

《資 料》

ベーゼラーの相続契約学説史（上）

藤 田 貴 宏（訳）

ゲオルク・カール・クリストフ・ベーゼラーGeorg Karl Christoph Beseler(1809-1888年)
『相続契約論Die Lehre von den Erbverträgen』第2部第1巻『総論：相続人指定契約一
般Allgemeiner Teil: der Erbinsetzungsvertrag im Allgemeinen』（1837年ゲッティンゲン
刊）の第1部第3章「学説史Literärgeschichte」

第5節 相続契約のローマ法的理解

他の多くの理論と同様、今日ドイツ私法の一部として一般に論じられている相続契約がその展開の過程で辿った独特な道筋において、学説は、法的根拠を専ら実定法に求めざるを得ないような諸制度を論じる場合とは全く異なる意味合いを獲得していくこととなった。実定法に由来する諸制度に取り組む論考が、理論的文献に特別な注意を払い、それどころか自らの考察中に独自の章をもうけることに時間を割いたとしても、それは主として何か学術的な精密さの要請によるものか、あるいはまた、読者が当該問題にかんする先行業績について判断しそれを著者の成果と比較できるようにするためである。というのも、見解の究極の根拠はいずれにせよ法源そのものに求められねばならない以上、学説は、法源の理解やその内容の正しい整理を容易にする補助手段にすぎないと見なされるからである。またよく見かけられるように、ある著者が法を見出し証明してしまえば、他の著者への更なる言及を省略したとしても、それは正当なこととされる。その点、ドイツ私法の多くの理論、とりわけ相続契約の場合は全く事情が異なる。ここでは、学説は法源理解のための単なる補助手段として現れるのではない。逆に、法源理解が学説にとって副次的な意味合いを有するにす

ぎず、むしろ、学説それ自体が、法源、しかも、最重要な法源の一つとなり、場合によっては、唯一の法源ともなっている。というのも、固有法が民衆の裁判所に拠り所を失い、その独自性を外国法〔ローマ法〕の支持者等から守る必要があったとき、固有法の運命のほとんどは、その独自性を外国法の下で如何に捉え評価するかにかかっていたからである。確かに当時、民族固有の法原則を全て否定し、あるいは、少なくとも外国法に照らして吟味し、外国法の内容に従ってその有効性を判定することは極めて容易であった。しかしながら、古い絵画を新しい色で覆い隠そうとしたとしても、そのあまりに力強く個性的な色彩は、新しい絵画に元来の色調を幾らか伝えるどころか、個々の箇所非常に鮮やかにそして際限なく目を引くものである。長い間ほとんど独占的にドイツ法学を牛耳っていた学識法曹は、間もなく、そのような古い時代の残滓と、新たな時代の要求と事情によって引き起こされる奇妙な現象にはっきりした態度で臨まざるを得ないと考えた。このような態度は、彼らの権威ある声で表明され、この上なく強力に理屈立てられたので、立法上の試みや実務の法適用の基準となる役割を果たした。しかし、勿論、如何なる停滞もそこでは許されなかった。事態の推移と共に考え方が変わったのである。なぜなら、物の見方には、事態の推移から影響を受ける部分もあって、固定された法律の下に留まることなどなかったからである。学説の変化というものはいずれも、世間から隔絶した気分の表出なのではなく、明確に表明された精神的判断なのであるから、主としてそれを介して一般的な規範化の次元に達する諸制度や諸理論の性質に再び必然的な反作用をもたらしたのである。そのため、それらの理論の学説史では、その歴史のほとんど全てが、外国法が優勢となった時代に始まっており、これはとりわけ相続契約の場合によく当てはまる。というのも、相続契約は、例えば封建法のように、固有法の内に直接的な根拠づけを有するのではなく、固有の精神を常に保持し続ける諸制度から、上記のような理論の助けを得て初めて発展し得たからである。

ここでの私の意図は、相続契約の理解と運用を、学説の反映としてこの場合に現れることになる文献の中に、歴史的に辿ることにある。人々がローマ法の

厳格な遵守から出発し、少しずつローマ法による禁止を制限しようと努め、最後には理論の原理が固有法の法源において根拠づけられるものと確信し、その原理を普通法として通用させるに至ったその経緯を私は明らかにするであろう。その叙述は二つの節に区分される。一つ目の節では、ローマ法の原則の支配とその原則が徐々に制限される様子が示され、二つ目の節では、相続契約のゲルマン法的理解と、それを学問的に根拠づける様々な試みが扱われる。

ここでまず注意しておくべきなのは、ドイツ法学が相続契約の理論を自前で生み出したのではなく、すでにある程度完成された形でイタリアの人々から受容し、彼らの考えが当該制度のその後の更なる発展の礎となったという点である。それ故、私は最初に、標準注釈や、ドイツにとって最も重要な二人の標準注釈の継承者、すなわち、バルトルスとバルドゥスがこの理論をどのように捉えていたのかを簡潔に示すことにしたい。というのも、当該理論のドイツへの移入とドイツ法学におけるその発展はそこに直接由来するからである。

標準注釈は、とりわけ次の箇所が示すとおり、相続契約の禁止を全く一般的なものと解していた。

勅法彙纂第6巻第20章「財産持戻について」第3法文の文言「認められていない」への標準注釈：「なぜなら、将来の相続にかんしては、相続する旨の合意にせよ、相続しない旨の合意にせよ、無効であるから。しかし、宣誓した場合はどうであろうか。プラケンティヌスに従えば有効と解答される。しかし、汝反対に解すべし。」

ここでは、相続人指定契約*Erbeinsetzungsvertrag*と相続放棄*Erbverzicht*は何れも無効と説明され、しかも、宣誓による裏付けが加わった場合も無効とされている。ただし、相続放棄にかんしては、アックルシウスの注釈によって明確に退けられているプラケンティヌス¹⁾の反対説を、教皇ボニファティウス8世が、嫁資を得た娘が父に対する宣誓を以て父の相続を自ら放棄した場合²⁾に

ついて少なくとも是認しており、それが後に一般化され、長い間、理論のこの部分の指導的原則として通用した。一方、相続人指定契約にかんしても、後の法律家たちがローマ法による禁止を一般的に承認しつつ多くの種類の相続人指定契約についてその有効性を容認する中で生じた様々な例外は、標準注釈に未だ見出すことはできない。とはいえ、そのような制限のきっかけや足がかりとなるような重要な観点は既に標準注釈の中にも存しており、それらがこの相続人指定契約にかんしてやはり後の理論の基礎となった。中でも法学提要のある箇所³⁾の標準注釈³⁾では、古いローマの父権解放の方式が誤解され、父が父権解放に際し息子との契約で息子を相続する権利を留保し得る⁴⁾との趣旨が法文に読み込まれたため、留保的な相続契約を禁止対象から除外する理由づけとなった。第三者の相続財産にかんする契約を扱うある勅法の説明⁵⁾では、全財産の贈与に言及され、それが有効である旨主張されているため、後に、「現在及び将来の全財産の贈与donatio omnium bonorum praesentium et futurorum」をめぐり積み重ねられる諸研究がこれに依拠することになった。学説彙纂第19巻第1章「買主訴権及び売主訴権について」第27 [→23] 法文もまた既に標準注

