

ヘーデマンの相續制度變遷論：特に封建制より資本制への過渡について

舟橋，諄一
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/16236>

出版情報：法政研究. 4 (1), pp.83-132, 1933-12. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ヘーデマンの相續制度變遷論

— 特に封建制より資本制への過渡について —

舟橋 諄 一

はしがき

一 總 説

二 以 前 の 狀 態

(イ) 十八世紀におけるフランス

(ロ) ドイツ、オーストリア、スウイス

三 相續法上の自由思想

(イ) 後位相續人指定制度の廢止

(ロ) 分割禁止財産の崩壞

(ハ) 相續法上の分割の自由

(ニ) 一般的遺言の自由

四 相續法上の平等思想

(イ) 男性の優先

(ロ) 長子權

五 兩思想の鬭争と妥協

(イ) フランスの立法

(ロ) 結果——一の妥協

六 展望——純個人主義的考へ方よりの・二十世紀の・轉向

は し が き

こゝに譯出紹介するは、イェーナ大學教授ケーテマン Justus Wilhelm Hedemann の『十九世紀における私法の發達』„Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert“ なる四部作の一つをなす第一部・『フランス革命より現時に至る土地法の發展』II. Teil: „Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart“ 上巻・『實體的土地法』1. Hälfte: „Das materielle Bodenrecht“, 1930 〇. 〇. 〇. 第一章『相續法の改編』§ 2: „Neuordnung des Erbrechts“ (S. 47—79) に當る部分である。

□

ケーテマンの原著は、四百頁に近い大著であつて、その全構成を概観するに、まづ封建的拘束よりの土地の解放 Die Lösung des Bodens aus seiner Gebundenheit の過程を、『自由なる所有權』„Freies Eigentum“ (第一章) および『相續法の改編』„Neuordnung des Erbrechts“ (第二章) なる二方面より觀察し、次にこの『土地解放の諸弊害』„Die nachteiligen Folgen der Bodenbefreiung“ として、『土地の零細分割』„Bodenzersplitterung“ 『土地の負債重壓』„Bodenschuldung“ ならびに『土地の利己主義』„Bodenegoismus“ (個人主義的『土地濫用』„Bodennissbrauch“) を擧げて説明し(第三章)、次いでこれら諸弊害の對策として、まづ、『土地零細分割に對する鬭争』(第四章) ならびに『土地負債重壓に對する鬭争』(第五章) につき詳述した後、『土地利己主義に對する鬭

争』の説明に、残りの三分の一以上の頁數をあてゝ、『土地收用の歴史』、『Geschichte der Enteignung』（第六章）、『所有權制限の歴史』、『Geschichte der Eigentumsbeschränkungen』（第七章）、『社會化の前史』、『Vorgeschichte der Sozialisierung』（第八章）、『一九一八—一九一九年の社會化運動』、『Die Sozialisierungsbewegung der Jahre 1918/19』（第九章）の四項目について詳述し、最後に、これら諸對策に關係あるものとして、『新植民法』、『Neues Siedlungsrecht』（第十章）の説明がなされてゐる。本稿は、いふまでもなく、このうち、第二章に關するものである。——なほ、この原著全般にわたつては、高柳教授の簡單なる紹介があり（國家學會雜誌四五卷六號）、また、我妻教授の詳細なる紹介的論述「ヘーデマンの『土地法の進化』」（法學志林三三卷九號）がある。

□

本稿は、前述のごとく、原著の第二章に當る部分を紹介するものであるが、ヘーデマンは、こゝでは、もつぱら土地法發展論の立場より、土地解放の一現象としての、封建的土地相續制度の變遷乃至崩壞過程のみを取扱つてゐる。だが、封建的相續制度は土地を中心とするものであるから、かやうな相續制度全般の崩壞過程は、土地相續制度のそれとして、現はれる。従つて、當時における土地相續制度の變遷をもつて、相續制度全般の變遷を代表させて差支へないであらう。本稿に題して廣く、『相續制度變遷論』と言つたのは、かゝる理由に基づくのである。

