

《論 説》

相続と嫁資合意

——現代的慣用とは何か——(5)

藤 田 貴 宏

V

アウグスト勅法集の逐条注解の形式による包括的な実務考察の伝統は、モラーの『勅法集注解』からベルリッヒの『実務解決集』を経て、ベネディクト・カルプツォフBenedikt Carpzov(1595-1666年)の『ローマ=ザクセン裁判法学*Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica*』¹⁾(1638年初版、以下『裁判法学』と略称)へと継承される。『裁判法学』公刊当時、「ライプチヒ参審裁判所筆頭参審人*Scabinatus Lipsiensis Senior*」と「ザクセン選帝侯の上級宫廷裁判所陪席判事*Curiae electoralis Saxoniae supremae Assessor*」を兼任する地位にあつ

1) 表題頁には、『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四部に区分されたローマ=ザクセン裁判法学、そこでは、法廷、とりわけザクセンの法廷において頻繁に現れ、一般にライプチヒ参審裁判所と呼ばれる高名なザクセン七人委員法廷において、ローマ市民法、皇帝法、カノン法、ザクセン法、地域固有法に基づき審理され判示された事件や問題につき、参審人諸氏の命令や判決によって裏付けられた簡明かつ確実な法的定義が提示される*Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica secundum ordinem Constitutionum Divi Augusti Electoris Saxoniae in partibus quattuor divisa, rerum et quaestionum in foro, praesertim Saxonico, ut plurimum occurrentium et in dicasterio septemvirali Saxonico celeberrimo, quod vulgo Scabinatum Lipsiensem appellant, ex iure civili, Romano, Imperiali, canonico, Saxonico et provinciali tractatarum ac decisarum, definitiones iudiciales succinctas et nervosas, placitisque et sententiis dominorum sacabinorum corroboratas exhibens*』、とある。

たカルプトオフは、そのフォリオ版で六頁にわたる内容的にも幾分冗長な「読者宛て序言praefatio ad lectorem」²⁾において、まず、同時代の裁判実務に即し

2) “親愛なる読者よ、私は次のことを認めねばならないむしろ進んで認めることにしたい。すなわち、市民法については、ほとんど無数の著作が公刊され、今もなお何千もの著作が、法学の公的な修得にとって有益な著作のみならず、嘆かわしいことではあるが、有害な著作も含めて、日々生まれていることを。確かに、既に何世紀も前から流布している喜劇役者の言葉、「以前に言われざりしことは何も言われざりき」、が、真理であり、今日、著述家等が事柄の目新しさには貢献し得ず、ラナルドゥス・リドルフスがフランキスクス・ウィウィウスに宛てた書簡の中で嘆いているように、市民法を教授し専門とする人々については、同じことを六百回も繰り返すことを使命としている以上、とりわけそのように言えるのだとすれば、ユリアヌス、ポンポニウス、スカエウォラ、パウルス、ウルピアヌス、パピニアヌスその他この水準に属する古代の法律家等の著作、あるいはまた、その一人の著作、例えばパピニアヌスや、学習者が法の知識を修得するに当たって他の指導者やより良い指導者がもはや不要となるほどに十分な他の誰かの著作で事足りたはずである。ところが、法学は形を変えてしまい、その後無秩序にばらばらとなっていた古代ローマ人の法律、皇帝の命令、法務官の告示、法律家の解答は、ユスティニアヌス帝によって一体のものとして総括され編纂された。それが、歴史書によれば「文盲（アナルバートス）」であったとされる皇帝自身ではなく、むしろ、トリボニアヌス、ドロテウス、テオピルスその他の教師等から成る助言者によって是認されたということに我慢ならないとすれば、つまり、法学のより簡明な解明のためには何かが不足しているのだと言うならば、それについては、前の時代や現代が輩出する法律家たちが既に十二分に補ってくれている。彼等の仕事と努力は、アックルシウス、バルトルス、ヤーソンの後を受けて、我々の法の極めて不明確かつ錯綜した影の部分にそのように多くの光を当てたのであり、それをもし法学と言ってよければ、法学の意義を立証したことにもなろう。アルキアトゥスを頂点とするイタリア人たち、二人のアントニウス、すなわち、アントニウス・アウグストゥスとアントニウス・ゴレアヌスの名声を称えるスペイン人たち、ブダエウス、ドゥアレヌス、モリナエウス、クヤキウス、ホトマヌス、ペトルス・ファベルを賞賛するフランス人たち、そして最後に、ドネルス、ウェーセンベキウス、シカルドゥス、ザシウス、リッテルフシウス、ウールテュスその他卓越した法律家たちの栄光と名誉を常に先人たちの名誉に優先させるドイツ人たちがそうである。彼等による才気に溢れかつ極めて学識豊かな成果に倣っ

て、理論的な研究の助けを何か加えようとする者がいれば、ある者の証言によって賞賛されるどころか、むしろ多くの人々の引き止めに煩わされることになりはしないだろうか。この点、私は敢えてはっきり述べることはしない。ただ、私が大いに危惧するのは、今日見られるような多くの著作群を前にして、ユスティニアヌス帝の手で30万行にまで増え労苦を強いるように見える法学に敢えて採り組もうとする者など現れない、そのような事態になりはしないか、という点である。というのも、法学を果てしのないものと考えたり、有限ではあるがほとんど無限の書物の中に書かれているものと思ひ込んだりするからである。要するに、損なわれた法学に関する新しい注解書の編集者たちから何らかの助力が得られるどころの話ではなく、むしろ、法学は彼等によって歪曲され完膚なきまでにまでに損なわれていると言っても過言ではないのである。これに対して、その夜業を通じて実務慣行や裁判実務に貢献すべく努め、裁判所や法廷の判決について考察注解を加え、判事事項の（一般に先例と呼ばれる）権威を重んじる人々の努力は非常に有益であると私は常々評価している。ここでは、あたかもトロイの木馬から溢れ出るように、多くの考察集、問題集、判決集を見出すことができる。例えば、ガイリエルムス・ホルトロトゥス [→カッサドル?], ヨハネス・コルセリウス、アッフリクトゥス、カピティウス、グラマティクス、ニコラウス・ボエリウス、グイド・パバエ、フランキスクス・マルクス、モヘダヌス、ペトルス・ベニンテンドゥス・プテウス、ウェラルス、ヒエロニウムス・ラウレンティウス、オザスクス、アンドレアス・ガイリウス、ハルトマン・ピストリス、モデスティヌス・ピストリス、カウアルカヌス、ヨセフス・ルドウィクス、ヨアキム・ミュンシゲルス、ニコラウス・レウスネルス、アントニウス・ファベル、ウインケンティウス・デ・フランキス、アントニウス・テッサウルス、クレスケンティウス、マゴニウス、フランキスクス・ウィウィウス、ウァラスクス・ウィウィウス、ウァラスクス・ルシタヌス、アントニウス・デ・ガンマ、アレクサンデル・ラウデンシス、マッタエウス・コレルス、ドミニクス・アルマエウス、ペトルス・スルドゥス、アンドレアス・ラウクバルス、ペトルス・ヘイギウス、ウィルギリウス・ピンギゼルス、フランキスクス・ミラネンシス、アントニウス・デ・アマティス、ヒエロニウムス・マリリアヌスその他多くの人々によるものがあり、そこでは、裁判の重要論点が思慮深く考察され、時には両論に分かれて討究され、法の精通者たちの熟達した助言に基づき判定されているのが見出される。これらの考察集にせよ、問題集にせよ、判決集にせよ、その出現が決して絶えることはないであろうし、その有用性が失われることもないであろう。当然ながらそれは、常に自然が新しい事

象を生み出し、新たな形態の紛争をもたらし、それらの紛争をめぐる判断が、将来判断する人々に、彼等が同種の事案において従うべき範例をもたらすからである。また、事件を担当する弁護士や代訴人だけではなく、他の助言者や判決を下す職務を担う人々もまた、これらからいつでも何かを求めあるいは選択でき、助言や判決の際にいわば論拠として臆することなく安全にそれに依拠できるという点についても何ら疑いの余地は無い。多くの地域、そしてまた、ドイツ人と同様に他の諸民族の諸都市においても、地域固有の慣習に根ざした法の通用が認められ、それらの法には書かれた法と一致するものもあれば、そこから離れているものもある上、古代の人々には知られていなかった事柄が今日多く通用し、逆に、彼等に既に知られていて我々の間では廃れてしまった事柄（実際、我々の法廷がローマの法廷とどれほど異なっているのかはある程度法廷で経験を積んだ者であれば証言できるはずである）もある中で、一体何を用い、判決し助言する際に何に従うべきか、如何なる仕方です法的論争をいわばレスボスの尺のように一定の射程に収めることができるのかは、当代の人々による判決集や実務家たちの裁判に関わる諸著作から習得されねばならない。この点、一般にライプチヒ参審裁判所と呼ばれているザクセン七人委員法廷において、その参審人団が今日まで生み出してきた膨大かつ重要な命令や判断を、法学のほとんどすべてが、仮にそれがかつて失われたのだとしても、復活できるように、書き留め、書き留められたものを公にする者がこれまで参審人団から誰一人として現れなかったことに私は驚きを禁じえない。実際、そのようなことは、判事の一人一人、ザクセンやドイツの法律家の間で長らく名声を得ている当の彼等にしてみれば、苦もなく、また、この地方そしてザクセン全体の法廷にとっても大いに有益な仕方です実現できたはずなのである。というものの、この上なく喜ばしく思い起こされるとおり、ザクセン選帝侯故アウグスト陛下によってこの参審人団が創設され基礎づけられた時以来、この参審人団が、ザクセンのみならずローマ=ドイツ帝国の他の地域において、どれほど多くの榮譽に浴し、どれほど多くの名声と権威を得ているか知らぬ者などいないからである。実際、当法廷の前任者等に少し目を向ければ、彼等のこれまでの働きの明らかな結果として、機敏さと全き良心、あるいは、瞠目すべき堅固な学識といった名声において、誰を彼等と比べようとするのか問われても、誰かの榮譽を傷つけたくはないのでそのような人は少なくないと言いたいところではあるが、しかし現実には決して多くないことに恐らくは気づくことになろう。一体誰を法に優先させるべきだということのか、もちろん誰も優先させてはならないのである。こういう次第であるから、これまで参審人団の多くの人々が、

帝国の選帝侯や諸侯の最上級の裁判所や法廷へと招聘され、さらには、尚書長官や顧問官に加えられてきたのである。更にまた、周知のとおり、貴顕の方々は、この参審人団の賞賛すべき前任者等の親しみやすく交際を好む人柄を評価し、あるいは少なくとも彼等の訴訟手続に関する論考や所見を聞き受け取ることを切望しており、裁判に関わる事項の扱いにあたってそこから多大な便益を得られると確信している。これらの方々の正当な期待が決して裏切られないということを、模範的に教示したのが卓越した法律家であったレオンハルドゥス・パーデホルンとモデスティヌス・ピストリスであった。両人は共に、時期は異なるけれども、参審裁判所において選帝侯の書記官乃至速記官の任務を担っただけでなく、所見の丹念な検討と専門文献への飽くことのない注記を通じて、実務慣行や裁判事項に関わる多大な知見を当参審人団にもたらしたので、ザクセン選帝侯陛下は、彼等を〔宮廷裁判所の〕陪席判事に任用しただけでなく、宮廷顧問官として側近に加え、その上、全くためらうことなく、前者にはライプチヒの市長職を、後者にはライプチヒ大学法学部の正教授職を委ねられた。そのような名誉の頂点へと達した彼等は、あらゆる人々の求めに誓いを以て応え、参審裁判所においてそれまで強固な法学と裁判の運用にささげていたものを、その後は、訴訟事案の解決や法的紛争の判断に見事に適用し、そうすることで、一方ではライプチヒ市を、他方ではライプチヒ大学法学部の名誉を大いに高めた。更に、ザクセン選帝侯の宮廷顧問官であるハルトマヌス・ピストリス、同じく選帝侯の宮廷顧問官でライプチヒの正教授であるルドウィクス・ファクシウスやヤコブス・トミンギウスといった優れた法律家たちの著作から、どれほど多くの学問上の恩恵や実務経験に基づく示唆が、法の助言者や弁護士たちにもたらされ、あるいはまた、他の法学部や裁判所に及んでいようと、もし彼等が真実を述べ自惚れているのでなければ、それは、彼等が実務的知見を最初に得たライプチヒ参審裁判所に帰すべきものである。そもそも、ライプチヒ参審裁判所は法律家の学び舎とも言うべき存在であり、そこでは真の法学と裁判の実務が修得される。この学び舎からは著名な法律家たちが常に輩出され、彼等の思い出は長く残り、賞賛され模範とされる。あなたが裁判所で扱われる事件について考察していて、私が参審人団の多数意見をあなたに確言するならば、あなたは上記の点に一層容易に同意することであろう。実際、我々の選帝侯陛下や陛下に忠誠を誓っているこの地方の住民のみならず、他の選帝侯や諸侯、帝国や他国の諸身分もまた、非常に重要で困難な諸事件、もちろんそれらは学識豊かで才気に溢れ熟達した法律家にさえ面倒をもたらすようなものなのであるが、それらをライプチヒ参審裁判所の意見と判断に従わせ

ている。経験豊かな前任者等がその先進的で賢明な考察を以て未だ検討し議論してはいない別の事件も少なからず生じ得るとはいえ、既に判決済みの諸事件は、約400にもものぼる多くの大部な諸巻として保管されている参審人等の文書の中に見出される。事件の重要度もさることながら、参審裁判所の諸判決の量も相当なものであり、その多くは、選帝侯の国事勅書やザクセンの裁判慣行によって是認されていて、選帝侯勅法集や領邦の諸規則、あるいは、ザクセンシュピーゲルに依拠した他の個々の勅答や勅裁から明らかであるものに匹敵する。そうであるとすれば、審理され判示されたこれらの諸判決を知ることを熱望しない者などいるであろうか。もちろん私などは取るに足らない存在であり、当参審人団の前任者の誰かに自分を比べるなどおこがましいけれども、上記のような希望をなおざりにしているとは思われたくはないし、学术界や裁判実務の利益となり得る事柄を考察し著述するにあたって躊躇などしたくはないので、多くの雑事に追われつつも、ありがたい神の御意思の下、この極めて困難な著作を企て、神の御助力により、私に可能な範囲で完成させた。ただし、全く新しい仕方、つまり、新しい形式と方法によってそれを行った。確かに、過度の簡潔さの欲求に縛られて、判決集というよりはむしろ判決の要約集を著した判決集著述家たちもいる。その一方でまた、非常に詳しく長大な論述によって、冗長な論拠や（一般に言うところの）肯定説と反対説の詳述に従事する結果、判決集というよりは討論集や問題集を著してしまう人々もいる。論拠や反論の寄せ集めを法文の文言の長たらしい引用と共に作り上げたり、疑問点や判断理由の連なりを提示することの方がむしろ簡単であるだけに、上記の人々を真似た方がより苦労がなかったはずである。しかしながら、他人の手文庫を整理し、他人による論述を繰り返し、二度料理された野菜を食卓に供することで、紙だけでなく読者の忍耐を浪費するのは適当ではないと思われた。そこで、私は中庸の道を進むこととし、私の時代だけではなくこれまで多年にわたり下されてきた判事諸氏の命令を簡明簡潔に論述検討したものを提示し、それらをローマ市民法とザクセン領邦法双方から引き出された確実な理由や論拠によって裏付け、その際には、一つか二つの法文、あるいは、他の解釈者が往々にして冗長で回りくどい表現で論じていた論点や問題の主要な論拠から、判決内容の核心や真理を、法について一通りの知識を得ている者であれば誰でも、読解の労苦や不快を伴うことなく得ることができ、同時にまた、自らの知力を以て相手方の論拠を発見しこれに反駁し得るようにしたけれども、当該論点や問題について詳述している諸博士の権威を無視したわけではなく、少なくとも簡略に注記しておいた。加えて、肯定的もしくは否定的な判断そのものが冒頭に掲げられ、

その内容については、判決自体に反映されている限りにおいて大抵は文言どおりに末尾に添えられているので、要約がなくても一層簡潔な判断となっただけでなく、読んで理解するにも一層容易なものとなって、それほど習熟していない実務家であっても、判断の表題と判決のみから、一般の用語と関連づけることで、何を知り求めることができるのか分かるようになってきている。ところで、判決集の著述家たちは、通常、全ての素材をさしたる順序も無く雑然と記述していて、予め定められた編別を欠くために、彼等が論じた内容を見つけてその趣旨や論拠を検討する以前に、彼等がどの箇所を何を論じているのか探し出すことさえ読者には困難となっており、同じ過ちを犯さぬためには、ザクセン法の解明者であり擁護者である我がザクセン選帝侯陛下による領邦勅法集の編別と順序に可能な限り則って、命令と判断を配置し、ダニエル・モレルスによる版に倣って各勅法の独語及び羅語のテキストを常に冒頭に掲げること以上に効果的で適切な方策はないと思われた。このように新たな方法によってまとめられた判決集については、新たな名称で公にし、これを定義集と呼ぶのが適切である。もちろん、それは法的定義集であり、そのような名称から論理的定義集なのかとの疑念を持ってはならない。私が意図しているのは、ローマ法とザクセン法双方に基づいてまとめられた法的定義集であって、一般に判決集と呼ばれるものに相当するものなのである。また、先導者であり指導者であるアントニウス・ファベル、彼の名を口にするたびに私は賛嘆の念を禁じ得ないのであるが、この上なく精妙かつ明敏な知性と判断力を兼ね備えた法律家であるその彼によって既にそれが成し遂げられたことを隠し立てするつもりは毛頭ない。ファベルの裁判定義集は万人に受け入れられているし、当著作において彼を模倣したことは私にとっても誇らしく思われる。上記著作は（彼が教皇主義の残滓に拘泥するあまり福音信仰を論難した箇所を除けば）、18年前にイタリアからサヴォイアとピエモンテを経てフランスに至る旅の途上で訪ね挨拶し、彼の著作や堅固な法学について言葉を交わしたことが私には今もお嬉しく思い出されるこの法律家に全く相応しいものである。また私は、『ローマ＝ザクセン裁判法学』という別の表題も与えた。これは、一つには、真の法学に関わる重要なほとんど全ての訴訟事案が、当著作の中で、ローマ市民法とザクセン法に基づき簡明かつ注意深く解決されているのが見出されるからであり、また一つには、この成果が、あなたにとって、ローマ＝ザクセン法学の全体像、換言すれば、ザクセン法の解釈者たちが色々と様々な仕方著述してきた事柄のいわばレスボスの尺となり得るかもしれないからである。実際、他の人々によって扱われた問題や裁判事例で、この夜業集がその真の判断に寄与することのな

