

《論 説》

相続と嫁資合意
—現代的慣用とは何か— (3)

藤 田 貴 宏

Ⅲ

嫁資合意が、文字通り、妻が夫の下に持参する嫁資に関わる取り決めとして、婚姻存続中の管理のあり方や処分の可否と共に、婚姻解消時の返還の有無や範囲を定めるにすぎない場合、婚姻解消が夫婦いずれかの死亡によるとすれば、夫死亡時に嫁資が夫の親族乃至相続人によって承継されるにせよ（あるいはまた妻に返還されるにせよ）、妻死亡時に嫁資が夫に留まるにせよ（あるいはまた妻の親族乃至相続人に返還されるにせよ）、当該合意は、事実上、嫁資相当の財産に関する配偶者死亡時の承継つまり将来の相続に関わる合意として機能することになる。それ故、ローマ法由来の相続合意無効原則（「相続財産は遺言によってもたらされるHaereditas testamento datur」）には、元々、嫁資制度内在的な例外が存していたと解し得る。しかし、16世紀の帝室裁判所やザクセンの諸参審裁判所の実務に見られた夫婦間相続目的の嫁資合意有効論は、中世ローマ法学の伝統とそれを直接受け継ぐ同時代のイタリア法学の強い影響の下に、合意の相互性や目的物の特定性といった限定を加えつつも、嫁資や婚姻故の贈与に限定されないより広範な財産について相続目的嫁資合意を容認するものであった。特に、1572年にザクセン選帝侯領で公布されたアウグスト勅法集（第2部第43条）では、Ⅱで詳細に検討したとおり、嫁資合意が死亡配偶者の全遺産やその一定割合に及ぶ包括承継目的であったとしても、5名以上の証人もしくは裁判所への申請登録を要件に終意処分へと転換され、一方が死に至るまでに遺言等によって変更撤回されない限り、その効力の保持される余地が認めら

れるに至った。このアウグスト勅法集の規定に取り込まれ反映された当時のザクセンの実務慣行には、嫁資合意の役割の変容、すなわち、婚姻時に授受乃至約束される財産(嫁資や婚姻故の贈与)の婚姻存続中の処遇や婚姻解消後の帰趨を定める本来の姿から、夫婦財産契約の一種として端的に夫婦間相続を合意するものへとその機能の重点を移していた様子を明確に見て取ることができる。

そのような嫁資合意の果たす機能の変化の下、実務上頻繁に問題となったのは、嫁資合意によって予め定められた夫婦間相続、とりわけ、夫に先立たれた寡婦の相続分と、普通法あるいは地域固有法所定の配偶者の法定相続分との関係であった。具体的には、夫が妻に特定の財産を相続させる旨の嫁資合意が存する場合(あるいは妻が夫の財産を包括承継する旨の嫁資合意が撤回されないまま夫が亡くなった場合)に、寡婦となった妻が、夫死亡時の資産状態をふまえ、嫁資合意上の相続分を放棄し、より有利な法定相続分を求めることが果たして許されるべきか否か、といった問題である。逆に言えば、嫁資合意如何によって、寡婦相続分(を当てにせざるを得ない夫死亡後の寡婦の生活)が左右されることになり、寡婦相続分の確保にとって積極的のみならず消極的にも働く可能性のある嫁資合意は格好の訴訟の種となっていた。また、妻が夫に財産を相続させる旨の嫁資合意についても、妻の子等が母親の財産の取り戻しを企図し、父あるいはその再婚後の子等を相手取って嫁資合意の効力を争う余地があり、更に、そのように妻を亡くした夫が後妻と締結する嫁資合意に至っては、後妻の寡婦相続分そのものに加えて、前妻との間にもうけた子等、つまり、夫自身の本来的な相続人との利害対立まで巻き込んだ複雑だが切実な争いを生じさせた。にもかかわらず、相続目的の嫁資合意が広く流布していた根底には、あらためて言うまでもなく、中近世ヨーロッパに共通して見られる女性とりわけ既婚女性の法的権能の大幅な制限という事情があった。アウグスト勅法集制定に先立つ16世紀半ばの時点でザクセンの既婚女性及び寡婦が置かれていた法的な境遇に関する簡潔な見通しは、例えば、シュルフと同世代でライプチヒの市参事会員(後に幾度も市長に選出)、参審裁判所陪席判事、法学部正教授、宮廷裁判所陪席判事等を務めたルートヴィヒ・ファックスLudwig Fachs(1497-1554年)の『市民法ザクセン法相違集Differentiae alioquot iuris civilis

et Saxonici』(1567年初版、以下『相違集』と略称)から得ることができる。

まず、「契約及び準契約について扱う第1部Prima pars de contractibus et quasi」の相違6から相違8¹⁾には、婚姻存続中の妻の権能についてまとまった記述がある。「市民法ius civile」つまり普通ローマ法の下では、妻は、「夫が所

1) “Ⅵ 市民法上、妻は、婚姻存続中でも、夫が所有権はおろか用益や管理についても全く権利を有さないような財産を保有でき、そのような財産は嫁資外財産にあたり、勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻前贈与について交わされた合意、並びに、嫁資外財産について」第8法文によれば、妻が禁ずる限り夫はそれを処分できずまた管理することさえできない。妻が嫁資以外に取得し夫に引き渡していない財産もまたこの種の財産に属し、同様に夫はそれらの財産を処分することは全くできない旨、バルトルスやバルドゥスその他諸博士による学説彙纂35巻2章「ファルキディウス法について」第95法文前書の注釈に詳細に述べられているし、一般的には、パウルス・デ・カストロやヤーソンの勅法彙纂2巻12章「訴訟代理人について」第21法文注釈を参照せよ。

しかし、ザクセン法上はそうではない。すなわち、ザクセン法では、夫と妻は全ての財産を区別無く等しく保有し、夫がその妻の全財産の用益権を如何なる相違も区別もなく有する。ただし、夫が妻の財産の所有権を有するわけではないことは、[ザクセンシュピーゲルの]ラント法第1巻第31条の条文から明らかであり、そこには、夫と妻は全ての財産を互いに等しく未分離のまま生涯にわたって保有する、とある。また同箇所には、妻を迎える夫は妻をその全財産とともに自らの後見の下に受け入れる、とある。以上から、夫が妻の財産について如何なる所有権も有さず、ただ用益権を有するにすぎないのは明らかであり、そのような用益権が夫自身の死を以て終了することも上記第31条の前段から明らかである。法学提要2巻4章「用益権について」第3節やその他類似の法文に明示された法には例外が存在する。この点[用益権者死亡により用益権消滅]は、妻の鉱山から産出される貴金属については妥当しないのである。なぜなら、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」[流布版]第8法文12節 [=第7法文13節]への現代の人々の注釈によれば、同節の文言により、再び成長し得るものでなければ[用益権によって享受される]果実には含まれないからである。更に、学説彙纂23巻3章「嫁資の法について」第32法文とその標準注釈も参照せよ。なお、そのような物は(この点では何ら変更を加えていない)ザクセン法上も不動産の性質を保持している。

Ⅶ 市民法上、妻は不動産を含め財産を自由に贈与し処分する権能を有していて、

有権はおろか用益や管理についても全く権利を有さないような財産 *bona, in quibus maritus suus nihil iuris habeat, non solum quo ad proprietatem, sed*

この点について夫の立会や同意は不要とされている【勅法彙纂8巻56章「贈与の撤回について」第6法文及びバルドゥスの同法文注釈】。ザクセン法では、[ラント法]第1巻第45条にあるとおり、事情は異なる。同条には、妻は夫の同意無く自己の不動産を贈与しあるいは売却しあるいは処分することはできないと明確に定められており、これは、直前の相違で述べたとおり、夫が妻と等しく財産を保有しているからである。しかも、この点についても一つのより重要な根拠が存在する。それはすなわち、ザクセン法上、妻は夫の権利に服して夫を後見人乃至保佐人とするので、当然、その後見人の同意がなければ不動産を処分できないのである。そしてこの場合、妻は夫に対しても自己の財産から何も与えることはできないことになる。それは、一方で、妻の後見人は自己の取引の助成者になることはできないからであり【学説彙纂26巻8章「後見人や保佐人の助成と同意について」第1法文】、他方でまた、そのようなことは前掲[ラント法第1巻]第31条で明確に禁じられているからである。ただし、以上の点は、妻が当局者の面前で自分のために別の後見人を選任した場合には当てはまらず、この別の後見人の助成により当該贈与[夫への贈与]は完成され、その結果、贈与は確定的な効力を保持する【論拠となるのは学説彙纂26巻8章第5法文2節とバルトルスの同節注釈】。ザクセン法が上記第45条において、一般的に、つまり、妻は夫にも贈与できない旨定めていることも以上の妨げにはならない。なぜなら、普通法において夫婦間で贈与される全ての場面において、今日、慣行及び慣習法上、それが許されているからである。とはいえ、贈与を望む妻は上記の方式を遵守すべきであり、そうでなければ、既に述べた理由から贈与は無効となる。

Ⅷ 市民法上、夫は自己の妻の後見を禁じられている【勅法彙纂5巻34章「後見人や保佐人は誰が付与し誰が付与されるのか」第2法文、法学提要1巻25章「後見人免除について」第19節、バルトルスの第2法文注釈】が、ザクセン法では、ラント法第1巻第3[→31]条の規定からそうではない。すなわち、同条には、夫は自己の妻の法定後見人であって、婚姻締結後直ちに妻は夫の権利と後見に服する、とある。後者の点はまた、勅法彙纂6巻46章「遺贈、信託遺贈、贈与に挿入された条件について」第5法文及び同法文標準注釈とも矛盾する。それらから明らかなのは、既婚の女性もまた父の権利に服したままであり、バルドゥスの上記第5法文注釈第1番に列挙される一定の場面を除いて、夫の権利に服することはない。(Differentiae, VI-VIII. 引用は1567年ケルン刊のテキストによる。)

etiam ad usumfructum et administrationem]、つまり、「嫁資外財産bona paraphernalia」を保有でき、婚姻後に「妻が嫁資以外に取得し夫に引き渡していない財産bona quae uxor extra dotem habet et marito non tradidit」もこれにあたとされる(相違6前段)。そのような財産の保有権能に対応して、妻はまた、「不動産を含め財産を自由に贈与し処分する権能を有していて、この点について夫の立会や同意は不要とされるhabet liberam potestatem bona etiam immobilia donandi atque alienandi, nec requiritur in hoc praesentia aut consensus mariti」(相違7前段)。

これに対して、ザクセン法上は、妻の権能は財産の保有と処分何れに関しても相当に制限されている。その典拠としてファックスが参照しているのは、「夫と妻は、その生存中、財産を分けずに保有する。しかし、妻が夫の生前に亡くなる場合、妻は、日用品類(ゲラーデ)と、彼女がそれを保有する場合には所有地(アイゲン)とを最近親者に相続させる以外、如何なる動産も相続させることはない。また、妻は、自己の財産の何であれ、夫がそれを法に基づき甘受せねばならないにせよ、夫の同意を得ずに譲渡することはできない。ある者が妻を娶ると、その者は妻を自らのゲヴェーレの下に迎え、妻の全財産を自らの適法な後見の下に受け入れる。従って、妻が、自己の所有地や動産につき夫に何らかの贈与を行うことで、自らの死後にそれを適法な相続人から遠ざけるようなことは許されない。というのも、夫は、その妻の財産について、最初に妻と共に後見の下に受け入れた以外に、如何なるゲヴェーレも取得できないからである。Man und Weib haben nicht gezweiet gut zu irem leibe: Stirbt aber das weib bey des Mannes leben / sie erbet kein fahrende habe / dann allein gerad unnd eigen als sie das hat an iren nehesten. Kein weib mag auch ires guts ichts vorgeben ohn ihres Mannes willen/das er es durch recht leiden durff: Wann ein Man ein Weib nimpt/so nimpt er sie in sein gewer/und alles ihr gut zu rechter vormundtschafft. Darumb mag kein weib ihrem Man ein gab geben an ihrem eigen oder an ihrer farender hab/da sie es ihrem rechten erben nit entpfrembde nach irem todt. Dann der Man mag an seines weibs gut kein andere gewer gewinnen/dann als er zu dem ersten mit ihr empfieng

in vormundtschafft.」と定めるザクセンシュピーゲルのラント法第1巻第31条と、「たとえ夫が妻と同等の出自ではないとしても、夫が妻の後見人となり、妻は夫の身分仲間となって、夫の寝台に入ったときに夫の法に服することになる。しかし、夫が亡くなると、妻は夫の法から自由となって、出自に従った自分自身の法を保持し、それ故、彼女の後見人となるのも、同じ出自に属する父方の最近親の男であって、夫の最近新者ではない。また、妻は、その夫の許しを得ずに、自らの財産を処分することも、自らの所有地を売却することも、生涯用益分(ライプゲディング)を譲渡することもできない。なぜなら、夫が妻と共にゲヴェーレの下に保有しているからである。これに対して、未成熟女性や未婚の女性はその後見人の許しを得ずに自らの所有地を売却することが全く可能である。ただし、後見人が当該所有地の相続人である場合はこの限りではない。Und ob wol ein Man seinem weib nicht ebenbürtig / wer ist er doch ir vormundt / und sie ist sein genössin / und tritt in sein Recht wenn sie in sein bette tritt. Wann er aber stirbt / so ist sie ledig von seinem Rechten / und behelt dann ihr selbst Recht nach ihrer geburt / und darumb muß auch ihr vormundt sein ihr nechster ebenbürtiger schwerdtmag / und nicht ihres mannes. Ein weib mag auch ohn ihres mannes urlaub ir gut nicht vergeben noch ihr eigen vorkeuffen noch ir leibgeding auffassen / umb das daß er mit ihr in der gewer sitzt. Medge aber oder unbemante weiber mögen wol verkeuffen ihr eigen / ohne ihres vormunden urlaub / er sey dann erbe darzu.」と定める同第45条²⁾である。これらの規定によれば、「夫と妻は全ての財産を区別無く等しく保有し、夫がその妻の全財産の用益権を如何なる相違も

2) なお、各身分の「贖罪金busse」と「人命金wehrgelt」について定める第3巻第45条にも、第1巻第45条前段に対応する一節(「また夫はその妻が彼の下に嫁がされると直ちに妻の後見人になる。また妻はその夫の寝台に入ると直ちに夫の有する全ての名誉と品格について夫の身分仲間となるが、夫の死後は夫のあらゆる法と名誉から自由となり、彼女が夫を得る以前に生来有していた身分と法を再び取り戻す。Der Man ist auch Vormunde seines Weibs zu handt als sie ihm getrawet wirdt. Das weib ist auch ihres Mannes genössin aller der ehren unnd würdigkeit / die der Man

区別もなく有する *maritus et uxor omnia bona promiscue et aequaliter possident, habetque maritus usum fructum omnium bonorum uxoris suae absque ulla differentia et discrimine*」(相違6後段)とされ、しかも、「婚姻締結後直ちに妻は夫の権利と後見に服する *statim celebratis nuptiis, uxor in potestatem et tutelam viri transit*」(相違8後段)ため、「自己の不動産 *sua immobilia*」つまり「所有地 *eigen*」を保有する場合でさえ³⁾、「妻は夫の同意無く贈与しあるいは売却しあるいは処分することはできない *uxorem absque consensu mariti non posse donare, aut vendere, aut alienare*」(相違7後段)。婚姻存続中、「夫が妻の財産について如何なる所有権も有さず、ただ用益権を有するにすぎないのは明らかである *apparet virum non habere aliquod ius proprietatis in bonis uxoris, sed tantummodo quo ad usum fructum*」(相違6後段)けれども、妻となった女性は、自らに留まる所有権にもかかわらず、夫による妻の後見というローマ法には見られない制度の下、「法定後见人 *legitimus tutor*」たる夫の同意を得なければ、自己の財産を処分できないのである。

次に、配偶者死亡による婚姻解消時の夫婦財産の帰趨については、「自由保有地並びに封に関わる終意処分、遺言、死因贈与、無遺言相続をめぐる相違を扱う第2部 *Secunda pars continens differentias circa ultimas voluntates, testamenta, donationes causa mortis, successiones ab intestato tam in allodialibus quam feudis*」の相違20、相違33、相違34⁴⁾に扱われている。妻が夫に先立つ場合、ローマ法では、嫁資を提供した親族や妻の相続人への嫁資の

hat / zu hand als sie in sein bette tritt / unnd nach seinem todt so ist sie ledig von allem seinem Rechten unnd ehren / Dann sie behelt wieder iren standt unnd Recht / das sie angeboren was / ehe sie den Man nam.])が見出され、第1巻第45条と同趣旨の典拠として援用される。後述のヴェーゼンバックの助言63(注28)第4番参照。

- 3) ファックスは「自己の不動産」つまり「所有地」の処分制限に特に言及しているが、第31条と第45条の何れも条文からも明らかなように、「日用品類(ゲラーデ)」、「所有地(アイゲン)」、「生涯用益分(ライプゲディング)」といった区別無く「妻の全財産」一般に処分制限が妥当するという点は当然の前提となっているものと解される。
- 4) “XX 市民法では、財産持戻は、尊属を相続する卑属間でのみ行われ、傍系親族

やその他親族外の者の間では行われない。また、市民法上、持ち戻される財産は、内来の財産、つまり、自らが相続する死亡尊属に由来の財産に限られる。以上全体については、バルドゥスの勅法彙纂6巻20章「財産持戻について」第9法文注釈が数段にわたって詳細に説明しているとおりである。

しかし、ザクセン法では以下のような財産持戻の準則が確立されている。すなわち、マイセンのほぼ全域において、妻には夫の死後に遺産の3分の1を付与すべきことが、法令を以て定められ当地の慣習法によって維持されている【論拠とされるのはヴァイヒビルト第2 [→22] 条の注釈】。この場合、妻が上記3分の1を受け取ることを欲する際には、存命の子等のために、夫から受領した婚姻上の利得だけでなく、日用品類 [=ゲラーデ]、そして、夫の親や親族その他誰からにせよその取得した財産については、動産であれ不動産であれ全て、夫に既に引き渡してしまっていたのかどうかとは無関係に、持ち戻すべく義務付けられるのが慣例となっている。しかも、疑わしい場合には、常に、夫の財産からか、あるいは、夫との関係で取得したものと推定される【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第51法文を参照せよ】。ここに、親族外の者、つまり、妻が子等のために財産を持ち戻し、全くの他人の財産が財産持戻の前記準則に反して持ち戻される場合が見出される。ただし、時に、妻がこのような財産持戻を免ぜられることがあり、例えば、亡くなった夫が子を産まなかった場合がそうである。というのも、この場合、妻は、上に述べた仕方では財産を持ち戻した上で3分の1を受け取るのか、財産を持ち戻さずに、日用品類やその他自己の財産を動産不動産問わず、嫁資と共に取り戻すのか、選択が許されるからである。亡くなった夫が子等を残した場合には、妻は選択の自由を有さず、上に述べた3分の1の受領が一般に強いられている。しかし、昔の人々がかつて判示したところに従い、死亡によって確定する贈与についてはこのような財産持戻から除外すべきであると考える人々もいる。

XXXIII 市民法では、夫婦が互いに嫁資を提供することなく婚姻を締結し、夫婦の一方が亡くなって、夫が妻を困窮したまま後に残した場合、勅法彙纂6巻18章「夫と妻の遺産占有について」第1法文の公撰集引用要約文によれば、三人もしくはそれ以下の数の子がいるならば、妻に遺産の4分の1が付与されるべきとされる。

これに対して、ザクセン法では、そのような場合、ほとんどの地域において、上記相違20において既に述べたとおり、次のように定められている。すなわち、妻には亡き夫の財産から全財産の3分の1が与えられるという慣習法が通用している、と。従って、ある地域にそのような慣習法が存していて、妻に先立つ夫が妻と嫁資

返還が問題となるが(相違34前段)、ザクセン法では、上記ザクセンシュピエゲルのラント法第1巻第31条冒頭の「妻が夫の生前に亡くなる場合、妻は、日用品類(ゲラーデ)と所有地(アイゲン)とを最近親者に相続させる以外、如何なる動産も相続させることはないStirbt das weib bey des Mannes leben / sie erbet kein fahrende habe / dann allein gerad unnd eigen als sie das hat an iren nehesten」との一節からもうかがえるとおり、それが妻の持参した嫁資に当たるか否かとは無関係に、ゲラーデを除く妻の動産は全て夫が継承することになる(相違34後段⁵⁾)。

ところで、ローマ法では、夫婦間相続は、相続人指定や遺贈等、遺言によっ

合意を交わしておらず、また、適法な贈与によって何も残していない場合、上記慣習法に従って、妻は3分の1を受け取るが、日用品類 [=ゲラーデ] は除かれる。というのも、古来の慣習法では、3分の1を受領する妻にはそれら日用品類は付与されない慣わしであるから。他方、そのような慣習法や、亡き夫の財産からどの程度が妻に付与されるべきなのか定めた類似の慣習法が存しない場合には、前記公撰集引用要約文に則って判定されるが、その場合、妻が貧窮しているか富裕であるかは顧慮されない。そして、この後者の場合、ライブチヒ [参審裁判所] の判事等が、今日、判示しているところによれば、妻は4分の1もしくは子一人分に加えて、全ての日用品類を受け取るとされる。

XXXIII 市民法では、妻が亡くなると、父から彼女に付与された嫁資は、嫁資合意に別様の定めがない限り、父に対しても返還される【勅法彙纂5巻18章「婚姻解消時において嫁資は如何にして返還請求されるのか」第4法文】。これは、亡くなった妻が子を残していたとしても、妥当する【同法文への標準注釈大注釈、バルトルスの学説彙纂24巻3章「婚姻解消時において嫁資は如何にして返還請求されるのか」第22法文注釈】。

しかし、ザクセン法では、ラント法第1巻第31条冒頭及び第3巻第76条の条文によれば、これと異なる。後者の条文には、一般的に何らの区別無く、夫は妻の死後にあらゆる動産を取得すると定められていて、日用品類を除いていかなる動産も排除していない。そしてまた、慣習法もこれを一般的に維持し遵守している。それ故例えば、夫は、嫁資合意において明確に別の内容が定められていない限り、現金の形で残っている嫁資もまた取得することになる。”(Differentiae, XX, XXXIII-XXXIII.)