□

ヘーデマンの原著には、土地法發展論に關聯して、土地相續制度の、その後の——すなはち、資本制の下における——變遷が、この章に續く第三章および第四章中に、説かれてゐる。まづ、第三章中には、『土地解放』の結果として生じた『弊害』の一つなる、『土地零細分割』の現象が、主として、新相續制度に基くものとして説明され、次いで、第四章においては、この『土地零細分割』の弊に對し、逆に、かやうな新しき分割相續制度を改變することによつて、これを克服せんとする種々なる試みが紹介され、殊に、そのうちの一つなる『分割禁止財産制』„geschlossene Güter“の復活については、その手段としてとられた、『農家世襲財産』„bäuerliches Erbgut“の設定・『一子相續制』„Anerbengericht“の復活・『家産共有制』„Gemeinderschaft“の再興・『家宅制』„Heimstätte“の創設などのそれ々々につき、極めて詳細なる説明が與へられてゐる。——ヘーデマンのこれらの論述も、相續法變遷論の見地よりみて、大いに興味あるものではあるが、今は、都合上、封建的相續制度の崩壊過程の説明として、それ自身まとまつた形をもつ、第二章のみを紹介することとした。

本稿においては、ヘーデマンの原著中、大字の部分は全譯し、細字の部分は自由に抄譯し、註の部分は殆んどすべてを省略した。この抄譯・意譯・省略に伴つて、豊富にして貴重なる引用文献の大部分が、遺憾ながら、割愛されることとなつた。

一 總 說

所有關係の改編 *Neuordnung der Eigentumsverhältnisse*（ヘーデマンが原著第一章に説いたところである——舟橋）をもつて、新しき精神は満足してはゐなかつた。それはなほ相續法の改革 *Reform des Erbrechts* をも要求し、そうしてそれを遂行したのであつた。無論、この領域では、最近百年における實績はそれほど明確には表はれては來なかつた。すなはち、一般に認められてゐるやうに、單に一つの世紀をその關聯から全く切離して取出すことのできないといふことは、こゝでもその眞實なことが證明されるわけである。十九世紀に活用された幾多の思想は、その由來するところが古いのであつて、特に以下に説明せんとする自由主義的特徴をば、單にローマ思想の・別に新規でもない・繰返しにすぎないものと、見ようとした者もあつたであらう。しかしながら、ローマ法は（註一）、わが法域の重要な部分、例へばフランス慣習法の諸地方においては、全然行はれなかつた（あるひは、せし／＼補充的 *ergänzend* に行はれた）のであり、その他の部分においては、ローマ法に通常、單に補充的效力 *subsidiäre Geltung* が與へられたにすぎなくて、それは任意の領内普通法 *Landrecht* または都市法 *Stadtrecht* によつて破られたのであつた。だが、この單なる補充性 *bloße Subsidiarität* は過少評價されてはならない。まさに相續法こそ、おほよそ私法的素材のうちで最も、地方色、地方的差異の入込み易いものである。

しかして、十八世紀およびそれ以前の諸世紀の、多くの地方特別相續制度 *partikuläre Erbrechtsordnungen* が實際決して、ローマ法の模倣でなかつたといふことは、以下においてさらに詳しく論ずるであらう(註二)。これに反し、コード・シヴィル、Code civil は現はれかたが全く異り、それは最初から、優越的效力 *primäre Geltung* を要求し、かくて、あらゆる古くより行はれてゐる慣習、ならびにあらゆる地方的特殊を打倒したのであつた。それ故、前世紀における法の形成に及ぼしたコード・シヴィルの影響は、コルプス・ユーリス *Corpus iuris* の影響よりも遙かに著しきものがあつたわけである(註三)。