いようなものに出くわすことはほとんどないと私は考える。そして、ほとんど四千にも及ばんとする定義の数もまた大いにその証拠となろう。ただし、刑事法の問題が論じられている第四部では、拙著『刑事実務』で既に論じられ引用された内容を繰り返してあなたに不快感を与えることのないように、一層簡潔であろうと努めた。以上のような次第であるから、親愛なる読者よ、未熟な知恵と筆をもって公にされたこの著作、法学乃至裁判の定義集をどうか受け取っていただきたい。それは、この著作が恐らくは私のためにそれほど榮譽をもたらさないのでとしても、多くの人々に大きな恩恵をもたらすことを私は期待しているからであるし、あるいはまた、多くの人々の怠惰な渴望からすれば（知性溢れるアントニウス・ファベルに倣って私も敢えてそのように言うのであるが）、裁判の審理において我々が如何なる法を用いているのかという点以上に知りたいと思う事柄はなく、そうすることで、更に探求の困難な事柄、つまり、我々が如何なる法を用いるべきかをもはや突き止める必要がなくなるからであり、更に言えば、当著作は私の著作というよりはむしろ、ザクセン選帝侯陛下の参審人たち、すなわち、その決定事項は（一般に言われるとおり）目を閉じたまま賛同されるべきものと解されている彼等の成果であって、実際、それらの決定事項の大半は選帝侯陛下自身によって是認され執行を命じられているからである。言い古されありふれた事柄が非常に多くこの著作の中に入り込んでいることを私は喜んで認めるが、それでもなお、判断の定まらない人々がいるかもしれない。ただ、それらの人々も、選帝侯の参審人団において一度あるいは何度も判示された事柄ならば安心できるであろう。学識ある人々だけでなく、それほど学のない人々のためにもこの著作が役立てば嬉しい。学識を備え、パピニアヌスの法学について教えこまれた人々に向けてだけ著述しようとする者が実際には極めて僅かな人々に向けて著述するにすぎないということに気づかない者などいないであろう。それ故また、ザクセン選帝侯陛下ご自身が、本定義集がその編別に則ったところの陛下の勅法集において秘匿すべきとはお考えにならなかった事柄をどうして省略することなどでできたであろうか。そういうわけで、諸博士にとってはありふれているが、他の人々には恐らくは極めて重要で有益に違いない全ての事柄を大量に収録する必要があったのである。これ以上何を言うべきであろうか。私は、できる限りのことをし、あなたが理論家であれ実務家であれ、あなたの便宜と利益のために努力しやり遂げた。私があなたに見返りとして求めるのは好意と支持以外のなものでもない。それ故、私の成果を意地悪く懐疑の目で見るとはならず、むしろ、私や植字工等の誤りを、それらは校正係等の不注意により本著作にも残念ながら溢れては

た法学の有用性を、人文主義法学との比較という視点から強調している。すなわち、「我々の法の極めて不明確かつ錯綜した影の部分に光を当てたobscurissimis ac desissimis iuris nostri tenebris lucem attulerit」とされる人文主義法学者たちの膨大な成果が、「法学が果てしの無いものIurisprudentialiam infinitam esse」であるとの印象を与えてしまい、かえって法学を修得する欲求や努力を萎縮させている現状では、「その夜業を通じて実務慣行や裁判実務に貢献すべく努め、裁判所や法廷の判決について考察注解を加え、判示事項の（一般に先例と呼ばれる）権威を重んじる人々の努力eorum conatus, qui lucubrationibus suis usui practico et forensi inservire studuerunt, et in observandis, annotandisque Curiarum et Tribunalium sententiis, et rerum iudicatarum autoritatibus (quae praeiudicia vulgo nominantur) insudarunt」こそ評価されるべきだというのである。「常に自然が新しい事象を生み出し、新たな形態の紛争をもたらし、それらの紛争をめぐる判断が、将来判断する人々に、彼等が同種の事案において従うべき範例をもたらすsemper natura, nova gignit facta, novasque curat edere litium formas, quarum decisa adferunt postea exemplum iudicaturis, quod in casibus similibus sequantur」との事理に照らせば、「考察集Observationes」、「問題集Quaestiones」、「判決集Decisiones」といった表題で続々と公にされ今後も公にされるはずのその成果が法学を修め実務に従事する人々にとってこの上なく有益であり続けることに疑念の余地はない。というのも、「多くの地域において、地域固有の慣習に根ざした法の通用が認められ、それらの法には書かれた法と一致するものもあれば、そこから離れているものもある上、古代の人々には知られていなかった事柄が今日多く通用し、逆に、彼等に既に知られていて我々の間では廃れてしまった事柄もある中で、一体何を用い、判決し助言する際に何に従うべきか、如何なる仕方で法的論争をいわばレスボスの尺

いるにせよ、大目に見ていただき、そして、それらの誤り、とりわけ、区別や引用の欠落乃至誤謬として見出されるものをやさしく悪意なしに訂正いただきたい。御機嫌よう。”(Iurisprudentialia, 3.r.:5.v.引用は1638年フランクフルト・アム・マイン刊初版による。)

のように一定の射程に収めることができるのかは、当代の人々による判決集や実務家たちの裁判に関わる諸著作から習得されねばならないcum in plerisque provinciis, jura vigere ceperint municipalia propria et cosuetudinaria, quae partim juri congruunt scripto, partim ab eo dissident; quin et hodie multa usu obtinuerint, antiquis incognita, et rursus illis nota, quae apud nos obsoleta, utique, quid judicando et consulendo sequi oporteat, et qua ratione ius controversum ad scopum certum, tanquam ad Lesbiam normam, reduci possit, ex neotericorum decisionibus, et scriptis pragmaticorum forensibus ediscendum erit」からである。以上のような法学をめぐる現状認識の下、「一般にライプチヒ参審裁判所と呼ばれているザクセン七人委員法廷Dicasterium Septemvirale Saxonicum, quod vulgo Scabinatus Lipsiensis vocatur」の「命令や判断Placita et Decisa」を素材とする実務考察を企図したのがカルプツォフの『裁判法学』であり、そのような企図の正当性は、1420年に創設されたライプチヒ参審裁判所の「参審人団collegium scabinatus」が果たしてきた役割の大きさ、とりわけ、ザクセン選帝侯アウグストの治下、ドーナ参審裁判所Dohnaer Schöppenstuhlとの統合(1572年)を経てザクセン選帝侯領の一裁判機関へと改編(1574年)されて以降、「ザクセンのみならずローマ=ドイツ帝国の他の地域においてもtam in Saxonis, quam aliis Imperii Romano-Germanici provinciis」享受しているその「名声と権威celebritas et autoritas」によって裏付けられるとされる。また、「参審人団の多くの人々plurimi e numero Scabinorum」が参審裁判所での実務経験を評価されて要職顕職に就いたり、実務経験を生かした著述を通じて賞賛を得ているという点も、「ライプチヒ参審裁判所の意見と判断Scabinorum Lipsiensium et consilium et iudicium」について考察しその成果を公にするカルプツォフの試みを強く動機付けている。実際に名が挙げられているのは、選帝侯アウグストによるライプチヒ参審裁判所の再編に参審人団の一員として直接関与した後、ライプチヒ市長を四度務めたレオンハルト・バーデホルンLeonhard Badehorn(1510-87年)、参審裁判所で実務に関わった後、1541年にライプチヒ大学教授に任じられたモデスティヌス・ピストリスModestinus Pistoris(1516-65年)、モデスティヌス

の末弟で『ローマ法ザクセン法問題集Quaestiones iuris tam Romani quam Saxonici』³⁾(以下『法問題集』と略称)や『個別考察集Singulares observationes』⁴⁾を著したハルトマン・ピストリスHartmann Pistoris(1543-1601年)⁵⁾、『相違集』を著したルートヴィヒ・ファックスLudwig Fachs(1497-1554年)⁶⁾、『重要問題判決集Decisiones quaestionum illustrium』⁷⁾を著したヤーコプ・トミングJakob Thoming(1518-76年)、である。これら「著名な法律家たち iurisconsulti celeberrimi」を輩出してきたライプチヒ参審裁判所は、カルプツォフに言わせれば、「真の法学vera iurisprudencia」と「裁判の実務慣行fori observantia」を修得させる「法律家の学び舎schola iurisconsultorum」であり、1620年以来自ら「参審人団」の一員を務めてきたカルプツォフが経験し修得し得た知見を、「当法廷の前任者等antecessores huius dicasterii」に敬意を表しつつ、「約400にもものぼる多くの大部な諸巻として保管されている参審人等の文書 scabinorum manuscripta quorum bene multa, et ferme quadringenta extant volumina admodum magna」を駆使して纏め上げたのが『裁判法学』なのである。「読者宛て序言」の後半では、以上のような『裁判法学』公刊の目的や経緯に加えて、著述に際して採用された「新しい形式と方法nova forma et

-
- 3) 全四巻の内、第1巻は1579年、第2巻は前編後編に分けて1582/84年にそれぞれ初版、その後、1609年に息子ウルリッヒUlrich(1570-1615年)の編集でライプチヒのグロッセ書店から第3巻及び第4巻初版、更に、全巻にわたりウルリッヒの補注が追加増補されて、1621年グロッセ書店刊のウルリッヒ編『著作全集Opera omnia』に収録。
- 4) ウルリッヒの編集で上記1621年刊『著作全集』の一部として初版。
- 5) ハルトマン・ピストリスの経歴及び『法問題集』の書誌については、Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtsgeschichte, I(1880), 568-9.参照。ただし、『法問題集』第2巻後編の初版年「1593年」は誤り。
- 6) なお、モデスティヌス・ピストリスの『助言解答集Consilia sive responsa』(モデスティヌスの息子ヤーコプJakobの編集で1587/88年初版)の第二巻には、モデスティヌスとハルトマンの父ジーモンSimon(1489-1562年)の鑑定意見と共にファックスのそれも収録。
- 7) 息子ヤーコプJakobとニコラウスNikolausの序文付きで1579年初版。

methodus」についても言及されている。それによれば、カルプツォフは、「過度の簡潔さの欲求に縛られて、判決集というよりはむしろ判決の要約集を著した判決集著述家たち *Decisionarii, qui nimio brevitatis studio tantopere se arctaverint, ut potius summaria decisionum, quam decisiones scripsisse videantur*」にも、「非常に詳しく長大な論述によって、冗長な論拠や肯定説と反対説の詳述に従事する結果、判決集というよりは討論集や問題集を著してしまう人々 *qui lata nimis, verbosaque oratione, in tam longas prolixasque argumentorum, pro et contra, narrationes se effuderint, ut disputationum et quaestionum libros scripserint, quam decisionum*」にも従うことなく、「中庸の道 *media via*」を進み、読者の便宜を図ったとされる。この「中庸の道」の特徴としてまず指摘されているのは、「私の時代だけではなくこれまで長年にわたり下されてきた判事諸氏の命令 *Placita Dominorum, tam quae meo tempore, quam quae plurimis abhinc annis prodierunt*」を、「ローマ市民法とザクセン領邦法双方から引き出された確実な理由や論拠によって *subiectis solidioribus rationibus et fundamentis ex jure pariter Civili-Romano, et Saxonico Provinciali*」裏付ける際に、「一つか二つの法文、あるいは、論点や問題全体の主要な論拠 *unus atque alter textus juris, aut fundamentum principalis, totius rei et quaestionis*」を指示するに留め、そこから、「判断の核心や真理を、法について一通りの知識を得ている者であれば誰でも、読解の労苦や不快を伴うことなく得ることができ、同時にまた、自らの知力を以て相手方の論拠を発見しこれに反駁し得る *nervum, et veritatemque Decisi quivis, vel saltem mediocriter in jure eruditus, absque ullo negotio et taedio lectionis assequi, et simul partis adversae argumenta, ex ingenio suo invenire et dissolvere valeat*」ようにしたという点である。また、「肯定的もしくは否定的な判断そのものが冒頭に掲げられ、その内容については、判決自体に反映されている限りにおいて大抵は文言どおりに末尾に添えられているので、判断は要約がなくても一層簡潔なものとなっただけでなく、読んで理解するにも一層容易なものとなって、それほど習熟していない実務家であっても、判断の表題と判決のみから、一般の用語と関連づけることで、何を知り求めることができるのか分か

るようになっている*praemisso in fronte ipso Deciso, affirmativo vel negativo, eiusque tenore, quantum ad ipsam Decisionem faciat, ut plurimum verbotenus in calce apposito: ut non modo absque summariis breviora essent Decisa; sed etiam ad legendum et intelligendum expeditiora, habeantque pragmatici, etiam minus periti, ex sola Decisi inscriptione, et sententia, vulgari idiomate annexa, quod intelligere et amare possent*」、とも指摘され、概要の提示という本来の目的に反して煩雑になる嫌いのある「要約*summaria*」を敢えて省き、命題化された「判断*Decisa*」と実際の「判決*Decisio*」の文言とによって、それ自体簡潔な考察内容を挟むという著述方式の利点も強調されている。

カルプツォフの『裁判法学』を、単なる実務考察集ではなく、モラーの『勅法集注解』やベルリッヒの『実務解決集』に連なるアウグスト勅法集の注釈の系譜に位置づける本稿のような立場にとって、これら二つの特徴以上に重要なのは、叙述の体系的枠組みとして勅法集の「編別と順序*series et ordo*」が用いられている点である。とはいえ、「判決集の著述家たちは、通常、全ての素材をさしたる順序も無く雑然と記述していて、予め定められた編別を欠くために、彼等が論じた内容を見つけてその趣旨や論拠を検討する以前に、彼等がどの箇所を何を論じているのか探し出すことさえ読者には困難となっており、同じ過ちを犯さぬためには、ザクセン法の解明者であり擁護者である我がザクセン選帝侯陛下による領邦勅法集の編別と順序に可能な限り則って、命令と判断を配置し、ダニエル・モレルスによる版に倣って各勅法の独語及び羅語のテキストを常に冒頭に掲げること以上に効果的で適切な方策はないと思われた*cum Decisionarii communiter, nullo pene ordine, sed confuse tractarint omnia, materiarum serie nulla sibi praescripta, ut difficilius profecto sit lectori, quid quo loco ab iis dictum perquirere; quam ubi invenerit, quae illi dixerint, aut sensum sut rationem investigare: ne in eundem inciderem errorem, certe nec melius, nec aptius remedium credidi, quam si ex serie et ordine Constitutionum Provincialium Serenissimi nostri Electoris, ceu juris Saxonici Illustratoris et Defensoris, quantum id fieri posset, Placita sive Decisa disponerem, textu cuiusque Constitutionis, duplici idiomate, germanico et*

latino, juxta versionem Danielis Molleri, semper praemisso」とのカルプツォフの言葉を文字通り受け取るならば、『裁判法学』はあくまで「判決集 Decisiones」の一種として企図されたものであって、アウグスト勅法集の「編別と順序」は「読者lector」の便宜として用いられたにすぎないことになる。「ダニエル・モレルスによる版versio Danielis Molleri」に倣って「各勅法のテキストtextus cuiusque Constitutionis」を掲げたとの指摘に見て取れるとおり、カルプツォフの「前任者antecessores」の一人でもあるモラーの『勅法集注解』には一定の敬意が払われているようであるが、ベルリッヒの『実務解決集』については、『裁判法学』と同じく勅法集の編別に従い、ライプチヒ参審裁判所の判決を繰り返し参照する実務考察集であったにもかかわらず、当序言中には全く言及がない。これは、ライプチヒ随一の書店から刊行された『実務解決集』の認知度や影響力からすれば不自然であり、『実務解決集』が「判決集」ではないとか、ベルリッヒがライプチヒ参審裁判所の「前任者」ではないといった消極的な理由だけでは説明がつかない。むしろ、ベルリッヒは、「非常に詳しく長大な論述によって、冗長な論拠や肯定説と反対説の詳述に従事する結果、判決集というよりは討論集や問題集を著してしまう人々」の一人として片付けられ、その『実務解決集』は、そのような冗長な既存の実務考察集の代表として、「新しい形式と方法」を標榜する『裁判法学』と暗に対比されていると解するべきであろう。

その一方で、カルプツォフは、自らの著作に、表題頁に記載された『裁判法学』と並んで、『ザクセン選帝侯勅法集に関する裁判定義集Definitiones forenses ad constitutiones electorales Saxonicas』（なお扉絵頁には『ザクセン選帝侯勅法集に関する裁判定義集成Opus definitionum forensium ad constitutiones electorales Saxonicas』とある）というもう一つの表題を付与し、ある既存の著作との関連を明示している。その著作とは、アントワーヌ・ファール Antoine Fauvre (1557-1624年)の『可能な限りユスティニアヌスの勅法彙纂の章立てに則り、法廷実務に相応しい仕方で、全九巻に区分された、裁判による諸定義すなわちサヴォイア公国神聖顧問会において審理された諸事案のファベルによる集成Codex Fabrianus definitionum forensium, et rerum in Sacro

