

《論 説》

相続と嫁資合意 ——現代的慣用とは何か——(4)

藤 田 貴 宏

IV

Ⅲの末尾でみたとおり、アウグスト勅法集第3部第20条は、亡き夫に子が存するか否かに応じて、子がある場合にはローマ普通法に基づく4分の1を、子のない場合にはザクセンの慣習法に基づく3分の1をそれぞれ寡婦に付与するという仕方で、寡婦相続分について新たな一般法を創出した。アウグスト勅法集は、ザクセン選帝侯アウグスト自身の序言¹⁾にもあるとおり、「宮廷裁判所、諸法

1) “神の御加護により、朕、すなわち、ザクセン公、神聖ローマ帝国の大元帥にして選帝侯、デューリングエンの方伯、マイセンの辺境伯、マクデブルクの城伯であるアウグストが皆のものに申し渡す。朕によって任命され設置された宮廷裁判所、諸法学部、諸参審裁判所が、幾つかの疑わしく争いのある事案について、法の探求と審理を一致させていない旨、朕の信頼すべきラント諸身分と臣民等が、あるラント議会に際して朕に報告し申し立て、これにつき恭順にも、わがラントにおける正義と一様な法の維持と存続のために然るべく配慮し、努め、取り組むと共に、事態を正しさと確実さの下に的確に導くべく朕に求め懇願してきた。

そこで、朕は、彼等の正当で恭順な願いに顧慮し、最初、朕の諸法学部と諸参審裁判所に、異論があり法的に争いのある諸事案を可能な範囲で一つの目録に整理し、それを彼等の所見と共に朕に送付すべく命じた。それを見た上で、朕は、わが宮廷やラント顧問会に属する幾人かの貴族や法に秀でて精通した人々に対して法学部や参審裁判所との協力を促し、彼等にこれらの法律問題を十分かつ徹底的に吟味し、協議し、把握すべく命じた。

その後、協力を命じられたそれらの人々は準備を整え、諸法学部や諸参審裁判所

学部、諸参審裁判所が、幾つかの疑わしく争いのある事案について、法の探求と審理を一致させていないHoffgericht / Iuristen Faculteten und Schöppenstüle / etzlicher zweifelhaftiger und streitiger fell halben / ungleich auff die Rechts Fragen und Acten erkennen solten」との「ラント諸身分と臣民等Landschafft und Underthanen」の申し立てを受け、ザクセンにおける「正義と一様な法の維持と存続のためにzu erhaltung unr fortsetzung der Iustiteten und gleichförmiges Rechtens」制定されたものであり、「幾つかの特殊な事案に関しては、ザクセン法にとって緊急に必要であるため、勅法として定められ整えられたin etzlichen sonderlichen fellen / do es / nach gelegenheit des Sachssen Rechts / notturfft erfordert / Constitutinen gestalt und auffgerichtet」とされ、「勅法 Constitutio」との表示を伴った第3部第20条もその一例ということになる。実

は疑わしく争い議論の多い事案について話し合い、その話し合いとそれらの全ての事案において如何に判示すべきかが書面に記録された。更に、幾つかの特殊な事案については、わがラントとザクセン法にとって緊急に必要であるため、朕の命令によって、そしてまた、朕の承諾と認可の下に、勅法として定められ整えられ、よき正義、ザクセン法とわがラントの裁判手続の更なる存続を期して可能な限り迅速に作成され整理された。これを受けて、朕は彼等の報告書（朕はこの報告書について詳細に、そして、その理由も含めた諸状況についても報告を受け、これを許容し是認し受け入れ承認し認可した）を、わがラントのより多くの貴族諸賢に提案し、彼等に協議させたところ、彼等からも全く恭順にも賛同を得られた。

そこで、朕は、この極めて有益で不可欠の法案を四部に整理するよう命じ、また、それを朕の宮廷裁判所、法学部、参審裁判所に送付するだけではなく、印刷させ公にすることとした。

上記宮廷裁判所、法学部、参審裁判所、そして他の全てのわが諸裁判所に対して、この中に示され書かれ含まれているとおりに述べ判示し、この公布日から2ヶ月以内に新たな勅法集の運用に着手し、審理の遂行その他においてもこの朕の規則、規定、勅法に相応しく忠実であることを朕は命じる。朕はまた、わが臣民等がここから自ら様々な点を知り、彼等に許されることと許されないことを一層簡便に把握するとともに、あらゆる行為において、一層正しく的確に振舞うことができるよう配慮した。朕の慈悲深く寛大な意図が皆のものに届かんことを。”

際、寡婦相続分の割合についてローマ法の4分の1とザクセン法の3分の1を卑属の有無に応じて便宜的に振り分ける本条は、ザクセンにおける法統一を目指した応急措置的性格の強い規定と言える。しかし、そのような応急措置も実務上の疑念を一掃するまでには至らなかった。というのも、遺言による寡婦相続分の削減剥奪は明示的に禁止されたが(第3部第7条)、第20条所定の寡婦相続分が嫁資合意によって寡婦に不利な仕方に変更され得るのかどうかについては明言されていないからである。Ⅲで検討したコラーの考察が示すとおり、この点に関して従来問題となっていたのは、資産を残した夫の死後に法定の寡婦相続分の方が有利であることが判明した場合に、寡婦が嫁資合意を無視し法定相続分²⁾を主張し亡き夫の相続人等と遺産をめぐる争う事案であったが、アウグスト勅法集制定後も、依然として同様の争いが生じていた。例えば、ダニエル・モラーが『勅法集注解』(1599年初版)に先立って著した実務考察集『セメストリアSemestria』³⁾(1594年初版)の第1巻第13章⁴⁾には、そのような事案

2) 「法定相続分」は〈portio statutaria(法令上の取得分)〉の訳語として用いている。なお、この「法令上の取得分」を法令に基づく特別な恩恵と捉え、「相続人heres」として継承する厳密な意味での相続分とは区別する(少なくとも「法令上の取得分」に関する限り夫婦は互いの「相続人」ではないとする)議論についてはV参照。

3) 1598年ライプチヒ刊の第二版の扉には、『法律家ダニエル・モレルスのセメストリア全五巻、最初の四巻には、若干の無益ではない問題に関する諸判決が収録され、その中には、ザクセン選帝侯アウグストによる領邦の規則及び勅法集やその実務に関わるものが少なからず含まれている一方、最後の第五巻には、契約と終意処分との間に存する知っておいて損も害もない百の相違点が著者の努力によって様々な典拠から一つにまとめられ収められているDanielis Mollerii Iuriconsulti Semestrium libri quinque, quorum primi quatuor decisiones continent quaestionum aliquot non inutilium, et inter has, ad Ordinationes et Constitutiones Provinciales Electoris Saxoniae Augusti, et praxin pertinentia non pauca, quintus vero et postremus differentias centum habet inter contractus und ultimas voluntates, cognitu et ipsas nec inutiles nec iniucundas, studio authoris e variis locis in unum collectas』、とある。なお、「セメストリアsemestria」との表題は、マルクス・アウレリウスMarcus Aurelius帝治世に勅法を半年毎に記録したいわゆる「勅法半歳集semestira」(「セメ

ストリアに神皇マルクスの勅法が採録されているin semestribus relata est constitutio divi Marci」D.2, 14, 46. : 「神皇マルクスがセメストリアの中で定めているdivus Marcus in semestribus constituit」D.18, 7, 10.)とは特に関わりはなく、むしろ、ポンポニーニウスPomponiusが伝えるアンティスティウス・ラベオーAntistius Labeoの事績(「ラベオーは、アウグストゥスによって彼に執政官職が提供された際、彼はそれによって代理執政官になれたはずであったが、その名誉を受けることを拒み、大半は研究に従事し、六ヶ月をローマで弟子たちと過ごし、六ヶ月はローマを離れ、本の執筆に努めるという具合に一年全体を分けたLabeo noluit, cum offeretur ei ab Augusto consulatus, quo suffectus fieret, honorem suscipere: sed plurimum studiis operam dedit, et totum annum ita diviserat, ut Romae sex mensibus cum studiosis esset, sex mensibus secederet, et conscribendis libris operam daret」D.1, 2, 47.)を踏まえ、「半年間のsemestris」との文字通りの意味はともかく、公的生活を離れた閑暇に為された考究の成果という趣旨で、16世紀後半以降、法律家による人文主義的著作に好んで用いられたものを想起させる。例えば、ピエール・デュ・フォール・ド・サンジョリPierre du Faur de Saint-Jory(1532-1600年)の『セメストリアSemestria』(1570年初版)の「セメストリア諸巻への序言並びに心構えAd semestrium libros praefatio et praeparatio」には、「私は、過去何年間もやってきたように、半年の閑暇つまり隠遁の間に熟考したのであるが、それというのも、古代の法律家の中で最も学問に没頭したラベオーが、六ヶ月は学生等と過ごし六ヶ月を本の執筆に努めるという具合に一年全体を分けていたことを我々のポンポニーニウスのおかげで知っていたからであるut superioribus annis aliquot feceram, ita tunc in otio scilicet ac secessu Semestri meditabat: praesertim cum Labeonem ex veteribus Iuriconsultis, qui plurimum studiis incubuit, totum annum ita dividere solitum a Pomponio nostro accepissem, ut sex mensibus cum studiosis esset, sex vero mensibus fecederet, librisque conscribendis operam daret」との一節が見えるし(Semestira, I, ii. v. 引用は1590年リヨン刊のテキストによる)、他に、アンドレ・ティラコーAndré Tiraqueau(1488-1558年)によるアレッサンドロ・アレッサンドリAlessandro Alessandri(1461-1523年)の『愉しき日々Geniales dies』(1522年初版)の注解書『セメストリアSemestria』(1586年初版)もここに数えることができよう。モラーの『セメストリア』は、純然たる実務考察集であって人文主義的志向は全く見られないが、当時幼少のザクセン選帝侯のクリスティアンChristian II世等、先代クリスティアンI世の子等の後見人を務めていたザクセン=ヴァイマル公フリー

に関する考察が、「嫁資合意を放棄し、財産を持ち戻した上で夫の財産の3分の1もしくは4分の1を得るか、あるいは、持参した嫁資を取り戻すことを寡婦に許すべきか否か。そして、別書第3巻第17章〈売買について〉第6節や勅法彙纂第4巻第44章〈売買の取消について〉第2法文による救済は、妻が、嫁資合意において、勅法や地域の法令乃至慣習法に基づき夫の財産から妻に与えられるべきものの2分の1を超える損害を被った旨主張する場合に、適用されるべきか否か。Liceatne viduae relicto pacto dotali, facta collatione, vel tertiam aut quartam bonorum mariti poscere, vel dotem illatam repetere. Et an remedium capituli cum caussam extra de emptione et veditione et legis

ドリヒ・ヴィルヘルムFriedrich Wilhelm I世とブランデンブルク選帝侯ヨーハン・ゲオルクJohann Georgに宛てた献呈文epistola dedicatoriaに見えたとおり(「こうしてこの度両殿下により宮廷からありがたくもお暇をいただき相当の閑暇を得たからには、ある点について釈明申し上げることもお許しいただくよう切にお願いしたい。すなわち、私が公の職務に従事申し上げてきた18年間にしばしば問題とされ争われてきた事柄、そしてまた、それらの事柄についての的確な考慮を以て最終的に結論され判示され、あるいは、助言者等によって解答されたと記憶している点を、私の後任者や同じ場所に出入りする他の人々にとって必要なときに直ちに利用可能なように、著述にまとめて公にするならば、それ以上に有益なことを私にはなし得ないと考えたのである。Ita, posteaquam a Celsitudinibus vestris, ex Aula nunc tandem clementer dimissus otii aliquantum nactus essem, nihil magis in votis habui, quam ut eius quoque rationem aliquando mihi reddere liceret. Quod cum commodius a me fieri non posse existimarem, quam si illa, de quibus totis hisce octodecim annis, quibus publicis muneribus functus sum, frequentissime quaesitum et dubitatum, quodque in iis, matura habita deliberatione, tandem conclusum et iudicatum, vel consulentibus responsum meminissem, quo magis in posterum et mihi et aliis in eadem harena versantibus, quoties usus incideret, in prromptu essent, scriptis comprehensa, in publicum emitterem」Semestria, ?2.v.-?3.r.引用は1598年ライブチヒ刊第2版による)、ドレスデンの宮廷を退いたのを契機に書かれたものであるため、閑暇を得て著されたという意味でこの表題が付けられたものと考えられる。

- 4) 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」(獨協法学第94号)を参照。

secundae de rescindenda venditione locum habeat, si mulier in pacto dotali laesam se dicat ultra dimidium eius, quod vel ex constitutione vel ex statuto aut consuetudine loci e bonis mariti ei debeatur.」との表題で収録されている。

モラーが紹介する事案は、「多数の子をもつ父が、妻が亡くなった後、下女を後妻に迎え、当女との間で、もし自らが先に亡くなったならば自己の財産から50アウレウス⁵⁾を当女が取得し、残りは子等に与えられる旨の婚姻前合意が締結されたpater multorum liberorum defuncta uxore duxerat alteram, ancillam suam, facto cum ea pacto ante nuptias, ut si ipse praemoreretur, e bonis suis quiquaginta aureos haberet, relinquitur liberis maneret」が、その後、「この父が亡くなると、財産としておよそ2千アウレウスがこのこされていたため、寡婦は嫁資合意によって与えられる50アウレウスでは満足せず、ザクセン勅法集第3部第20条に基づいて4分の1が自らに与えられるよう求めたeo defuncto, cum millia duo vel circiter relinquisset in bonis, vidua quinquaginta aureis, quae ex pacto dotali illi debebatur, contenta esse nolebat, sed quartam partem sibi dari petebat iuxta Constitutionem vicesimam partis tertiae」、というものである。裁判では、「子等が寡婦に反論して嫁資合意に依拠したcontra eam liberi pacto dotali se tuebantur」のに対して、寡婦は、当該嫁資合意を「保佐人無しに締結したabsque curatore contraxerat」こと、当該嫁資合意によって「自らが著しく損害を被るのが明らかであるenormissime se laesam apparet」こと、上記第20条では「持参した嫁資の返還を請求するののか、嫁資を遺産分割のために持ち戻した上で夫の財産の3分の1もしくは4分の1を請求するののかの選択が区別なく妻に認められているmulieribus indistincte optionem concessam esse, vel dotem illatam repetendi, vel ea in commune collata, tertiam aut quartam partem bonorum mariti petendi」ことの三点を主張して、「嫁資合意には拘束されない旨反駁したse pacto dotali non obligari」とされる(第13章冒頭)。モラーの考察は、これら寡婦の主張に対する子等つ

5) 「金貨(アウレウス)aureus」は、「フローリンFlorin: florenus」とも表記される当時の計算貨幣グルデンGulden金貨。

まり亡き夫の相続人等の反論を逐一敷衍する形で展開されている。まず、「保佐人curator」の要否という第一の争点については、「嫁資合意が夫婦の血族や姻族の立会で締結されたpactum dotale intervenientibus utriusque coniugum cognatis et affinibus contractum fuisse」以上、「彼等の立会が、裁判官の立会と同様に、あらゆる詐欺、悪意、損害の推定を排除するquorum praesentia, quemadmodum et iudicis, omnis fraudis et doli et laesionis praesumptionem excluderet」(第1番)という点、そして、「婚姻しようとしている未成年女性乃至成年女性が裁判官に保佐人の選任を求め、その許可の下に、未来の夫との間で嫁資や婚姻故の贈与について約定するという慣行はなく、両親や親類、あるいは、その他血縁のない仲介者の間でこの種の取引が交わされるというのがほとんど全ての民族に共通の慣習であるmoris non esse, ut puella vel mulier nuptura, a iudice curatorem peteret, quo autore, de dote, vel donatione propter nuptias cum futuro marito pacisceretur, sed inter parenets et consanguineos, aliis arbitris remotis, notissima omnium fere nationum consuetudine, huiusmodi negocia tractari solere」(第2番)という点が指摘され、嫁資合意を締結する女性について保佐人の助成は不要であると反論された。保佐人を介さずに嫁資合意が締結されるとの「慣習consuetudo」がザクセンにおいても広く通用しているとすれば、アウグスト勅法集の理解に当たっても当然尊重されねばならず、第20条の第1段に、「亡夫の財産から寡婦に何がどの程度付与されるべきか問題となった場合、何よりもまず嫁資合意、並びに、夫の亡くなった地域の慣習法が遵守されると明確に規定されているdiserte dispositum est, ubi quaeritur, quid et quantum viduae e bonis defuncti mariti debeatur, ante omnia servari debere pacta dotalia, et consuetudinem eius loci, in quo maritus decessit」ことも、そのような「慣習」尊重の裏づけとなり得るとされる(第3番から第5番)。

また、「夫婦の血族や姻族utriusque coniugum cognati et affines」の「立会praesentia」が嫁資合意について「あらゆる詐欺、悪意、損害の推定を排除するomnis fraudis et doli et laesionis praesumptionem excludit」のだとすれば、寡婦が「著しく損害を被るenormissime se laesa」ことを理由に合意の無効を

主張できるか否かという第二の争点についてもさしあたり消極的に解されることになる。更に、当該事案で「寡婦が全く嫁資を持参していなかったnullam prorsus attulisset dotem」ことは、法定相続にあたって嫁資の持ち戻しが要件とされる以上（第20条第2節）、寡婦が相続財産について何らかの損害を主張する前提をそもそも欠くことになるし、「嫁資合意に含まれる条件*conditio, quae pacto comprehensa esset*」が「気に入らない*non placuisset*」のであれば、「最初から婚姻締結前にこれを拒否することは彼女自身にとって自由であったはずである*eam repudiare ab initio et ante contractas nuptias liberum ipsi fuisse*」から、事後的に損害を主張するのはやはり不当であるともされる（第7番後段）。

法定相続分の選択の可否という第三の争点については、寡婦自身が依拠する第20条第3節の文言（「そして、この選択は、亡くなった夫に子がいるか否かの区別無く、何れに場合にも妻に認められるものとする*Und ir solche wahl one unterschied / es hette der verstorbene Man kinder oder nicht / in einem oder dem andern fall / gelassen werden*」）の論理整合的な解釈によって、寡婦側の主張が退けられている（第6番）。仮に寡婦の主張するように、嫁資合意に従うか法定相続分を主張するのかの「寡婦の選択*optio viduae*」が当該文言によって認められていると解するならば、「勅法の最初で嫁資合意や地域の慣習法が遵守されるべき旨定められていたところが同じ勅法の末尾では寡婦の恣意に委ねられてしまう*quae in principio constitutionis de pactis dotalibus aut statutis vel consuetudinibus locorum servandis sancita essent, in fine eiusdem in solius viduae arbitrium conferrentur*」ことになり、そのような「私人はもちろん立法者であればなおさら想定し得ない背理*contrarietas quae in privatis non praesumeretur, multo minus in legislatore*」を回避しようとするれば、「選択に言及する末尾の文言は勅法の第2節に関連付けられざるを得ない*necessario verba ultima, in quibus optionis mentio fieret, ad secundum membrum constitutionis referenda esse*」というのである。「第2節*secundum membrum*」には、「もし嫁資合意も慣習法も法令も存しないならば、夫が子をのこしている場合には4分の1を、夫が子をなさずに亡くなった場合には3分の1を、嫁資その他寡婦自身のあらゆる財産をまず持ち戻した上で、夫の財

産から寡婦に与えられるべきと定められている *dispositum est, ut si nec pactum dotale, nec consuetudo aut statutum extet, tum si liberos relinquerit maritus, quarta pars, si sine liberis decesserit, tertia uxori, facta primum collatione dotis et reliquorum suorum bonorum omnium, e bonis mariti dari debeat*」ので、これを直接受けた第3節が認める「選択*optio*」とは、「夫が子を残した場合と残さなかった場合双方において、持参した嫁資を取り戻すか、あるいは、財産を持ち戻した上で夫の財産の3分の1もしくは4分の1を求めるのが寡婦にとって自由である *utoroque casu, sive nimirum liberos relinquerit maritus, sive non relinquerit, liberum viduae est, aut dotem illatam repetere, aut facta collatione, tertiam vel quartam partem bonorum eius poscere*」との趣旨であり、第3節に見える「何れの場合にも *in einem oder dem andern fall*」との表現も「直前の二つの場面 *casus duo proxime praecedentes*」、すなわち、「夫が子を残して亡くなった場合か子を残さずに亡くなった場合 *ubi decessisset maritus liberis relictis vel non relictis*」を指すと解される。あくまで「嫁資合意や法令、慣習法が存しないために判断が定まらない場合にのみ *tum demum, ubi propter defectum pacti vel statuti aut consuetudinis res esset incerta*」、しかも、嫁資合意の遵守ではなく嫁資の返還請求との二者択一において法定相続分の取得の「選択」を認めるのが「勅法の意図した *constitutio vellet*」ところであると子等は反論したのである。

本件事案は、モラーが判事を務めていたライプチヒの参審裁判所で審理されたものようであり、モラー自身は「子等に有利に解答すべき *pro liberis respondendum esse*」と考えたが、「反対の見解に傾いた多数により、〈区別無く〉や〈何れの場合にも〉という勅法の一般的文言に照らして、子等に不利に判示された *maiori parte in contrariam sententiam inclinante contra eos pronunciatum fuit, propter verba generalia Constitutionis, one unterschied / item, in einem oder dem andern fall*」という(第8番)。つまり、参審裁判所の多数意見は寡婦側の第20条第3節の解釈に与したのである。子等が批判するように論理的とはいえないこの勅法解釈の支えとなり得る典拠として、モラーは、リユーフェンLeuven(ルーヴァンLouvain)大学(1425年創立)の法学教授を経てメヘレ

ンMechelenの大顧問会Magnum Consilium（スペイン・ハプスブルク家統治下の南ネーデルラントの最上級審）の判事を務めたピーテル・ベックPieter Peck⁶⁾(ペトルス・ペキウスPetrus Peckius：1529-1589年)の『夫婦間遺言論 Tractatus de testamentis conjugum』(1585年初版)第1巻第32章「妻は都市法、夫の遺言、婚姻前契約のいずれかを選択できるのかAn uxor eligere possit vel ius municipale, vel testamentum mariti, vel contractum antenuptialem？」の第5番⁷⁾を挙げている。それよれば、「寡婦には、嫁資合意を無視して、場合

-
- 6) ベックは、ヴェーゼンベックとほぼ同時期に、リューフェン大学のガブリエル・ファン・デル・ミュイデン（1500-1562年）の下で学んだ（ヴェーゼンベックは1550年に両法修士licentia iuris、ベックは1553年に両法博士doctor utriusque iurisをそれぞれ取得）が、プロテスタント故にザクセンに移ったヴェーゼンベックとは異なり、カトリック信仰に留まり、オランダ独立戦争（いわゆる八十年戦争）勃発以降もスペイン王フェリペ二世への忠誠を保つ。同名の息子（1562-1625年）はブラバント公の尚書長官を務めた。
- 7) “〈5. 妻は契約や遺言を無視して都市法を選択できるのか。〉しかし、婚姻前契約を無視して、偶々自らの事情に照らして有利な都市法を選択することが、夫の相続人の意に反しても可能かどうかについては、多くの人々において問題とされているのが想起される。婚姻前契約が妻等に不利益な仕方で締結されるのは不当であるとの理由で、慣行上、妻等にこれを認めている民族もないわけではない【ポエリウス『ブリュージュ都市慣習法注解』「婚姻に関する慣習法」第4条注釈第6段「また妻は云々」の行、グイエムス・ベネディクトゥス『別書3巻26章「遺言及び終意処分について第16節解説」文言「そして妻を」注釈第230番末尾の「ただし幾つかの地域では云々」の行】。しかし、管見では、妻もその相続人もこの種の合意によって拘束するローマ人の法律【勅法彙纂5巻13章「妻の財産訴権から問答契約訴権への移行、嫁資に認められる性質について」第1法文6節】によってこの点は決して裏付けられない。夫が最初の婚姻によって子等をもうけ、都市法に抗して備えようと欲し、非常に多額の財産を後妻に上記子等の大きな不利益の下に帰属させることを取って望むという事態がしばしば生じていることもその証拠となると解される。とはいえ、そのような慣習法は、既に述べたとおり、多くの地域で通用しているので、問答契約を以て妻を拘束し、妻に慣習法や都市法上の権利を放棄させておくことがより安全であり、これは、[メヘレン大顧問会の]議長ウィグリウス[・ズイケムス・アプ・アイ

