

《資 料》

贈与・終意処分・嫁資合意¹⁾

——カスパー・マンツ『プファルツ判決百選』から——

藤 田 貴 宏 (訳)

・カスパー・マンツKaspar Manz(1606-1677年)について

プファルツ＝ノイブルク公Herzog von Pfalz-Neuburg領、ドナウ川沿いの小都市グンデルフィンゲンGundelfingenでプロテスタントの市長の息子として生まれる。1613年のノイブルク公ヴォルフガング・ヴィルヘルムの対抗宗教改革(再カトリック化政策)を受けカトリックに改宗、イエズス会管理下のディッリンゲンDillingen大学(1549-1804年)で哲学、インゴルシュタットIngolstadt大学(1472-1800年)で法学を学び、フランシュ・コンテFranche-Comté²⁾のドー

- 1) 以下は、カスパー・マンツ著『プファルツ判決百選』第4部「終意処分の諸問題について」の問題36と38、並びに、巻頭の「献呈書簡Epistola dedicatoria」と「読者宛て序言Praefatio ad lectorem」(第二版では削除)の試訳及び訳注である。訳出に当たっては、1659年アウクスブルク刊初版のテキストを底本とし(巻末の正誤表[「明白な誤植Errata notabiliora」]記載の誤植は注記せず訂正、各問題冒頭の「要約summaria」は欄外番号に従い本文の対応箇所挿入)、1672年レーゲンスブルク刊第二版も参照した。訳出した二つの問題はどれも、近親者間で自らの死後に相手方に財産を譲与する行為が遺言の方式を履まずに行われた事案に関わるものであり、問題36では母から娘への財産譲与が、問題38では夫婦間相続目的の嫁資合意がそれぞれ論じられている。問題38については拙稿「相続と嫁資合意」のVIを参照されたい。
- 2) ブルグント自由伯領Freigrafschaft Burgund: 皇帝フリードリヒ3世の息子ハプスブルク家のマクシミリアンが亡きブルゴーニュ公シャルル突進公の娘と婚姻して得た息子フィリップ美公(後のカール5世の父、フィリップの妹マルガレーテはネーデルラント総督)が1493年サンリス条約でフランス(1477年突進公を戦死させたフランス王ルイ11世が占領)からブルゴーニュ取得。1556年にはスペイン・ハプスブ

ルDôle大学³⁾で両法博士号取得、ディジョンとオルレアンOrléans両大学の滞を経て帰国。1630年にアウクスブルクAugsburg司教の顧問官とディッリゲンゲン大学の法学提要担当員外教授（哲学部で形而上学も講義）、三十年戦争の激しい戦火⁴⁾の中、36年にインゴルシュタット大学の法学教授に転任（法学提要、学説彙纂、勅法彙纂に加え刑法、公法も講義）、53年に新プファルツ＝ノイブルク公フィリップ・ヴィルヘルムPhilipp Wilhelm(在位1653-90年)の尚書長官に就任。60年に学説彙纂・公法担当教授としてインゴルシュタット大学に復帰し、同年バイエルン選帝侯フェルディナント・マリーアFerdinand Maria(在位1651-1679年)によって宮廷顧問官に任命、ノイブルク公との関係も保つ。73年教職から引退。

・『プファルツ判決百選』について

1659年アウクスブルク刊の初版、表題頁には、『プファルツ判決百選、別名、ノイブルクの最高裁判所において多数決にて判示され、あるいは、少なくとも審理に持ち込まれた諸事案の集成。そこでは、皇帝法、バイエルン法、プファルツの諸規則、その他新たな諸勅令から新たに生じた重要かつ日常的な事件が解決されている。著者は法律家でプファルツ＝ノイブルク公の宮廷の顧問官にして尚書長官カスパルス・マンジウス。問題、及び、事項語句に関する二つの索引付き。アウクスブルクにて、書籍商ヨハンネス・ヴェーの出資、ヨハンネス・プラエトリウスの印刷により、1659年刊。Centuria decisionum palatarum seu rerum in supremo dicasterio Neoburgico majori ex parte judicatarum, vel saltem in controversiam vocatarum. In qua celebres quotidianique casus noviter nati ex iure Caesareo, Bavarico, ordinationibus palatinis, et aliis

ルク家が継承するも、ディジョンDijon中心のブルゴーニュはフランスに割譲。

- 3) 1422年ブルゴーニュ公フィリップ善良公創設、1691年にブザンソンBesançonに移転。
- 4) グスタフ・アドルフのスウェーデン軍の南ドイツ侵攻。32年5月スウェーデン軍ミュンヘン入城、同11月グスタフ・アドルフ戦死、33年11月スウェーデン軍レーゲンスブルク攻略、34年9月にザクセン＝ヴァイマール公ベルンハルト率いるスウェーデンとハイルブロン同盟Heilbronner Bundのプロテスタント軍がネルトリンゲンNördlingenでカトリック連合軍Katholische Ligaに敗北。

Novellis Constitutionibus resoluntur. Authore Casparo Manzio iureconsulto, consiliario et cancellario aulico Neo-Palatino. Cum duplici indice quaestionum, et rerum atque verborum. Augustae, impensis Johannis Weh bibliopolae, typis Johannis Praetorii, anno millesimo sescentesimo quinquagesimo nono [undesexagesimo]、とある。

表題中の「バイエルン法*ius Bavaricum*」として主要なものは、バイエルン公マクシミリアン1世(在位1597-1651年、1623年以降選帝侯)の治下、1616年に制定された上下バイエルン候領ラント法*Landrecht der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayern*や上下バイエルン候領裁判所規則*Gerichtsordnung der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayern*であり、前者では1518年制定の改定バイエルンラント法*Reformation des bayerischen Landechts*が改定増補され、後者には1520年制定の裁判所規則*Gerichtsordnung*(1495年の帝室裁判所規則と1498年の改定ヴォルムス都市法の手続法を踏襲)が採録された。17世紀初めのこれらの立法は、バイエルン全域の法統一をもたらし、18世紀半ば選帝侯マクシミリアン3世治下のヴィグレウス・クサーヴァー・アロイス・フォン・クライトマイア男爵*Wigläus Xaver Alois Freiherr von Kreittmayr*による一連の法典編纂(「バイエルン刑法典*Codex juris Bavaricus criminalis*」[1751年]、「バイエルン訴訟法典*Codex juris Bavaricus judicialis*」[1753年]、「マクシミリアンのバイエルン市民法典*Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*」[1756年])に至るまで近世バイエルン法の中心的法源であった。

なお、1623年のプファルツの選帝侯位の剝奪とバイエルンへの付与と同時に、オーバープファルツもバイエルンに帰属し、その後、バイエルン選帝侯フェルディナント・マリーア治下でオーバープファルツ候領ラント法*Landrechts des Fürstentums Oberpfalz*(1657年)が成立している。プファルツ選帝侯領は、16世紀の本家断絶とジンメルン家による継承後、三十年戦争時のフリードリヒ5世廃位を経て、その次男カール1世ルートヴィヒ⁵⁾がウェストファリア条約に

5) 1661年ハイデルベルク大学哲学部にザームエル・プーフェンドルフ*Samuel Pufendorf*を自然法担当教授として招聘。プーフェンドルフは、その後、67年にスウェー

基づきプファルツ選帝侯位を回復した⁶⁾後も17世紀末カール2世を以て断絶するまでカルヴァン派領邦であり続け(ノイブルク公フィリップ・ヴィルヘルムによる継承でカトリック化)、その間、ラント・裁判所規則Landes-und Gerichtsordnung(1582年)等のほか、プロテスタント領邦に特有の婚姻規則Eheordnung(1556/62/1605年)も制定された。マンツ死後には、フィリップ・ヴィルヘルム治下で改定ラント法Erneuertes und verbessertes Landrecht(1698年)成立。

・プファルツ＝ノイブルク公について

バイエルン＝ランツフト公領の継承をめぐるプファルツ選帝侯(ランツフト公の娘エリーザベトと婚姻した息子ループレヒトの承継を企図)とバイエルン＝ミュンヘン公(バイエルン諸公間の断絶時相互承継を定めたヴィッテルスバッハ家取り決めの遵守を主張)が1503年ランツフト継承戦争、05年皇帝マクシミリアン1世のケルン宣言で終結。ランツフト公領の多くはミュンヘン公アルブレヒトAlbrecht 4世賢公へ、代わりにエリーザベトとループレヒトの息子オットハインリヒとフィリップのためにノイブルク公領創設。48年フィリップ死去後56年にオットハインリッヒがプファルツ選帝侯位を承継し、従兄弟のプファルツ＝ツヴァイブリュッケンPfalz-Zweibrücken公ヴォルフガングWolfgangにノイブルク公位を譲与。その子フィリップ・ルートヴィヒPhilipp Ludwig(在位1569-1614年)は、ノイブルク公領をプロテスタント化しカトリックのバイエルン公領と対峙、ユーリッヒJülich・クレーフエKleve・ベルクBerg公アンナと婚姻。その長子ヴォルフガング・ヴィルヘルムWolfgang Wilhelm(在位1614-1653年)の母方領承継をめぐる紛争。1614年クサンテンXanten条約でユーリッヒ・ベルクをヴォルフガング・ヴィルヘルムが獲得し、クレーフエはブランデンブルク選帝侯ホーエンツォラーン

