

《論 説》

17世紀バイエルンにおける
夫婦間相続と嫁資合意

——1616年ラント法注釈文献の典拠分析——(1)

藤 田 貴 宏

嫁資合意 *pacta dotalia*とは、本来、嫁資の設定時に将来の婚姻解消時における嫁資の返還の有無や時期等について嫁資提供者たる花嫁の父等と受領者たる花婿との間で交わされる特約であるが、嫁資提供と引き換えに花嫁が父の相続に与らない旨の嫁資合意が交わされた事例がローマ法源上に既に見出され¹⁾、嫁資合意と相続の接点は注釈学派以来早くから意識されていた。その一方で、ローマ法上、遺言等の終意処分に基づかない包括承継、つまり、合意乃至契約による相続が、戦場で常に死と隣り合わせている兵士の間を除いて、相手方殺害の企てや遺言権能の制限剥奪に対する危惧を理由に禁じられており（「合意で相続は生じない *hereditas pacto non datur*」）、この相続契約禁止の原則に照らす限り、将来の相続にかかわる嫁資合意もまた無効と解するより他ないように思われる。しかし、ローマ法では原則通り無効とされた上記相続放棄目的の嫁資合意が、遅くとも13世紀末には、カノン法上、宣誓を要件に有効とみなされるに至り²⁾、夫婦の中で存命の者が先に亡くなった配偶者の遺産を承継する旨の嫁資合意についても、全財産の贈与 *donatio omnium bonorum*、夫婦間贈与 *donatio inter virum et uxorem*、死因贈与 *mortis causa donatio*といったローマ法上の一連の贈与類型と関連づける形で盛んに議論されるようになる。また同時期、固有法の次元では、男子後継者を欠くことを条件に兄弟親族間あるいは他家間で締結される相互相続契約 *pacta gentilitia*:*Erbeinigung*;*pacta confraternitatis*:*Erbverbrüderung*、更には、前婚による子等の家産承継上の

1) C.6,20,3.

2) VI.1,18,2.

不利益を防ぐ異父母兄弟間平等相続契約 *uniones prolium*: *Einkindschaft* のように、家産維持や家系存続を目的とする相続契約が貴族層や富裕な都市市民層の間で既に通用しつつあった。とはいえ、夫婦間相続目的の嫁資合意は、固有法に由来するこれら二つの相続契約類型とは異なり、家産維持や家系存続を直接の目的とするものではなく、それどころか、他家出身の夫乃至妻の相続を許すという点では死亡配偶者の親族の利害に真っ向から対立し得る³⁾。しかも、寡婦(夫)の生活保障というその機能にも示唆されるとおり、当該嫁資合意に対する需要は、貴族富裕層に限らず、農民を含む庶民層にも広く見られた。ローマ法上はそもそも最下位の相続順位に甘んじ、固有法上も特に子がある場合に様々な制約を受けることになる無遺言相続時の配偶者とりわけ寡婦の不利な立場を、遺言による相続人指定や遺贈といった終意処分、あるいは、婚姻後の夫婦間贈与によることなく、婚姻乃至嫁資設定時に予め修正しておくという独自の役割を当該嫁資合意は果たしていたのである。将来の相続を目論んで交わされる嫁資合意は、夫婦財産契約の一種として広く夫婦一般の利害に直結するが故に実務上の関心も高く、普通法の相続契約禁止原則や上記固有法上の相続契約の背景にある利害との緊張関係を孕みつつも、帝国諸領邦ではおおむね16世紀中にはその有効性が何らかの形で容認乃至追認されていく。バイエルンでは、マキシミリアンMaximilian 1世(バイエルン公在位1597-1651年、1623年以降選帝侯)治下の1616年に制定されたラント法の中に、夫婦間相続目的の嫁資合意の通用を前提とする規定が新たに設けられ、以後、ラント法解釈という枠組みの中で当該嫁資合意の要件効果をめぐる議論が展開されている。このラント

3) ただし、ザクセン法のように子の有無にかかわらず寡婦に一定の相続分を認める法の下では、直系卑属の相続上の更なる優遇を企図して寡婦の相続分を法定相続分より少なく定める嫁資合意もあり得、この場合には夫婦間相続にかかわる嫁資合意が家産維持や家系存続に寄与する余地もある。また逆に、終身の用益権に留まり寡婦の死後に亡き夫の親族への復帰を予定されるいわゆる寡婦分を設定する嫁資合意においては、家産維持や家系存続といった利害との対立は解消乃至緩和されることになる。ザクセン法における夫婦間相続と嫁資合意の関わりについては拙稿「相続と嫁資合意(1)~(5)」(獨協法学第92号~第96号)参照。

法制定以降約一世紀にわたるバイエルンでの議論を、同時代のフランス慣習法学⁴⁾に匹敵する帝国版慣習法学の一例として敷衍検討することが本稿の目的である。

I

遺言等の終意処分によるにせよ、嫁資合意によるにせよ、夫婦間相続について何らかの取決めを為すべく人々を動機づけていたのは、多くの場合、何も手だてを講ずることなく夫婦何れかが亡くなった場合の存命者の利害であった。無遺言相続時に死亡者の配偶者が置かれる地位が法令上不明確であったり、夫婦何れかにとって不利不都合であったりする場合に、それははっきりさせあるいは修正する必要があったのである。バイエルン法上の無遺言相続時の配偶者の地位については、1616年の立法以前に既にある程度詳細な固有法上の規定が存していた。バイエルン公ヴィルヘルム Wilhelm 6世(在位1508-1550年)とその弟ルートヴィヒ Ludwig 10世(在位1514-1545年)の共同統治⁵⁾下の1518

-
- 4) そこでは、普通法と異なる限りにおいて妥当し得る断片的な固有法ではなく、普通法と重複し符合し得る内容も広く取り込んだ包括的な固有法(成文慣習法)の成立を前提に、その解釈補充の手がかりとして普通法が参照される。拙稿「フランス慣習法学とローマ法」(獨協法学第78号・第79号)参照。
 - 5) 兄弟の父で先代バイエルン公アルブレヒト Albrecht 4世(在位1465-1508年)はランツフト継承戦争後に長子継承法 Primogeniturgesetz(1506年)を定めていたが、ルートヴィヒが制定前の出生を理由に共同統治を主張し、領邦の再分割を危惧したヴィルヘルムがこれを受け入れた。改定バイエルン法刊本の扉絵には、ヴィッテルスバッハ家の紋章を挟んで向き合うヴィルヘルム(HW=Herzog Wilhelm)とルートヴィヒ(HL=Herzog Ludwig)の両バイエルン公が描かれている。なお、この扉絵には、両人の容貌、甲冑、姿勢、背景となる柱廊や風景が相異なるものが少なくとも二種確認できる。異なる背景の風景は、ヴィルヘルムの拠点(ミュンヘンやブルクハウゼン)とルートヴィヒの拠点(ランツフトやシュトラウビンク)にそれぞれ由来する可能性もある。特に背景中央に見える城塞はそれぞれブルクハウゼン城とランツフトのトラウスニッツ城を彷彿とさせる。なお、この扉絵は、

年に制定された「改定バイエルンラント法Reformation der bayrischen Ländrecht」⁶⁾の第44章「嫁資と反対贈与その他夫婦間の行為についてVon

改定ラント法と同時期に制定公布された「上下バイエルン侯領における一般ラント令、ラント規則、協約、慣行の書Das buech der gemeinen Landpot, Landsordnung, Sätzung und Gebreuch, des Fürstenthumb in Obern und Nidern Bairn」(1516年に制定、1520年に一部改定)の刊本の扉絵にも用いられている。

- 6) 「改定Reformation」の対象となったのはルートヴィヒ4世(バイエルン公在位1294-1347年)の下で1346年に制定公布された「法書Rechtsbuch」である(いわゆる「上バイエルンラント法Oberbayrisches Landrecht」)。この「法書」自体、1334-6年にルートヴィヒが息子等に付託する形で制定させた旧「法書」の改定版にあたる)。ルートヴィヒ4世は、1294年父ルートヴィヒ2世上バイエルン公・ライン宮中(プファルツ)伯の死を受けて、領邦継承をめぐり兄ルードルフRudolf 1世と争ったが(1302から1317年の兄の統治権放棄まで共同統治。その間1310年に上バイエルン公領を分割)、その後、1329年4月のパヴィーアにおけるヴィッテルスバッハ家の家内契約Hausvertragにより、ライン宮中伯位は、アムベルク、ノイマルクト、ズルツバッハといった後に「上プファルツOberpfalz」と呼ばれることとなる地域の支配権も含めて、1319年に既に亡くなっていたルードルフ1世の子ルードルフ2世とループレヒトRuprecht 1世に返還移譲される。この契約では、他に、プファルツ系とバイエルン系の両家系の相互継承(一方の男系断絶時に他方が継承する旨の相互相続契約。後のランツフト継承戦争の際にも領邦統合の論拠となる)や、皇帝選出権の交互行使についても取り決められた(ただし、後者は、後に、1354年に皇帝カールKarl 4世がライン宮中伯ループレヒト1世に永続的に皇帝選出権を付与し、1356年の金印勅書にそれが明記されたことで事実上失効する)。上記「法書」は、ルートヴィヒ4世が、1314年にローマ・ドイツ王、1328年に神聖ローマ皇帝にそれぞれ即位し、1340年にランツフトやシュトラウペンクを中心とする下バイエルンの統治も兼ねた後の最晩年に、旧「法書」と同様、ミュンヘンやインゴルシュタットを中心とする上バイエルンに通用地域を限定して制定されている。ルートヴィヒ4世の死後、ランツベルク協約(1349年)により、バイエルンは、上バイエルンを長男ルートヴィヒ5世、三男ルートヴィヒ6世、六男オットー5世が(1351年ルッカウ協約によりルートヴィヒ5世がブランデンブルク辺境伯領を第二人に譲与する代わりに上バイエルン及びティロルを単独統治)、下バイエルンを次男シュテファン2世、四男ヴィルヘルム1世、五男アルブレヒト1世がそれぞれ継承する(1353年レーゲンスブルク協

Heyratguet und Widerlegung und anderer Handlung zwischen der Eelett」に含まれる諸規定がそれである。まず同章第2条「子をもうけなかった夫婦はどのように相互に相続するのかWie Eelett einander erben, die nit Kind verlassen」⁷⁾の前段では、婚姻中に夫婦共有財産として得た不動産以外の財産

約によりシュテファンが下バイエルンを単独で統治する一方、ヴェルヘルムとアルプレヒトは新たな領邦分割でバイエルン＝シュトラウピンク公となり、更に母方のホラント伯領も継承)。その後、バイエルン＝ミュンヘン、バイエルン＝ランツフート、バイエルン＝インゴルシュタット各公領の分割(1392年)、シュトラウピンク＝ホラント公男系断絶を受けたブルゴーニュ公フィリップ3世によるホラント継承(1425年)とバイエルン諸公によるシュトラウピンク公領分割、インゴルシュタット公男系断絶(1450年)とランツフート公領への併合、ランツフート継承戦争(1503-1505年)等を経て、再び領邦統一に成功するが、「上バイエルンラント法」を「改定」した1518年のラント法もやはり上バイエルンを対象としたものであった。「上下バイエルン侯領における一般ラント令、ラント規則、協約、慣行の書」(1516/20年)に収録された一部の法令等を除けば、上下バイエルンの法統一が達成されるには、1616年のラント法を中心とするマキシミリアン1世の諸立法までなお一世紀を要したのである。

なお、1346年の「法書」にも、「婚姻契約及びこれに関連する事項にかんする章 Titulus super contractus matrimoniales et quibusdam annexis」(=第9章)を中心に、夫婦財産や相続に関わる規定が相当数見られるが、本稿では立ち入らない。「法書」以降「改定ラント法」が制定される16世紀初頭までのバイエルン固有法上の夫婦財産制の変遷の内、婚姻終了時の夫婦財産の帰趨については、Schröder, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, Zweiter Theil Die Zeit der Rechtsbücher, Erste Abtheilung Das schwäbisch-bairische Recht [=Das eheliche Güterrecht in Süddeutschland und der Schweiz im Mittelalter] (1868), 193-204.を参照。

- 7) 「また、夫と妻が特約なく婚姻し、不動産以外の財産を共有している場合に、一方が他方よりも先に亡くなり、子を残さなかったならば、夫婦として共に取得した財産全体の半分は存命配偶者が、残りの半分は死亡者の最近親相続人が承継するものとする。Item wo man und fraw on geding zusammen heyraten/und nit auflegennd guet zusammen pringen/stribt ir ains vor dem anddern/und verlässt nit kinder/so sol dem/so in leben beleibt/aller hab/so sy miteinander gewonnen haben/halber tayl/unnd der annder halb tail/des abgestorben nägsten erben/volgen。ただし、

については、両者に子がない限り、配偶者に2分の1の相続分が認められている。普通法上は最下位の法定相続人にすぎない配偶者が、ここでは、直系卑属に次ぐ相続順位にある直系尊属や兄弟姉妹等傍系親族と同順位とされ、夫婦共有財産に属していた遺産をこれら「死亡者の最近親相続人 des abgestorben nügsten erben」との間で折半できるとされているのである。しかも、同条後段では、存命配偶者が死亡者の上記遺産全体を生涯保持し用益する可能性さえも認められている。この場合、存命配偶者が「相続する」2分の1はその死後に自らの相続人によって承継されるが、「死亡者の相続人等」に帰属すべきであった2分の1は彼等もしくはその相続人に復帰することになる。このように、本条中の「承継する volgen」という文言を本条表題どおりに「相続する erben」との趣旨で受け取るならば、確かに本条は、本来の相続人と同順位において死亡者を「相続する」という特殊な包括承継人としての地位を配偶者に与える点で、普通法上の法定相続の枠組みを大きく変更する規定といえる。しかし、承継の対象が婚姻存続中に取得された夫婦共有財産に限定されている以上、2分の1を「承継する」といっても、存命配偶者が元々有していた(潜在的な)共有持分をその特有財産として引き続き保持するとの趣旨にすぎないと解することも可能であり、その場合、普通法との相違は、死亡配偶者の共有持分について、遺贈によらない法定の終身用益権が認められている点に見出されるに留まる。

続く第3条「保持された嫁資や反対贈与の復帰について Von Widerfall innhabends Heyratguets und Widerlegung」⁸⁾では、第2条と同様、夫婦の一

存命配偶者が、死亡者の相続人等に対して、残りの半分は自らの死後に欠損なしに彼ら相続人に帰属する旨保証するならば、存命配偶者は、生涯にわたって、当該財産全体を保持することができる。Doch wo das Eegemächt/so in leben bleibt/des abgestorben erben/ainen bstandt thut/das ine nach seinem tod/der halb tail on abganng werd/so mag es sein lebtag/bey aller sölher haab/seinen besitz haben.]

(Reformacion, 61.r.引用は1518年ミュンヘン刊のテキストによる。)

- 8) 「夫が実子相続人なく先立った妻の死後、妻から受け取った嫁資を保持している場合、夫はそれを使用収益しあるいは生涯にわたって質入れすることができる。Wo

方が子(「実子相続人 leibs Erben」)のないまま亡くなった場合に、婚姻中に新たに取得された財産ではなく、夫婦が婚姻時に供与し合う財産、つまり、「嫁資 heyratgüet」と「反対贈与 widerlegung」が誰に承継されるのかが規定されている。本条によれば、存命者が夫であれば亡き妻から受け取り現に保持している嫁資を、存命者が妻であれば亡き夫から受け取り現に保持している反対贈与を、それぞれ「生涯にわたって使用収益しあるいは質入れすることができる mag lebtaglanng nützen/nyessen/oder verküern」が、存命者自身が亡くなった場合には、先に亡くなった配偶者の「最近親相続人 nächsten erben」へ復帰するものとされる。嫁資や反対贈与については、存命配偶者固有の承継分は認められず、前条規定の夫婦共有財産の2分の1と同じく、最終的には死亡者の「最近親相続人」へと承継されることになる⁹⁾。本条は、婚姻解消時にお

ain man nach seiner haußfrauen todt/die on leibs Erben vergangen/das heyratgüet /so er von ir empfangen/innhat/das mag er nützen und niessen/oder sein lebtaglang verküern.ただし、財産の損失や減少があってはならず、夫の死後、嫁資は、先に亡くなった妻の最近親相続人によって承継されるものとする。Doch on schaden und myndrung des güet/und nach des manns todt/so volgt söh/heyratgüet/seiner eegestorben haußfrawen nächsten erben.この点は、妻が実子相続人なく先立った夫の死後に反対贈与を保持している場合も同様であり、妻は、当該反対贈与を、上記のとおり、生涯にわたって使用収益しあるいは質入れすることができる。Desgleich ob ain fraw irs manns/der on leibs erben vergangen ist/widerlegung innhat/so mag die fraw sölich widerlegung in obberürter mass auch ir lebtaglanng nützen/nyessen/oder verküern.なお、婚姻特約が存する場合にはそれがそのまま妥当するものとする。Es wärn dann sonder heyratsgeding geschehen/dabey sol es beleyben.」(Reformacion, 61.v.)

- 9) 反対贈与Widerlegungとはローマ法上の婚姻故の贈与 donatio propter nuptiasに対応するもので、実質的には嫁資の対価及び嫁資返還の担保として約束されるものであり、後述第1条に言及されるモルゲンガーベ Morgengabe(初夜を経て夫から妻に現実に提供される文字通り「朝の贈り物」とは区別される。例えば、妻がA(500グルデン分の現金、貴金属、不動産等の財産)を嫁資として持参し、夫がB(1000グルデン分の財産)を反対贈与として約束した場合、本条によれば、夫の死後、AやBが夫によって費消処分されることなく残されている限り、妻はAを特有財産として取り

ける嫁資の返還を原則とする普通法の枠組みを変更し、嫁資や反対贈与について、前条後段と同様に存命配偶者の終身用益権を法定するものではあるが、相続秩序自体に直接かかわるような規定ではない。

これら二つの条文が子のない夫婦にかんする規定であるのに対して、同じ第44章の第1条「妻は夫の死後に何を承継するのか、そして、如何にして妻は子等の下に留まり子等の養育者となるのか Was ainer wittibm nach irs manns tod volgen sol und wie sy bey den kinden sytzen und ir gerhab sein mag」¹⁰⁾では、子のある夫婦のうち夫が先立った場合の妻の地位について規定されている。それによれば、妻は、夫の死後、夫のもとに持参した財産¹¹⁾に加え、婚姻直後に夫から受領した「モルゲンガーベ morgengab」を「承継 volgen」する

戻すとともに、Bについて使用収益することができるが、妻の死後、Bは夫の最近親相続人に復帰することになる。妻の特有財産として取り戻されたAは、妻自身の死後、(生前の贈与売却や終意処分がない限り)妻の最近親相続人に承継されることとなる。

- 10) 「夫が亡くなり、妻と子等を後に残した場合、妻は、夫のもとに持参したものと夫から得たモルゲンガーベを承継し、寡婦の地位を放棄せず品行方正である限り、子等の後見人の助言に従って、子等のもとで家計をつかさどり、後見人に対して毎年精算を行うこともできる。Wo ain Man stirbt/und ain Eelich weyb und kinder hinder im verlässt. So sol der frawen volgen was/sy zu irem mann pracht hat/und ir morgengab/und dieweil sy iren witttißstul nit verruckht/und sich erberlich helt /nach rat der Gerhaben/mag sy bei den kinden haußhaben/unnd den Gerhaben jährliche rechnung thun. 一方、もし妻が再婚すること、あるいは、子等のもとに留まらないことを望むならば、もちろん彼女はそうすることができるし、彼女が固有にそれ故いわば権利のごとく保持する財産によって、亡き夫の負債を返済する義務も責任もない。Wöllt sy sich aber verheytratn/oder bey den kinden nit pleiben/das mag sy auch wol thun/und ist von irem guet/wo sy sich in sonderheit/darumb wie Recht ist/nicht verpflichtet nit schuldig/irs manns gelltschuld zubezallen.」(Reformacion, 61.r.)

- 11) そこには嫁資の名目で持参し夫に引き渡した財産だけではなく、妻がいわゆる「嫁入り道具 Aussteuer:Heimsteuer」として持参した品々(寝具、調度品、食器、衣服、装身具等)も含まれる。

とされるが、これらは元々妻の特有財産と言えるものである。これに対して、夫の特有財産についてはもちろん、婚姻中に取得された夫婦共有財産も含めて、寡婦に固有の承継分は認められず、普通法上の相続順位に従い、第一順位の子等が全て相続する。本条は、他に、寡婦について、子等と引き続き同居する場合の家産管理権、再婚の自由、亡夫の負債からの免責についても定めているが、相続について寡婦を優遇するものではない。なお、子のある夫婦のうち妻が先に亡くなった場合についてはラント法中に規定は見当たらず、夫婦共有財産や亡妻の特有財産について寡夫に何らかの承継分が認められるのか否かは、当時の実務慣行はともかく、少なくとも法令上は不明確なままである。

以上のようなラント法上の存命配偶者の地位については、個別の生前贈与や遺贈による変更の余地が認められている。第44章第8条「夫婦間の特別な遺贈もしくは譲与について Von sonnder vermächtnuss oder gab zwischen der Eeleüt」¹²⁾によれば、子のない夫婦については、「開廷中の裁判所で vor offem

12) 「二人の者が夫婦で子がない場合、一方は他方に、自由な意思に基づき、強制されることなく、分別をもって、譲与を為し、あるいは、自らの財産を遺贈することが、開廷中の裁判所において、もしくは、書面と署名を以て可能である。Wo zway wirdtleüt sind/die nicht kind haben/da mag ains dem anndern/aus freyer willkhür/unbezwunngentlich/mit beschaidennhayt/wol ain gab thun/oder sein haab vermachen/vor offem gericht/oder mit brief und sygl. ただし、遺贈後に夫婦が子を得たならば、当該贈与乃至遺贈は失効し、子等の相続分について不利に働くことはない。Gewunnen sy aber/nach dem vermächt kind miteinander/so sol söch gab oder vermächt/ab/und den kinden/an irem gepürlichem erbtail/unabprürlich sein.

また、夫婦の一方が他方の死亡後に再婚する一方で、初婚時に嫡出の実子を一人以上もうけていた場合、その者は、再婚相手に対して、前婚乃至初婚時の子一人が相応の相続分として当人から少なくとも確実に承継する分よりも多く贈与あるいは遺贈してはならない。Wo auch ains aus den Wirdtleüten/nach absterben des anndern /zu der anndern Ee greyfft/und bey dem ersten Eegemahel rechte natürliche und Eeliche kinder ains oder mer hat/so mag doch dieselb person/seinem anndern Ehgemahel/nit mer geben/oder vermachenn/dann sovil/der kind ainem der vorigen oder ersten Ee/zu seinem gepürlichen erbtail/von derselben

gericht」行われたものか、「書面と署名brief und sygl」によるものであれば、それぞれ自由に相手方に「譲与 gab」や「遺贈 vermächtnuss」を為すことができる。ただし、譲与乃至遺贈後に夫婦間に子が生まれたならば、子の「相続分 erbtail」が優先するし、子のある夫婦の一方が亡くなった後に存命配偶者が再婚した場合、当人は前婚による子の相続分を超えた贈与や遺贈を再婚相手に為し得ない。そのような制約があるにせよ、本条によれば、夫婦間に子のない限り、死亡配偶者に前婚による子があったとしても、存命配偶者は、第2条による法定承継分、すなわち、夫婦共有財産の2分の1だけでなく、夫婦間贈与や遺贈によって更に多くのものを得る可能性があったのである。

これに対して、第2条による法定承継分それ自体を変更増減したい場合には、その旨の「特約 geding」が必要であった。そのようないわゆる婚姻特約の存在は第2条において想定されているし、そのような婚姻特約は、第3条で想定されている嫁資や反対贈与にかかわる「特約」、つまり、本来の意味での嫁資合意が存する場合には、それをも兼ねて夫婦財産一般にかかわる契約として結ばれていたはずである。条文中に言及されるこれらの「特約」の役割としては、普通法上の相続順位や嫁資返還原則への復帰が想定されていたと解する余地もあるが、普通法からの更なる逸脱、つまり、承継の範囲を夫婦共有財産に限定することのない一層自由な夫婦間相続の合意も法令上は可能であったことになる。とはいえ、婚姻特約（嫁資合意）の有効要件については1518年のラント法に特に規定はなく、その明確化は、婚姻特約を介した夫婦間相続自体の可否も含めて、約一世紀後の新たなラント法制定を待たねばならなかったのである。

「上下バイエルン諸侯領ラント法 Landrecht der Fürstenthumben Obern und Nidern Bayrn」との表題が付された1616年制定のラント法（新法）¹³⁾では、

person unvürlich zu dem mynsten werden mag.

にもかかわらず、再婚相手に前婚乃至初婚時に子一人分よりも多く贈与されあるいは遺贈されたものは、如何なる効力も有しないものとする。Was aber demselben annderm Eegemahel mer dann der kind einen der vorigen oder ersten Ee/geben oder vermacht wirdet/ solches sol kain krafft haben.」(Reformacion, 63.v.-64.r.)

13) 1616年に『上下バイエルン諸侯領のラント、ポリツァイ、すなわち、裁判所規則、

夫婦財産関連の諸規定が冒頭の数章に配置されており、その内、上述の1518年ラント法(旧法)の第44章に対応するのは、第1章「嫁資及び反対贈与、その他夫婦間の行為について Von Heuratguet und Widerlegung/auch anderer Handlung zwischen Eheleuten」である¹⁴⁾。まず、子のない夫婦における共有

刑事規則、及び、その他諸規則 Landrecht/Policey:Gerichts=Malefitz=und andere Ordnungen』との表題で公刊された法令集の一部であり、この法令集には、順に、「略式手続 Summarischer Proceß」、「競売手続 Gandtproceß」、「裁判規則 Gerichtsordnung」、ラント法、「ラント自由の宣言 Erklärung der Landtsfreyheit」、「ラント規則とポリツァイ規則 Landt=und Policey Ordnung」、「森林規則 Forst Ordnung」、「狩猟規則 Gejaidts Ordnung」、「刑事手続規則 Malefitzproceß Ordnung」の計九つの法令が収録され、翌年1617年に一括して施行された。

- 14) 全53章からなる1518年ラント法では、裁判手続や刑事関連の規定が前半部分を占め、後半第23章以下にレーン法を含む財産法関連の規定が続き、第44章以下に夫婦財産、法定相続、後見等について規定されていた(ただし遺言等の終意処分については前身の「法書」同様未規定)。これに対して、全49章からなる1616年ラント法では、裁判手続や刑事手続関連の規定が除かれるとともに(ラント法と同年制定の「裁判規則 Gerichtsordnung」や「刑事手続規則 Malefitzprozeßordnung」として独立)、冒頭に、夫婦財産、家父権、隷属民、後見等の身分法関連規定(第1章、第2章「モルゲンガーベの利用と自由について Von gebrauch und Freyheit der Morgengab」、第3章「家父権と母の財産の用益について Vom Väterlichen Gewalt und Nutzniessung Mütterlichen Guets」、第4章「隷属民について Von aigen Leuten」、第5章「後見人乃至保護者、扶養者、受託者について Von Vormundern oder Gerhaben/Versorgern und Treustragern」)が冒頭にまとめられ、売買をはじめとする財産法関連規定は第6章以降に配置、旧法未規定の遺言等終意処分を含めて相続一般にかんしては後半第34章から第44章に包括的な定めが置かれている。1616年ラント法の制定過程では、草案(1611年)の段階で依然として踏襲されていた1518年ラント法後半の編別が最終段階で変更されたようであり、制定過程の初期段階を主導した尚書長官ヨーハン・ガイルキルヒャー Johann Gaalkircher(1543-1621年)による法学提要風(人の法から物の法へ)の編別案の影響が指摘されている(Günter, Das Bayerische Landrecht von 1616, 2. Halbband: Apparat, 158.)。ラント法を含む1616年制定の諸法の立法過程については、ebd. 129-147、シエナ大学で両法博士号を取得しインゴルシュタット大学で法学提要及びバイエルンラント法担当教授を務め

財産の相互承継（旧法第2条）については、第4条「子のない夫婦が亡くなる
とそれぞれ相手方の死に際して何を得るのか Wann Eheleut versterben/die
nit Kinder verlassen/was jedem auff deß andern vorabsterben gebüre」¹⁵⁾に

たこともあるガイルキルヒャーの経歴については、ebd. 132, Anm.31.をそれぞれ参照。

15) 「夫婦の一方が他方よりも先に亡くなり、前婚によっても後婚によっても子を残しておらず、また、彼らの間に、嫁資についても死亡時その他の事柄についても特約が存しない場合、存命の者は先に亡くなった配偶者の相続人等に、自らが配偶者のもとに持参したものを夫婦の寝台を除いて全て引き渡すものとする。Stirbt ein Ehegemächt vor dem andern/und verlasst nit Kinder/weder von der letsten noch vorigen Ehe/und ist zwischen ihnen gar kein geding/weder umb Heuratgut/noch der Todtfall/oder anderer sachen halben beschehen/so gibt das uberlebent Ehegemächt deß vorabgestobnen Erben hinauß/alles was dasselb ihm zugebracht/ausser deß Ehebeths: これに対して、夫婦双方が協力してその財産から収益として得たものや、自らの努力で取得したものは、存命の者のもとにその生涯に限り留まるものとするが、その半分については用益権を得るにすぎず、存命の者は先に亡くなった者の相続人等のために当該部分の存続と安全に努めるべきであり、その後存命であった配偶者もまた亡くなった際には、彼等相続人が当該部分を不足なく取得するものとする。Was sie aber beede mit einander von ihrer Güeter einkommen erspart/oder durch aigen fleiß erobert/das bleibt dem uberlebenden sein lebenslang allein/doch der halbe theyl nur nutznießlich/umb welchen es dann/deß vorabgestorbnen Erben bestandt und sicherheit thun soll/daß dieselben solchen halben theyl/hernach/wann das ander Ehegemächt auch verstorben/ungeschmälert bekommen mög.