によっては彼女にとって有利となる都市法を、夫の相続人の意に反しても選択することが許されるという慣習法が、少なからぬ民族において、婚姻前契約は妻の不利益の下に締結されてはならないと解されるが故に、受容されている *eam consuetudinem apud nonnullas gentes receptam esse, ut mulieribus viduis, relictis pactis dotalibus, ius municipale uberius forte et magis ex re sua futurum, etiam invito matiri haerede eligere liceat, quod existiment contractum antenuptialem in dispendium uxoris trahi non debere*』というのである。そのような慣習法の存在を証言する典拠として、ペックは、ブルジュ Bourges 大学（1464年創立）で学位を取得し後に国王の大顧問会 Grand Conseil の評定官 *conseiller* を経て ボルドー 高等法院 *Parlement de Bordeaux* の大審部長 *président à mortier* を務めることになる ニコラ・ボイエ *Nicolas Bohier*（ニコラウス・ボエリウス *Nicolaus Boerius* : 1469-1539年）の『注解付きブルジュ 都市慣習法 *Consuetudines inclitae civitatis et septenae Biturigum glosatae*』（1508年初版）から、第8章「婚姻及び寡婦分に関する慣習法について *Des coutumes concernas les mariages et douaires*」の第4条（「また、妻が夫に先立たれた場合、妻は、慣習法に基づき、世襲財産、つまり、夫の死亡時に夫に帰属していた不動産の用益権の半分を、慣習法上の寡婦分として、反対の合意のない限り、付与される。ただし、婚姻中に取得された不動産はこの限りではなく、妻はそれらの不動産に慣習法上の寡婦分を取得せず、前条にあるとおり、夫婦共有財産上の権利としてその半分を受領する。Item et si la femme survit son mary par la coustume elle est douee de douaire coustumier de la moytie de l'usufruct des heritages, et biens immeubles appartenans au mary au temps de son deces et trespas, s'il ny a convenances au contraire. Excepte de consequetz immeubles faictz dyrant et constant leur mariage, sur

タ（ウィゲル・ファン・アイタ）：1507-1577年] 氏が『法学提要からの12の章注解』2巻12章「遺言を為すことが許されないのは誰か」前書注釈第14番の「しかし私は云々」の行で同様に推奨しているとおりである。”（*Tractatus*, 124-125. 1614年ケルン刊のテキストによる。）

lesquelz elle na, et ne prent aucun douaire coustumier: mais seulement elle y prent la moytie par son droit de communaulte, comme dessus est dict.」注釈の一節⁸⁾、及び、カオールCahors大学(1332年創立)の法学教授を経てボルドーやトゥールーズの高等法院の評定官を歴任したギョーム・ブノワGuillaume Benoît(グリエルムス・ベネディクトゥスGulielmus Benedictus: 1455-1516年)の『別書第3巻第26章「遺言及び終意処分について」第16節詳解Repetitio in capitulum Raynutius de Testamentis』(1523年初版)の文言〈そしてアデラシアという名の妻をet uxorem nomine Adelasiam〉の「第五の解決Quinta decisio」第230番⁹⁾の一節を引用しており、モラーもこれらフランスの慣習法に関する典拠をそのまま孫引きしている。前者は、「都市ブリュージュ、王領、

8) “また、妻は、合意もしくは慣習法に基づく寡婦分を取得するが、財産を共有している場合はこの限りではない。というのも、この場合、契約そのものに妻が寡婦分を取得する旨定められていた場合にのみ寡婦分を取得するのであり、既に見たとおりしばしば生じることだが、財産共有か、婚姻合意か、嫁資かのいずれかに基づくことになるからである。”(Consuetudines, LXVI.v.引用は1547年パリ刊のテキストによる。)

9) “(230. 慣習法に基づき夫婦間の財産共有が妥当する。) また、上記慣習法に基づくこの夫婦間の共有は、夫婦間で反対の合意を交わしていない限り妥当し、例えば、夫婦の一方が他方の財産や後得物から何も取得しないと行った合意がそれであり、そのような合意は可能である。というのも、慣習法は、それが特殊で私的な利害に配慮している場合には、反対の合意によって排除できるからである【勅法彙纂2巻3章「合意について」第29法文】。つまり、合意に基づいて放棄する者は困窮することではなく、それ故、教皇庁控訴院の『判決集』判決842にあるとおり、学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第1法文の論拠は通用しないのである。マスエルス前掲『裁判実務論』「財産共有組合について」第1節末尾も同旨であり、そのような慣習法は、例えば、妻が自らのために合意上の寡婦分を用意したような場合にも、黙示的に放棄可能であると付言している。というのも、そのような状況に明示的に備えることは、法律や故郷の慣習法を、とりわけ当該慣習法が普通法から逸脱している場合には、黙示的に放棄すると見なされるからである【論拠となるのは学説彙纂28巻2章「卑属乃至後生児の相続人指定あるいは廃除について」第10法文、同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1節】。バルドゥ

ベリー公領の諸慣習法*Les coutumes de la ville et septene de Bourges, de Dun-le-Roy, et du pays de Berry*」(1481年成文化、1539年に「ベリーの諸地方と公領、並びに都市ブルージュその他の同公領の諸都市と地域の一般慣習法*Coutumes generales des pays et Duché de Berry, tant de laville et septaine de Bourges, que desautres Villes et Lieux dudit pays et Duché*」として改訂)に収録された「ブルージュ都市慣習法*Les coutumes de la ville et septaine de Bourges*」に関して、後者は、成文法地域に属するトゥールーズの慣習法に関して、亡き夫所有の不動産上に認められる「慣習法上の寡婦分*douaire coutumier: dotalitium consuetudinarium*」や夫婦の共有に属する「婚姻中に取得された不動産*consequentz immeubles faitz dyrant et constant leur mariage*」からの取得分と、「反対の合意*convenance au contraire: contraria conventio*」に基づく「合意上の寡婦分*dotalitium conventionale*」や妻自身の特有財産である嫁資の返還との間に、妻の「選択*electio*」の存することを前提

スは学説彙纂11巻7章「宗教物、葬儀費用、葬儀の方式について」第20法文1節への注釈において反対の見解をとっているものと解される。というのも、妻の死亡時に夫が嫁資の3分の1を取得するとの法令がある場合、夫が婚姻解消時には嫁資を全て返還する旨嫁資受領時に約束したとしても、当該約束にもかかわらず3分の1を取得できる旨見事に述べているからであり、夫の意に反して全嫁資の返還を義務づけることは例えば葬儀費用などの正当な留置を減らすことになると同法文の標準注釈が論拠とされている。従って、正当なものと言える法令上の取得分は、夫婦が明示的かつ特定の放棄した場合は別として、そのまま尊重され得るのであり、ここでも、公撰集1集1章第2節末尾とアンゲルス[・デ・ウバルデイス]の同法文注釈を論拠にそのように解する。とはいえ、アンゲルスの指摘するように、幾つかの地域では、黙示の合意では不十分であるので、双方が慣習法の遵守を拒否する旨明示的に定められていなければ、妻は、合意上の寡婦分を請求するのか、慣習法上の寡婦分を請求するのか選択権を有するという点が遵守されている。しかし実際のところ、バルドゥスが勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第35法文前書や同6巻2章「窃盗及び奴隷の傷害について」第3法文の注釈で見事に解明しているとおり、妻が自由に遺言し得る事柄によって、妻の嫁資上の取得分や法令に明示された取得分を承継する権能が夫から奪われることはないのである。”(Repetitio, 113.r.引用は1575年リヨン刊のテキストによる。)

としあるいは容認するものである。終身の不動産用益権に留まり寡婦死亡時には夫の相続人への復帰が予定される「寡婦分*douaire: dotalitiium*」の取得と、ザクセン法が想定する単純な寡婦の遺産取得との相違を捨象するならば、慣習法乃至法令に基づく利益か、嫁資合意のような「婚姻前契約*contractus antenuptialis*」に基づく利益かの何れかを寡婦が「選択する*eligere*」という実務慣行の存在をこれらの典拠から見て取ること自体は確かに可能であろう。

しかし、モラーも指摘するとおり、直接の典拠とされたベック自身は、「妻もその相続人もこの種の合意によって拘束されるとするローマ人の法律によってこの点は決して裏付けられない*legibus Romanis nusquam hoc probari, quae etiam mulierem, eiusque haeredem ex conventionione istiusmodi ligant*」と述べて、寡婦が夫の死後に嫁資合意を無視して法定相続分を主張することには懐疑的であり、黙示(要するに法定)の「問答契約訴権*ex stipulatu actio*」に基づく嫁資返還請求を嫁資合意に基づく返還制限に劣後させる趣旨のローマ法文(「妻が婚姻中に亡くなった場合、嫁資は何らかの合意に基づかない限り夫の利益に帰することなく、問答契約訴権がその本性に従い妻の相続人等に移転される*si decesserit mulier constante matrimonio, don non in lucrum mariti cedat, nisi ex quibusdam pactionibus, sed ad mulieris heredes ex stipulatu actio secundum sui naturam transmittatur*」¹⁰⁾)が、想定される夫婦間の利害関係は異なるものの(上記事案では寡婦が嫁資合意を無視して亡き夫の法定相続分の取得を望んでいるが、当該法文では嫁資合意に依拠して亡き妻の嫁資の保持を望む寡夫の存在が想定されている)、嫁資合意尊重の論拠として参照されている。モラーも、このベックの指摘を援用すると共に、「そのような慣習法が我々の領邦において受容されているということは私から見て明らかとはいえず、そのような慣習法を裏付けることも不可能であると思われる*eam etiam consuetudinem in hisce regionibus receptam unquam fuisse mihi non constat, nec puto eam probari posse*」と述べて、ザクセンにおいても嫁資合意を無視して法定相続分を主張するような寡婦の「選択*optio*」を認める余地はないと

10) C.5, 13, 1, 6.

の観方をあらためて提示している(第8番末尾)。

更に、そのような「選択」を認めるべきではない実質的な理由として、「婚姻存続中に約定された事柄が死によって婚姻が解消されるかされないうちに存命者によって取り消されることが信義に悖る *bonae fidei non congruere, quae durante matrimonio placuerunt, eo vixdam per mortem dissoluto, a superstite rescindi*」という点が指摘されており(第9番)、この指摘は、いわゆる「不完全契約 *contractus claudicantes*」の片面的な有効性¹¹⁾に疑念を呈する子等の反論(第7番前段)とも呼応する。すなわち、ここで仮に「寡婦の見解 *viduae*

11) モラーは第13章の考察の末尾第11番において、「不完全契約について先に述べたところの解明のために *pro declaratione eius, quod de contractibus claudicantibus supra dixi*」、説明を省いた「略述 *remissiones*」の趣旨で、相当数の典拠を列举している。ローマ法源としては、例えば、「もしある者が未成熟被後見人から後見人の同意を得ずに購入したならば、契約は片務的に成立する。すなわち、購入した者は未成熟被後見人に対して義務づけられるが、未成熟被後見人を自らに対して義務づけることはない。 *si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*」(D.19, 1, 13, 29.)との法文が挙げられている。また「不完全契約」に言及する文献の一つとしてそこに引用されているヤーソンの学説彙纂第2巻第15章「和解について *De transactionibus*」第8法文第6節注釈の第2番には、「ただし常に留保し注意すべきなのは、方式を遵守せずに教会や未成熟者によって為される処分行為が、たとえそれぞれの立場が有利になる場合であっても、有効とはならない一方、そのような契約は、法律家が学説彙纂同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第13法文29節で述べている意味で不完全であるという点である。というのも、教会にせよ未成熟者にせよ、義務づけられた方式を備えることによって契約を追認することができるからである。 *Limita tamen, et nota perpetuo, quod liceat alienatio facta per ecclesiam, vel minorem, non servata solennitate: etiam si faciant conditionem suam meliorem non valet: tamen contractus iste claudicat, ut dicit Iurisconsultus in lege Iulianus paragrapho si a pupillo Digestis de actionibus empti, quia si ecclesia, vel minor vult, potest ratificare contractum adhibendo debitas solennitates.*」(In primam Digesti veteris partem commentaria, 179.f.引用は1598年ヴェネツィア刊のテキストによる)とあり、「教会 *ecclesia*」や「未成熟者 *minor*」による「処分行為 *alienatio*」が「無効

opinio) を認めてしまうと、「双方の合意がなければ夫に嫁資合意の撤回が許されない *marito nisi mutuo consensu ab pactis dotalibus recedere licet*」一方で、「寡婦 *vidua*」には「双方の合意 *mutuus consensus*」が無くても撤回が許されることになる。嫁資合意がそのように当事者の一方である夫のみを拘束しもう一方の妻を拘束しないとすれば、当該合意は「不完全である *claudicant*」ことになって、そのように不完全な合意乃至契約の効力が承認される場合が存するとはいえ、「不完全なものは不当である *quod claudicat, non est iustum*」との見解¹²⁾に照らせば、当該合意もやはり「不当である *non est iustum*」と子

である *non valet*」とされるのは、処分者である両者を拘束せず、自らにとって不利であれば「無効」を主張し有利であれば追認して有効とする選択も可能という意味で「不完全である *claudicat*」という趣旨であるにすぎないとして、上記法文が援用されている。処分行為の相手方にはそのような選択は許されず、処分者が追認すれば当然に拘束されるわけであるから、結局、当該処分行為の片面的な有効性が承認されていることになる。

- 12) 「不完全なものは不当である」とのの直接の典拠として挙げられているのはバルドゥスの『助言集 *Consilia*』第1巻の助言18である。「たとえ証書に撤回不可能である旨記載されている場合であっても贈与が撤回され得るのは、如何なる仕方であっても、如何なる場合であるのか。贈与が複数の部分に分けられ贈与の総額を超えないようになっている場合は有効かどうか。この場合、贈与されていないので撤回できるという立場が維持される。修道誓願を為す者は誓願前にその財産を贈与して修道院を害し得るのか。将来の相続への期待を贈与できるのか。厚意から違約罰を取り立てられるのか。 *Donatio quomodo qualiter quando et quibus ex causis revocetur etiam si sit dictum in instrumento quod revocari non possit: et si sit divisa in plures partes ne excedat summam insinuandi: an valeat: et tenet quod possit revocari: quia non insinuat: et ingrediens religionem possit sua bona donare ante ingressum in fraudem monasterii: et an quis possit donare spem futurae successionis: et an pena laudi exigatur.*」との見出しが付されたこの助言には、「しかし、合意は不完全であってはならず、ある者はそのような合意を有効としていると解されるとしても、別の者はそうではなく、不完全なものは不当であるというのがその理由であり、以上は、学説彙纂17巻2章「組合訴権及び反対訴権について」第81法文、同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第13法文29節、勅法彙纂2巻48章「裁判で原状回復に

等は主張したというのである。

続いて、モラーは、先の第二の争点、すなわち、寡婦が「著しく損害を被る enormissime se laesa」ことを理由に嫁資合意の無効を主張できるか否かについても、ヴィッテンベルク大学で自らが博士号を取得した際の「口頭試問 tentamen」でのやりとりを、寡婦の主張を退ける論拠として付け加えている。

際して考慮されるべき点について」第1法文、学説彙纂46巻4章「受領問答契約について」第23法文にあるとおりである non autem debet claudicare conventio ut unus teneatur eam servare: alter non: quia quod claudicat iustum non est: ut Digestis pro socio lege si socius pro filia et Digestis de actionibus empti lege iulianus paragrapho si quis a pupillo et lege prima Codice de reputationibus quae fiunt in iudicio Digestis de acceptilatione lege finali.」(引用は1491年ブレッシャ刊のテキストによる。なおこの揺籃期本 [インキュナブラincunabula] の冒頭には「この上なく聡明で卓越せる両法の王者、ペルージャのバルドゥス氏の助言集第3部ここに始まる。Incipit Tertia pars consiliorum Clarissimi et Excellentissimi Juris utriusque monarchae domini Baldi de perusio.」とあるが、後の刊本 [例えば1575年ヴェネツィア版] とは助言収録巻や順序が異なっており、『セメストリア』で言及される「第1巻liber primus.」とは後者にに基づく。)との一節が確かに見出される。典拠として示された法文の内、一つの法文 (D.19.1.13.29.) は前注で見たとおり明らかに不完全契約の有効性を認める趣旨であり、「二十五歳未満者 minor viginti quinque annis」の契約当事者に当該年齢故に認められる「原状回復 in integrum restitutio」に言及する法文 (C.2, 48, 1.) もそのような「原状回復」が契約の一方的な撤回に相当するが故にここに引用されているものと解される。しかし、残る二つは、組合員である父が他の組合員との共有財産から娘の嫁資の提供を約束し履行しないまま死亡する一方、娘の夫は娘に対して嫁資提供の義務を「受領問答契約 acceptilatio」によって免除し、組合員等には嫁資提供を請求した事案についてそのような請求を認めない法文 (D.17, 2, 81) と、賃貸借や売買の一方当事者の「受領問答契約」によって諸約者だけではなく当事者双方が債務を免除されるとする法文 (D.46, 4, 23.) であり、「受領問答契約」が債務免除目的の片面的行為である以上、本来は両当事者を拘束すべきところ何らかの事情で一方当事者のみを拘束するという意味での「不完全契約」について、「不完全なものとは不当である quod claudicat iustum non est」などの理由でその有効性を否定する典拠としては、何れも不十分といわざるを得ない。

すなわち、「1576年3月6日にヴィッテンベルク大学に博士号を請求した私に対し、同大学法学部の慣例に従ったいわゆる口頭試問において、他の法文と並んで、別書第3巻第17章第6節の解釈が出題されたanno septuagesimo sexto die sexto Martii in Academia Witebergensi gradum Doctoratus mihi petendi, pro more collegii eiusdem Iuridici in tentamine meo, ut vocant, inter caetera, capitulum cum caussam Extra de emptione et venditione interpretandum ponebatur」際に、「学識豊かな法律家で偉大な実務家でありなおかつ同法学部判決団の当時の筆頭教授であったミカエル・テウベルスから、もし妻が法令や慣習法によって亡き夫の財産から与えられるべきものの2分の1を超える損害が自らに生じた旨主張したならば、上記第6節あるいは勅法彙纂第4巻第44章第2法文による救済が適用されるのかどうか問われたa Michaelae Teubero, doctissimo Iurisconsulto, et magno practico, eiusque collegii tum temporis Seniore」とされ、この問いにモラーが救済の適用を否定すべき旨答えたところ、試問者であるミヒャエル・トイバーMichael Teuber (1524-1586年)は、「ヴィッテンベルク大学法学部判決団が、事案に応じてしばしば、配偶者の死亡がはっきりせず不確定な出来事であるとの理由から、上記のような救済は適用されない旨解答してきたことを是認したcollegium Iuridicum Witebergense aliquoties in facti contingentia respondisse affirmabat, locum non esse, propter dubium et incertum eventum mortis coniugum」というのである。ここで言及されている勅法彙纂第4巻第44章「売買の取り消しについてDe rescindenda venditione」第2法文（「より高価な物を汝もしくは汝の父がより安価で売却したのであるならば、汝は、裁判官の許可の下に、代金を買主等に返還して、売却した土地を取り戻すか、あるいは、買主が望む場合には、正当な価格に足りないものを受領するのが、道理に適う。ここで代金がより少ないと見なされるのは、真正な価格の2分の1さえも支払われていない場合である。Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit: humanum est, ut vel pretium te restituere emptoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta

sit.]) と、別書第3巻第17章「売買についてDe emptione et venditione」第6節(「山側の聖マルティヌス修道院の財務官とヴィテルボ市民等との間で農場をめぐって生じた訴訟は長きにわたって争われており、修道院が売却にあたり正当な価格の2分の1を超えて欺かれたということは余にも明らかであるので、上記市民等は代金取り戻し上記不動産を返還するか、あるいは、適法な売却時に正当な価格に足りなかっただけを補うべき旨、余は判示し命ずるCum causa, quae inter oconomum monasterii sancti Martini de monte ex parte una, ac cives Viterbienses super casamentis ex altera vertebatur, fuisset aliquandiu ventilata, cum constitisset nobis, monasterium in venditione ultra dimidiam iusti pretii fuisse deceptum: sententiando decrevimus, ut praefati cives aut recepto pretio possessiones restituerent memoratas, aut supplerent, quantum constaret legitimae venditionis tempore iusto pretio defuisse.]) は、何れも、いわゆる「莫大損害laesio enormis」を理由とした売買の取消と原状回復、もしくは、不足代金の補充を認めるものであり¹³⁾、この原則が嫁資合意

13) 「莫大損害」の原則の典拠としては、これら二つの法文(ディオクレティアヌスとマクシミアヌス両帝のアウレリウス・ループス宛て勅法 [285年]、インノケンティウス三世のウルビーノの司教、司教座聖堂助祭宛て教勅 [1208年])の他に、前者のローマ法文に示唆された原状回復か不足代金補充かの買主の選択権を厳密に解した別書第3巻第17章の第3節(アレクサンデル三世のアラス司教宛て教勅 [1170年])が一般に挙げられる。そこには、「愛すべき子等、ボーヴェ聖堂参事会員等がクリュニーの修道院長と修道士等に対して、修道院長等が、聖堂参事会の誰かから参事会の知らないうちに、黒い谷と呼ばれる森を、当時40マルカの価値があったにもかかわらず、10リーブラで購入した旨の苦情を申し立てたので、余は、この事件を、テロヴェンヌの司教及びランスの聖堂参事会長に解決すべく委ねた。つまり、〈両者が聴聞し、もし両者とも事件の審理を担うことができない場合には、別の者が遅滞なくこの仕事を担うべきである〉、と。結局、ランスの参事会長が彼等の事件の審理を担当し、証人によって、前記修道士等が森を正当な価格の2分の1以下で購入したことが明らかとなったので、参事会長は、売買が無効であると判決するとともに、森をボーヴェの教会に裁定付与し、同聖堂参事会員等の占有へと導いた。しかしながら、物が正当な価格の2分の1以下で購入されたとしても、買主が望んで正当な価格を補うの

による遺産取得にも適用され、「正当な価格*justum pretium*」に相当する法定相続分の「2分の1*dimidia*」に満たない財産を寡婦に付与する旨の嫁資合意についても、同様の救済が認められるのかどうか、ここでは問われたわけである。この問いに消極的な解答を提示したモラー自身の論拠は不明であるが、モラーの解答を是認したトイバーは、「配偶者の死亡*mors conjugum*」が「はっきりせず不確定な出来事*dubium et incertum eventum*」であることをその論拠として教示している。これはつまり、「配偶者*conjunx*」である夫が先に亡くなるのかどうか「はっきりせず不確定*dubium et incertum*」である以上、妻が寡婦となってアウグスト勅法集所定の法定相続分を取得するかどうかもまた「はっきりせず不確定」であり、嫁資合意の締結時においてそのように不確定なものを、売買締結時の目的物の「正当な価格」に類比するのは不当であるとの趣旨であろう。しかも、トイバーによれば、「ヴィッテンベルク大学法学部判決団*collegium Iuridicum Witebergense*」が当該論拠に基づいてその旨「しばしば解答してきた*aliquoties respondisse*」とされる。トイバーは当時、同法学部の「筆頭教授*Senior*」であったとされ、モラーは、上記口頭試問の臨席者として、トイバー以外に、モラーの「指導教授*promotor*」であったヨーアヒム・フォン・ボイスト*Joachim von Beust* (1522-1597年)、更には、マテウス・ヴェーゼンベック*Matthaeus Wesenbeck* (1531-1586年) やファイト・ヴィンスハイム*Veit Winsheim* (1521-1608年) の名も挙げた上で、「先に述べた判決団の他の教授等もまた同じ意見であることに私はその時気づいた*quod ipsum et reliquos eius, quos modo dixi, Collegas tum sentire animadverti*」としている。モラーは、母校であるヴィッテンベルク大学の「法学部判決団*collegium Iuridicum*」の鑑定実務によって、嫁資合意を無視して法定相続分を求める寡婦の主張を認めた前記ライブチヒ参審裁判所の多数意見に批判的な自らの立場を裏