-
- 1) 注釈学派の中でPの略記号が当てはまるのはプラケンティヌスだけである。サヴィニー『中世ローマ法史』第4巻214頁を参照せよ。
 - 2) 第六書第1巻第18章「合意について」第2節：「嫁ぐにあたり嫁資に満足し父の財産に立ち戻ることはない旨、娘が父に対して為す約束を、確かに市民法は認めてない。しかし、強制されることも欺罔されることもなく為された宣誓によって娘がこれを裏付けるならば、それは絶対に遵守されるべきであろう。なんとなれば、これによって永遠の救いが妨げられるわけでも、当事者どちらかの不利益になるわけでもないからである。」
 - 3) 法学提要第3巻第2章「親族の法定相続について」第8節の文言「信託契約」への標準注釈：「例えば、〈汝の財産を相続する権利を私に留保する〉、あるいはまた、〈信託契約を以て汝を解放する〉と述べることによって。」
 - 4) この全くの誤解はハルトマン・ピストリスの『重要考察集』[→『ローマ法ザクセン法問題集』]第4巻問題4第18番で既に完全に解明されている。
 - 5) 勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第30法文の文言〈合致させる〉への標準注釈。

積によって顧慮されている。法文の事案は、ある者が、特有財産付きで既に売却していた奴隷を解放したという単純なものである。この場合、買主訴権で訴える買主に対して、もし奴隷が解放されていなければ彼が手にしていたであろうものすべてを引き渡さねばならないので、売主は、被解放者の遺産から売主に帰するものも全て後に買主に引き渡す旨請け合うべきことは自明である。この箇所、マルケッルスは、奴隷がもし解放されなかったならば手に入れることはなかったであろうものについては償われる必要はないとの至極首尾一貫した制限を加えている⁶⁾。標準注釈は、この事案において将来の相続財産にかんする契約が見出されるとの疑念を抱いて、様々な仕方での疑念を取り除こうと試みており、その際、この事案ではとにかく第三者の遺産にかんする契約だけが扱われているという点も看過されていない。特に重要となったのは、アーズも是認した第一の解決案、すなわち、このような事案での将来の相続財産にかんする契約はそれが先行する契約の必然的な帰結であるが故に有効となることの解決案である⁷⁾。

我々は先に既に、相続契約の教説に初めて幾らかの体系をもたらしした者としてバルトルスにふれた⁸⁾。内容的にバルトルスと標準注釈の繋がりは緊密である⁹⁾。ただし、相続放棄については、早くもカノン法の流れに沿って、宣誓さ

6) アントワヌ・ファーヴル『学説彙纂論拠集』当法文注釈。

7) 学説彙纂第19巻第1章第23法文の文言〈返還されること〉への標準注釈：「従ってここでは将来の相続財産について担保が供されており、そうであるとすれば勅法彙纂第2巻第30法文に矛盾する。解答：将来の相続にかんする合意は、この場合、自発的ではなく、汝が我に奴隷を引き渡すべく義務づけられる旨の先行する有効な契約のためにやむなく付加されるものであるから有効と解すべきである。汝は、信義に反したが故に、奴隷の相続財産から取得するものを返還する旨請け合うのである。…あるいはまた、被解放者の同意によりその生涯に限って付与された財産と解し得る。…アーズによれば、第一の解決が他のどれよりも優れているとされる。」

8) 前述第1節9頁以下。

9) バルトルス・デ・サクソフェラートの学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について」第61法文注釈、同じく勅法彙纂第2巻第3章第30法文注釈。

れた場合には有効であると説明されている。相続留保契約については自らの立場を提示し、「相続する旨の合意pactum de succedendo」との関連で扱われる「全財産の贈与donatio omnium bonorum」であっても、それが「現在の財産」にかかわる場合には有効であると主張し、しかもこの点については推定が及ぶとされている。一方、「将来の財産」がそのような贈与に結びつけられることは、それによって遺言の自由が制約されるが故に、あり得ないとされる。当該理論一般についてほとんど全面的にバルトルスに与するバルドゥス¹⁰⁾も、「通説」であるとしてこの見解に賛同している。加えて、バルトルスは、相互的な相続人指定契約も有効であると解しているが、それは終意処分の場合と兵士間の場合に限られるとされる¹¹⁾。ただし、この点について、アンゲルス¹²⁾は、ローマの兵士のそのような特権を同時代の騎士等には認めようとしないうりで、バルトルスに反対している。

以上の議論からおおよそ明らかなのは、標準注釈も既述の法律家等も相続契約をローマ法の諸原則にしたがって吟味し、その様々な制限もまたローマ法から取り出していたという点である。宣誓された相続放棄にかんするカノン法の規定の容認だけがその例外と言え、宗教財団への贈与を契約の方式による場合でも有効とみなすバルトルスとバルドゥスの傾向もこの点と関連している。とはいえ、最終的には両者ともはっきりした原則を口にすることは避けている。イタリアですぐに一般的となった方式¹³⁾による相続放棄の容認は、相続契約に

10) バルドゥス・デ・ウバルデイスの勅法彙纂第2巻第3章第30法文注釈 [1599年ヴェネツィア版第19番]。

11) バルトルスの勅法彙纂第2巻第3章第19法文注釈。

12) アンゲルス・デ・ペルーシオ『助言集』(1532年リヨン刊フォリオ版) 助言179。
この助言は全財産にかんする相互的な贈与を扱っている。後述第6節注37を参照せよ。

13) バルトルス(勅法彙纂第2巻第3章第30法文への注釈 [1562年バーゼル版第9番]) は、教皇ボニファティウス8世の規定を援用した後で、「そういうわけで、娘が相続しない旨の合意を為し宣誓すれば、当該合意は有効となるというのが今日の慣行である」と述べている。

対する実務の極めて差し迫った需要にも応えることになった。また当時、ローマ法上の終意処分が贈与の代わりに一層利用されるようになり、ドイツ法上の譲与Vergabungが、「全財産の贈与」の装いの下に、非常に制限されているとはいえ有効性を獲得することができていた。ただし、その本来の性質を上述の法律家等が正確に捉えていたとはいえず、次節で示されるとおり、他の人々の方がこの点では上手であった。法令についても彼らは付随的に言及するだけで、しかもそれらを徹底して普通法の観点から捉えている。ある法令により相続権について一族の男性よりも不利な立場に置かれている女性が男性と同等の相続分を得る旨定めた契約も、それが留保的な相続契約であって、なおかつ、普通法上の相続順位を遵守するものであるが故に、有効とされた。ただし、その場合に、バルドゥスは、法令がその利益のために女性等を排除している当人がこれに同意することを求めている。また、バルドゥスは、自らの無遺言相続権を保持することだけを目的に娘が嫁資を放棄することも許されないと解している。法令は「嫁資が義務分や相続分に代替する」旨定めている以上、女性等は嫁資で満足せねばならないというのである¹⁴⁾。