Sabaudiae Senatu tractatarum, ad ordinem titulorum Codicis Justiniani, quantum fieri potuit, ad usum forensem accomodatus, et in novem libros distributus』(1609年初版、以下『ファベルの勅法彙纂Codex Fabrianus』と略称)であり、ファーヴルは、この著作で、自ら判事を務める「サヴォイア公国神聖顧問会Sacer Sabaudiae Senatus」の諸判決の考察を、その結論を命題化した「定義definitio」と共に、勅法彙纂の編別に従い整理している。「ファベルの裁判定義集は万人に受け入れられているし、当著作において彼を模倣したことは私にとっても誇らしく思われるhuius imitatio in toto hoc opere tam honorifica mihi visa fuit, quam acceptus est omnibus Codex Definitionum forensium Fabrianus」とのカルプツォフの言葉からも明らかなおり、ファーヴルの方法、すなわち、「定義集Definitiones」という著述方式を受け継ぐことによって、ベルリッヒの『実務解決集』を含むザクセンの既存の実務考察集との差別化を図り、『裁判法学』の新しさを喧伝することがカルプツォフの意図なのである。しかし、そのようなカルプツォフの意図とは裏腹に、『裁判法学』と『ファベルの勅法彙纂』の間には根本的な相違が存する。それは、『裁判法学』では、アウグスト勅法集という包括的な地域固有法が、単に「編別と順序」としてではなく、考察の最優先の論拠としても尊重されねばならないという点である。カルプツォフは、『ファベルの勅法彙纂』を意識して、自らの『裁判法学』を「ローマ法とザクセン法の双方に基づいてまとめられた法定的定義集definitiones juridicae, ex civili pariter Romano, et Saxonico jure tractatae」と称しており、本稿がこれまで見てきたように、アウグスト勅法集自体、ザクセン固有法とローマ普通法との妥協融合の成果であるのだとすれば、そのような勅法集が、『裁判法学』において、著述の単なる枠組み以上の役割を果たすことは自明であろう。ザクセン選帝侯領のライプチヒ参審裁判所の諸判決について考察するということは、判決として日々遂行される勅法集の各条文の解釈適用そのものについて論ずることに他ならない。カルプツォフ自身、「真の法学に関わる重要なほとんど全ての訴訟事案が、当著作の中で、ローマ市民法とザクセン法に基づき簡明かつ注意深く解決されているのが見出されるsingula, et quaeque fere negotia forensia, ad jurisprudentiam veram pertinentia, ex jure civili Romano

et Saxonico in hoc opere succinctorum et nervose decisa reperiantur」からこそ、『ローマ＝ザクセン裁判法学*Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica*』との表題を付した旨明言している。『裁判法学』は、叙述上の工夫を施した「判決集」であると同時に、アウグスト勅法集の解釈適用を包括的に論じ、「ローマ＝ザクセン法学の全体像*instar totius Iurisprudentiae Romano-Saxonicae*」を提示する注釈書なのである。

次に、本稿がこれまで検討してきた二つの論点、すなわち、夫婦間相続目的の嫁資合意の有効要件、並びに、嫁資合意上の寡婦承継分と法定の配偶者相続分の優劣について、『裁判法学』に示されたカルプツォフの見解に目を向けることにしたい。まず、前者の論点については、夫婦の一方の死亡時にその遺産が存命配偶者に付与される旨の「婚姻特約*Ehestiftungen*」(嫁資合意)が、「契約として*in vim contractus*」、あるいは、「終意処分として*in vim ultimae voluntatis*」、有効となる諸要件を定めたアウグスト勅法集第2部第43条の下に論じられている⁸⁾。冒頭の定義1「特定の財産について定められた嫁資合意は裁判所への申告が無くても契約として有効である*Pacta dotalia de bonis particularibus concepta, valent in vim contractus absque insinuatione judiciali*」では、「婚姻特約は契約であるから、二名乃至三名の証人がそこに立ち会うならば十分である*Nachdem die Ehestiftungen contract seyn / so ist es auch genug / wann zween Zeugen oder drey dabey gewesen*」との同条第1節の文言が、夫婦間相続目的の嫁資合意との関係では、「財産の一定割合や特定の物で死亡時に処分可能なもの*quota bonorum, seu res particulares, de quibus solummodo in casum mortis potest disponi*」を合意対象とする場合にのみ妥当するという点が確認され(第4番及び第9番)、「死後に初めて効果が生じるとはいえ、特定の物にかんするこの種の合意が契約として保持され、現在の債務を伴うことを妨げるものは何も無い*nil siquidem obstat, quo minus istiusmodi pacta rerum particularium in vim contractus sustineantur, et*

8) 関連する第43条の諸定義の試訳は「普通ザクセン法における嫁資合意」(獨協法学第93号)参照。

obligationem contineant praesentem, licet effectum post mortem demum sortiantur」(第10番)とされている。目的物の特定性(厳密には財産の全体ではなく「部分であるparticularis」こと)を根拠に夫婦間相続目的の嫁資合意を「契約としてin vim contractus」有効と見なす立場の典拠の筆頭には、Iで検討したガイルの『実務考察集』第2巻考察126⁹⁾の第6番が挙げられており、勅法集が継承したローマ普通法学説と帝国法実務への配慮が見て取れる。他方、「相続財産は合意や契約によって取得されないhereditas per pacta et contractus non acquiritur」から、「相互の相続、遺産、遺産の一定割合や包括的目的物について作成された嫁資合意は契約としては決して存続しないconcepta pacta dotalia de mutua successione, sive de haereditate aut quota hereditatis ac rebus universalibus, neutiquam in vim contractus subsistunt」(第11番)という点についても、「相続財産は遺言によって付与されるhereditas testamento datur」とする勅法彙纂第5巻第14章「嫁資や婚姻前贈与、嫁資外財産について交わされた合意についてDe pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis」第5法文と本条第2節に加えて、学説上の典拠が幾つか引用されており、ここでは、その筆頭として、カルプツォフの「前任者」の一人ハルトマン・ピストリスの『法問題集』第4巻から問題2「相続取得合意についてDe pactis acquirendae successionis」第14番¹⁰⁾が援用されている。問題2では、「将来の相続に関する合意のもう一つの種類

9) I注15参照。

10) “第五に、嫁資合意についても妥当するという仕方では拡張される。すなわち、嫁資の優遇は重要であり【学説彙纂24巻3章「婚姻解消時に嫁資は如何にして返還請求されるべきか」第1法文、同42巻6章「債権者の先取特権について」第3法文[=D.42.5.18.]、勅法彙纂5巻11章「嫁資の約束あるいは無方式片約について」第6法文】、同様にまた、婚姻が非常に尊重される事柄であるとしても【別書4巻5章「婚約その他の契約に挿入された諸条件について」第7節とその周知の標準注釈、同2巻28章「上訴、異議申立、反対告発について」第39節】、そうであるからといって、婚姻締結時に、相続する旨の嫁資合意として、父と娘、あるいは、花婿と花嫁の間で交わされた合意が有効となるわけではなく、これは、勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻

alterum pactorum, de futura successione, genus」として、問題1で扱われた「第三者の遺産について交わされた合意pacta super haereditate tertii inita」とは別に、「合意当事者が自身の遺産について定める合意pacta, quibus de propria ipsorum haereditate conveniunt paciscentes」が論じられており、カルプツォフが参照しているのは、冒頭第1番で確認された当該相続合意無効の原則（「当該合意もまた法文上原則として無効とされているhaec etiam pacta legibus regulariter sunt improbata」）が「嫁資合意にも妥当するetiam obtineat, in pactis dotalibus」旨述べた箇所である。

定義2から定義4にかけては、夫婦間相続目的の嫁資合意が相続合意無効の原則にもかかわらず「終意処分として」例外的に有効とされる二つの場面、すなわち、五名の証人の立会（第43条第2節）と裁判所への申告（同第3節）について敷衍され、続く定義5「遺産やその一定割合、または、相続する権利について定められた嫁資合意は無効であるNon valent pacta dotalia in vim contractus, in quibus de hereditate, vel quota hereditatis aut jure succedendi disponitur」において、夫婦間相続目的の嫁資合意の有効性を「契約contractus」としてのそれと「終意処分ultima voluntas」としてのそれに振り分ける第43条の二分法が正面から論じられている。この二分法によれば、「二名乃至三名の証人duo, vel tres testes」を備えれば足りる「契約」としての嫁資合意においては、「財産が契約上の債務の効力によって存命配偶者に付与されるbona conjugi superstiti vi obligationis contractae attribuntur」のに対して、

前贈与、嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文、同2巻3章「合意について」第15法文、同6巻20章「財産持戻について」第3法文の明白なテキストにあるとおりであるし、これらの法によって諸博士も各法文の注釈でその旨指摘し、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法文注釈の第3章第49番も同旨である。また、婚姻時に子等に等しい割合の財産取得を約束する両親の合意を是認するレオ帝の新勅法第19勅法も全く妨げとならない。というのも、ボルコルテン『学説彙纂2巻14章「合意について」注解』第5章第69番末尾が他の人々に与して述べるとおり、そのような合意は、相続時には端的に不使用に帰するからである。”（Quaestiones IV, 44引用は1609年イエーナ刊のテキストによる。）

「少なくとも五名の証人の面前で為されるか、あるいは、裁判所に申告される *ad minimum coram quinque testibus facta, aut judicialiter insinuata*」必要のある「終意処分」としての嫁資合意においては、「財産が相続や包括承継の権利に基づいて存命配偶者に付与される *bona conjugii superstiti iure hereditario aut successionis attribuntur*」ことになる。しかし、そもそも、「遺産の承継について合意されたのか、それとも、契約を介して相続の権利によらない相手方への財産移転について合意されたのか、何によって見極められるのであろうか *unde dignosci poterit, an de successione hereditatis, an vero de bonis per viam contractus in alium absque iure successionis transferendis conventum fuerit?*」。この問いについて、カルプツォフは、その判断の困難さを意識しつつも、「契約当事者が用いた文言からこの点を検討することはさしあたり可能である *ex verbis, quibus usi fuerunt, contrahentes, inprimis hoc animadverti potest*」として、「もし遺産や相続について明確に言及されているならば、文言が相続する権利を十分にはっきりと指示している以上、将来の遺産相続について合意されたことに全く疑念の余地は無く、契約として二名乃至三名の証人の面前で為された嫁資合意が有効となることは決してない *si de hereditate vel successione expresse dictum fuerit, tum quia verba succedendi ius satis clare denotant, ambigendum plane non est, quin de futura successione hereditaria conventum fuerit, ac propterea tunc pacta dotalia iure contractus coram duobus vel tribus testibus facta haudquaquam valebunt*」と論じている(第4番から第6番)。

このような主張の典拠としてカルプツォフが唯一引用しているのは、ハルトマン・ピストリスの『法問題集』第4巻問題3「相続する旨の合意が交わされたのか、それとも、ある者の財産がその死後に相手方に付与されるべき旨の契約が締結されたのか、如何にして、そしてまた、如何なる文言から見分けるべきか *Quomodo et ex quibus verbis cognoscatur, utrum pactum de succedendo initum, an vero contractus de bonis alicujus post mortem alteri dandis factus sit*」の第2番¹¹⁾である。この箇所、ピストリスは、「合意の当事者によって、

11) “ところで、合意の当事者によって、相続について合意されたのか(こちらは禁

相続について合意されたのか、それとも、契約を通じた相続の法によらない財産の移転について合意されたのかan de succedendo, an vero de bonis per viam contractus in alium absque successionis jure transferendis conventum sit a paciscentibus」を見分ける基準として、「契約当事者の用いた文言verba, quibus usi fuerunt contrahentes」に着目し、「遺産や相続について明確に述べられている場合には、文言が相続の権利を十分に明白に指示している以上、将来の相続について合意された点を疑う余地は全く無いiquidem de haereditate vel successionie expresse dictum fuerit, tum quia verba succedendi jus satis clare denotant, ambigendum plane non est, quin de futura successionie conventum fuerit」と論じており、カルプツォフの上記主張がこのピストリス説の文言を含めた忠実な再現であることが見て取れる(上記問いの一節がイタリックで表記されているのもピストリスからの直接の引用であるためと解される)。

更に、カルプツォフは、「契約当事者が用いた文言verba, quibus usi fuerunt, contrahentes」という基準が、「遺産全体について合意されたのではなく、遺産の一部分のみが死亡時に存命配偶者に付与され帰属する場合にも妥当するobtinet, si non de universa hereditate conventum, sed certa saltem portio hereditatis in casum mortis coniugi superstiti data et assignata fuerit」とした上で、「相続について明確に言及されていなくても、契約当事者の意思やそ

られている)、それとも、契約を通じた相続の法によらない財産の移転について合意されたのか(こちらは許されている)は、常に明らかなのわけではないので、その判断の困難さについては、小クルティウス『助言集』助言15が嘆いているし、小 [=ヨハネス・マリア・] リミナルドゥス『助言集』[第5巻] 助言580第7番も言及している。そこで、この点を如何にして見分けるべきかについて少しばかり検討することにしたい。(2.) 何よりもまず、契約当事者が用いた文言からそれは把握されるのであり【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第20法文】、ガブリエリウス『助言集』第1巻助言137第11番も同法文を用いてその旨主張している。それ故、遺産や相続について明確に述べられている場合には、文言が相続の権利を十分に明白に指示している以上、将来の相続について合意された点を疑う余地は全く無く、従ってまた、直前の問題の冒頭で既に確認したとおり、そのような合意は無効となり、ガブリエリウスも前掲箇所でするように結論付けている。”(Quaestiones IV, 75.)

の他の諸状況から、相続について取り決めようと望んでいたことが明らかとなる場合には、同様に解されるべきであるidem asserendum, si de mente contrahentium et quod de succedendo agere voluerint, ex aliis circumstantiis appareat, licet de successione expresse dictum non esset」とも述べている(第7番から第10番)。ここでも学説上の典拠として真っ先に参照されているのはピストリスの見解である。上記問題3から引用された第4番及び第5番(正確には第4番から第6番)¹²⁾では、「契約当事者が用いた文言」という判断基準の射程について言及されており、「遺産の一定部分が、贈与されたり、別な仕方 で当該部分について合意された場合にも同じことが妥当するidem obtinet, quando certa haereditatis pars donata, vel alias de ea conventum fuit」とされる一方、「相続についてはっきりと述べられていないde successione expresse dictum non est」場合に当該基準に代替する基準として、「他の諸状況aliae circumstantiae」から推定される「契約当事者の意思mens contrahentium」が挙げられている。

ここで注目されるのは、ピストリスが、前者の文言基準の射程に関して、「た

-
- 12) “〈4.〉遺産の一定部分が、贈与されたり、別な仕方 で当該部分について合意された場合にも同じことが妥当するという点は、カグノルスの勅法彙纂2巻3章「合意について」第30法文注釈が他の人々に与して述べているとおりであり、また、直前の問題の冒頭に既に引用した人々も同旨であって、ペレグリヌス『信託遺贈論』第51節第26番とそこに引用される人々もここに加えることができる。〈5.〉それどころか、たとえ特定の物について定められたとしても、相続する権利についてはっきりと述べられているならば、当該合意が無効であることは上記箇所ですで既に論証した。同様に、相続についてはっきりと述べられていない場合であっても、他の諸状況から、契約当事者の意思として、相続する旨定めようとしたことが明らかならば、如何なる文言を用いていたにせよ、当該合意は、当事者の意図に即して将来の相続合意と見なされるべきで、それ故また無効となるし、条件を変えても同じであることは、ガブリエリウスが前掲助言137第22番で他の人々に与して論じているとおりである。〈6.〉従って、文言の形式にも文体にもこだわることなく、任意の文言で合意されたことが意思として明らかな場合には、誰かを相続人とすることを望んだことが見て取れる限り、合意は無効であることになる。”(Questiones, IV, 75-76.)