か、それとも、売買を取り消すのかは買主の判断に委ねられるものであるから、そのような判決は法に反するものとして余は無効と見なし、占有を修道士等に返すべく判示する。ただし、代金の詐欺に関する問いは聖堂参事会員等のために留保されるし、売却について聖堂参事会の同意が欠けている点や、聖堂参事会員等が修道士等に対して提起可能なものとして主張した他の理由についても同様である」、とある。

付けようとしたのである。

なお、この箇所では、寡婦の莫大損害の主張を退ける論拠として、上記ヴィッテンベルク大学法学部の鑑定実務と並んで、シャルル・デュ・ムーラン Charles Du Moulin(1500-1566年) が第六書第1巻第18章「合意について De pactis」第2節（「嫁に出され嫁資に満足した以上は父の財産をあてにすることにはない旨娘が父と交わした合意を市民法は無効とする。しかし、当該合意が暴力にも詐欺にもよらない宣誓を以て娘により証明されているのであれば、当然に遵守されねばならない。何となれば、そのような合意は、永遠の救いの妨げになることも、他者に損失をもたらすこともないからである。Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum an bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis: si tamen juramento, non vi, nec dolo praestito, firmatum fuerit ab eadem, omnio servari debbit: cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum.」) に付した「補注apostilla: annotatio」¹⁴⁾が参照されている。注釈対象となっているのは、娘が嫁資の提供を受ける代わりに将来の父の相続を放棄する趣旨の父娘間の嫁資合意について宣誓を要件にその有効性を承認する法文であり¹⁵⁾、デュ・ムーランは、「相続しない旨の消極的合意」に相当するそのような嫁資合意の有効性を前提としつつも「2分の1を超える損害を理由に娘が原状回復を得る filiam restitui propter laesionem ultra dimidiam」ことは可能と解している論者を列挙する一方で、「フランスでは、将来の相続につ

14) “『トゥールーズ判決集』判決456、大クルティウス『助言集』末尾の助言、ピリップス・デキウスの別書1巻29章「代行裁判官の職務と権能について」第16節注釈第2段、同じく2巻1章「裁判について」第4節1文注釈第8番を参照せよ。すなわち、彼等は全て、2分の1を超える損害を理由に娘が原状回復を得ると解しているが、フランスでは、将来の相続について損害を主張することはできないという反対の実務が行われている。”(Opera omnia IV, 218.引用は1581年パリ刊の『著作全集 Omnia quae extant opera』第4巻 Tomus quartus 所収のテキストによる。)

15) 本法文とそこに「市民法 lex civilis」として言及されるローマ法文 (C.6, 20, 3.) との矛盾をめぐる議論についてはシュルフの助言との関連で既に検討した (I 参照)。

いて損害を主張することはできないという反対の実務が行われているin Gallia contrarium practicamus, ut in successione futura non possit dici laesa」と指摘している。この指摘は、上記事案のような夫婦間の嫁資合意を想定したものではないが、嫁資合意に基づく亡き夫の財産からの取得分を父の財産から提供される嫁資、夫死亡時の寡婦の法定相続分を父死亡時の娘のそれに、それぞれ類比するならば、「将来の相続について損害を主張することはできないin successione futura non potest dici laesa」との理由で娘側の「莫大損害」の主張を認めないフランスの実務を、寡婦側の損害主張を封じる論拠として借用することも確かに不可能ではない。「同様にカロルス・モリナエウスが第六書第1巻第18章第2節への注記において同節のような事案で損害を被るフランスの娘等には第2法文の救済は与えられないと述べていることも以上と調和しており、それは、将来の相続においてそのような不確定な損害を主張したり考慮したりすることはできないからであるcui concinit id, quod in simili Carolus Molinaeus in apostilla ad capitulum quamvis de pactis in libro Sexto dicit, in Gallia filiabus laesis in casu illius capituli remedium legis secundae non dari, quod in successione futura eaque incerta non posset dici vel considerari laesio」とのモラーの指摘はまさにそのような類比に基づくものと解される。

『セメストリア』における以上の議論は、適宜修正が加えられた上で、『勅法集注解』の第3部第20条注釈の冒頭部分（第1番から第11番¹⁶⁾）に再録されている。まず注目されるのは、寡婦が夫の死後に嫁資合意を無視してアウグスト勅法集所定の相続分を求めた上記事案について、寡婦の請求を退けるべきと考えたモラーと同請求を認容したライブチヒ参審裁判所の多数意見の双方について

16) “当勅法は、夫が亡くなり、その財産から存命の寡婦に何がどれだけ付与されるのか問題となる場合、何よりもまず、嫁資合意、あるいは、夫の居住地の法令や慣習法に留意するとしているので、〈1. 寡婦は、嫁資合意を無視して、地域の法令や慣習法あるいは勅法集によって寡婦に付与されるものを選択することを許されるのか。〉第一に問題となるのは、嫁資合意が存する場合に、寡婦が、その嫁資合意を無視して、財産持戻を行った上で、地域の法令や慣習法あるいは当該勅法によって寡婦に付与されるものを夫の財産から請求することが許されるかどうかである。とい

うのも、実際にこの種の事件が生じたことを私は知っているからである。すなわち、多くの子をもつ父が、妻が亡くなった後、下女を後妻に迎え、当女との間で、もし自らが先に亡くなったならば自己の財産から50アウレウスを当女が取得し、残りは子等に与えられる旨の婚姻前合意が締結された。その後、この父が亡くなると、財産としておよそ2千アウレウスがのこされていたため、寡婦は嫁資合意によって与えられる50アウレウスでは満足せず、本勅法に基づいて4分の1が自らに与えられるよう求めた。寡婦に反論して子等が嫁資合意に依拠したけれども、寡婦は、保佐人無しに締結したが故に、そしてとりわけ、自らが著しい損害を被るのが明らかであるが故に、嫁資合意には拘束されない旨反駁した。更に、本勅法では、持参した嫁資の返還を請求するのか、嫁資を遺産分割のために持ち戻した上で夫の財産の3分の1もしくは4分の1を請求するのかの選択を区別なく妻に認められている旨、上記勅法の末尾の文言「そして、この選択は、亡くなった夫に子がいるか否かの区別無く、何れに場合にも妻に認められるものとする」に依拠して、主張した。

〈2. 親しき人々や親族の立会いは悪意の推定を排除する。〉これに対して、子等は、嫁資合意が夫婦の血族や姻族の立会で締結され、彼等の立会は裁判官の立会と同様に、あらゆる詐欺、悪意、損害の推定を排除する旨〔勅法彙纂2巻4章「和解について」第35法文及びヤーソンその他の諸博士の同法文注釈、ヤーソンの同2巻3章「合意について」第12法文注釈、カテリアヌス・コッタ『備忘録』「裁判官の立会云々の行」〕、反論した。

更に、婚姻しようとしている未成年女性乃至成年女性が裁判官に保佐人の選任を求め、その許可の下に、未来の夫との間で嫁資や婚姻故の贈与について約定するという慣行はなく、両親や親類、あるいは、その他血縁のない仲介者の間でこの種の取引が交わされるといのがほとんど全ての民族に共通の慣習であるとも主張した。

〈3. 一般に為される事柄は正当に為されていると解される。〉しかも、日常的に行われあるいは行われるのが通常である事柄は正当に行われあるいは正当な事柄となるとされる【エウエラルドゥス『法のトピカ』論拠「日常のあるいは慣例的な事柄から」、ヤーソンの学説彙纂28巻2章「現存あるいは後生の子の相続人指定あるいは廃除について」第29法文2節注釈第12番、ヒッポリュトゥス『重要論点集』論点642、同『刑事実務論』〈なぜなら〉第97番と〈双方の〉第9番、同じくヒッポリュトゥスの学説彙纂48巻18章「拷問について」第10法文前書注釈第24番以下、モデステイヌス・ピストリス『助言集』第2巻助言11に挿入されたインゴルシュタット法学部の鑑定意見の第34番、ロンケガッスの学説彙纂45巻2章「二名の約束者を設ける

場合について」第5法文注釈第28番、〈4. 如何なる規定も慣習によって解釈される。〉そこには幾つかの例に用いて、如何なる規定も慣習法によって解釈されることが証明されている】。ティラクエルス『親族取戻論』第1部第1条注釈10第12番は、ペトルス・デ・アンカラノとピリップス・デキウスに従って、慣習それ自身も慣習によってそれがたとえ法と矛盾する慣習であっても解釈されるという点さえ真理であると是認している。

加えて、このような慣習は、本勅法によって法律や誠実さに合致するものとして是認されているとも主張された。というのも、同勅法の最初の部分には、亡夫の財産から寡婦に何がどの程度付与されるべきか問題となった場合、何よりもまず嫁資合意、並びに、夫の亡くなった地域の慣習法が遵守されると明確に規定されているからである。

また、同勅法の末尾において寡婦の選択に委ねられるべく付言された点も以上の妨げにはならないとされる。というのも、もし寡婦が主張しているように解するならば、勅法の最初で嫁資合意や地域の慣習法を遵守すべく定めているところが同じ勅法の末尾では寡婦の恣意に委ねられることになるからである。〈5. 矛盾は私人においても勿論推定されないが、立法者については尚更そうである。〉そこで、(私人についてだけでなく立法者であればなおさら推定し得ないような) 背理を回避するために、選択に言及する末尾の文言は勅法の第2節に関係付けるべきものと主張された。同節には、もし嫁資合意も慣習法も法令も存しないならば、夫が子をのこしている場合には4分の1を、夫が子をなさずに亡くなった場合には3分の1を、嫁資その他寡婦自身のあらゆる財産をまず持ち戻した上で、夫の財産から寡婦に与えられるべきと定められているので、夫が子を残した場合と残さなかった場合双方において、持参した嫁資を取り戻すか、あるいは、財産を持ち戻した上で夫の財産の3分の1もしくは4分の1を求めるのが寡婦にとって自由だということになる。そして、子等が言うには、「何れの場合においても」や「一方及び他方の場合」といった文言からも以上の点は十分に明らかであるとされ、彼等の考えでは、これは直前の二つの場面、すなわち、夫が子を残して亡くなった場合と子を残さずに亡くなった場合を指しているものと解すべきであり、嫁資合意や法令、慣習法が存しないために判断が定まらない場合にのみこれらの場面を考慮するというのが勅法の意図であるとされる。

〈6. 不完全なものは正しくない。〉また、彼等が言うには、仮に寡婦の見解を認めるとすると、双方の合意がなければ夫に撤回は許されないので、嫁資合意は不

全であることになり、不完全なものは正しいとはいえない【バルドゥス『助言集』第1巻助言18、学説彙纂同19巻1章「買主訴権及び売主訴権について」第13法文29節及びバルトルスの同法文注釈、同4巻8章「仲裁引受について、誰が仲裁を引き受けて判断を下すのか」第11法文3節、同50巻16章「語句の意味について」第19法文、ハルトマヌス・ピストリス『ローマ法ザクセン法問題集』第2巻考察20 第23番の後に見えるモデスティヌス・ピストリスの助言、フリデルス・ブルクマヌス『レガリエン論』第2部第4章効力1第32番】、とされる。

最後に、寡婦の主張した損害については、寡婦は全く嫁資を持参しなかったという点、また、嫁資合意に含まれるもの以外の条件では父は敢えてその条件を子等に押し付けることは無かったであろうし、嫁資合意に含まれる条件が気に入らないのであれば、最初から婚姻締結前にこれを拒否することは彼女自身にとって自由であったという点、更に、嫁資合意に基づき寡婦に付与された50フローリン〔グルデン〕以外にもう50フローリンを父が遺言の中で寡婦に遺贈したという点、を反論として述べた。

確かに、私自身、以上の点や他の点を考慮し、子等に有利に解答すべきものと解された。それはとりわけ以下のような理由による。すなわち、かつて我々の教授たちによって議論されていたのは、嫁資合意が存するにもかかわらず選択権が寡婦に付与されるのかどうかではなく（というのも、私の知る限り、教授等の内の誰もこの点について疑念を表する者はいなかったからである）、子等が存する場合にも選択権が寡婦に付与されるのかどうかであり、〔ザクセンシュペーゲルの〕ラント法第1巻第24条〔最終文〕の〔独語〕注釈第4番に対するツォーベルの補注の「ただし注意すべきは云々」の行にも明らかなとおり、この点について、異論もある中、反対の立場をとる人々も確かにいたが、長い論争を経て、彼等は、結局一致して、夫が子等を残したにせよ残さなかったにせよ区別なく選択権を付与すべきとの結論に達し、それ以降彼等がその旨判示しようとしていたこと、そしてまた、これらの問題についての最も入念な考察者であるモデスティヌス・ピストリス氏がその遺された覚書の中にその旨書き留めていることを私も知っていたので、選帝侯も彼等のこの見解を是認し、既に述べたように彼等の下で議論されていない別の問題について定めようとしたとは私には全く考えられなかったのである。

しかし、反対の見解に傾いた〔参審人の〕多数により、「全ての場合に区別無く」や「一方及び他方の場合」という勅法の一般的文言に照らして、子等に不利に判示された。我々の下で最近の人々の中にこの判決を支持する者が少なくないことを私

は知っており、〈7. 嫁資優遇のため人間の取り決めは法律の規定を排除しない。〉彼等を動かしているのは、嫁資優遇のため人間の取り決めによって法律の規定は排除されないと解されている点である。それどころか、反対の法令によってさえも妻等からこの種の選択権を奪うことはできないと解する人々もないわけではない。そのような見解が正しいかどうかについては後述第29番〔以下〕でふれる。

実際、ペトルス・ベキウス『夫婦間遺言論』最新版第1巻第32章第5番によれば、寡婦には、嫁資合意を無視して、彼女にとって恐らくはより利益の多い都市法を、夫の相続人の意に反しても選択することが許されるという慣習法が、少なからぬ民族において、婚姻前の契約は妻の不利益の下に締結されてはならないと解されるが故に、受容されており、そのような慣習法は、ポエリウス『ブルージュ都市慣習法注解』第4条表題注釈第6段、グリエルムス・ベネディクトゥス『別書3巻26章「遺言及び終意処分について」第16節詳解』文言「そして妻を」注釈第230番によっても証言されている。ただし、ベキウスは、妻もその相続人もこの種の合意によって義務付けられるとしているローマ法文により以上の点は決して裏付けられないと付言している。しかも、そのような慣習法が我々の領邦において受容されているということは私から見て明らかとはいえず、そのような慣習法を裏付けることも不可能であると思われる。

〈8. 婚姻中に取り決めた事柄を遵守することが死によって婚姻が解消されるかされないうちに存命者によって取り消されることは信義に悖る。〉実際、婚姻存続中に約定された事柄が死によって婚姻が解消されるかされないうちに存命者によって取り消されることは信義に悖るという点を否定する者はいないと私は考える。〈9. ライプチヒ都市法。〉また、ライプチヒ市参事会も、近時、法令を以て、夫が亡くなり嫁資合意もない場合、持参した財産の返還を請求するか、財産持戻を行って夫の財産の3分の1を受領するかは寡婦の自由であるとは旨定めたので、反対の趣旨の嫁資合意がある場合には寡婦に選択権を認めず、〈10. 反対解釈は法令においても妥当する。〉反対解釈による推論はその解釈が普通法に反しない限り法令においても他の場面に劣らず通用する以上は、合意が必ず遵守されるべき旨ははっきり表明したことになり【ここで考慮されているのは、クレメンス集第5巻第5章第1節の見事な標準注釈、ロマヌス『重要論点集』論点107、アレクサンデルの学説彙纂2巻11章「法廷出頭の約束を遵守しなかった場合」第10法文2節注釈、コルセトゥス『重要論点集』論点5、エウエラルドゥス『法の論拠集』「反対解釈の論拠」第23〔22〕番以下、クロットゥス『助言集』助言16、である】、それ故に、この市参事会の法令は、〔ドレスデ

て論拠が補充されている点である。寡婦側の主張する法定相続分の「選択 optio: electio」なるものが勅法集第3部第20条の文言と論理的に整合しないと論拠は、子等の反論の一つとして『セメストリア』でも紹介され、その記述は、『勅法集注解』でもそのまま流用されているが(第5番)、『勅法集注解』では、勅法集立法以前においても「我々の教授たち antecessores nostri」の間でそのような「選択」が論じられることはなかったという点が、論拠として追加されている¹⁷⁾。ライプチヒ参審裁判所の事案を論じるこの文脈において、モラーの言う「我々の教授たち」が、モラーの母校であるヴィッテンベルク大学ではなく、ライプチヒ大学の教授等を指すのは自明であり、具体的には、クリストフ・ツォーベル Christoph Zobel (1499-1560年) とモデスティヌス・ピス

ン] 宮廷において、私がそこから引退する少し前に、他の幾つかの法令と共に、法と衡平とに調和するものとして是認された。

更に、私の知るところでは、今日、ライプチヒの参審裁判所においても、以前の判決が変更され、嫁資合意が存する場合には当該合意が遵守されるべきで、寡婦が嫁資合意を無視して法令や慣習法に依拠することは許されないと判示されている。

〈11. 別書第3巻第17章「売買について」第6節や勅法彙纂第4巻第44章「売買の取消について」第2法文による救済は嫁資合意には適用されない。〉第二に問題としたいのは、寡婦が嫁資合意において、本勅法や各地の法令乃至慣習法に基づき夫の財産から付与されるべきものの2分の1を超える損害を被る旨主張する場合に、別書第3巻第17章「売買について」第6節や勅法彙纂第4巻第44章「売買の取消について」第2法文による救済が適用されるかどうかである。この点、簡潔に述べるならば、配偶者の死というはっきりせず不確定な出来事に照らして、救済は適用されず、将来の相続について損害は考慮されないものと解されるべきである。そのような理由によって、モリナエウスも第六書第1巻第18章「合意について」第2節への注記において、フランスでは同節のような事案で損害を被った女性等の上記第2法文の救済は与えられていないと述べているし、ヴィッテンベルクの法学部判決団もしばしばそのように解答したという点は、既に拙著『セメストリア』第1巻第13章で述べたとおりである。”(Commentarii, 434-437.引用は1612年ライプチヒ刊のテキストによる。『セメストリア』第1巻第13章のテキストとの相違や新たに補充された箇所は下線で示した。)

17) Commentarii, 437.

トリスModestinus Pistoris (1516-1565年) の見解¹⁸⁾が引用されている。モラーによれば、ライプチヒの教授等が論じていたのは、「子等が存する場合にも選択権が寡婦に付与されるのかどうかan liberis quoque extantibus electio nihilominus viduae competeret」であったとされる。しかも、ここで寡婦に許され得る選択とは、IIで検討した同じくライプチヒの教授ルートヴィヒ・ファックスLudwig Fuchs (1497-1554年)の『相違集』にも見えたとおり(相違20後段)、嫁資の返還請求と、財産持戻を前提とした法定相続との間のそれであった(ファックスとツォーベルはそのような選択を亡き夫に子がなかった場合に限定している)。第20条は、「長い論争を経て、彼等が、結局一致して、夫が子等を残したにせよ残さなかったにせよ区別なく選択権を付与すべきとの結論に達したpost longam concertationem demum unanimiter ab illis conclusum fuisse, indistincte optionem concedendam, sive liberos reliquisset maritus, sive non reliquisset」ことを踏まえ、「勅法constitutio」として立法されたのであるから、「嫁資合意が存するにもかかわらず選択権が寡婦に付与されるのかどうかan extante pacto dotali electio nihilominus viduae competeret」という「彼等の下で議論されていない別の問題altera illa quaestio, quae in controversiam apud illos non venerat」はそもそも同条とは関わりがなく、それ故、上記事案における寡婦も嫁資合意に拘束され法定相続分を「選択」する余地などないというのである。他方、寡婦の法定相続分の主張を容認した参審裁判所の多数意見の

18) ツォーベルについては、同人編集の『ザクセンシュピーゲル』(1560年初版)からラント法第1巻第24条最終文の独語注釈第4番への「補注additio」が引用されており(この「補注」はコラーによるファックスの『相違集』相違20の敷衍[判決62第7番]との関連で既にふれた[全体の試訳はⅢの注36参照])、ピストリスについては、「その遺された覚書の中にその旨書き留めているid inter reliquas annotationes suas scriptum relinquisse」とあるので、当時草稿(の写し)の状態で流布していたものが参照されたようである(なお、その後、ヤーコブ・シュルテスJacob Schultes [1571-1629年]の編集で公刊された『普通法ザクセン法重要問題集Illustres quaestiones juris tum communis tum Saxonici』[1599-1601年初版]には、収録された「問題quaestio」の表題目録を見る限り該当する考察は見当たらない)。

論拠として、補われているのは、「嫁資優遇のため人間の取り決めによって法律の規定は排除されない*favore dotis provisionem hominis non tollere provisionem legis*」という点であり(第7番)、これによれば、遺言による寡婦相続分の剝奪削減を禁じた第3部第7条と同様の規制が、「嫁資優遇*favor dotis*」に含意される寡婦の保護という一般的な論拠の下、明文の規定はなくとも当然嫁資合意にも及ぶことになろう。

『セメストリア』と『勅法集注解』の相違として、論拠の補充以上に重要なのは、前著以降の実務の動向を論じた箇所である。それによれば、まず、「ライプチヒ市参事会*Senatus Lipsensis*」が、「近時、法令を以て、夫が亡くなり嫁資合意もない場合、持参した財産の返還を請求するか、財産持戻を行って夫の財産の3分の1を受領するかは寡婦の自由である旨定めた*non ita dudum statuto cavit, ut marito decedente, deficiente pacto dotali, viduae eius liberum esse debeat, vel bona illata repetere, vel facta collatione tertiam partem bonorum mariti, accipere*」とされ、この「市参事会の法令*statutum Setatus*」は、ザクセン選帝侯のドレスデンの「宮廷*aula*」においても「法と衡平とに調和するものとして是認された*ut juri et aequitati consentaneum, in aula, confirmatum fuit*」とされる(第9番及び第10番)。モラーは市参事会による立法の具体的な時期を記していないが、「私が宮廷から退く少し前に*non multo ante, quam ab illa recederem*」とあることから、モラーがザクセン選帝侯の宮廷顧問官を免官された1595年¹⁹⁾の「少し前*non multo ante*」ということになり、1612年にライプチヒの出版者ヨーハン・ローゼン*Johann Rosen*によって再刊された『勅法集注解』に出版者の近親者で両法修士*juris uriusque licentiatus*のラインハルト・ローゼン*Reinhard Rosen*によって付された補注には、市参事会の決議が1593年2月13日、宮廷での承認が同21日とある²⁰⁾。この

19) ADB 28 (1889), 808.