一方、夫婦が互いに一定の嫁資や反対贈与を約束したならば、存命者は先に亡くなった配偶者のもとに持参した財産のうちそれらの嫁資や反対贈与を保持し、生涯にわたって保証と引き換えに用益し、また、夫婦が互いに協力して節約し取得した財産は存命者にのみ留まるが、その場合、先に定められたのと同様、先に亡くなった配偶者の相続人等が、当該財産の半分の、復帰する嫁資や反対贈与と共に存命の配偶者の死亡時に取得できる旨の保証と引き換えとする。Hetten aber die Eheleut einander ein gewisses Heuratguet / und Widerleg versprochen / so mag das uberlebent solch Heuratguet und Widerleg / von Güetern / die ihm das vorabgestorbne Ehegemächt zugebracht / innen behalten / und sein lebenslang

規定されている。婚姻中に取得し夫婦間で共有されていた利益を存命者と死亡配偶者の相続人等との間で折半させる旧法の趣旨はそのまま維持しつつも、幾つかの点で規定の明確化が図られているのが特徴である。まず、表題から「相続する」との文言が消え、本条所定の夫婦共有財産の死後承継が、存命者に従来の共有持分を特有財産として保持させるもので、夫婦間相続とはさしあたり

gegen versicherung niessen / das jenig aber / was sie beede mit einander erspart / und gewonnen haben / bleibt dem uberlebenden allein / doch gegen versicherung / wie oben gemeldet / daß deß vorabgestorbnen Erben / den halben theyl desselben / neben dem widerfälligen Heuratguet und Widerleg auff deß andern Ehegemächts Todtfall bekommen mögen.

ところで、夫婦の一方が他方に自らの財産から贈与をした場合には、その者は先に第1条に定められたと同様の意図を有すべきものとする。Wo aber ein Ehegemächt dem andern von seinem aignen Guet ein schanckung hett gethon / soll es damit eben die mainung haben / wie oben im ersten Articul geodnet ist. また同じく、夫婦双方とも、自らが得る2分の1の取得分について遺言を為したりその他の処分を為したりすることを妨げられない。Desgleichen ist auch keinem theyl benommen / von seinem halben theyl zutestierren, oder sonsten andere Ordnungen fürzenemmen. 更にまた、書かれた普通法においても、嫁資を伴わない婚姻が為され、夫婦の内の存命者が貧窮している場合について、夫婦に子がいないか子が三名を越えないならば先に亡くなった配偶者の財産の4分の1が、子が3名を超えるならば子一人と同じ分が当該存命者にそれぞれ付与されるべきとの特別な配慮が付け加えられているが、そのような法原則は当諸侯領では全く用いられてこなかった以上、今後も当原則は参照されず、上記のような場合には、本条や本章の他の条文に基づき審理され判断されるべきものとする。Wiewol auch in gemainen geschribnen Rechten / sonderbare fürsehung beschicht / wann ein Heurat ohne Heuratguet gemacht worden / und das uberlebet Ehegemächt arm ist / daß demselben der vierte Theyl / von deß vorabgestorbnen Ehegemächts Guet / wo kein Kinder verhanden / oder derselben nit mehr als drey sein / oder da deren mehr / ein gleicher Kindts theyl soll folgen / so ist doch solche Rechtsatzung in disen Fürstenthumben nie in ubung gewesen / derwegen sie auch fürters unangezogen bleiben / und in begebendem fall / nach disem und andern Articuln dises Tituls gehandelt / und geurthailt werden soll.」
(Landrecht, 203.引用は1616年ミュンヘン刊のテキストによる)

無関係であるとの趣旨が一層明らかとなったといえる。本条第3項後段では、無嫁資で婚姻したため夫と死別後に窮乏する寡婦について例外的に死亡配偶者の財産の4分の1かあるいは子一人分相当の相続分を認めるローマ法源¹⁶⁾がバイエルンにおいて通用しておらず、それ故、本条をはじめとするラント法の規定が適用されるべき旨明言されており、ここにも、配偶者を相続順位最下位に据えた普通法の原則を変更することに普通法自身以上に消極的なラント法の立場を見て取ることができる。

次に、嫁資や反対贈与の有無に応じた場合分けも為されている。嫁資等が存しない場合、つまり、旧法第2条に対応する場面では、旧法では規定のなかった死亡配偶者の持参財産の帰趨について、「夫婦の寝台 Ehebeth」のみを存命者の手元に留め、その他は全て死亡配偶者の相続人等に返還されるべきものとされ（第1文前段）、その上で、旧法第2条所定の点、すなわち、死亡配偶者相続人との間における夫婦共有財産（「夫婦双方が協力してその財産から収益として得たものや自らの努力で取得したもの Was sie aber beede mit einander von ihrer Güeter einkommen erspart/oder durch aignen fleiß erobert」）の折半、並びに、死亡配偶者相続人の承継分に対する終身用益権の付与が踏襲されている（同後段）。他方、嫁資等が存する場合には、嫁資等が存しない場合と同じく夫婦共有財産（「夫婦が互いに協力して節約し取得した財産 was sie beede mit einander erspart/und gewonnen haben」）の折半等が認められるのに加え、妻が亡くなったならば夫が嫁資について、夫が亡くなったならば妻が反対贈与について、それぞれ終身用益権を保持するものとされている（同前段）。この嫁資乃至反対贈与上の終身用益権は旧法では別に定められていたが（旧法第3条）、新法では夫婦共有財産の帰趨と共に一つの条文にまとめられたことになる。更に、新法では、特有財産にかんする夫婦間贈与や夫婦共有財産の各持分にかんする終意処分の余地も明文を以て確認されている（第3文前段）。

16) Authentica <Praeterea>, C. 6, 18, 1.この法文については拙稿「相続と嫁資合意(3)」(獨協法学第94号)10-11頁参照。

以上に対して、子を有する夫婦が死別した場合については、旧法に既に規定のあった寡婦の承継財産に加えて、寡夫のそれについても新たな条文が設けられた。まず、寡婦の承継財産については、第1条「夫の死後に何が妻によって承継されるのか Was einer Wittib nach ihres Mans Todt folgen soll」¹⁷⁾に規定

- 17) 「夫が亡くなり、妻に加え、妻との間の子等かあるいは前婚によって子等を残し、夫婦の間に嫁資その他について特約が存しない場合、妻は、自らが夫のもとに持参したものに、モルゲンガーベもまた、それが約束されていた場合だけでなく、約束されていなくても（妻が処女であった場合には）、夫のもとに持参した財産に応じて裁判官により認定されたものを（ただし当該財産の3分の1を越えることなく）承継するものとする。Wo ein Man stirbt/und ein Ehe Weib/auch Kinder von ihr/oder von einer vorigen Ehe hinterlast/und zwischen ihnen weder deß heuratguets halben/noch ander geding nit fürgangen/so soll der Frawen folgen/was sie zu ihrem Man gebracht hat/auch ihr Morgengab/da eine bedingt worden/oder da keine bedingt (und sie doch Jungfräwliches standts gewesen) wie die nach gestaltsame ihres dem Man zugebrachten vermögens (doch daß sie den dritten thail desselben nit ubertreff) von dem Richter mag erkennt werden. また同じく、妻には、夫婦がその財産からの収益として蓄え、あるいは、自らの努力によって取得したもので、相続その他の仕方でも夫婦の何れか一方にのみ帰属したものではない全ての財産から、何れの子にも等しい取得分となるような均等な一人相当分が与えられ、彼女自身の子等もしくは夫の嫡出の子等と並んで、終意処分によらずに当然に付与されるものとする。Desgleichen soll ihr geben werden/ein gleicher Kindstheil/so vil einem jeden Kindt zu gleichen thailen/ohne letsten willen gebüeren mag/mit ihren/oder andern von ihrem Man herkommenden Ehehlichen Kindern/auß allem dem Vermögen/daß beede Eheleut von dem Einkommen ihrer Güeter erspart/oder sonsten durch ihren aignen fleiß erobert/aber nicht durch Erbschaft/oder in ander weg einen Ehegemächt allein zugestanden ist. 更に加えて、妻の首飾りや頭飾り、衣服、装身具類その他妻の身体に属するもの全て、並びに、夫婦双方に共有されていた様々な共用什器類それぞれの子一人相当分も同様とする。Darzu auch alle ihre Endt und Gebendt/Klaider/Klainoter/und was zu ihrem Leib gehörig/item/auß ihrer beeder Eheleut gemainer vermischten Haußvarnuß/ein durchgehender gleicher Kindstheil.

また、妻にその夫から贈与が為されていて、その贈与が価額にして千ライングル

されており、第4条と同様、嫁資の有無に応じた場合分けが施されている。それによれば、嫁資を約束乃至持参せずに婚姻し、その後夫を亡くした妻は、嫁入り道具等として実家から「夫のもとに持参したもの was sie zu ihrem Man gebracht hat」、夫からの「 Morgen Gaber Morgengab」、いわゆるゲラーデーに相当するもの（「妻の首飾りや頭飾り、衣服、装身具類その他妻の身体に属するもの全て alle ihre Endt und Gebendt/Klaider/Klainoter/und was zu ihrem Leib gehörig」）に加え、夫婦共有財産（「夫婦がその財産からの収益と

デンを超えていないか、あるいは、同額を越えている場合でも裁判所に申告登録されるか当該贈与が5名の証人の立会で為された場合には、その贈与もまた妻に帰属する。Were ihr auch von iherem Ehwirth geschenckt worden/welches nit uber tausent Gulden Rheinisch in Müntz/oder da es darüber/vor Gericht insinuiert, angebracht und eingeschriben/oder die schanckung in beysein fünf Zeugen gewesen/beschehen/soll es ihr ebenfalls zustehen。ただし、亡くなった夫に前婚による子等がある場合にはこの限りではなく、妻は、贈与にせよ子一人相当分にせよ、その全体において、父が少なくとも遺贈でき、父の財産から子一人に付与される分よりも多く取得することはできず、従って、そのような場合、超過分は無効とする。Es sey dann/daß der verstorbnne Ehwirth Kinder von voriger Ehe hab/so mag sie in allem/es sey durch Schanckung oder Kindstheil ein mehrers von ihres Mans Guet nit bekommen/dann so vil was einem Kindt/welchem der Vatter am wenigsten vermacht/von allem sein deß Vatters Vermögen zugethailt worden/dann in solchem fall ist die ubermaß ungültig.

他方、妻が夫に一定かつ相応の嫁資を持参したが、両者の間で当該嫁資が死に際してどう扱われるべきか何も定められていない場合、妻には、嫁資に等しい反対贈与の利益がその生涯にわたりもたらされる他、先に述べたもの全てが、夫婦が協力して取得した財産の子一人相当分を除き、帰属する。Hette aber das Weib ihrem Man ein gewisses und rechtes Heuratguet zugebracht/doch sonst zwischen inen/wie es der Todtfall halben soll gehalten werden/nichts bedingt worden/so folgt ihr die Widerleg/welche dem Heuratguet gleich seye/ihr lebenslang nutznießlich/und sonst das ander alles/wie oben im anfang gemeldet ist/allein daß der Kindstheil/in dem mit einander eroberten Guet/gefallen sein soll。]

(Landrecht, 201-202.)

して蓄え、あるいは、自らの努力によって取得したもので、相続その他の仕方
で夫婦の何れか一方にのみ帰属したものではない財産 Vermögen/daß beede
Eheleut von dem Einkommen ihrer Güeter erspart/oder sonsten durch ihren
aignen fleiß erobert/aber nicht durch Erbschafft/oder in ander weg einen
Ehegemächt allein zugestanden ist」全てと「夫婦双方に共有されていた様々
な共用什器類 ihrer beeder Eheleut gemainer vermischten Haußvarnuß」)か
ら「何れの子にも等しい取得分となるような均等な子一人相当分 ein gleicher
Kindtstheil/so vil einem jeden Kindt zu gleichen thailen」をそれぞれ取得す
るものとされる(第1文)。夫婦共有財産から寡婦に「子一人相当分 ein
gleicher Kindtstheil」を承継させるという点は、寡婦を子等と同順位の共同相
続人とみなすという趣旨ではなく、第4条にあるとおり子がなければ共有持分
をそのまま特有財産として維持できる権利を有するところ、亡き夫の相続人た
る子等の利害に照らして、この寡婦の権利が制限されたものと解すべきであ
ろう。

更に、夫が生前に妻に対して為した贈与については、贈与額が「千ライング
ルデン tausent Gulden Rheinisch」を越えない場合、そしてまた、同額を越え
た贈与であっても、裁判所への申告登録か5名の証人の立会があった場合に、
寡婦は夫からの贈与をそのまま保持できるとされている(第2文本文)。本来
無効である夫婦間贈与¹⁸⁾を贈与者が撤回せずに亡くなった場合に限り有効と見
なす¹⁹⁾普通法に準じつつ、ここでもやはり亡き夫の相続人である子等の利害に
照らし、夫婦間贈与の有効要件が更に限定されたものと解される。

また、亡き夫の相続人に「前婚による子等 Kinder von voriger Ehe」が含ま
れる場合、寡婦と血縁関係のない彼等の相続上の利益を保護するために、彼等
の父の再婚相手が寡婦となったときに取得できるものの内、夫婦共有財産から
の「子一人相当分」と亡き夫からの贈与については、その合計額において、「父
が少なくとも遺贈で父の財産から子一人に付与される分 so vil was einem

18) D.24,1,1.

19) D.24,1,32,2;C.5,16,25.

Kindt/welchem der Vatter am wenigsten vermacht/von allem sein deß Vatters Vermögen zugethailt worden」を越えてはならず、「超過分は無効 ist die ubermaß ungültig」とされる(第2文但書)。このような制限は、親が再婚相手に贈与あるいは遺贈した財産について、「再婚による子等 ex secundis nuptiis filii」のみならず「前婚による子等 ex priori matrimonio filii」(「前婚から生まれた子等 ex priore matrimonio procreati lberi」)にも権利を認め、再婚相手に「子一人分 portio unius filii」以上を付与してはならないとするローマ法源²⁰⁾を範として、これを贈与や遺贈だけではなく夫婦共有財産の承継分にも当てはめたものようである。

婚姻に際して嫁資を約束乃至持参した妻が寡婦となった場合には、夫死亡時の嫁資の帰趨について婚姻特約(嫁資合意)による別段の定めがない限り、既に述べたもののうち、「夫のもとに持参したもの」(文脈上ここには嫁入り道具の類に加えて嫁資そのものも含まれると解される)、「モルゲンガーベ」、「妻の首飾りや頭飾り、衣服、装身具類その他妻の身体に属するもの」の全ての他、「夫婦双方に共有されていた様々な共用什器類」の「子一人相当分」は寡婦に帰属するが、「夫婦が協力して取得した財産の子一人相当分 der Kindtsthail/in dem mit einander eroberten Guet」は除かれている。その代り、寡婦は、子がない場合と同様に、「嫁資に等しい反対贈与 die Widerleg/welche dem Heuratguet gleich seye」について終身用益権を取得する。亡き夫が嫁資の価値を超える反対贈与を為していた場合には、本条に基づき、用益の範囲は嫁資と同額に限定されることになろう。

以上に対して、旧法に規定の無かった妻死亡時の夫の財産承継については、第3条「妻が夫よりも先に亡くなり子等が存する場合 Wann das Weib vor dem Man stirbt/und Kinder vorhanden」²¹⁾に定められている。それによれば、

20) C.5,9,6; Auth. IV, I, 27=Nov. 22, 27.

21) 「ところで、妻が夫よりも先に亡くなり、夫あるいは前夫との間の子等が存している、嫁資についても死亡時その他の事柄にかんしても何も特約が存していない場合がある。この場合、夫は、自分自身の子等には母の財産を割り当て、子等が夫自身の子ではないならば、それらの子には、妻が婚姻中もしくは婚姻に先立って夫の支

妻が嫁資を約束乃至持参せず、また、妻死亡時の財産承継についても特約が存在しない場合、寡夫は、「母の財産 das Mütterlich Guet」として、第1条で既に言及されていた妻の特有財産の相当するもの、すなわち、「妻が婚姻中もしくは婚姻に先立って夫の支配下にもたらしたものの全て alles was die Fraw ihme in stehender Ehe/oder zuvor/in gewalt gebracht」、[「モルゲンゲーベ die Morgengab」、[首飾りや頭飾り、衣服、装身具その他妻の身体に属していた

配下にもたらしたものの全て、そして、モルゲンゲーベが約束されていた場合には当該モルゲンゲーベ、更には、首飾りや頭飾り、衣服、装身具その他妻の身体に属していたものを与えるものとする。Stirbt aber das Weib vor dem Man/und sein Kinder von ihme/oder einem vorigen Man verhanden/und ist kein geding/weder deß Heuratguets/nach der Todtfäll/oder anderer sachen halen beschehen. So zeigt der Man seinen aigen Kindern für das Mütterlich Guet auß/oder/da die Kinder nit von ihme herkommen/gibt er denselbigen hinauß/alles was die Fraw ihme in stehender Ehe/oder zuvor/in gewalt gebracht/item/die Morgengab/da eine versprochen/auch ihre Endt und Gebendt/klayder/Kleinoter/und was zu ihrem Leib gehört. これ以外の財産は全て、什器類も含め、夫のもとに留まり、より多くのものを割り当てたり与えたりする義務はない。Aber alles ander Guet/so wol auch die Hausvarnuß/bleibt dem Man allein/und ist er ein mehrers außzuzaiagen/oder heraußzugeben nit schuldig. 他方、妻が夫に一定の嫁資を約束したが、妻が先に亡くなった場合に当該嫁資を如何に扱うべきか定め取決められていなかったならば、夫は当該嫁資を生涯にわたり用益すべきであり、また、夫が妻に、妻の身体に属するものやモルゲンゲーベ以外に、贈与も為していたとしても、当該贈与は妻が先に亡くなったことで解消され、これと全く同様に、妻が夫に為していた贈与は夫が先に亡くなることで無効となる。Hette aber ein Weib einem Man ein gewiß Heuratguet versprochen/und were doch/wie es auff ihr vorabsterben soll gehalten werden/nichts gedingt und außgetragen/so hat der Man solch Heuratgiet sein lebenslang zeniessen/und ob er gleich seinem Weib/ausser was an ihren Leib gehört/unnd der Morgengab/ein Schanckung gethon/so ist doch dieselb/auff vorabsterben deß Weibs erloschen/allermassen auch hergegen/deß Weibs Schanckung/welche sie dem Man thut/auff vorabsterben deß Mans/unkräftigt ist.] (Landrecht, 202-203.)

もの ihre Endt und Gebendt/klayder/Kleinoter/und was zu ihrem Leib gehört」を子等に取得させねばならないとされる(第1文)。その場合、子等が亡き妻との間の子(「自分自身の子等 seinen aignen Kindern」)であるならば、夫=父は、これらの財産を子等の将来の承継分として「割り当てる außzeigt」だけで依然保持することができ、子等との関係でそれらを費消せず将来の承継を担保する義務を負うにすぎないが、子等が亡き妻の前婚による子であるならば、夫は、上記財産を彼等に「母の財産」として直ちに「与える gibt」必要がある。「これ以外の財産 ander Guet」、すなわち、第1条で言及されていた夫婦共有財産(夫婦協力による収益と共用什器類)については、全て夫に帰属し、子等に「より多くのものを割り当てたり与えたりする義務はない ein mehrers außzuzaiigen/oder heraußzugeben nit schuldig」とされる(第2文)。

一方、亡き妻が嫁資を約束乃至持参してはいたが、死亡時の財産承継について婚姻特約が存しない場合には、子の存しない場合と同様、当該嫁資について寡夫が終身用益権を取得するとされる(第3文前段)。嫁資以外の妻の特有財産や夫婦共有財産の帰趨については特に規定はないので、嫁資が存しない場合に準じて扱われることになる。

また、装身具類(「妻の身体に属するもの was zu ihrem Leib gehört」)や「モルゲンガーベ」の名目で与えられたもの以外に、何かが夫から妻に贈与されていたとしても、受贈者たる妻が先に亡くなったことで当該夫婦間贈与は無効となるとされる(第3文後段)。これは、原則無効とされる夫婦間贈与を贈与者死亡により遡及的に有効とする前述の普通法の準則に従ったものであり、贈与者である夫より受贈者である妻が先に亡くなった以上、夫婦間贈与の無効が確定する。なお、本条末尾では、本来第1条に規定されるべきであった点、すなわち、妻から夫への夫婦間贈与もまた同じく、受贈者たる夫が先に亡くなることで無効となる点にも便宜的に言及されている。第1条第2項では、夫から妻への夫婦間贈与は、贈与者たる夫が先に亡くなることに加え、贈与額が「千ライングルデン」を越えない場合か、あるいは、裁判所への申告登録もしくは5名の証人の立会がある場合に限って、遡及的に有効とされていたが、この夫婦

間贈与の有効要件は、逆に、本来第3条に規定されるべき点、すなわち、妻から夫への夫婦間贈与の有効要件にそのまま準用されることとなろう。結局、妻を亡くした夫は、「子一人相当分」(第1条第1文)の承継しか認められなかった夫を亡くした妻とは対照的に、夫婦共有財産の全てを承継し、嫁資の終身用益権を得た上に、妻からの贈与によって財産を得る可能性があったのである。

ところで、旧法第44章第8条では、子のない夫婦の間での贈与乃至遺贈が、欺罔強制の伴わない自発的な仕方、「開廷中の裁判所」で為されるか、あるいは、「書面と署名」を以て行われた場合、如何なる価額にせよ有効となるが、その後夫婦間に子が生まれた場合は、「当該譲与乃至遺贈は失効し、子等の相続分について不利に働くことはない Gewunnen sy/nach dem vermächt kind miteinander/so sol solch gab oder vermächt/ab/und den kinden/an irem gepürlichem erbtail/unabprürlich sein」とされていた(第1文)。この規定は、新法第15条「夫婦間の特別な遺贈乃至譲与について Von sonder vermächtnuß oder gab zwischen den Eheleuten」²²⁾においてほぼそのまま踏襲されており、

22) 「二人の者が夫婦で子がない場合、一方は他方に、自由な意思に基づき、強制されることなく、分別をもって、譲与を為し、あるいは、自らの財産を遺贈することが、開廷中の裁判所において、もしくは、書面と署名を以て可能である。Wo zway Eheleut seyndt/die nit Kinder haben/da mag eins dem andern auß freyer willkur/ungezwungenlich/mit bescheydenheit/wol ein Gab thün/oder sein Haab vermachen/vor offnem Gericht/oder mit Brieff und Stigel. ただし、遺贈後に夫婦が子を得たならば当該贈与乃至遺贈は失効する。Gewunnen sie aber nach dem vermächt Kinder mit einander/so soll solche Gab oder vermächt erloschen sein. また、夫婦の一方が他方の死亡後に再婚する一方で、前婚の配偶者との間に嫡出の実子を一人以上もうけていた場合、その者は、再婚相手に対して、前婚乃至初婚時の子でその者が既に遺贈した子に対して当該遺言や処分において定められた分、あるいは、その子が遺言なしに取得できる分よりも多く贈与あるいは遺贈してはならないが、そこには、その子が自らの義務分の十分な補充を求めて別に請求したものが算入される。Wann auch eines auß den Eheleuten nach absterben deß andern/zu der andern Ehe greiff/und bey dem ersten Ehegemächt rechte natürliche Ehehliche Kinder/ains oder mehr hat/so mag dieselb Person seinem andern Ehegemächt

「子等の相続分について不利に働くことはない den kinden/an irem gepürlichem erbtail/unabprürlich sein」という夫婦間贈与乃至遺贈の一部無効の意味にも捉え得る曖昧な文言が削除されたことで、夫婦間の実子出生による全部無効という趣旨が明確となった(第1文前段及び中段)²³⁾。普通ローマ

nicht mehr geben oder vermachen/dann so vil dem jenigen Kindt der vorigen oder ersten Ehe/welchem solche Person am wenigsten under den Kindern vermacht hat/in solchem Testament oder Geschäft verordnet ist/oder es sonsten ohne testament bekommen mag/darein doch dasjenige auch zurechnen/was es noch durch begerte völlige ergänzung seiner legitimae oder notgebürnuß zuberegen hette.

ただし、ある子が聖職身分となってわずかな取得分で満足しあるいは相続を放棄した場合、配偶者の取得分は、それによってではなく、父や母の終意処分によってある子に他の子等よりも少ないものが定められている場合の最低限の取得分を基準に算定されるべきものとする。Wo fern aber ein Kindt/wegen es in Geistlichen Standt kommen/mit einem geringeren theyl benüget gewesen/oder sich sonsten verzigen hette/ist deß Ehegemächts portion, nit nach solchem/sonder allein nach dem jenigen minsten theyl zuberechnen/wo einem Kindt/vermög seines Vattern oder Muttern letsten willens ein wenigens/als andern Kindern verordnet were.

以上にもかかわらず再婚相手に前婚乃至初婚による子に属するよりも多く譲与されあるいは遺贈されたものは効力を有さず、当該超過分は、再婚相手を除いて、前婚による子等と再婚による子等の間で分割されるものとする。Was aber demselben anderen Ehegemächt mehr/dann der Kindt einem der vorigen oder ersten Ehe/wie gehört/gegeben oder vermacht wirdt/solches soll kein Krafft haben/und solcher uberschuß allein zwischen den Kindern voriger Ehe/mit außschliessung deß Ehegemächts/und der Kinder anderer Ehe/verthailt werden.」(Landrecht, 209-210.)