さて、ウルリッヒ・ツァジウスが相続契約を論ずるにあたって依拠したのも以上のような理論枠組みであった。彼はドイツ特有の仕組みや事情については個別に顧慮するに留まっており、そこから若干の食い違いも生じている。この理論で彼は長くドイツ法学の第一の権威であり続けたので、彼の見解の詳細な紹介がここでは絶対に不可欠である。彼自身の見解の体系的な叙述に加え、当時早くも相続契約の領域に組み込まれていた非常に重要な制度にかかわる長大な鑑定意見もまた、我々の手に残されているので、そのような紹介は極めて容易である。これら双方についてよく吟味されねばならない。

14) バルドゥスの勅法彙纂第2巻第3章第30法文注釈 [1562年パーゼル版第23番]。バルトルスの『助言集』第1巻助言72 [1547年リヨン刊『助言、問題、論考集』、22.r.23.v.] も参照せよ。

ツァジウスは、その体系的叙述¹⁵⁾を、実務上重要な当該対象をめぐる諸博士の長大な議論への嘆きを以て始めている。彼は言う。「我々の豊穡な領域へと進むことにしよう。それは第六書第1巻第18章第2節、勅法彙纂第2巻第3章第30法文、そして、当法文の注釈の中で諸博士によって極めて詳細に論じられており、もし諸博士の論述を全て集めたならば、おそらく千頁を優に超えることであろう。これは全く異常なことであるので、我々は章ごとに区切って進むことにしたい」、と。その区分けはバルトルスによるものと全く同じであるし、ツァジウスの理論の最上位の原則とは、ローマ法に見られる相続契約の禁止であって、ツァジウスはこれについてただ個別に例外を認めているにすぎない。第1章では、相続留保合意について論じられ、そこには二つの場面が盛り込まれている。すなわち、自ら為した犯罪故に相続権を失う者が契約によって相続権を留保できる場合（論拠は勅法彙纂第8巻第56章第10法文）と、相続権を有する者や相続権を期待する者が契約によってそれを確実にできる場合、である。前者よりはるかに重要な後者は、イタリアの人々の先例に従い、法学提要第3巻第2章第8節から導かれ、貴族の娘らの相続放棄の際の独身承継分の留保のためや、当時ドイツにおいて一般的であった婚姻特約を普通法の保護の下に置くために用いられた。要するに、ツァジウスは、相続契約における相続人指定には断固として反対しており¹⁶⁾、夫婦の一方の財産がその近親者に返還される

15) ウルリッヒ・ツァジウスの『学説彙纂新編』第45巻第1章第61法文注釈。前述第1節第10頁も参照せよ。

16) 慣習法や法令にさえ、ツァジウスは、婚姻特約における相続人指定を認める効力を認めていない。法令には契約が為し得る以上のことはできないというのである。前掲箇所第3章結論1を参照せよ：「同胞諸氏よ。反対の事態が公然と見受けられるにもかかわらず、我々のドイツは、嫁資合意において相続の取得について定め得ないとする点で厳格である。つまり、色々と相続について定めようとも、実際には、それらはどれも無効なのである。いずれにせよ、私は法を遵守するし、帝室裁判所において、夫と妻が嫁資合意で相互に相続人とする事案に遭遇したが、そのような合意をやはり私は認めなかった」。実務における婚姻特約の態様は、ツァジウスの時代のものも含めて、各論において詳しく検討される。ここではさしあたり、ツァジウスの学説彙纂第42巻第1章第63法文注釈第41番を参照しておく：「嫁資合意、そこ

旨定めるような合意のみを容認している。なぜなら、そこには近親者の相続権の留保が存するにすぎないからである。第2章は相続放棄を扱っており、その際、宣誓された相続放棄と宣誓されていない相続放棄とが区別されている。前者は、第六書第1巻第18章第2節に基づき、娘が義務分さえ保持しない場合であっても、有効であるが、娘のために婚姻の用意と嫁資を整える必要がある。法文にははっきり言及されていないが、息子等もまた宣誓によって自らの相続権を放棄できるとされる。法文は息子等を排除しているのではなく、一般的な事例として娘の相続放棄を扱っているにすぎないというのである。なお、娘は、両親の遺産については両親自身に対して放棄を表明せねばならず、両親ではなく、例えば兄弟に向かって放棄を表明した場合には、勅法彙纂第2巻第3章第30法文の原則が妥当する。以上に対して、相続放棄に宣誓の裏付けがない場合には、例えば、子がその義務分を保持する場合のように放棄を表明する者がしかるべきものを保持したのか、それとも、そのようなことが生じていないのかが、問題となる。第一の場合、相続放棄はやはり有効であり、これは学説彙纂第37巻第12章第1法文第3節に基づく¹⁷⁾。ただしこの場合、義務分は普通法に定められた割合である必要はなく、固有法上に別の計算方法が定められている場合にはそちらが優先する。「つまりここでは、我々の法令における義務分と法におけるそれは異なるのである」。また、幾つかの法令に規定の存する再婚時の子等との間の分割もまた、この点で普通法上の根拠を有するとされる。すなわち、「そのような法令には根拠がないと解されていたが、同様の条件の下で維持され得る」というのである。以上に対して、相続放棄者がしかるべき

では主に妻の嫁資や夫の婚姻故の贈与について定められる。またそのため、ドイツ人の慣習法上、法には反するけれども、次のような合意も多くそこには含まれる。それはすなわち、夫婦のどちらか一方が亡くなった場合に、家族や従僕等に何かが付与されるという合意であり、これにより、あれこれの財産、しかも、嫁資合意では普通扱われないような種類の財産が多く処分される。

- 17) 標準注釈とバルトルスはこの箇所を別様に解している。勅法彙纂第6巻第20章第3法文の文言〈認められない〉の標準注釈、バルトルスの勅法彙纂第2巻第3章第30法文注釈を参照せよ。

ものを保持しない場合、宣誓の裏付けのない放棄は無効であり、これは貴族の娘等についても妥当するとされる。ロンバルディアのレーン法が規定している例外¹⁸⁾を、バルドゥスは、当該規定が個別に遵守されることはあっても、その全体がドイツにおいて受容されているわけではないとの理由で認めていない。

第三章では、相続取得契約が論じられており、これについて、「相続取得合意はたとえ宣誓によって裏付けられても無効である」との原則が立てられている。しかし、ツァジウスはこの原則について二つの例外を認めている。一つは、財産取得が、有効な主たる契約の帰結として間接的に合意されるにすぎない場合であり、例えば、息子等が娘等の相続放棄を通じて相続財産に与る場合がこれにあたる（論拠とされるのは学説彙纂第19巻第1章第23法文）。もう一つは、父が契約を通じてその遺産を子等に分割する場合であり、これは特別に修正された父による卑属間分割指定にあたるからとされる（ただしこの場合ツァジウスは、そのような処分の有効性の根拠が契約にあるわけではないという点を看過している）。また、たとえ宣誓によって裏付けられた契約であっても、契約によって遺言を撤回不能にすることはできず、現在及び将来の全財産の贈与の場合と同じく有効になることはない。というのも、この場合間接的なやり方によるとはいえ、遺言の自由が奪われる点ではいずれの場合も変わらないからである。ただし、誰かがその全財産を無限定に贈与する場合は、現在の全財産のみを贈与したものと解釈され、当該処分行為の効力は維持されることになる。第四章は第三者の遺産にかんする契約にあてられている。以上の叙述から明らかなおりと、ツァジウスはイタリア人等の方法に厳格に従っており、ローマ法そのものやこれと同等のカノン法の中に少なくとも論拠とおぼしきものが見出される限りにおいて、相続契約にかんするローマ法の原則からの逸脱が許されるものと解している。また、ツァジウスは、固用法上の諸制度を取り込むためにそれらの逸脱事例を利用することをよく心得ていたが、固用法上の諸制度が外国法に調和しないと分かるとそれらを全く顧みなかった。ここで比較のため

