

## 《論 説》

## 相続と嫁資合意 ——現代的慣用とは何か—— (1)

藤 田 貴 宏

「現代的慣用*usus modernus*」という用語は、周知のとおり、ザームエル・シュトリューク *Samuel Stryk* (1640-1710年) の主著『学説彙纂の現代的慣用の範例 *Specimen usus moderni Pandectarum*』(1690年初版) に由来する。シュトリュークは、本著作の意図について、読者宛て序言 *praefatio ad lectorem*<sup>1)</sup> の

- 
- 1) “親愛なる読者へご挨拶申し上げる。親愛なる読者よ、御覧のようにここに企てられた著作が貴方の支持を得て受け入れられたならば、現在の講義の長々とした様子が貴方の前に再現されるはずである。そもそも、私は、今ここで貴方の勉学を邪魔立てしようとしているわけでもないし、貴方の厚意を得ようとしているのでもなく、むしろ、学問、とりわけ、このようなローマ＝ゲルマン法学の著作が国家にとって有益と解するのかそれとも無益と解するのか、私を貴方の判断に委ねたいと考えているのである。そうでなければ、私も貴方の意見にこれほどまで襟を正し、著述を織り上げる手をこれほど早めることもないであろう。また、そうでなければ、神も、そのような企てをこれ以上追求する命も閑暇もお与えにならないであろう。唯一つ予め貴方に知っておいてもらいたい重要な点は、私が個々の地域固有法について探究しようと企てたのではないということである。というのも、そんなことをすれば私自身徒に深みに入り込むことになりかねないからである。そうではなくて、私が念頭に置いているのは、帝国におけるローマ法実務全般である。我々の法によって極めて精力的に定められたけれども、ドイツの人々の慣行により全く受容されることなく、裁判所の筆によって繰り返し排斥されたものが相当ある。実際、ドイツは、裁判上のあらゆる争いにおいてローマ法の權威に服するほどに自らをローマ法に捧げたわけでは決してない。つまり、我々の大多数は、常に誠実に最も重きを置くことで、古来の質実さを固守し続けている。そのため、誠実な取引について締結された如何なる合意からはこの上なく有効は債務が成立し、それ故、ローマ人の精緻な知性によって考案されたほとんど無数の市民法の規定は裁判所に姿を現すことは

中で、「法文の知識を熱望する若い人々に対して、学説彙纂の編別に沿ってその道すがらドイツの実務がどの程度市民法から離れているのかも同時に教示されるならば、それはこの上なくやりがいのあるものと考えられたoperae pretium omnino fore existimavi, si ad seriem Digestorum cupidae legum juventuti insimul ostenderetur, quatenus hoc vel illo passu praxis Germaniae a jure civili deflectat」、と述べている。「学説彙纂の編別series Digestorum」に象徴されるローマ法の枠組みを全体として尊重しつつ、「ドイツの実務 praxis Germaniae」がローマ法に如何なる態度を臨んでいるのか個々に精査し、それをローマ法の「現在における通用状況usus modernus」として叙述することが、ここでは企図されているのである。このように「ドイツの実務」の現状をローマ法の「通用状況usus」という観点から叙述する姿勢は、「地域固有法 provinciarum jura」や「法廷実務usus fori」への系統だった関心を欠いたまま

---

ないのである。また、カノン法の諸原則にも、ドイツの裁判所で長い間通用してきたものであるため、ローマ法が有名になる以前から神聖なものとして保持され、実務による市民法の導入によっても排斥されなかったものが少なくない。その結果、帝国の最上級審の諸裁判所に配置された裁判官たちはローマ法の規定に直ちに拘束されるのではなく、事案の判断に際して、まず、地域の固有法、そして、広く受け入れられているドイツの慣習法を参照し、それらが欠けている場合に初めて、皇帝法を参照できるように、ローマ法が彼ら裁判官に与えられている、ということになる。この点については、1654年の帝国議会決定第105条を参照されたい。それ故、法文の知識を熱望する若い人々に対して、学説彙纂の編別に沿ってその道すがらドイツの実務がどの程度市民法から離れているのかも同時に教示されるならば、それはこの上なくやりがいのあるものと考えられた。とはいえ、この機会に、我々の法の内、裁判実務において既に廃れてしまったと諸博士が全く無謀にも主張する多くの諸条項の権威や通用性を取り戻した。というのも、裁判では分別無く成文法から離れるべきではないし、何であれ軽々に不使用を決めつけるべきでもないからである。多くの事柄が、知られていないが故に、裁判で頻繁に用いられないということもあるが、自らの法により入念な探求心をもって取り組んでいる人々がこれによって欺かれてはならない。ご機嫌よう。贖われし現世の1690年11月、フランクフルト・アン・デア・オーダーにて記す。”(引用は1723年第6版による。)

ローマ法源の自己完結的な釈義に自足する姿勢（典型的には中世ローマ法学）とも、あるいは逆に、成文化された「地域固有法」の体系的叙述に際してローマ法との相違につき適宜言及する姿勢（典型的にはフランス慣習法学）とも異なる。本稿では、この独自の思考様式が生成する過程を、将来の相続*futura successio*に関して夫婦間で交わされた嫁資合意*pacta dotalia*の効力という具体的論点を素材に跡づけることにしたい。

## I

ローマ法源上、妻が婚姻に際して持参する嫁資*dos*については詳細な規定が存する（学説彙纂第23巻第3章、勅法彙纂第5巻第12章「嫁資の法について *De iure dotium*」）。嫁資は、妻が夫の手権*manus*に服しない場合（共和政後期以降徐々に常態化）、自権者*sui iuris*たる妻自身の財産として婚姻中も自由に処分可能であり、妻が夫の主権に服していたり嫁資が夫の所有に帰している場合でも、婚姻解消時にはその返還を請求でき（学説彙纂第24巻第3章、勅法彙纂第5巻第18章「婚姻解消時に嫁資は如何にして返還請求されるのか *Solutio matrimonii dos quemadmodum petatur*」）、この嫁資返還請求権は夫の総財産上に物的先取特権を伴い生じる法定抵当権によって徹底して保護されている（勅法彙纂第8巻第18章「質において優先されるべきなのは誰か *Qui potiores in pignore habeantur*」第12法文）。そのような嫁資の設定それ自体とともに当該書面に付加される様々な特約事項一般が嫁資合意である（学説彙纂第23巻第4章「嫁資合意について *De pactis dotalibus*」、勅法彙纂第5巻第14章「嫁資や婚姻前贈与について交わされた合意並びに妻の嫁資外財産について *De pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis*」）。例えば、従来の宮廷裁判所*Hofgericht*や官房裁判所*Kammergericht*に代えて帝室裁判所*Reichskammergericht*が新設され、「判事及び陪席判事の宣誓 *des Richters und der Beysitzers Ayde*」として、「帝国の普通法、そしてまた、諸侯領、諸領地、裁判所の信頼でき代々受け継がれてきた承認可能な規則、法令、慣習の中で適切と考えられるものに従い、上位者にも下位者にも自らの確実な

心証に基づき平等に裁くこと nach des Reichs gemainen Rechtenm auch nach redlichen, erbern und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnhaiten der Fürstenthum, Herrschaften und Gericht, die für sy pracht werden, den Hohen und dem Nidern nach seinem besten Verstentnus gleich zu richten」(帝室裁判所規則Reichskammergerichtsordnung [1495年] 第3条<sup>2)</sup>) が求められた15世紀末に、神聖ローマ帝国の各地において、嫁資合意に関わる「帝国の普通法 des Reichs gemaines Recht」つまりローマ法の諸規定が実際にどの程度受容され実用化されていたのか、そのような実務上の継受の実態を網羅的に整理叙述することは本稿の手に余る。ここでは、検討の端緒として、帝室裁判所設置から間もない16世紀前半の議論状況を垣間見ることのできる実務文献の一つを取り上げるに留めたい。ヒエロニウムス・シュルフ Hieronymus Schurpff (1481-1554年) の『助言集 Consilia』第一集 centuria prima (シュルフの娘婿ラウレンティウス・ツォッホ Laurentius Zoch の編集で1545年初版) 所収の助言 56 consilium LVI 「母の財産、相続合意その他について De bonis maternis, et pacto de succedendo et cetera」<sup>3)</sup> がそれである。

シュルフは、創立(1502年)間もないヴィッテンベルク大学で両法博士の学位取得後、同大学の勅法彙纂担当正教授を経て、『助言集』第一集刊行時には、ザクセン選帝侯ヨーハン・フリードリヒ Johann Friedrich I 世(在位1532-47年)による同大学再編(1536年)に際して任じられた学説彙纂担当正教授と共に、それに付随する職務として、宮廷裁判所と参審裁判所の陪席判事を務めてい

2) 引用は、Zeumer, Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, 2. Auflage (1913), 285. のテキストによる。

3) Consilia, I, 212-218. 引用はフランクフルト・アム・マイン刊第二版(表題には『ザンクト・ガレン出身で学識豊かな法律家でヴィッテンベルク大学の卓越せる法学教授であるヒエロニウムス・シュルフ氏による助言つまり法解答の集成第一 Consiliorum seu responsorum iuris domini Hieronymi Schiurpff, de Sancto Gallo, viri et Iureconsulti doctissimi, florentissimi Vuitenbergensis Academiae ordinarii legum Professoris, centuria prima』とある)による。全体の訳語は拙稿「相続に関する嫁資合意—ヒエロニウムス・シュルフの鑑定意見から—」(獨協法学第91号)参照。

た<sup>4)</sup>。シュルフ自身の序言には、大学での教育の傍ら「高貴な身分、中等の身分、更には、最下層の身分の人々の依頼により、様々な争訟について然るべき誠意をもって助言し法について解答してきたSummorum, mediorum, atque infimorum ordinum hominibus petentibus, in variis controversiis, ea qua debui fide consulverim, ac de iure responderim」<sup>5)</sup>とあるので、『助言集』に収録されている一連の鑑定意見は、中世来の助言実務の伝統に則り個人からの依頼を受けて著されたもので、法学部判決団の一員として裁判所からの書類送付を受けて作成されたものではないようである。

助言56で扱われる事案の詳細は、鑑定意見作成の時期も含めて明示されていないが、助言内容からおおよそ次のような事案であったと考えられる。すなわち、既に亡くなった女性の子等が、嫁資や生前生家から相続した財産等から成る「母親の財産bona materna」について相続を主張してその回復を訴えたところ（被告が、再婚した父自身なのか、父の再婚相手との間に生まれ父を相続した子等なのか、は不明）、前婚時に「嫁資合意pacta dotalia」の一つとして交わされた「将来の相続に関する合意pactum de futura successione factum」（この事案では恐らく、夫婦が互いに死亡した相手方を相続する旨の内容）を根拠に、訴えが退けられたため、上訴したというものである。シュルフは、原告で上訴人である前婚の子等のために鑑定意見を書いている。シュルフが当該事案の論点として助言の冒頭に提示しているのは、「上訴人等は、複数の項目を含む判決について、自らに利する項目については判決を是認しつつ、自らに不利な項目について上訴することができるかutrum appellantes a sententia, continenti plura capitula, potuerint approbare sententiam in capitulis facientibus pro se, et appellare ab illis, quae faciunt contra se」、

4) Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft I (1880), 266-267., Weber, "Schurff, Hieronymus", in: NDB23 (2007), 760-761., Lück, Einführung, in: Wittenberg (2006), 18. なお、シュルフは、1539年に新設された宗教法院には属していなかったようである (Frassek, Ehe recht und Ehegerichtsbarkeit in der Reformationszeit (2005), 102-103参照)。

5) Consilia, I, iir.引用は1556年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる。

訴人等の母の財産は嫁資合意に妨げられることなく上訴人等に裁定付与されるべきか *utrum debuerint illis adiudicari bona eorum materna, non obstantibus pactis dotalibus*」、*「将来の相続についての合意は上訴人等にとって妨げとなり得るか utrum possit obstare appellantis pactum de futura successione factum*」、の三つである。この内、訴訟手続に関する第一の論点について、シュルフは、ホスティエンシス *Hostiensis* (オステティア司教ヘンリクス・デ・セグシオ *Henricus de Segusio* : 1200? - 71年) やパノルミタヌス *Panormitanus* (パレルモ大司教ニコラウス・デ・トゥデスキス *Nicolaus de Tudeschis* : 1386-1445年) といったカノン法学者の見解を主たる典拠に、「然りと解答される *respondetur, quod sic*」とし、「上訴人は既に下された判決について部分的に是認しつつ否認することができる *appellantes possunt approbare, et pro parte reprobare praedictam sententiam*」と結論づけている (第1番)。ただし、シュルフは、当該事案の上訴人等から見て、原審判決に含まれる「自らに不利な項目 *capitula, quae faciunt contra se*」とは何で、「自らに利する項目 *capitula facientia pro se*」が何であったのか具体的に述べておらず、文脈上、不利な項目が嫁資合意を根拠とする相続主張の排斥であることは自明であるとしても、有利な項目は判然としない。続く箇所では、上記第二の論点の検討の前提として、母死亡時のその財産を子等に有利に扱う「普通法 *ius commune*」つまりローマ法の規定が要約され、「ザクセン法からもそのように帰結する *quod etiam procedit de iure Saxonum*」ことが確認されている文脈からすると (第2番から第4番)、原審も原告等の相続主張を退ける前提として当該原則それ自体は承認していたと解され、そうであるならば、この部分こそ上訴人等にとって有利な判決項目であって、上訴によって嫁資合意の効力を否定することさえできれば、「普通法」及び「ザクセン法 *ius Saxonum*」上の本来の有利な地位を回復できるということになる。

シュルフも要約するとおり、母死亡時の財産承継や管理に関するローマ法源 (勅法彙纂第6巻第60章「母及び母方の財産について *De bonis maternis et materni generis*」) によれば、「母の財産、つまり、母の相続によって父権に服する子等に移転した財産は、所有権については、彼らによって当然取得され、

用益権のみが正当な管理事務と共に父の下に留まるが、このように子等に遺された母の財産を父が売却したり贈与したりその他の権原の下に処分することができない以上、処分はその管理事務から除かれる *res maternae, sive ex matris successione liberis in patris potestate constitutis, devolutae, acquiruntur eis pleno iure, quo ad proprietatem, usufructu tantum apud patrem manante, cun legitima administratione, excepta tamen alienatione, quia hujusmodi res maternas liberis delatas vendere, donare, vel alio titulo alienare non potest*」とされ(第1法文)、同じことは、「単に母の財産についてのみならず、母方のあらゆる財産、例えば、母方の祖父母や曾祖父母の財産等にもあてはまる *non solum habet locum in bonis maternis, sed in quibuscunque bonis materni generis, scilicet in bonis avi et aviae, proavi et proaviae, ex linea materna, et cetera*」し(同第2法文)、「父は再婚しても子等の財産中に含まれる母の財産の用益権を失うことはない *pater transiens ad secunda vota, usumfructum rerum maternarum, quem habet in bonis liberorum, non perdit*」か<sup>5</sup>(同第4法文)、その反面当然に、「前婚から生まれた子等のために、母の財産や母方から彼らに移転した財産の実質を維持するよう義務づけられる *tenetur liberis ex primo matrimonio natis substantiam maternarum rerum, vel ex maternalinea ad eos devolutarum, servare*」。しかも、その場合、「再婚する父の財産は、前婚の子等のため、そのような母や母方の財産の維持について、担保とされ抵当に供される *bona patris ad secunda vota transeuntis sunt obligata et hypothecata liberis primi matrimonii pro conservatione hujusmodi rerum maternarum, seu materni generis*」とされ(勅法彙纂第5巻第9章「再婚について」第8法文)、子等の「母の財産 *bona materna*」回復請求権は、妻自身の嫁資返還請求権と同様に法定抵当権による保護を享受する<sup>6)</sup>。一方、「ザクセン法」上も同様で

6) 前婚の子等の母方財産回復請求権に既に与えられていた保護と、新たに認められた嫁資返還請求権に対する保護(とりわけ「継母 *noverca*」の嫁資返還請求権の保護)との関係については、先行する前者が「時に従い *ex tempore*」後者に優先して父の財産により担保されることになる(「母の嫁資のために父の財産や父の債権者との

ある旨の指摘には特定の法源の引用は見当たらないが、ザクセンシュピーゲル *Sachsenspiegel* のラント法 *Landrecht* 第1巻第31章によれば、「ある者が妻を娶るならば、その者は妻を自らのゲヴェーレの下に迎え、妻の全財産を正当な後見の下に受け入れる *wann ein Mann ein Weib nimpt/so nimpt er sie in sein gewer/und alles ihr gut zu rechter vormundtschaft*」とされ(第2節)、その結果、「夫と妻は、その生存中、財産を分けずに保有する *Man und Weib haben nicht gezeitet gut zu irem leibe*」が、「妻が夫の生前に亡くなった *stribt das weib bey des Mannes leben*」場合には、「ゲラーデgerad」(同第24章第3節：婦人の日用品、ローマ法上の嫁資外財産 *parapherna* に対応)と「所有地 *eigen*」について「最近親者へ *an iren nehesten*」の相続が認められている(第1節)<sup>7)</sup>。それ故、シュルツの言う「ザクセン法」とは、このようにザクセンシュピーゲル上にも言及される夫後見下の妻の財産や相続可能な母の財産について、嫁資返還請求権や母方財産回復請求権に関するローマ法を継受しあるいはこれと同等の扱いを認めるザクセン地方の一般的な実務慣行を指しているものと解し得る。

亡くなった母の財産の相続を主張しその回復を求める「原告で上訴人である上記の者たちの請求の趣旨 *intentio praefatorum actorum, et appellantium*」が

---

関係で既に抵当権を付与していた前婚の子等のため、後妻に与えられている権利が前妻に拒否されることなく、彼らの母が依然として生存しているがごとく彼らのために権利が温存されるように、継母との関係は勿論除いた上で、今や同様の優先権を認める。要するに、同一の財産によって担保される二つの嫁資については、時に従って優先権が存続するものとする *Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filii, quibus pro dote matris suae jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res, vel ejus creditores: in praesenti autem similem eis praerogativam servamus, ne jus, quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegetur: sed sic maneat eis jus incorruptum, quasi adhuc vivente matre eorum. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis, ex tempore praerogativam manere volumus*。C. 8, 18, 12, 7)。