デン王国の Rundt 大学法学部に移り、77年にはスウェーデン王の宮廷修史官、88年にはブランデンブルク選帝侯の宮廷修史官。

6) 対スウェーデンのオスナブリュック講和文書Instrumentum pacis Osnabrugense第4条第5項と対フランスのミュンスター講和文書IP Monasteriense第13条。

Hohenzollern家へ。バイエルン公マクシミリアン1世⁷⁾による支持の代償として13年に領邦の再カトリック化遂行。なお、先代フィリップ・ルートヴィヒの次男零歳死亡、三男アウグストはプファルツ＝ズルツバッハPfalz-Sulzbach公領、四男ヨーハン・フリードリヒはプファルツ＝ヒルポルトシュタインPfalz-Hilpoltstein公領をそれぞれ本家ノイブルク公の高権留保のまま分割継承。

ノイブルク公は長子ヴォルフガング・ヴィルヘルムから53年その子フィリップ・ヴィルヘルムへ。再改革派＝カルヴァン派のプファルツ＝ジンメルンPfalz-Simmern家カール2世死去で、85年にプファルツ選帝侯位も継承、カール2世の娘オルレアン公(王弟)妃の継承権主張をルイ14世が併合reunion政策に利用、フランスとアウクスブルク同盟(皇帝、バイエルン、プファルツ、ブランデンブルク各選帝侯、スウェーデン、ネーデルラント、スペイン等)との間でプファルツ継承戦争(1688-97年)、プファルツ焦土化、レイスウエイクRijswijk和約でフィリップ・ヴィルヘルムのプファルツ継承権確認。なおツヴァイブリュッケン家は、1410年プファルツ分割によって成立したジンメルン家から15世紀半ばに分家、1681年から1718年までスウェーデン国王と同君連合。

ズルツバッハ公位はアウグストの息子クリスティアン・アウグストの代の1656年に主権確保。同公カール・テオドールKarl Theodorが、1742年ノイブルク公兼プファルツ選帝侯位、77年バイエルン選帝位をそれぞれ男系断絶故に継承。99年にはズルツバッハ家も断絶し、ヴィッテルスバッハ家傍系のプファルツ＝ビルケンフェルトPfalz-Birkenfeld公家(1556年ノイブルク公となったヴォルフガングの子の一人カール1世がツヴァイブリュッケンと共に継承し始祖、分家を経て18世紀前半に再びビルケンフェルトとツヴァイブリュッケン同系)出身でラッポルトシュタイン伯Graf von Rappoltstein兼ツヴァイブリュッケン公マクシミリアン1世ヨーゼフ(母がズルツバッハ公家出身)がプファルツ、バイエルン両選帝侯位を継承、1806年にバイエルン国王。

7) 1609年カトリック連合結成、16年ラント法制定、皇帝フェルディナントII世との19年ミュンヘン条約により三十年戦争Dreißigjähriger Kriegにおいて皇帝支持、23年にプファルツから剝奪された選帝侯位取得。戦後プファルツ選帝侯位再創設で選帝侯位は八つに。

献呈書簡

ライン宮中伯、バイエルン、ユーリッヒ、クレーフェ、モンス公、フェルデン、スポンハイムの伯、ラーフェンスブルク、メールスの辺境伯、ラーフェンシュタインの領主であられるピリップス・ウィルヘルムス陛下、慈悲深きわが君主に捧ぐ。

陛下、訴訟当事者の間で言い渡された決定や判決を公の印刷に委ねることのない国王裁判所その他最上級審の裁判所は、今日では見当たりません。大抵の場合にそうされるようになったのには二つの理由がございます。すなわち、的確かつ慎重な判断をもって人々の紛争を解決する人々こそ、その地域で学識と経験に富んでいると見なされるに相応しいと解されております上に、裁判が、法律の規定や各地の周知の慣習に従い、多大な情熱と配慮を以て行われていることは万人の知るところであるからであります。実際、裁判においてどちらか一方が敗れることなく、敗訴した側が不正を被ったとして広く不平を訴えることもないということはありませんので、昔の人々も現代の人々も、自らが下した判決の理由を、高位の人々や、事件に関わったかあるいは判示事項について言及する人々に向けて公開することを不都合とは考えておりません。更に、帝室裁判所規則第1部第9章第34条に基づく別の理由、すなわち、陪席判事等は自らの判決（それらは一般に先例とも呼ばれております）に注意深く注釈を加えることで、その後の齟齬や矛盾が回避され、時を経て帝国議会に提案されたそれらの判決から法律が制定され得るようにするよう命じられております点もここに付け加えることができますよう。

確かに、判決は、訴訟当事者間では十分に正義をもたらしますが、強固な論拠に裏付けられて初めて、法律へと形作られ、以後万人における正義とするのに相応しいものとなります。陛下はノイブルクの最高裁判所をお持ちになり、六年前から私を当裁判所の長に任じられたため、私は尚書長官の資格で裁判を統轄して参りました。長年にわたり私を法の教授並びに解釈者として受け入れてきた選帝侯領のインゴルシュタット大学にて、私が聴講者等の筆記用に

口述した著作のほとんど全てを、その後、教授する職務を私が十分に果たしたかどうかを選帝侯陛下のみならずその他あらゆる人々にも広く知っていただくという目的で、印刷されるべく取り計らいましたが、それと同様に、このたびは、陛下の御期待と御認可の下に本判決集を公にし、判決に際して何を言い渡したのか、そしてまた、私と他の判事等との間で意見が異なる場合には（人間が異なる意見を持つのは自然なことでございますので）、私が別の判断に至ったことに正当かつ適法な理由の存することを陛下をはじめすべての人々に証明申し上げたく存じます。プファルツ＝ノイブルク公の宮廷が過去半世紀に擁してまいりました多くの法律家の中に（もちろん宮廷は多くの卓越した人々を育成してきたわけではありますが）この種の著述を試みる者が現れていないという点からいたしましても、私の企ては一層陛下のお気に召すものと考えます。花々は、とりわけ我々の庭に咲く場合には、珍しいほど喜ばれますけれども、それと同じく、重要な諸事案とその判決から採集され、陛下自身の裁判所から生まれた花々を、陛下が祝福に溢れた御手でお受け取りになり、また、慈悲深きご厚意と愛情を以て私に一層報いてくださることと信じております。書齋にて、1659年の聖フィリポとヤコブの祝日〔5月3日〕に、陛下へ、卑しき僕カスパルス・マンジウス記す。

読者宛て助言

親愛なる読者よ、実務問題百選をあなたの御覧に入れよう。それらの問題は、当事者双方で申し立てられた論拠に照らして検討されるだけでなく、判決あるいは少なくとも法の助言によって（十という正義の数のまとまりで⁸⁾提示され

8) いわゆる十戒Decalogus(Exodus, 20; Deuteronomium, 5)に由来。本書は、十の「問題quaestiones」をひと「組(十=デカス)decas」とし、合計の十の「組」から成っている。各「組」の表題は、第1組decas prima「契約及び解約についてDe contractibus et distractibus」、第2組decas secunda「地主貴族すなわちホーフマルク領主とその領民との間の法についてDe iuribus inter landsassios nobiles, sive dominos hofmarchiae, et eorum subditos」、第3組decas tertia「様々な物の法や人の

るにふさわしく) 解決されている。衡平と正義を愛する人々はこの百選を正義の秤で判定してくれるであろうが、これまで不当な事案を訴える者に自ら味方し、今日でもなお同様の人々に与して、自ら関わる訴訟について別の結論を期待したり、あるいは、同種の紛争において別の仕方では判断してきた人々は、当事者の権利を暴露すべきではないと考えたり、密室の中で議論され秘密裡に認定された事柄を公にすべきではないと解して、当該百選を非難するであろう。

あるいは、植字工等の誤謬、それらの多くは腹立たしいことに作業中の不注意や怠慢故に生じるものであるが、そのような誤謬を嫌悪する人々もあろう。更には、法を忌避する人々や自ら欲することだけを受け入れるような人々に至っては、事案について無知であっても、不満や口惜しさを表明することであろう。最初の人々[衡平と正義を愛する人々]は、ナポリの判決集を著したアッフリクトゥス、グラマティクス、カピュティウス⁹⁾、フランスの判決集を著し