18) 封建法書第2巻第29章「貴賤婚姻から生まれた子等について」。

に、ツァジウスが、ある他家間相互相続契約Erbverbrüderung、すなわち、ザクセン、ヘッセン、ブランデンブルクの間で締結されたそれについて作成した鑑定意見に目を向けることにする。この相続契約について、そこから排除された親族の一人から異議が申し立てられたのを受け、ツァジウスに助言が請われたのであるが、相続契約という行為全体にかんする彼の見解一般もまたそこに求められていた¹⁹⁾。鑑定意見は、他家間相互相続契約があらゆる点で法的に有効であることを明らかにしようと目論んでおり、三章に分けられた内、ここで特に我々の関心を引くのは、他家間相互相続契約にかかわる合意もしくは法令について書かれた第一章である。

そこでは、他家間相互相続契約一般について、相続法とはさしあたり無関係に論じられており、相続合意の一種と解されていた当該契約も容認される旨説明されている。その上で、著者はあらためて、兄弟の契りを結んだ諸侯が契約を通じて互いに互いを相続人に指定できるのかという主要な問題に取り組んでいる。その際、他家間相互相続契約の本来的性質、それは特別な工夫が凝らされた死因贈与であることが分かるのであるが²⁰⁾、この点については考慮されず、当該事案は全く疑うことなく相続人指定契約の一種であると解されている。しかしもちろん、この相続人指定契約については、何人も、たとえ宣誓によって

-
- 19) ウルリッヒ・ツァジウス『解答及び助言集』第2巻助言1（フランクフルト、1590年刊、フォリオ版『著作全集』第4巻所収）。助言そのものの内容から見て、助言の対象について疑念の余地はない。フランソワ・オットマンも、上に述べたヘッセン・ザクセンの他家間相互相続契約についてツァジウスとデキウスに助言が請われた旨ははっきり述べている（『助言集』、シルチェスター〔ジュネーヴ〕のエウスタティウス・ヴィニョンにより1586年刊、フォリオ判、助言72第37番）。それ故、ツァジウスがナッサウ人の事案について助言を与えた旨述べているヨーハン・フィッヒャルト（『助言集』第1巻助言2第1番）は誤っていることになる。ただし、それが他家間相互相続契約について異議を申し立てた親族にかかわるのであれば話は別である。
- 20) 本書の第一部第13節を参照せよ。ザクセン・ヘッセン間相互相続契約については同236頁以下。

裏付けられた場合でさえ、契約によって相続権を得ることはできないとの一般原則が妥当する。「そのような通説に反して我々は如何に論ずべきであろうか」。この点、私人と諸侯が区別されねばならないとされる。すなわち、諸侯においては、誠意行為に相当する彼らの契約について規制しなければならないほどの不手際は危惧されず、しかも、諸侯は公法の下でローマ帝国の為政者の立場にあって、私人等の契約にかんする法律には拘束されない上、諸侯はその領地において帝国における皇帝と同じだけのことを為し得るとも考えられるのである。加えてまた、法律による禁止が公共の便益に資する事柄に反して発せられることももちろんなく、この種の相続契約はまさにそのような事柄にあたるといえる。公共の便益への配慮から法律に反した行為がなされることは他にも多く見られ、今回の場合に行為の有効性を認めようとする者は兄弟の契りを結んだ諸侯の家々の平安と安息を脅かすことになる²¹⁾。それどころか上記の契約はそれ自体真の法令とみなされるに値し、法令としての効力と効果を有する。そもそも諸侯は相続について法令を定め得るのであるから、相続にかんする契約もまた有効でなければならない。その上、特に今回の他家間相互相続契約については、既に150年にわたって遵守保持されてきた慣習と、当該慣習について得られた皇帝の承認による裏付けが存する。ツァジウスは以上のような諸理由を掲げて、固有法特有の諸事情から他家間相互相続契約の有効性を導出している。ただし、彼はこれに満足することなく、普通法の諸原則に照らしてもやはり正当であることを明らかにしようと試みている。その趣旨で彼が依拠しているのは、諸侯や諸伯にも当然認められる兵士の特権²²⁾である。更に、彼は、

21) 別な場合であれば普通法の諸原則しか認めない法律家にはなんと風変わりな論拠であろう。そこには、「大事なものは率直に述べることである。すなわち、今回の事案における諸侯の合意乃至取決めを覆そうと主張する者は、上記の諸侯の家々の間で古くから、それどころか、太古の昔から喜ばしくも保持されてきた平和と安息を妨げ覆すことになろう」とある。

22) 勅法彙纂第2巻第3章第19法文による。前注11及び12を参照せよ。ところで、ここで論じられている他家間相互相続契約が1555年に更新される際に見られた、「兵士の公法その他の法の下で為され得る最も有効な方式、形態、範囲において」との

ローマ法による相続契約の禁止を支える諸論拠が今回扱われている事案に適用される可能性も否定している。この事案では殺害の企図など考えられないし²³⁾、また、諸侯は相互相続契約の更新に際し、一定額につき遺言する権能を自らに留保するであろうというのがその理由である。かくして他家間相互相続契約が完全に有効であるとの結論に達した以上、著者ツァジウスが、嫁資を付与されさえすれば特に相続放棄を要することなく女性等が他家間相互相続契約によって相続から排除され得る点にも最終的に賛同しているのは当然といえる。

次に、この鑑定意見と、ツァジウスが先に相続契約について立てた理論とを比較すれば、彼がここでもやはり自らの諸原則に忠実で、当該行為のために普通法による禁止に抗して普通法そのものの中に拠り所を見いだせる限りにおいてこれを容認していることが分かる。しかし、彼にとって重要であったのは、鑑定の依頼を受けた当該行為をあらゆる面から裏付けることであり、それ故また、固用法上の法律関係にも立ち入り、契約当事者の地位を利用して彼らのために特別な権利を主張したのである。また、ツァジウスは、原則が適用されない場面ではローマ法の理屈が妥当しない旨、つまり、「法文の根拠が妥当しなければ法文それ自体が通用しない」ことを証明した。加えて、彼は、その効力と適用範囲について問題となっている契約を法令に類比し、ドイツにおける当該行為の慣習法上の効力や皇帝による承認まで引き合いに出すなどしている。このような論証には、ツァジウスの後に続く者たちが他家間相互相続契約やこれに類似する制度の有効性を普通法の原則に抗して主張する際に用いた論法の基礎が既に含まれている。人々は、一般に相続契約の禁止を維持したが、慣例として例外と見なされていた法文の箇所を用いて禁止を制限し、その上で、次のような仕方で、ツァジウスよりも一歩先に進んだ。すなわち、外国法の中に