- 23) 「被解放者 *liberti*」に財産を贈与した「子のない保護者 *patronus filios non habens*」が「その後子をもうけた *postea susceperit liberos*」場合に贈与を取り消すことを認める法文 (C.8,56,8.)、夫婦間贈与を一般的に禁ずるブルゴーニュ公領慣習法 *Coustumes generales du pays et duché de Bourgogne* (1459年成文化、1570年改定) 第4章第7条や、妻に対する終意処分の対象を用益権に限定するパヴィーア都市法 *Statuta civitatis et principatus Paviae* (1549/88年) 第90章等をめぐる諸学説

法上は、夫婦間贈与は原則無効で贈与者が撤回せずに亡くなった場合に例外的に有効とされ、遺贈は遺産の4分の1を相続人に確保するファルキディウス法 *lex Falcidia* による制限等に服することになるところ、ラント法上は、これら普通法上の制限を前提としつつ、子のない夫婦間の贈与や遺贈は、両者の性質を合わせ持つ死因贈与を含め、裁判所での行為か書面及び署名を伴う限り一括して有効とされ、事後の子の出生をいわば黙示の解除条件とする仕組みが採用されたのである。その結果、ラント法上の夫婦間贈与には、夫婦間に子が存するか否かに応じて、別様の有効要件が設定されたことになる。子が存する場合の諸要件（第1条第2項所定の価額、裁判所への申告登録、5名の証人）が、子が存しない場合の諸要件（本条所定の裁判所での行為、書面と署名）よりも厳格なのは、第一順位相続人の子等の利害に照らせば当然の事理であろう。なお、子がある場合の夫婦間の遺贈については、ラント法上の規定を欠くように見えるが、本条のように夫婦間贈与と遺贈を一括し機能的に同視する態度から推察すれば、死因贈与も含めて、第1条所定の贈与と同様の厳格な有効要件に服すると解するのが穏当であろう。

一方、夫婦間に子はないが夫乃至妻に前婚による子が存する場合について、本条は、夫婦間の贈与乃至遺贈を有効としつつ、前婚による子一人当たりの将来の承継分（「子一人相当分」）を超える部分を無効とする制限を加えている。これは、子がある夫婦間の贈与乃至遺言に加えられた制限（新法第1条第2文後段）と根拠と基準を同じくするものであるとともに、旧法において既に見られた制限（旧法第44章第8条第2文及び第3文）を踏襲するものであるが、一部無効の基準となる「子一人相当分」の内容について明確化と場合分けが図られた。まず、旧法では、「前婚乃至初婚時の子一人が相応の相続分として当人から少なくとも確実に承継する分 *sovil/der kind ainem der vorigen oder ersten Ee/zu seinem gepürlichen erbtail/von derselben person unvürlich zu*

を典拠に、新法の立法過程でも、特に夫婦間贈与につき、全部無効なのか一部無効なのか争われた経緯については、Günter, *Das Bayerische Landrecht von 1616*, 173-174. 参照。

dem mynsten werden mag」とされていたものを、新法は、遺贈があった場合（「前婚乃至初婚時の子でその者が既に遺贈した子に対して当該遺言や処分において定められた分 so vil dem jenigen Kindt der vorigen oder ersten Ehe/welchem solche Person am wenigsten under den Kindern vermacht hat/in solchem Testament oder Geschäfte verordnet ist.」）と、それ以外の場合（「その子が遺言なしに取得できる分 so vil es sonst ohne testament bekommen mag.」）とに分けて規定している（第1文後段）。前婚による子等が、親とその再婚相手との間の贈与乃至遺贈への上記制限とは別に、「義務分 Notgebürnuß:Pflichteil:Legitima」（子が4人までならば法定相続分の3分の1、子が5人以上ならば法定相続分の2分の1）²⁴⁾を侵害する相続人指定（い

24) 新法では、それまで普通法に委ねる趣旨でラント法上の規定を欠いていた遺言等の終意処分について相当数の条文が新たに設けられた(第34章から第38章)。「義務分」についても第36章（「必然相続分とその算定について Von der Nothgebürnuß und Berechnung derselben」）に全15条に及ぶ詳細な規定が置かれており、その冒頭第1条「ラテン語でレギティマと呼ばれる子及び親の必然相続分乃至義務分について Von der Notgebürnuß oder Pflichteil der Kinder und Eltern/zu Latein Legitima genannt」には、ローマ法源（「最新の法により定められているところによれば、子等が4名かそれよりも少ない場合には、死亡者の財産から3分の1が、4名よりも多い場合には、2分の1が、それぞれの不足分に応じて彼らに付与され、彼らの間で均等に分割されるべきものとされ、また、子等はその相続分の用益権についても親によって騙し取られることはない」とされる Novissima lege cautum est, ut si quatuor sint filii vel pauciores, ex substantia deficientis triens: si plures sint, semis debeatur eis quoquo relictis titulo, ex aequo scilicet inter eos dividendus: cujus portionis nec usufructu defraudari liberi a parentibus possunt」Authentica <novissima>, C.3,28,6.）を下敷きとして、次のように規定されている。

「子が4名かそれよりも少ない場合、親が一人の子に対して、義務としての必然性を以て、如何なる負担も伴わずに、相続人指定によって割り当て遺すべき義務的相続分は、一人の子が周知かつ既知で正当な債務を控除した後に平等な相続分として、両親が遺言を為さなかった場合に取得するであろうものの3分の1とする。 Wann der Kinder vier/oder weniger sein/so ist die Erbgebürnuß/weiche die Eltern einem Kind auß schuldiger notwendigkeit/one alle Burden/Erbsatzungs

わゆる不倫遺言 *inofficiosum testamentum*) を理由として既に回復したものは、本条による贈与乃至遺贈の一部無効の結果として請求できる承継分から当然控除される。

また、前婚による子等の中に「聖職身分となってわずかな取得分で満足しあるいは相続を放棄した *in Geistlichen Standt kommen/mit einem geringeren thail benüget gewesen/oder sich sonst verzigten hette*」者がいる場合には、その「わずかな取得分 *einem geringeren thail*」を超える贈与や遺言の大半を無効にしたり、逆に、基準となる「子一人相当分」を認めずに贈与や遺言を全て有効にしたりするのではなく、「父や母の終意処分によってある子に他の子等よりも少ないものが定められている場合の最低限の取得分を基準に算定されるべきもの *nach dem jenigen minsten theyl zuberechnen/wo einem Kindt/vermög seines Vattern oder Muttern letsten willens ein wenigens/als andern Kindern verordnet were*」とされている(第2文)。この新たな規定は、長子相続による家産維持のために次子以降を聖職に就かせる貴族層の慣行を踏まえつつ、父や母から贈与乃至遺贈を得たその再婚相手との利害を調整したものと解される。「父や母の終意処分 *seines Vattern oder Muttern letster willen*」による「最低限の取得分 *der jenige minste theyl*」が存しない場合は、先の準則

weiß/müssen verordnen und verlassen/der dritte Thail dessen/was ein Kind uber abzug aller kundtlichen/bewusten/richtigen Schulden/zu gleichem Erbthail hette bekommen/wann die Eltern kein Testament gemacht hetten. これに対して、子が5名かそれよりも多い場合、必然相続分は一人の子が平等な相続分として取得できるものの2分の1とする。Sein aber der Kinder fünff/oder mehr/alsdann ist die Notgebürnuß der halbe Thail dessen/was ein Kind zu gleichem Erbthail bekommen mögen. 更に、子の財産における両親の義務分は、常に、子が遺言を為さなかった場合に彼らが相続するであろうものの3分の1とし、両親の他に兄弟姉妹や全くの他人が相続人に指定されている場合であっても同じとする。Aber der Eltern Notgebürnuß bey ihrer Kindern Guet/ist jederzeit der dritte Thail dessen/was sie sonst geerbt hetten/was das Kind kein Testament hette gemacht/es seyen gleich neben den Eltern/Brüder und Schwester/ode rein frembter zu Erben eingesetzt.」(Landrecht, 351.)

に戻って、「その子が遺言なしに取得できる分」、つまり、法定相続分が基準となる。

旧法では、父や母の再婚相手に対する贈与や遺贈の内、「子一人相当分」を超える部分が無効とされただけで、当該超過分の帰趨については特に定めがなかった(第8条第3文)。これに対して、新法では、無効となった「超過分 *überschuß*」は「再婚相手を除いて、前婚による子等と再婚による子等の間で分割される *allein zwischen den Kindern voriger Ehe/mit außschliessung deß Ehegemächts/und der Kinder anderer Ehe/verthailt werden*」とされる。

「二人の者が夫婦で子供がない場合 *Wo zway Eheleut seyndt/die nit Kinder haben*」の夫婦間の贈与乃至遺贈について規定しているはずの本条において、「再婚による子等 *Kinder anderer Ehe*」に言及すること自体、論理的な矛盾といえる。しかしその一方で、本条の内、前婚による子等の相続上の利害に配慮した部分(第1文後段以下)は、立法技術的な難点はあるにせよ、夫婦間の子供であるか、それぞれの前婚による子供であるかは問わずに、夫婦に子供が存する場合一般について、夫婦間の贈与乃至遺贈が一部無効となる基準を具体化明確化する役割を担っているとも解し得る。ラント法は、前婚による子も含めて夫婦に子供がない場合には、夫婦間の贈与乃至遺贈をより簡便な要件によって有効化する一方、夫婦に子供が存する場合には、より厳格な有効要件を課すだけでなく、前婚による子との関係で価額を更に「子一人相当分」にまで削減する二段構えの制約を設けて、直系卑属一般の相続上の利害に配慮しているのである。

以上に見てきた様々な制約を受けるとはいえ、夫婦間における贈与乃至遺贈は、ラント法上、可能であり、配偶者に先立たれた者、とりわけ寡婦の生活保障の手段として、ラント法が定める取得分(夫婦共有財産の一部と特有財産)以上の備えを為す必要がある場合に利用されていたはずである。そして、そのような機能を贈与や遺贈と共有していたのが、嫁資設定時に交わされる嫁資合意(「婚姻特約 *Heuratsgeding*」)であった。当時、夫婦間における死後の財産継承について、婚姻存続中の夫婦間の贈与や遺贈のみならず、婚姻に際して予め何らかの婚姻特約を為す慣行が広く流布していた。ラント法上がそのような婚姻特約の存在を常態として想定していることは、「夫婦の間に嫁資その他に

ついて特約が存しない zwischen ihnen weder deß heuratguets halben/ noch ander geding nit fürgangen」(第1条第1文) 場合や「嫁資についても死亡時その他の事柄にかんしても何も特約が存していない ist kein geding/ weder deß Heuratguets/ noch der Todtfäll/ oder anderer sachen halen beschehen」(第3条第1文) 場合に言及する各条文の文言からも見て取れる。既にみたとおり、財産承継にかかわる婚姻特約を想定する文言は旧法にも存していたが、肝心の婚姻特約それ自体については何ら規定がなかった。新法は、婚姻特約の有効要件に関わる規定を新たに置いてこの欠缺を補っている。

これから夫婦になろうとする男女が嫁資に限らず現在や将来の財産の全部または一部を自らの死亡時に相手方に承継させる旨の特約を交わす場合、そのような婚姻特約は、婚姻という行為の一部として、通常、「婚姻証書 Heuratsbrieff」の中に挿入記載される。第18条「婚姻証書の作成について Von auffrichtung der Heuratsbreiffen」²⁵⁾では、「通常の人には間違いを多く犯しやす

25) 「通常の人には間違いを多く犯しやすいので、婚姻の書面や婚姻証書の杜撰さから、後で婚姻特約が無効となることもある。そこで、農村においては、婚姻証書の記入だけでなく清書も正式な官吏によって為されるものとし、財産額が僅少である場合には裁判所の調書に記録されるものとする。一方、都市や市場町においては、婚姻証書は都市や市場町の正式な書記官によって記入されるものとするが、証書の清書は当局と婚姻当事者の何れの手によるものであってもよい。ただし、貴族その他の名声ある人々にかんしては、婚姻の書面や婚姻証書を用意させ、記入させ、清書させるかどうかは彼等の意思に委ねられる。Nach deme bey dem gemainen Man vil irrungen entstehen/ wegen unformlichkeit der Heurats Notlen und Heuratsbrieff/ sollen fürterhin keine Heuratsgeding kräftig sein/ dann es seyen auff dem Landt die Heuratsbrieff nicht allein von ordenlicher Obrigkeit geschriben/ sonder auch gefertiget/ oder da das vermögen so gering in deß Grichts Protocol eingeschriben. Aber in Stätten unnd Märckten/ sollen sie gleichwol auch bey den ordenlichen Statt: oder Marcktschreibereyen geschriben werden/ doch mag die fertigung derserben geschehen/ eintweders durch die Obrigkeit/ oder die Heuratsleut. Was aber Adeliche oder andere ansehliche Personen seyndt/ die mögen ihre Heuratsnotel und Brieff stellen/ schreiben und fertigen lassen/ nach ihrer gelegenheit.」(Landrecht, 211.)

いので、婚姻の書面や婚姻証書の杜撰さから、後で婚姻特約が無効となることもある nach deme bey dem gemainen Man vil irrungen entstehen/wegen unformlichkeit der Heurats Notlen und Heuratsbrieff/sollen fürterhin keine Heuratsgeding kräftig sein」との懸念が表明され、「官吏 Obrigkeit」や「書記官 schreibereyen」による公的な介入の必要性が明示された。介入の度合いには、証書の作成地や当事者の身分に応じた差異が設けられている。まず、「農村 Landt」においては、「婚姻証書の記入だけでなく清書も正式な官吏によって為される die Heuratsbrieff nicht allein von ordenlicher Obrigkeit geschriben/sonder auch gefertiget」のが原則であるが、「財産額が僅少である das vermögen so gering」場合に限り、当事者による証書作成が許され、当該証書の証拠力は「裁判所の調書に記録される in deß Grichts Protocol eingeschriben」ことで保持される。これに対して、「都市や市場町 Stätte unnd Märckte」では、証書の記入は「書記官」によって為される必要があるが、「証書の清書は当局と婚姻当事者の何れの手によるものであってもよい mag die fertigung derserben geschehen/eintweders durch die Obrigkeit/oder die Heuratsleut」とされ、当事者自身による証書の保管が容認された。そして最後に、「貴族その他の名声ある人々 Adelige oder andere ansehliche Personen」にかんして、当局の介入を許すかどうかは証書の作成と保持の何れについても「彼らの意思に委ねられる nach ihrer gelegenheit」との特則が設けられている。農村部と都市部を区別し、旧法でも前提とされていたはずの貴族層の扱いを敢えて特則化した本条は、婚姻特約を挿入した「婚姻証書」の利用が、貴族層だけでなく、農民を含めた庶民層にも浸透しつつある事態を受けて定められたものと解される。

第18条には証人の要否や数については特に言及はないので、「婚姻証書」中の嫁資合意（婚姻特約）の効力が証人の有無をめぐる争われたとしても、契約や合意一般と同様に解してよいはずである。しかし、続く第19条「婚姻特約には何人の証人が必要か」²⁶⁾は、「他の行為であれば2名乃至3名の証人で足りる

26) 「他の行為であれば2名乃至3名の証人で十分なところではあるが、婚姻特約にお

sonsten in andern Handlungen zween oder drey Zeugen genueg sein」²⁷⁾とする一方で、「婚姻特約においては、通常、夫婦の死亡時の事柄、そしてまた、一方が他方の財産から何を承継すべきかについて取り決められている in den Heuratsgedingen gemainlich von der Eheleuten Todtfällen/und was eines von deß andern Guet erben soll/gehandelt würdet」という点を踏まえ、婚姻特約については「5名の証人 fünff Zeugen」という特別な要件を課している。この要件は、既にみたように、子のある夫婦間の贈与に課された有効要件の一つであり、また、死因贈与や終意処分一般において普通法上要求される要件²⁸⁾とも呼応する反面、機能面で共通する婚姻後の夫婦間の贈与や遺贈と比べると要件が簡略であり、将来夫婦間に生まれるかもしれない子や前婚による子等と

いては、通常、夫婦の死亡時の事柄、そしてまた、一方が他方の財産から何を承継すべきかについて取り決められているので、そのような特約の有効な存続のためには、5名の証人を要する。証人がこれに満たない場合、婚姻上の取決めは、その他の合意や特約に関する限りにおいて存するものとし、そこで約束された遺産承継や遺贈にかんしては、それらが先立つ配偶者の死亡時にはじめて効力を生じるものである以上、無効である。Wiewol sonsten in andern Handlungen zween oder drey Zeugen genueg sein/weil aber in den Heuratsgedingen gemainlich von der Eheleuten Todtfällen/und was eines von deß andern Guet erben soll/gehandelt würdet/so sein zu kräfttigger erhaltung solcher geding/fünff Zeugen notwendig; Im fall aber derselben weniger weren/so sein die Heurats Abreden/allein so vil die andere Pact und geding betrifft/aber der darinnen gedingten Erbfäll oder vermächtnuß halben/die erst durch deß vorabgestorbnen Ehegemächts Todtfall bekräftigt werden/nit gultig.] (Landrecht, 211.)

27) ここで意識されているローマ法源はD.22.5.12と解される(この法文については拙稿「相続と嫁資合意(2)」獨協法学第93号の注8参照)。本条と類似の内容を定めるザクセンのアウグスト勅法集(1572年)の第2部第43条前段(後注80参照)が本条の制定過程で参照された可能性もある。

28) 遺言による相続人指定において7名の証人が求められる(C.6.23,12;Inst.2.10,2-3等)以外、通説上、遺贈等については、小書付(C.6.36,8.)や死因贈与(C.8.57,4.)と同様、5名の証人で足りるとされていた(例えばC.6.36,8.の標準注釈やバルトルスのD.32,21注釈)。

の関係でも明文上何ら制限はない。確かに、嫁資合意として約束された「遺産承継や遺贈 *Erbfall oder vermächtnuß*」は、例えば約束された嫁資の引渡期限や方法をめぐる「合意や特約 *Pact und geding*」などとは異なり、「先立つ配偶者の死亡時にはじめて効力を生じる *erst durch deß vorabgestorbnen Ehegemächts Todtfall bekräftigt werden*」ものである以上、夫婦間の終意処分や死因贈与と同等の制約に服すると解する余地もあり、また、婚姻に際した合意という時期的な制約も存する。しかし、合意対象と嫁資そのものに限定することなく、現在及び将来の全財産 *omnia bona praesentia et futura*について合意することさえ可能なその財産処分の自由度に照らせば、婚姻存続中の贈与や遺贈よりも一層魅力的な夫婦間財産承継の手段であったはずである。

本条は、嫁資合意（婚姻特約）に基づく夫婦間相続を容認するものであり、「合意で相続は生じない」とするローマ普通法の原則との関係で、夫婦間の相続合意という例外の存在を固有法上是認するものと言える。文言上は、この夫婦間の相続合意の成否を「5名の証人」の有無というそれ自体明確かつ単純な要件にかからせるもので、他の条文と比べても解釈の余地は少ないようにも見える。しかし、「先立つ配偶者の死亡時にはじめて効力を生じるものである」が故に、夫婦間相続目的の嫁資合意に「5名の証人」を求めているのだとすれば、本条は当該嫁資合意を終意処分一般と同一視しているとも解し得る。嫁資合意が、遺言等と同じように、いつでも任意に撤回可能であるならば、夫婦の何れかが撤回することなく亡くなった場合に初めて効力が確定することになって、その拘束力の弱さは、当初は無効で贈与者が取り消さずに亡くなった場合に行為時に遡及して有効となる夫婦間贈与ともさして変わらない。その一方で、嫁資合意が「合意」である以上、実質的には夫婦間相続を目的とするものであっても、終意処分にあたらず、それ故、5名の証人も不要で、撤回も不能な場合、要するに、本条の適用を免れ、合意や契約一般として扱われる場合もあり得るのではないかと疑念も生じる。夫婦の一方が婚姻後に合意内容について後悔し撤回できるか否かは、条文自体ではなく、嫁資合意の法的性質や撤回をめぐる条文解釈に委ねられたのである。また、文字通りの合意と捉えるのか、終意処分として読み替えるのかという判断が、仮に合意の対象如何により定まるの

だとすれば、二つの判断の線引きは、合意当時者たる夫婦だけでなく、それぞれの血縁者(相続人)の利害をも大きく左右することになる。そして、その合意の対象それ自体についても、「遺産承継や遺贈」との文言が限定的な意味を有するのか、それとも単なる例示であって、嫁資や反対贈与等の死後承継もまた本条の適用範囲に含まれるのか、一見して明らかとは言えない。それ故、夫婦間相続目的の嫁資合意をめぐるのは、証人の要否や数と並んで、あるいはそれ以上に、その法的性質や撤回の可否、合意の対象等について、議論が蓄積されていった。新ラント法制定後に現れた論考や注釈書における本条の諸解釈の中にそのような議論の展開を辿ることが次の課題である。

II

新ラント法の内容を分析検討した文献としてまず注目すべきなのは、当時インゴルシュタット大学法学部の法学提要担当正教授で、バイエルン選帝侯マキシミリアン1世及びケルン選帝侯フェルディナント Ferdinand(マキシミアンの弟：在位1612-1650年)の宮廷顧問官も務めていたアルノルト・ラート Arnold Rath(1599-1671年)の指導の下に著され出版された『普通法と一般にラント法と称されるバイエルンの勅法の幾つかとの間に存する顕著な相違にかんする法学位論文 *Dissertatio juridica de potissimis quibusdam iuris communis et certarum constitutionum Bavaricarum, vulgo Landtrecht inscribi solitarum differentiis*』(1632年刊、以下『相違論』と略称)である²⁹⁾。この『相違論』は八折判で100頁程の著作であり、合計90の「主張

29) 表題頁には、「普通法と一般にラント法と称されるバイエルンの勅法の幾つかとの間に存する顕著な相違にかんする法学論文、これは、三位一体の神の御加護の下、名高い法学部の認可と権威により、著名なインゴルシュタット大学の法学提要担当正教授に加えケルンとバイエルン両選帝侯の顧問官も兼ねる卓越せる法学博士アルノルドゥス・ラート氏の指導を得て、3月6日、通例の場所と時間に、ヨハンネス・セバスティアヌス・ノットハフト・ア・ウェイセンスタインが公開の討論を行ったものである *Dissertatio juridica de potissimis quibusdam iuris communis et certarum*

assertatio」とそれを補い裏付ける注釈群の論究対象は、夫婦財産制と売買を扱うラント法の冒頭10章分に限られている。その中でも、嫁資や反対贈与について規定する第1章を論じた箇所が『相違論』のかなりの部分を占めており(主張1から36まで)、夫婦間の遺産承継を目的とする嫁資合意が有効か否かについては、「普通法 *ius commune*」、「ドイツの慣習法 *Germaniae consuetudo*」、「ラント法 *Landrecht*」の三段階に分けた重層的な記述がみられる(「主張」32から36まで)。普通法にかんしては、まず、相続合意を禁ずるローマ法の原則³⁰⁾を「合意の

constitutionum Bavaricarum, vulgo Landrecht inscribi solitarum differentiis, quam auspice Deo, Trino et Uno, assensu et auctoritate inclytæ facultatis juridicæ, sub praesidio, nobilis et clarissimi domni Arnoldi Rath iurium doctoris, et in celeberrima Ingolstadiensium universitate, Institutionum Imperialium professoris ordinarii, nec non Serenissimis Electoribus, Coloniensi et Bavaro a Consiliis, publice discutiendam suscepit Ioannes Sebastianus Notthafft a Weissenstain, ad diem sextum Martii, loco et horis consuetis」、とある。ここにも明らかなおり、『相違集』の討論者 *disputans*(解答者 *respondens*) は、シュトラウビンのノートハフト家出身のヴァイセンシュタイン男爵 *Freiherr von Weißenstein* ヨハン・ゼバスティアン・ノートハフト *Johann Sebastian Notthafft* (?-1664年) である。表題は、「両法博士号取得のため *pro consequendo in utroque iure doctatus gradu*」といった文言こそ見当たらないが、学位論文 *dissertatio inauguralis* において通常用いられる形式に合致している。以下では、慣例に従い、『相違集』を討論 *disputatio* の指導者 *praeses* であるラートの著作として扱う。法学文献の著述形式としての「論文 *Dissertatio*」については、さしあたり、*Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Zweite Abtheilung* (1884), 26-28. 参照。

- 30) 「主張」32では、当原則の論拠として、相続合意が「遺言を行う自由な権能 *libera testandi facultas*」を奪うという点、「死を企図する欲求 *votum captandæ mortis*」さえも惹起するが故に「善良な風俗 *boni mores*」に反するという点、「遺産の承継の方法 *hereditatis deferendæ modi*」が「法律と遺言 *lex et testamentum*」であるという点の三つが、それぞれの典拠となるローマ法源とともに列挙されている(注釈a)。トートロジカルな三つ目の論拠はともかく、遺言権能の剥奪と、相手方の死を欲するが故の良俗違反という二点は普通法學上繰り返し指摘されてきたものである。拙稿「相続と嫁資合意(1)」(獨協法学第92号) 参照。

明白な限界 *notorii pactorum termini*」として意識しつつも、夫婦間相続を目的とした「生存者間贈与 *donatio inter vivos*」が「他のあらゆる合意と同じく当事者によって自発的に、単純に為され直ちに効力が生じるという仕方か、あるいは、死亡時が期限とするか、もしくは、贈与者が先に亡くなることを停止条件として、死亡とその時点でなお受贈者が存命であることによる条件成就後に初めて確定されるといった仕方では為され得るという点に疑念の余地はない *in confesso est, quemadmodum reliquae omnes conventiones, pariter ex libero paciscentium arbitrio ita concipi queat, ut vel pure facta statim consequatur effectum, vel in diem, aut sub conditione praemorientis donatoris suspensa, demum post huius mortem, et quidem vivo adhuc donatario subsecutam purificetur*」とされ、自らの死後に遺産を存命配偶者に承継させる旨の夫婦間贈与の有効性が確認されている（「主張」32³¹⁾）。注釈では、「主張」自体にも

31) “XXXII 妻に遺産を与え相続権を認めようとして合意の明白な限界を超えたとしても a、生存者間贈与が、他のあらゆる合意と同じく当事者によって自発的に、単純に為され直ちに効力を発するか、あるいはまた、死亡時を期限とするか、もしくは、贈与者が先に亡くなることを停止条件として、死亡とその時点でなお受贈者が存命であることによる条件成就後に初めて確定されるといった仕方では為され得るという点に疑念の余地はない b。

a) そもそも合意によって何かを与えあるいは為すべく取り決められるのだとしても、何人もその遺産を誰かに与える義務を負うということはありません。というのも、それによって、遺言を行う自由な権能が奪われてしまうし、法文もそれを禁じているからである【勅法彙纂第2巻第3章第15法文、学説彙纂第17巻第2章第52法文第9節、勅法彙纂第1巻第2章第1法文】。更に、そのような取決めは、(取決めの対象とされた遺産の主体である) 当人の死を企図する欲求さえも内包するので【勅法彙纂第2巻第3章第30法文】、善良な風俗に対する違反と見なされている【学説彙纂第45巻第1章第61法文、同第39法文第6章第29法文末尾】。加えて、債権や所有権の取得方法と同じように、遺産の承継の方法も自明であり、法律と遺言がそれぞれである【勅法彙纂第5巻第14章第5法文、同第6巻第20章第3法文、学説彙纂第5巻第3章第1法文及び第3法文】。

b) というのも、法の求める方式に従って自ら契約を締結しあるいは変更する権能もまた、契約当事者の裁量や意思に委ねられた事柄に含まれるからである。”