5) ファックスは、ラント法第1巻第31条に加えて、第3巻第76条中の一節(「しかし、

て対処されるのが通常であり、無遺言の場合には、法務官法に由来する順位として最劣位の法定相続権が認められるにすぎない。この配偶者相続権は、ローマ法源上、勅法彙纂第6巻第18章「夫と妻の遺産占有についてUnde vir et uxor」第1法文に、「夫と妻は、尊属、卑属、親族による法定の自然的な相続が生じない場合、無遺言であれば古来の法により相互に全財産を承継し、国庫は排除されるものとするmaritus et uxor ab intestato invicem sibi in solidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum, liberorumve, seu propinquorum legitima vel naturalis successio, fisco excluso」、と定められている。しかし、中世ローマ法学以来、議論の中心となって来たのは、この法文のいわゆる公撰集引用要約文*authentica*（公撰集*Authenticae*第5集第8章第6節＝新勅法*Novellae*第53勅法第6節、同第8集第18章第13節＝新勅法第117勅法第5節の要約文）に見える例外的措置であった。そこには、「更に、婚姻には嫁資が欠けているが、先に死亡した配偶者は裕福である一方、存命配偶者は貧困に苦しんでいる場合には、存命配偶者は、両者の婚姻による子あるいは何れか一方の婚姻による子と共に、子等が三人かそれよりも少ないならば、4分の1を承継する。子が三人よりも多く、存命であるならば、同一の婚姻による子等に財産を十分に確保するため、一人分を承継し、子等が存命ではなく、あるいは、子がない場合にも、そのような一人分について、所有権を取得し、遺贈されたものと見なされる*Praeterea si matrimonium sit absque dote, conjux autem praemoriens locuples sit: superstes vero laboret inopia: succedat una cum liberis commuinibus, alteriusve matrimonii in quartam, si tres sint, vel pauciores. Quod si plures sint, in virilem portionem: ut tantum ejusdem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint: his vero non extantibus,*

その女性が別の男と再婚し、男が彼女とその子等に加わり未分割の財産を保有するに至った後、妻が亡くなった場合、夫は妻の全ての動産を取得するが、妻の居住していた建物や日用品類（*ゲラーデ*）は取得しない。Het aber die frawe einen andern Man genommen / und er zu ihr und kindern in das ungeteilte gut eingefarn / und stirbt dann das weib / der Man beheldet alle des weibes farende hab / das gebew aber do die fraw innen was unnd die gerade behelt er nicht.」を参照している。

vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, et imputabitur legatum in talem portionem」、とあり、遺言による相続分を欠く上に⁶⁾、そもそも嫁資も存せず、貧窮する存命配偶者は、死亡配偶者の十分な資力を条件に、最優先順位の相続人である卑属が存する場合であっても、その遺産の一定割合を「遺贈 legatum」に類比する形で承継できるとされる。従って、夫が無遺言で妻に先立った場合、嫁資を持参しなかったためその返還を期待できず困窮する寡婦には、亡き夫の遺産からその4分の1あるいは法定相続人一人分について相続権が確保されることになる(相違33前段)。しかも、ローマ法の下では、遺言相続か法定相続かを問わず、「財産持戻は、尊属を相続する卑属間でのみ行われ、傍系親族やその他親族外の者の間では行われぬ collatio numquam habet locum nisi inter solos descendentes qui ascendentes succedunt, non autem inter transversales et alios extraneos」し、「持ち戻される財産は、内来の財産、つまり、自らが相続する死亡尊属に由来の財産に限られる non conferuntur alia bona, nisi profectitia, puta quae deveniunt a defuncto ascendente cui succeditur」(相違20前段)ので、夫の生前に夫その他の者から取得した財産があってもそれを持ち戻すことなく相続に与ることが可能である。

これに対して、ザクセンでは、元々マイセン辺境伯Markgraf von Meißenであったヴェッティン家の本拠地でアルブレヒト系ヴェッティン家Albertinerのザクセン公(1547年以降はザクセン選帝侯)の宮廷所在地であるドレスデンを含むマイセン地方に加え(「マイセンのほぼ全域において、妻には夫の死後に遺産の3分の1を付与すべきことが、法令を以て定められ当地の慣習法によって維持されている per totam fere Misniam plerunque et statuto cautum et consuetudine loci obtentum est, quod uxoribus post mortem maritorum debeatur tertia pars relictorum bonorum」)、多くの地域で、「妻には亡き夫の

6) ただし、「無遺言 ab intestato」を想定する第1法文とは異なり、公撰集引用要約文は遺言がある(にもかかわらず妻に十分な財産が遺されなかったために困窮する)場合も含まれるとの見解が早くから通説化していたため(後述のヤーソンの見解[注10]参照)、ファックスも、嫁資の欠如と寡婦の困窮を条件として挙げるだけで、「無遺言」であるかどうかについては特に言及はない。

財産から全財産の3分の1が与えられるという慣習法が通用している *consuetudo viget quod uxoribus ex bonis defuncti tertia omnium bonorum pars debeatur*」とされる(相違20後段及び相違33後段)。ファックスがその論拠として引用しているのは、13世紀後半に成立しライプチヒヤハレといったザクセンの諸都市のみならずシュレージエンやガリーツィエンの諸都市にも広く通用していた法書、いわゆる流布版ヴァイヒビルト(ザクセンシュピーゲルの影響の下に13世紀に半ばに書かれたマクデブルクの都市裁判法=ヴァイヒビルト法 *Weichbildrecht*、ヴァイヒビルト年代記 *Weichbildchronik*、マクデブルク参審法 *Magdeburger Schöffenrecht*を素材に全136条乃至137条で構成)の第22条(「今や耳にし聞き及ぶところでは、妻が(ヴァイヒビルト法上、その夫の財産から夫の死後に取得する)ものとは、妻自身のゲラーデと夫が裁判所において(自らの所有地について)生前に妻に与えたものに限られる。一般に言われるところでは、市域内において夫が妻にモルゲンガーベを(モルゲンガーベに属するのは小屋や家畜であるから)与える習慣はなく、それは、石材で建築する習慣があるために市域にそのようなものがないためであり、市域において妻に与えられるものといえば、生涯用益分、こちらは全て所有地でなければならない、あるいは、夫の手元の現金からの動産のいずれかである。この点で、[ザクセンシュピーゲル]ラント法[第1巻第20条]とヴァイヒビルト法は矛盾する。何となれば、両者は何れも、市域内に通用している同じ一つの法に包括されているからであり、それ故、妻はゲラーデ以外に何も取得しないことになる。Nu höret und vernemet / was ein fraw (von ires mannes gut / behalten müg nach seinem tod / zu Weichbildrecht) das ist / nichts denn ir Gerad / und was er ir gegeben hat / vor Gericht (an seinem eigen) zu irem leib. Man sagt / das man frawen binnen Weichbild nicht pfleg zu geben morgengab (Sint das zu morgengab gehöret / gedünet zimmer / und velgeng vief) das zu Weichbild / denn nicht ist / da man mit steinen pflaget zu bawen / denn was den frawen gegeben wird binnen Weichbild (vor gericht) zu leibzucht / das mus alles eigen sein / oder farend / an des mannes bereitestem gelt. Hierumb zweiet sich das Landrecht und Weichbildrecht /

denn sie sind all in einem rechten begriffen / die binnen Weichbild gesessen sind / und darumb / nimpt das weib nicht mehr denn die Gerade.]) の「注釈Glossa」にみえる一節である。そこには、「汝知るべし。ある者がある女性を空の手で娶った場合、つまり、彼もしくは彼女、あるいは、両者共に何も持たず、互いに金銭や財産を受け取らなかった場合に、夫が亡くなり妻に何も遺贈されていないならば、妻は、法に基づき、全財産の3分の1と自身の日用品類(ゲラーデ)を、夫の武具等(ヘールゲヴェエテ)を除いて、取得する、と。Ir solt wissen / nimpt ein man ein weib mit lediger hand / da er oder sie / oder sie alle beide nichts hetten / und erarbeiteten gelt oder gut mit einander / und stürbe der mann und hett der frawen nichts verschrieben / die frawe behelt das dritteil in allem gut / und ir gerad / on das heergewet / von rechts wegen.⁷⁾とあり、これによれば、婚姻に際して夫婦間で財産の授受がなかった場合、すなわち、夫から妻に対する「結納金mahelschatz (Mahlschatz): arra (arrabo, arrha)」、⁸⁾「モルゲンガーベMorgengab (e): sponsalitia largitas」、⁸⁾「婚姻故の贈与ein gab / durch hochzeit willen: donatio propter nuptias」⁸⁾も、妻が夫の下に持参する「嫁資mitgift (Mitgift): dos」もなかった場合、夫に先立たれた妻は、遺言による財産供与のない限り、「自身の日用品類(ゲラーデ)ir gerad」と共に、「全財産の3分の1 das dritteil in allem gut」を受け取れることになる。

この「注釈」では、婚姻時の財産授受の欠如という例外的場面が想定されていたにすぎないが、ファックス自身の主張する16世紀当時の「慣習法 consuetudo」は、これを逆転して、婚姻の成立時や存続中に夫婦間に何らかの財産授受が存する場面も含めて、一般的に、「全財産の3分の1」について寡婦相続権を認めるに至り、代わりに、ローマ法では卑属間に限られていた財産

7) Sechsisch Weichbild, XLIII. v. 引用は1551年ライプチヒ刊のテキストによる。

8) 同「注釈」の冒頭では、「夫婦間で婚姻を原因に為される可能性のある贈与gab / die zwischen ehelichen leuten geschehen mag / umb der ehe wegen」として、これら三つが順に論じられている (Sechsische Weichbild, XL. v. -XLIr.)。

持戻を親族外の妻にも課すことで他相続人との利害調整を図っていた。すなわち、「妻が上記3分の1を受け取ることを欲する際には、存命の子等のために、夫から受領した婚姻上の利得だけでなく、日用品類（ゲラーデ）、そしてまた、夫の親や親族その他誰からにせよその取得した財産については、動産であれ不動産であれ全て、夫に既に引き渡してしまっていたのかどうかとは無関係に、持ち戻すべく義務付けられるのが慣例となっている*si mulier istam tertiam partem recipere velit usu introductum est, quod teneatur liberis superstitibus conferre non solum lucra nuptialia a marito percepta, sed etiam utensilia et omnia bona sua sive mobilia sive immobilia quae a parentibus mariti, seu consaguneis suis aut undecunque adquisierit, nec refert an marito tradiderit nec ne*」というのである（相違20後段）。ただし、「亡くなった夫が子を残さなかった*maritus defunctus nullos reliquit liberos*」場合には、「妻は、上に述べた仕方では財産を持ち戻した上で3分の1を受け取るのか、財産を持ち戻さずに、日用品類やその他自己の財産を動産不動産問わず、嫁資と共に取り戻すのか、選択が許される*mulier datur electio utrum facta collatione iuxta suprascriptum modum velit tertiam recipere, an vero ea relicta utensilia et caetera bona sua tam mobilia quam immobilia cum dote sua potius retinere*」とされ、加えて、ファックスは、「死亡によって確定する贈与*donationes morte confirmatae*」つまり死因贈与は持ち戻し対象から排除する見解にも言及している。

なお、上記「注釈」では、「全財産の3分の1」の他に寡婦は「自身の日用品類（ゲラーデ）」もまた取得するとされていたが、「日用品類（ゲラーデ）」も持ち戻し対象となる以上、寡婦がこれを手元に残したまま相続分を得ることはできない。ファックスによれば、「妻に先立つ夫が妻と嫁資合意を交わしておらず、また、適法な贈与によって何も残していない場合、上記慣習法に従って、妻は3分の1を受け取るが、日用品類（ゲラーデ）は除かれる*si moriatur maritus relinquens uxorem cum qua nulla dotalia fecit pacta, neque donationibus legitimis quicquam contulit, tunc secundum consuetudinem istam uxor recipit tertiam partem absque tamen utensilibus*」とされ（相違33後段）、この指摘の末尾はまさにこの「日用品類（ゲラーデ）*utensilia*」の持ち

戻しの帰結を指すものと解される。一方、「妻に先立つ夫が妻と嫁資合意を交わしておらず、また、適法な贈与によって何も残していない場合 *si moriatur maritus relinquens uxorem cum qua nulla dotalia fecit pacta, neque donationibus legitimis quicquam contulit*」との表現には、嫁資合意や夫婦間贈与の形式での寡婦の遺産承継の可能性も認めた上で、財産持戻を伴う慣習法上の寡婦相続権との関係でそれらを優先させる意図も読み取ることができる。

他方で、以上のような財産持戻義務と結びついた3分の1の寡婦相続権を認める「慣習法 *consuetudo*」、あるいは、「亡き夫の財産からどの程度が妻に付与されるべきなのか定めた類似の慣習法 *similis consuetudo per quam definiatur quantum ad mulieres ex bonis mariti defuncti pertinere debeat*」⁶が見当たらない地域の寡婦相続については、「前記公撰集引用要約文に則って判定されるが、その場合、妻が貧窮しているか富裕であるかは顧慮されない *pronunciatur iuxta supra dictam authenticam preterea, non habito respectu utrum uxor inops vel dives sit*」とされる。つまり、本来、寡婦貧窮時の救済手段にすぎなかった上記公撰集引用要約文による「4分の1 *quarta portio*」乃至「一人分 *virilis portio*」の寡婦相続権が、「慣習法」不存在時の原則として、より正確に言えば、ローマ法源の文言から離れてはいてもそれでもやはりローマ法源に由来するという意味での「普通法」として通用しているというのである。しかも、ファックスは、「ライプチヒ参審裁判所の判事等が、今日、判示しているところによれば、妻は、4分の1もしくは一人分に加えて、全ての日用品類(ゲラーデ)を受け取るとされる *uxor ultra quartam aut virilem portionem excipit omnia utensilia, prout Lypsenses hodie pronunciant*」と、自ら携わっていた参審実務に依拠して述べており、「慣習法」による寡婦相続分との財産持戻の要否をめぐる相違を見て取ることができる。

結局、ファックスの伝えるところによれば、16世紀半ばのザクセン法上の寡婦相続は、嫁資や財産持戻といったローマ法由来の制度の受容やその機能変容(嫁資の授受、嫁資合意の締結、婚姻解消時の嫁資の返還、寡婦への財産持戻義務付け)を背景に、「慣習法」による3分の1、あるいは、「公撰集引用要約文 *authenticum*」に由来する4分の1のいわば法定相続分に加えて、遺贈は勿論

のこの嫁資合意や夫婦間贈与による遺産承継の余地も認める三本立てで構成されていたことになる。このような錯綜した制度的前提の下で、当時、裁判実務が、相続目的の嫁資合意と法定の寡婦相続権の優劣について如何なる態度で臨んでいたのかを知る格好の手がかりと言えるのが、マティーアス・コラー Matthias Coler (1530-1587年)の『ドイツ判決集Decisiones Germaniae』(1603年初版)の判決decisio61「夫及び妻の相続、並びに、嫁資合意についてDe successione viri et uxori, et pactis dotalibus」⁹⁾である。コラーは、ライプチヒ大学で、ファックスの後任で娘婿にあたるモデスティヌス・ピストリス Modestinus Pistoris (1516-1565年)と、ザクセンシュピーゲルの編集補注者でもあったクリストフ・ツォーベル Christoph Zobel (1499-1560年)に学び、ヴィッテンベルク大学で両法博士号を取得後、イエーナ大学教授並び同地の参審裁判所陪席判事を経て、アンハルト侯ヨーアヒム・エルンスト Fürst Joachim Ernst von Anhalt(1536-86年：1566年以来領主不在であったアンハルト＝ケーテン侯領 Fürstentum Anhalt-Köthenが、1570年、同じく領主を失ったアンハルト＝ツェアプスト侯領 Fürstentum Anhalt-Zerbstと共に、アンハルト＝デッサウ侯 Fürst von Anhalt-Dessauであったヨーアヒム・エルンストの統治下に入った)の尚書長官を務め、その後、1573年に、イエーナ(エルンスト系ヴェッティン家 Ernestiner のザクセン公領における1572年のエアフルト領邦分割 Erfurter Teilung 以後はザクセン＝ヴァイマル公領 Herzogtum von Sachsen-Weimar に属する)に戻り、法学部正教授並びに上級宮廷裁判所陪席判事を務めた。『ドイツ判決集』は、コラーの死後、1603年になって初めてヤコブ・シュルテス Jacob Schultes (1571-1629年)の編集(シュルテスは他にモデスティヌス・ピストリス Modestinus Pistoris [1516-1565年]の『普通法及びザクセン法の重要問題集 Illustres quaestiones juris tum communis tum Saxonici』[1599-1601年]の編集も手がけている)により公刊された実務考察集であり、判決61には、アウグスト勅法集制定直前の1560年代半ばにコラー自

9) 全体の試訳は「普通ザクセン法における寡婦相続権と嫁資合意」(獨協法学94号)参照。

身が関わったイェーナ参審裁判所の判決が数件紹介されている。

判決61の冒頭、コラーは、「先に死亡した夫の相続に際して、何よりもまず考慮すべきなのは、夫が妻と嫁資合意を交わしていたか、遺言その他の終意処分を介した適法な贈与によって妻に財産を遺したのかどうかin *successione viri praedefuncti, ante omnia spectandum est, an pacta dotalitia fecerit cum uxore, an legitimis donationibus, per viam testamenti, aut alterius ultimae voluntatis in ipsam contulerit*」、と述べて、考察の主題を明示している(第1番)。この主題にも示唆されるとおり、判決61における考察は、「嫁資合意 *pacta dotalitia*」や「遺言その他の終意処分 *testamentum, aut altera ultima voluntas*」によって夫が妻に財産が遺した場合の寡婦の財産承継を扱う前半部(第1番から第31番)と、「夫が無遺言で亡くなった場合 *quando maritus intestatus decessit*」のそれを扱う後半部(第32番から第53番)とに分けることができる。コラーによれば、「寡婦は、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づき割り当てられた相続分、もしくは、法令の効力によって寡婦に付与されるべき相続分を取得し得るとはいえ、夫によって遺された財産額に満足しているものと解される *quo casu vidua cogitur illa quantitate esse contenta, si modo habeat portionem ipsi deputatam ex Authentica Praeterea Codicis unde vir et uxor aut quae alias illi debetur vigore statuti*」というのが考察前半部の結論であり(第1番)、続く考察では、このように嫁資合意や遺言を介して亡き夫から譲与された財産に寡婦が「満足している *esse contenta*」とみなされるのはなぜか、が論証されている。論証内容についても、寡婦相続をめぐる「諸博士 *doctores*」の見解を整理する総論的部分(第2番から第17番)と、参審実務をふまえた各論的部分(第17番から第31番)に二分できる。

総論的部分では、まず、遺言相続と法定相続との関係について、「たとえ遺言によってそのような財産額を得られなかったとしても、当該遺言にかかわらず、法定相続分については依然として請求可能であるのは確かである *si illam non habeat in testamento, certum est quod adhuc petere possit portionem legalem non obstante testamento*」と指摘されている(第2番)。これは、寡婦には少なくとも法定相続分が保障されており、遺言に寡婦が承継すべき財産

を定める意味はこの法定相続分を超えるものを寡婦に与えることにあると考えられるから、寡婦も当然これに「満足している」はずとの趣旨であろう。ここで注意すべきなのは、法定の寡婦相続分の典拠とされる公撰集引用要約文との整合性である。勅法彙纂第6巻第18章第1法文が「無遺言ab intestato」を前提に夫婦間相続を認めるものであることは文言上明らかであるので、同法文に付された公撰集引用要約文に所定の嫁資を欠き貧窮に陥る寡婦の法定相続分もまた、「更にpraeterea」との冒頭の文言にも示唆されるとおり、無遺言相続を依然として想定していると解するのが論理的であるように見える。もしそうであるとすれば、遺言相続と法定相続の両立を前提とするコラーの主張はそもそも成り立たないことになる。

この点、コラーは自らの主張の裏づけとして、ヤーソンによる公撰集引用要約文の注釈第17番¹⁰⁾を援用している。ヤーソンは、勅法彙纂第6巻第18章第1法文とその公撰集引用要約文との関係について、「当公撰集引用要約文は、夫

10) “17. 当公撰集引用要約文はそもそも「無遺言で」とは述べておらず、遺言が作成された場合についても述べている。第五に、当法文の末尾に「遺贈されたものとみなされる」と述べられているところから、とりわけ注意すべきなのは次の二点である。第一に、当公撰集引用要約文が、無遺言時だけでなく、遺言作成時についても述べているという点は、法文が、遺言を作成しなければ遺し得ない〈遺言〉という表現によって確証しているとおりであり、バルドゥスも当法文注釈第1段において実際にこの点に気づいてはいるが、バルドゥス自身は、この法文について、小書付によって為された遺贈について述べていると解答できるとしている。また、当公撰集引用要約文が遺言作成時にも通用し得る旨、公撰集第1集第1章 [=新勅法第1勅法]「相続人及びファルキディウス法について」第2章末尾「しかし明確に云々」の文言（相続人が）への標準注釈もはっきり述べており、サリケト、そして、現代のあらゆる人々の当法文注釈、ルドウィクス・ロマヌスの学説彙纂24巻3章「婚姻解消時に如何にして嫁資は返還請求されるのか」第7法文1節[流布版第8法文前書]の注釈も同旨である。ルドウィクス・ロマヌスは何れの注釈においても、公撰集第5集第8章 [=新勅法第54勅法]「目的物の提示及び持込について」第6節の格好の法文を援用しており、同箇所「しかし夫が妻に遺贈を為すか、あるいは、何らかの指定相続分を遺すかした云々」との文言には、上記新勅法引用要約文が言及され

ている。ただし、当該法文は重要とはいえない。というのも、当該法文は、当公撰集引用要約文の事案についてではなく、存命の妻が嫁資を持参していなかったが窮乏してはいないという場合について述べており、そのような場合、妻は、死亡者が存命者に何らかの遺贈を為すか指定相続分を遺していた場合を除いて、死亡者の遺産について子等から何も奪うことはできないと、当該法文は述べているにすぎないからである。確かに、ただ一人アンゲルス〔・デ・ウバルデイス〕がフィレンツェでの講義において当公撰集引用要約文につき反対の立場を採っている。その理由は、当公撰集引用要約文は上記第1法文の解釈に向けられたものであり、それ故、解釈される法文に即して理解されねばならないところ【勅法彙纂6巻59章「相続に共通する事項」第11法文の公撰集第6集第13章第1節〔=新勅法第84勅法第1章〕引用要約文】、上記第1法文は無遺言の場合について述べているから云々、とされる。しかしながら、このような理由付けは好ましくない。というのも、当公撰集引用要約文が上記第1法文を何らかの意味で解釈しているというのは一見明らかなおり正しくないからである。そこで私は、より適切な仕方でも論じ、次のように述べることにしたい。すなわち、当公撰集引用要約文は、夫と妻は子の存する限り相互に相続しないと述べる上記第1法文について一つの例外を示しており、要するに、子が存していても夫が妻をあるいは妻が夫を相続するという例外が示されているのである、と。ただし、私は、例外が有効であるために原則が述べている表現によって例外も述べる必要があると解するし、バルトルスも学説彙纂2巻11章「裁判所への出頭について為された約束に従わない者がある場合」第10法文2節注釈は、それ故、上記第1法文に倣って無遺言の場合について述べられねばならないと説明している。しかし、この点も妨げにはならない。というのも、当公撰集引用要約文が上記第1法文に倣って無遺言の場合について述べていることを認めるとしても、これによって、遺言が作成された場合も含めてより一般的に述べられている可能性が妨げられることはなく、それ故、私は、当公撰集引用要約文が無遺言の場合と遺言が作成された場合の双方について述べている可能性があると考え。それでは、先に亡くなった富裕な妻が夫に対して、当法文によって夫が明らかに取得できたはずの4分の1よりも少ない遺贈を為していた場合はどうであろうか。夫は当該遺贈を超えて請求できないのか、それとも、当該遺贈を超えて請求できるのか。バルドゥスは当法文注釈第2段において、それ以上請求できない旨断じており、公撰集第1集第1章第2章末尾「しかし明確に云々」の文言〈相続人が〉への上記標準注釈や、現代の人々もこの立場である。ただし、サリケトはこれに修正を加えており、また、アンゲル

と妻は子の存する限り相互に相続しないと述べる上記第1法文について一つの例外を示しており、要するに、子が存していても夫が妻をあるいは妻が夫を相続するという例外が示されているのである *ista authentica ponit unam fallentiam ad datam legem unicam, quae dicit, quod maritus et uxor adinvicem non succedunt extantibus liberis, nam ponit fallentiam, in qua extantibus liberis maritus succedat uxori, et contra*」と解しており、ここには、無遺言時の法定相続において同時に相続人とはなり得ないはずの最優先相続人たる卑属と最劣後相続人たる配偶者とを例外的に共同相続人に匹敵する地位に立たせる点に着目した公撰集引用要約文の理解が示されているといえる。ヤーンソン自身が、同法文が寡婦乃至寡夫に認める財産承継者としての地位を、「遺贈されたものとみなされる *imputabitur legatum*」との法文上の「表現 *dictio*」に忠実に文字通りの「遺贈 *legatum*」による受遺者としてのそれと解しているのか、あるいは、「相続人指定 *institutio heredis*」による相続人としてのそれと解しているのかははっきりしないが、いずれにせよ、公撰集引用要約文に基づく寡婦の財産承継を、無遺言時の法定相続の枠組み自体を超え出た例外、つまり、夫の遺言と両立し得るものとして捉えているのは明らかである。「例外が有効であるために原則が述べている表現によって例外も述べる必要がある *ad hoc ut exceptio sit bona oportet quod loquatur in terminis, in quibus loquatur regula*」との解釈の論理性に対する一般的要請も無視できないとしつつも、「これによって、遺言が作成された場合も含めてより一般的に述べられている可能性が妨げられることはなく、それ故、私は、当公撰集引用要約文が無遺言の場合と遺言が作成された場合の双方について述べている可能性があると考える *per hoc non impeditur quin generalius loqui possit, etiam condito testamento, et sic teneo, quod ista authentica possit loqui et ab intestato et condito testamento*」とヤーンソンは結論付けている。しかも、「当公撰集引用要約文が、無遺言時だけでなく、遺言作成時についても述べている *ista authentica*