20) *Commentarii* (1612), 437. 1594年刊の前著『セメストリア』に収められた諸考察の具体的な著述時期は不明であるが、この1593年初めの都市条例にふれることはできなかったようである。

都市条例は、「嫁資合意が存しない場合にはdeficiente pacto dotali」嫁資返還と法定相続の選択を認めるとしているにすぎないが、モラーは、「反対解釈による推論はその解釈が普通法に反しない限り法令においても他の場面に劣らず通用するargumentum a contrario sensu in statutis non minus atque alibi locum habet」との見解²¹⁾に依拠して、「反対の趣旨の嫁資合意がある場合には寡婦に選択権を認めず、合意が必ず遵守されるべきであるse, pacto dotali in contrarium extante, jus optionis concedere viduae nolle, sed pactis tum omnino standum」との帰結を当該条例から引き出している。

更に、モラーは、「今日、ライプチヒの参審裁判所においても、以前の判決が変更され、嫁資合意が存する場合には当該合意が遵守されるべきで、寡婦が嫁資合意を無視して法令や慣習法に依拠することは許されないと判示されてい

21) 典拠の一つとして、エフェラールツの『法の論拠集』「反対解釈の論拠locus a contrario sensu」第22番から第24番が引用されており、第22番の冒頭には、「第一に問題としたいのは、反対解釈の論拠が法令にも妥当するか否かである。このように重大かつ日常的な点については多くの相違や見解が存するけれども、管見によれば、以下のような二面的な結論が正しくまた一般に受容されていると解される。まず、法令が普通法を越えて述べている場合、つまり、普通法に規定されていない場面に於いて定めている場合には、原則として、法文や教令の文言と同様に反対解釈の論拠が妥当する。それ故、法令についてもこの論拠が通用し、法文や教令について論拠が通用しない場合には、法令についてもやはり通用しない。これに対して、法令が普通法に規定されている場面に於いて定めている場合には、そのような法令について、普通法を修正する方向で、反対解釈の論拠が当てはまることはない。In quo articulo pulchro et quotidiano licet multae sint varietates et opiniones, meo tamen iudicio vera et communis conclusio binembris est ista, quod aut statutum loquitur praeter ius commune, hoc est, disponit in casu non provisio a iure communi, et tunc sicut in verbis legis et canonis regulariter habet locum argumentum a contrario sensu. Ita etiam habebit locum in statutis, et quando in verbis legis vel canonis non habet locum, nec etiam in statutis. Si vero statutum disponat circa casum provisum a iure communi, tunc regulariter non habet locum argumentum a contrario sensu in tali statuto ad corrigendum ius commune.」(Loci argumentorum legales, 562-563.引用は1591年フランクフルト・アム・マイン刊のテキストによる)、とある。

る hodie eitam in Scabinatu Lipsensi priori sententia mutata, pronunciatur, ubi pactum dotale extat, standum illi esse, nec licere viduae, ut eo relicto ad statutum vel consuetudinem redeat」と述べており、少なくとも『勅法集注解』が公刊された1599年には、ライプチヒ参審裁判所の実務もまた、寡婦に法定相続分の主張を認めず嫁資合意を遵守させる方向に変化し、モラー自身の見解と一致するに至っていたようである。上記1612年刊のローゼン補注版『勅法集注解』においても、この箇所には、現行裁判実務に言及した重要箇所であることを示す印(†)が欄外に付され、比較的長めの補注²²⁾が加えられている。このローゼンの補注によれば、嫁資合意を無視して法定相続分を主張する寡婦の「選択」を認めない立場は、「ライプチヒ大学法学部 Facultas Lipsiensis」(その教授の多くは同地の参審裁判所の陪席判事を兼任していた)によって「かなり以

22) “この点がライプチヒ大学法学部によってかなり以前からは認められているということは、マッタエウス・コレルス『ドイツ判決集』第2部判決286への〔編者フリデリクス・ペンソルドゥスの〕補注[A]第176番に証言されており、今日も依然として遵守されていると解される。イエーナの人々〔法学部判決団〕によってもまた同様に判示されていることは、マッタエウス・コレルス『ドイツ判決集』第1部判決61第17番以下に指摘されている。更に、ヨアキム・シェブリッツ『辺境伯領慣習法注解』第3部第2章第5節第6番以下の証言によれば、〔ブランデンブルク〕辺境伯領においてもこの点が受け入れられているとされる。しかも、これは不当なことではない。というのも、嫁資合意に明示された事柄は何よりもまず尊重されねばならないからであり、それは、前出第19条〔第2文〕の文言「婚姻特約、法令、慣習法、もしくは、法が彼に与えるもの云々」、後出第22条〔第5文〕の文言「ただし、婚姻特約、法令、もしくは、慣習法に云々」、後出第37条の文言「ただし婚姻特約その他において別様に合意され定められた場合はこの限りではない云々」から明らかであるし、アンドレアス・ゴールドベキウス『ゲラーデ相続論』「相続第一順位について」第46番も指摘している。

当然同じ理由から、夫には、嫁資合意を無視して動産の相続に立ち返ることは許されないのであり、これは、ヒエロニウムス・スクルフイウス前掲『助言集』第1集助言42第8番が指摘するとおりでである。なお、モデスティヌス・ピストリス『普通法ザクセン法重要問題集』第1部問題48へのスクルテスの補注第77番もこの点にふれている。”(Commentarii, 437, a.)

前からは是認されている*jamdudum comprobatum*』とされ、その典拠として、1610年にフリードリヒ・ペンゾルトFriedrich Pensoldの編集で公刊されたコラーの『ドイツ判決集後編*Decisionum Germaniae pars posterior*』から、判決286*Decisio CCLXXXVI*「妻が先に亡くなった場合の夫による相続について*De successione viri uxore praedefuncta*」の冒頭の一文（「ラント法第3巻第76条第2節により、何らかの嫁資合意もしくは遺言のない限り、夫は、亡き妻にその死亡時において帰属していた全ての動産について妻を承継する*non extante pacto aliquo dotali, vel testamento, maritus succedit mulieri in omnibus bonis mobilibus, quae fuerunt defunctae tempore mortis, per textum Landrecht libro tertio articulo sexto septuagesimo versu hat aber die Fraw / und so weiter*」）に付されたペンゾルトによる補注Aの第176番²³⁾が引用されている。

23) “(176.) また、妻に関しては、妻が嫁資合意に満足すべきなのか、それとも、合意にもかかわらず、法令や慣習法によって自らに付与される取得分を請求できるのか、という一層重大な問題が存する。

コレルスは、本判決集の前記判決61の第6番から第18番までにおいて、合意を無視して妻が任意に法令に基づき相続できるという点を、多くの論拠と権威によって裏付けているが、コレルス自身はそのような見解には与していない。しかしながら、そのように解答された(ライブチヒ参審裁判所によるものと解される)旨、自らはこれに異議を唱えつつ、ダニエル・モレルスが『セメストリア』第1巻第13章第8番及び『勅法集注解』第3部第20条注釈第6番において述べている。そして、ペトルス・ペキウスは、『夫婦間遺言論』第1巻第32章第5番において、寡婦となった妻等が嫁資合意を無視して地域法を選択できるという点が少なくない民族において慣習法上受容されているが、ローマ人の法律によってこれを裏付けることはできないとしている。

しかし、いずれにせよ、反対の見解、つまり、相続について嫁資合意が交わされた場合には、合意と法令の何れに即して相続するのかの選択権を妻が有すると解する見解がより広く受容されており、選帝侯の勅法にも一層調和する。

というのも、我々の著者コレルスは、前掲判決61の第30番と第31番において、ザクセン法において特別なのは、嫁資合意は、たとえそれが勅法彙纂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る取得分よりも少ない内容であっても遵守されるべきであるという点であり、この点が当地域の一般的慣習

法に由来している、と明確な文言で述べているからである。その箇所では、イエーナにおいてその旨判示されたとも指摘されている。ライブチヒ参審裁判所においても同様であることはダニエル・モレルス『選帝侯勅法集注解』第3部第20条注釈第10番が述べており、そこには、「更に、私の知るところでは、今日、ライブチヒの参審裁判所においても、以前の判決が変更され、嫁資合意が存する場合には当該合意が遵守されるべきで、寡婦が嫁資合意を無視して法令や慣習法に依拠することは許されないと判示されている」、とある。ライブチヒ法学部もまた1568年にはこちらの立場に与していたということは、本判決集の末尾に第2番として付された判決から読み取れるとおりである。以上に付け加えることができるのは、選帝侯陛下の勅法集第3部第20条であり、同条はその第1項において、嫁資合意が存する場合には寡婦は合意において自らに遺されたものを受け取るべきである旨明確に定めている。同じことは直前の第19条第2項も定めている。また、後の第22条からもこの点は認められる。というのも、そこには、婚姻贈与について嫁資合意に明確に何かが定められている場合には、たとえ妻がその持参した財産の返還を求めるという事態が生じたとしても、何よりもまずその合意事項が遵守されねばならない旨定められているからである。同様に、第37条にも、妻が嫁資合意を無視して自己の権利を行使することはできない旨定められているのが見出される。

また、上記第20条の引用箇所は、「そして、この者(寡婦)には、そのような選択が、その亡き夫に子があったのかなかったのかの区別なく、上記のとおり何れの場合においても認められる」とする同条の末尾の文言によっても制限されることはない。なぜなら、「上記のとおり何れの場合においても」という文言は本条の規定全体を指示しているわけではなく、それ故、嫁資合意や法令もしくは慣習法によって何か確実なことが定められているにせよ定められていないにせよ、常に選択の権利を妻に付与するという趣旨などではないからである。実際のところ、寡婦が何を得るのか合意によっても法令によっても慣習法によっても定められていない場合について述べているのが明らかな第3項後段において、上記文言はそのような意味を有するわけがない。つまり、本条の後半において解明されているのはそのような場面なのである。確かに、上記文言を、以下のような仕方で、すなわち、「機会に応じて、4分の1乃至3分の1を獲得するのか、それとも、婚姻特約、法令、慣習法に基づき妻に付与されるものを獲得するのか」というように一般的な意味に表現できたかもしれない。しかし、いずれにせよ、本条の文言は的確に表現されており、本条末尾の「上記のとおり何れの場合においても」は、「妻が富裕であるか困窮しているかの区別な

この補注は、妻を亡くした夫つまり寡夫の相続を扱う「判決286」のいわば傍論として、寡婦の上記「選択」の是非をめぐる先行業績、すなわち、本書のいわば前編にあたるシュルテス編の『ドイツ判決集』（1603年初版）の「判決61」におけるコラーの考察（Ⅲ参照）、更には、モラーの『セメストリア』第1巻第13章や『勅法集注解』第3部第20条注釈での議論を参照し、その内容を整理し補充しており、その意味で、「判決286」ではなくむしろ「判決61」の補注というべきものである。ローゼンが『勅法集注解』への上記補注においてペンゾルトの補注を典拠に言及した「ライプチヒ大学法学部」の見解は、そのような補充の一つにあたる。

ペンゾルトは、コラーとモラーに依拠して、「嫁資合意は、たとえそれが勅法彙纂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る取得分よりも少ない内容であっても遵守されるべきである*pacta dotalia, quantumvis minus contineant, quam portionem Authentica praeterea, tamen sint servanda*」旨判示したイエーナの法学部判決団²⁴⁾の判断（判決61第30番及

く」との先行する文言を指示している。これは、モレルスが前掲『勅法集注解』第20条注釈第37番の「妨げにならない云々」で述べているとおりである。

結局、以上からは、嫁資合意が作成された場合、この地域では、寡婦に選択権は付与されないということが明らかとなる。そのような見解は衡平にも合致する。というのも、どの妻も自らが持参した財産を受けると共に、亡き夫の財産から、婚姻当初において満足していたものを取得するからである。そうである以上、妻は、一般法に基づいてそれ以上不服を申し立てることはできないのである。”（*Decisiones*, 236-238. 引用は1631年ライプチヒ刊のテキストによる。）

24) コラーは「その旨我々によってイエーナで判示された*ita fuit per nos pronunciatum Ienae*」と述べるだけであるが、選帝侯位を追われたエルンスト系ザクセン公ヨーハン・フリードリヒJohann Friedrich I世によって創設され1558年に皇帝フェルディナントFerdinand I世の認可を得て大学に昇格したイエーナ大学の法学部による判決団Spruchkörperとしての鑑定活動が、同学部の六名の教授によって構成される参審裁判所Schöppenstuhlに引き継がれるのは同裁判所が創設された1588年であるから、コラーが言及する1567年の判決は法学部判決団の鑑定意見に基づくことになる。なお、コラーは1558年から1569年までイエーナで教授を務めた後、アンハルト侯の尚書長

び第31番)と、アウグスト勅法集制定以降に「選択」容認を経て否認へと立場を変更したライプチヒ参審裁判所の判決(第3部第20条注釈第10番に続く)とに言及した後、「ライプチヒ法学部もまた1568年にはこちらの立場に与していたということは、本判決集の末尾に第2番として付された判決から読み取れるとおりであるIn quam partem etiam Facultas Juridica Lipsensis transit anno millesimo quingentesimo sexagesimo octavo mense Iunio, quemadmodum cognoscere licet ex sententia in fine harum decisionum sub numero secundo adjecta」と指摘している。ここに言う「本判決集の末尾に第2番として付された判決sententia in fine harum decisionum sub numero secundo adjecta」とは、『ドイツ判決集後編』の末尾に「前述の諸判決の理解のために無益ではない判決や起案文書等Urtheil / Informationes und dergleichen / zu Erklärung der obigen Decisionum nicht undienlich / et cetera」との表題で収録された合計20の判決資料の二番目にあたる。そこには、「1568年6月にヤコブス・トミンギウス氏がウルズラ・ケッセルドルフに対して起案したAn Ursula Kesseldorffin Anno sexagesimo octavo²⁵⁾ mense Junio Dominus Jacobus Thomingius concepit」との見出しで、「我々は判示する。貴女の夫が居住しなくなった当地域において、夫の死亡後に財産の3分の1が妻に移転するという点が慣習になっているとしても(ただし貴女の申し立てからそれは看取し得ない)、貴女が、そのような慣習の当地に存することを承知しながら、今は亡き貴女の夫の財産上に、申し立てに示されたような仕方、寡婦分を設定を受けた以上は、その寡婦分を受領すべく義務づけられ、上記夫が

官を経て、1573年から再びイエーナ大学に戻っている。

25) テキストには「Anno 86 [octogesimo sexto]」つまり「1586年に」となっているが、補注Aのテキストには「anno 1568.」となっており、1573年までライプチヒの法学教授と参審裁判所陪席判事を務めていたトミンギウスの経歴や没年(1576年)に照らせば、明らかに後者が正しく、前者は誤植ということになる。なお、トミンギウス自身の『重要問題判決集Decisiones quaestionum illustrium』(1579年初版)収録の「判決decisio」には、この鑑定意見に該当する箇所は見当たらず、ペンゾルト自身が何らかの機会に入手したものと解される。

遺した財産の3分の1を主張してはならない。法に基づき以上のとおり。Sprechen wir. Wenn gleich dis Orts / da ewer Eheman gewohnet / und verstorben / gebreuchlich seyn möchte (welches doch aus ewer Frage nicht zu ersehen) daß den Weibern nach absterben ihrer Männer der dritte Theil der Güter folgete. Wo ihr aber euch wissende daß eine solche Gewohnheit da verhanden / auff eweres Ehemannes nunmehr seligen Gut / dergestalt / wie in der Frag gemeldet wird / verleibgedingen lassen hettet. So weret ihr solch Leibgedinge zu halten schuldig / und hettet euch des dritten Theils der Güter / so berührter Man hinder sich gelassen / nicht anzumassen. Von Rechts wegen.」²⁶⁾とある。ヤーコプ・トミングJacob Thoming (1518-1576年)がライプチヒ大学法学部判決団を代表して起案したこの鑑定意見によれば、「慣習法Gewohnheit」上、夫の遺産から「3分の1 der dritte Theil」を得られることを知りながら「寡婦分(終身寡婦扶養財産)Leibgedinge」を予め合意していた妻は「寡婦分」を受領すべきで「3分の1」の法定相続分を主張することはできないとされており、嫁資合意を無視して法定相続分を「選択」することを寡婦に認めない実務の一例として確かに適切なものと言える。この鑑定意見が、コラーの伝えるイエーナでの判決(1567年6月)と同様、アウグスト勅法集成立以前の実務を伝えているという意味で、ペンゾルトを介してこれを援用したローゼンの「かなり以前からjamdudum」との表現とも符合する。

また、ペンゾルトは、アウグスト勅法集の下で寡婦に上記「選択」が許されない理由として、第3部Der Dritte Teil「死亡時の財産移譲、遺言、相続、封継承についてVon Übergaben auff den todes fall / Testamenten, Erbellen und Lehnsvolgen」の各条文に散見される嫁資合意優先の原則に着目している。まず、「亡き夫の財産から何が妻に承継されるべきかWas dem Weib aus jres vorstorbenen Mans gütern volgen sol」を定める当の第20条には、その第1項に、「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

26) Decisiones, 304.

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 beständige gewonheit vorhanden und eingefürth / das denselben nachgelebt / und die Witwe / aus ires vorstorbenen Mans gütern / vermüge der Ehestiftung / wilkür / oder gewonheit / gebürlich abgefunden werden sol*』とあり、「これらが確認できない場合 *wo diese ding ungewis*』との前提の下に4分の1もしくは3分の1の相続を寡婦に認める第2項及び第3項前段とを合わせ読めば、「婚姻特約Ehestiftung」つまり嫁資合意が、各地の「法令 *wilkür*」や「慣習法 *gewonheit*」と同様、一般法たる勅法集の規定に優先することは論理的に明らかである。同様の規定としてペンゾルトは、「花嫁もしくは花婿が婚姻前または婚姻当日に亡くなった場合に、存命者は先に亡くなった者の財産から、婚姻関係が完全に成立していたならば婚姻特約、法令、法もしくは慣習に基づき得られるであろうものを取得すべきかどうか *Wann die Braut oder der Breutigam vor der Hochzeit / oder auff dem Hochzeit tage stirbt / ob dann das uberbleibende in des vorsorbenen gütern das haben sol / was aus der Ehestiftung / statut / recht oder gewonheit ime sonsten / da der Ehestand volnkömlich volnzogen were / gebührt*」を定めた第19条の第2項（「そのようなこと²⁷⁾が生じて一方が亡くなった場合には、婚姻特約、法令、慣習、または、法が与えているものが存命者に継承される。 *Wann dasselbige geschehen / und eines stirbet / so sol als dann dem uberbleibenden das volgen / was die Ehestiftunge / statut / gewonheit / oder das Recht ime gibt.*」）、「婚姻時に行われる贈与はどのように扱われるべきか *Wie es mit dem Geschenck / so auff der Hochzeit gegeben wird / zu halten*」を定めた「勅法 *Constitutio*」第22条の第5項（「しかし、婚姻特約、

27) 第1項で言及される「床入りもしくは同衾 *das Beylager oder das bette*」を指す。

法令、もしくは、慣習の中にこの点につき何らかの規定が存する場合には、なによりもまずそれらに従うのが適切であり、それ故朕の裁判所においてもその旨判示されるものとする。Do aber in den Ehestiftungen / statuten oder gewonheiten / hievon gewisse vorordenunge weren / denselbigen wird zufferst billich nachgesetzt / und dorauff sol von unsern Gerichten also erkand werden.」、*「騎士階級の女性が慣習に基づき世襲財産を取得する場合、その女性は、そうでなければザクセン法上取得する他の女性の権利を主張できるかどうか Wann eine Frau von Ritters Art nach Gewonheit Erbe nimbt, ob sie dann auch ire andere freuliche Gerechtigkeit, so sie sonsten zu Sachsenrecht hat, fordern könne」*を定めた第37条の前段（*「慣習または夫の遺言によって騎士階級の女性が何らかの世襲財産を取得する場合、ゲラーデ、ムースタイル、モルゲンガーベ、寡婦分の何れも得ることはできないが、世襲財産を放棄し自らの女性としての権利を行使することは自由である。ただし、婚姻特約その他に別様に合意され取り決められている場合はこの限りではない。Do irgent aus Gewonheit oder aber aus des Mannes Testament eine Frau von Ritters Art etwas von Erbe nimbt, so kan sie Gerade, Musteil, Morgengabe und Leibgedinge nicht haben, jedoch stehet ir frey, sich des Erbes zu begeben und irer freulichen Gerechtigkeit zu gebrauchen, es were dann in Ehestiftung oder sonsten anders abgeredet und vorgliechen.」*）、を挙げており、これら四つの条文はローゼンの補注にもそのまま列挙されている。

モラーの第20条注釈に付されたローゼンの上記補注に引用されたザクセン法関連の文献²⁸⁾は、以上のような『ドイツ判決集後編』の補注におけるベンゾルトの議論に限られない。まず、寡婦相続との関連で「嫁資合意に明示された事柄は何よりもまず尊重されねばならない」という点について、モラーと同様に

28) ローゼンは、「辺境伯領でもその旨受け入れられている et in Marchia id ita receptum est」と述べて、ヨーアヒム・シェプリッツ（1566-1634年）の『ブランデンブルク辺境伯並びに選帝侯領の法令と慣習法 Etzliche Statuta unnd Gewonheiten/der Chur und Marcke Brandenburg』（1608年初版）の第3部第2章第5節第6番以下（1616年公開の増補版『ブランデンブルク選帝侯並びに辺境伯領の慣習法

「ライプチヒ参審裁判所の陪席判事in scabinatu Lipsensi adessor」と「ドレスデンのザクセン選帝侯の宮廷顧問官 in aula Dresdensi Electoris Saxoniae consiliarius」を歴任したアンドレアス・ゴールトベック Andreas Goldbeck (1564-1604年)の『De successione geradae Saxonicae tractatus brevis et perspicuus ザクセンにおけるゲラーデの相続に関する簡潔かつ明快な論考』(1607年初版、以下『ゲラーデ相続論』と略称)から「相続の第一順位についてDe primo ordine succedendi」の第46番²⁹⁾が引用されている。そこには、「ドイツの自明

Consuetudines Electoratus Et Marchiae Brandenburgensis』では第3番以下に対応)も引用しているが、シェプリッツの見解については後述Vでふれる。

- 29) “<46. ドイツの自明の慣習法により嫁資合意は遵守されるべきであり、嫁資合意から離れることはできない。> 更に、ドイツの自明の慣習に照らして、嫁資合意が常に遵守されるべきで、嫁資合意から決して離れてはならないということに疑問の余地はない【選帝侯勅法集第2部第42条、コレルス『ドイツ判決集』判決61第18番以下、ザシウスの学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文注釈、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察78第7番】。

<47. 勅法集第3部第20条では嫁資合意と法令が同視されている。> しかも、勅法集前掲第20条では嫁資合意と法令が同視されている。それ故、両者の効力や効果は同一でなければならない【これは第六書第1巻第6章「選挙並びに被選挙者の権能について」第33節末尾への標準注釈、クレメンス集1巻2章「教勅について」第1節への標準注釈、第六書2巻9章「自白について」第2節、スクラデルス『助言集』第1巻助言3第150番、ヤーソンの法学提要4巻6章「訴権について」第18節注釈第39番】。

また、「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」とある前掲勅法集第20条第3項も以上の妨げにはならない。

というのも、これらの文言は法令や慣習法ではなく選帝侯の勅法に即してのみ理解されるべきであり、それは、上に引用した文言からも、法令や慣習法が欠ける場合に勅法が寡婦等に付与する4分の1乃至3分の1についてそれらが述べている以上、明らかであるから。

- <48. 勅法集第3部第37条が貴族について述べているところは平民にも適用される

の慣習に照らして、嫁資合意が常に遵守されるべきで、嫁資合意から決して離れてはならないということに疑問の余地はない*dubio caret, quod pactis dotalibus de notissima consuetudine Germaniae omnino sit inhaerendum, et ab illis ne latum quidem uguem recedendum*』とあり、その典拠には、「ドイツ全域において嫁資合意が極めて頻繁に用いられているのは確かである」と述べたコラーの判決61第18番と、そのコラーが依拠したウルリッヒ・ツァジウス Ulrich Zasius(1461-1535年)の学説彙纂第45巻第1章第61法文注釈³⁰⁾とが共に

べきである。)更に、勅法集第3部第37条も妨げにはならない。そこでは、上記第20条第3項と同様に、持参した財産をゲラーデその他女性に付与される諸権利と共に保持して世襲財産を放棄するという選択は許されていない。そこで貴族の寡婦について定められている事柄を平民や農民の寡婦に当てはめても上記第20条には反しないはずである。”(Tractatus, 102-103. 引用は1622年にゴールトベックの娘婿でブランデンブルク選帝侯の宮廷顧問官であったペーター・フリッツPeter Fritzの編集により『特にザクセンの法に従事する全ての人々に理論と実務の両面において有益なゲラーデの法に関する論考Tractatus de jure geradae omnibus iuri praesertim Saxonico operam danitibus, tam in theoria quam praxi utilis』との表題でベルリンで公刊されたテキストによる。)