7) *Sachsenspiegel*, xciii.v.引用は1566年ライプチヒ刊クリストフ・ツォーベル *Christoph Zobel* 編のテキストによる。



以上のような「普通法及び彼らザクセン人の法によって裏付けられる *est de iure communi et eorum Saxonum fundata*」ためには、母(妻)の死亡時にその財産を父(夫)が相続する旨の「書付 *notula*」もしくはそれを含む「婚姻文書 *Heiratsbrieff*」(「嫁資証書 *instrumentum dotis*」)の効力を否定する必要がある。シュルフは、そのような論拠として、「後続の反対行為 *sequens actum contrarium*」としての「反対合意 *contrarium pactum*」による解消(第5番以下)、「印章の脱落 *abscisio sigillorum*」による無効(第10番以下)、「将来の相続 *futura successio*」という合意内容それ自体の不当性(第15番以下)、の三つを順に提示している。この内、前二者は、「合意 *pactum*」や「証書 *instrumentum*」一般の失効原因であり、助言冒頭に掲げられた第二の論点、すなわち、「上訴者等の母の財産は嫁資合意に妨げられることなく上訴人等に裁定付与されるべきか」との問いについて、「然りと解答される *respondetur, quod sic*」ための論拠である。これに対して、「合意」の具体的内容の規範的評価に立ち入る三つ目の無効原因は、冒頭の第三の論点、すなわち、「将来の相続についての合意は上訴人等にとって妨げとなり得るか」との問いについて、「否と解答される *respondetur, quod non*」ための論拠であり、上訴人等にとっては、「反対合意」の存在や「印章の脱落」が事実として証明できなかつたとしても援用可能な最後の拠り所と言える。それ故、シュルフも、「そう認めるわけではないが、仮に先に法と文献引用によって裏付けられた諸論拠によっても前記証書つまり婚姻文書が取り消されたり無効となったりはしていないとしても、相手方の主張や原判決が全面的に依拠する証書中の合意には依然として大きな障害があり、その合意が将来の相続について交わされ為されているという点がそれである *posito, non autem concesso, quod per supra adducta fundamenta iuribus atque allegationibus confirmata, praedictum instrumentum der Heiratsbrieff/ non sit cassatum atque annullatum. Tamen adhuc fortiter obstare videtur, illo pacto comprehenso in instrumento, quo omnis intentio adversariorum, et praetenta sententia fundata est et cetera. Quod illud pactum, de futura successione initum atque factum sit*」と述べ、助言の約半分を当該論拠による嫁資合意無効の論証に当てている。

まず、シュルフは、「将来の相続に関する合意は無効であるというのは自明の法に属するevidentissimi iuris est, quod pactum de futura successione non valet」とし、その典拠として列挙された六つのローマ法文<sup>8)</sup>の合意するところを簡潔にまとめている(第15番)。それによれば、「将来の相続に関する合意が無効であるpactum de futura successione non valet」理由とは、それが「自由な遺言権能を奪うaufert liberam tentandi facultatem」こと、そして、「善良の風俗に反するest contra bonos mores」ことの二点であり、後者の理由は、「契約者乃至合意者が無遺言で死亡した場合quando contrahens vel paciscens decederet ab intestato」、つまり、結果として「自由な遺言権能libera testandi facultas」が奪われたとは言えないような場合にも当てはまるので、結局、「相続財産を与えられるのは遺言を介してであって合意や取り決めによってではないhaereditas potest dari per testamentum, non per pactum vel conventum」との命題が一般的に妥当する、とされる。将来の相続を左右する嫁資合意は「自由な遺言権能を奪う」から無効であるとの第一の理由づけの典拠にあたるのは、勅法彙纂第2巻第3章「合意についてDe pactis」第15法文であり、そこには、「嫁資の書面を以て、もし父が亡くなったならば、既に嫁いだ娘も兄と共に相等しい割合において父の相続人となる旨定められた合意は、如何なる債務も生じさせないし、既婚女性の父の遺言の自由を奪うこともないものとするPactum, quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex aequa portione ea, quae nubebat, cum fratre heres patris sui esset: neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre」、とある。「如何なる債務も生じさせないneque ullam obligationem contrahere potuit」という一節を合意無効の趣旨に解し、「既婚女性の父の遺言の自由を奪わないneque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre」という一節をそのような合意無効の根拠として読み替えるならば、当法文では、確かに、他家へ嫁ぐ娘の将来の相続分について「嫁資の書面dotale instrumentum」上に盛り込まれた「合意

---

8) 本稿でのローマ法文は法文番号やテキストは流布版又はゴドフロワ版による。

pactum]、つまり、「将来の相続」に関する嫁資合意が、合意当事者である父の「自由な遺言権能」を奪うとの理由で無効とされていることになる。

「善良の風俗に反する」という第二の無効理由の典拠は、勅法彙纂第8巻第39章「無効な問答契約についてDe inutilibus stipulationibus」第4法文（「善良の風俗に反して将来の相続について問答契約が挿入された証書から汝が如何なる訴権も得られないのは明白である。何となれば、合意であれ問答契約であれその中で善良の風俗に反して取り決められた事柄は全て無効であるからex eo instrumento nullam actionem in quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestutum est: cum omnia, quae contra bonos mores, vel in pactum, vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint」）と、学説彙纂第45巻第1章「De verborum obligationibus言語による債務関係について」第61法文（「〈汝、我を相続人にしなければ我に十分に贈与するか〉と表現された問答契約は無効である。なぜなら、そのような問答契約は善良の風俗に反しているからであるstipulatio hoc modo concepta, si heredem me non feceris, tantum dare spondes, inutilis est: quia contra bonos mores est haec stipulatio」）である。何れの法文においても、問題となっているのは「将来の相続successio futura」に関する「問答契約stipulatio」であって嫁資合意ではないが、「合意であれ問答契約であれその中で善良の風俗に反して取り決められた事柄は全て無効であるomnia, quae contra bonos mores, vel in pactum, vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sunt」との一節に照らせば、この無効原因は「問答契約」と「合意」の区別無く広く妥当するものと解し得る。

被相続人が「無遺言でab intestato」亡くなった場合にも無効であるという点については、勅法彙纂第6巻第20章「財産持戻についてDe collationibus」第3法文に、「嫁資証書に含まれる、婚姻に際して与えられる嫁資を求めた以上は父の財産に立ち戻ることはない旨の合意は、法の權威の下に否認され、これを理由に娘が無遺言で亡くなった父を相続することも妨げられない。とはいえ、受領した嫁資は、家父権の下に留まっている兄弟のために持ち戻す義務があるpactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote, quae in

matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, juris auctoritate improbatum, nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane, quam accepit, fratribus, qui in potestate manserunt, conferre debet」、とあり、他家に嫁いだ娘が将来父を相続できない旨の嫁資合意の効力が、父が「無遺言で」亡くなった場合にも否定され、合意とは無関係に法定相続が生じるとされている。ただし、シュルフが指摘している二つの無効理由との論理的連関（将来の相続に関する嫁資合意は、「善良の風俗 *boni mores*」に反する以上、「自由な遺言権能」の剥奪したとは言えない無遺言相続の場合にも、やはり無効であるとの理屈）は不明である。

「相続財産を与えられるのは遺言を介してであって合意や取り決めによってではない」との命題の直接の典拠は、勅法彙纂第5巻第14章第5法文である。そこには、「相続財産は遺言によって親族外の者に付与される。従って、遺言の代わりに嫁資の書面中に、妻の死後、嫁資を権原としては汝に決して与えられる必要のない妻の財産が汝に帰属する旨の合意が挿入されたことを汝が証明したとしても、汝に与えられる必要のないものを汝に回復すべく、妻の相続人や继承人を訴えることはできないと解すべし *Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata: intelligis nulla te actione posse convenire heredes seu seccessores eius, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur*」、とあって、「親族外の者 *extranei*」への遺産付与が想定されているとはいえ、「相続財産は遺言によって付与される *hereditas testamento datur*」との命題が明示され、その適用の帰結として、「妻の財産 *mulieris bona*」の相続に関する嫁資合意の無効が導かれている。シュルフの引用法文には、同第2巻第4章「和解について *De transactiobus*」第34法文も含まれていて、そこには、「自らが後見事務を負うと知っている汝等が、贈与もしくは和解として、汝等の兄弟の債務を免除を約束する場合、それを意図する者等に対して詐欺が働かれたことにはならず、将来、悪意について訴えてはならないし、何人も自己の遺産に関する約束を履行すべく合意によって義務づけられることはない *cum donationis, seu*

tansactionis causa administratae tutelae debiti scientes vos obligationem fratri vestro remisisse proponatis, nec unquam volentibus dolus inferatur: futura de dolo querimini: nec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur」、とある。シュルフが着目しているのは、引用に「末尾ad finem」と明示されているとおり、「何人も自らの相続に関する合意の履行すべく合意によって義務づけられることはないnec ad implendum promissum hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur」との一節である。「債務obligatio」を免除する旨の「贈与donatio」もしくは「和解transactio」において、相手方の負担乃至反対債務として、「自己の遺産に関する約束promissum hereditatis propriae」(兄弟から債務免除を受ける代わりに自らの財産を彼らに相続させる約束)が付加的に合意された場合、そのような「合意pollicitatio」は「将来の相続の関する合意pactum de futura successione」に他ならないから、その拘束力を否定するこの法文に「合意pactum」に基づく相続を否定する趣旨を読み取ることは確かに不可能ではない。

将来の相続に関する嫁資合意が無効であることをローマ法源に依拠して論証したシュルフは、続いて、そのような嫁資合意の無効に一切例外がない旨論じている。勅法彙纂第2巻第3章第19法文の前段には、「私人間では、〈生き残った者が相手方の財産を取得する〉と書かれた書面が、死因贈与が有効に為された証拠となることは決してないけれども、臨終の魂や家の財産の始末について何らかの仕方ですべてを想定して書面に記された兵士等の意思は、最終的な意思決定としての効力を有する licet inter privatos hujusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur, ne donationis quidem mortis causa gestae efficaciter speciem ostendat: tamen cum voluntas militum, quae super ultimo vitae spiritu, deque familiaris rei directo quoquomodo comtemplatione mortis in scripturam deducitur, vim postremi iudicii obtineat」、とあって、「〈生き残った者が相手方の財産を取得する〉と書かれた書面hujusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur」は、「私人間inter privatos」では無効であるが、「兵士milites」の「最終的な意思決定postremum iudicium」としては有効とされ

ている。シュルフによれば、「この法文は、生き残った者が先に亡くなった者を相続する旨の合意が兵士の間で有効であると述べているだけで、先に亡くなる者がもしそれを望んでも他人を相続人に指定できないとは定められているわけではない*cum illa lege simpliciter velit conventionem valere inter milites, quod superstes succedat praecedenti, et ibi non dicatur, quod praemoriens non possit alium instituere, si velit*」から、「自由な遺言権能」の剥奪に当たらず、また、「先に亡くなる者が生き残る者を相続人に指定すべく義務づけられると述べているわけでもない*nec dicatur, quod praedecens sit astrictus ad instituendum superviventem*」から、相手方への贈与を義務づける問答契約を無効とする前掲学説彙纂第45巻第1章第61法文に照らしても、「善良の風俗」に反しないとされる(第16番)。しかし他方で、「兵士等が別に遺言による処分を行わなかった限りにおいて兵士間では有効であるというのは特別な例外にあたる*speciale est, ut valeat inter milites, dum tamen miles in contrarium non fecerit aliam dispositionem testamentariam*」ので、そのような「理由の同一性*identitas rationis*」(いわゆるトピカ的論拠の一つ)によっても、「私人間」の合意に当該第19法文を拡張適用することはできない。なぜなら、「例外的な事柄においてはたとえ理由の類似性によっても拡張は生じない*in exorbitantibus non est extensio, etiam ex identitate rationis*」からである(第17番)。ここでは、典拠の一つとして、第六書*Liber sextus decretalium*第5巻末尾の「法の準則について*De regulis juris*」から、「一般法から逸脱する事柄は決して推論のために用いられてはならない*quae a jure communi exorbitant, nequaquam ad consequentiam sunt trahenda*」との第28準則が援用されている。

前述のように将来の相続に関する嫁資合意が「善良の風俗」に反するが故に無効であるのだとすれば、当該合意の有効性を「宣誓*iuramentum*」によって裏付けることもまた不可能である(第18番)。シュルフは、ここでも、第六書第5巻から、「善良の風俗に反して宣誓を為すことを義務づけられることはない*non est obligatorium contra bonos mores praestitum iuramentum*」との準則(第58準則)を典拠として引用している。ところで、同じく第六書の第1巻第18章「合意について*De pactis*」第2節に、「嫁に出され嫁資を得た以上は父

の財産に立ち戻ることはない旨娘が父と交わした合意を市民法は無効としている。しかし、暴力にも詐欺にもよらずに宣誓が為され、娘自身によって合意が証明されたならば、当然にそれは遵守されねばならない。何となれば、永遠の安泰の妨げにもならず、また、他者に損失を及ぼすこともないからである *quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad paterna regressum haberet, improbet lex civilis: si tamen iuramento, non vi, nec dolo praestito, firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debbit: cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum*」、とあって、ローマ法上無効とされた娘の相続を否定する嫁資合意が「宣誓」を伴うことで有効となる可能性が認められている。ここに言う「市民法*lex civilis*」が前掲勅法彙纂第6巻第20章第3法文を指すことは文言の一致から明らかである。このカノン法とローマ法の矛盾について、シュルフは、「相続しない旨の消極的合意*pactum negativum, de non succedendo*」と「相続する旨の積極的合意*pactum affirmativum, de succedendo*」を区別し、カノン法が「宣誓によって証明される*firmatur iuramento*」としているのは前者の「消極的合意*pactum negativum*」に限られるとしている(第19番)。つまり、上記第2節は、「積極的合意*pactum affirmativum*」が問題となっている本件事案において、上訴人等の合意無効の主張を妨げとはならないというのである。

更に、シュルフは、「何らかの事柄が善良の風俗に反するが故に合意により為し得ないとされるならば、制定法や慣習法によってもやはり為し得ないはずである *quando aliquid non potest fieri per pactum, quia sit contra bonos mores, illud etiam non potest fieri per statutum, vel consuetudinem*」、とも主張する(第20番)。典拠として明示されているのは、「人々の生活を規制することの上なく神聖な法律は、法律の規定全体をはっきり弁えて禁止された事柄を回避し許された事柄を追求できるように、何人にも理解可能でなければならない。それらの法律に万が一にも何かがあいまいに定められている場合には、それは皇帝による解釈によって明らかにされ、朕の法律に見られる人間らしさと相容れない苛酷さは改められねばならない *leges sacratissimae, quae constringunt*

hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut univesi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab Imperatoria interpretatione pateferi, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari」と定める勅法彙纂第1巻第14章「De legibus, et constitutionibus Principum, et edictis」第9法文、そして、「しかも法律というものは、適切、公正、実現可能で、自然に則り、祖国の慣行に従い、場所と時代に相応しく、必要不可欠で、有益、その上、曖昧さ故に欺罔に繋がるような事柄が含まれないように明確で、私人の利便ではなく市民共通の便益のために書かれたものでなければならないerit autem lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum ptariae consuetudinem, loco temporique conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta」と定めるグラティアヌス教令集Decretum Gratiani第1部区別4第2節である。これらの法文は、「法律lex」が内容的に「適切honesta」であることを求めており、「善良の風俗」に反するという意味で「不適切inhonestum」な「合意」を有効とするような「法律」は同じ意味で「適切」とは言えない。もしそうであるならば、「善良の風俗」に反するという「合意」の不適切さは「法律」によっても治癒されないことになる。「そのように不適切な合意は制定法によっても慣習法によっても裏付けられたり有効とされることがないという立場を明確に表明するtale pactum, statuto, vel consuetudine, non firmetur, nec validetur」ものとして、シュルフは、バルドゥス・デ・ウバルデイスBaldus de Ubaldis (1327-1400年)、アレクサンデル・デ・タルタグニスAlexander de Tartagnis (アレクサンデル・タルタグナ・デ・イモラAlexander Tartagna de Imola : 1424?-1477年)、ヤーソン・デ・マイノJason de Mayno (1435-1519年)の法文注釈を引用している。この内、シュルフが「ヤーソン氏dominus Iason」と敬称付きで引用するヤーソンの前掲勅法彙纂第2巻第3章第15法文の注釈<sup>9)</sup>の第5番では、「相続する旨の合意pactum de succedendo」が「良俗に反するcontra bonos mores」との前提で、「ある事柄



