

《資 料》

ベーゼラーの相続契約学説史（下）

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』（ゲッティンゲン、1837
年刊）の第1部第3章「学説史Literärgeschichte」

第6節 「相続契約のゲルマン法的理解」

前節において我々は、この理論の学説史について、ローマ法による禁止を依然維持しつつも、慣習法や法令にのみ根拠を有する幾つかの相続契約の類型を独自の制度として捉えるようになる一方、その効力を元々地域固有法で認められているよりも広く解することには非常に慎重であったというところまで辿ってきた。本節で我々は、この理論の更なる展開に取り組み、学説がローマ法による相続契約の禁止から完全に解き放たれ、普通法における相続契約の有効性を原理として打ち立て、その根拠を各地の固有法源の中に求めた結果、それまで例外であったものが原則へと高められ、そこに当該行為の特殊な諸類型が従属させられていく様を明らかにしなければならない。

相続契約に対するこのような理解のために、とりわけ相続人指定契約との関係で多大な貢献を為した最初の者はフランソワ・オットマンであった。彼は他家間相互相続契約にかんする鑑定意見を作成しており、その他家間相互相続契約は、彼の叙述に照らしてみる限り、そのような行為のために元々一般的に通

用していた¹⁾ドイツ法的な遺贈の方式にまさに即して作成されたものであった²⁾。オットマンがこの他家間相互相続契約を法的に有効なものとして論じ、その際、ドイツの慣習法や法律家とりわけツァジウスに依拠しているという点は、ここでは我々の関心の的にはならない。しかし、そのような行為の有効性のために彼が提示した根拠の一つは重要である。すなわち、現代の諸民族の間には、昔の法律家には知られていなかった制度、つまり、契約に則った相続、そしてまた、契約に基づく相続人（合意による相続人）なるものが存在しているというのである。フランスの法実務家マズユエを典拠に援用されたこの見解自体はそれほど大きな意義を有しては無い。というのも、オットマンは、これによって相続人指定契約の一般的な有効性を主張しようと意図しているわけでは全くないからである。むしろ彼は、相続人指定契約の個々の形態、ここでは特に他家間相互相続契約に限ってこの表現を用いているのであり、それどころか、この表現は、彼自身それまで「効力発生が死後に延期された贈与」と呼んできた当該行為にはふさわしくないものであった。またこの学識者は「マズユエ」オットマンの助言集全体を見てもとりたてて重要な典拠として現れてくるわけではない。例えば、彼は、助言の一つにおいて³⁾、宣誓された相続放棄の有効性を、当時、ローマ法学者でその有効性を疑う者などもはや見当たらなかったにもかかわらず、カノン法の諸原則に抗して争っているけれども、この点についても彼は、第六書第1巻第18章「合意について」第2節の立法者「教皇ウ

1) 本書第1部『ドイツ古法上の死因譲与』（ゲッティンゲン、1835年刊）の第13節を参照せよ。

2) フランソワ・オットマン『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。そこでは、鑑定を依頼された行為が、「一方が他方に他方がその他方に生存者間贈与の法に基づき撤回不能な仕方で約束した」、あるいは更に、「その時点から互いにそしてまた互いの子孫に対して贈与する趣旨で今から贈与する云々」と説明されている。これらの表現や全体の連関は、当該他家間相互相続契約がアフラスンクの方法で締結されたということを示唆している。

3) 前掲書助言8。

ルバヌス8世] や、高等法院の確立した実務に対する悪意に満ちた非難の他には何も述べようとはしておらず、彼自身よく知っているはずの高等法院の実務を、「多数決ではなく知識に基づいて判断されるべし」との命題だけで無効にできると考えている。従って、「合意による相続人」をめぐるオットマンの発言が我々にとって重要なのは、彼の実務家としての意義故ではなく、彼の発言がドイツの学説に受け入れられ、相続契約にかんする独自の観方を確立する足がかりとなったからである。確かに、ハルトマン・ピストリス⁴⁾はオットマンをその主張に照らして依然非難しているけれども、バルトロメウス・ムスクルス⁵⁾が早くも「合意に基づく相続並びに変則的相続について」論考を著しており、彼は、明示的にオットマンに依拠しながら、契約に基づく相続をそのような相続として理解している⁶⁾。彼も、ローマ法の原則が制限されると述べているにすぎないので、相続人指定契約の一般的承認に未だ到達しているわけではない⁷⁾。しかし、彼は例外を相当広範に認め、相続放棄の有効性の根拠を、カノン法だけではなく、ドイツの慣習法、個々の地域固有法、とりわけ、相続放棄の有効性の範囲との関係ではすでに一種普通法としての意味を付与されてい

-
- 4) ハルトマン・ピストリス『法問題集』第4巻問題2。「オットマンはあまりに一般化して言い過ぎており、それ故、決して彼に与すべきではない」。ここで、ピストリスは、オットマンの言葉に「合意に基づく相続 [successio statt concessio]」にかんする一般的承認を見出しているようであるが、文脈はこれに反している。
- 5) バルトロメウス・ムスクルス『合意に基づく相続並びに変則的相続にかんする第1論集』、イエーナ、1607年刊、四折判。最初に一般的な論点が幾つか論じられ、第二部では妻等の相続放棄が論述対象とされている。第三部は別に出版され（イエーナ、1607年刊、四折判；前述第5節注37を参照せよ）、異母兄弟間平等相続契約について扱っている。
- 6) 前掲書第1論集第1部結論1。「一般的で通常の市民法、封建法、ザクセン法から離れて個人間の特別な合意や各地の法令乃至慣習法に依拠した相続で、終意処分の性質を分け持つものを変則的相続と定義することにする」。従って、「合意に基づく相続」はこの「変則的相続」の一亜種であることになる。
- 7) 前掲箇所結論3。そこには、「私人の合意によって相続がもたらされることは通常ない」との原則が掲げられている。