追加部分の趣旨もまた、ツァジウスのこの論法から明らかとなる。本書第一部の237頁も参照せよ。

- 23) 「イタリア人に見られるかの悪名高き他人殺害の企図などは、ドイツ人の高潔さの下ではほとんど考慮に値せず、無視してよい」。この一節は、後に相続契約がドイツ的誠実さに還元されるようになる点を幾分思い起こさせる。

根拠づけられた例外を裏付けるために固有法を用いるのではなく、状況次第では、固有法、つまり、一般的慣習法の中だけで、様々な相続契約をローマ法の原則から解き放つに十分な根拠を見出すようになったのである。以下の叙述ではこの点を論証し、人々が辿った道筋を詳細に解明することになろう。重要な法律家の幾人かを特に選んで取り上げつつ、ここで論じられている理論に対する彼らの寄与を余すところなく論じるならば、上の二つの作業は容易に進めることができる。

ところで、今述べたような様々な相続契約に対するより自由な観方への移行は、非常にゆっくりと、細心の注意を伴って生じ、時に後退も見られないわけではなかった。まず、相続人指定契約について見てみよう。ガイルは、配偶者の相続権を変更する効力を相続契約に早くも承認しているが、それは慣習法が配偶者の相続権について定めている場合に限られるとされる²⁴⁾。また、ミュンジンガーも、子のない夫婦が互いに相続する旨の法令の効力を認めるにあたって、この種の内容が契約によって締結可能であり、「合意から法律へ」と推論できるという点をその理由として既に指摘している²⁵⁾。他方、ヨーハン・フィッヒャルトは、この問題をめぐって自己矛盾に陥っている。ある箇所²⁶⁾で彼は、「この問題全体がまだまだ未決着で議論の余地がある」ことを認めつつも、婚

24) アンドレーアス・ガイル『実務考察集』第2巻考察124:「というのも、夫婦は、慣習法の内容を、それが如何なるものであれ、遺言もしくは嫁資合意を通じて完全に否定し、自分達の財産について思うままに処分できるからである」。ここに言う「慣習法の内容」とは夫婦間の相互相続を指している。なお、同考察126、及び、本書後述第6節の注42も参照せよ。

25) ヨーアヒム・ミュンジンガー・フォン・フルンデック『法助言集』(パーゼル、1596年刊、フォリオ版)の助言14:「法においては合意から法律への推論が有効である。従って、合意によって、子がいない場合に夫婦が互いに相続する旨定めることが可能ならば、法令や慣習法によっても同じことが可能となる」。

26) ヨーハン・フィッヒャルト『助言集』(フランクフルト、1590年刊、フォリオ版)の第1巻助言35。

姻特約中の相続契約の有効性を徹底して排除している。しかし別の箇所²⁷⁾では、農民間でのその種の行為を、法の厳格さではなく衡平に照らして、容認している。ローマ法による禁止の根拠はここでは失効していて、そのような事例が非常に頻繁に生じ、相互に財産譲与が為されているというのである。

別の助言²⁸⁾では、この種の相続人指定の効力について、それが合意当事者自身の財産にのみかかわる場合には、直接異論を述べてはおらず、ただそれ以上の拡張は断固として排除している。ところが、彼は、このような譲歩をみせたにもかかわらず、後に再び、最初に述べたような見解に立ち戻り²⁹⁾、そこでは、婚姻特約中の相続契約が終意処分としてのみ有効で、それ故、合意当事者がその撤回権を行使しなかった場合にだけ通用するという趣旨に手直ししている。ヨーハン・ジッヒャルト³⁰⁾によって初めて唱えられ、相続契約の理論に非常に大きな影響を与えたこの見解に、フィッヒャルト自身は最初ははっきりと反対しており³¹⁾、不本意にもこの見解にかかずらう場面では、夫婦について、彼らが

27) 同『助言集』第2巻助言53。

28) 同『助言集』第2巻助言59：「先にふれた法学者等の見解、すなわち、嫁資証書に挿入された将来相続の合意はともかくも一般的慣習法の効力に基づき有効であるとの見解についてここでは争わない云々」。この助言にはまた、法実務家等が帝室裁判所の判決に認めていた効力にかんする注目すべき一節が見出される。すなわち、フィッヒャルトは、帝室裁判所の判決を、教皇庁控訴院のそれを同様に、先例とはみなしておらず、その代わりに、陪席判事等の見解として言及しているのである。「ミュンジンガー氏の『判決集』をはじめ、他にも多数の判決集が時折著され流通するようになった後に、私自身が陪席判事諸氏の幾人かから話を聞いた際、彼等は、それらの判決集に拘束されているわけでもそれを望んでいるわけでも決してなく、直面する諸事案について何が正しいかを自ら見出していると言っていた」。

29) 同『助言集』第2巻助言82。

30) ヨーハン・ジッヒャルトの勅法彙纂第6巻第20章第3法文注釈。

31) フィッヒャルト『助言集』第1巻助言35。なお、フィッヒャルトは、彼自身によって起草された法令の中でも、婚姻特約中の相続人指定は終意処分としてのみ有効であるとしている。改定フランクフルト都市法第3部第2章第4条及び第5条、並びに、フォン・デア・ラーナー編『オーバーライン及びミッテルラインの諸ラント法』第1巻（フランクフルト、1831年刊）44頁及び45頁所収のブルムス伯領ラント法第18

「貴族的な誠実さと名誉心に基づき、宣誓に頼ることなく」合意された条項を遵守したという点が褒め称えられている。以上のような矛盾は、助言の度に依頼者に可能な限り取り入ろうとする助言者等の恥ずべき傾向にのみ由来するわけではもちろんない。実際、そのような事態は、とりわけ事案が既に訴訟として係属してしまっている場合に、鑑定意見を弁護人の文書とさしてかわらないものへと貶めることとなった。確かに、フィッヒャルトは、彼の数々の助言から明らかなおお、始終ドイツ法学を損なう上に助言する法律家等の尊厳や独立とも調和しないこの過ちと無縁ではない。しかし、彼が相続契約について論じる際の手法そのものに何か不確かで不安定なところがあるとしても、それは、著者が実務に対する実定法の立場についてははっきりとした結論に達することができず、実定法から離れることも実務を無視することも望まない場合の法的推論によく見られるものである。要するに、婚姻特約中の相続契約は、この時代まだ、学説において一般的な承認を得るには至っていないが、その一方で、上に述べたとおり、混合嫁資合意の理論が既に登場して大きな動揺をもたらしていたこともあって、そのような一般的な承認が待ち望まれてもいたのである。

上に言及した法律家等は、婚姻契約よりも他家間相互相続契約についてより明白な態度を表明している。ガイル³²⁾が、ツァジウスとフィッヒャルト³³⁾にほとんどそのまま依拠して、他家間相互相続契約が異論なく有効である旨主張する一方で、ミュンジンガー³⁴⁾は、ある鑑定意見（ただし、当時の学説の状況を考慮するならば、この鑑定意見は単に当事者に肩入れした文書であるように見える）の中で、そのような行為の無効を証明するために、普通法が提供するあらゆる異論を援用している。異母兄弟間平等相続契約Einkindschaftもまた容認されている。まず、フィッヒャルト³⁵⁾がこれを容認しているが、彼は、相続