- 9) “〈1. 相続する旨の合意は無効である。〉当法文は、要するに、相続する旨の合意は無効であり、結局のところ、如何なる債務も生じさせないということを述べている。注意すべきなのは、父の遺産について父と娘との間で交わされた合意が無効であるというが、如何なる債務も生じさせないというのである以上、当法文で問題とされているのは家父権を免除された娘についてであると解されるという点である。当法文は、後述勅法彙纂2巻4章「和解について」第34法文、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文、勅法彙纂8巻38章「無効な問答契約について」第4法文と調和する。更に、バルドゥスやサリケトは、当法文について、そのような合意を知りながらある者の娘を妻に迎えた者には当てはまらない旨指摘している。当法文の趣旨とは、そのような合意が、良俗に反する上に、二つの観点から教会の定めにも反するというものである。というのも、第一に、第六書3巻7章「空席ではない聖職禄や教会の授与について」第3節に反して、死を狙おうとする欲求を引き起こすからであり、第二に、勅法彙纂1巻2章「聖なる教会並びにその財産と特権について」第1法文に反して、自由な遺言の権能を奪うからである。当法文は三つの仕方でも拡張され、また、後述の通り、四つの仕方でも制限される。第一に、合意において通用しないのは勿論、問答契約もまた妨げとなるという仕方でも拡張される【学説彙纂前掲45巻1章第61法文、同法文の標準注釈、バルトルスの後述勅法彙纂2巻4章第34法文の注釈】。〈2. 相続する旨の合意は、たとえ宣誓が為されたとしても、債務を生じさせることはない。〉第二に、たとえ宣誓が為された場合であってもという仕方でも拡張される。というのも、そのような合意が良俗に反する以上、宣誓によっても証明されず、それ故、宣誓は原則として不要であるからである。そのように解しているのは、勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第35法文1節の文言〈悪化させる〉への標準注釈、同6巻20章「財産持戻について」第3法文の標準注釈及びバルドゥスの注釈の第5異論、バルトルスの学説彙纂46巻1章「保証約束と信用委任について」第56法文の注釈第1部、同じくバルトルスの前掲学説彙纂45巻1章第61法文の注釈第1段、及び、後述本章第30法文の注釈、アンゲルスの同第30法文注釈、諸博士の当第15法文注釈、アントニウス・デ・ブトリオ氏の別書2巻24章「宣誓について」第28節の注釈第3段、[ドミニクス・デ・サンクト・]ゲミニアーノの第六書1巻28章「合意について」第2節の注釈、ヤコブス・アルワロトゥスの封建法書2巻26章「死亡者の封について封主と封臣の男系親族との間に争いが生じた場合」第2節、である。ただし、バルトルスだけは封建法書前掲第2節の注釈で不当にも反対の立場に立っている。第三に、バルドゥスの勅法彙纂6巻54章「遺贈

乃至信託遺贈の保持のために占有が付与されるべきこと、並びに、担保が提供されるべきなのは如何なる場合か」第4法文の注釈に従えば、舅が、悪意で、婿に、遺産を残す旨の合意を期待させて、自らの娘を娶らせた場合であっても、騙された婿は、舅の遺産についての利害関係を、悪意を根拠に訴求することはできない、というようにも拡張されるとされている。当法文にもそのような趣旨で合意が無効である理由が述べられているのであるから、これを当法文の本来の意味での拡張と見なすのは適切ではない。〈3. ただし次のような例外がある。〉他方、当法文が本来述べている趣旨に従えば、当法文は、父が後に、息子等だけを相続人に指定する遺言を作成した場合に妥当するという仕方では制限される。これに対して、父が無遺言で亡くなった場合には、そのような合意は子等の間で、無遺言時に父の終意処分の代わりに効力を維持し【勅法彙纂3巻36章「遺産分割訴権について」第26法文】、師アレクサンデル〔・デ・タルタグニス〕の当第15法文注釈によれば、男子が存する場合には女子は相続せずとの法令がたとえあったとしても、娘も兄弟と共に平等に相続するとされる。この点については、勅法彙纂第5巻第14章「嫁資や婚姻前贈与について為された合意並びに嫁資外財産について」第5法文の〈遺言の代わりに〉との的確な一句も論拠となる。ただし、パウルス・デ・カストレンシス、アントニウス・デ〔・ブトリオ〕氏の当第15法文注釈はこれに反対の立場をとっている。第二に、当法文は、後述勅法彙纂6巻21章「兵士遺言について」第18法文末尾にあるとおり、兵士の間では適用が排除される。第三に、同第18法文へのバルドゥスの注釈によれば、同等性の論拠に、寄進の場合にも当法文の適用は排除される、とされる。この点については、後述の同第18法文で詳論される。第四に、バルドゥスの勅法彙纂前掲6巻54章第4法文の注釈によれば、封建法書2巻26章「死亡者の封について封主と封臣の親族との間で争いが存する場合」、「生まれた子云々」の〈慣行により認められる〉の一節を根拠に、法令や慣習法によってそのような合意が有効とされていない場合に当法文の適用が制限される、とされる。また、バルドゥスは学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、長期の慣習法について」第32法文の注釈第2段でも同旨であり、〔ヤコブス・〕バルドゥイニも当法文注釈で見事にその旨指摘している。イモラは学説彙纂28巻5巻「相続人指定について」第71法文の注釈末尾で、一般に言う兄弟誓約の爲した兄弟の間においても、相互に相続する旨の合意は慣習法や法令によって無効とされ、これは兵士について法文が定めている【勅法彙纂前掲6巻21巻第18法文】のと同じである旨主張している。〈4. 慣習法や法令は宣誓された合意よりも強力である。〉以上から、慣習法や法令は宣誓された合意よりも強力であることが分かる。

が良俗に反するが故に合意によって為し得ないとするならば、その事柄は法令や慣習法によっても為し得ない*quando aliquid non potest fieri per pactum, quia sit contra bonos mores, illud etiam non potest fieri per statutum vel consuetudinem*』と論じられている。また、そこには、バルドゥスとアレクサンデルの注釈も引用されているので、これらはヤーソンの第15法文注釈からの孫引きであると解し得る。

---

というのも、相続する旨の合意は、既に述べたとおり、宣誓によっては裏付けられず、そうである以上、慣習法や法令によっても当然裏付けられないからである。(5. 良俗に反するが故に合意によって為し得ない事柄は法令によっても実現不可能である。) そのような慣習法は良俗にも合致しない。なぜなら、ある事柄が良俗に反するが故に合意によって為し得ないとするならば、その事柄は法令や慣習法によっても為し得ないからであり、そのように高潔な規定こそ「誠実」と呼ばれる【グラティアヌス教令集1部区別4第2節】。バルトルスが学説彙纂1巻1章「正義と法について」第9法文の注釈第1部問題3第3番でそのように述べており、自らもこれに与している。バルドゥスの勅法彙纂8巻52章「長期の慣習とは何か」第2法文の注釈第3段、師アレクサンデルの当第15法文注釈、同じく本章第30法文、後述勅法彙纂6巻20章「財産持戻について」第3法文、学説彙纂前掲45巻1章第61法文への各注釈も同旨。ところで、ある者が当法文に述べられているような合意を為し、その後、無遺言で亡くなった場合には、自由な遺言の権能を奪わないので有効となるのか否か、という問題を師アレクサンデルが『助言集』第3集助言28で扱っている。この点、汝次のように考えるべし。すなわち、当法文には二つの根拠があり、それ故、一方が当てはまらなくても、もう一方、つまり、死を狙う欲求という根拠が妥当する、と。

〈6. 嫁資が十分に優遇されているとしても、合意によって遺産は付与されず、たとえ嫁資のためであってもそうである。〉次に、当法文について注意すべきなのは、バルドゥスやサリケトの言うとおりで、嫁資が徹底して優遇されているにせよ【学説彙纂24巻3章「婚姻解消時に嫁資は如何にして返還請求されるのか」第1法文と同箇所の諸博士の注釈】、遺産は、合意によって付与されず、当第15法文によれば遺言者における自由意思が嫁資という事情よりも一層優遇されるから、当法文や勅法彙纂前掲5巻14章第5法文にあるとおり、たとえ嫁資との関連であってもやはり付与されない、という点である。”(In primam Codicis partem commentaria, 64. r. 引用は1598年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

それどころか、将来の相続に関する嫁資合意の効力を徹底して否定する以上のようなシュルフの助言内容全体が、ヤーソンの第15法文注釈を下敷きとしたものである可能性が非常に高い。ヤーソンは、注釈の冒頭で、「父の遺産について父と娘との間で交わされた合意 *pactum initum inter partem et filiam super hereditate patris*」を無効とした当法文と調和する他の法文を列挙した上で、「当法文の趣旨 *ratio hujus legis*」を簡潔に提示している（第1番）。当法文と調和する法文としては、勅法彙纂第2巻第4章第34法文、学説彙纂第45巻第1章第61法文、勅法彙纂第8巻第38章第4法文が挙げられており、これらは何れもシュルフの列挙した典拠に含まれる。また、「当法文の趣旨」、つまり、相続する旨の嫁資合意を無効とした理由は、「そのような合意が、善良の風俗に反する上に、二つの観点において教会の定めにも反するから、すなわち、第一に、とする第六書第3巻第7章「空席ではない聖職禄や教会の授与について *De concessionem praebendae et ecclesiae non vacantis*」第3節に反して、死を狙おうとする欲求を引き起こし、第二に、勅法彙纂第1巻第2章「聖なる教会並びにその財産と特権について *De sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum*」第1法文に反して、自由な遺言権能を奪うからである *quia tale pactum est contra bonos mores, etiam canones duplici respectu, primo quia inducit votum captandae mortis, contra capitulum Ne captandae, de concessionem praebendae in Sexto, iterum aufert liberam facultatem testandi, contra legem primam Codice de sacrosanctis ecclesiis*」、と指摘され、シュルフの挙げた「善良の風俗 *boni mores*」違反と「自由な遺言権能 *libera facultas testandi*」剥奪という二つの無効理由が何れも見出される。典拠とされる法文についても、前者の典拠（学説彙纂第45巻第1章第61法文と勅法彙纂第8巻第38章第4法文）は先に引用済みであるし、後者の典拠は注釈対象である第15法文なのであるから、ヤーソンとシュルフは一致する。ただし、「自由な遺言権能」剥奪に「死を狙おうとする欲求を引き起こす *inducit votum captandae mortis*」という無効理由を加え、両者を「教会の定めにも反する *est contra etiam canones*」という形で一括するヤーソンの見立ては、そこに引用された法文（「他人の死を狙う機会が教皇座の無償の好意からもたらされてはならな

い ne captandae alienae mortis occasio ex benignitate gratiarum sedis Apostolicae tribuatur」との一節から始まる第六書第3巻第7章第3節と、教会に対する遺贈を認めるにあたって「人々に義務づけられているのは遺言の筆が自由であることだけである nihil est, quod magis hominibus debeat, quam ut supremae voluntatis liber sit stylus」と定めた勅法彙纂第1巻第2章第1法文)も含めて、シュルフの鑑定意見には取り込まれていない。ザクセン選帝侯フリードリヒFriedrich三世(賢公der Weise: 在位1486-1525年)の命でヴォルムス帝国議会(1521年)においてルターを補佐し、メランヒトン等とも親交があったシュルフとしては、カノン法源の引用はともかく<sup>10)</sup>、カトリック教会の規範的要請を前面に押し出した箇所の参照はためらわれたものと考えられるし、合意がそのような邪な欲求を惹起することこそ「善良の風俗」に反する所以であるから遺言権能剥奪と良俗違反の二元構成へと無効理由を簡略化した可能性もある(なお、後述のとおり、この点はヤーソンの別の法文注釈の影響と解される)。

注釈冒頭で第15法文の「趣旨ratio」を確認したヤーソンは、続いて、当法文の拡張適用extensioが生じるとされる場面を三つ挙げ、その内、「合意において通用しないのは勿論、問答契約であっても妨げとなるprocedat nedum in pacto, sed etiam stipulatio intercessisset」という点、及び、「たとえ宣誓が為された場合であってもetiam si iuramentum intervenisset」合意は「証明されないnon firmatur」という点を、真正な拡張適用例と位置づけている(第2番)。前者の拡張適用例は、シュルフも引用する学説彙纂第45巻第1章第61法文を典拠とするものであるが、嫁資合意が助言対象とするシュルフにとって重要なのは、相続する旨の「合意pactum」と同様に相続させる旨の「問答契約stipulatio」も無効であることではなく、むしろ、同法文にあるとおり、「合意

10) ルター等による宗教改革に支持しつつも、ルターが教皇の教勅と共に教会法文献を焼き捨てた事件(1520年12月)に疑念を示し、カノン法源及びカノン法学に実務上教育上の有用性を認めたシュルフの立場については、さしあたりStintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I, 274-275.、Steding, Hieronymus Schürpf und sein Verhältnis zu Martin Luther, Ius commune 20 (1993), 189-190. 参照。

であれ問答契約であれその中で善良の風俗に反して取り決められた事柄は全て無効であるomnia, quae contra bonos mores, vel in pactum, vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sunt」ことであった。後者の拡張適用例、つまり、「宣誓iuramentum」による「相続する旨の合意」の有効化乃至証明は不可能であるという点についても、第15法文の拡張適用という文脈ではないけれども、「そのような合意が善良の風俗に反する以上cum istud pactum sit contra bonos mores」とのヤーソンの理由づけそのままに、「善良の風俗」違反という無効原因の論理的帰結として言及されている。しかも、シュルフがその箇所 で引用していた典拠の内、ローマ法文注釈の相当数、そして何よりも、アントニウス・デ・ブトリオAntonius de Butrio(?-1408年)の別書注釈とドミニクス・デ・サンクト・ゲミニアーノDominicus de Sancto Geminiano(生没年不詳)の第六書注釈という二つのカノン法文注釈がヤーソンの引用と一致している。

ヤーソンの第15法文注釈の後半3分の2(第3番から第6番)では、逆に、同法文の適用制限limitatio、つまり、「相続する旨の合意」が有効となる例外的場面として、合意当事者が「無遺言ab intestato」のまま死亡、「兵士間inter milites」の合意、自らの死亡後に財産を教会に承継させる「寄進pia causa」、合意を有効とする「法令statutum」や「慣習法consuetudo」の存在、の四つが論じられている。この内、「兵士間」の相続合意については、シュルフ自身も言及しているとおり、助言対象である嫁資合意とは無関係であるし、そうである以上、「同等性故にa paritate」というトピカ的論拠(常に生命の危険に曝される兵士の立場を死期の迫った寄進者に類推)による「寄進」の例外視などは言及不要であろう。これに対して、「無遺言」時に合意の効力を容認したり、「法令」や「慣習法」による合意の正当化を認めたりする議論は、嫁資合意の無効を徹底して主張する前述のようなシュルフの立場とは相容れないように見える。しかし、この二つの適用制限例に関わるヤーソンの叙述は、あくまで第15法文の事案(嫁資を得て他家に嫁いだ娘がその兄弟と共に父を相続する旨の合意)を想定したものである。従って、ヤーソンの注釈にあるように、「父が無遺言で亡くなった場合、そのような合意は息子等の間で父の終意処分の代わりに遵守されるsi pater ab intestato decessisset, ista pactio inter filios servaretur

loco ultimae voluntatis patris」のだとしても、シュルフの助言対象である夫婦間の相互相続の嫁資合意について、「無遺言」死亡時の効力を判断する決め手にはなり得ない。ヤーソンは、「無遺言」における適用制限の典拠の一つとして、勅法彙纂第5巻第14章第5法文を引用しているが、この法文は、シュルフの引用に関して既に見たとおり、嫁資を得た娘が父を相続しない旨の嫁資合意を無効とするものであって、「無遺言」時の「相続する旨の合意」の例外的有効性に直接言及するものではない。ヤーソンが着目しているのは、同法文に含まれる「遺言の代わりにvice testamenti」という「的確な一句bonum textum」であって、相続する合意と相続しない合意の相違を前提としつつ、第15法文が扱うような父娘間の「相続する旨合意」については、父が「遺言の代わりに」、つまり、将来「無遺言」で死亡する可能性に備えて為し得ると解する手掛かりが、当該語句に見出されるというのがこの引用の趣旨であろう。そうであるとすれば、「無遺言」における第15法文の適用制限をめぐるヤーソンの議論は、いずれにせよ、夫婦間相互相続の嫁資合意の徹底した無効を主張するシュルフの立場とも矛盾はしないことになる。

「法令や慣習法によってそのような合意が有効とされていない場合に当法文の適用を制限すべしlimita istam legem, nisi per statutum vel consuetudinem tale pactum validaretur」との主張についても、「既に嫁いだ娘も兄と共に相等しい割合において父の相続人となる旨定められた合意pactum, quod comprehensum est, ut ex aequa portione ea, quae nubebat, cum fratre heres patris sui esset」を有効とするような「法令」や「慣習法」が正面から取り上げられることはなく、「一般に言う兄弟誓約の爲した兄弟の間においても、相互に相続する旨の合意は慣習法や法令によって無効とされるinter fratres quos vulgo iuratos dicimus, pactum de succedendo ad invicem firmaretur consuetudine vel statuto」との主張が紹介され、そこから、「慣習法や法令は宣誓された合意よりも強力であり得るplus potest consuetudo vel statutum, quam pactum iuratum」との結論が引き出されているにすぎない。父娘間の嫁資合意ではなく兄弟間の相続合意が言及されているところから、「相続する旨の合意」一般を射程におさめる議論とは言えるが、宣誓を伴った合意を有効と



する「法令」ではなく無効とするそれが念頭にあるので、「宣誓」と「法令」何れによっても合意の有効性を裏付けられないとしたいシュルフの意図にはそぐわないように見える。しかし、ヤーソンは、「慣習法や法令は宣誓された合意よりも強力であり得る」という点を、合意有効化を企図する「宣誓」に合意無効化を企図する「法令」や「慣習法」が優位するという趣旨で、「相続する旨の合意は、既に述べたとおり、宣誓によっては裏付けられず、そうである以上、慣習法や法令によっても当然裏付けられない *pactum de succedendo non firmatur iuramento, ut praedixi, sed bene consuetudine vel statuto*」と敷衍し、仮に、宣誓された相続合意を有効とする「慣習法」が存するとしても、「そのような慣習法は良俗に合致しない *ista consuetudo non est bona*」と断じている(第4番)。シュルフが明示的にヤーソンを引用した際に念頭にあったと考えられる箇所として先に挙げた、「ある事柄が善良の風俗に反するが故に合意によって為し得ないとするならば、その事柄は法令や慣習法によっても為し得ない」との一節は、まさにその直後に現れる。とすれば、シュルフが、ヤーソンの第15法文の若干込み入った議論を、自らの関心から、「宣誓」と「法令」何れによる合意有効化も良俗違反という論拠から退けるものへと簡略化した上で利用したとの推測も十分に成り立つ。典拠に関しても、ヤーソンの援用したグラティアヌス教令集の一節は、既に見たとおり、勅法彙纂からの引用と抱き合わせる形で引用されているし、文献引用に至っては、ヤーソンと引用とシュルフの引用は完全に一致しており、後者が前者からの孫引きであることがよく分かる(第15法文注釈第5番と助言56第20番の引用参照)。

