete」によれば、同市では、「夫婦が互いに子等をさずかり嫁資乃至反対贈与を得ていて、一方が他方より先に亡くなり、存命者が再婚し、その相手にも嫡出の子等が存する場合、夫婦財産契約の締結に際して、彼等双方の子等は、彼等が後にもうけるかもしれない子等と共に、彼等が互いに持参する資産や財産について、彼等の嫡出の子であるかのように、共に承継し均等に相続する旨約定され、また同様に、昨今では、亡くなった配偶者との間にもうけた子等が存命である者が、子のいない者と再婚する場合にも、夫婦財産契約中に、連れ子等が彼等に今後うまれるであろう子等と共に上記の通り均等に相続する旨明記されており、子等は全て、当局と彼等の財産受託者や近親者等の許可の下に整えられた当該取決めを遵守する義務を負い、それによって、多くの者が家産に留まり、夫婦は互いとその子等を引き続き扶養することになるEelewt Kinder beyinander überkommen, und derselben

Oberhofの参審人団による1485年の回答(「Actum Sabatho post Mariae Magdalene マグダラのマリアの祝日 [7月22日] 後の日曜日 [24日] の回答記録」)であり、そこには、「当該卑属結合の締結に際しても読み上げられた証書に従い依然公正なものとされた由である sollte auch by solicher einkintschaft machung nach lute deß verlesen briefs billich bliben」、あるいは、「卑属結合の締結は、当地の慣行と法にその旨あるにもかかわらず、彼等の父母双方の家系の最近親者によって為され合意されてはいない sy die eynkyntschaft machung, deßhalb als deß landes gewonheit unnd recht sy, durch ire nehsten sipfrunde von vattern und muttern siten nit gemacht und bereddt worden」とある(Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt am Main und das fränkische Recht in Bezug auf denselben [1841], 574.)。ここで「当地の慣行と法 deß landes gewonheit unnd recht」として念頭にあるのは、「結合される子の両親双方の家系の最近親者 derselben Einkinde von beeder seite nesten frunden」を後見人に選任し卑属締結に関与させる1463年の布告であろう。

42) Privilegia dess heyligen Reichs Statt Franckfurt am Mayn(1614),378-380; Anmerkungen, 670-671.特許状全文の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(1)」参照。

Egemechit, eins vor dem andern mit Tod abgeet, und darnach das Lebendig, zu der andern ee greiffet, gegen einer Person, die auch eeliche Kinder hab; das dann in Besluß der Heurat verordnet, daß dieselben irer beyder Kinder, mit den Kindern, die sie elich mit einander geperen, in ir beyder Haab und Güter, so sie zusammen bringen, und beyeinander überkommen, gleich erben, als ob solch Kinder alle von ir beider Leib geporen weren, deßgleichen werde es zu Zeiten gehalten, wo sich eine Persone, die elich Kinder bey seinem abgestorben Gemahel geboren, lebendig hab, mit einer andern, die mit Kinder hat, verheytrat, daß auch in der Heyrath ausgedruckt, daß die zugebrachten Kinder, mit den Kindern, die sie etlich beyeinander überkommen, obberrürter massen, gleich erben, und das darauf die Kinder alle, solch Geding, wo das mit Verwilligung der Oberkeit, und irer trewn Henderr und nechsten Freunden, beschicht zu halten, schuldig sein, dardurch manch Persone, bey hewßlichen Wesen beleibe, und sich selbs und seine Kinder dest statlicher ernere」とされていた。ここでは「卑属結合」という文言こそ用いられていないが、再婚夫婦の双方あるいは一方に前婚による子等の存する場合に、再婚後に生まれるであろう子等との均分相続が約定されるその内容は「夫婦財産契約 Heyrath」の一端として締結される卑属結合に他ならず、「当局と彼等の財産受託者や近親者等の許可 Verwilligung der Oberkeit, und irer trewn Henderr und nechsten Freunden」は、30年前の前述市参事会の布告によって義務づけられた手続に当たる。この卑属結合に関する都市固有法の効力について裏付けを得ることが嘆願の目的であり、マクシミリアンは、「フランクフルトの帝国都市裁判所の裁判長や参審員等 Schulteisen und Schöffen des Reichsgericht zu Franckfort」に従前通り卑属結合の「契約や慣行 Contract und Gebrauch」を許可しその旨宣言する「完全な権限と権能 vollkommen Macht und Gewalt」を将来にわたって与える旨すべて当該嘆願に込めている。その際にあらためて確認されたのが、「存命の子等の父方母方双方の財産受託者や近親者等の許可の下に行われる限り wann die mit Verwilligung der lebendigen Kinder,

trewenhender und nechster Freunden beschehen」との条件である⁴³⁾。また、特許状では、後見人乃至近親者等の同意と当局の許可それ自体とが区別されているだけでなく、「子等の利益となり、子等に顕著な不利益や損害のない限り das es denselben Kindern Nutz, und nit besunder nachtheil oder Schad sey」という判断基準にまで言及されている。特許状は、1463年の布告以降フランクフルトで運用されていた手続⁴⁴⁾を対外的にも正当化するものであり、「卑属結合」という部外者には耳慣れない概念が用いられなかったのもそのためである

- 43) 前婚の子等が既に成熟し、あるいは、成年に達している場合には、後見人や保佐人の選任は不要であり、未成熟未成年時の場合との均衡上、当然に、子等自身の同意が求められることになろう。ただし、成年の子等が、亡き親の遺産の承継と分割ではなく、敢えて卑属結合を選択し相続を先送りする事例は実際には少なかったものと解される。未成熟未成年の子等を抱えた夫婦が「互いとその子等を引き続き扶養する sich selbs und seine Kinder dest statlicher ernere」という事例があくまで卑属結合の典型として想定されているのである。1463年の布告が子等の「未成年」と「成年」何れの場合も想定しているとの理解 (Meyer, Die Einkindschaft, 29.) も存するが、少なくとも布告の文言上に根拠は見当たらず、特許状についても同様である。
- 44) 1463年の布告を取めた写本では、「手配できた者を後見人に選任すべきである。それが為されたならば、父母は die sie gehaben mochten, monpar setzen und machen. So das also gescheen ist, alsdan sollen vatter und mutter」との一節について、「後見し監督させるために手配した者を帝国都市裁判所において財産管理人もしくは後見人に選任し、それが為され、子等の財産管理人と最近親者等の同意の下、帝国都市裁判所の裁判長と参審人等によって許可され、子等にとって有益であると判断されたならば、父母は云々。以下条文続く。die sie haben mochten, zu furmondern, versehern, truwenhender und mompar an desz richs gericht setzen und machen, so dasz also gescheen und mit verwilligunge der kynder truwenhender und nehsten frunde durch schultheisz und scheffen des richs gericht zugelaissen und den kynden nutzlich syn erkant ist, alsdann sollen vatter und mutter etc. Continuando artickulum.」と敷衍する記述が見える (Wolf, Die Gesetze, 359, Anm.b.)。これによれば、後見人と最近親者の同意、裁判官等の許可と有益性の確認までが「帝国都市裁判所」における手続であり、「市書記局」では市参事官員面前での締結の儀式と契約内容の登録が為されていたことになる。

う。いずれにせよ、15世紀後半のフランクフルト法は後のヴォルムス法やマインツ法とほぼ同等の規制を既に卑属結合の慣行に対して加えていたのである⁴⁵⁾。

周知の通り、1495年のヴォルムス帝国議会で帝室裁判所規則が發布され、フランクフルト＝アム＝マインに帝室裁判所が置かれたが、ローマ＝ドイツ王マクシミリアン（1509年皇帝即位）と帝国等族間の利害対立や財政難により、その所在地は、その後、ヴォルムス、ニュルンベルク、レーゲンスブルク、シュパイヤー、エスリンゲン等の諸帝国都市を転々とし⁴⁶⁾、1527年以降漸くシュパイヤーに定着する。その間、ヴォルムスには計三度にわたって帝室裁判所が置かれ、最初の所在地フランクフルトから移転した1497年から1499年までがその一度目に当たり、まさに前述のヴォルムス改定都市法の成立時期に重なる。ニュルンベルク改定都市法Reformacion der Stat Nüremberg(1479年)に続いて、固有法と学識法の融合あるいは連結を図ったヴォルムス法の成文化が、フランクフルトから移ってきた帝室裁判所の陪席判事や弁護士等の学識法曹の直接間接の影響の下に遂行された可能性は十分に考えられる⁴⁷⁾。しかも、彼等は、学識法だけではなく、旧任地フランクフルトの固有法の知識をもヴォルムスに携えてきたはずである。マクシミリアンの特許状は、その後段において、フラン

45) 写本に収められた1463年の布告のテキストの末尾部分（「都市の特許状と古来の慣習に従い lude der stat privilegien und alter herbrachter gewonheit」）には、「この度参審人会での聴聞を経て変更された Gehört numehr vor den schöffenrat und ist geendert.」と欄外に注記されており（Wolf, Die Gesetze, 354, Anm.c.）、当該箇所が特許状授与を受けた追加であったことが分かる。

46) さしあたり Hausmann, Die wechselnden Residenzen des Reichskammergerichts bis Speyer, in: Diestelkamp (Hg.), Das Reichskammergericht (2003), 241-251. 参照。また、帝室裁判所設置当初の所在地の変遷に関する同時代の一般的理解は、例えば、ピエール・ドネ Pierre Denais (ペトルス・デナイシウス Petrus Denaisius: 1560-1610年) の『帝室裁判所法 Jus Camerale』(1600年初版)の第6版(1625年)以降に付されたヴォルムスの法律家「G. W.」による「帝室裁判所名士録 Iudicii Camerae Imperialis personae」の冒頭(同版854頁)の表に見ることができる。

47) Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, Zweite Abtheilung (1864), 332.

クフルト市民以外の帝国諸身分が卑属結合の慣行の適用を受けることはない旨、罰金の制裁を以て明言しており⁴⁸⁾、卑属結合が帝国法とは異質の地域固有法に属することが強調されている。同様の慣行を有し、恐らくはフランクフルト以上にその弊害に悩まされていたヴォルムス市当局による立法に帝室裁判所の関係者が何かしら関与協力したとすれば、特許状による裏付けを得たフランクフルト法についても情報提供があったであろう。

都市法改定Reformationの潮流はその後フランクフルトにも波及し、「神聖ローマ帝国の主屋フランクフルト・アム・マインの改定都市法Reformation der Stat Franckenfort am Meine des heiligen Romischen Richs Cammer」が1509年に制定公布されている。ただし、その内容は、ヴォルムス法のような包括的なものではなく、裁判手続を中心とするもので、立法による対処を要する訴訟事案であった遺言、無遺言相続、夫婦財産制、質・抵当、保証、後見・保佐等に関する諸規定を便宜的に中間部に挟み込んでいるにすぎない。15年前に特許状を得た卑属結合に関する規定も含まれておらず、本来であれば卑属結合による対処が想定されるはずの実親再婚時の子等の相続に関しては、夫婦財産制に関する一連の規定の末尾に、「複数の婚姻から生まれた子等は如何にして相続するべきか：再婚あるいはそれ以上の婚姻から生まれた子等が如何にして両親の財産を相続すべきかについてDe liberis ex diversis matrimoniis procreatis qualiter succedere debeant. Von den kindern uss zweyen oder me ehe geboren wie die in jrer altern güter erben sollen.」との表題で計六つの条文が置かれている。それらの諸規定の置かれた趣旨は「再婚による子等die letsten kinder」の相続上の利益の確保である（第1文⁴⁹⁾）。その際、「前婚による子等が父母の死亡後にあらゆる不動産を持ち

48) Anmerkungen. 671.