示唆されている夫婦間贈与に特有のもの（夫婦間贈与は原則無効であるが贈与者が撤回せずに亡くなれば遡及的に有効とする）とは別の論拠として、合意乃至契約一般の自由に言及されており、注目される。すなわち、「法の求める方式に従って自ら契約を締結しあるいは変更する権能もまた、契約当事者の裁量や意思に委ねられた事柄に含まれる *inter reliqua arbitrio et voluntati contrahentium relicta, est quoque facultas contractum pro suo libitu, secundum iuris formam celebrandi, immutandique*」（注釈b）というのである。

そのような論拠に基づくならば、婚姻存続中に締結される夫婦間贈与だけでなく、婚姻に先立つ嫁資の設定に際して交わされる「嫁資合意 *pactum dotale*」で夫婦間の財産承継を目的とするものもまた、合意乃至契約の一種として有効と解し得る。実際、例えば、嫁資が婚姻終了後も返還されず夫に帰属する旨の嫁資合意は、ローマ法上すでにその有効性が前提とされていた。その延長線上において、「遺産類似の利益が存命の配偶者に合意を通じて相続によらずにもたらされる *in superstitem per viam pacti et absque successionis iure simile lucrum transferatur*」旨の嫁資合意さえも有効に存続し、しかも、合意にあたって「証人の立会は無くても *nullo etiam teste adhibito*」よいというのがラートの立場である（「主張」33³²⁾）。なお、ラートは、夫婦の一方の死後に

（*Dissertatio juridica*, 40–41.引用は1632年インゴルシュタット刊のテキストによる）

32) “XXXIII 上に述べた事柄の帰結として言えるのは、夫婦が互いに相手方に「相手方が存命であれば」との条件で嫁資や婚姻故の贈与について生存者間贈与を為す旨ははっきりと明確な文言で言明するような贈与aだけが存続するのではないという点である。普通法に従えばb、たとえ証人の立会が無くても、夫婦が互いに、遺産類似の利益が存命の配偶者に合意を介して、つまり、相続によらずにもたらされる旨合意するかぎり、そのような嫁資合意も全て存続するとさえ言えるのである。

a) 学説彙纂第23巻第4章第2法文、同第12法文、勅法彙纂第5巻第14章第6法文の各テキスト、及びこれらの法文の解釈。更に、勅法彙纂第2巻第4章第11法文と学説彙纂第2巻第15章第1法文を論拠とするバルトルスの学説彙纂第23巻第4章第17法文注釈。

b) というのも、バイエルン法では、すぐ後にみるとおり、5名の証人がこれについて求められているからである。

c) すぐ先に引用した法に基づけば、夫婦が贈与について言及していなかったとし

存命配偶者に遺産を付与する旨の夫婦間の「生存者間贈与」の有効性を主張した直前の「主張」との脈絡を意識したためか、「夫婦が互いに相手方に<相手方が存命であれば>との条件で嫁資や婚姻故の贈与について生存者間贈与を為す旨ははっきりと明確な文言で言明するような贈与 *donatio, qua alter coniugum se alteri sub conditione, SI IS SUPERVIXERIT, dotem vel donationem propter nuptias, inter vivos donare expresse et apertis verbis testatur*」なるものに言及するが、典拠としては、婚姻終了後に嫁資を夫に帰属させる上記嫁資合意にかかわるローマ法源³³⁾が引用されている。そもそもここでは、夫婦間贈与と嫁資合意の対比ではなく、嫁資合意の対象の違いに着目し、ローマ法が本来想定していた「嫁資 *dos*」や「婚姻故の贈与 *donatio propter nuptias*」にかかわる嫁資合意と、遺産承継を目的とするそれとを区別する方が議論の展開としてもわかりやすい。夫婦が合意の中で「贈与 *donatio*」に言及したか否かを問題としている点に照らせば(注釈c)、上記「贈与」とは、夫婦が互いに自らの死後に存命の相手方に「嫁資」乃至「婚姻故の贈与」を与える(贈与する)旨の「嫁資合意」の趣旨と解すべきであろう。

問題は相続合意を禁ずる原則との調和である。この点、ラートは、「契約当事者が相続について合意したのか、それとも、相手方への財産譲渡について相続法によらずに契約を介して合意したのかは、常に識別困難なわけではなく解明が容易である *non semper ovium et satis expeditum est, an de succedendo, an de bonis per viam contractus in alium absque successionis iure transferendis, a paciscentibus conventum sit*」と述べて、「<契約した>という文言は遺言にかかわる法とは無関係である *verba contraxerunt non pertinent ad testandi ius*」³⁴⁾との法文に依拠しつつ、合意当事者が用いる「文言*verba*」に即した区別を主張する(「主張」34³⁵⁾)。つまり、「相続や遺産に

でも(その場合にはいくつかの困難が生じるかもしれないが)、当該合意は存続する。”
(*Dissertatio juridica*, 41-42.)

33) D.23,4,2/12;C.5,14,6.

34) D.50,16,20.

35) “XXXIV というのも、契約当事者が相続について合意したのか(こちらは法文が

ついて、それが一部にせよ全体にせよ、述べられている合意は禁じられている *ea pacta de iure prohibita, in quibus expresse de successione aut hereditate, sive tota sive ex parte agitur*」というのである。夫婦間相続目的の嫁資合意の成否を「相続に相応しい文言 *verba, quae successione conveniunt*」と「契約に相応しい文言 *verba, quae contractibus conveniunt*」の区別によって判定するこの見解は、古くから普通法の学説や実務に広く受け入れられていた解釈手法に符合するものであった。注釈で援用されているジュリオ・クラロー

禁じている)、それとも、相手方への財産譲渡について相続法によらずに契約を介して合意したのかは、常に識別困難なわけではなく解明が容易だからであるa。法文は契約と終意処分とを区別しているだけでなく、契約に相応しい文言と相続に相応しい文言とを明確に区別しているので、これらの何れが為されたのかは、特に文言に着目して識別すべきであると言うこともできるb。この点を考慮するならば、相続や遺産について、それが一部にせよ全体にせよ、述べられている合意は禁じられているものと解されるc。しかし、特定の物や個々の物について言及されているにすぎない場合はこの限りではないd。

a) この困難については小クルティウスが『助言集』助言15において検討している。

b) 学説彙纂第50巻第16章第20法文その他これに類する諸法文。

c) というのも、この場合、契約当事者の文言は十分に簡潔なものであるし、約束者の反対の意思が明らかでない限りは、言明本来の意義が尊重されねばならないからである【学説彙纂第32巻第69法文、『通説集』第4巻のユリウス・クラルス「贈与について」問題19第6番、及び、クラルスによって引用された諸論者】。とはいえ、契約が無効ではなく有効になるように「遺産」という文言を財産という意味に捉えるべき旨主張する人々もいる。中でも特に、ヨハンネス・フランキクス・ブルプラトゥスの勅法彙纂第2巻第3章第30法文注釈第245番と、クラウエッタ『助言集』第1巻助言139第6番がこの見解に与しているものと解される。

d) 例えば、「存命の配偶者が亡くなった者の財産から何か特定の物を取得する」とされる場合。勅法彙纂第4巻第11章第1法文や法学提要第3巻第19章第13節の諸法文、ガイル『実務考察集』第2巻考察126第8番、モデスティヌス・ピストリス『助言集』助言8問題2第26番、ヤーソンの学説彙纂第45巻第1章第61法文注釈第19番がこの場面を考慮しているが、ファキナエウス氏はその『法学論争集』第5巻第84章において他の多くの論者と見解を異にしている。”(Dissertatio juridica, 42-43.)

Giulio Claro(1525-1575年)の『通説集 *Sentenntiae receptae*』(1559年初版)所収の第4巻断章「贈与 *Donatio*」³⁶⁾問題19第6番³⁷⁾にはまさにそのような当時の通説が簡潔に提示されている。この問題19では「全財産の贈与は有効なのか *nunquid valeat donatio omnium bonorum*」が論じられており、冒頭ではま

36) アラス司教でスペイン王フェリペ2世の側近であったアントワーヌ・ペルノー・デ・グランヴェル *Antoine Perrenot de Granvelle*に宛てた1559年5月付の献呈文の後に付されている「著作全体の編成 *Dispositio totius operis*」によれば、『通説集』は全7巻から成る大規模なものであるが(第1巻は法律総論、第2巻は人、第3巻は相続及び終意処分、第4巻は契約、第5巻刑事法、第6巻は民事裁判、第7巻は全巻の索引)、そこに実際に収められていたのは、第3巻の「遺言 *Testamentum*」、第4巻の「贈与 *Donatio*」、「永代貸借 *Emphitheosis*」、「封 *Feudum*」の諸断章にすぎない。その後完成されたのは第5巻(1568年初版)だけで、四つの断章は、『四つの論考 *Tractatus quattuor*』(1570年)として出版された後、『著作全集 *Opera omnia*』(1572年初版)にもそのまま収録された。なお、『通説集』の編別にかんする上記短文は、『相違集』刊行時に既に出版されていたものでは、1600年リヨン刊『通説著作集 *Receptarum sententiarum opera*』や1625年ジュネーヴ刊の『通説著作全集 *Receptarum sententiarum opera omnia*』に見られるが、1575年リヨン刊『著作全集 *Opera omnia*』、1586年トリノ刊『著作集 *Opera*』、1582年フランクフルト刊『著作全集』、1616年カンブレー刊『通説著作全集 *Opera receptorum sententiarum omnia*』、同年アントワープ刊『通説著作全集』、1596年及び1622年フランクフルト刊『通説著作全集 *Receptarum sententiarum opera omnia*』には見あたらない。

37) “<6.遺産の贈与についてはどうか。>しかし、何者かによって単純に為されたその遺産の贈与は有効であろうか。解答：そのような契約条項については見解が分かれている。すなわち、諸博士の中には、そのような贈与は有効であると主張する人々があり、ブルプラトゥスの勅法彙纂2巻3章第30法文注釈第245番はこの見解が通説であると述べている。これに対して、反対の見解、つまり、そのような贈与は無効であるとの見解にバルトルスの勅法彙纂同法文注釈第14番は与している。そして、カグノルスの勅法彙纂同法文注釈第223番以下やペトルス・ドゥエンナス『両法準則集』前掲準則219の拡張解釈第四はむしろこの見解が通説であると述べる。<遺産>という表現には、ある者がその死亡時に残す財産すべてが含意されているので、一体どのようにしたら、当該贈与によって贈与者の遺言する権能が奪われないと解し得るのか私には分からない。”(*Opera omnia*, 97.引用は1575年リヨン刊の『著作全集』)

ず、「そのような贈与によって遺言する権能を自らから奪うことになる *ex tali donatione sibi ipsi adimeret facultatem testandi*」との理由に基づき、これを無効とする通説的立場が確認されている（第1番）。この通説によれば、「現在及び将来の全財産ではなく現在の全財産のみを贈与した *non donaverit omnia bona praesentia, et futura, sed bona praesentia tantum*」場合、「全財産の贈与 *donatio omnium bonorum*」は例外的に有効とされていた（第2番）。というのも、「将来の財産 *bona futura*」については「遺言する権能 *facultas testandi*」が依然保持されているからである。次に、この例外に準じる場面として、クラーロは、「単純に *simpliciter*」全財産を贈与した場合、「包括的な趣旨の文言を用いて *verbis universaliter conceptis*」全財産を贈与した場合、「全ての動産と不動産 *omnia bona mobilia et immobilia*」を贈与した場合の三つを挙げ、何れにおいても「後得財産 *bona postea quaesita*」や「将来の財産」について直接言及されていない以上、これらの「全財産の贈与」は有効で、この点につき学説上特に異論は見られないとしている（第3番から第5番）。

これに対して、ラートの「主張」34の注釈で引用された第6番でクラーロが論じているのは、「単純に為された遺産の贈与 *donatio simpliciter facta haereditatis*」の効力をめぐる学説上の対立である。クラーロは、有効説に立つ論者として、ジョヴァンニ・フランチェスコ・ポルポラート *Giovanni Francesco Porporato*(1485-1544年)を、無効説に立つ論者として、バルトルス・デ・サクソフェラート *Bartolus de Saxoferrato*(1313/14-1357年)と、これを支持するジローラモ・カニョーロ *Girolamo Cagnolo*(1491-1551年)及びペドロ・ドゥエニャス *Pedro Dueñas*(1524-1593?年)を、それぞれ挙げた上で、自らは、「<遺産>という表現には、ある者がその死亡時に残す財産すべてが含意されているので、一体どのようにしたら、当該贈与によって贈与者の遺言する権能が奪われないと解し得るのか私には分からない *cum nomen haereditatis comprehendat omnia bona quae quis tempore mortis suae relinquit, non video quomodo dici possit per hanc donationem non adimi*

のテキストによる)

donatori facultatem testandi」と述べて、無効説に与している³⁸⁾。「遺産」とい

38) なお、続く第7番において、クラーロは、「現在及び将来の全財産の死因贈与 donatio causa mortis omnium bonorum praesentium et futurorum」についても論じている。それによれば、「死後に延期された全財産の贈与 donatio omnium bonorum post mortem collata」は、勅法彙纂第2巻第3章「合意について」第30法文の文言〈合致させたaccommodaverit〉への標準注釈以来、通説上、有効とみなされているとされ、これに与する論者として、フィリッポ・デーチョ Filippo Decio(1454-1535年)、アレクサンデル・タルタグナ・デ・イモラ Alexander Tartagna de Imola(1424?1477年)、ヤーソン・デ・マイノ Jaosn de Mayno(1435-1519年)、フランチェスキノ・コルテ Franceschino Corte(?-1533年)の名も挙げられている。クラーロ自身も、「贈与者は、贈与にもかかわらず、他人を相続人に指定することができ、その者は、贈与中の合意内容に従って受贈者に与えるべく義務づけられるとしても、ファルキディウス法による取得分を保持できる云々 poterit donator, ipsa donatione, non obstante, alium haeredem instituere, qui licet teneatur postea donatario dare iuxta conventa in donatione, poterit tamen retinere Falciam et cetera」と述べて、この通説を支持している。ただし、「死後に延期された全財産の贈与」との言い回しは、贈与者の死亡を停止条件とした「死因贈与 donatio causa mortis」ではなく、効力は直ちに発生するが財産の引渡自体は死後に延期され贈与者の相続人によって履行される「生存者間贈与 donatio inter vivos」の趣旨に解する余地もある。上記標準注釈も、「問答契約 stipulatio」を介して「私があなたに私の財産を私の死後に約束する promittam tibi bona mea post mortem meam」場合について、「死因贈与か生存者間贈与となる erit donatio causa mortis, vel inter vivos」と述べており、何れの可能性も認めているようである(拙稿「相続と嫁資合意(5)」注27参照)。実際、相続合意は無効だが生存者間贈与の形式であれば有効であるとの議論に際して当該標準注釈が援用される例も多く見られ、バルトルスの勅法彙纂第2巻第3巻第30法文注釈第10番やデーチョの同第3巻第20章第3法文注釈第3番などはその典型と言える(「相続と嫁資合意(5)」注26及び注17参照)。とはいえ、クラーロの指摘する「ファルキディウス法による取得分Falcidia pars」の留保については、遺贈に準じる「死因贈与」には当てはまるが、生存者間贈与に基づく包括承継とは無関係であるとの議論も十分に成り立つし、「贈与」という形式乃至文言が特に強調されているわけでもないので、クラーロの議論は「現在及び将来の全財産の死因贈与」にのみ妥当するものと解するのが穏当であろう。

う文言に着目するクラーコの議論は、「贈与」に関わるものとはいえ、確かにラートの上記主張と呼応する。

ところで、ラートによれば、「遺産 hereditas」や「相続 successio」に言及する嫁資合意が当該文言故に無効とされるのに対して、「合意が何らかの特定の物や個々の物について言及しているにすぎない場合はこの限りではない *secus, quae de certis duntaxat et singularibus quibusdam rebus mentionem faciunt*」とされる（「主張」34末尾）。注意しなければならないのは、ここに言う「特定の物 *certae res*」や「個々の物 *singulares res*」といった嫁資合意上の文言は、「契約に相応しい文言」として、「遺産」のような「相続に相応しい文言」に対置されているわけではないという点である。「この限りではない *secus*」という言い回しからも明らかのように、「特定の物」や「個々の物」といった文言は、たとえ「遺産」や「相続」とともに合意中で用いられたとしても、夫婦間相続目的の嫁資合意を例外的に有効と解する決め手となるというのである。この箇所が付された注釈dには、出典不明の独語による文言例（「存命の配偶者は死亡者の財産からある一定のものを取得すべし *das uberlebende Ehegemacht auß deß Verstorbnen Gütern etlich gewisse Stuck bekomme*」）に続いて、当該主張の論拠として、法文と学説が幾つか掲げられている。ただし、法文は、当事者の一方の「死後に *post mortem*」効力を発する「問答契約 *stipulatio*」を有効とし³⁹⁾、存命当事者が死亡当事者の「相続人 *heres*」に対して「訴権や債権を行使すること *incipere actiones et obligationes*」を認めた⁴⁰⁾ものであって、夫婦の一方の死後にその相続人に対して存命配偶者が嫁資合意に基づき財産の引渡を求める根拠にはなり得ても、合意の文言に着目して相続合意禁止との調和を図る議論をそこから導くことはできない。従って、上記主張は専ら学説上の典拠によって裏付けられていることになる。

まず引用されているのは、アンドレーアス・ガイル *Andreas Gail* (1526–1587年) の『裁判所とりわけ帝室裁判所の訴訟手続並びに事案の解決にかかわ

39) *Inst.* 3,19,13.

40) *C.* 4,11,2.

る実務考察集 *Practicae observationes, tam ad processum iudiciarum, praesertim Imperialis Camerae, quam causarum decisiones pertinentes*』(1578年初版、以下『実務考察集』と略称)の第2巻考察126「相続する旨の相互的合意は有効か否か *Pactum mutuuum de succedende an valeat?*」⁴¹⁾第8番⁴²⁾である。そこでは、「相互に相続する旨の約束が生存者間贈与のための問答契約として為される *fiat promissio mutua de succedendo per stipulationem causa donationis inter vivos*」場合と「単純な約束が相互相続の合意として為される *fiat simplex promissio per pactum de successione reciproca*」場合の区別(第6番)を前提に、「死後に何らかの物を遺す旨の合意 *conventio super quibusdam rebus post mortem relinquendis*」の有効性が主張されている。しかも、この合意は、上記区別の前者、つまり、「生存者間贈与のための問答契約 *stipulatio causa donationis inter vivos*」の方式を採用する限りにおいて有効なのではなく、後者、つまり、単なる「相互相続の合意 *pactum de successione reciproca*」であったとしても、「特定の合意 *pactum particulare*」であるが故に「遺言の自由 *liberum testandi arbitrium*」を奪わず、有効と解してよいというのである。この見解によれば、たとえ「相続 *successio*」に言及する合意であってもその対象が「何らかの物 *quaedam res*」という具合に特定されているならば有効ということになり、「特定の合意についてはこの限りではない *secus est in pacto particulari*」との言い回しも含めて、ラートの上記主張に合致する。

ガイルが上記箇所を典拠として唯一指示しているのは、ヤーソン・デ・マイノ *Jaosn de Mayno*(ジャゾーネ・ダル・マイノ *Giasone dal Maino*:1435-1519年)の学説彙纂第45巻第1章「言語による債務関係について *De verborum obligationibus*」第61法文への注釈第19番⁴³⁾であり、注釈dでもそのまま孫引きされている。ヤーソン自身が依頼を受け助言を作成した三つの事案を紹介する

41) 考察126全体の試訳は拙稿「相続と嫁資合意(1)」の注15参照。

42) *Practicae Observationes*, 556. 引用は1616年ケルン刊のテキストによる。

43) 第61法文注釈第19番の試訳は「相続と嫁資合意(1)」注25参照。

同箇所では、貴族兄弟間で家系存続や家産維持の目的で交わされた相続合意について、「当該合意が交わされたのは不動産についてであり、動産については遺言可能で、それ故、自由な遺言能力を奪うことはない *istae conventiones sunt factae de bonis immobilibus non de mobilibus de quibus poterit testari et sic non aufert liberam facultatem testandi*」、あるいは、「この合意は包括的なものではなく特定の財産にのみかかわるものであるから有効である *istae conventiones non erant universales, sed solum super certis bonis*」などと論じられていて⁴⁴⁾、合意対象の特定性に着目する議論の典拠として確かに適切なものといえる。

とはいえ、ガイル説は「相続する旨の相互的合意 *pactum mutuuum de succedende*」一般にかかわるものであった。「家系存続のために兄弟間で為された相互的な贈与、組合、他家間相続契約は有効であり、また、婚姻契約の中にせよその他の機会にせよ、子の無いまま亡くなった場合に自らの財産を全て相手方に贈与する趣旨で交わされた相互的な贈与等も、遺言可能な何らかのものが自らに留保されている限り、如何なる者の間であれ有効である *donationem, societatem et fraternitatem reciprocam valere inter fratres, conservandae agnationis gratia factam, et etiam inter quoslibet, tam in contractu matrimonii, quam alias in vitam, per quam quis alteri omnia sua bona in eum eventum, si sine liberis decedat, dummodo aliquid sibi reservet, sub quo testari possit*」⁴⁵⁾との考察末尾(第9番)の一節からも明らかとなり、「婚姻契約 *contractus matrimonii*」中の特約にあたる夫婦間相続目的の嫁資合意は、目的物の特定性故に例外的に有効となる相互的相続合意の一例にすぎない⁴⁶⁾。

44) *In secundam Digesti novi partem commentaria*, 84. r. 引用は1598年ヴェネツィア刊のテキストによる。

45) *Practicae Observationes*, 556.

46) このガイルの議論が、そこに引用されたニコラ・ボイエ *Nicolas Bohier* (1469-1539年) の『ボルドー高等法院判決集 *Decisiones supremi senatus Burdegalensis*』(1544年初版) 判決355第3番の引き写しであることは、拙稿「相続と嫁資合意(1)」(獨協法学第92号) 121頁参照。なお、合意の相互性に着目する前段と目的物の特定性に

ガイルが参照したヤーソン説も貴族兄弟間の相続合意の効力を論じたものであって、夫婦間相続目的の嫁資合意はそもそも想定されていない。そして、この点は、両者と並んで注釈dで参照されているモデスティヌス・ピストリス Modestinus Pistoris(1516-1565年)の『助言解答集 Consiliorum sive responsorum volumen』第1巻(1587年初版)所収の助言8問題2「異なる家系出身の親族間で、一方の死亡後に他方に封が帰属し、当該封は頭数ではなく株数に応じて分割されるべしとの合意が交わされた場合、当該合意は有効か否か、そしてまた、とりわけ相続人等が別に授封されている場合に彼らをどの程度害することになるのか *Agnati ex diversis lineis, si pacti fuerint, feudo per mortem alterutrius ad eos devoluto, quod istud non in capita, sed in stirpes dividendum sit, utrum hoc pactum valeat, et quatenus praeiudicet successoribus, praesertim si hi aliter investiti fuerint*」第26番⁴⁷⁾にも当てはま

着目する後段とから成るガイルの考察全体の構成に照らせば、この箇所の例示を家系存続目的に限定し「婚姻契約」中の合意から夫婦間相続目的のそれを除いて理解する必要はなく(前掲拙稿122頁の理解はここで訂正する)、その意味では注釈dにおけるガイル説の引用は的確であったといえる。

- 47) “(24.) そこで、根本に立ち戻ること上で上記契約を正当化しあるいは保持しようとするならば、直ちに別の二つの難題が立ちはだかる。それらも一つ目の問題と同様に難問であり解決は容易ではない。第一に、遺産にかんして言えば、A家の全ての人々とその相続人等はその有する限りの遺産を互いに付与し合い、それが生じる場合には当該遺産を契約の内容に従い分割すべく義務づけられているので、彼らは当該契約によって自由な遺言作成の機会を奪われていることになる。というのも、E在住のA家の者等はその遺産を全てRやBに在住のA家の者にのこさねばならず、それ故、他の相続人を指定することも、自らの遺産の何かを親族の誰かにのこすこともできないまま、出口を閉ざされ、誰も自らの遺産について処分することも遺言を為すこともできないからである。ところで、法が明確に定めるところによれば、たとえ自らの遺産であれ片約や約束によっては何人も義務づけられることはない^{とされ【勅法彙纂2巻4章「和解について」第34法文、同2巻3章「合意について」第15法文】、また、自由な遺言権能を奪い善良の風俗にも反するこの種の合意は無効であるとされている【勅法彙纂8巻39章「無効な問答契約について」第4法文】。以上から、アレクサンデル『助言集』第3巻助言28は、そのような合意の当事者が無遺言で亡く}

る。というのも、同箇所では、相続合意はたとえ「相互的 reciproca」であっても無効であるとの議論(第24番及び第25番)を受けて、「兵士への特別な配慮 specialis favor militum」から兵士間の相互的相続合意(「存命であった者に不運にも亡くなった者の財産が帰属する ad eum, qui superstes fuisset, res ejus, cui casus finem vitae attulisset, pertinerent」旨の合意)を例外的に有効とみなした法文⁴⁸⁾と共に、親族間の相互的相続合意であっても「一定の物や不動産に限って交わされた合意 pactum initum super certis rebus vel bonis

なり、合意に反する処分もしていなかったとしても、遺産は合意ではなく遺言によって付与されるものであるから【勅法彙纂5巻14章「嫁資、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】、当該合意に基づいて遺産を保持することはでない旨述べている。

(25.)あるいはまた次のように言われるかもしれない。すなわち、そもそもこれはA家の人々の間における相互的合意であり、それ故、不都合や不利益どころか、死を狙う欲求も惹起されることはなく【論拠は勅法彙纂2巻3章第1法文、同2巻4章第11法文】、単純に為された処分であれば確かに無効であろうが、もしそれが相互的であるならば有効となるというのである【学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について」第7法文2節、勅法彙纂3巻2章「不倫遺言について」第12法文。ヤーソン氏は同法文注釈においてこの立場について多くを論じており、それらは、同じヤーソンが、『封助言集』の中に第8番目と第9番目のものとして収録されている自らの諸助言において、親族の間で一定の物に限定して交わされたこの種の合意に適用したものであった】。

(26.)しかし、勅法彙纂2巻3章第19法文の明白なテキストは以上に反する。このテキストは相互的な合意について述べており、兵士への特別な配慮からそのような合意を容認しているけれども、普通法はその反対であることも示唆しており【学説彙纂1巻3章第14法文及び第16法文】、それ故また、兵士ではない他の人々の間で交わされたそのような合意は無効であることになる。更に、ヤーソンが先に引用した諸助言において論じていたのも、一定の物や不動産に限って、例えば、封のみについて交わされた合意であった。一方、ここでは、合意は包括的な承継について、しかも同時に封と遺産について交わされているので、既に挙げた法に基づき、当該合意は無効となろう。”(Consilia et responsa, I, 104-105. 引用は1587年ライプチヒ刊初版)。

48) C.2,3,19.

immobilibus」についてはやはり例外的な有効性を主張する上記ヤーソン説⁴⁹⁾が参照され、「包括的な承継 *universalis successio*」にかかわるピストリス自身の助言事案の合意には当該ヤーソン説は妥当しない旨指摘されているにすぎないからである。

相続合意禁止の原則をめぐっては、普通法学上、「遺産」のように「相続に相応しい文言」ではなく「贈与」のように「契約に相応しい文言」を用いた合意であれば、そもそも相続合意にはあたらず有効と解し得るという標準注釈以来の通説がまず存していた。その一方で、たとえ「相続に相応しい文言」が用いられた文字通りの相続合意であっても、承継対象が「特定の物」や「個々の