るザクセン法に、そして更には、帝室裁判所の実務に求めている⁸⁾。それ故、宣誓は、必須のものではなく、ただ相続放棄の際に一般的に為されるものとして扱われている。宣誓は確かにカノン法には定められているが、ザクセン[シュピーゲル]のラント法には定められておらず、そこでは裁判官と証人の面前での相続放棄で十分とされる。ザクセン以外でも、慣習法は、宣誓の伴わない相続放棄をしばしば認めており、少なくとも貴族の荣誉と信義に照らした神への誓いは宣誓に匹敵するとされ、それどころか、古いザクセン法では女性等は当然に相続から除外されていたところ、シュレージエンの幾つかの地域では今でもそうであるとされる。以上のような議論が全体として既に相続放棄の完全な容認に向かいつつある様子を見てのとおりであり、特に最後の指摘は、貴族の娘等による相続放棄をめぐる後のゲルマン法学者等の見解をある程度先取りしているともいえる。

実務に対するその影響力の大きさと、相続契約の理論について提示した見解の新しさに照らせば、次に我々の注目に値するのはダーフィット・メヴィウスである。ただし、彼の著作の様々な箇所に見出されるこの対象をめぐる彼の見解が全て首尾一貫しているわけではない。彼が相続契約の効力について詳細に論じている『リユーベック法注解』では⁹⁾、ローマ法における禁止を一般論とし

8) 前掲書第2部結論4。「最初に論じられるべきは確かに取決めに由る女性等の相続放棄についてである。そのような相続放棄を市民法は無視するどころか排斥しているけれども、我々ドイツの慣習法は、高貴な家系の存続を考慮した的確な理由に基づき相続放棄を認知し是認している」。同結論5。「その上、合意に基づく相続のこの形態は、カノン法だけではなく、ザクセン法、各地各都市の法令、更には、高名な帝室裁判所の裁判にも支えられている。そしてそれは、宣誓の神聖さと嫁資の設定を伴う仕方では為されるのが一般的で、大半の貴族や高貴な人々により父祖伝来の財産や地所について頻繁に為されている」。ムスクルスが相続放棄を相続の一種と解している点はもちろん大目に見なければならぬ。

9) ダーフィット・メヴィウス『リユーベック法注解』(初版はライプチヒにて1642年刊、四折判)第2部第1章表題注釈。第2部第2章第2条注釈第182番以下も参照せよ。

て承認しつつ、カノン法、諸法令、実務（「日々の実務」）がもたらした諸例外を列挙するというように、従来のやり方に沿って相続契約の効力を捉えている。彼がそのような例外に数えていたのは、宣誓が為された場合の相続放棄、相互的な相続人指定契約、とりわけ、婚姻特約の中にみられるそれ、更には、財産の特定部分にのみかかわる「相続する旨の合意」、他家間相互相続契約、異母兄弟間平等相続契約である。しかし、メヴィウスは、後の著作『判決集』の中でこの観方を捨てて、契約に基づく相続の原理をドイツの慣習法に根差した普通法として通用させている。その結果、これに依拠しようとする者が「根拠ある主張*fundata intentio*」を為していることになり、従来、ローマ法による禁止に抗するために慣習の証明が要求されていたところが、この理論における外国法〔ローマ法〕の通用こそ明示的に証明されるべきものとされたのである¹⁰⁾。確かに、上に述べた原則は、宣誓された相続放棄は有効か否かが問われた際に示されたものにすぎない。しかし、この原則は、全く一般的な仕方では捉えられ、すべての相続契約に関連付けられている。そもそも当時、相続人指定契約にかんする一般的な慣習法が当該契約の特殊な形態の承認を超えるようなものであったのかどうか、そして、メヴィウスがそのような特殊形態の一般化とは別な仕方では彼の原則を見出しているのかどうかは、疑問である。しかし、彼はとにかく当該原則を立て、まもなくその追従者を得ることとなった。シュトリューク¹¹⁾が早くも彼に賛同しているし、また、この問題でやはりローマ法に

10) ダーフィット・メヴィウス『判決集』（初版はシュトラールズントにて1664年刊、四折判）第3部判決270。普通法が依然通用している場所では、相続放棄の際、「宣誓に代えて」との決まり文句では不十分であり、宣誓の代わりにはならない。「しかし、ある地域において慣行上そこから離れ、しかも宣誓が必須とされていないならば、宣誓されていない相続放棄もまた有効となる。確かに、宣誓は、それがなければ無益で無効となってしまう合意を有効とするために付加される。しかし、そのような合意が慣習法によって適法で有効なものとしてされている場所では、宣誓はもはや不要である。例えば、ドイツでは今日、古い市民法の勅法を顧慮することなく相続合意が有効とされ、市民法の受容が明らかとならない限り当該勅法に基づいて判決が下されることはないというのが慣行上通例となっている」。

11) ザームエル・シュトリューク『学説彙纂の現代的慣用』第2巻第14章第18節、第

抗して固有法に肩入れすべきものと考えていたヨーハン・シルター¹²⁾も同じ原則に依拠した上で、その証明のために、1636年のイェーナの法律家の解答を採用している。ただし、その解答は、婚姻特約に含まれた相続人指定について扱ったものにすぎなかった。