49) 「また同じく、従来、夫婦の一方が先に亡くなり子等を残し、その後、存命配偶者が再婚し、再婚中に更に子等をもうけた場合、前婚による子等が父母の死亡後にあらゆる不動産を持ち去ってしまうのが慣行であり通例であったため、再婚による子等がその父あるいは母から何も得られず相続できないという事態が近時生じている。

Item als bißher bruch und ubung gewest / das so under eleuten eins zu erst mit

去ってしまうdie ersten kinder nach abgang vatters unnd muter alle ligende gütere hynweg genommen」という「慣行bruch」が問題視されているが、これは、死別時に夫婦保有の不動産全てが子等に確保され、存命配偶者の不動産についても処分を禁じ、再婚時にはその用益権さえ奪ういわゆる「卑属帰属 Verfangenschaft」を指すものと解される。卑属結合が、元々、この「卑属帰属」の弊害（不動産を失った存命配偶者の再婚機会の減少）を緩和する役割を果たしていたのだとしても、「卑属帰属」それ自体が、この1509年の都市法改定によって、明示的に廃されている（「夫婦の一方が亡くなった場合の財産の帰属についてDe bonis cedendis uno ex coniugibus praemoriente」Reformacion, xxi.v.）。他方、卑属結合も、その締結時に「前婚による子等die ersten kinder」のために約定される遺産先取分が多ければ多いほど、再婚後の資産状況によっては、将来の相続時に「再婚による子等」の相続分を圧迫し、不利益をもたらし得るが、過剰な遺産先取分を伴う卑属結合に再婚相手が同意する可能性はそもそも低い。ヴォルムス法やマインツ法が「前婚による子等」のために卑属結合を規制しているのに対して、フランクフルトの新法は、「卑属帰属」廃止後の「再婚による子等」の利益保護を明示すると同時に、卑属結合の役割の終焉を織り込んでいたとも考えられる。新法がそこですまず命じたのは、先に亡くなった実親の「不動産ligende gütere」及び「不動産に由来するために不動産と見なされる財産die dar für geacht werden / von ime dar kommen」を全て、先に定められた遺言や無遺言相続の準則に即して承継させることであった（第2文⁵⁰）。これを「卑属帰属」廃止に対応する一種の強行法と捉える限り、もは

tod abgangen ist / und kindere nach im verlassen / und dann dar nach das letstlebende sich widderumb in die zweyte ehe verandert / und in der selben zweiten ehe auch kinder vberkommen hat / Und aber die ersten kinder nach abgang vatters unnd muter alle ligende gütere hynweg genommen / dar durch zu zeiten kommen / das den letsten kindern von irem vatter oder muter nichts worden oder ererbt haben.] (Reformacion, xxvii.v.引用は1509年マインツ刊のテキストによる。)

- 50) 「そこで我々は、夫婦の内、夫が先に亡くなり子等を残した場合、不動産、及び、不動産に由来するために不動産と見なされる財産は何れも全て、先に様々に定める

や卑属結合によって家産たる世襲不動産の相続を先送りする余地はない。存命配偶者が再婚した後、再婚相手が亡くなったならば、「再婚による子等」がその再婚相手の遺産を実子として相続し、存命配偶者自身が亡くなれば、「前婚による子等」と「再婚による子等」双方の実親である以上、その遺産は「双方の子等の間で均等に分割される *under beiderley kindere gleichlich geteilt werdenn*」ことになる(第3文⁵¹⁾)。何れにせよ、「普通法の規定に従って *nach ordnung gemeiner rechten*」相続が生じるのであって、死別と再婚を何度繰り返しても同じ理屈が妥当する(第4文⁵²⁾)。嫁資や婚姻故の贈与のように夫婦が互いに婚姻時に持参乃至約束する財産や、婚姻中に取得された夫婦共有財

れた通りに承継されるものと命じ定める。So ordenen und wollen wir / das / wo under elüten der man zu erste mit tod abgeen / und kinder nach im in leben verlassen würde / das alle und iegliche ligende gütttere / unnd die dar für geacht werden / von ime dar kommen / wie hieuoer underschidlich geschriben stet fallen sollen.」(Reformacion, xxvii.v.)

51) 「そして、母が再婚し再婚した夫との間に更に子等をもうけた場合、その子等はその父の不動産及び見なし不動産に加えて動産の半分を優先して分割され排他的に相続し、母の財産については、彼女が前婚並びに後婚の子等の母であるが故に、双方の子等の間で、普通法の規定に従い、均等に分割されるものとする。また、妻を先に亡くし再婚した夫の財産についても上記と同様に解されるものとする。Und so sich dann die selbe muter zur zweyten ehe verandern / und mit dem selben zweiten man auch kinder gewynnen würde / So sollenn die selben kinder ires vatters ligende gütttere / und dar für geacht / unnd die helffte der farende habe / jnen vormals zugeteilt / allein erben / unnd die mütterlichen güter / dwyl die selb frauwe ein muter ist / der ersten und letsten kindere / sol under beiderley kindere gleichlich geteilt werdenn / nach ordnung gemeiner rechten. Des gleichen sol es auch gehalten werdenn in des mans gütern / so das weib zu erst abgeen / und der man sich widderumb in die zweiten ehe verandern würde wie oblut.」(Reformacion, xxvii.v.)

52) 「更に、夫婦の一方が第三の婚姻あるいはそれ以上の婚姻を為す場合もそのように解される。Es sol auch solichs gleichmessig gehalten werden / ob eins ferner zur dritten ehe oder wyther gryffen / und sich verandern würde.」(Reformacion, xxviii. r.)

産(後得財産)についても同様である(第5文⁵³⁾)。「前婚による子等」と「再婚による子等」双方の実親が亡くなった場合、先に見た通り、子等の相続分は均等であり、再婚相手がお存命であるならば、その者は「前婚による子等の継父もしくは継母 der stift vatter oder stift muter der ersten kindere」にすぎない以上、その子等が亡くなった実親から相続すべき分を直ちに承継させねばならないが、「再婚による子等」、つまり、自らの実子でもある彼等の相続分については「用益権 ususfructus」を保持するものとされる(第6文⁵⁴⁾)。ここに言う「用益権」は夫婦財産制の準則に従った寡夫乃至寡婦の終身用益権にすぎず⁵⁵⁾、ヴォルムス法やマインツ法が卑属結合の効力として「前婚による子等」

- 53) 「ところで、何を以て前婚の財産あるいは後婚の財産と見なされるべきかは、先の定め及び規則の区別に則って判定識別でき、夫婦が前婚において持参し前婚中に取得したものは前婚の財産とみなされ、再婚時に持参され再婚中に取得されたものは再婚の財産とみなされるべきではあるが、相続に関しては上に定めた通りに解するものとする。Was aber für güter der ersten ehe / oder der andern ehe verstandenn sollen werden / mag man uß underscheit hieuoergeschrieben satzung und ordnung abnemen und erkennen / Dan was gütere zwey eleut in der ersten ehe zusammen brengen / und darin erobern sollen / für güter der ersten ehe geacht werden / und die gütere in die zweite ehe bracht / und darinne erobert / sollen für gütere der zweiten ehe geacht werden / doch mitt dem erbfall gehalten werden wie obgemelt.] (Reformacion, xxviii.r.)
- 54) 「そして、上記の場合に、再婚あるいは第三の婚姻あるいはそれ以上の婚姻を為した存命配偶者が亡くなったならば、前婚による子等の継父もしくは継母は、実父もしくは実母からの相続としてそれらの子に認められる分は直ちに承継させ、自己の子等に認められる残りの分については用益権を有する。So auch in obgemelten fellen das letstlebende / so sich in die zweite oder dritte ehe / oder wyther verandert hett / mit tode abgeen würde / So solle der stift vatter oder stift muter der ersten kindere / so vil den selben kindern uß irem vetterlichen oder mütterlichen erbfall gepürt von stundt folgen lassen / Und in dem andern teil so seinen kindern gepürt usumfructum behalten.] (Reformacion, xxviii.r.)
- 55) 当時、夫婦死別時の終身用益権は、個々の夫婦財産契約上の約定や遺贈を待つまでもなく、既に原則化慣行化していた。このフランクフルトの改定都市法においても、例えば、「先に亡くなった配偶者の財産の帰属について：先に亡くなった夫婦の一方の財産の帰趨について De bonis cedendis uno ex coniugibus præmorie. Von den

との関係で容認した財産管理権あるいは尊属相続権などとは比べるべくもない。そもそも卑属結合は再婚時の夫婦財産契約の一端として締結されていたわけであるが、その夫婦財産契約一般に関する規定は、その冒頭（「嫁資合意証書について：夫婦財産契約書についてDe litteris dotalibus. Von brutlauff brieffen.」第1文⁵⁶⁾）、「相続は特約乃至合意に基づいてもたらされるべきでは

fallenden gütern so eyns von den elüten zuuor mit tod ab get.」の第2文に、「それら全ての場合において、先に亡くなった者が遺した不動産や不動産と見なされる財産は確かに全て子等の所有に帰すべきではあるが、存命配偶者はそこに用益権を保持するものと我々は命じ定めるIn allen solchen fellen / Ordenen / setzen / unnd wollen wir / das allein des vorigen verstorben nachgelassen ligende gütere / und das so für ligende gütere geacht sol werden den kindern der eygenthumb gentlich ufferstorben sol sein / doch dem letstlebende sein usum fructum daran fürbehalten.」(Reformacion, xxi.v.)とあり、「婚姻存続中に取得された財産とその相続について：夫婦が婚姻存続中に取得した財産、及び、それらが如何に帰属するのかについてDe bonis constante matrimonio quesitis et successione eorundem. Von den gütern so man und weib in stender ehe uberkommen unnd wie die fallen sollen.」の第2文にも、「また、夫婦の一方が亡くなった場合、上に述べた仕方取得した財産[第1文により婚姻中に取得し夫婦共有となる不動産]は、子等の存する限り、その半分の所有権については子等に、残りの半分は存命配偶者に帰属しもたらされるが、子等の分について用益権が存命配偶者に保持されるものとするItem so dann vnder elüten eins mit tode ab geet / sollen solche gütere der massen wie yetzo erlut erobert / wo kinder in leben weren / der eygenthumb halb uff die kinder / und der eygenthumb des andern halben teils uff das letstlebende fallen und ersterben / Doch dem letstlebenden usumfructum an der kinder teil für behalten.」とある(Reformacion, xxiii.v.)。

- 56) 「ところで、従来、夫婦財産契約書には、嫁資と婚姻故の贈与、すなわち、妻が持参する贈与と夫が妻に対して反対に持参しあるいは約束する贈与について約定されるだけでなく、双方に由来するあらゆる財産及び相続についても合意や特約が為されてきた。しかし、相続は特約乃至合意に基づいてもたらされるべきではなく、自由に遺言を為す意思がそれによって奪われるべきでもない。それ故、我々は、今後、夫婦財産契約におけるこの種の合意や特約は、嫁資と婚姻故の贈与、つまり、夫婦双方の贈与以外に及んではならないものと命じ定める。Dwyl aber bißher in brutlauff brieffen nit allein de dote et donacione propter nuptias / das ist von der zugiffit so die frauw brengt / unnd der zugiffit so der man dem wyb herwider bringt

なく、自由に遺言を為す意思がそれによって奪われるべきでもないdie erbffelle nit uß geding oder pacta kommen sollen / und auch der fryhe wille zu testiren den elüten da durch benommen würt」との理由で、「嫁資と婚姻故の贈与dos et donacio propter nuptias」以外の夫婦の財産やその「相続erbffelle」について「合意や特約pacta und geding」を為すことを明確に禁じている。既に亡くなった前夫乃至前妻の遺産は卑属結合を介して異父母兄弟姉妹による均分相続へと持ち越されるが、再婚時の夫婦財産契約を念頭に置く限り、本規定に言う「双方に由来するあらゆる財産allen gütern und erbffellen so von beider syten herrüren」から当該遺産を除く解釈も確かに可能であろうし、卑属結合自体が明文を以て禁じられているわけでもない。しかし、ローマ法由来の相続合意無効という論拠⁵⁷⁾自体は、前夫乃至前妻の遺産を再婚相手の遺産と一括して子等に相続させる卑属結合ともやはり相容れないように見える。布告に加え特許状によって強固な裏付けを得たかに思われた卑属結合の慣行は、新法の下、「再婚による子等」の利益を図る諸規定を前に動揺し、見方によっては原理的にも否定されたとさえ言える⁵⁸⁾。

/ oder verschrybt / meldung bescheen / Sunder auch von allen gütern und erbffellen so von beider syten herrüren / pacta und geding uffgericht sein. Und aber die erbffelle nit uß geding oder pacta kommen sollen / und auch der fryhe wille zu testiren den elüten da durch benommen würt / So ordenen und wollen wir / das hinfür solche pacta und geding in brutlauff brieffen sich wyther nicht dan ad dotem et donacionem propter nuptias / das ist zu beyden zugiften erstrecken sollen.]