法についてDe variis, tam realibus, quam personalibus」、第4組decas quarta「終意処分の諸問題についてIn material ultimorum voluntatum」、第5組decas quinta「その他様々な問題についてIn material miscellanea」、第6組decas sexta「民事裁判手続についてIn materia processus civilis」、第7組decas septima「刑事裁判手続についてIn material processus criminalis」、第8組decas octava「私人の刑事問題、主に不法行為についてIn material criminali privatorum, ut plurimum delictorum」、第9組decas nona「公人の刑事問題、主に裁判上の違法行為についてIn material criminali publicorum ut plurimum iudiciorum」、第10組decas decima「裁判権の問題についてIn material iurisdictionali」、である。

- 9) マッテオ・ダッフリートMatteo d'Afflito(Matthaeus Afflictus, 1448-1528年)『ナポリ王国神聖顧問会判決集Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani』(1509年リヨン初版)、トシマーズ・グラマーティコTommaso Grammatico(Thomas Grammaticus, 1473-1556年)『ナポリ王国神聖顧問会判決集Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani』(1547年ヴェネツィア初版)、アントーニオ・カペーチェAntonio Capéce(Antonius Capycius ?-ca1545年)『ナポリ王国神聖顧問会判決集Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani』(1541年ヴェネツィア初版)。『共著ナポリ王国神聖顧問会判決集Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani diversorum』(1552年リヨン初版)はこれら三つの著作をまとめたもの。

たアンナエウス・ロベルトゥス¹⁰⁾、ピエモンテの判決集を著したカケラス¹¹⁾やボエリウス¹²⁾、グルノーブルの判決集を著したグイド・パパエ¹³⁾、サヴォイアの判決集を著したアントニウス・ファベル¹⁴⁾、ローマの判決集を著したファリナキウス¹⁵⁾、帝室裁判所の判決集を著したミュンシングルース、ガイリウス、ウルムセルス、ハルトマヌス¹⁶⁾、ザクセンの判決集を著したベルリキウス、ア

-
- 10) アンヌ・ロベール Anne Robert (Annaeus Robertus Aurelius, ?-1619年) 『パリ高等法院判決集全四卷 *Rerum judicatarum curiae sive senatus Parisinensis libri quatuor*』 (1596年パリ初版)。
- 11) カケラーノ・ドサスコ Cacherano d'Osasco (Cacheranus Octavianus, ?-1580年) 『ピエモンテ神聖元老院判決集 *Decisiones Sacri Senatus Pedemontani*』 (1569年トリノ初版)。
- 12) ニコラ・ボワイエ Nicolas Boyer (Nicolaus Boerius, 1469-1539年) 『ボルドー高等法院判決集 *Decisiones supremi senatus Burdegalensis*』 (1544年リヨン初版)。「ピエモンテの判決集」というのは誤り。
- 13) ギイー・パープ Guy Pape (Guido Papae, ?-1477年) 『グルノーブル判決集 *Decisiones Gratianopolitanae*』 (1490年グルノーブル初版)。
- 14) アントワーズ・ファーヴル Antoine Favre (Antonius Faber, 1557-1624年) 『ファベルの勅法彙纂 *Codex Fabrianus*』 (1606年ジュネーヴ初版)。
- 15) プロスペロ・ファリナッチ Prospero Farinacci (Prosper Farinaccius, 1544-1618年) 編 『ローマ教皇庁控訴院最新判決集 *Recentiores decisiones Sacrae Rotae Romanae*』 第1部 (1618年ヴェネツィア初版)。
- 16) ヨーアヒム・ミュンジンガー・フォン・フルンデック Joachim Mynsinger von Frundeck (1514-1588年) 『帝室裁判所裁判個別考察集 *Singulares observations iudicii imperialis camerae*』 (1563年バーゼル初版)、アンドレーアス・ガイル Andreas Gail (1526-1587年) 『とりわけ帝室裁判所の裁判手続や事案解決に関わる実務考察集 *Practicae observationes tam ad processum iudicarium, praesertim imperialis camerae, quam causarum decisiones pertinentes*』 (1578年ケルン初版)、ベルンハルト・ヴルムザー・フォン・シャフトルスハイム Bernhard Wurmser von Schafftalßhaim (生没年不詳)・ハルトマン・ハルトマン・フォン・エッピンゲン Hartmann Hartmann von Eppingen (?-1547年) 『ブファルツ選帝侯ルドウィクス [ルートヴィヒ5世：在位1508-1544年] とフリデリクス [フリードリヒ3世：在位1559-1576年] の正義に満ちた宮廷法院、そして、高名な帝室裁判所の法廷で集められた

ルマエウス、カルプゾウィウス¹⁷⁾、ネーデルラントの判決集を著したパウルス・クリスティナエウス¹⁸⁾、その他別の判決集を著したトミンギウス¹⁹⁾、ベニテンドゥス²⁰⁾他の人々を参照してもらいたい。判断が下された後は私事や秘密に属する事柄は何もなく、判決は直ちに公開可能であり、公表しても罪にはなり得ないことを、彼らから学ぶことができよう。他の人々は、本書の末尾に掲げたシドロニウス²¹⁾の戯れ歌²²⁾か、もしくは、同じ箇所についた正誤表へと御案内

実務考察集 *Practicae observationes, partim in iustissimo electorali consistorio illustrissimorum comitum Palatinorum, Ludovico et Friderici electorum, partim in amplissimo camerae imperialis iudicio collectae* (1570年バーゼル初版)。

- 17) マティーアス・ベルリッヒ *Matthias Berlich* (1586-1538年) 『黄金判決集 *Decisiones aurea*』 (1625年ライプチヒ初版)、ドミニクス・アルマエウス・フリジウス *Dominicus Arumaeus Frisius* (1579-1637年) 『判決集すなわちイエーナの大学法学部並びに領邦裁判所で言い渡された判決集 *Decisiones: et sententiae in facultate et dicasterio provinciali Jenensi pronunciatae*』 (1608/12年イエーナ初版)、ベネディクト・カルプツォフ *Benedikt Carpzov* (1595-1666年) 『ローマ＝ザクセン裁判法学 *Jurisprudentia forensic Romano-Saxonica*』 (1638年フランクフルト・アム・マイン初版)、『選帝侯法解答集 *Responsa juris electoralia*』 (1642年ライプチヒ初版)、同『ザクセン重要判決集 *Opus decisionum illustrium Saxonicarum*』 (1646-54年初版)、同『教会法学 *Jurisprudeitia ecclesiastica*』 (1649年ライプチヒ初版)。
- 18) パウル・ファン・クリステイネン *Paul van Christynen* (1543-1631年) 『ネーデルラント諸上訴裁判所で審理(判示)され考察された実務の問題及び事項の判決集 *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum (iudicatarum) et observatarum decisiones*』 (1626年アントワール初版)。
- 19) ヤーコブ・トミング *Jacob Thoming* (1518-1576年) 『重要問題判決集 *Decisiones quaestionum illustrium*』 (1579年ライプチヒ初版)
- 20) ピエートロ・ベニンテンディ *Pietro Benintendi* (生没年不詳) 『ボローニャ教皇庁控訴別院判決集 *Decisiones Rotae Bononiensis*』 (1564年ヴェネツィア初版)。
- 21) シドロニウス・ホスキウス *Sidronius Hosschius* (1596-1653年)。
- 22) “鼻持ちならない読者、自作を嘲る批評家に向けたシドロニウスの戯れ歌 *Carmen Sidronii ad lectorem nasutum suorum scriptorium iniquum censorem*”
鼻持ちならない読者よ、あなたはおっしゃる。「お前の書いたものは気に食わない」と。