- 30) この注釈には、確かに、「ドイツ全域の嫁資合意は尊重され保持され得る*possumus servare et salvare pacta dotalia totius Germaniae*』との一節が見出されるが、その直後に、「あれこれの場合に如何にして継承されべきか相続について定めるのが常であるそのような合意は法によって忌避される可能性がある*ista pacta possunt defendi de iure, in quibus semper et assidue disponit super successionibus, quomodo hoc vel alio casu succedatur*』と述べられているところからも見て取れるとおり、相続目的の嫁資合意を含めた有効性が主張されているわけではない(Opera, III, 344. 引用は1550年リヨン刊の『著作集第三卷Operum tomus tertius』所収のテキストによる)。ツァジウスのこの第61法文注釈は、「将来の相続に関する合意や約束、協約が有効かどうか*an pactum de futura successione vel promissio aut conventio valeat*』を、「相続留保の合意について*de pacto successione reservandae*」「相続喪失の合意について*de pacto successionis amittendae*」、「相続取得の合意について*de pacto successionis acquirendae*」、「将来の相続に関わる合意について*de pacto circa successionem fururam*」の四節に分けて検討するものであり、同世代のシュルフの助言(I参照)

見出される。

また、ローゼンは、上記補注の末尾で、「当然同じ理由から、夫には、嫁資合意を無視して動産の相続に立ち返ることは許されない*simili plane ratione nec marito permittitur, pacto dotali relicto ad mobilium successionem recurrere*」と述べて、寡夫との関係でも嫁資合意が法定相続に優先する旨付言しており、その際、シュルフの『助言集』第1集の助言42「夫の過度の粗暴さを理由に婚姻が解消され、夫が婚姻上の利益を全て失うのは如何なる場合か*Qualiter propter nimiam saevitiam mariti matrimonium separetur, et maritus perdet omne lucrum nuptiale*」第8番末尾の一節³¹⁾と、ファックスの娘婿でその後任としてライプチヒの法学教授を務めたモデスティヌス・ピストリス Modestinus Pistoris (1516-1565年)の『普通法ザクセン法重要問題集*Illustres quaestiones juris tum communis tum Saxonici*』第1部(1599年初版、以下『重要問題集』と略称)の問題48*Quaestio XLVIII*「ファルキディウス法の4分の1は夫婦間贈与から控除され得るのか*De quarta Falcidia ex donationibus inter virum et uxorem detrahenda?*」に付された編者ヤーコプ・シュルテス Jacob Schultes (1571-1629年)³²⁾の「補注*additio*」第77番³³⁾が典拠として引用

と同じく、ヤーソンに至る中世ローマ法学の枠組みの下で議論されている。

- 31) “そしてこの点〔婚姻解消が夫の責任つまり夫による妻の殺害による場合には夫は嫁資の利益を喪失するということ〕は、バルトルスの学説彙纂前掲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10法文1節注釈末尾によれば、利益が合意、法令、慣習法の何れかによる場合であっても妥当するとされるが、都市慣習法上はこれに依拠することはできない。婚姻の前記陳述記録もしくは契約から明らかなどおり、当事者は互いに財産やその利益について定めていたので、矛盾は解決される。というのも、人間の取り決めは法律の規定を失効させるからである云々【勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文】。”(Consilia, I, 159.)
- 32) ライプチヒの上級官廷裁判所や参審裁判所の陪席判事に推薦されながら「信仰宣誓*Religionseid*」を拒否したため任官されなかったシュルテスの特異な経歴については、Stintzing, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, I(1880), 572; ADB 32 (1891), 691-692. 参照。
- 33) “<77. 夫は特別法に基づく普通法に反して動産を相続する。>しかし私の考えでは、

されている。ここで「嫁資合意pactum dotale」に對置されている「動産の相続mobilium successio」とは、アウグスト勅法集成立以前よりザクセンシュピエーゲルのラント法に基づいて異論無く認められていた寡夫相続の原則であり、具体的には、第1巻第31条第1節（「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.」）と第3巻第76条第2節（「しかし、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.」）とがその根拠と解されていた（Ⅲでみたとおりファックスの『相違集』では相違34後段において両者が参照されており、ピストリスの上記問題48第1番では前者が援用されている）。妻に先立たれた夫が嫁資を含む妻の動産を承継するとこの普通ザクセン法の原則は、アウグスト勅法集でも当然の前提とされ、これを詳細に敷衍する諸規定が設けられている（第3部第21条から第25条）。この原則について何らかの変更を加えた嫁資合意が存する場合に、夫が妻亡き後にそのような嫁

この種の贈与あるいは他の嫁資合意によって自らのために備えた夫には、無遺言時の動産相続への後退を主張することはできない。なぜなら、夫が動産について妻を相続するという点は、市民法の趣旨に反して、特異なザクセンの法の規定により導入されたからである【ウェーセンベキウス『学説彙纂注解』38巻11章「夫と妻の遺産占有について」注解第3番】。そうである以上、前述第53番で論じたとおり、この夫の取り決めによって法律乃至法令の規定は排除されるというのがより適切である。そして、これは、我々と同じかあるいはかなり類似した事案に関するヒエロニムス・シュルフの見解でもあった【『助言集』第1集助言42第8番の「そしてこの点は云々の行」】。（*Illustres quaestiones*, IV, 182. 引用は1612年ライプチヒ刊の第二版による。）

資合意を無視して上記原則に基づく動産継承を「選択」できるのか否かという点が問題となったのである。シュルフの助言42の上記引用箇所では、たとえ夫による妻の殺害で婚姻が解消された場合でも、「当事者は互いに財産やその利益について定めていたpartes sibi invicem providerent de bonis, et eorundam lucris」ことが「婚姻の前記陳述記録もしくは契約から明らかであるpatet ex dicto recessu seu contractu sponsalatio」場合には、「人間の取り決めは法律の規定を失効させるprovisio hominis facit cessare provisionem legis」が故に、夫は、「合意pactum」に由来する「利益lucrum」を取得できるとされている。この見解は、有責配偶者たる夫からの利益剥奪というローマ普通法上の原則に対して嫁資合意が優先するというもので、嫁資合意上の利益と法定相続分との間の「選択」とは文脈は異なるが、嫁資合意優先そのものの典拠にはなり得る。

一方、ピストリスの問題48に付されたシュルテスの上記補注第77番では、「夫婦間贈与donatio inter virum et uxorem」やこれに相当する「嫁資合意pacta dotalia」について遺贈と同様にファルキディウス法³⁴⁾による制約が妥当し遺産のいわゆる「ファルキディウス法の4分のI quarta Falcidia」が亡き妻の相続人に留保されるのだとしても、夫はこれに回避するために「無遺言時の動産相続への後退を主張することはできないad intestatam mobilium successionem non petere regressum」とされ、その論拠として、「夫が動産について妻を相続するという点が、市民法の趣旨に反して、特異なザクセンの法の規定により導入されたquod maritus in mobilia succedit mulieri, id contra juris civilis rationem singulari juris Saxonici dispositione introductum est」こと、そして、「夫の取り決めによって法律乃至法令の規定は排除されるmariti provisione tolli legis seu statui provisionem」ことの二点が指摘されている。前者の論拠について参照されているのは、ヴェーゼンベックの『市民法の学説彙纂並びにユスティニアヌスの勅法彙纂の注解In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani libros octo commentarii』（1575年初版：1563年初版の『学説彙纂全50巻のパラティトラParatitla in Pandetarum iuris civilis libros quinquaginta』

34) D.35,2,1,pr.

の増補版) 第38巻第11章「夫の妻の遺産占有についてUnde vir et uxor」注解の第3番冒頭部分である。その箇所、ヴェーゼンベックは、上記ザクセンシュピーゲルのラント法第1巻第31条と第3巻第76条、更には、ファックスの『相違集』(相違34、18、20)に依拠して、「我々のザクセン法によれば、夫は子等が存する場合でも妻の全ての動産を取得できるとされる*iure nostro Saxoniae maritus omnia bona mobilia uxoris lucratur, etiam extantibus liberis*」としつつも、「子等に対して夫は当該動産から法定相続分を補う³⁵⁾べく義務づけられる*quibus legitimam de iis supplere cogitur*」と明言しており³⁶⁾、遺言相続に関わる「市民法*jus civile*」上の制約を文脈を無視して敢えて「特異なザクセンの法*singulare jus Saxonicum*」上の寡夫相続に適用するヴェーゼンベックの見解に、この「特異なザクセンの法」を夫婦間の嫁資合意に優先させることにも

35) 遺言相続について法定相続分*pars legitima*の一定割合(元々はファルキディウス法*Lex Falcidia*に基づく遺贈制限と同じく4分の1であったが、後に、相続人たる子等が4人までの場合は3分の1、5人以上の場合は2分の1にそれぞれ拡大*Nov. 18, 1*)に相当するいわゆる義務分が侵害された場合(不倫遺言*inoffiosum testamentum*)に付与される義務分補充訴権*actio ad supplendam legitimam*による救済(C.3, 28, 30, pr.)。

36) *Commentarii*, 261.引用は1576年リヨン刊のテキストによる。なお、ヴェーゼンベックの『注解』の初版はアウグスト勅法集制定後の1575年であるが、『注解』に付された「ライン宮中伯*Comes Palatinus ad Rhenum*」つまりプファルツ選帝侯(名は明示されていないが当時は1563年の「ハイデルベルク教理問答*Heidelberger Katechismus*」によってカルヴァン派[改革派*Reformierten*]に与したフリードリヒFriedrich三世敬虔公[在位1559-1576年])宛ての「公開書簡*epistola nuncupatoria*」には「1567年の10月25日、今から36年前つまり1531年に私がアントウェルペンで生まれた日に、記す*Data, die 25. Octobres anno Domini 1567 qui dies mihi Antverpiae, annis ab hinc 36 nempe anno 1531 natalis fuit*」とあって、まだイエーナからヴィッテンベルクに移る前に書かれており(勅法彙纂担当教授としてヴィッテンベルクに招聘されるのは1569年)、旧著『学説彙纂パラティトラ』に増補された部分もこれ以前に用意されたものと考えるのが自然であろう。そうであるとすれば、1575年初版である『助言集』の場合のような勅法集への言及が見当たらないのも当然である。

消極的な観方を読み取ることは確かに不可能ではない。また、後者の論拠については、シュルテスの言うほどに「我々と同じかあるいはかなり類似した事案に関する見解 *in eodem hoc nostro, vel certe in prorsus simili casu sententia*」であるかは疑問であるが、上記のシュルフの助言42第8番が引用されており、ローゼンの引用も、このシュルテスによる引用からの孫引きであると考えられる。

なお、この第77番に先立つ箇所（第74番から第76番³⁷⁾）では、夫婦間贈与におけるファルキディウス法の制約という問題の解明の傍論として、「夫が、当該贈与についてファルキディウス法の制限を恐れて、無遺言の法に戻り、贈与を放棄して、動産のみを請求した場合はどうか、そのような心変わりは果たして許されるのか *quid si maritus legis falcidiae discrimen ex illa donatione metuens, ad jus intestati sese recipiat, et relicta donatione, mobilia sola petat, eritne permissa isthaec variatio?*」との問いが提起され、「対になる事柄の一方について言えることは他方にも妥当せねばならない *quod de uno ex correlatis dicitur, id etiam in altero procedere debet*」から、「妻にも、嫁資合意を無視して、法令が妻に付与する3分の1もしくは4分の1の取得分に立ち返ることが許されている *et uxori licet pactis dotalibus relictis ad tertiam vel quartam portionem, quam ei statutum defert, redire*」以上は、夫も「無遺言

37) “〈74. 夫は全財産の贈与を無視して法令により自らに付与される取得分に逃げ込むことはできるのか。〉ところで、問題は以上のとおり解明されたけれども、今度は、夫が、当該贈与についてファルキディウス法の制限を恐れて、無遺言の法に戻り、贈与を放棄して、動産のみを請求した場合はどうか、そのような心変わりは果たして許されるのか、との別の疑念が生じる。〈75. 妻は嫁資合意を無視して法令上の取得分に立ち返ることができ、また、それはなぜか。〉この点、妻にも、嫁資合意を無視して、法令が妻に付与する3分の1もしくは4分の1の取得分に立ち返ることが許されている以上【ダニエル・モレルス『セメストリア』第1部第13章第7 [→8] 番]、そのように解されている。〈76. 対になる事柄の一方について述べられる点は他方にも当てはまる。〉というのも、前記第32番で述べたとおり、対になる事柄の一方について言えることは他方にも妥当せねばならないからである。” (Illustres quaestiones, IV, 181.)

の権利*ius intestati*」に依拠して動産相続を主張できるとの観方が提示されている。その際、寡婦による嫁資合意の無視と法定相続分の主張を認める見解の典拠として、シュルテスは、モラーの『セメストリア』第1部第13章の第7番を引用している。この第7番では、既に見たとおり、寡婦の「選択」を容認したライブチヒ参審裁判所の古い判決が紹介されていたわけであるから、「選択」を認めない立場に転じた同参審裁判所の新たな実務にふれた箇所（モラーの第20条注釈の†）の補注においてローゼンがシュルテスの上記議論を引用しなかったのは当然と言える。ただし、シュルテス自身は、「しかし私の考えでは *verum ego arbitror*」との書き出しで、前述の第77番にあるとおり、嫁資合意を寡夫との関係で優先させる自らの立場を示しており、それ故、寡婦との関係でも同様に解していた可能性が高く、「対になる事柄の一方について言えることは他方にも妥当せねばならない」との準則にも合致する。

以上のように、ザクセンにおける寡婦の「選択」の是非は、アウグスト勅法集がその第3部第20条で寡婦相続分に関する一般法を確立し、嫁資合意による最低限の寡婦相続分の確保が逆に法定の寡婦相続分の削減剥奪として機能し得る事態を一層顕在化させた結果として、特に16世紀の末以降、実務上の懸案事項として盛んに議論されるようになった。そのような議論を先導したのが、アウグスト勅法集成立の後、四半世紀を経てシュルテスにより編集公刊された『ドイツ判決集』でのコラーの先駆的考察（判決61）、そして、モラーの『セメストリア』と『勅法集注解』における勅法集制定後の実務を前提とした考察であった。ここに、シュルテス、ペンゾルト、ゴルトベック等が加わり、引用の連鎖の中で寡婦の「選択」を認めない理解がいわば普通ザクセン法学の通説として確立される。1612年に再刊されたモラーの『勅法集注解』に付されたローゼンの上記補注には、これら一連の議論の成果が簡潔に提示されていると言えよう。アウグスト勅法集が、選帝侯領を越えて、テューリンゲン地方のエルンスト系ザクセン諸公領³⁸⁾にも事実上通用する中³⁹⁾、普通ザクセン法学の通説確立の動

38) 17世紀半ばまでの領邦分割*Landesteilung*と領主家系断絶による他領邦への吸収の経過を見ると、1572年にザクセン公領*Herzogtum Sachsen*がザクセン＝ヴァイマー

きを更に促進する役割を果たしたのが、マティーアス・ベルリッヒMatthias Berlich (1586-1638年)の『ザクセン選帝侯アウグスト勅法集に編別に則った実務解決集Conclusiones practicabiles secundum ordinem Constitutionum Divi Augusti Electoris Saxoniae』(全五部1614-1618年初版、以下『実務解決集』と略称)であった。

イエーナ近郊のシュケーレンSchkölenで市長の息子として生まれたベルリッヒは、イエーナ大学を経て、ヘッセン＝カッセル方伯領Landgrafschaft Hessen-Kasselのマールブルク大学(1527年創立)のヘルマン・ヴルテユス

ル公領Herzogtum Sachsen-Weimarとザクセン＝コーブルク＝アイゼナハFürstentum Sachsen-Coburg-Eisenach候領に、1598年にザクセン＝コーブルク＝アイゼナハ候領がザクセン＝コーブルク公領Herzogtum Sachsen-Coburgとザクセン＝アイゼナハ候領Fürstentum Sachsen-Eisenachに(1633年にザクセン＝コーブルク公領がザクセン＝アイゼナハ領に吸収、1638年にザクセン＝アイゼナハ領の内、コーブルクはザクセン＝アルテンブルク公領、アイゼナハはザクセン＝ヴァイマル公領にそれぞれ吸収)、1603年にザクセン＝ヴァイマル公領がザクセン＝アルテンブルク公領Herzogtum Sachsen-Altenburgとザクセン＝ヴァイマル公領に、1640年にザクセン＝ヴァイマル公領がザクセン＝ヴァイマル公領、ザクセン＝アイゼナハ候領(1644年にザクセン＝ヴァイマル公領とザクセン＝ゴータ公領に吸収)、ザクセン＝ゴータ公領Herzogtum Sachsen-Gothaに、それぞれ分割されている。これらエルンスト系ザクセン諸公家とアルブレヒト系のザクセン選帝侯家は一方の領主が幼少時に他方がその後見人(摂政Regent)を務める関係にあり(例えば、ザクセン＝ヴァイマル公フリードリヒ・ヴィルヘルムFreidrich Wilhelm I世は1591年から1601年までザクセン選帝侯クリスティアンChristian II世の後見人として選帝侯領の摂政を務め、ザクセン＝アルテンブルク公ヨーハン・フィリップJohann Philippは1603年から1618年までザクセン選帝侯クリスティアンII世とヨーハン・ゲオルクJohann Georg I世の後見下にあった)、そのような関係はアウグスト勅法集の選帝侯領を越えた影響力の背景の一つと言える。

- 39) この点については、例えば、Heimbach, Lehrbuch des particulären Privatrechts der den Oberappellationsgerichten zu Jena und Zerbst vereinten Großherzoglich und Herzoglich, Sächsischen, Fürstlich Neußischen, Fürstlich Schwarzburgischen und Herzoglich Anhaltischen Länder (1848), 38, 2); 84, 5). 参照。

Hermann Vultejus(1555-1634年)の下で法学博士号を取得した後、ライプチヒに移り、弁護士及び法助言者として生前より名声を博した。ベルリッヒの主著である『実務解決集』は、その第1部(1615年初版)に付された1614年5月14日付けの読者宛て序言⁴⁰⁾でベルリッヒ自身が、「私は、今は亡きザクセン選帝侯アウグスト陛下による勅法集の四つの部分に即し、帝室裁判所その他の裁判所の実務、とりわけ、ザクセンの裁判慣行に適合したささやかな考察を自ら

40) “寛大なる読者へ。親愛なる読者よ。何年前か、フランクフルト・アム・マインではヨハネス・スピーシウスやウォルフガングス・リクテルスの印刷工房、そして、マインツではヨハネス・アルビヌスの印刷工房から、ヨハネス・テオワルドゥス・シェンウェテルスの費用負担の下に、ザクセン勅法集の意見議事録集が、『両法の解釈者たちの間で争われている様々な問題についての、傑出し輝かしく権威を備えた待望久しい判定並びに議論の集成で、皇帝法、教皇法、ザクセン法に基づき帝室裁判所の実務にも適合したもの云々』との表題で公刊されたところ、それらが極めて乱雑かつ断片的に構成され杜撰に印刷されていたために、無益で欠陥があり不完全で学術界の破滅を企図するものとして、ザクセン選帝侯領の当局が当地での販売を厳重に禁じたことが喜ばしく思い起こされる。これに対して、かの『判定集』は、大部分が、別の著者等、しかも、ライプチヒ随一の書籍商で私の尊敬すべき義父であるヘニングウス・グロッセ氏が自ら報酬を提供して集め、著述の印刷を自費で行った著者等から盗用され、新しく多くの人々が欲しがるとする著作であるかのように、もっともらしく仰々しい表題で哀れな購入者を欺いて、公刊出版された。その後、多くの識者、その他公共の利益を支持者、学術の擁護者等は、詐欺に気づき、印刷業者等のこのよう吝嗇さと恐れを知らない企てを嘆いて、私の義父にしばしば次のように勧めた。すなわち、彼自身が、自らの書籍と努力の証人として、上記の意見集に本来の真の姿が回復され、彼の書籍から著者の名を隠蔽して盗用された問題や判定が分離され誰もが分かるように図表に書き留められ、無益で余計なものが省かれる一方、残りの必要で学術に資すると解されるものはより簡潔にまとめられるべく努め、そうすれば、学術界全体に喜ばれ歓迎されるであろう、と。彼等の要請に勇気づけられた尊敬すべき義父は、私がこの仕事を自ら引き受け、学術界への利益と学問に従事する若者等の利便のために上記の判定集を再び鉄床に据え、可能な限り簡潔な方法的秩序にまとめるよう熱望した。そこで、仕事に着手し、少し注意深くかの『判定集』を調べてみると、実際に、上記の諸氏により知らされていたとおり、『判定集』一つ一つがほとんどすべて別の著者のものから一字一句盗用されたもの

であることが分かった。というのも、『判定集』の中には、モデスティヌス・ピストリスの『重要問題集』から字句そのままに取り出された問題が百以上も見いだされ、ヤコブス・トミンギウス、マッタエウス・コレルス、ヨハネス・ケッペンの各『判決集』からも多くが選ばれ、ウィルギリウス・ピンギゼルスの『ザクセン重要問題集』から剽窃されたものも少なくなく、ダニエル・モレルスの『セメストリア』からは最も多く盗用され、ヒエロニウムス・パンスクマヌス、ペトルス・ヘイギウス、アンドレアス・ラウクバルスその他の諸博士の著述、問題集、考察集から集められ写されたものも非常に多く、しかも、それらは全て著者等の名を隠してあり、全く悲しむべきことに、当『判定集』は極めて杜撰に編集され、本来の見解が失われ不完全で、最も大事な疑問点や判断理由が漏れていて、文脈全体が歪曲されてしまい、それに手を置くことさえ憚られるものであったからである。それでも、この部分で義父の要請にこたえようと、私は、今は亡きザクセン選帝侯アウグスト陛下による勅法集の四つの部分に即し、帝室裁判所その他の裁判所の実務、とりわけ、ザクセンの裁判慣行に適合したささやかな考察を自ら企て、その最初の部分を緊急に公にしようと考え、その際、以下のような方法を守った。すなわち、ザクセン勅法集の勅法一つ一つを入念かつ明快に検討すること、関連する事項を解明すること、疑問点と判断理由を提示すること、ザクセン勅法集が、如何なる典拠、如何なる趣旨から成り立っているのか示すこと、普通法とザクセン法の相違や双方の手續の相違を基本から徹底的に論じること、フランクフルト・アム・マインで印刷された上記『判定集』についてどの著者から盗用されたのかを分かる範囲で書き添えること、たとえ私の判断や見解が誰かと一致せず、その結果、他から、その見解に従い組することのできる別の諸博士を得るにしても、双方の立場の著者や博士等を引用すること、である。以上によりこれらの私の考察が大学と法廷何れにであれそこに入出入りする人々全てにとってこの上なく有益で喜ばしいものになることを期待し、私はそれらに「実務解決集」との表題を付すことにしたけれども、それを誰かがザクセン勅法集第1部の注解と呼ぼうとするならば、それは私の意には沿わないであろう。それはともあれ、この私の実務解決集が、悲しいかな今の世においてよく見られるように、そこでは、これ以上ない学問的努力が費やされ隔々にまで行き渡ったものでさえそうなのであるが、誹謗中傷する人々や悪意ある人々のあざけりや有害なあらさがしに屈することも、犬歯に噛みつかれることも、罵詈雑言を浴びることもないよう望む。それ故、親愛なる読者であるあなたには（それというのも私はこれをあなたや他の好意ある人々のために著したのであり、残り的人々は彼等の運命とねたみのままに