更に、ヤーソンは、「ある者が当法文に述べられているような合意を為し、その後、無遺言で亡くなった場合には、自由な遺言の権能を奪わないので有効となるのか否か *quid si fieret illud pactum, de quo in hoc texto, hoc acto, si decederet sine testamento, an tunc valeat, cum non auferat liberam facultatem testandi*」についても言及しており(第15法文注釈第5番末尾)、この点については合意無効に対する異論としてシュルフも意識していた(助言56第15番末尾)。この問題に対するヤーソン自身の解答は、「当法文には二つの根拠があり、それ故、一方が当てはまらなくても、もう一方、つまり、死を狙



う欲求という根拠が妥当するhic sunt duae rationes, unde, licet una cesset, tamen militat alia, scilicet, votum captandae mortis」から、第15法文にあるような嫁資合意は父が「無遺言で」死亡しても依然無効であるというものであり、無遺言時にも「父の終意処分の代わりに遵守されるservaretur loco ultimae voluntatis patris」とした前述箇所（第15法文注釈第3番冒頭）に矛盾するように見える。その箇所が無遺言時合意有効説の典拠として引用されていたのは、「如何なる親等に基づくにせよ同順位であると解される相続人、もしくは、法務官により相続へと召喚される家父権被免除者に限り、それらの者の間で、書き始められたが完成されなかった遺言や小書付、あるいは、親の書簡が存することが思い出されたにせよ、その他何らかの文言やしるしが書かれた文書が残されているのが見つかったにせよ、そのような場合には、たとえ無遺言で相続に召喚された場合であっても、元老院の助力の下に保持され、死亡者の処分は、この種の処分に法律上課される方式を欠いているとしても、遵守されるものとするinter omnes duntaxat heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu, tamen pares videntur esse, vel emancipatos, quos praetor ad successorem vocat: sive coeptum neque impletum testamentum, vel codicillus, seu epistola parentis esse memoretur, sive quocunque alio modo scripturae quibuscunque verbis, vel indicis inveniuntur relictas, iudicio familiae erciscundae, licet ab intestato ad successorem liberi vocentur, servato senatus consulti auxilio, defuncti dispositio custodiatur, etiam si solemnitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta」、とする勅法彙纂第3巻第36章「遺産分割訴権についてFamiliae erciscundae」第26法文である。確かにこの法文には、「たとえ無遺言で相続に召喚された場合であっても」との一節が見えるが、ここで「相続人heredes」や「家父権被免除者emancipati」の間での有効を認められているのは、「遺言testamentum」としての要件を満たさない被相続人の「書簡epistola」や「文書scriptura」であって、将来の相続に関する「合意」については何等言及されておらず、無遺言時合意有効説の典拠としては不十分である。ヤーソンは、この箇所ですら、自らの師にあたるアレクサンデル・デ・タルタグニスの第15法文注釈から、「男子が存する場合には女子は相続せずとの法令がたと

えあったとしても、娘も兄弟と共に平等に相続する *filia aequaliter succederet cum fratribus, dato quod extaret statutum, quod exstentibus masculis foeminae non succedant*」との見解も紹介する一方、「ある者が合意を為した後に無遺言で亡くなった場合には、自由な遺言の権能を奪わないので有効となるのか否か *si decederet sine testamento, an tunc valeat, cum non auferat liberam facultatem testandi*」については、当問題の出所として同じくアレクサンデルの助言を引用しつつ、師の見解にはふれないまま、「汝次のように考えるべし *tu considera*」と述べて、上記の無遺言時合意無効説を提示している。これらの点をふまえるならば、無遺言時合意有効説はアレクサンデル説として言及されたに留まり、ヤーソン自身は無効説に与しているのであって、その議論には矛盾はないと解し得る。また、「遺言の代わりに」との文言のみに着目した前述の勅法彙纂第5巻第14章第5法文の奇妙な引用もこのアレクサンデル説の紹介と補強という文脈でならば理解できる。実際、ヤーソンは、注釈の最後(第6番)に、「遺産は、合意によって付与されず、遺言者における自由意思が嫁資という事情よりも一層優遇されるから、たとえ嫁資との関連であってもやはり付与されない *hereditas non potest dari per pactum, etiam in causam dotis, quia favorabilior est causa liberi arbitrii in testatore, quam sit causa dotis*」との主張の典拠として、再度この第5法文を嫁資合意を無効とするその趣旨に忠実に引用しており、これはシュルフによる同法文の引用の趣旨と正に一致する。

無遺言時合意無効説の内容について言えば、ヤーソンがその決め手とした「死を狙う欲求」そのものに言及がないのは、前述のとおりシュルフがこれを無効原因として採用していない以上、当然のことであるが、その一方で、「当法文には二つの根拠があり、それ故、一方が当てはまらなくても、もう一方の根拠が妥当する *hic sunt duae rationes, unde, licet una cesset, tamen militat alia*」との論理は巧妙かつ効果的に利用されている。というのも、シュルフも、「将来の相続についての合意 *pactum de futura successione*」が「たとえ合意者が無遺言で場合でも無効 *etiam non valet quando paciscens decederet ab intestato*」なのは、「自由な遺言作成権限が奪われるという理由とは別の無効理由がこの

種の合意について存する *alia est ratio nullitatis huiusmodi conventionis, quam ratio auferendi liberam testamenti factionem*」からだと述べているからである(助言56第15番)。シュルフの言う「別の無効理由 *alia ratio nullitatis*」とは、勿論、「善良の風俗」違反であり、これを明示した学説彙纂第8巻第39章第4法文の「趣旨」として、無遺言時合意無効説を引き出すのがシュルフの意図する推論ではあるが、そのような推論は、二つの無効理由の内の一方が存するから「無遺言」でも合意は無効であるという上記の論理を介して初めて成立する。シュルフの議論は、遺言権能剥奪と良俗違反を合意の無効理由と位置づける自らの立場に合わせ、「死を狙う欲求」の惹起という無効理由を良俗違反に置き換えた上で、ヤーソンの推論を再現したものにはすぎない。

なお、「宣誓」による証明の可否をめぐるローマ法とカノン法の矛盾を、「相続する旨の積極的合意 *pactum affirmativum de succedendo*」と「相続しない旨の消極的合意 *pactum negativum de non succedendo*」の区別によって解消する議論は、ヤーソンの第15法文注釈には見出されず、シュルフも、「区別の理由は先に引用した箇所において諸博士により示されている *ratio diversitatis assignatur in locis supra allegatis per doctores*」と述べるに留まっている。ここに言う「先に引用した箇所 *loci supra allegati*」とは、「宣誓」による相続合意の証明一般を否定する見解として引用された諸注釈を指すと考えられるが、そこには、標準注釈のように、第六書の公布(1298年)との前後関係から言って法文間矛盾に言及する可能性のない典拠も含まれている。例えば、勅法彙纂第6巻第20章第3法文の文言〈否認される *improbatur*〉への標準注釈<sup>11)</sup>では、同法文の「嫁資合意 *pactum dotale*」が「否認される *improbatur*」のは「将来の相続に関わるから *quia est de futura successione*」であるとされ、「当該合意が相続する合意であろうが相続しない合意であろうが、何れにせよ無効である *quod sive sit de succedendo, sive de non succedendo, non valet*」とも付言されているので、相続する積極的合意と相続しない消極的合意との概念的区別は意識されていたと言える。しかし、「娘が宣誓した場合はどうか *quid si*

11) Codex domini Iustiniani, 1236, i. 引用は1566年パリ刊のテキストによる。

iuravit?」という問いについて、アックルシウスAccursius(1185? -1263年)は、「合意は有効であるtenet」とのプラケンティヌスPlacentinus(? -1192年)の見解に反対して、「汝、反対に解すべしtu dic contra」と述べ、宣誓による証明を一般的に否定しており、むしろ、この標準注釈自体が、後に、宣誓の可否という次元で、第六書所収の前掲法文において両法間の矛盾を顕在化させる契機となったとも解し得る。従って、そのような矛盾の解消を試みたシュルフの議論の典拠も他に存するはずである。

そこで、「バルトルス、バルドゥス、アンゲルス [・デ・ウバルデイス]、[バルトロマエウス・デ・] サリケト、アレクサンデル・デ・イモラその他の諸博士の一致した前掲勅法彙纂第6巻第20章第3法文の注釈Bartolus, Baldus, Angelus, Saliceto, Alexander de Imola et communiter Doctores in data lege pactum, quod dotali」に当然含まれると考えられるヤーソンの同法文注釈を見ても、その第3番の冒頭部分<sup>12)</sup>で、まさに上記標準注釈を起点として、「市

---

12) “〈3. 相続しない合意は宣誓によって証明されるのか。〉当法文の文言〈否認される〉への標準注釈は四つの部分に分けられる。第一の部分では法文に理由を付し、その文言の射程を拡張している。第二の部分では一つの問題を、第三の部分ではもう一つの問題を提起している。第四つまり最後の部分では、法文に対する異論に三つの点から答えている。標準注釈は、第二の部分で、相続しない旨の合意は宣誓によって証明されず、ましてや宣誓の挿入は全く無益であると結論づけている。標準注釈は市民法に留意して的確に述べてはいるが、教会法によれば、相続しない旨の合意は宣誓によって有効に証明されるとされ、第六書1巻18章「合意について」第2節がその法文が存し、アンゲルスによれば、この法文を手掛かりにイタリア全域で、娘等が嫁に出される際には宣誓を以て父の遺産を放棄するとの慣習法が生じているとされる。ただし、キーマスは、市民法上、善良の風俗に反するとの理由で否認されている合意が宣誓によって証明されるはずがなく、たとえカノン法によってもそうであるとしても、そのような慣習法が果たして通用し得るのかとの疑問を呈している。しかし、彼は誤っており、それ故、次のように反駁すべし。すなわち、相続しない旨の消極的な合意が市民法によって否認されるのは、善良の風俗に反するからではなく、娘が現時点の僅かなもので容易に父の多額の遺産を放棄してしまうからであって、カノン法上、そのような合意が宣誓によって証明されるのもそのため

民法*ius civile*と「カノン法*ius canonicum*」の矛盾が取り上げられ、「相続しない旨の消極的合意*pactum affirmativum de succedendo*」と「相続する旨の積極的合意*pactum negativum de non succedendo*」の区別による矛盾解消が議論されている。そこではまず、「汝、反対に解すべし」というアックルシウスの簡潔この上ない注釈が、「相続しない旨の合意は宣誓によって証明されず、ましてや宣誓の挿入は全く無益である*pactum de non succedendo non firmatur iuramento, imo iuramentum interpositum nihil valet*」との趣旨に敷衍されており、それに続く箇所、すなわち、「標準注釈は市民法に留意して的確に述べてはいるが、教会法によれば、相続しない旨の合意は宣誓によって有効に証明可能とされている*glossa bene dicit, attento iure civili, sed de iure canonico pactum de non succedendo bene firmatur iuramento*」との一節には、元々「宣誓」について言及していない第3法文が、「宣誓」による合意証明の可否を論じた標準注釈を介して、前掲第六書第1巻第18章第2節の矛盾法文と意識されるに至った事情がはっきり見て取れる。この第六書第1巻第18章第2節については、「この法文を手掛かりにイタリア全域で、娘等が嫁に出される際には宣誓を以て父の遺産を放棄するとの慣習法が生じている*propter quem textum inolevit consuetudo per totam Italiam, quod quando filiae traduntur nuptui renuntiant haereditati patris cum iuramento*」とするアンゲルス・デ・アレティオAngelus de Aretio(アンゲルス・アレティヌス・デ・ガンビリオニブスAngelus Aretinus de Gambilionibus: ?-1441年)の見解が紹介され、ヤーンソンの生まれた15世紀前半にはイタリアに父を相続しない旨の嫁資合意を宣誓で証明する慣行が定着していたことが窺われる。これに一世紀ほど先立つキース

---

であり、前掲第六書1巻18章第2節もそのように述べている、と。これに対して、相続する旨の積極的合意は、死を狙う欲求を惹起するが故に、善良の風俗に反しており、従って、カノン法上も、宣誓によって証明されない。バルトルスの勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文の注釈第2段、同じくバルトルスの学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文の注釈第1段、バルドゥスの当第3法文の注釈第19問が、そのように説明している。”(In secundam Codicis partem commentaria, 48. r.)

ス・デ・ピストイアCinus de Pistoia(1270-1336年)の見解として、「市民法上、善良の風俗に反するとの理由で否認されている合意が宣誓によって証明されるはずがなく、たとえカノン法によってもそうであるとしても、そのような慣習法が果たして通用し得るのかquo possit procedere, quia pactum quod est improbatum a iure civili quia est contra bonos mores, non debet posse firmari iuramento」との異論も併せて言及されているが、ヤーソンは「彼は誤っているerrat」と述べてこの異論を一蹴している。上記の法文間矛盾の調和策が提示されるのは、そのようなキヌスの異論に対する反駁という文脈においてである。

それによれば、「相続しない旨の消極的な合意が市民法によって否認されるのは、善良の風俗に反するからではなく、娘が現時点の僅かなもので容易に父の多額の遺産を放棄してしまうからであって、カノン法上、そのような合意が宣誓によって証明されるのもそのためであるpactum negativum de non succedendonon non est improbatum a iure civili, eo quod sit contra bonos mores, sed eo quia filius pro modico praesenti, de facili renuntiaret magna haereditati patris, et ideo tale pactum firmatur iuramento de iure canonico」、とされる。これは、勅法彙纂第6巻第20章第3法文には合意内容の良俗違反について言及はなく、将来父を相続しない旨の嫁資合意が「法の権威の下に否認されるiuris auctoritate improbatum」理由が明示されていないことを逆手にとって、第六書第1巻第18章第2節によってこれを補充しようとする議論と言える。同節には、「暴力にも詐欺にもよらずに宣誓が為され、娘自身によって合意が証明されたならば、当然にそれは遵守されねばならない。何となれば、永遠の安泰の妨げにもならず、また、他者に損失を及ぼすこともないからであるsi tamen iuramento, non vi, nec dolo praestito, firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debet: cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum」、とあって、「宣誓」の自発性とそれによって担保される娘の利害が合意有効の決め手として重視されているから、「宣誓」が自発的であればローマ法上も合意有効と解して構わないというのである。こう解するならば、第3法文が扱う「相続しない旨の消極的な合意」に関する限

り、良俗違反という無効原因が妥当しないから、「宣誓」による証明を容認する第2節とも矛盾しないことになる。これに対して、「相続する旨の積極的合意は、死を狙う欲求を惹起するが故に、善良の風俗に反しており、従って、カノン法上も、宣誓によって証明されないpactum affirmativum de succedendo, est contra bonos mores, quia inducit votum captandae mortis, set istud non firmatur iuramento, etiam de iure canonico」、とされ、「そのように主張する ita declarat」論者として、バルトルス・デ・サクソフェラートBartolus de Saxoferrato(1313-1357年)とバルドゥスが挙げられている。しかし、ここで注意すべきなのは、引用された両者の法文注釈が、上記のような法文間矛盾の解消の典拠として引用されているわけではないという点である。

まず、バルトルスによる勅法彙纂第2巻第3章第15法文注釈<sup>13)</sup>には、「教皇

---

13) “自由な遺言作成の機会が奪われるような合意は無効である、とここでは述べられている。まず、要約の中で既に述べた点に注意されたい。第二に注意すべきは、市民法上の債務も自然債務も生じさせないという点である。第三に注意すべきは、将来の相続に関する合意は無効であるという点である。これについては本章後述第30法文注釈を参照されたい。当法文については、そのような合意について宣誓された場合にはどうなのかが問題となる。この点、そのような合意が善良の風俗に反する以上、やはり無効であると解答される。学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文がそのように述べている。本章第30法文注釈や次章第4章「和解について」第34法文注釈の末尾等を参照されたい。

将来の相続に関する合意は無効である、とここでは述べられている。教皇令学者たちは、当法文から、第六書1巻18章「合意について」第2節に、そのような合意が宣誓によって証明される、つまり、そのような合意が有効であるとの教皇令を作り出しているが、これは誤りであると考えられる。というのも、合意であろうと問答契約であろうと、それによって自由な遺言権能が奪われるものは、善良の風俗に反するからである。論拠となるのは、学説彙纂45巻1章第61法文である。しかも、カノン法の法文も、他の箇所では、第六書「法の準則について」第58節にあるとおり、宣誓は善良な風俗に反するような合意を証明しない旨定めている。また、勅法彙纂6巻20章第3法文は、そこにあるとおり決して相続されない旨合意が交わされても、法により否認されると述べているのであるから、そのような合意を認めていない。善良の風俗に反するからという以外に理由はない。そうであるとすれば、同じ理由



令学者たちは、当法文から、第六書第1巻第18章第2節に、そのような合意が宣誓によって証明される、つまり、そのような合意が有効であるとの教皇令を作り出しているが、これは誤りであると考えられる*ex hac lege pactum Decretalistae fecerunt sibi decretalem in libro sexto in titulo de pactis quod si istud pactum esset iuramento firmatum, quod tale pactum esset validum, quod videtur falsum*』とあって、「宣誓*iuramentum*」の有無の関わらず「将来の相続に関する合意は無効である*pactum de futura successione non valet*』とするローマ法の正しさが一方的に承認され、学説彙纂第45巻第1章第61法文を「論拠*argumentum*」に、「合意であろうと問答契約であろうと、それによって自由な遺言権能が奪われるものは、善良の風俗に反するから*quia sive sit pactum, sive stipulatio, per quam vel per quod aufertur libera facultas testandi, est contra bonos mores*』と理由づけられている。第2節に言う「市民法*lex civilis*」が、同節と同じ相続しない旨の合意を扱った第3法文ではなく、相続する旨の合意を扱ったこの第15法文を指すとの前提で論じられており、バルトルスには、消極的合意と積極的合意を区別する意図がそもそも見られない。実際、第3法文が典拠の一つとして引用される際にも、合意無効について、「善良の風俗に反するからという以外に理由はない*ratio non est alia, nisi quia contra bonos mores*』し、「同じ理由は如何なる場合にも当てはまる*eadem ratio est ubique*』と述べている。従って、消極的合意と積極的合意の何れも良俗に反するが故に宣誓による証明の余地はないというのがバルトルスの立場であり、引用こそされてはいないが師にあたるキヌスの見解を継承していると言える。また、合意の無効理由として、遺言権能剥奪と良俗違反を并存させず、むしろ、後者の内実を前者に求めているところも注目されよう。