信じましょう、あなたの言葉。なにしろ正義がお気に召さないのだから。

「よく聞け、俺が気に入らないのはお前の心根だ」。

しかし正義もあなたのお気に召さないものと存じますが。

「お前の言うことも気に入らないが、学問も気に入らない」。

学説がお気に召さないとすれば、逆説はお気に召しましょう。

「お前の集めたがらくたは俺の味覚にまったく訴えないと思え」。

黄金に輝くものに唇が震えるのは何も不思議なことではございません。

「匂いも味もひどいものだ」。

それは私の非ではなく、あなたが咎でございます。

まずは鼻をかみ、ごみを掻き出して、

葉草で清めた後に、もう一度読んで御覧なさい。

「お前の心、気持ち、考え、好み、言葉、判断、何もかも気に入らない」。

あなたのお気に召すとも召さずとも、ねたむことはやめていただきたい。

そもそも私はあなたのお気に召すべく書いたわけではないのです。

あなたよりも学識豊かで熟達した人々のお気に召しさえすれば、

あなたの愚鈍な嫉みなどどうでもよいのです。

「他の法律家たちも気に入らないであろうし、

お前の裁判所の判事等も気に食わないだろう」。

私が書いているのは正しいこと。ドロッスルさん、一向私は気になりません、

あれやこれやの人々のお気に召そうが召すまいが [Sidronius, Satyr. 1, in Drossul]。

「バルトルスカバルドゥスがお前の寄せ集めをあるいは褒めるかもしれないが、

この俺はお前の企てを褒めるつもりは全くない」。

賞賛などは求めません。空虚な榮譽とも無縁でありたいものです。

ゾイロスよ、わたしがただ望むのは正義だけでございます。

バルドゥスの賛同も、バルプスの賛同も、フスクスの賛同も私は求めませんし、

好意あふれる喝采も私は期待いたしません。

鼻持ちならない人々でなくとも、ものを見る目のある人々の、

ナーソーでなくとも、あるいはヤーソンのお気に召しますように。

もう一歌。

私にできるかぎりのことを為す。私に為し得るは、主よ、あなたが私にお許しになりしこと。

君は君の為し得るかぎり嫉みを募らせるがよい。”(Centuria [1659], Yyy. r.-v.)

しよう。そこで彼らは満足するであろうし、誤植が訂正されているのを見出して難なく読み進めることができよう。しかし、親愛なる読者よ、あなたには引き続きご厚意を賜らんことを。御機嫌よう。

問題36

「子等の一人に功勞の報いとして何らかの優先的遺産が付与される旨の死亡者による書付²³⁾は有効か否か[*Utrum valeat scheda a defuncto subscripta, qua uni ex liberis propter bene merita aliquid praecipui assignatur*]²⁴⁾

〈1. 事案の概要〉亡くなったある女性が、自らの手で署名された書付に以下のような処分を為していた。すなわち、「私某²⁵⁾は、これによって次のことを公に確認する。私は、私の親しく愛すべき娘婿とその妻で私の嫡出の娘である某から多くの様々な厚遇と親切（それらを幾つか列挙している）を受け、とりわけ、先ごろの²⁶⁾敵軍の襲来とそれに続く²⁷⁾ペスト〔の蔓延〕に際して、彼女はまだ独身であったけれども避難することなく、私のもとに常に留まり、繰り返しあれこれとできる限りの手段を尽くしてくれ、そのおかげで私は生き延びることができた云々。これに対して、私は、兩人に然るべく報い与える義務があるものと自覚し、それ故、私が図らずも全能の神のお召しを受け、私の意図する遺言を断念せねばならないときには、私は、上記の我が娘婿、娘、孫娘、孫に、私の善意から、強いられも騙されもせず、現実に移譲し贈与し *würcklich vermacht und geschenckt haben*、彼等が遺産分割前に私の財産と遺産から最良の土地定期金証書²⁸⁾で3000グルデンを取得し受け取るものとし、私の他の娘婿と娘、そしてその子等は、私の手による署名と文書作成の効力に

23) *scheda = scida*

24) *Centuria*, 216-221 (1659); 181-186 (1672).

25) *N.N.* = *nomen nescio*; *nomen nominandum*

26) *lestlichen* (1659) → *letztlichen* (1672)

27) *gef lgter* (1659) → *gefolgter* (1672)

28) *Brieffen* = *Gültbriefen*?

ついて妨害や思い違いを決してしてはならないものとする。以上が私の全くの真意に基づくさしあたっての遺贈であり、これに関する切なる願いとして、あらゆる当局がこれを認め、遵守し、助力せられんことを望む。以上の点の証拠として、私は、上記のわが娘婿、その妻であるわが娘、そして、その子等に対して、このお礼のためのさしあたりの贈与ならびに移譲*diese bedienliche Interims Schanck = und Vermachung*を、私自身の署名とこれに伴う文書作成の下に行うものとする。1646年7月23日」、と。

〈2. 問題。〉以上から、上記処分が法的に成立するとすれば、それは生存者間贈与*donatio inter vivos*としてか、死因贈与*donatio mortis causa*としてか、あるいは、他の仕方によってか、という問いが生じる。〈3. 生存者間贈与として成立するのか。〉この点、確かに、生存者間贈与が成立しているようにも思われる。〈4. 疑問点。〉他方で死について言及されている箇所が確かに一つあり、諸博士は、死について言及がある場合には学説彙纂39巻6章「死因贈与乃至取得について」第42法文前書²⁹⁾のテキストから死因贈与が推定されるという点を原則として教示してはいるけれども、〈5. 死について言及があるから死因贈与と見なされるべきか。〉多くの兆憑によってこの原則から離れることも認めており、それらの人々によれば、死因贈与において求められるように五名の証人が介在しておらず、例えば受贈者の功労といった生存者間贈与の原因が既に存在しているか、または、贈与が親しい人のために為されたか、あるいは

29) 出典はパピニアヌスPapinianus(150?-212年)の『解答集*Responsa*』第3巻。セシアSeiaが近親者ティティウスTitiusに自らに用益権*ususfructus*を留保して財産を贈与。ティティウスが先死亡なら所有権*proprietas*はセシアに復帰しその後セシア死亡でティティウスの子等存命なら子等に帰属との条件付き生存者間贈与なのか、セシア死亡によりティティウス子等にとの死因贈与がティティウス相手の生存者間贈与と並存かとの問い。死因贈与とみることも可能だが(贈与が「死亡を原因として為された」と見なし得ることも否定できない*denegari non potest mortis causa factam videri*)、ティティウス先死亡なら第二贈与は事実上強制されるというのがパピニアヌスの解答(両贈与を区別せず一つの条件付の生存者間贈与と解釈)。

は、権利と形式において可能な限り有利な仕方³⁰⁾で為された場合には、死亡への言及は、延期、つまり、履行が死亡後に行われるとの趣旨で為されたのであるから、生存者間贈与と見なされるとされ、これはヤコブス・メノキウス³¹⁾が『推定に関する注解集De praesumptionibus commentaria』[1587/90年ヴェネツィア初版]第3巻推定35「贈与はそこに死について言及があるとしても生存者間贈与とみなされるDonatio quando praesumitur inter vivos etsi mortis mentio in ea facta fuerit」第1、4、5、10、13、14、20、39番で詳しく論じているとおりである。

〈6. 当該定めはなぜ生存者間贈与と見なされるべきなのか。〉そこで、上記事案に見える母からその娘filia、孫nepos、婿generへの贈与donatio、すなわち、一般に「贈与Schanckung」もしくは「移譲Außgemächt」と呼ばれるものは、娘がペストの蔓延に際して母を助けた功労が考慮されているのは明らかであり、文言上、現在に関するものであって、「そこで私はここに現実に移譲し贈与した」というそれを示唆する箇所も見出されるとの理由から、同僚の諸博士の一人乃至二人は、当該定めは生存者間贈与として成立したと考えた。

〈7. 同上。〉また、解釈は行為が失効するよりもむしろ有効となるように為されるべきであって【別書2巻20章「証人及び証言について」第16節、学説彙纂45巻1章「言語による債務関係について」第80法文】、文言が、生存者間の処分についてであっても【別書3巻24章「贈与について」第6節】、終意処分についてであっても【勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第35法文、同3巻33章「用益権、居住権、奴隷の労務提供について」第14法文】、そうである。

〈8. 返礼としての贈与は申告を欠くわけではない。〉また、この種の贈与の額が極めて多額で過大であるため、申告無しには効力を有し得ないという点も

30) 撤回可能性の有無(後述〈9.〉と〈10.〉参照)に照らし生存者間贈与の方が拘束力が強いとの趣旨。

31) ジャコモ・メノッキオGiacomo Menocchio(1532-1607年)。スペイン・ハプスブルク家統治下のミラノ公国パヴィーア大学教授、フェリペ二世によりミラノの特別会計院Magistrato straordinario delle entrate: reditus extraordinariiの長官praesesに任用。

以上の妨げにはならない。というのも、単純な贈与だけでなく返礼的な贈与というものもあって、こちらは功勞が証明され裁判官の心証により評価され得る限りでは、申告を欠くわけではないからである【ユリウス・クラルス³²⁾『贈与論Tractatus de donationibus』[1565年ミラノ初版³³⁾] 問題3第1番】。つまり、そのような贈与は、単なる贈与ではなくて、何らかの対価として供される義務【学説彙纂39巻5章「贈与について」第17法文】、あるいは、勞務の報酬【学説彙纂同章第34法文】にあたるのである。