(Reformacion, xxvi.v.)

- 57) 当時、学識法上の常套論拠locus communisと化していた「合意によって相続は生ぜずhereditas non datur pactis」という命題は、まさに相続目的の夫婦財産契約（「嫁資合意pacta dotalia」）に対する消極的評価という文脈において、「相続が遺言によってもたらされるhereditas testamento datur」ことを強調し（C.5,14,5.）、「遺言作成の自由libertas testamenti faciendi」を尊重する（C.2,3,15.）ところで由来する。この点については拙稿「相続と嫁資合意（1）」（獨協法学第92号）参照。
- 58) それ故、「1509年の改定都市法が卑属結合について定めていないのは、少し前の1494年に皇帝特許状を通じて卑属結合の有効性が是認されていたからにすぎない」（Coing, Die Frankfurter Reformation von 1578 [1935], 77.）とか、「他の夫婦財産法と同じく、卑属結合契約も、その有効性について都市は1494年に皇帝特許状により

その一方で、慣行の維持を前提としたヴォルムス法とマインツ法の間を繋ぐ立法例として見落としてはならないのが、オットー系ナッサウ家のディレンブルク伯ヴィルヘルム Wilhelm 1 世(在位1516-59年)、ヴァルラム系ナッサウ家のザールブリュッケン伯ヨーハン＝ルートヴィヒ Johann-Ludwig(在位1472/90-1545年)、同じくヴァルラム系ナッサウ家のヴィースバーデン＝イトシュタイン伯フィリップ Philipp 1 世(在位1511-58年)⁵⁹⁾の連名で公布されたナッサウ伯領裁判所規則 Gerichtsordnung der Graveschafft Nassaw である。この内、帝国西端のロートリンゲン公領に接するナッサウ＝ザールブリュッケン伯領はラインフランケン地方から外れているが、残る二つのナッサウ伯領は同地方に属しマインツ選帝侯領と接する関係にある。ライン川支流ラン川を挟んで北から南に広がるヴィルヘルム 1 世の所領で本規則の適用が想定されているのは、序文においてナッサウ＝ディレンブルク伯ではなく「ナッサウ＝カッツェンエルンボーゲン＝ディーツ伯 Graff zu Nassaw / zu Katzenelnbogen und zu Dietz」⁶⁰⁾を名乗っていることから見て取れるように、ラン川の南側一帯、

是認を得ていた以上、概ね異論なく有効であり続けた」(Ders, Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main, 2. Auflage [1962], 137.) といった観方には、「卑属帰属」の廃止 (Die Frankfurter Reformation von 1578, 70-71.) との関連も含めて、再考の余地があろう。なお、卑属結合を遺言の自由や相続合意無効といった学識法的諸原理と調和させる試みについては、卑属結合に関する詳細な規定を置くに至った1578年のフランクフルト再改定都市法も含めて、後述IV及びVを参照。

- 59) ナッサウ家は、ハインリッヒ2世の子ヴァルラム2世とオットー1世を祖として二系に分かれ、ヴァルラム系ナッサウ家からは、ヴァルラム2世の子アドルフがローマ王に即位した他(在位1292-98年)、14世紀後半から15世紀後半にかけて計四名のマインツ大司教が輩出されており、マインツ選帝侯領裁判所規則を制定したブランデンブルク家のアルブレヒトから数えて六代前の大司教アドルフ2世(在位1461-75年)は、ナッサウ＝ヴィースバーデン＝イトシュタイン伯フィリップ1世の大叔父にあたる。
- 60) ヴィルヘルム1世の母は、ヘッセン＝マールブルク方伯ハインリッヒ3世とカッツェンエルンボーゲン家のアンナとの間に生まれた長女エリーザベトであり、父ヨーハン5世(ナッサウ＝ディレンブルク伯在位1475-1516年)に続いて、ヴィルヘルムも即位と共に、祖母アンナの父フィリップ1世の死去で1479年に男系の絶えていたカッツェンエルンボーゲン伯領の継承を主張し、同じく同伯領継承を主張するヘッセン方伯フィリップ1世(在位1509-1567年)と争う。1557年のカッツェンエルンボーゲン

タウヌス山地を挟んで、マインツ選帝侯領に属するライン川右岸丘陵地帯（ラインガウ⁶¹⁾）に接する地域であり、フィリップ1世の所領イトシュタインはラインガウの東北のタウヌス山地に位置し、その南のヴィースバーデンはラインガウに接し、ライン川を挟んでマインツに臨んでいる。ナッサウ伯裁判所規則の成立時期ははっきりせず、公刊されたテキストでそのコロフォン（奥付）から出版年がはっきりしているのは、1535年にヴォルムスのゼバスティアン・ヴァグナー-Sebastian Wagner(生没年不詳)⁶²⁾の工房で印刷された版であるが、もう一つコロフォンを欠いた出版年不明の版が存在する。この版は一般にマインツのヨーハン・シェーファー-Johann Schöffer(?-1531年)⁶³⁾の工房で1530年頃に印刷されたものと推定されており⁶⁴⁾、同じ工房で1509年に印刷されたことが確認できる前述フランクフルト改定都市法のテキストの活字や組版等との特徴の一致から見ても妥当な推定と言える。そうであるとすれば、このナッサウ伯領裁判所規則は、三名のナッサウ伯の内でも最も即位の遅いヴィルヘルム1世の即位した1516年以降、1531年にヨーハンが亡くなり甥のイーヴォ・シェーファー

協約に至る両者の継承争いについてはMünch, Geschichte des Hauses Nassau=Oranien, Dritter Band (1833), 282-305.参照。なお、同書にはナッサウ伯領裁判所規則の全文も付録として掲載されているが(335-365.)、領邦改革の一端として一言されるだけで、その制定の経緯や法令の内容については全く言及がない(325.)。

- 61) 現行の行政区画で言えば、ラインガウは、ヘッセン州のラインガウ＝タウヌス郡の南側に相当し、イトシュタインは同郡北東に位置する。卑属結合の慣行は、このラインガウと、ライン川対岸の位置し、フランクフルトと同様に上級鑑定裁判所Oberhofを擁する帝国村インゲルハイム（14世紀後半以降皇帝の質入れによってプファルツ選帝侯の支配下にあった。現在、ラインラント＝プファルツ州のマインツ＝ビンゲン郡の郡庁所在市）を中心に生成定着していった。インゲルハイム法における卑属結合についてはGudian, Ingelheimer Recht im 15. Jahrhundert (1968), 212-216.参照。
- 62) Reske, Die Buchdrucker des 16. und 17. Jahrhunderts im deutschen Sprachgebiet, 2. Auflage (2015), 1108-1109.
- 63) Reske, Die Buchdrucker, 638-639.
- 64) Verzeichnis der im deutschen Sprachbereich erschienenen Drucke des 16. Jahrhunderts (VD 16), N 155.

Ivo Schöffer(?-1555年)⁶⁵⁾に工房が引き継がれる以前、従ってまた、マインツ選帝侯領裁判所規則に先立って、制定公刊されたことにならう⁶⁶⁾。

ナッサウ伯領裁判所規則は、文字通り裁判手続全般について規定した後、その末尾において、相続、卑属結合、夫婦間贈与、不動産売買の四つの項目を扱っている。「相続及び遺産分割について Von etlichen erbellen und erbtheylungen」と題された章の第2文⁶⁷⁾では、寡婦が再婚を望む場合、夫婦

65) Reske, Die Buchdrucker, 641-642.

66) ナッサウ伯領裁判所規則は、アーブラハム・ザウア Abraham Saur(1545-93年)が編集した『著名裁判所規則集第2巻 Fasciculi iudicialii ordinis singularis das Ander Theil』(1589年)にも収録され(109-131.ただし相続や卑属結合等に関する末尾部分では省略)、「1498年に公布 anno 1498 publiciert」とされているが明らかに誤りであり、テキストの綴りを見る限り、ヴォルムス版に基づいたものと解される。これに対して、前注60で言及したやはり出典不明の19世紀前半の再録テキストは、逆に、マインツ版に由来するようである。なお、マインツ選帝侯領裁判規則の初版テキストは1534年にイーヴォの工房で印刷され(コロフォン:「我々の主キリストの生誕より数えて1534年目の5月23日、イーヴォ・シェーファーによりマインツにて印刷 Gedruckt zu Meyntz durch Ivonem Schöffer / als man zalt nach der geburt Christi unsers herren / M. D. xxxiiii. jar / volendet an dem drei und zwenzigsten tag des Meyen.」)、翌年1535年には同じくイーヴォの手で再版されている(「我々の主キリストの生誕より数えて1535年目の5月10日、イーヴォ・シェーファーによりマインツにて印刷 Gedruckt zu Meyntz durch Ivonem Schöffer / als man zalt nach der geburt Christi unsers herren / M. D. xxxv. jar / volendet an dem zehenden tag des Meyen.」)。後者の再版テキストには、法廷内の様子を描いた扉絵(柱を挟んで右側に司法杖を持った裁判長と四名の参審人、左側に訴状提出者・廷吏・順番を待つ出訴者等)に加え、巻末のマインツ選帝侯アルブレヒトによる跋文の下方にももう一枚木版画が付されており(第27葉裏)、右側には裁判官1名(立法者アルブレヒト自身を象徴か)が大きく配され、左側は遠景の山上に建物、手前には屋外で列をなして裁判を求める臣下臣民の群れが描かれているが、この左側部分は、同年ヴォルムスのゼバスティアン・ヴァグナーの工房で印刷されたナッサウ伯領裁判所規則の扉絵の左側と一致する(右側には法廷内で訴えに耳を傾ける裁判長及び参審人等が描かれているが、マインツ法扉絵の右側とは別の木版画)。この木版画の相互利用は、ヴァグナーの工房がシェーファーの工房の支店であったとの推測(Reske, Die Buchdrucker, 1108-1109.)を裏付ける材料の一つとなる。