スは反対の立場である。わが師アレクサンデルからより詳細を知りたいのであれば彼に任せることにしたい。」(In *secundam Codicis partem commentaria*, 44. r.)

loquitur non solum ab intestato sed etiam condito testamento」との理解は「現代のあらゆる人々 omnes Moderni」に共有されているとされ、反対説としては、「当公撰集引用要約文は上記第1法文の解釈に向けられたものであり、それ故、解釈される法文に即して理解されねばならないところ、上記第1法文は無遺言の場合について述べている云々 ista authentica venit ad interpretationem legis unice supra et ergo debet intelligi secundum legem interpretatam, sed illa lex unica loquitur ab intestato igitur et cetera」と解釈の論理性を強調したアンゲルス・デ・ウバルデイス Angelus de Ubaldis (1328-1407年) の見解が紹介されているだけである。コラーの主張も、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文を遺言の有無にかかわらず適用する通説に与したものであり、そのような通説の代表格としてヤーソンの上記注釈が引用されているのである。

また、コラーは、アンゲルスの兄にあたるバルドゥス・デ・ウバルデイス Baldus de Ubaldis (1327-1400年) の同じ公撰集引用要約文の注釈¹¹⁾も引用し、「バルドゥスもまた、妻はこれ以上請求できない旨の条項を遺言者が付加して

11) “く1. 夫が遺言において子等だけを相続人に指定した場合、妻は遺言に抗することができるのか。…ところで、当公撰集引用要約文は、同法文中に〈見なされる云々〉との文言があるので、遺言に基づく場合にも適用される余地があるように見える。
 解答：当該文言は無遺言で為された遺贈と解されねばならない。これに対して直ちに思い至るのは、先に亡くなった配偶者が存命の配偶者のために配慮した場合には、前記勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文、同2巻13章「訴訟代理人について」第21法文、学説彙纂28巻6章「通常補充指定及び未成熟者補充指定について」第39法文にあるとおり、黙示的に法律の規定を排除したように見えるという点である。
 解答：最初の二つの法文については、それらにおいては自らのために準備しているのに対して、上記の場合には他人のために配慮しているからと解答される。後者の場合、他人の利益のために為した以上はこれを不利益に捻じ曲げてはならないが、これ以上請求できない旨述べていた場合はこの限りではない。というのも、その場合、死亡者の意思が破棄し得ないものである以上、配偶者は当公撰集引用要約文の利益を享受しないからである。注意すべきなのは、当公撰集引用要約文によって付与される相続分には、無条件の義務分は含まれておらず、単に憐れみを理由とした遺言

いたような場合は除いて、同様に解している *sic tenet etiam Baldus ibidem in principio nisi forte testator addidisset clausam, quod mulier non possit plus petere* (判決61第3番) としているが、このバルドゥスの注釈もヤーソンが上記注釈において既に引用されていた。ただし、ヤーソンによれば、「遺贈されたものと見なされる」との当法文の表現と「無遺言」を前提とする第1法文との齟齬につき、「小書付によって為された遺贈について述べていると解答できる *posse responderi quod loquatur de legato relicto in codicillis*」としたバルドゥスは、遺言そのものが存する場合に公撰集引用要約文を適用することにはむしろ消極的な立場であると捉えられているので、「同様に解している *sic tenet*」とのカラーの理解とは食い違う。バルドゥスの注釈では、「当公撰集引用要約文は、同法文中に〈見なされる云々〉との文言があるので、遺言に基づく場合にも適用される余地があるように見える *videtur, quod haec authentica habeat locum etiam ex testamento, ut in eandem authentica versus imputatur*」との疑義について、「当該文言は無遺言で為された遺贈と解されねばならない *ille versus debet intelligi de legatis relictis ab intestato*」との「解答 *solutio*」が示されており、ヤーソンによる上記のバルドゥス説紹介はこの箇所を受け、「無遺言で為された遺贈 *legata relicta ab intestato*」を「小書付によっ

者の意思に反する特別な相続が定められているにすぎないという点である。あるいは次のようにも解すべきであろう。すなわち、先に述べたところにもかかわらず、当公撰集引用要約文は無遺言の場合だけでなく遺言による場合にも通用する、と。それでは、亡くなった夫が遺言で子等だけを相続人に指定した場合はどうであろうか、妻は遺言に抗して、この権利に基づき請求できるのであるか。私は次のとおり解答する。もし夫が無遺言で亡くなったならば、当公撰集引用要約文が相続すると述べている以上、文字通り、妻は子等と共に遺産に与ることができる。これに対して、夫が遺言において子等を相続人に指定した場合、配偶者を全く省いてしまったにせよ、配偶者に何かを遺したにせよ、配偶者は当該法文に基づき不当利得返還請求訴権によって当該相続分を取得できるのである。これは、別の場合に、前記勅法彙纂1巻3章「司教及び聖職者云々について」第34法文の公撰集引用要約文第三に述べられ読み取れるとおりである。」(Commentaria in sextum Codicis librum, 46. r.-v. 引用は1615年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

て為された遺贈*legatum relictum in codicillis*と敷衍しているものと解される。バルドゥスの注釈を更に読み進めると、「先に亡くなった配偶者が存命の配偶者のために配慮した*conjunx praemoriens providit superstiti*」場合について、「他人の利益のために為した以上はこれを不利益に捻じ曲げてはならない*cum fecerit in alterius favorem, non debet retorquere in laesionem*」とされる一方で、「これ以上請求できない旨述べていた場合はこの限りではない*secus si dixisset, quod non posset plus petere*」とされており、「妻はこれ以上請求できない旨の条項を遺言者が付加していたような場合は除いて*nisi forte testator addidisset clausam, quod mulier non possit plus petere*」というコラーの表現はこの箇所に基づくものと解される。しかし、この箇所は先の「無遺言で為された遺贈*legata relicta ab intestato*」つまり小書付による信託遺贈を前提とした議論と考えるのが論理的であり、そうであるとすれば、バルドゥスがここで公撰集引用要約文を遺言ある場合に適用することを肯定するという意味でヤーンソンと同旨であったとは言えないはずである。実際、バルドゥスは、この直後、「当公撰集引用要約文によって付与される相続分には、無条件の義務分は含まれておらず、単に憐れみを理由とした遺言者の意思に反する特別な相続が定められているにすぎない*portio quae per hanc authenticam assignatur, non continet debitum necessarium, sed disponit de quadam successione extraordinaria praeter voluntatem testatoris, sola miserationis causa*」との観方の下、「あるいは、先に述べたところにもかかわらず、次のようにも解すべし*vel dic, non obstantibus praedictis*」として、「当公撰集引用要約文は無遺言の場合だけでなく遺言による場合にも通用する*haec authentica habet locum tam ex testamento, quam ab intestato*」と述べている。つまり、バルドゥスは、アンゲルスと同じく公撰集引用要約文を無遺言時のみ適用する説に加えて、遺言ある場合にも適用する説をも排除していないことになる。こちらの説では、「夫が遺言において子等を相続人に指定した場合、配偶者を全く省いてしまったにせよ、配偶者に何かを遺したにせよ、配偶者は当該法文に基づき不当利得返還請求訴権によって当該相続分を取得できるのであろう*si filios in testamento instituat, sive coniugem omnino praetereat, sive aliquid ei relinquat, modo*

habebit conjunx portionem hanc conditione ex lege ista」、とされている。結局、カラーにおいては、バルドゥスの二通りの主張が混同され、限定的な遺言時適用論者としてバルドゥスが位置づけられてしまっているのである。

更に、カラーは、バルドゥス説と誤解された上記見解の不徹底さへの批判を示唆しつつ、「それどころかむしろ、上記新勅法引用要約文に基づく4分の1または一人分の相続分を遺言によって妻から奪うことはできないというのが真理であるadeoque veritas est, quod quarta vel virilis datae Authenticae non possit mulieri tolli testamento」と述べて、再びヤーソンの上記注釈を援用している(判決61第4番)。夫が遺言を作成していた場合にも公撰集引用要約文を適用する通説によれば、例えば、夫が遺言中に子等の相続分のみを定め、妻には相続分はおろか遺贈さえ為していなかったというような場合にも、法文所定の寡婦相続分が認められことになり、その意味では確かに、「上記新勅法引用要約文に基づく4分の1または一人分の相続分を遺言によって妻から奪うことはできないquarta vel virilis datae Authenticae non potest mulieri tolli testamento」と言える。しかし、夫が遺言によって妻に何らかの相続分を指定したかあるいは遺贈を為していて、なおかつ、それが法文所定の寡婦相続分に満たない場合に、如何に解すべきかという問題は、遺言が存する場合にも当法文を適用すべきか否かという先の問題とはさしあたり区別されるべきであろう。実際、ヤーソンも、上記注釈第17番の末尾において、「先に亡くなった富裕な妻が夫に対して、当法文によって夫が明らかに取得できたはずの4分の1よりも少ない遺贈を為していた場合はどうであろうか。夫は当該遺贈を超えて請求できないのか、それとも、当該遺贈を超えて請求できるのかquid esset si condito testamento uxor locuples praemoriens faceret legatum marito quod esset minus ista quarta, de qua in hoc texto et pro se haberet expresse maritusne plus petere posset, an maritus posset plus petere?」との問題に言及している。そこでは、「それ以上請求できない旨断ずるdeterminat quod non posset plus petere」ものとしてバルドゥスの上記注釈が引用される他、「現代の人々Moderni」も同旨であるとされているが、ヤーソン自身の立場は明確にされていない。ヤーソンの上記注釈にも示唆されていたとおり、公撰集引用要

約文を「嫁資が欠けている *absque dote*」との文言に拘泥せずに第1法文と同じく寡婦と寡夫何れの場合にも適用し得るとの理解が前提であるとすれば、富裕な夫が妻に対して「当法文によって妻が明らかに取得できたはずの4分の1よりも少ない遺贈を為していた *faceret legatum quod esset minus ista quarta, de qua in hoc texto et pro se haberet expresse*」場合にも、ヤーソンの紹介するバルドゥスや「現代の人々」の見解に従う限り、やはり、当該寡婦は「それ以上請求できない *non potest plus petere*」ということになろう。後述のとおり、コラー自身は、「夫が遺言を為して亡くなり、上記新勅法引用要約文の相続分よりも少ない遺産を妻に遺した場合、死亡者の最終の意思表示にもかかわらず、相続分の補充を求めることができる *quando maritus decessit testatus, siquidem uxori minus reliquit, quam portionem datae authenticae praeterea, possit petere eius supplementum, non obstante ultima voluntate defuncti*」と再度明言している(第31番)ので、問題は、コラーの引用のとおり、これがヤーソンの見解であったかどうかである。ヤーソンの注釈に付されたヨハンネス・フランキスクス・プルプラトゥス *Johannes Franciscus Purputatus* の補注 *additio*¹²⁾によれば、ヤーソンの師にあたるアレクサンデル・デ・タルタグニス *Alexander de Tartagnis* (1424? -1477年) が、「遺贈を超えて請求できる」、つまり、法定相続分との差額の補充を請求できる(正確には遺贈分を持ち戻し

12) “〈それでは云々〉これはアレクサンデルによる当公撰集引用要約文の第四の主要な拡張であり、私はこれを是認する。なぜなら、当該4分の1相続分から卑属の法定相続分への推論が通用すると解され【バルトルスの学説彙纂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22法文3節注釈第2段】、しかも、法定相続分については、公撰集第9〔→8〕集第16章「上訴について審理される場合は原判決時に通用していた法律に則って判断されるべきで、その後制定された法律に基づいてはならないこと、並びに、その他諸事項について」第5節にあるとおり、〈これ以上請求できない〉といったその種の文言が機能することはないからである。また、デキウスの『助言集』助言24もアレクサンデルと一致しており、そこでは第五の拡張として詳細に論じられている。” (In *secundam Codicis partem commentaria*, 44.r., *additiones*, f.)

た上で法定相続分を請求できる)と解していたようであり、ヤーソンの教えるパヴィーアで学んだフィリッポ・デキーオFilippo Decio (1454-1535年)もこれに与しているとされる。上記公撰集引用要約文所定の配偶者相続分について補充を認めて遺言による剥奪を認めない解釈の論拠を、プルプラトゥスは、「当該4分の1相続分から卑属の法定相続分への推論argumentum de hac quarta ad legitimam filii」を介して、卑属の法定相続分について「何であれ彼等に法定相続分よりも少なく遺贈されるものは相続人によって補充されるquicquid minus eis legitima portione relictum est, hoc ab heredibus impleri」とした法文(公撰集第8集第16章=新勅法115勅法の第5節前書)に求めている。このようなプルプラトゥスの補注がヤーソン以後の通説を代弁するものであるとすれば、ヤーソンの上記注釈とは別の典拠が示されるべきであったとはいえ、コラーの論述には同時代のイタリア法学の権威に従う姿勢を見て取ることができる。

判決61前半部の議論の意図は、前述のとおり、亡き夫が嫁資合意や遺言によって残した財産に寡婦が「満足している」と見なされる論拠を提示するところにあった。遺言による寡婦の法定相続分の剥奪を認めない当時の通説的見解は、遺言の機能を法定相続分以上の遺産を寡婦に付与することに事実上制限するという意味で、夫が遺した財産に妻が「満足している」と解する有力な論拠となり得た。そこで、コラーは、この見解を嫁資合意による財産付与についても当てはめ、「嫁資合意によっても上記新勅法引用要約文によって付与される4分の1もしくは一人分の相続請求権を妻から奪うことは決してできないnequidem per pactum dotale, mulieri potest tolli Ius petendae quartae vel virilis ex data authentica competentis」と主張している(第6番)。この主張は、さしあたり、「終意処分から契約へ並びにその逆の推論argumentum ab ultimis voluntatibus, ad contractus, et e contra」といういわゆるトピカ的論拠に従ったものとして提示され(第5番)、論拠自体も、「通常、合意が遺言以上の働きをすることはなく、実際、そのような嫁資合意は、死後、終意処分との同等の扱いを受けるregulariter pactum non plus operatur quam testamentum; habentur enim talia pacta dotalia instar ultimae voluntatis post mortem」と

敷衍されている。しかし、当該論拠の射程に関わる議論は、当時広く読まれていたニコラース・エフェラルツ Nicolaas Everaerts (1461/62-1532年) の『トピカすなわち法の論拠集 *Topicorum seu locorum legalium opus*』(1516年初版、以下『法の論拠集』と略称) の参照も含めて後に回され(第23番から第25番)、ここでは、「人間の取り決めは法律の取り決めを廃する *provisionem hominis tollere provisionem legis*」との異論への反論という形で、嫁資合意に基づく承継分に対するの法定相続分の優位が説かれている。一つ目の反論は、「合意によって自らの利益を図っている *sibi providit per pactum*」場合にのみ上記異論は妥当し、「本事案で夫が妻に対して配慮しているように、相手方に配慮している場合はこの限りではない *secus si alteri, prout hoc casu maritus prospicit uxori*」というものである(第9番)。ここでコラーは、再びバルドゥスの新勅法引用要約文注釈を参照した上で、「その合意が妻のために為されている場合には、妻に不利に歪曲されてはならない *cum istud pactum fecerit in favorem uxoris, non debet in eius odium retorqueri*」と述べている(第10番)。確かに、当注釈には、「先に亡くなった配偶者が存命の配偶者のために配慮した *conjunctum praemoriens providit superstiti*」場合、「黙示的に法律の規定を排除したように見える *videtur tacite exclusisse provisionem legalem*」けれども、「他人のために配慮している *providet alteri*」のであるから、「自らのために準備している *providet sibi*」場合にそのような排除を認めない諸法文¹³⁾とは矛盾せず、「他人の利益のために為した以上はこれを不利益に捻じ曲げてはならない *cum fecerit in alterius favorem, non debet retorquere in laesionem*」旨の記述が見出される。コラーは、同時に、「ある人々の利益のために定められた事柄がある場合に彼等の不利益に考えられたと受け取られるのを朕は望まない *quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri*」との法文¹⁴⁾も引用しており、「無遺言で為された遺贈」を前提としたバルドゥスの議論を手がかりに、契約や終意処分といった「人間の取

13) バルドゥスが明示しているのはC. 2, 3, 30.とC. 2, 13, 21.である。

14) C. 1, 14, 6.

り決めprovisio hominis」のみならず「法律の規定provisio legis」にも共通する不利益解釈禁止の一般論から、法定相続分が嫁資合意によって剥奪削減されてはならないとの帰結を引き出しているようである。続く二つ目の反論も、「人間の取り決め」と「法律の規定」の関係一般にかかわる。すなわち、「人間の取り決めが、例えば特殊で通常とは異なる法律の規定を廃し得るのは、確かであるprovisio hominis facit quidem cessare provisionem legis, puta, singularem vel extraordinariam」が、「普通法から導入された法律の規定はこの限りではないsecus est in provisione legis inducta de iure communi」ので、「同様に上記新勅法引用要約文が妻等のため一般的な恩恵をもたらしていて、それが普通法に属する以上は、嫁資合意によって当該恩恵の放棄が生じたとは解されないquia itaque authentica praeterea pro mulieribus introducit beneficium generale, quod iuris communis est, ideo per pactum dotale non intelligitur huic beneficio renunciatum」というのである(第11番及び第12番)。

これに対して、三つ目の反論は、「自らの財産を減少させるような妻の合意は端的に無効であるpacta mulierum, per quae minuntur res ipsarum, simpliciter non valet」から、そもそも「妻は合意によって自らの嫁資の状態を悪化させることはできないmulier non potest per pactum conditionem dotis suae reddere deteriolem」というものであり、嫁資合意に特化した議論となっている(第13番)。ここでは、嫁資の返還条件を妻側に不利に変更する嫁資合意を無効とした法文¹⁵⁾(「嫁資の返還期限に関する限り、合意によって妻の立場が良くなることはあっても悪くなることはあってはならないad diem reddendae dotis attinet, pacto meliorem conditionem mulieris fieri posse, deteriolem non posse」)と共に、「所定の手続を経ない限り、法律によって与えられている妻等の権利を嫁資合意によって奪うことはできないpacto dotali non posse auferri mulierum Ius ex lege debitum, non adhibitissollennitatibus」とする「諸博士doctores」の見解が援用されているが、典拠としては、バルテレミ・ド・シャスヌーBarthélemy de Chasseneux (1480-1541

15) D. 23, 4, 17.

年)の『ブルゴーニュ公領慣習法注解Commentaria in consuetudines ducatus Burgundiae』(1517年初版)が具体的な引用箇所の明示もないまま指示されているだけである。そこで、判決61末尾の編者シュルテスの「補注additio」を手がかりに、カラーの別の著書『執行手続論Tractatus de processibus executivis』(1572年初版)を参照すると、その第二部第三章に、ルドウィクス・ロマヌスLudovicus Romanus(1409-1439年)による「不動産購入のために預け置かれた未成年被後見人の金銭は裁判官の許可なしには処分不可能である pecunia pupilli, reposita ad emtionem praediorum, non est alienabilis, sine decreto iudicis」との見解を「法令により夫婦の内の存命者が不動産の一定割合を取得すべきものとされているvigore statuti, superstes ex coniugibus lucrari debeat certam partem immobilium」場合にも当てはめ、「存命者がたとえ不動産の調達のために割り当てられた分の金銭であっても請求する superstes consequitur etiam partem pecuniarum, quae fuerunt deputatae ad comparationem bonorum immobilium」ことを認めるべきとの議論(第27番から第28番¹⁶⁾)が見出され、そこに、ロマヌスやルドウィクス・ゴメシウス Ludovicus Gomesius(1494-1542/53年)等の見解と共に、やはりシャスヌーの

16) “〈27. 金銭は弁済されるべく保持され得ないものに属する。〉そしてまた、現金の利便は絶え間ない消費に存しており、それ故、弁済されるべき保持され得ないものに属している【論拠となるのは学説彙纂23巻3章「嫁資の法について」第78法文4節】、バルトルスの同章第1法文注釈第3番、ヤーソンの学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第41法文14節注釈の第21番以下も同旨であり、〈28. 不動産購入のために用意された金銭は地上物に算入されるのか、とりわけ、地域の法令に基づく恐らくは妻の不動産の4分の1を付与されるべき夫が当該部分を上記金銭として受領した場合はどうか。〉中でも後者は、法令により、夫婦の内の存命者が不動産の一定割合を取得すべきものとされている場合、その存命者に金銭は付与されず、たとえそれが不動産の購入のために用意された金銭であってもそうである、と述べており、ティラクエルス『合意取戻論』第1条注釈7第105番及び106番もこれを是認している。但し、ルドウィクス・ロマヌス『助言集』助言188第5番は学説彙纂27巻4章「後見反対訴権及び同準訴権について」第3法文6節に依拠してこれに反対の立場である。つまり、ロマヌスは、不動産購入のために預け置かれた未成年被後見人の金銭は裁

『ブルゴーニュ慣習法注解』が引用されている¹⁷⁾。しかも、こちらでは、具体的に、ブルゴーニュ公領慣習法(1459年成文化、1570年改訂)の第4巻第24条(「夫婦の金銭で動産に属しておらず、かつ、既に割り当てられているかある

判官の許可なしには処分不可能であると主張するのである【同じくロマヌス『個別論点集』論点103、[フランキスクス・]クレモネンシス『重要論点集』論点59、[アントニウス・]コルセトゥス『個別論点集』の「金銭」の項、ルドウィクス・ゴメシウスの『法学提要4巻6章「訴権について」注解』第7節注釈第21番も同旨であり、カッサネウス『ブルゴーニュ慣習法注解』第4章第25[→24]条の文言「割り当てられている」への注釈第1番もこれに与している。また、つい先ほど[第25番で]引用した学説彙纂34巻2章「金、銀、総装身具、香油、衣服衣装、彫像の遺贈について」第39法文1節も論拠となる】。私も彼等の見解の方に与する。というのも、存命者は、たとえ不動産の調達のために割り当てられた分の金銭であっても請求するであろうから。確かに、ロマヌスの助言188へのマンドシウスの補注Cがこの点について詳細に論じているニコラウス・ボエリウスの『[ボルドー高等法院]判決集』判決219を引用して論じているところに従えば、ティラクエルスの見解の方が従来恐らくは通説と見なされていたのであろうし、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察11第4番も学説彙纂27巻4章「後見反対訴権及び同準訴権について」第3法文6節に関してこちらの見解がより一般的で正しい旨述べているが、これは未成熟者や未成年者の金銭に特有の事柄であり、それどころか、一般法はこれとは逆である【論拠となるのは学説彙纂1巻3章「法律、元老院議決、長期にわたる慣習について」第16法文】。(Tractatus, 459-460. 引用は1602年イエーナ刊第三版のテキストによる。)