〈9. 死因贈与と見なし得るのか。〉これに対して、この処分が、処分者によって撤回され得るとの理由で、生存者間贈与とは見なせないと考えた人々もいた。というのも、メノキウス前掲『推定論』推定35第21番以下に述べられているとおり、撤回の可能性と不可能性がこれらの贈与の種類を分けるからである。

〈10. 撤回可能性が贈与を区分する。〉しかも、この事案では撤回を留保している。なぜなら、処分を「さしあたりの移讓」と呼んで、別内容の遺言を作成しない場合にだけ有効となることを望んでおり、自由な遺言の権能、従ってまた、変更や撤回の自由を留保していることが十分明確に示されているからである。

〈11. 生存者間贈与と解する諸論拠。〉これに対して、先の人々は次のように解することで自らの見解を維持した。すなわち、「私が図らずも全能の神のお召しを受け、私の意図する遺言を断念せねばならないときには云々」との文言から、当該贈与が遺言の不作成乃至作成不能を条件としていると推測でき、それはまた、本事案において、この女性が遺言で婿や娘により多くを遺そうと企てており、そのような遺言の作成に、突然病に倒れあるいは声や聴覚を失うといった障害が立ちはだかる事態が想定されているところからも看取できるというのである。従って、女性が企図していたのは、撤回ではなく、遺言でより多

32) ジューリオ・クラロGiulio Claro(1525-1575年)。スペイン・ハプスブルク家統治下のミラノ公国の特別会計院長官を経て、マドリッドのイタリア諮問會議Consejo d'Italiaの執政官。

33) 『著作全集Opera omnia』(1572年フランクフルト・アム・マイン初版)にも所収。

くを娘に遺せない場合に娘が少なくとも3000フローリン³⁴⁾を優先遺贈分として取得し請求できるという点であったことになる。そういうわけで、遺言の不成によって条件が成就した以上は、処分はその内容のまま有効であり、条件付の生存者間贈与として保護可能とされる。

〈12. 小書付として子等の間で有効かどうか。〉以上のように解し得ない場合、最後に検討されるべきは、上記処分が終意処分として成立し得ないかどうか、である。ここでさらに判事諸氏の間には、小書付codicillus³⁵⁾として子等の間で有効となり得るのではないのか、との疑念が生じた。

〈13. 先行遺贈としてはどうか。〉普通法に照らし、判事諸氏は、新勅法第18勅法第7章中段のテキストを論拠に、[小書付による]先行遺贈³⁶⁾として有効となり得るという点で一致した。その箇所では皇帝ユスティニアヌスは次のように定めている。すなわち、「自己の財産を子等に分与し、その全財産あるいは何らかの財産を優先遺贈分として遺すことを望んだ場合、可能な限りそれらを遺言中に明記し、子等に疑念のない遺産を与えるべきである。しかし、人々を取り囲んでいる非常に多くの危難のためにそれを為すことができない場合であっても、分割を望む財産の目録を作成し、前もって全てについて自ら、あるいは、[財産を分割し合う]全ての子等が署名すること云々は許され、他に裏づけは不要である」、と。〈14. 同上。〉このテキストが、本来、先行遺贈に関するという点は、ハルプレクティウス³⁸⁾が『法学提要注解Commentarii in

34) Florin = グルデン Gulden

35) 小書付は、本来、信託遺贈義務者 = 相続人、この事案では他の子等に宛てた懇願として書かれるもので、書面口頭、遺言内外を問わず、遺贈、解放、後見人指定等が可能。

36) praelegatum = 先取遺贈 legatum per praeceptionem

37) いわゆる尊属による卑属間遺産分配 divisio parentis inter liberos.

38) ヨーハン・ハルプレヒト Johann Harpprecht (1560-1639年) : シュトラスブルク(シュトラスブル) やマールブルクを経てテュービンゲンで1589年博士号取得、同年バーデン辺境伯によってシュパイヤーに派遣、帝室裁判所の実務を見聞、1592年テュー

Institutiones] [1609-13年テュービンゲン初版] の第2巻第10章「遺言作成について」第3節注釈第219番以下において多数説³⁹⁾に従って主張するとおりである。新勅法第107勅法第3章の別のテキストもこれに符合しており、そこには、「分割について自ら署名し、自らの署名によって全てを明確に為した場合には、有効とする」、とある。

〈15. 母や孫についてはどうか。〉これらの文言によれば、子等の間での小書付については署名で足りるということになり、マティア・ステパニ⁴⁰⁾『皇帝ユスティニアヌスの新勅法注解Commentarius in Novellas Iustiniani Imperatoris』[1630年グライフスヴァルト初版]の上記第107勅法注釈第17番及び第27番の証言によれば、この点は、父や母、子や孫等についても同様であるとされる。確かに、勅法彙纂第3巻第36章「遺産分割訴権について」第26法文[321年コンスタンティヌス帝の勅法]では、このような特権は、同順位の子等について遺言を作成する場合に限って、子等への遺言の特別法として父母に付与されるものとされてはいるが、そのような「孫も含意する」法文が欠けているという点は、その後の別の法文、つまり、勅法彙纂[第6巻第23章「遺言について：如何にして遺言は作成されるのか」]第21法文[439年東テオドシウス2世帝と西ヴァレンティニアヌス3世帝の勅法]第3節によって補われ、同節によって上記法文[第26法文]の厳格さは、そこ[第21法文]に三度出てくる「子等liberi」⁴¹⁾という語句、すなわち、少なくとも孫も含む当該語句が示すとおり、拡大拡張されたのである【論拠となるのは学説彙纂50巻16章「語句

ビンゲンの法学教授、同地のヴェルテンベルク公宮廷裁判所の陪席判事を兼ねる。

- 39) この解釈では遺言による先行遺贈と小書付によるそれとは特に区別されていないことになる。
- 40) マティーアス・シュテファーニMatthias Stephani(1576-1646年)：ヨーアヒム・シュテファーニ(1544-1623年)の弟。グライフスヴァルトGreifswald大学で両法博士、法学教授、ヴォルガストWolgastのボンメルン＝ヴォルガスト公の宮廷裁判所陪席判事も務める(ただし1625年ヴォルガストにスウェーデン軍侵攻、1806年までスウェーデン領)。
- 41) 卑属一般を含意し得る。

の意味について」第220法文】。〈16. 同上。〉従って、亡くなった女性が自らの手で書付に署名したのであるから、新勅法の法に従えば、親族外の者にあたる婿は除いて【ラント法第34章第8条】、娘と孫等について有効となる。実際、女性が婿よりも娘について一層配慮していたことは、独身の境遇にあった当時の娘の功労を称えているところからも明らかである。

〈17. 帝国議会最終議決ではどうか。〉1512年のケルン帝国議会最終議決⁴²⁾の第1章「遺言についてVon Testamenten」第2節⁴³⁾末尾付近を参照すると、確

42) 「1512年ケルンで制定された、公証人への依頼とその介在が如何に為されるべきかについてのローマ皇帝陛下の命令Römischer Käyserlicher Mayestat Ordnung/zu Unterrichtung der offen Notarien/wie die ihre Empter uben sollen/zu Cölln/1512 auffgericht」。

43) “また公証人は、皇帝法上、あらゆる遺言、つまり、上に述べた〔書面と口頭の〕遺言の作成には少なくとも7名の証人を要し [C. 6, 23, 21.]、この7名には公証人も算入されるという点に注意すべきである。ただし、小書付、すなわち、他の相続人への配慮や措置に加えて、ある者に自らの死後に財産から何か、与え委ねるべく定められ、遺贈され、委譲され、信頼できる手に委託され、あるいは、死を原因にその者に譲与されるといった趣旨の書面では、証人は少なくとも5名で足り [小書付についてC.6, 36, 8、死因贈与についてC.8, 57, 4.]、同様にまた、農民等が遺言を為す際に多くの証人を得ることの困難な農村においても [いわゆる田舎遺言 testamentum ruri conditum]、証人は5名で足りる [C.6, 23, 31, 3.]。続いて、父や母が、他に別の遺言を前もって為していない場合に、子等のために為した遺言 [testamentum parentum inter liberos] において、あるいは、戦場にいるが戦闘中ではない兵士についても、そのような証人の数は2名まで緩和される。加えて、戦闘中の兵士は、何らの方式乃至形式を伴うことなくその望むままに遺言を為すことができる。ただし、戦闘中でもなく戦場にもいない兵士は普通法に従って遺言を為すべきである。Und sollen die Notarien Auffmerckung haben/daß nach Käyserlichen Rechten/zu Auffrichtung aller/oder jetztgemelten Testamenten/auffsinigst sieben Zeugen nöthig sind/zu denen der Notarius auch gezehlt wird. Aber in Codicillen/nemlich/darin einem/ausserhalb Ansehung oder Machung ander Erben/etwas nach eines Todt/von desselben Erben zu reichen und zu empfahren/gesetzt/vermacht/verlassen/oder zu treiwen Händen befohlen wird/oder ihme