これに対して、矛盾法文の一方にあたる勅法彙纂第6巻第20章第3法文への

---

は如何なる場合にも当てはまるから、そのような趣旨であると考えられるし、前記第1巻第14章「法律、勅法、告示について」第5法文にあるとおり、法の權威によって否認される事柄は宣誓の束縛によっても証明されない。”(Codicis commentaria, 132-133.引用は1562年バーゼル刊のテキストによる。)



バルドゥスの注釈第22番<sup>14)</sup>では、第3法文が相続しない旨の嫁資合意を無効と

14) “〈22. 相続しない旨の合意は如何にして確認されるのか。〉第十九に問題となるのは、相続しない旨の合意が、善良の風俗に反するにもかかわらず、果たして宣誓によって証明されるのか、という点である。この点は以下のように解答すべし。すなわち、何かが善良の風俗に反するという場合、それは三通りに理解される、と。まず、自然やこれに匹敵するものに照らして反する場合であり、この場合、宣誓は無効である。なぜなら、自然法やこれに匹敵するものに反するからであり、例えば、父が娘を扶養しない、神に従わない、靈的事項についてローマ教会に従わない旨の宣誓する場合がこれに当たる【学説彙纂1巻1章「正義と法について」第2法文、勅法彙纂前述2巻2章「法廷召喚について」第2法文、学説彙纂38巻1章「被解放者の労務について」第41法文の文言「食物】。次に、行為に照らして、不道徳であるからという理由で反する場合であり、この場合も同様である【学説彙纂2巻14章「合意について」第7法文16節】。更に、規制、つまり、法の理屈に照らして反する場合であり、この場合、市民法上は、市民法の権威が宣誓という理屈に妨げられないように、無効とされるが【学説彙纂32巻「遺贈及び信託遺贈について」第14法文】、カノン法上は、神の法に属する信仰の義務に鑑み有効となる。そして、市民法が善良の風俗に違反すると述べている場合であっても、何か不都合な事柄を生じさせるとの理由からそうであるにすぎないのであれば、神に対して為された宣誓を無視することは一層不都合なことであろう。例えば、市民法は、父の遺産を取り上げられることを知った息子が従順さを失わないように、将来の遺産の剥奪を認めないが、これはそれほど不都合とは言えないし、逆に、遺産を取り上げられるとは知らなくても、従順さを以て父に訴えるべきであろう。同様に、父の希望に従って徳深く生きることは、まさに好都合である。つまり、この上なく気高い志は、学説彙纂17巻2章「組合訴権について」第52法文9節、そして、勅法彙纂後述9巻51章「判決に服して復帰した人々について」第13法文末尾、学説彙纂1巻7章「養子縁組、家父権免除、その他家父権が解消される仕方について」第17法文3節の趣旨にもあるとおり、相続において息子等の助けとなるのである。しかし、市民法によるそれらの論拠は説得に向けられたもので強制的なものではなく、それ故、上記のような不都合は宣誓者だけの不徳に関係しており、そのような者を保護する必要はない。というのも、息子が父に従うべきなのは、父であるからであって、父が富裕であるからではないからである。”

(In sextum Codicis librum Commentaria, 49. v. 引用は1615年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

した理由が良俗違反であるとの前提に、「相続しない旨の合意が、善良の風俗に反するにもかかわらず、果たして宣誓によって証明されるのか*quo pactum de non succedendo firmatur iuramento: cum sit contra bonos mores*」との問いが提起され、良俗違反一般を「三通りに*tripliciter*」区別することでその解答が試みられている。それによれば、「自然法*ius naturale*」違反や「行為*factum*」の不道德という観点から良俗に反する事柄については、「宣誓は無効である*non valet iuramentum*」が、「規制*censura*」乃至「法の理屈*iuris artificium*」に照らして良俗に反する場合には、「市民法上は無効とされるがカノン法上は有効となる*de iure civili non valet iuramentum, sed de iure canonico valet*」、とされる。ここでは、前掲第六書第1巻第18章第2節の引用は何故か見当たらないが、同節と第3法文の矛盾対立が意識されているのは文脈上明らかである。この矛盾対立を、バルドゥスは、「市民法が善良の風俗に違反すると述べている場合であっても、何か不都合な事柄を生じさせるとの理由からでそうであるにすぎないのであれば、神に対して為された宣誓を無視することは一層不都合なことであろう*lecet ius civile nihil dicat esse contra bonos mores, nisi quia deducit ad aliquod inconveniens, tunc maior esset inconveniens spernere iuratum, quod est ipsi Deo praestitum*」として、カノン法を優先させる形で解決する。その際、相続する旨の積極的合意との対比には全く言及されていない。なお、ここでバルドゥスがローマ法上の良俗違反の内実として指摘する「何か不都合な事柄*aliquod inconveniens*」とは何かははっきりしない。というのも、注釈対象法文に照らして父娘間の嫁資合意が想定されるべきところ、突然、「例えば、市民法は、父の遺産を取り上げられることを知った息子が従順さを失わないように、将来の遺産の剥奪を認めない*verbi gratia ius civile vult renunciari haereditati futurae, ne filius videns sic se privatum haereditate patris, omittat obsequium*」と指摘され、「娘*filia*」ではなく「息子*filius*」について、父への「従順さ*obsequium*」を求めるローマ法の「推奨的理屈*rationes persusivae*」が論じられているからである。他家に嫁ぐ娘についても同じ「理屈*artificium*」が妥当するという趣旨であれば、結局のところ、父を相続しない旨の嫁資合意によって娘が父に対する「従順さ」を失う不都合が

ここでの良俗違反の内実に当たり、そのようなローマ法の「理屈」を宣誓の神聖さというカノン法のそれに劣後させるのがバルドゥスの立場ということになる。バルトルスが、良俗違反の内実を遺言権能の剥奪と捉え、宣誓による相続合意の証明を一般的に認めない標準注釈以来のローマ法解釈をカノン法に優先させるのに対して、バルドゥスは、良俗違反の類型化によってその意義を単なる推奨違反の程度にまで低下させることで、カノン法優位を結論を導き出したのである。

師弟関係でありながらこのように見解の全く異なる両者について敢えて共通点を挙げるならば、それは、「相続する旨の合意」が「善良の風俗に反して」無効であるとの認識にすぎず、ヤーソンによる両者の引用もこの点に着目したものである。従って、「宣誓」による合意の証明乃至有効化をめぐるローマ法カノン法間の矛盾を、「相続しない旨の消極的合意」と「相続する旨の積極的合意」の区別によって調和的に解消させる上記注釈の議論自体は、ヤーソン自身の考えとして提示されていることになる。バルトルスやバルドゥスとの対比においても一つ注目すべきなのは、ヤーソンが、「相続する旨の積極的合意は、死を狙う欲求を惹起するが故に、善良の風俗に反する *pactum affirmativum de succedendo est contra bonos mores, quia inducit votum captandae mortis*」と解している点である。ここでは、「相続する旨の積極的合意」を無効とした前掲勅法彙纂第2巻第3章第15法文に対する自身の注釈を参照させてはいないが、同注釈では「教会の定め」という観点からの合意無効の理由として遺言権能剥奪と一括された上で、良俗違反という無効理由と並置されていた「死を狙う欲求 *votum captandae mortis*」が、この勅法彙纂第6巻第20章第3法文の注釈では、良俗違反の内容として捉えられている。そして、シュルフが、消極的合意と積極的合意の区別によってローマ法とカノン法の調和させる議論の典拠としてヤーソンの第3法文注釈を参照した可能性が高い以上、相続合意の無効原因として遺言権能剥奪と良俗違反を並べるシュルフの見解の直接の典拠もまたヤーソンの注釈であったとの解釈も十分に成り立つ。

ところで、「将来の相続に関する合意」の無効主張に関わるシュルフの鑑定

意見が、中世ローマ法学の成果と到達点を集約的に提示していたヤーソンの注釈を下敷きに、これを自らの助言対象事案に合わせて巧妙に利用したものであったとの結論は、同時に、次のような根本的な疑問を生じさせる。それはすなわち、シュルフが直接の助言対象としている夫婦間の相続合意そのものについてヤーソン等の注釈には一切触れられておらず、専ら父娘間の相続合意を想定した先の議論が果たしてそのまま夫婦間にも妥当するのか、という点である。仮に何らかの理由から夫婦間の相続合意を有効とするような実務慣行やそれを支持する有力学説が他に存するのであれば、シュルフの主張は根底から覆されることになる。少なくとも「相続する旨の積極的合意」については、標準注釈以来ヤーソンに至るまでその無効を当然視するのがいわば通説であったわけであるから（宣誓による有効化を認めたバルドゥスの見解の射程は注釈対象である消極的合意に限定できる）、助言対象事案の原審がこの通説に反して合意有効の判断を下したこと自体疑問であるし、逆に、夫婦間の相続合意については別様に解することこそ通説の立場であったとすれば、シュルフの努力にもかかわらず、鑑定依頼人の上訴が受け入れられる見通しはないにも思われる。これらの疑問に答える有力な手掛かりとして次に取り上げたいのが、アンドレーアス・ガイル Andreas Gail (1526-1587年) の『裁判所とりわけ帝室裁判所の訴訟手続並びに事案の解決にかかわる実務考察集 *Practicae observationes, tam ad processum iudicarium, praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentes*』(1578年初版、以下『実務考察集』と略称) の第2巻 *liber secundus* 考察126 *observatio CXXVI* 「相続する旨の相互的合意は有効か否か *Pactum mutuuum de succedendo an valeat?*」<sup>15)</sup> である。

15) “〈1. 合意によって遺産は付与されない。〉合意によって遺産が付与され得ないと言う点は明白であり【勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻前贈与について為された合意並びに嫁資外財産について」第5法文】、第六書1巻18章「合意について」第2節、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文、勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文への諸博士の注釈にあるとおり、宣誓を伴う合意であっても無効であるし、法令や慣習法によっても根拠付けることはできない。以上は直前の考察で詳しく検討したとおりである。

〈2. 相互に相続する旨の合意は有効である。〉その例外として特に重要なのは、相互的で互換的な合意、例えば、二者あるいはそれ以上の数の者の間で、他方が子無く亡くなった場合にその財産が存命者に帰属する旨の合意された場合であり、実際そのような合意は有効である。その理由とは、合意が相互的で互酬的であるために、相手方の死を望むといった不吉な疑念は排除されるからである。それどころか、そのような相互的な合意は将来の相続に関する合意でさえない。というのも、財産が将来の相続として約束されたのではなく、何れかが子無く亡くなったならばとの条件付の債務が存するのであって、そのような債務は条件成就によって合意時にまで遡し無条件と見なされるからである【学説彙纂18巻6章「売却物の危険の利得について」第8法文1節、及び、同法文の文言「過去に」への標準注釈、学説彙纂20巻4章「質や抵当において誰が優先すると見なされるのか」第11法文1節、勅法彙纂4巻11章「相続人によってあるいは相続人に対して訴権が行使される場合」第1法文】。合意中に言及された財産は、債務によって、つまり、生存者間の贈与に基づいて直ちに義務づけられるが、付加された条件によってその履行が延期され停止されているのである。〈3. 配偶者間の相互に相続する旨合意は効力を持続する。〉従って、相互に相続する旨の配偶者間の贈与乃至合意は婚姻継続中を通じて常に有効である。つまり、婚姻相手が亡くなった場合、生存配偶者は子の無い限り亡くなった配偶者を相続するのである。日常的に見られるとおり、嫁資合意ではこの種の取り決めが交わされるのが一般的であって、それらの取り決めは当然に有効で確定的である【これは学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第7法文2節による。バルドゥスの勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第12法文注釈第2番、サリケトの同法文注釈第1番、ヤーソンの同法文注釈第2番、カストレンシスその他の人々も同旨。ヒッポリュトゥス『重要論点集』論点33第2番及び論点50番、ロマヌス『重要論点集』論点820、学説彙纂24巻1章第48法文への諸博士の注釈】。この種の相互に相続する旨の合意が有効で、生存者間の贈与の一種であるとの以上の見解を明白に支持するものとして、オールドラドゥス『助言集』助言139全体、デュランティスの『法の鏡』「書面作成について」、「更に云々」の節へのヨアンネス・アンドレアエの注解第5番、サリケトの勅法彙纂前掲2巻3章第30法文の注釈第3番、ヤーソンの勅法彙纂前掲3巻28章第12法文の注釈第3番、同じくヤーソンの学説彙纂前掲45巻1章第61法文の注釈第19番、デキウス『助言集』第1巻助言63第4番及び助言516第1番以下、独特であるがザシウス『助言集』第1巻助言1第1番以下、小ソキヌス『助言集』第1巻助言143第34番、小クルティウス『助言集』助言81第1番、デキアヌス『助言集』

助言655第9番以下、ナッタ『助言集』助言474第1番及び第8番、ポエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決355第2番及び第3番、ヒッポリェトゥス前掲『重要論点集』論点33、がある。

〈4. 相互に相続する旨の合意は受領が無くとも存続する贈与の効力を有している。〉この見解は次のように拡張すべきであろう。すなわち、相互に相続する旨の合意は贈与の効力を有しているので、引渡や受領は不要である、と【勅法彙纂2巻3章第19法文の文言「死」への承認された標準注釈、オルドラドゥス前掲『助言集』助言139第14番、ポエリウス前掲『判決集』判決355第4番その他、既に引用した人々】。

〈5. 同様に当該合意は交換もしくは売買の効力を有しており、撤回不能である。〉第二に次のようにも拡張すべきであろう。すなわち、この種の合意は、撤回不能であり、たとえ忘恩を理由とする場合であっても決して撤回できないというほどに確定的である、と。なぜなら、それは交換という効力を有していて、贈与よりはむしろ売買に匹敵し、交換や売買では不確実性や疑わしい事態は考慮済みであるから【学説彙纂前掲24巻1章第7法文1節の文言「贈与」への標準注釈、オルドラドゥス前掲『助言集』助言139、ポエリウス前掲『判決集』判決355ガイド『重要論点集』論点878】。また、確実な場合であれば不当であるような事柄でも不確実性故に正当となる【勅法彙纂4巻32章「利息について」第14法文、同法文の文言「賃借された」への標準注釈、同章第17法文及び第23法文】。

〈6. 当考察の区別。〉ところで、この難解な論点で躓くことなく、真理が一層輝くために、次の点、すなわち、相互に相続する旨の約束が生存者間の贈与のための問答契約によって為されたのか、それとも、相互の相続に関する合意による単純な約束が為されたのか、を区別する必要がある。第一の場合に約束は有効である。なぜなら、既に述べたとおり、それは、将来の相続の合意ではなく、現在において生存者間で締結された契約から発生する債務であり、ただその効果が死後に引き出されるにすぎず、それ故、有効であり撤回不能な形で存続するからである【上記引用箇所への諸博士の注釈】。小クルティウスの前掲『助言集』助言81第3番では、勅法彙纂前掲4巻11章第1法文、同法文の文言「若しくは反対に」への注目すべき標準注釈、学説彙纂前掲45巻1章第61法文へのヤーソンの注釈第19番に依拠して、贈与のために為された約束は死後に効力を発するという点が通説であると述べているし、ポエリウス前掲『判決集』判決355第2番によれば、この点は人の区別無く、下層の民や農民の間であっても妥当するとされる。〈7. 相続のための兄弟誓約は相続権を付与しない。〉第二の場合、例えば、二者あるいはそれ以上の者が相互に一方が他方

ガイルの『実務考察集』は、即位間もない皇帝ルードルフRudolf2世（在位1576-1612年）に宛てた献呈文epistola dedicatoriaにもあるとおり、かつてガイルが「シュパイヤーの帝国最高裁判所sumum Imperii iudicium Spirae」つまり帝室裁判所Camera Imperialis: Reichskammergerichtで、「約11年の間annis fere undecim」（1558年4月から1569年3月まで<sup>16)</sup>。『実務考察集』初版

を子を欠く場合に相続する旨約束しても、約束は無効である。つまり、そのような兄弟誓約や組合は、将来の相続の合意に相当するものとして、私人間では（高貴な人々の間では如何なる点が認められているかについては次の考察で述べた）、既に引用した法により、両法により禁じられているし、自然法にも市民法にも合致しない以上、相続権を付与することもないからである【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第8法文、同2巻14章「合意について」第34法文。見事なのはフェッラリエヌス『訴状要式論』「組合の事案」の文言「組合」注釈第2番】。アレクサンデル『助言集』第5巻助言28d第5番では、互いに兄弟として誓約した者の間の相続合意は、先に述べた理由【クルティウス前掲『助言集』助言81、ボエリウス『判決集』判決355】から無意味である旨助言している。以上のような第二の区分は、総財産に関する包括的な合意について当てはめられるべきである。〈8. 特定のな相続合意は有効である。〉特定のな合意、つまり、死後にある財産を遺す旨の合意についてはこの限りではない。つまり、そのような行為は有効である。なぜなら、残りの財産については遺言の自由が残されているからであり、この見解は福音のようであったとヤーソンの前掲学説彙纂45巻1章第61法文注釈第19番で証言している。〈9. 家系の存続のために財産処分を禁ずる合意は有効である。〉また、同箇所ではヤーソンが諸博士共通の見解として指摘するには、一定の財産を存命中も終意処分としても譲渡できない旨の貴族の合意は有効である、とされる。それどころか、ボエリウス前掲『判決集』判決355第3番は、家系の存続のために為される相互的な贈与、組合、兄弟誓約は当該兄弟間で有効である旨述べている。それ故また、婚姻の契約中にせよその他の場合にせよ、子無くして死んだ場合に自らの財産を相手方に贈与する旨締結された贈与は、その他遺言可能な何か自らに留保している限り、あらゆる者の間で有効である【ナッタ前掲『助言集』助言474】。カストレンシス『助言集』第1巻助言324第1番もはっきり同じ立場に立っている。これらの人々の見解の裏付ける諸点については次の考察を参照せよ。”（Observationes, 554-556. 引用は1616年ケルン刊のテキストによる。）