67) 「しかし、妻が寡婦の地位を抜け出し再婚を望んだ場合には、彼女が持参した財産

共有であった動産の半分と亡き夫の財産は子等が承継し、子等が未成熟未成年ならば後見人や保佐人の選任が命じられ、同じく第4文⁶⁸⁾では、再婚後に更に子をもうけた場合には、当該母親の遺産（母親の特有財産たる「世襲財産 erbgüter」）に加えて再婚後の後得財産の共有持分2分の1）は「前婚後婚双方の子等全員に互いに均等な仕方で帰属する allen jren kindern beyder eh / gleich eynem als vil als dem andern zu stehn」ものとされている。これらの規定は、先に見たフランクフルトの新法が再婚による子等の保護を企図して用意した規定とも符合する。しかし、ナッサウ法がここで想定しているのは、あくまで「夫婦が特別な合意や特約なしに婚姻した場合 wenn Mann und Fraw

に加えて、動産の半分が彼女に承継され、残りの半分は、夫からもたらされる財産と共に、子等に承継されるか、子等が未成年であれば、その後見人や保佐人が直ちに選任されるべきものとする。その場合、子、あるいは、その後見人や保佐人は、債務についても、それが存する限り、半分の割合で弁済すべきである。Wo aber die fraw jren witwenstul verrucken / und zur zweyten Ehe greiffen wolt / alßdann solten jr volgen die güter / von jr dar bracht auch das halb theyl aller fahrenden hab / und das ander halb theyl / sampt den gütern / von dem mann dar kommen / den kinden zugestorben sein / und jn / oder wo sie noch under jren mündigen jaren weren / jren vormündern unnd Curatorm / also bald zugestellt werden. Des solten auch die kind / oder von jren wegen jre vormünder und Curatores die schulden / ob und weß deren vorhanden / zum halben theyl bezahlen」(Gerichtsordnung, x.r.引用は1535年ヴォルムス刊のテキストによる。なお本文で言及したマイנטツ版のテキストも参照したが、綴りや句読法を除いて相違点は見当たらない)

- 68) 「一方、妻が後夫との間にも子等をもうけ、夫と共に彼女が亡くなり、その子等が残された場合、妻やその両親からもたらされ由来する全ての世襲財産は、後得財産の彼女の持分と同様、前婚後婚双方の子等全員に互いに均等な仕方で帰属しもたらされるべきである。この場合、妻が夫よりも先に亡くなった場合にも同様とみなされ解されるものとする。Wo aber die fraw mit den letsten mann auch kinder gewonnen die sie nach jrem todt / sampt dem mann / inn leben gelassen het / so sollen alle erbgüter / von der frawen und jren altern dar kommen und herrürend deßgleichen jr theyl aller erkoberten güter / allen jren kindern beyder eh / gleich eynem als vil als dem andern zu stehn und werden. Inn diesem fall soll es gleicherweiß auch gehalten und verstanden werden / so die fraw vor dem mann mit todt abgegangen.」(Gerichtsordnung, x.r.)

on besonder pact oder geding inn die Eh zusammen kernen」(第1文)⁶⁹⁾にすぎず、夫婦財産契約の内容を嫁資や婚姻故の贈与に限定する規定も見当たらない。ナッサウ法では、卑属結合が夫婦財産契約に盛り込まれる「特別な合意や特約 besonder pact oder geding」の典型例と位置付けられているのである。

「卑属結合について Von Eynkindtschafften」と題された章には計7つの条文が含まれる。そこではまず、「婚姻時に合意され得る卑属結合 Eynkindtschafften / die inn helichs betheydungen beredt möchten werden」の方式乃至手続に対する規制が意図され(第1文⁷⁰⁾)、前婚の子等の「後見人や保佐人 Vormünder und Curatores」、あるいは、「祖父または祖母 Anherr oder Anfraw」、あるいは、子等の後見人となり相続人となり得る「少なくとも4名以上の死亡配偶者の家系に属する最近親者 vier die nechst gesipten zum wenigsten / der abgegangnen person geblüts」の助成が求められている(第2文⁷¹⁾)。彼等が再婚夫婦の卑属結合締結に同意せず、前婚の子等の後見開始を主張するならば、卑属結合は締結不能となる。他方、後見人や近親者等が卑属結合締結に同意する場合、当該卑属結合の方式や内容について、「遺産先取分 vorausß」の有無を含めて裁判所に申告され、裁判所の「特別の認定と宣言 sonderliche erkanntnuß und spruch」を得て「裁判所登録簿 Gerichts büch」に記録される(第3文⁷²⁾)。以上の手続がIでふれたヴォルムス法を踏まえたものであることは、規定の内容のみならず文言や表現の類似性からも確認できる(特に第2文とヴォルムス改定都市法第5部第5巻第4章第2文)。ただし、ナッサウ法は立法趣旨にも具体的な遺産額にも言及しておらず、専ら都市富裕層の家産保護を目指したヴォルムス法とは異なり、より中立的な立場から既存の慣行の整序を企図したものと解される。また、前婚の子等の後見人や近親者等の同意を受けた当局への卑属結合締結の申告が、「同じ後見人と両親の家系

69) Gerichtsordnung, x.r.

70) Gerichtsordnung, xi.v.以下引用の各条文の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(1)」参照。

71) Gerichtsordnung, xi.v.

72) Gerichtsordnung, xi.v.

に属する子等の最近親者die selben Vormünder und nechst gesipten der kinder / auß beyden ältern verwandt」に委ねられているのは、ヴォルムス法（第3文）と変わらないが、申告者の具体的な人数は明示されておらず、申告に当たって合意の書面化も求められてはいない(ナッサウ法第3文前段)。更に、卑属結合が、登録を成立要件とし、将来の相続時における結合された子等の存命を解除条件とする合意であることも、明文を以て確認されている（同第3文後段）。

卑属結合の効力については、ヴォルムス改定都市法第4巻第4部第4章の諸条文がほぼそのまま取り入れられており、その影響関係は一層顕著である。前婚による子等と再婚による子等は、卑属結合に基づいて、「彼等全員が再婚夫婦双方の嫡出であるかのように均等に相続するerben / zu gleichem theyl / als weren sie alle gleich von jrer beyder leiben herkommen」が（第4文⁷³⁾、そのような相続の効力が「継父または継母gemacht vatter oder muter」を超えてその「近親者gesipten freund」にまで及ぶことはなく（第5文⁷⁴⁾、両親が亡くなり卑属結合に基づく均等な相続と遺産分割が為されたならば、卑属結合は消滅し、異父母兄弟姉妹間に傍系相続を生じさせることもない（第6文⁷⁵⁾）。前婚による子等が「継父または継母」をその実子である再婚による子等と共に均等に相続する点以外に卑属結合の効力として認められているのは、存命配偶者再婚後に死亡配偶者の親族から前婚による子等にもたらされる遺産について、その子等が未成年の間、「継父または継母」に生じる用益権のみである（第7文⁷⁶⁾）。

ラインフランケン地方に流布していた卑属結合の慣行について、フランクフルトやヴォルムスが慣行の維持を前提として規制を試みた後、フランクフルトは相続合意無効という学識法の理屈を盾に少なくとも立法上は慣行を軽視乃至無視する方向へ進む一方、ナッサウ伯領では、ヴォルムス法を参照し取り込み

73) Gerichtsordnung, xi.v.-xii.r.

74) Gerichtsordnung, xii.r.

75) Gerichtsordnung, xii.r.

76) Gerichtsordnung, xii.r.

つつ、都市富裕層の利害に偏らないより中立的な立法が試みられたことになる。マインツ法が、家産保護という立法趣旨の明示や卑属結合申告時の書面化等では、ナッサウ法以上にヴォルムス法に近い印象を与える反面、死亡配偶者の身分や遺産額を問題としていないのは、裁判所規則内での慣行の明文化によってその存続に安定した根拠をもたらそうとしたナッサウ法の成果を肯定的に受け止めていたからであろう。

モーゼル川流域を中心にライン川を挟んでラーン川下流域にまで及ぶ領域を占め、ナッサウ＝ディレンブルク伯領と隣接するトリニア選帝侯領においても、マインツと同様、裁判所規則が制定され、卑属結合に関わる規制も受け継がれた。選帝侯ヨーハンJohann 3世(在位1531-40年)の下で制定されたトリニア大司教領下級裁判所規則*Undergerichtsordnung des Ertzstifts Thrier*(1537年)では、「卑属結合についてVon Eynkindtschafften」との表題で合計5つの条文が置かれている⁷⁷⁾。「卑属結合が、全ての当事者の利害、状況、もたらされる諸財産の考慮の下に締結される限り、そこから平和と協調がもたらされるであろう *darauß wol etwa frid eynigkeyt / so die Eynkindtschafften mit füretrachtet gelegenheyt aller partheyen / umstend und zugeprachten gütter / auffgerichtet worden seind*」としつつ、「反対に、そのようなことが為されない場合には、余の臣民等に不和や争いが生じ、卑属結合によって多くの者から親の遺産が奪われ他人の手に渡ってしまっている *herwiderumb wo sollichs underlassen verderblicher hader und zanckt unsern underthanen ervolget / und manchem sein älterlich erbgut dardurch abgezogen / unnd auff frembden gewandt worden ist*」と嘆く冒頭第1文⁷⁸⁾には、卑属結合の利点と弊害の双方に目を向けつつ慣行の適正化を目論む立法者の意図が明確に見て取れる。マイ

77) 以下引用は1537年マインツ刊初版による。各条文の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(1)」参照。なお、当刊本は、マインツ選帝侯領裁判所規則と同じく、イーヴォ・シェーフアーの工房によるものであり、ヨーハン3世の序言に後に付された木版画(第2葉裏下段)の左半分は、1535年に再版されたマインツ選帝侯領裁判所規則の扉絵の左半分(前注66参照)と同一である。

78) *Undergerichtsordnung*, xlvii.v.

ンツ法では、後見人や近親者の手で書面化された卑属結合が管轄の裁判所に申告され、認定と登録に至る手続であったが（マインツ法第6文）、トリーア法では、卑属結合の申告を受けた締結地管轄の下級裁判所が、後見人や近親者を召喚して必要事項を審尋の上、卑属結合の可否を判定するものとされ、その後、「卑属結合の諸項目乃至条項は、全員の協議の下に書面化封緘され、卑属結合が締結された裁判管轄区が上級法廷として服するトリーアかコーブレンツ何れかの世俗裁判所へと送付されるdie puncten oder Artickel der eynkindtschafft / waruff man die selbig mit gemeynem radt gestellt inn eynen brieff verschlossen / und unseren weltlichen Gerichten zu Thrier oder Coblents / under welches von den beyden / das obgenant Gericht / da die Eynkindtschafft gemacht worden / mit dem Oberhoff / zugeschickt werden.」段取りとなっている（トリーア法第2文及び第3文）⁷⁹⁾。各地で締結された卑属結合は、上部司教領Oberstiftのトリーアと下部司教領Unterstiftのコーブレンツに存する上級裁判所何れかの「裁判所登録簿Gerichtsbuch」に一括して管理されるというわけである。卑属結合締結の手続がこのように職権主義的な方向で一層洗練化される一方、効力の面では、「継父や継母die gemachten Vatter und Mutter」の尊属相続権を明文化し、「結合された子等die gemachten kinder」の間の傍系相続を原則排しつつ特約による例外を許容する（第5文）⁸⁰⁾等、マインツ法が踏襲されている⁸¹⁾。

79) Undergerichtsordnung, xlviii.r.-v.

80) Undergerichtsordnung, xlviii.v.