ところで、シルターは、相続契約を実務に広く受容された制度として位置づけるだけでは満足せずに、学問的見地からその正当化を試みている。既にカルプツォフ¹³⁾によって、あらゆる契約が訴権をもたらし完全な効力を有するとの原則には、相続人とする旨約束された者がそうならなかった場合に約束者の相続人等に損害の賠償を請求できるという限りにおいて、相続契約を承認する趣旨が少なくとも含まれているのではないかとの問いは提起されていた。カルプツォフはローマ法による禁止の下に留まったが、シルターは違った。シルターは、ローマ法による禁止の諸根拠がドイツの事情にそぐわず、彼がドイツ的信義から導出している¹⁴⁾あらゆる契約の無制限の有効性の適用を相続契約も受けて然るべきとの理由から、この禁止を無視している。実際、この点が、しばらくの間、相続契約を無制限に容認する武器として最も好んで用いられていたのであり、ドイツ人は古くから禁止など意識せずにここでも彼等の信義を固守したのだとされた。例えば、ライザー¹⁵⁾は、遺産欲しさに他人に付きまとうローマ人の信じ難い下劣さについて言及し、そこから、ローマ人の下で相続契約が禁じられるようになった諸理由がドイツ人には当てはまらない旨結論するだけでは満足できなかった。更に彼は、ローマ法の継受前も後も変わることはない

23節、第29節。同『無遺言相続論』第8討論。

12) ヨーハン・シルター『ドイツの法廷におけるローマ法実務』第1巻演習8第35節から第41節。

13) ベネディクト・カルプツォフ『ローマ＝ザクセン裁判法学』第3部第5条定義22。

14) このような観方の萌芽については前述第5節の注23及び46を参照せよ。

15) [アウグスティン・]フォン・ライザー『学説彙纂考察集』範例43から45。この見解に対する詳細な批判は、『ライン法学博物館』第2号第2分冊所収の[ヨーハン・クリスティアン・]ハッセの論考158頁以下に見える。なお、前述第4節も参照せよ。

慣習から相続契約の適法性を導き出したのである。この慣習は、個々の制度において姿を現すにすぎないが、根底においてはある普遍的な性格を有していて、良俗に反しない契約は全て遵守すべきであるという点はそこに由来するとされる。相続人指定契約は、それがまさに相続を目指すものである以上、他人の死に対する恥知らずな欲求を引き起こすのであり、それ故まさに良俗に反する旨反論することもできようが、ライザーが言うには、それは「人間の欠点にすぎず合意の欠点ではない」という。実際、彼は、この普遍的慣習にかんして、1710年のヴィッテンベルクの法律家の鑑定意見も引き合いに出している¹⁶⁾。他に注目に値するのは、ライザーが相続放棄についてなお宣誓を必要と解しているという点である。ただし、それはカノン法に対する敬意によるものではなく、軽率な相続放棄を阻止する必要があるとの考えによるものようであり、少なくとも、そのような根拠によってカノン法の規定を補足している¹⁷⁾。この点を除けば、彼は契約に基づく相続を全く一般的に有効としており、遺言の撤回不能を定めた契約さえも有効と解している。この見解は、若い頃のシュトリューク¹⁸⁾とシルター¹⁹⁾が夫婦間の相互遺言の理論をめぐって到達した結論によって既に準備されていたものであり、ライザーはただそれを一般化したにすぎない²⁰⁾。二つの論考において重要な二種類の相続契約のドイツ法的性格について詳しく論じ、とりわけ、ローマ法からの付加物を洗い流そうと試みた²¹⁾ ユス

16) 前掲書範例43考察5。

17) 前掲書範例45考察1。

18) ヨーハン・ザームエル・シュトリューク『ザームエル・シュトリューク著作集第9巻、法学討論集第1巻』（フランクフルト及びライプチヒ、1750年刊、フォリオ判）〔討論26第70節〕。

19) ヨーハン・シルター『ドイツの法廷におけるローマ法実務』第1巻演習39第56節から第58節。

20) フォン・ライザー『学説彙纂考察集』範例43考察6及び7。

21) ユストゥス・ヘニング・バーマー『学説彙纂演習集』第2巻演習31「信託遺贈を望む家族間の合意の要件について」、第4巻演習71「嫁資合意に基づく夫婦間の遺産相続について」。

トウス・ヘニング・ペーマーもまた、相続契約の一般的有効性を疑うことなく、バルトロメウス・ムスクルスの『変則的相続』に明らかに対抗して、「固有法に従えば常に如何なる場合にも相続合意は有効であり、原則や普通法とみなされるべきである」²²⁾との原則を立てている。フォン・クライトマイアも同様の趣旨で、ドイツ法と法律家等の通説によれば相続契約は無条件で有効とされる旨説明している²³⁾。

しかし、相続契約にかんして今や広く流布しつつあったこの見解については、上に言及した法律家等と同時代に既に二名の敵対者がいた。彼らは、この制度の有効性の主たる根拠とされる一般慣習法の存在を認めようとしなかったのである。まず、ザームエル・フォン・コクツェーイ²⁴⁾は、もし彼がガイルと同じ時代に生きていたならば難なく主張できたであろうと思われる立場を依然この理論に対して表明している。有効とされるのは、例えば他家間相互相続契約や相互的な相続人指定契約のような相続人指定契約の個々の類型に限られ、原則はその反対であり（この点について先例が援用されている²⁵⁾）、相続放棄も宣誓された場合のみ有効とされる。シュトレッカー²⁶⁾も同様の趣旨の見解を述

22) 同第4巻演習71第1章第14節。ペーマーはここで相続契約の効力について二つの原則を並べている。「(1) ローマ法では相続合意は原則として禁じられていたし、たとえ有効とされる場合でも、例外として有効とされ許容されるにすぎないが、(2) 今日我々が一層依拠するようになったドイツ法では次の見解が妥当する。すなわち、固有法に従えば常に云々」。