- 17) シャスヌーの『ブルゴーニュ慣習法注解』は、同慣習法改訂後の1574年に、リヨンに加え、フランクフルト・アム・マインでも、『バルトロマエウス・ア・カッサナエオ氏の極めて詳細で学識豊かな注釈によって解明され最大限の注意と労力を以て点検済みのブルゴーニュ公領及びフランスのほぼ全域の慣習法*Consuetudines ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae, commentariis domini Bartholomaei a Chassanaeo, ut amplissimis, ita doctissimis illustratae, summaque diligentia et labore recognitae*』との表題で出版されており、カラーは、『執行手続論』公刊後にこのフランクフルト版を入手し参照した可能性がある。もしこの推測が正しければ(1572年刊の『執行手続論』初版での引用の有無は未確認)、シャスヌーの注解書への言及は、生前の覚書や草稿に基づき、死後に公刊された『執行手続論』第二版(1595年)や『ドイツ判決集』に反映されたことになる。

いは割り当てべく約束されているものは妻及びその相続人の相続財産となる Deniers de mariage qui ne sont à meubles, et qui sont assignez ou promis d'assigner, sont heritages pour la femme, et pour ses heritiers.]) の文言「既に割り当てられているかあるいは割り当てべく約束されている sont assignez ou promis d'assigner」に付された注釈¹⁸⁾が指示されており、「不動産購入用に指定された金銭は不動産に当たるのか否か nunquid pecunia in emptionem praediorum destinata sit res immobilis?」との問いに、ロマヌスの見解を主たる典拠に、「汝然りと解すべし dic quod sic」と解答され、「不動産購入用に指定された金銭 pecunia in emptionem praediorum destinata」もまた「動産 meubles」ではなく、妻に割り当てられた不動産の一部として、その「相続財産 heritages」となる旨主張されている。ただし、この注釈には、判決61の上記箇所でもカラーが指摘するような「所定の手続 sollemnitates」に相当する議論が見当たらず、それ故、『執行手続論』で紹介されたロマヌスの見解に見える「裁

18) “不動産購入用に指定された金銭は不動産に当たるのか否かが問題となる。汝然りと解すべし。これは、学説彙纂27巻4章「後見反対訴権及び同準訴権について」第3法文6節の法文に基づいており、ルドウィクス・ロマヌスは『助言集』助言188末尾においてこの法文が重要である旨述べている。また、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第23法文にも基づいている。更に、ルドウィクス・ロマヌスが『個別論点集』論点104で述べている点も以上に付け加えることができる。その箇所でもロマヌスは前掲学説彙纂27巻4章第3法文6節に気づいたのは自分だけであると述べている。フランキスクス・デ・クレマ『個別論点集』論点60も参照せよ。効果に近接する原因によって義務付けられている限り、指定されたものは指定された対象の一部と解されるという点については、フランキスクス・デ・アレティオ『助言集』助言6や、これを法準則を見なしているアレクサンデル『助言集』第3巻助言97、アンドレアス・バルバティアの別書3巻13章「教会財産処分可否について」表題注釈を参照せよ。また私も、本章第2条の文言「全ての動産について」への注釈で既に論じたので、ここでは繰り返さない。ただし、妻が本条に言う割り当てによって所有権者となるという点には注意されたい【グイド・ババエ『問題集』問題525】。”(Consuetudines, 799.引用は1574年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる。)

判官の許可 *decretum iudicis*」を直接の典拠と考えざるを得ない。しかも、これらの議論は、嫁資合意において「不動産購入用に指定された金銭」の帰趨に関わるものにすぎず、結果的に寡婦の法定相続分の増減に繋がり得るとしても、嫁資合意において予め定められた夫亡き後の妻の承継分と寡婦の法定相続分との関係を直接左右するものではない。せいぜい嫁資合意の内容が夫亡き後の財産承継に関して寡婦に不利益に解釈されてはならないという一般論の一適用例に留まると解すべきであろう。

以上の議論を踏まえて、コラーは、「遺言や何らかの合意によって妻にどれ程の財産が与えられたとしても、そして、たとえ法律に基づいて4分の1あるいは一人分の相続分を得られないとしても、上記の諸博士に従えば、常に当該相続分を請求することができる *quantumvis mulieri sit provisum per testamentum, vel pacto quocunque; tamen si non habet suam quartam vel virilem competentem ex lege, semper potest illam adhuc petere, secundum praedictos doctores*」と結論付けているが(第15番)、ここに言う「諸博士 *doctores*」が誰を指すのかははっきりしない。遺言が存する場合にも勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づく寡婦の法定相続分を妥当させ、遺言による承継分が法定相続分に満たない場合には不足分を請求できるとしたとされるヤーソンがここで念頭にあるのは確かであろうが、嫁資合意による承継分についてはそもそもヤーソンの議論(正確にはヤーソン以後の通説)の射程外である。「人間の取り決め」と「法律の規定」の関係をめぐる一般論との関係で名の挙げたバルドゥスその他の人々にせよ、「所定の手続」の要否との関係で引用されたシャスヌーにせよ、既に述べた引用それ自体に伴う難点以上に、嫁資合意に基づく寡婦の財産承継の場面で、法定相続分を下回る分の請求それ自体の可否を論じこれを肯定したわけではなかった。コラーは、「嫁資合意によっても上記新勅法引用要約文に基づき付与される4分の1もしくは一人分の相続請求権を妻から奪うことは決してできない」という立場を支える論拠として、更に、妻自らが嫁資合意の中で予め「法律によって付与された相続分 *portio ex lege debita*」を「特定的に放棄すること *specialiter renunciare*」自体は認められても、「一般的な合意では不十分である *non sufficit pactum*

generale」と指摘している(第15番)が、そこには具体的な典拠は見当たらない。一方、仮に遺言や合意に基づく寡婦の承継分が寡婦の法定相続分を下回る場合であっても、「合意や遺言の中で遺贈されたり付与されたりしたものは4分の1の相続分の中に算入されるため *legatum, vel relictum, in pacto vel testamento, imputatur in illam quartam*」、法定相続分に加えて「優先的遺産を取得できるわけではない *neque habet relictum praecipium*」とも指摘されており(第16番)、そこには、パウルス・デ・カストロ *Paulus de Castro* (1360/62-1441年) に加えバルドゥスとヤーソンの公撰集引用要約文の注釈が再び引用されているが、例えば、ヤーソンが先に検討した注釈第17番の直後に、「遺贈は当公撰集引用要約文の規定に基づく4分の1の相続分の内に算入される *legatum computatur in quartam, quae debetur ex dispositione huius authenticae*」¹⁹⁾(第18番冒頭)とはっきり述べているとおり、これら「諸博士」の念頭にあるのはあくまで遺言による承継分と法定相続分とが両立する場合の財産持戻による相続人間の公平の実現である。翻って、嫁資合意による妻の承継分と寡婦の法定相続分との両立から、単に前者に対する寡婦の満足を推定するだけでなく、後者が前者を上回る場合に前者の持ち戻しが前提であるとはいえ後者の請求を認める上記議論が、そもそもコラー自身の意図に沿うものなのかも疑問である。というのも、仮に規範的な要請として、寡婦が嫁資合意に基づく承継分に「満足している」と解すべきなのであるとすれば、嫁資合意よりも有利であるとの理由による法定相続分の請求はこの要請に反することになりかねないからである。

このような疑問は、参審裁判所の実務をふまえた各論的な考察の冒頭において直ちに解消されることになる。そこには、「我々は、実際、1567年6月に、次のような事案でそのような主張に出会った *hunc casum ita de facto habuimus sub annum Domini millesimum quingentesimum sexagesimum septimum mense Iunio.*」(第17番)とあり、「上記の諸博士に従えば *secundum praedictos doctores*」との文言を敢えて用いて提示された先の議論が、コラー

19) *In secundam Codicis partem commentaria*, 44r.

自身の与するものではなく、むしろ、自ら担当した事案において嫁資合意による承継分ではなく法定相続分を請求した寡婦側が依拠したものであったことが判明するのである。事案の内容は、コラーによれば、「妻が80ウイケナエ²⁰⁾を持参し、夫は嫁資合意によって上記嫁資の倍額を定めたが、その後、婚姻中に多くの資産が得られ、しかも、夫が子を残さずに亡くなったため、上記資産の内のどれほどが寡婦となった妻に付与されるのかが問題となった *mulier intulerat octoginta vicenas, cui maritus per pactum dotale constituerat duplum illatae dotis: postea stante matrimonio multa bona fuerunt quaesita: decedente itaque marito non relictis liberis, quaerebatur quantum de dictis bonis deberetur mulieri viduae*」というものであり、このような場合、「先に述べたところに従えば、妻には資産全体の4分の1が付与されるべきであるが、嫁資合意に定められた額は当該4分の1に持ち戻されるべきものと解すべきように見えた *per supra dicta videbatur dicendum, quod deberetur ei quarta omnium bonorum, in quam tamen quartam esset conferenda quantitas pacto dotali comprehensa*」というのである。

これに対して、コラーはまず、「嫁資合意 *pacta dotalia*」一般が、「ドイツ全域において極めて頻繁に用いられている *esse per totam Germaniam usitatissima*」だけでなく、「とりわけザクセン法が通用している当地域では、経験の示すとおり、何かをもたらし効果を發揮しない限り、有用性はない *maxime in his provinciis, ubi viget Ius Saxonicum, quemadmodum docet experientia, quorum nulla esset utilitas nisi aliquid operarentur et effectum haberent*」と解されているという点を指摘する（第18番及び第19番）。この指摘は、嫁資合意として定められた内容が、事後的に、この場合で言えば、寡婦の法定相続分より少ないことが判明したからといって、合意内容が無視されるならば、嫁資合意という仕組みそれ自体の「有用性 *utilitas*」が否定されてしま

20) 「20の80リーブラ *octoginta vicenae [librae]*」、つまり、1,600リーブラ（プント Pfund）という意味であるとすれば、16世紀の貨幣体系に従い、おおよそ200グルデン Guldenに相当すると解される。

い不当であるとの趣旨であろう。遺言者意思不明時の遺贈認定の可否という文脈で「朕は言葉ではなく行為そのものによって法律を定めるnon non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus」と述べる法文²¹⁾の援用(第20番)や、「嫁資合意は一般的で周知の慣習に基づいて有効となり、それどころか、これに異を唱えることは禁忌とされているほどであるpacta dotalia validantur generali et notoria consuetudine, adeo quod contra eam pronunciare religio esset」との言明(第21番)も、嫁資合意をその「有用性」に照らし単なる「文言verba」以上のものとして尊重し遵守すべきとの上記主張の傍証や敷衍として理解できる。

次に、当該事案の嫁資合意の具体的内容、すなわち、夫亡き後に妻が「嫁資の倍額duplum dotis」を取得する旨定められている点の是非が検証される。この点、「上記事案には、何等不平等なところはなく、当該嫁資合意を介して、嫁資や婚姻故の贈与の状態は、あらゆる意味での公平さ、つまり、あるべき公平さを保っているin casu proposito nulla est iniquitas, et reducitur per tale pactum conditio dotis et donationis propter nuptias ad omnimodam, et eam quae debet esse, aequalitatem」(第21番)というのがカラーの評価である。ここに言う「あらゆる意味での公平さomnimoda aequalitas」というのは、勅法彙纂第5巻第14章第9法文の付された一つ目の公撰集引用要約文(公撰集第7集第9章第1節=新勅法第97勅法第1章に由来)を意識した表現であり、同公撰集引用要約文には、「嫁資や婚姻前贈与においては、あらゆる場面、すなわち、そこからもたらされる利得だけではなく、両者の提供や設定においてもまた、公平さが保たれる必要がある。価値の増加もまた、全く生じるべきではないか、あるいは、双方において、つまり、そのような仕方では公平が覆されることのないように等しい量において生じるべきであるAequitas omnimodo servanda est in dote et in donatione antenuptiali: non tantum in lucris exinde proventuris, sed etiam in praestatione et constitutione utriusque. Augmentum quoque vel prorsus non fiat, vel ab utraque parte celebretur, pari scilicet quantitate: ne vel

21) C. 6, 43, 2, 3.

eo modo subvertatur aequitas.」、とある。「婚姻前贈与donatio antenuptialis」乃至「婚姻故の贈与donatio propter nuptias」とは、夫が自らの死亡による婚姻解消に備え妻への贈与を予め約束しておくものであり、夫の約束するそのような贈与と妻の嫁資との間では「あらゆる場面で公正さが保たれる必要がある aequitas omnimodo servanda est」というのである。そして、当該事案における「嫁資の倍額」に関する嫁資合意を、夫死亡時に妻に同額を「婚姻故の贈与」として約束すると同時に、妻死亡時に同額の「嫁資」の返還請求を妻の相続人等に認めたものと仮に解するならば、「価値の増加もまた、双方において、つまり、そのような仕方では公平が覆されることのないように等しい量において生じるべきであるaugumentum quoque ab utraque parte celebretur, pari scilicet quantitate: ne vel eo modo subvertatur aequitas」とした上記公撰集引用要約文にも確かに合致する。しかし、「嫁資の倍額」に関する嫁資合意それ自体に「公平さaequitas」が認められるとしても、当該事案において、「婚姻中に多くの資産が得られたstante matrimonio multa bona fuerunt quaesita」との事情はそのような嫁資合意の「公平さ」に影響しないのであろうか。この点、コラーは、「仮に財産が増えることなく逆に減少した場合に、反対のことで、すなわち、法定相続分として合意の内容よりも少ない相続分を得ることを妻は望まないはずであるcerte si bona non fuissent aucta, sed diminuta, contrarium, videlicet, ut haberet portionem legis, et ita minorem quam continetur in pacto, non erat mulier postulatura」とし、この財産減少時との均衡から、「ここでは増価もまた考慮されるべきではないhic non est audienda augmentatio」と主張し、代物弁済した土地fundus in solutum datusが受領者の努力で価値を増した場合に同様に価値減少時との均衡を考慮した法文（「消費貸借により受領した金銭の代わりに許可を得てエワンドルスに土地を引き渡したことを汝が認める以上、かの者の努力が例えば汝自身に有利な結果をもたらさなかったと主張するのは、もしかの者が安価で処分してしまった場合には反対のことを望まないであろうから、不当であるcum pro pecunia quam mutuo acceperas, secundum placitum Evandro te fundum dedisse profiteris: ejus industriam, vel eventum meliorem tibi non ipsi prodesse, contrarium non postulaturus, si minoris

distraxisset, non juste petis])²²⁾を論拠として指示している(第22番)。なお、当該事案において「夫が子を残さずに亡くなったdecedente marito non relictis liberis」という点については、特に言及されておらず、嫁資合意後の財産増価と同様、当該嫁資合意そのものの「公平さ」に事後的に影響を与えるような事情とは考えられていないようである。

続いてコラーは、遺言や嫁資合意に基づく妻の承継分と勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づく寡婦の法定相続分との関係について先に総論的に扱われた内容が、当該事案で法定相続分を下回る結果となった嫁資合意上の妻の承継分をそのまま尊重する判断と矛盾しないことを論証している。まず指摘されているのは、「上記新勅法引用文による4分の1は遺言によって奪われ得ず、それ故、合意によっても奪われないという点は以上の妨げとならないnon obstat, quod quarta datae authenticae non possit tolli testamento, unde nec pacto」(第23番)という点である。「上記新勅法引用文による4分の1は遺言によって奪われ得ず、それ故、合意によっても奪われないquarta datae authenticae non potest tolli testamento, unde nec pacto」との主張は、既に見たとおり、トピカの論拠による推論(「終意処分から契約へ並びにその逆の推論argumentum ab ultimis voluntatibus, ad contractus et e contra」)として提示されていたが、ここでは、エフェラールツの『法の論拠集』に依拠しながら、当該論拠が、自らに不利な嫁資合意の無視と有利な法定相続分の請求を裏付ける方向には働き得ない旨論じられている。『法の論拠集』の論拠17「契約から終意処分への論拠a contractibus ad ultimas voluntates locus」²³⁾では、

22) C. 8, 43, 24.

23) “更に、法の中には、契約から終意処分への論拠も見出され、この論拠に基づいて為される推論は一層信頼できないけれども、両法において同様の論法が存する以上、頻繁かつ大量に為されているといえよう。有名なテキストは勅法彙纂6巻37章「遺贈について」第26法文[1節]にあり、サリケトの当法文注釈において見事に論じられているし、的確なテキストが法学提要1巻7章「フーフィウス、カニーニウス法の廃止について」にも見出され、同法文の標準注釈、ヨアンネス・ファベル、アンゲルス・デ・アレティオ等博士の注釈において論じられている。また、ルドウィ

クス・デ・ローマは、勅法彙纂6巻50章「ファルキディウス法について」第7法文の公撰集〔9集14章6節＝新勅法第131勅法12章〕引用要約文第三、すなわち、寄進のための終意処分に関する特殊な法文の注釈において、当該論拠を用いており、諸博士も他の数え切れない箇所ですらそうして、それらの箇所を思い出すのは簡単ではなく骨が折れる。同様に、終意処分から契約への反対の推論もまた有効である。有名なテキストは学説彙纂2巻14章「合意について」第46法文にあり、バルドゥスの同法文注釈が言及している。的確なテキストは学説彙纂35巻1章「遺言に記載される条件、説明、理由、方式について」第24法文にあり、また、見事なテキストが学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第44法文5節にあって、ディーヌス、ライムンドゥス、ヨアンネス・デ・イモラの同法文注釈で論じられている。更に、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第21法文にも的確なテキストがあり、アングルス同法文注釈で指摘され、バルドゥスの勅法彙纂7巻3章「フーフイウス、カニーニウス法の廃止について」第1法文注釈でも詳細に検討されている。当論拠の日々の適用区分についての明確な解決としては簡略に以下のように言うことができよう。まず、契約と終意処分とが理由の同一性において一致している場合には、上記諸法文にあるとおり、一方から他方への推論が妥当する。両者が理由の同一性において一致していない場合には、終意処分における理由が契約における理由よりも強力ならば、比較優位の論拠を介して終意処分から契約へ否定的に推論することは有効であり【学説彙纂44巻7章「債務関係と訴権について」第44法文1節】、また反対に、比較劣位の論拠を介して契約から終意処分への肯定的に推論することも、前掲勅法彙纂6巻37章第26法文に適切に述べられているとおり、有効である。これとは逆に、契約における理由が終意処分における理由よりも強力ならば、契約から終意処分への推論は否定的に、終意処分から契約への推論は肯定的にそれぞれ妥当であり、前掲学説彙纂2巻14章第46法文にその旨述べられている。しかし、不明な場合には、契約における解釈よりも終意処分における解釈の方が充実しているのが普通であるから（学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第12法文、別書3巻24章「贈与について」第6節及び第10節）、契約から終意処分へ肯定的に推論すること、そして、終意処分から契約へ消極的に推論することは有効である。その旨はつきり述べているのは、サリケトの前掲勅法彙纂6巻37章第26法文注釈、ヨアンネス・デ・イモラの前掲学説彙纂30巻第44法文5節注釈、アングルス・デ・アレティオの前掲法学提要1巻7章注釈であり、この点についてはそれらの箇所十分な説明であろう。なお、当推論は法律の廃止についても妥当することを原則とみなしても

「当論拠に基づいて為される推論 *a quo sumptum argumentum*」と「終意処分から契約への反対の推論 *argumentum ab ultimis voluntatibus ad contractus*」とが如何なる場合に通用するのを見分ける準則が提示されている。それによれば、「契約と終意処分とが理由の同一性において一致している *contractus et ultima voluntas conveniunt in rationis identitate*」場合には「一方から他方への推論が妥当する *procedit argumentum de uno ad aliud*」が、両者が理由の同一性において「一致していない *disconveniunt*」場合については、「終意処分における理由が契約における理由よりも強力ならば、比較優位の論拠を介して終意処分から契約へ否定的に推論することは有効であり、また反対に、比較劣位の論拠を介して契約から終意処分への肯定的に推論することも有効である *si sit maior ratio in ultima voluntate, quam in contractu, valide argumentatur ab ultima voluntate ad contractum negative per locum a maiori et e contra a contractu valide argumentatur ad ultimam voluntatem affirmative per locum a minori*」とされ、「契約における理由が終意処分における理由よりも強力である *maior est ratio in contractu quam in ultima voluntate*」ならば、「契約から終意処分への推論は否定的に、終意処分から契約への推論は肯定的にそれぞれ妥当である *procedit argumentum a contractu ad ultimam voluntatem negative, et ab ultima voluntate ad contractum*」

よい。そのように明確に述べているのは、バルドゥスの前掲勅法彙纂7巻3章第1法文注釈、同じくバルドゥスの別書1巻3章「教勅について」第4節注釈である。また、この点については、先に、類似性の論拠において、第一の疑問として述べたところも参照されたい。同様に注意すべきなのは、契約と終意処分との間には多くの顕著な相違が存するという点である。ヤーソンの前掲学説彙纂2巻14章第46法文注釈にはそれらの中から七つの相違点が見事に集められているのを見ることが出来る。それらの相違点やそれらに類する相違点の下では全く当推論が通用しないという点については、ヤーソンが見事に論じているので、叙述の簡明さのため、ヤーソンに委ねるにことにする。以上全ての点をこの上なく有益で日常的な事柄として心に留め置かれたい。”(Topicorum opus, 116-117.引用は1544年バーゼル刊のテキストによる。)

affirmative]とされている。エフェラルツが示したこの準則に依拠して、ローは、「終意処分から契約若しくは合意への否定的に為される推論が通用するのは、終意処分の論拠と合意の論拠とは同等か、あるいは、前者が後者よりも強力である場合に限られる*ab ultimis voluntatibus ad contractus vel pacta negative sumptum argumentum non procedere, nisi quando eadem aut maior est ratio ultimae voluntatis quam pacti*」とし、「契約の理由が遺言の理由よりも強力である場合にはこの限りではない*secus quando maior est ratio contractus quam testamenti*」と述べている(第24番)。「終意処分から契約若しくは合意への否定的に為される推論が通用する*ab ultimis voluntatibus ad contractus vel pacta negative sumptum argumentum procedere*」(エフェラルツの表現では「比較優位の論拠を介して終意処分から契約へ否定的に推論することは有効である*valide argumentatur ab ultima voluntate ad contractum negative per locum a maiori*」)というのは、遺言等の「終意処分*ultimae voluntates*」について認められない事柄は「契約*contractus*」や「合意*pacta*」においても認められないと推論し得るとの趣旨であり、エフェラルツが例示した法文²⁴⁾の一節(「ある期限までに債務を発生させることは、遺贈の場合と同様、できないとされている*placet ad tempus obligationem constituti non posse: non magis, quam legatum*」)と同様、「上記新勅法引用文による4分の1は遺言によって奪われ得ず、それ故、合意によっても奪われない」という主張もそのような推論の一例と解し得る。ところが、エフェラルツの準則によれば、「終意処分から契約へ*ab ultima voluntate ad contractum*」の推論は、「契約と終意処分とが理由の同一性において一致している*contractus et ultima voluntas conveniunt in rationis identitate*」場合と「終意処分における理由が契約における理由よりも強力である*est maior ratio in ultima voluntate, quam in contractu*」場合にのみ妥当し、「契約における理由が終意処分における理由よりも強力である*maior est ratio in contractu quam in ultima voluntate*」場合には通用しないとされるため、「契約における理由が終意処分における理由よ

24) D. 44, 7, 44, 1.