81) トリーア選帝侯領の内、ラインフランケン地方に含まれるのは、ナッサウ伯領と接する北端部のラーン川流域に限られる一方、選帝侯領の枢要部モーゼル川流域でも、同支流のザール川を南に遡った地域を占めるナッサウ＝ザールブリュッケン伯領と共に当時既に立法の対処を要する程に卑属結合の慣行が流布していたことになる。同様にラインフランケンの外に目を向けるならば、時期的には、ヴォルムス法と、ナッサウ、マインツ、トリーアの諸法との間に位置する特徴ある立法例として、ライン川上流域のハプスブルク家世襲領フォアランデの中心都市フライブルク・イム・ブライスガウで1520年に制定された「新たな都市法及び法令Nüwe Statrechten un Statuten」が挙げられよう。同法は、周知の通り、フライブルク大学（1457年オース

トリア大公アルブレヒト6世により創立)で教え同市の法律顧問も務めたウルリッヒ・ツァジウスUlrich Zasius(1461-1536年)の起草によるものとされ、全四巻構成で民事手続、契約、後見・夫婦財産・相続、刑事法を扱い、「卑属結合」についても第3巻第4章「卑属等置及び子の収養についてVon verglichung und anwünschung der kind」で定めている(Nüwe Stattrechten und Statuten, lxii.v.-lxiii.r.引用は1520年バーゼルのアードム・ペーターAdam Peterの工房で印刷されたテキストによる。同章全体の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(1)」<付録2>参照)。そこでは、「一般民衆の慣行gemeyn leysch gebruche」の下で「子が受け入れられるkinder angenommen werden」場面が三つ区別され(lxii.r.:第1文)、その内、「夫婦双方、もしくは、夫婦の内の子のない方が、夫婦財産契約の中で子等を等しく扱う旨合意するhabent beide eemenschen / oder eins under inen / sondre kinder / die machen sy in der eebereudung zu glichen kinden」場合と、「夫婦の一方が他方にモルゲンガベとして子を与えるgibt ein Eemensch dem andern ein kind zu morgengab」場合が同章で一括して扱われている。これに対して、三つ目の「年配の者が子に恵まれず、善き心情、温かい心根、あるいは、子に対する愛情に動かされて、家外から幼年者を子として受け入れるerlebte lüt die kein kind haben / uß gutem gemüt / uß barmhertzigkeit oder uß liebe zu den kinden bewegt werden / ußwendig iung personen an kindßstat annemen」場合は、第3巻第7章「収養された子とその相続財産についてVon angewünschten kinden und derselben erbschaffen.」(lxxviii.v.-lxxvix.v.)で別に扱われており、連れ子再婚を想定する前二者とは異なり、ローマ「法recht」上の「他権者養子縁組adoptio」、特に、家の帰属に変更を生ぜず養親を相続する権利を養子に付与するだけの家外者の他権者養子縁組(不完全養子adoptio minus plena)との機能的類似性が意識されている(lxxviii.v.:同章第1文)。ただし、その規定内容は、「幼年者jung personen」のみを養子として想定し(第1文)、子のない25歳以上の者に男女問わず養親資格を付与する(lxxviii.v.; lxxix.v.:第2文、第3文冒頭、第7文)他、嫡出子の事後出生による縁組失効(lxxviii.v.:第2文後段)や、養子の実方相続人欠如時の継父相続権の発生(lxxix.r.:第3文末尾)等、ローマ法との一致に必ずしも拘らない特異なものであり、「我々の都市ではこれまでそれほど多く利用されて来なかったが、将来生じる場合の便宜のため、これについて幾らか定めておくことにするwie wol nun das in unser Statt bißhär nit vil gebrucht ist / dennoch wollen wir zu nutz den künftigen fällen davon etwas lüttrung thun.」(第1文)とある通り、前二者に比して、既存の「一般民衆の慣行」との呼応の度合いも相当に低かったものと解される。フライブルク法上の「卑属結合」については、表

III

以上に検討した諸立法によって、ラインフランケン地方の卑属結合の慣行は、後見、夫婦財産契約（嫁資合意）、無遺言相続といったローマ法由来の諸制度に連結され明文化された。これにより、卑属結合をめぐる具体的な争訟が学識法的な論理と方法によって吟味され解決される前提も確保されたことになる。この点を裏付けるに相応しい素材として、次にヨーハン・フィッヒャルト Johann Fichard(1512-1581年)の『助言集Consilia』第2巻(1590年初版)に収録された二件の鑑定意見を検討する。フィッヒャルトは、フライブルクのツァジウスの下で両法博士号を取得後、帝室裁判所の法助言人 *Advocat: advocatus* 並びに法廷弁護士 *Redner: procurator* を経て⁸²⁾ 故郷フランクフルトの筆頭法律

題にも見える「卑属等置 *vergleichung der kind: gelichmachung*」という用語法(第3巻第4章第3文、第5文、第7文には「卑属結合 *einkindschaft*」という語も用いられている)、近親者欠如時の市参事会員2名による助成代行 (lxii.v.-lxiii.r.: 同章第2文及び第3文) に特徴がある程度で、内容的にはラインフランケンの卑属結合とほぼ変わらず、前婚の子等の特有財産に対する継父母の用益権を存命実父母に準じて容認する点 (lxiii.r.: 第4文) ではヴォルムス法に近く、「義兄弟 *stieffbrüder*」つまり異父母兄弟間の傍系相続を特約によって容認する点 (lxiii.v.: 第7文) ではマインツ法を先取りしているが、尊属相続権は、上述の通り「子の収養 *anwünschung der kind*」について実方親族に劣後して生じる余地があるだけで(孤児の収養の場合は一定の意味をもち得たであろう)、「卑属等置」においては認められていない。なお、同じ章で扱われる「モルゲンガーベとしての子 *morgengabs kind*」は、「卑属等置」の一変種というべきもので、将来の相続時に優先承継を保障される前婚の子等の特有財産の範囲が、実親再婚時に自ら保有する財産にも及び (lxiii.r.: 第8文)、狭義の「卑属等置」の場合のように再婚中に「出身家系の親族からもたらされた財産 *das gut / so von irn eignen angebornen fründen / fry zu gefallen wer*」(lxiii.r.-v.第5文) に限定されないと特徴がある。フライブルク法には遺産先取分そのものへの言及は見当たらないが、この再婚時特有財産の承継保障はそれと同等の役割を果たし得る。

82) 『助言集』第1巻(1590年)の巻頭に付されたハインリッヒ・ペトレウス Heinrich Petreus(1546-1615年)による「卓越せる法律家ヨアンネス・フィカルドゥスの生誕、全生涯、そして、死について *De domini Ioannis Fichardi iurisconsulti clarissimi ortu,*

顧問advocatus primariusを務め、シュマルカルデン戦争(1546-47年)を挟む宗教対立の時期に、1535年にルター派都市となったフランクフルトの外交の舵取りを担う傍ら、助言活動に従事し、マインツ選帝侯領やナッサウ伯領を含む近隣地域からも鑑定依頼を受けていた。卑属結合に関する上記二件の鑑定意見の中で年代の早いもの(「助言Rathsschlag」88⁸³⁾)は、実母が再婚相手との間で締結した卑属結合の無効を訴える女性(あるいは亡き実父の親族)から依頼を受けて1556年に作成されている。そこでは、「ナッサウの規則Nassauwische Ordnung」、つまり、ナッサウ伯領裁判所規則に即した助言が試みられているが、これは当該卑属結合がナッサウ伯領の「イトシュタインの裁判所Gericht zu Jetztstein [Idstein]」に申告され登録されたものであったからである。

フィツヒャルトは、助言に当たってまず、「ナッサウの規則」が定める卑属結合の締結方式を確認し、その規定内容を要約している⁸⁴⁾。具体的な条文が引用されているわけではないが、「保佐人や後見人Curatores und Vormünder」、
「祖父あるいは祖母Anher oder Anfraw」、
「少なくとも4名の最近親者vier zum wenigsten von den nechstgesipten」による同意、「遺産先取分Voraus」の有無を含めた合意内容の裁判所への申告、「特別の認定と宣言を以てmit sonderlicher Bekanntnuß und spruch」為される裁判所の許可、「裁判所登録簿Gerichtsbuch」への記載という一連の手続、そして、当該手続の履践を経て初めて卑属結合が有効となる旨の指摘は、IIでふれたナッサウ伯領裁判所規則

totiusque vitae curriculo et obitu」には、「シュパイヤーに赴き、当地の比類なきローマ帝国裁判所によって6月15日付けで法助言人団に迎えられ、翌1533年5月23日には法廷弁護士団にも加えられたSpiram venit, ab amplissimo ibi Romani Imperii tribunali 15. Die mensis Iunii in Advocatorum, et anno deinceps altero, a nato Christo 1533. Maii die 23 in procuratorum etiam numerum aggregatus」とある(Consilia, I, ii.r.)。「帝室裁判所名士録Iudicii Camerae Imperialis personae」(前注46参照)には889頁及び910頁に「ヨアンネス・フィカルドゥスIoannes Fichardus」の名が見える。「法助言人」と「法廷弁護士」については1495年の帝室裁判所規則第6条及び第7条参照。

83) Consilia, II, 181.r.-182.r.引用は1590年フランクフルト刊初版による。全体の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(1)」の<付録1>参照。

84) Consilia, II, 181.r.-181.v.

の第2文及び第3文のほぼ忠実な要約といえる。依頼女性の実母が再婚相手との間で締結し、「イトシュタインの裁判所登録簿に登録されたin das Gerichtsbuch zu Jetztstein eyngeschrieben worden」とされる卑属結合では、これら「ナッサウの規則所定の方式die From der Nassauwischen Ordnung」が「多くの点で違背され遵守されていないin vielen Puncten uberschritten / unnd gar nicht gehalten worden」というのがフィッヒャルトの見立てである⁸⁵⁾。論拠は四つ挙げられており、一つ目は、依頼女性が、卑属結合締結当時、「未成熟子ein unmündig Kind」であり、「彼女の亡き父に相当多くの資産が存していたvon jrem Vatter seligen ein ansehliche gute Nahrung dagewesen」ため、「後見をまさに要していたes der Vormundschaft wol bedorfft hette」にもかかわらず、「彼女に後見人が付されていないist sie mit keinem Vormünder versehen worden」という点である⁸⁶⁾。実母が再婚するか否か、そしてまた、その再婚相手との間で卑属結合を締結するか否かとは無関係に、実父が亡くなった時点でその遺産の承継に備えて後見人が選任されて然るべきところ、その後見人が欠けていること自体、娘の利益保護の不十分さを示唆し、それが当該卑属結合に対する消極的評価に結びつくという趣旨であろう。ただし、フィッヒャルト自身の要約にもある通り、ナッサウ法は、卑属結合への「保佐人や後見人」の同意について、「彼等が存しなければwo die nicht weren」、祖父母その他の近親者の同意で足りるとしているから、父の死後にその未成熟子に後見人が選任されていないこと自体が卑属結合の成否を直接左右するわけではなく、卑属結合無効の論拠として決定的なものとはいえない⁸⁷⁾。

85) Consilia, II, 181.v.

86) Consilia, II, 181.v.

