

《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—— (2)

藤 田 貴 宏

IV

周知の通り、フィッヒャルトは、その晩年、ラインフランケンにおける二つの領邦立法に起草者として関与している。その一つは、ゾルムス諸伯領及びミュンツェンベルク領の裁判所規則並びにラント法Deren Graveschafften Solms unnd Herrschafft Mintzenberg GreichtsOrdnung und LandRecht(1571年。以下ゾルムス諸伯領ラント法と略称)である。同法は、序言¹⁾にある通り、ゾル

-
- 1) “余ゾルムス伯でミュンツェンベルク領主のフィリップが、余自身として、並びに、余の後見の下にある子等、すなわち、生前ゾルムス伯でミュンツェンベルク及びゾネヴァルトの領主であった亡きフリードリヒ・マグヌスの遺児ヨーハン・ゲオルクとオットーに代わって、そして更に、やはりゾルムス伯にしてミュンツェンベルクの領主たる余等エルンストとエーバーハルトの兄弟が、ここに公に宣言し知らせる。すなわち、一般法たる既存の成文皇帝法規とそれらが遵守を命ずるところの法が神聖ローマ帝国に遍く受容されているので、この帝国のあらゆる臣民と従属者は確実で明白な法を保持し、それに従って振る舞い自らを律することができまたそうすべきであり、余等もまた、余等の伯領及び所領の多くに関して、それら既存の皇帝法と諸法規が大いに遵守されてきたと認めるに吝かではないが、同時に、この皇帝法がかなり大部で庶民には難解であり、それ故、大抵、昔から余等の伯領に持ち込まれた卑俗な不文のラント慣行が(他の諸領邦においてもほぼ同様であるように)庶民によって遵守されてきたことも知っている。こちらの慣行は、幾つかの点や項目については正義や衡平に反するわけではないため庶民等を混乱なくそこから引き離すことは難しいが、大部分は不当不均一で疑わしく異論の余地のあるもので、

庶民自身にとっても不都合なものであり、そこから、裁判所の判決言い渡しや、臣民等における上記ラント慣行の理解や不均一な解釈において、極めて厄介な不正と混乱がしばしば生じ、そこには臣民等への不利益も少なからず伴っている。そこで余等は、上記の不正や困難を可能な限り排除し、余等の臣民等に正しく適法な行為の確実な規則を定立することが、神により当地にあてがわれた正当な統治者たる余等に相応しく（それは余等自身もまた望むところである）、上記の曖昧で異論の余地あるラント慣行に確実さを与えることで、今後、余等の伯領及び所領の臣民等の間に統一的な法とそれによる一層の協調が保持され、裁判所における法的手続の無秩序やいい加減さが繰り返し引き起こす無益な負担と訴訟の引き延ばしが回避されるであろうと考え、事前の協議、周到な準備、正当かつ一致した意見を得て、以下の裁判所規則、そしてまた、法令集つまりラント法を、書かれた正義と衡平に則って定めた。また全てが整理されより明確で理解容易となるように、それを二部に分けて編纂させ、第1部では民事及び刑事事件の裁判手続を、もう一方の第2部では主として契約、取戻、夫婦財産契約、遺言及び終意処分、相続、遺産分割、後見、卑属結合等々をそれぞれ扱うというように区別して定め配置させた。従って、余等は、余等の伯領並びに所領の全ての臣民、服属者、居住者各人、そしてまた、その裁判所において訴訟を為しあるいは将来為すであろう者等に対して、この余等の規則、諸法令、諸規定をその全ての項目と条項に徹底して服し、それらに則って行動し振舞うようここにしかと命じ望むものである。ただし、この余等の規則は、既に申し立てられ一部訴訟係属中の事案には適用されず、当規則の公布と告示以降に申し立てられ受理された事案や事件にのみ適用されるべきであり、また、旧来のラント慣行及び慣習法で余等の諸規則や規定に適合せず反するものは全て廃止され破棄され排除されるべきものとし、余等もここにそれらを明確に破棄し廃止し排除するものである。更に、当規則で扱われていない何らかの事案が将来生じ申し立てられた場合、当該事案は、上記の旧来の廃止された慣習法あるいは慣行ではなく一般法たる成文皇帝法並びに諸勅令に従って判定、判断、判示されるべきであるというのもまた余等の意思であり考えである。なお、余等は、余等自身、余等の相続人、子孫等がこの諸規則及び規定を、時勢に応じ、また、各人が従うことが有益かつ適正と思われるところに従い、解明し、改正し、増補し、削除し、場合によっては全て廃することを留保するものとする（というのも将来その必要が生じるであろうから）。以上の証するものとして、余等は、余等の各裁判所に当規則及び諸規定の刊本を余等の印章と共に授けるものである。以上、我らが主イエス・クリストゥスの生誕後1571年目の4月4日、受難の日曜日後の水曜日、記し公布する。”(GreichtsOrdnung

ムス＝ブラウンフェルスSolms-Braunfels伯フィリップPhilipp(在位1547-81)、先代ゾルムス＝ラウバッハSolms-Laubach伯フリードリッヒ・マグヌスFriedrich Magnus(1521-61年)の遺児でフィリップの後見下にあった現ゾルムス＝ラウバッハ伯ヨーハン・ゲオルクJohann Georg(在位1561-1600年)とオットーOtto(1550-1612年)の兄弟、そして、ゾルムス＝リッヒSolms-Lich伯エルンストErnst(在位1562-90年)とその弟エーバーハルトEberhard(1530-1600年)の名義で公布された。同法の通用地域として想定されているのは、ラーン川の南側に位置しナッサウ＝ヴァイルブルクNassau-Weilburg伯領と帝国都市ヴェツラーに挟まれたゾルムス＝ブラウンフェルス領、ヘッセン方伯領のギーセンを挟んでその西方に位置するゾルムス＝ラウバッハ、リッヒ各伯領、その南西に隣接し1481年以降その一部がゾルムス諸伯領となっていたミュンツェンベルクである²⁾。タウヌス山地の東側、マイン川沿いのフランクフルトやハーナウからラーン川沿いのヴェツラーやギーセンにかけて南北に広がる地域(ヴェツテラウWetterau)に位置するゾルムス諸伯領においても、近隣のマインツ選帝侯領やナッサウ伯領³⁾といった他のラインフランケン諸領邦と同様、「卑

und LandRecht, ii.r.-iii.r.引用は1571年フランクフルト・アム・マイン刊初版第一刷のテキストによる。このゾルムス諸伯領ラント法は1571年中に同じヨーハン・ヴォルフJohann Wolffの工房で再度印刷され、その際に若干の誤植訂正が施された。第二刷との異同等についてはKunkel, Einleitung, in: Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, I, 2, Landrechte des 16. Jahrhunderts [1938], xxxiv-xxxv参照。)

- 2) 序文には、フリードリヒ・マグヌス、エルンスト、エーバーハルト等の祖父にあたる先々代ゾルムス＝リッヒ伯フィリップ(1468-1544年)が帝国東方のニーダーラウジッツに1537年取得した所領ゾンネヴァルデにも言及されているが、法典末尾の「結語Beschluss」(GreichtsOrdnung und LandRecht, cxxviii.v.-cxxix.r.)には見当たらず、法典自体の表題からも除かれている。
- 3) ただし、隣接するナッサウ＝ヴァイルブルク伯領は、IIでふれたナッサウ伯領裁判所規則の通用地域には含まれていない。なお、同裁判所規則の立法者の一人ナッサウ＝ディレンブルク伯ヴィルヘルムの娘エリーザベト(1542-1603)は、1559年にフィリップの息子で次代ゾルムス＝ブラウンフェルス伯となるコンラートKonrad(在位1581-92年)に嫁いでいる。

属結合Eynkindtschafften」が慣行化し、その立法による整序が求められていたようであり、上記序言中にも立法項目の一つとして言及されている⁴⁾。フィッヒャルトがゾルムス＝リッヒ伯の宮廷顧問官であったディートリヒ・ブリッケルDietrich Brickelに宛てた書簡（1567年7月21日付け）⁵⁾ やゾルムス諸伯に宛てた書簡（1569年8月3日及び1570年7月12日付け）⁶⁾ によれば、当初、ゾル

4) GreichtsOrdnung und LandRecht, iii.r.

5) “[...] ゾルムス＝ラウバッハ伯の書記官ゲアハルト・テアヘルがゾルムス諸伯領全域のために起草した新たな裁判所規則並びにラント規則を見直すべく貴方から私に手渡されたのはかなり以前のこと、私もこれに一度念入りに目を通しましたが、その後、改変や改良を要すると思われる箇所を指摘してもよい旨、貴方のご指示もありましたので、私は再度これを手に取り目を通し、特に必要と思われた箇所に限ったとはいえ、(御覧の通り) あちこちに私の改良案を付記しました。また、起草者についても疑念を抱いておりまして(かの人は法的事案に未だ十分に通じておられず、長い間訴訟に身を置きそれに関わってきた私のように、日々もっと多くのことを学ぶ必要があります)、その未熟さ故に修正を要する箇所が多数見受けられました。さて、この法典は二部に分かれておりまして、第1部は訴訟手続を、第2部は様々な慣行に関するラント規則を含み収めております。第1部につきましては、的確に構想され、その大部分が他の諸裁判所規則から引き写されているため、取り立てて疑問とする箇所はありません。しかし、第2部についてはまさに見直しが必要で、章ごとに検討を要し、幾つかの章については更なる解明と敷衍が求められます。[...]” (Fuchs, Zur Geschichte der Abfassung der Solmsger Gerichts= und Landordnung, Zeitschrift für Rechtsgeschichte, 8 [1869], I, 272. 当論考の著者カール・フィリップ・フックスKarl Philipp Fuchs[1821-84年] はフランクフルトのフィッヒャルト家旧蔵の文書中に見出したゾルムス諸伯領ラント法関連の書簡を計五点紹介している。)

6) “[...] 書記官ゲアハルト・テアヘル氏により起草され他の諸改定都市法や諸規則を基にまとめられた二巻構成のラント法付き裁判所規則が、最初、その見直しの指示のと共に、慈悲深き諸閣下の御名で私に送り届けられ、私がそれを為すに当たり方々に疑問点を付記申し上げたところ、その最初の草案が再び届けられて、当該法典全体をあらためて起草せよとの依頼をお受けしてから二年が経過する間、(とりわけ上記書記官テアヘル氏の難渋された箇所について) 幾度も手直しを督促いただきましたが、私は、他の日常業務と並行して、この仕事に取り組み、裁判手続に関わる第1部を完成させることができましたので、諸閣下のために今回の便にてお送りしま

ムス＝リッヒ伯の書記官ゲアハルト・テアヘルGerhard Therhellが「訴訟手続rechtlicher Process」を扱う第1部と「様々な慣行に関するラント規則Landtordnung von allerley Sitten」を収めた第2部から成る法案を起草して、この「最初の草案Erst Concept」に意見を求められたフィッヒャルトが特に第2部について難点を指摘したところ、あらためて草案全体の手直しを依頼され、その二年後の1569年夏に第1部の改訂案を、第2部については、更に一年遅れて翌1570年夏に、それぞれゾルムス伯側に提出したとされる⁷⁾。第1部について

す。第1部には特に見落とされている点はないとしても、やはり丹念に見直されるべきで、多くの箇所が改善可能でまた改善されるべきものと思われます。まず私は、他の領邦や都市の改定法や規則の各章に目を通し、これらとテアヘル氏の草案から抜粋したものを照合しました。とりわけ、(テアヘル氏が多くの箇所で利用した)マインツの下級裁判所規則、ナッサウ、ヴェルテンベルクの諸規則、その他、私が相当数保持している領邦の諸規則がそうできて、そこには何らかの仕方で一方から他方に取り込まれているものだけでなく、一節全体が引き写されている部分もありました。第1部末尾に言うところのラント法や慣行のみを対象とする第2部も起草されるべきで、私は既にこちらに同様の入念さを以て取り掛かりつつありまして、(神の御猶予を得て)この秋までにはお届けできるものと存じます。[…]"(Fuchs, Zur Geschichte der Abfassung der Solmscher Gerichts- und Landordnung, II, 273-274.)。"[...] 去る1569年8月3日付けで、ゾルムス諸伯領の改定法及び規則の第1部(こちらは裁判手続にのみ関わります)をお送りした際、その後秋には、ラント法及び慣行に関わる残り第2部を完成させお送りできるとの見通しをお伝えし、それが私には十分可能であると考えておりましたところ、このように遅れてしまいましたのは、私が通常担っております様々な仕事や業務によるばかりではなく、当該第2部について如何に困難で大変な作業を要するか判明したからであります。私は、選帝侯領や諸侯領、諸領邦や諸都市の規則(私はそれらほとんど全てを手元に集めております)にまず目を通し、(第1部について行ったのと同じように)それら全てから最良のものを最も適合する仕方で引き出し、どこにも見出せなかった多くの点は私の所見に基づき補い、可能な限りの努力を費やした結果、何一つ不足のない完全完璧な法案が出来上がり、これら何れの部分も、これまで印刷公刊された(比較可能な)全ての改定法や規則と十分に肩を並べ得ると評されるものと期待しております。[…]"(IV, 275.)

7) フィッヒャルトによるゾルムス諸伯領ラント法起草の背景や経緯については、

フィッヒャルト自身の書簡の他に、イエーナ大学教授であったカール・フリードリヒ・ヴァルヒCarl Friedrich Walch(1734-99年)が、当時既に稀覯本となっていたゾルムス諸伯領ラント法の初版本の寄贈を受けた際に、寄贈者であるヘッセン＝ダルムシュタット伯領副尚書長官コッホKochが添えた「逸話Anecdoten」として、その著書『ドイツ法雑考集Vermischte Beyträge zu dem deutschen Recht』第3巻(1773年)に収めたもの(341-342頁)も興味深い事実を伝えている。それによれば、フィッヒャルトは「ゾルムス伯家とりわけリッヒ系ゾルムス家に助言者として仕えて非常に親しかつたdiente den Hochgräflichen Hause Solms, besonders der Lichischen Linie, consulendo, und die nähere Bekanntschaft rührte」とされ、その縁で、フィッヒャルトの弟カスパー・フィッヒャルトCaspar Fichard(1523-69年)が、1551年に帝室裁判所の法廷弁護士となる前に、ゾルムス＝リッヒ伯家の息子等の家庭教師として「ドイツ、イタリア、フランス、ネーデルラントへの遊学に随行したauf Reisen durch Deutschland, Italien, Frankreich und die Niederlande geführt hatte」とされる。また、フィッヒャルトは、1571年に印刷発注を兼ねてフランクフルトを訪ねてきたゾルムス諸伯の使者等(その一人はテアヘル)に対して、150フローリンの報酬を求めて認められ、その半額は親交のあったゾルムス＝リッヒ伯が支払ったとされる。フィッヒャルトは提出した自らの改訂草案についてゾルムス諸伯領側で「協議することzu beratschlagen」を望んでおり(IV, 275.)、ラント法の序文にもある通り、実際に「事前の協議、周到な準備、正当かつ一致した意見を得てmit samenthaften seitigen vorgehabten rath, guter vorbereitung / und rechtem einhelligem wissen」制定されたとされるが(GreichtsOrdnung und LandRecht, iii.r.)、そのような「協議Beratung」が上記1571年のゾルムス諸伯の使者によるフランクフルト訪問時に為されたとする見解(Kunkel, Einleitung, xxxi-xxxii.)は、最終的な法文確定、印刷発注、草案作成の報酬交渉がほぼ同時に行われたことになり、不自然であろう。なお、ゾルムス＝リッヒ伯との関係は、1548年にエルンストやエーバーハルト等兄弟の父で先代ゾルムス＝リッヒ伯ラインハルトReinhard(在位1544-62年)とフリードリヒ・マグヌスの間でラウバッハ等を後者に分割する旨の合意が交わされた際に助言を求められて以来のようであり(Reinle, B. SOLMS, in: Handbuch Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich - Band 15.IV [2012], 1377.)、フィッヒャルトが起草乃至助言した可能性の高い当該分割合意の文面は、Graf Rudolph zu Solms-Laubach, Geschichte des Grafen- und Fürstenhauses Solms (1865), 485-494.に見ることができる。ゾルムス諸伯領ラント法は、フィッヒャルトが1570年の書簡(IV, 276.)で推奨していたジクムント・フォイヤアーベントSigmund Feyerabendの工房ではなく、

ては、テアヘル自身が、その大部分を既存の「他の諸裁判所規則andere Gerichts Ordenungen」、とりわけ、「マインツの下級裁判所規則、ナッサウ、ヴェルテンベルクの諸規則Mentzische undergerichts, Nassauisch und Wirtenbergische Ordenungen」から引き写していたため、内容的には大過なく、それら「他の領邦や都市の改定法や規則anderer Herschaften und Stede Reformationen und Ordenungen」との照合と調整が改訂作業の中心となったが、「ラント法及び慣行Lantrecht und Breuche」を定める第2部については、フィッヒャルト自ら、「これまで印刷公刊された他の全ての改定法や規則alle andern Reformattonen und Ordenungen so bisher im Truck aussgangen」から「最良のものを最も適合する仕方でdas gutlichst und wie es sich am besten schicken」取り出す必要があった。近隣諸領邦の立法の成果を咀嚼し足掛け三年をかけて練り上げられ、「何一つ不足のない完全完璧な法案eyn plenum et absolutum corpus」とフィッヒャルトが自負する改訂案に基づいて制定されたゾルムス諸伯領ラント法は、16世紀後半の領邦立法と慣習法学の水準を見て取るのに相応しい素材と言える。

上記序言は、「曖昧で異論の余地あるラント慣行に確実さを与えることdie un gewisse unnd disputirliche Landbreuch inn ein gewißheit zubringen」を成文化の意義と捉え、そのような「確実さgewißheit」によって、「臣民等の間に統一的な法とそれによる一層の協調が保持され、裁判所における法的手続の無秩序やいい加減さが繰り返しもたらしてきた無益な負担と訴訟の引き延ばしが回避される gleichmessige Recht / unnd desto mehr einigkeit under den underthanen erhalten / auch der vergeblich Unkost unnd verlengerung der Sachen / so sich durch geformlichheyten und nichtigkeyten des rechtlichen Proceß in den Gerichten vielfeltig zugetragen haben / verhütet werden」ものと期待している⁸⁾。また、成文慣習法に反する「旧来のラント慣行及び慣習

ヨーハン・ヴォルフJohann Wolffの工房で印刷されたが、1571年2月21日付けのブリッケル宛て書簡にある通り (V, 276.)、その「見本eyn Specimen」をいち早く送り届けた先もゾルムス=リッヒ伯家のエーバーハルトであった。