章を参照せよ。

32) ガイル『実務考察集』第2巻考察127。

33) フィッヒャルト『助言集』第2巻助言45。

34) ミュンジンガー『法解答集』解答49。

35) フィッヒャルト『助言集』第2巻助言89。そこで扱われているのは、両親、及び、

契約としてではなく、慣習法によってのみ根拠づけ可能な制度としてそれを捉えている。一方、ガイル³⁶⁾は、同じようにその種の慣習法を認め、ローマ法による相続契約の禁止に抗して当該行為を存続させてはいるけれども、それは「自権者乃至他権者の養子縁組に倣って」のみ可能とされ、そこには方式についての詳細な考察も付されている。この方式は、1534年のマインツ選帝侯領の下級審規則以来、当該理論にかんして普通法上の方式となったもので、少なくとも、この理論の推進者等³⁷⁾はそのようなものとして論じている。更にガイル³⁸⁾は、独特の仕方、契約を通じた財産の相互的譲与の有効性を証明しようと試み、それによって多くの賛同を得ることとなった。この点については次節で詳しく論ずることとする。

このように、相続人指定契約は、その特殊な諸形態の下、未だ制約され疑問視されているとはいえ、徐々に自立しつつあったものと解される。相続放棄についても状況は似ている。宣誓された相続放棄はあらゆる論者によって容認されていた上に³⁹⁾、このカノン法の規定に代わって、効力を裏付ける更に別の方

二名とも法的に実子にあたる子等が相互に相続するが、両親は遺言の自由を失わず、子等に義務分を残せばよいという趣旨の契約である。有効性の根拠についてそこには、「そのような契約が、慣習のみを根拠に、そしてまた我々民族においてのみ、しかも、ドイツの至る所ではなく、ある限られた選帝侯領、諸侯領、領地、都市においてだけ通用しているものである以上、それは一種のラント法と見なされる」、とある。同『助言集』第1巻助言74も参照せよ。

36) ガイル『実務考察集』第2巻考察125。

37) 異母兄弟間平等相続契約にかんする古い文献で最も重要なのは、ヤコブス・リエキウス・アプ・アルヴァイラーの『異母兄弟間平等相続契約について』（ケルン、1580年刊、八折小判）と、バルトロメウス・ムスクルスの『合意に基づく相続並びに特殊な相続にかんする第一論集、異母兄弟間平等相続契約について論じられる第3部』（イエーナ、1607年刊、四折判）の二つである。

38) ガイル『実務考察集』第2巻考察126。

39) ガイル『実務考察集』第2巻考察147、ミュンジンガー『法解答集』解答96、フィッヒャルト『助言集』第2巻助言52、カルロス・モリナエウス『助言解答集』第1巻

式が現れつつあり、それが理論全体にとって大きな意味を持つことになった。すなわち、諸侯諸伯その他貴族としての威厳の下に為された相続放棄が宣誓によって有効化された相続放棄と同じ効力を有するの否かが、繰り返し論及の対象とされるようになったのである。ミュンジンガー⁴⁰⁾は、言質が諸侯の榮譽と威厳の下では宣誓に匹敵するとの慣習法上の規範を是認した上に、ザクセン法の通用する地域では、宣誓されていない相続放棄が如何なる補強も伴わずに有効となること⁴¹⁾をも容認した1545年の帝室裁判所の判決に早くも依拠している。ただし、ローマ法による禁止の全面的な否定へとすぐにでも到達したかもしれないこの急激な展開に事態がそのまま流されることはなかった。フィッヒャルト⁴²⁾は、宣誓による裏付けが必須である旨主張するにあたって、依然として帝室裁判所の実務に依拠している。ただし、その彼も、ある別の助言⁴³⁾では、宣誓に代えて書面で為された相続放棄を有効とし、少なくとも慣習法がその旨定めている場合には宣誓は不要と解している⁴⁴⁾。

マティーアス・ヴェーゼンベック⁴⁵⁾も、カノン法に忠実に従い、「全てを、貴族としてのわが榮譽、信義、信念に基づき、常に変わらず懸命に途切れるこ

助言15。

- 40) ミュンジンガー『帝室裁判所の裁判の個別考察集全四集』（バーゼル、1563年刊、フォリオ判）第1集考察17。
- 41) ザクセンシュピーゲルのラント法第1巻第13条に基づく。ミュンジンガー『法解答集』解答33も参照せよ。
- 42) フィッヒャルト『助言集』第1巻助言55。「確かに、貴族の中には、宣誓は問題とならず、誓われた言葉など彼らにとって重要ではないと言う者もいるが、それでもほとんどの貴族が宣誓をおこなっていた。帝室裁判所もこのような趣旨で1549年にハイデルベルクの宮廷裁判所の判決を破棄している」。同『助言集』第2巻助言81も参照せよ。
- 43) 同『助言集』第1巻助言54。
- 44) 同『助言集』第1巻助言35。
- 45) マティーアス・ヴェーゼンベック『法助言集』（バーゼル、1575年刊、フォリオ判）、助言11及び助言38。

となく遵守する」との言い回しについては、そこに肉体的な労務が明示的に要求されていない場合に限って、宣誓と同等の効力を認めている。これに対して、マールブルクの法律家等⁴⁶⁾は、「宣誓の代わりに真正な信義と誠実に基づいて」為された相続放棄が完全に有効で、宣誓された相続放棄に匹敵すると解する傾向があり、その際彼らは、後の時代の法律家等が相続契約の一般的有効性のために利用したのと同様の論拠を既に用いている。義務分権利者が自ら為した相続放棄の後にも相続に与るのかどうかとの問いもまた、これまでふれた法律家等によって論じ尽くされてはおらず、それどころか、その一部でさえ、かつてツァジウスに見られたように真正面から論じられることはなかった。通常、この論点は、必然相続の観点から把握されるのではなく、当時支配的であった莫大損害や極大莫大損害の理論に即して扱われていたのである。これは、一つには、行為の特殊な性質、一つには、遺言の利用が一般にそれほど頻繁ではなかったということ、一つには、決して軽々しく扱ってはならない生来の義務としての義務分に対する畏敬に満ちた遠慮といった諸点から、説明がつく。娘等に嫁資を与えた後に相続を放棄させるという貴族間における一般的慣行の下では、事態は非常に憂慮すべきものであったので、ガイル⁴⁷⁾もまた、娘等の相続放棄