りも強力である」ことを論証できれば、当該推論は覆されることになる。そこで、コラーは、「合意の理由が遺言の理由よりも強力であるという点は、後者が一人つまり死亡者の同意によって成立するのに対して、前者は二者つまり夫と妻の同意によって成立するところから明らかである*quod pacti maior sit ratio quam testamenti, paret, quia hoc nititur tantum consensu unius, videlicet defuncti, illud autem amborum consensu constituitur, viri scilicet, uxoris*」として(第25番)、当該事案で「終意処分から合意へ*ab ultimis voluntatibus ad pacta*」の推論が働くのを阻止している。遺言による法定相続分の削減剥奪を認めない見解(第4番)の正しさや、「遺言において正しいとすれば、合意においては尚更妥当する*sicut verum est in testamento, ita multo magis procedit in pacto*」(第5番)との推論それ自体の有効性は認めつつも、当該事案ではその推論が機能せず、それ故、嫁資合意による法定相続分の削減剥奪が認められないわけではないと解するのが、結局、コラーの立場なのである。

また、コラーは、「妻がその嫁資の状態を悪化させることはできないとされる点も以上の妨げとはならない*non obstat, quod dicitur mulierem non posse dotis suae conditionem deteriore reddere*」(第26番)と述べて、先に提示された、「妻は合意によって自らの嫁資の状態を悪化させることはできない*mulier non potest per pactum conditionem dotis suae reddere deteriore*」(第13番)との一般論も当該事案の判断を左右しないと解している。「当該事案において妻はその嫁資の二倍額を受領するので嫁資の状態が悪化させているとは言えず、それ故、嫁資の実質は全く危険にさらされてはいない*non facit deteriore, quoniam in proposito casu recipit duplum illatae dotis, et ita nihil pericilitatur circa substantiam suae dotis*」というのがその理由である。「嫁資の二倍額*duplum dotis*」が結果として法定相続分を下回ったという点については、「法を奇貨として不当な利得を得てはならない*occasionem iuris non debet trahere ad iniquum compendium*」と指摘して、前述の嫁資合意それ自体の拘束力だけでなく、「嫁資の状態*dotis conditio*」の観点からもやはり考慮されないとされる(第27番)。また、コラーは、「財産が未だ取得されておらず、それ故、そもそも物という性質において存在していない以上、その放棄を欲して

いたとは解されないという点も反論にはならない*minus etiam facit, quod bonis nondum quaesitis, et sic non existentibus in rerum natura, non intelligatur voluisse renunciare*」とも述べている(第28番)。こちらは、妻自らが嫁資合意の中で予め「法律によって付与された相続分*portio ex lege debita*」を「特定の放棄すること*specialiter renunciare*」自体は認められても、「一般的な合意では不十分である*non sufficit pactum generale*」との見解(第15番)を意識した主張と言えよう。というのも、「財産が未だ取得されておらず、それ故、そもそも物という性質において存在していない*bonis nondum quaesitis, et sic non existentibus in rerum natura*」のであれば、そのような財産、すなわち、当該事案で言えば、法定相続分として将来承継することになるかもしれない財産について、妻が予め「特定の放棄すること」は不可能なはずだからである。しかし、コラーによれば、「妻は一般的にそのような財産について認識可能で、蓋然的に認識していたならば十分である*sufficere mulierem in genere de illis potuisse cogitare, et verisimiliter cogitasse*」とされ、「一般的合意はそこに盛り込まれ得る事柄全てについて妨げとなる*pactum generale generaliter obstat in omni eo quod includi poterat*」とのヤーソンの見解²⁵⁾がその裏づけとして引用されている(第29番)。これらの議論から明らかなのは、「一般的な合意では不十分である」との前記見解が、コラー自身の与するものではなく、嫁資合意に基づく承継分が法定相続分を下回る場合に後者の請求を認める見解と同様、当該事案における寡婦側の訴えの論拠となっているという点である。嫁資合意における将来の法定相続分の放棄に関する限り、コラーは、「一般的合意で十分である」と考えているのである。

25) ただし、コラーの引用する勅法彙纂第2巻第4章「和解について*De transactionibus*」第19法文の注釈第1番では、「善意で為された和解によってあらゆる証書や権利は破棄されて無効となり、それ故、全てが無に帰した以上は、和解について争うこともできない*facta transactione bona fide, omnia instrumenta et iura sunt de ipso iure cassa et irrita, ideo, cum sint annullata, non possunt transactionem instingere*」(In primam Codicis partem commentaria, 86.r.)と述べられているにすぎず、「嫁資合意」あるいは「合意」一般に同じ理屈が当てはめられているわけではない。

更に、コラーは、当該事案の考察の最後に、「ザクセン法について特別なのは、嫁資合意は、たとえそれが上記公撰集引用要約文による相続分よりも少ない相続分を内容としている場合であっても、当地域の一般的慣習法に基づき遵守されるべきとされる点である *est speciale de iure Saxonico, quod pacta dotalia, quantumvis minus contineant, quam portionem authenticae praeterea tamen sunt servanda de generali consuetudine harum provinciarum*」と述べている(第30番)。普通法の枠内での上記議論が嫁資合意に基づく承継分が結果として法定相続分を下回った場合を想定したものであったのに対して、「ザクセン法 *ius Saxonicum*」には、当初から法定相続分の削減剥奪を企図した嫁資合意であっても有効とみなす「一般的慣習法 *generalis consuetudo*」が存するというのである。「ザクセン法」に依拠するこの議論は、合意一般の拘束力(「合意は遵守されるべし *pacta sunt servanda*」)に基づくものというよりはむしろ、「ザクセン法では嫁資合意は法律の規定を廃する *Pacta dotalia iure Saxonico derogant provisioni legum*」との「要約 *summarium*」が示唆するとおり(ただし当該「要約」がコラー自身によるものか編者のシュルテスによるものかは不明である)、「人間の取り決めが法律の規定を廃し得る *provisio hominis facit cessare provisionem legis*」としても「普通法から導入された法律の規定はこの限りではない *secus est in provisione legis inducta de iure communi*」とした先の議論(第11番)が、「ザクセン法」上の「嫁資合意 *pacta dotalia*」に関する限り妥当しないという趣旨であろう。結局、コラーの考察によれば、「夫が遺言を為して亡くなり、上記公撰集引用要約文の相続分よりも少ない遺産を妻に遺した場合、死亡者の最終の意思表示にもかかわらず、相続分の補充を求めることができる *quando maritus decessit testatus, siquidem uxori munus reliquit, quam portionem datae authenticae praeterea, possit petere eius supplementum, non obstante ultima voluntate defuncti*」し、「法律に基づいて付与されるべきものよりも多くを妻に遺した場合には、遺言あるいは何らかの終意処分に基づいてこの超過部分を妻は得ることになる *si plus reliquit, quam quod ei debetur lege, hoc plus etiam ipsa capiet, vigore testamenti vel cuiusvis ultimae voluntatis*」が、「嫁資合意が作成された場合には、妻はより

多く受領するにせよ少なく受領するにせよ、常に、合意に含まれる額で満足すべく強いられる*si pacta dotalia confecta fuerint, tunc mulier sive acceperit plus sive minus, semper quantitate cogitur in pacto comprehensa contenta esse*」ことになり、1567年6月に、イエーナの参審裁判所の判事として自らその旨判示したというのである(第31番)。

以上のとおり、判決61前半のコラーの考察では、遺言による寡婦の法定相続分の削減剥奪は認められないとの通説を嫁資合意には当てはめることなく、合意中に定められた妻の承継分を「常に*semper*」法定相続分に優先させ妻がこれに「満足している*contenta esse*」とみなす実務の立場が種々の論拠によって裏付けられているわけであるが、嫁資合意上の承継分と比較される法定相続分として、ここでは専ら、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づく寡婦の相続分が想定されていることに注意を要する。コラーが取り上げたイエーナの参審裁判所の判決と同年に公開されたファックスの『相違集』によれば、ザクセンには、ザクセン選帝侯の宮廷所在地ドレスデンを含むマイセン地方やファックスの地元ライプチヒのように3分の1の寡婦相続権を認める「慣習法*consuetudo*」、あるいは、「亡き夫の財産からどの程度が妻に付与されるべきなのか定めた類似の慣習法*similis consuetudo per quam definiatur quantum ad mulieres ex bonis mariti defuncti pertinere debeat*」を有する地域が存する一方で、そのような「慣習法」が見当たらない地域もあり、それらの地域での寡婦相続は、「前記公撰集引用要約文に則って判定される*pronunciatur iuxta supra dictam authenticam preterea*」とされている(相違33後段)。そうであるとすれば、イエーナの参審裁判所の管轄するテューリングゲン地方、つまり、エルンスト系ザクセン公領の大半がまさにそのような「普通法*ius commune*」としての「市民法*ius civile*」による寡婦相続が行われる地域であったと考えられる。判決61の後半でも、「夫が妻について無遺言で亡くなり、嫁資合意や適法な贈与によって妻に何も与えなかった場合*quando maritus intestatus decessit, quoad uxorem, vel pactis dotalibus, aut legitimis donationibus in uxorem nihil contulit*」に生じることになる上記公撰集引用要約文に基づく寡婦相続の射程が、やはりイエーナの参審裁判所の判断を踏まえ

て論じられている。

上記公撰集引用要約文によれば、「夫婦の一方が、困窮する他方を残して亡くなった場合、三人以下の子がいるならば、遺産の4分の1が存命の配偶者に付与され、より多くの子が存するならば、一人分の相続分が付与される *quoties unus ex coniugibus moritur, relinquens coniugem pauperem, datur ei quarta hereditatis pars, si tres aut pauciores liberi extant, vel virilis portio si plures superfuerint*」ところ、コラーによれば、「ザクセンの地では、昔の人々がこの公撰集引用要約文を、妻が貧困に苦しんでいるか否かを問わず、全ての場合に拡張し、その結果、三人以下の子がいる場合には常に4分の1の相続分が、それ以上多くの子がいる場合には、一般に〈子相続分〉と呼ばれる等分の相続分が、妻に付与されていた *hanc authenticam veteres in terris Saxoniae extendebant ad omnes casus, sive mulier laboraret inopia sive non, ut semper existentibus tribus vel paucioribus liberis, quarta hereditatis, si plures, virilis portio, vulgo Kundeßtheil ipsi competeret*」とされる(第32番及び第33番)。この指摘は、当公撰集引用要約文に基づく寡婦相続が認められている地域において、「妻が困窮しているか富裕であるかは顧慮されない *non habito respectu utrum uxor inops vel dives sit*」としたファックスの指摘とも一致する。ところが、「我々 *nos*」、つまり、コラーを含めたイエーナの参審裁判所の判事等は、「これが非常に馬鹿げていて、上記公撰集引用要約文の趣旨や諸博士の一致した見解にも反している *quod est absurdissimum, et contra mentem authenticae et omnium doctorum sententiam*」と考え、「この裁判慣行をより適切なものに改変し、法文の文言を尊重することにした *istam pronunciandi consuetudinem reformavimus in melius, insistentis verbis textus*」というのである。その結果、「婚姻がそれに相応しい嫁資を伴い、それ故、妻が当該嫁資によって清貧に暮らし食べていけるならば、一人分あるいは4分の1の相続分は夫の財産に帰属し、妻には付与されず、妻は自らの嫁資に満足すべく義務づけられ、自らが持参した財産を取り戻す *quodcumque matrimonium est cum congrua dote, ita quod mulier se ex illa honeste alere et exhibere potest, illa virilis vel quarta hereditatis pars, in bonis mariti, mulieri non competet, sed cogitur sua dote*

contenta esse, und nimpt ihr eingebracht Gut wider」に留まることになる(第34番)。ファックスが、嫁資の有無はおろか寡婦の資産状態を顧慮せず上記公撰集引用要約文所定の相続分を認める実務を、「法文の文言*verba textus*」よりも実務上の解釈を優先する緩やかな「普通法」概念の枠内で是認しているのに対して、コラーは、「法文の文言」に忠実でより厳格な「普通法」概念を前提に、逆に、上記「裁判慣行*pronunciandi consuetudo*」を「普通法」に反するとの理由で是正すべきものと解しているのである。それ故、ファックスとは結論を異にするにもかかわらず、コラーの見解もまた、普通法と地域固有法の適用をめぐる一般論、すなわち、「法令や慣習法によって妻等について別様に定められていない以上、妻等は原則として普通法の適用を受ける*regulariter mulieres utuntur iure communi, si aliter ex statuto aut consuetudine illis non sit provisum*」(第35番)との「理屈*ratio*」でさしあたりは正当化できる。

とはいえ、寡婦が従来の「裁判慣行」を楯に上記公撰集引用要約文に基づく法定相続分を請求した場合、「法文の文言」それ自体は当該寡婦の訴えを退ける理由として決定的とはいえない。むしろ、「裁判慣行」に依拠する実質的な理由に反駁を加える必要があろう。従来の「裁判慣行」が、嫁資の有無やその額とは無関係に、つまり、妻が夫亡き後に困窮しているか否かに関わらず法定相続分の請求を認めることで考慮してきた事柄として、コラーが指摘しているのは、「婚姻存続中に妻が下女の身代わりになりあるいはそれ以上に劣悪な境遇に置かれる*medio tempore stantis matrimonii, mulier famulae loco, aut etiam deterioris conditionis fuerit*」場合の救済である(第36番)。しかし、仮に「そのような場合であっても*eo casu*」、法文どおり婚姻解消後に寡婦となった妻が現実に困窮している場合に限って法定相続分を認めることは「不当ではない*non fieri iniuriam*」というのがコラーの理解である。その論拠としては、「妻は自らの嫁資を確保できれば十分である*sufficit quod habeat salvam suam dotem*」という点、「嫁資の果実は婚姻の負担の対価として夫に帰属するので、妻が婚姻存続中に嫁資から利益を得たということは全くあり得ない*cum ea nihil poterat lucrari stante matrimonio, cum ad maritum pertineant fructus dotis pro oneribus coniugii*」という点、「婚姻中に何か取得された場合には、

夫の努力によって得られたものと解される *si quae sunt acquisita stante matrimonio, intelliguntur parta industria mariti*』という点、「嫁資を持参した妻が上記公撰集引用要約文に従って4分の1か一人分の遺産の相続を望んだ場合、まさにそれが妻自身にとって不利となりかつ負担となる *si mulier dotata vellet succedere secundum authenticam Praeterea in quarta vel virili, hoc ipsi esset detrimentum et onerosum*』という点の四点が挙げられている(第36番から第39番)。この内、最初の三つの論拠は、妻が夫死亡による婚姻解消後に返還請求可能な財産の範囲に関わるもので、妻が婚姻解消後の生活保障として返還請求できるのは持参された当初の「嫁資*dos*」に限定され、「嫁資の果実 *fructus dotis*」は「嫁資」それ自体の増価ではなく「婚姻の負担 *onera coniugii*」つまり婚姻中の妻扶養の対価として、「婚姻中に取得された *acquisita stante matrimonio*」ものはたとえ妻が他人から直接受領したものであっても「夫の努力 *industria mariti*」に由来するものとして、何れも夫に帰属するというのである。コラーは、「嫁資の果実」については、「嫁資全体の果実が、夫自身がそれを受領したにせよ、贈与によって妻が受領することを許したにせよ、婚姻の負担の対価として夫の利得となり、夫が、それによって富裕になった限りにおいて、訴求できることは自明の法に属する *pro oneribus matrimonii, mariti lucro fructus totius dotis esse, quos ipse cepit: vel si uxori capere donationis causa permisit, eum, in quantum locupretior facta est, posse agere, manifestissimi juris est*』との法文²⁶⁾、「婚姻中に取得された」ものについては、「何がどこから妻にもたらされたのが争われる場合、妻がどこから得たのか証明されないものについては、夫か、あるいは、夫の家父権に服する誰かから妻にもたらされた」と解するのがより正当かつ公正である *cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit: et verius, et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate ejus esset, ad eam pervenisse*』との法文²⁷⁾をそれぞれ典拠として引用しており、ローマ

26) C. 5, 12, 20.

27) D. 24, 1, 51.

法源に手がかりを得た議論であることが分かる。しかも、このような議論は、コラー独自のものでは決してなく、中世来の通説として当時ザクセンにおいても広く流布していたようであり、アウグスト勅法集制定以後に著されたものではあるが、例えば、ヴェーゼンベックの『一般に助言集と呼ばれる法解答集第二部Responsorum iuris, quae vulgo consilia appellantur, pars secunda』(1577年初版)所収の助言consilium63「嫁資外財産についてDe bonis paraphernalibus」²⁸⁾の冒頭部分(第1番及び第2番)にも見ることができる。

28) “〈1. 嫁資の果実、そしてまた、妻がその労務によって取得するものは何であれ、夫が取得する。〉嫁資の果実は婚姻の負担と引き換えに夫が得るという点に疑念の余地はなく【勅法彙纂5巻12章「嫁資の法について」第20法文】、嫁資が妻の扶養のために夫に譲与されることがあり得るにせよ【勅法彙纂5巻14章「嫁資及び婚姻故の贈与について交わされた合意、並びに、嫁資外財産について」第2法文、学説彙纂23巻4章「嫁資合意について」第12法文】、嫁資の果実【学説彙纂10巻2章「遺産分割請求訴権について」第35法文及び文言〈自然的に〉への標準注釈】や、妻が自らの労務によって取得するもの【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第51法文、バルドゥスの勅法彙纂4巻12章「妻が夫に、夫が妻に、母が子等に代わり訴えられることはない」第2法文注釈第3番、アルワロットゥス『推定論』推定26準則3、ティラクエルス『[ポワトゥー慣習法注解から]婚姻法について』最終条注釈6第263番】は何であれ、結局は夫に帰属する。〈2. 宿屋で客が妻に贈ったものを夫は取得する。〉従ってまた、宿屋で客から親切な女将に贈られたものも同じく夫に帰属すると解される。というのも、それらは、夫の家屋において女将が提供した労務に関して、そしてまた、夫が提供している宿屋と快適なもてなしについて、贈られたものであるから。〈3. 嫁資外財産の果実を夫は取得するのか。〉妻が嫁資以外に夫の下に持参した嫁資外財産の果実については【嫁資外財産の果実については、ヤーソンの勅法彙纂2巻13章「訴訟代理人について」第21法文注釈第12番末尾及び諸博士の同法文注釈、勅法彙纂5巻14章第11法文、第5法文の文言「嫁資の権原によって義務づけられていない財産」、第8法文、ティラクエルス『婚姻法について』最終条注釈7第1番及び第2番以下、バルドゥスの別書2巻19章「証明について」第6節注釈末尾、バルドゥス・ノウェルスの『嫁資論』第1部問題7第1番以下全体を参照せよ】、ヤーソンが、妻の意思に基づいて受領する場合以外に夫が嫁資外財産から果実を得ることはないという仕方では区別し【ヤーソンの前掲勅法彙纂2巻13章第21法文注釈末尾、

論拠は学説彙纂35卷2章「ファルキディウス法について」第95法文及びバルトルスその他諸博士の同法文注釈】、婚姻解消時には、夫は嫁資外財産の返還だけでなく、現に存する果実の返還も義務づけられ、また、労力投下による成果であったり、夫婦共通の利便のため、あるいは、妻の意思に基づく消費された場合を除いて、既に消費された分についても評価額の返還を義務づけられる、と述べている【論拠は学説彙纂35卷2章第95法文、バルトルス及びアレクサンデルの同法文注釈、バルドゥスの別書2卷20章「証人及び立証について」第7節注釈末尾、アレクサンデル『助言集』第1巻助言42及び第2巻助言43、フランクスクス・アレティヌス『助言集』助言160、ラファエル・クマエウス『助言集』助言203、バルドゥス・ノウェルス『嫁資論』第1部問題7第1番】。〈4. 妻の了解の上で管理している嫁資外財産の果実を夫は取得する。〉しかし、一般に受容されているところによれば、嫁資外財産もまた夫が管理することを許容している場合（これは婚姻中であっても強制されるわけではない【ヤーソンの前掲勅法彙纂2卷13章第21法文注釈第14番】）、当該嫁資外財産の果実もまた夫の利益に帰するとされる【バルドゥス、アンゲルス、ファベルの勅法彙纂5卷14章第8法文末尾への注釈、アンゲルスの『助言集』助言62第6番、そこでは学説彙纂7卷1章「用益権について、及び、如何にして誰が用益するのか」第58法文及び第74法文、勅法彙纂2卷13章第21法文が論拠とされている。更に、勅法彙纂5卷12章第29法文の標準注釈、バルドゥス、アンゲルスの同法文注釈。詳細なのはティラクエルス『婚姻法について』最終条注釈7第1番及び第2番以下である】。以上の点はザクセン法上も勿論妥当すべきである。つまり、ザクセン法によれば、夫は妻をその全財産と共に後見と権利の下に受領し、それ故、それらの財産の果実も取得するのである【[ザクセンシュペーゲル] ラント法第1巻第31条及び第3巻第45条】。このように[財産と果実の] 区別無く妥当する旨主張しているのは、ヨアキムス・ア・ベウスト『学説彙纂12卷2章「任意的宣誓、義務的宣誓、裁判上の宣誓について」第31法文詳解』第951番であり、同第956番も参照されたい。ただし、財産それ自体はこのような理由故に夫のものとなるわけではなく、依然として妻のものであり続ける【『市民法ザクセン法相違集』[第1巻第1部] 相違6、論拠は前掲ラント法第1巻第31条】。〈5. 嫁資外財産について妻は抵当権を有しているが、優先権は有していない。〉ところで、これら嫁資外財産のために妻は夫の財産上に抵当権を有しているが【ネグザンティウス『質抵当論』第2部第4章第63番】、優先権はなく【ヤーソンが前掲勅法彙纂2卷13章第21法文注釈第13番及び第14番で、勅法彙纂5卷14章第11法文へのバルドゥスの注釈と学説彙纂23卷3章「嫁資の権利につい

て」第9法文第2節の文言「不当利得返還が請求される」の標準注釈を論拠に論証している)、これは、扶養費【ネグザンティウス前掲書第2部第4章第47番】、夫によって譲渡された物の代価【ネグザンティウス前掲箇所第57番、バルドゥス・ノウェッルス『嫁資論』第2部問題63】、婚姻故の贈与【ネグザンティウス前掲箇所第64番】のために抵当権を有する場合と同じである。更に、この抵当権は嫁資返還請求訴権と共に積極面にも消極面にも拡張され【バルトルス初め諸博士の学説彙纂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法文注釈、ヤーソンその他の人々の法学提要4巻6章「訴権について」第29節注釈、ネグザンティウス『質抵当論』第2部第4章第30番】、嫁資の保持と返還を義務づけられる全ての人々に及ぶ【諸博士の勅法彙纂24巻3章第22法文12節注釈、ネグザンティウス『質抵当権』第2部第4章第41番】。〈6. 妻は舅の財産と同じく実父の財産に抵当権を有するのか。〉従って、妻は舅の財産にも同じ抵当権を有することになり【バルトルス、カストレンシス、アレクサンデル・デ・イモラの前掲学説彙纂24巻3章第22法文12節注釈、バルドゥス・ノウェッルス『嫁資論』第6部特権20第8番。詳細なのはネグザンティウス前掲箇所】、それどころか、嫁資合意において嫁資や嫁資外財産を約束した実父の財産にも、実父がそれを履行しない限り、妻 [= 娘] は抵当権を有する【ネグザンティウス前掲箇所、バルドゥス・ノウェッルス『嫁資論』第12部第8番やその他至る所】。というのも、子は父の財産に抵当権有しており【勅法彙纂5巻9章「再婚について」第8法文4節】、とりわけ、父が用益権を有していないために清算を義務づけられる自権者である場合にはそうである【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141法文1節注釈、バルドゥスの勅法彙纂6巻61章「家父権に服している子が婚姻その他によって取得する財産とその管理について」第6法文4節注釈及び同3巻36章第18法文注釈、ソキヌス『助言集』第1巻助言34末尾、ネグザンティウス『質抵当論』第2部第4章第16番、第17番、第18番】。しかし、支払能力がある間に舅から嫁資を徴収しない場合には、夫の責任となる【学説彙纂24巻3章第30法文1節とバルトルスの同法文注釈、同章第38法文、同23巻3章第78法文1節、第33法文、第41法文、バルドゥス・ノウェッルス『嫁資論』第2部】。この場合、嫁資合意が父を義務づけるという点に疑念の差し挟む余地はなく【勅法彙纂5巻14章第7法文、学説彙纂23巻4章第7法文、同第1法文及びその標準注釈、同第10法文、第11法文以下、及び、同章全体】、それは、嫁資合意が娘との間で交わされるよりはむしろその生家との間で交わされるからである【学説彙纂23巻4章の第7法文その他至る所】。〈7. 普通法によれば娘は婚姻によって家父権から免除され