49) ただし、ピストリスがここで引用しているのは第61法文注釈ではなく助言であり、第61法文は別の箇所(第19番:*Consilia et responsa*, I, 103.)で引用されている。ピストリスの言う「先に引用した諸助言 *supra allegata consilia*」とは、「封にかんする助言集の中に印刷され第8番及び第9番として収録されている助言 *consilia, quae sunt impressa inter consilia feudalia, et sunt ordine 8. et 9.*」(第25番末尾)を指すものと解されるが、例えば、1570年にリヨンで出版された『異なる諸博士の著述から集成された封助言集 *Consilia feudalia, ex variorum doctorum scriptis diligentissime collecta*』にはヤーソンの助言は収録されていないようであり、ピストリスが指示している助言が何かは不明である。一方で、ヤーソンの全4巻から成る『助言集 *Consilia*』には、第61法文で言及される三つの助言のうち、二つ目の「アスティ市民であるデ・アシナリス家の貴族 *nobiles de Asinariis cives Astenses*」の間で1423年に交わされ1486年更新された合意にかんする助言が、『助言集』第2巻に助言211として収録されており、そこには、「包括承継を得る旨の合意乃至特約は自由な遺言権能を害するが故に原則として無効である *pactum seu conventio de universali successione obveniendi seu acquirenda regulariter non tenet, tanquam infringat liberam testandi facultatem*」が、「定まった財産例えば不動産にかんする合意は、それらの財産では包括承継は生じず、他の財産について自由に遺言を為すことができ、自由な遺言作成を妨げないので、法によって禁じられてはいない *pactum super certis bonis puta immobilibus non est improbatum a iure: eo quia in eis consistit universalis successio, et quia non aufert liberam testandi factionem, quum de aliis possit libere testari*」との記述(第8番)も見える(*Consilia*, II, 128.v.引用は1581年ヴェネツィア刊のテキストによる)。

物」に限定されている場合には、その例外的な有効性を認める見解もまた、「遺産」を「財産」と読み替える論者や「文言」による区別に懐疑的な論者の存在にもかかわらず⁵⁰⁾、通説的な地位を占めていた。結局、「主張」34におけるラートの意図は、相続合意一般にかかわるこれら通説的理解を夫婦間相続目的の嫁資合意にそのまま当てはめ、普通法上、当該合意が有効となる余地を是認するところにあったことになる。

これに対して、続く「主張」35⁵¹⁾では、「今日、嫁資合意は、たとえ包括承

50) 注釈cでは、前者の例として、ボルポラートとアイモーネ・クラヴェッタAimone Cravetta(1504-1569年)が、注釈dでは、後者の例として、アンドレーア・ファキネーイAndrea Fachinei(?-1607年)がそれぞれ挙げられている。なお、バイエルン公ヴィルヘルム5世(在位1579-1597年)に招かれ1587年から十年にわたってインゴルシュタット大学で教えたファキネーイは、ラートの先達にあたるが、その著書『法学論争集第二部Controversiarum iuris pars secunda』(1596年初版)の第5巻第84章「合意によって遺産が付与され得るか否かをめぐる幾つかの論争。第一の論争、遺産の全体ではなく財産の一部が合意によって与えられた場合、当該合意は有効か Controversiae aliquae, an haereditas pacto dari possit. Et prima, qui si non tota haereditas, sed pars bonorum ex pacto detur, an valeat.」で展開された徹底した通説批判は当地に根付くことはなかったようである。

51) “XXXV しかし、今日、嫁資合意は、たとえ包括承継にかかわるものであっても、我々の慣行と周知のドイツの慣習法に基づき、さしあたり、生存者間の合意乃至行為の法や効力によってではなく、終意処分乃至死因贈与の効力の範囲で存続する。従って、それらの嫁資合意に5名の証人は不可欠である上に、後悔した当事者の意のままにたとえ相手方の意に反してでも取り消すことができる。

論拠となるのは勅法彙纂第6巻第36章第8法文と同第8巻第57章第4法文である。そして、この慣習法は、普通法に反するが故に、厳格に以下のような意味に解釈されるべきである。すなわち、この種の混合合意は、取り消されない限りにおいて、当該合意に基づき、あたかも終意処分によるかのように、遺産を承継するという性質を有するものと解されねばならない【ミュンシゲルス『個別考察集』第2集考察33第10番。そこには、帝室裁判所がその旨判示したとある。ガイル『実務考察集』第2巻考察126第3番以下、ダウティウス『体系的遺言論』第84番、ウーセンベキウス『学説彙纂注解』第23巻第4章注解第4番の「ただし5名の証人の立会云々」で始まり、判決にも言及する箇所】。(Dissertatio juridica, 43.)

継にかかわるものであっても、我々の慣行と周知のドイツの慣習法に基づき有効に存続する *hodie ex moribus nostris et notoria Germaniae consuetudine pacta dotalia etiam de universali successione concepta substitunt*』とされている。主としてイタリアの諸博士によって継承維持されてきた相続合意に関する上記通説は、「ドイツ *Germania*」においてそのまま通用しているわけではなく、少なくとも「嫁資合意 *pacta dotalia*」については、夫婦間相続目的の嫁資合意のように「包括承継 *universalis successio*」にかかわるものであっても、有効とみなす「我々の慣行と周知のドイツの慣習法 *mores nostri et notoria Germaniae consuetudo*」が存するというのである。ただし、そのような嫁資合意は、「さしあたり、生存者間の合意乃至行為の法や効力によってではなく、終意処分乃至死因贈与の効力の範囲で存続する *subsistunt, interim non tam iure aut in vim pactorum seu actuum inter vivos, quam potius quoad effectum ultimarum voluntatum, sive donationum mortis causa*』とされ、それ故、「終意処分乃至死因贈与 *ultima voluntas sive donatio mortis causa*」に準じて、「5名の証人が不可欠である *quinque testibus indigeant*」し、「後悔した当事者の意のままにたとえ相手方の意に反してでも取り消すことができる *pro libero poenitentis arbitrio, altera quoque parte invita possint revocari*』とされる。

注釈には、上記主張の論拠として、まず二つの法文が引用されているが、一つは、「遺言を除く全ての終意処分において5名の証人が同時に立ち会わねばならない *in omni ultima voluntate excepto testamento quinque testes in uno eodemque tempore debent adhiberi*』とする法文⁵²⁾、もう一つは、「5名の証人の立会の下に誰かが死因贈与を為そうとしたのであれば為された事柄は強固な裏付けをもって存続する *si quinque testibus praesentibus aliquis voluerit mortis causa donationem facere, res gesta maneat firmitate vallata*』とする法文⁵³⁾であって、何れも相続合意や嫁資合意に言及するものではない。「遺言 *testamentum*」にあたらぬ小書付 *codicilli* のような「終意処分 *ultima*

52) C.6,36,8,3.

53) C.8,57,4.

voluntas」や「死因贈与 mortis causa donatio」について「5名の証人 quinque testes」が求められるという点がこのように普通法上明白であるとしても、これらの法文を論拠に、「包括承継」にかかわる「嫁資合意」についても「5名の証人」を要する旨主張するためには、「周知のドイツの慣習法 notoria Germaniae consuetudo」の下で有効とされるはずの当該嫁資合意が「終意処分」や「死因贈与」に準じた処遇を受けるのはそもそも何故か答える必要がある。ここで注釈は、「当該慣習法が普通法に反する以上、この点については厳格に捉えねばならない id, ut consuetudo haec iuri communi contraria stricte accipiatur」と述べている。「嫁資合意」による「包括承継」は相続合意を禁ずる「普通法 ius commune」に明らかに反しており、この「普通法」との矛盾を最小限に抑えるために、形式としては合意でありながら、その効力においては相続につき「普通法」が求める終意処分の性質をも合わせ持った一種の「混合合意 pacta mixta」として当該「嫁資合意」を捉え直し、その限りで「慣習法 consuetudo」に基づく当該嫁資合意の効力を制限的に解釈すべしというのが注釈の趣旨のようである。つまり、この「混合合意」としての「嫁資合意」は、「取り消されない限りにおいて、当該合意に基づき、あたかも終意処分によるかのように、相続が生じ得るとの性質を有する cuiusdam naturae esse, adeoque ex ipsis non revocatis perinde atque ex ultimis voluntatibus successio obtineri possit」にすぎないというのである。

包括承継を目的とする嫁資合意の効力を制限し「終意処分乃至死因贈与」に準じて捉えることで「普通法」との矛盾を回避する上記見解について、注釈は、実務上学説上の典拠を四つ掲げている。一つ目は、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)の『帝室裁判所裁判個別考察集 Singulares observationes iudicii Imperialis Camerae』(1563年全4集版、1580年増補全5集版、1584年増補全6集版)第2集考察33「夫婦間における生存者間贈与及び相続合意について De donationibus inter virum et uxorem inter vivos et pacto successorio」⁵⁴⁾第10番

54) “<1. 生存者間贈与は夫婦相互間では禁じられている。> 夫婦間贈与が無効である

ことは周知のとおりである【学説彙纂24巻1章第1、第2、第3各法文、ヤーソンの勅法彙纂2巻3章第6法文注釈】。そして、それは、相手を愛するがために互いが財産を失うことのないようにする等、上記箇所に述べられている諸理由に基づく。

〈2. そのような贈与は死亡によって確証される。〉また、たとえその種の贈与が死を以て法により是認されるのだとしても【勅法彙纂5巻16章第25法文。アレクサンデルも『助言集』第2巻助言26、同第5巻助言142及び143でそう述べている】、〈3. ただし目的物の引渡が死亡前になされた場合にのみ。〉バルドゥスが『助言集』第1巻助言26で述べるとおり、この点が当てはまるのは目的物の引渡が既に為されていた場合やそれに匹敵する場合に限られる。〈4. 夫婦間の死因贈与は有効である。〉また、夫婦間の死因贈与が有効であるのも同様の意味においてである【学説彙纂24巻1章第26法文1節と第27法文の組み合わせ】。〈5. 宣誓によって裏付けられた生存者間贈与も同様である。〉更に、生存者間贈与に宣誓が付加された場合にも同じことが言える。というのも、バルトルスの学説彙纂35巻2章「ファルクディウス法について」第27法文注釈や同46巻1章「保証人及び保証委任者について」第56法文注釈、フェデリクス・デ・セニス『助言集』第6巻助言137、キーンヌスの勅法彙纂1巻2章第1法文注釈、カピュキウス『ナポリ王国神聖顧問会判決集』判決261、フランキスクス・デ・アレティオ『助言集』助言74【「第二に云々」の行では当該見解が通説であるとされている】によれば、そのような贈与は有効となるからである。〈6. 夫婦間の相互的贈与は有効か。〉以上に関連して繰り返し疑念の対象となっているのは、夫婦間で婚姻存続中に交わされた相互的贈与で、一方が子の無いまま亡くなった場合に先に亡くなった者の財産が存命者に帰属する趣旨のものが果たして有効なのかどうかである。〈7. 否定説が提示される。〉この点、そのような合意は法によって禁じられている将来相続の合意に当たり【勅法彙纂2巻3章第15法文及び第30法文、学説彙纂45巻1章第61法文】、〈8. 将来相続の合意は認められない。〉一般市民間では無効であるとの理由で【勅法彙纂2巻3章第19法文及びバルトルス、バルドゥス、サリケトの同法文注釈】、否定的に解されている。〈9. シチリアの修道院長の見解。〉シチリアの修道院長 [=ニコラウス・デ・トゥデスキス=パノルミタヌス]『助言集』第2巻助言48も同趣旨であり、そこには、夫婦間で婚姻存続中に交わされた相互的合意は、たとえ宣誓によって裏付けられていたとしても、如何なる効力も有しないとされている。この点については、学説彙纂39巻6章第27法文のテキストも論拠となると解される【バルトルスの同法文注釈へのアレクサンデルの補注。同じくアレクサンデル『助言集』第3巻助言28も同趣旨】。〈10. 夫婦間の相続にかんする相互的合意は有効であるとの肯定的見解の方が正しい。〉しかしながら、これとは反対の

である。この考察³³では、まず、夫婦における「生存者間贈与 donatio inter vivos」の無効が確認され(第1番)、例外的に有効となる場面として、贈与者が贈与を撤回しないまま亡くなり、なおかつ、「目的物の引渡 traditio rei」が生前に為されていた場合(第2番及び第3番)と、「生存者間贈与」が「宣誓 juramentum」によって裏付けられている場合(第5番)が挙げられている。贈与者の「死」によって有効となる点に着目して夫婦における「生存者間贈与」を「死因贈与 donatio causa mortis」に類比する箇所(第4番)は、夫婦間相続目的の嫁資合意を「終意処分乃至死因贈与」と読み替えるラートの主張の典拠として援用することもあるいは可能かもしれないが、注釈には引用されていない。

注釈で実際に引用されているのは、「夫婦間で婚姻存続中に交わされた相互的贈与で、一方が子の無いまま亡くなった場合に先に亡くなった者の財産が存命者に帰属する趣旨のものが果たして有効なのかどうか an donatio reciproca facta inter conjuges constante matrimonio, quod si unus ab humanis sine liberis decedat, bonapraemorientis ad superstitem pervenire debeant, jure

見解、すなわち、周知のドイツの慣習法上も通用していると解される反対説がより正しく、その上、帝室裁判所においても判決の中でこの点が是認された。すなわち、夫婦間で交わされた合意は、相互的かつ交互的であり、当該合意において妻には如何なる不利益も生じないので有効であるとされたのである。〈11. この立場の著者らが引用される。〉この見解を採るのはキヌスの勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第12法文注釈であり、バルドゥス、デ・サリケト、デ・カストロはそれぞれ同法文の注釈でキヌスに与している。また、ヤーソンは、その同法文注釈にあるとおり、多くの論拠によって当見解を詳細に裏付けている。更に、ポエリウス『ブルジュ市慣習法注解』「婚姻及び寡婦分にかんする慣習法について」第1条注解の中ほど「ところで、夫婦の間でしばしば生じる問題についてここで論じることにする云々」の行の詳細な論述も参照せよ。ヒッポリトゥス・デ・マルシリウス『重要論点集』論点50、ヤーソンの学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第5法文注釈第12段「第三の効力とは云々」の行、アンドレアス・バルバティアの学説彙纂45巻1章第21法文注釈も同旨。”(Singulares Observaciones, 105-106.ラートの『相違集』における引用と欄外番号の一致する1624年ヴィッテンベルク刊のテキストによる。)

subsistat ?」(第6番)という従来から議論のあった問いについて、無効説を退け、「周知のドイツの慣習法上も通用していると解される反対説 *contraria sententia, quam notissima quoque Germaniae consuetudine invaluisse videmus*」、つまり、有効説が「より正しい *verior est*」と述べた箇所(第10番)である。ミュンジンガーによれば、「帝室裁判所においても判決の中でこの点が是認された *in Camera quoque Imperii iudicando firmato*」とされ、「夫婦間で交わされたそのような合意は、相互的かつ交互的であり、当該合意において妻には如何なる不利益も生じないので有効である *tale pactum inter conjuges initum valere, quia reciprocum et vicissitudinarium est, in quo nullum fit mulieri praejudicium*」と、その判断内容が簡潔に紹介されている。遺産承継を内容とする夫婦間贈与をその相互性故に有効とみなすこの帝室裁判所の実務に注釈が着目していることは、「そこには帝室裁判所がその旨判示したとある *ubi ita in Camera iudicatum testatur*」との指摘からも明らかである。しかし、注釈の言う「その旨 *ita*」とは、文脈上、夫婦間相続目的の「嫁資合意」が「混合合意」の一種にあたり、「取り消されない限りにおいて、当該合意に基づき、あたかも終意処分によるかのように、相続が生じ得るとの性質を有する」との趣旨であるはずだが、ミュンジンガーの論述からそのような内容は読み取れない。というのも、ミュンジンガーが論じているのは嫁資合意ではなく「夫婦間で婚姻存続中に交わされた相互的贈与 *donatio reciproca facta inter conjuges constante matrimonio*」であるし、終意処分等への類比や撤回の可否についても全く言及されていないからである。

このような主張内容と典拠との齟齬は、次に引用されるガイルの『実務考察集』第2巻考察126との関係においても見て取れる。既にみたとおり、ガイルの考察126は、「遺産」や「相続」といった文言を用いた文字通りの相続合意を目的物の特定性故に例外的に容認する普通法学説の典拠として参照済みである(「主張」34の注釈d)。そこで引用されていた箇所(第8番)は、相互相続の約束が生存者間贈与の形式で為される場合と文字通りの相続合意として為される場合とを区別し、この合意形式の区別を敷衍する考察の後半部分(第6番以下)に属していた。これに対して、考察の前半部分は、冒頭で相続合意禁止の

原則を確認した後、「他方が子の無いまま亡くなった場合にその財産が存命者に帰属する *alterutro sine liberis mortuo, ad superstitem bona perveniant*」旨の合意はそれが「相互的で互換的 *mutuum et reciprocum*」である限り有効であるとの議論が展開されており、注釈が新たに引用した箇所（「第3番以下」）はこちらに含まれる。しかし、そこには、「相互に相続する旨の夫婦間の贈与乃至合意は直ちにそして婚姻の存続する限り有効である *donationes et pacta reciproca de succedendo inter coniuges, statim constante adhuc matrimonio valeant*」（第3番前段）とあるだけで、当該「贈与乃至合意 *donationes et pacta*」が「混合合意」に相当するとの指摘はやはり見られない。それどころか、「相互に相続する旨の合意 *pacta mutua de succedendo*」は「将来の相続にかんする合意 *pactum futurae successionis*」ではなく「生存者間贈与の一種 *species donationis inter vivos*」であるとの見解がオルドラドゥス・デ・ポンテ Oldradus de Ponte(?-1335年)『助言集 *Consilia*』助言139⁵⁵⁾を筆頭とする相

55) オルドラドゥスの助言139の要点とガイルの考察126における援用については、ゲオルク・ベーゼラー Georg Beseler (1809-1888年)が『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 Erbeinsetzungsvertrag im Allgemeinen*』（1837年）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 *Germanische Auffassung der Erbverträge*」において既に分析している（この第6節全体の試訳は「ベーゼラーの相続契約学説史（下）」獨協法学第99号参照）。オルドラドゥスの扱った事案が「アウフラッスンク *Auflassung*」の方式によるドイツ法古来の「譲与 *Vergabungen*」であったとのベーゼラーのゲルマニスト的解釈（*Allgemeiner Teil*, 162.）の是非はともかく、ガイルが、遺産継承を目的とした生存者間贈与にかんして、オルドラドゥスを明示的に参照しているのは、ベーゼラーが着目する点、つまり、「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 *sogleich geschuldet, wenn die Zeit der Einforderung auch aufgeschoben sey*」との特異な法律構成ではなく、当該贈与が相互的であるが故に有効とされた点であった（後注61でのニコラ・ボイエにおけるオルドラドゥスの引用も参照せよ）。それ故、前者の法律構成のみについて「ドイツ法学 *deutsche Jurisprudenz*」への「多大な影響 *großer Einfluß*」を指摘するベーゼラーの論法（*Allgemeiner Teil*, 164.）は一面的と言わざるを得ない。

当数の典拠と共に提示され(第3番後段)、死亡前における「引渡や登録は不要である neque traditione, neque insinuatione opus sit」し(第4番)、当該合意の相互性に照らせば「交換 permutatio」や「売買 venditio」と同じく「撤回できない revocari nequeant」とも明言されている(第5番)。

ガイルの『実務考察集』は、ミュンジンガーの『個別考察集』と同じく、帝室裁判所の判決を素材とした実務考察文献ではあるが、考察126には、他の諸考察には散見される「帝室裁判所にて是認された in Camera confirmata fuit」との言い回しは見当たらない。その一方で、ラートの「主張」35の注釈で引用された「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」の有効性を指摘した上記箇所(第3番前段)は、ミュンジンガーが帝室裁判所の実務として伝えている点と内容的に符合する上、引用された典拠もその大半において一致している。ガイルは先達であるミュンジンガーの著作を引用してはいないが、相前後して帝室裁判所の陪席判事 adessorを務めた両者⁵⁶⁾が同一乃至類似の事案を念頭に置いて論じている可能性は非常に高い⁵⁷⁾。アルノルト・フォン・ライガー Arnold von

56) ベトルス・デナイシウス Petrus Denaisus(ペーター・デネー Peter Denais : 1560-1610年、1590年から亡くなるまで世俗選帝諸侯領選出陪席判事代理を務める)『帝室裁判所法、別名、最新法提要 Jus camerale, sive novissimi juris compendium』(1600年初版)の第7版(1652年シュトラスブルク刊)の付録『帝室裁判所人名録 Judicii camerae imperialis personae』によれば、ミュンジンガーはオーバーラインクライス選出の陪席判事を1548年から1556年まで、ガイルはトリアー選帝侯領選出の陪席判事を1558年から1569年まで、それぞれ務めている(Jus camerae, 712/722)。

57) よく知られているとおり、ガイルの『実務考察集』が公刊された後、ガイルはミュンジンガーによって自著からの剽窃を指摘され非難されている。すなわち、『個別考察集』の第6集増補版(1584年)に新たに付されたブレーメン大司教ハインリヒ Heinrich 3世(1550-1585年: ザクセン=ラウエンブルク Sachsen-Lauenburg家出身でオスナブリュック及びバーダーボルンの両司教領の統括者 administratorも兼ねた)宛ての献呈文の中で、ミュンジンガーは、「今から数年前に、今日無名とはいえない法律家アンドレアス・ガイリウスが、『実務考察集』、並びに、二つの最重要の帝国法について著された『ラント平和令論』と『訴訟担保論』においてこの著作分野で

目を引く極めて有益な成果を確かにもたらし、その中で彼が一層優れた編別と詳細な叙述方式を用いていることは私のはっきり認めるけれども、彼が、その著作の中で私の名前や考察集には一切言及することのないまま、何年も前に公にされた私の『帝室裁判所個別考察集』から多くを借用し、大抵は分解して彼の考察集に詰め込んでいるのは明らかである。学識のある者ならばいったい誰がそのようなことを是認しその上賞賛したりするであろうか。正義の仕える者、法律を司る者を自任する人々に実際それは相応しいことなのだろうか。裁判は善良で高潔な人士に委ねられてしかるべきであろう。praestitit quidem paucis ab hinc annis operam in eo scripti genere strenuam, atque utilissimam Andreas Geilius, Iurisconsultus nostra aetate non incelebris, tam in practicis suis observationibus, quam in libris, ad duas gravissimas Imperii constitutiones, De pace publica, et de pignorationibus, conscriptis, in quibus meliore ipsum ordine, ac stylo pinguiori usum esse, palam profiteor: multa tamen eum (quod venia ipsius dictum esto) ex meis, multis retro annis in lucem publicatis, singularium observationum Imperialis Camerae centuriis mutuatum esse, suisque frustillatim fere infarsisse, nulla vel mei nominis, vel mearum observationum in toto suo opera facta mentione, in comperto est: Idque doctissimi quique non attestantur solum, sed potius admirantur, an vero hoc eos, qui iusticiae Sacerdotes, legumque Magistros sese profitentur, deceat, cuiusque boni atque ingenui viri iudicium esto) (Singulares observationes, B.R.-v.引用は1584年ヘルムシュテット刊のテキストによる)、と強い調子で述べているのである。これに対して、ガイルは、『実務考察集』第4版(1586年:『拿捕召喚論Tractatus singularis de manuum iniectioibus』を新たに増補)に際して付された「任官志望者と親愛なる読者に対する著者序言Author ad candidos et benevolos lectores」の中で、剽窃の疑いを丁重に退けた上で、「そのように自ら述べている彼[Miunzinger]は最初に手をつけ首尾よく作業しており、よく吟味された最新版には、[私の『実務考察集』の公刊から]まるまる6年も後に、その間私に対する苦情をあるいは皇帝陛下の面前に提起することもなく、六つ目の考察集が付け加えられているのであるが、その最新版において、従来の考察が幾つか省かれて新たな考察が代わりに補充される際、多くの箇所での私の著書から文言そのままに繰り返し借用する様子が至る所に見受けられ、その上、それに気づかない読者や後世の人々の目を誤魔化そうと古い判決を幾つか付け加えて、彼の著述が私のよりもはるかに古いのだと説き伏せようとしているのだとすればどうであろう quod si hoc ille de seipso dicens a se primum inciperet, non male collegisset, maxime inspecta postrema sua editio, cui post

Reyger(1559-1615?年)がミュンジンガーの『個別考察集』(ヘルムシュテット刊1594年以降)に、ヴァルター・ギュムニツヒ Walter Gymnich(生没年不詳)がガイルの『実務考察集』(ケルン刊1626年版以降)にそれぞれ付した欄外注においても、考察33(「第6番以下」)と考察126(「第2番から第4番」)が相互に参照されている⁵⁸⁾。ラートの「主張」35の注釈も、おそらくこれらの欄外

integrum sexennium, nulla interim de me instituta querela, forte propter Sacrae Caesareae Maiestatis praesentiam, sextam Ceturiam adiecit, in qua, omissis quibusdam prioribus, novisque Observationibus substitutis, ita disperse vagatur, ut multis in locis plurima a me verbotenus mutuatus sit, additis quibusdam antiquis praeiudicis, ut sic incauto Lectori et sincere posteritati fucum faceret, suaque scripta meis, multo tempore priora, persuaderet」(Practicae observationes, ++2.v.引用は1586年ケルン刊第4版による)と述べて、逆にミュンジンガーによる剽窃を指摘している。その後間もなく両者が相次いで亡くなったためこの論争に決着がつくことはなかった。本稿で参照したミュンジンガーの考察33とガイルの考察126をみる限り、考察の要点と引用される典拠が符合するに留まり、表現や言い回しを含めた類似性は見られない。その意味で「借用した mutuatum esse」との指摘がどの程度当てはまるのかは判断が難しい。両者がそれぞれ別の機会に同一乃至類似の裁判資料に接して、他の関連論点と組み合わせつつ考察を著したとの解釈も十分可能であり、上記二つの考察に見える典拠も、一方からの借用などではなく、帝室裁判所で用意された裁判資料に元々付記されていた可能性も否定できない(次注58も参照)。他方で、ガイルがミュンジンガーの著作とその反響を知りつつ敢えてこれを引用しなかったのは確かであろう。この点、学問上の対抗意識ではなく、ミュンジンガーの『個別考察集』が当初帝室裁判所から守秘宣誓違反との疑いをかけられた点や、ミュンジンガーが陪席判事退任後ブラウンシュヴァイク＝ヴォルフエンビュッテル候領 Fürstentum von Braunschweig-Wolfenbüttelの尚書長官 cancellariusとして親プロテスタント政策に与した点に対するガイルの消極的な評価をその理由として推測する見解(Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, I [1880], 499.)も古くから存するが、真相は不明である。

58) なお、これらの欄外注においては、更に、ハルトマン・ハルトマン・フォン・エッピンゲン Hartmann Hartmann von Eppingen(父ハルトマン Hartmann der Ältere: 1495?-1547年)とベルンハルト・ヴルムザー・フォン・シャフタルスハイム Berhhard Wurmser von SchafftalBheim(生没年不詳)による『一部はプファルト選

注に導かれて、ミュンジンガーと共に、帝室裁判所の実務の典拠としてガイルを引用しているのであろう。

ところで、ミュンジンガーは、帝室裁判所においても是認された見解として、遺産承継を目的に夫婦間で為される相互的贈与を有効と解する学説に言及するに先立って、古くから根強く存する無効説についても有効説以上に詳しく紹介している（考察33第6番から第9番）。帝室裁判所の実務をその典拠とともに簡潔に提示することを旨とするミュンジンガーの考察の叙述からすると若干奇

帝侯ルートヴィヒ [5世] 及びフリードリヒ [2世] 陛下の正義溢れる選帝侯顧問会、一部は偉大なる帝室裁判所にて取材された実務考察集 *Practicae observationes, partim in iustissimo Electorali consistorio illustrissimorum Comitum Palatinorum, Ludovici et Friderici Electorum, partim in amplissimo Camerae Imperialis iudicio collectae*』（ハルトマンの同名の息子 *Hartmann der Jüngere* [1523-1586年：1565年から67年までプファルツ選帝侯領選出の帝室裁判所陪席判事を務めている] による編集で1570年初版）から、ハイデルベルク大学教授を経て晩年はプファルツ選帝侯の尚書長官を務めた父ハルトマンの手になる第2巻第44章「贈与について *De donationibus*」考察2 [ただし1570年バーゼル刊初版では考察3] 「夫婦間贈与は如何なる場合に有効か *Donatio inter conjuges quando valeat?*」が引用されており、その第8番には、「相互的贈与 *reciproca donatio*」は「単なる無償行為とは解されない *non videatur mera liberalitas*」から「有効である *tenet*」とのバルドゥス説に加え、「夫婦は、一方が先に亡くなったならば他方がその財産を取得するというような相互的贈与を為すのが秘訣である *cautela est, quod coniuges faciant sibi mutuam donationem: videlicet si contingat alterum praemori, alter superstes habeat bona sua*」とのバルトロマエウス・カエポラ *Bartholomaeus Caepolla* (?-1477年) の見解が紹介されている (*Practicae observationes*, 404.引用は欄外番号の付された1607年ケルン刊のテキストによる。ギュムニツヒの欄外注は第8番以下を特定して参照を指示している)。この考察が、1547年に亡くなり自身は帝室裁判所陪席判事の経験はない父ハルトマンの著述であり、著作表題にあるとおり「帝室裁判所にて取材された *in Camerae Imperialis iudicio collecta*」のものであるとすれば、1548年に陪席判事に任官したミュンジンガーが後にガイルによる自著の剽窃を批判する以前から三者が相次いで取り上げることになる素材自体は存在していたことになり、三者がそれぞれ独自に同一あるいは類似の裁判資料に接した可能性も否定できない。

異に映るこの両論対置は、実際、ミュンジンガー自身によるものではなく、有効説の典拠の一つとして挙げられているニコラ・ボイエ Nicolas Bohier (1469 - 1539年) の『名高きブルジュ市及び市外域慣習法注解 *Consuetudines inclitae civitatis et septenae Biturigum glosatae*』(1508年初版)からの引き写しである。具体的には、ブルジュ市及び市外域慣習法 *Les coutumes de la ville et septaine de Bourges* (1481年成文化) 第8章「婚姻及び寡婦分にかかわる慣習法について *Des coutumes concernans les mariages et douaires*」⁵⁹⁾ 第1条⁶⁰⁾の文言「その婚姻が存続する限り贈与できない云々 *constant leur mariage donner*」に付された注解の一節⁶¹⁾が典拠も含めて借用されている。しかもその

59) Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier general*, III (1724), 912.