46) ヘルマン・ヴルテュス編『マールブルク助言集』（第1巻、マールブルク、1630年刊、初版は1605年、第2巻、マールブルク、1613年刊、初版は1606年、第3巻、マールブルク、1614年刊、初版は1607年、第4巻、フランクフルト、1631年刊）。ここで特に重要なのは、第4巻所収の（ヘルマン・ヴルテュスによる）助言30であり、そこで彼は、本文中にふれた言い回しのもとに為された相続放棄の有効性にかんして、特にドイツの信義と貴族間の慣行に依拠している。助言の末尾には、「このようなドイツの信義、誠実、古の厳格さの中でも最も厳格で誠実なものをまさにこの相続放棄の領域で我々に示しているのがザクセン人である。彼らの法によれば、裁判官の面前かもしくはザクセン人の証人の立ち合いで為された相続放棄は、たとえ宣誓によって補強されなくても、許容され有効とされる。ザクセンシュピーゲルのラント法第13条」、とある。また、同第1巻助言17及び助言27も参照せよ。ただし、ヴルテュスがこの理論を論じるにあたってどの程度首尾一貫した態度を保っているのかについては、この後すぐ見ることになる。後述注54及び64を参照せよ。

47) ガイル『実務考察集』第2巻考察147。

における莫大損害は日常的によくみられることであるとはっきり述べている。しかし、彼は、嫁資を得た娘の宣誓による相続放棄に限って容認するカノン法に依拠し、ここでは、「相応の嫁資dos congrua」、要するに、義務分に匹敵する嫁資を許容している。嫁資を伴わない相続放棄が当然に無効である一方、莫大損害は原状回復を求める権利をもたらすとされ、帝室裁判所は既に為された宣誓からの解放が無くてもそのような原状回復を認めていた⁴⁸⁾。その場合、如何なる場合に娘は莫大損害を被ったことになるのかという困難な問題が残されている。嫁資が義務分に達していないか、少なくともその2分の1に満たない場合にそのように考えることもできるであろうが、ガイルは問題を全く不確定なまま放置している⁴⁹⁾。この問題に取り組んだ他の法律家等もそれほど先には議論を進めてはいない。ミュンジンガー⁵⁰⁾は、相続放棄について、義務分について特に言及のない限り、対象は遺産であって義務分ではないと解する一方、そのような言及がある可能性を認めつつ、ある別の箇所では、莫大損害故に行為が無効となるのか、ただ義務分の回復を求める訴権が与えられるのか、決めかねている⁵¹⁾。ただし、悪意が損害を惹起した場合には彼は前者を選んでおり、

48) ガイル前掲箇所によれば、相続放棄した娘がたとえ未成年でなかったとしても、嫁資は義務分より少なくてはならないとされる。「というのも、莫大損害や極大莫大損害からは、例えば、二分の一を超えて欺罔された場合がそうであるように、悪意が推定されるからであり、そのような莫大損害があれば、娘も敢えて相続を放棄したりしないであろう。それどころか、帝室裁判所では、莫大損害が証明されたならば、たとえ宣誓からの解放が無くても、原状回復が認められている。というのも、そのような宣誓は有害かつ不正で、カノン法上、善良の風俗にも反するので、拘束力がないからである」。

49) ガイル前掲箇所。「しかし、娘が義務分に満たない僅かな嫁資と引き換えに父の莫大な遺産を放棄するならば、その娘は莫大損害を被ることになる。また例えば、父の遺産だけではなく、母や兄弟や傍系親族の遺産のように複数の遺産についても、彼等から嫁資や生活費の代わり乃至名目で何も受けていないにもかかわらず、相続を放棄するならば、莫大損害は極めて大きなものとなる」。

50) ミュンジンガー『個別考察集』第1集考察36。

51) 同『法解答集』解答56。

これもおそらく、当時、莫大損害の存する場合にはそこに結果に基づく悪意が見出されていたからであろう。フィッヒャルト⁵²⁾は、ある箇所では、はっきりと義務分の補充を求める訴権を支持しており、娘の相続放棄において嫁資が義務分に満たない場合にこれを認めている。その一方で、彼は、別の箇所⁵³⁾で、当事者の一方が相続放棄を通じて2分の1を超えて損害を被るかあるいは義務分を取得できない場合に、行為は無効となると主張している。ヘルマン・ヴルテユス⁵⁴⁾は、家憲に基づき娘が父の遺産から僅かな額を得るに留まるとされた場合でさえ、このような事案ではかなり早い時期から義務分の減額が甘受されてきたにもかかわらず⁵⁵⁾、「相応の嫁資や義務分に不足するもの」について訴権を与えている。また彼は、「相応の嫁資」は義務分に一致すべしとの原則を最初に立ててはいるが、莫大損害のかんする基準を上手く見出すことはできずに、「軽微な莫大損害」と「顕著な莫大損害」とを区別し、後者を確定しようと試みるも、結局は全く不確定なまま放置している⁵⁶⁾。

ツァジウス以降、相続契約にかんする理論が辿った道筋は、相続契約の有効性が、個々の場合に応じて、一部はローマ法の数少ない規定、一部はドイツの慣習法に基づいて導出されていたところ、ローマ法の該当箇所にかんして許されてきた説明のいい加減さがより厳密で徹底した解釈によって証明されるや否や、別の方向へと向かわざるを得なかった。こうして、ローマ法という手がかりが失われた結果、もう一方の手がかりにそれだけ包括的な有効性をみとめる

52) フィッヒャルト『助言集』第1巻助言57。

53) 同『助言集』第2巻助言4。

54) 『マールブルク助言集』第2巻助言29。

55) バルドゥスの勅法彙纂第3巻第36章第24法文注釈、ミュンジンガー『法解答集』解答10を参照せよ。

56) 『マールブルク助言集』助言29。「顕著な莫大損害とは、本来与えられるべき額よりも二倍、三倍、あるいは、四倍少なく与えられている場合を言う。…損害が与えられるべきであったものの二分の一をはるかに超える場合に顕著な莫大損害が存すると解する人々も少なくない」。

べきなのか、それとも、理論全体に限定的な承認を付与すべきなのかが問題となったのである。ハルトマン・ピストリスは、人々がローマ法による禁止についてローマ法自身の内に見出したと考えてきた諸制限を取り除こうと試みた。彼はまずこの禁止の根拠を正しい枠組みの中に戻し⁵⁷⁾、その上で、バルトルス以来体系的に整理されてきた個々の相続契約の種類を検討している。彼は、勅法彙纂第2巻第3章第19法文を根拠に、しかも、この場合「法文の趣旨」は「一般的」で相互的な相続人指定に特に着目しているわけでもないとの理由から、兵士等一般について相続取得契約を容認した⁵⁸⁾。他の諸例外については、もしそれらが法的に有効であろうとするならば、法令や慣習法からその根拠を得る必要があるとされている。ただし、この行為にかんしては、相互的な相続人指定契約についてさえ、彼は一般的慣習法の存在を認めておらず、たとえ相互的な相続人指定契約が婚姻特約として結ばれた場合であっても、やはり認めていない⁵⁹⁾。ピストリスもまた、他家間相互相続契約にのみ普通法上の有効性を認める立場であり、具体的には、当該契約の一般的な流布とその特殊な性格性質がその理由とされている。相続留保契約については⁶⁰⁾、ピストリスはこれを独自の形態として認めていない。なぜなら、この契約は、相続権を付与するが故にローマ法による禁止の対象となるか、あるいは、危惧される相続権の剥奪の原因を取り除くにすぎないからであり、後者の場合、そもそも相続契約にあたらないというのである。最後の四つの「問題」では、相続放棄について一層詳細に論じられ⁶¹⁾、相続放棄が有効となるには宣誓が必須であって、威厳と信義