8) GreichtsOrdnung und LandRecht, ii.v.-iii.r.なお、ゾルムス諸伯領ラント法には第2

法vorige alte Landbreuch und gewonheyten] が「完全に廃止され破棄され排除される gentlich aufgehebt / cassirt und abgethan sein」だけでなく、「当規則で扱われていない何らかの事案が将来生じ申し立てられた sich eyziger fall der in gegenwertiger Ordnung nit begriffen künfftiglich begeben und zutragen würde」場合にも、「旧来の慣習法あるいは慣行ではなく一般法たる成文皇帝法並びに諸勅令に従って判定、判断、判示されるべき den allgemeinen beschribenen Kayserlichen Rechten und Constitutionen nach / geurtheylt / decidirt und gericht soll werden」ものと明言されている⁹⁾。領邦固有法の成文化の効用を帝国法による欠缺補充と抱き合わせ関連付ける思考は、起草者たるフィッヒャルト自身が帝室裁判所や帝国都市フランクフルトの実務の中で長年慣れ親しんでいたものに他ならない。「一般法たる既存の成文皇帝法規とそれらが遵守を命ずるところの法が神聖ローマ帝国に遍く受容されているので、この帝国のあらゆる臣民と従属者は確実に明白な法を保持し、それに従って振る舞い自らを律することができまたそうすべきであり、余等もまた、余等の伯領及び所領の多くに関して、それら既存の皇帝法と諸法規が大いに遵守されてきたと認めるに吝かではない die allgemeyne alte beschribene Kayserliche Satzungen / und Recht / darum verordent / und auch in dem heyligen Römischen Reich allenthalben angenommen worden / damit alle desselben Underthanen unnd angehörige / ein gewiß und einhellig Recht haben / sich darnach verhalten und richten mögen und sollen / auch wir selber / so viel unsere Grave und Herrschaftten belangt / gern sehen möchten」との序言冒頭の一節も、そのような一般法としての帝国法の役割を自明視するものと言える。領邦固有法の欠缺箇所が発見と帝国法による補充が円滑に遂行されるためには、領邦固有法自体が、「書かれた正義と衡平 die

部冒頭にも立法者による「序言 Vorrede」が付されており、そこでも、「成文のラント規則 beschribene Landtordnung」が「旧来の慣習法や慣行 alte Gewonheyten / und gebrech」に取って代わることで、裁判に「確実さ gewißheit」をもたらす旨再度強調されている (Greichts Ordnung und Land Recht, lvii.r.-lviii.r.)。

9) Greichts Ordnung und Land Recht, iii.v.

beschriebenen rechten unnd die billicheyт) に調和すべく¹⁰⁾、ローマ法上の概念や原則と対照あるいは連結可能な形で成文化されねばならない。ゾルムス諸伯領ラント法の中に成文化された卑属結合の慣行もまた、そのようなラント法自体の学識化を介して初めて、「ラント慣行Landtbrauch」としての資格を維持することができたのである。

ゾルムス諸伯領ラント法の第2部は、種々の契約(第1章から第20章)、後見・保佐(第21章及び第22章)、遺言(第23章)、無遺言相続(第24章から第28章)、地役権(第29章)、「境界設定Steinsetzen」(第30章)、取得時効(第31章)について定め、領邦内の全裁判所において裁判長と参審人等に対する法典の読み上げを毎年行うべく命じた最終章を含めて全32章から成っている。各条文には、対応する学識法上の諸概念が挿入されると共に、欄外にも注記されており、契約に関しては、順に、「消費貸借mutuum」、「使用貸借commodatum」、「賃貸借locatio et conductio」、「永借契約emphyteuticus contractus」、「永小作権ius colonarium」、「寄託depositio」、「交換permutatio」、「売買emptio et venditio」、「買戻権ius retractus」、「贈与及び債権譲渡donatio et cessio」、「質pignora」、「抵当hypothecae」、「保証人fidejussores」、「和解transactio」、「嫁資合意pacta dotalia」、「婚姻障害matrimonia prohibita」が用いられているが、卑属結合に関わる規定は、唯一、そのような学識法との直接的な対照が断念され、契約法の末尾第20章に、「卑属結合は如何にして締結され、また、どのように遵守されるべきかVon Einkindschafften wie die auffgericht / auch wie es damit soll gehalten werden.」との表題で配置されている¹¹⁾。直前の第19章「禁じられ許されない婚姻についてVon verbotenen und unzulässigen Ehen」は、「血族関係Blutfreundschaft」や「姻族関係Schwagerschaft」を理由とする「婚姻障害」、そしてまた、「秘密婚約heimliche Verlobdnuisse」及び「秘密婚姻heimliche Ehen」の禁止について規定するもので、16世紀半ばに相次いでルター派領邦となっていた¹²⁾ゾルムス諸伯領における婚姻規則Eheordnungに相

10) GreichtsOrdnung und LandRecht, iii.r.

11) 同章全体の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(2)」参照。

12) Reinle, A. SOLMS, 1372.

当する。特に前者の「婚姻障害」関連の諸条文は、ザクセン選帝侯アウグスト August(在位1553-86年)による「教会において牧師、教会従僕、教区民その他が日頃如何に振舞うべきかについての一般条項及び布告General Articul und gemeiner bericht / wie es in den Kirchen mit den Pfarherrn / Kirchendienern / den Eingepfarten / und sonst allenthalb ordentlich gehalten werden soll」(1557年)¹³⁾の末尾、「婚姻は主に血族関係あるいはまた姻族関係故に以下の通り禁じられるDie Ehe wirdt vornemlich / von wegen der Blutfreuntschafft / darnach auch von wegen der Schwegerschafft / wie folgend zusehen / verboten」の大半をほぼそのまま取り入れている。この第19章は内容のみならず形式上もそれまでの諸章とは明らかに異質であり¹⁴⁾、ラント法中に規定されるにあたって、前章第18章「夫婦財産契約及び嫁資合意証書についてVon den Eheberedungen und Heyrathsbriefen」の後に、婚姻本体に関わる規定として便宜的に挿入されたものと解される。

換言すれば、卑属結合に関する第20章は、本来、婚姻に伴う特殊な契約類型として、夫婦財産契約を扱った第18章に直接連なるべきものであった。実際、第18章の末尾第10文¹⁵⁾では、再婚夫婦は「婚姻日に卑属結合を合意し締結する

13) マッテス・シュテッケルMatthes Stöckelによるドレスデン版とヴァレンティン・バープストValentin Babstによるライプチヒ版が存在し、後者には巻末に婚姻障害を図解した表が付されている。

14) 立法趣旨に相当する冒頭三つの条文に続いて、「準則Regel」「原因Ursach」「注意Erinnerung」といった見出しの下に個々の婚姻障害が列挙敷衍されている。主要な典拠となっているのは聖書(旧約レビ記第18章6-18行)とローマ法源(Inst.1.10; D.23.2; C.5.4.)であり、ザクセン法との相違も含め、Fuchs, Ueber die Quellen des Solmser Landrechts, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, 17 (1857), 308; Kunkel, Anmerkungen zum Solmser Landrecht, in: Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, I, 2, 363-366.参照。

15) 「寡夫及び寡婦として婚姻し、双方とも子等を連れ合い、互いの中に更に子等をもうけることが期待される者等は、婚姻日に卑属結合を合意し締結することもできるが、そのような卑属結合については、後述第20章にある通り、続けて裁判所による認証を得て、規則が遵守されねばならない。Auch mögen solche Personen / so als

こともできるmögen wol ein Einkindschaft auff den hinlichstag abreden unnd beschliessen」とあり、第20章の参照が指示されている。直前には、亡き配偶者との間に子がなかった寡夫乃至寡婦について、再婚相手へ自由な贈与あるいは遺贈を認め（第8文¹⁶⁾）、子がある場合には、ローマ法¹⁷⁾に倣って、再婚相

Witwer und Witwe zusammen heyrathen / und beyderseits kindere zusammen bringen / auch noch fernere kindere miteinander zubekommen verhoffen / wol ein Einkindschaft auff den hinlichstag abreden / unnd beschliessen / doch soll dieselbig volgens Gerichtlich bekräftiget / unnd darinn die Ordnung gehalten werden / wie die hernach in dem zwentzigsten Titell erklärt wird.] (GreichtsOrdnung und LandRecht, lxxxvii.v.)

- 16) 「夫にせよ妻にせよ、二人の内の一方が寡夫乃至寡婦の身分となり、再婚あるいは再々婚を望んだ場合、彼等に嫡出の子がなく、また子を授かる見通しもない限り、何れも、相手方に対して、自らの財産の全部や一部の占有、あるいは、所有さえも、嫁資あるいは贈与として与え、または、遺贈できるものとする。So auch der zweyter [第2刷でzweyerと訂正] eins der Mann / oder die Frawe / im Witwen standt weren / und sich in die andere oder auch dritte Ehe begeben wolten / so ferr sie dann kein Eheliche kinder hetten / noch auch deren verhoffenlich weren / so mag ihr jedes dem andern zu der Ehestewer odr zugifft geben unnd vermachen / alle seine Güter / oder derselben ein theyl / zum Beyseß / oder auch zum eygenthumb / nach seinem wolgefallen.] (GreichtsOrdnung und LandRecht, lxxxvii.r.-v.)
- 17) C.5,9,6.ニュルンベルク再改定都市法Der Stat Nurnberg verneute Reformation (1564年)の第28章第8条「再婚するにあたり子を持つ者は再婚相手に如何ほどの遺贈を為し得るのかWievil die / so zur andern Ee greiffen und Kinder haben / dem andern Eegenossen vermachen mögen」(1564年ニュルンベルク刊のテキスト第171葉表)や「従来のゾルムスのラント慣行der ältere solmsische Landgebrauch」を典拠と推定する見解 (Kunkel, Anmerkungen zum Solmsier Landrecht, 363, Anm.90.)もあるが、夫婦財産制自体の相違や多様性を捨象するならば、当該ローマ法源に倣った再婚相手に対する贈与や遺贈の制限は、例えばフランソワ2世 (在位1559-60年)の「再婚する寡婦に関する王示Édit touchant les femmes veuves passant à nouvelles noces」(1560年7月フォンテーヌブロー)にも見られる通り (テキストはRecueil d'edits et d'ordonnances royaux, I [1720], 366参照)、帝国諸領邦に限らず広く受容さ

手に対する「子一人分ein kindts theyl」以上の贈与や遺贈を無効とする（第9文¹⁸⁾）規定が置かれ、同じく再婚夫婦の間で交わされる卑属結合への繋がり（第10文）も自然である。また、夫婦間相続合意の無効と遺言の自由の優先（第6文）、無遺言で合意未撤回のまま死別した場合に合意に基づく夫婦間相続を例外的に容認する（第7文）規定がこれらに先行している点には¹⁹⁾、相続目的の夫婦財産契約の特殊類型として卑属結合を捉える立法者の意図を見て取ることもできよう。夫婦財産契約の対象を「嫁資Ehestwer」と「反対贈与widerlegung」に限定し、夫婦間相続目的の嫁資合意を原則無効とする点は、1509年のフランクフルト改定都市法に既に条文化されており（「嫁資合意証書について」²⁰⁾第1文から第3文）、それがゾルムス諸伯領ラント法の起草に際して参照採用されたものと解される²¹⁾。しかし、先にⅡで触れた通り、フランクフルト改定都市法では、卑属結合自体には一切言及されておらず、都市参事

れていた。

- 18) 「しかし、嫡出の子等が存する場合には、それらの子を持つ側は、夫にせよ妻にせよ、再婚相手に対して、自らの財産から子一人分以上を贈与しあるいは遺贈してはならず、それを超えて遺贈されたものは無効無益とする。Weren aber ehliche Kindere vorhanden / so soll der theyl / deß dieselben seind / es seye der Mann oder die Frawe / nicht macht haben senem künfftigen Ehegemahel mehr als ein kindts theyl auß seiner narung zuverschreiben / oder zuvermachen / was es aber darüber vermachen würde / das soll nichtig und unkräftig sein.」(GreichtsOrdnung und LandRecht, lxxxvii.v.)
- 19) 第6文及び第7文の試訳は拙稿「17世紀バイエルンにおける夫婦間相続と嫁資合意 (3)」(獨協法学第102号)VI注72参照。
- 20) Reformacion, xxvi.v. 試訳は拙稿「17世紀バイエルンにおける夫婦間相続と嫁資合意 (3)」IV注60参照。
- 21) 夫婦間相続目的の嫁資合意について、存命中の「処分行為」や「遺言」に対する劣後のみ定めたフランクフルト法と、当該嫁資合意の撤回それ自体も容認したゾルムス法との間を媒介する役割を果たしたヨハネス・ジッヒャルトJohannes Sichard (1499-1552年)の見解については、拙稿「17世紀バイエルンにおける夫婦間相続と嫁資合意 (3)」136-158頁参照。

会布告と特許状によって既に裏付けを得ていたはずの卑属結合の慣行と夫婦財産契約一般との関係は不明のままであった。フィッヒャルトは、卑属結合の慣行を無視するかのような印象を与える地元フランクフルトの立法の難点を意識していたからこそ、ゾルムス諸伯領ラント法の起草にあたって、卑属結合を、夫婦財産契約、とりわけ再婚夫婦間のそれとの連関において体系的に位置付ける工夫を凝らしたのである。

卑属結合について定めるゾルムス諸伯領ラント法第2部第20章は、構成内容共に、Iで検討したマインツ選帝侯領裁判所規則の規定（「卑属結合について Von Eykindtschafften」）との類似性が顕著であり、フィッヒャルトが起草に当たって同規則を参照したのは一見して明らかである。まず、冒頭に立法趣旨（第1文及び第2文）を明示した上で、締結手続（第3文から第9文）と効果（第10文から第16文）を同じ章に一括する構成はマインツ法と合致する。これに対して、先行するヴォルムス改定都市法は、夫婦財産契約の一種として卑属結合を扱い、立法趣旨も明示する一方、卑属結合に基づく相続を無遺言相続の特殊例と見なし、締結手続とは別建てで規定していた。また、ナッサウ伯領裁判所規則では、締結手続と効果は一括されているが、立法趣旨は省略されている。卑属結合の締結に関しては、後見人や最近親者に対する助成要請（第3文）、後見人等による財産調査（第4文）、卑属結合の書面化と裁判所への申告（第6文）、適正である旨の宣誓陳述（第7文）と裁判所による認定登録（第8文）、希望に応じた証明書交付（第9文）は、それぞれマインツ法の第2文、第3文、第6文、第7文、第8文に対応する。

しかし他方で、例えば、ゾルムス法の第1文は、卑属結合が「前婚の子等 Kindere der ersten Ehe」の利害を脅かすだけでなく、「誤解と争い mißverstandt und zanck」をもたらしている点を問題視しているが²²⁾、この後者の訴訟誘発への危惧はマインツ法では未だ明示されておらず、恐らくは、トリア選帝侯領裁判所規則の第1文が参照されたものと解される。同様に、後見人不存在時に助成を求められる最近親者の人数「3名乃至4名 in dreyer

22) GreichtsOrdnung und LandRecht, xcix.v.

oder vier」(第3文)も²³⁾、これを4名としていたマインツ法の第2文ではなく、トリーア法の第2文と同じである。また、「死亡者の資産や子等がその親から承継できるものdes verstorben narung / und was die Kindere von ihrem Eltern allbereyt ererbt」と「再婚相手が持参し得るものwas der künfftig Ehegemahel zuzubringen vermag」との間に「著しい不均衡ein grosse ungleichheyt」が見出された場合について、マインツ法(第4文及び第5文)やトリーア法(第2文後段)が後見への移行を命じていたのに対して、ゾルムス法の第5文は「卑属結合が中断されるsoll die Einkindschaft verbleiben」とするに留まる²⁴⁾。ただし、卑属結合不成立時に前婚の子等が後見や保佐に付される点は、卑属結合に続く第21章で未成熟後見が扱われる編別構成に照らせば、ゾルムス法上も当然視されていたと解し得る。更に、この第5文は、「前婚の子等に相応の遺産先取分が約定され不均衡が幾らか是正されることに再婚相手が同意した場合はこの限りではないes were denn daß der künfftig Ehegemahel bewilligte / daß den Kindern erster Ehe ein zimlicher voraus / dardurch die ungleichheyt etwas vergleichen werden möchte / gemacht werde」とし、これを踏まえて第6文にも、後見人等による書面化と申告の前提として、「不均衡が存していても前婚の子等のための遺産先取分によってそれが補われ得るならばda gleich dieselbig vorhanden / doch durch den Voraus den ersten Kindern erstattet werden möchte」とあって²⁵⁾、「遺産先取分Voraus」の有無が卑属結合締結の調整弁、あるいは、その是非の判断基準として強調されている。確かに、助成者にすぎない後見人等は、締結当事者たる再婚夫婦との間で、「当該卑属結合が前婚の子等にとって最も適正で有益と解されるべく折り合うwie die Einkindschaft den ersten Kindern am besten unnd nützlichsten sein beduncket / vergleichen」必要があり(第6文)²⁶⁾、裁判所への申告に当たっても、宣誓の上、「合意された卑属結合が前婚の子等に

23) GreichtsOrdnung und LandRecht, c.r.

24) GreichtsOrdnung und LandRecht, c.r.

25) GreichtsOrdnung und LandRecht, c.r.

26) GreichtsOrdnung und LandRecht, c.r.

とって有益かつ適正に企てられたdie Abgeredte Einkindchafft den ersten kindern zu nutz und gutem fürgenommen]旨陳述せねばならない(第7文)²⁷⁾。それ故、例えば、前婚の子等がさしあたり承継し得る遺産が彼等自身の養育にとって不十分なため卑属結合がかえって好都合となる場合(マインツ法第6文)もまた、後見人等の助成と同意が期待される場面として織り込み済みであったはずである。しかし、卑属結合をめぐる訴訟の多くは、前婚の子等が本来相続できたはずの相当額の遺産を結果的に失う事態、つまり、卑属結合に基づく将来の相続発生時に「著しい不均衡」が現実化することで引き起こされていた。ゾルムス法において、「遺産先取分」の設定が卑属結合契約の単なる偶素 *accidentalia negotii* ではなく要素 *essentialia negotii* と言い得るほどに重視されているのは、立法趣旨で指摘された「誤解や争い」を予防する役割が期待されたからであろう。

卑属結合の効果についてもマインツ法との間にはっきりした照応関係が確認できる。まず、卑属結合に基づく相続に関して言えば、「結合された子等 *die gleichgemachte kindere*」が「継父あるいは継母をその実子で嫡出の子等と同等に相続する *den gemachten Vatter oder Mutter / gleich derselben natürlichen ehelichen kindern / erben*」という点(第10文)²⁸⁾、「結合された子等」が亡くなった場合に継父乃至継母が「それらの子の真正な同父母兄弟姉妹及びその子等と共に相続する *neben derselben ehelichen und Natürlichen geschwisterigen / und deren kindern / erben*」という点(第11文)²⁹⁾、そして、「卑属結合締結による遺産継承や相続 *die Succeßion und Erbschafft von wegen auffgerichter Eynkindschafft*」が「結合された子等」と継父乃至継母との間を超えて相互の「親族 *Freunde*」にまで「及ぶことはない *nit gezogen werden*」という点(第12文)³⁰⁾は、それぞれ、マインツ法の第9文、第10文、第11文に倣ったものと解される。また、前婚の子等が継父乃至継母の実子等との均等相続に先んじて取得する財

27) GreichtsOrdnung und LandRecht, c.v.

28) GreichtsOrdnung und LandRecht, c.v.-cir.

29) GreichtsOrdnung und LandRecht, cir.

30) GreichtsOrdnung und LandRecht, cir.