かに、子等の相続に関する父や母の遺言において二名の証人を求めているのが見出される。しかし、この最終議決は、その文言上、遺言に関するものであって小書付に関するものではないので、判事諸氏は、新しい法律において顧慮されていない事案は依然として古い法律の規定の適用を受けると解した【論拠となるのは学説彙纂12巻4章「原因は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、ヤーソン⁴⁴⁾の同法文注釈、勅法彙纂6巻46章「遺贈や信託遺贈に挿入された条件および自由について」第2法文、同標準注釈、ガイリウス⁴⁵⁾『実務考察集』第1巻考察35第10番】。

〈18. バイエرن法にはどのように定められているのか。〉バイエルン法を参照するならば、[ラント法] 第34章「遺言及び他の終意処分について Von

ubergeben/von Todts wegen geschehen. Item/ und auff dem Gaw/wo Bawersleut Testament mächten/und mehr Zeugen nicht zu bekommen weren/auffs wenigst fünf Zeugen: Aber in Testament/so Vatter und Mutter zwischen ihren Kindern machen/in dem Fall/da kein ander ihr Testament zuvor gemacht/solches abgethan wird. Oder von Ritter/die zu Feld/und doch nicht im Streit weren/da wird solch Anzahl der Zeugen nachgelassen/biß auff zween: Aber die Ritter die in Übung deß Streits sind/mögen ihr Testament machen ohn alle Solemnitet oder Form/und wie sie wöllen: Jedoch die Ritter/so nicht in solcher Übung und Streit/noch auch zu Feld ligen/sollen ihr Testament nach gemeinen Rechten machen.”(1660年版『帝国議会最終議決全集Corpus recessuum Imperii』108頁)。

- 44) ヤーソン・デ・マイノ Jason de Mayno(1435-1519年、ダヴィンチと没年同じ)。ボローニャで学び、主にミラノ公国(1447年ヴィスコンティ家男系断絶、共和制一時復活を経て、1450年フランチェスコ・スフォルツァがミラノ公称し54年ローディ和約で国際的承認を得るも皇帝は認めず、94年ルドヴィーコ・マリーア[イル・モーロ]がマクシミリアン1世より正式に公位取得、フランスの侵攻とスフォルツァ家の断続的復帰を経て、スペイン・ハプスブルク家統治下に入るのは1535年)のパヴィーアで教える。
- 45) アンドレアス・ガイル Andreas Gail(1526-1587年)。ケルン都市貴族の家柄、1555年ボローニャで学位取得、58-68年トリアー選帝侯推薦で帝室裁判所陪席判事、69年から帝国宮廷法院Aula Caesaris: Reichshofratの陪席判事、晩年はケルン選帝侯の尚書長官。

Testamenten/und andern letzten Willen」第8条「両親によるその嫡出の子等に対する遺言について Von Testament der Eltern zwischen ihren Eheleiblichen Kindern」[第1段⁴⁶⁾半ば]により、両親の子等に対する遺言の形式として、「両親が証人を用いない場合、彼等がその終意処分を自らの手で記すか、あるいは、他の誰かに記させた上で、子等によって署名させる」という点が求められている。

〈19. 遺言に関する事柄は小書付でも同じかどうか。〉これによれば、バイエルン法上は親の署名だけでは十分でないということになる。とはいえ、この点は、第1段で遺言についてのみ述べられていて、小書付について定めた次の[第2]段⁴⁷⁾には明文では見いだされない。

46) “両親の財産がその嫡出の子等の中で如何に取得されるべきかについての両親の定めについては特別の方式は要せず、相続人の指定からなる遺言を為そうとする場合であれば、両親はその遺言をまずは書面を用いて為し、当該遺言に署名する2名の証人の立会いで作成することができる。ただし、遺言作成について証人を用いない場合には、両親は自らの手でその終意処分を明確に記すか、だれか別の者に記させた上で、子等に署名させるべきである。また、書面ではなく口頭で遺言を為そうとする場合であっても、両親はその終意処分を2名の証人の面前で表明すれば足りるし、[書面と口頭の]何れの場合についても、証人は必須ではなく、証人が男性である必要もない。Der Eltern Ordnung/wie es ihrer Güter halben zwischen ihren Eheleiblichen Kindern soll gehalten werden/erfordern kein sondere zierlichkeit/sondern wann sie ein Testament machen wöllen/welches auß der Erbsatzung erscheint/mögen sie es thun/Erstlich schriftlich/in beysein zwayer Zeugen/die solch Testament unterschreiben/und fertigen/Da sie aber keine Zeugen darzu gebrauchen/sollen sie iren letzten willen mit aignen Händen deutlich und klärlich schreiben/oder da sie denselben durch einen andern schreiben liessen/durch die Kinder unterschreiben lassen. Wann sie aber nit schriftlich/sondern nur mündlich testieren wöllen/ist auch gnuég/daß sie ihren letzten Willen/in beysein zweyer Zeugen erklären/und ist in beiden fällen nit nötig/daß die Zeugen hierzu insonderheit erfordert/oder Mannspersonen sein müssen.”(1616年ミュンヘン刊テキスト343頁)

47) “ところで、子等が相続人として指定されず、それ故、両親の終意処分が小書付も

〈20. 親の署名だけで足りるのか。〉そこで、バイエルン法についても、小書付、つまり、子等が相続人に指定されない場合に、親の署名だけでは足りないのか否か問うことは不当ではない。

〈21. 否定的⁴⁸⁾論拠。〉これに否定的な論拠となるのは、先行するものは後続するものを解明し、その逆もまたそうであるという点【学説集纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第50法文のテキストによる】、そして、法律の前段に定められた事柄はその中段や後段にまで当てはめられるべきであるという点【第六書5巻12章「語句の意味について」第3節[教皇ニコラウス3世1278年]】、である。つまり、前段において、親の書面か、遺言への子等の署名かのいずれか一方が求められている以上は、小書付においてもそれが求められると解することができる。

〈22. 肯定的⁴⁹⁾論拠。〉これに対して、肯定的な論拠となるのは、包括的な財産処分が為される遺言においては、小書付の場合よりも大きな危険が伴うが故に、より厳格な方式とより一層の用心が欠かせないという点であり、これは、大きな危険の存するところではより慎重に行為すべきであるという点【第六書1巻6章「任命と被任命権について」第8[→3]節[教皇グレゴリウス10世1273年]前書】に基づく。そしてまた、小書付や本件のような事案についてはっきり明確に定められていないという点自体により、普通法に依拠すべきとも言える【ラント法の読者宛て序言末尾のテキスト⁵⁰⁾による】。

しくは子等間の遺産分割指定として妥当する場合には、子等の必然的取得分、ラテン語で言えば、義務分[不倫遺言に関して無遺言相続人=卑属尊属兄弟姉妹4分の1、ユスティニアヌス新勅法第18勅法[536年]で卑属優遇5人以上は2分の1、4人以下は3分の1につき義務分補充訴権*actio ad supplendam legitimam*]が無視されてはならない。…Waren aber die Kinder nicht zu Erben eingesetzt/so sol der Eltern letzter Will gelten/als ein Codicill, oder thailung under den Kinder/so weit daß keinem sein nothgebührnuß/zu Latein legitima, geschmälert werde. …”

48) affirmativae→negativae

49) negativae→affirmativae

50) “…とりわけ当局、判事、弁護士、代訴人は、これらの諸巻を熱心に紐解く努力を怠っ

〈23. 法令は普通法に則して解釈されるべきである。〉ここ〔ラント法の読者宛て序言末尾〕に直接教示されているのは、法令が可能な限り厳格に解釈されるべきであって【論拠となるのは学説彙纂3巻5章「事務管理について」第6法文、同45巻1章「言語による債務関係について」第99法文前書、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察33第1番】、なおかつ、なるべく普通法から逸脱しないように解釈され【論拠となるのは勅法彙纂3巻41章「加害訴権について」第2法文〔皇帝ゴルディアヌス3世239年〕】、また、可能な限り普通法に合致させられるべきであり【別書1巻4章「慣習法について」第8節〔教皇インノケンティウス3世1208年〕後段「朕の定めるところでは云々」、ガイリウス『実務考察集』第1巻考察53第18番、同考察50第7番及び第8番】、それ故また、法令に何か欠けるところがあれば、普通法によって補充されるべきである【論拠となるのは前掲勅法彙纂3巻41章第2法文】、という点である。