87) これに対して、1463年の市参事会布告で導入され1494年の特許状でも是認されたフランクフルト法上の手続では、裁判所で選任された「後見人Mompfar」乃至「財産管理者trewenhender」の同意が義務づけられていた。卑属結合について規定しなかった1509年の改定都市法はともかく、当助言において後見人の有無に着目したフィッヒャルトの念頭に地元フランクフルトにおける卑属結合の締結方式があった可能性もある。

二つ目の論拠は、当該事案において、ナッサウ法が同意権者たる「死亡配偶者の家系に属する最近親者die nechst gesipten der abgegangnen person geblüts」に求めている「少なくとも4名vier zum wenigsten」という人数が充足されていないという点である。裁判所登録簿上の「当該卑属結合の記録die eynzeichnuß der berürten Einkindschafft」では「4名の最近親者が卑属結合に立ち会ったsolten vier der nechst Verwandten dabey gewesen seyn」とされているが、依頼者等が提出した「卑属結合契約の写しCopien der auffgerichten Einkindschafft」を含む「報告書Bericht」には、「立ち会ったのはその内の2名だけで、残り2名については、彼等もまた同意するよう事後に説き伏せられたにすぎず、同意が正当に為されたとは到底言えないseind nur zween derselben dabey gewesen / und folgendes erst die andern zwen beredt / daß sie auch darinn willigen / dann es seye recht gemacht」とあり、事後的に同意した近親者をナッサウ法の求める人数に算入すべきではないというのである⁸⁸⁾。しかし、ナッサウ法自体は近親者の同意の方式自体について規定しているわけではない。そこでフィッヒャルトは「後見人の助成auctoritas tutorum」に関するローマ法文⁸⁹⁾を援用している。それによれば、「後見人は、取引が未成熟被後見人の利益となると判断したならば、常に取引そのものに立ち会って助成者となる必要があり、事後的、あるいは、書面によって示された後見人の助成は無益であるtutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimaverit: post tempus vero, aut per epistulam interposita ejus auctoritas nihil agit」とされる。「上記最近親者等が後見人の役割を果たしているのは確かであるtutorum quidem locum illi proximiores cognati repraesentant」から、当法文に基づき、卑属結合締結に立ち会っていない近親者の同意は無効となり、当該卑属結合は必要とされる4名ではなく2名の近親者の同意しか得ていないというわけである。ナッサウ法

88) Consilia, II, 181.v.

89) Inst.1.21.2. なお『助言集』収録の「ドイツ語による助言Teutscher Rathschläge」では学識法の引用や敷衍の箇所のみラテン語が用いられている。

における卑属結合と後見との連結を足掛かりに、ここでは学識法に基づく論証が試みられていることになる⁹⁰⁾。

三つ目の論拠は裁判所への卑属結合の申告に実際に携わった2名の近親者に関わる。依頼者を含む前婚の子等は、卑属結合が締結されてしまうと、実母の再婚相手たる継父死亡時に、実父と継父双方の遺産を再婚による子等と共に均等に相続することになる。それ故、前婚の子等の利害を代表する後見人や近親者等は、「実父の財産と継父によって持参される財産双方の利害die gelegenheit beyder theils / das ist / der Vätterlicher / und dann deß

90) ほぼ同旨の法文(D.26.8.9.5.)も含めて、逆に事後の同意も許容される「保佐人 Curatores」については論拠として援用不能であり、卑属結合締結時に前婚による子等が未成熟なのか未成年なのかによって結論が変わる可能性がある。なお、後見と保佐の区別の相対化(前注7参照)が更に進展し、17世紀に入るといわゆる査問文献 Censuraを通じて、「事後的に付与された後見人の助成により、被後見未成熟者の為した行為が是認される ex intervallo interposita tutoris auctoritate negotium a pupillo gestum retro confirmari」との見解が一般化するが(引用はシーモン・ファン・フルーネウエーヘン Simon van Groenewegen [1613-52年] の『ホラント及びその近隣地域で廃止され不使用となった諸法文に関する論考 Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus』1649年レイデン刊初版14頁)、16世紀の学識法の次元では、後見人の事後の同意を無効とする点に疑念を呈する見解は見当たらない。フィッヒャルト援用の法文(Inst.1.21.2.)に関しては、例えば、「裁判外、すなわち、契約において、行為が被後見未成熟者にとって明白に有益で彼が容認するのが確実であるにもかかわらず、当該行為が為されない場合にのみ、後見人は助成すべく義務づけられ、被後見未成熟者に有益か否か不明で疑念がある場合には、後見人は助成を義務づけられることはないが事後的に後見訴権の行使を受ける extra iudicium in cotractibus scilicet, tunc si actus evidenter pupillo est utilis et certum est pupillum pati, demum si actus non fiat et cogitur tutor authorari, si vero incertum et dubium est an expediat pupillo, tutor non compellitur sed convenietur postea actione tutelae」という点が通説(「一致して諸博士により是認されている communiter a doctoribus approbatur.」)と見なされていたに留まる(引用はヨーハン・シュナイデヴァイン Johann Schneidewein (1519-68年) の『神皇ユスティニアヌスの帝国法学提要全四巻への注釈 Quatuor Institutionum Imperialium Divi Iustiniani libros commentaria』1571年シュトラスブルク刊初版85頁)。

Stiffvatters zugebrachter Nahrung」について吟味し、前婚の子等が不利益を被らないよう配慮せねばならない。本事案では、依頼者の実母の再婚相手自身も前婚による子等を抱えており、彼等は逆に依頼者の実母死亡時に依頼者等実子と共にその遺産を、先に死亡した彼等自身の実母の遺産と共々均等に相続することになり、利害判断は一層複雑と言える。依頼者の提出書類によれば、依頼者等が亡実父から本来承継すべき遺産は、継父自身の財産にその前婚による子等が亡実母から承継すべき財産を加えたものよりも更に多いようであり、もしそうであるとすれば、「相応の遺産先取分ein gebürlicher Vorauß」を設定することで結合される子等の中の「平等gleichheit」が図られるべきであって、「遺産先取分」の約定を欠いた本件卑属結合への「上記2名の近親者ermeldte zween von der Freundschaft」の同意自体も無効であることになる。それ故、依頼者が「遺産先取分」を伴わない卑属結合の締結によって被る「多大な不利益hohe vernachtheilung」を主張立証することで、「卑属結合に異議を申し立て覆すことができるsich der Einkindschaft beschweren / unnd widerumb entschlagen köndte」というのがフィッヒャルトの見解である⁹¹⁾。ただし、肝心の「ナッサウの規則」では、「遺産先取分」の設定も想定されてはいるものの、「卑属結合が後見人あるいは最近親者によって然るべく同意された場合wenn die Eynkindtschaft der maß durch die Vormünder oder nechst gesipten bewilligt」とあるにすぎない(ナッサウ伯領裁判所規則第3文前段)。既にみた通り、ヴォルムス法やマインツ法では、後見人や近親者等が「卑属結合を子等にとって有益で正当であると判断するermessen das die einkintschaft den kynden nutz unnd gut syn」ことが同意の前提条件となっており(ヴォルムス改定都市法第5部第5巻第4章第3文、マインツ選帝侯領裁判所規則第6文)、ここでフィッヒャルトはこれら類縁関係にある近隣地域の諸立法を意識していた可能性が高い。また、地元フランクフルトの市参事会布告や特許状に基づく手続では、卑属結合が「子等にとって利益となり著しい不利益や損害とならないKindern Nutz, und nit besunder nachtheil oder Schad sey」との判断は後見

91) Consilia, II, 181.v.

人ではなく専ら帝国都市裁判所に委ねられていたようであるが、「遺産先取分」の有無が卑属結合の可否を判断する決め手となることに変わりはない。いずれにせよ、ここでのフィッヒャルトの主張内容は、卑属結合が前婚の子等にとって有益であるか否かに着目する同時代の諸立法と照らし合わせてはじめて了解し得るものと言える。

最後四つ目の論拠は、裁判所登録簿上に、「当該卑属結合が事案審理を伴い許可されたという点はおろか、卑属結合の成立につき何か正式な命令や宣言が下されたという点についても何ら記載がない befindet sich nicht mit einigen wort / daß die vielgedachte Einkindschafft / cum caussae cognitione, mit vorgehender erkenntnuß der Sachen zugelassen / zu geschweigen / daß darüber einig Rechtlich Decret und Spruch zu befestigung derselben ergangen」という事態から引き出されている。「ナッサウの規則」では、「これら二つの事柄 beyde stück」、つまり、裁判所による「事案審理 caussae cognitio: erkenntnuß der Sachen」を経た許可と「正式な命令 Rechtlich Decret」が求められており、「前もって全てが為され履踐されない限り es sey dann dem allem zuvor gelebt / und vollziehung geschehen」、たとえ裁判所登録簿に記録されているとしても、「卑属結合が先に有効と見なされることはない die Einkindschafft ehe nit kräftig sol gehalten werden」とフィッヒャルトは解しているのである⁹²⁾。確かに、ナッサウ伯領裁判所規則には、「裁判長及び参審人等へと申告され、当該卑属結合が特別の認定と宣言を以て是認され裁判所登録簿に記録されるよう求められる an Schuldtheyß unnd Schöffen angezeygt unnd begert werden / solch Eynkindtschafft mit sonderlicher erkenntnuß und spruch zu bekrefftigen / und inn das Gerichts büch beschreiben zu lassen」とあり、また、「たとえ認定が為された後であっても、両当事者が望み、登録されて初めて、有効と見なされるべきものとする die auch nach geschenem erkenntnuß / und beydertheyl begern / also eingeschriben / unnd alßdann / und nit eh / krefftig gehalten werden soll」と明記されている

92) Consilia, II, 181.v.

(第3文)。しかし、ここに言う「認定erkanntnuß」が裁判所自身の「事案審理」に基づく卑属結合の適不適の判断であるとしても、卑属結合成立の基準時はあくまで登録時であって、フィッヒャルトがここで指摘するような「認定や宣言erkanntnuß und spruch」を欠いたままの登録という事態が想定されていたとは考えにくい。そうであるとすれば、ナッサウ法所定の手続乃至方式の違背として指摘されている当該論拠も、実際には、卑属結合が依頼者を含む前婚による子等に与える「多大な不利益」を見逃した裁判所の判断自体への批判と受け止めるべきであろう。

フィッヒャルト自身は、後見人の不選任、助成者たる近親者の不足、遺産先取分の未設定、事案審理と決定を経ない登録という四つの論拠を法令所定の「方式Form」の不遵守という観点から一括する趣旨で、「法令や規則は特に方式に関して徹底して遵守されるべきであり、もしこれに反したならば行為全体が無効となるStatuta sive ordinationes ad unguem sunt observanda, praesertim in formalibus suis, et si contra fit, est totus actus irritus」と述べている。この準則の典拠として、判決執行の担保のために徴取された質物の売却に関する法文⁹³⁾へのバルドゥス・デ・ウバルデイスBaldus de Ubaldis(1327-1400年)の注釈の一節⁹⁴⁾が引用されているが、ここでは、注釈の文脈が捨象されて、行為一般の無効原因としての方式違背を強調する準則に仕立て上げられている。また、方式遵守の重要性については、更に、「方式とは訴えに存在を付与するもので

93) C.7.53.3.