産として、マインツ法第9文は、卑属結合締結時に設定済みの「遺産先取分 vorausß」に加えて、「継父や継母の存命中に当該子等へ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 alle gütter / die bei leben irer angenommenen vatter und mutter / den selben kindern von iren gesipten anerstorben oder sunst durch testament / donation oder eynichen andern titel unnd ankunfft angefallen und zugestanden weren」を挙げており（トリニア法第5文も同じ）³¹⁾、ゾルムス法もほぼ同じ文言を用いてこれに従っている（第10文）³²⁾。

これに対して、ゾルムス法上の卑属結合の効果として特筆すべきなのは、存命実親や同父母兄弟姉妹と同順位での上記尊属相続権と並んで、前婚の子等の優先取得対象である近親者からの承継財産の「占有と用益 beysetz unnd nutzbrauch」を、子等が成年に達するまでの間、継父乃至継母に認めている点である（第13文後段）³³⁾。そのような財産は、前婚の子等の亡き実親の家系からもたらされるものであるから、「他の子等 die ander kinder」、つまり、存命実親とその再婚相手との間に生まれた子等や、再婚相手自身の前婚の子等が、「そこに取り分を得ることはない haben kein Theyl daran」のは当然であるが（同前段）³⁴⁾、再婚相手たる継父乃至継母は、卑属結合の効力として、例外的に、存命実親と共に使用収益が許されているのである。この種の用益権は、既にヴォルムス改定都市法で規定され（第4部第4巻第4文）、その後、言い回しも含めてほぼそのままナッサウ伯領裁判所規則にも継承されていた（第7文）。但し、ヴォルムス法及びナッサウ法では、「前婚の子等」が「25歳未満 under Fünff und zweyntzig iaren alt」でなかつ「未婚 nit in elichem Stande」である故に「その継父の親権に服している in gewaltsam ires gemachten vatters wern」場合に、「継父は子等にもたらされた遺産を使用し収益できる mag sich der gemacht vatter desselben angefallen Erbs gepruchen und niessen」とさ

31) Undergerichtsordnung (Mainz), xxv.v.; Undergerichtsordnung (Trier), xlviii.v.

32) GreichtsOrdnung und LandRecht, c.v.-ci.r.

33) GreichtsOrdnung und LandRecht, ci.r.-v.

34) GreichtsOrdnung und LandRecht, ci.r.

れているにすぎない³⁵⁾。これに対して、ゾルムス法では、未成年子財産の用益権の主体は「継父der gemacht vatter」に限定されておらず、客体としては、継父母存命中に取得した遺産と並んで、ここでもやはり、卑属結合締結時に設定済みの「遺産先取分Voraus」が明示されている³⁶⁾。マインツ法やトリニア法は、既に見た通り、継父乃至継母に、実親や同父母兄弟姉妹と同順位での尊属相続権を容認したが、未成年子財産の用益権については規定がなく、少なくとも条文上は、卑属結合手続が途絶した場合と同様、亡き実親の家系に属する最近親者による後見や保佐の開始が予定されていると解する余地もあった。卑属結合の効果として、継父乃至継母の相続権と用益権の何れをも規定し、両者の併存を明示したところにゾルムス法の特徴がある。

卑属結合の効力が「父母や子の遺産väterlich / mütterlich unnd kintlich erbschaft」にのみ及ぶという前提（マインツ法第11文、ゾルムス法第12文）³⁷⁾からすれば、卑属結合によって一括された異父母兄弟姉妹間に傍系相続が生じることは本来あり得ない。ところが、マインツ法は、異父母兄弟姉妹が卑属結合を根拠に同父母兄弟姉妹と同順位で相互に相続することを原則として禁じつつも、卑属結合中の特約が裁判所の認定を得た場合には例外的にこれを認めており（第12文）、トリニア法も特約による例外を許している（第5文）。これに対して、ゾルムス法では、「卑属結合における相続権は専ら父母の遺産に留まり、他の親族には傍系も含めて及ばない以上、共に一括された子等自身もまた互いに真正な兄弟姉妹のように相続し合うことはないdieweil sich die Erbgerechtigkeit in Eynkindtschafften fürnemlich auff Vätterlich und Mütterlich Erbschafften / und nicht auff anderer gesipten Freunde / noch auch auff die zwerch Linien erstreckt / so folgt / daß die zusammen verglichene Kindere einander selbst auch nicht erben / wie sonst rechte Geschwisterigen」とされ、特約による例外は許容されていない（第14文）³⁸⁾。

35) Reformation, xciii.v.-xciii.r.; Gerichtsordnung, xii.r.

36) GreichtsOrdnung und LandRecht, ci.r.

37) Undergerichtsordnung, xxv.v.; GreichtsOrdnung und LandRecht, ci.r.

38) GreichtsOrdnung und LandRecht, ci.v.

卑属結合によって一括された彼等の一人が「相続人たる卑属の無いまま亡くなり、真正な兄弟姉妹も存しないsonder Leibserben verstürbe / unnd kein rechte Geschwisterig nach sich verliessen」場合には、「それが前婚後婚何れによる子であってもes seye auß erster oder zweyter Ehe」、異父母兄弟姉妹間の相続が認められるが、そのように「真正な兄弟姉妹が存しない場合に異父母兄弟姉妹が相互に相続し合うdie einhalben Geschwisterige / wann nicht rechte vorhanden seind / einander erben」のは「卑属結合ではなく普通皇帝法に基づくnicht von wegen der Eynkindtschafften / sonder gemeines Kayserlichen Rechtens」ものにすぎない(第15文)³⁹⁾。そこには、「後に該当箇所でも更に明示される通りwie solchs hernach an seinem ort weyter soll erklert werden」とも付言されているが、これは、第2部第27章「傍系相続について Von der Erbschafft in der zwerch linien」の第4文⁴⁰⁾を指示するものと解され、同章自体、概ね帝国法(ローマ法)に倣った傍系相続の準則を提示している。卑属結合によって一括される再婚夫婦それぞれの前婚の子等や再婚後にもうけた子等の間に、帝国法が容認する以上の傍系相続を一切認めない点は、既に、ヴォルムス改定都市法(第4部第4巻第4章第1文から第3文)やナッサウ伯領裁判所規則(第4文及び第5文)に明記されており、ゾルムス法もこれらの立法例に倣ったわけである⁴¹⁾。

39) GreichtsOrdnung und LandRecht, ci.v.

40) 「第二に、同父母兄弟姉妹もその子等もおらず、異父母兄弟姉妹のみが存する場合、彼等は他の全ての傍系親族の代わり相続し、それ故、彼等の父や母の兄弟姉妹も排除するものとする。Zum andern / wann nit rechte Geschwisterige / noch auch rechter Geschwisterig Kindere vorhanden seind / sonder alleyn eynhalb Geschwisterig / so erben dieselben für allen andern gesipten in der zwerch linien / also daß sie auch ihres Vatters und Mutter Bruder oder Schwester außschliessen。」(GreichtsOrdnung und LandRecht, cxviii.v.)

41) フックスはゾルムス法第2部第20章の典拠としてマインツ法のみを挙げているが(Fuchs, Quellen, 308.)、ヴォルムス法はともかくナッサウ法との照応関係を見落としたのは、クンケルの指摘する通り(Kunkel, Einleitung, xxxiii, Anm.61.)、卑属結合関連規定を欠いたザウア編集のテキストのみを見ていたからであろう。なお、クン

ところで、マインツ法では、所定の「方式と形態form und gestalt」を備えず、「当局の宣告と認定無しにone vorgehende erkundigung unnd erkenntnuß」締結された場合、当該卑属結合は「無効kraftloß」とされ(第13文)⁴²⁾、また、「裁判所登録簿gerichts büch」への記載も当局の「認定erkantnuß」の一部と捉えられているように見えるが(第7文)⁴³⁾、卑属結合の成立時期そのものは今一つはっきりしない。この点、マインツ法に先立つナッサウ法が、「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 auch nach geschehnem erkantnuß / und beydertheyl begern / also eingeschrieben / unnd alßdann / und nit eh / krefftig gehalten werden soll」とし、その上で更に、「卑属結合という文言は、再婚乃至後婚の夫婦が、嫡出の子等を連れ合い、あるいはまた、互いの中に嫡出の子等をもうけ、後に残す限りにおいて、その効力と効果を有するso ferr das wort Eynkindtschafft sein Effect unnd wircklich krafft erlangt: also / daß beyde Ehleut der zweyten oder nachgehnden Ehe / Eheliche kinder zusammen bringen / oder auch Eheliche kinder mit eynander gewünnen / unnd nach in verliessen」とも定めていた(第3文後段)⁴⁴⁾。これによれば、卑属結合は、「裁判所登録簿」への記載を以て成立するが、卑属結合によって一括された子等が将来再婚夫婦の死亡時に存命であるとの条件の成就まで、効力の発生あるいは確定が先送りされる条件付きの契約ということになる。ゾルムス法もまた、このナッサウ法を文言も含めて受け継いで、「卑属結合が、たとえ裁判所で許可され登録まで為されたとしても、未だ完全に有効になるわけではなく、卑属結合を締結した夫婦が嫡出の子等を連れ合い、あるいは、互いの中に嫡出の子等をもうけ、その子等

ケルは、ナッサウ法について「1516年から1535年の間に公布された」としており(*ibid.*)、根拠は明示されていないが、ナッサウ＝ディレンブルク伯ヴィルヘルムの即位年とナッサウ法のヴォルムス版の刊行年を基準とした推測であると解される。なお、ナッサウ法がマインツ法(1534年)に先んじて制定公刊されたと推定する本稿の理解についてはII 140-141頁参照。

42) Undergerichtsordnung, xxv.v.

43) Undergerichtsordnung, xxv.r.

44) Gerichtsordenung, xi.v.

を存命のまま残した場合に初めてその効力を発するdie Eynkindtschafft / ob sie gleich Gerichtlich zugelassen / auch eingeschrieben worden / doch anders nit vollkommen noch krefftig sein sollen / sie hab dann ihre wircklichheyt erreicht / also / daß beyde Ehegemahlen / so die Eynkindtschafft auffgericht / eheliche Kindere zusammen bringen / oder eheliche Kindere miteinander bekommen / unnd nach sich in leben verlassen」としている(第16文)⁴⁵⁾。

以上のように、ゾルムスの卑属結合法は、単なるマインツ法の模倣に留まることなく、ヴォルムス法以降のラインフランケン地方における一連の領邦立法の成果を巧みに咀嚼継承している。トリーア法以降ゾルムス法成立に至る時期の卑属結合法としては、他にも例えば、ライン川支流ネッカー川沿いの帝国都市ハイルブロンンの「法令、規約、改定法、規則、市民条例集Statuten / Satzung / Reformation und Ordnung / Burgerlicher Pollicey」(1541年。以下ハイルブロン都市法令集と略称)の規定が挙げられる⁴⁶⁾。この法令集は、裁判

45) GreichtsOrdnung und LandRecht, ci.v.-cii.r.

46) なお、同じネッカー川の下流、ハイルブロンンのすぐ北に位置する帝国都市ヴィムプフェンの改定都市法(「ヴィンプフェン市の旧来の慣行と法の改定及び整理、並びに、新たに制定された幾つかの法令Reformation und Ordnung / Altenherkomens und Rechtens / auch etlicher Newgesetzten Statuten der Statt Wymppfen」(1544年)は、無遺言相続や裁判手続について定めているが、ヴォルムス法やハイルブロン法と比べてかなり小規模な法令集であり、卑属結合に関する規定も見当たらない。但し、「夫婦財産に関する約定Beschuß von Eelichen sachen」と題された条文には、「なお、二人の者が何らかの約束や特約を伴って婚姻し、あるいは、明白な贈与や遺言乃至終意処分を法に則って為した場合、以上に定められた規則や法令に拘束力はなく、約定された内容が(それが名誉と良俗に反しない限り)完全に遵守され尊重されるものとするKemen dan zwey menschen mit etwas vorworten und gedingen Eelich zusammen / oder mächten einhelliglichen ubergaben und Testament oder letsten willen / wie Recht ist / denen soll disse Ordnung und satzung hierin geschrieven nit bindtlich sein / sonder jrem außgedingten gemecht (so ferne solchs nicht wider Erbarkeit und gute sitten) in allwege nachkommen und gelebt werden」とあり

手続(第1部)、後見(第2部)、夫婦財産制(第3部)、贈与(第4部)、遺言(第5部)、無遺言相続(第6部)、売買(第7部)、質及び保証(第8部)、公共秩序(第9部)、犯罪(第10部)について定め、編別は異なるとはいえヴォルムス改定都市法を意識した包括的な内容となっている。卑属結合については、まず、第3部第20章(「卑属結合について、それは如何に為され遵守されるべきか Von einkindschaften wie die gemacht und damit gehalten werden soll」)⁴⁷⁾でその締結手続が示され、内容的には、後見人あるいは4名の最近親者による財産調査(第1文)、卑属結合の書面化と市参事会への申告、そして、それを受けた認定と登録(第2文)、申告時の宣誓陳述と登録後の証明書交付(第3文)というように、マインツ法がほぼ踏襲されている。続く第21章(「卑属結合に基づく相続について Von erbung in kraft der einkindschaft」)も、再婚者の連れ子と再婚相手との間に実親子類似の相続関係を認め(第1文及び第2文)、卑属結合に基づく傍系相続を原則否定しつつも(第3文)、「結合された子等双方が実の兄弟姉妹であるかのように相互に相続する beyde kinder einander erben möchten / wie sunst natürliche brüder oder schwester」旨の特約を許容し(第4文)、「当局の宣告と認定無しに on vorgehende erkundigung und erkandtnuß der Oberkeyt」締結された卑属結合の無効を命じるもので(第5文)⁴⁸⁾、言い回しを含めてマインツ法の第9文から第13文に酷似する。

ただし、卑属結合に基づく相続については、更に、無遺言相続を扱う第6部の第6章にも、「卑属結合の合意によって相続人となった嫡出の実子等は如何にして相続するのか Wie Ehelich und Natürlich kind / die durch beredung Einkindschaft Erben gemacht seind / erben mogen」との表題で規定されている。卑属結合によって一括された子等が全て再婚夫婦から生まれたかのように

(Reformation und Ordnung, xiii.引用は1544年刊のテキストによる)、近隣地域同様、ヴィンプフェンにも卑属結合の慣行自体は存していたとすれば、再婚時の「特約 gedingen」として卑属結合も締結され得ることになる。

47) ハイльブロン都市法令集の卑属結合関連規定の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(2)」参照。

48) Statuten, xxvii.r.引用は1541年刊のテキストによる。

に「均等に相続するerben zu gleychen tayln」と定める第1文⁴⁹⁾、そして、一括された子等の間での傍系相続を原則として認めない第2文は、それぞれ内容的に上記第3部第21章の第1文と第4文と重複する。第6部第6章は、例えば、第2文の「結合された子等が同父母兄弟姉妹との間で遺産分割に際して共有関係に入ることはないhaben die gemachten einkindt mit rechten geschwistergitten keyn gemeynschafft in solcher vertaylung」⁵⁰⁾といった特徴的な言い回しに見て取れるように、ヴォルムス改定都市法（第4部第4巻第4章第1文から第3文）やナッサウ伯領裁判所規則（第4文から第6文）に倣った内容となっている。更に、卑属結合の効力を無遺言相続の一環として別建てで規定したヴォルムス法とは編別上の類似性も見て取れる。しかし、ハイルブロン法は、特約に基づく傍系相続を許容し、継父乃至継母に相続権を付与する点で、ヴォルムス法やナッサウ法とは相容れない関係にある。それ故、上記第6部第6章は、卑属結合に基づく傍系相続を認めない原則について、「卑属結合の中で別様に定められ認定を以て許可された場合はこの限りではないes wer dann in der einkindschafft verrer erklet / und mit erkandtnuß zugelassen」と付言し（第2文）、継父乃至継母の相続権については、「卑属結合に関する章Tittel von der einkindschafft」、つまり、第3部第21章を参照させることで（第3文）、マインツ法に倣った結果生じる齟齬を調整する必要があった⁵¹⁾。このように、ハイルブロン法の特徴は、結局、マインツ法の内容を、卑属結合の締結手続と効力を別建てで規定するヴォルムス法風の形式に落とし込んだところにあると言える。しかし、第6部第6章に効力規定をまとめることなく、第3部第21章と重複させている点では一貫性を欠いており、ゾルムス諸伯領ラント法の第2部第20章の起草にあたって、立法技術的な難点を抱えたハイルブロン法が積極的に参照されることはなかったものと解される。

一方、ゾルムス法第20章の第1文によれば、「卑属結合die Eynkindtschafften」は、ゾルムス諸伯領のみならず、「ライン川沿いのほぼ全域に共通する一般的

49) Statuten, xxxv.r.

50) Statuten, xxxv.v.

51) Statuten, xxxv.v.

慣行として根付いているfast am gantzen Reinstram inn gemeinem brauch ublich herkommen」と明記されている。そのような認識に照らせば、起草に際しても、ラインフランケン地方に限らず、ライン川の上流域や下流域を含むより広範な地域の卑属結合立法が参照検討された可能性もある。その内、ラインフランケンよりも上流域に位置するフライブルクの都市法令集（「新たな都市法及び法令Nüwe Stattrechten und Statuten」1520年）の卑属結合規定（第3部第4章⁵²⁾は、ヴォルムス法やナッサウ法といった同時期のラインフランケンの諸立法に匹敵する水準にあるが、「卑属等置vergleichung」という名称や、ローマ法上の養子縁組を範とする「子の収養anwünschung der kind」との併存といった体系的位置づけの特異性に照らせば、フィッヒャルトの師ツァジウスによって起草されたという点を考慮したとしても、ゾルムス法に敢えて関連付けるべき立法例とは解し得ない⁵³⁾。また、ラインフランケンよりも下流域に位置するユーリッヒ・ベルク公領の裁判手続規則（「裁判手続の規定及び改定

52) 試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合立法（1）」の〈付録2〉参照。規定内容の概要はⅢ注81参照。

53) なお、クンケルは、継父母の用益権を容認し（第4文）、異父母兄弟姉妹間の傍系相続の否定したフライブルク法の規定（第4文及び第7文）を「フィッヒャルトが直接利用したhat Fichard unmittelbar benutzt」とするが（Kunkel, Anmerkungen, 366, Anm.139.）、前者に関しては、用益権の主体として継父のみではなく両親が想定されている（「父母は主物を減じることなく用益するdeer vatter und mutter die niessung on mindung des houptguts haben.」）点でゾルムス法への影響を認める余地はあるとしても、子等の養育への言及や、財産回復不能時の「両親に対する請求権anspruch an die eltern」の留保など（Nüwe Stattrechten, lxiii.r.）、ゾルムス法とは異質な内容が目立つ。また、後者の傍系相続の否定については、フライブルク法では、「夫婦財産契約と卑属結合において別段の意思が表明表示され我々〔市参事会〕の認定を得て許容される場合はこの限りではなく、有効となるべきものとするes were dann in den eebereudungen und einkintschaftten wyters und vetters gelütert und außgedruckt und mit unser erkantnuß zugelassen / so sol dem selben ouch gelebt werden」とされており（Nüwe Stattrechten, lxiii.v.）、ヴォルムス法やナッサウ法に倣って特約による例外を認めないゾルムス法とはそもそも相容れない。

法Ordnung und Reformation des Gerichtlichen Proceß] 1555年)の卑属結合法⁵⁴⁾は、継父乃至継母の相続権を容認する点を含めて、マインツ法やトリール法を踏襲しているが、ゾルムス法のように用益権との併存が明示されていたわけではない。

同時期の立法では、ライン川支流のネッカー川中上流域を占めるヴェルテンベルク公領で制定された「新ラント法New landtrecht」(1555年)が、無遺言相続について定めた第4部の末尾に、「一般に卑属結合と呼ばれるところの複数の子等の等置について Von vergleichung vilerlei Kinder / so man ein Einkindschaft zunennen pflegt」との表題で三つの条文⁵⁵⁾を置いている。「卑属等置vergleichung」という用語法に象徴される通り、フライブルク法の影響がみられる一方で、同法の「卑属等置」の規定では言及のなかった「遺産先取分ein Vorauß」の設定可能性が明記された(第2文)⁵⁶⁾。それ以上に特徴的なのは、卑属結合の効力に関して、再婚夫婦それぞれの前婚による子等同士、あるいは、彼等と再婚による子等との間での均等な相続という以外、継父乃至継母による相続権はおろか、フライブルク法でも既に認められていた用益権についてさえ規定を欠いている点であろう。ヴェルテンベルク公領では、その後、「新ラント法」の改訂増補版に相当する「普通ラント法Gemein landtrecht」(1567年)が制定され、法典末尾の卑属結合に関する章は、旧法と同じ表題ながら、条文数は13に増えている⁵⁷⁾。旧法との対応関係を確認するならば、前婚の子等の後見人や保佐人に加えて亡実親の家系の最近親者等の助成も得た裁判所での卑属結合締結を命じた旧法第1文及び第2文は、新法では冒頭の第1文の他、第6文から第8文に対応する。第1文では、「行き過ぎを避け、今後、紛争が生じないようにするためにdamit nit zu weit gegangen / auch künfftige Irrungen

54) 試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合立法(1)」の<付録2>参照。規定内容の概要はⅢ注96参照。

55) 試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合立法(1)」の<付録2>参照。規定内容の概要はⅢ注96参照。

56) New landtrecht, cccxiii.