ないが、ザクセン法によれば当然に免除される。) また、娘自身、普通法上は婚姻によって家父権から解放されず【学説彙纂43卷30章「卑属提示及び連れ戻しの特示命令」第1法文及び第2法文、同24卷3章第2法文1節、同25卷3章「子の認知及び扶養、親、保護者、被解放者の扶養について」第1法文、同47卷10章「侮辱的及び中傷的文書について」第1法文9節及び第18法文2節、ティラクエルス『婚姻法について』冒頭】、それ故、父と契約を有効に締結することはできないが【学説彙纂18卷1章「売買の締結、買主売主間に交わされた合意、並びに、売却不能物について」第2法文】、〈8. 嫁資名目の父と娘の契約は存続する。〉婚姻のために父から娘に為された贈与や父と締結された債務関係は存続するとされるので【学説彙纂10卷2章「遺産分割請求訴権について」第36法文】、他の如何なる契約であれ、また、黙示の債務関係でさえも、嫁資優遇のために存続する【バルドゥス・ノウェッルス『嫁資論』第6部特権15】。更に、ザクセン法上、そのような場合に家父権から解放されるのは明らかである【ラント法第2卷第19条及び第1卷第11条、当地方の勅法集 [=アウグスト勅法集] 第2部第10条、レインハルドゥス『市民法ザクセン法相違集』[第2部] 相違32及び最終相違】。〈9. 嫁資合意は嫁資その他これに類する事柄については有効である一方、将来の相続に関しては、終意処分効力においてのみ有効で、撤回可能である。〉とはいえしかし、嫁資合意の中で将来の父の相続について定められている限りでは、父は嫁資合意により娘に対して義務づけられることはなく【勅法彙纂2卷3章「合意について」第15法文及び第30法文、ヤーソンの学説彙纂45卷1章第61法文注釈第20番、勅法彙纂前掲2卷3章第30法文注釈第12番及び第20番、学説彙纂30卷「遺贈及び信託遺贈について」第55法文注釈第20番及び第22番、スクルフィウス『助言集』第1集助言11第3番。なお、同第4番では、この点は相続財産の一部のみに関する合意にも、それが何らかの意味での終意処分に当たる以上、及ぶとされる。更に、バルトルスその他の諸博士の学説彙纂2卷14章「合意について」第40法文3節注釈、勅法彙纂2卷3章第15法文、第19法文、第30法文各注釈】、それらの嫁資合意は撤回可能で【学説彙纂34卷4章「遺贈や信託遺贈の剥奪乃至移転について」第4法文】、合意中にどのように記載されていてもそうであり【勅法彙纂2卷3章第30法文、当地方の勅法集第3部第43章の「当該相続云々」の行】、ちょうどそれは、父の同意の下に娘によって為された死因贈与と同じである【キーンヌスの勅法彙纂8卷57章「死因贈与について」第3法文注釈末尾、バルトルス学説彙纂39卷5章「贈与について」第2法文1節注釈。[ヨアンネス・ペトルス・デ・] フェッラリス『実務書式論』贈与文書の注解第9番は学説彙纂39卷6章「死因贈与乃至取得

そこでは、カラーの挙げている二つの法文を含む典拠を列挙しつつ、「嫁資の果実は婚姻の負担と引き換えに夫が得るという点に疑念の余地はなく、嫁資が妻の扶養のために夫に譲与されることがあり得るにせよ、嫁資の果実や、妻が自らの労務によって取得するものは何であれ、結局は夫に帰属する non dubium est, quin fructus dotis lucretur maritus pro oneribus matrimonii, licet pro alimentis ei concedere possit, quem in finem et fructus cedunt, et quaecunque uxor suis operis acquirit」と明言されている。また、「妻が自らの労務によって取得する uxor suis operis acquirit」ものについては、「宿屋で客から親切な女将に贈られたもの quae in diversoriis ab hostibus donantur hospitae matrifamilias」という（恐らくは助言を依頼された事案に由来する）具体例の下、「それらは、夫の家屋において女将が提供した労務に関して、そしてまた、夫が提供している宿屋と快適なもてなしについて、贈られたものと

について」第35法文4節、第30法文、第13法文1節を依拠している】。ただし、撤回不可能である生存者間贈与の場合はこの限りではなく【勅法彙纂8巻56章「贈与の撤回について」第1法文、第2法文、第3法文、及び同章全体、同7巻27章「贈与物の使用取得について」第3法文】、とりわけ、婚姻従ってまた嫁資を原因として娘及びその夫との間で為された生存者間贈与の場合にそうである【学説彙纂23巻4章第24法文以下、第12法文その他同章の至る所、勅法彙纂5巻14章第4法文、第5法文、第6法文】。というのも、その限りでは、これらの嫁資合意は、契約であり【当地方の勅法集第3部第43条冒頭】、それ故、双方の同意が無ければ撤回できないし【勅法彙纂4巻10章「債務関係及び訴権について」第5法文】、死亡時の嫁資や婚姻故の贈与の処分について作成されているからである【学説彙纂前掲23巻4章第12法文】。この点は将来の相続の合意には当てはまらない。なぜなら、そのような合意は契約としてではなく終意処分として有効であるから【アウグスト勅法集第3〔→2〕部第43条】。以上の区別から、嫁資合意において契約法上有効であるものは何であれ、双方の同意によってのみ撤回可能であるのに対して、ただ終意処分法上有効であるに留まるものは何であれ（将来の相続について定め、それ故また五名の証人を要する限り）、そこで自らの相続について定められている者により撤回可能ということになる【勅法彙纂前掲2巻3章第15法文、同5巻14章第5法文】。”（Responsa, II, 163-166. 引用は1577年パーゼル刊初版による。）

考えられる *intuitu operarum quas in domo mariti praestat et respectu diversorii quod maritus exhibet bonaeque tractationis dari putantur* から「夫に帰属する *eodem pertinere*」と論じられていて、「夫の努力」を根拠に「婚姻中に取得された」ものを妻への返還対象から除外するコラーの上記議論との一致は明らかである。ヴェーゼンバックは、更に、「妻が嫁資以外に夫の下に持参した嫁資外財産の果実 *fructus bonorum paraphernalium quae praeter dotem mulier ad maritum affert*」についても、「嫁資外財産もまた夫が管理することを許容している *patitur maritum etiam paraphernalia administrare*」限り、「夫の利益に帰する *lucro mariti cedunt*」と論じ、バルドゥス等諸博士の見解と共に、「ザクセン法 *ius Saxoniae*」、具体的には、前述のザクセンシュピーゲルのラント法第1巻第31条や第3巻第45条を典拠として援用している（第3番及び第4番）。助言63では、この後、「嫁資外財産 *bona paraphernalia*」それ自体の返還請求権が「嫁資 *dos*」のそれに準じて法定の「抵当権 *hypotheca*」により保護される範囲（第5番及び第6番）の検討を経て、後半部分では、嫁資合意の効力が父の嫁資提供義務の未履行という場面に焦点を合わせて論じられ、IIで検討したアウグスト勅法集第2部第43条も言及援用されている（第7番から第9番）。この後半部分はともかく、婚姻解消に際して妻側が返還を請求できる財産の範囲に関する限り、ヴェーゼンバックの助言63は、判決61におけるコラーの叙述と共に、ファックスの叙述では必ずしも明解ではなかった16世紀後半のザクセンの実務を知る重要な手がかりとなっている。

婚姻中の妻の処遇がどうであれ、婚姻解消後に現実に困窮している場合にのみ勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づく相続分を認めるべきとの見解の四つ目の論拠としてコラーが指摘する点、すなわち、「嫁資を持参した妻が上記公撰集引用要約文に従って4分の1か一人分の遺産の相続を望んだ場合、まさにそれが妻自身にとって不利となりかつ負担となる」という点について、なぜ「妻自身にとって不利となりかつ負担となる *ipsi est detrimentum et onerosum*」のか説明を要する。その理由は、コラーによれば、「妻はその持参した財産を全て子等のために持ち戻し、それらの財産を4分の1乃至一人分の相続分に算入しなければならない *cogitur bona sua importata*

omnia liberis conferre, et imputare illa in quartam et virilem] からだとされる(判決61第39番)。そのような嫁資の持ち戻し義務は、判決61前半の考察(第16番)で既に指摘されていた「遺贈」の持ち戻し義務と共に、諸博士による上記公撰集引用要約文の注釈で広く意識されていたようであり、コラーは典拠として、パウルス・デ・カストロ、バルドゥス、デキーオの注釈を引用している。例えば、判決61の中でヤーソンの注釈と共に何度も参照されているバルドゥスの注釈の末尾第8番²⁹⁾では、「婚姻に嫁資が伴ってはいるが、それが僅かであるために、存命の妻がそれによって自活することができない場合に、当該公撰集引用要約文の恩恵を当てはまるのかどうか、つまり、嫁資を算入して4分の1を相続できるのかどうか*si matrimonium erat cum dote, sed adeo parva, quod uxor superstes ex ea sustentari nequeret, an habeat locum beneficium*

29) “〈8. 存命の妻が、僅かな嫁資しか有しておらず、それによって自活することができない場合、当該公撰集引用要約文は適用されるのか。〉最後に問題となるのは、婚姻に嫁資が伴ってはいるが、それが僅かであるために、存命の妻がそれによって自活することができない場合に、当該公撰集引用要約文の恩恵を当てはまるのかどうか、つまり、嫁資を算入して4分の1を相続できるのかどうか、である。この点、学説彙纂24巻3章第64法文9節、後述勅法彙纂6巻20章第19法文、学説彙纂29巻2章第71法文5節にあるとおり、我々の法文を拡張するべきではないから、答えは否と解される。一方で、不幸な配偶者が物乞いを強いられることのないようにとの同じ公正さが妥当するから、反対に解される。同様にまた、相応の嫁資を伴わない婚姻は嫁資のない婚姻同然であるとも言える。同様にまた、無いことと僅かなことは同等であり【学説彙纂35巻1章第32法文】、もしそうでなければ、僅か一文の嫁資があるというだけで当該公撰集引用要約文の恩恵から排除されるという馬鹿げた結論となり、しかも、少しばかりの遺贈ではこの馬鹿げた結論は避けられない。この点については、既に上述勅法彙纂5巻34章第8法文の公撰集引用要約文の注釈で学説彙纂27巻1章第7法文及び第8法文に依拠して同じように指摘しておいたし、これがより正しいと私は考える。なお、嫁資が僅かであるか多額であるかは判断する者の裁量に委ねられている【後述勅法彙纂6巻20章第5法文の公撰集引用要約文】。私の考えでは、衣食に足りるならば嫁資は僅かではなく、そうでなければ僅かと解するのが適切である。”(Commentaria in sextum Codicis librum, 46.v.)

istius authenticæ scilicet ut succedat in quarta computata dote」が論じられており、「嫁資を算入して4分の1を相続するsuccedit in quarta computata dote」との表現からは、この問いそのものに如何に答えるかはともかく、法定相続分との関係で嫁資の持ち戻しが前提とされている様子が見て取れる。

ここで注意すべきなのは、コラーの依拠する諸博士の見解、すなわち、法定相続分を求める寡婦に嫁資の持ち戻しを課す見解が、ファックスが『相違集』の中で、ローマ法上、「財産持戻は、尊属を相続する卑属間でのみ行われ、傍系親族その他親族外の者の間では行われぬcollatio numquam habet locum nisi inter solos descendentes qui ascendentibus succedunt, non autem inter transversales et alios extraneos」とされたところと合致しない点である。つまり、コラーは、上記公撰集引用要約文の適用場面だけではなく、嫁資持戻の要否についても、ファックスとは見解を異にしているのである。判決61にはファックスの『相違集』の引用は見出されないが、次の判決62「財産持戻についてDe collatione bonorum」の冒頭部分(第1番から第12番³⁰⁾)では、この嫁

30) “〈1. 市民法上、財産持戻は如何なる場合に為されるべきか。〉市民法では、財産持戻は、尊属を相続する卑属間でのみ行われ、傍系親族やその他親族外の者の間では行われぬ。また、市民法上、持ち戻される財産は、内来の財産、つまり、自らが相続する死亡尊属に由来の財産に限られる。以上全体については、ヤーソンの勅法彙纂6巻20章「財産持戻について」第9法文注釈第24番が数段にわたって詳細かつ見事に説明しているとおりである。

〈2. ザクセン法上、妻は亡き夫の財産から3分の1を取得する。〉しかし、ザクセン法では以下のような財産持戻の準則が確立されている。すなわち、マイセンのほぼ全域において、妻には夫の死後に遺産の3分の1、俗語で〈デア・ドリッテ・タイル〉を付与すべきことが、法令を以て定められ当地の慣習法によって維持されている(そのような慣習法については別書3巻26章「遺言及び終意処分について」第16節や同節の注釈でも言及されている)。〈3. 夫の財産から3分の1を受領する妻は全て財産持戻を義務付けられる。〉この場合、妻が上記3分の1を受け取ることを欲する際には、存命の子等のために、夫から受領した婚姻上の利得だけでなく、日用品類 [=ゲラーデ]、そしてまた、夫の親や親族その他誰かから取得した財産については、動産であれ不動産であれ全て、持ち戻すべく義務付けられる、と慣行上

受容されている【ライブチヒ参審裁判所判決14及び判決115】。この場合、夫に既に引き渡してしまったのかどうかは重要ではない。しかし、既にライブチヒの判事等は夫に引き渡された不動産についてはこの限りではない旨判示している【ライブチヒ参審裁判所判決81】。ここに、親族外の者、つまり、妻が子等のために財産を持ち戻し、全くの他人の財産が財産持戻の前記準則に反して持ち戻される場合が見出される。〈4. ファクシウスに言及される。〉しかしながら、ファクシウスが何と言っているように、このような場合に、慣習法上、財産持戻が生じるのは、普通法の定めによる場合と変わらない【先に〔前記判決61で〕詳細に引用された諸博士による勅法彙纂6巻18章第1法文の公撰集引用要約文の注釈】。それ故、特殊な場面、すなわち、子の数が考慮されないとの前提で、存命の妻に夫の財産から3分の1が付与される場合について区別無く述べられていると解するのでなければ、上記相違は省略できた。〈5. 夫の財産の3分の1を受領する妻は、もし子等が存しない場合には財産持戻を義務付けられない。〉実際、妻がこのような財産持戻を免ぜられることが時折あり、例えば、亡くなった夫が子を残さなかった場合がそうである。〈6. ザクセン法による相続において妻が選択権を有するのは如何なる場合か。〉というのも、この場合、妻は、上に述べた仕方では財産を持ち戻した上で3分の1を受け取るのか、財産を持ち戻さずに、日用品類やその他の動産を嫁資と共に取り戻すのか、選択が許されるからである【ライブチヒ参審裁判所判決26及び判決411】。〈7. 同上。〉亡くなった夫が子等を残した場合には、妻は選択の自由を有さず、上に述べた3分の1の受領が一般に強いられている。〔ザクセンシュペーゲルの〕ラント法第1巻第24条の最終文「これらのもので質入されたもの云々」への独語注釈の一節「ただし知っておくべきなのは多くの地域において云々」に付された〔クリストフ・ツォーベルの〕補注を参照せよ。〈8. 3分の1を受け取る妻はゲラーデを放棄する。〉しかし今日では、そのように慣習法上3分の1を受領する妻はゲラーデを放棄するが、その際、装身具や衣服は除外されるというのが慣例となっており、前掲補注の半ばあたりによれば、農民についてはこの点が疑問の余地無く妥当する。〈9. 妻は夫の財産から取得した3分の1について自由な処分権能を有している。〉しかもその箇所には、妻は当該3分の1について思うままに自由に処分する権能を有する旨述べられている【ヴァイヒビルト第56条も論拠となる】。

〈10. 3分の1を取得する妻は自らに対して為された贈与を持ち戻すべきか否か。〉しかし、昔の人々がかつて判示したところに従い、死亡によって確定する贈与についてはこのような財産持戻から除外すべきであると考える人々もいる【ライブチヒ

資持戻の要否が、ファックスの『相違集』における財産持戻に関する記述(相違20)をほぼそのまま引き写しつつ、適宜、典拠を入れ替えあるいは補充し、注釈を加える形でより詳しく論じられている。既に見たとおり、ファックスは、ザクセン法上、妻が夫の遺産から3分の1を取得するにあたって嫁資を含めた自己の財産を全て持ち戻すべく義務付けられているとし、ここに親族外の者には財産持戻を義務付けないローマ法との相違を見出していた(相違20後段)。これに対して、コラーは、「ファクシウスが何と言っているように、このような場合に、慣習法上、財産持戻が生じるのは、普通法の定めによる場合と変わらない *quicquid dicat Fachsius, non magis ex consuetudine quam dispositione iuris communis locum habet isto casu collatio*」と指摘し、その典拠として、判決61で引用した前記バルドゥス等の公撰集引用要約文注釈の参照を指示している(判決62第4番)。コラーの理解によれば、公撰集引用要約文に基づく4分の1乃至一人分の寡婦相続分取得には常に嫁資持戻が義務付けられ、逆に、ザクセン法の下で、ファックスも述べるとおり(相違20後段)、「亡くなった夫が子を残さなかった場合 *quando defunctus non reliquit liberos*」について例外

参審裁判所判決14及び判決91】。

〈11. 妻に法令に基づく3分の1が付与されるのは如何なる場合か。〉注意すべきなのは、以上のような3分の1が付与されるのは、亡き夫が居住地にそのような慣習法が存している場合であって【ラント法第1巻第24条の最終文「これらのもので質入されたもの云々」への独語注釈の一節「ただし知っておくべきなのは多くの地域において云々」に付された補注の後半】、なおかつ、夫が妻のために嫁資合意を為すことも、適法な贈与によって満足のいく何かを妻に与えることもないまま妻を残して亡くなった場合【ラント法第1巻第22条の注釈「汝知るべし。男が妻を娶るならば云々」】に限られるという点である。そして、以上のとおり判示された。

〈12. 同上。〉もし妻が夫を残して先に亡くなったならば、妻の相続人等は上記3分の1を請求することはできず、これは、ラント法第3巻第28条及び第33条【→第38条】に照らしてモルゲンガーベやムースタイルを請求できないのと同様である。前記判決60のモルゲンガーベの定義に続く第66番及び第67番を参照せよ。”

(Decisiones Germaniae, 218-220. 引用は1603年ライプチヒ刊のテキストによる。なおコラーによる補充や注釈に相当する箇所は太字で示した。)

的に、「妻はこのような財産持戻を免ぜられる*mulier ab eiusmodi collatione liberatur*」ということになる(第5番)。要するに、「特殊な場面、すなわち、子の数が考慮されないとの前提で、存命の妻に夫の財産から3分の1が付与される場合について区別無く述べられていると解するのでなければ、上記相違は省略できた*haec differentia omitti poterat, nisi dicas loqui in casu speciali, scilicet quando non habetur respectus ad numerum liberorum, indistincte superstiti mulieri ex bonis mariti deberi tertiam*」というのである(第4番)。

それでは、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づく寡婦相続について嫁資持戻が義務付けられることそれ自体の実質的な根拠は何であろうか。この点、コラーは寡婦と共に相続人となり得る子等の利益に着目している。嫁資持戻義務の法源上の典拠として、公撰集第5集第8章(=新勅法第53勅法=537年のユスティニアヌス帝の勅法)「目的物の提出及び持込について、訴訟当事者が次回公判日に裁判官の面前に出頭すべきこと、宣誓による担保を提供して争点決定前に不在の者について、裁判に基づいて求められる抵当について、如何なる者が如何なる場合に当該権利を有するのか、無嫁資の妻について、配偶者に先立たれた者が困窮している場合に、無嫁資の妻は夫の資産に4分の1を取得し、夫もまた妻の財産に4分の1を取得すること*De exhibendis et introducendis reis: et ut hi qui conveniuntur, post vicesimum diem praesententur iudicibus: et de iis qui juratoriam cautionem exponunt et ante litis contestationem absentes fiunt: et de hypothecis quae appellantur ex casu: et quae personae et quando hoc jus habent: et de indotatis uxoribus, ut habeant quartam partem in substantia viri, et ipse vir in substantia uxoris, quando inops est cui relinquitur*」の第6節が挙げられており、その第2文には確かに、「相続によって子等を圧迫するのは正当ではなからう*non erit justum gravare filios per successionem*」との一節が見出される。しかし、ここで想定されている「相続*successio*」とは、勅法の表題にもあるとおり、あくまで「無嫁資の妻*indotata uxor*」、つまり、「嫁資を持参していない*non offerens dotem*」妻が「夫の財産に4分の1を取得する*habet quartam partem in substantia viri*」場合にすぎず、「妻が嫁資を持ち戻そうとしない場合に、

妻が相続して子等を圧迫するのは不当である旨述べている *dicit, casu, quo nolit conferre dotem, improbum esse, quod mulier succedat, et liberos praegravet*」(判決61第39番) わけではない。上記公撰集引用要約文(新勅法第117勅法=542年のユスティニアヌス帝の勅法)に時系列的に先立つ勅法(ここでは無嫁資困窮の妻一般に4分の1の相続分が保障されており、卑属の数による制限はまだ見られない)とはいえ、嫁資を有する妻に法定相続分を認めた上に嫁資持戻を課すという二重に反法源的な主張の論拠をそこから取り出すことはそもそも不可能である。遺言相続時にも上記公撰集引用要約文を適用した上で嫁資持戻を求めるような議論は判決61でコラー自身が論じてきたとおり、主として中世来のイタリアの諸博士による注釈の成果なのである。

寡婦が共同相続人である子等の相続分のために自ら持参した嫁資を持ち戻さねばならないとしても、それらの子が寡婦自身の子であるならば、自らの子等の相続分を全体として増加させることになる以上、嫁資持戻は「妻自身にとって不利となりかつ負担となる」とは必ずしも言えないように見える。しかし、コラーは、「妻が多額の資産と相応の嫁資を持参したような場合には、夫が最初の婚姻で授かった全くの他人である子等のためにも嫁資を持ち戻さなければならないので、妻が嫁資として持参したよりも少なく受領するという不都合が、自らの子等にとってはそのような不都合は生じないとはいえるにしても、やはりしばしば生ずることになろう *si mulier importavit magnum patrimonium, et congruam dotem, saepe contingeret hoc absurdum, cum conferre debeat forte liberis etiam prorsus extraneis, et quod maritus in primo matrimonio susceperat, non suis contingeret, inquam, hoc absurdum, ut minus in dote accipiat mulier quam intulit*」と述べて、「嫁資の状態は悪化してはならない *dotis donditio non debet fieri deterior*」との嫁資保持の命題に再び依拠しつつ、「妻自身にとって不利となりかつ負担となる」ことを論証している(第39番から第40番)。夫亡き後の財産承継に関わる嫁資合意を通じて妻が自らの嫁資の状態を悪化させることは許されないという議論(第13番)で引用された法文³¹⁾

31) D. 23, 4, 17.