23) フォン・クライトマイア『バイエルン選帝侯マキシミリアンの市民法典注解』第3部第11章第1条注解第3番。

24) ザームエル・フォン・コクツェーイ『論争市民法』第2巻第14章問題34及び35。

25) 前掲箇所問題34第4節。「類似した三つの見解に基づきハルバーシュタットの裁判所はFの事件においてFの抗弁に与してその旨判示した」。

26) 私が用いたシュトレッカーの論考の刊本には、「相続合意の理論並びにドイツにおけるその利用と濫用にかんする学位論文。C.W.シュトレッカーの指導の下にC.G.リントナーが審査に提出したもの。内容の優秀さ故にこのたび…（ここに欠落あり）。イェーナにて1760年刊」、との表題がみえる。アイヒホルン（『ドイツ私法入門』第341節注b）によれば、刊行の場所と年は「エアフルト、1738年刊」とされており、おそらく初版のものと考えられる。

べているが、より立ち入った仕方でも問題に取り組んでいる。すなわち、すべての相続契約がドイツの法の下で有効なのではなく、相続契約の幾つかの形態のみが、個々のドイツ民族や個々の地域ごとに、一定の人々にかんして特別な方式の下で有効とされているにすぎない。そこから一般慣習法を引き出すことはできないというのである。「なぜなら特殊から普遍への推論は通用しないからである」。これによれば、ある地域の法令なり慣習法なりがある種の相続契約を保持しあるいは許容していない限り、ローマ法による禁止が、その諸根拠が依然無意味ではない以上、原則として適用されることになる。

遅ればせながら相続契約の理論を再び別の方向に導こうとしたこれらの試みが実務的な成果を全くあげられなかったという点を最もよく証拠立てているのは、それらがまさに最後の試みであり、コクツェーイやシュトレッカーの後、当該制度の普通法上の有効性を疑う者は誰もいなかったという事態である。ドイツ法によるこの理論の裏付けが学説上一層注意深く探求されるようになったという点では、それらの著作も全く影響がなかったとまでは言い切れないが、いずれにせよ、我々の法学におけるゲルマン的方向性という一般的趨勢はそれ〔ドイツ法による裏付〕を目指していた。相続放棄にかんしては、二人の著名な法律家、ゼンケンベルクとクラマーがハーナウの事件をめぐる交わした論争がとりわけ重要である。それは当初、「未婚時の相続も含めて」との条項の効力にかんするものであったが、貴族の娘等の相続放棄にかかわる限りにおいて理論のほとんど全体に及ぶものとなった²⁷⁾。すなわち、ゼンケンベルクの擁

27) 論争の経緯を簡潔に述べるならば次の通りである。1736年8月にゲッティンゲンで、ハインリヒ・クリスティアン・ゼンケンベルクの『諸王国及び諸侯領における娘の相続にかんする学術的考究』（この論考はベーネケにより増補編集され1741年ギーゼンで再刊）が公刊された。同年12月31日にクラマーがこれに反論する：クラマー『娘等の相続放棄、相続留保条項の効力、ハーナウの相続について。ゼンケンベルク氏の非難に抗して』（ヨージン・ウルリッヒ・クラマー『小論集』第1巻、1742年マルブルク刊四折判、第5論文）。1737年6月には、ハインリッヒ・クリスティアン・ゼンケンベルク『ハーナウの相続を契機とした、近親の貴族の娘が遠い親族に優先

護する見解によれば、貴族の娘等はゲルマン法の下で男系親族により相続から常に当然排除されるので、特別の相続放棄は本来全く不要であるが、男系親族が絶えた場合には、母方親族による承継は相続発生時に左右されるため、被相続人の娘が優先するとされる。これに対して、クラマーは、ゲルマン法に抵触する普通法の遵守につとめることで、反対の論陣を張った。二つの見解はそれぞれ支持者を得た。例えば、フォン・クライトマイア²⁸⁾は、市民法学者等が相続放棄の理論にローマ法を混入させる不正を働いたことを認めつつも、当該理論をその本来の基礎に立ち戻らせる近時の試みには、帝国の古い状況や仕組みを実定的に存立している現代のそれよりも重視するという過ちを犯すことになると考え、クラマー支持に傾いている。

一方、我々の法学におけるゲルマン的方向性に非常に重要な影響を与えたピュッターは、ゼンケンベルクの見解に与し、しかも、彼の鑑定意見集や判決集では例のない断固とした態度でそれを擁護している²⁹⁾。このように、長い間慣れ親しんできた理論の力に抗した、固有法上の法律関係をめぐる自由闊達な議論は、他のドイツ法上の諸理論におけるのと同様、当該理論においても極めて重大な帰結をもたらした。例えば、相続放棄が普通法上有効であるために宣

して相続する権利にかんする考究後編、理由もなく自身にイカの墨を吐き掛けるクラマー氏を十分に満足させるもの』(1737年刊、四折判)が出版され、これに再びクラマーが反論した：『慣習法の効力あるいは家族間の合意に基づく娘の相続放棄について』(『小論集』第1巻第7論文参照)。これには『序文に代わるゼンケンベルク氏への書簡、これにより氏の愚かな無知と銜学趣味が弾劾される』(『小論集』第1巻第6論文参照)が付されている。

28) フォン・クライトマイア『バイエルン選帝侯マキシミリアンの市民法典注解』第3部第11章第2条以下注解。

29) ヨーハン・シュテファン・ピュッター『法律事件選集』第1巻(ゲッティンゲン、1768年刊、フォリオ判)第13番及び第99番、同第2巻(ゲッティンゲン、1774年刊)第183番、第184番、第186番、第3巻(ゲッティンゲン、1777-1791年刊)第316番、第328番。このうち、第13番、第99番、第184番、第186番はゲッティンゲン大学法学部の名で著されている。