とえ特定の物について定められたとしても、相続する権利についてはっきりと述べられているならば、当該合意は無効である *licet de re particulari actum sit, si tamen expresse de succedendi jure dictum fuit, ejusmodi conventionem non valere*」(問題3第5番冒頭)と明言し、これにカルプツォフも与しているという点である。すなわち、「遺産全体 *universa hereditas*」や「遺産の一定部分 *certa portio hereditatis*」だけではなく、「特定の物 *res particularis*」が「死亡時に存命配偶者に付与され帰属する *in casum mortis conjugii superstiti data et assignata fuerit*」旨合意された場合にも、「相続する権利について明確に言及されている *expresse de iure succedendi dictum fuerit*」限り、「嫁資合意が契約として存続することはあり得ない *in vim contractus pacta dotalitia subsistere haud possunt*」というのである(定義5第8番)。本稿がこれまで見てきたとおり、アウグスト勅法集制定時の議論、そしてまた、その後のモラーやベルリッヒの見解など、夫婦間相続目的の嫁資合意が「契約として」存続し得るか否かを、目的物の特定性の有無によって判断する見解が大勢を占めていたと解されるところ、目的物の特定性よりもむしろ合意の文言を判断基準として重視するこのピストリス=カルプツォフ説は明らかに異質である。

勅法集制定時の議論として特に目を引くのは、『問題判定議論集』に収録されたヴィッテンベルク参審裁判所の「意見集 *Consultationes*」第1部問題9であらう。というのも、そこでは、「特定の物について将来の相続を得る旨の合意が有効とされ是認されているという点が自明である *ist unverborgen / quod pacta futurae successionis acquirendae super rebus particularibus sint rata ac firma*」(第4番)ことを前提に、「婚姻特約においては、通常、配偶者の全遺産についてではなく、一方が他方の死後に得られる何か特定の部分について定めが設けられるにすぎないので、何か特定の物に関するそのような将来相続の合意は否認されることも、終意処分的一种と見なされることもない *dieweil in EheStiftungen gemeiniglich nicht eine Disposition gemacht wirdt uber die gantz Erbschafft der Eheleut / sondern allein uber etliche Particular Stück / was eins nach deß andern Todt haben soll / so können solche pacta futurae successionis super quibusdam rebus particularibus nicht imrobiert / noch pro*

specie ultimae voluntatis gehalten werden」(第5番)¹³⁾との見解が提示されていたからである。目的物の特定性を相続目的嫁資合意の「契約」としての有効要件と見なす観方は、勅法集制定後も、第43条の解釈に際してそのまま継承されている。まず、モラーの『勅法集注解』第43条注釈の第3番¹⁴⁾では、同条第2節に言う「婚姻特約の中で死亡時に相続財産が遺贈されているdie Erbschaft auff den Todesfall darinnen vermacht」場合に、「死亡者の全遺産ではなく一定割合が存命配偶者に移転される旨定められている場合non de tota haereditate defuncti, sed de quota tantum parte eius in superstitem transferenda actum est」も含まれるとされる一方で、「遺産の一定割合ではなく何か特定の物が存命者に遺される場合にも五名の証人がいなければ無効であるetiam tum absque quinque testibus non valere, ubi nec quota haereditatis, sed certa quaedam res superstiti relicta sit」とする出典不明のヴェーゼンベック説が異説として紹介されていたが、このようなモラーの議論は、「何か特定の物certa quaedam res」に関する相続目的嫁資合意が「契約として」当然有効であるとの第43条解釈を共有しない者からすれば全く理解不能である。また、ペルリッヒの『実務解決集』第2部結論51¹⁵⁾第15番では、モラーの注釈を典拠として、より明確に、「嫁資合意が特定の物や財産について為され、それらについて夫婦の内の存命者が相手方を相続する場合、そのような合意は契約として有効であり得るので、終意処分の効力を有している必要はなく、それ故、五名の証人は不要であるsi pacta dotalia de certis quibusdam rebus, et bonis sint concepta, ut in illis conjunx superstes alteri succedat, illa pacta in vim contractus valere possunt, vim vero ultimae voluntatis, ut habeant, non necesse est, et ideo quinque testes necessarii non sunt」、と論じられている。

確かに、従来の議論においても、目的物の特定性が唯一の判断基準と見なされていたわけではなく、嫁資合意の当事者の用いた文言も基準の一つとして考

13) II注5参照。

14) II注43参照。

15) 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。

慮されていた。先のヴィッテンベルク参審裁判所の「意見集」と並んで『問題判定議論集』に収録されていたライプチヒ参審裁判所の「解決集 Resolutiones」の問題117¹⁶⁾には、「例えば、花嫁と花婿が婚姻特約の中で、財産あるいはその一定割合の包括的な取得乃至承継ではなく、特定の個別の物について合意するような仕方では嫁資合意が作成され記載されている場合には時折これを有効と解してきた *bisweilen / wann pacta dotalia darnach gestellt und begriffen / für kräftig zu erkennen pflegen / als verbi gratia, wann Braut unnd Bräutigam in der Ehestiftung / nicht de universali obventione vel successione bonorum, aut de universali quota ipsorum, sondern de certis et particularibus rebus pacisieren*」(第5番)とあり、「特定の個別の物 *certae et particulares res*」について「作成され記載されている *gestellt und begriffen*」ことが重視されている。また、「夫婦が契約という手段で、いずれか先に亡くなった者の相続人が存命の配偶者に、嫁資や反対贈与以外に何かを譲与し引き受けさせるべく義務づけられるという点を相互に約束するような場合にも、嫁資合意は無効ではないと解している *pflegen wir auch die pacta dotalia nich für unbeständigen zu erkennen / wann die Ehegatten per viam contractus einander zusagen / daß entweder deß jenigen / so am ersten mit Tode abgehen würde / hinterlasse Erben / dem uberlebenden Ehegatten / auch ausserhalb der Mitgift / oder deß Gegenvermachs / nur etwas herauß zu geben und folgen zu lassen / schuldig seyn sollen*」と述べた箇所(第8番)では、この種の相互的な嫁資合意について「文言は契約や贈与の手法で記載すべきである *verba concipiantur per viam contractus vel donationis*」とするフィリッポ・デーチョ *Filippo Decio*(1454-1535年)の見解(勅法彙纂第6巻第20章第3法文注釈第3番¹⁷⁾)が援用されていて、合意の相互性と共に、「契約

16) II注6参照。

17) “<3. 一方が子無く亡くなった場合にその先に亡くなった者の財産は存命の他方に帰属する旨の貴族間の合意は有効か否か。> 以上に続いて、最近では請われても助言しようとは思わないようなありふれた問題に論を進める。つまり、私がこの問題を

contractus」や「贈与donatio」を示す「文言verba」が判断基準と見なされている。この問題117は、元々、『裁判法学』の序言でも言及されている「前任者」の一人ヤーコプ・トミングが私的に著した意見集（いわゆる「トミンギウスの事例集Casus Thomingii」）の一部であり¹⁸⁾、アウグスト勅法集制定前のライブチヒ参審裁判所の実務を伝えるものと言える。更に、ベルリッヒも、上記結論51で、「例えば、嫁資合意の中で、夫婦の一方が亡くなったならば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

取り上げるのは、それが日々頻繁に生じているからである。ある貴族の兄弟の間で、一方が子無く亡くなった場合には先に亡くなった者の財産が存命の他方に帰属する旨の合意が交わされた。合意は無効であると私は答えた。なぜなら、実際のところ、それは相続する旨の合意であったからである。バルトルスも『助言集』助言208「私があなたに、そしてまた、あなたが私に約束する云々」で始まる箇所でも明確にその旨述べているし、アレクサンデルも『助言集』第3巻助言28において、文言を重視しつつ、この点を詳細に論じており、そこでは、特に、勅法彙纂2巻3章「合意について」第19法文のテキストが引用されている。この法文では、その種の合意が兵士間で有効であるのは特別な例外であるとされているので、他の人々においてはそうではないということになる。しかし、これが、贈与の文言を用いて、当事者が死後に財産を贈与すべく互いに義務づけ合うという仕方では為された場合は別である。というのも、そのように死後に履行される贈与は有効であるのは、勅法彙纂2巻3章第30法文の文言「一致させた」への標準注釈によって指摘されているとおりである。そして、アルベリクス [・デ・ロサーテ] 『助言集』助言139やアンゲルス [・デ・ウバルデイス] 『助言集』助言129で指摘されている点も、アレクサンデルが『助言集』第3巻助言20第2段及び同第2巻助言84で述べているとおり、この限りで妥当するのであり、アレクサンデルの前掲助言28最終段、バルトルスの前掲助言208でもこのように区別している。それ故、契約の文言が贈与の方式で記載され、一方が先に子無く亡くなった場合に相互に現存の財産を存命の他方に贈与すべく互いに約束し義務づけ合うのが秘訣であり、そうすれば、この種の契約を結んだ者たちも騙される危険に最初から備えることができる。” (Commentaria, II, 157.v.引用は1567年リヨン刊『学説彙纂旧編及び勅法彙纂の諸章の注解Commentaria in Digesti veteris et Codicis aliquot titulos』所収のテキストによる。)

18) II注17参照。

されたという具合に、嫁資合意が契約や贈与の文言を用いて作成された *pacta dotalia sunt concepta per verbum contractus, vel donationis, puta si in pactis dotalibus est conventum, si unus ex conjugibus decedat, quod ex ejus bonis conjugii superstiti tot donari et dari debeant*」場合について、当該嫁資合意は「完全に有効である *bene valent*」と述べ、「契約や贈与といった文言 *verba contractus, vel donationis*」の使用を推奨する上記デーチョ説を援用している(第3番)。

ただし、合意当事者の文言に着目する立場の典拠として繰り返し援用されるデーチョの上記注釈で直接議論されていたのは、夫婦間相続目的の嫁資合意ではなく、「貴族の兄弟の間で、一方が子無く亡くなった場合には先に亡くなった者の財産が存命の他方に帰属する旨の合意が交わされた *inter nobiles frateres erat factum pactum, quod si alter decederet sine liberis, bona praemorientis ad superstitem pervenirent*」場合、つまり、家系存続を目的に締結される兄弟間の相続合意の有効性である。「相続する旨の合意 *pactum de succedendo*」は「無効である *non valet*」との原則を堅持しつつも、「贈与の文言を用いて、当事者が死後に財産を贈与すべく互いに義務づけ合うという仕方で為された場合は別である *secus si hoc fiat per verbum donationis, ita quod partes adinvicem se obligent donare bona post mortem*」とし、「契約の文言が贈与の方式で記載され、一方が先に子無く亡くなった場合に相互に現存の財産を存命の他方に贈与すべく互いに約束し義務づけ合うのが秘訣である *cautela est, quod verba contractus concipiuntur per viam donationis, promittendo, et obligando se adinvicem ad donandum bona praesentia superviventi, si alter praemoriatur sine fillis*」と述べるデーチョの見解を、トミングやベルリッヒは、想定する場面を嫁資合意に置き換えた上で利用したのである。しかし、重要なのは、デーチョは勿論、トミングやベルリッヒも、目的物の特定性、合意の相互性、当事者の文言といった複数の判断基準間の優劣には言及してはいなかったという点である。当事者の文言を目的物の特定性との関係で優先させるピストリス＝カルプツォフ説との相違は明らかであろう。従来の議論の包括的な紹介整理から導かれたベルリッヒ説には一切言及せず、

「遺産の一定部分*certa portio hereditatis*」にかかわる嫁資合意を無効とする典拠の一つとして、遺産の「一定割合*quota pars haereditatis*」に言及したモラーの上記注釈第3番をピストリスと並べて引用するカルプツォフの引用作法もかえって従来の議論との距離を際立たせている。

嫁資合意当事者の文言を特に重視するカルプツォフの見解は、その典拠であるハルトマン・ピストリス独自の見解ではない。ピストリス自身が上記問題3の第2番及び第5番で典拠として指示しているのは、ジローラモ・ガブリエリGirolamo Gabrielli (1513-1587年)の『助言集*Consilia*』第1巻(1573年初版)の助言137第11番¹⁹⁾及び第22番²⁰⁾である。当該助言は、「将来の相続合意*pactum futurae successionis*」の有効性をめぐる既存の議論を合計八つの「結論*conclusiones*」として総括する前半部分(第1番から第33番)と、それらを前提に、依頼を受けた事案に解答する後半部分(第33番から第48番)から構成されており、ピストリスが参照したのは前半部分の「第二の結論*secunda*

-
- 19) “〈11. 将来の相続合意は、形式と文言から、この種の合意に当たるか否かが見分けられる。〉第二の結論は、将来の相続合意は形式と文言から見分けられるという点である【学説彙纂50巻16章「語句の意味について」第20法文】。この場合、将来の相続合意と解されるのは、合意によって誰かが遺産全部あるいは一部について相続人となる旨、当事者が定めたことが明らかな場合であり、それが明白ではなくて、相続ではなく約束や債務による財産移転について定められたと見なし得る場合には、勅法彙纂前掲2巻3章「合意について」第19法文から明らかとなり、将来の相続合意とは解されない。”(Consilia, I, 174.v.引用は1578年ヴェネツィア刊のテキストによる。)
- 20) “〈22. 相続合意がたとえ義務づける趣旨の文言を用いて作成されたとしても、相続人を指定する行為者の意思が明らかな場合は無効である。逆に、財産を承継する趣旨の文言を用いて作成されたとしても、遺産ではなく財産を譲与する行為者の意思が明白ならば、当該合意は有効である。〉第五の結論は、既に述べた第三の結論と第四の結論は、合意者の意思がどこからも明らかにならない場合は、疑わしいものとなるが、意思について明らかな場合には、形式や文体は顧慮されず、如何なる文言を用いるにせよ、相続人を指定する意図が読み取れる限り、合意は無効であり、逆に、反対のことが明らかな場合には、第二の結論において既に述べたように、合意は有効となる。”(Consilia, I, 175.r.)

conclusio」と「第五の結論quinta conclusio」にあたる。「将来の相続合意は相互的なものにせよ単純なものにせよ無効であるpactum futurae successionis non valet, sive reciprocum sit, sive simplex」との「第一の結論prima conclusio」を受けて、「将来の相続合意」として無効か否かは、「形式と文言から見分けられるdignoscitur ex forma, et verbis」とし、「将来の相続合意と解されるのは、合意によって誰かが遺産全部あるいは一部について相続人となる旨、当事者が定めたことが明らかな場合であり、それが明白ではなくて、相続ではなく約束や債務による財産移転について定められたと見なし得る場合には、将来の相続合意とは解されないtunc dicitur futurae successionis, cum apparet contrahentes egisse, ut ex pacto quis esset haeres in totum, vel in parte, quoties autem id non constat, et censeri potest actum esse non de successione, sed de bonis per promissionem, et obligationem tradendis, tunc non dicitur futurae successionis」というのが上記第11番で提示される「第二の結論」である。ここでは、「〈彼等は締結した〉や〈彼等は為した〉といった文言は遺言する権利とは無関係であるverba contraxerunt gesserunt non pertinent ad testandi ius」との法文²¹⁾、並びに、「〈生き残った者が相手方の財産を取得する〉と書かれた書面hujusmodi scriptum, quo comprehenditur, ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur」が「私人間inter privatos」では無効であるとする法文²²⁾が法源上の典拠として引用されており、前者の法文の引用はピストリス(問題3第2番)を経てカルプトゥーフ(定義5第5番)にも引き継がれている。

ガブリエッリが続いて提示する「第三の結論tertia conclusio」と「第四の結論quarta conclusio」は、何れも、「将来の相続合意」として無効か否かを合意当事者の用いた「形式や文言forma et verba」に照らして判断する立場を具体的に敷衍するものである。「第三の結論」によれば、「疑わしい場合、合意が人

21) D.50,16,20.

22) C.2,3,19.なお、この法文によれば、この種の「書面scriptum」は「兵士milites」の「最終の意思決定postremum iudicium」としては有効であるとされている。この点が相続合意無効原則に矛盾しないとするヒエロニムス・シュルフの見解についてはI参照。

ではなく財産に着目して作成され、なおかつ、死亡後の財産の取得や承継が合意から推定され、約束や贈与の方式で、相続人によって履行される債務が合意から発生するというのではないならば、合意した者は、たとえ遺産という言葉を用いず、物や財産といった文言、単純な文言あるいは両義的な文言を用いているとしても、積極財産か消極財産かを問わずあらゆる権利と共に遺産を付与しようと望んだと解される *in dubio, si pactum ita conceptum sit, ut respiciat bona, non personam, et bonorum obventio, et successio post mortem ex eo inferatur, non autem per modum promissionis, sut donationis, ita ut obligatio ex eo nascatur, quae ab haeredibus incipiat, tunc existimatur is, qui paciscitur, velle haereditatem ipsam dare cum omnibus iuribus active, et passive, etiam si non verbo haereditatis, sed rei, vel bonorum, vel directis verbis, vel communibus quis utatur*」(第16番)とされ、「第四の結論」によれば、「約束や贈与を推定させる文言や贈与の形式を以て合意が作成された場合は、あらゆる権利を含意し得る包括的な文言を合意者が用いているとしても、すべてが贈与されるのではなく、合意者乃至贈与者が遺言を為し得る何かが残っている限り、その合意や贈与は有効である *si verbis promissionem, et obligationem inferentibus, vel in forma donationis pactum concipiatur, etiam si verbis universalibus quae etiam iura complecti possunt, paciscens utatur, tamen putatur nolle facere haereditatem: et pacum, ac donatio valet, dummodo interpretatio fieri possit, ut non omnia sub donatione veniant, sed aliquid supersit, unde testari paciscens, aut donans possit*」(第20番)とされる²³⁾。

合意の文言から「合意者の意思 *mens pacientis*」を推定するこれら二つの結論に対して、そもそも「意思について明らかである *de mente constat*」ならば「形式や文体は顧慮されない *non inspicitur forma, nec figura verborum*」とするのが、上記第22番で提示される「第五の結論」である。そこには、「如何なる文言を用いるにせよ、相続人を定める意図が読み取れる限り、合意は無効であり、逆に、反対のことが明らかな場合には、第二の結論において既に述べ

23) *Consilia*, I, 175.r.

たように、合意は有効となる *quibuscunque verbis quis disponat, cum percipitur voluisse haeredem facere, pactum non valet; et contra valet, cum patet de contrario, veluti in secunda conclusione diximus*」、というのである。以上のような諸結論の意味連関は、助言中に引用される膨大な法文と注釈からも見て取れるとおり、中世来の学説の蓄積から周到に取捨選択され、合意の「形式と文言」に判断基準を取斂させる方向で再構成されたものと言える。ガブリエッリは、これらの諸結論を「将来の相続合意」一般の効力判定基準として提示しており、夫婦間相続目的の嫁資合意を特に意識しているわけではなく、助言後半で扱われる事案も、デーチョと同様、「兄弟のある者が男の世継ぎ無く亡くなったならば他の存命の兄弟が先に亡くなった者の全財産を承継する *si quis eorum decederet sine filiis masculis, tunc alii superviventes succederent in omnibus bonis praedefuncti*」旨の「兄弟 *fratres*」間の相続合意であった(第33番)²⁴⁾。また、ピストリスも、上記問題3において、夫婦間相続目的の嫁資合意それ自体を論じているのではなく、デーチョやガブリエッリ等イタリアの論者たちが助言実務の中で日常的に接していた兄弟間の相続合意を含む「合意当事者が自身の遺産について定める合意」、あるいはより広く「将来の相続合意」一般を論じる文脈で、ガブリエッリの文言基準説に依拠しているにすぎない。そのような広い射程を持った議論を、「文言 *verba*」によらない「意思 *mens*」の推定可能性という補充的基準も含めて、第43条に規定される嫁資合意に当てはめたのがカルプツォフの定義5なのである。

更に、注意を要するのは、相続合意の「文言」を重視するこの議論が、目的物の特定性の有無を問う議論よりも、相続合意無効の原則に忠実であり得るという点である。というのも、「文言」はあくまで合意当事者の「意思」を把握する媒体として重要視されているのであって、当該合意の効力は、「如何なる文言を用いるにせよ、相続人を指定する意図を読み取れる」(ガブリエッリの助言137第22番、ピストリスの問題3第5番)かどうかによって左右されるからである。相続乃至包括承継を企図する「意思」が「文言」その他を介して明

24) *Consilia*, I, 175.v.