57) 全体の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(2)」の<付録2>参照。

fürkommen werden]との文言によって立法趣旨が明示され、また、フライブルク法やラインフランケンの諸立法とは異なり、「後見人Vormünder」乃至「保佐人Pfleger」と「最近親者nechste Freunde」とに同時に助成を求めていた点が、前者の「後見人」等について「予め存しない場合には当該目的のために特別に選任されねばならないhierzu in sonderheit verordnet werden sollen / so sies zuvor mit hetten」と付言することで一層明確になっている⁵⁸⁾。更に、「遺産先取分ain Vorauß」の設定(第7文)や卑属結合の書面化(第8文)がそれぞれ義務づけられた点⁵⁹⁾も改正事項に数えられよう。しかし、卑俗結合に基づく継父乃至継母の用益権や相続権は新法においても依然として認められていない。

その一方で、再婚夫婦が死別し卑属結合に基づく遺産分割が生じた場合に、当該再婚夫婦の「存命配偶者」と、卑属結合によって一括された子等との間で如何に分割されるべきか、その基準が新たに提示されている。このように卑属結合に基づく遺産分割に関して、「子等と父または母との関係が如何に扱われるべきかwie es zwischen den Kindern und dem uberlebenden Vatter oder Mutter / gehalten werden」(第3文)⁶⁰⁾問題とされたのは、ヴェルテンベルク法が子のある場合にも夫婦間相続を認めているからに他ならない。「新ラント法」と「普通ラント法」の何れも、第4部の冒頭、直系相続や傍系相続に先立って、夫婦間相続一般について詳細に規定している。その内、「婚姻中に互いの間に子等をもうけた夫婦は、前婚による子等が存しない場合、如何にして何を互いに相続するのかWie und was die Eheleut / so im Stand der Ehe Kinder bey unnd mit einander erzeugt / und sonst auß vorgehender Ehe kein Kinder vorhanden / von einander erben sollen」と題された章によれば、子のある夫婦の何れかが亡くなった場合、遺産目録の作成後、まず、「婚姻中生じた共同の債務全てalle in werender Ehe gemachte gemeine Schulden」が弁済され、続いて、存命配偶者の種々の先取財産が控除されるが(第1文)⁶¹⁾、「残

58) Gemein landtrecht, ccclxxxi.

59) Gemein landtrecht, ccclxxxiiii-ccclxxxv.

60) Gemein landtrecht, ccclxxxii.

61) New landtrecht, cclxxxi; Gemein landtrecht, cccxxv-cccxxvi.

り全ての不動産及び動産alle uberige ligende und farende Haab und Güter」は「存命の父乃至母と嫡出の子等との間で分割されるunder dem uberblibnen Vatter oder Mutter / und den erzeugten Ehelichen Kindern vertheilt werden」ものとされ、存命配偶者の法定相続分は、子等の数が4名以下であれば「2分の1 der halb Theil」、子等の数が5名以上であれば「3分の1 der dritt Theil」とされている(第2文⁶²⁾)。また、「亡くなった父または母が後婚においても前婚においても子等を残した場合は如何に扱われるべきかWie es gehalten soll werden / wann der abgestorben Vatter oder Mutter von letster auch vorgehnder Ehe Kinder verliesse」との題された章によれば、亡くなった親に前婚による子等も存する場合、後婚の子等は異父母兄弟姉妹に当たる前婚の子等と共に相続し、子等の総相続分は、前婚による子等の存しない場合に準じて、2分の1もしくは3分の2とされているので(第1文⁶³⁾)、存命配偶

62) 「その後、残り全ての不動産及び動産は、いわゆる既取得か未取得かを問わず、何も控除されることなく、次の通り、存命の父乃至母と嫡出の子等との間で分割されるべきものとする。すなわち、子等が4人若しくはそれ以下の人数であれば、子等には全体として2分の1が、父乃至母には残りの2分の1が、子等が5人若しくはそれ以上の人数であれば、子等には3分の2が、存命の父乃至母には3分の1が、それぞれもたらされ帰属し、また、父乃至母は、子等の相続分を、子等が成年に達しあるいは嫁資を得ているか否かを問わず、以下に定める仕方で用益すべきものとする。Nach solchem sollen dann alle uberige ligende und farende Haab und Güter / gesuchts und ungesuchts / wie man spricht / gar nichts außgenommen / der gestalt under dem uberblibnen Vatter oder Mutter / und den erzeugten Ehelichen Kindern vertheilt werden / Nämlich / wann der Kinder vier oder minder weren / ihnen den Kindern der halb Theil durchauß / und der ander halb Theil dem Vatter oder Mutter / da aber der Kinder fünff oder mehr vorhanden weren / als dann den Kindern die zwen Theil / dem uberblibnen Vatter oder Mutter der dritt Theil zustehn und gehören / auch der Vatter oder Mutter der Kinder / die seien erwachsen und außgestewrt oder nit / Antheil auff Maß hernach volgt / nutzen und niessen soll.」(New landtrecht, cclxxxi-cclxxii.; Gemein landtrecht, cccxxxvi.下線部分が改正時に追加されている。)

63) 「また、夫が妻に先立って、あるいは、妻が夫に先立って亡くなり、死亡配偶者が

者も、自らの子でもある後婚の子等の人数に応じて、残る2分の1もしくは3分の1を得ることになる。逆に、夫婦の内、前婚による子等のない方が亡くなった場合、存命配偶者自身は相続できても、存命配偶者の前婚による子等は当然ながら相続に与ることはない。問題は、そのような血縁のない前婚の子等と継父乃至継母との間に相続関係を生み出す卑属結合が締結されていた場合の存命配偶者の相続の可否や相続分である。この点について旧法は規定を欠いていた。新法が卑属結合に関して追加した条文の大半はこの欠缺を埋める役割を果たす

前婚による子等を存命のまま残した場合、<婚姻中に互いに間に子等をもうけた夫婦は如何にして何を互いに相続するのか云々>の表題による前述の335頁 [旧規定281頁] の規定に従い、全ての遺産について、同じ上記335頁所定の存命配偶者の先取分のみを控除した上で、分配分割されるべきである。そのような事態が生じる場合、当該再婚による子等は、目録記載の動産及び不動産の内、彼等にもたらされ帰属した2分の1もしくは3分の2を亡くなった父乃至母の前婚による嫡出の子等との間で均等に分割することで、それら前婚後婚の子等の共通の父または母であった死亡配偶者の遺産を承継し、死亡配偶者に前婚以前にも子等が存していた場合にも以上の点が遵守されるべきものとする。Wann sich dann der Fall also begeben / das ein Mann vor seinem Weib / oder das Weib vor jrem Mann Todts abgienge / unnd solch abgestorben Ehegemecht auß vorgehndet auch letster Ehe kinder nach jme in Leben verliesse / so soll vermög obgesetzter Ordnung under der Rubrick: Wie und was die Eheleut / so im Standt der Ehe Kinder bey unnd mit einander erzeuge / u. fol.cccxxv.aller Verlassenschafft nichts / dann des uberlebenden Ehegemechts / Vorauß am selben cccxxv.blatt / hieoben bestimt / außgenommen und hindan gestelt / Vergleichung und Abtheilung fürgenommen werden. Unnd wann solliches beschehen / so sollen die Kinder selbiger andern Ehe / ihren halben oder zwen zugefallen oder empfangen Theil / Inventierter farender auch ligender Haab und Güter / mit jres verstorben Vatter oder Mutter halb / rechten Geschwisterigen / von vorgehnder Ehe erzeugt / zugleich abtheiln / unnd erblichen vervolgen lassen / in ansehung / das solch abgestorben Ehegemecht / aller solcher vor oder nachgehnder Kinder gemeiner Vatter oder Mutter zugleich gewesen / Wölches auch also zuhalten ist / da das absterbendt Ehegemecht / mehr dann vor einer vorgehnden Ehe Kinder verliesse.] (Gemein landtrecht, cccxxvi.追加された下線部分以外は旧規定New landtrecht, ccxci-ccxcii.とほぼ同じ文言。)

ものであった。

新法の卑属結合に関する章によれば、「卑属結合の締結に際して、子等と存命の父若しくは母との関係を如何に扱うべきか明瞭明確に定められている wabey auffrichtung der Einkindschaft klar unnd außtruckentlich versehen geweßt / wie es zwischen den Kindern und dem uberlebenden Vatter oder Mutter / gehalten werden」場合には当該約定が遵守されるべきであるが（第3文）⁶⁴⁾、「夫婦死別後に如何に分割されるべきか特別の約定を伴わずにohn weittere unnd besondere fürsehung / wie nach gebrochner Ehe getheilt werden solte」締結された卑属結合においては、「(卑属結合の対象となった) 子等が全員で4名を超えないならばwa aller Kinder (die in der Einkindschaft begriffen) nit uber viere weren」、死亡配偶者の遺産の「2分の1 der halbe Theil」が、子等が4名を超えるならば、遺産の「3分の1 ein dritter Theil」が、存命配偶者に与えられるとされる（第4文前段）⁶⁵⁾。ここでは、先に見た「婚姻中に互いの間に子等をもうけた夫婦は、前婚による子等が存しない場合、如何にして何を互いに相続するのか」の章の規定を準用する形式が採られており、卑属結合によって前婚の子等と後婚の子等が一括されている点とも調和する⁶⁶⁾。それでは、卑属結合契約上、子等の遺産先取分や均等相続のみが約定され、

64) Gemein landtrecht, ccclxxxii.

65) Gemein landtrecht, ccclxxxii-ccclxxxiii.

66) なお、分割時に子等が依然「扶養と監督Underhaltung und Zucht」を要する場合、「存命配偶者das uberlebendt Ehegemecht」は「遺産分割によって自らの嫡出の实子等にもたらされたものdas jhenig / so seinen eignen / rechten unnd natürlichen Kindern auß gehaltener Theilung zukommen」について「用益と管理Niessung und Verwaltung」を為し得るに留まり（第4文後段）、死亡配偶者の前婚による子等については、「孤児としてその財産と共に、選任された保佐人や後見人によって然るべく養育され世話され管理されるals Waisen sampt jrem Gut hinfürter / durch jre verordnete Pfleger und Vormunder / der gebür nach / auffgezogen / versorget und verwaltet」ものとされている（第5文）。これらは、卑属結合に基づく遺産分割後、つまり、卑属結合終了後の子の財産管理に関わる規定にすぎない。婚姻存続中においても、卑属結合に基づく継父乃至継母の用益権が認められていない以上、前婚に

存命配偶者の相続の可否や割合について定められていない場合には、如何に解すべきであろうか。旧法下で既に締結済みの卑属結合にはそのようなものが実際に多く見られたようであり、今後、当該卑属結合に基づく遺産分割が生じた場合に紛争の種になることを危惧して、新法は対処策を講じている。旧法下で締結された卑属結合であっても、それが書面化され証明可能であれば約定通り有効とされるのが原則ではあるが(第9文)、「締結された卑属結合の約定の範囲が子等の間に限られているdie Fürscheidung gefertigter Einkindschaft allein auf die Kinder unter einander gerichtet sei」場合は別であり、「存命の実父母あるいは継父母überlebendt rechten oder Stieffvatter oder Mutter」との間の「遺産の分配der Verlassenschaft vergleichung」にも配慮すべきだといふのである(第10文)⁶⁷⁾。卑属結合によって一括された子等と存命の親との間の遺産争いについて、裁判所は、「前後の事情と利害状況をよく吟味し、可能な限り当事者が衡平な和解へと折り合い妥協できるよう最大限の努力を払うsolche vor und nachgesetzte Umstande und Gelegenheiten wol erwegen / die Partheien sovil möglich / in güte / der billichkeit nach / zuvertragen und zuergleichen / mit allem fleiß understehn wollen」が、それでも「和解güte」が成らず判決を下す必要がある場合には、新法の分割基準を尊重すべきものとされる(第11文)⁶⁸⁾。他に、実親がその再婚相手である継父乃至継母よりも早く亡くなった場合の約定を欠く場合の対処策(第12文)や、より広く、締結済みの卑属結合一般について、「再度、卑属結合締結の方式に則って解明解釈され適正化されるnochmaln auff Maß / die Einkindschaften auffzurichten seien / erleüttert / erklärt und richtig gemacht werden」機会も用意されてはいるが(第13文)⁶⁹⁾、卑属結合法の改正の重点が配偶者相続権と卑属結合との調和に存することは明らかである。

以上に対して、ゾルムス法の第2部第28章「夫婦間における夫及び妻の遺産

よる子等の取得財産は、再婚した存命の実親の「用益と管理」に服することになろう。

67) Gemein landtrecht, ccclxxxv.

68) Gemein landtrecht, ccclxxxv.-ccclxxxvi.

69) Gemein landtrecht, ccclxxxvii.

についてVon Erbschafft Mann und Weibs / gegen eyinander」によれば、夫婦の間に子の存する場合、存命配偶者は、死亡配偶者の遺産の内、動産の2分の1について所有権を承継するにすぎないが、同時に、子等に承継される不動産や動産を含む遺産全体の「占有beysetz」を「生涯にわたってlebenlang」保持するとされる(第6文)⁷⁰⁾。卑属結合との調整規定は見当たらないので、卑属結合を締結した夫婦の内の存命者は、前婚による子等の実親にせよ継父乃至継母にせよ、卑属結合に基づき子等に分割される死亡配偶者の遺産について終身用益権を享受することになろう。包括的な配偶者相続を認めていないゾルムス法の下では、直近の立法例と言えるヴェルテンベルクの「普通ラント法」が親子間の遺産分割に配慮して盛り込んだ前述のような諸規定はそもそも不要である。ゾルムス諸伯領ラント法の卑属結合規定は、結局、ヴォルムス法、ナッサウ法、マインツ法といったラインフランケン地方における諸立法に連なり、その伝統を引き継ぐものであったと言える。

70) 「他方、夫婦が互いの間にもうけた子等が存する場合、父あるいは母の不動産は全て子等の所有に帰し、動産の2分の1もまた子等に所有に属し、残り2分の1は存命者に承継されもたらされるが、何れの財産の占有もその生涯にわたって存命者に留保され、その代わり、存命者は、神に対する畏敬を以て子等を養育し、あらゆる必要物を提供し、婚姻中に発生した債務も全額弁済すべきものとする。Weren aber eheliche Kindere / so sie beide Eheleuth mit einander gezeugt hetten / vorahanden / als dann sollen denselben die leigende Vätterliche oder Mütterliche Güter zum eigenthumb gantzlich / und die fahrende Haab zum halben theil / auch eigenthumblich / unnd der ander halber theyl dem letztlebenden anererbt und verfallen seyn / doch dem letztlebenden seizem beysetz an beyden solchen Gütern / sein lebenlang vorbehalten / dagegen er auch die Kinder zu Gottes furcht aufferziehen / unnd mit aller notturfft versehen / auch die Schulden so in stehender Ehe gemacht / für vollen bezahlen soll.」(GreichtsOrdnung und LandRecht, cxxi. r.-cxxi.v.)

V

フィッヒャルトの『助言集』第2巻に収録された卑属結合関連の鑑定意見の二件目(助言89「エルトヴィレのM・フィリップ・アンスヘルムのための卑属結合事案に関する法助言 *Informatio iuris, in sachen der Einkindschafft / pro M. Philippo Anshelmo Eلفeldensi*」⁷¹⁾は、ゾルムス諸伯領ラント法の起草後に作成されている⁷²⁾。一件目の1556年作成の鑑定意見は、Ⅲで検討した通り、ナッサウ伯領イトシュタインの裁判所に登録された卑属結合をめぐるものであったが、この二件目の鑑定意見で扱われている卑属結合は、マインツ選帝侯領に属するエルトヴィレ・アム・ライン *Eltville am Rhein* の裁判所で登録されている。事案は、二人の連れ子のある女性と卑属結合を締結して婚姻し、男女各一人の子をもうけた者が、後に妻を亡くした後、やはり卑属結合を締結して再婚し、更に息子を一人もうけたというものであり、これら三名の子等が、実父の再婚時に締結された卑属結合の効力をめぐって争っている⁷³⁾。当該事案で注意すべきなのは、上記再婚夫婦が、卑属結合締結から約20年後に、近隣のキートリッヒ *Kiedrich* に存する妻の世襲不動産を夫婦の一人息子に先取遺贈し、夫婦の残りの財産を夫の上記二名の前婚の子等と再婚による一人息子との間で均等に分割すべき旨の遺言を為した点である。夫婦死亡後、夫の前婚の子である兄妹から先取遺贈の無効を訴えられた異母弟側がフィッヒャルトに助言を依頼してい

71) 全体の試訳は「ラインフランケン地方の卑属結合法(2)」の〈付録1〉参照。

72) ただし、「1583年4月18日土曜日」とされる作成年月日は、フィッヒャルトの没年(1581年)に照らして明らかに誤植である。後述の通り、助言中、卑属結合をめぐる立法例の一つとして、ゾルムス法が挙げられる一方、卑属結合について明文規定を置いた1578年公布のフランクフルト再改定都市法には言及はないので、両法に挟まれた時期の作成と見てよい。また、「4月18日土曜日」の部分に着目するならば、当時のユリウス暦で年月日と曜日が合致する年は1573年であり、「1583年」は1573年の誤植とも推定される。

73) *Consilia*, 182.r.-v.