誓はもはや不要であるとされても、それは全く当然のことと見なされるようになったのである。この点は、外国法〔ローマ法〕による裏付けを犠牲にしてまでドイツ法に与することを通常であれば好まないはずの法律家でさえ認めている³⁰⁾。

更に、相続人指定契約についても、人々は、その一般的有効性を契約上のドイツ的信義と慣習法とによって裏付けるだけでは安心できず、同じ目的から、ドイツ法上の死因譲与Vergabungen von Todes wegenに立ち戻っていった。ただし、それは、法学文献で論及される一連の対象にドイツ法上の死因譲与を加える試みとしては最初のものではなかった。

そのような譲与が未だ民衆の間で利用されていた非常に早い時期に、幾人かの法律家がこれに着目し法学的に把握しようと試みていたのである。その際存していたのは実務に直結した意図であったのに対して、後の時代のゲルマン法学者等に見られるような相続人指定契約の古い行為への還元は、ドイツの諸制度を歴史研究の作法に従って新たに基礎づけるという一般に認知された要請からの帰結にすぎない。実際、そこでは、あちこちで古いものを大胆に現代に結び付けすぎるという事態を完全には避けられなかった。いずれにせよ、古い時代における譲与の取扱いと、後の時代における相続契約のゲルマン的基礎づけとの間には内的な連関が欠けており、それ故、両者は区別して論じられねばならない。最初に論じられるべきはもちろん前者である。

ローマ法が相続契約を認めず、ドイツ法でもかなり古い時代にその一部つまり相続放棄が知られていないにすぎないとの前提で、そもそも学識法曹がこれほど熱心に相続契約に取り組むようになった動機は一体何かとの問いを、既に幾人もの読者が抱いていることであろう。確かに、相続放棄という制度は学識的考察にとって極めて重要な素材を供することになった。しかし、外国法〔ローマ法〕による法定相続と固有法によるそれとの間のみられる相違もまた、両者

30) 例えば、ティボー『パンデクテン法体系』第8版第853節を参照せよ。

の間を調停するために好んで契約論に依拠する試みを多く生み出した。というのも、法令や地域の慣習に明示されている場合に限ってドイツ法固有の諸原則の存在が認知される中、そのようにして生まれた普通法としての外国法との対立は、その意味合いにおいて、契約により生み出される〔外国法との〕齟齬とさほど変わらないものと考えられるようになったからである。法令や慣習法によって導入されたものを契約によって再び排除することが可能かどうか問われるようになったのもそのためであり、それが相続保持契約を導いた考えの一つであった。以上に加えて、ドイツ法上の譲与は時の経過の中で更なる発展を遂げた。すなわち、状況次第では遺産の包括承継をこの譲与によって根拠づけることが可能となり³¹⁾、この観方の決定的に重要な点が見逃された結果、普通法によって曇らされた目にはそのような包括承継こそまさに真の相続契約として映ることになったのである。そのような例については既に言及した。ただし、そのような行為の本来的な特徴が常に見逃されていたわけではなく、幾人かの法律家はそれを可能な限り明らかにしようと努めた。

前節でみたとおり、早くも標準注釈が相続契約と全財産の贈与とを区別しており、後に続く法律家たちはこれを更に拡張し、詳細な検討の対象に据えた。「全財産の贈与*donatio omnium bonorum*」についてこのように繰り返し論じられるきっかけとなったのがドイツ法上の譲与*Vergabungen*であった可能性は非常に高い。というのも、ローマ法に手引きされていないということが、相続契約の禁止にもかかわらず当該行為を維持しようと試みる際に伴う大きな不安となっていたところ、この譲与として現れた当該行為の有効性をローマ法に依拠して捉えていたのであれば、そのような不安は余計なものとなったにちがいないからである。それらの論究において、このドイツ法上の制度の独自性に対する配慮が欠けていたわけではないが、当時の法学の水準の下では、それは目立つものではなかったし、常に適切なものであったともいえない。この関連で特に興味深いのはオルドラトゥス・デ・ポンテの助言である。その中で彼は、

31) 第1部191頁以下を参照せよ。

依頼を受けたこの種の行為について解答し、当該行為の特殊な方式と効果を法学的に構成しているが、我々の予想どおり、それは普通法の諸原則からの少々無理のある引証によって為されているにすぎない³²⁾。そこで論じられている行為は、文脈から読み取れるとおり、相互的な譲与で、全財産にかかわり、しかも、アウフラッスクの方式で締結されたものであったようである。というのも、所有権と占有は移転されるが、譲与者の何れもが自ら引き渡した財産について死に至るまで用益権を保持するという意味で、当該行為は死亡時に着目しているからである³³⁾。

オルドラドゥスは最初にまず、そのような譲与が有効かどうか、有効であるとして一体如何なる種類の法律行為に属しているのかを検討している。これがある種の相続契約と捉えることも確かに可能かもしれないが、ここで問題となっているのは、相続ではなく、請求期日は先延ばしにされたとしても義務付けは直ちに生じる財産であるとされる³⁴⁾。一方で、この行為は、本来の意味での贈与でもなく、極めて特殊な譲与の種類であるとされ³⁵⁾、その効果は、一方

32) オルドラドゥス・ボンタヌス・ラウデンシス『助言集』助言139（リヨン、1550年刊、フォリオ判。この刊本には多くの箇所誤植があるが、訂正しない）。オルドラドゥスは1300年前後に生きていた。フォン・サヴィニー『中世ローマ法史』第6巻49頁以下を参照せよ。サヴィニーの前掲書52頁で指摘しているこの『助言集』の評判は、表題中にみえる、「これらは黄金に輝きほとんど神のごとき解答群である」との形容からも明らかである。