らかであれば、目的物の範囲はどうであれ、「契約」としては無効となる。Iで既に検討したヤーツン、シュルフ、ガイル等の議論がそうであったように、目的物の特定性に着目する見解は、目的物が特定されていれば自由に処分可能な財産が残存し、合意当事者から「自由な遺言権能libera facultas testandi」を剥奪することにはならないとの遺言相続固有の論理に依拠して（合意の相互性によって当事者間の「死を狙う欲求votum captandae mortis」が抑制されるという論理も同じ）、本来無効のはずの相続合意を例外的に有効と見なすものであった。これに対して、当事者の「意思」として相続合意であることが明らかである以上は合意そのものとしては無効である一方、当事者の「意思」が「文言」等を介して相続、遺言、包括承継といった事柄に結びつかないならば、そもそも相続合意ではないから合意乃至契約として有効であるというのがガブリエツリやピストリスの立場である。相続合意の有効性を、遺言相続固有の論理ではなく、合意乃至契約一般の当事者意思解釈の次元で捉えようという志向をそこには読み取ることができよう。

従来の普通ザクセン法学の流れから見ても明らかに異質なこのピストリス＝カルプツォフ説ではあるが、『裁判法学』公刊当時、少なくともライプチヒ参審裁判所の実務としては既に定着していた。これを証拠立てているのが定義5の末尾に付された二つの判決の抜粋である。一つ目の1634年2月の判決では、「そのような婚姻特約は、その中で遺産や相続について企図されている以上、契約としては適法に存続しないし、そのような場合に必要とされる五名の証人も欠いているから、やはり適法に存続しないsolche Ehestiftung auch weil darinnen von der Erbschafft / und succesion Vorsehung gethan worden / iure contractus und in Mangelung deß fünfften Zeugens / so uff den Fall hierzu nöthig / zu Recht nicht bestehen kan」と判示され、「遺産や相続について企図されているvon der Erbschafft / und succesion Vorsehung gethan worden」点が顧慮されているだけで、「遺産や相続Erbschafft / und succesion」を望む当事者の意思が、目的物の特定性との関係で優先的に考慮されているわけではない。しかし、二つ目の1636年9月の判決には、「この汝等の従兄弟は、作成された婚姻特約の中で、その妻に何らかの特定の財産を与

えようと企図したとされるけれども、彼はの中で相続の趣旨で死亡時を明確に想定しており、それ故、遺言として処分することを望んでいたところ、その際に五名ではなく四名の証人しか立ち会わなかったのであるから、結局、当該婚姻特約は存続しないOb nun wol gedachter ewer Vetter in der uffgerichteten Ehestiftung seinem Weibe etliche gewiese Gütere zuzuwenden gemeinet gewesen. Dieweil er aber denoch darinnen deß Todesfalls unter der succession ausztrücklichen gedacht / und also in vim ultimae voluntatis disponieren wollen / dabey aber nicht fünff sondern nur vier Zeugen gewesen, so ist berührte Ehestiftung zu Recht nicht bestendig.」とあり、目的物の特定性ではなく当事者の意思を重視する姿勢がはっきり示されている。

「妻に特定の財産を与えようと企図したseinem Weibe etliche gewiese Gütere zuzuwenden gemeinet gewesen」嫁資合意が、証人数の不足故に「終意処分」としての効力を否定されると共に、「相続の趣旨で死亡時を明確に想定していたdeß Todesfalls unter der succession ausztrücklichen gedacht」が故に「契約」としての効力も否定されるこの判旨には、自ら筆頭参審人（1633年に着任）として本事案に直接関与し審理を主導したであろうカルプツォフの強い意向が反映していると考えられる。加えて、合意当事者の「意思」、とりわけその表示媒体たる「文言」を重視するピストリス＝カルプツォフ説は、目的物の特定性には直接言及しない第43条にも矛盾しないどころか、むしろ忠実な解釈とも解し得る。文言基準説はその主張者自身によって遂行された勅法集の解釈適用を通じて実務の裏づけを得ることに成功したのである。

夫婦間相続目的の嫁資合意が「契約としてin vim contractus」有効であるか否かは、目的物の範囲ではなく、文言等で把握推定された当事者意思に左右されるとのカルプツォフの理解は、続く定義6「ただし、総財産が存命配偶者に付与される場合であっても、遺産や相続の権利に基づいてそれが為されたのであれば、嫁資合意は契約として有効であるValent tamen pacta dotalia in vim contractus, etiamsi bona universa conjugii superstiti fuerint assignata, modo haud iure hereditario vel successionis hoc factus sit.」の前半において、「直前の定義definitio praecedens」つまり定義5の帰結として一層明確に提示

されている。すなわち、「嫁資合意において存命配偶者に付与されたのが総財産なのかそれとも財産の一部だけなのかという点によっては、嫁資合意が契約として有効となり得るのか、終意処分として有効となり得るのかは区別不能であり、契約上の債務によって財産が移転されるのか、相続や包括承継の権利によって移転されるのかについてよく注意するしかない*non exinde quod vel bona universa, vel pars saltem bonorum coniugi superstiti in pactis dotalibus assignata fuerit, diiudicandum erit, an haec iure contractus, an vero in vim ultimae voluntatis valere possint, sed illud solum probe attendi debet, an vi obligationis contractae, an vero iure haereditario aut successionis bona deferantur*」(第1番及び第2番)、というのである。カルプツォフは、この箇所、第43条の諸定義では初めて、ベルリッヒの『実務解決集』第2巻結論51を引用し、しかも、自らの立場と同旨のものとして言及している。引用されたのは、「一定の物や財産ではなく遺産の一定割合に関して為された合意は、合意や契約としてではなく終意処分としてのみ有効であり、それ故また、五名の証人が必要であって、それを欠けば存続しない*pacta non de rebus, et bonis certis, sed de quota hereditatis concepta in vim pacti, vel contractus valere non possunt, sed tantum in vim ultimae voluntatis, et ideo quinque testes requiruntur, alias non subsistent*」(第16番)との理解を前提に、「財産全体や何らかの特定の財産についてはこの限りではなく、それらは生存者間贈与やその他の合意によって当然移転可能である。それ故また、先の合意に五名の証人を要し、こちらの合意には二名乃至三名の証人で足りるとしても何の不思議もない*secus est in omnibus, vel certis quibusdam bonis, illa enim bene donatione inter vivos, vel aliis pactis transferri possunt. Ideoque mirum non est, si in illis quinque, in his vero duo vel tres testes requirantur*」とする箇所(第18番)である。カルプツォフは、この箇所を、「二名乃至三名の証人の前で契約として作成された嫁資合意によって全財産が存命配偶者に付与されることも可能である*pactis dotalibus in vim contractus coram duobus vel tribus testibus conceptis, bona universa assignari posse coniugi superstiti*」との趣旨に解釈した上で、「遺産について何も述べられておらず、その他の諸状況からも相続権

について当事者が考えていたことが明らかとならない限り *modo de hereditate nil dictum sit, nec de iure successionis contrahentes cogitasse ex aliis circumstantiis appareat*」との条件付きで、ベルリッヒ説に賛同している(定義6第3番及び第4番)。

引用された結論51の第18番には、上記一節に続けて、「従って、嫁資合意については、一定の物乃至財産に関するものにすぎないのか、それとも、遺産の一定割合に関するものなのか、十分に注意する必要がある *unde colligitur in pactis dotalibus multum esse animadvertendum, an pacta dotalia de rebus, vel bonis certis tantum, an vero de quota hereditatis sint concepta*」、とある。文脈に照らせば、ここでベルリッヒ自身が意識しているのは、「財産全体 *omnia bona*」に関する嫁資合意の可否ではなく、むしろ、「何らかの特定の財産 *certa quaedam bona*」(「一定の物乃至財産 *res, vel bona certa*」)と「遺産の一定割合 *quota hereditatis*」の区別であろう。先に見たとおり、ベルリッヒ自身、「嫁資合意が契約や贈与の文言を用いて作成された *pacta dotalia sunt concepta per verbum contractus, vel donationis*」場合の有効性は当然視しているのであるから(第3番)、「財産全体」であろうとも、「生存者間贈与やその他の合意によって当然移転可能である *enim bene donatione inter vivos, vel aliis pactis transferri possunt*」。しかし、ベルリッヒの議論では、そのような「契約や贈与の文言 *verbum contractus, vel donationis*」という基準と、「何らかの特定の財産」という基準は相互に無関係に並存しており、それ故、「何らかの特定の財産」を対象とする限り、たとえ「契約や贈与の文言」を用いていない嫁資合意であっても有効となる。一方、ピストリス=カルプツォフ説では、当事者の文言が目的物の特定性に優先するから、「たとえ特定の物について定められているとしても、相続する権利について明確に言及されている以上、嫁資合意が契約として存続することはあり得ない *et si de re particulari sit actum, si tamen expresse de iure succedendi dictum fuerit, in vim contractus pacta dotalitia subsistere haud possunt*」(定義5第8番)。このような両説の重大を相違に照らせば、カルプツォフによる引用はベルリッヒの所論の正確な理解に基づくものとは言いがたい。また、カルプツォフ自身そのような相違を十分意

識していたことは、ベルリッヒ説に対する賛同が条件付きであることから見て取れる。カルプツォフにとって重要なのは、「全財産bona universa」が嫁資合意の目的となっているかどうかではなく、「遺産についてde hereditate」言及されているかどうか、「相続権について当事者が考えていたde iure successionis contrahentes cogitasse」か否か、なのである。

定義6の後半では、「当事者の意思について全く何も分からない場合にはどうであろうかquid si de contrahentium mente prorsus non constet」との問いが提起される。当事者の「文言verba」等が存命配偶者による相続を望む「意思mens」の決め手とはならない場合を想定したこの問いに対して、カルプツォフは、「私がこの場合特に重要と考えるのは、契約当事者の文言が財産の取得そのものに関わっているのか、それとも、履行すべく義務づけられる人に関わっているのか、であるplurimum tum interesse puto: an verba contrahentium ipsam bonorum obventionem: an vero personam, quae ad praestandum obligata esse debet, respiciant」と答えており、「契約当事者の文言verba contrahentium」を重視するカルプツォフの立場は変わらない(第5番)。「契約当事者の文言が財産の取得そのものに関わっているverba contrahentium ipsam bonorum obventionem respiciant」と解されるのは、「夫婦の一方が死亡後に財産そのものが相続人の誰かの行為を介することなく相手方に移転されるべき(所有すべく移転される等々)旨文言にあるverba ita sunt concepta, ut bona ipsa post obitum coniugis unius, sine aliquo heredis facto ad alium devolvi debeant (veluti hebeat, devolvantur, et cetera)」場合であり、この場合、「当該処分には相続が含まれると解されるから、将来の相続に関する嫁資合意とみなされ、従ってまた、二名乃至三名の証人の面前で為されても契約として無効であるquia dispositio successionem continere videtur, de futura successione pacta dotalia censentur, ac proinde non valent in vim contractus coram duobus vel tribus saltem testibus concepta」とされる(第6番)。他方、「契約当事者の文言が履行すべく義務づけられる人に関わっているverba contrahentium personam, quae ad praestandum obligata esse debet, respiciant」と解されるのは、「債務は確かに約束者の人格に生じるが死亡時ま

で引き延ばされ、相続人の人格に効力を発揮する結果、存命配偶者は当該債務に基づき約束者の相続人に相続権によらずに約束の財産を請求できる旨文言にある *verba ita sunt concepta, ut obligatio in persona quidem promittentis fundata, sed in mortis eventum lata, in persona heredis effectum capiat, atque adeo coniux superstes ex obligatione ista ab herede promittentis sine ullo succedendi iure bona promissa consequatur*」場合であり、この場合、「当該財産は契約を通じて譲与されたと解され、それ故、嫁資合意は有効となる *per viam contractus concessa intelliguntur, ac propterea pacta dotalia valebunt*」というのである(第7番及び第8番)。

カルプツォフは、前者の場合について、「妻の死後にその財産が汝²⁵⁾に帰属する *post mortem mulieris bona ejus ad te pertinent*」との嫁資合意があっても「汝は相続人や承継人に対して如何なる訴権も行使し得ない *nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus*」とする法文(勅法彙纂第5巻第14章第5法文)を、後者の場合について、契約の効力は当事者の相続人に及ばないとする「原則*regula*」を修正し、「文言への過度の拘りによって契約当事者の意思の射程が制約されることのないように、訴権や債務関係が相続人によってあるいは相続人に対して行使され主張されることを認めるべし *liceat et ab heredibus, et contra heredes incipere actiones et obligationes: ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur*」とする法文(同第4巻第11章「訴権が相続人によってあるいは相続人に対して行使できること *Ut actiones et ab heredibus, et contra heredes incipiant*」第1法文第2節)をそれぞれ引用している。「相続財産は遺言によって付与される *hereditas testamento datur*」との原則を「死後に財産が帰属する *post mortem*

25) 法文冒頭に「相続財産は遺言によって親族外の者に付与される *hereditas extraneis testamento datur*」とあるので、ここに言う「汝*tu*」とは夫ではないと解されるが、中世来、冒頭の一文が一般化され(「相続財産は遺言によって付与される *hereditas testamento datur*」)、相続合意無効の原則の典拠と位置づけられた点は本稿でたびたび見てきたとおりである。そのような一般化の下では、兄弟間の相続合意や夫婦間の相続目的嫁資合意もまた当法文の射程内に入ることになる。

bona pertinent] 旨の嫁資合意に当てはめ、「財産bona」の「相続人heredes」への訴求不能という仕方で当該合意の無効を明示する前者と、合意一般に基づく「訴権や債務関係actiones et obligationes」について「契約当事者contrahentes」の「相続人heredes」への訴求可能性を容認する後者との対置から、「契約当事者の文言」が「財産の取得そのものipsa bonorum obventio」と「履行すべく義務づけられる人persona, quae ad praestandum obligata esse debet」の何れに関わるのかによって相続目的の嫁資合意の効力が左右されるとする上記議論を導くことも確かに不可能ではない。

学説上の典拠としては、まず、バルトルスの勅法彙纂第2巻第3章「合意についてDe pactis」第30法文注釈の第10番²⁶⁾が参照されている。そこでは、「相続する旨の合意pactum de de succedendo」は「善良の風俗に反するが故に無効であるest contra bonos mores et ideo non valet」との相続合意無効の原則が提示される一方で、「問答契約によれば可能であなたに対して現在の総財産を死後に約束できるper stipulationes potest fieri promittendo tibi omnia bona praesentia post mortem」とした標準注釈glossa ordinaria(同法文第3節の文言〈一致させたaccommodaverit〉の注釈²⁷⁾)との矛盾を意識して、同原則の

26) “〈10. 相続する旨の合意は如何なる場合に有効なのか。〉第三に問題となるのは、相続する旨の合意は有効かどうかである。私は簡潔に否と解するし、それは明白であると解される。というのも、本章前述第4法文、後述本巻4章「和解について」第34法文、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文、後述5巻14章「嫁資や婚姻前贈与、嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文にあるとおり、善良の風俗に反しており、それ故、無効であるから。ただし、当法文の標準注釈は、問答契約によればこれが可能であなたに対して現在の総財産を死後に約束できると解しているようである。当法文の文言〈一致させた〉への上記標準注釈を参照されたい。以上の点に注意し心に留めおくべし。従って、私があなたに対して、あなたが私の相続人であるとか、私を相続するとか、あなたを相続人にするといったことを約束する場合には、そのような合意は、既に述べたとおり善良の風俗に反するので、無効である。”(In priman Codicis partem, 49 r.-v.引用は1581年リヨン刊『著作全集Opera omnia』のテキストによる。)

27) “〈一致させた〉。しかし、後述本巻4章「和解について」第34法文、後述5巻14章「嫁

妥当場面を「私があなたに対して、あなたが私の相続人であるとか、私を相続するとか、あなたを相続人にするといったことを約束するpromitto tibi, quod tu sis heres meus, vel mihi succedas, vel quod te faciat heredem」場合に限定する解釈が示されている。しかし、このアックルシウスによって示唆されバルトルスにより是認された区別、すなわち、「問答契約stipulationes」による死後の財産譲与と「相続する旨の合意」との区別も、「文言」が財産の取得と人の義務づけの何れに関わるのかを直接問うているようには見えない(ただし「相続人」への訴求可能性に関わる先の二つの法文は上記標準注釈でも参照されている)。先に見たデーチョの注釈(勅法彙纂第6巻第20章第3法文注釈第3番)が上記標準注釈を援用していることから見て取れるように、このアックルシウス=バルトルス説は、系譜上、実質的には相続合意にあたるものを贈与や契約といった形式故に有効と見なすデーチョ等の見解へと繋がっていると解すべきであろう。

学説上の典拠としてカルプツォフがもう一つ引用しているのはピストリスの

資や婚姻前贈与、嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文にあるとおり、自ら合意することはできない。また、自らに対して合意させることもできない点にも注意せよ。ただし、学説彙纂40巻2章「棍棒による解放について」第4法文末尾にあるとおり、相手方に同意することはできる。同様に、後述3巻33章「用益権、居住権、奴隷の労務について」第4法文にあるとおり、用益権者は解放することはできないが、後述7巻15章「解放に関する事項」第1法文にあるとおり、解放する母に同意することは可能である。また逆に、学説彙纂46巻3章「弁済及び免除について」第19法文、同43巻16章「暴力及び凶器を伴う暴力による占有回復特示命令について」第18法文、後述10巻15章「埋蔵物について」第1法文にあるとおり、自らによって可能であるからといって、他人によって可能となるわけではない。ただし、問答契約を介して、例えばあなたに私の財産を私の死後に約束するようなことは、後述4巻11章「訴権が相続人によってあるいは相続人に対して行使できること」第1法文にあるとおり、可能であって、それは死因贈与か生存者間贈与となる。”