る。

最初に検討されているのは、再婚夫婦が、婚姻時に締結した卑属結合によって「遺言作成の権利*factio testamenti*」を奪われてしまい、先取遺贈を為す権能をもはや有していなかったと解されるべきか否かである。この「第一の問題 *erste Frage*」について、フィッヒャルトは、依頼者の立場に与して、その実父母の共同遺言⁷⁴⁾による先取遺贈を有効と解するべく、論拠を四つ提示している。一つ目は「自由な遺言意思 *der freye Will zu testiren*」の尊重である。「何人もそのような意思を契約、合意、遺言その他、如何なる仕方によっても奪えず、自ら手放すこともできない *denselben niemand / weder durch Verträge /*

74) 当助言の事案では、「当該夫婦は揃って公証人と証人等の立会いの下に口頭遺言を為した *haben ermeldte Eheleut samtlich vor Notarien unnd Zeugen ein testamentum nuncpativum auffgericht*」とされているが (*Consilia*, II, 182.r.)、夫婦の共同遺言(いわゆる同時遺言 *testamentum simultaneum*) それ自体の有効性はここでは当然の前提とされている。なお、『助言集』第2巻所収の助言76(1566年6月19日付け)では、当時ナッサウ＝ディレンブルク伯領のジーゲンで作成された夫婦共同遺言が扱われており、助言の冒頭には、「皇帝法上認められ、法学者等の一致した結論でもあるのは、夫婦二人が、一つの書面において同時に遺言を為し、その遺贈、相続人指定、終意処分を行うことは可能であるが、だからといって、それらは一つの遺言と見なされるのではなく、二つの別々の遺言として扱われ、それ故、夫婦の一方が亡くなくても、存命者にはその遺言や終意処分を変更し、あるいは、撤回することが可能であり許されているという点である *es lassen die Keyserlichen Recht zu / ist auch bey den Rechtsgelehrten ein einhelliger Beschluß / daß zwey Eheleut / Mann unnd Weib / in einem Breiff zugleich testiren / und ihre Besatzungen / Ordnungen unnd letzte Willen / auffrichten mögen / und werden dieselbigen nicht desto weniger nicht für ein / sondern zwey unterschiedliche testamenta gehalten / so auch under denselbigen der einer Theil mit tode abgegangen / so stehet dem letztlebenden bevor unnd frey / sein Testament unnd letzten Willen zu endern / oder gar ab zu thun*」との一節が見出される (*Consilia*, II, 163.v.)。また、「皇帝法 *die Keyserlichen Recht*」上 (C.6,23,21,1.)、「口頭遺言 *testamentum nuncpativum*」についても、「書面 *scriptura*」による遺言と同等の方式が遵守される点は、同じく『助言集』第2巻所収の助言77(第1番:164.v.)と助言78(第1番:167.v.)で確認されている。

Pacta, Testamenta, noch in einigen andern weg / wie der genannt werden möcht / benemen / noch sich dessen begeben kan] というのである⁷⁵⁾。この論拠は、ローマ「法Recht」と、バルトルスをはじめとする「諸博士doctores」の注釈から援用された学識法的論拠であり、フィッヒャルトも複数の法文⁷⁶⁾と注釈を列挙引用している(助言89第1番)。特に、ヘルモゲニアヌスHermogenianusの『法学摘要Juris epitomae』第4巻に由来する法文⁷⁷⁾では、「何人も最初の意思の撤回が許されない旨の取決めを自らに課すことはできない nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat」との理由から、遺贈について「最終の意思が優先されるsuprema voluntas potior habetur」とされ、遺言自由の不可侵と後発遺言の優先という原則が簡潔に提示されている。フィッヒャルトは、卑属結合の締結に多くの場合「宣誓 iuramentum」が伴うことを意識して、「一旦作成した遺言を変更しない旨、遺言者が、挙手によって宣誓した場合であっても、当該宣誓が良俗に反し禁じられた対象について為されたものとして、宣誓にも拘わらず、任意の方法でいつでも遺言を変更し、それどころか完全に破棄することさえ可能である etiam si testator corporaliter iurasset, se non mutaturum illud, quod semel confecit, testamentum, nihilominus tamen non solum id mutare, verum etiam penitus

75) Consilia, II, 182.v.

76) C.1.2.1; D.32.22; 34.4.4-5.

77) 「誰かが遺言の最初に<誰かに二度遺贈したとしても、私が望むのは一度の遺贈である>と書き入れた後、同じ遺言か小書付によって、意図して同一人に重ねて遺贈を為した場合、最終の意思が優先される。なぜなら、何人も最初の意思の撤回が許されない旨の取決めを自らに課すことはできないからである。ただし、以上の点が妥当するのは、最初の意思について後悔し、受遺者が複数の遺贈を受領することを望む旨明示的に述べた場合である。Si quis in principio testamenti adscripserit, cui bis legavero, semel volo, postea eodem testamento, vel codicillis sciens saepe eidem legevarit: suprema voluntas potior habetur: nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi paenituisse, et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.」(D.32.22,pr.)

abolere posset quomodo, et quotiescunque ei liberit, non obstante iuramento, tanquam contra bonos mores, et circa rem prohibitam praestito」とも述べているが(助言89第2番)⁷⁸⁾、この見解は、上記ヘルモゲニアヌスの法文に対するバルトルスの注釈の一節⁷⁹⁾に由来する。「多くのカノン法学者multi doctores iuris canonici」の議論、とりわけ、「宣誓にもかかわらず最後の遺言が有効と

78) Consilia, II, 182.v.

79) “(14. 第一の遺言に挿入された宣誓は第二の遺言による撤回を妨げることはない。) 遺言者が遺言を変更しない旨述べて、これに違背しないとの宣誓を為す場合にも、彼は別の遺言を為し得るのか検討する。観察者 [ギョーム・デュラン] は『法の鏡』「証拠提示」第12節「たとえ誰かが宣誓したとしても云々」の行 [1577年刊リヨン版では同節第25番] でこの問題に触れており、教令集第2部事例13問題2第4節の標準注釈や多くのカノン法学者もこれについて論じている。中でもヨアンネス・アンドレアエは『水曜論究集』の第六書「法の準則について」第21準則注釈において、宣誓にもかかわらず最後の遺言が有効となるが、後発の遺言を為す者は偽誓の罪に問われると結論付けている。裏付けとされているのは別書第4巻第4章「二人と婚約した女性について」第1節である。また、宣誓は遵守されるべきであるとの反対の議論【別書2巻24章「宣誓について」第28節、第六書1巻18章「合意について」第2節】については次の通り答えておく。確かに、宣誓者の意思にのみ由来し司法官に申し立てる必要のない事柄であれば、宣誓にもかかわらず、反することはできるが、偽誓に問われるであろう。しかし、宣誓者の意思にのみ由来せず、司法官に申し立てる必要のある場合には、司法官は偽誓の助成者となってはならないから、宣誓に反した者の申立を受理すべきではない。これが上記第28節と第2節の趣旨であり、勅法彙纂第2巻第27章「未成年者の売買の原状回復について」第2法文の公撰集引用要約文と注釈も同旨である。当法文は、汝の言い分を否定しているのではなく、自らが汝の手助けとなることを拒んでいるのである。ところで、私の考えでは、偽誓にも問われることはないであろう。なぜなら、遺言作成の自由を奪う以上、良俗に反する事柄について宣誓が為されていることになるからである【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】。それ故云々。勅法彙纂第1巻第2章「聖なる教会、その財産と特権について」第1法文へのキヌスヤペトルス [・デ・ベッラペルティカ] の注釈、アンドレア・デ・ピシスの当法文注釈もこの立場である。”(In secundam partem Infortiati Commentaria, 159.引用は1588年バーゼル刊のテキストによる。)

なるが、後発の遺言を為す者は偽誓の罪に問われる *ultimum testamentum valeat, non obstante iuramento: tamen qui facit secundum testamentum, est periurus*』としたヨハネス・アンドレアエ *Johannes Andreae*(?-1348年) の見解⁸⁰⁾ を意識して、バルトルスは、「遺言作成の自由を奪う以上、良俗に反する事柄について宣誓が為されていることになる *iuramentum est interpositum super eo, quod est contra bonos mores: quia aufert liberam testamenti factionem*」との理由から、「一旦作成された遺言を変更しない *se non mutaturum illud, quod semel confecit, testamentum*」旨の宣誓自体が無効であり、遺言者は偽誓に問われることなく後発遺言を為し得ると解したのである。

このバルトルス説が16世紀の学識法の下で依然「通説 *communis opinio*」であることを裏付ける典拠としては、スペイン=ハプスブルク家統治下のミラノ公国で特別会計院長 *presidente del magistrato straordinario delle Entrate* やイタリア顧問会議の代表執政官 *reggente nel Consiglio d'Italia* を歴任したジュー

80) アンドレアエの『水曜論究集 *Quaestiones mercuriales*』は、第六書の終章「法の諸準則について *De regulis juris*」所収の各準則を別書の編別に沿って論じたものであり、バルトルスが参照している第21準則の注釈は、別書第2巻第24章「宣誓について *De iurejurando*」の表題の下に配置されている。コロフォンに「1509年2月5日 *Anno domini millesimo quingentesimo nono die vero quinta Februarii*」の日付のある1510年ヴェネツィア刊の印刷本では、第141葉裏の右欄に、「私は、一次的な法〔教会法〕により、第二の遺言を為すべきではなく、それを為し、あるいは、理由なく第一の遺言を変更するならば、偽誓に問われると信じるが、二次的な法〔世俗法〕により、もしそれを為しても、第二の遺言が有効となると解する *ego credo per prima iura quod is secundum testamentum facere non debeat et quod illud faciendo vel primo immutando sine causa sit periurus dico tamen per iura secunnda quod si hoc fecerit valeat secundum*」との一節が見える。なお、コロフォンには、注解の表題に関して、「法の諸準則に関するヨアンネス・アンドレアエ氏の黄金のごとき注解は以上で完結し、当注解は、著者が執筆に夜を徹して勤しんだのが水曜日であったため、『水曜論究集』と呼ばれている *expletum est aurem commentum donni Joannis Andreae super regulis iuris: quod nuncupatur Mercuriale: eo quia ipse auctor die mercurii insudabat et vigilabat ad ipsum commentum explicandum*」と記されている。

リオ・クラロGiulio Claro(1525-75年)の『通説集Sententiae receptae』第3巻の断章「遺言Tetamentum」問題94が参照されている(助言89第2番前段)⁸¹⁾。全七巻として構想されたクラロの『通説集』は、幾つかの断章が公刊されただけで未完のままであったが、これらを1572年にフランクフルトの書籍商ジクムント・フォイヤーアーベントSigmund Feyerabend(1528-90年)等が『著作全集Opera omnia』として出版し、その際に助言を請われたフィッヒャルトも献呈文を寄せている⁸²⁾。上記問題94の第3番⁸³⁾では、「遺言者が最初の遺言に宣

81) Consilia, II, 182.v.

82) 1572年8月に「ドイツ騎士団長ordinis Theutonici administrator generalis」に叙任されたばかりのハインリッヒ・フォン・ボーベンハウゼンHeinrich von Bobenhausen (?-1595年)に宛てたフィッヒャルトの同年9月付けの献呈文には、「シギスムンドゥスは私の意見に従うと言っただけでなく、通説集の筆頭に位置するこの上なく重要な当著作を我々双方の名前で献呈することを私に提案しましたSigmundus non solum se consilio meo consilio obtemperaturum diceret, sed etiam me adomoneret, primum, eundemque potissimum tomum Receptarum Sententiarum, utriusque nostrorum nomine esse dedicatum」云々とある(Opera omnia, epistola dedicatoria, 3. 引用は1572年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる。)

83) “(3. 最初の遺言に宣誓が伴う場合はどうか。)ところで、遺言者が最初の遺言に宣誓を加えて、当該遺言を撤回しない旨約し誓った場合はどうか、後に第二の遺言を為した場合、宣誓にもかかわらず、最初の遺言は撤回されたか見なされるべきなのであろうか。解答：ある人々は、宣誓された最初の遺言の後に為される第二の遺言は無効であると述べている。勅法彙纂第1巻第2章第1法文へのアルベリクスの注釈によれば、カノン法学者は一致してそのように解しているとされる。しかし、汝は反対に解すべし。すなわち、宣誓にもかかわらず、最初の遺言は第二の遺言によって撤回される、と。教令集第2部事例13問題2第4節の標準注釈の中段がそのように解しており、学説彙纂第45巻第1章第61法文へのアレクサンデルの注釈にある通り、あらゆる人々がそのように結論づけている。以上の点はディダクス[・コワッルウィアス]が別書第3巻第26章「遺言及び終意処分について」注解の表題注釈第2部第15番以下で指摘しており、イモラも別書2巻24章「宣誓について」第28節の注釈第31番において、この点で万人が一致しているとしている。更に、これが諸博士の一致した判断であると述べるものとして、パウルス・デ・カストロ『助言集』第1巻助言339第1番以下、アレクサンデルの勅法彙纂第2巻第3章「合意について」

誓を加えて、当該遺言を撤回しない旨約し誓った場合はどうか、後に第二の遺言を為した場合、宣誓にもかかわらず、最初の遺言は撤回されたと見なされるべきなのであるか*quid si testator in primo testamento apposuit iuramentum, promittendo, et iurando, quod illud non revocasset, nunquid si postea condat secundum testamentum, non obstante illo iuramento ?*」との問いに対して、「宣誓にもかかわらず、最初の遺言は第二の遺言によって撤回される*non obstante iuramento primum testamentum per secundum revocatur*」と答えるのが「ローマ法学者とカノン法学者双方の通説*communis opinio legistae et canonistae*」とされている。この通説を支える「最良の論拠*optima ratio*」として、「何人も、死亡時まで先延ばしされた処分を存命中に変更できないとの定めを自らに課すことはできない*nemo potest sibi legem inducere, quo minus dispositionem suam in tempus mortis collatam, ante mortem quandocunque mutare possit*」と指摘されているが、これは上記バルトルスの注釈の対象となったヘルモゲニアヌスの法文が遺贈において「最終の意思*suprema voluntas*」を優先させる際に提示していた論拠と同じである。

フィッヒャルトが助言中に実際に引用しているのはこれに続く問題94の第4番⁸⁴⁾であり、そこでは、「遺言者は最初の遺言を撤回することで偽誓の罪に問

第15法文注釈、同『助言集』第2巻助言18第2番、[レリダ] 司教ロアジウスが『マルキオー・ウェレジウスのための申立書』の384頁第160番で言及しているマイネリウスの学説彙纂第50巻第17章「古法の諸準則について」第75法文注釈第25段及び第26段、アルキアトゥスの前掲別書2巻24章第28節注釈第77番、コッタ『両法学説備忘録』「遺言者に仕向ける云々」の項第1段がある。以上の通り、こちらがむしろ、ローマ法学者とカノン法学者双方の通説であり、しかも、最良の論拠によって裏付けられる。なぜなら、何人も、死亡時まで先延ばしされた処分を存命中に変更できないとの定めを自らに課すことはできないからである。”(Opera omnia, 88.)

84) “(4. この場合、撤回されると遺言者は偽誓に問われるのか。) それでは、遺言者は最初の遺言を撤回することで偽誓の罪に問われるのであろうか。バルトルスは、前掲学説彙纂第32巻第22法文前書注釈第14番で否と答えており、アレクサンデルの前掲学説彙纂第45巻第1章第61法文注釈第2段によれば、ローマ法学者等は一致してそう解しているとされる。コッタ『両法学説備忘録』前掲箇所、及び、ディダクス

われるのであろうか *nunquid revocando illud primum testamentum erit periurus?*」との問いについて、これを否定するバルトルス説が引用され、「ローマ法学者等は一致してそう解している *ita tenent communiter legistae*」との観方が紹介されている。但し、クラーロ自身は、「偽誓に問われるが故に宣誓からの赦免を求める必要がある *est periurus, et ideo debet petere absolutionem a iuramento*」と解するのが「より正しい *verius*」とし、これを「通説 *communis opinio*」と見なしているため、バルトルス説がなお「通説」であることを示す典拠としては不十分な印象を受ける。しかし、フィッヒャルトにとって重要なのは、偽誓の有無をめぐるカノン法学上の議論ではなく、宣誓でさえ「遺言作成の自由」を奪い得ないという点であった。直前の第3番ではなく敢えて第4番を引用したのは、そのような「遺言作成の自由 *libera testamenti factio*」を奪う宣誓の効力自体を「良俗 *boni mores*」違反として否定したバルトルス説が、「ローマ法学者等 *legistae*」の「通説」の代表として引用されているからであろう。また、「良俗に反して為された宣誓には拘束されない *non est obligatorium contra bonos mores praestitum iuramentum*」⁸⁵⁾ との一般論そのものは、フィッヒャルトが予め引用している通り、第六書に取められたカノン法の「準則 *regula*」の一つでもあった(第58準則)。

バルトルスは、遺言不撤回の宣誓を「良俗」違反と解する際の論拠として、ユリアヌス *Iulianus* の『ウルセリウス・フェロックス 注解 *Ad Urserium Ferozem*』第2巻に由来する法文⁸⁶⁾を引用している。この法文によれば、間接

[・コワッルウィアス]の別書第3巻第26章表題注釈第2部第15番の「第二の見解云々」の行もこれを指摘している。しかし、その反対の方が正しく、要するに、むしろ偽誓に問われるが故に宣誓からの赦免を求める必要がある。アレクサンデルの前掲助言18第2番、アルキアトゥスの前掲別書2巻24章第28節注釈第78番、ナッタの前掲勅法彙纂6巻23章「遺言について」第21法文の公撰集引用要約第2文注釈第11番が述べるように、これが通説であり、この点疑われるべきではないものと思われる。”

(*Opera omnia*, 88-89.)

85) VI, *De regulis juris*, *regula LVIII*.

86) 「<私を相続人に指定しなければ相応のものを与えると約束するか>という文言に

的にせよ相手方に相続人指定を強いることになる「問答契約stipulatio」は「良俗に反するが故に無効であるinutilis est: quia contra bonos mores est」とされ、相続合意無効の原則の一適用例が示されているにすぎないが、遺言不撤回の宣誓も被相続人の「終意処分ultima voluntas」に制約を加えるという意味では同様の理屈が妥当すると解されたわけである。ツァジウスの当法文に対する注釈は相続合意の効力について網羅的に論じるものであったが、冒頭の序論部分では、「遺言権能が拘束されるような約束は諾約者と約束者何れの立場から見ても恥すべきであるista promissio qua ligatur facultas testandi, est turpis ex utraque parte, stipulantis scilicet et promittentis」(第10番)⁸⁷⁾との一般論を前提に、何らかの約束乃至合意によって「遺言を撤回不可能にすることは可能か an testamentum possit fieri irrevocabile ?」という問いが検討されている(第13番)⁸⁸⁾。フィッヒャルトは、この師ツァジウスの注釈の一節も、遺贈や小書付

よる問答契約は、良俗に反するが故に無効である。Stipulatio hoc modo concepta, si heredem me non feceris, tantum dare spondes ? inutilis est: quia contra bonos mores est.」(D.45,1.61.)