33) 前掲第5番：「占有を移転する旨の文言が挿入されており…、この文言に基づき一方は他方の名による容假占有の趣旨で占有改定を行った云々」。同第6番：「というのも、証書には、すべての占有の移転を欲しているとあって…」。

34) 前掲助言第1番：「将来の相続に関する合意とも解されない。なぜなら、将来の相続として約束されておらず、そもそも将来の相続は遺言もしくは無遺言によってのみ義務づけられ得るからである。そうではなくてここでは、請求については先延ばしされているにせよ、義務については直ちに効力を発する債務に基づいて、財産が義務づけられているのである。…というのも、どの当事者についても、一方が他方よりも早く死亡する可能性があり、この点が合意を条件づけているからである」。

35) 前掲助言第3番：「第二に、それは如何なる種類の契約にあたるのであろうか。確

当事者が先に死亡することを行為の条件とした場合であっても条件が成就するや否や当該条件が最初に遡及するとの趣旨で所有権と占有が移転するというものとされる³⁶⁾。オルドラドゥスは、普通法によってこの見解を根拠づけるにあたり、譲与を債務関係として把握し、これに占有改定を結び付け、各譲与者が死に至るまで相手方の名で懇願する形で所持と用益を行うのだと解する他なかった。ドイツ法のアウフラッスンクの本質には彼は気づかないままであったが、それでも、彼がその効力を見抜き、それを維持しようと努めた点には驚かされる³⁷⁾。

かにそれは贈与の一種に見えるかもしれない…。しかし、むしろその反対に解される。すなわち、この種の合意において双方の利益が考慮されている以上、本来の意味での贈与ではないのである。…従ってそれは、適正な原因に基づいて為された何らかの約束ということになろう」。

36) 前掲助言第5番：「第三に、当該合意の効果は如何なるものであろうか。この点については簡潔に次のように解されるべきであろう。すなわち、事後的な引渡から推測される権原は、所有権の移転に相応しく、それ故また、占有の移転にも相応しいと解されること、そしてまた、占有は偶然の条件と期日の下に移転されるとの文言が挿入され、それらの文言は、所有権と占有が条件付きで移転されたと解されるとはいえ、一方が他方の名で容假占有として占有改定するとの趣旨であることから…。前掲助言第7番：「第五に、条件が満たされて合意が効力を発するのは如何なる場合であろうか。それは死後ではなく、当事者の誰かが他方またはその子等が生存中に死に直面した場合であり、死につつある者に子がいない場合に効力が確実に発生すると解すべきである。…そのような条件がこうして確実に成就したならば、死亡以前に遡って所有権と占有自体が移転されたと解される」。以上から、譲与が子等のためにも設定されていたことが分かる。

37) アンゲルス(アンゲルス・デ・ペルシオ『助言集』助言179、リオン、1532年刊、フォリオ判)もそのような相互的な死因譲与を「死後に延期され問答契約として作成された条件付きの相互贈与と契約」と表現することで、これを独特な行為として捉えている。なお、彼はオルドラドゥスほど独創的ではなく、「全財産の贈与」をめぐる当時の理論の方を多く論じているが、その際、将来の相続にかんしても贈与を有効とみなしており、その点では当時の理論に反対の立場であった。

上に述べたオルドラドゥスの助言はドイツ法学に多大な影響を与え、人々は類似の行為を扱うにあたってこの助言に依拠した。もっともツァジウスはまだこの点を考慮していない。確かに、彼の眼は、当時のドイツにおいても依然頻繁に用いられていたドイツ法上の譲与の独特な形態に気付くに十分な鋭敏さをもっていた。しかし、彼はこの譲与をそれ以上立ち入って論じることはなく、ある種無名のものとして論じている³⁸⁾。彼はそれを法的に有効と認め、ローマ法の諸概念を当てはめようと試みているが（譲与にかんして勅法彙纂第2巻第3章第19法文の参照を指示している）、この譲与が市民法大全の中に何か規定を求めても無駄なほど独特の現象であることには彼自身も気付いているようである³⁹⁾。だからこそ、ツァジウスは、前述のオルドラドゥスの議論をよく知っ

38 ウルリッヒ・ツァジウス『重要解答集』第2巻第7章「我々の法にみられる幾つかの無名の事柄について」（『著作全集』第5巻、フランクフルト、1590年刊、フォリオ判）。「他の場所でも述べたとおり、我々の法の下で無名の事柄が多く見出される旨主張してもかまわないが、たとえ我々の法にそれらの事柄にふさわしい名称が見つからなくても、法の諸準則にはやはり服することになる」。そこでは、他のドイツ法上の諸制度と並んで、死因譲与も言及されている。「同様に、何らかの相続指定においても、もしそれに目を向けることが許されるならば、極めてドイツ的なものが満ち溢れている。それらは遺言でも小書付でも婚姻故の贈与でも単純な合意でも確かになく、終意処分一般と言える。勅法彙纂第2巻第3章第19法文」。ミュールンブルッフは（ゲルックの注釈書の続編第38巻13頁注31において）、この箇所ではツァジウスが相続契約について言及していると考え、その見解の正しさ故にツァジウスを称えている。しかしながら、ツァジウスが別の箇所では相続契約について述べている点を参照するならば（ちなみにツァジウスは相続契約を「相続指定」ではなく「相続合意」、「相続取得合意」等々と呼んでいる）、ツァジウスがここで扱っているのはドイツ法上の譲与であり、しかも、ゲヴェーレの移転を伴うか否かを問わずに、そのような譲与のあらゆる形態が扱われているのが分かる。アイヒホルンは（『ドイツ国法史』第3巻第443節注e）、ツァジウスが言及しているのは後者の「ゲヴェーレの移転を伴わない」譲与だけであると解しているが、私にはそのように解する理由はないと思われる。というのも、ツァジウスの時代にアウフラッスンクつまりゲヴェーレ移転を通じた譲与が依然として原則となっていたからであるが、ツァジウスの著作を上述のとおり重要視するアイヒホルンはおそらくこの点を認めないであろう。