企てた *peculiares quasdam meditationes, secundum quatuor partes Constitutionum Divi Augusti Electoris Saxoniae, ad praxin Camerae, et aliorum judiciorum, inprimis vero ad stylum fori Saxonici accommodatas concepi*』と述べるとおり⁴¹⁾、アウグスト勅法集の編別に従った実務考察集である。上記序言によれば、『実務考察集』の出版はおおよそ次のような経緯から企図されるに至ったようである。すなわち、「ザクセン勅法意見集乃至議事録集 *Consultationes, vel deliberationes Constitutionum Saxonicarum*』と呼ばれるアウグスト勅法集の立法資料集が16世紀末から17世紀初頭にかけて三点公刊され(Ⅱですでにふれた『問題判定議論集』[1599年フランクフルト・アム・マイン刊]と『問題解決判定集』[1600年マインツ刊]はその最初の二点である)、その内、三番目に、『第三巻。ここには、両法の解釈者たちの間で争われている様々な問題についての、傑出し輝かしく権威を備えた待望久しい判定並びに議論の集成で、皇帝法、教皇法、ザクセン法に基づき、帝室裁判所の実務にも適合し、スクネイデウィヌス、マッタエウス・ウェーセンベキウス、トミンギウス他、ライプチヒ及びヴィッテンベルクの大学や参審裁判所の卓越した指導

放つておく)、私のこの実務解決集に公正に接し、愛情をもって読み、有益に用いられることを幾重にも求めお願いしたい。そうすれば、あなたは私を同害報復の法によって拘束するだけでなく、残りの部分を程なく後に続かせることも確実となろう。ごきげんよう、愛すべき読者よ。1614年5月18日記す。”(Conclusiones, I, [a.6.r.]. 引用は1651年ライプチヒ刊第四版所収のテキストによる。)

- 41) なお、第1部初版(1614年刊)の扉の表題には、「今は亡きザクセン選帝侯アウグスト陛下の勅法集の編別に則り、諸大学、帝室裁判所その他の裁判所、とりわけザクセンの法廷に出入りする全てのの人々にとって極めて有益でかつ絶対に欠かすことのできない実務考察集であり、そこでは裁判実務が扱われ、普通法とザクセン法並びに両法の手続の相違が論じられている *Conclusiones practicabiles, secundum ordinem Constitutionum Divi Augusti, Electoris Saxoniae, discussae, omnibus in Academiis, Camera Imperiali, aliisque judiciis, inprimis vero in foro Saxonico versantibus utilissima, et summe necessariae, judicialia cotinentes, vereque et solide juris communis, et Saxonici, et utriusque processus differentias demonstrantes*」、とある。

者であった聡明優秀な法律家諸氏によるものが収録されており、そこでは、契約、相続、遺言、裁判、手続、不法行為その他、頻発し実務上重要な問題が学識豊かに扱われ解決されている。Tomus tertius continens illustres, aureae, solemnes, diuque exoptae quaestionum variarum apud utriusque iuris interpretes controversarum decisiones et discussiones, ex iure Caesareo, Pontificio, et Saxonico ad praxin Camerae accomodatas, auctoribus clarissimis et praestantissimis iureconsultis dominis Schneidewino, Matthaeo Wesenbecio, Thomingio, et aliis in Studio et Scabinatu Lipsensi et Wittenbergensi antecessoribus, iurisconsultos praestantissimis, in quibus materiae contractuum, successionum, testamentorum, iudiciorum, processorum, delictorum, aliae frequentiores et practicabiles doctissime pertractantur ac resoluntur』(以下『問題判定議論集第三卷』と略称)との表題で『問題判定議論集』と同じフランクフルトの書籍商シェンヴェッター Schönwetterにより1608年に出版されたものが(印刷は『問題判定議論集』を請け負ったヨーハン・シュピースJohann Spiesではなく、ヴォルフガング・リヒターWolfgang Richterの工房)、『問題判定議論集』の表題には見えた「歴史に残る英邁な君主にしてザクセン選帝侯その他の称号を有するアウグスト陛下のため、1572年、陛下の御付託に応じて建白されたillustrissimo memorando heroico domino, domino Augusto, Electori Saxoniae, et cetera, in anno millesimo quingentesimo septuagesimo secundo, ad Celsitudinis eius mandatum, exhibitae」との文言は巧妙にも省かれているとはいえ、「第三卷」を謳う表題とは裏腹に、アウグスト勅法集の立法資料を全く含んでおらず、それどころか同書に収められた「問題Quaestio」の大半が他の出版者によって公刊された書籍からの盗用であることが判明する。『問題判定議論集第三卷』で「著者の名を隠蔽してauthorum nominibus suppressis」盗用された書籍の出版元の筆頭はライプチヒの印刷業者兼書籍商ヘニング・グロッセHenning Grosse(1553-1621年。同業同名の息子と区別して出版物の扉等では「大ヘニングス・グロシウスHenningus Grosius Senior」と表記される)であり、本稿で既に論じたコラーの『ドイツ判決集』やモラーの『セメストリア』の他(なお、先行

する『問題判定議論集』と『問題解決判定集』でもモデスティヌス・ピストリスの『重要問題集』が既に一部盗用されていた)、ライプチヒ上級宮廷裁判所の陪席判事等を務めたヒエロニウムス・パンチュマンHieronymus Pantzschmann (1540-1596年)の『実務問題集Quaestiones practicae』(1596年初版)、イエーナ大学の法学部筆頭教授を務めたヴィルギル・ピンギッツァーVirgil Pingitzer(1541-1619年)の『ザクセン重要問題集Illustres quaestiones Saxonicae』(1607年初版)が盗用の被害にあった⁴²⁾。グロッセは、「学界Respublica literaria」のために「上記意見集に本来の真の姿が回復されることpraefatas consultationes veteri et genuinae veritati restitui」を望む識者等の声を受け、娘婿であるベルリッヒにその仕事を託したというのである。

ベルリッヒは、同じ序言の中で、「これらの私の考察が大学と法廷何れにであれそこに入出入りする人々全てにとってこの上なく有益で喜ばしいものになる

42) ベルリッヒは盗用された著作として、ヤーコプ・トミングJakob Thoming(1518-1576年)の『重要問題判決集Decisiones quaestionum illustrium』(ライプチヒのヨーハン・ゲオルク・ヴェルデンシュタインJohann Georg Werdensteiにより1579年)、アウグスト勅法集の立法過程に関わったミヒャエル・トイバーMichael Teuberの娘婿にあたるアンドレーアス・ラウハバルAndreas Ruchbar (1559-1602年)の『重要問題五十選Quinquaginta quaestionum insignium』(ヴィッテンベルクの書籍商クレメンス・ベルガーClemens Bergerとフランクフルト・アム・マインの印刷業者ロマヌス・ベアトゥスRomanus Beatusによりフランクフルトで1599年初版)、ヨーハン・ケッペンJohann Koeppen (1531-1611年)の『ドイツにおいて日常生じる重要な問題の判決集Decisiones quaestionum illustrium in Germania quotidie occurrentium』(マクデブルクのアンブロジーウス・キルヒナーAmbrosius Kirchnerにより1600年初版)、ペーター・ハイゲPeter Heige (1559-1599年)の『市民法ザクセン法問題集Quaestiones iuris tam civilis quam Saxonici』(ヴィッテンベルクのザームエル・ゼールフィッシュSamuel Seelfischにより1601/2年初版)を挙げている。『問題判定議論集第三巻』所収の各「問題」とこれら著作との対応関係については、Schletter, Die Constitutionen, 163-171.参照。なお、ラウハバルの上記著作は、Schletter, Die Constitutionen, 167-169.の対応リストには典拠として挙がっていない。なお、Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I (1880), 555-558, 736-737.も参照。

ことを期待し、私はそれらに〈実務解決集〉との表題を付すことにしたけれども、それを誰かがザクセン勅法集第1部の注解と呼ぼうとするならば、それは私の意には沿わないであろう *hasce meas meditationes omnibus, tam in Scholis, quam in foro versantibus, utilissimas, gratissimasque fore, spero, illisque titulum Coclusionum practicabilium praescribere volui, si quis tamen eas commentarium in Constitutionum Saxonicarum primam partem nuncupare velit, mihi non displicebit*」とも述べており、『実務解決集』がアウグスト勅法集の注釈書と見られることを望んではいなかったようであるが、これは、同じく『実務解決集』第1部の冒頭に収録された師ヴルテユスの二通のベルリッヒ宛て書簡の内、1613年3月20日付けのもの⁴³⁾に、「ダニエル・モレルスがその見事な注解によってそれらの勅法を解明したのであるから、あなた

43) “この上なく聡明で熟練せる人、卓越せる両法博士にしてライブチヒの熟達せる弁護士、親しき友人マッタエウス・ベルリキウスに。聡明かつ熟練せる人よ、あなたの手紙による挨拶は非常に嬉しかったが、これまであなたから全く便りがなかったことは時に不満であったし、そのために、私とあなたと常に結び付けてきた私の信頼と厚意に少々疑念が生じたこともあった。あなたがかの卓越し学術に大いに貢献しているヘニングウス・グロシウスの婿となり、優秀な法律家ヤコプス・スクルテスとフリデリクス・ペンソルドゥスと同じ一族となったことを知り、私はあなたを大いに祝福したいと思う。あなたがわたしに知らせてくれた仕事については、是非最善を尽くしてもらいたいし、あなたが、私の大学をこれまで卒業した人々、つまり、自分ひとりのためではなく国家のために生まれた人々の一人であることを心より誇りに思う。それにしてもあなたの入念さは私の保証するところであるし、あなたが企てていることを成し遂げるために、あなたの生まれ持った知性や知力が十分であることを私は知っている。あなたはそれを、この大学に在籍する間に、我々全員とりわけこの私に十二分に証明してみせた。とはいえ、あなたが郷里の勅法集について取り組み始めるにあたってはあなたの義父の助言に従って欲しい。しかも、ダニエル・モレルスがその見事な注解によってそれらの勅法を解明したのであるから、あなたにおいても、我々に提示しようとしているものが更に綿密なものになるように努める必要がある。確かにあなたは世間とその慣わしをご存知だが、将来においても最初からそう見えるようにしてもらいたい。もし原稿の何枚かでも私に送ろうとの考えをあなたがお持ちならば、私はそれに異を唱えるつもりはなく、それも、

においても、我々に提示しようとしているものが更に綿密なものになるように努める必要があるcum Daniel Mollerus commentario luculento eas illustrarit, opera tibi danda est, ut quae tu nobis es daturus, sint accuratiora」とあったことに照らせば、ベルリッヒの自負心の裏返しとも解し得る。いずれにせよ、ベルリッヒは、1612年にライプチヒで再刊されたばかりのモラーの『勅法集注解』を、乗り越えるべき偉大な先行業績として強く意識していたはずである。このヴルテュスの書簡にも示唆されるとおり、コラーの『ドイツ判決集』やピストリスの『重要問題集』を編集したシュルテスや、後にコラーの『ドイツ判決集後編』を編集することになるベンゾルトも、グロッセの娘等と結婚し、ベルリッヒと同じグロッセ家と姻戚関係にあったようであり、グロッセとベルリッヒ等の関係は、出版者と法律家の実り多い共同作業の一例として注目される。師ヴルテュスが賞賛する才知を持ちながら大学や宮廷に属することなく一私人として著述に専念できたのは「ライプチヒ随一の書籍商bibliopola Lipsiensis primarius」である義父の援助があったからであろうし、実際、『実務解決集』はモラーの『勅法集注解』を遥かにしのぐ規模の著作となる（ローゼン版『勅法集注解』がフォリオ版一冊で七百頁弱であったのに対して、『実務解決集』は第三版時でフォリオ版五冊分、合計二千頁弱）。『実務解決集』は、その第1部から第3部が1619年刊第二版で増補された後、選帝侯ヨーハン・ゲオルク Johann Georg I 世（在位1611-1656年）により制定された裁判所規則Gerichts Ordnung（1622年）を踏まえたベルリッヒ生前最終版となる第三版が1628年に公刊、その後、ネーデルラントのアルンヘムでの海賊版「第四版」（1644年）を経て、1651年にライプチヒでの真正な第四版（その扉には「この度真に四回

あなたの仕事に判定を下すためではなくて、私があなたに尽くすことをどれほど望んでいるのか分かってもらいたいからである。以上に書いた以外に今述べることはない。ごきげんよう。そして、あなたをこの上なく愛する私を決してお忘れなきよう。あなたの義父ヘニングス・グロシウス、そして、義兄弟のスクルテス氏やベンソルドゥス氏もどうかお元気で。どうか彼等に私からの挨拶を伝えていただきたい。1613年3月20日、マールブルクの書齋より。あなたを愛する法律家ヘルマヌス・ウルテュス。”
(Conclusions, I, [a.6.v.])

目の改訂を経て出版されたnunc quartumet emendatius edita」とある)以降、18世紀前半までライプチヒの他、フランクフルト・アム・マイン、ケルンでも版を重ねる。

ベルリッヒは、上記序言の中で、『実務解決集』の著述にあたって遵守された「方法methodus」として、「ザクセン勅法集の勅法一つ一つを入念かつ明快に検討することsingulam Costituionem Saxoniam, plene et perspicue discussurim」、
「関連する事項を解明することmaterias connexas explicuerim」、
「疑問点と判断理由を提示することrationes dubitandi, et decidendi apposuerim」、
「ザクセン勅法集が如何なる典拠、如何なる趣旨から成り立っているのか示すことex quibus fontibus, et quibus ex causis Constitutiones Saxonicae sint compositae, demonstraverim」、
「普通法とザクセン法の相違や双方の手續の相違を基本から徹底的に論じることjuris communis, et Saconici, et utriusque processus differentias solide et fundamentaliter ostenderim」、
「フランクフルト・アム・マインで印刷された上記『判定集』についてどの著者から盗用されたのかを分かる範囲で書き添えることpraedictas decisiones Francofurdi ad Moenum excusas, ut, ex quo authore desumptae sint, possint cognosci, ascripserim」、
「たとえ私の判断や見解が誰かと一致せず、その結果、他から、その見解に従い与することのできる別の諸博士を得るにしても、双方の立場の著者や博士等を引用することin utramque partem authores et doctores, ut si forte alicui mea decisio et opinio non arrideret, statim ex altera parte alios doctores, quos opiniones posset sequi et sectari, haberet, allegaverim」を挙げている。モラーの『勅法集注解』もそうであったように、ベルリッヒの『実務解決集』も、その中心となるのは、アウグスト勅法集の各条文の逐語的注釈ではなく、各条文に関わる重要問題の解明であり、その意味で、例えばガイルの『実務考察集』のようないわゆる「裁判実務考察observationes forenses」としての側面を有している。上記の「方法」の内、この「裁判実務考察」という側面において、特に徹底して実践されているのが、「疑問点rationes dubitandi」、
「判断理由rationes decidendi」、
「異論への応答responsiones ad contraria」といった助言・鑑定意見の論述形式に即した両論対置による論証である。前述のとおりアウグ

スト勅法集制定後も依然として実務上の一懸案事項であった寡婦の「選択」の可否についても、『実務解決集』第三部 *tertia pars* (1616年初版) の結論 27 *Conclusio XXVII* 「ザクセン法上、下層乃至庶民層の妻には亡き夫の財産から何が与えられるべきか *Jure Saxonico quid uxori ignobili, vel plebeiaem ex mariti defuncti bonis debeatur?*」の第28番から第33番⁴⁴⁾において、「寡婦が、嫁資合意において付与された取得分に満足せず、嫁資合意を無視し、3分の1あるいは4分の1の法定相続分に立ち戻ろうと望んでいる場合、そのような主張は聞き入れられるべきであろうか *si vidua portione, in pactis dotalibus designata, contenta esse nolit, sed relictis pactis dotalibus ad portionem statutariam quartam nimirum vel tertiam, redire malit: an sit audienta?*」との問いの下に、従来の議論が両論対置の形で総括され、寡婦の「選択」を認めず嫁資合意を尊重する見解が是認されている。

まず、寡婦の「選択」を容認する論拠（「選択」否認の結論に対する「疑問点」に相当）が七つ提示される（第28番）。最初の二つはいずれもアウグスト勅法集の条文であり、一つ目は、「夫婦は配偶者から法令によって付与された相続分を取り上げることはできない *conjux alteri conjugi portionem statuto debitam auferre non potest*」とする第3部第7条、二つ目は、「自己の嫁資やその他持参した財産を取り戻すのか、あるいは、これらを持ち戻して4分の1もしくは3分の1の相続分を請求するのかの選択を妻に無制限に許している *mulieri indistincte electio permittitur, an suam dotem, vel alis bona illata repetere, an vero his collatis quartam vel tertiam petere velit*」同第20条第3項である。続いて、三つ目として、「そのような相続分を妻から遺言によって剥奪できない *mulieri eiusmodi portio per testamentum auferri non possit*」のであれば、「終意処分から契約へあるいは逆に契約から終意処分への推論は適切である以上、嫁資合意によってもやはり剥奪できない *nec pactis, cum bonum sit argumentum ab ultimis voluntatibus ad contractus, et e contra*」と

44) 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」（獨協法学第94号）参照。

いう点、四つ目として、「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嫁資合意によって妻から奪うことはできない*ne quidem per pactum dotale mulieri potest tolli jus petendae quartae vel virilis portiois, ex authentica praeterea, Codicis unde vir et uxor competentis*」とされるどころ、「法令に基づき死亡者の財産から存命の配偶者に与えられるべき相続分は、この公撰集引用要約文に基づく4分の1もしくは一人分のそれに匹敵するものとして扱われ、それに代わるものと位置づけられる*protio illa, quae superstiti conjugi ex bonis defuncti vigore statuti debetur, sit ad instar illius quartae vel virilis ex data authentica praeterea, Codicis unde vir et uxor inducta, et in ejus locum surrogata*」という点が挙げられている。前者は、遺言による法定相続分の削減剥奪を禁ずる第7条を嫁資合意に、後者は、ローマ普通法上の寡婦相続分について嫁資合意による削減剥奪を認めない見解を地域固有法に、それぞれ類推するものである。

これに対して、後半三つの論拠はいずれも妻の財産の位置づけに関わるもので、五つ目として、「妻は合意によってその嫁資の状態を劣化させられない*mulier per pactum conditionem dotis suae non potest reddere deteriorem*」とされる点に照らし、「法定相続分も、この場合、嫁資としての優遇を享受することに疑念の余地はない*portionem autem statutariam hoc in casu gaudere privilegio dotis, dubium non est*」という点、六つ目として、仮に寡婦の主張を認めないとすると「妻は嫁資合意の中で自らに付与されるはずであった3分の1あるいは4分の1の相続分を放棄してしまったことになる*sequeretur illud fieri, quod mulier in pactis dotalibus tertiae vel quartae sibi competiturae renunciaverit*」が、「未だ取得してない財産の放棄を望んだとは推定されない*bonis nondum quaesitis, nemo renunciare voluisse praesumitur*」という点、七つ目として、「嫁資の優遇に照らせば、人の取り決めによって法律の規定が覆されることはない*favore dotis per provisionem hominis non tollitur provisio legis*」という点が、それぞれ「選択」容認の論拠として列挙されている。これらの論拠の主たる典拠として参照されているのは、Ⅲで既に検討したカラーの『ドイツ判決集』の判決61である（三つ目の論拠について第4番と第5番、五

つ目の論拠について第13番)。

そして、最後に、以上のような「選択」容認論に与する実務の例として、モラーの『セメストリア』第1部第13章に基づき、「ライプチヒの参審人等もかつてそのように判示していたita etiam Scabinos Lipsenses olim pronunciassent」と指摘されている。なお、そこには、「選択」容認論者として、モラー、ピストリス、ベックの名と典拠が挙げられているが、「ダニエル・モレルスもまたこの見解を明確に擁護し、ヤコブス・シュルテスがこれに与しているquam sententiam etiam expresse defendit Daniel Mollerus, quem sequitur Iacobus Schultes」との理解は適切とはいえない。というのも、既に見たとおり、モラー自身は寡婦の「選択」を容認したライプチヒ参審裁判所の多数意見に与しているわけではないし、ピストリスの『重要問題集』第1部問題48に付されたシュルテスの補注においても、モラーの『セメストリア』に紹介された上記ライプチヒ参審裁判所の判決が寡婦の「選択」の是非との関連で参照されているだけで、むしろ、当の寡婦の「選択」についてはこれを認めないのがシュルテス自身の立場であったからである。また、残るベックの『夫婦間遺言論』からの引用がモラーの『セメストリア』からの孫引きであるという点はあらためて指摘するまでもないであろう。

次に、ベルリッヒは、「以上のような諸論拠及びこれらに類する論拠にもかかわらず、反対の立場の方が正しいhis et similibus nihil obstantibus, contrarium verius est」との結論を予め提示した上で、その論拠(自らの立場を裏付ける「判断理由」に相当)を四つ列挙している。この内、最初の三つは、アウグスト勅法集第3部の複数の条文に明示された嫁資合意尊重の立場に着目するものである。第一に、第19条第2項において「何よりもまず嫁資合意に含まれる点が遵守されるべきとされているante omnia, quae in pactis dotalibus comprehensa sunt, custodiri debent」という点、第二に、第20条第1項と第22条第5項において「特に嫁資合意に注目すべきである旨定められているinprimis pacta dotalitia sint attendenda」という点、第三に、第37条後段が、「慣習法あるいは夫の遺言によって夫の遺産から何らかのものが付与される貴族身分の妻は、ゲラーデ、扶養用糧食、婚姻故の贈与、寡婦分を請求することはで

きないが、夫の死後に貴族身分の寡婦に付与されるべき世襲財産を放棄して、それらを請求することを望むかどうか選択の自由が認められる *mulier nobilis, cui ex consuetudine, vel testamento mariti, ex hereditate ejus aliquid debetur, non possit geradam, commestibilia, donationem propter nuptias, vel dotalitium petere, libera tamen electio ei relinquitur, an repudiata hereditate ea, quae post mortem maritorum viduis nobilibus debentur, petere malit*」旨定める一方で、「貴族身分の妻にこれが認められるのは嫁資合意に異なる取り決めが無い場合に限られ、それがあつた場合には嫁資合意が絶対的に遵守されるべきである *hoc viduis nobilibus ita demum permittatur, dummodo pactis dotalibus aliter non sit conventum*」と付言しているところ、「我々の事案 *casus noster*」つまり第20条に基づく「庶民の寡婦 *viduae ignobiles*」の法定相続分の主張についても「貴族身分の寡婦 *viduae nobiles*」と「同様に定めることを禁じる理由が見当たらない *quo minus idem statuamus, rationem prohibitionis non video*」という点が、それぞれ指摘されている。これらの条文は何れも、ペンゾルトがカラーの『ドイツ判決集後編』の補注(判決286補注A第176番)で既に同じ趣旨で列挙していたものであり、ベルリッヒの議論は、ペンゾルトによる条文引用の趣旨を敷衍するものにすぎない。

これに対して、第20条第1項において、「地域の法令と嫁資合意とが同視され、同一の系列と種別の下に位置づけられ、同一の区分の内に整理されている *statutum locale, et pacta dotalia aequiparantur, sup una eadem serie, et classe ponuntur, sub eadem determinatione collocantur*」ことに着目する第四の論拠はベルリッヒ独自のものと言える。すなわち、「ある地域に、存命の妻に亡くなった夫の財産から一定の部分を付与する固有の法令が存在する場合、妻が、その地域の法令を遠ざけ無視して、当該領邦の一般的慣習法に逃げ込んで、3分の1あるいは4分の1の相続分を請求できると解する者はいないであろう *nemo statuet, si statutum particulare in quodam loco, uxori superstiti certam partem ex bonis defuncti mariti deferens, extat quod uxor, illius spreto et neglecto statuto illo, ad consuetudinem harum terrarum generalem confugere, et tertiam vel quartiam petere possit*」から、「固有の法令 *statutum particulare*」

と「嫁資合意*pacta dotalia*」を共に勅法集所定の寡婦相続分に優先させる第20条の趣旨に照らせば、「同じことが嫁資合意の場合についてもあてはまるにちがいない*idem quoque obtinebit in pactis dotalibus*」というのである。また、このような推論は、「同視されるものには、同一の性質、効力、効果がそなわる*aequiparatorum eadem est natura, virtus, et efficacia*」、「言葉の同じ種別と系列に位置づけられる事柄は特別扱いについても同じものを享受すべし*ea, quae sub eadem classe et serie verborum ponuntur iisdem privilegiis gaudere debent*」、「同一の区分の下に位置づけられたものは等しく判断されるべし*posita sub una et eadem determinatione, aequaliter etiam debent determinari*」といったように従来から法律家の間で様々に表現されてきた平等準則とも合致するとされる。