60) “婚姻した男女は、その婚姻が為され完遂された後、慣習法によれば、その婚姻が継続し存続している限り、生存者間においてであれ終意処分としてであれ、贈与や譲与によって互いに財産を移転することはできないし、間接的にせよ直接的にせよ財産が一方から他方に移転するような何らかの契約を締結することもできないが、婚姻が為され披露されても完遂される前であれば、互いに贈与し譲与し移転することができるし、それ以外に、普通法に従い契約を締結することもできる *Homme et femme mariez apres leur mariage fait, et consume, ne peuvent par la coutume, durant et constant leur mariage, donner, ceder, ne transporte l'ung a l'autre, neque inter vivos, neque in ultima voluntate, ne faire quelconques contractz, par lesquelz biens de lung viennent a l'autre, neque perobluquum, neque de directo, mais bien paravant leur mariage fait et solemnize, non consume, peuvent donner, ceder, et transporter l'ung a l'autre, et aultrement contracter selon disposition de droict commun*”

61) “…ところで、夫婦間でしばしば生じる次のような問題についてここで論じることにしたい。すなわちそれは、夫婦の一方が夫婦自身の身体から生まれ出た子のないまま亡くなった場合に、先に亡くなった者の財産が存命の者に帰属する旨、婚姻契約中で交わされた合意は有効かどうかという問題である。この点、そのような合意は、勅法彙纂2巻3章第19法文及びバルトルス、バルドゥス、サリケトゥス、パウルス・デ・カストロ、ヤーソンの同法文注釈にあるとおり、一般市民間では無効であるとの理由で無効であると解されている。というのも、勅法彙纂2巻3章第15法文及び第30法文や学説彙纂45巻1章第61法文のように、当該合意は、無効である将来

相続の合意に当たるからである。シチリアの修道院長『助言集』第2巻助言48も同趣旨であり、そこには、夫婦間で婚姻存続中に交わされた相互的贈与は、たとえ宣誓によって裏付けられていたとしても、無効であるとされている。この点については、学説彙纂39巻6章第27法文のテキストも論拠となり、バルトルスの同法文注釈へのアレクサンデルの補注、同じくアレクサンデル『助言集』第3巻助言28も同旨である。しかし、アレクサンデル自身が、学説彙纂24巻3章「婚姻解消時の嫁資返還請求について」第44法文1節注釈の中で反対の立場をとっており、そこでは多くの論点を取り扱われているとはいえ、この問題については、夫婦間で為された相互的贈与は婚姻中であっても有効である旨主張している。また、オルドラドゥス・ラウデンシスの『助言集』助言139も同旨であり、そこには、二人の兄弟が両者の間で上記のような合意を交わした場合、それは、前掲勅法彙纂2巻3章第19法文及び学説彙纂39巻5章第1法文の各標準注釈にあるとおり、交互的であるが故に有効であると述べられている。更に、[グイレルムス・デュランティスの]『法の鏡』「証拠作成について」の「更に云々」 [= 第14節「死因贈与及び生存者間贈与の形式について」へのヨハネス・アンドレアエの補注後段]「事案について別の問題があった。すなわち、二人の兄弟が云々」の行、アルベリクス・デ・ロサーテとサリケトゥスの勅法彙纂2巻3章第30法文注釈、ヤーソンの同法文注釈第3段「第四に制限される云々」の行及び同最終段、アレクサンデルの前掲勅法彙纂2巻3章第19法文注釈及び同『助言集』助言84第6段「第二に云々」の行、ルドウィクス・デ・ローマ『助言集』助言26第1段、アンゲルス『助言集』助言179も同旨。独自の言い回しであるがほぼ同旨なのはオルドラドゥス『助言集』助言5とカルデリヌス『助言集』第1章「贈与について」。バルドゥスの学説彙纂28巻5章「相続人指定について」第72法文注釈、ゲオルギウス・ナッタの第六書1巻18章「合意について」第2節注解第41段「これに対してバルドゥスは述べている云々」の行、フランキスクス・デ・クルテ『助言集』助言1第7段も同旨。そうであるならば、上記のような合意が婚姻契約の中で交わされた場合には一層強い理由で有効となろう。例えば、夫と妻の間で婚姻契約時に、妻が先に亡くなったならば[夫が]嫁資全てを享受する旨の合意を交わすことは可能であると、アレクサンデルが前掲学説彙纂24巻3章第44法文1節注釈第3段「第二の場合云々」の行においてイモラに与して述べている。そのように言えるのは、学説彙纂23巻4章第2法文という独特な法文や同33巻4章「嫁資の優先遺贈について」第1法文、同法文標準注釈、バルトルスの同法文注釈にあるとおり、法が許している場合においてである。そしてまた、妻が未成年であったとしてもそのように言えるのは、勅法彙纂2巻33章「嫁資に対する原状回復について」第1法文にあるとおり、明らか

借用はミュンジンガー自身の考察の都合に合わせたいささか強引かつ巧妙なも

であり、バルドゥスの同法文注釈第2番、アンゲルス・アレティヌスの法学提要4巻6章「訴権について」第29節注釈第24段、バルトルス『助言集』助言126、マリアヌス・ソキヌス・デ・セニスの学説彙纂24巻3章第2法文注釈第2段「第二に制限される云々」の行も同旨である。更に、妻に不利益な場合にも当該合意は有効である旨、ルドウィクス・ボログニヌスが勅法彙纂6巻61章「家父権に服する子等が婚姻その他によって取得する財産について」第3法文の第2注釈で主張している。そうであるならば、合意が相互的乃至交互的で妻にとって不利益でない場合には一層強い理由で有効となろう。しかも、我々が審理の求めに対して動揺しなくても済むように、キヌスがこの問題を勅法彙纂3巻28章「不倫遺言について」第12法文注釈において模範的に論じており、その箇所でも当該合意が有効である旨主張している。そして、バルドゥス、サリケトゥス、パウルス・デ・カストロもそれぞれの同法文注釈においてキヌスに与している。また、ヤーソンの同法文注釈は極めて詳細で、彼は論拠を幾つも挙げてこの結論を裏付け、当該合意が婚姻存続中に交わされたとしてもそうであるとしている。更に、ヒッポリトゥス・デ・マルシリウス『重要論点集』論点50、ヤーソンの学説彙纂1巻1章「正義及び法について」第5法文注釈第12段「第三の効力とは云々」の行の簡略な叙述、アンドレアス・バルバティアの学説彙纂45巻1章第21法文注釈も同旨である。以上からすれば、当地の慣習法において、婚姻契約の中で交わされたこの種の相互的贈与は有効とされ是認される。なぜなら、当慣習法は、既に述べたとおり、婚姻の披露に先立って普通法に従い、夫婦間で贈与を為すことを容認しているからである。勅法彙纂4巻48章「売買の締結について」第6法文と諸博士の同法文注釈、勅法彙纂9巻9章「姦通等にかんするユリウス法について」第30法文の公撰集引用要約文第1末尾によれば、当慣習法と同様、婚姻契約の中で定められた合意は有効であるとの慣習法が導かれる。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との間に争いが生じた場合」第1項の「生まれた子等云々」の節、バルドゥス、枢機卿[フランキスクス・ザパレラ]、アレクサンデルの同節注釈も同旨と解される。特に見事なのはカエポラ・ウェロネンシスの『特約論』第155論である。パリシウスは特に用益権にかんしてこの立場であり、婚姻中であっても夫は妻に妻は夫に用益権を贈与できるとされる。フランス王国の多くの地域において、婚姻中に交わされた用益権の贈与は有効とされており、この点については、フランキスクス・デ・クルテ『助言集』「封について」助言8第4段を参照されたい。当慣習法はそれ故順守されるべきである。…”(Consuetudines, LXI.v. – LXII.r.引用は1547年パリ刊のテキストによる。)

のである。まず、ボイエがこの箇所で論じようとしているのは、「夫婦間で婚姻存続中に交わされた相互的贈与で、一方が子の無いまま亡くなった場合に先に亡くなった者の財産が存命者に帰属する趣旨のものが果たして有効なのかどうか」ではなく、「夫婦の一方が夫婦自身の身体から生まれ出た子の無いまま亡くなった場合に、先に亡くなった者の財産が存命の者に帰属する旨、婚姻契約中で交わされた合意は有効かどうか in contractu matrimonii est conventum, quod si unus ab humanis sine liberis decedat ex eorum proprio corpore procreates: quod bona praecedentis perveniant ad superstitem, an valeat」であった。つまり、ミュンジンガーは、夫婦間相続目的の婚姻特約（嫁資合意）をめぐるボイエの議論を、婚姻成立後に同じ目的で交わされた夫婦間贈与に転用しているのである。ボイエはまず、当該婚姻特約が私人間の相続合意の一種にあたりと捉えた上で、兵士間についてのみ例外的に相続合意を認める法文⁶²⁾とバルトルス等の注釈を私人間相続合意無効論の典拠として掲げている。続いて、特に「夫婦間で婚姻存続中に交わされた相互的贈与 *mutua donatio facta inter coniuges constante matrimonio*」について、「たとえ宣誓によって裏付けられていたとしても無効である *etiam iuramento firmata non valet*」とするアレクサンデル・デ・タルタゲニス Alexander de Tartagnis(1424?-1477年)の見解が参照されており、ミュンジンガーが相互的夫婦間贈与無効説として借用したのは、この私人間相続合意無効論からアレクサンデル説に至る箇所であった。

実のところ、ボイエの著書からの借用は上記箇所に限られない。上記箇所の後、ボイエは、「夫婦間で為された相互的贈与は婚姻中であっても有効である *valeat donatio mutua facta inter coniuges etiam constante matrimonio*」としたアレクサンデルの出所を異にする矛盾疑わしい説に加えて、兄弟間での「相互的贈与 *donatio mutua*」を有効としたオルドラドゥスの助言139を筆頭に相互的贈与有効論の典拠を相当数列举し、「上記のような合意 *dictum pactum*」、つまり、子がない場合に互いに相続する旨の合意が、「婚姻契約の中で交わさ

62) C.2,3,19.

れた *contractus matrimonii*」ならば、「一層強い理由で有効となる *a fortiori valet*」として、自らの論点に立ち返っている。ボイエの議論は更に続き、妻の死後に夫が「嫁資全ての享受について *de tota dote lucranda*」合意された場合や「妻が未成年であった *mulier esset minor*」場合など「妻にとって不利益 *in praeiudicium mulieris*」であっても合意を有効とみなす学説を中立的に紹介した後で、「一層強い理由で (なおさら) *a fortiori*」とのトピカ的論拠 (常套論拠) *locus* を再び用いて、「そうであるならば、合意が相互的乃至交互的で妻にとって不利益でない場合には一層強い理由で有効となろう *ergo a fortiori, si sit reciprocum sive vicisitudinarium in quo nullum fit mulieri praeiudicium*」と説き及んでいるが、当該主張の裏付けとして列挙されたキーヌス・デ・ピストイア *Cinus de Pistoia* (1270–1336/7年) からアンドレアス・バルバティア *Andreas Barbatia* (1400?–1479年) に至る典拠がミュンジンガーの考察の末尾 (考察33第11番) にそのまま孫引きされているのである。ボイエが「模範的に *formaliter*」論じていると指摘するキーヌスの勅法彙纂第3巻第28章「不倫遺言について *De inofficioso testamento*」第12法文注釈の末尾には、「夫婦が相互に生涯に限って贈与し一方が他方よりも先に亡くなった場合、当該贈与は単なる無償行為とは言えないから有効である *item est argumentum quando coniuges donant sibi ad vitam si contingat alterum praecedere quod valeat, quia non est liberalitas mera*」⁶³⁾とあって、このキーヌスによる相互的夫婦間贈与有効説がその後のバルドゥス等に継承され通説となっていった経緯はボイエも引用するヤーソンの同法文注釈⁶⁴⁾からも見て取れる。ミュンジンガーは、婚姻存続中の夫婦間贈与について「夫婦間で交わされたそのような合意は、相互的かつ交互的であり、当該合意において妻には如何なる不利益も生じないので有効である」(第10番)と論じているわけであるから、上記典拠とも確かに符合する。

しかし、既にみたとおりボイエが論じていたのはあくまで「婚姻契約」の中

63) *Lectura super Codice, ad <Si pater>*. 引用は1483年パヴィーア刊の初期印刷本による。

64) 拙稿「相続と嫁資合意(1)」注23及び24参照。

で交わされた合意、つまり、婚姻特約（嫁資合意）の効力であり、ボイエが夫婦間贈与と嫁資合意を明確に区別しているのは明らかである。では両者はなぜ区別されているのか。それは、注釈対象となっているブルジュ都市慣習法の条文（第8章第1条）が、夫婦間贈与も含めて「婚姻が完遂された後 *aprez leur mariage consumme*」における夫婦間の財産処分を一切禁じているからである。同様に夫婦間贈与を禁じるローマ法の下でさえ夫婦間相続目的の「相互的贈与」はその相互性故に普通法上広く容認されている以上、そのような制約のない「婚姻契約」における合意であれば、「一層強い理由で」、夫婦間相続目的の「相互的贈与」を「普通法の規定に従い締結する *contracter selon disposition de droict commun*」（第1条末尾）ことが認められることになろう。「当地の慣習法の下では婚姻契約の中で交わされたこの種の相互的贈与が有効とされ是認される *secundum hanc consuetudinem talis donatio reciproca facta in contractu matrimonii est valida et firma*」というのがボイエの結論なのである。ミュンジンの考察では、この慣習法解釈という全体の文脈が度外視され、相続合意禁止と相互的贈与にかかわる普通法学説の部分だけが巧妙に取り出されている⁶⁵⁾。「婚姻契約」との関連を無視した引用は、逆に、ミュンジンの考察の素材となった帝室裁判所の事案が婚姻中に交わされた夫婦間贈与であったことの証左となる。そのミュンジンの考察を夫婦間相続目的の「嫁資合意」有効論の典拠として援用するラートの「主張」35の注釈は、本来ならば、ミュンジンの考察ではなく、そこに引用されたボイエの注釈こそ参照すべきであった。とはいえ、それがフランスの一成文慣習法の解釈論である以上、「ドイツ」における夫婦間相続目的嫁資合意の有効性を裏付ける典拠

65) 一方、ガイルも、相互的夫婦間贈与の有効性を論じるにあたって（考察126第3番）、ボイエの著書を挙げているが、引用されているのは『ブルジュ市及び市外域慣習法注解』ではなく『ボルドー高等法院判決集』である。他に援用された典拠についても、勅法彙纂第3巻第28章第12法文の諸注釈（ただしキヌスは引用されていない）やオールドラドゥスの助言139等、ボイエの注釈のそれに重なるものも見られるが、他の典拠（特にヤーツン以後の論者のもの）も相当数列挙されており、ボイエの著作との関わりはミュンジンガーの場合ほど単純ではない。

としてはやはり不十分と言わざるを得ない。

ミュンジンガーの考察と同じ素材に基づくと思われるガイルの考察にもう一度目を向けるならば、そこには、「相互に相続する旨の夫婦間の贈与乃至合意は直ちにそして婚姻の存続する限り有効である *donationes et pacta reciproca de succedendo inter coniuges, statim constante adhuc matrimonio valeant*」とされた後、そのような夫婦間相続目的の贈与乃至合意の例として、ミュンジンガーが論じているものと同じもの、すなわち、「婚姻相手が亡くなった場合、存命者は子の無い限り亡くなった配偶者を相続する *alterutro coniugum mortuo. Superstes, liberis non extantibus, defuncto coniugi succedat*」旨の合意が挙げられており、両者の考察の素材となった帝室裁判所の事案でも同内容の合意が問題となったものと推測される。ここで目を引くのは、ガイルが続けて、「日常的に見られるとおり、嫁資合意ではこの種の取り決めを交わすのが一般的であって、そのような取り決めは当然に有効かつ確定的である *sicut quotidie in pactis dotalibus huiusmodi conventiones fieri consueverunt, quae de iure validae et firmae sunt*」(考察126第3番前段末尾)と付言している点である。夫婦間相続目的の「嫁資合意 *pacta dotalia*」が「日常的 *quotidie*」で「当然に有効かつ確定的である *de iure validae et firmae sunt*」とのこの主張は、ラートの主張にまさに沿うものであり、注釈がこの一節に着目してガイルの考察を引用した可能性も確かに否定できない。しかしながら、ガイルがこの箇所で引用しているのは、ミュンジンガーと同様、夫婦間相続目的の相互的贈与をその相互性故に例外的に有効とみなすキーヌス以来の通説にすぎず⁶⁶⁾、夫

66) ガイルはキーヌスの注釈そのものは参照していないが、これに与するバルドゥス、サリケトゥス、ヤーソン、パウルス・デ・カストロの各注釈の引用、そして、ヒッポリュトゥス・デ・マリシリウス *Hippolytus de Marsiliis* (1450-1529年) の『重要論点集 *Singularia*』からの引用はミュンジンガー=ボイエによるものと重なる。また、ガイルは、ミュンジンガー=ボイエが引用したバルバティアの注釈ではなく、ルドウィクス・ポンタヌス・デ・ローマ *Ludovicus Pontanus de Roma* (1409-1439年) の『重要論点集』を引用している。これら典拠相互の関係について拙稿「相続と嫁資合意(1)」109-110頁参照。

婦間相続目的の「嫁資合意」の有効性を裏付ける典拠は何一つ示されていない。この後、ガイルの議論は、既にみたとおり、相続目的の相互的贈与を「生存者間贈与」の一種として有効とするオルドラドゥス以下の典拠の引証と敷衍へ向かう。そうである以上、「嫁資合意」への言及は傍論であって、ガイルの関心は考察の表題どおりあくまで「相続する旨の相互的合意 *Pactum mutuum de succedendo*」一般の効力に向けられていると解するのが自然であろう⁶⁷⁾。いずれにせよ、ミュンジガーとガイルが上記引用箇所にて伝えているのは、夫婦間贈与の方式による相続合意をその相互性故に有効とみなす帝室裁判所の実務にすぎない⁶⁸⁾。これは、夫婦間相続を目的とした合意一般の「ドイツ」における有効性の典拠としては意味があっても、夫婦間相続目的の「嫁資合意」それ自

67) そうであるとすれば、ガイルが「財産の相互的な贈与 *eine wechselseitige Zuwendung des Vermögens*」を「特に婚姻特約との関連で *mit besonderer Beziehung auf die Ehestiftungen*」論じているとのベーゼラーの理解 (*Allgemeiner Tei*, 166-7.) もやはり正確さを欠く。同一の事案乃至素材に基づくミュンジガーの考察33の議論が夫婦間贈与無効の原則を起点に展開されている点も想起すべきであろう。ガイルは、先にみたとおり、考察126の末尾で、「婚姻契約」の中で合意される相互的贈与にも言及してはいるが、これは、当該贈与が単にその相互性故に有効となるという趣旨ではなく、相互的贈与が文字通りの「相続」合意であっても目的物の特定性つまり遺言権能の留保故に有効になるという考察後段の文脈で理解されねばならない。仮にベーゼラーがこの箇所をも念頭に「婚姻特約」との関連を指摘しているのだとすれば、合意の相互性に着目する考察前段と目的物の特定性に着目する考察後段との間の意味連関を見逃していることになる。

68) しかも、相続目的の相互的贈与乃至合意の有効性は、ガイルの考察の後段にあるとおり、合意の文言と目的物の特定性という二段階の基準によって更に吟味されることになる。それ故、合意の相互性は、相続合意禁止原則の例外を直接導く基準とは言えない。むしろそれは、贈与一般の特殊性 (キンキウス法 *lex Cincia* による制限はその後廃れ、また、問答契約ではなく無方式の合意による贈与も容認されるに至ったが、忘恩を理由とする撤回が許され C.8.54.10.、一定額を超える場合に登録が義務づけられる C.8.54.30/34, pr./36.3.等) や、夫婦間贈与無効原則との関連において、例外的な扱いを正当化する論拠であった。相続合意禁止と夫婦間贈与無効の交錯については拙稿「相続と嫁資合意(1)」114頁も参照。

体の有効性の裏付けとしては不十分であるし、仮にガイルの指摘するように、相続目的の相互的贈与が、生前の引渡は不要で、生前の撤回も許されず合意時にその効力が確定するものだとすれば、ラートの主張する「終意処分乃至死因贈与」への読み替え論に真っ向から対立することにもなる。

ラートの「主張」35の注釈が三つ目に挙げる典拠は、ヨーハン・ダウト Johann Dauth(1544-1621年) の『遺言教説体系 De testamentis doctrina methodica』(1594年初版、1611年に『体系的遺言論 De testamentis tractatus metohdicus』の表題で再版。以下『遺言論』と略称) 第84番⁶⁹⁾である。ダウト

69) “(84.) III. この見解は相互相続においても同じであるという仕方で拡張される。

冗長とならないように、この問題については以下のような区別が為されるべきである。

まず、我々は、「共同遺言について(ペリ・アッレーロクレロノミアース)」日常的に口にする。すなわち、夫と妻が同じ遺言書の中で互いを相続人に指定する場合がそれであり、夫婦以外の者でもこれを為すことができる【学説彙纂28巻5章第70法文、クヤキウス『考察と修正』第16巻第36[→39]章】。そして、同時に遺言を為した夫婦の一方が自らの処分を撤回できることに何ら疑いの余地はない【ミュンシングルス『個別考察集』第1集考察8、ペトルス・ベキウス『夫婦間遺言論』第1巻第43及び44章、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察117】。大抵は夫婦による留保付きで、すなわち、死亡時に取得していた財産に明確に限定した処分としてそれが為されていたのを私は幾つも思い出す。次に論じるべきは合意についてである。

財産の出処ではない第三者間の合意は自由な遺言の妨げとなることはない。たとえ財産の出所である本人がそれらの第三者に同意を与えていてもそうである。何が問題であるかは勅法彙纂2巻3章第30法文や同8巻39章「無効な問答契約について」第4法文を参照せよ。

ただし、第三者が財産の出処の場合、その第三者が合意によって遺言権能を制限できるのは確かである。というのも、相続について自らが望む条件を最初に課しておくことは物の所有者に許されているからである【ボログネトゥスの学説彙纂45巻1章第61法文注釈第37、38、40、41番、カケラス『ピエモンテ神聖顧問会判決集』判決100第9及び10番】。遺言上の定めにより不動産に課された定期金もこれに当たる【そのような定期金についてはベネディクトゥス・ボニウス『定期金論』第25節、ヨハネス・カンペギウス『嫁資論』問題18第3番、ヤコブス・リカルドゥス『異

父母兄弟間平等相続契約論】第17及び18章が論じている】。同様に、譲与者の特約によって、長子のみが永借権を承継する旨定めることもできる【ティラクエルス『長子承継論』問題6第10及び29番】。貴族の家系を維持するために一族以外への財産処分を禁じる遺言者の指示もこれに当たる【学説彙纂30巻「遺贈及び信託遺贈について」第114法文14節、バルトルス、ボログネトゥス、ロムラエウス、デル・リオその他あらゆる人々の同法文注釈、パリシウス『助言集』第2巻助言37第25番、ティラクエルス『貴族身分論』第31章第535番、カケラス前掲『判決集』判決100第9、10、28番、ドゥエンナス『両法準則集』準則39、ホトマヌ『助言集』助言72第8番以下】。以上については周知の準則が存在する。すなわち、封の場面において何よりもまず注意されるべきは権利や封の性質を一部欠いた授封である、と【封建法書2巻12章「新たに授封された兄弟について」の「そのような特約付きで授封されなかったならば云々」の行、同18章「主君から授封された兄弟について」の「授封の劣った性質の故に云々」の行、バルドゥスの同章注釈はこのテキストの卓越さを指摘し、注目すべき旨述べている。更に、バルドゥスの勅法彙纂6巻55章「自権相続人及び法定相続人たる卑属云々について」第12法文注釈第4番、同『助言集』第2巻助言215第4番、アルワロトゥス『封論』第1章第2番、クルティウス『封論』第2部問題2第43番、ウェーセンベキウス『助言集』助言41第84及び103番、助言74第84及び86番、ミュンシゲルス『個別考察集』第5集考察76、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察50第13番、同『ラント平和令論』第13章第4番】。

他方、自らの相続が問題となる者等との間で交わされる合意は更に次のように区別される。まず、生存者間贈与の場面である。例えば、私があなたに私の財産を私の死後に撤回不能な仕方です生存者間において贈与する場合がこれに当たる。あるいは、生存者間贈与のための問答契約を介した相続する旨の相互的約束が為される場合もそうである。つまり、そのような約束は、後ほど提示される区別によれば、有効となる。というのも、それは、相続合意ではなく、生存者間で現在において締結された契約から生じる債務関係であり、従ってまた、撤回不能な仕方です存続するからである【通常諸博士は勅法彙纂2巻3章第30法文の注釈においてそう述べている。キヌスの注釈第8及び9番、ロサーテの注釈第2及び3番、バルトルスの注釈第10及び11番、サリケトゥスの注釈第4番以下、特に見事なのはアルキアトゥスの注釈第68番から最後まで、更に、ボログネトゥスの注釈第9番。バルトルス他諸博士による前掲学説彙纂45巻1章第61法文注釈、ボログネトゥスの注釈第110番から第130番まで、特に第125番ではこれが通説であると述べている。バルトルスの学説彙纂12巻6章第17法文注釈第3番、バルドゥスの学説彙纂24巻3章第33法文注釈第7