39) 前述のような無名の事柄の列挙の後、ツァジウスは、前掲箇所の最後に、「要するに、

ていたにもかかわらず、この議論に立ち入らなかったのである。これに対して、ガイルはこの議論を利用して少なからず成果をあげている。すなわち、彼は、ローマ法による相続契約の禁止を認めてはいるが、財産の相互的な譲与は容認しつつ、これを相続契約には数え入れていないのである。具体的には、相手方が子のないまま亡くなった場合にその財産を存命者が取得するという趣旨の行為が行われた場合がこれにあたる⁴⁰⁾。ガイルはそのような譲与の有効性を主張するためにオールドラドゥスに依拠し、オールドラドゥスによる諸論拠を以て当該譲与の有効性を擁護している⁴¹⁾。ただし、ガイルは、この行為を特に婚姻特約との関連で論じており⁴²⁾、アウフラッスンクについては顧慮しておらず、それ故また、この行為によって取得される権利を物的な権利としては論じ得なかった。最後に、彼は、更に細かい点にまで立ち入って論じていて、相続の約束が

これら無名の仕組みの存在は受け入れるほかない。というのも、全体を見渡す立法者は細かく全てを見通すことはできないし、<自然は常に新たな形態を創出し続ける>からである」、と述べている。

- 40) アンドレーアス・ガイル『実務考察集』第2巻考察126：「合意によって遺産を付与できないのは周知のとおりであり、宣誓による合意も無効であるし、法令や慣習法によっても有効となることはない。唯一例外と言えるのは、相互的な承継合意の場合であり、例えば、二人もしくはそれ以上の者の間で、他方が子のないまま亡くなった場合にその財産が存命当事者に帰属する旨合意された場合がこれにあたる。そのような合意は確かに有効である」。
- 41) 前掲箇所：「そのような相互的な取決めは将来相続の合意にはあたらない。なぜなら、将来の相続として財産が約束されているのではなく、<どちらか一方が子のないまま先に亡くなったならば>という条件付きで債務が存するにすぎず、その債務は条件成就に際して合意時まで遡及し、無条件であったと見なされるからである。合意に定められた財産は債務に基づき直ちに生存者間贈与を原因として義務付けられるが、請求は挿入された条件のために死亡時まで延期され猶予される」。
- 42) 前掲箇所：「従って、夫婦間相続にかんする相互的な贈与乃至約束は婚姻の継続するかぎり有効であり、例えば、夫婦のいずれか一方の死亡により、存命者は、死亡者に子のない限り、死亡した配偶者を相続するといったものがこれにあたる。同様に、嫁資合意の中でこの種の取決めを為すことも日常的に行われており、それらの取決めも当然有効であり是認されている」。

生存者間の贈与として為されたのか、あるいは、真正な相続契約として為されたのかを区別し、前者の場合にのみ当該約束は私人間で有効となるとしている⁴³⁾。

ハルトマン・ピストリス⁴⁴⁾は、このような区別を更に展開し、相互的な譲与だけにこれを適用するのではなく、一般的な区別にまで高めている。彼が相続契約にかんして展開した諸原則は、明示的に相続について合意された場合のみ妥当するものとされ、何者かが財産を相手方に、彼の死後に承継された債務の効果として彼の相続人から相手方が財産を受け取るという仕方で、契約を通じて贈与した場合には、当該行為の普通法上の効力にとって障害となるものは何もないとピストリスは考えている。この点は次の問題⁴⁵⁾の中で更に詳細に論じられており、相続人指定契約が締結されたのか、それとも、上記のような相続人を担い手とする債務が負担されたのかは、どのような場合に如何なる文言から識別可能か探求されていて、その際、多くの場合、文言が重要となるとされる。

43) 前掲箇所：「相続する旨の相互的約束が、生存者間贈与を原因とする問答契約によって為されたのか、あるいは、相互相続の合意として単純な約束が為されたのかを区別すべきである」。

44) ハルトマン・ピストリス『法問題集』第4巻問題2末尾：「最後に、我々の教説が妥当するのは、相続について合意された場合に限られ、相続には言及されずに、何者かがその財産を合意その他の契約を通じて、契約上の債務に基づいて当該財産を死後に相続人から取得するという仕方で、相手方に譲与する場合はこのかぎりではない。というのも、この場合、相続について何も言及されていない以上、相続合意という名称は当該契約に全く相応しくなく、それ故、禁止する理由もないので、当該契約が有効であることを妨げるものは何もなく、しかも、債務の効力を約束者の死後に先送りし約束者の相続人によってはじめて履行されるとの趣旨で契約することは法も容認しているからである。勅法彙纂第4巻第11章第1法文。…以上からすれば、全ての効力は文言の内容に左右されることになるう」。

45) 同問題3「相続する旨の合意が為されたのか、それとも、何者かの財産が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は、どのような仕方で如何なる文言から識別可能か」。