がここで再び引用されているが、嫁資持戻の要否は、嫁資合意一般や嫁資合意に基づく財産承継とは直接かかわりは無く、コラーの指摘する嫁資保持の命題はより一般的な射程を有していることになる。また仮に、嫁資保持の命題が妥当するのは嫁資を受領し用益する夫との関係においてであって、共同相続という次元では、「夫が最初の婚姻で授かった全くの他人である子等 *liberi prorsus extranei, et quod maritus in primo matrimonio susceperat*」はともかく、「自らの子等 *proprii liberi*」のためには「持参した嫁資を分け合い持ち戻すべきである *debet communicare et confarre illatam dotem*」と解し得るとしても、その場合、「それらの子は存命中の母のあたかも相続人のようにになってしまう *liberi essent quasi heredes viventis matris*」ので不当とされる(第41番)。「存命者 *vivens*」について「相続人 *heredes*」を觀念することが不当である根拠として、「存命者の財産を拒む者がその者の死後に遺産を相続したり遺産占有を請求することは禁じられていない *qui superstitis bona repudiat, post mortem ejus adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur*」との法文³²⁾が引用されているが、上記不当性そのものが指摘されているわけではなく、「存命者には如何なる遺産も帰属しない *Hereditas nulla viventis est*」との要約にも示唆されるとおり、ここでもやはり、当該法文を手がかりに主張され共有された一般的な命題が念頭にあるものと解される。実際、Iで検討したシュルフの助言56の末尾には、「存命者には如何なる遺産も帰属していない以上、一般に誰であれ存命者の遺産について処分したり何らかの契約を締結することはできない *generaliter nullus potest disponere, vel aliquem contractum facere super haereditate viventis, cum viventis penitus nulla sit haereditas*」との一節があり(助言56第23番)、上記法文も典拠の一つとして引用されている。シュルフもコラーも「存命者には如何なる遺産も帰属していない *viventis penitus nulla est haereditas*」との「一般に *generaliter*」共有された命題乃至ドグマに依拠しているのである。更に、妻が子等のために嫁資を持ち戻し、子等と共に亡き夫の遺産を相続した後に、「再婚し新たに子をもうけた *convolaret*

32) D. 29, 2, 94.

ad secundas nuptias, et liberos susciperet」ような場合には、「前婚の子等 liberi primogeniti」と「再婚の子等 liberi secundi matrimonii」との間にも利害の対立が生じ得る。というのも、「再婚の子等は、既にその一部が前婚の子等に帰属してしまっている母の財産について、同一の親等であるが故に前婚の子等と同じ地位に立つべきであるにもかかわらず、前婚の子等よりも少なく取得することになってしまう liberi secundi matrimonii de bonis maternis iam dudum pro parte ad liberos primogenitos devolutis, minus essent accepturi, quam hi, cum pari gradu sint, et par eorum debeat esse conditio」からである(第42番)。この点については、「財産は、死亡時を基準に、死亡者が何と述べたのかを考慮して評価される bona intelliguntur, habito respectu ad tempus mortis, was der verstorbene inn seinem Munde vorlediget」との観点から、前後する二つの相続を同時に生じたかのように捉えることの不当性も意識されてはいるが(第43番)、父を異にする子等間の利害対立が少なくとも間接的に「妻自身にとって不利となりかつ負担となる」というのがカラーの見立てなのであろう。

以上の議論を受けて、カラーは、イエーナの参審裁判所が、「多額の嫁資、もしくは、妻が暮らしていくのに十分な嫁資が存する場合には、夫が亡くなくても自らの嫁資を受領しそれで満足すべく義務づけられる quando magna est aut ita competens dos, unde mulier se potest exhibere, tantum recipit suam dotem marito defuncto, et ea cogitur esse contenta」旨判示した同じ1566年の二件の判決に言及している(第44番)。何れの事案も「宿屋主人 Gastgeber: hospes」を当事者とするものようであり、事案の内容としては、嫁資を伴い宿屋経営者に嫁いだ女性が、夫亡き後に、夫存命中の資産増加を見据えて、宿屋を引き継いだ子等を相手により有利な法定相続分を主張したものと推測され、夫亡き後の妻の承継分を定める嫁資合意の存否を除けば、寡婦側の利害は、判決61の前半で言及された1567年判決の事案と一致する。また、先にふれたヴェーゼンベックの助言63での「宿屋 diversorium」の「女将 materfamilias」の「嫁資 dos」や「嫁資外財産 bona paraphernalia」への言及に照らせば、当時、庶民における寡婦相続紛争の典型例として、宿屋の妻の事案が相当数存してい

たとも推測される。いずれにせよ確かなのは、判決61後半のコラーの議論が、嫁資を有する寡婦について勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文による相続を原則として認めない参審裁判所の立場を、具体的事案を意識しつつ論証しているという点である。

判決61の末尾において、コラーは、妻について法定相続分の請求が認められる場合を四つ列挙している。その一つ目は、「嫁資が無く、生き残った妻が貧困に苦しむ恐れがある *nulla exstat dos, et ita metus est, ne superstes mulier labore inopia*」場合であり(第45番)、これは、コラーも指摘するとおり、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文そのものにおいて配慮されている場面である。続いて、「嫁資がわずかで、妻が暮らしていくのに十分ではない場合 *quando parva esset dos, et talis, unde mulier se commode alimentare nequeat*」が二つ目として挙げられている(第46番)。「無と僅少は等しい *nihil et parum aequiparantur*」と言えるから、この場合には、寡婦は、「その取るに足りない僅かな嫁資を持ち戻した上で、三人もしくはそれ以下の子供との間では4分の1の相続分で、それより多くの子との間では一人分の相続分で、それぞれ相続する *facta collatione istius quomodocunque parvae dotis, succedit cum liberis tribus vel paucioribus in quartam, cum pluribus autem in virilem portionem*」というのである。嫁資の「僅少 *parum*」と無嫁資と同一視するこのような議論はコラー独自のものではない。前述のバルドゥスによる上記公撰集引用要約文注釈の末尾第8番には、「無いことと僅かなことは同等であり、もしそうでなければ、僅か一文の嫁資があるというだけで当該公撰集引用要約文の恩恵から排除されるという馬鹿げた結論となる *nihil, et parum aequiparantur, alias sequeretur absurdum, quod si esset dotata in uno nummo, quod excluderetur a beneficio istius authenticae*」との一節が見出され、引用はないものの、コラーがこのバルドゥスの見解に依拠しているのは明らかである。なお、コラーは、「夫が子を残さずに亡くなった場合と同じである *idemque esset si non relictis liberis maritus decederet*」とも述べている(第48番)。ここでは再び上記公撰集引用要約文が参照されており、具体的には、「子等が存命ではなく、あるいは、子がない場合にも、そのような一人分について、所有権を取得し、遺贈されたものと

見なされる *his non extantibus, vel si nullos habuerit, potietur etiam dominio, et imputabitur legatum in talem portionem*」との同法文末尾の一節が典拠と見なされているようで、「この場合、4分の1は妻に付与され、残りは、夫の尊属が存命である限り、それら尊属に付与される *tunc mulieri quarta debetur, caetera eius ascendentibus, si quos relinquit*」という指摘も、「尊属 *ascendentes*」が、法源上³³⁾、卑属に次いで第二順位の法定相続人とされる点をふまえたものにすぎない。他方、肝心の「同じである *idem est*」という点、すなわち、妻は、夫が子を残さずに亡くなった場合にも、嫁資が僅少である場合と同様に、嫁資持戻と引き換えに4分の1の寡婦相続分を得るという点について、上記公撰集引用要約文に定められているわけではなく、それどころか、「婚姻に嫁資が欠けている *matrimonium est absque dote*」ことが同法文の前提となっている。それ故、同法文から離れた論証が必要となるはずであるが、ここにはそのような論証は見当たらない。ただし、同法文に示された寡婦保護の要請と相続順位との調和という観点からは、第一順位相続人である卑属との関係では「十分な嫁資 *competens dos*」を有する寡婦に法定相続分取得の可能性はないが、第二順位相続人である尊属との関係では、たとえ「十分な嫁資」を有していても、それを持ち戻せば法定相続分取得も許されるという議論も確かに成り立ち得る。

カラーが三つ目に指摘するのは、「夫が全く子を残さず、尊属も存命ではなく、傍系親族のみが存命である *maritus decedens prorsus non relinquit liberos, neque ascendentes, sed transversales*」場合であり、この場合、「妻は、自らが持参したものに加えて、婚姻中に取得された夫の財産から4分の1を取得する *mulier capit sua illata, et ulterius quartam in bonis mariti, stante matrimonio acquisitis*」とされる(第49番)。二つ目の場面との相違は、嫁資を持ち戻さずに、法定相続分を取得できるという点であり、相続順位との調和という観点からもそのような相違を想定することは可能であろう。つまり、法源上³⁴⁾、卑属と尊属に次ぐ第三順位相続人たる「傍系親族」(ただし同父母の

33) *Authenticum*, 9, 1, 2.=*Novellae*, 118, 2.

34) *Authenticum*, 9, 1, 3.=*Novellae*, 118, 3.

兄弟姉妹は尊属と同順位で相続可能)との関係では、寡婦保護の要請が一層重視されるが故に、「十分な嫁資」に加えて法定相続分を付与されるのである。コラーも、亡き夫の「傍系親族transversales」の利益よりも寡婦の利益を重視することが「公平aequitas」に適うと指摘し、そのように寡婦の保護が強く求められる理由を論じている。ここでまず参照されているのは、「子孫を産み国家を子等で繁栄させられるよう女性たちに嫁資を与えることは全く不可欠であるから、妻たちに嫁資を維持させることは国家にとって有益であるpublicae interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam, replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium」との法文³⁵⁾である。寡婦が元々持参していた嫁資に加えて亡き夫の遺産の一部を得ることは、結果的に、再婚時に持参し得る嫁資を増加させ、再婚と出産による人口増を促進させることになる。それ故、「妻の嫁資を増やすことは、妻が別の夫との出会いを容易にする点において、国家にとって好都合なのである ipsius ditem fieri auctionem Reipublicae, ut facilius alium maritum invenire possit」(第50番)。また、妻に十分な資産を遺すことは「夫について推定される妻への愛情 praesumpta affectio mariti erga uxorem」にも相応しいとされる(第51番)。加えて、そもそも「夫の資産が増えるためには、浪費家ではない善良で誠実な妻が必要でもある ut auctiores fiant facultates mariti, reliquitur etiam bona et commoda materfamilias, quae non sit dissipatrix」(第52番)。妻が亡き夫の遺産から恩恵を受けられるのは、婚姻中の夫の資産増加に妻自身が貢献したからなのである。

妻が法定相続分を取得する四つ目の場面として最後に言及されているのは、「夫の死亡地に、例えばマイセンのように夫の財産から3分の1が妻に付与されるとの慣習法が別に存在する alia est in loco mariti defuncti consuetudo, prout est in Misnia, ubi mulieribus datur tertia ex bonis mariti」場合である(第53番)。先の三つの場面が何れもローマ法の枠内で論じられているのに対して、

35) D. 24, 3, 1.

こちらは、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づく寡婦相続分を念頭に置いた判決61の考察を完全に超え出るものと言える。そのため、コラーも詳論を避け、別の箇所、具体的には、先にファックス批判という文脈でふれた判決62の冒頭部分の参照を指示している（「次の判決で述べたとおり *secundum ea quae dicuntur in sequenti decisione*」）。その箇所でコラーが逐語的に検討しているファックスの相違20によれば、「マイセンのほぼ全域において、妻には夫の死後に遺産の3分の1を付与すべきことが、法令を以て定められ当地の慣習法によって維持されている *per totam Misiniam plerunque vel statuto cautum, vel consuetudine loci obtentum est, quod post maritorum mortem uxoribus debeatur tertia pars bonorum*」(判決62第2番)とされ、この「慣習法 *consuetudo*」に基づく寡婦相続においては、嫁資を含めた広範な財産持戻が義務付けられるが、「亡くなった夫が子を残さなかった *maritus defunctus liberos reliquit*」場合には例外的に、「妻は、財産を持ち戻した上で3分の1を受け取るのか、財産を持ち戻さずに、日用品類やその他動産を嫁資と共に取り戻すのか、選択が許される *mulieri datur electio, utrum facta collatione velit recipere tertiam, an vero ea relictis, utensilia ac caetera bona mobilia cum dote potius retinere*」(第6番)というのである。ここでコラーは、「ライプチヒ参審裁判所判決26及び判決411 *Lipsenses decisiones 26. et 411.*」を典拠として補充しているが、この判決62に限らず『ドイツ判決集』全体を通じて頻繁に参照される多数の「ライプチヒ参審裁判所判決 *Lipsenses decisiones*」は、公刊された文献にそれらを取録したものが見当たらず、各地の参審裁判所判事等の間で利用されていた未公開の内部文書である可能性が高い。

それらの「ライプチヒ参審裁判所判決」とは別に、ザクセン法における寡婦相続分と嫁資持戻の関係についてコラーが繰り返し参照しているのは、ファックスとほぼ同世代でやはりライプチヒで法学を講じたクリストフ・ツォーベル(1499-1560年)の編集による『ザクセンシュピーゲル、新たに校訂され、要約に加えて、普通皇帝法、この地方の多くの卓越した諸博士による所見や助言、さらには、宮廷裁判所や参審裁判所の裁判例から集められた新たな補注が付され、しかも、注釈や引用の多くの箇所について、それらが徐々に秩序だって提

示されるように改善されたものSachsenspiegel auff's neue übersehen / mit Summariis und neuen Additionen / so aus gemeinen Keyserrechten und vieler vornemer dieser Lande Doctorn / bericht und Radtschlegen / auch der Hoffgericht und Schöppenstuel ublichen Rechtsprüchen zusammen bracht / und an den Glossen unnd Allegaten vielfeltig gebessert / wie solches stückweis und ordentlichen hernach wirdt angezeigt』(1535年初版)において、ラント法第1巻第24条最終文(「これらの物で夫の生前に質入されていたものは、その物が適法に帰属すべき者が望むならば、解放すべしWas auch dieses dinges vorsatzet wer bey des mannes leben / das löse der ob er wolle dem es mit recht angehören sol」)の独語「注釈Glossa」の一節(「ただし汝知るべし、妻が3分の1を取得でき、それが妻の嫁資に相当するから他に何も取得しないとの慣習法が多く地域の存することをDoch soltu auch wissen / das in manchen landen gewonheit ist / das die weiber dritteil nemen mögen / solchs ist denn ihre mitgab / und nemen ferner nichts」)に編者ツォーベルが新たに付した「補注additio」³⁶⁾である。この「補注」では、判決61前半で扱わ

36) “この点に関しては、封建法書2巻8章「他人の物について為された授封について」第1節第2文の文言「4分の1」の標準注釈及びこれに続く標準注釈が重要である。ただし、当該注釈をめぐっては次の点に注意すべし。すなわち、実務では、妻が亡き夫から子を授からなかった場合には、動産のみを持ち戻して3分の1を受け取るか、あるいは、それを望まずに、自らの動産及び不動産を受け取って3分の1を放棄するか、自由な選択が許されるという形でこれが遵守されているという点である。一方、妻が夫から子を授かった場合には、動産のみを持ち戻して3分の1を受け取ることを義務付けられるが、不動産は妻の下に留保される。ライブチヒの参審人等もそのように判事しており、恐らくは、公撰集6集3章第5節の文言「4分の1」の標準注釈、及び、同じく公撰集8集18章第5節の文言「そのようなものにおいて」への標準注釈に依拠している。以上の点については、キヌスの勅法彙纂5巻10章第1法文の公撰集引用要約文に対する注釈を参照せよ。そこには、妻には望むものを受け取る選択権があると述べられている。ところで、先に夫を亡くした妻が3分の1もしくは2分の1を取得するとの法令乃至慣習法がある都市に存する場合に、そのような定めが他の管轄地の財産にまで及ぶのか否か、そして、妻は上記取得分

について相続人等の意思に反しても処分できるのか否かについては、バルトルスが勅法彙纂1巻2章第1法文の注釈で論じており、また、本注釈の後述も参照できるので省略する。加えて、仮にある女性が二人もしくは三人の夫を有していた場合、各人の財産から上記取得分を得られるわけではなく、一回分を得られるだけである。論拠となるのは学説彙纂50巻16章第89法文と勅法彙纂6巻1章第3法文の公撰集引用要約文であり、そこには、法律が何かを要求している場合、それは一度充足されれば十分であると述べられている。バルトルスがこの上なく見事に述べているところもこれに加えることができるし、デ・カッサネオも『ブルゴーニュ公領慣習法注解』第171頁第2段第2番以下で上記問題について詳細に論じている。ところで、我々の注釈に従えば、当地方の農民の間、更には、幾つかの都市においても多く見られるとおり、妻は3分の1を受け取った上で、婚姻贈与(モルゲンガーベ)や食料(ムースタイル)、そしてまた、前記第10条[の注釈]にあるように自らのゲラーデの3分の1としての【勅法彙纂3巻38章第9法文】装身具や衣服を除いたゲラーデについて、その受領を諦める慣わしとされる。しかし、ここでまず持ち戻しを義務付けられるのは、グイド・パパエの『グルノーブル判決集』判決541が同様に述べているとおり、嫁資の名目で夫の下に持参した動産全てであって、公撰集1巻2章第5節もよき論拠となると解される。以上の点が正しいと解されるのは、そのような持ち戻しの慣習法が存する場合であり、そうでない場合はこの限りではなく、実務でもそのように見なされ判示されている。というのも、妻によって為されるべき嫁資の持戻と、先に受領した相続分の持戻とは区別され、優先権は相続分に従って判断されねばならないからである。また、妻は、当該3分の1を誰に対してであれ贈与あるいは譲渡することが許される【ヴァイヒビルト第56条】。なお、グイド・パパエ『判決集』判決96は子等の法定相続分を侵害してはならないとしている。ところで、法令もしくは慣習法に基づく妻が夫の財産の3分の1あるいは4分の1を請求できるという点について、人間の取り決め、つまり、遺言者によってこれを排除することは可能なのだろうか。この点については、グイエルムス・ベネディクトゥスの『別書3巻26章「遺言及び終意処分について」第16節注解』の文言「アンデロシアという名の妻」注釈第52頁の第51番と第52番、そして、バルドゥスの勅法彙纂3巻36章第24法文の注釈第42番を参照すべきであり、後者は排除できない旨ははっきり結論づけている。また、ファビアヌス・デ・モンテ・サウィーノの『売買論』第3章問題28第52番、ヤーソンの学説彙纂41巻2章第11法文注釈第29番及び同30巻第41法文注釈第12番も同旨である。更に、勅法彙纂6巻18章第1法文の公撰集引用要約文への諸博

れた遺言による法定相続分の剥奪削減の可否を含め様々な問題が扱われているが、ここでは、コラーが明示的に引用参照している二点、すなわち、寡婦相続時に持ち戻すべき財産、及び、ザクセン慣習法の通用範囲に着目する。

まず前者に関しては、「注釈」の指摘する「妻が3分の1を取得でき、それが妻の嫁資に相当するから他に何も取得しないとの慣習法gewonheit / das die weiber dritteil nemen mögen / solchs ist denn ihre mitgab / und nemen

士の注釈もまたこれに加えることで、ヤーソンの同法文注釈第26番にもあるとおり、上記公撰集引用要約文に基づいて付与される4分の1が遺言者によって削減され得るのか否かについても盛んに議論されている。この点については、フランキスクス・クルティウス『助言集』の見事な助言154の第6番以下を参照せよ。そこには法律の規定に基づく相続と遺言者の取り決めに基づく相続の双方について述べられている。また、上記の諸博士に加えて、特にドミニクス・デ・ウィタレム・デ・カンパニスの『約定事項論』「将来の相続の放棄について」第189頁第30段も参照すべきであり、そこには、法令の規定は私人の合意によって排除され得ると述べられている。しかしながら、実務において次のように解されているのを見たことがある。すなわち、誰であれ自己のために定められた権利や特権を放棄することは可能である以上【勅法彙纂2巻3章第29法文】、妻は自発的に遺言者の意思に同意したか、あるいは、法令上の特権を放棄した、と。加えて、当該勅法は、妻の利益のために定められたものでその意味で許容的なものであり、それ故、たとえ、パウルス・デ・カストロの学説彙纂2巻15章第6法文注釈第5番やバルトルスの学説彙纂50巻13章第1法文13節注釈第1番が述べるように、禁止的な法律から免れることはできないとしても、当該勅法を免れることは当然許容されよう。この点については、アルベリクス〔・デ・ロサーテ〕『都市条例論』問題18第5頁を絶対に参照されたい。そこには、法令の規定を如何なる場合に免れることができ、如何なる場合にできないか述べられている。ところで、我々の生まれついたこの地方の多くにおいて夫等は妻等のために3分の1あるいは4分の1の相続分を指定しているが、これは、一人分、つまり、子等の一人分のみを妻のために指定できるとされる普通法【勅法彙纂5巻9章第6法文及び第3法文】に反している。他方、アレクサンデルが『助言集』第5巻助言75第10番で述べているとおり、妻等は、法令や慣習法に妻等について別様に定められていない限り、原則として普通法の適用を受ける。”(Sachsenspiegel, LXXXII r.-v. 引用は1561年ライプチヒ刊のテキストによる。)

ferner nichts] が、同時代つまり16世紀の裁判実務で如何に解釈され運用されているかが述べられている。すなわち、「実務practica」では、「妻が亡き夫から子を授からなかった場合、動産のみを持ち戻して3分の1を受け取るか、あるいは、それを望まずに、自らの動産及び不動産を受け取って3分の1を放棄するか、自由な選択が許されるquando nullam mulier ex defuncto marito prolem suscepit, tunc enim ei libera optio conceditur, mobilia tantum ut conferat recipiatque tertiam, vel si non vult, sua ut mobilia atque immobilia ut recipiat atque tertia absteineat」が、「妻が夫から子を授かった場合には、動産のみを持ち戻して3分の1を受け取ることを義務付けられ、不動産は妻の下に留保されるsi prolem ex eo habet, cogitur mobilia tantum conferre et recipere tertiam, retentis tamen sibi immobilibus」とされ、「ライプチヒの参審人等もそのように判事しているsic pronunciant Lipsenses」というのである。これは、嫁資を含む妻の財産の持ち戻しの範囲から「不動産immobilia」を除く点で、「妻が3分の1を受け取ることを欲する際には、存命の子等のために、夫から受領した婚姻上の利得だけでなく、日用品類、そして、夫の親や親族その他誰からにせよその取得した財産については、動産であれ不動産であれ全て、夫に既に引き渡してしまっていたのかどうかとは無関係に、持ち戻すべく義務付けられるのが慣例となっているsi mulier istam tertiam partem recipere velit usu introductum est, quod teneatur liberis superstitibus conferre non solum lucra nuptialia a marito percepta, sed etiam utensilia et omnia bona sua sive mobilia sive immobilia quae a parentibus mariti, seu consanguineis suis suis aut undecunque acquisierit, nec refert an marito tradiderit nec ne」(相違20後段)とするファックスの理解とは食い違うようにも見える。しかし、ほぼ同時期のライプチヒ参審裁判所の実務を伝える両者の説明が矛盾するということは考えにくい上、ファックスの指摘があくまで財産持戻一般を論じたものであり、嫁資返還との関連では「夫は妻の死後にあらゆる動産を取得するmaritum post uxoris mortem omnia mobilia lucrari」(相違34後段)との慣習法について言及されていること、そして、ツォーベルが「注釈」との関係で嫁資を中心に妻の財産の持ち戻しの要否を論じていることも考え合わせるなら

ば、ファックスの言う「夫の親や親族その他誰からにせよその取得した全ての財産omnia bona sua quae a parentibus mariti, seu consanguineis suis suis aut undecunque acquisierit」にはそもそも嫁資は含まれず、逆にツォーベルの言う「不動産」はあくまで嫁資として持参したそれに当たり、それ故、両者には矛盾は無いとの解するのが妥当であろう。両者の伝える実務によれば、結局、嫁資に含まれる財産の内、動産のみが3分の1の寡婦相続に際して持ち戻しを義務付けられるのである。