- 87) In titulos aliquot Digesti novi commentaria, 342.引用は1550年リヨン刊『著作集 Opera』第3巻所収のテキストによる。
- 88) “〈13. 遺言を撤回不可能とし得るか。〉ところで、遺言を撤回不可能とし得るであろうか。遺言は永久に確定し撤回できないが、それでもなお遺言であって通常の効果を發揮する旨の救済を与えることは可能であろうか。ディーヌスは第六書「法の準則について」第21準則注釈において、遺言を撤回不能に為し得るとの救済が認められるのは次のような折衷的なやり方によってだけであると述べている。すなわち、遺言者が「ティティウスを相続人に指定し、この遺言を決して撤回しない」と述べた後、私が遺言を撤回した場合、意思は不確定である以上、その時点で私がティティウスの全財産を贈与し、それ以降財産が贈与されたと考え、遺言は権原に関する限り遺言のままでありながら、契約へと変化したことになるというのである。ところで、遺言の中で契約の方式で何かを定め得ることは慣行化しており、前述学説彙纂第28巻第1章「遺言の能力及び方式について」第21法文第3節への諸博士の注釈もこれを容認している。また、バルトルスが当法文で述べている通り、弁護士らはまるで公認されたかのようにディーヌスの教説に従っている。しかし、これが正しいわけではなく、バルトルスは正当にも当法文注釈でディーヌスを非難しており、最近の

といった「終意処分」において「最終の意思が優先される」との上記ヘルモゲニアヌスの法文の結論を敷衍するものとして引用している（助言89第2番中段⁸⁹⁾。この箇所でツァジウスは、約束違反の後発遺言の時点から遺言を贈与と読み替えることで遺言不撤回の言明の効力を間接的に温存すべしとするディーヌス・ムゲッラヌスDinus Mugellanus(13世紀)の見解を退け、そのような「救済remedium」は「自由な遺言権能libera facultas testandi」を奪うが故に「良俗」に反し認められないとしたバルトルスの見解を「あらゆる諸博士が一致して支持しているtenent communiter omnes doctores」とし、合わせて、ディーヌス説に与する「弁護士等の実務practica advocatorum」を無益と断じている。ツァジウスの与するバルトルス説は、フィッヒャルト自身も引用する通り、先に見たヘルモゲニアヌスの法文への注釈の別の一節⁹⁰⁾に見られるものであり、「自由な遺言権能」を奪うが故に「良俗」に反し無効であるとの論拠は共通する。遺言による相続人指定を贈与に読み替えるといった間接的な仕方であれ、先行遺言の効力を温存するような「救済」は一切与えられないべきではないとしたバルトルス説の通説的地位を請け合い、それを同時代の「実務practica」への指針として明示したツァジウス説は、先のクラー口説と比べても、典拠として一層強力と言える。

「自由な遺言意思」の確保という第一の論拠をめぐるフィッヒャルトの議論が、領邦固有法に対置される「皇帝法Keyserkiches Recht」ではなく、ローマ・

論者等は当法文注釈で別の典拠も引用している。つまり、このような救済は遺言を撤回不可能にするのではなく、無効にし、遺言の効力を奪うのである。なぜなら、「もし撤回したら贈与する云々」といった条項によって自由な遺言権能が縛られ制限されてしまうからである。もしそのような契約が有効であったならば、遺言で他人を相続人に指定しようと望んだとしても、当該条項を恐れてそれができないことになる。全ての諸博士がこの教説に与しているので、弁護士等の実務はこの場合無益であり、それどころか、ディーヌスでさえ『助言集』助言10でこの反対の立場を推奨している。”(In titulos aliquot Digesti novi commentaria, 343.)

89) Consilia, II, 182.v.

90) In secundam partem Infortiati Commentaria, 158, n.12.

カノン両法を包括する旧来の汎ヨーロッパ的な「普通成文法die gemeinen beschriebenen Rechte」の枠組みの下で展開されていることは引用される文献群からも明らかである。16世紀の文献では、更に、カオール大学教授を経てボルドーやトゥールーズの高等法院の評定官を務めたギョーム・ブノワ Guillaume Benoit(1455-1516年)の『別書第3巻第26章第16節講解Repetitio capituli Raynutius de Testamentis』(1523年初版)が参照されている。ブノワは、「遺言が撤回不能とされるような救済は与え得るのかan dari possit remedium, quod testamentum revocati non possit」という問いを検討した一節⁹¹⁾で、バルトルスの上記注釈を真っ先に援用してはいるが、バルトルスの

91) “〈25. 遺言は撤回不能とし得るのか。〉ところで、遺言を撤回不能とする救済が与えられ得るのかについては、先に引用した諸典拠、とりわけ、バルトルスの前掲学説彙纂第32巻第22法文注釈とバルドゥスの前掲勅法彙纂第6巻第23章「遺言について」第27法文注釈を参照すべきである。加えて、確実な救済が与えられることで、人間の自由意志が否定されてはならない。というのも、セネカが『悲劇集』第4巻で述べているように、あらゆる自然的存在は無視することのできない一定の法則の下に不動であるが、人間には破棄できない法則などないからである。なお、注意すべきなのは、司教座聖堂助祭[グイド・デ・バイシオ]が教令集第2部事例13問題2第4節注釈の中段あたりで独自に述べている救済である。それによれば、最初の遺言で指定された相続人が、これ以上遺言を為さず、あるいは、最初の遺言を変更も撤回もしない旨の遺言者の意図と同意について、最高位者から特許状を得た場合には、最初の遺言は撤回不能となるとされている。その時点で遺言は撤回不能になるというのである。宣誓によって裏付けられた合意にせよ、終意処分を為す自由意志は奪われず、ヨアンネス・アンドレアエの第六書「法の諸準則について」第21準則注釈にある通り、遺言は遺言者の宣誓に反しても有効となり、最初の遺言で指定された相続人への賠償を遺言者が義務づけられることもないのだとしても、彼の指摘するところでは、教皇が発した特許状であれば制限できるというのがその理由であり、バルトロマエウス・デ・ベレンジオの同注釈補注、パノルミタス[ニコラウス・デ・トゥデスキス]の別書注釈第3巻第41章「ミサの挙行云々について」第6節注釈はこれに与している。しかしながら、私は、本節の最初に述べた点に照らし、これは正しくないのではないかという疑念を抱いている。というのも、遺言が遺言として撤回不可とされるような事態は、本性上死に至るまで撤回し得るという終意

ディースス説批判を引き写したツァジウスとは異なり、議論の主題は、「最高位者supremus princeps」である「教皇papa」の「特許状privilegium」による例外が認められるか否かであった。そのよう例外をも疑問視するブノワは、その論拠として、「遺言が遺言として撤回不可とされるような事態は、本性上死に至るまで撤回し得るといふ終意処分の本質に反するが故に認められないnon potest dari casus, in quo testamentum, ut testamentum, sit irrevocabile, quia esset contra naturalem substantiam ultimae voluntatis, quae sui natura est usque ad mortem revocabilis」と述べており、フィッヒャルトはこの一文をそのまま引用している(助言89第2番中段)⁹²⁾。「終意処分の本質naturalis substantia ultimae voluntatis」というブノワの論拠は、バルトルスがユリアヌスの法文から引き出した「良俗」違反と同様、ローマ法源に既に示された周知のものであった。フィッヒャルトも、「死亡者の意思は生の終末に至るまで不確定であるambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum」とした法文⁹³⁾を予め引用しており(助言89第1番)⁹⁴⁾、これに呼応するブノワ説は、バルトルス＝ツァジウス説と共に、後発遺言の優先を裏付けるに相応しい典拠であった。

以上のような議論を経て、フィッヒャルトは、「何人も、自己の財産について思うままに遺言する自由な意思や権能を、たとえ挙手による正式な宣誓によっても奪われ取り上げられることはなく、卑属結合のような合意の締結によっても、そのような合意が多くの場合に挙手宣誓に服しているからといって、そのような事態が生じることはやはりないniemand der freye Will und macht seines gefallens in seinen Gütern zu testiren / auch durch den leiblichen Eyd entzogen und benommen mag werden / so mag solches viel weniger durch ein pactum conventum, wie die Einkindschafften seind / geschehen / dieweil

処分の本質に反するが故に認められないからである。”(Repetitio, ad <Testamentum> II, 183引用は1544年リヨン刊のテキストによる。)

92) Consilia, II, 182.v.

93) D.34,4,4.

94) Consilia, II, 182.v.

die pacta dem leiblichen Eyd weit unterlegen」⁹⁵⁾と結論付けている。これは、「<より大きなものからより小さなものへ>の論拠による否定per locum a maiori ad minus, negative」とある通り、常套論拠loci communesを用いた推論の典型と言える。この常套論拠を集めた便覧として16世紀から17世紀にかけて絶大な人気を誇ったのが、帝国に編入された旧ブルゴーニュ公領ネーデルラントの最上級審(ハプスブルク家世襲領として免属特権privilegium exemptionisを享受)であるメヘレン大評議院Grote Raad van Mechelenで院長を務めたニコラース・エフェラールツNicolaas Everaerts(1461/62-1532年)の『法論拠集Loci argumetorum legales』(1516年初版、別名『法のトピカTopica iuris』)であった。この『法論拠集』の「<より大きなものから>の論拠locus a maiori」の説明にもあるように、当該論拠は、「より多くそう思われる事柄が含まれないならば、より少なくそう思われる事柄もまた含まれないという仕方、論駁的乃至否定的に形作られるformatur destructive seu negative tantum, hoch modo, si id de quo magis videtur inesse non inest nech etiam id de quo minus」⁹⁶⁾。卑属結合は、将来の相続に関わる合意である以上、そこに宣誓が伴うならば、卑属結合という先行行為の不撤回の宣誓となって、先行遺言の不撤回のそれと同様、そのまま拘束力を認めるならば、後発遺言を妨げることになる。そこで、遺言不撤回の宣誓という<より大きな事柄majus>にさえ認められない効力は、卑属合意不撤回の宣誓という<より小さな事柄minus>にも当然認められないとしたのがフィッヒャルトの推論である。遺言の自由の制約を良俗違反と見なし、遺言不撤回の宣誓の効力を否定したバルトルス以来の通説が、この常套論拠を介して、卑属結合という非学識法的な事例にも適用されたわけである。

ただし、エフェラールツ自身は、遺言不撤回の宣誓の無効を、より抽象度の低い「<宣誓の力、作用、効果から>の論拠locus a vi, energia seu efficacia iuramenti」を論じた一節⁹⁷⁾で扱っており、フィッヒャルトもこちらを参照し

95) Consilia, II, 182.v.

96) Loci argumetorum legales, 145.引用は1568年リヨン刊のテキストによる。

97) “<32.>以上の点をめぐっては誤謬を犯すことのないよう注意すべきである。とい

ている。フィツヒャルトが驚きをもって指摘する通り、エフェラールツは合計53にも及ぶ「宣誓の効力effectus iuramenti」を列挙しているが、その内、遺言不撤回の宣誓について言及されるのは、「一部訂正条項として作用するvim clausulae derogatoriae habet」という「第五の効果quintus effectus」の例外としてである。すなわち、「宣誓が第一の遺言で為されれば第二の遺言に対して一部訂正条項として作用し、また、第二の遺言で為されても第一の遺言に対して同様に作用するのだとしても、宣誓が事後に為される世俗的行為を無効にすることはなく、それどころか、意思が明確である限り、偽誓に問われる可能性があるにせよ、宣誓に反して為された世俗的行為は有効となるlicet

うのも、既に述べたように、宣誓が第一の遺言で為されれば第二の遺言に対して一部訂正条項として作用し、また、第二の遺言で為されても第一の遺言に対して同様に作用するのだとしても、宣誓が事後に為される世俗的な行為を無効にすることはなく、それどころか、意思が明確である限り、偽誓に問われる可能性があるにせよ、宣誓に反して為された世俗的行為は有効となるからである。従って、例えば、ある者がその財産をティティウスには売却しない、ベルタとは婚姻あるいは婚約しない、作成済みの遺言を撤回しない、法廷代理人を再任しない旨宣誓したが、その後、ティティウスに売却するならば、売買は有効で所有権は移転し、ベルタと婚姻乃至婚約するならば、その婚姻乃至婚約は有効であり、同じく、遺言を撤回し、あるいは、代理人を再任するならば、撤回乃至再任は有効となる。以上は、インノケンティウス〔4世〕の別書第3巻第5章「聖職禄及び顕職について」第25節の周知の注釈、及び、この注釈を支持し敷衍するヨアンネス・アンドレアエ、ペトルス・デ・アンカラノ、枢機卿〔フランキスクス・ザバレラ〕、ヨアンネス・デ・イモラ、パノルミタヌスその他の人々の同節注釈による。また、ヨアンネス・アンドレアエの『水曜論究集』第六書「法の準則について」第21準則注釈、バルトルスの学説彙纂第32巻「遺贈及び信託遺贈について」第22法文前書注釈、ルドウィクス・デ・ローマ『助言集』助言379、ヨアンネス・デ・イモラの前掲別書第2巻第24章「宣誓について」第28節講解事例9も同旨であり、第六書第1巻第19章「法廷代理人について」第19節への標準注釈も著名であるが、ドミニクスやピリップスの同節注釈でも言及され、彼等によれば、この点を裏付ける最良の典拠は前記インノケンティウスの注釈とされており、パノルミタヌスもその旨指摘している。…”(Loci argumentorum legales, 834-835.)

iuramentum habeat vim clausulae derogatoriae ad secundum testamentum, quando ponitur in primo testamento, et similiter ad primum, quando ponitur in secundo, tamen iuramentum non reddit actum temporalem postea secutum nullum: imo actus temporalis gestus contra iuramentum valet, quando de voluntate clare constat, licet incurratur aliquando periurium」というのである。これによれば、「売却しない*non vendere*」、「婚姻しない*non contrahere matrimonium*」、「婚約しない*non contrahere sponsalia*」旨の宣誓同様、「遺言を撤回しない*non revocare testamentum*」旨の宣誓にも拘束力はなく、後発遺言は有効となる。そのような宣誓の効力の限界を裏付けるものとして列挙された典拠のほとんどはカノン法学者の注釈であるが、その中にも、前述のバルトルスの見解が唯一の世俗法注釈として引用されている。フィッヒャルトが引用する同時代の文献は、クラーク、ツァジウス、ブノワ、エフェラルツ何れの著作も、バルトルス説の通説的地位を的確に示すものであったと言えよう。

フィッヒャルトが提示する二つ目の論拠とは、「平等合意あるいは卑属結合が、それ自体としては法ではなく、一定の地域において慣行や実務上受容された慣習法にすぎない以上、何らかの意味で法律上の効力を獲得するには、普通法に反することのないよう可能な限り厳格に解釈されねばならない*parificatio sive unio liberorum, cum per se non sit ius, sed consuetudo tantum certis locis moribus recepta, ex usu, ita, ut legis quodammodo vim obtineat, quam strictissime, ut quam minimum iuri communi deroget, est intelligenda*」というものである(助言89第3番)⁹⁸⁾。第一の論拠をめぐる議論が徹底して学識的な性格を備えていたのに対して、こちらの厳格解釈という第二の論拠は「ラント慣行*Landtbrauch*」と「皇帝法*Keyserliche Recht*」との緊張関係を意識した慣習法学の立場から引き出されているようである。確かに、卑属結合の「合意*pacta*」それ自体の文言の解釈という次元では、議論は依然学識法的であり、「合意自体も厳格法に属し、表示内容を超えるものを含意しない*etiam ipsa pacta stricti iuris sunt, et non comprehendunt maiora expressis*」、あるいは、「行為

98) *Consilia*, II, 183.r.

者の行為は彼等の意図を超えて作用し得ないし作用してはならない*actus agentium non possunt nec debent operari ultra ipsorum intentionem*』といった命題が、その典拠となり得る諸法文⁹⁹⁾と共に提示されている。また、「両親が当該卑属結合の契約によって自由な遺言作成の権能を放棄しようとしたなどということは、(既に述べた通り)そのようなことを明示的に決して為し得ない以上、そもそもありそうもなく推定もし得ない*non est verisimile nec praesumendum, parentes sibi ipsis per hunc contractum parificationis liberam testamenti factionem praecidere voluisse, cum id nec expresse quidem (ut supra dictum est) facere possent*』という結論自体、「既に述べた通り*ut supra dictum est*』と一言挿入したフィッヒャルトも意識する通り、将来遺言しない旨の明示的文言の有無というよりは、むしろ、「自由な遺言作成の権能*libera testamenti factio*」の不可侵という第一の論拠に行き着く。

これに対して、「一定の地域において慣行や実務上受容された慣習法*consuetudo tantum certis locis moribus recepta*」、とりわけ、成文慣習法上の卑属結合関連の条文の解釈という次元では、ローマ法が保持する「皇帝法」としての権威そのものが慣習法解釈の制約要因となり得る。「慣習法は厳格法に属する*est consuetudo stricti iuris*」¹⁰⁰⁾ から「表示内容*expressa*」や「意図

99) D.2,14,27; 12,1,19; 44,7,3.

100) フィッヒャルトが典拠の一つとして挙げるバルドゥスの封建法書第2巻第1章「封の概念について*De feudi cognitione*」第1法文第1節注釈には、「慣習法とは市民間の黙示の合意と解されているという点も省略すべきではない。それ故、学説彙纂第2巻第14章第27法文前書にあるように合意がそこで述べられている事柄や人以外に及ばないのと同じく、慣習法もまた及ばない。更に、慣習法は厳格法に属しており、この点は、慣習法が生み出す娘、つまり、慣行に基づく訴権や不当利得返還請求訴権が、法学提要第4巻第6章第28節にあるように、厳格法に属することから勿論明らかである*Illud non otio quod consuetudo dicitur civium tacita conventio. Et ideo sicut pactum non extenditur ad aliam rem, vel personam quam de quibus loquitur ut Digestis de pactis lege Si unus paragrapho ante omnia. Ita nec consuetudo. Et ideo consuetudo est stricti iuris, quod etiam patet, quia filia quam parit id est actio sive conditio ex moribus est stricti iuris ut Institutionibus de*

intentio)に忠実に解釈されるべきであるとの学識法上の要請が、ここでは、「普通法に反することのないよう可能な限り厳格に解釈されねばならない*quam strictissime, ut quam minimum iuri communi deroget, est intelligenda*」という一層制限的な命題へと変容するわけである。各地の卑属結合法の解釈に、そのような「皇帝法」との調和が強く求められる理由をフィッヒャルトは幾つか指摘する。まず、「卑属結合*Einkindschafft*」はそもそも「教会法にも世俗法乃至皇帝法にも未知の契約*ein solcher Contractus / so beyd dem Geistlichen und auch Weltlichen oder Keyserlichen Rechten unbekannt ist*」である¹⁰¹⁾。卑属結合が「皇帝法」上の契約類型ではない以上、後発遺言との優劣について成文慣習法が沈黙しているのであれば、個々の合意内容にその解決を期待すべきではなく、遺言の自由の尊重や後発遺言の優越という一般論がそのまま妥当することになろう。その一方で、再婚相手の連れ子との間に実親子に準じた相続関係を創出する点に着目するならば、卑属結合は、「古代のローマ人において大いに利用され、特別な皇帝法も用意され規定されている自権者養子縁組や他権者養子縁組に匹敵する*sich fast durchauß mit der arrogation und adoption, so bey den alten Römern fast breuchlich gewesen / auch darüber sonderliche Keyserliche Recht seind auffgericht und geordent worden / vergleicht*」ともされる。しかし、フィッヒャルトが、卑属結合に「皇帝法」上の拠り所を与える意図で、「自権者養子縁組*arrogatio*」や「他権者養子縁組*adoptio*」との類比を試みているわけではないのは文脈上明らかである。実際、そこでは、二つの養子縁組の要件や効力の相違、家の帰属関係の変更手段としての側面は捨象され、卑属結合との丁寧な比較対照などは議論の埒外にある。ただ、「卑属結合における相続が自権者養子縁組や他権者養子縁組の場合よりもかなり過剰で完全である*die Succesion in der Einkindschafft etwas reichlicher unnd*

actionibus paragrapho Actionum.」との一節(第9番)が見える(In *usus feudorum Commentaria*, 41.v.引用は1550年リヨン刊のテキストによる)。厳格解釈という文脈で「慣習法*consuetudo*」を「合意*pactum*」に類比する論法も既にこのバルドゥスの注釈に示されている。

101) *Consilia*, II, 182.v.

vollkommlicher ist / als in der adoption und arrogation」ことを印象付けるために、フィッヒャルトは、女性の収養無能力と、「養親が用益権と占有に限って養子等を相続するdie Eltern ire adoptirte Kinder / weiter nicht/ als allein quoad usum fructum und beyseß erben」という二点に言及している。「息子等を失った慰謝のためin solacium amissiorum filiorum」の養子という例外を伴う前者¹⁰²⁾はともかく、自権者養子縁組における養子の取得財産に対する養親の用益権を、引用法文に¹⁰³⁾「養子が養家で亡くなった場合にはその所有権もまた養親に移転するmortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium ejus ad adroгатorem pertransit」とあるにもかかわらず、養親相続権の効果として捉える不正確な議論が敢えて為されているのも、恐らく、卑属結合の生み出す効果の特異性を強調するためであったと解される。前婚による子等を連れて再婚する者は男女何れも卑属結合を締結し得るし、当事案に適用されるはずのマインツ選帝侯領裁判所規則では、卑属結合の効果として実親の再婚相手にも尊属相続権が認められているので(第10文)、「父母と子等が実の親子であるかのように相互に相続し合うことになるerben Vatter / Mutter / und die Kinder einander / als ob sie recht natürliche Eltern und Kinder seyen」というわけである。このように「皇帝法」上の養子縁組を凌駕する効力を成文慣習法が卑属結合に認めているのだとすれば、なおさらその解釈は厳格でなければならぬ。

以上に加えて、卑属結合という慣行の通用地域自体が限られていることも慣習法解釈の厳格さが求められる理由とされる。すなわち、卑属結合は、「慣習に基づいてのみ通用し、我々ドイツ民族だけに見られ、しかも、至る所というわけではなく、マインツ、トリーアの各大司教領、ユーリッヒ、ヴェルテンベルクの各公領、ナッサウ、ゾルムス、ハーナウの各伯領、ヴォルムス、ハイムブルク、フライブルク・イム・ブライスガウの各都市といった若干の選帝侯領、諸侯領、所領、都市に広まっているにすぎないist nur durch einen brauch

102) C.8,47,5.