(Codicis libri novem priores cum Accursii commentariis, 184.引用は1591年ヴェネツィア刊のテキストによる。)

問題3であり、実際、その第7番及び第8番²⁸⁾には、相続合意の有効性をめぐつ

28) “〈7.〉これに対して、遺産についても相続についても明確に述べられておらず、しかも、契約当事者の意思が他の何によっても十分に明らかとならないために、事態が不明である場合に最も重要なのは、文言が主として関わっているのが、履行すべく義務づけられねばならない人そのものなのか、それとも、財産の取得なのかという点である。すなわち、約束する人格の内に確かに生み出されたが死亡時まで繰り述べられた債務が相続人の人格において効力を発揮し、相手方が当該債務に基づき約束者の相続人から、相続の権利によることなく、約束された財産を取得するという趣旨が文言に表現されている場合には、誰かがただ単純に自らの財産を死後に相手方に約束した場合と同様、当該財産は相手方に譲与されたものと解され、それ故、この種の合意は有効となる【勅法彙纂前掲4巻11章「訴権が相続人によってあるいは相続人に対して行使できること」第1法文】。〈8.〉一方、相続人から生じるべき債務の効果ではなく、財産それ自体が死亡後に相続人の行為を介さずに相手方に移転し帰属しなければならないという点に配慮する趣旨が文言に表現されている場合には、誰かが相手方に自らの財産が死後に相手方に帰属すべく約束した場合と同様、この種の合意には相続が合意されると解されるが故に、将来の相続に関する合意と見なされ、まさにそのような原因故に無効となる【勅法彙纂前掲5巻14章「嫁資や婚姻前贈与、嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文の〈死後にその財産があなたに帰属する〉の一節、同2巻第3章「合意について」第19法文の〈相手方の財産を取得する〉の一節】。バルトルスが、勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第30法文注釈の第10番でそのように区別しているし、『助言集』助言212ではより一層区別が明確である。また、オールドラドゥス『助言集』助言139も同旨であり、アレクサンデル『助言集』第3巻助言28第8番及び同箇所のモリナエウスの補注もこれに従っているし、デキウスの勅法彙纂前掲2巻3章第15法文の注釈第3番は、この区別を根拠に、契約当事者に対して、この種の合意を作成する際には欺かれないように専門家に相談するよう勧めている。更に、同じデキウスの『助言集』助言225第5番や助言236第20番、小クルティウスの勅法彙纂前掲2巻3章第19法文注釈第17番、『助言集』助言15、助言25第7番、パリシウス『助言集』第2巻助言24第55番及び第56番、ブルプラトゥス『助言集』助言538第2番、アルキアトゥスの勅法彙纂前掲2巻3章第15法文注釈、『助言集』助言135全体、助言256第18番、小ソクヌス『助言集』第2巻助言44第14番、ペロイウス『助言集』第3巻助言30第27番及び第28番、ボエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決355も同旨、クラウエッタ『助言集』助言139第2番はこの区別の根拠を詳細に説明している。更に、ケルスス・フーゴー『助

て財産の取得と人の義務づけとを区別する議論を見出すことができる。すなわち、「遺産についても相続についても明確に述べられておらず、しかも、契約当事者の意思が他の何によっても十分に明らかとならないために、事態が不明である場合に最も重要なのは、文言が主として関わっているのが、履行すべく義務づけられねばならない人そのものなのか、それとも、財産の取得なのかという点であるquando non expresse de haereditate, neque de successione dictum fuit, neque etiam de mente contrahentium aliunde satis apparet, ut propterea res sit dubia, plurimum refert, utrum verba ipsam personam, quae ad praestandum obligata esse debet, an vero bonorum obventionem potissimum respiciant」(第7番冒頭)とのピストリスの見解を、カルプツォフは夫婦間相続目的の嫁資合意の解釈にそのまま当てはめたのである。先にふれた二つの法文やバルトルスの注釈もピストリスが既に同じ趣旨で引用しており、カルプツォフの引用はピストリスを介した孫引きであると解される。ピストリスはバルトルスの注釈以外にも夥しい量の文献(主としてイタリアの諸博士の助言)を引用しているが、問題は、それらが果たしてピストリスと同じ趣旨で相続合意の文言に言及するものであったのかどうかである。既に見たバルトルスやデーチョといった人々の見解がそうであったように、本来無効であるはずの相続合意を「問答契約stipulatio」や「贈与donatio」といった形式故に有効と見なす観方は、標準注釈以来、古くから有力に主張されてきたわけであ

言集』助言100第7番、ガブリエリウス『助言集』第1巻助言137第27〔→16〕番、カケラヌス『ピエモンテ判決集』判決100第7番、シモン・デ・ブラエティス『助言集』助言123第10番以下、マルカブルヌス・アブ・アングイリス『助言集』助言6第1番、ブルサトゥス『助言集』助言136第4番、小リミナルドゥス『助言集』助言580第3番及び第40番、ベレッタ『助言集』助言56第3番、そして、ペレグリヌス『信託遺贈論』第51節第26番で引用されている多くの人々も同旨である。文言の表現に由来するこの区別について特に注意すべきなのは、既に述べたとおり、疑わしい場面、つまり、相続について定められたのかどうか十分には明らかではない場合にのみ当てはまるという点であり、ガブリエリウスも他の人々に与してこの区別についてそのように説明している。”(Quaestiones, IV, 76-78.)

るから、ピストリスが援用する論者もさしあたりこの系譜に属するものと解するのが自然であろう。彼等は、相続合意無効の原則を堅持した上で、「問答契約」や「贈与」の形式を予め採っておけば相続合意と実質的に同じ効果を得られるはずであるとのどちらかといえば予防法学的な発想で議論している。

これに対して、ピストリスは、「遺産についても相続についても明確に述べられておらず、しかも、契約当事者の意思が他の何によっても十分に明らかとならないために、事態が不明である *non expresse de haereditate, neque de successione dictum fuit, neque etiam de mente contrahentium aliunde satis apparet, ut propterea res est dubia*」場合を想定して、事後的な判断基準として、「文言 *verba*」と「人そのもの *ipsa persona*」あるいは「財産の取得 *bonorum obventio*」との関連性に言及している。このことは、第8番の末尾に、「文言の表現に由来するこの区別について特に注意すべきなのは、既に述べたとおり、疑わしい場面、つまり、相続について定められたのかどうか十分には明らかではない場合にのみ当てはまるという点である *circa quam distinctionem a verborum conceptione dependentem imprimis notatu dignum est, tantum pertinere ad casum dubium, quando non satis constat, an de successione actum fuerit nec ne*」とあるところからも読み取れる。注目されるのは、そこにガブリエッリの助言137が再び引用されていることである。既存の諸学説から抽出された「諸結論」の積み重ねによって相続合意の有効性の判断過程を整理するガブリエッリの議論の一端、具体的には、既に言及した「第三の結論」、すなわち、「疑わしい場合、合意が人ではなく財産に着目して作成され、なおかつ、死亡後の財産の取得や承継が合意から推定され、約束や贈与の方式で、相続人によって履行される債務が合意から発生するというのではないならば、合意した者は、たとえ遺産という文言を用いず、物や財産といった文言、単純な文言あるいは両義的な文言を用いているとしても、積極財産か消極財産かを問わずあらゆる権利と共に遺産自体を付与しようと望んだと解される *in dubio, si pactum ita conceptum sit, ut respiciat bona, non personam, et bonorum obventio, et successio post mortem ex eo inferatur, non autem per modum promissionis, sut donationis, ita ut obligatio ex eo nascatur, quae ab*

haeredibus incipiat, tunc existimatur is, qui paciscitur, velle haereditatem ipsam dare cum omnibus iuribus active, et passive, etiam si non verbo haereditatis, sed rei, vel bonorum, vel directis verbis, vel communibus quis utatur」(助言137第16番²⁹⁾)との一節が、ここでもやはりピストリス説の直接の典拠なのである。この議論では、たとえ「遺産という文言verbum haereditatis」が用いられていなくても、「合意が人ではなく財産に着目して作成されているpactum ita conceptum est, ut respiciat bona, non personam」ことが「文言verba」から読み取れるならば、「死亡後の財産の取得や承継 bonorum obventio, et successio post mortem」が推定され、「遺産自体を付与しようとして望んだと解されるvelle haereditatem ipsam dare」ことになる。ピストリスは、ここでガブリエッリが想定している場面を、「遺産についても相続についても明確に述べられておらず、しかも、契約当事者の意思が他の何によっても十分に明らかとならないnon expresse de haereditate, neque de successione dictum fuit, neque etiam de mente contrahentium aliunde satis apparet」場合と敷衍することによって、相続合意の効力の判断基準を「契約当事者の意思 mens contrahentium」の表示媒体たる「文言」に収斂させる立場を一層明確に提示していると言える。「契約当事者の意思」について決め手を欠く場合に、「財産の取得」に関わる「文言」から事後的に引き出され推定されるのも、「遺産を付与しようとして望んだ」という「契約当事者の意思」なのである。

相続合意無効の原則の適用範囲が合意当事者の用いた「文言」で画されるならば、「契約や贈与の方式」による死後の財産譲与が有効となる範囲も同時に明らかとなる。それを「相続合意」と呼ぶか否かはもはや名称の問題にすぎず、文言基準説は、結局のところ、「自由な遺言権能」の確保や「死を狙う欲求」の排除といった遺言相続固有の論理に裏付けられた相続合意無効の原則の形骸化に繋がるのではないか。イタリアから国内に受容され流布しつつあった文

29) ピストリスはガブリエッリの助言137の第27番を引用しているが、この箇所は相続合意と宣誓との関係を論ずる箇所である。内容や表現の対応関係から見ても「第三の結論」を提示する第16番が引用箇所として適切であり、上記引用は誤植と解される。

言基準説に対してそのような根本的疑問を提起したのが、バイエルン公ヴィルヘルム Wilhelm V 世(在位1579-97年)の宮廷顧問官で同公領のインゴルシュタット大学の「皇帝法教授*Iuris Caesarei Professor*」(1587-97年在任、その後ピサ大学に転任)を務めていたアンドレア・ファキネーイ *Andrea Fachinei* (?-1607年)であった。ファキネーイは、『論争解決集第二部 *Controversiarum iuris pars secunda*』(1596年初版：第4巻から第6巻まで収録)第5巻の「遺産が合意によって付与され得るか否か *an hereditas pacto dari possit*」を吟味する一連の章(第84章から第87章)の一つ、第85章「第二の論争、すなわち、合意が約束する人格に基礎づけられ、財産やその取得に関わっていないならば、有効なのか *Scunda controversia, quid si pactum fundetur in persona promittentis, non autem bona, sive bonorum obventionem respiciat, an valeat?*」において、「このいわゆる将来相続の合意の問題に関しては、約束する人格に基礎づけられているならば当該合意は有効であるが、財産の取得を含意しているならば当該合意は無効であるとの区別が一般に受け入れられている *communiter recepta est distinctio in hac materia pacti de futura successione nuncupati; ut siquidem fundetur in persona paciscentis, valeat, si vero bonorum obventionem contineat, non valeat*」³⁰⁾と認めつつも、この通説による「区別 *distinctio*」に消極的評価を下している。すなわち、「いずれにせよ、真理を愛する我々から見れば、誰かが〈あなたに私の財産を死後に約束する〉と言おうが、〈私の財産があなたに帰属しあるいは移転する〉旨約束しようが、事柄の実質について如何なる相違も存しない。すなわち、どちらの場合においても、約束者は、諾約者に財産を移転すべく自らの相続人を義務づけたと見なされる。しかし、効力という観点から見れば、そこに含意されるのは相続や遺産以外の何ものでもない。 *et certe, si verum amamus, nullum videtur esse discrimen quoad rei substantiam; utrum quis dicat, promitto tibi bona mea post mortem; vel promitto, quod bona mea post mortem meam ad te pertinebunt, vel*

30) *Controversia, II, 384*引用は1596年インゴルシュタット刊のテキストによる。そこには、ガブリエッリの助言137の第16番も典拠の一つとして挙がっている。

pervenient. Utroque enim in casu promissor videtur obligasse suum heredem ad bona stipulatori tradenda. Sed non valet eiusmodi pactum; quia effectu inspecto nihil aliud in eo continetur, quam successio et hereditas.]³¹⁾、というのである。文言基準説が依拠した前記二法文を含むローマ法源の積義を通じたファキネーイの論証³²⁾や、このファキネーイの法文解釈に逐一反駁するピストリスの議論³³⁾についてはここでは立ち入らない。本稿にとって重要なのは、カルプツォフが、両者の議論を踏まえた上で³⁴⁾、少なくともアウグスト勅法集第2部第43条の解釈適用、つまり、夫婦間相続目的の嫁資合意の効力という次元では、ガブリエッリからピストリスへと受け継がれた文言基準説に与したという点である。

定義6の末尾に付された1632年11月のライプチヒ参審裁判所判決の抜粋によれば、カルプツォフ等「諸判事domini」は、「全財産についてsämtlichen Güter halben」定められたハレ在住の夫婦の「婚姻特約Ehestiftung」について、「十分な証人を欠いているために終意処分としては存続し得ないin Manglung genugsamer Zeugen in vim ultimae voluntatis nicht bestehen kan」としつつ、「そこでは相続が企図されているのではなく、一方あるいは他方の死亡時の財産一般について定められているdarinnen der Erbschaft nicht gedacht / sondern die Güter in gemein uff eines oder andern Todesfall verschriben worden」から、「契約として適法に存続し、汝等夫婦は当該契約を履行する義務を負うiure contractus zu Recht bestendig / und ihr seydt derselben nach zukommen schuldig」と判示したとされる³⁵⁾。この判決からは文言基準説の採

31) Controversia, II, 385.

32) Controversia, II, 384-387.

33) Quaestiones, IV, 77-83.

34) 定義6第8番でピストリスを引用した箇所には、ピストリスが「アンドレアス・ファキナエウス『論争解決集』第5巻第85章に反対して諸論拠と諸權威に基づき当該区別を擁護しているhanc distinctionem rationibus et autoritatibus defendit contra Andream Fachineum libro quinto capite octogesimo quinto」と注記されている。

35) 他に1583年9月の判決も同旨のものとして参照されているが、「判決の文言verba

用に伴う帰結として次の二点をはっきり読み取ることができる。一つ目は、夫婦間で「全財産」の死後譲与を定める嫁資合意に「契約」としての効力が認められることで、目的物の特定性という従来の判断基準の有用性が失われているという点、二つ目は、「終意処分として」無効であるが「契約として」有効である場合が容認されることで、相続合意は「契約として」無効だが、五名の証人の立会いを条件に「終意処分として」は有効とみなすという従来の思考様式が崩れているという点である。カルプツォフの解釈によれば、第43条は、夫婦間相続目的の嫁資合意について、「契約」と「終意処分」の二つの方式を対等な仕方提示していることになり、それらの有効性を正面から認めていることになる。カルプツォフがピストリスから継承した文言基準説は、嫁資合意が何れの方式によって交わされたのか争いが生じた際の判断に指針を示すものと言えるが、そこで念頭に置かれているのは、相続合意無効の原則を裏付ける「自由な遺言権能」の確保や「死を狙う欲求」の排除といった遺言相続固有の論理ではもはやなく、文言を介した意思の把握という合意乃至契約の解釈一般の論理なのである。

しかし、相続目的の嫁資合意が、「契約として」であるにせよ「終意処分として」であるにせよ、とにかく有効に締結可能であるとの見通しが確保される一方、「文言」から「将来の相続」を望み欲する「意思」が何らかの仕方読み取れるならば「契約」としては無効になるのだとすれば、証人の数という形式的基準ではなく、裁判所の文言解釈次第で無効となる危険のある「契約」という方式を当事者が敢えて選択する意味は一体どこにあるのであろうか。それは、結局、嫁資合意の撤回可能性の有無に求められることになる。「終意処分 *ultima voluntas*」は「遺言者の意思のみに由来し、その性質上、不確定で、死に至るまで撤回可能である *dependet a sola voluntate testatoris, et de sui natura est ambulatoria et revocabilis usque ad mortem*」が、「契約 *contractus*」や「合意 *pacta*」は「契約当事者双方の意思に由来し、他方の変心によって撤回され

sententiae」は抜粋されておらず、詳細は不明である。年代的にはピストリスの判事
在任時の判決である可能性もある。

ない *pendent a voluntate utriusque contrahentis, nec diffensu alterius revocantur*」との一般論は、例えばヴィッテンベルク参審裁判所の意見（前記問題9第6番³⁶⁾）にあったとおり、嫁資合意に関する第43条の立法過程でも当然の前提であった。それ故、第43条は、条文の文言上には直接現れない撤回可能性の有無を含意するものとして解釈適用される必要がある。カルプツォフがこの撤回可能性について論じているのが定義10「終意処分として存続する嫁資合意は夫婦の一方により他方の意に反しても有効に撤回できる *Pacta dotalia, quae in vim ultimae voluntatis subsistunt, ab uno coniuge invito altero bene revocari possunt*」、及び、定義11「契約として存続している嫁資合意は相手方の意に反して撤回できない *Invita altera parte revocari haud possunt pacta dotalia, quae in vim contractus subsistunt*」である。定義10では、第43条第2節及び第3節で想定されている場面、すなわち、「嫁資合意が、相続や遺産について作成されたために、五名の証人の前で為されるか、あるいは、裁判所に申告されるかして、終意処分もしくは死因贈与として存続するほかない *pacta dotalia de successione ac hereditate concepta fuerunt, nec aliter quam in vim ultimae voluntatis, aut donationis causa mortis, sustineri potuerunt, facta coram quinque testibus aut iudicialiter insinuata*」という場合について、そのような嫁資合意は、「契約 *contractus*」としての嫁資合意とは異なり、「夫婦が互いに相手方の意に反して合意から離れたり意思を変更することができないというほどに確定的なものでは決してない *tam firma haud sunt, ut non alteruter coniugum etiam altera parte invita, ab iis resilire et voluntatem mutare queat*」とされている（第1番から第3番）。この定義10は、他に、「死因贈与が撤回可能である *donationes mortis causa revocari possunt*」ことと「如何なる終意処分も死亡までは不確定である *quaelibet ultima voluntas ambulatoria est usque ad mortem*」ことの法源上の典拠、並びに、相続目的であるが故に「終意処分 *ultima voluntas*」乃至「死因贈与 *donatio mortis causa*」としての効力を有するに留まる「嫁資合意」についても同様に撤回可