16) ペトルス・デナイスウスPetrus Denaisius『帝室裁判所法Jus camerale』第7版（1652年シュトラスブルク刊）の付録、ヴォルムザー-G.W. Wormbser編『帝室裁判所人名



当時は皇帝顧問官として帝国宮廷法院Aula Caesaris: Reichshofratに属し、晩年には選帝侯ケルン大司教の尚書長官を務めた)、選帝侯トリーア大司教領代表の陪席判事Adessorを務めた際に「自らの私的便宜のために*usui meo privato*」書き記し、「親しい人々*coniuncti*」の間で回覧されていた「所見集*observationes*」を、「学究者とりわけ帝国の裁判所に入出入りする人々の一般的利益のために*in communem studiosum usum, et praesertim eorum, qui in foro Imperii versantur*」公にせよとの声に依って整理出版したものである。上記考察126では、まず冒頭において、勅法彙纂第5巻第14章第5法文を典拠に、「合意によって遺産が付与され得ないというのは周知の事柄である*pactis haereditatem dari non posse notum est*」とされ、「宣誓を伴う合意であっても無効であるし、法令や慣習法によっても根拠付けることはできない*ne iurata quidem valent, neque statuto aut consuetudine firmari queunt*」との原則が提示されている(第1番)。この原則論自体は、「直前の考察*observatio proxima*」、すなわち、考察125「卑属間の相続分平等協約乃至合意に関する慣習法は有効か否か*An consuetudo de coniunctione sive unione prolium valeat*」で、一般に「アインキンダーシャフト*Einkinderschaft*」と呼ばれる「卑属間の相続分平等合意*uniones prolium*」が「ドイツその他の地域の至る所で慣習法上受容されたり法令により承認されている*passim in Germania, aliisque provinciis, consuetudine receptae, vel statuto comprobatae sunt*」ことに対する「普通法*ius commune*」由来の「反対理由*ratio dubitandi*」として既に詳しく論及されている(考察125第1番から第4番<sup>17)</sup>)。そこでは、「将来の相続の合意、とりわけ、将来の相続財産取得の合意はたとえ宣誓されても無効であるとされるほど徹底して否認されている*pacta futurae successionis, praesertim acquirendae adeo improbata sunt, ut ne iurata quidem valeant*」こと、「相続財産が付与されるのは合意ではなく遺言によってである*haereditas non datur pactis, sed testamento*」こと、「合意が善良の風俗に反するとして無効である

---

録*Judicii camerae imperialis personae*』712頁参照。

17) *Observationes*, 552-553.



場合には法令や慣習法もまた無効であるubi non valet pactum tanquam contra bonos mores, ibi nec statutum, vel consuetudo valet」から「法令や慣習法によっても反対の事柄が受容され導入され得ないneque statuto vel consuetudine contrarium recipi, et introducti potest」こと、「将来の相続財産取得の合意pacta futurae successionis acquirendae」は「善良の風俗に反し死を狙う欲求を惹起するsunt contra bonos mores, et inducunt votum captandae mortis」こと、が典拠と共に手際よく整理されていて、ガイル（の属していた帝室裁判所において）もまた、「相続する旨の積極的合意」を無効とする見解を「諸博士doctores」や「カノン法学者Canonistae」に広く共有された通説として認知していたことははっきり見て取れる。この点は、ガイルと同時代に短期間（1565年2月から1567年6月まで<sup>18)</sup>）、帝室裁判所でプファルツ選帝侯領代表の陪席判事を務めたハルトマン・ハルトマンHartmann Hartmann(生没年不詳)と同選帝侯宮廷顧問官を務めたベルンハルト・ヴルムザーBernhard Wurmser(生没年不詳)による『一部は選帝侯ルートヴィヒ並びにフリードリヒ宮中伯陛下の正義溢れる選帝侯顧問会、一部は偉大なる帝室裁判所にて収集された実務考察集Practicae observationes, partim in iustissimo Electorali consistorio illustrissimorum Comitum Palatinorum, Ludovici et Friderici Electorum, partim in amplissimo Camerae Imperialis iudicio collectae』（1570年初版）にも確認することができる。すなわち、ハルトマンの手になる第2巻の第21章「合意及び和解についてDe pactis et transactionibus」考察3「合意によって遺産は付与されないPacto haereditas non datur」には、「親族外の者つまり無遺言時に相続しない者によって嫁資証書に挿入された、妻の財産が妻の死後にその者に帰属する旨の合意や、夫によって嫁資証書に挿入された、妻の財産が夫自身に帰属する旨の合意は無益であり無効であるpactum in dotali instrumento interpositum ab extraneo, id est, ab eo qui ab intestato non succedit, ut bona mulieris post eius mortem ad eum pertineant, vel interpositum a viro, ut bona ad ipsum maritum pertineant, est inutile, et non valet」とあり、「この将来の

---

18) Wormbser, Iudicii camerae imperialis personae, 714.

相続に関する私人間の合意が無効である理由は死を狙う欲求を惹起するからである *ratio est, quare hoc pactum futurae successionis inter privatos non teneat, quia votum captandae mortis inducit*<sup>19)</sup>とされている。

一方、考察126の主題は、相続合意無効の原則に対する例外であった。その例外とは、「相互的で互換的な合意 *mutuum et vicissitudinarium pactum*」であり、例えば、「二者あるいはそれ以上の数の者の間で、他方が子無く亡くなった場合にその財産が存命者に帰属する旨合意された *inter duos vel plures conventum est, quod alterutro sine liberis mortuo, ad superstitem bona perveniant*」場合がこれに当たるとされる。そのような場合、合意は、「相互的で互換的であるために、相手方の死を望むといった例の不吉な疑念は排除される *mutuum et reciprocum est, tollens sinistram illam suspicionem desiderandi mortem alterius*」から、良俗に反することなく「有効 *valet*」であるし、また、「財産が将来の相続として約束されたのではなく、何れかが子無く亡くなったならばとの条件付の債務が存するだけで、そのような債務は条件成就によって合意時にまで遡及し無条件と見なされる *bona non promittuntur ut futura successio, sed est obligatio conditionalis, si alteruter sine liberis praemoriatur, quae obligatio eveniente conditione, ad tempus conventionis retrotrahitur, et pro pura habetur*」から、そもそも「将来の相続 *futura successio*」に関する合意には当たらないというのである(第2番)。合意の「相互的 *mutuum*」な性質を根拠に「相手方の死を望む不吉な疑念 *sinistra suspicio desiderandi mortem alterius*」を退ける前者の議論は、考察125で言及済みの相続合意原則無効論の枠内で、合意の有効性を論証するものであるが、「条件付債務 *obligatio conditionalis*」の発生と条件成就による遡及効を根拠に「将来の相続」との関わりそのものを否定する後者の議論は、シュルフの鑑定意見では全く想定されていなかったものである。ガイルは、この後者の議論を、「合意中に言及された財産は、債務によって、つまり、生存者間の贈与に基づいて直ちに義務づけられるが、付加された条件によってその履行が延期され停止さ

---

19) *Practicae observationes*, 250. 引用は1570年バーゼル刊初版による。

れている *bona in pactum deducta, statim ex obligatione, et ex causa donationis inter vivos debentur, sed exactio ob conditionem appositam ad tempus mortis differtur et suspenditur*」と敷衍しており、上記の「相互的合意 *mutuum pactum*」が「生存者間の贈与 *donatio inter vivos*」の一種と解されていることが分かる。そして、それは、「相互的合意」の更に具体的な事例として、「相互に相続する旨の配偶者間の贈与乃至合意 *donationes et pacta reciproca de succedendo inter coniuges*」に言及する前提となっており、夫婦間の嫁資合意を扱ったシュルフの鑑定意見との関連で注目されるのもこの箇所である。ガイルによれば、「婚姻相手が亡くなった場合、生存配偶者は子の無い限り亡くなった配偶者を相続する *alterutro coniugum mortuo, superstes, liberis non extantibus, defuncto coniugi succedat*」旨の「配偶者間の贈与 *donationes inter coniuges*」は「婚姻継続中を通じて常に有効 *statim constante adhuc matrimonio valent*」であり、「日常に見られるように、嫁資合意ではこの種の取り決めが交わされるのが一般的で、それらの取り決めは当然に有効で確定的である *sicut quotidie in pactis dotalibus huiusmodi conventiones fieri consueverunt, quae de iure validae et firmae sunt*」とされる(第3番)。ここでは、夫婦間で相互に相続する旨の「嫁資合意 *pacta dotalia*」が「日常的 *quotidie*」に見られる事象として想定されており、それを「当然に有効で確定的 *de iure valida et firma sunt*」と解するガイルの考察は、シュルフの鑑定意見と真っ向から対立するように見える。

相互に相続する旨の「夫婦間贈与」を有効とする典拠として、ガイルはまず、学説彙纂第24巻第1章「夫婦間の贈与について *De donationibus inter virum et uxorem*」第7法文第2節(「夫と妻が相互に5を贈与することとし、夫はそれを保持し、妻は費消してしまった場合、贈与について相殺を為すことは正当であり、神皇ハドリアヌス帝はその旨定めている *si vir et uxor quina invicem sibi donaverint, et maritus servaverit, uxor consumpserit, recte placuit compensationem fieri donationum; et hoc divus Hadrianus constituit*」)を引用している。この法文にあるとおり、「相互に *invicem*」贈与した夫婦間での「相殺 *compensatio*」が有効であるとすれば、その前提として夫婦間贈与が有効で

あったはずであるとの解釈で、相互的な夫婦間贈与を有効とする根拠をこの法文に求めることも確かに不可能ではない。しかし、周知のとおり、ローマ法上、夫婦間贈与は、元来無効であり（「我々の間では、慣習上、夫婦間の贈与が無効であると見なされている *moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent*」<sup>20)</sup>、撤回しないまま贈与者が死亡した場合に有効とされるにすぎないので（「贈与した者が後悔するのは正しいけれども、贈与した者の最終的な意思に恐らくは反する仕方でも相続人がそれを奪ってしまうのは無情で強欲である *fas esse, eum quidem, qui donavit, paenitere: heredem vero eripere, forsitan adversum voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse*」<sup>21)</sup>）、相殺に関わる上記法文も、将来撤回しないまま死亡した場合に有効となり得るという意味で効果不確定の贈与を相殺によって確定的に無効とすることを認めたにすぎないと解する方が整合的であり<sup>22)</sup>、そうである以上、夫婦間贈与が「当然に有効で確定的」である論拠としては極めて薄弱と言わざるを得ない。また、上記法文で扱われている贈与の相互性に着目するとしても、それはあくまで双方生存中の財産移転であって、死亡を条件とする財産移転などではなく、典拠としてはやはり不十分である。ガイルは上記法文と並べて夥しい数の文献を引用されており（明示された論者の数だけでも、相互に相続する旨の夫婦間贈与の有効性を認める論者が6名、「相互に相続する旨の合意 *pacta mutua de succedendo*」一般が有効で「生存者間贈与の一種 *species donationis inter vivos*」に当たると解する者は12名に上る）、そこには法文上の典拠不足を補う意図があったものと考えられる。それらの文献の中に

---

20) D. 24, 1, 1.

21) D. 24, 1, 32, 2.

22) 中世ローマ法学の成果と伝統の枠内で議論するシュルフやガイルの見解を検討する文脈では、学説彙纂第24巻第1章第7法文第2節に言うハドリアヌス *Hadrianus* 帝（在位117-138年）の勅法と、同章第32法文に言うカラカラ *Caracalla*（マルクス・アウレリウス・アントニヌス *Marcus Aurelius Antoninus*）帝（在位198-217年）の「元老院における演説 *oratio in senatu habita*」（206年）との前後関係を人文主義的関心を以て配慮する必要はないであろう。

は、ヤーソンの法文注釈も含まれていて、その内容を確認することは、同じくヤーソンに依拠していたシュルフの見解との比較対照にとって有用であろう。

ガイルはヤーソンの法文注釈を三箇所引用している。一つ目は、勅法彙纂第3巻第28章「不倫遺言についてDe inofficioso testamento」第12法文に対する注釈第2番<sup>23)</sup>である。この法文には、「父が、(汝がその保佐人であると申立てる)娘の息子を2分の1、娘自身を3分の1、妻を残りの6分の1の相続人と記して、息子等には、息子等の内の誰かが25歳になる前に亡くなった場合にはその持分は存命の子等に回復するよう信託遺贈し、また、妻には、相続を原因に妻に帰属したものは妻の死後に子等に回復するよう信託遺贈した場合、この

---

23) “く2. 婚姻中に夫婦間で、相手方が亡くなった場合には残された者が財産を取得するというような仕方では為された相互的な贈与は有効であり存続する。第二に、キヌス、バルドゥス、サリケト、及び、現代の人々の当法文の注釈は当法文を根拠に、婚姻中に夫婦間で、相手方が亡くなった場合には残された者が財産を取得するという仕方では為された相互的な贈与は有効であり存続する、と述べている。そのような贈与が単なる無償処分ではない点に注意すべきである。というのも、他の場合、そのような贈与は当然に無効であり、それに基づいて為された引渡も無効であるので【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第3法文10節】、学説彙纂24巻1章及び勅法彙纂5巻16章「夫婦間の贈与、親から子に為された贈与、並びに、追認について」に対する大きな制限となるからである。また、ルドウィクス・ロマヌスも『重要論点集』論点820の「相互に贈与することが禁止される云々」に始まる箇所、バルドゥスが当第12法文の注釈でキヌスの権威に依拠していることに驚いている。というのも、この点については、適切な場所に明確な法文のテキスト、つまり、学説彙纂24巻1章第7法文2節が存しているからである。これは次のように解すべし。すなわち、バルドゥスはこのテキストを敢えて引用しなかったのである、と。その理由は、私の考えでは、論点には無関係であるからである。つまり、この第7法文2節で言及される相互的な贈与は双方において現実に効力を生じ、それ故双方とも損失を被るわけではないから同法文にあるとおり双方にとって有効であるのに対して、我々の事案では、贈与は相互的であるが、現実に効力を生じるのは、何れに生じるかは不確定ではあるとはいえ、一方においてだけである。それでも、私は諸博士の結論を以下の四点から支持する。”(In primam Codicis partem commentaria, 138. 引用は1598年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

種の信託遺贈に基づく回復によって母の取得分も娘の兄弟の取得分も娘に帰属する可能性がある以上、遺言者の正当な判断に対していわれなき不倫遺言の訴えを提起してはならない*si pater puellae (cujus vos curatores esse dicitis) filio ex semisse, ipsa autem ex triente, et uxore ex reliquo sextante scriptis heredibus, fidei filiorum commisit, ut si quis eorum intra viginti quinque annos aetatis decederet, superstitionibus portionem suam restitueret: praeterea uxori, ut id, quod ex causa hereditatis ad eam pervenisset, filiis post mortem suam restitueret, fidei commisit: calumniosam inofficiosi actionem adversus justum iudicium testatoris instituere non debetis: cum ex huiusmodi fideicommissaria restitutione tam matris quam fratris ejus portio ad eam poterat pervenire*」、とあるが、ヤーソンの注釈の冒頭で、「何れも等しい期待を有していて結果は不確定である以上、子等に争いが生じることはないから、子等の間に設定された相互的な信託遺贈によって子等が不利益を受けるとは解されない、と当法文では述べられている*propter reciprocum fideicommissum inter filios iniunctum non censentur filii gravati, ut eis quaerela competat, eo quia habent aequalem spem, et dubius est eventus. hic dicitur*」と要約されているとおり、内容の相互性を根拠に信託遺贈の有効性を確認するものにすぎない。ところが、ヤーソンによれば、死亡者のものを存命者に与える信託遺贈を有効とする当法文を手掛かりに、「婚姻中に夫婦間で、相手方が亡くなった場合には残された者が財産を取得するという仕方で為された相互的な贈与は有効であり存続する *donatio reciproca facta inter coniuges constante matrimonio isto modo, si contingat alterum praemori, superstes habeat bona, et tenet*」と主張する見解が存するとされ、ヤーソン自身この見解に結論としては賛意を示している。ガイルによって引用されたのはその箇所である。

既に見たとおり、ローマ法上、夫婦間贈与は無効であり、ヤーソンも、「履行された事柄も当然に無効になるという趣旨で夫婦間贈与が禁止されていることに注意すべきである。従って、贈与された物が現に存するとしても、如何なる引渡も無効である。また、受領問答契約諾約者に対して約束され受領記入されたとしても無効である。なぜなら、夫婦間贈与を原因として為された事柄は

全く無益であるから *Sciendum est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem, ut ipso jure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit, quod donatur, nec traditio quicquam valet. Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet: ipso enim jure, quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur, nullius momenti sunt*」とする法文(学説彙纂第24卷第1章第3法文第10節)を引用して、この点を確認している。自らの死後に配偶者に財産を取得させる相互的な夫婦間贈与についてその有効性を認める見解が極めて例外的で特殊であることを、ヤーソンはまず強調しているわけである。その一方で、この見解は、ヤーソンの引用が示すとおり、キヌス、バルドゥス、バルトロマエウス・デ・サリケト *Bartholomaeus de Saliceto*(?-1412年)、ルドウィクス・ロマヌス *Ludovicus Romanus*(ルドウィクス・ポンタヌス・デ・ローマ *Ludovicus Pontanus de Roma*: 1409-1439年) といった権威に加え、「現代の人々 *Moderni*」にも広く支持されていた。ここで注目されるのは、ガイルが典拠法文として唯一挙げていた前掲学説彙纂第24卷第1章第7法文第2節に対するヤーソンの評価である。ヤーソンは、この法文の「明白なテキスト *textus expressus*」を典拠として引用せずに「キヌスの権威に依拠している *nititur auctoritate Cyni*」としてバルドゥスを批判したロマヌス説に言及し、「バルドゥスはこのテキストを取って引用しなかったのである *Baldus neglexit allegare illum textum*」、とバルドゥスを擁護している。ヤーソンによれば、この第7法文第2節が典拠とならないのは、「そこで言及される相互的な贈与が、双方において現実に効力を生じ、それ故双方とも損失を被るわけではないから同法文にあるとおり双方にとって有効であるのに対して、我々の事案では、贈与は相互的であるが、現実に効力を生じるのは、何れに生じるかは不確定ではあるとはいえ、一方においてだけである *ibi nota donatio mutua ex utraque parte re ipsa habet effectum, et ideo quia neuter fit pauperior, ut ibi dicit textus valet ex utraque parte, sed in casu nostro, quamvis ista donatio sit reciproca, tamen re ipsa non habebit effectum, nisi in uno, quamvis incertum sit in quo*」からだとされる。その際、ヤーソンは、「それでも私は諸博士の結論を支持する *tamen istam conclusionem doctorum firmo*」と付言しており、