57) ハルトマン・ピストリス『法問題集』第4巻問題1。

58) 同問題2。

59) 前掲箇所によれば、婚姻特約においてもやはり如何なる相続人指定も為し得ないとされる。「慣習法上、別様に解されている旨主張する人々もいるが、彼らはある地方の特殊な慣習法について述べているにすぎない」。相互的な相続人指定契約について、ピストリスは、「裁判所でこの種の相互的合意について幾度も審理された覚えが確かにあるが、そのような合意は普通法の諸準則に従って常に無効と判示されたと記憶している」、と述べている。

60) 同問題4。

に照らした言質によっても代替不能であり、それどころか、ザクセンシュピーゲルのラント法に照らしても、宣誓は不要なものとはならないとされている。関連箇所（ラント法第1巻第13条）が述べているのは、行為一般についてであって、その方式についてではないというのである⁶²⁾。とはいえ、ピストリスは、規定が明確である場合には法令や慣習法によって宣誓が不要となる可能性を進んで認めている。ところで、普通法によれば、宣誓なしに相続放棄した推定相続人は自らの法定相続分を請求でき、たとえ別の仕方でも完全な義務分が彼に約束されていたとしても、自分が明示的に相続人に指定されていない遺言の無効を主張できるとされる。これに対して、宣誓された相続放棄の場合は、第六書第1巻第18章第2節にあるとおり、全く事情は異なる⁶³⁾。なるほど、それでもやはり子に義務分を認めようとする人々も、それに反対する人々も、「通説」に依拠してはいるが、この通説には反対せざるを得ない。というのも、娘だけではなく息子やその他の相続人へも拡張して適用される当法文はあらゆる遡及的請求を排除し、契約を一般的に有効とみなしているからである。ここでもし義務分の請求が許されるならば、一種の遡及的請求が生じることになってしまう。義務分は、当然ながら、無遺言相続時の相続分の一部でもあり、それ故、

61) 同問題5から問題8。

62) 同問題5。このようなザクセンラント法の解釈の根拠として次のように述べられている。「というのも、法令の文言は、普通法に則り、普通法をできるだけ排除しないように解釈されねばならないからである。ザクセンの裁判慣行もそのように解している」。この原則は、ハルトマン・ピストリス自身も別の箇所でも支持しているザクセン法の一般的な理解に明らかに矛盾しており、ベネディクト・カルプツォフから非難を招くこととなった。カルプツォフの『ローマ＝ザクセン裁判法学』第2部第35条定義8を参照せよ。「ところで、ハルトマン・ピストリスは、前掲書第2部問題25第35番や問題26第18番で自ら指摘し他の箇所でも何度も繰り返している点、つまり、ザクセン法の権威や解釈はただ裁判の慣行や慣例に基づいているという点を思い起こすべきであった。たとえ宣誓を伴わずに為された相続放棄であってもザクセンの法廷では有効とみなされるという点は、ザクセンの裁判慣行においてかなり以前から教示されている」。

63) 同問題6。

何人も自らの無遺言相続権をめぐり何らかの根拠で生じる義務分に対して予め請求権を有することはない。相続人がその相続放棄の代償として何も得ていないとしても、カノン法上、嫁資ではなく宣誓が本質的要件として位置づけられている以上、当該行為はやはり有効となる。従ってまた、如何なる莫大損害の主張もここでは許されない。ただし、娘が嫁資を得ていないならば、嫁資と義務分は無関係であるから、相続放棄の後であっても嫁資を請求するのは自由である。嫁資を放棄することも可能であるが、扶養を放棄することはできないとされる。ピストリスは、これ以外にも例えば、第三者の遺産にかんする契約は如何なる場合に相続放棄と結びつき、あるいは、相続放棄に含意されるのか、そしてまた、それはどのような効果を有するのか、相続放棄は如何なる仕方でも相続権を消滅させるのかといった問題も入念に検討している。しかし、これらの点は各論における更なる叙述のためにとっておくことにする。というのも、ここで重要なのは、我々の理論の学説における取扱いの変遷過程一般を示すことだからである。相続放棄に際して義務分が考慮される態様を以上の叙述の内に取り込んだのは、この時代に個々の問題の検討がどのように為されていたのかを読者に理解してもらうためなのである。

ハルトマン・ピストリスは、上にみたとおり、ローマ法による相続契約の禁止を依然原則とみなしており、しかもそれは、彼よりも前の人々がそうしたよりも一層広い範囲に及んでいる。相続放棄についてはカノン法に由来するものとし、相続人指定契約の個々の種類については地域固有法の下での有効性は認めているが、彼が一般的慣習法の存在を認めたのは他家間相互相続契約についてだけである。このようにローマ法の原則が依然として理論の基礎に据えられている点に照らせば、先行する人々や後に続く人々を一貫性、明晰さ、学識において凌駕するこのピストリスこそ理論の支柱であったともいえる。ヘルマン・ヴルテュス⁶⁴⁾が、他家間相互相続契約にかんするある法的意見書において、ピストリスによって提示された諸原則を取り上げているが、ヴルテュス自身は他

64) 『マルブルク助言集』第4巻助言20。

家間相互相続契約についてその普通法上の有効性を否定することで、更に一步後退している。カルプツォフも、この理論では、ほとんどそのままピストリスに従っている（ただし前掲注62を参照せよ）。すなわち、カルプツォフは、ローマ法による禁止を原則として維持した上で⁶⁵⁾、相続保持契約は無視し⁶⁶⁾、他家間相互相続契約⁶⁷⁾と、彼の先達が全く考慮していなかった異母兄弟間平等相続契約⁶⁸⁾の二つだけを普通法上の制度として通用させていて、相続人指定契約についてはたとえ夫婦間のそれであっても無効である旨主張している⁶⁹⁾。勿論、地域固有法上の規範独自の有効性はローマ法とは無関係に認められており、これは、市民法の分野における彼の主要な活動がザクセン法の発展に捧げられている点に呼応するものである。ところで、相続契約にかんするピストリスの理論が長きにわたってどれほど高い声望を得ていたのかは、ジョヴァンニ・トツレ⁷⁰⁾というイタリア人の浩瀚な著作に見て取れる。彼は、古い学派風に徹した冗長な引用と議論の前に結論を先取りするに際して、このザクセンの法律家に対してほとんど手放しの賛意を示しているのである。

65) ベネディクト・カルプツォフ『ザクセン選帝侯アウグスト陛下の勅法集の編別に基づくローマ＝ザクセン裁判法学』（ライプチヒ、1674年刊、初版は1638年、フォリオ判）第2部第35条定義17、同第3部第5条定義22。

66) 同第2部第35条定義22。

67) 同定義25。

68) ベネディクト・カルプツォフ『選帝侯法解答集』（ライプチヒ、1642年刊、フォリオ判）第5巻第1章解答6。

69) 同解答5。なお〔同巻第7章〕解答65も参照せよ。

70) 『ルッカの貴族で高名なピアチェンツァ公顧問会議長のヨハンネス・トツレによる将来相続合意にかんする三部からなる論考』（ジュネーヴのトゥルネ兄弟により1699年刊、フォリオ判）。