番、ヤーソンの同法文注釈第40番、ポエリウス『ボルドー高等法院判決集』判決353第11及び12番、イモラの学説彙纂45巻1章第21法文注釈、ウインケンティウス・フランティウス『判決集』判決213第9番、ベネディクトゥス『別書3巻26章第16節詳解』文言<遺言>第4注解第23番、リカルドゥス『異父母兄弟間平等相続契約論』第3章第17及び18番、デキウスの勅法彙纂6巻20章第3法文注釈第3番、ティラクエルス『長子権論』問題6第8、31、32、33番、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察126第6番、勅法彙纂4巻11章全体、グラシウス『相続論』「無遺言相続」問題9第18番、オールドラドゥス『助言集』助言114第1番及び助言139第1番、ルドウィクス・ロマヌス『助言集』助言26第1番と同箇所補注、デキウス『助言集』助言655第11番、グイド・パパエ『助言集』助言31第1及び2番、バリシウス『助言集』第2巻助言24第56番及び第3巻助言1第123番、ロランドゥス『助言集』第2巻助言61第13番、ケファルス『助言集』助言598第41番、ナッタ『助言集』助言270第3番、マンデルス『助言集』助言4第18番、ゴデヌス『助言集』助言101第10番、デキアヌス『助言集』第1巻助言7第116番、フィカルドゥス『助言集』第2巻助言70第1番、ルイヌス『助言集』第1巻助言170第17番、同第2巻助言65第13及び14番、アルベルトゥス・ブルヌス『封建法助言集』助言135の私の手元の版で第7段「第三に私が動かされるのは当該合意が云々」の行、ブルサトゥス『助言集』助言136。なお、ホトマヌス『助言集』助言72第15及び44番には、あらゆる優れた法律家、博士、実務家等は同じ意図と言葉を以て全く一致して、その種の合意が、市民的かつ自然的な衡平と、この世のあらゆる地域で通用している慣習とに基づき、受容され是認されていると解している、とある】。

次に、相続合意の場面であり、当該合意は疑いの余地なく無効である【勅法彙纂2巻3章第15法文、同5巻14章第5法文、学説彙纂45巻1章第61法文】。たとえそれが、相互相続の合意、つまり、二名かそれ以上の者が彼らの内の一人が子のないまま亡くなった場合にその遺産が存命者かあるいは別の者に帰属する旨合意した場合であったとしても、決して有効とはならない【他の多くの人々に倣って適切にもその旨主張しているのはティラクエルス『長子権論』問題6第5番であり、カケラヌス前掲『判決集』判決100全体も極めて有益にこの見解を擁護しているし、同第22番では通説である旨指摘している。更にまた、ベキウス『夫婦間遺言論』第8章第2及び3番、ガイリウス『実務考察集』第2巻考察126第7番、ベトルス・グレゴリウス『全教会法綱要』第3部第42巻第9章第2番、モデスティヌス・ピストリス『助言集』第1巻助言8第24、25、26番、ウェーセンベキウス『助言集』助言71第12番】。そして、普通法の領域でこれとは反対の立場をとる者等は、勅法彙纂第2巻第3章第19法文

の『遺言論』は、フォリオ判で約700頁にも及ぶ大著であり、遺言の「定義 definitio」、「区分 divisio」、「要素(実体) substantialia」⁷⁰⁾、「常素(本性) naturalia」「偶素(偶有性) accidentalia」、「効果 effecta」の順に(論点ごとに定義と分割を繰り返すラムス主義的な「方法=体系 methodus」⁷¹⁾に即して)、

の明白なテキストによって退けられることになる。確かにそこには、相互的な相続合意なるものが見出されるが、それは特別法に基づくものに他ならない【ホトマヌス前掲『助言集』助言72第34番以下を参照せよ。そこでは当該法文の意味が詳細に論じられている】。

ただし、後者の区分に基づく上記の点について我々の法の解釈者等は制限を加えている。I. まず、相互相続の合意が特定の物について交わされている場合には、上記の点は当てはまらないとされる。つまり、当該合意は存続すると彼らは解しているのである【アレクサンデル『助言集』第3巻助言28第11番及びモリナエウスの同箇所補注。デキウス『助言集』助言125第4番は、全財産の贈与が諸博士の通説により有効であるならば、特定の財産にかんする合意もまた、相続や遺産といったものと全く調和しない以上、否認できない、と述べている。モリナエウスの同箇所補注は、この点について決して反対に解することのなかったデキウスの意見が決定的である旨証言し、ティラクエルス、ヒエロニウムス、グラティアヌスを引用している。同じくデキウスの『助言集』助言655第3及び4番。それぞれこの見解は諸博士の通説といえる。この通説については、ガブリエリウス・ロマヌス『通説解決集』第3巻「合意について」解決1が詳しく述べている。ガイリウス前掲『実務考察集』第2巻考察126第8及び9番も同旨。更に後述第110番も参照せよ】。

II. 次に、この種の合意が法令や慣習法によって是認されている場合は、上記の点につて明白な制限となる。この見解については次の制限の中で吟味される。”

(Tractatus, 76-78.引用は1611年ライブチ刊のテキストによる。ガイルの考察126とピストリスの助言8からの引用箇所は下線部参照。なお、煩瑣を避けるため訳語は本文の活字の大きい部分のみに留め、活字の小さい部分と欄外注は省略した)

70) 遺言者の「能力 facultas」と「意思 voluntas」、「遺産 haereditas」、「相続人指定 institutio haeredis」、「方式 solennitas」、「目的因 causa finalis」、「遺言者の死亡 mors testatoris」、「相続の承認 haereditatis aditio」の計8つの「要素 substantiale」が論じられ、この内、「能力」から「方式」を扱う部分が、冒頭の「定義」と共に、『遺言論』の主要部分を占めている。

71) 拙稿「弁証術改革と法律学」(獨協法学第67号)参照。

関連するローマ法文の注解を随所に織り込みつつ、論点の重要度に応じた活字の大小や欄外注による敷衍といった叙述上の工夫も凝らして詳細に論じている⁷²⁾。注釈が引用する第84番は、遺言の「定義」を敷衍する中で提示された「終意処分は死亡時まで不確定である *ultima voluntas usque ad mortem ambulatoria est*」との「法準則 *regula juris*」の射程を吟味する一環として、「相互相続 *successio mutua*」においても当該準則が妥当し、死亡時まで当事者に「変更権能 *mutandi potestas*」が認められるか否か論じた箇所である。ダウトは、「相互相続」という事態を、「同じ遺言書の中で互いを相続人に指定する *in iisdem tabulis se mutuo instituunt*」場合（「共同遺言（アッレーロクレーロノミア）*αλληλοκληρονομία*」）と、「合意 *pacta*」による場合とに区別し、後者を更に、「財産の出处ではない第三者間の合意 *pacta inter tertios inita, a quibus bona non proveniunt*」と「自らの相続が問題となる者等との間で交わされる合意 *pacta cum eo, iisve inita, de cuius, quorumve successione agitur*」とに区別しており、ミュンジנגーやガイルの考察で扱われた相続目的の相互的贈与乃至合意はこの最後の区分に含まれる。

ダウトは、「自らの相続が問題となる者等との間で交わされる合意」についても、相続目的の「生存者間贈与 *donatio inter vivos*」と「相続合意 *pactum de successione*」とに二分して論じている。それによれば、前者の「生存者間贈与」は、「私があなたに私の財産を私の死後に撤回不能な仕方です生存者間において贈与する *dono tibi bona mea post mortem meam irrevocabiliter et inter vivos*」場合のような単独の「生存者間贈与」だけではなく、「生存者間贈与のための問答契約を介した相続する旨の相互的約束 *promissio mutua fit de succedendo per stipulationem causa donationis inter vivos*」も含めて、「生存者間で現在において締結された契約から生じる債務関係 *obligatio descendens ex contractu de praesenti inter vivos celebrato*」と解されるので、

72) ただし、既存の諸学説が網羅的に整理吟味されているのに対して、裁判実務への言及はほとんど見当たらない。ブラウンシュヴァイク市の法律顧問からライプチヒ大学教授（当地の上級宮廷裁判所陪席判事を兼任）を経てマクデブルク市法律顧問に至るダウトの職歴に照らせば、これは聊か奇異ではある。

「撤回不能な仕方で存続する *tenet irrevocabiliter*」とされる。これに対して、後者の「相続合意」については、普通法上無効であることに疑問の余地はなく、それがたとえ「相互相続の合意 *pactum mutuae successionis*」であっても「決して有効とはならない *nequidem valet*」とされる一方で、「相互相続の合意が特定の物について交わされている *pactum successionis mutuae de rebus certis est factum*」場合には、「相続合意」であるにもかかわらず「当該合意は存続する *hoc subsistere*」との見解が「諸博士の通説 *communis doctorum sententia*」として提示されている。「相互相続」を「生存者間贈与のための問答契約を介した相続する旨の相互的約束」によるものと単純な「相互相続の合意」によるものに二分し、前者を有効、後者を無効とした上で、後者について、「特定の物 *res certae*」を対象とする場合に例外的に有効とみなすこの議論の流れは、既にふれたガイルの考察¹²⁶、特にその後半部分（第6番から第9番）のそれに酷似している。実際、この箇所は三度にわたって順に引用されており、ダウト自身、ガイルの議論を強く意識していたことが伺える。それどころか、ダウトの簡潔な叙述は、「相互に相続する旨の合意」を扱うガイルの考察の前半部分とこれを二つに区分する後半部分との一見錯綜した相互連関を明確化することに成功している。相互的な相続合意は、その相互性故に直ちに有効となるのではなく、「生存者間贈与のための問答契約を介した相続する旨の相互的約束」に当たるか否か、これに当たらない場合には「特定の物について交わされている」か否か、という具合に二段階の基準に従って効力が判定されるわけである。そして、同様の思考枠組みは、既にふれたとおり、「主張」34の注釈dでガイルの考察と共に援用されたピストリスの助言8の一節⁷³⁾にも示されていた。ダウトはこのピストリスの助言も的確に引用している。

とはいえ、ダウトの上記議論は、「合意」による「相互相続」の可否一般をめぐめるものであって、具体例として、夫婦間相続目的の嫁資合意はおろか、相続目的の夫婦間贈与にさえ言及していない。それ故、ラートの主張の裏付けとしては、ミュンジンガーやガイルの考察以上に役不足といえる。そこで、「主張」35の注

73) 前注47参照。

釈が最後に引用する典拠、すなわち、マテウス・ヴェーゼンバックMatthaeus Wesenbeck(1531-1586年)の『市民法の学説彙纂並びにユスティニアヌスの勅法彙纂前半八巻の注解 In Pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani libros octo commentarii』(1575年初版:1563年初版の『学説彙纂全50巻のパラティトラ Paratitla in Pacdectarum iuris civilis libros quinquaginta』の増補版。以下それぞれ『注解』、『パラティトラ』と略称)の学説彙纂第23巻第4章「嫁資合意についてDe pactis dotalibus」注解第4番⁷⁴⁾に目を向けることにする。この『注解』

74) “<4.嫁資合意の形式及び効力について。> これらの合意の形式については、法が嫁資の証書【法学提要1巻10章「婚姻について」第13節、同節の標準注釈末尾、アングルスの前掲注釈第3及び4番】について言及することはしばしばあるが【勅法彙纂5巻14章「嫁資、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5巻15章「保証された嫁資及び未払いの嫁資について」第1及び3法文、同2巻3章第15法文】、書面は不要であると考えられる。というのも、そのような書面は、合意においても【同2巻3章第17法文】、嫁資【同2巻3章第30法文1節、サリケトゥスの同5巻3章「婚姻前乃至婚姻故の贈与、並びに、婚約について」第20法文公撰集引用要約文第3の注釈第1番】や婚姻【前述第23巻第2章「婚姻の成立について」、アングルスの前掲法学提要1巻10章第13節注釈】においてさえも、方式として求められていないからである。しかし、これらの合意において(それは頻繁に為されることであるが)夫あるいは花嫁の相続について定められる場合には、5名の証人【勅法彙纂6巻36章「小書付について」第8法文3節、同8巻57章「死因贈与について」第4法文】が不可欠であると私は解する。というのも、そのような将来相続にかんする合意は死因贈与や終意処分【学説彙纂2巻14章「合意について」第40法文3節】を思わせるところがあり【ヤーソンの学説彙纂30巻55 [58] 法文注釈第22番】、とりわけ、遺言によって撤回されなかった場合にはそう言えるからである【勅法彙纂2巻3章第30法文、ヤーソンの同法文注釈第12番。学説彙纂29巻7章「小書付の法について」第16及び8法文が論拠となる】。あらゆる終意処分において5名の証人の立会が求められるという点は周知のとおりであるし【勅法彙纂6巻36章第8法文3節、同8巻57章第4法文】、その旨判示されたのを私は憶えている。それでは、500アウレウスを超える額を含む場合に、これらの合意について登録は必要であろうか。確かに妻の側では不要であると解されるが【勅法彙纂5巻3章第17法文、同第20法文公撰集引用要約文第3、同5巻16章「夫婦間贈与について」第27法文1節、同8

巻54章「贈与について」第36法文1節、同節の標準注釈】、夫の方では合意について登録が必要である【前掲5巻16章第27法文、サリケトゥスの勅法彙纂5巻3章第20法文公撰集引用要約文第3の注釈】。ただし、合意が将来の相続について交わされた場合や死因贈与が為された場合はこの限りではない。というのも、この場合、終意処分に準じて、このような手続は不要で、5名の証人の立会だけで確認されるからである【諸博士の前掲勅法彙纂8巻54章第36法文注釈及び同5巻16章第27法文注釈、スクルフィウス『助言集』第1集助言6全体】。更に問題となるのは、嫁資合意による取決めを事後に夫婦の一方もしくは双方の意思で変更し、合意に基づいて取得される権利を相手方から奪うことは可能かという点である。この点、私は可能と考えており【勅法彙纂2巻3章第15法文、私の同章注解、同章第30法文】、それは例えば、終意処分【後述学説彙纂34巻4章「遺贈や信託遺贈の剥奪及び移転について」注解】や死因贈与【後述39巻6章「死因贈与について」注解】によって可能である【この問題に関わるのは勅法彙纂2巻3章第19法文、キヌスの同法文注釈、同法文の標準注釈】。とはいえ、法文や法令によって義務づけられているものは、嫁資の優遇のために定められた事柄と同様に【本章第14法文以下、勅法彙纂7巻6章「ラテン人の自由の廃止とローマ市民権への統合について」第1法文6節、クヤキウス『考察と修正』第7巻第26章】、奪うことはできない【バルドゥスの勅法彙纂3巻28章第35法文注釈、ポエリウス『ポルドー高等法院判決集』判決244、デ・クレマ『重要論点集』論点154。ヤーソンその他諸博士の勅法彙纂6巻18章「夫と妻の遺産占有について」第1法文公撰集引用要約文注釈も参照】。無遺言であればこれらの合意が有効となるのかどうか当然疑問となる。この点、通説上、無遺言でも決して有効ではない旨解答されている【勅法彙纂5巻14章第5法文、サリケトゥスその他の諸博士の勅法彙纂2巻3章第15法文注釈、ヤーソンの学説彙纂45巻1章第61法文注釈第20番及び同第135法文3節注釈第13番。アレクサンデル『助言集』第3巻助言28第3及び4番は勅法彙纂2巻3章第19法文と同8巻39章「無効な問答契約について」第4法文を根拠に同旨】。ただし、卑属間【勅法彙纂2巻3章第15法文】、あるいは、その他将来の相続人之間【同第30法文】ではこの限りではない。無方式の合意に含まれる事柄【前掲勅法彙纂2巻3章第15及び30法文】は、遺産がのこされる場合であっても同様に存続し得る【前掲同第19及び同5巻14章第5法文】。確かに、これらの合意が死因贈与の法に基づき有効となるというような理由は見当たらない。しかし、たとえ市民法上は疑わしいとしても【前掲勅法彙纂2巻3章第19法文の「死因贈与でもない」の文言、同5巻14章第5法文の標準注釈】、慣行上は至る所で通用している。ただしそれは、死因贈与の場合と同じく【同8巻57章第4法文】、5名の証人が立ち

の大半を占める学説彙纂の注解は、前身である『バラティトラ』と同様、各法文単位ではなく各章ごとに、規定対象の共通する勅法彙纂の章の注解も兼ねて、文字通り「章対照paratitla:παρατιτλα」の形式で著されており、上記学説彙纂第23巻第4章注解は、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」も注解対象としている。

「主張」35の注釈で引用された上記注解第4番の前半では、「嫁資合意 *pacta dotalia*」の「方式 *forma*」について論じられており、注釈が参照しているのは、「書面 *scriptura*」の要否に続いて、「証人 *testes*」の要否と人数について論じた箇所である。そこでヴェーゼンベックは、嫁資合意一般について「書面」を不要と解する一方、嫁資合意において「夫あるいは花嫁の相続について定められる *de futura successione mariti et conjugis agitur*」場合を特に取り上げ、そのような合意が「頻繁に為されている *plerunque fit*」旨付言した上で、「5名の証人が不可欠であると解する *quinque testium praesentiam esse necessariam iudico*」と明言している。夫婦間の相続つまり「包括承継 *universalis successio*」を目的とした「嫁資合意」の「方式」として「5名の証人 *quinque testes*」の立会を必須とするこのヴェーゼンベックの見解は、「主張」35の内容にまさに合致するものであり、典拠として相応しい文献がようやく引用されたことになる。しかも、ヴェーゼンベックは、「5名の証人」を要する理由として、「あらゆる終意処分において5名の証人の立会が求められるという点は周知のとおりである *in omni voluntate ultima, quinque testium praesentiam exigi, notissimum est*」ところ、「そのような将来相続にかんする合意は死因贈与や終意処分を思わせるところがあり、とりわけ、遺言によって撤回されなかった場合にはそう言える *pacta ejusmodi de futura successione, sapiunt donationem casua mortis, et ultimam voluntatem, praesertim si non retractentur testamento*」と述べていて、夫婦間相続目的の嫁資合意を「終意

会う限りにおいてである。”(Commentarii, 780–781.引用は1611年ケルン刊のテキストによる。「主張」35の注釈が参照を指示していると解される箇所に下線を付した)

処分乃至死因贈与[ultima voluntas sive donatio mortis causa]に読み替えるラートの主張にも符合する。

ヴェーゼンベックは、「死因贈与や終意処分を思わせるところがある sapiunt donationem casua mortis, et ultimam voluntatem」との観方の典拠として、ヤーソンの学説彙纂第30巻第55 [58] 法文第1節の「第一注釈 prima lectura」第22番と勅法彙纂第2巻第3章第30法文注釈第12番を引用している。前者では、「遺言の中で締結される契約 contractus celebrati in testamento」(例えば土地の売買を持ち掛けられていた者が遺言の中で売却を承諾するような場合)について、「契約の性質を保持しておらず終意処分の性質を取り込んでいる non servant naturam contractuum, sed assumunt naturam ultimae voluntatis」ので「遺言者によって撤回可能である possunt revocari per testatorem」旨述べられているにすぎない⁷⁵⁾。相続目的の嫁資合意は、遺言等の終意処分の形式を全く用いることなく、ただ目的や機能において類似するだけであるから、当該嫁資合意を終意処分に類比する典拠として援用するのは無理であろう。また、後者には、「ある者等によって締結された契約に与えられた同意で同意者の遺産にかかわるものは、終意処分の性質を備えるので、不確定なものとなり、死亡時まで同意者の意思のみで撤回可能となる consensus praestitus in contractu celebrato per aliquos super haereditate consentientis sortitur naturam ultimae voluntatis, et efficitur ambulatorius et revocabilis usque ad mortem ex sola voluntate consentientis」とあるが⁷⁶⁾、これはあらためて言うまでもなく、第三者の遺産の承継について交わされた合意に付加された第三者の同意について述べるもので、相続目的の嫁資合意のように合意当事者自身の遺産の承継にかかわる合意とは無関係である。蛇足ながら、ヤーソン自身、同じ注釈末尾近くで、「相続する旨の積極的合意は有効であろうか nunquid pactum de succedendo affirmativum valeat nec ne?」との問いに言及し、「そ

75) In secundam Infortiati partem commentaria, 78. r. 引用は1598年ヴェネツィア刊のテキストによる。

76) In primam Codicis partem commentaria, 74. r.

れが無効であるのは自明である *clarum est quod non valeat*」旨簡潔に答えている⁷⁷⁾。注釈対象法文にもあるとおり⁷⁸⁾、第三者の遺産について交わされた合

77) In primam Codicis partem commentaria, 75. r.

78) 「カエサレアの法律顧問団から次のような問題について朕は勅答を請われた。すなわち、2名かそれ以上の者等に、他人の遺産が血縁に基づき彼等にもたらされるかもしれないとの期待が生じ、彼等の中で遺産の帰属について合意が交わされ、それらの合意には、<もしあの者が亡くなって遺産が我々にもたらされたならば、当該遺産について所定の分割方法が順守される>、あるいは、<もし当該遺産から我々に利益がもたらされたならば、所定の取決めが発効する>とはっきり表明されていたため、この種の合意が順守されるべきかどうか疑問とされたのである。ところで、彼等が問題とされたのは、遺産を期待されている当人がまだ存命の内にこの種の合意が行われているからであり、そして更には、遺産が常に彼等にもたらされるべく取り決められているのではなく、二つの条件、すなわち、<あの者が亡くなったならば>という条件と、<この合意を交わした者等が相続へと召喚されたならば>という条件を伴って合意されているからである。実際、朕には、この種の合意は嫌悪すべきでもって禍と危険に満ちたもののように思われる。未だ存命で事情を知らない者の財産について何者かが合意するなど一体どうして可能であろう。古来の準則に従い、朕は、善良の風俗に反するこの種の合意が常に排斥され、それらの合意について何も遵守されてはならないものと定める。ただし、その遺産について合意された当人がその意思を合意当事者等に合致させ、その死に至るまで意思を保持し続けたならば別である。というのも、その場合には、厭わしい懸念は取り除かれ、本人が知り促す中で、当該合意を遵守することが彼等に許されるからである。以上の点は、これまでの法律及び勅法においても知られていなかったわけではないが、朕によって一層明確に定められたことになる。実際、朕は、この種の財産について、贈与、抵当、その他如何なる契約も絶対に許されてはならないと命ずる。なぜなら、他人の財産について所有者の意思に反して何かを為しあるいは合意することは、現代の風潮からして許容されないからである」(C.2,3,30.ヤーソンの言う「ある者等によって締結された契約に与えられた同意で同意者の遺産にかかわるもの *consensus praestitus in contractu celebrato per aliquos super haereditate consentientis*」の有効性を認めた箇所)に下線を付した。なおこの一節に含まれる<合致させた *accommodaverit*>に付された標準注釈が遺産の贈与を容認する見解の嚆矢となった点については前注38参照)

意は第三者自身の同意があれば有効とされ、先に見たとおり、ダウトはこれを「財産の出処ではない第三者間の合意」と呼んでいた。ヴェーゼンベックの注解の上記箇所に見られるヤーソンの注釈の引用は何れもミスリーディングなものであり、夫婦間相続目的の嫁資合意を終意処分や死因贈与に類比しあるいは読み替える見解は、ヴェーゼンベック自身、注解の末尾で認めるとおり、「市民法上は疑わしい *jure civili dubium est*」と言わざるを得ない。相続合意の一種として本来無効となるどころ、目的や機能の類似性を根拠に、「終意処分乃至死因贈与の効力の範囲に限って *quoad effectum ultimarum voluntatum, sive donationum mortis causa*」、つまり、有効ではあるが生前撤回の可能な「混合合意 *pacta mixta*」として当該嫁資合意を位置づけるラートの主張を直接裏付ける典拠は、結局、ヴェーゼンベックの上記注解のみなのである。

ヴェーゼンベックは、夫婦間相続目的の嫁資合意を「死因贈与や終意処分 *donatio casua mortis et ultima voluntas*」に類比し「5名の証人」を要求する見解について、「主張」35の注釈も着目しているとおおり、「その旨判示されたのを私は憶えている *ita memini judicatum*」と述べていて、裁判実務における当該見解の受容も示唆している。『注解』執筆当時⁷⁹⁾、ヴェーゼンベックはエルンスト系ヴェッティン家 *Ernestinische Linie des Hauses Wettin* のザクセン公領に属するイエーナ大学で教えていたが、ここで念頭に置かれている判決が同大学法学部判決団によるものなのかは不明である。その後、1569年に、ヴェーゼンベックはアルプレヒト系ヴェッティン家 *Albertinische Linie des Hauses Wettin* のザクセン選帝侯領のヴィッテンベルク大学に勅法彙纂担当正教授として転出する。そのザクセン選帝侯領では、選帝侯アウグスト（在位1553–1586年）の下で、「正当な裁判のための規則勅法集 *Verordnungen und Constituionen des rechtlichen Proces*」（1572年）が制定され、夫婦間相続目的の嫁資合意（「婚姻特約 *Ehestiftunge*」）を5名以上の証人の立会を要件に「終意処分として *in vim ultimae voluntatis*」有効とみなす規定（第2部第43条「婚姻特約や嫁資合意は何名の証人を伴うべきか、そして、どうすればそれらは終

79) 『注解』の執筆時期については「相続と嫁資合意(4)」注36参照

意処分として存続できるのか *Wieviel zeugen die Ehestiftunge und pacta dotalitia haben sollen/und wie sie in vim ultimae voluntatis zu erhalten*」前段⁸⁰⁾が置かれた⁸¹⁾。ヴェーゼンバックは、上記注解第4番の末尾において、「これらの合意が死因贈与の法に基づき有効となるというような理由は見当たらない *jure donationis causa mortis quin haec pacta valere possit, nihil causae est*」が、「たとえ市民法上は疑わしいとしても、慣行上は至る所で通用している *etiamsi jure civili dubium esset, tamen moribus passim usurpatur*」と述べている。ヴェーゼンバックが定着した実務慣行として伝え、ザクセンではその後間もなく成文化されていた「慣習法 *consuetudo*」を、ラートは「周知のドイツの慣習法 *notoria Germaniae consuetudo*」と位置付けているのである。

「普通法」と「ドイツの慣習法」をめぐる以上のような議論を踏まえて、ラー

80) 「婚姻特約は契約であるから2名乃至3名の証人がそこに立ち会えば足りるが、婚姻特約によって、例えば特約中に死亡時の遺産について定められているといったように、契約として存続できず保護され得ないような事態が生じ、そこに5名乃至それ以上の証人が立ち会っていた場合には、当該婚姻特約は終意処分として有効と認められるべきものとする *Nachdem die Ehestiftunge contract seind/so ist es auch gnug/wann zwene Zeugen oder drey dabay gewesen/do es aber mit den Ehestiftungen die gelegenheit hette/das sie in vim contractus nicht können erhalten noch beschützt werden/als do die Erbschafft auff den todes fall dorinnen vormacht/und es seind fünff oder mehr zeugen dorbey gewesen/so sollen solche Ehestiftungen in vim ultimae voluntatis, krefftig erkant werden*」(引用は1572年ドレスデン刊のテキストによる)。

81) 本条表題中の<*pacta dotalitia*>との表現は、これを文字通り受け取って、「寡婦分 *dotalitium*」にかんする合意、つまり、「寡婦分合意」と厳密に訳す余地もあるが、より広く夫婦間の遺産承継一般にかかわる合意の趣旨であることは、条文上も明らかであり、ここでは「嫁資合意」の訳語を当てることとする。本勅法集の立法資料においても両者が区別されず用いられている点については、「相続と嫁資合意(2)」獨協法学第93号78頁以下参照。上記表現は、誤植の可能性も排除できないが、立法資料からも窺えるように、「嫁資合意」と「寡婦分合意」を夫婦間相続目的の合意の次元において同一視乃至混同する議論をそのまま反映したものと解するのが穏当であろう。

トは、続く「主張」36⁸²⁾において、夫婦間相続目的の嫁資合意にかんするバイエルン固有法、すなわち、ラント法第1章第19条の解釈を簡潔に提示している。ラートによれば、「バイエルンはこのドイツの慣習法を相続合意や遺産承継合意における証人数について受け入れているだけでなく、嫁資や婚姻故の贈与からの収益についてもおそらくは同じ証人数を要求しているものと解され、また、たとえ特定の物や個別の物であっても、合意が5名の証人によって確認されない限り、配偶者の死後に嫁資合意に基づいて存命の配偶者が取得することは許されない *quam Germaniae consuetudinem Bavaria non modo in pactis successione et hereditatis quoad numerum testium recepit, sed et eum probabilius in lucro dotis et donationis propter nuptias requirit, nec rem etiam certam et singularem superstiti ex morte praedefuncti coniugis, vigore pacti dotalis obvenire patitur, quam si id quinque testibus fuerit confirmatum*」というのである。まず、「バイエルンはこのドイツの慣習法を相続合意や遺産承継合意における証人数について受け入れている *quam Germaniae consuetudinem Bavaria non modo in pactis successione et hereditatis quoad numerum testium recepit*」というのは、「主張」35で示された「周知のドイツの慣習法」、すなわち、「包括承継 *universalis successio*」を目的とする「嫁資合意 *pacta dotalia*」を、相続合意を禁ずる「普通法」に従っ

82) “XXXVI バイエルンはこのドイツの慣習法を相続合意や遺産承継合意における証人数について受け入れているだけでなく、嫁資や婚姻故の贈与からの収益についてもおそらくは同じ証人数を要求しているものと解され、また、たとえ特定の物や個別の物であっても、合意が5名の証人によって確認されない限り、配偶者の死後に嫁資合意に基づいて存命の配偶者が取得することは許されない。

ラント法第1章第19条：「証人がこれに満たない場合、婚姻上の取決めは、その他の合意や特約にかんする限りにおいて存するものとし、そこで約束された遺産承継や遺贈にかんしては、それらが先立つ配偶者の死亡時にはじめて効力を生じるものである以上、無効である」。つまり、この条文は、相続乃至遺産承継の合意についてだけ（「遺産承継」という文言からそのような解釈も可能かもしれない）ではなく、存命の配偶者が相手方の死により嫁資合意に基づき取得するもの全てについて包括的に言及しているのである。”(Dissertatio juridica, 44.)