自らの死後に配偶者に財産を取得させる相互的な夫婦間贈与の有効性を第7法文第2節に依拠せずに認めるのが、結局、ヤーソン自身の立場ということになる。ただし、このヤーソンの注釈を引用したガイルは、バルドゥスとロマヌスを区別せずに引用しており、第7法文第2節が典拠足り得るか否かという議論には無頓着のようである。

ところで、ヤーソンは、上記注釈の続き(第3番から第7番<sup>24)</sup>)で、「諸博士の結論conclusio doctorum」を「四つの点からex quattuor」論証し、その拡

---

24) “〈3. 登録のない400アウレウスを超える贈与は無効であるが、相互的あるいは交互的な贈与については登録は不要である。〉第一に、他の場合であれば、登録のない総額400アウレウスを超える贈与は無効であるが【勅法彙纂8巻54章「贈与について」第30法文、学説彙纂39巻5章「贈与について」第23法文へのバルトルスその他の注釈、勅法彙纂1巻2章「聖なる教会、その財産及び特権について」第19法文へのバルドゥスの注釈】、相互的あるいは交互的な贈与は、アンゲルス『助言集』助言179の「前記書面に照らして云々」で始まる最終段に従えば、登録は不要とされるからである。この箇所ではアンゲルスは、それが本来的な意味で贈与ではないとの理由からそのように考えているが、デュランティス『法の鏡』「文書作成について」の章「更に云々」の節へのヨアンネス・アンドレアエの注解最終段を引用すべきであった。そこでは、父の財産を共有し、生き残った方が受け取るべく双方が他方に自らの持分を贈与した二人の兄弟について、これは登録をしなければ無効である贈与であるとの異論が提示され、これは単なる贈与ではなく交互的な贈与であるとの反対の判断が採用されている。彼より前にはオルドラドゥス・デ・ラウデ『助言集』助言139がそのように解しており、アルベリクスとサリケトの勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文の注釈、イモラ、ルドウィクス・ロマヌスの学説彙纂39巻5章第27法文の注釈、師アレクサンデルの勅法彙纂2巻3章第19法文の注釈もこれに従っている。〈4. 追奪担保責任を負わない旨合意した者でも目的物が追奪されるならば代価相当分について責任を負う。〉第二に、論拠となるのは、追奪担保責任を負わない旨合意した者でも目的物が追奪されるならば代価相当分について責任を負わねばならないところ【学説彙纂19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第12法文〔第11法文12節〕】、相互の引渡があってそのように合意された場合には、目的物の追奪に際して代価についても責任を負わないという点である【勅法彙纂3巻38章「遺産分割請求訴権と共有物分割請求訴権の共通事項」第9法文の標準注釈、二つの大注釈の半ば付近が

唯一の典拠】。第三に、市民法上、合意に関わる宣誓からは、別の原因の支えがない限り、有効な債務や訴権は生じないけれども【学説彙纂38巻1章「被解放者の労務について」第7法文前書、バルトルスの同箇所注釈、バルトルスの学説彙纂46巻1章「保証約束及び保証委託について」第56法文前書の注釈】、当事者が相互に宣誓した場合には、市民法上、相互性故に前書訴権が生じるという点も論拠となり、バルドゥスが封建法書2巻53章「臣下の間では平和が保持され、宣誓を以て確認され保証されるべきことについて」第3節の注釈について疑問を留保しつつ恐らくそのように述べている。〈5. 相手方に対して追放者を受け入れない旨の君主の約束は現在追放中の者についての約束と解されるけれども、二人の君主あるいは二つの都市の間で交わされた相互的な約束はその相互性故に将来にも及ぶ。〉第四に、アンゲルスが『助言集』助言261で支持していない点も論拠となる。それはすなわち、相手君主に対してその追放者や反逆者を受け入れない旨の君主の約束は、現在追放中の者についての約束と解されるけれども【学説彙纂34巻2章「金、銀、装身具その他の遺贈について」第40法文の趣旨】、二人の君主や二つの都市の間で交わされた相互的な約束は、相互性故に、将来の追放者や反逆者にも及ぶという点である。これは、便益や好意よりも損害や悪意を多く引き起こすことはないからであり、学説彙纂17巻2章「組合訴権」第3法文の良きテキストをここで引用できるし、バルトルスの注釈が述べているのもそのような趣旨である。〈6.〉上記結論を、パウルス・デ・カストレンシスの当法文注釈末尾は次のように拡張している。すなわち、当該結論は、贈与が生存者間のものであると解されるとしても妥当し、学説彙纂39巻6章「死因贈与について」第27法文に照らして、撤回不能であり、しかも、直ちに有効で、死亡による確定は不要であるので、引渡の介在さえ要しない、と。パウルスは、この点が有益で頻繁に生じ得るから特に心に留めるべき旨述べているが、キヌスその他の人々によればそのように説明されていない。ところで、バルトルスは、引渡を要しないという点を、学説彙纂24巻1章第32法文14節、「更に云々」の行の文言「相互に為された贈与」に照らして拒絶しているが、ここでは、相手方が先に亡くなったならばという相互的条件の下で為された生存者間の贈与が問題となっていたわけではない、と答えるべきである。〈7.〉次に、上記結論は以下のように制限すべきである。すなわち、上記結論は、そのような相互的な贈与が夫婦間で同時に一度に為された場合に妥当し、間隔が置かれた場合には、何れの贈与も無効となるはずであるので、この限りではない、と【学説彙纂24巻1章第48法文】。この法文については、ルドウィクス・ロマヌスだけが『重要論点集』前掲論点820で考慮しており、上記原則を制限

張と制限についても言及している。ヤーソンが論拠として指摘するのは、「他の場合であれば、登録のない総額400アウレウスを超える贈与は無効であるところ、相互的あるいは双方向的な贈与については登録は不要とされる *licet alias donatio quae excedit summam quadringentos aureos sine insinuatione, non valeat, tamen donatio mutua vel vicissitudinaria non eget insinuatione*」という点(第3番)、「追奪担保責任を負わない旨合意した者でも目的物が追奪されるならば代価相当分について責任を負わねばならないところ、相互の引渡があってそのように合意された場合には、目的物の追奪に際して代価についても責任を負わない *nam qui convenit ne teneatur de evictione, tamen re evicta tenetur ad rationem pretii, tamen ubi est mutua traditio, et ita conventum, re evicta non tenetur aliquis etiam ad pretium*」という点(第4番前段)、「市民法上、合意に関わる宣誓からは、別の原因の支えがない限り、有効な債務や訴権は生じないけれども、当事者が相互に宣誓した場合には、市民法上、相互性故に前書訴権が生じる *licet de iure civili ex iuramento promissorio non subsistente alia causa non oriatur efficax obligatio vel actio, tamen quando partes, invicem iurarent, oriretur de iure civili actio praescriptis verbis propter vicissitudinem*」という点(第4番後段)、「相手君主に対してその追放者や反逆者を受け入れない旨の君主の約束は、現在追放中の者についての約束と解されるけれども、二人の君主や二つの都市の間で交わされた相互的な約束は、相互性故に将来の追放者や反逆者にも及ぶ *licet promissio unius principis facta alteri de non receptando bannitos, vel eius rebelles, intelligatur de his qui de praesenti banniti sunt, tamen mutua promissio facta inter duos principes vel duas civitates refertur etiam ad futuros, ratione vicissitudinis*」という点(第5番)の四つである。これらは何れも、法源そのものではなく既

---

している。ただし、この法文で言及されているのは単純な贈与であるのに対して、ここで問題しているのは死後に履行される贈与であることに注意すべきであり、それ故、たとえ一度に為されずに、一方が先に為されても構わないと解される。”(In primam Codicis partem commentaria, 138. v.)

存の学説に由来するものであり、しかも、高額贈与の「登録insinuatio」、売買上の「追奪担保責任evictio」、いわゆる無名踐成契約における「前書訴権actio praescriptis verbis」、*「追放者banniti」*や「反逆者rebelles」の処遇をめぐる君主乃至都市間の約束といったように、夫婦間贈与とは本来無関係の事柄である。他方で、これらは、合意の「相互性vicissitudo」が本来認められていない効力を例外的に生じさせるという点では共通しており、互いに死亡した相手方の財産を承継する旨の夫婦間贈与の例外的有効性の論拠もこの合意の「相互性」に求められるべきだというのが、ここでの一見奇妙な議論の趣旨と解される。更に、ヤーソンは、この夫婦間贈与の例外的有効性を、当該贈与が「撤回不能であり、しかも、直ちに有効で死亡による確定は不要であるので、引渡の介在さえ要しない*non potest revocari, et erit statim valida, nec egebit confirmatione per mortem, et sic non requirit interventum traditionis*」という意味で更に拡張徹底するパウルス・デ・カストロPaulus de Castro(?-1441?年)の見解を肯定的に紹介している(ガイルの引用の中にも「カストレンシスCastrensis」の名が見える)。一方、「上記結論praedicta conclusio」の制限については、「既に夫が妻に贈与したのも依然として夫のもとに留まっており、夫はそれを取り戻すことができるし、妻から夫に多額の遺贈が為されたという点も問題とならない*quae jam nuptae maritus donavit, viri manent, et potest ea vindicare: nec quicquam refert, quod ampla legata ab uxore ei relicta sunt*」との法文(学説彙纂24卷1章第48法文)に依拠して、「上記結論」は「そのような相互的な贈与が夫婦間で同時に一度に為された場合に妥当し、間隔が置かれた場合には、何れの贈与も無効となるはずであるので、この限りではない*procedit quando talis reciproca donatio inter coniuges esset facta simul et eo tempore, secus si ex intervallo, quia neutra valeret*」とするロマヌスの見解に言及があるが、ヤーソン自身はこれに与していない。「その法文で言及されているのは単純な贈与であるのに対して、ここで問題しているのは死後に履行される贈与であることに注意すべきであり、それ故、たとえ一度に為されずに、一方が先に為されても構わないと解される*quia ille textus loquitur in donationibus puris: hic autem erat collata post mortem, ideo videtur sufficere alteram prius fieri, licet non*

eodem tempore」というのである。

以上のようなヤーソンの議論については、それがあくまで夫婦間贈与に特化されたものであることに注意する必要がある。ヤーソンは、夫婦間の相続には一切ふれておらず、本来無効である相続合意が例外的に有効になる形式として「夫婦間で為された相互的贈与donatio reciproca facta inter coniuges」を取り上げているわけではない。相互的な夫婦間贈与の有効性は夫婦間贈与一般が無効であることの例外であって、これを、「合意によって相続財産はもたらされないpactis haereditatem dari non potest」との原則に対する例外と捉える意図などは、ヤーソン自身にもその引用する諸論者にもなかった。ガイルもこの点は認識していたようであり、「相互に相続する旨の合意」の拡張としてガイルの指摘する二点、すなわち、有効要件として「引渡や受領は不要である」こと(考察126第4番)、及び、合意成立後は「撤回不能である」こと(第5番)は、ヤーソンが相互的な夫婦間贈与の拡張として指摘したところと重なるけれども、ヤーソンの注釈は引用されていない。その一方で、ガイルは、相続合意無効の原則の例外として「相互に相続する合意pacta mutua de succedendo」の有効性を認める文脈で、ヤーソン等が有効とみなした相互的な夫婦間贈与を具体例に挙げている。ここでは、従来関連のないまま議論されていた二つの問題(相続合意と夫婦間贈与)が意図のかつ巧妙に結びつけられているのである。

ガイルは、「相互に相続する旨の合意」が「夫婦間贈与donationes inter coniuges」ではなく「生存者間贈与donationes inter vivos」一般として有効である旨主張する論者としても、ヤーソンを挙げている。引用されているのは、勅法彙纂第3巻第28章第12法文の注釈第3番と学説彙纂第45巻第1章第61法文の注釈第19番<sup>25)</sup>の二箇所である。前者では、既にみたとおり、自らの死後に財産を取得させる夫婦間贈与を有効とみなす根拠の一つ目として、相互的合意に

25) “19. 特定の財産を存命中も遺言によっても処分しない旨の貴族間の合意は存命中有効である。第三に、私のみるところ、専らそのようなバルトルスの学説[贈与物について贈与者存命中の自由な処分を認める合意は、贈与者死亡後の処分行為は含まれず受贈者の自由な遺言権能を奪うことにはならないから有効であるとする見解]に依拠して、パウルス・デ・カストロが、『助言集』助言165において、特定の

財産を存命中も遺言によっても処分しない旨のある貴族間の存命中の合意は有効である、と見事に判断している。私自身、しばしばそのバルトルスの学説に従って助言している。第一に、アスティ市において、デ・スカランピス家の貴族の間である合意と和解が交わされ、そこには、女子は受封地であれ自由保有地であれ不動産を相続せず、彼らが女子を残し男子を残さずに無くなった場合には別の男性親族が女子を排して相続できる、とあった件につき助言した。それらの宣誓された合意や和解が有効であるのか吟味した上で、私は有効であると助言し、バルトルスの当法文注釈の見解を引用した。更に言えば、実際にそのようなことが起こったとしても私は同じように助言したであろう。というのも、バルトルスが当法文注釈で学説彙纂42巻8章「債権者を害して為された事柄は回復されるべきこと」第17法文1節を採用して述べているとおり、当該合意や和解が交わされたのは不動産についてであり、動産については遺言者は遺言可能で、それ故、自由な遺言能力を奪うことはないからである。第二に、同じ都市において、異なる形式の別の合意について、デ・アシナリリス家の貴族間の存命中の合意が有効であると助言した。その合意とは、彼らの兄弟も息子も、また、彼らの相続人や承継人も、永久に、ある特定の不動産については、何らかの仕方で譲渡したり遺言を作成したりすることはできず、もし当該不動産について売却、譲渡、贈与、遺言が為された場合には、その売却、処分、贈与、遺言は法律上も事実上も無効となり、兄弟やその子孫等に帰属する、というものであったが、ある者が上記の除外不動産について自己の妻に遺贈するという事件が生じた。モンフェッラート伯領元老院において、当該合意が有効か否か長い間審理討議され、これを疑い無効である考える人々が多かったけれども、私は、バルトルスの上記学説に従って、この合意は包括的なものではなく特定の財産にのみ関わるものであるから有効であると助言した。第三に、アルプスの向こう側で助言した。ここでは、共に男子を有する二人の大貴族の兄弟が互いに、もし何れかが男子無く女子のみ残して亡くなった場合、全ての不動産及び動産は男子を有するもう一方に帰属し、女子は他の女子が既に嫁資を付与されたのに合わせて嫁資を付与されるべき云々、と合意していた。私は、一定の留保事項があり、その留保事項は如何なる場合にも常に有効であるから、当該合意は有効であると助言した。その際私を動かしたのは、パウルス・デ・カストロの『助言集』助言166や既に引用したバルトルスその他の諸博士の助言であった。また、他に二つの根拠によって私はそのように解すべく動かされた。一つには、複数の者が互いに、その内の一人が子無しに亡くなった場合、存命の他の者もしくはその子等が死亡者のある特定の財産を取得する旨合

ついで高額であっても登録不要であると指摘されている。その際、ヤーソンは、「父の財産を共有し、生き残った方が受け取るべく双方が他方に自らの持分を贈与した二人の兄弟 *duo fratres habentes in communione bona paterna, et quilibet eorum donabat alteri partem suam, quam supervivens haberet*」について、「単なる贈与ではなく交互的な贈与である *non est mera donatio, sed vicissitudinaria*」との理由で、「登録をしなければ無効である *sine insinuatione non valet*」との異論が退けられ「反対に判示された *contrarium fuisse determinatum*」旨証言するヨハンネス・アンドレアエの見解（グイレルムス・デュランティス *Guilelmus Durantis* [1237?-1296年] の『法の鏡 *Speculum juris*』第2巻の「文書作成について *De instrumentorum editione*」第14節の注解<sup>26)</sup>）にもふれており、ガイルが着目したのもこの部分である。ヤーソンはこの箇所と同趣旨の論者としてアンドレアエとほぼ同時期のオルドラドゥス・デ・ポンテ・デ・ラウデ *Oldradus de Ponte de Laude* (?-1335年) にも言及しており、少なくとも14世紀前半には、兄弟間の相続合意が相互的な贈与という形

---

意した場合、そのような合意は全財産に関する包括的な合意ではないので法によって否認されないという別の箇所既に是認済みの諸博士の判断が福音のごとく私の手元にあったからである。二つには、勅法彙纂4巻11章「相続人からあるいは相続人に対して訴権が行使される場合」第1法文に照らせば、当該合意は、死亡者の死亡後に履行されるとはいえ、生存者間の現在の契約に由来すると言えるからである。オルドラドゥスも『助言集』助言139においてそのような趣旨で助言しており、この助言を、ヨアンネス・アンドレアエがデュランティス『法の鏡』「文書作成について」の「更に云々」の節注解最終段で参照しこれに従っている。彼らには、アルベリクス・デ・ロサーテとサリケトの勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文注釈、アンゲルス〔・デ・ウバルディス〕の学説彙纂42巻5章「裁判官の命令による物の占有付与及び売却について」第7法文及び勅法彙纂8巻54章「贈与について」第34法文の注釈、イモラ及びロマヌスの学説彙纂39巻5章「贈与について」第27法文注釈も与している。” (In *secundam Digesti novi partem commentaria*, 84. r.-v. 引用は1598年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