〈24. 不明瞭な条文の解釈は実務慣行から引き出されるべきである。〉しかも、この種の事案は日常的に生じており、上記第8条についても実務や慣行上何らかの解明が為されていることに疑念の余地はないので、ここではその解明に依

てはならず、如何なる行為についても、訴訟提起や応訴を以て答え、あるいは、判決や決定を以て応じるに当たっては、これらラント法、ラント、ポリツァイその他の諸規則の中にこの点について何かが含まれ定められていないかどうか前もって丹念に調べねばならず、それを探し出すにあたり全く手がかりがなく、これらバイエルンのラント法やラント諸規則に問題の事案について特に規定も顧慮もされていない場合に初めて、書かれた普通法たる皇帝法から助けを得るべきである。sonderlich Obrichkeiten/Richter/Advocaten und Procuratores die mühe gern uber sich nehmen sollen/die Bücher mit fleiß zu lesen/auch kein handlung weder mit klag oder antwort anzufahen/oder mit Urtheil und Abschied zu erörtern/er habe dann zuvor fleissig nachgesuecht/ob deßhalben in disen Landtrechten/Lands = Policy = und andern Ordnungen hiervon ichtwas begriffen und geordnet sey/welchem man dann in allweg one mittel nachgehen/und alsdann erst auß gemeinen geschribnen Kayserlichen Rechten Rath zu erholen hat/wann in disen Bayrischen LandtRecht/und Landtordnungen/von dem fall/davon gehandelt wirdet/insonderheit nichts geordnet und fürsehen ist.”

拠すべきであろう。というのも、慣習や慣行は法律の最良の解釈者であり【学説彙纂 1 卷 3 章「法律、元老院議決、長期にわたる慣習について」第37法文⁵¹⁾、別書前掲 1 卷 4 章第 8 節】、実務や慣行から引き出される解釈が真の解釈であるからである【別書前掲 1 卷 4 章第 8 節、勅法彙纂 6 卷 42 章「信託遺贈について」第 2 法文⁵²⁾[皇帝アウレリウス・アントニヌス=カラカラ215年]、ベソルドゥス⁵³⁾『実務宝典Thesaurus practicus』[1629年テュービンゲン初版]の「慣習及び慣例Usurpantz und Herkommen」の項⁵⁴⁾、同『テュービンゲン

51) ユリウス・パウルスIulius Paulus『問題集Quaestiones』第 1 卷から：“法律について疑義が生じた場合、まず着目されるべきは、都市がその種の事案について従来如何なる法を適用してきたかである。というのも、法律の最良の解釈者は慣習であるから。Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpres consuetudo.”

52) “たとえ信託遺贈が無効な仕方に残されたにせよ、相続人等が死亡者の明確な意思として地所を信託遺贈として汝の祖父に与えたならば、相続人等からこの財産について汝に対する異議が申し立てられても無益である。というのも、残された信託遺贈の書面ではなくその趣旨に照らしてこそ死亡者の意思は十全に汲み取られるものと解されるからである。Etsi inutiliter fideicommissum relictum est, tamen si heredes comperta voluntate defuncti praedia ex causa fideicommissi avo tuo praestiterunt, frustra ab heredibus de ea re quaestio tibi movetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relictii fideicommissi satis defuncti voluntati factum esse videatur.”

53) クリストフ・ベゾルトChristoph Besold(1577-1638年)。1610年テュービンゲン大学教授、ルター派からカトリックに改宗し36年インゴルシュタット大学へ(マンツの転任と同年)。

54) 冒頭には、ヨーハン・ルートヴィヒ・ベンダーJohann Ludwig Bender(生没年不詳)『帝室裁判所における訴訟記録や言い渡された判決の修正に関する実務解決集 Conclusiones decisivae practicae de revisione actorum et sententiarum in iudicio Camerae pronuntiarum』(『帝室裁判所における訴訟記録や言い渡された判決の修正に関する皇帝勅法 [=1555年アウクスブルク帝国議会の帝室裁判所規則 Kammergerichts=Ordnung 第 3 卷 第53章] 注解Commentarius in constitutionem

助言集*Consilia Tubingensa*』第5巻 [1659年テュービンゲン刊⁵⁵⁾] 助言99第50番以下】。

問題38

「夫婦間において相続する旨の嫁資合意は有効か否か、有効であるとするればそれは如何なる法に基づいてか。そしてまた、それら有効な嫁資合意についてトレベリウスの取得分あるいはファルキディウス法の取得分は妥当するのか *An pacta dotalia de succedendo inter conjuges valeant, et quo jure? Et an iis salvis Trebellianica vel Falcidia locum habeat?*」⁵⁶⁾

〈1. 夫婦間相続合意は有効である。〉問題の第一の部分については、諸博士は一致して、嫁資合意はたとえ将来の相続について作成されたものであっても、普通法によれば勅法彙纂第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」第5法文に基づき確かに無効ではあるが、ドイツの一般的慣習法に基づき、婚姻存続中を含めて【ガイリウス『実務考察集』第2巻考察126第2 [→3] 番】、とりわけ合意が相互的である場合に【ミュンシゲルス⁵⁷⁾『個別考察集』第2集考察33第10番、ハルトマヌス⁵⁸⁾『実務考察集』

Imperii de revisione actorum et sententiarum in iudicio Camerae pronunciatarum』の表題で1589年初版) 結論20に依拠して、「実務と慣行に合致することがほとんど唯一の解釈行為であることは明らかである *constat vel unicum interpretationis actum, ad usum et observantiam sufficere*」、とある。

55) 『公私両法の重要な諸論点に関する鑑定意見集 *Consultationes de insignioribus aliquot juris utriusque tam publici quam private controversiis*』第5巻の表題で1633年テュービンゲン初版。

56) *Centuria*, 224-227 (1659); 188-190 (1672).

57) ヨーアヒム・ミュンジンガー・フォン・フルンデック *Joachim Mynsinger von Frundeck* (1514-1588年) : フライブルク大学でウルリッヒ・ツァジウス *Ulrich Zasius* (1461-1535年) に学び、1536年同大学教授、1548-56年オーバーラインクライス代表の帝室裁判所陪席判事、1556-63年ブラウンシュヴァイク=ヴォルフエンビュッテル公の尚書長官。

第2巻第44章考察2第8番以下、スクネイデウィヌス⁵⁹⁾『市民法法学提要全四巻注解In quattuor libros Institutionum iuris civilis commentarius』[シュトラスブルク1571年初版]第3巻第1章「無遺言において付与される遺産について」注釈の「夫婦間相続について」第1番、ウェーセンベキウス⁶⁰⁾『市民法学説彙纂注解In Pandectas iuris civilis commentarius』[1575年バーゼル刊⁶¹⁾]第28巻第5章「相続人指定について」注釈第6番および第23巻4章「嫁資合意について」第4番、レイセルス⁶²⁾『勅法彙纂第5巻第9章「再婚について」第3法文の公選集引用要約文「遺言に基づき云々」の解明論究Repetitio seu discursus authenticate ex testament Codice de secundis nuptiis』[1614年シュトラスブルク初版]53頁以下)、有効である旨教示している。また、ガイリウスは前掲箇所第4番において履行着手は不要であると述べており、五名の証人で足りるとされている【ウェーセンベキウス前掲学説彙纂第23巻第4章注釈第4番、ラウクバルス⁶³⁾『重要問題五十集Quinquaginta quaestionum insignium』[1599年

-
- 58) ハルトマン・ハルトマン・フォン・エッピンゲンHartmann Hartmann von Eppingen(?-1547年)：ハイデルベルク大学教授。その後、帝室裁判所陪席判事を経てプファルツ選帝侯の尚書長官。
- 59) ヨーハン・シュナイデヴァインJohann Schneidewein(1519-1568年)：11歳でヴィッテンベルク大学に入学しルター家に寄宿。ヴィッテンベルクで法学修士、故郷ツェアプストでシュトルベルク伯の尚書長官。その後、ヴィッテンベルクで法学提要担当教授、両法博士。
- 60) マティエース・ヴェーゼンベックMatthias Wesenbeck(1531-1586年)：ルーヴァン大学で法学修士、プロテスタント改宗でザクセンへ。イエーナ大学で法学博士。1569年シュナイデヴァインの後任としてヴィッテンベルク大学教授、ザクセン選帝侯アウグストの宮廷顧問官、宮廷裁判所及び参審裁判所の陪席判事。
- 61) 『市民法学説彙纂パラタイトラParatitla in Pandectas iuris civilis』(1563年バーゼル初版)の改訂増補版。
- 62) フィリップ・ライザーPhilipp Reyser(生没年不詳)：両法博士、帝室裁判所弁護士。
- 63) アンドレーアス・ラウハバルAndreas Rauchbar(1559-1602年)：ヴィッテンベルク大学教授、ザクセン選帝侯宮廷顧問官。