94) “ただし注意すべきは、この問題について都市の法令が何かを定めている場合、勅法彙纂第8巻第34章「所有権取得の嘆願について」第3法文注釈で述べた通り、それらの法令は期間についても方式についても徹底して遵守されねばならないという点である。もしこれに違背したならば、都市の法令という法に反する以上、当然に無効となる。Nota tamen, quod si statuta civitatis de materia ista aliquod disponunt talia statuta servanda sunt ad unguem, tam in tempore quam in forma, ut nota in data lege finalis de iure domini impetrando. Si contra fieret, esset irritum ipso iure, quia fieret contra ius legis municipalis.”(In septimum Codicis librum Commentaria, 72.v.引用は1577年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

あり、方式が遵守されなければ訴えられている事柄自体が無に帰する *forma est, quae dat esse rei, qua non observata, non valet quod agitur*」とも付言されているが、こちらの典拠として引用される諸法文⁹⁵⁾も事案とはおよそ関りのないものである。恐らくは学識法の権威を恃んで取り出した論拠を加えることで、表向きは方式の違背や瑕疵を強調しつつも、フィッヒャルトの真意は、とりわけ第三第四の論拠がそうであったように、方式を介して担保されるべき卑属結合の内容的公正さそのものを問題視するところにあったと考えられる。明示的な言及はないものの、依頼者が卑属結合によって被る「多大な不利益」に目を向ける助言内容に照らす限り、前婚による子等の相続上の利益の確保、あるいは、彼等が本来承継すべき死亡配偶者の家産の流出回避を目指した卑属結合の規制立法の潮流との呼応関係は容易に見て取れる。立法趣旨を明示せず相続的家産的な利害にも比較的無関心に見えるナッサウ法が、それらの利害に敏感に反応したヴォルムス法やマインツ法のような同時代の近隣の類縁立法と調和する仕方では解釈されているのである。その分ナッサウ法の文言自体に忠実と

95) 物(「取っ手付き杯 *scyphus*」を「金属塊 *massa*」に)を変形した者に対するいわゆる提示訴権 *actio ad exhibendum* の行使の可否について、「形態の変更は物の実体を消滅させたも同然であるから提示を義務づけられる *ad exhibendum tenebitur, nam mutata forma prope interemit substantiam rei*」と述べる法文 (D.10.4.9.3.)、及び、遺言者が生前に信託遺贈の目的物(「サファイア付きの大真珠 *unio cum hyachintis*」) を変更した(「別の種類の装身具 *alia species ornamenti*」) に差し替えた後に「他の宝石や真珠類を加えて一層高価なものにした *pretiosius fecit additis aliis gemmis et margaritis*」) 事例について、「遺言によって与えられたものがその外形を留めておらず、ある意味消滅してしまったとさえ言えるにもかかわらず、遺言や信託遺贈が存続すると見なされるというようなことがどうして生じ得ようか *quid fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit, nam quodammodo extictum*」と述べる法文 (D.34.2.6.1.)。何れも「行為 *actus*」や「訴え *res*」自体の「方式 *forma*」ではなく、目的物の「形態 *forma*」や「外形 *species*」に関わるものである上、「外形」の変更を理由に受遺者の履行請求を退ける後者はともかく、「形態」の変更を提示訴権の要件充足と捉える前者は、方式違背による卑属結合無効という助言の主眼から余りにも離れている。

は言えないが、卑属結合に関わるラインフランケン地方の固有法に内在的な議論をここには見出すことができる⁹⁶⁾。

- 96) ラインフランケンの諸立法の他にも、師ツァジウスの起草とされるフライブルク法(前注81参照)は当然フィッヒャルトの念頭にあったであろうし、当助言作成年(1556年)に照らせば、更に、ヴェルテンベルク侯領新ラント法New landrecht des Fürstenthumbs Württemberg(1555年公布)やユーリッヒ＝ベルク公領の裁判手続規則(「余の諸侯領及びラントすなわちユーリッヒとベルクにおいて今後如何に遵守され判断是認されるべきかを、一般に見られる幾つかの事例の解明と共に示した裁判手続の規則及び改定法Ordnung und Reformation des Gerichtlichen Proceß / sampt ercklerung etlicher Felle / so sich gemeinlich zutragen / Wie es darmit hinforter in unsern Fürstenthumben unnd Landen / Gülich und Berg / gehalten / auch darin geurtheilt und erkanndt werden soll」1555年公布)の規定が既に知られていた可能性もある。ヴェルテンベルク公クリストフChristoph(在位1550-68年)の下で制定された前者ヴェルテンベルク法では、「無遺言相続Erbschafften on Testament」を扱う最終第4巻末尾に、「一般に卑属結合と呼ばれるところの複数の子等の等置Von vergleichung vilerlei Kinder / so man ein Einkindschafft zunennen pflegt」との表題で、簡略ながら3つの条文が置かれている(New landrecht, cccxiii-cccxiii引用は1554年印刷のテキストによる)。内容的には、後見人や近親者の助成、当局の許可、「父母の遺産」への承継範囲の限定など、同時代の卑属結合法の水準を最低限反映するものであり、「卑属等置vergleichung: gleichmachung」と「卑属結合Einkindschafft」を併用する用語法や、再婚夫婦間の「卑属等置」の締結が「世俗的な財産への欲求からではなく、むしろ父や母としての誠実さからmehr ausser Väterlicher und Mütterlicher trew / dann ausser anreizung des zeitlichen guts」(cccxiii:第2文)為されるといった特徴的な言い回しからも見て取れるように、ヴェルテンベルク公領の南西に接するハプスブルク家領ブライスガウのフライブルク法の影響も顕著である。一方、ユーリッヒ＝クレーフェ＝ベルク公でマルク伯やラーフェンスベルク伯等も兼ねるヴィルヘルムWilhelm5世(在位1539-92年)の下で制定された後者ユーリッヒ＝ベルク法では、「卑属結合の合意は如何にして締結されるべきかWie beredung der einkindschafft soll uffgericht werden」との表題で合計8つの比較的詳細な規定が設けられている(Ordnung und Reformation, lxxvii-lxxix引用は1556年ケルン刊のテキストによる)。卑属結合の書面化と登録(lxxviii:第3文)に至る締結手続や、同父母兄弟姉妹との同順位での継父乃至継母の尊属相続権の容認(lxxviii:第7文)等、内容的にはマインツ法やトリニア法の系譜に属する(ベルク、ユーリッ

本件事案の卑属結合が、フィッヒャルトの助言通り、「ナッサウの規則」に反するが故に無効であるとすれば、依頼者は、当該卑属結合を登録したイトシュタインの裁判所に異議を申し立て、「当該卑属結合にこれ以上留まることを望まず、これを覆し、以前の生まれ持った権利を行使する *bey derselben Einkindschaft lenger nicht zu bleiben / sondern sich deren zu entschlagen / unnd sich ihrs vorigen unnd anererbten Rechtens zu gebrauchen*」旨の「意思や考え *Will unnd Meynung*」を表明し、卑属結合を取り消すことができる。既に依頼者が試みた異議申立てを含めて、そのような申立て自体が何らかの不備故に受理されない場合に備えて、フィッヒャルトは先の諸論拠を盛り込んだ「安全な書式 *ein ungefahrliche Form*」まで依頼者のために用意したようである。しかし、前述の通り、本件事案は、後見人の関与の有無にせよ、卑属結合に同意すべき最近親者の人数にせよ、「ナッサウの規則」の文言に明確に違背するとまでは言えず、それどころか、実際にイトシュタインの裁判所登録簿に記載済みであり、卑属結合が当該登録を以て確定的に成立したとさえ言い得る。

ヒの両公領はライン川左岸沿いのケルン選帝侯領をそれぞれ東西から挟むように位置し、ユーリッヒ公領の南端はトリリア選帝侯領とも一部接している)。また、ユーリッヒ=ベルク法には、上記諸条文に先立って、「卑属結合を為すことが許されていること *Das die einkindschaft zu machen zugelassen sey*」との表題でもう一つ条文が存する。そこには、「普通法の定めによれば、将来付与されるべき遺産への相続人の権利が奪われあるいは排される合意や約定は無効で無益とされる場合もあるが、卑属結合は重要な理由から許容されている *obwoll nach besage gemeiner Rechten / pacta und gedinge dardurch die rechte erben jrer künfftigen gebührenden erbschaft entwendt oder außgeschlossen werden / in etlichen fellen krafftloß und van unwerden gehalten / So ist doch die einkindschaft auß mircklichen ursachen zugelassen*」とあって (lxxvi)、ローマ法由来の相続合意の禁止に対する例外としての位置づけが敢えて明示されており、卑属結合が再婚時の夫婦財産契約の一環として締結される点を踏まえるならば、IIでふれた1509年のフランクフルトの立法(前注56参照)に見られるような相続目的の夫婦財産契約への消極的態度を意識した規定と解し得る。以上にふれたヴェルテンベルク公領新ラント法及びユーリッヒ=ベルク公領裁判手続規則の諸条文の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法 (1)」の<付録2>参照。

それ故、フィッヒャルト自身、依頼者の異議申立てにもかかわらず、「彼女の母が裁判所登録簿の記載通りに卑属結合を主張してくる可能性もないわけではない *wirdts nicht fehlen / daß ihr Mutter die Einkindschaft / wie die in das Gerichtsbuch eyngeschrieben / fürwenden wirdt*」と述べている。つまり、先の諸論拠による卑属結合の無効や「取消 *Widerruffung*」の主張が裁判所によって退けられてしまう場合も想定しておく必要があったのである⁹⁷⁾。「認めたくはないが、当該卑属結合が、それほどの瑕疵はなく方式に則って締結されたものとして、異論なく存続し有効と見なされるべき若しくは見なされ得るものと仮定するならば *gesetzt / doch ungestanden / daß die vielgedachte Einkindschaft gleich nicht so mangelhaftig were / sonder förmlich auffgericht were worden / und in einigen weg solt oder möcht bestendig oder kräftig geachtet werden*」とのフィッヒャルトの言葉は、まさにそのような事態を指している。

依頼者の卑属結合無効の主張を「ナッサウの規則」の解釈の枠内で裏付けられなくなったこの段階に至って、学識法それ自体に救済策が求められることになる。先の第二の論拠を補うものとして、後見人の助成に関わるローマ法文が参照されていたが、その議論は、学識法との連結関係を利用するもので、固有法解釈という枠組みを超え出るものではなかった。これに対して、学識法が依頼者救済の根拠として既存の固有法に取って代わるのだとすれば、その帝国普通法としての権威を前提に欠缺補充が図られていることになる。帝国都市の法律顧問の地位にあり帝室裁判所の実務にも通じていたフィッヒャルトにとってそのような思考は至極自然なものであったはずである。学識法由来の救済策としてここで提示されているのが「原状回復 *restitutio in integrum*」である。ローマ法上、「25歳未満の未成年者 *minor quinque et viginti annis*」は、まさに未成年者であるが故に「原状回復」が認められ⁹⁸⁾、しかも、「後見人や保佐人の助成を得て裁判内あるいは裁判外で行われた事柄についてもまた原状回復の救済の利用が許される *in his, quae praesentibus tutoribus, vel curatoribus, in iudicio,*

97) *Consilia*, II, 181.v.

98) C.2,22,3.

vel extra iudicium gesta fuerint, in integrum restitutionis auxilium superesse placuit」というように⁹⁹⁾、「後見人や保佐人 tutores vel curatores」の助成の有無を問わず、為された行為の態様も内容も問わない極めて広範な救済が図られている。依頼者の未成熟時に実母とその再婚相手との間で締結された卑属結合がこの「原状回復」の対象となり得るか否かについて、フィッヒャルトは、「そもそも売買、贈与、和解、分割、弁済、使用取得、判決について、未成年者に原状回復が認められている以上、父の遺産のほとんど全てを娘から奪い去るほどに有害なこの契約についてそれを認めない理由があるだろうか si adversus venditionem, donationem, transactionem, divisionem, solutionem, usucapionem, et rem quoque iudicatam minoribus in integrum restitutio conceditur: quare non etiam adversus hunc adeo damnosum contractum, per quem tota prope paterna haereditate filia privatur, concedatur?」と述べて、卑属結合への原状回復の適用を当然視する¹⁰⁰⁾。依頼者は、「原状回復を用いて、当該卑属結合によってほとんど奪われてしまった彼女の以前承継した権利や父の遺産を再び手にすることができる durch den weg restitutionis in integrum widerrumb zu ihrem vorigen unnd anerstorbenen Rechten unnd Väterlichem Erb / welches ihr durch obberürte Einkindschafft beynahe gar entzogen würde / kommen」というのである。フィッヒャルトは、未成年者の原状回復一般について具体的な法文は引用していないが、原状回復の対象として列挙された「売買 venditio」等は、勅法彙纂第2巻の諸章に対応するものであり¹⁰¹⁾、それらを例示と解して、未成年者の原状回復の対象に卑属結合を取り込もうとするその意図は明らかである。本件事案では、未成年の依頼者自身が再婚し卑属結合を締結したわけではないが、依頼者のような前婚の子等の相続上の利害について約定される以上、フィッヒャルトの言うように、彼等を「第三当事者として

99) C.2,25,2.