て無効とはせずに、「終意処分乃至死因贈与の効力 effectus ultimarum voluntatum sive donationum mortis causa」の範囲で「5名の証人 quinque testes」を要件に「さしあたり interim」存続させる準則がバイエルンにおいても通用しているとの趣旨であろう。「主張」36の本文の欄外には「ラント法第1章第19条 Landtrecht titulus primus articulus undevicesimus」と付記されており、既にIでふれた新ラント法第19条の解釈がここで試みられていることが分かる。同条前段には、「他の行為であれば2名乃至3名の証人で十分なところではあるが、婚姻特約においては、通常、夫婦の死亡時の事柄、そしてまた、一方が他方の財産から何を承継すべきかについて取り決められているので、そのような特約の有効な存続のためには、5名の証人を要する wiewol sonsten in andern Handlungen zween oder drey Zeugen genueg sein/weil aber in den Heuratsgedingen gemainlich von der Eheleuten Todtfällen/und was eines von deß andern Guet erben soll/gehandelt würdet/so sein zu kräftiger erhaltung solcher geding/fünff Zeugen notwendig」とあって、「5名の証人fünff Zeugen」という要件は明示されているが、「終意処分乃至死因贈与の効力」に留まるという点には特に言及されていない。しかし、「主張」35の注釈で引用されたヴェーゼンバックの注解に示唆されていたとおり、夫婦間相続目的の嫁資合意は、「終意処分 ultimae volutates」や「死因贈与 donationes causa mortis」に類比可能であるが故に、「5名の証人」が求められるのであり、類比論と証人数は表裏一体の関係にある。また、同じく本条には明示されていない生前の撤回可能性も類比論の一コロラリーであるから、ラートの上記解釈には、証人数だけではなく、終意処分等との類比論や生前の撤回可能性も含め、「ドイツの慣習法」が一括して新ラント法第19条に取り込まれたとの理解が示されていることになる。

その一方で、ラートは、新ラント法第19条の内に、「ドイツの慣習法」との相違点、換言すれば、「ラント法」の独自性を読み込もうと試みている。すなわち、嫁資合意による「包括承継」を念頭に置く「ドイツの慣習法」に対し、新ラント法では、「相続合意や遺産承継合意 pacta successionis et hereditatis」としての嫁資合意だけでなく、「嫁資や婚姻故の贈与からの収益 *lucrum dotis*

et donationis propter nuptias」の承継にかんするそれについても「5名の証人」が求められているというのである。この理解によれば、「嫁資 dos」や「婚姻故の贈与 donatio propter nuptias」それ自体の婚姻終了時における返還の有無や時期について定めた「婚姻特約 Heuratsgeding」、つまり、本来的な意味での嫁資合意ならば、第19条にあるとおり、「2名乃至3名の証人 zween oder drey Zeugen」で足りるところ、「夫婦の死亡時の事柄 der Eheleuten Todtfällen」として両財産の「収益 *lucrum*」の帰属につき定めた嫁資合意については、「相続合意や遺産承継合意」に準じて扱われることになる。「おそらく *probabilius*」という表現を用いて、断定を避けているとはいえ、相続目的嫁資合意を「終意処分乃至死因贈与 *ultima voluntates sive donationes causa mortis*」に類比し読み替える「混合合意 *pacta mixta*」論の射程を「ドイツの慣習法」よりも広く捉えるのがラートの立場といえる。

ところで、「主張」34の末尾で確認されていたように、「普通法」上、「相続に相応しい文言 *verba, quae successionibus conveniunt*」を用いた文字通りの相続合意であっても、「特定の物や個々の物について言及されているにすぎない *de certis duntaxat et singularibus quibusdam rebus mentionem faciunt*」場合には例外的に有効とみなすのが通説であった。従って、例えば、夫は自らの特有財産に属する土地甲を妻に相続させ、妻は自らの特有財産に属する宝石乙を夫に相続させる旨の嫁資合意は、「普通法」上は有効となり得る。他方、「ドイツの慣習法」において「終意処分乃至死因贈与」に類比され読み替えられる嫁資合意が「包括承継」を目的とするものに限られるとすれば、これに同調するバイエルンにおいて、目的物の特定性を要件に例外的に相続合意を有効とみなす上記「普通法」が依然妥当し、あるいは、これによって「ラント法」の欠缺が補充されるとの解釈も十分可能であるように見える。しかし、ラートは、「たとえ特定の物や個別の物であっても、合意が5名の証人によって確証されない限り、配偶者の死後に嫁資合意に基づいて存命の配偶者が取得することは許されない *nec rem etiam certam et singularem superstiti ex morte praedefuncti coniugis, vigore pacti dotalis obvenire patitur, quam si id quinque testibus fuerit confirmatum*」と述べて、そのような解釈をきっぱり退けている。つまり、

新ラント法第19条の解釈論として、「特定の物や個別の物*res certa et singularis*」を対象とする夫婦間相続目的の嫁資合意をも「混合合意」論の射程に含める立場が表明されているのである。

「混合合意」論の一般化ともいうべきこのラートの解釈は果たして第19条の文言と調和するのであろうか。確かに、同条前段に見える「夫婦の死亡時の事柄*von der Eheleuten Todtfällen*」や「一方が他方の財産から何を承継すべきか*was eines von deß andern Guet erben soll*」といった言い回しは、「包括承継」に限らず、特定遺贈による承継に匹敵するような特定承継をも含意し得る抽象性を有しており、嫁資等に由来する「収益」やその他「個別の物*res singularis*」の配偶者死亡時における承継を広くこれに含めるラートのような解釈も許容されよう。しかし、同条後段では、「証人がこれに満たない場合、婚姻上の取決めは、その他の合意や特約にかんする限りにおいて存するものとし、そこで約束された遺産承継や遺贈にかんしては、それらが先立つ配偶者の死亡時にはじめて効力を生じるものである以上、無効である*im fall derselben weniger weren/so sein die Heurats Abreden/allein so vil die andere Pact und geding betrifft/aber der darinnen gedingten Erbfäll oder vermächtnuß halben/die erst durch deß vorabgestorbnen Ehegemächts Todtfall bekräftigt werden/nit gultig*」とされており、こちらに見える「遺産承継*Erbfäll*」や「遺贈*vermächtnuß*」といった文言には前段と比べてより限定的なニュアンスも読み取れる。この点、「主張」36の注釈は、特に「遺産承継」という文言に根拠に第19条の適用対象を「包括承継」を目的とする「嫁資合意」（「相続乃至遺産承継の合意」）に限定する余地を認めつつも、本条が「存命の配偶者が相手方の死により嫁資合意に基づき取得するもの全てについて包括的に言及している*loquitur textus hic generaliter de omni eo, quod superstes conjunx ex morte alterius vigore pacti dotalis lucratur*」と指摘して、「主張」本文に提示された解釈を肯定的に擁護敷衍している。そのような解釈の根拠は明示されていないが、第19条後段に言う「約束された遺産承継や遺言 *gedingte Erbfäll oder vermächtnuß*」を、条文中に言及されていない「包括承継」と結びつけるのではなく、「先立つ配偶者の死亡時にはじめて効力を生じる *erst durch deß*

vorabgestorbenen Ehegemächts Todtfall bekräftigt werden」という観点からより一般的に捉えた帰結として当該解釈を捉えることは可能であろう。

「存命の配偶者が相手方の死により嫁資合意に基づき取得するもの全て omne eo, quod superstes conjunx ex morte alterius vigore pacti dotalis lucratur」が第19条の適用対象となるならば、そこに言う「何か」には、「主張」36で指摘された嫁資等に由来する「収益」や、夫婦それぞれの特有財産を構成する「個別の物」に留まらず、更に広範なものが含まれる余地があり、そのような解釈の方向性は、実際、『相違集』の別の箇所から読み取ることができる。Iで既に見たように、新ラント法は、夫に先立たれた妻について、子のない場合には、嫁資や反対贈与の有無を問わずに、「夫婦が互いに協力して節約し取得した財産 was sie beede mit einander erspart/und gewonnen haben」、つまり、婚姻中に取得された夫婦共有財産の半分を、もう半分の終身用益権とともに取得することを認めているのに対して（第1章第4条第1文及び第2文）、子のある場合には、この夫婦共有財産の「子一人相当分 ein gleicher Kindstheil」のみを、しかも嫁資や反対贈与のない場合に限って取得することを認めている（同第1条第1文及び第3文）。そこで注目されるのが、この第1条の解釈上の留意点と共に、嫁資合意（婚姻特約）による問題処理の可能性も指摘する『相違集』の「主張」5⁸³⁾である。その叙述に従えば、第19条所定

83) “V 一方、バイエルンラント法においては、嫁資合意も為さず嫁資も約束されていない妻に対して、夫が子を残さずに亡くなった場合には後得財産の半分がa、夫が子を残した場合には子一人相当分がb、無遺言で付与されねばならない。ただし、これらの夫婦については次の点をよく吟味する必要がある。すなわち、その夫婦が、店や宿屋を共に営み、日常的な表現を用いるならば、「公共の市や市場町に店を構え、あるいは、飲食店や宿屋を営んでいる」夫婦〔ラント法第1章第10条冒頭〕なのか、それとも、夫だけが事業や家産を管理している夫婦なのか、を見極めるのは無益ではないのである。どの意見に従うにせよ何らかの困難が生じる可能性が常にあるためc、ラント法は、適切にも、夫婦に対して、嫁資、婚姻故の贈与、その他婚姻に際して通常想定される諸事項について明確かつ詳細に合意するよう指示し命じているd。夫婦が何も合意していない場合、後得財産の半分あるいは子一人相当分を妻に付与する上記ラント法は、共同の事業を営む夫婦についてではなく、むしろそれ以外

の夫婦間相続目的の嫁資合意の要件効果は、夫婦それぞれの特有財産の承継だけでなく、その共有財産の分割承継をめぐる合意にまで及ぶことになるのである。

「主張」5の冒頭でも要約されているように、「バイエルンラント法においては、嫁資合意も為さず嫁資も約束されていない妻に対して、夫が子を残さず

に亡くなった場合には婚姻中に後得財産の半分が、夫が子を残した場合には子

の夫婦について定めていると解されるべきであるe。

a) とb) ラント法第1章第1条及び第4条。

c) 共同の事業を営む夫婦についても規定されているとは確かに解し得ない。そのような結論は、そのような夫婦においては、黙示に締結された何らかの組合に基づき負債返済について同等の責任を負っているので(ラント法第1章第10条)、(存命の子が存するか存しないかの)区別なく、半分が、上記第1条では存命の子が存する場合認められていないとはいえ、妻に付与されるべきであるという点から導かれる。利益や儲けについても夫婦を同等に遇するのが首尾一貫している(論拠となるのは学説彙纂第50巻第17章第10法文と第六書「法の諸準則について」第55準則)。バイエルンラント法が、この後すぐに、共同の事業を営む夫婦について特に定めている(第10条以下)という点も論拠の一つとなる。従って、これらラント法の条文の示唆するところによれば、先行する諸条文はそれ以外の夫婦について定めているものと解すべきことになる。ただし、そのような解釈も次のような事情によって制約を受けることになる。すなわち、妻が、非常に貧しく嫁資外財産で夫を喜ばせることもなかったにせよ、非常に慎ましく質素に暮らす中で自らの儉約と目を見張る勤勉さによって維持した夫の莫大な遺産から、子一人相当分か、あるいは、せいぜい半分を取得するにすぎないとすれば、酷に過ぎるかもしれないのである。

d) ラント法第1章第10条末尾。

e) 既に指摘した諸理由による。それらの理由に、妻の勤勉さが夫の資産の増加に十二分に寄与しているという点も付け加えることができよう。更に言えば、家計の勤勉な協力者であった妻が、彼女の儉約によって保持された夫の財産からの利益を全て奪われ無一文になるというのではあまりに酷である。そしてとりわけ、この点が正当に考慮されたために、勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文が後に見る通り廃止された代わりに、物乞いを強いられることのないように妻に別のものが適切にも付与されるようになったという点も指摘できよう。(Dissertatio juridica, 7-8.)

一人相当分が、無遺言で付与されねばならない *Constitutionibus Bavaricis statutum est, nullis pactis dotalibus initis, nullaque dote constituta et marito sine liberis defuncto, uxori dimidiam aquaestuum partem, eo vero liberis relictis mortuo, virilem portionem ab intestato deberi*」が、婚姻中に取得された夫婦共有財産（「後得財産 *acquaestus*」）からの寡婦取得分にかんする上記新ラント法第1条と第4条（「バイエルンラント法 *Constitutiones Bavaricae*」）は、「共に商売を行う夫婦についてではなく、むしろそれ以外の夫婦について定めていると解されるべきである *non de iis coniugibus, qui communem negociationem exercent, sed de reliquis accipiantur*」というのがラートの解釈である。ここに言う「共同の事業を営む夫婦 *coniuges, qui communem negociationem exercent*」は、新ラント法第1章第10条「共同の事業を営む夫婦について *Von Eheleuten die gemaine Handthierung treiben*」⁸⁴⁾

84) 「以上に対して、夫婦が、公共の市や市場町に店を構える者や宿屋経営者その他これに類する者である場合、売買の共同事業を同等の利益を以て相互に分ち担うことで、両者の仕事を為し生計を立てるものとする。Welche Personen aber zu offnem Kram und Marckt sitzen/oder offne Gastgeben/und andere dergleichen Personen sein/Mann und Weib/die gemaine Handthierung Kauffens oder verkauffens/zu gleichem gewinn mit einander nemmen und empfaen/und ihr beeder Gewerb und Nahrung darmit treiben und fürnemmen:そのような場合やこれに類する場合に困難が生じたならば、夫婦双方は区別なく、各人が全債務について、いわば一人の人格として弁済の義務を負うが、それは、夫婦共同の事業によって生じた債務を超えてはならない。Wo in solchen und dergleichen fällen irrung entstehen/soll Man und Weib beederseyts unverscheydenlich/ein jedes für di gantz Schuld/und als für ein Person/zubezahlen verpflichtet sein/doch weiter nit/als für die Schulden/die wegen ihrer gemainer Handthierung gemacht worden.

しかし、夫婦の一方が、収益を得るにせよ支払うにせよ他方が関わらない別の仕事を担っているならば、それによる債務についても他方は義務づけられない。ただし、そのような場合に正当に処理されるべき旨の特別の取決めが存するならば別である。Hette aber das ein Ehegemächt/ein sondere Handthierung/mit deme das ander Ehegemächt/es sey mit gewinn/einnehmen/oder außgeben/nichts zethun/so ist umb solche Schulden auch nit verbunden/es hette dann hierumben sonderbar

versprechung gethon/in welchen fall alßdann geschehen soll was recht ist.また、夫婦の一方が、事業の利益について、他方と同等ではなく、3分の1や4分の1、あるいは、それよりも少ない割合を得るに留まる場合に、そのような事態が生じたならば、その者は、生じた債務について、当該割合を超えて弁済する義務はなく、残りは、本条の規定に従って夫婦双方が拠出すべき総額、つまり、夫婦間に区別のない金銭から、夫婦の債権者に弁済され、その際には、執行手続上の命令に従い、先行する債権者が完済を受けるまで、後続の債権者は何も請求できないものとする。

Wo aber ein Ehegemächt mit dem andern nit gleichen gewinn ihrer Handthierung/sonder nur ein gewissen theil/als ein dritttheil/viertheil/oder noch kleinern theil hette/und wurde solches dargethan/soll dasselbe Ehegemächt an den gemachten Schulden auch mehrer nit/dann solchen theil herzegeben schuldig sein/und alßdann von der gantzen Summen/welche beede Eheleut/nach inhalt diß Articuls/müssen zusammen schiessen/als von einem unverscheydnen Gelt/ihre Glaubiger bezahlt werden/also daß der nachgehende Glaubiger nichts fordere/biß der vorgehende völlig bezahlt worden/nach außweisung deß GandtProceß. ところで、それらの夫婦の間で、配偶者の資産や財産、嫁資、モルゲンガーベ、反対贈与として、あるいは、反対贈与の定めがない場合に子一人相当分や共用什器類として、一方及び他方が何を望み請求できるのか特別の合意が交わされている場合、夫婦が互いにあるいは同時に債務を弁済すべく義務づけられることはないが、そのような合意に照らして、(弁済の責任を負っている)夫婦の一方の資産や財産によって債務が弁済不可能な場合には、他方は、合意の指示どおりの嫁資、モルゲンガーベ、反対贈与、あるいは、反対贈与の定めが無い場合の子一人相当分や共用什器類の他に何も、つまり、それ以外の譲与や贈与を求めてはならない。Weren aber zwischen solchen Eheleuten/was eines oder das ander/bey deß andern Ehegemächts Haab und Geut/deß Heuratguets/Morgengab/Widerleg/oder da kein Widerleg bedingt/ deß Kindstheils/auch der HaußVarnuß halben soll zubegeren/und zefordern haben/sonderegeding auffgericht/sein sie für einander/oder zugleich die Schulden zubezahlen nit verbunden/doch soll krafft solcher geding/im fall von deß jenigen Ehegemächts (welchem die bezahlung obligt) Haab und Guet/die Schulden nit möchten bezahlt werden/das ander ein mehrers nit/dann das Heuratguet/ Morgengab/Widerleg/oder wo kein Widerleg bedingt/einen Kindstheil und Haußvarnuß/nach außweisung deß gedings/aber keine andere gaben und Schanckung/nit zefordern haben. 更に、将来紛争が生じることのないよ

の適用対象となる夫婦を、「それ以外の夫婦 *reliqui coniuges*」は、「夫だけが事業や家産を管理している夫婦 *coniuges, ubi solus maritus negociationem et famialiam ducit*」をそれぞれ指している。「共同の事業を営む夫婦」について第1条と第4条の適用を排除するラートの上記解釈の趣旨は、注釈にあるとおり、「(存命の子が存するか存しないかの) 区別なく、半分が、上記第1条では存命の子が存する場合認められていないとはいえ、妻に付与されるべきである *indistincte (sive nempe liberi extiterint, sive non) superstiti dimida, quod tamen dictus articulus primus liberis extantibus negat, portio debeatur*」という点に存する(注釈c)。

そのような解釈の論拠とされているのは、第10条により「共同の事業を営む夫婦」が「黙示に締結された何らかの組合に基づき負債返済について同等の責任を負っている *ex tacita quadam societate contracta in solvendis debitis aequali onere graventur*」ところ、「不利益 *incommoda*」と「利益 *commoda*」の均衡を求める法準則⁸⁵⁾に照らせば、「利益や儲けについても同等に遇するのが首尾一貫している *consequenter etiam in lucris et commodis aequali favore sublevari merentur*」という点、そして、第10条以下⁸⁶⁾に「共同の事業を営む

うに、あれこれの場合に収益をどのように扱うべきか予め婚姻特約中に定めておくべきである *Und damit ins künftige desto weniger stritt entstehen/soll man fürterhin in Heuratsgedingen außtragen/wie es auff einen oder andern fall der gewinnung halben soll gehalten werden*」(Landrecht, 206-207.)

85) 「自然に従えば如何なるものの利益もその不利益の帰する者に帰する *Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*」

(D.50,27,10)、「負担を背負う者が利益を得るべきであり、またその反対に、利益を得る者が負担を背負うべきである *Qui sentit onus, sentire debet commodum, et e contra*」(VI.6,De regulis juris,regula LV.)。

86) 第11条「職人業を営む夫婦の債務について *Von der Eheleut Schulden die Handwercker treiben*」によれば、例えば「ビール醸造業者 *Brewen*」、「精肉業者 *Metzger*」、「菓子職人 *Lebzelter*」、「宿泊者を受け入れる料理人 *die jenigen Köch, so Gastung haben*」のように、「職人業よりもむしろ売買によって生計を立てている *die Nahrung vil mehr durch kauffen und verkauffen/dann durch das Handwerck*

夫婦」について特別な準則を置く編別自体が夫婦一般とは異なる扱いを示唆しているという点である(注釈c)。加えて、共同事業者たる妻の功績への配慮も指摘されている(注釈e)。すなわち、「妻の勤勉さが夫の資産の増加に十二分に寄与している *mulieris industria non parum faciat ad facultates viri augendas*」という点、「家計の勤勉な協力者であった妻が彼女の儉約によって保持された夫の財産からの利益を全て奪われ無一文になるというのではあまりに酷である *nimis durum sit, uxorem domesticarum curarum diligentem sociam fuisse, et tamen ex aedibus mariti privatam omni lucro sua etiam parsimonia parsimonia servato, vacuam discerere*」という点、夫婦共有財産の半分を存命配偶者に承継させる第4条が、バイエルンにおける「勅法彙纂第6巻第18章第1法文の公撰集引用要約文 *authentica praeterea Codice unde vir et uxor*」の通用を否定する代わりに(同第3文)、「物乞いを強いられることのないよう *ne forsan mendicare cogatur*」寡婦に配慮しており、そのような配慮は共有財産の形成に寄与した妻にとりわけ相応しいという点がそれである。

しかしその一方で、以上のような理解はあくまで第1条乃至第4条の一解釈にすぎず、また、「どの意見に従うにせよ何らかの困難が生じる可能性が常にある *ex utraque opinione quaedam inconvenientia nasci possent*」というのがラートの見立てでもある。つまり、仮に上記解釈が通用したとしても限界があるというのである。この点を注釈は、「妻が、非常に貧しく嫁資外財産で夫を喜ばせることもなかったにせよ、非常に慎ましく質素に暮らす中で自らの儉約と目を見張る勤勉さによって維持した夫の莫大な遺産から、子一人相当分か、あるいは、せいぜい半分を取得するにすぎないとすれば、酷に過ぎるかもしれない *satis durum videri posset, si uxor forte inops et nullis plane paraphernalibus maritum beans, ex locupletissimo eiusdem patrimonio, quod tenuius ac frugalius vivendo propria parsimonia, aut singulari industria servavit, virilem, aut etiam aliquando dimidiam portionem reportaret*」と敷衍している(注釈c

gesucht wirdt」夫婦もまた、「別段の合意 *sondere geding*」の無い限り、「前条 *vorgehender Articul*」つまり第10条の適用を受けるとされる(Landrecht, 207.)。

末尾)。そこで推奨されるのが、「嫁資、婚姻故の贈与、その他婚姻に際して通常想定される諸事項について明確かつ詳細に合意すること *circa dotes, donationes propter nuptias, et reliqua matrimoniorum occasione, quocunque ex capite emergentia expresse ac specialiter pcasci*」である。ラートはこれを、第10条に基づく要請と解していて、同条第2文末尾には、確かに、「将来紛争が生じることのないように、あれこれの場合に収益をどのように扱うべきか予め婚姻特約中に定めておくべきである *damit ins künftigt desto weniger stritt entstehen/soll man fürterhin in Heuratsgedingen außtragen/wie es auff einen oder andern fall der gewinnung halben soll gehalten werden*」とある。しかし、この一節は第10条全体の脈絡から明らかなように、専ら婚姻存続中の夫婦財産の処遇を想定したもので、夫婦の一方が亡くなった際の承継について規定したのではない。とはいえ、婚姻中に夫婦の協力によって取得された共有財産の承継如何は、まさに「婚姻に際して通常想定される諸事項 *matrimoniorum occasione, quocunque ex capite emergentia*」の一つとして嫁資合意の内容となり得るし、その場合、貧しく無嫁資ながらも婚姻中勤勉であった妻の行く末に対する上記懸念にも示唆されるとおり、当該財産が「嫁資や婚姻故の贈与からの収益 *ucrum dotis et donationis propter nuptias*」に当たるか否かは問題とならない。しかも、そのような合意の中で取り決められた寡婦の取得分が夫婦共有財産の「半分 *dimidia portio*」を超えるものであれば、「夫の莫大な遺産 *locupletissimum mariti patrimonium*」(注釈c)といった表現に象徴されるように、夫婦共有財産中の共有持分の保持と配偶者の特有財産の相続との区別自体が曖昧となる。ここには、庶民層における夫婦間相続目的の嫁資合意の典型例と共に、第19条所定の「混合合意」論の射程を画する手掛かりが示されていると言えよう。

新ラント法第19条に取り込まれた「ドイツの慣習法」によれば、夫婦間相続目的の嫁資合意(婚姻特約)は、「終意処分乃至死因贈与」に準じて、「5名の証人」を要し、自由な生前撤回が認められる。この「混合合意」論の射程を広く捉え、目的物の特定性による例外も認めず、夫婦が婚姻中に取得する「収益」一般にかかわる合意を含めて、夫婦間相続目的の嫁資合意が交わされるあらゆる

る場面に第19条を適用する画一的処理こそラートの意図するところなのである。
(未完)

[付記] 本稿は、ルートヴィヒ=マキシミリアン大学 Ludwig-Maximilians-Universität(ドイツ、ミュンヘン)、レオポルト・ヴェンガー法史学研究所 Leopold-Wenger-Institut für Rechtsgeschichteにおける2015年度学外研修の成果である。