フランクフルト・アム・マイン初版] 問題23第36番、ベルリキウス⁶⁴⁾『実務解決集』第2部結論51第16番)。〈2. 如何なる法に基づいてか。〉これらの引用箇所では、死因贈与の法に基づいて有効であるとされ【ベルリキウス前掲箇所第14番】、ベルリキウスは同第19番で新郎新婦の不在と親類や両親の立会についても言及している。〈3-5. 証人は必要か、何名必要か、如何なる証人か。〉また、バイエルン法〔ラント法〕第1章第19条211頁もここに付け加えることができる。そこには、「婚姻の条件の中で夫婦によって死亡時の事柄、つまり、一方が他方の財産の何を承継するのかについて定められている場合、そのような定めのある有効な存続のためには五名の証人を要するものとする」、とあり、五名の証人が求められている以外には何も定められておらず、それらの証人が如何なる者であるべきか、あるいは、婚約者自身が署名する必要があるかどうかについて、全く何も規定はない。〈6. 先例。〉更に付言するならば、多くの場合に近親者が立ち会うという一般的な実務も存する。以上をふまえ、訴えのあった事案では六名の証人が立ち会っていたので、合意が有効であって、1655年2月1日にヒルポルトシュタインで下された判決(当判決では、立ち会った証人が六名で多くが近親者であったにすぎず、それ故、終意処分を欠き、無遺言相続が生じたとされ、当該合意は無効と判示された)が、訴訟費用弁償の上、訂正されるべきことについて、被上訴人等が第一審で勝訴者となっていた点に照らし、私に異論はなかった。

〈7. ファルキディウス法に基づく取得分もしくはトレベリウスの取得分は控除され得るか。〉しかし更に、当該合意が信託遺贈や死因贈与として有効である場合、トレベリウスの取得分やファルキディウス法の取得分⁶⁵⁾が控除され

64) マティーアス・ベルリッヒMatthias Berlich(1586-1638年)：ライプチヒ大学で法学博士、同市の有力書籍商の娘婿となり、弁護士実務及び著述。

65) 相続財産の4分の3を超える遺贈の無効により相続人に確保される「ファルキディウス法の取得分」(ファルキディウス法の4分の1 quarta Falcidia)を、相続財産の4分の3を超える包括的信託遺贈の受託者たる相続人に認めたペーガス元老院議決Senatus consultum Pegasianumを廃止した上で、包括信託受遺者に「相続人の地位locus heredis」を認めたトレベリウス元老院議決Senatus consultum Trebellianum

得るのか否かが問題となる。〈8. 肯定的論拠〉肯定的論拠となるのは、死因贈与についてファルキディウス法の取得分が控除され得るので【学説彙纂31巻「遺贈および信託遺贈について」第79法文1節、勅法彙纂6巻50章「ファルキディウス法について」第51法文5節、同章第18法文1節、同8巻57章「死因贈与について」第2法文2節、学説彙纂39巻6章「死因贈与及び死因取得について」第42法文前書】、夫婦間で贈与が為され、贈与が信託遺贈の役割を果たしている場合においても同様であり【勅法彙纂6巻50章第12法文、学説彙纂32巻1章「夫婦間贈与について」第32法文1節】、要するに、贈与された財産が遺言によってのこされた場合とまったく同じように【前掲第32法文へのゴトフロドゥス⁶⁶⁾の注釈k】、夫婦間で為された贈与からファルキディウス法による取得分が控除されるという点である。

〈8. 否定的論拠〉否定的論拠となるのは、新法により【新勅法第1勅法「相続人およびファルキディウス法の取得分について」第2章2節】、相続人がファルキディウス法に依拠することを望まない旨遺言者が明確に定めていた場合【同第2章2節】や、同様の趣旨でそれを禁じていた場合には、ファルキディウス法の取得分の控除を禁じることができるとされる点である。これは、ヴィゲリウス⁶⁷⁾が『議論ある法の方法Methodus iuris controversi』[1579年バーゼル初版]第4巻第10章準則1例外5[→4]反論2でこの点について多くの人々を引用しているとおりであり(彼はまた同箇所反論1で、遺言者がトレベリウスの取得分の控除を禁じることができるといふ点について論じている他の人々

に立ち返り、包括信託受遺者自身の負担で重ねて包括的信託遺贈が為された場合を想定しつつ、第二の包括信託受遺者にも第一の包括信託受遺者との関係で認められたのが「トレベリウスの取得分pars Trebellianica」(Inst. 2, 23, 7.)。

- 66) ドニ・ゴドフロワDenis Godefroy(1549-1622年)：ハイデルベルク遊学時にカルヴァン派に改宗、オルレアン大学で法学博士、ジュネーヴに亡命、同地のアカデミー法学教授、二百人評議会議員を経て、シュトラスブルク大学、ハイデルベルク大学の教授。
- 67) ニコラウス・ヴィーゲルNikolaus Vigel(1529-1600年)：マールブルク大学で法学博士、同教授。

も引用している)、本事案では、「存命者は死亡者の親しき者にそこから何も与える義務はないものとする」旨定められているので、夫婦は控除を禁じたものと解される。

〈10. バイエレン法ではどうか。〉ところで、バイエレンでは、嫁資合意に基づき存命配偶者に遺産が付与された場合にファルキディウス法の取得分やトレベリウスの取得分の控除が妥当するのであろうか。この上なく聡明な我が舅アルノルドゥス・ラート⁶⁸⁾氏は意見を請われて次のように答えた。すなわち、「この種の合意が有効に生存者間に存続し、それ故真正に債務を生じさせると解する人々（そこには、ポエリウス⁶⁹⁾『ボルドー高等法院判決集』判決355や、ベルリキウス前掲書第2部結論51第14番及び第24番に引用された他の多くの人々に加えて、トレウトレルス⁷⁰⁾『市民法討論選集Selectae disputationes ad ius civile』[1593/4年マールブルク初版]「合意について」定理8注釈A末尾も含まれる）によれば、何れの控除も妥当しないという点に異論はないとされる。

〈11. 同上。〉一方、この種の合意がむしろ終意処分として存続し、遺言による場合と同様に当該合意によって相続が生じる（中でも典拠となるのはミュンシゲルス『個別考察集』第2集考察33第10番）と解する別の人々の見解によれば、[控除について]疑念を持つ者は確かに少ない。しかし、私自身は、常々、五名の証人によって裏付けられている場合には、やはり何れの取得分も控除されないと解してきた。というのも、成文法上、遺言から相続が生じると同様に、ドイツの慣習法や慣行上、五名の証人によって裏付けられた当該合意からも相続が生じ、その結果、存命の配偶者は、死亡者本人から、あるいは、死亡

68) アルノルト・ラートArnold Rath(1599-1671年)：ネーデルラント出身、カルヴァン派からカトリックに改宗、インゴルシュタット大学で法学博士、従兄のヒエロニウムス・ラートHieronymus Rathの後任として同大学教授。長女がマンツの後妻。

69) ニコラ・ボワイエNicolas Boyer(1469-1539年)：プールジュ大学で法学博士、トゥールーズ高等法院、パリの大顧問会議、ボルドー高等法院の各評定官を歴任。

70) ヒエロニウムス・トロイトラーHieronymus Treutler(1565-1607年)：ヘルボルンのアカデミーで修辞学教授、マールブルク大学のヴィーゲルの下で法学博士、上ラウジッツのパウツェン市法律顧問、上下ラウジッツの帝室筆頭代官。

者自身による相続人指定に基づき遺産を取得するのであって、死亡者の無遺言相続人等から取得するのではなく、それ故、如何なる控除も無く取得するからである」、と。

〈12. 同上。〉私の考えでは、もし控除があるとすれば、バイエルンでは、トレベリウスの控除のみであると思われた。なぜなら、当地のラント法によれば、特定の信託遺贈からはファルキディウス法の取得分が控除され、トレベリウスの取得分は控除されず、包括的な信託遺贈からのみトレベリウスの取得分が控除されるからである。これらの難点に照らし、また、トレベリウスの控除が禁じられ得るか否かが争点であり疑問点である以上、和解の勧告を通じて、上訴人ミカエル・ヴェストに対して、遺産の四分の三で満足し⁷¹⁾、残りはトレベリウスの取得分として無遺言相続人に返還するよう勧めるべきと解された。というのも、彼ら無遺言相続人が困窮しているのに対して、上訴人自身は資産を有するからである。1655年8月20日 [に以上のとおり判示された]。

71) contentas (1659)→contentus (1672)