確かに、ピストリスは、上記区別を先駆者等から（彼はこの点にかんして明示的にオールドラドゥスに依拠している）特に異論を呈することなく取り入れているだけでなく、ドイツ法上の死因譲与の残滓をも、それが真正な相続契約に未だ取り込まれていない限りにおいて、当該区別の下で捉えようとしている。しかし、ここで彼は、制度についてではなく、個々の事例について準則を立てているにすぎない。それ故、彼が到達したのは単に外面的で恣意的な区別であったことになる。その一方で、もし彼が相続契約と個々の物の譲与とを上記のような〔一般的な〕仕方で区別していたならば、この関連でも理論上大きな功績をあげることになったであろう。それでも、彼の名声は、文言に照らした行為の区別を学説中に定着させるに十分なものであった。この区別はいわば償却不能な負担のごとく学説中に長く留まり続け、実務上とはいえば、単純嫁資合意と混合嫁資合意にかんする疑わしい理論から判断の手がかりを得る際に常用されたという点でわずかに意義を有したにすぎない⁴⁶⁾。ユストゥス・ヘニング・ベーマーは、婚姻契約についてそのような区別に根拠のないことを見抜き、本質的に異なる行為をほとんど同じ意味の言い回しに照らして区別することの恣意性と不当性を証明した⁴⁷⁾。

古い譲与と相続人指定契約との直接的な連関を上記のような仕方では維持できない以上、もしそのような連関を回復しようというのであれば、古い譲与は別の新たなものに結び付けられる必要があった。ただし、それが、例えばシルターに見られたような、契約におけるドイツ的信義にかんする一般的な考察によるものではないのは明らかである。なぜなら、譲与は契約に基づくものでは

46) ベネディクト・カルプツォフ『ローマ＝ザクセン裁判法学』第2部第43条定義5以下、フォン・バルガー『法学要論』第1巻第3章定理11、ザームエル・シュトリューク『学説彙纂の現代的慣用』第23巻第4章第3節、同『契約必須条項講解』第3部第8章第23節以下、フォン・ライザー『学説彙纂考察集』範例44考察1及び2、同範例308。

47) ユストゥス・ヘニング・ベーマー『学説彙纂演習』第4巻演習71第2章第1節及び第2節。ハッセ『ライン法学博物館』第2号第2分冊201頁も参照せよ。

決してなく、アウフラッスンクに基づくものであり、この場合、前者は、後者の行為の遂行に先んずるものとして、強行法上強制されるのではなく、せいぜいその存在が蓋然的に想定されるという副次的な意味を有するにすぎないからである⁴⁸⁾。従って、その後重要となったのは、当該行為を特徴づけているアウフラッスンクの意義に気付くか否か、そして、今や専ら契約に拠り所を求めている相続契約にこのアウフラッスンクを如何に関連付けるべきかであった。まず、シュトリューク⁴⁹⁾は、古い部族法上の「引渡（トラディティオ）」やカノン法に言う「土塊手交（スコタティオ）」に着目し、これらに関連付けつつ、ドイツには、元々、ローマ法の導入以前から相続契約が存在していた旨主張した。しかし、彼が事柄の真相を突き止めるには至っていないことは、上記行為の呼称からも明らかである。というのも、彼は、引渡によって遂行される譲与を、「一種の合意あるいは合意に似てなくはない取決め」と呼んでいるからである。ハイネクツィウスの著作⁵⁰⁾には早くも、古い譲与法にかんするかなり完全に正確な叙述が見出され、ただわずかに、契約を本質的な要素として捉え、アウフラッスンクを特別に付加された儀礼として扱う点で誤りを犯しているにすぎない。つまり、ハイネクツィウスも、シュトリュークと同様、相続取得契約がドイツにおいて常に利用され通用してきたと解しているのである。ベッツ⁵¹⁾も、アウフラッスンクを同じように偶然的要素としてのみ扱っているのも、それほど先に進んでいるわけではない。しかし、彼は、一歩議論を進めて、古来の譲与を現代法に直接関連付けた。すなわち、当該行為の古来の方式に照らせば、今日でもなお、個々の物にかんする相続契約を通じて、直ちに有効な物の権利が創出可能とされたのである⁵²⁾。この命題は、古い時代の法律家等が、

48) 本書第1部134頁以下を参照せよ。

49) シュトリューク『無遺言相続論』第8論第1章第4節及び第5節。

50) ヨーハン・ゴットリーブ・ハイネクツィウス『ドイツ法綱要』第2巻第6章第150節以下。

51) カール・ヴィルヘルム・ベッツ『生存者間の財産処分権能は包括承継を合意によって約束することを禁じられているのか否か、そしてそれはどの程度か、にかんする序文付き注解』（ゲッティンゲン、1801年刊、四折判）第1節から第6節。

52) 同第7節。

同じような「現代法との」関連づけの中で、全体的な連関は未だ意識されていなかったとはいえ、既に立てていたものであったが、専らペッツの著作に依拠するアイヒホルン⁵³⁾によっても是認された。このアイヒホルンについては、後に(第8節)で詳細な考察の対象となるであろう。

本節に論じられた学説史をここで今一度振り返って明らかなのは、相続契約を普通法上の制度として認知させたのはゲルマン法的な相続契約の理解であったという点、そして、人々がそれを三通りの根拠づけ、すなわち、最初に一般的慣習法、続いてあらゆる契約の訴求可能性と有効性、最後に古来の死因譲与に元々見られた諸原理を、次々に援用することで裏付けようと試みたという点である。ところで、もしこれら三つ全ての根拠を以てしても、証明すべき事柄を真に裏付けるに十分ではないというならば、我々は、これまでの議論を支えとしつつ、相続契約の理論に普通法上の効力を確保している別の事実を引き合いに出すこともできよう。私が言っているのは、近時の学説にみられるとおり法律家の間で全く異論の見られない「通説」のことである。

53) アイヒホルン『ドイツ私法入門』第344節注c。