100) Consilia, II, 182.r..

101) 同巻第28章(「売買 venditio」)、第30章(「贈与 donatio」)、第32章(「和解 transactio」)及び「分割 divisio」)、第33章(「弁済 solutio」)、第36章(「使用取得 usucapio」)、第27章(「判決 res iudicata」)。

am dritten theil」¹⁰²⁾として締結されたと解する余地があり、卑属結合の成立に当たって、固用法上、後見人や保佐人、あるいは、最近親者の同意が必要とされている点も、前婚の子等の当事者性を裏付ける。つまり、卑属結合の原状回復は、保佐人の助成を得て締結された未成年者の契約のそれと同列に扱いは得るわけである。

ただし、依頼者は現在26歳であり、「もはや未成年者ではない*amplius non est minor*」ため、原状回復の期間制限について考慮する必要がある。フィッヒャルトが引用するローマ法文¹⁰³⁾にもある通り、原状回復は、「実用期間が進行する日から4年の継続期間が数えられ*quadriennium continuum tantummodo numerari, ex die, ex quo annus utilis currebat*」、未成年を理由とする原状回復の場合、「実用期間は26歳の誕生日が到来した時から進行し始める*utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit*」とされるから、25歳で成年に達した後も、29歳の年を経過するまでは原状回復の申立が可能であることになる。「26歳の年を未だ経過しておらず、成年に達した後に幼時に為されたことを是認したわけでもない*vicesimum sextum annum nondum sit egressa, nec interim post plenam aetatem completam unquam ratum habuerit, quos se infante actum fuerit*」依頼者についても、「原状回復のために更に数えられるべき3年の期間は経過していない*habet adhuc triennium etiam salvum ad restitutionem consequendam*」ことになり、未成熟時に締結された卑属結合について依然原状回復を為し得るといえる。

このように、前婚の子等が未成年を理由に卑属結合について原状回復を申し立てられるとすれば、卑属結合の効力は、彼等の成年後、上記の期間経過までは不確定なままとなる。卑属結合は、多くの場合、未成熟未成年の子等のために締結されるものであり、例えば、亡くなった実親の遺産に見るべきものがない場合には卑属締結は彼等に利益を与える可能性が高く、相当の遺産が存する場合であっても、存命の実親の再婚相手による扶養にも期待しながら（実親の

102) *Consilia*, II, 181.r.

103) C.2,53,7.

遺産はその対価ともなり得る)、将来、継父乃至継母をその実子等と共に均等に相続する権利と引き換えに、実親の遺産承継をさしあたり見送ることに一定の合理性があろう。確かに、卑属結合によって考慮される前婚の子等の利害は、再婚後の資産状況にも左右され、当初の目論見通りの効果をもたらし得るか否かは未知数であり、結果的に、前婚の子等にとって何ら見返りのない相続放棄に終わる可能性さえある。しかし、卑属結合の性質上、そのような不利益が顕在化するのには継父乃至継母の死亡時と解さざるを得ず、それが成人後の上記期間制限内に到来するか否かもまた偶然に委ねられており、ローマ法が想定する未成年時の不利な財産の売却や贈与といった原状回復の許容事例とそもそも同列に扱い得るのか疑念が残る。一方で、亡き実親の遺産が継父乃至継母の財産よりも多額であるにもかかわらず、「遺産先取分」が設定されなかったとされる本件事案のように、卑属結合が当初から前婚の子等を害する蓋然性の高い仕方では締結される場合もあり得るが、そのような「多大な不利益」が現実のものとなるのもやはり将来の相続時である。ナッサウ法を含むラインフランケン地方の諸立法が、前婚の子等の利害を代弁する後見人や近親者等の助成と当局の許可登録から成る一連の方式を義務づけたのは、卑属結合の慣行にいわば類型的に潜在するこの種の不当性に対処するためであり、そのような規制と引き換えに卑属結合は慣行として存続を許され、個々の契約は登録を以て確定的に成立するわけである。そうであるとすれば、所定の方式を備えて成立した卑属結合が単に未成年を理由に原状回復によって覆されるという事態は、ローマ法上、後見人や保佐人の助成を得た行為についても原状回復が認められている点を勘案したとしても、固有法上の卑属結合規制の趣旨とは相容れないように見える¹⁰⁴⁾。

なお、フィッヒャルトは、「法務官は成年者にも一定の正当原因があれば原状回復を認めているet maioribus praetor ex quacunque iusta caussa,

104) 1463年のフランクフルトの都市参事会布告について、締結手続の適正化を引き換えに「成人後に契約を撤回する子等の権利も排除された」とする理解(Meyer, Die Einkindschaft, 29.)は、論拠を欠き唐突な印象を受けるが、卑属結合における原状回復に消極的な解釈としては、その後のラインフランケンの諸立法にも広く妥当し得る。

restitutionem in integrum impartitur」とも付言しており、成人後の上記申立期間の徒過により未成年を理由とする原状回復が不可能となる場合にも配慮しているようである¹⁰⁵⁾。確かに、ローマ法は、公務や捕虜による不在、強迫、悪意等の理由に、成年者にも原状回復による救済を付与しているが¹⁰⁶⁾、未成熟時に締結され、成年後、継父や継母の遺産相続時に実際に不当な結果をもたらすことになった卑属結合について、前婚の子等が成年者として原状回復を申し立て得る「正当原因*iusta causa*」を果たして想定できるかは不明である。とはいえ、「ナッサウの規則」が求める方式について違背がなく、少なくとも形式的には卑属結合が有効に締結されたとしても、前婚の子等に不当な結果がもたらされるならば、原状回復が許されるべきとの一般論¹⁰⁷⁾ そのものには一定の説得力はあろう。フィッヒャルトが、原状回復による救済を論じる際に、卑属結合締結時を基準とした多大ではあるが潜在的な「不利益*vernachtheilung*」ではなく、継父の死去を受けた相続に当たって依頼者が実際に直面するに至った実父の遺産の喪失という事態（「卑属結合によってほとんど奪われてしまった遺産 *Erb / welches ihr durch Einkindschafft beynahe gar entzogen würde*」）を強調しているのもその意味で当然と言える。

実際、本件事案では、依頼者の継父は既に亡くなっており、その時点で初めて卑属結合の存在を知った可能性もある娘が相続上の不利益に悩む一方で、実

105) *Consilia*, II, 182.r.なお、テキストには「未成年者に*minoribus*」とあるが、「成年者に*maioribus*」の誤記乃至誤植であることは文脈上明らかである。

106) フィッヒャルトが具体的に引用しているのは「使節の職務故の不在*propter officium legationis absens*」に関わる法文(C.2.54.1.)のみであるが、「類似の諸法文と共に*cum similibus*」との言い回しで引用を省略されているものとしては、例えば、C.2.51.の諸法文(兵役その他「国家のための*Reipublicae causa*」不在一般)、C.2.54.5.(「捕虜*captus*」故の不在)、D.4.2.9.8.(「強迫*metus*」)、D.4.3.18.pr.(「悪意*dolus*」)が挙げられる。

107) ローマ法源上の表現を借りるならば、「確かに有効ではあっても、大きな損害が生じるならば、原状回復によって取り消される*quidem valet, verumtamen, si grande damnum versatur, per in integrum restitutionem revocatur*」(D.4.4.49.)ということになるろう。

母は早々に再々婚したようである。フィッヒャルトが助言の末尾で論じているのが、この再々婚時に実母がその相手との間で締結した「夫婦財産契約 Hienlichsverschreibung」である。依頼者の提出した書面によれば、当該「夫婦財産契約」には、依頼者が卑属結合の取消をイトシュタインの裁判所に申し立てたことを受け、卑属結合の失効を前提に、「前婚による子等には父の財産が各人相応に付与されるべき旨明記されている *außdrücklich vermeldt wirdt / daß den vorigen Kindern einem jeden sein gebürend Väterlich Gut werden sol*」とされる。ここに言う「前婚による子等 *vorige Kinder*」や「父の財産 *Väterlich Gut*」が何を指すのか定かではないが、仮に、依頼者を含む前々婚の子等に対して「母が進んで父の財産を承継させようとする *die Mutter gutwillig were Väterlich Nahrung folgen zu lassen*」趣旨であるならば、「如何なる訴えも裁判も不要となる *bedörfft es keines Klages / noch einiger Rechtfertigung*」。しかし、フィッヒャルト自身は、そのような自発的な返還について「極めて懐疑的 *gantz zweiffelich*」であり、逆に、「前婚から子等が生まれ、父や母が、再婚、再々婚、あるいはそれ以上の婚姻へと進む場合、継母や継父に対して嫁資や婚姻前の贈与の名目で息子や娘よりも多くを与えることを父や母は許されない *si ex priore matrimonio procreatis liberis pater materve ad secunda, vel tertia, aut alterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei licitum novercae, vel vitrico, dotis, aut ante nuptias donationis nomine, quam filio, vel filiae*」とする法文¹⁰⁸⁾を援用して、再々婚時に交わされた「夫婦財産契約」の効力自体が否定される可能性を指摘している。ただし、当法文は、再婚する存命配偶者自身が将来亡くなった際に子等がその

108) C.5.9.6.pr.なお、当法文では、「嫁資 *dos*」や「婚姻前の贈与 *ante nuptias donatio*」の他に、「遺言 *testamentum*」や「小書付 *codocilli*」による「相続権 *hereditatis ius*」の付与、「遺贈 *legatim*」や「信託遺贈 *fideicommissum*」、「死因贈与 *mortis causa habita donatio*」、そして、「市民法上は禁じられているが贈与者死亡によって一定の理由からは是認されるのが常となっている夫婦間約定の贈与 *inter vivos conscribendae donationes, quae etsi constante matorimonio civili jure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causas confirmari solent*」にも同様の制約が課されている。

相続上の利益を害されないよう配慮するものであって、先に亡くなった先夫や先妻の遺産の相続自体が問題となっているわけではない。確かに、本件事案の依頼者の実母が、一度目の再婚時の卑属結合に基づき再婚相手の元に持参した亡き前夫の遺産を、再々婚時にそのまま「嫁資の名目でdotis nomine」流用持参する可能性もあるが、いずれにせよ、当法文による「夫婦財産契約」つまり嫁資合意pacta dotaliaへの制約は、卑属結合の失効を前提とした前々夫の財産の子等への分割承継と直接関りはない。それ故、フィッヒャルト自身も、「今のところこの点を論じる必要はなく、事が生じるまで放置すべきであろうes ist noch zur zeit unvonnöten / hierinn zuhandeln / sonder laß man es beruhen / biß es zum fall kompt」と述べている。依頼者への助言の主眼はあくまで「ナッサウの規則」所定の方式の違背を訴えて卑属結合無効を導くことであり、学識法それ自体に依拠した原状回復という次善策の提示や実母の新たな嫁資合意への疑義はいわば傍論に留まる。逆に、固用法上の卑属結合そのものが学識法上の概念や制度に置き換えられることなく助言の対象となり得たのは、既に立法を介して学識法由来の後見、夫婦財産制、無遺言相続等と連結されていたからであった。「ナッサウの規則」をめぐる当助言のフィッヒャルトの議論には、慣習法学の名に値する固用法内在的な学識化の一例を見て取ることができよう。

(未完)