26) 1612年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストでは第2巻360頁の注解hの中に対応箇所が見出される。



式を以て実際に行われていたことになる。

後者の第61法文注釈では、相続放棄を条件とする贈与を良俗に反するとして無効とする同法文との関連で、「特定の財産を存命中も遺言によっても処分しない旨のある貴族間の存命中の合意 *conventio in vita inter aliquos nobiles, de non alienandis certis boins in vita, nec in ultima voluntate*」は、他の財産に付いて「自由な遺言権能を奪わない *non aufert liberam facultatem testandi*」から「有効である *valet*」とする見解が言及され、この見解に依拠したヤーソン自身の助言事案が三つ（ピエモンテ *Piemonte* 地方のアスティ *Asti* 市の貴族に依頼されたものが二件、「アルプスの向こう側 *ultra montes*」の貴族に依頼されたものが一件）が紹介されている。助言対象は何れも貴族親族間で家系存続のために交わされた相続合意であり、順に、「女子は受封地であれ自由保有地であれ不動産を相続せず、彼らが女子を残し男子を残さずに亡くなった場合には別の男性親族が女子を排して相続できる *quod feminae non succederent in bonis immobilibus tam fudalibus quam allodialibus, sed si contingat eos mori sine masculis relicta femina, quod alter coniunctus succedere valeat exclusa femina*」との合意、「彼らの兄弟も息子も、また、彼らの相続人も承継人も、永久に、ある特定の不動産については、何らかの仕方で譲渡したり遺言を作成したりすることはできず、もし当該不動産について売却、譲渡、贈与、遺言が為された場合には、その売却、処分、贈与、遺言は法律上も事実上も無効となり、兄弟やその子孫等に帰属する *quod aliqui ipsorum fratrum seu filii, nec eorum haeredum sut successores in infinitum possent aliquo modo alienare seu ultimam voluntatem condere circa certa bona immobilia, et si contingeret vendi, alienari, donari, aut testari, quod ipso iure et facto venditio, alienatio, donatio, testamentum essent irrita, et quod deveniant in ipsos fratres, vel in eorum descendentes*」との合意、「もし何れかが男子無く女子のみ残して亡くなった場合、全ての不動産及び動産は男子を有するもう一方に帰属し、女子は他の女子が既に嫁資を付与されたのに合わせて嫁資を付与されるべき *quod si contigeret aliquem eorum mori sine filiis masculis, relicta filia, omnia bona mobilia et immobilia deveniant ad alium qui habeat filios masculos, et*

foeminae debeant congruenter dotari, secundum quod aliae foeminae fuerunt dotatae]との合意について、それぞれその有効性が問われ、ヤーソンは全てについて有効である旨助言したようである。これらの相続合意を有効とする理由としては、最初の二件には、合意対象とされた不動産以外の財産については「自由な遺言権能を奪わないnon aufert liberam facultatem testandi」という見解がそのまま妥当するのに対して、最後の一件については、女子に対する嫁資の「留保reservatio」故にやはり「全財産に及ぶ包括的合意conventio universalis de omnibus bonis」とは言えないことと、合意が「死亡者の死亡後に履行されるとはいえ生存者間の現在の契約に由来しているprovenit ex praesenti contractu inter vivos, licet collata post mortem defuncti」ことの「二つの論拠duo fundamenta」が提示されている。

「相互に相続する旨の合意pacta mutua de succedendo」が「生存者間の贈与の一種species donationis inter vivos」として有効である解する典拠の一つに、このヤーソンの第61法文注釈を引用したガイルが、三つ目の助言対象の貴族兄弟間の「相互に相続する旨の合意」が「生存者間の現在の契約praesens contractus inter vivos」であるが故に有効とされた箇所に着目したのは明らかである。しかも、この箇所でヤーソンが引用する典拠は、アンドレアエヤオルドラドゥスを初めとして、前述の第12法文注釈第3番で引用されたものと完全に一致する。合意の相互性を論じた第12法文注釈とは着眼点が異なり、ヤーソン自身も注釈の相互参照を求めているが、両注釈を並べて引用することには大きな利点がある。というのも、第61法文注釈が、良俗違反や遺言権能剥奪を根拠に相続合意を無効とする原則を前提としていることは、文脈上明らかであり（当注釈の第11番と第12番<sup>27)</sup>では宣誓の可否をめぐる「相続する旨の積極的合意pactum affirmativum de succedendo」と「相続しない旨の消極的合意pactum negativum de non succedendo」の区別についても詳論されている）、この注釈と、相互的な夫婦間贈与の有効性を論証する第12法文注釈との典拠の共通性は、相互的な夫婦間贈与を「相互に相続する旨の合意」の一つとして相

27) In secundam Digesti novi partem commentaria, 83. r.-v.

統合意無効原則の例外と位置づける可能性を示唆することになるからである。

このようなガイルの巧妙な引用手法は考察の後半部分(第6番から第9番)にも見ることができる。そこでは、「相互に相続する旨の約束が生存者間の贈与のための問答契約によって為された*fit promissio mutua de succedendo per stipulationem causa donationis inter vivos*」場合と、「相互の相続に関する合意による単純な約束が為された*simplex promissio per pactum de successione reciproca*」場合とを区別し、前者は、考察前半で論じられたとおり、「将来の相続の合意ではなく、現在において生存者間で締結された契約から発生する債務関係であり、ただその効果が死後に引き出されるにすぎず、それ故、有効であり撤回不能な形で存続する*non est pactum futurae successionis, sed obligatio descendens ex contractu de praesenti inter vivos celebrato, licet effectum post mortem fortiatur, ideoque valet et tenet irrevocabiliter*」のに対して(第6番)、後者は、「将来の相続の合意*pactum futurae successionis*」に他ならず、たとえ「相互的*mutuum*」であっても、「合意によって遺産は付与されない*pactis haereditatem dati non posse*」との原則どおり「無効*non valet*」とされる(第7番)。そのように「無効」とされる相互相続の「単純な約束*simplex promissio*」の例として、ガイルが挙げているのは、「二者あるいはそれ以上の者が相互に一方が他方を子のない限り相続する旨約束する*duo, pluresve paciscuntur invicem, ut alter alteri, deficientibus liberis succedat*」場合であり、これはヤーソンが第61法文注釈で三つ目に紹介していた助言事案に対応する<sup>28)</sup>。ヤーソンは、既に見たとおり、そのような合意を有効と解していた。ガイルは、このヤーソンの第61法文注釈を再び引用して、相互相続の「単

---

28) 前述のハルトマンの『実務考察集』第2巻の考察の末尾にも、「しかし、複数の者が互いに一人が子の無いまま亡くなった場合には生存者かその卑属が先に亡くなった者の財産中の特定の物を取得する旨合意したならば、そのような合意は、総財産に関する包括的合意ではなく特定の物に関わるだけであるから、法によって否認されない。またそのように否認されないのは、死後に履行されるとはいへ現在の契約に基づくものであるからでもある*Sed si plures inter se paciscantur, quod uno eorum sine liberis decedente, superstitibus, vel eorum liberi habeant certas res de bonis*

純な約束」が例外的に有効となる場合を認めている。すなわち、「総財産に関する包括的な合意 *pactum universale, ratione omnium bonorum*」ではなく、対象を限定した「特定の合意 *pactum particulare*」であれば、「残りの財産については遺言の自由が残されている *in residuo superest liberum testandi arbitrium*」から「有効 *valet*」だというのである（第8番）。ここでは、「生存者間の贈与 *donatio inter vivos*」としての相続合意と「純な約束」としての相続合意（「兄弟間誓約 *fratres iurati*: *Geschworne Brüder*」と「組合 *societas*」が例示されている）というヤーソン自身は想定していなかった区別を前提に、貴族親族間の相続合意について援用された合意対象の特定性という論拠がより広い文脈で用いられていることになる。「相互に相続する旨の合意」は、その相互性故に、「生存者間の贈与」の形式を採るならばそもそも「将来の相続の合意」ではないから有効であり、「将来の相続 *futura successio*」に関する「純な約束」であったとしても、対象財産が特定されている限り、やはり有効なのである。

以上のようなガイルに議論には、ローマ法の建前を維持しつつも相続合意が例外的に有効となる領域を可能な限り確保しようとする姿勢がはっきり見て取れる。そして、そのような姿勢は、ヤーソンの第61法文注釈に紹介された助言事案、つまり、子とりわけ男子がいない場合に備えた家系存続目的の相続合意に特化された仕方徹底されている。ここで主たる典拠とされているのは、ニコラ・ボイエ *Nicolas Bohier* (1469-1539年) の『ブルゴーニュ高等法院判決集 *Decisiones supremi senatus Burdegalensis*』(1544年初版) とマルコ・アントニオ・ナッタ *Marco Antonio Natta* (?-1568年) の『助言解答集 *Consilia sive responsa*』(1558年初版) という同時代の文献である。ガイルの叙述は、前者

---

*praedefuncti, talis conventio non est a iure improbata, eo quod non est universalis de omnibus bonis, sed de certis rebus tantum. Item quia provenit ex praesenti contractu collatio post illius mortem.* (Practicae observationes, 251.)、とあって、ヤーソンの見解（ただし第61法文注釈ではなく、そこで紹介された助言が『助言集』から直接引用されている）が典拠として引用されているが、ガイルのように相続合意の法形式について「生存者間の贈与」と「純な約束」とを区別しているわけではない。

の判決355第3番からほぼ原文どおりに抜粋されたものであり、そこには、「家系存続のために兄弟間で為されたそのような相互的な贈与、組合、兄弟間誓約は有効であり、その他の人々の間で締結された場合でも、婚姻の契約中にせよ別の場合にせよ、ある者が子の無いまま亡くなった場合に全財産を相手方に贈与し自らには遺言の権利のために何らかのものを留保しておくために為されたものは有効であると一般に解されている*communiter tenetur talem donationem societatem, et fraternitatem reciprocam valere inter fratres ratione conservationis agnationis factam, et inter alios initam, tam in contractu matrimonii, quam alias, per quam quis alteri donat omnia bona si sine liberis decedat et aliquod sibi pro iure testandi retinuit*」<sup>29)</sup>、とある。この一節を引用したガイルの意図は必ずしも明らかではないが、考察の文脈上、「家系の存続のために兄弟間で為される相互的な贈与、組合、兄弟間誓約は有効である *donationem, societatem, et fraternitatem reciprocam valere inter fratres, conservandae agnationis gratia factam*」との前段部分によれば、兄弟間の相続合意に家系存続目的で卑属不在条件が付された場合には、前述の「生存者間の贈与」と「単純な約束」という合意の法形式上の相違が捨棄されることになり、「婚姻の契約中にせよ別の場合にせよ、子の無いまま亡くなった場合に自らの全財産を相手方に贈与する旨締結された相互的な贈与等は、遺言可能な何かを自らに留保している限り、如何なる者の間でも有効である *valere etiam inter quoslibet, tam in contractu matrimonii, quam alias initam per quam quis alteri omnia sua bona donat in eum eventum, si sine liberis decedat, dummodo aliquod sibi reservet, super quo testari possit*」とする後段部分によれば、事実上包括的な相続合意であっても、家系存続を目的とする限り、何らかの留保事項があれば当事者の属性を問わず一般的に有効ということになる<sup>30)</sup>。この論点の詳細な検討は次の考察127*Observatio CXXVII*「相続に関する親族間合

---

29) *Decisiones*, 881.引用は1576年ヴェネツィア刊のテキストによる。

30) ここでは、ヤーソンが貴族親族間の相続合意に関する三つ目の助言事案について論拠とした点、すなわち、合意対象財産が不動産に限定されるなど文字通り特定さ

意や家憲は有効か否かPacta gentilitia vel statuta familiae de succedendo, an valeant」に委ねられているが、夫婦間の相続合意に着目する本稿はこの論点には立ち入らない。「婚姻の契約中にせよその他の場合にせよtam in contractu matrimonii, quam alias」との一節についても、家系存続目的の相続合意が論じられている以上、例えば他家に嫁いだ女性が子を生まずに亡くなった場合に持参した嫁資を夫に贈与し、逆に夫が先に亡くなればその財産を妻に贈与するといったような嫁資合意はそもそも想定されていないはずである。

この考察126でのガイルの議論が帝室裁判所の裁判実務をどの程度反映したものははっきりしない。というのも、この考察には、具体的な判決の日時や当事者名はおろか、「帝室裁判所で是認されたin Camera confirmata fuit」という他の考察には散見される表現が一切見られないからである。とはいえ、考察の表題でもある「相続する旨の相互的合意が有効か否か pactum mutuuum de succedendo an valeat」が帝室裁判所で何らかの機会に議論されたのは確かであろうし、続く考察127で扱われるより具体的な争点に判断を下す前提となる

---

れる場合だけでなく、女子への嫁資の留保のように遺言権を残存させる何らかの留保事項さえあれば、合意は包括的とはいえないとの理屈が、合意当事者の属性の面で一般化されていることになる。なお、ポイエと共に引用されたナッタの『助言解答集』第2巻所収の助言474第8番には、「親族外の者に特定の財産を処分しない旨交わされた合意は有効との諸博士の結論は正しいveram esse conclusionem doctorum conventiones factas de certis rebus non liernandis in extraneos valere」とする文脈で、「更に、彼らの内のある者が庶子であれ嫡子であれ子の無いまま亡くなった場合には他の存命の者たちがそのように亡くなった者の財産や遺産を相続するとの趣旨の別の合意も、相続取得ではなく相続維持の合意であるから、有効であり存続するとさえ言えるように思われるamplius videtur dici posse, quod illa alia conventio, quae reperitur etiam facta ibidem, quod si contingat aliquem ex eis decedere sine liberis naturalibus et legitimis caeteri superviventes succedant in bonis et haereditate taliter defuncti, valeat et teneat, quia hoc est pactum non de acquirenda successione, sed de ea conservanda」(Consilia, 168. r. 引用は1588年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる)とあるだけで、贈与等の形式や合意当事者の属性が特に意識されているわけではない。

一般論として、相続合意有効論がガイル等判事たちに広く共有されていた可能性もある。問題は、夫婦間の相続合意の無効を徹底して主張する助言を書いたシュルフが、そのような相続合意有効論を知っていたかどうかである。シュルフの助言は、ガイルが帝室裁判所の陪席判事を務めた時期よりも恐らくは数十年遡る時期に書かれたものであり、また、相互的な相続合意の効力を認める実務が仮に早い時期から帝室裁判所に定着していたとしても、ザクセン選帝侯は金印勅書(1356年)の第11条(「以上に反して為された上訴を朕は受理しないものと定める。…同じ規定は皇帝である朕の当法令により、名高きライン宮中伯、ザクセン公、ブランデンブルク辺境伯の世俗選帝侯諸侯とその相続人、継承者、臣民にも当然に及ぶものとする *Appellaciones contra hoc factas non recipi statuimus* [...] *Eandem constitutionem virtute presentis legis nostre imperialis ad illustres comites palatinum Reni, ducem Saxonie et marchionem Brandenburgensem principes electores seculares sive laicos, heredes, successores et subditos eorum plene extendi volumus*」<sup>31)</sup>)でいわゆる不上訴特権 *privilegium de non appellando* を得ていたから、「裁判が拒絶される *denegata fuerit iusticia*」など「司法の機能不全 *defectus iusticie*」がない限り、助言対象であるザクセンの事案が帝室裁判所に持ち込まれることもなかったはずである。しかし、シュルフが依拠していたのは、ガイルと同じく、ヤーソン等中世ローマ法学者の成果であった。従って、「生存者間の贈与」と「単純な約束」の区別はともかく、ガイルが「婚姻相手が亡くなった場合、生存配偶者は子のない限り亡くなった配偶者を相続する *alterutro coniugum mortuo, superstes, liberis non extantibus, defuncto coniugi succedat*」旨の「嫁資合意 *pacta dotalia*」の有効性を主張する典拠となったヤーソンの法文注釈(勅法彙纂第3巻第28章第12法文注釈)それ自体は、シュルフも参照可能であり、それどころか専門家としてその内容に精通していたとも考えられる。また、「子のない限り *liberis non extantibus*」というガイルの限定に着目するならば、シュルフの助言事案のように子等が母の相続合意の無効を主張するような場合はこ

31) 引用はZeumner, *Quellensammlung*, 203. のテキストによる。



の議論の射程外であるようにも見えるが、そのような限定は、少なくともヤーソンの注釈にはなかったものであり、家系存続を目的とした相続合意の議論の影響で紛れ込んだとの解釈が可能であるし、夫婦間贈与としての相続合意の有効要件として強調されているわけでもない。ヤーソンの言うとおりに、「婚姻中に夫婦間で相手方が亡くなった場合には残された者が財産を取得するという仕方ではされた相互的な贈与は有効であり存続する *donatio reciproca facta inter coniuges constante matrimonio isto modo, si contingat alterum praemori, superstes habeat bona, et tenet*」(第12法文注釈第2番)との「諸博士の結論 *conclusio doctorum*」が論証可能で、16世紀前半の学識法曹の間において通説的地位を得ていたならば、依頼主にとって不利なこの議論にシュルフが意図的にふれなかったのだとしても、シュルフの助言が成果を収める見通しはやはりなかったと思われる。何れにせよ明らかなのは、シュルフやガイルの思考が、「諸論者の見解を極めて注意深く収集し秩序と明確さを以て叙述した *die Meinungen der Schriftsteller mit großer Sorgfalt sammelte, und mit Ordnung und Klarheit darstellte*」<sup>32)</sup>とも評されるヤーソンの法文注釈、あるいは、そこに示された中世ローマ法学の到達点の枠内に依然として留まっていたということである。

(未完)

---

32) Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Bd VI, 2. Ausgabe (1850), 406.