以上のような「選択」否認論の諸論拠に続いて列挙されているのは、この立場に与する論者たちと、彼等が紹介する裁判実務である。そこでは、モラーの『勅法集注解』の第20条注釈とそこに紹介されるライプチヒ参審裁判所の新たな判決、コラーの『ドイツ判決集』の判決61とそこに紹介されるイエーナの法学部判決団の鑑定意見、同じくコラーの『ドイツ判決集後編』判決286にペンゾルトが付した補注と巻末の裁判資料に収録された「ライプチヒ大学法学部 *facultas juridica Lipsensis*」の鑑定意見が挙げられ、最後の鑑定意見については、ペンゾルトの資料から（1568年を1586年とした誤植も含めて）そのまま全て引用されている。モラーによるライプチヒ参審裁判所の新たな実務の紹介に、ペンゾルトの補注とコラーの判決61を組み合わせる議論は、ベルリッヒの『実務解決集』に先立って1612年再刊されていたモラーの『勅法集注解』の第20条注釈に付された前記ローゼンの補注を想起させ、当然ベルリッヒもそれを手にし参照していたはずであるが⁴⁵⁾、奇妙にも、そのローゼンの補注そのものについ

45) ベルリッヒはこの箇所、シェブリッツの『ブランデンブルク辺境伯並びに選帝侯領の法令と慣習法』の第3部第2章第5節第6番以下も引用しているが、この典拠はペンゾルトの補注には見当たらず、ローゼンの補注から孫引きされたと推測される。

ては一切言及されていない。この箇所に限らず、『実務解決集』全体を通じて、ローゼンの補注が典拠として明示されることはないようであり、そこにライブチヒの他の書籍簡から公刊されたローゼン編集版の『勅法集注解』に対するベルリッヒ（あるいは義父グロッセ）の対抗心を見て取ることも可能であろう。

「選択」否認論の諸論拠の次に、容認論の七つの論拠が一つずつ反駁され（「異論への応答」）、否認論の論証が完了することになる（第30番）。まず、遺言による寡婦相続分の削減剝奪を禁じたアウグスト勅法集第3部第7条そのものに依拠する第一の論拠、そしてまた、同条を嫁資合意にも類推する第三の論拠については、遺言と嫁資合意（より一般的に終意処分と合意）を区別したコラー（判決61第23番から第25番）とは異なり、合意一般による寡婦相続分の削減剝奪も認めない立場を前提に、「婚姻が未だ締結されていない場合には別であり、婚姻が既に完遂されているならば妻は既に何らかの権利を取得し確保しているが、婚姻完遂前にはそのような権利は存しないという具合に区別する理由がある *secus est, si matorimonium nondum est contractum; ratio diversitatis est, quia matrimonio jam consummato, uxor jam aliquod jus habet quaesitum, et radicatum, quod non est ante matrimonium consummatum*」とされている。一方、嫁資の返還請求か法定相続分の主張かの選択を寡婦に許す第20条第3項に基づいた第二の論拠に対しては、この第3項は「勅法全体の規定にではなく直前の文言に関わっている *non ad universam constitutionis dispositionem, sed saltem ad verba praecedentia*」との反論が提示されている。第3項所定の選択が嫁資に認められるのは、「嫁資合意も法令も慣習法も存しない *neque pactum dotale, neque statutum, vel consuetudo extat*」ために寡婦が本条第2項所定の法定相続分を取得し得る場合に限られるというこの議論は、既に見てきたとおり、モラーの『セメストリア』以来、多くの論者が支持してきたものであり、ここでは、ペンゾルトによる『ドイツ判決集後編』補注第176番、ゴールトバックの『ゲラーデ相続論』前掲箇所第47番、モラーの『勅法集注解』第20条注釈第4番から第5番が典拠として引用されている⁴⁶⁾。

46) なお、モラーの第20条注釈では、「妻等は夫が存命にせよ亡くなっているにせよ持

一方、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文所定の困窮配偶者相続分をめぐる議論をアウグスト勅法集第3部第20条所定の寡婦相続分にそのまま当てはめる第四の論拠への反駁は、ベルリッヒ自身も認めるとおり（「第四の論拠は幾らかの重みを有しているけれども、よく吟味するならばやはり妨げにはならない *quarta ratio aliquid ponderis habere videtur, sed penitus*

参した嫁資を夫の財産から取り戻すことはできず、夫の財産の一定部分、つまり、その3分の1または4分の1に満足することを妻等に強いる慣習法は有効なのか、それとも、そのような慣習法にもかかわらず、いずれかの選択は妻等の意思に委ねられるべきなのか *num valeat consuetudo, ne mulieres vivis vel mortuis maritiis, e bonis illorum dotem illatam repetere possint, sed certa aliqua parte bonorum mariti, puta tertia vel quarta contentae esse cogantur, an vero eiusmodi consuetudine non obstante, mulierum arbitrio committendum sit, utrum horum eligere malint*」との問いが、同条に関わる第七番目の問題として提起され（第29番）、これに、「慣習法は有効である *valere consuetudinem*」と答える論拠の三つ目として、再び同条第3項末尾の文言の解釈が論じられている。その際、モラーは、「そのような妻の選択権は、亡き夫に子があるかないかの区別なく、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*」との文言の後半部分（「何れの場合においても、上述のとおり *in einem oder dem andern fall / wie obsthet*」）が、夫の子の存否に関する前半部分の単なる繰り返しではなく、「上述のとおり *wie obsthet*」との表現に照らせば、むしろ、第2項に見えた「その妻は富裕であるか困窮しているかの区別なく *so sol sein Weib one unterschied / ob si reich oder arm*」（第20条は、この点で、例えばカラーの判決61第34番が「非常に馬鹿げており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する *absurdissimum, et contra mentem Authenticae et omnium doctorum sententiam*」と批判していたザクセン流の普通法解釈をそのまま採用したことになる）を受けて、子の有無を夫自身の貧富に対応させ、「夫が豊かでも貧しくても *so sey der Mann reich oder arm*」との趣旨に解する観方を提示している（第37番）。ペンゾルトの補注は、このモラーの解釈に言及し与する一方で、妻の貧富を区別しない第1項の上記文言を夫に置き換えることなくそのまま第3項に当てはめているふしもある。いずれにせよ、ベルリッヒ自身はこれらの点には無頓着のようである。

inspecta parum nocebit」)、少々込み入っている。まず、(ザクセンの一般慣習法によって受容された)ローマ普通法上の配偶者相続分と嫁資合意所定の配偶者承継分との関係については、例えば、カラーの判決61第17番以下におけるイエーナ大学法学部判決団の鑑定意見を素材とした考察がそうであったように、後者を尊重し寡婦に前者の「選択」を認めない見解が主流であったのに対して、ベルリッヒ自身の立場はそれほど明確ではない。というのも、「直前の結論praecedens conclusio」、すなわち、結論26「妻の相続について、そして、普通法上、妻には亡き夫の財産から何が付与されるのかDe successionem uxoris, et quid ei ex bonis mariti defuncti debeatur de jure communi」では、「困窮する存命の妻に付与されるこの相続分を夫は遺言において奪うことも減らすこともできないmaritus hanc portionem uxori inopi superstiti debitam, nequidem in testamento aufere vel minuere possit」(第24番)のは当然としつつも、「同様に嫁資合意によっても困窮する妻のそのような相続分が奪われてはならないpactis idem dotalibus ejusmodi portionem uxori inopi non posse auferrī」との見解については、カラーの判決61第6番以下を典拠に「マッタエウス・コレルスが述べているtradit Matthaeus Colerus」と中立的に紹介されるにすぎない(第26番)⁴⁷⁾。一方、結論27では、アウグスト勅法集の第20条第1項を指示しつつ「このザクセンの勅法は妻が困窮していても富裕で豊かであっても適用されるので、妻は何れの場合でも夫の財産の4分の1もしくは3分の1を取得する quae constitutio Saxonica procedit, sive uxor sit inops, sive dives et locuples; utroque enim casu quartam vel tertiam ex bonis mariti consequitur」(第16番)と述べられていて⁴⁸⁾、困窮者のみを対象にした上記公撰集引用要約文所定の寡婦相続分との相違が強調されていた。第四の論拠に対する反論として、ベルリッヒが、「仮に勅法彙纂6巻18章第1法文の公撰集引用要約文に基づく相続分が嫁資合意によって奪われ得ないのだとしても ponamus, quod portio ex authentica praeterea Codicis unde vir et uxor per

47) Conclusiones practicabiles, III, 116. 引用は1644年アルンヘム刊のテキストによる。

48) Conclusiones practicabiles, III, 118.

pacta dotalia uxori auferri non possit]、「当該公撰集引用要約文に基づく相続分が妻に付与されるのは妻が非常に困窮し無力である場合に限られるportio ex data authentica praeterea uxori tum demum competit, si uxor prorsus est egena et inops]」のであって、「この点是我々の事案には当てはまらないquod non est in casu nostro]」と述べているのはこれらの議論をふまえたものと言える。また、結論26では、公撰集引用要約文所定の寡婦相続分を夫が遺言や嫁資合意を通じて削減剝奪することを禁じる議論について、「妻がその取分を所有や支配にまで及ぶ完全な権利として享受する場合、つまり、当該妻から生まれた子が存せず、別の婚姻による子等や傍系血族が存するにすぎない場合にのみそのように解されるべきであるita accipiendum est, solum de eo casu, ubi uxor portionem suam pleno jure, etiam quoad dominium et proprietatem lucratur, puta, si ex eadem uxore liberi non extant, sed alterius matrimonii, vel alii collaterales]」とする「諸博士doctores]」の通説が支持され、「同じ婚姻による子が存する場合には、4分の1について用益権を有するに留まり、所有権は子等に留保すべく義務づけられるsi ex eodem matrimonio liberi existunt, quo casu uxor solum habet usumfructum in quarta, proprietatem vero liberis salvam conservare tenetur]」とされている(第35番冒頭⁴⁹⁾)。ベルリッヒは、この「直前の結論」での議論を前提に、第四の論拠に対するもう一つの反論と

49) “諸博士が一般に解してきたとおり、如何なる仕方であれ妻に付与される取得分の全てについて、区別なく以上のように解されるべきではなく、妻がその取分を所有や支配に至る完全な権利において享受する場合、つまり、当該妻から生まれた子が存せず、別の婚姻による子等や傍系血族が存するにすぎない場合にのみそのように解されるべきである。これに対して、同じ婚姻による子が存する場合には、4分の1について用益権を有するに留まり、所有権は子等に留保すべく義務づけられるが、夫が困窮する妻のために遺言の中で何かを遺贈した場合には、妻はこの遺贈を上記4分の1の中に算入する義務はなく、当該遺贈を完全な権利として取得する”(Conclusiones practicabiles, III, 116.)。この通説の典拠となっているのは、勿論、公撰集第8集第18章(=新勅法第117勅法)第5節と公撰集第9集第10章(=新勅法第127勅法)第3節である。

して、「妻は前掲公撰集引用要約文によって所有権を得ているわけではなく、大抵は、用益権を有するにすぎず、所有権は妻の死後に夫の子等に返還される必要があるから、夫が嫁資合意によって妻から上記相続分を奪うことができないとしても、当該相続分は妻の死後に子等に復歸するので、何も驚くべきことはない*quia ex data authentica praeterea, uxor non habet proprietatem, sed ut plurimum usumfructum duntaxat, proprietas vero post mortem uxoris, liberis mariti restitui debet, ideo mirum non est, si maritus uxori in pactis dotalibus hanc portionem auferre non possit, cum ea post mortem uxoris ad liberos revertatur*」が、「妻が夫の財産から完全な権利として4分の1乃至3分の1の相続分を得るとされる我々の事案*casus noster, ubi uxor quartum vel tertium pleno jure ex bonis mariti kucratur*」、つまり、アウグスト勅法集の第20条所定の寡婦相続分が生じる場面では「話は別である*secus est*」とも述べている。

妻の財産の性質に着目する残る三つの論拠への反駁は簡潔である。まず、嫁資の状態の悪化は認められないという第五の論拠については、当該論拠が妥当するのは「正確かつ厳密な意味での嫁資について*in dote, vere et proprie sic dicta*」であって、「法定相続分は厳密に言えば嫁資とは言えない*portio statutaria proprie dos dici non potest*」とされている。なお、ここでは、「コレルスは別の仕方での点を解決している*aliter solvit Colerus*」との指摘の下、「嫁資合意によって夫が妻持参の嫁資の倍額を定めた*maritus per pactum dotale constituerat duplum illatae dotis*」事案を前提に「妻はその嫁資の二倍額を受領するので嫁資の状態を悪化させているとはいえない*dicitur mulierem non posse dotis suae conditionem deteriore reddere*」と論じたコラーの見解（『ドイツ判決集』判決61第26番）も紹介されている。他方、第六の論拠への反論はコラーの見解（同第28番）に積極的に依拠するものである。すなわち、これから妻になろうとする者が嫁資合意締結時に将来の寡婦相続分の放棄を望んだとは推定されないとする第六の論拠も、「一般に妻が未だ取得されていない財産について考えるということが十分あり得るのだとすればやはり妥当しない*non procedit, si mulier in genere de bonis nondum quaesitis verisimiliter*

cogitare potuisset」というのである。いわゆる「嫁資の優遇favor dotis」に依拠した第七の論拠については、第五の論拠と同様、「正確かつ厳密な意味での嫁資について当てはまるのであって、何らかの擬制を介すると共に将来の出来事に基づいて嫁資に類比され得るものには妥当しないobtinet tantum in vere et proprie sic dicta dote, non vero in iis, quae per fictionem quandam, ex futuro eventu doti assimilari possunt」とされている。

以上のような寡婦の「選択」否認論の論証に続いて、ベルリッヒは、これを補う問題点を二つ論じている(第31番から第33番)。一つは、モラーが『セメストリア』第1部第13章で論じていたいわゆる莫大損害を理由とする嫁資合意取消の可否である。この論点は、嫁資合意の有効性そのものを争う以上、妻が夫の亡き後に有効な嫁資合意を無視して法定相続分を「選択」できるか否かという論点とは次元が異なり、モラーの『勅法集注解』の第20条注釈においても両者ははっきり区別されていた(同注釈第10番は「第二に問題にしたいのはsecundo quaero」との書き出しで莫大損害原則の適用可否を「選択」の可否とは別に論じている)。ベルリッヒも、「妻が嫁資合意によって法定相続分の2分の1を超える損害を被ったmulier in pactis dotalibus ultra dimidiam portionis statutariae partem est laesa」場合の莫大損害の有無を、「1万フローリンの財産を有する富裕な夫が嫁資合意の中で夫の死亡時にわずか200フローリンのみを与えることでまだ若い妻を困窮させたvir dives qui in bonis habebat decem milia duxit in uxorem puellam egenam, cui in pactis dotalibus in casum suae mortis ducentes tantum florenos assignavit」とった具体例を挙げつつ、この問題を独立した論点として扱っている。ベルリッヒ自身の結論は、モラーと同じく、そのような場合であっても「嫁資合意は取り消され得ないし、妻が法定相続分へと立ち返ることを望んだとしても聞き入れられることはないpacta dotalia non rescinduntur, nec mulier ad portionem statutariam redire volens audiri debet」というものであるが、合計三つの理由付けを伴ったその論証はモラーよりも詳細である。一つ目の理由は、「配偶者の死亡という出来事eventus mortis conjugum」の「不確実性incertitudo」を考慮すれば(つまり「先に亡くなるのが妻なのか夫なのかははっきりしないincertum est, an uxor,

an vero maritus praemoriatur」のであるから、「別の場合であれば当然に成立する事柄の多くが許容されない *multa sustinentur, quae alias de jure non subsisterent*」というものであり、莫大損害を理由とする契約乃至合意の取消がここに言う「別の場合であれば当然に成立する事柄 *quae alias de jure non subsisterent*」の一つと解されているのは明らかである。売買であれば正当価格の2分の1に満たない代価で目的物を売却した者は契約の取消を許されるところ、配偶者死亡後の財産継承つまり「将来の相続 *successio futura*」を内容とする嫁資合意においては、夫婦の何れが先立つのか不明であり、そもそも何れに損害が生じるかが不確実である以上、「そのような不確実な事柄を損害として主張したり考慮することはできない *ea incerta non potest dici, vel considerari laesio*」というのである。この点は、既に見たとおり、モラーが、フランスの寡婦に言及したデュ・ムーランの見解を引用しつつ指摘していたところであり（『セメストリア』第1巻第13章第11番、『勅法集注解』第3部第20条注釈第11番）、ベルリッヒもそのモラーの見解を参照している。

なお、ここでは、モラーの『セメストリア』の他に、ヴィッテンベルクの法学教授であったアンドレーアス・ラウハバル *Andreas Rauchbar* (1559-1602年) が義父ミヒヤエル・トイバー *Michael Teuber* の遺した覚書を中心に編集した『普通法、ザクセン法、ザクセン選帝侯領勅法集の解明に資する五十の重要問題集 *Quinquaginta quaestionum insignium, ad juris communis, Saxonici, et Electoris Saxonicae Constitutionum provincialium declarationem pertinentium*』（1599年初版）の「前編 *Pars prior*」から問題20 *Quaestio XX* 「果実利息相殺特約は、月利2分の1及び12分の5の利息の約束が多く地域の禁じられている我々の慣行の下で、正当で許容されるのかどうか。そしてまた、相殺特約を得た債権者は質物から収受された果実の清算を義務づけられるのか否か *Antichreseos pactum, utrum moribus nostris, quibus usurarum semissimum et quicuncium stipulatio plerisque in locis interdicta non est, justum licitumque sit, nec ne? Et utrum creditor ἀντιχρωμενος ad ratiocinia fructuum ex pignore perceptorum teneatur*」の第17番から第24番、そして、ボルドー及びパリの高等法院評定官を歴任したアンドレ・ティラコー *André*

Tiraqueau (1488-1558年) の『勅法彙纂第8巻第56章第8法文注解Commentarii in legem Si unquam Codicis de revocandis donationibus』(1534年初版) から文言「贈与によって与えたdonatione largitus」の注釈第128番もまた引用されている。ただし、前者は、質におけるいわゆる「利息果実相殺特約 antichreseos pactum」の効力が質物たる農地の作柄(「収穫の良し悪し annonae sterilitas et utilitas」)のような「出来事の不確実性eventus incertitudo」によって左右されないという点が、売買をはじめとする様々な取引類型における同様の議論の援用によって論証される箇所であり、「不確実さやはっきりしない出来事は相互に相手を継承する旨の相続合意から相手方の死を狙う忌まわしい欲求を排除するincertitudo, dubiusque eventus a pacto de mutua et vicissitudinaria successione, excludit votum improbum captandae mortis alterius」(第22番⁵⁰⁾)との見解(これについてはI参照)も参照されてはいるが、嫁資合意における莫大損害の成否に直接ふれる議論ではない。また、後者も、「被解放者等liberti」に全財産を贈与した後に子に恵まれた「保護者 patronus」に贈与撤回を認める法文の注釈中で、「相互贈与は単なる無償の贈与とは見なされないreciproca donatio non censetur mera et gratuita donatio」(第127番)という点に関連して、「合意から損失と利益が生じ得るような場合、事後的にたまたま損失を被ったとしても、これを根拠に損害を被った解することは未成熟者の場合も含めて認められないが、それは、この種の損失が、もし別の出来事が起こっていたならば生じ得たかもしれない利益と相殺されるべきであるからであるquando ex conventione potest consequi damnum et lucrum, licet postea ex eventu damnum passus sit, non ex hoc laesus dicitur, etiam si sit minor: quia hujusmodi damnum debet compensari cum utilitate, quam ipse consequi poterat, si eventus aliter cecidisset」⁵¹⁾との見解を紹介しているにすぎず、寡婦の莫大損害の有無という論点との関係では、将来の不確実な出来事に「合意conventio」の効力は左右されないとの一般論としての意味を有するに留まる。

50) Quinquaginta quaestionum, I, 146. 引用は1634年ヴィッテンベルク刊のテキストによる。

51) Commentarii, 177-178. 引用は1567年リヨン刊第四版による。

二つ目の理由は、「富裕な夫と婚姻を締結する貧しい妻は夫の資産について不知であったとは推定されない*mulier inops cum viro divite nuptias cotrahens non praesumitur ignata ejus facultatum*」というものであり、その論拠として、「他人と契約する者は相手方の状況について不知ではないし不知であってはならないが、相続人については自発的に受遺者と契約したわけではないから以上の点を当てはめることはできない*qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius: heredi autem hoc imputari non potest eum non sponte cum legatariis contrahit*」との法文⁵²⁾に加え、「真正な価値を知って他人と契約する者はたとえ多大な損失を被ったとしても当該損失について訴えることはできない*qui sciens verum valorem cum aliquo contrahit, etiamsi enormissime laedatur, laesionem allegare nequit*」とする枢機卿ドメニコ・トスキDomenico Toschi (1535-1620年)の見解が参照されている。この見解は、トスキの『あらゆる裁判所で頻繁に見られる法実務の結論の集成*Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores*』(1605-7年初版、以下『法実務結論集』と略称)の第5巻(1606年初版) Lの項結論294*Conclusio CCXCIV*「莫大損害は多くの場面において当てはまらない*Laesio enormis non habet locum multis casibus*」に見えるもので、ベルリッヒが指示しているのは、「莫大損害*laesio enormis*」は「真正な価値を知った上で宣誓を以て異議を申し立てない旨約束した者には当てはまらない*non habet locum in eo, qui sciens verum valorem promisit non venire contra cum iuramento*」との一節(第7番)と、「目的物の価値を知りつつ処分した場合*si alienavit sciens varorem rei*」、その者は「損害を奇貨として取消を訴えることはできない*non potest agere ad recissionem praetextu laesionis*」との一節(第30番)である⁵³⁾。また、ベルリッヒは、三つ目の理由として、「損害について訴えるためには、契約時に契約する理由となった財産を有していて、損害が生じたことが必要である*ut quis laesionem allegare possit, requiritur, quod is tempore contractus habuerit quaedam*

52) D.50, 17, 19, pr.

53) *Practicae Conclusiones*, V, 323-324. 引用は1606年ローマ刊初版による。

bona, quorum causa contraxit, et laesio intervenit」ところ、「嫁資合意時に妻が自己の財産を有しているわけでも夫の財産を有しているわけでもないのは自明である tempore pactorum dotalium mulierem nulla habuisse bona, neque propria, neque mariti, extra dubium est」と指摘する際にも、同じトスキの『実務結論集』第5巻から、結論295 Conclusio CCXCV「損害は契約締結時に考慮されねばならないが、そうとは言えないのは如何なる場合か Laesio attendi debet de tempore celebrati contractus, et quando secus」の冒頭箇所（第1番及び第2番）を援用している。そこでは、「損害が生じるためにはその損害がそれが生み出されるもとなつた契約の締結時に吟味されねばならず、偶然に生じる事柄は考慮されない laesio ad hoc, ut habeat locum debet considerari tempore contractus, a quo inducitur ipsa laesio, non autem habetur in consideratione, id quod contingit」との原則が提示され、「その理由は、何かが利益にも損害にもなり得る場合、たまたま損害が生じたとしても、これによって誰かが損害を被ったとはたとえその者が未成熟者であるにせよ解されないし、被害者として原状回復を得ることもないからである ratio est, quia quando aliquid potest se habere ad commodum, et damnum, licet causaliter contingat damnum, non per hoc quis dicitur laedi etiam si esset minor, nec restituitur, ut laesus」と論じられている⁵⁴⁾、この議論も、莫大損害論の射程一般に関わるもので、嫁資合意に基づき亡き夫の財産を承継する妻について莫大損害の有無を論じるものではない。ベルリッヒが引用する典拠の中で、そのような寡婦の莫大損害の有無を直接論じたものは、結局、モラーの『セメストリア』と『勅法集注解』だけであり、学位取得時の口頭試問の記憶に基づいてモラーが指摘した「ヴィッテンベルク法学部判決団 collegium juridicum Wittenbergense」の立場も論証の末尾で参照されている。

なお、ベルリッヒは、婚姻時に嫁資合意を締結していた寡婦に莫大損害を認めないとの結論について、「妻や嫁資合意に立ち会ったその親族等が、慣習法や地域の法令によって存命の妻に夫の財産の何がどの程度与えられるべきなの

54) Practicae Conclusiones, V, 326.