36) II注5の〈6.〉参照。

能で不確定であると解するザクセン普通法学上の典拠を掲げるだけで(第3番から第5番)、他の諸定義と比べても一層簡潔な叙述となっている。

そのような叙述の簡潔さは続く定義11においても変わらない。そこではまず、「終意処分の法によるのではなく合意や贈与を原因とすると解される嫁資合意、すなわち、個別の物につき契約や贈与の文言を用いて債務関係として作成された嫁資合意*pacta dotalia, quae non tam ultimae voluntatis iure censentur, quam pacti et donationis ob causam, videlicet de rebus singularibus per verba contractus et donationis in vim obligationis concepta*」については、「夫婦の一方が他方の意に反して嫁資合意を変更したり撤回することは決してできない*alteruter coniugum altera parte invita pacta dotalia mutare et revocare haud valet*」とされ(第1番及び第2番)、その根拠として、「合意や契約は両当事者の同意がなければ解消され取り消されることはない*pacta et contractus non nisi mutuo utriusque partis consensu dissoluuntur et revocantur*」こと、「合意を通じて一旦取得された権利は相手方の意に反して奪われることはない*nec ius per pactum semel quaesitum alteri invito auferi potest*」こと、「一旦設定された嫁資や婚姻故の贈与の状態を事後の行為によって悪化させてはならない*nec dotis aut donationis propter nuptias semel constitutae conditionem ex postfacto deteriorem facere valet*」ことの三点が、典拠と共に列挙されているだけである(第3番から第6番)。このような簡略な議論は、「契約」であれば撤回不能で「終意処分」であれば撤回可能であるとの二分法が嫁資合意に関する第43条の解釈としてもほとんど自明であったことの証左と解される。

契約として撤回不能な嫁資合意の典型として、「個別の物につき契約や贈与の文言を用いて債務関係として作成された嫁資合意*pacta dotalia, quae de rebus singularibus per verba contractus et donationis in vim obligationis concepta sunt*」が想定されていることは、従来一般的に想定されてきた場面の例示としてこれを解するならば、「総財産が存命配偶者に付与される*bona universa coniugi superstiti assignata sunt*」旨の嫁資合意であっても「当事者の文言*verba contrahentium*」と「履行すべく義務づけられる人*persona, quae ad praestandum obligata esse debet*」との結びつきが確認できる限り「契約

として有効となる *valent in vim contractus*」とした前記定義6と必ずしも矛盾しないし、逆に、「総財産 *bona universa*」を目的とする夫婦間相続目的の嫁資合意の「契約 *contractus*」としての有効性を認めるカルプツォフ（の主導するライプチヒ参審裁判所）の立場の新しさを示唆している。むしろここで注目したいのは、カルプツォフが、上記議論の典拠の一つとして、「読者宛て序文」の中で方法上の模範として賞賛した『ファベルの勅法彙纂』を参照している点である。序文の中でも言及されているとおりファーヴルと面識があった³⁷⁾カルプツォフは、『裁判法学』の中で、ザクセン法や帝国法の文献以外では例外的にかなりの頻度で、このファーヴルの著作を引用しており、ファーヴルの影響が著述方法に留まらず、内容面にまで及んでいた様子が見て取れる。定義11では、勅法彙纂の実際の編別では第5巻第14章に対応する第5巻第9章の定義7「婚姻契約中の遺産を付与する旨の合意は心変わりによって撤回できない *Pactum quo datur hereditas in contractu matrimonii non potest revocari per poenitentiam*」³⁸⁾が二度引用されている。

37) カルプツォフは、1619年2月にヴィッテンベルクで法学博士号を取得した後、翌年4月にライプチヒ参審裁判所の臨時参審人に着任（正参審人となるのは1623年）するに先立ち、南ドイツ、イタリア、フランス、イングランド、南ネーデルラントを巡る約一年間のいわゆる学問巡行 *peregrinatio academica* に出た際、イタリアからフランスに向かう途上、サヴォイア公国のシャンベリー *Chambéry* でファーヴルを訪問している。

38) “勿論、婚姻契約にそのような合意が付加された場合、それは終意処分の方法によるものと見なされてはならず、合意や贈与を原因とするものと見なされねばならない。つまり、そうでなければ恐らく普通は婚姻に伴うことのないものが婚姻に随伴するのである【1. このような理解は法が何よりも婚姻のために認めたものであり、実際、多くの人々がこの種の合意によって婚姻へと動機付けられている】。それ故また、七名の証人もその他の遺言の方式も不要であるし、心変わりによる撤回もできない【2. リーバ【助言集】合意に関する助言1第4番及び第5番、学説彙纂12巻4章「原因によって与えられたが原因が存続しないが故の不当利得返還請求訴権について」第6法文が論拠とされる。同第9法文第1節と同44巻4章「詐欺や強迫の抗弁について」第5法文5節もこれに組み合わせよ】。というのも、一旦設定された嫁資や婚姻故の贈

一度目は、「契約としてin vim contractus」存続する嫁資合意の変更や撤回の不可能を裏付ける学説上の典拠の一つとしてであり、この箇所(第2番)には、ファーヴルの上記定義7以外に、ガイルの『実務考察集』第2巻考察126第5番³⁹⁾、コラーの『ドイツ判決集後編』判決286へのペンゾルトの補注第177番⁴⁰⁾、モラーの『勅法集注解』第2部第43条注釈に第7番として付加されたロー

与の状態を父が事後の行為によって悪化させてはならないからである【3. 勅法彙纂5巻12章「嫁資の法について」第7法文、学説彙纂23巻4章「嫁資合意について」第7法文】。以上の点は更に、将来の婚姻を想定して等しい相続分で息子を相続人に指定する旨の父による約束がたとえ無方式であっても父を義務づけ、また、その後婚姻が為された場合には、この種の約束が書面にも宣誓にもよらなかったとしても、包括承継人に指定された兄弟に対する訴権が当該息子に付与される【4. レオ帝の新勅法第19勅法に基づく】。同じ事件において以上のおり論じられ、日付不明であるが別の機会にもニースの弁護士ドーサン氏に対してその旨判示されたと報告された。(Codex Fabrianus, II, 42引用は1610年リヨン刊のテキストによる。)

- 39) I注15の〈5.〉参照。定義11のテキストでは引用箇所は特定されておらず、考察126全体が参照された形になっているが、内容的に対応するのは第5番と解される。
- 40) “(177.) 他方、夫や妻は嫁資合意の中で相手方に約束したものを終意処分によって減らしたり無くしたりすることができるかどうかが問題となる。

ヴェーゼンベックは『学説彙纂バラティトラ』23巻4章「嫁資合意について」において勅法彙纂2巻3章「合意について」第15法文と学説彙纂23巻4章第31法文を根拠にこれを肯定しており、ヘイギウス『法問題集』第1巻問題23第36番もこれに与している。

反対の立場なのはミュンシングルス『助言集』第2集助言14第9番及び第10番、シカルドゥスの勅法彙纂6巻20章「財産持戻について」第3法文注釈第6番である。彼等の見解が成文法に一層調和しているし、選帝侯勅法集の立法資料集の第1巻第2部問題26は、当該見解の方がより広く受容され正しいと賞賛し、この地域でもこの見解に基づいて判決が下されていることを認めている。そこで、この事例もまた選帝侯勅法集第3部第7条の規定の適用対象に含まれるものと私は解する。というのも、同条の表題は非常に一般的なものであるから。ただし、以上については次のような制限が加えられるべきである。すなわち、嫁資合意の中で、遺言を作成する当事者に、終意処分を介して別様に定める権能が明確に留保されている場合はこの限りではないのである【パヌキウス『嫁資利益論』第13注釈、モレルス『選帝侯勅

法集注解』第3部第7条注釈第1番】。(Decisiones, II, 238.)

- 41) “(7.) 最後に次の問いを掲げることが許されるであろう。すなわち、これらの嫁資合意が、当事者のいずれかの遺言により、たとえ相手方の意に反し違えてであっても廃し得るのかどうか、である。これを否定するのは、ニコラウス・ボエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決355第4番、フランキスクス・ホトマヌス『助言集』助言73、アンドレアス・ガイリウス『実務考察集』第2巻考察126第5番、ミュンシングルス『助言集』第2集助言14第9番及び第10番、『ザクセン選帝侯勅法集意見集』第1巻第2部問題26、ヨアキム・スケプリツイウス『ブランデンブルク辺境伯領慣習法注解』第3部第2章第4番であり、コラー『ドイツ判決集』第2部判決286の補注177番は、この見解が成文法に一層調和し、選帝侯勅法集第3部第7条の規定の適用対象にこの事例が含まれると解している。反対の立場なのは、ヨハネス・シカルドゥスの勅法彙纂6巻20章「財産持戻について」第3法文注釈第6番、マッタエウス・ウェーセンベキウス『学説彙纂バラティトラ』23巻4章「嫁資合意について」末尾、同『助言集』第2部助言71第24番及び第39番、ベトルス・ハイギウス『法問題集』第1部問題23第36番、マッタエウス・コレルス『ドイツ判決集』第1部判決37第4番、ヨハネス・ゴエダエウス『問答契約締結論』第6章結論7第84番である。一体如何に解すべきであろうか。両見解の調和のために、ウェーセンベキウス『助言集』助言63第9番末尾、エルネストゥス・コトマヌス『助言集』第2巻助言159番以下に依って、当該合意が個々の財産について具体的に定めたものであるのか、それとも、包括的な承継や遺産の承継について定めたものであるか、が区別されるべきであろう。前者の場合、当該合意は、上記第3番で引用された人々の見解のとおり、生存者間の契約として存続し、それ故また、当事者双方の反対の合意によってのみ撤回可能である【学説彙纂50巻17章「古法の諸準則について」第35法文】。というのも、何人も決定事項を相手方に不利益な仕方に変更することも【第六書5巻「法の準則について」第33準則】、一体生じた債務関係を相手方の同意無しに取り消すこともできないし【勅法彙纂4巻10章「債務関係及び訴権について」第5法文】、一旦定められた事柄にはもはや異を唱えてはならず【第六書5巻第21準則】、合意によって一旦取得された権利は相手方の意に反して奪われず【学説彙纂2巻14章「合意について」第62法文】、遺言によってもまた奪われないからである【学説彙纂23巻4章第29法文2節、ミュンシングルス掲掲『助言集』助言14第10番】。後者の場合、当該合意は終意処分としてのみ存続可能であり【ダウティウス『遺言論』「遺言変更権について」第101番「ただしドイツの慣習法によれば云々」の行】、それ故また、人間の意思は

ゼンの補注⁴¹⁾、ヴェーゼンベックの『助言集第二部』助言63第9番⁴²⁾、ベルリッヒの『実務解決集』第二部結論⁴³⁾第25番といった本稿でも既に言及済みの諸文献の他、メクレンブルク公の宮廷顧問官や宮廷裁判所陪席判事、ロストック大学教授を経て、メクレンブルク公の尚書長官を務めたエルンスト・コートマン Ernst Cothmann(1557-1624年)の『法解答集 Responsa iuris』第2巻(1610

死に至るまで不確定とされ【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第32法文3節、同34巻4章「遺贈や信託遺贈の剥奪及び移転について」第4法文】、撤回可能とされる点【学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第12法文3節】が妥当するからである。従って、夫婦間の相互的な遺言が相手方の意に反しても何時でも破棄され変更され得ると同じく【ペトルス・ベキウス『夫婦間遺言論』第1巻第43章、ミュンシゲルス『個別考察集』第1集考察8、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察117第2番、ダウティウス『遺言論』「遺言変更権について」第84番、モレルス『セメストリア』第4巻第22章】、この種の嫁資合意もまた何時でも破棄され変更され得る。これは、シカルドゥスやウェーセンベキウスが前掲箇所では指摘し、最近では、エルネストゥス・コトマヌスが前掲『助言集』第2巻助言78第159番以下で説明しているとおりでである。”(Commentarii, 337.)

42) III注28の〈9.〉参照。

43) 「普通ザクセン法における嫁資合意」の試訳参照。

44) “〈159.〉検討吟味されるべき最後の点は、婚約者が終意処分によって合意上の利益を減らすことができるか否かである。一見して確かに、当該合意は婚約者の終意処分によって適法に撤回されると解される【勅法彙纂2巻3章「合意について」第19法文、第15法文、第30法文、同5巻14章「嫁資や婚姻前贈与、嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文、同6巻20章「財産持戻について」第3法文】。

〈160.〉それ故、第一級の法の解釈者の中にさえ、相互的な合意がたとえ特定の物について為された場合、つまり、ここでまさに我々が論じている場合についても、相手方の終意処分によって失効させられると教示する者がいないわけではない【マッタエウス・ウェーセンベキウス『学説彙纂パラティトラ』23巻4章「嫁資合意について」注釈第4番、38巻11章「夫及び妻の遺産占有について」注釈第3番、フェルディナンドゥス・ウァスクユス『相続論』第2巻第18章第291番、ミカエル・グラスス『通説集』「無遺言相続」問題9第4番及び第10番、問題15第7番、ペトルス・ベキウス『夫婦遺言論』第1巻第7章第6番及び同章全体、ヨアンネス・ゴダエウス『問答契約締結論』第6章結論7第84番以下】。〈161.〉第三に、そのような合意が有効なのは

年初版) 助言78第159番以下⁴⁴⁾が参照されている⁴⁵⁾。これらの内、ペンゾルト、ローゼン、ヴェーゼンベック、ベルリッヒといったザクセンの論者は、当然ながら何れも、アウグスト勅法集第2部第43条の解釈適用との関連において、夫婦間に「契約として」存続する嫁資合意の撤回や変更が不可能である旨主張している。また、「相互に相続する旨の夫婦間の贈与乃至合意 *donationes et pacta reciproca de succedendo inter coniuges*」について「この種の合意は確定的であるが故に撤回不能であり、たとえ忘恩を理由とする場合であっても決して撤回できない *huiusmodi pacta adeo firma sunt, ut revocari nequeant, ne ob ingratitude quidem*」とするガイルや、「花婿は遺言を為すことで嫁資合意を廃し、嫁資合意によって花嫁に付与された利益を反対の終意処分により適法に剥奪し得るのか *an sponsum testamento facto pactis dotalibus derogare et lucrum pactione dotali sponsae adscriptum, contraria voluntate ultima iure eripere possit?*」⁴⁶⁾との問いに、「嫁資合意や婚姻特約は相手方の意思だけで解消され得ないというのがより正しく真理に合致する *verius et rectius est pacta*

終意処分としてであって、終意処分が臨終の時まで不確定であることは明らかであるとの法的理由を以上に付け加えることができる【学説彙纂34巻4章「遺贈や信託遺贈の剥奪及び移転について」第4法文】。(162.)しかし、以上にもかかわらず、嫁資合意や婚姻特約は相手方の意思だけで解消され得ないというのがより正しく真理に合致する。…”(*Responsa iuris*, II, 206.引用は1610年フランクフルト・アム・マイン刊初版のテキストによる。)

45) カルプツォフが実際に引用しているのは第159番だけである。しかし、コートマンが、「嫁資合意や婚姻特約は相手方の意思だけで解消され得ないというのがより正しく真理に合致する *verius et rectius est pacta dotalia et nuptialia alterius solius voluntate dissolvi non posse*」と述べているのは第162番であり、助言78の残りの部分(第176番まで)も全て当該見解の詳細な論証に当てられている。カルプツォフによる不正確な引用は、ガイルの考察からの引用と共に、より手近な他の文献、つまりここでは、これら二つの典拠を共に引用しているローゼンの補注からの孫引きに起因する遺漏である可能性もある。

46) *Responsa iuris*, II, 198.

dotalia et nuptialia alterius solius voluntate dissolvi non posse」と解答するコートマンも、第43条の解釈とは直接関連しないとはいえ、夫婦間相続目的の嫁資合意についてその撤回不能を論じていることに変わりはない。

これに対して、サヴォイア公国神聖顧問会の裁判実務に依拠するファーヴルの見解は、内容的に、これら帝室裁判所やザクセンやメクレンブルクといった帝国諸領邦の実務考察文献と並べて引用し得るものなのであろうか。カルプトォフが引用する『ファベルの勅法彙纂』第5巻第9章の定義7は、直前の定義6「遺産を付与する旨の合意は、とりわけ宣誓された場合には有効であり、当該合意は婚姻契約においても慣習法上有効である Valet pactum praesertim iuratum quo datur hereditas, in contractu matrimonii, idque ex consuetudine」⁴⁷⁾と同じ1593年2月の判決に基づくものようである。事案の

47) “確かに遺産は合意によって付与され得ず【1. 本章勅法彙纂5巻14章「嫁資や婚姻前贈与あるいは嫁資外財産について交わされた合意について」第5法文】、たとえ嫁資文書の中にそのような合意が記載されたとしてもそうであり【2. 勅法彙纂2巻3章「合意について」第15法文】、例外とされるのは、遠征中や戦場で自らの財産について相互に処分する兵士だけとされる【3. 同第19法文。それどころか、バルトルス、パウルス〔・デ・カストロ〕、アレクサンデル〔・デ・タルタグニス〕、ヤーソンの前掲第15法文注釈に従えば、この種の合意は宣誓によっても裏付けられない。詳細なのはティラクエルス『長子相続権論』問題6第17番及び第18番。アレクサンデル『助言集』第2巻助言83、クラウエッタ『助言集』助言10、ロマヌス『助言集』助言26も参照せよ】。しかし、ほとんど至るところで諸民族の反対の慣習上、この種の合意が婚姻契約の中で有効になると解されている【4. バルドゥスの封建法書2巻26章「死亡者の封について封主と封臣の親族の間に争いが生じた場合」第5節の「生まれた子等」の文への注釈、リーパ『助言集』合意に関する助言1、マズエ『法定実務』「組合について」の「遺言による相続人指定云々」の節、グイリエルムス・ベネディクトゥス『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』文言〈二人の娘を有する〉への注釈第2番及び第3番以下、ヨアンネス・パボニウス『提要』第20巻第2章第1節、ホトマヌス『助言集』助言1】。より容易にそれが認められ得る人々である貴族の間だけではなく【5. 家系の威厳と繁栄のためである。パボニウスとホトマヌスの前掲箇所参照】、他の人々の間においてもそうであり、し