103) Inst. 3, 11, 2.

per consuetudinem, und allein in unser Teuschen Nation / doch auch nicht allenthalben / sondern allein etlichen wenigen Chur und Fürstenthummen / Herschafften und Stätten / als den Ertzstifften Metz / Trier / Fürstenthummen / Gülich / Wirtenberg / Graffschafften / Nassaw / Solms / Hanaw/ Statt Worms / Heilbrun / Freyburg in Preißgaw] というのである¹⁰⁴⁾。個々に列挙された諸領邦の内、ハーナウ伯領以外は、本稿でも既に検討した通り、その裁判所規則、ラント法、改定都市法等の中で卑属結合について明文の規定を置いていた。また、1458年にマイン川を挟んでハーナウ＝ミュンツェンベルクHanau-Münzenberg伯領とハーナウ＝リヒテンベルクHanau-Lichtenberg伯領に分割されたハーナウ伯領¹⁰⁵⁾においては、ゾルムス諸伯領ラント法が施行当初から事実上通用していたようである。これは、地理的に近接し共にヴェッテラウ諸伯同盟Wetterauer Grafenvereinに属するハーナウ、ゾルムス両伯領において元々共有されていた同地域固有の慣習法がゾルムス諸伯領ラント法として成文化されたという事情による¹⁰⁶⁾。更に、フィッヒャルトは、卑属結合が「此処我がフランクフルトにおいても根をおろしているため、今やラント法的一种として遵守されているauch bey uns allhie zu Franckfurt / eyngerissen / also / daß nunmehr für ein Landrecht gehalten wirdt」とも述べている。IIで検討したように、帝国都市フランクフルト・アム・マインでは、1463年の都市参事会布告と1494年のローマ＝ドイツ王マクシミリアンの特許状により卑属結合の慣行がいち早く是認されていた一方、1509年の改定都市法は

104) Consilia, II, 183.r.

105) さしあたり、Löwenstein, A. HANAU (MIT H.-LICHTENBERG UND H.-MÜNZENBERG) in: Handbuch Höfe und Residenzen im spätmittelalterlichen Reich, Band 15, IV, 551-552.参照。

106) Thomas, Der Oberhof zu Frankfurt am Main, 105-106/ 108.; Roth/ von Meibom, Kurhessisches Privatrecht, Erster Band (1858), 56-59.なお、ハーナウ＝リヒテンベルク伯領の内、フランクフルト・アム・マインの南西に位置するバーベンハウゼン政庁Amt Babenhausenの管轄区については、1579年の公布令を以てゾルムス法が正式に導入されることになる(57, Anm.3.)。

卑属結合に関わる規定を置かなかつた。「ラント法の一種ein Landrecht」という言い回しには、そのようなフランクフルト法における卑属結合の位置の曖昧さを見て取ることができる。フィッヒャルトは、卑属結合を依然許容していた同時代の実務慣行を踏まえ、フランクフルトもまた、卑属結合に関する成文慣習法を有する他の諸領邦乃至都市と同列に扱っているのである。卑属結合が、帝国全域に流布した慣行ではなく、ゾルムス法第1文にも明記されていたように、ラインフランケン地方を中心とするライン川とその流域に限定された「ラントの慣行Landgebrauch」であることをここで殊更に強調しているのも、「皇帝法」との関係で成文慣習法の厳格解釈を徹底する意図からであった。卑属結合法は、限定された地域の特殊な慣習法であるから、「普通成文法に可能な限り違反しないよう法に密接に関連付けられねばならないauffs engst eyngezogen werden sol / damit den gemeinen beschriebenen Rechten dardurch so wenig als immer müglich abgebrochen werde」。結局、成文慣習法の欠缺を、個々の卑属合意によって任意に補充することはそもそも許されず、「省かれた事柄は省かれたものと見なされ、普通法の規定に委ねられるcasus omissus habetur pro omisso, et relinguitur sub dispositione iuris communis」というわけである(助言89第4番)¹⁰⁷⁾。当助言の事案に照らせば、卑属結合が当事者の遺言権能

107) ここでフィッヒャルトは、幾つかの法文(D.5.1.12; 28.2.10; C.6.42.7; X.3.27.3.)に加えて、マッテオ・ダッフリットMatteo D’Affitto(1447?-1523年)の『ナポリ王国神聖顧問会判決集Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani』(1499年初版)から、ナポリ王国とフランス王国の間の「講和文書の条項capitula pacis」の解釈に関わる判決403も引用しているが、何れも、文言に忠実な解釈という通常の意味での厳格解釈に関わるもので、「皇帝法」に適合的な解釈という要請を直接裏付ける典拠とは言えない。なお、フィッヒャルトは、このダッフリットの判決集のフランクフルト版『新旧ナポリ判決集Decisiones Neapolitanae antiquae et novae』(1573年初版)の編集にも関与しており、表題頁に「卓越せるフランクフルトの法律家ヨアンネス・フィッカルドゥスの最近補われた注記と共にuna cum annotatis clarissimi iurisconsulti Ioannis Fichardi Francofurtensis recens adiectis」とある他、フォイヤールアーベントによる献呈文にも、「我が同胞、全ドイツ民族を喜ばせるべく、私は、未だドイツにおいて出版されたことのないこの判決集を、我々の印刷工房と我が資金によって、

を奪い後発遺言を排除する旨の明文の規定がマインツ選帝侯裁判所規則に存しない以上、「普通成文法gemeine beschriebene Rechte」、具体的には、第一の論拠であった遺言自由の不可侵と後発遺言の優先という原則が、「皇帝法」としての權威の下に妥当することになる。

それでは、遺言自由の不可侵と成文慣習法の厳格解釈という二つの論拠が仮に退けられ、当事案の卑属結合に当事者の遺言権能を制限する効力が認められたらばどうであろうか。残る二つの論拠は、そのような場合であっても、助言依頼者の先取受遺者としての利益を確保し、前婚の子等の主張に対抗し得る副次的補充的なものとして提示されている。その一つは、「本事案の原告である前婚による二人の兄妹が、両親の遺言を進んで受け入れ、相続を承認し、当該遺言に基づき、亡き両親の遺したエルトヴィレ所在の全財産への立ち入りを同地の裁判長と参審人等に求めた*die zwey Geschwisterig erster Ehe / jetzige Klägere / ihrer Eltern Testament / gutwilliglich angenommen / haereditatem adirt, und in krafft desselben Immißionem in alle irer Eltern seligen nachgelassene Güter zu Eltfell gelegen / für Schultheiß und Schöffen daselbst begert haben*」上、助言依頼者が先取遺贈されたキートリッヒ所在の財産に立ち入った後も、「彼等は、異議を申し立てることも妨げることもなくそれを受け入れ、それ以降長年にわたり平穩に保有させてきた*sie dasselbig sonder alle*

より輝かしく洗練された形式で出版しようと企てたのですが、無分別な仕方ですそれを為そうとしたわけではなく、有力聡明な人々、中でも、卓越した法律家で名士、我が都市の最重要人物でおられるヨハネス・フィッカルドゥス氏の意見と助言を、この企てのために得たのであります*nostris itaque hominibus, et toti Germanicae nationi gratificaturus, Decisionum illud volumen nusquam in Germania hactenus impressum, typographis nostris, meis sumptibus, augustiore quidem nitidioraque forma evulgandum commisi; nec temere tamen id feci, sed gravissimo clarissimorum virorum, et in primis iuriconsulti celeberrimi, domini Iohannis Fichardi, viri amplissimi, et de Republica nostra optume meriti, hac in re usus sum iudicio et consilio*」との一節が見出される(*epistola dedicatoria, iiii.r.*)。クラーロの通説集にせよ、このダッフリットの判決集にせよ、フィッヒャルトは、助言時に偶々出版に関与し身近にあった文献に典拠を求めたという見方も可能であろう。

eynrede und eynttrag haben eynnemen / und biß daher so veil Jar lang geruhiglich haben besitzen lassen」という点である¹⁰⁸⁾。この相続承認による先取遺贈の確定という第三の論拠を裏付けるものとしては、「被廃除者 exheredatus」の不倫遺言の訴え querela inofficiosi testamenti の可否に関連して「如何なるものであれ死亡者の判断を是認した者はそれを受け入れたものと見なされる agnovisse videtur, qui qualequale iudicium defuncti comprobavit」とする法文¹⁰⁹⁾に加えて、「一度決まった事柄はもはや拒めない Quod semel placuit, amplius displicere non potest」というより抽象的なカノン法の準則(第六書の「法の準則について De regulis juris」第21準則)が援用され、ディーヌスの『教皇法準則注解 Commentarius in regulas iuris Pontificii』の同準則注釈も参照されている(助言89第5番)¹¹⁰⁾。第六書 Liber sextus 公布(1298年)の直後、教皇ボニファティウス8世(在位1294-1303年)から依頼を受けて著されたともされる¹¹¹⁾ディーヌスの当注解書は、16世紀以降も繰り返し印刷されて流布していた¹¹²⁾。フィッヒャルトも指摘する通り、その第21準則注釈の第13番

108) Consilia, II, 183.r.

109) D.5.2.32.pr.

110) Consilia, II, 183.r.

111) Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2.Auflage, V (1850), 450; Lange/ Kriebbaum, Römisches Recht im Mittelalter, II (2007), 456.

112) 既に揺籃期本としてピエトロ・カポーネPietro Caponeとロジェ・バルムRoger Barmeによる版(1494年初版)等も先行していたが、その後、ニコラ・ボイエ Nicolas Bohier(1489-1539年)の補注版(1518年初版以降、1530年代にかけての初期の諸版にはブルジュ大司教宛てのボイエの献呈文に加えて、セルス=ユーク・デクーズCelse-Hugues Descousuの賞辞が付されている)が、シャルル・デュ・ムーランCharles Du Moulin(1500-66年)の校訂編集を得て更に普及することになる。このデュ・ムーラン編集版は、リヨンのジャン・フレロンJean Frellonの工房により1545年、1551年、デュ・ムーランの著作を多く手掛けた同じくリヨンのアントワヌ・ヴァンサンAntoine Vincentの工房により1548年、1550年、1552年と、16世紀半ばの短期間に多くの版を重ねている。このデュ・ムーラン編集版は、その後、1570年にヴェネツィアでも出版されたが、デュ・ムーランの名は伏せられ、表題頁には「敬虔な

には、「相続承認を一旦決めたならば、以後、相続放棄によってそれを拒むことはできない *ex quo semel haereditas placuit adeundo, non potest postea displicere repudinando*」¹¹³⁾とある¹¹⁴⁾。また、フィッヒャルトは、不倫遺言の訴

耳を損なった某等の補注は勿論削除の上で *repurgatis etiam aliquorum additionibus, quae piorum aures offendebant*」とあり、デュ・ムーランがトリエント公会議版『禁書目録 *Index librorum prohibitorum*』(1564年)の全著作禁止対象者となった影響を見て取れ、1577年にリヨンのバルテレミ・ヴァンサンの工房で再版(ヴァンサン家の工房としては第4版)された際に、デュ・ムーランの名が全てイニシャルの「C.M.」に置き換えられたのも、カルヴァン派対策としての検閲強化を含んだアンリ2世の王示(1551年6月シャトーブリアン)に加えてこの『禁書目録』を意識した自衛措置と解される。更に、リヨンでは、デュ・ムーラン編集版とは別に、フランチェスコ・コルネッロ *Francesco Cornello* とガブリエレ・サライナ *Gabriele Sarayna* の補注を増補した版が、ジャコモ・ジュンタ *Giacomo Giunta* (1486-1546) の創業した工房から出版され(巻頭に付されたコルネッロの序文は1551年11月にブリクセンで書かれているが、確認できたのは1563年と1568年の版)、ケルンのヨーハン・ビルクマン *Johann Birckmann* (1527-72年) とテオドール・バウム *Theodor Baum* の工房でも印刷されている(1569年初版、その後、1576年にはバウムの工房の単独名義で再版)。後者のケルン版の表題頁には、「卓越せる法律家ニコラウス・ボエリウス、カロルス・モリナエウス、フランキスクス・コルネッルス、ガブリエル・サライナの注解付き *cum adnotationibus iureconsultorum clarissimorum Nicolai Boerii, Caroli Molinaei, Francisci Cornelli, et Gabrielis Sarainae*」とあり、前者のリヨンのコルネッロ編集版にデュ・ムーラン編集版を統合したかのような体裁になっているが、各準則注釈冒頭に付された「梗概 *argumenta*」を含めコルネッロ編集版が踏襲されている。以下本稿ではこの1569年ケルン刊のテキストに従う。

113) *Commentarius*, 200.

114) なお、ここで参照されているディーヌスの第21準則注釈の後半(第15番以下)では、遺言の撤回について論じられており、その末尾(第28番)には、「終意処分の範囲に属さず、契約の性質へと移行するならば、その時点から撤回不能となる *si non staret in finibus ultimae voluntatis, sed transiret ad naturam contractus tunc esset irrevocabilis*」から、「<遺言が撤回されたならば>との条件の下に相続人に贈与しあるいは売却した場合に、実際に遺言が撤回されたならば、贈与乃至売買は撤回不能な仕方であらう *si donaret vel venderet haeredi, sub ea conditione*」

えの可否に関わる上記法文の注釈、特に、「被廢除者*exhaeredatus*」が「他人の利益のために遺贈物を受領したならば不倫遺言訴権を失わない*si ad commodum alterius receperat, non perdet querelam*」¹¹⁵⁾と解して同法文の射程を限定したパウルス・デ・カストロPaulus de Castro(1360/62-1441年)のそれを引用している。但し、その引用の趣旨は、パウルスの言う「利益*commodum*」に着目することで、相続承認の効力をむしろ強めるところにある。一旦承認した相続は拒めずとの上記命題は、「終意処分を認識し相続人となった者が当該終意処分から利益も得た場合には一層強い理由で当てはまる*tanto fortius procedit quando agnoscens ultimam voluntatem, et haeres factusetiam emolumenta ex eadem percepit*」というのである。当助言の事案でも、前婚の子等は、両親が遺言で残した「エルトヴィレ所在の財産Güter zu Eltfell gelegen」に立ち入り、長年保有し「利益」を得ているのであるから、同じ遺言で再婚後の子に先取遺贈された財産の帰属についてもはや争い得ないことになる。

第四の論拠とされるのはマインツ選帝侯領の実務慣行である。フィッヒャルトが助言依頼者から提出を受けた書面には、マインツ選帝侯領の上級審に当たる「宮廷裁判所Hoffgericht」において1562年に某事件の審理で聴取された「幾人かの証言の写しCopien etlicher Zeugen aussagen」が含まれていた。それによれば、卑属結合に関わる「ラインガウのラント慣行Landtbrauch im Ringauw」は「エルトヴィレ、ラウエンタール、そして、キートリッヒに特有のものとし

si testamentum revocari contingat, habebit donatio vel venditio effectum irrevocabiliter in eum casum, in quo testamentum revocari contingeret」との一節が見出される(Commentarius, 203.)。これは、バルトルスや師ツァジウスが批判した贈与読み替え論に他ならず、ディーヌス説によれば、第21準則は先行する卑属結合を後発遺贈に優先させる論拠ともなり得ることになる。フィッヒャルトは、恐らく、そのような第21準則の両義性を意識して、バルトルスや師ツァジウスの見解の立ち入った紹介を避けたのであろう。

115) In primam Digesti veteris partem commentaria, 168.v.引用は1585年リヨン刊のテキストによる。

て遵守されている als sonderlich zu Eltfell / Rauenthal und Kidderich gehalten wirdt」とされ、そのような限られた区域の中でさえ、「卑属結合は、それが締結され裁判所の命令を以て許可され登録された裁判地及び管轄区に存する財産を超えて、その効力が及び拡張されることもなく、親が他の地域において更に別の財産を与えているのであれば、当該地においても卑属結合が裁判所に申告され命令を以て許可され登録されねばならない die Einkindschaften ihre Wirklichkeit nicht ferrner haben / noch sich erstrecken / dann allein auff die Güter/ so in demselben Gerichtszwang und Districtu, da die Einkindschaften auffgericht / und per dercretum zegelassen / und eingeschrieben worden / gelegen seind / und so die Eltern sonst noch mehr Güter ausserhalb an andern orten leihen hetten / daß alsdann die Einkindschaft auch denselben orten gerichtlich angebracht / per decretum auffgenommen / und eingeschrieben werden muß」というのである¹¹⁶⁾。当助言の事案では、卑属結合はエルトヴィレの裁判所にのみ申告登録され、後発遺言により先取遺贈された財産はキートリッヒの裁判管轄区内に存しているから、この「ラント慣行」を当てはめるならば、「先取遺贈に含まれる財産は卑属結合の対象とはならず、前婚の子である兄妹から卑属結合に基づき請求されることもない die Güter im praelegato begrieffen in die Einkindschaft nicht gezogen / noch in krafft derselben durch die Geschwisterig erster Ehe mögen angesprochen werden」との結論が導かれる。ただし、マインツ選帝侯領裁判所規則では、卑属結合の申告と登録そのものについて規定はあっても（第6文及び第7文）、対象財産の存する裁判管轄区ごとにそれを求める旨定められているわけではなく、上記「ラント慣行」は、あくまで不文の実務慣行として通用しているにすぎない。そこで、フィッヒャルトは、そのような「ラント慣行」の効力を更に二つの論拠で裏付けている（助言89第6番及び第7番¹¹⁷⁾。まず、「長い間の慣習は法に明記されていない事柄に関して法や法律として遵守される diuturna

116) Consilia, II, 183.r.