カラーがツォーベルの「補注」を参照しているのは、亡き夫に子の無い場合に認められる寡婦相続と嫁資返還の選択権の典拠としてだけではなく、寡婦相続時に持ち戻しを義務付けられる動産の範囲について、「当地方の農民の間、更には、幾つかの都市においても多く見られるとおり、妻は3分の1を受け取った上で、婚姻贈与や寡婦食料分、そしてまた、装身具や衣服を少なくとも除いたゲラーデについて、その受領を諦める慣わしとされるsolet hoc, ut plurimum observari inter rusticos huius provinciae, nec non in municipiis aliquibus, quod uxor recepta tertia a perceptione sponsaliciae largitais, commestibulum et geradae abstinet, excepto saltem suo mundo et vestibus」との指摘がそこに見出されるからである。この箇所を依拠して、カラーは、「今日では、そのように慣習法に基づき3分の1を受領する妻はゲラーデを放棄するが、その際、装身具や衣服は除外されるというのが慣例となっており、農民についてはこの点が疑問の余地無く妥当するhodie usitatum est, quod mulier ita de consuetudine peциpiens tertiam, abstinet a gerada, excepto tamen suo mundo et vestibus, quod indubitantur procedit in rusticis」と述べている(判決62第8番)。ここで問題となっているのは、ザクセンシュピーゲルに元々記述されている点、具体的には、「妻はその夫の財産にモルゲンガーベ(婚姻贈与)、ムースタイル(寡婦食糧分)、ゲラーデ(日用品類)を取得するweib nimpt Morgengab / musteil unnd gerade an ihres Mannes gut」(ラント法第1巻第20条)とされる点の解釈である。しかし、ツォーベル自身は、上記一節に続けて、「ここでまず持ち戻しを義務付けられるのは、嫁資の名目で夫の下に持参した動産全てであるcogitur tunc prius conferre omnia mobilis sua, quae dotis nomine ad

maritum intulit」と述べており、ザクセンにおける嫁資制度の受容普及を意識した記述となっている。また、そこには、同趣旨の見解として、ドーフィネ高等法院の設置間もない時期の判決を収録したギイ・パープGuy Pape (?-1477年)の『グルノーブル判決集Decisiones grationopolitanae (グルノーブルのドーフィネ高等法院判決集Decisiones Parlamenti Delphinalis Gratianopolis)』(1490年初版)から「問題541 QuaestioCCCCXXLI」が引用されており、ツォーベルがフランス成文法地域の実務をも参照対象として意識していたことが分かる。同「問題」の第1番³⁷⁾では、「ある遺言者が自らの全財産の用益権を妻に遺贈した場合、妻は夫の相続人等に既に夫に引き渡された自らの嫁資の返還を請求できるのであろうかquidam testator usumfructum omnium bonorum suorum uxori suae reliquit, nunquid ipsa petere poterit ab haeredibus viri dotem suam, eius viro solutam」との問いに対して「妻が用益権の遺贈の享受を望む限りは否と解すべしlicet quod non, tandiu, quamdiu ipsa uti voluerit suo legato ususfructus」と解答され、「そのような嫁資は妻に関連し帰属するが故に妻自身に支払いを求めるこ

37) “ある遺言者が自らの全財産の用益権を妻に遺贈した場合、妻は夫の相続人等に既に夫に引き渡された自らの嫁資の返還を請求できるのであろうか。この点、妻が用益権の遺贈の享受を望む限りは否と解すべし。その理由は、そのような嫁資は、妻に関連し帰属するが故に妻自身に支払いを求めることができる債務そのものの内に算入されるべきであるからである【学説彙纂33巻2章「遺贈あるいは信託遺贈によって付与される用益権、居住権、定期金、労務について」第37法文と共に同31巻第88法文前書】。これらの法文から明らかとなり、全財産の用益権者である妻は債務を弁済する義務がある。つまり、上記第37法文にあるとおり、当該遺贈の中に貸付簿が含まれ、上記第88法文にあるとおり、貸付簿という表現には債務や貸付が含まれるのである。債務弁済の負担が妻に属する解するのは正しい。この点については、学説彙纂36巻1章「トレベリウス元老院議決について」第14法文8節及び第15法文前書も論拠となる。バルトルスも学説彙纂33巻2章第10法文の最後から二つ目の問題においてどのように述べている。”(Decisiones, 306. r引用は1550年リヨン刊のテキストによる。なお、パープの判決集がフランクフルト・アム・マインで公開されたのはツォーベル没後の1562年が最初であり、ツォーベルが参照したのは16世紀前半に繰り返し公開されたりリヨン版であると考えられる。)

とができる債務そのものの内に算入されるべきである *talis dos debet computari inter ipsa, a seipsa exigere propterea haberet, ex eo, quod ad ipsam spectat et pertinet solvere debita*」という点がその理由として述べられている。夫亡き後の妻の扶養を目的とした「全財産の用益権 *ususfructus omnium bonorum*」の遺贈との関係で、嫁資は、元来夫が妻に返還すべきもの、つまり、「債務 *debita*」であり、「用益権 *ususfructus*」の対象である「全財産 *omnia bona*」の内に消極財産として算入されるので、「用益権者 *ususfructuaria*」として「債務弁済の負担 *onus solvendi debita*」を負うはずの妻が当該嫁資の返還を夫の相続人等に求めるのはおかしいというのである。ツォーベルがこの箇所を参照したのは、寡婦の承継財産からの嫁資の除外が肯定されているからと考えられるが、当然ながら、ここでは財産持戻義務の故に嫁資が承継財産から除外されているわけではない。ザクセンシュピーゲル上の寡婦によるモルゲンガーベ *Morgengabe*、ムースタイル *Musteil*、ゲラーデ *Gerade* の取得が、ローマ法上の夫の妻に対する「全財産の用益権」の遺贈に機能的に一致するというそれ自体無理のある前提の下に、財産持戻とは直接かわりの無い見解が参照されていることになる。そのような奇異な議論をコラーが援用しなかったのも当然と思われる。

ツォーベルの上記「補注」においてコラーがもう一つ着目しているのは、寡婦相続時の嫁資持戻義務について、「以上の点が正しいと解されるのは、そのような持ち戻しの慣習法が存する場合であり、そうでない場合はこの限りではなく、実務でもそのように見なされ判示されている *quod verum esse intelligitur, ubi talis est consuetudo conferendi, alias secus, et ita in practica servatur et pronunciat*」の指摘される箇所である。この箇所に依拠して、コラーは、「3分の1が付与されるのは亡き夫の居住地にそのような慣習法が存している場合に限られる *tertia tunc demum debetur, quando in loco defuncti mariti talis est consuetudo*」と述べている(判決62第11番)。この主張は、ツォーベルが嫁資持戻について述べているところを嫁資持戻が課される慣習法上の寡婦相続それ自体に当てはめるものであり、判決61の末尾において、「夫の死亡地に、例えばマイセンのように夫の財産から3分の1が妻に付与されるとの慣

習法が別に存在する *alia est in loco mariti defuncti consuetudo, prout in Misinia, ubi mulieribus datur tertia ex bonis mariti* (第53番) 場合が、寡婦が法定相続分を取得し得る第四の場面として言及されていることとまさに裏表の関係にある。コラーは、ザクセンの寡婦相続について、ローマ普通法を文字通りの一般法として尊重し、ファックスやツォーベルの指摘する「マイセン Misinia」の「慣習法 *consuetudo*」を、判決61で扱われた勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文との関係において、通用地域の限られた地域固有法と捉えているのである。他方でしかし、ファックスが、「ザクセン *ius Saxonicum*」上の寡婦相続分をマイセン地方で認められる3分の1の相続分によって代表させ、ツォーベルが、「妻が3分の1を取得できるとの慣習法が多くの地域に存する *in manchen landen gewonheit ist / das die weiber dritteil nemen mögen*」とのザクセンシュピーゲルの「注釈」を同時代の「実務 *practica*」によって裏付けているところからすれば、寡婦相続については、帝国法たるローマ法と個々の地域固有法との間に、ザクセン全体の普通法に相当するものが独自に想定されていたとも考えられる。そのようなザクセン普通法は、先に検討した相続目的嫁資合意の効力のように中世来のローマ普通法学説の成果がそのまま実務に継承されている論点では帝国法と一致するが、寡婦相続のようにローマ普通法との相違がはっきりしている論点では、その存在を顕在化させることになる。寡婦相続については、単なる参審裁判所間の見解の対立ではなく、コラーのように帝国法をそのままザクセンの普通法とみなす方向と、マイセン地方の慣習法をザクセン全体の普通法へと格上げし帝国法との相違を強調する方向との対立が、アウグスト勅法集制定直前の時期に存していたのである。

アウグスト勅法集制定過程においてそのような対立が意識されていた様子は、ライプチヒ諮問会議の答申文書にも窺うことができる。すなわち、『問題判定議論集』第2部問題14「妻は夫から何を相続するのか、そして、それは3分の1なのか4分の1なのか *Was das Weib von dem Manne ererbe / ob es der dritte oder vierte Theil sein soll?*」³⁸⁾では、まず、「関連するはっきりした

38) “1. 他に慣習法がない限り、ある人々の見解によれば、妻は、ザクセン法上、

慣習法や法令が存しない場合、ある参審裁判所では、一般的なザクセン法の慣行に従い、妻に3分の1が付与される旨判示されているwan keine gewisse Gewonheit / oder Statut derowegen / so sprechen etliche Schöpffenstüle das nach Übung gewöhnlicher Sachsen Recht dem Weib der dritte Theil gebüret」とされ、恐らくはライプチヒ参審裁判所の実務を根拠に、「3分の1 der dritte Theil」の寡婦相続分を認める「一般的なザクセン法の慣行Übung gewöhnlicher Sachsen Recht」の存在が指摘されている(第1番)。そのような「慣行Übung」の典拠としてそこに挙げられているのは、ファックスが相違20で引用した流布版ヴァイヒビルト第22条の「注釈」、ツォーベルが前記「補注」を加えたザクセンシュピーゲルのラント法第1巻第24条の独語「注釈」、そして、ファックスの『相違集』の相違33後段(ここでは、相違20を援用して、「妻には亡き夫の財産から全財産の3分の1が与えられるとの慣習法が通用している *consuetudo viget quod uxoribus ex bonis defuncti tertia omnium bonorum*

3分の1を取得するとされる。) 関連するはっきりした慣習法や法令が存しない場合、ある参審裁判所では、一般的なザクセン法の慣行に従い、妻に3分の1が付与される旨判示されている。これは、ヴァイヒビルト第22条の注釈やラント法第2 [→1] 巻第24条の注釈の権威に基づいており、また、『相違集 [第1巻]』相違33では、当領邦の慣習法に従い以上の点が遵守されている旨述べられている。

〈2. 他の人々は、勅法彙纂6巻18章「夫と妻の遺産占有について」第1法文の公撰集引用要約文に従い、しかも富裕なのか困窮しているのかの区別無く、4分の1となると考えている。〉これに対して、別様の慣行が存しない限り、妻に4分の1を与える向きもある。これは、勅法彙纂6巻18章「夫と妻の遺産占有について」第1法文の公撰集引用要約文に基づいているが、[妻が] 富裕なのか困窮しているのかは区別されない。確かに、同公撰集引用要約文の法文ではこれを区別しているように見えるが、現代の人々は、たとえ困窮してはいなくても、婚姻の誉れに照らして4分の1が妻に与えられるべきであり、なおかつ、妻は自己の財産を当該4分の1に持ち戻し算入する必要はないと結論づけている。〈3. 妻の財産は当該4分の1には算入されないが、夫から受け取る財産だけは算入される。〉ただし、この場合、4分の1を受け取る妻は、他に遺贈その他の仕方でも夫の財産から取得する全てのものを上記4分の1に算入すべく義務付けられる【ヤーソンの上記公撰集引用要約文の注釈第18番、第19番、第20番】。(Resoluciones et decisiones, pars secunda, 60.)

pars debeatur」と述べられている)である。続いて、「別様の慣行が存しない限りwo sonst nichts anders gewöhnlich」勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文に基づいて「妻に4分の1を与える向きもあるetliche sprechen der Frauwen den vierten Theil zu」とされ、「現代の人々は、たとえ困窮してはいなくても、婚姻の誉れに照らして4分の1が妻に与えられるべきであると結論付けているModerni istuc concludunt, quod in honorem matrimonii haec quarta uxori debeatur, quamvis non sit inops」と指摘されている(第2番)。これは、ファックスが相違33後段で紹介しコラーが判決61後半で批判した上記公撰集引用要約文の拡張適用にあたる。当該「4分の1der vierte Theil: quarta」の寡婦相続における財産持戻についても、「妻は自己の財産を当該4分の1に持ち戻し算入する必要はないtal is non debet sua bona conferre neque imputare in illam quartam」が、「他に遺贈その他の仕方て夫の財産から取得する全てのものを上記4分の1に算入すべく義務付けられるalles was sie sonst per legata, oder anderer Gestalt auß des Manns Güttern herkommen / in solche quartam zu rechnen schuldig」とされ、バルドゥス等に依拠して嫁資を含めた包括的な持ち戻しを主張したコラーとは異なる立場が、ヤーソンの上記公撰集引用要約文注釈を典拠で紹介されている。とはいえ、ザクセンにおける上記公撰集引用要約文の普通法としての通用を主張する点では、答申文書で言及された異論とコラーの見解は一致する。むしろ注目すべきなのは、答申文書が、寡婦相続分について、「一般的なザクセン法の慣行」に依拠して「3分の1」と解する立場とローマ普通法に依拠して「4分の1」と解する立場とを両論併記の形で提示し、結論を避けているという点であろう。

これに対して、続く問題15「遺言において夫が妻のその3分の1や4分の1の相続分を削減し、あるいは、妻が夫の動産や夫に付与されるものを削減することは可能かOb der Mann in einem Testament der Frawen ihre Tertiam oder Quartam, ob das Weib dem Manne die bewegliche Gütter / oder was ihm gebüret vermindern köndte ?」³⁹⁾では、「3分の1や4分の1、あるいは、

39) “<1. サリケトに抗して、夫は、法令に基づき妻に付与されている3分の1や4分

法令や慣習法に基づき妻に付与される相続分を妻から奪うことも減らすことも、それが法の恩恵である以上、不可能である *nec auferre, nec diminuere potest uxori tertiam seu quartam, aut eam partem quae illi statuto vel consuetudine debetur, quia est beneficium iuris*」との見解が、遺言の存する場合にも上記公撰集引用要約文に基づく寡婦相続を容認するヤーソン等の注釈を典拠として、同法文の適用を無遺言時に限定する見解との関係で、「通説 *communis opinio*」と明確に位置づけられている。このような議論は、遺言存在時の同法文適用の可否を遺言による寡婦相続分剥奪の可否に直結する点で、判決61前半におけるカラーの議論に酷似する。削減剥奪の対象となる寡婦相続分として、「法令や慣習法に基づき妻に付与される相続分 *ea pars quae illi statuto vel consuetudine debetur*」つまり個々の地域固有法上の寡婦相続分とは別に、「4分の1 *quarta*」と「3分の1 *tertia*」が並んで言及されているのは、直前の問題14における両論併記を受けたものと言えるが、少なくとも遺言による寡婦相続分の削減剥奪を認めない点では、多くの法律家の間に見解の一致があったのである。それ故、この問題15を踏まえて制定されたアウグスト勅法集

の1を遺言によって削減したり剥奪することはできない。) サリケトは、上記公撰集引用要約文の注釈において、アンゲルスに従い、当該公撰集引用要約文が適用されるのは夫が無遺言で亡くなった場合であって、そうではない場合には適用されない旨主張していると解され、また、ベルトラキヌス『法学用語集』「終意処分」第70番もこれに従い、夫の相続において妻に一定の相続分を付与する制定法が適用されるのは夫が遺言無しに亡くなった場合である旨述べてはいるけれども、通説はこれに反対で、要するに、3分の1や4分の1、あるいは、法令や慣習法に基づき妻に付与される相続分を妻から奪うことも減らすことも、それが法の恩恵である以上、不可能であるとされ、アレクサンデル、ヤーソン、ファビアヌス[・デ・モンテ・サウィーノ]、[フランキスクス・] デ・ペピスその他の上記公撰集引用要約文注釈がその旨述べているし、何よりロランドゥスの『嫁資利益論』問題82において是認されている。

〈2. また反対に、妻も夫に付与されるものを遺言によって削減したり剥奪することはできない。〉したがってまた、妻も、自らの動産で夫に付与されるものを遺言や終意処分によって削減することはできない。” (*Resolutiones et decisiones, pars secunda, 61.*)

第3部第7条「夫は妻から、妻は夫から、遺言作成を通じて、先に亡くなった者の財産から存命配偶者に付与されるものを剥奪しあるいは削減することは可能かOb der Man dem Weibe / oder das Weib dem Man / durch auffrichtunge eines Testaments / dasjenige was dem uberlebenden Ehegaten / aus des verstorbenen gütern gebüret / entwenden und vormindern könne」⁴⁰⁾においても、「夫は、その死後に法令や古くから受け継がれてきた慣習法に基づき夫の財産から付与される3分の1乃至4分の1を完全にあるいは部分的に奪う権限を有しないder Man nicht befugt sey / dem Weibe den dritten oder vierten teil / oder anders / so ir nach seinem absterben / vormüge einer Wilkür / oder wol hergebrachten gewonheit / aus des Mannes gütern gebüret / gar oder zum teil zu entwenden」との「通説」が、そのまま選帝侯領内の裁判規範として容認されている。この第7条の表題には「勅法Constitutio」との表現は見当たらず、立法者の自己理解としても、本条は、先に見た第2部第43条と同じく、ザクセンの普通法としてローマ普通法學上の「通説」が通用する現状を追認するものであったのである。

問題14における両論併記の答申を受けて定められたアウグスト勅法集第3部第20条⁴¹⁾はこれとは正に対照的な内容となっている。表題には、「勅法

40) “法学者等によって一般に解されているところによれば、夫は、その死後に法令や古くから受け継がれてきた慣習法に基づき夫の財産から付与される3分の1乃至4分の1を完全にあるいは部分的に奪う権限を有しないとされる。そうである以上、同様に、妻にも、その財産から存命の夫に帰属するものを遺言や他の終意処分によって削減することは認められない。そこで朕は、そのような事件が生じた場合に、以上に従い朕の領内において適法に判断され判示されることを欲する。”

41) “朕の領地の多くの町や村においてこれまで、妻がその夫の死亡後に夫の残した財産から何が付与されるのかははっきりしていなかったため、朕は次のように命じ定めるものとする。すなわち、夫婦間において婚姻特約が交わされ作成された場合、あるいはそうでなければ、亡き夫が居住していた地域に、このような場合に如何に扱われるべきかについて、法令や公正な慣習法が存在し受容されている場合、それに従い、妻は先に亡くなった夫の財産から、婚姻特約、法令、あるいは、慣習法に基づいて、然るべく相続分を付与される。”

Constitutio : 妻には先に亡くなったその夫の財産から何が承継されるべきか Was dem Weib aus ires vorstorbenen Mans gütern volgen sol」とあり、「勅法」との表現により、従来の法に改変を加え新たな法を創出する意図が看取される。全三節からなる本条の第1節では、その冒頭、「朕の領地の多くの町や村においてこれまで、妻がその夫の死亡後に夫の残した財産から何が付与されるのかははっきりしていなかったため、朕は次のように命じ定めるものとする dieweil bis anhero an vielen örtern in Stedten und Dörffern unserer Lande ungewis / was dem Weibe / nach absterben ihres Mannes / aus den voralassenen gütern gebüre / So ordenen / setzen und wollen wir」とあり、答申文書に示されたザクセン法とローマ法の対立の解消がはっきり宣言されている。続いて、「夫婦間において婚姻特約が交わされ作成された場合、あるいはそうでなければ、亡き夫が居住していた地域に、このような場合に如何に扱われるべきかについて、法令や公正な慣習法が存在し受容されている場合、それに従い、妻は先に亡くなった夫の財産から、婚姻特約、法令、あるいは、慣習法に基づいて、然るべく相続分を付与される wann zwischen Eheleuten Ehestiftungen beredet und auffgericht / oder sonsten des orts / da der vorstorbene Man / da der vorstorbene Man wonhaftig / wie es disfals gehalten werden sol / eine wilkür oder bestendige gewonheit vorhanden und eingefürth / das

これに対して、これらが確認できない場合には、夫が妻より先に亡くなり、前婚及び再婚による子を一人以上残したならば、その妻は、富裕であるか困窮しているかの区別なく、債務の弁済後に先に亡くなった夫に残された全財産から4分の1を受領し取得するものとする。

一方、亡き夫が子を残さなかった場合には、その存命の妻は、夫の遺産から、債務の弁済後に、3分の1を承継する。そして、これら何れの場合においても、妻は、自らが持参した財産や相続その他によって取得した財産を、ゲラーデと共に、遺産分割のために持ち戻す義務がある。ただし、妻が、自らが持参した財産を確保するのか、それとも機会に応じて、4分の1乃至3分の1を獲得するのかは全く自由である。そして、そのような妻の選択権は、亡き夫に子があるかないかに関わり無く、何れの場合においても、上述のとおり認められるものとする。”

denselben nachgelebt / und die Witwe / aus ihres vorstorbenen Mans gütern / vermüge der Ehestiftung / wilkür / oder gewonheit / gebürlich abgefunden werden sol」とあり、ここには、遺言による相続人指定や遺贈は勿論、「婚姻特約Ehestiftung」(嫁資合意)、「法令wilkür」、「慣習法gewonheit」による寡婦相続もまた本条との関係で優先すること、つまり、本条の普通法乃至一般法としての地位が明示されていると言える。以上のような前置きを経て、寡婦相続に関するザクセンの普通法として定められた内容は、「夫が妻より先に亡くなり、前婚及び再婚による子を一人以上残したならば、その妻は、富裕であるか困窮しているかの区別なく、債務の弁済後に先に亡くなった夫に残された全財産から4分の1を受領し取得するものとするwo es stirbt der Man vor seinem Weibe / und lest nach sich kinder von der ersten und andern Ehe / eines oder mehr / So sol sein Weib one unterschied / ob sie reich oder arm / nach bezahlung der schulden / aus allen ihres vorstorbenen Mannes ubrigen gütern / einen vierdten teil nemen und haben」(第2節)が、「亡き夫が子を残さなかった場合には、その存命の妻は、夫の遺産から、債務の弁済後に、3分の1を承継するlies der vorstorbene Man keine kinder / so sol seinem uberlebenden Eheweib / aus seiner vorlassenschaft / nach ablegung der schulden / ein dritteil volgen」(第3節)というものであった。一見して明らかのように、アウグスト勅法集が示した解決策は、ローマ法とザクセン法上の寡婦相続分の相違を、卑属存在時にはより少ない「4分の1vierdter teil」を、卑属不存在時にはより多い「3分の1dritteil」を振り分けるという妥協的便宜的なものである。財産持戻の範囲については、「これら何れの場合においても、妻は、自らが持参した財産や相続その他によって取得した財産を、ゲラーデと共に、遺産分割のために持ち戻す義務があるdie Fraw in beiden fellen / alle ire eingebrachte / anererbte und andere güter / zu sampt der gerade / in die gemeine teilung zu bringen schuldig sein」(第3節)とされ、嫁資を含む妻自身の財産の持ち戻しが一般的に肯定されている。また、寡婦相続と嫁資返還の選択については、「妻が、自らが持参した財産を確保するのか、それとも機会に応じて、4分の1乃至3分の1を獲得するのかは全く自由であるsol

der Frawen in allewege frey stehen / ob sie irem eingebrachten gut / oder aber nach gelegenheit der felle / zu dem vierdtn oder dritten teil greiffen wil] とされ、しかも、「そのような妻の選択権は、亡き夫に子があるかないかに関わり無く、何れの場合においても、上述のとおり認められるものとするir solche wahl one unterschied / es hette der verstorbene Man kinder oder nicht / in einem oder dem andern fall / wie obsthet / gelassen werden] とあるので、ファックスやツォーベルの指摘していた子のある場合に財産持戻と寡婦相続を強制する実務は退けられたことになる。しかし、本条によって、寡婦相続をめぐる実務上の懸案事項が一掃されたわけではない。コラーが判決61前半で論じた点、すなわち、法定の寡婦相続分と嫁資合意に基づくそれとの間の優劣、換言すれば、嫁資合意による法定相続分の削減剥奪の可否については、遺言による削減剥奪が先の第7条で明確に禁じられたのとは対照的に、解決策は何ら示されなかった。当該問題はアウグスト勅法集に体现された新たなザクセン普通法の枠組みで中であらためて論じられることになるのである。

(未完)