か知らなかった場合はこの限りではない *nisi mulier et ejus cognati, qui pactis dotalibus intersuerunt, ignoraverint, quid et quantum ex consuetudine, vel loci statuto superstiti uxori ex bonis mariti debeatur*」との例外を認めている(第33番)。つまり、「この場合、妻は嫁資合意に拘束されることはなく、その善意に照らして、たとえ2分の1を超える損害が無くても、当該嫁資合意を無視し、法定相続分に逃げ込むことができる *tunc uxor pactis dotalibus alligatur, sed ea bona conscientia, etiamsi ultra dimidiam non fuerit laesa, spernere, et ad portionem statutariam confugere potest*」というのである。その理由として、「婦女は、この上なく吝嗇なものであるから、より多い法令上の取得分をそれと知りながら放棄し、より少ない嫁資合意上の取得分を選択するとは推定されない *mulier, utpote genus avarissimum, non praesumatur majorem portionem statuti, si eam scivisset, omittere, et minorem in pactis dotalibus eligere*」という点と、「婦女が、そのような安いわずかな金額によって自らの純潔と自由を売り渡し、自らの身体を夫の権力に委ね、前婚による子等が既に存する場合には特にそうであるが、子を育てる苦勞を敢えて背負い、分娩に伴う多大な危険に耐えて子の出産を経験することを望むというのはいささかありそうもない *verisimile non est, eod mulier pro eiusmodi vili et parva summa suam virginitatem, et libertatem vendere, se suumque corpus potestati mariti subijcere, tantum onus in educandis liberis, inprimis, si liberi propriis matrimonii adsint, sustinere, et tam grande periculum partus subire, et liberorum procreationem experiri voluerit*」という点が指摘されている。典拠として二つの法文が引用されているが、一つは、「参加諾約 *adpromissio*」によって他人の債務を保証すること(いわゆる「加入 *intercessio*」)を婦女に禁じたウェッレイユス元老院議決 *senatus consultum Velleianum* (46年) が贈与の意図で他人の債務を弁済した場合には適用されない理由として、「誰かに贈与するよりも債務を負う方が婦女には容易であるから *facilius se mulier obligat, quam alicui donat*」と述べるもの⁵⁵⁾、もう一つは、「妻等 *mulieres*」の嫁資返

55) D.16, 1, 4, 1.

還請求権の担保として夫の総財産上に特権化された法定抵当権を認めるにあたって、「朕の諸法律により妻等のために多くの特権事項がもたらされた以上、夫等に示す献身、出産に伴う危険、子の出生故に妻等を哀れむ者などそもそもいるであろうか *quis enim earum misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum, et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia?*」と述べるもの⁵⁶⁾であり、何れも、特別な法的保護を必要とする婦女特有の性格や境遇にふれるものにすぎない。莫大損害による嫁資合意の取消を法定相続分の不知を理由に例外的に寡婦に許容するベルリッヒの上記主張も、婦女特有の性格や境遇を前提に寡婦に有利な結果を導くものであり、そこに当時の法律家の平均的な女性観を読み取ることも可能であろう。

ところで、この議論では、妻だけではなく、「嫁資合意に立ち会った親族 *ejus cognati, qui pactis dotalibus intersuerunt*」の不知についても同様の帰結を認めている。この親族の立会への言及は、直接には、莫大損害の有無とは別にもう一つ検討されている問題を受けたものと解される。すなわち、ベルリッヒによれば、寡婦に嫁資合意の無視と法定相続分の主張を容認しない見解は、「妻が保佐人を伴わずにその他親族等の立会の下に嫁資合意を作成し、その嫁資合意の中で法定相続分を放棄したとしても、やはり、合意を無視して法定相続分に逃げ込むことはできないという意味でも正しい *in tantum vera est, ut licet mulier absque curatore, in praesentia tamen aliorum cognatorum, pacta dotalia conficiat, et in eis portioni statutariae renunciaret, nihilomagus tamen relictis pactis ad portionem statutariam confugere possit*」というのである(第31番)。ベルリッヒの議論は、他にモラーの『勅法集注解』を引用するだけで、先に見た莫大損害をめぐる叙述と比べると非常に簡略なものになっているが、ここで注目すべきなのはむしろ、モラーの『勅法集注解』から、第3部第20条の注釈に加えて、第2部第43条のそれも参照されているという点である。第20条注釈からは、「嫁資合意が夫婦の血族や姻族の立会で締結された *pactum*

56) C.8, 18, 12, 1.(モムゼン版ではC.8, 17, 12, 5.)

dotale intervenientibus utriusque coniugum cognatis et affinibus contractum fuisse」以上、「彼等の立会が、裁判官の立会と同様に、あらゆる詐欺、悪意、損害の推定を排除する quorum praesentia, quemadmodum et iudicis, omnis fraudis et doli et laesionis praesumptionem excluderet」とする第1番、「婚姻しようとしている未成年女性乃至成年女性が裁判官に保佐人の選任を求め、その許可の下に、未来の夫との間で嫁資や婚姻故の贈与について約定するという慣行はなく、両親や親類、あるいは、その他血縁のない仲介者間でこの種の取引が交わされるというのがほとんど全ての民族に共通の慣習である moris non esse, ut puella vel mulier nuptura, a iudice curatorem peteret, quo autore, de dote, vel donatione propter nuptias cum futuro marito pacisceretur, sed inter parenets et consaguineos, aliis arbitris remotis, notissima omnium fere nationum consuetudine, huiusmodi negocia tractari solere」とする第2番、「日々行われ行われるのが普通である事柄は正当に為されており正当な事柄である quod quotidie fieret, fieri soleret, id legitime fieri, vel legitimum esse」とする第3番、そして、寡婦の「選択」否認論に与した「ライプチヒの参審人等 Scabini Lipsenses」の新たな実務を紹介する第10番がそれぞれ引用されている。これに対して、第43条注釈から引用されているのは、「後から嫁資合意を破棄し、地域の法令や慣習法に基づき亡くなった夫がその財産によって妻に対して義務づけられているものを選択する恐れがある fiat, postea repudiato pacto dotali, id eligat, quod ex statuto vel consuetudine loci viris defunctis e bonis ipsorum superstitibus mulieribus debetur」との理由から、「嫁資合意には妻の側に保佐人も必要とされ、保佐人の助成を得て明文で嫁資合意に同意すべきである pacta dotalia ex parte mulieris etiam curatorem exigere, et ut illius interveniente autoritate in ea expressis verbis consentiat」とする出典不明のヴェーゼンバックの見解に対して、モラーが、「私の見た限りでは、この地方の慣習上、保佐人が嫁資合意に立ち会うことはなく、尊属、近親者、姻戚者間でこの種の合意が締結されており、また、保佐人が立ち会う合意は少なからず見かけたが、その中にこの種の合意を見た記憶はない de consuetudine harum regionum, quantum observare potui, curatores illis adhiberi non solent,

sed inter parentes, propinquos et affines eiusmodi pacta contrahuntur, nec memini me ullum vidisse, etsi viderim non pauca, quibus curator adhibitus fuisset」と反駁する箇所(第5番⁵⁷⁾)である。この箇所ではモラーは、「保佐人無しに妻が締結した場合、妻は事後に後悔して、慣習法や法令が妻に与えるものを選択できるsi absque curatore contrahat mulier, posse eam poseta poenitere, et id eligere, quod consuetudo vel statutum mulieribus tribuit」と同じくヴェーゼンバックの指摘に対して、「そのように解し得ない旨すでに他の箇所でも述べたし、ライプチヒ参審裁判所でも今日そのように判示されているid facere cur non possit alibi dixi, et ita in Scabinatu Lipsensi hodie pronuntiatu」と述べている。ここに言う「他の箇所でもalibi」というのは第3部第20条注釈の上記第1番と第2番である可能性が高く、そうであるとすれば、「ライプチヒ参審裁判所でも今日そのように判示されているet ita in Scabinatu Lipsensi hodie pronuntiatu」と述べる際にモラーの念頭にあったのも、第20条注釈の第10番で紹介されたライプチヒ参審裁判所の「選択」否認論に与する新たな判決であったことになる。この判決が嫁資合意における保佐人不要と親族立会の慣行に言及したものかにははっきりしないものの、ベルリッヒもまた恐らくは同様の読みに基づいてモラーの第20条注釈と第43条注釈を並べて引用したのであろう。

モラーの注釈に示唆されベルリッヒが着目したアウグスト勅法集の第2部第43条と第3部第20条の連関は本稿にとっても極めて重要である。というのも、夫死亡時に妻が取得すべき財産として嫁資合意の中に定められたものが、第20条所定の寡婦相続分に優先する(つまり寡婦の「選択」を認めるべきではない)との結論を引き出すためには、その前提として、当の嫁資合意自体が第43条の定める方式上の要件を満たして有効に成立し存続している必要があるからである。コラーやモラーが言及した事案では、嫁資合意に基づく寡婦の取得分が当時の計算上の貨幣単位によって表示されているが、これが特定の財産の価値を示すのではなく、例えば2,000グルデン相当の価値の資産から50グルデン分と

57) II注43参照。

いう趣旨だとすれば、40分の1の割合での包括承継が嫁資合意中に定められたことになる。第43条が念頭に置いているのも、「婚姻特約によって、例えばその中で死亡時に相続財産が遺贈されている場合のように、それが契約としての効力を保持できず保護されないような事態が生じたならば *Do es aber mit den Ehestiftungen die gelegenheit hette / das sie in vim contractus nicht können erhalten noch beschützt werden / als do die Erbschafft auff den todesfall dorinnen vormacht*」との文言にも示唆されるとおり、そのような包括承継を目的とした嫁資合意である。既にⅠ及びⅡで詳しく検討したように、夫婦間相続目的の嫁資合意の有効要件については、アウグスト勅法集の制定以前から、合意による相続を認めないローマ法の原則に対する例外という位置づけの下、相続合意一般をめぐる中世来の議論を参照しつつ論じられ、裁判実務上もそれに沿った解決が図られていた。第43条は、この既存の実務慣行を明文化するもので、「勅法 *Constitutio*」として定められてはおらず、モラーの第43条注釈も「勅法」である第20条のそれに比して簡潔なものであった。第43条の注釈に相当するベルリッヒの『実務解決集』第2部(1615年初版)の結論51「嫁資合意について、それは契約と終意処分の何れとして有効なのか、有効であるとすればそれはどの程度そうなのか、また、嫁資合意には何名の証人が必要とされるか *De pactis dotalibus, an et quatenus in vim contractus vel ultimae voluntatis valeant, et quot testes in illis requirantur?*」⁵⁸⁾は、このモラーの注釈をふまえて、豊富な文献引用と立法資料(ザクセン勅法意見集)の参照⁵⁹⁾によって従

58) 全体の試訳は「普通ザクセン法における嫁資合意」(獨協法学第93号)参照。

59) モラーが『勅法集注解』参照していない(あるいはできなかった)典拠の中で、『問題判定議論集』の第1部問題9(結論51第10番で「ザクセン勅法意見集第1巻 *Consultationum constitutonum Saxonicarum tomus primus*」として引用)や『問題判定議論集』第1部問題14(結論51第13番で「ザクセン勅法意見集第2巻 *Consultationum constitutonum Saxonicarum tomus secundus*」として引用)と共に注目されるのは、ファックスの『市民法ザクセン法相違集』の第2版(ゲアハルト・フェルマン Gerhard Velmannの編集で初版と同じくケルンで1569年刊)に第二巻としてベネディクト・ラインハルト Benedict Reinhardの相違集(全六部構成)が新たに追加された後、

来の議論を総括する内容となっている。以下、ベルリッヒの議論を辿りつつ、第43条をめぐる議論を今一度確認しておきたい。

結論51の冒頭、ベルリッヒはまず、嫁資合意の遵守と相続合意の禁止という二つの原則との関係で、夫婦間相続目的の嫁資合意の位置を確認している。すなわち、「嫁資合意は徹底して遵守されるべし *pacta dotalia omnino esse servanda*」との命題が文字通り原則として通用するのは、「この種の合意が嫁資若しくは婚姻故の贈与についてのみ交わされた場合 *ejusmodi pacta de dote solummodo, vel dotatione propter nuptias concipiuntur*」に限られ、「この嫁資合意が嫁資や婚姻故の贈与の枠を超えて、例えば、夫婦間相互の相続に関する合意、つまり、夫婦の何れか存命の者が先に亡くなった相手方を相続する旨の合意のように、嫁資や婚姻故の贈与以外の財産について交わされたならば *si haec pacta limites dotis, et donationis propter nuptias egrediantur, et de aliis bonis, quam de dote et donatione propter nuptias, puta de mutua successione conjugum concipiuntur, ut scilicet alteruter conjugum superstes illi, qui prius decedit, succedat*」、当該嫁資合意は「端的に無効で無益なのである *prorsus*

更にクリストフ・ツォーベル *Christph Zobel* の考察も加えて、アウグスト勅法集の編別に合わせ全四部に再構成された版（フランツ・レーマー *Franz Römer* の編集で1598年にライプチヒで公刊）の第2部相違48である（結論51第5番、第7番、第13番で引用）。1560年に亡くなったツォーベルはアウグスト勅法集の立法過程に関わっていないが、同世代のファックス等の考察と共に、その後成立した勅法集の構成にあわせて整理されることで、その立法趣旨を確認する文献として利用されたのである。この相違48では、「しかし今日、我々の諸博士は、このような疑念を除くため、この種の合意が死因贈与かその他の終意処分として有効となるべきとの結論を添えるのが普通である *sed hodie ad removendum omne dubium Doctores nostri solent hanc apponere clausam, ut valere debeant talia pacta in vim donationis caussa mortis, vel alterius cuiusque ultimae voluntatis*」（*Differentiae*, 400. 引用は1598年ライプチヒ刊の初版による）との一文で終了するツォーベルの考察に続いて、アウグスト勅法集第2部第43条が掲げられると共に（第12番）、既存の相違集の関連箇所として、ラインハルトの相違集の第1部相違44と相違25が収録されている（第13番及び第14番）。

invalida, et irrita sunt」(第1番及び第2番)。夫婦間相続目的の嫁資合意は、結局、相続合意禁止原則の例外としてその有効性が認められる場面においてのみ、嫁資合意遵守原則のいわば例外の例外として、その遵守が求められることになる。そのような例外的場面をベルリッヒは合計四つ挙げている。第一に、嫁資合意において「契約や贈与の文言*verba contractus, vel donationis*」が用いられている場合であり、「嫁資や婚姻故の贈与を超えて存命配偶者に与えられるべき死亡者の財産について何か定める合意*pacta ultra dotem, et donationem propter nuptias aliquid de defuncti bonis superstiti cojugi dandis disponetia*」は、「夫婦の一方が他方をその死後に相続するというように遺言の文言を用いて作成された*sunt concepta per verbum testamenti, ut scilicet alter alteri conjugii post mortem ejus succedat*」場合には無効であるが、「夫婦の一方が亡くなった場合にはその財産の中からこれだけのものが存命の配偶者に贈与され付与されねばならない旨合意されていた*est conventum, si unus ex conjugibus decedat, quod ex ejus bonis conjugii superstiti tot donari et dari debeant*」ような場合には「完全に有効になる*bene valent*」とされる(第3番)。第二に、仮に「遺言の文言*verbum testamenti*」が用いられたとしても「夫婦の内の存命者が先に死亡した配偶者がある特定の財産に限って相続する旨合意された*provisum est, ut conjunx superstes praemorienti conjugii in certis quibusdam rebus tantum succedat*」場合においては、やはり完全に有効な合意として直ちに両当事者を拘束する(第4番)。これら二つの場面では亡き配偶者の財産からの特定承継が想定されているのに対して、第三の例外とされるのは、嫁資合意が夫婦間の「包括承継*universalis successio*」について交わされた場合である。この場合、嫁資合意は「合意乃至契約としては無効である*non valent vi pacti vel contractus*」が、「今日、どこであれ慣行上、つまり、ドイツの周知の慣習法により、死因贈与もしくは他の終意処分として有効性を有するものと益々見なされるようになっていっている*hodie ubique moribus, et notissima Germaniae consuetudine invaluit, ut ejusmodi pacta dotalia de universali successione in vim donationis causa mortis, vel alterius ultimae voluntatis validitatem habeant*」というのである(第5番)。ここでは、コラーの『ドイ

ツ判決集』の判決61も典拠の一つとして挙げられており、ベルリッヒもまた、コラーの紹介する事案を夫婦間の包括承継目的の嫁資合意と理解していたことが分かる。第四の例外もまた、「包括承継について作成され、合意乃至契約としては有効足り得ない嫁資合意 *pacta dotalia de universali successionem, quae in vim pacti, vel contractus valere non possint*」に関するものであり、そのような嫁資合意であっても「公簿に登録され裁判官に申請される *ad acta publica referantur, et iudici insinuentur*」ならばやはり「確認され承認される *firma rataque erunt*」(第7番)。立法時の議論も含めてⅡで既に詳細に検討したとおり、アウグスト勅法集第2部第43条は、契約的文言の使用や目的物の特定性故に特定承継目的の嫁資合意が有効となることは当然の前提として、実務上の懸案であった夫婦間の包括承継目的の嫁資合意を「終意処分 *ultima voluntas*」に読み替え有効化する後者二つの場面について特に明文化したのである。

続いて、ベルリッヒは、「嫁資合意の作成には何名の証人を要するの *quotnam testes ad pactorum dotalium confectionem requirantur*」との論点について検討している(第8番から第19番)。ここでは、夫婦間相続目的の嫁資合意が例外的に有効になる場面として冒頭に整理された内容に即して、「契約 *contractus*」として「二名乃至三名の証人 *duo, vel tres testes*」の立会が要求される場合と、「終意処分 *ultima voluntas*」として「五名の証人 *quinque testes*」の立会が要求される場合とが区別される。すなわち、特定承継目的の嫁資合意については「契約」と同様に「二名乃至三名の証人」の立会で足りるところ、「遺産全体やその一定割合 *hereditas, et quota eiusdem*」を対象とした包括承継目的の嫁資合意については少なくとも「五名の証人」が要求されるのである。第43条は、前段で、この証人数の区別を明示する一方、後段では、裁判所への申請を「五名の証人」の立会に代える余地も認めている。『実務解決集』第3部結論27において言及された保佐人の要否(「嫁資合意において妻は保佐人を必要とするのか *an in pactis dotalibus mulieres opus habeant curatore*」)も、証人の数と並ぶ嫁資合意作成上の論点の一つと言えるが、ベルリッヒはこの結論51では論じることなく、結論17「妻が有効に契約を締結し義務を負担する際に保佐人の同意や助成は必要か否か、必要であるとすればそれはどの程度

かAn et quatenus mulieres cum, vel sine consensu et autoritate curatorum efficitur contrahendo obligari possunt?」の一節を参照させている(第20番)。結論17は、「妻が有効に契約を締結できるためには後見人の助力と許可を要するか否か、そしてそれはどの程度かob und wie die Weibspersonen beständiglich contrahiren können, mit oder ohne der Vormünder Zutun und Bewilligung」について定めたアウグスト勅法集第2部第15条の注釈に相当するもので、そこには、保佐人の助成が例外的に不要とされる第18番目の場面として、「妻の血族や近親の姻族が行為に立ち会うならば、夫や保佐人の同意は不要であり、近親者の立会いの下に妻によって為された行為は確定的に有効となるsi consanguinei, et proximi agnati mulieris alicui actui interveniant, tunc consensu mariti vel curatoris non opus est, sed actus ita a muliere in praesentia suorum consanguineorum celebratus, firmiter valet」⁶⁰⁾(第84番)との記述が見出される。既婚婦女の契約締結に関するこの一般論が、婚姻に際して嫁資合意を締結しようとしている婦女(つまり厳密には未婚の婦女)にも類推されるべきものとベルリッヒは考えているようである。

結論51において最後に論じられているのは、「夫婦が互いに相手方の意に反して嫁資合意を撤回し、嫁資合意中に定められたものを削減しあるいは削除することは可能なのかan alteruter ex conjugibus pacta dotalia altero invito revocare, et illud, quod in pactis dotalibus conventum est, minuere, vel tollere possit?」、である(第21番から第29番)。この点も冒頭に整理された嫁資合意の諸類型に即して図式的に論じられている。まず、「嫁資や婚姻故の贈与についてのみ、あるいは、特定の物についてのみ、あるいは、契約や贈与の文言を用い遺言の文言の用いず、為されたといった理由から、嫁資合意が契約の効力によって維持され得るpacta dotalia ex vi contractus sustineri possunt, puta, quia de dote et donatione propter nuptias tantum, vel de certis quibusdam rebus, vel per verba contractus, et donationis, et non per verba testamenti sunt concepta」場合については、「一般に合意や契約は両当事者の相互的な同意に

60) Conclusiones practicabiles, II, 62. 引用は1644年アルンヘム刊のテキストによる。

よってのみ解消され取り消される *trahitur est, quod pacta, et contractus non nisi mutuo utriusque partis consensu dissolvantur, et revocentur*」から、当該嫁資合意においても「夫婦の一方が他方の意に反して合意を変更したり取り消すことはできない *alteruter conjugum altera parte invita pacta mutare, et revocare non potest*」とされる(第25番)。他方、「遺産の全体やその一定割合について為されたとの理由から、嫁資合意が契約という方式では維持できず、終意処分もしくは死因贈与の法によってのみ有効である *pacta dotalia in modum contractus sustineri non possunt, nisi jure ultimae voluntatis, et donationis causa mortis valeant, puta, quia de universali hereditate, et quota eius parte sunt concepta*」場合については、「死因贈与は何時でも相手方の意に反して撤回可能である *donatio causa mortis quoadcunque etiam altera parte invita revocari potest*」とされ、「終意処分が如何なるものであれ死に至るまで不確定である *quaelibet ultima voluntas ambulatoria est, usque ad mortem*」とされる点に照らせば、「夫婦の一方は他方の意に反しても、合意から離れたり意思を変更することができる *alteruter conjugum etiam altera parte invita ab iis resilire, et voluntatem mutare potest*」ことになる(第26番)。それでは、「終意処分」としての効力を有するにすぎない包括承継目的の嫁資合意の一方当事者が撤回することなく亡くなった場合、当該嫁資合意の効力が確定し存命の他方当事者を拘束することになるのか、それとも、存命の当事者は依然として撤回可能なのであろうか。『実務解決集』第3部結論27で論じられた寡婦の「選択」の可否こそこの問題に他ならない。結論51においても、その末尾において、「嫁資合意があり、そこに妻は夫の死後一定の財産を受領すると定められ、当該合意が夫の生存中に撤回されなかった *pacta dotalia adsunt, et in iis cautum, ut uxor post mortem mariti certa quaedam bona accipiat, eaque pacta in vita mariti revocata non sunt*」場合が想定され、「妻は、嫁資合意が残されているにもかかわらず、法令や慣習法が妻に与えている3分の1または4分の1の相続分を主張できるのであろうか *an uxor relictis pactis dotalibus, ad tertiam vel quartam portionem, quam ei statutum, vel consuetudo defert, redire possit?*」との問題が提起されているが、バルリッヒはその解明を結論27に委ねている(第

30番)。寡婦の「選択」をめぐるベルリッヒの考察は、アウグスト勅法集の第2部第43条と第3部第20条とが織り成す意味連関を明確に意識した上で展開されていたのである。

(未完)