詳細は不明ではあるが、定義6では、「遺産は合意によって付与され得ない *hereditas pacto dari non potest*」とのローマ法の原則にもかかわらず、「ほとんど至るところで諸民族の反対の慣習に基づきその種の合意が婚姻契約の中で有効となると解されている *contraria consuetudine fere ubique gentium receptum est ut huiusmodi conventiones valent in contractu matrimonii*」とされ、「家系の威厳と繁栄 *dignitas et amplificatio familiarum*」のために、「より容易にそれが認められ得る人々である貴族 *nobiles, in quorum personis facilius id admitti potuit*」だけでなく、「他の如何なる人々の間においても *inter alios quoscunque*」当該合意が有効で、「宣誓が為された場合は勿論のこと、たとえ宣誓が為されなかったとしても *nullum licet iusiurandum intervenerit: multo magis si intervenit*」同じである旨論じられている。ここで「婚姻契約

かも、宣誓が為された場合は勿論、たとえ宣誓が為されなかったとしてもそうである【6. オルドラドゥス『助言集』助言132第2番、アレクサンデル『助言集』第3巻助言128、バルドゥスの勅法彙纂前掲2巻3章第19法文及び同第30法文注釈、デキウス『助言集』助言516第5番及び第6番、同じく勅法彙纂前掲2巻3章第15法文注釈第4番、『トゥールーズ司教座聖堂参事会判決集』判決452へのアウフレリウスの補注第2番】。この種の合意が、それによって法定相続を留保するためのものである場合はとりわけそうである【7. バルトルスの学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第61法文注釈及び勅法彙纂前掲2巻3章第30法文注釈、アレクサンデル『助言集』第1巻助言59第1段、グイド・パパエ『助言集』助言23第4番、カッサネオ『助言集』助言139第13番、マルクス・アントニウス・ナッタ『助言集』第2巻助言474第8番】。また、それらの合意は自然法上の善良な風俗とも矛盾しないと解されているが【8. ディダクス・コワッルウィアスの『種々の解決集』第3巻所収第六書前掲1巻18章「合意について」第2節注解第2番】（もしそうでなければ宣誓を以てしても裏付けられないはずである【9. 第六書第5巻「法の準則について」第58準則に基づく】）、自由な遺言権能を奪うことになるという点は確かに否定し難い【10. 勅法彙纂前掲2巻3章第15法文。それ故また、市民法上の善良の風俗に反すると言われる。学説彙纂前掲45巻1章第61法文及び勅法彙纂8巻39章「無効な問答契約について」第4法文。更にファキナエウス『論争解決集』第5巻第84章以下の四章も参照せよ】。以上のとおり、神聖顧問会は、アメデウス・ピュジェとクラウディウス・ブリュネの事件において1593年2月8日判示した。”(Codex Fabrianus, II, 42.)

contractus matrimonii)中に挿入され得る相続合意として想定されているのは、ローマ法上その拘束力が否定された嫁資合意、すなわち、他家に嫁ぐ娘にも将来の父死亡時に相続分を確保する趣旨の父娘間の嫁資合意⁴⁸⁾を念頭に、機能的には、夫婦間相続目的の嫁資合意ではなく、家系存続を目的に兄弟間で交わされる相続合意に相当するものである。実際、定義7の末尾には、「将来の婚姻を想定して等しい相続分で息子を相続人に指定する旨の父による約束はたとえ無方式であっても父を義務づけ、また、その後婚姻が為された場合には、この種の約束が書面にも宣誓にもよらなかったとしても、包括承継人に指定された兄弟に対する訴権が当該息子に付与されるvel sola promissio a parte facta intuitu futuri matrimonii de filio ex aequa portione instituendo patrem obligat, datque filio actionem adversus fratrem ex asse institutum si matrimonium postea secutum sit, licet eiusmodi promissio nec scripta fuerit, nec iurata」との判示内容が紹介されている。従って、「婚姻契約にそのような合意が付加された場合、それは終意処分の方法によるものと見なされてはならず、合意や贈与を原因とするものと見なされねばならないcum in contractu matrimonii adicitur talis pactio, non tam ultimae voluntatis iure censi debet quam pacti et donationis ob causam」ので、「七名の証人もその他の遺言の方式も不要であるし、心変わりによる撤回もできないnec septem testium numerum requirit, nec alias testamentorum solennitates, nec proinde revocari ex poenitentia potest」との定義7の前段部分も、カルプツォフがファーヴルと共に引用した他の論者たちの見解とは異なり、夫婦間相続目的の嫁資合意を想定した議論とは言えない。

また、カルプツォフは、夫婦間相続目的の嫁資合意の撤回不能を裏付ける論拠の一つとして、「一旦設定された嫁資や婚姻故の贈与の状態を父が事後の行為によって悪化させてはならないnec dotis aut donationis propter nuptias semel constitutae conditionem pater ex postfacto deteriorem facere valet」(定義11第6番)と述べて、もう一度ファーヴルの上記定義7を参照している。カルプツォフの叙述は、そこに引用される法文⁴⁹⁾も含め、「一旦設定された嫁資

48) C.2,3,15.

49) C.5,12,7; D.23,4,7.

や婚姻故の贈与の状態を父が事後の行為によって悪化させてはならない*dotis aut donationis propter nuptias semel constitutae nequit pater ex postfacto deteriore facere condicionem*」とのファーヴルの主張をそのまま援用したものである。この主張は、先に見たとおり、「息子*filiius*」の「婚姻契約*contractus matromonii*」に付随する「合意*conventio*」として「等しい相続分*aequa portio*」を当該「息子」に認める「父」の「無方式の約束*sola promissio*」につき、その撤回不能を裏付ける論拠として提示されていたわけであるから、「息子」の相続分を「婚姻故の贈与*donatio propter nuptias*」に類比し、「合意」に基づき「息子」が取得する利益を「父」が一方的に剥奪することを許さない趣旨の議論として取り立てて不自然なものとは言えない。しかし、カルプツォフのように「夫婦の一方*alteruter coniugum*」による嫁資合意撤回の是非を論じる次元では、「父」の「事後の行為*postfactum*」を問題とすること自体奇異である。結局、定義11に見える『ファベルの勅法彙纂』からの引用は、何れも、ファーヴルの見解と内容的に整合性のあるものとは言いがたい。序文で同書を称揚したカルプツォフがそのような内容的齟齬に気づかずに引用したとは考えられず、1606年の初版以降リヨンやジュネーヴのみならずフランクフルト・アム・マイン⁵⁰⁾でも版を重ねていた同書にあやかる意図で、無理のある引用を繰り返した可能性もある。

本稿で検討してきたもう一つの論点、すなわち、嫁資合意上の寡婦承継分と法定の配偶者相続分の優劣についても、カルプツォフは、先行するモラーやベルリッヒの注釈と同様、「妻は亡き夫の財産から何を承継するのか*was dem Weib aus ires vorstorbenen Mans gütern volgen sol*」を定めたアウグスト勅法集第3部第20条との関連で論じている。冒頭の定義1「寡婦は嫁資合意の中

50) リヨンでの初版の翌年1607年に、「ザクセン勅法意見集」の第1巻にあたる『問題判定議論集』を公刊した書籍商ヨーハン・テオバルト・シェンヴェッターにより出版された後、1608年と1612年には書籍商ヴォルフガング・リヒターWolfgang Richterの手で再刊され、1620年にはジュネーヴの印刷業者ピエール・ジャコブ・シュエエPierre Jacob Chouëtによる版がフランクフルトでも公刊されている。

で彼女に付与された承継分で満足すべきであり、当該相続分を放棄して制定法上の取得分に立ち戻ることはできない*Vidua portione in pactis dotalibus sibi assignata contenta esse debet, nec relicta ea, ad portionem statutariam redire potest*⁵¹⁾では、まず、第20条第1節に明示された嫁資合意尊重の原則が、合意一般の拘束力（「合意は契約の約款となる*conventio dat legem contractui*」）によって裏付けられ、そこから直ちに、「寡婦が、嫁資合意を無視して、法令や領邦法によって寡婦に付与されている全財産の四分の一や三分の一の取得分に立ち戻ることは決して正しくない*neutiquam viduae relictis pactis dotalibus, ad portionem, ex statuto vel jure provinciali sibi debitam, quartam nimirum vel tertioam omnium bonorum, redire fas est*」との見解への賛意が表明される（第1番から第6番）。ここで引用参照されているのは、モラーの第20条注釈第10番⁵²⁾、同箇所が付されたローゼンの補注⁵³⁾、カラーの『ドイツ判決集』判決61⁵⁴⁾、同後編判決286へのペンゾルトの補注第176番⁵⁵⁾、ベルリッヒの『実務解決集』第3部結論27⁵⁶⁾第29番であり、何れもIVで見たとおり、寡婦による法定相続分の「選択*optio: electio*」を認めない文献であり、勅法集制定以前のカラーの判決61を除けば、まさに第20条所定の寡婦相続分との関係で嫁資合意所定の承継分を優先させるものであった。定義1の後半では、寡婦相続分の根拠として「婚姻特約*Ehestiftung*」、地域固有の「法令*wilkür*」や「慣習法*gewonheit*」を列挙する第20条第1節と、寡婦に嫁資等の持参財産の返還か法

51) 第20条所定の寡婦相続分と嫁資合意の関係にかかわる定義1から定義5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。

52) IV注16の〈10.〉末尾参照。

53) IV注22参照。

54) 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。引用されるべきは、判決61全体ではなく、寡婦の「選択」の是非を論じた前半部分（第1番から第31番まで）である。

55) IV注23参照。

56) 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。

定相続分の取得かの「選択wahl」を認める同条第3節後段とを結びつけて、嫁資合意所定の承継分との関係でも法定相続分の「選択」を容認する解釈が、やはり既存の文献の引用とともに退けられている。ここでカルプツォフが論拠として提示するのは、上記モラーの注釈第10番で指摘されたライブチヒ参審裁判所の実務の「選択」容認から否認への変化(第7番から第10番)、そして、第20条第3節後段の解釈の論理整合性(第11番から第13番)である。寡婦の「選択」に言及する第3節後段の文言は、「直前の一節に結び付けられ、それ故、嫁資合意や法令が存しない場合にかんするものと解されねばならないad praecedentem versiculum restringi, deque eo duntaxat casu, quo pacta dotalia vel statuta non extant, intelligi debent」との見解、つまり、一般法たるアウグスト勅法集が本条第2節と第3節前段で「婚姻特約」も地域固有の「法令」や「慣習法」も「不明であるungewis」場合を想定して定めた寡婦相続分が妥当する場面では、嫁資合意所定の承継分と勅法集所定の相続分との間の「選択」を論じること自体背理であるとの観方については、モラーの注釈第5番、ペンゾルトの補注第176番、ベルリッヒの結論27第30番以外に、ゴルトベックの『ゲラーデ相続論』第5章「相続の第一順位について」の第47番⁵⁷⁾も引用されている。

夫亡き後の寡婦の「選択」をめぐる以上のようなカルプツォフの叙述からは、前述の第43条の解釈論とは異なり、従来のザクセン普通法学の枠を超えない穏当な印象を受ける。保佐人助成の欠如や莫大損害を理由とする嫁資合意の無効取消の主張を認めない旨論じる定義2「保佐人を伴うことなく嫁資合意に同意した場合もまた同じEtiam si absque curatore in pacta dotalia consenserit」、及び、定義3「二分の一を超える損失の重大さを理由に嫁資合意を取り消して制定法上の取得分を自らに付与すべき旨の寡婦の請求は聞き入れられるべきではないNon audienda est vidua, quae ex capite laesionis ultra dimidium, pacta dotalia rescindi, sibi que portionem statutariam adjudicari petit」においても、モラーの『セメストリア』や『勅法集注解』、ベルリッヒの『実務解決集』を引用しながら、その見解を祖述敷衍している。しかし、嫁資合意尊重の論拠と

57) IV注29の〈47.〉参照。

して合意一般の拘束力のみを掲げる定義1の論法には、簡潔を旨とする叙述方式の貫徹だけではなく、従来の議論で繰り返し検討吟味されていた法定相続分剥奪の禁止や嫁資の優遇のようないわゆる「疑問点rationes dubitandi」への反駁の意図的な省略を読み取ることも可能である。そして、そのような態度は、遺言相続固有の論理を脱して合意一般の解釈に軸足を移した第43条の解釈論とも平仄が合う。

また、定義1の末尾には、「存命の寡婦には夫の死後に子の有無にかかわらず全財産の二分の一が付与される旨の法令ein statutum / vermöge dessen der überlebenden Wittiben nach Absterben deß Mannes die Helffte aller Güter ohne Unterscheid / ob Kinder vorhanden seyn oder nicht / gebühret」と、夫は妻に「三分の一以上は与えないmehr nicht den dritten Theil zugeeygnet」旨定められ既に裁判所に申告済みの「婚姻特約Ehestiftung」とが存する場合に、寡婦は「当該嫁資合意から離れて、当地の法令に従い亡き夫の遺産から二分の一を請求することはできないseydt von solcher Ehestiftung abzuweichen / und vermöge selbigen Orts Willkür / die Helffte auß ewres verstorbenen Mannes Verlassenschaft / zufodern nicht befugt」と判示した1632年5月の判決が紹介されている。この判決は、一般法たるアウグスト勅法集ではなく都市条例のような各地域に固有の「法令Willkür」との関係でも「婚姻特約Ehestiftung」を優先し尊重するものであり、第20条の論理的解釈として同条所定の寡婦相続分と嫁資合意所定の寡婦承継分の優劣を論じていた従来の議論の枠にはやはり収まりきらず、「婚姻特約」の合意としての拘束力を論拠とした判断と解さざるを得ない。カルプツォフ（によって主導されたライプチヒ参審裁判所）のように合意乃至契約一般の論理に従って第43条を解釈し、嫁資合意で夫婦が死後に相手方に財産を譲与する旨定めた場合であっても、合意の文言に照らし相続目的と解されない限り、目的物の範囲を問わずに拘束力を認めるのであれば、ベルリッヒが意識したような第43条と第20条の意味連関（『実務解決集』第2部結論51第30番）もその重要性を失うことになる。第43条所定の証人の立会や裁判所への申告といった要件を満たして「終意処分として」有効となった相続目的の嫁資合意を撤回せずに夫が亡くなった場合に寡婦が当該

嫁資合意に拘束されるか否かは、確かに、第20条所定の寡婦相続分主張の可否に直結する。しかし、実際には夫婦間の包括承継を企図する嫁資合意であっても、その文言次第で、「契約として」有効となり撤回不能となるのであれば、「契約」であるが故に生前から撤回不能であった嫁資合意所定の承継分が夫亡き後に寡婦を拘束するのは当然の事理であって、寡婦の「選択」の可否は、もはや「終意処分として」有効な夫婦間相続目的の嫁資合意に特有の問題ではなくなるのである。

本稿がこれまで辿ってきたザクセン法学の展開の過程で、ローマ法由来の相続合意無効の原則は、少なくとも夫婦間相続に関しては、ほぼその意義を失い、嫁資合意に基づく夫婦間の包括承継が実務上も常態化した。しかし、そのような実務並びに学説の展開は、中世ローマ法学やこれを直接継承する同時代のイタリア法学を主たる参照枠組としたローマ法の継続的な実用化の一端でも、ローマ法を帝国法として解釈適用する帝室裁判所の実務の単純な模倣踏襲でもなかった。ザクセンには、ザクセンシュピーゲルの「注釈」やファックス等の『市民法ザクセン法相違集』に象徴されるように、普通法対固有法、帝国法対ラント法といった法源の二元性を強く意識しその比較対照を試みる法学的営為が早くから存しており、アウグスト勅法集という大規模な領邦一般法の制定はまさにその成果と言える。勅法集は、帝国法との調和と固有法実務の優先という相対立する方針を個々の論点毎に使い分け、ローマ普通法の丸呑みを回避しつつ、ザクセンシュピーゲルやヴァイヒビルト等に由来する従来的一般慣習法を新たなザクセン普通法へと再編更新した。勅法集制定とその運用を受けて、ザクセン法学が成文慣習法たる勅法集の注解へと向かったのは当然であり、モラーの『勅法集注解』からベルリッヒの『実務解決集』を経てカルプツォフの『裁判法学』に至る一連の包括的注解書の出現によって、ザクセン法学は同時代のフランス慣習法学に匹敵する次元に到達していたものと考えられる。「ベルリッヒがベルリッヒでなければカルプツォフはカルプツォフではなかった *Nisi Berlichius berlichizasset, Carpzovius non carpzoviasset*」という後代の標語⁵⁸⁾に含意される関係は、モラーとベルリッヒの間にも妥当するのであり、む

58) Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I, 737.

しる重要なのは、16世紀末のモラーの注釈を起点に新たに蓄積されたザクセン法学の成果を総体として捉え、そこに、ライプチヒ参審裁判所における勅法集の解釈適用を敷衍するザクセン慣習法学の生成を見出すことであろう。ザクセン以外の帝国諸領邦にも類似の動向を指摘し、現代的慣用に先行しこれを媒介する契機として帝国版慣習法学の意義を確認することが本稿の次の課題となる。

(未完)