117) Consilia, II, 183.r.-v.

consuetudo, pro jure et lege, in iis, quae non ex scripto descendunt, observari solet」¹¹⁸⁾ というものである。この論拠は、フィッヒャルトも引用する通り、「長期にわたる慣習longa consuetudo」に関する一連のローマ法文に由来する。たとえ不文の「ラント慣行」であっても、遵守の事実の証明さえあれば、裁判所規則のような既存の成文慣習法と同等の拘束力を有し得るというわけである。次に、「慣習consuetudo」がそのように「法律lex」に匹敵するとしても、個々の合意によってその効力を排除することは可能なのであろうか。実際、本事案の卑属結合の合意書面の冒頭には、「夫婦双方が持参し合うであろう全ての財産何れについても、それらが如何なる地域や場所、裁判区あるいは行政区にあろうと、全てを含み何も除外されることなく、卑属結合は締結されたdie Einkindschafft uber alle und jegliche Güter / so sie beyde Eheleut zusammen bringen werden / an welchen enden und Orten / Gerichtenoder Gebieten die gelegen weren / gänzlich unnd zu mal nichts außgeschlossen / gemacht worden」旨記載されていたとされる。しかし、フィッヒャルトは、ここでも、「私人間の合意privatorum pacta」を「公法ius publicum」乃至「法律の権威 legum auctoritas」に劣後させるローマ法文¹¹⁹⁾を援用して、「夫婦がこの種の合意によってラインガウ全域に通用するラント慣行を破ることは許されない durch solches pactum die Eheleut den gemeinen Landbrauch im Ringkauw」と結論付けている。

以上、遺言の自由故の後発遺言の優先、成文慣習法の厳格解釈と皇帝法による欠缺補充、相続承認による先取遺贈の効力確定、卑属結合に裁判管轄区毎の申告登録を求める実務慣行の存在という四つの論拠によって、助言依頼者の主張の論証を試みたフィッヒャルトは、最後に、「自由な遺言意思」が決して無制約なものではない点にも注意を促している。卑属結合を締結した再婚夫婦の後発遺言は有効であるが、前婚の子等に「著しい不利益beschwerlicher Nachtheil」を加えるものであってはならないというのである。この点を論じ

118) D.1.3.33. 他に引用されているのはD.1.3.32; 35; C.8.53.3。

119) D.2.14.38; 38,16.16.

るに当たり、フィッヒャルトは、「我がフランクフルトで起こったその種の事例ein Exempel / so sich allhie bey uns zu Franckfurt zugetragen」として、興味深い事案を紹介している¹²⁰⁾。それによれば、亡き前夫との間に三人の娘をもうけた女性が、再婚するに当たり卑属結合を締結し、再婚後、夫は、妻の持参財産1万グルデンを、自らの持参財産3千グルデンと共に40年以上にわたって平穩に保有用益していた。妻の前婚の子である娘等は、それぞれの婚姻に当たって、卑属結合時に約定された遺産先取分を嫁資として受領し、三人の娘の内、二人は継父よりも先に亡くなったが、代襲相続人にあたる子等を残している。一方、再婚夫婦の間にも息子が生まれ、多くの孫にも恵まれていた。そのような状況の下、夫は、「秘密裡に遺言を作成し、妻の前婚から生まれ依然存命の娘、既に亡くなった二人の娘の子等、そして、再婚によって唯一人得た息子を相続人に指定したが、当該息子に対して、父自身の持参財産の全てに加え、前婚の子等の父母の財産の大半もまた先取遺贈したhat in geheim ein Testament auffgericht / unnd darinn gleichwol sein noch lebend Tochter auß erster Ehe / unnd der verstorbenen Dichtern / und dann seinen Sohn / den er einzig auß letzter Ehe erzeuget / zu erben instituiert / doch demselben Sohn nicht allein so viel / als alles sein deß Vatters zubringes gewesen / sonder auch ein gut theil auß der ersten Kinder Vätterlicher unnd Mütterlicher Nahrung praelegirt」とされる。夫死亡後、遺言とそれに基づく先取遺贈が発覚し、存命の娘と亡き娘等の子等が当該遺言に異議を申し立てた。実際には、当該事件は近親者等の仲介を得て和解により解決されたようであるが、フィッヒャルトは、仮に訴訟になったとしても、「父の遺言は母の財産に関わる限りにおいて無効と判示されたであろうdeß Vatters Testament / so viel die Mütterliche Güter belangt / würde unkräftig erkannt worden seyn」と解している。卑属結合を前提とすれば、ここに言う「母の財産Mütterliche Güter」には母が再婚時に未継承未分割のまま持参した亡き前夫の遺産も含まれよう。先行する卑属結合によって子等の将来の均等相続の対象とされる財産

120) Consilia, II, 183.v.

の中には、締結当事者の「自由な遺言意思」によっても処分できないものが存するのである。

フィッヒャルトの論証の起点は、先に第二の論拠との関連で指摘された卑属結合と、古代ローマの養子縁組、とりわけ「自権者養子縁組*adrogatio*」との類似性である。まず、「自権者養子縁組による財産取得は自然的な家父と同等の範囲に留められるものとする*nos adquisitionem, quae per adrogationem fiebat, coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum*」との法文¹²¹⁾に従えば、「自権者養父は自然的で真正な父よりも多くの権利を有し得ない*non potest plus iuris arrogator quam naturalis et legitimus pater habere*」から、家父*pater familias*と家子*filius familias*の財産関係を律する諸原則は、実親子のみならず自権者養親子にも当てはまることになる。ところで、「母の相続によって子等にもたらされる財産は、存命中に限り用益する権能を有するという仕方では家父権の下にあり、それらの財産の所有権は子等に属する*res, quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate, ut utendi fruendi duntaxat habeant in diem vitae facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinentes*」¹²²⁾とされており、終身の用益権者にすぎない父は、既に子等に承継された「母の財産*bona materna*」について、遺贈等の終意処分も含め、如何なる処分も為し得ない。そうであるとすれば、「自権者養父*arrogator*」もまた、「養子等の母の財産について、実父と同じく、処分を為して子等に不利益や損害を及ぼしてはならない*de bonis maternis liberorum arrogatorum, perinde nihil in eorum praeiudicium et damnum disponere potest, sicut nec verus pater*」ことになる(助言89第8番)¹²³⁾。更に、ローマ法によれば、未成熟自権者を収養した養父が養子を廃除する場合、廃除された養子は、「養父へと持参した財産*bona, quae ad patrem adoptivum transtulit*」や「当

121) Inst.3,11,2.

122) C.6,60,1,pr. なお、フィッヒャルトは「母及び母方家系の財産について*De bonis maternis, et materni generis*」と題された勅法彙纂第6巻第60章全体の参照を指示している。

123) Consilia, II, 183.v.

該財産からその後養父が得た利益 *quorum commodum ei postea acquisivit*」の返還を受けるだけでなく、「養父自身の財産の4分の1 *quarta pars bonorum suorum*」を取得するとされる¹²⁴⁾。そして、これら自権者養子の利害への配慮は、卑属結合によって継父乃至継母をも相続し得る地位を得た「前婚の子等」にも当てはまり得る。卑属結合に関する諸慣習法に「明文の法が欠けている *ius scriptum deficit*」としても、「同類から同類への推論が許される *licet a similibus ad similia procedere*」とフィッヒャルトは考えるわけである¹²⁵⁾。上記フランクフルトの事案で言えば、亡き妻が婚姻時に持参した財産、つまり、前婚による娘等の「母の財産」について、夫=継父はそもそも処分権能を有しておらず、婚姻時の彼自身の財産についてさえその全てを、再婚でもうけた一人息子に先取遺贈することは許されないことになる¹²⁶⁾。これに対して、助言の対

124) Inst.1, 11, 3.フィッヒャルトが他に引用しているのは、D.1.7.22; 5.2.8.15; 37.6.1.21. である。なお、未成熟自権者養子が、「成熟前に *intra pubertatem*」家父権免除を受けあるいは廃除された場合に、養父の財産から付与されるものは「神皇ピウスの4分の1 *quarta divi Pii*」とも呼ばれるが、当呼称の由来であるD.10.2.2.1.は引用されていない。

125) ただし、再婚時に嫁資等の名目で夫の下に持参した財産、特に、そこに含まれる亡き前夫の遺産を、ローマ法上の「母の財産」のように、実母自身の相続財産と捉えられるのか、「神皇ピウスの4分の1」であれ義務分であれ(次注参照)、その算定の基礎は、婚姻故の贈与(反対贈与)として夫が持参乃至約定した財産に限られるのか、それとも、ローマ法に忠実に夫死亡時の全遺産が想定されているのか、「母」や「自権者養父」の財産に関わる処分制限が、フランクフルトの事例のような実母再婚の場合のみならず、マインツの事例のような実父再婚の場合にも類推可能なのか、といった疑問は残る。

126) なお、フィッヒャルトは、上記フランクフルトの事案を前提に、「前婚の子等は、父の財産から4分の1を取得できなかったのであれば、義務分補充訴権によって当然それを回復し、その上、母の財産を優先して受領できたはずである *dieweil die ersten Kinder / ihre quartam, auß deß Vatters Gütern nicht hetten mögen bekommen / daß sie per actionem ad complementum legitima, dieselbig wol hetten erlangen mögen / und ihre Mütterliche Güter bevor hihnehmen*」と述べており、未成熟自権者養子に付与されるいわゆる「神皇ピウスの4分の1」と、成熟自権者

象となったマインツ選帝侯領の事案の後発遺言で先取遺贈されたのは、前婚の子等の実親の財産でも、再婚夫婦の持参財産でもなく、実父の再婚相手の特有不動産にすぎない。卑属結合と自権者養子縁組との類比に基づく制約の下でも、助言依頼者の受けた先取遺贈は依然有効なわけである。

それでは、後発遺言が前婚の子等に「著しい不利益」をもたらさない場合、再婚時に締結された卑属結合は全く無意味となるのであろうか。特に、当助言の事案のように、同じ後発遺言が先取遺贈分を除く残存遺産について指定相続人間の均等分割を命じていた場合には、卑属結合締結時に前婚の子等のために設定された「遺産先取分Vorausß」の扱いが問題となる。実際、本件卑属結合では、前婚の子等の亡き実母が実家から承継した特有財産について、再婚する実父が将来亡くなった時点で、「子等あるいはその嫡出の相続人等に、彼等がその時点で存命である限り、元来彼等の相続財産であっただけではなく今やその所有物として、如何なる異論も妨げもなく直ちに引き渡され与えられるsol den Kindern oder Leibserben / so auff dann in Leben / als jr eigenthumlich Erbfall / wie er dann auch ihr eigen ist / als bald behändiget unnd uberantwortet werden / sonder männiglichs innttrag und gevehrde」と約定されていた¹²⁷⁾。フィッヒャルトは、当該「遺産先取分」を構成する財産の具体的内容について幾つか疑念を唱えつつも¹²⁸⁾、先行する卑属結合によって設定さ

養子であれば実子同様に認められるべき不倫遺言の訴や義務分補充訴権とを区別していないようである。また、上記事案では、妻の連れ子である娘等が未成熟である内に継父が遺言を為して亡くなったわけではないから、「神皇ピウスの4分の1」自体の援用はそもそも困難であろう。

127) Consilia, II, 184r.

128) フィッヒャルトは、卑属結合の約定中、前婚の子等の遺産先取分が、「祖母の財産Anfräwliche Güter」、「祖母の糸紡ぎ分Anfräwlicher Rockentheil」、「祖父の財産Anherrliche Güter」と様々な仕方と呼ばれている点、当該財産の内の不動産の3分の2が再婚する実父の用益に委ねられる反面、「祖母の糸紡ぎ分」に含まれる残る不動産3分の1の帰属が不明である点、その「祖母の糸紡ぎ分」が前婚の子等の婚姻時に実父の手で分与されるとされている点について、疑念を抱いているようである。なお、いわゆる「糸紡ぎ分Rockentheil: Spindeltheil: Kunckeltheil」とは、夫婦の「後

得財産Errungenschaft」の内、妻の共有持分とされる3分の1を指し、夫の持分3分の2を指す「帯剣分Schwerttheil」に對置される。なお、マインツ選帝侯領下級裁判所規則から一世紀以上後のマインツ都市慣行録Codification des Mainzer Stadtbrauchs(1655年)の第8条は、「余の当宮廷都市において広く知られ根を下ろしている帯剣分と糸紡ぎ分の慣行in unserer hießigen residenzstatt von langer hand bekandtllich eingeschlichener gebrauch deß schwerdts- und rockhentheilß」について言及し、夫婦の持参財産も「後得財産」と共に分割対象としてきた慣行を廃して、「夫婦の一方あるいはその相続人にその持参財産と世襲財産がまず承継され充足された einem theil oder deßen erben sein zuegebrachtes und ererbtes vordreist abgefolt oder ergentzet werden」後に、「婚姻中の取得物と後得財産のみが帯剣分と糸紡ぎ分に従って分割され nach dem schwerdt- und rochhentheil nur allein die in wehrender ehe erworbene aquisita und errungenschaft abgethailt」、「その3分の2が夫に、3分の1が妻に、夫婦の死亡後は、それぞれの子等に帰属する zue zweien drittheilen dem mann und zue einem drittheil dem weib und nach selbiger eheleuth todt deren kinder zueständig sein」としている (Oberrheinische Stadtrechte, Abt. 1, Fränkische Rechte [1895-1922], 1009-1010.)。ところで、子のある夫婦の死別後の存命配偶者の再婚という場面を想定するならば、妻を亡くした夫は、亡き妻の「糸紡ぎ分」を、夫を亡くした妻は、亡き夫の「帯剣分」を、それぞれ子等に承継分割させた上で再婚する必要があるが、再婚相手との間で卑属結合の締結により、そのような承継分割を先送りすることができた。マインツ選帝侯領ラント法及び諸規則 Churfürstlich=Mayntzische Land=Recht und Ordnungen(1755年)の第2章「卑属結合について Von Einkindschaften」第13条は、まさにこの点について、「ただし、当該夫婦の一方のみが亡くなった場合には、前記財産群 [[夫婦双方が互いに持参し、夫婦あるいは結合された子等に帰属するものはすべて財産群に含まれ、夫婦の死亡時にはその子等の間で均等に分割される was beyde Eheleut einander zugebracht, es habe ihnen oder ihren unirten Kinderen zugestanden, das solle alles in sine Massam gezogen werden, und bey deren Ableben unter ihre Kinder in die Häupter gleich getheilet werden」(第12条)] は均等に二分された上、存命配偶者が半分を亡くなるまで保有するが、残りの半分は夫婦の嫡出の連れ子等の間で均等に分割されるべく引き渡され、それ故、夫婦による卑属結合に際して、後得財産の帯剣分と糸紡ぎ分への分割は全く行われぬものとする Wann aber nur eines aus denen gedachten Eheleuten stürbe, alsdann solle die erwehnte Massa in zwey gleiche Theil getheilet werden, davon das überlebende Ehe=Genoß die eine Helffte biß an sein End

れた「遺産先取分」が、後発遺言に基づく遺産分割において考慮されるべきか否かを、本事案の「第二の問題Zweite Frage」として簡潔に論じている¹²⁹⁾。すなわち、亡き実母の財産は「前婚の子等die ersten Kinder」の「固有の相続財産eigenthümlicher Erbfall」であり、用益権者である実父死亡時には「彼等の所有物ihr Eigenthum」となって「彼等によって承継されるべきであるjnen sol gefolget werden」旨、卑属結合の書面に「明確に記載されているklärlich exprimirt wirt」以上、卑属結合を締結した再婚夫婦は、「明らかに他人物とである前婚の子等の所有物について処分することも、そのような彼等の相続財産の一部を奪って、相続人全体の遺産分割へと振り分けることもできないhaben die Eltern uber solchen der ersten Kindere Eigenthumb / als in re notorie aliena, nicht disponiren / noch denselbigen an solchem jrem Güter etwas entziehen / unnd zu oder under ihre Güter in gemeine Theilung bringen können」というのである。また、夫婦の後発遺言は、再婚後に生まれた一人息子への妻の特有財産の先取遺贈以外は、夫の前婚の子等と再婚の子とを共に相続人に指定し、残りの遺産を均等に分割させる趣旨であって、前婚後婚の子等の均等相続に関する限り、先行する卑属結合の内容が踏襲されている。「遺言を為した両親（とりわけ母）の念頭にあったのは、その最年少の息子に対してキートリッヒに存する自身の財産を与え遺そうとした先取分にすぎず、両親が既に締結していた卑属結合について何かを撤回し削除しようとしたわけではないes den testirenden Eltern (sonderlich aber der Mutter) allein umb den Vorauß / den sie jrem jüngsten Son / jrer eigen Güter halben / zu Kidderich gelegen / allein gönnen und vermachen haben wöllen / und gar nicht / daß sie sonst der zuvor zwischen jnen auffgerichteten Einkindschfft / etwas haben

behaltet, den anderen Theil aber muß denen leiblichen und zugebrachten Kinderen unter sich zu vertheilen herausgegeben werden, mithin bey denen Einkindschafften die Vertheilung der Errungenschafft in Schwerdt= und Rockentheil völlig aufhöret」と定めている（Land=Recht und Ordnungen, 5.引用は1755年マインツ刊のテキストによる）。

129) Consilia, II, 184.r.-v.

derogiren oder benennen wollen / tu thun gewesen seye」のである。

結局、フィッヒャルトは、助言依頼者が両親の後発遺言によって受けた先取遺贈の効力を認める一方、先行する後発遺言によって先行する卑属結合が撤回されたとは解しておらず、卑属結合締結時に設定された遺産先取分は、後発遺言に基づく遺産分割に際しても、前婚の子等に優先的に配分されるべきとした。遺言自由の不可侵という前提に照らせば、両親は、前婚の子等の遺産先取分自体を脅かすような内容の終意処分も任意に為し得るようにも見える。しかし、前述の通り、成文慣習法上の卑属結合と「皇帝法」上の自権者養子縁組の類比により、卑属結合を締結した継父乃至継母の処分権能が、自権者養親と同水準の制約に服するというのがフィッヒャルトの立場であった。そうであるとすれば、夫婦財産契約に関して、地元フランクフルトの改定都市法に明示され、フィッヒャルト自身の起草したゾルムス諸伯領ラント法でも踏襲されたローマ法由来の相続合意無効の原則がそのまま妥当するわけではなく、卑属結合は、夫婦間相続目的の合意とは異なり、締結当事者の遺言の自由を、前婚の子等の利益のために一定程度制約し得ることになる。Ⅲで検討したナッサウ伯領の事案をめぐる1556年の助言では、同伯領の裁判所規則の内在的解釈が学識法的手法で遂行されていたのに対して、ゾルムス法起草を経た当助言は、マインツ選帝侯領裁判所規則の定める卑属結合の締結手続や効力を前提としつつも、むしろ、卑属結合という固有法上の制度それ自体を、遺言自由の不可侵という「皇帝法」の至上命題と調和させ両立させることを主眼としている。固有法の学識化は、学識法に連結済みの成文慣習法の解釈敷衍という次元を超えて、今や帝国法による欠缺補充という段階へと到達したのである。

(未完)