(註一) その反映をわれ／＼が十九世紀の運動中に見出しえたであらうところの、ローマ法の最も主要な規定は、(i)男子 *Söhne* と女子 *Töchter* との間に差別なきこと (*„nulla introducenda differentia sive masculi seu feminae sint“*, Nov. 118 cap. 1) 次には、(ii)一相續人の他の共同相續人に對する分割の訴の制限せられざること (*„si conueniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est“*, D. 10, 3, 14 § 2) として最後には、(iii)遺言の自由 *Testierfreiheit* である。後述本文中の四イ、三イおよびニ参照。

(註二) 補充性 *Subsidiarität* に關する一の類例を一七九四年のプロイセン邦 プロシヤ 法は提供してゐる。それは、いふまでもなく子たちの相續順位に關する章において、まづ第一には邦成文法 *Statuten* および地方的法律 *Provincialgesetze* をして裁斷せしむる(第二編第二章第二七一條)。それから、はじめて、その固有なる體系の順となる。しかし、また、この體系のうちにおいても、最も尖端に、すなはち一般的效力あるもの前に、各種の特殊が位する。例へば、采領 *Lehen*、世襲財産 *Fideikomnisse*、その他固有の特別相續制の行はるゝ財産は、遺産中より別除せられ(第二七三條)。また、配偶者の相續權に關する章においても同様に規定されてゐる(第二編第一章第五〇〇條以下)。それ故、相續法の實體 *Materie* には、支配的、特色 *dominierender Zug* ——これがあつてはじめて眞實な進化も可能となるものであらうが——が欠けてゐる。

（註三）コード・シヴィルの優越的効力は一八〇四年三月二〇日（30 Ventôse XII）の法律の第七條に表現されてゐる。だが、これに先立つて、法の統一のための長い闘争があつた。決定的な思想的轉機はすでにかの有名な一七八九年八月四日の布告 *Décret* 第十條に存する、すなはち、個々の州のあらゆる特別法は、永遠に廢棄せらるべきであり、『しかして、今後すべてのフランス人の共通なる法律のうち融合されて残るであらう』と。このうちに、——無論第一には公法的關係に對してであるが——將來作らるべき中央法制の優越的効力がすでに包含されてゐた。

過渡期の相續法に關するフランスの文献中、參照すべきは（以下の註に示せるものほか）Paillet, *Législation et jurisprudence des successions selon le droit ancien, le droit intermédiaire et le droit nouveau*, 3 vol. 1816.

一般に、十九世紀の土地法を支配したところの發展は、最も力強くフランス法においてその姿を現はしてゐる。これと並んではスウイスが大いに活氣ある光景を見せてゐる。これに反しドイツおよびオーストリアはそれほどでない、尤も、こゝでも——後に分るであらうやうに——自由、*liberté* ならびに平等、*égalité* の大思想が、活潑な討論と重要な變更とを呼び起しはしたけれども。

二 以前の狀態

すべての四國（ドイツ・オーストリア・フランス・スウイス）における以前の狀態は、解體的錯雜 *zersetzen*-*de* *Buntheit* に惱んでゐた。フランス人ギユスタヴ・アロン Gustave Aron の言葉、すなはち『各州は、おのその慣習法を有し、その相續法を固執して、それをその傳統ならびにその生活條件に最も適するものと思惟し

てゐた、そして學者はこの觀念に對し抗爭するよりもむしろそれに追隨するに傾いてゐたのであつた。』といふことは、たゞに彼れの郷國について當つただけではなかつた。それは、いま前に説明したいはゆる普通法 *gemeines Recht* の補充性と關聯する。しかして、この點をおいてすでに、十九世紀の、一つの業績が記録されるべきであつて、それはすなはち、この世紀が從來の状態の支離滅裂を大體において取り除いたことである。(註四)

(註四) Gustave Aron (*Chargé de cours à la Faculté de droit de Caën*), *Etude sur les lois successorales de la révolution depuis 1789 jusqu'à la promulgation du Code civil, dans Nouvelle Revue t. 25 (1901) p. 444 à 459 et 505 à 620, t. 27 (1903) p. 673 à 719.* 引用の箇所は p. 458 その他 p. 451 note 1 など。Ph. Sagnac, *La législation civile de la révolution française (1789—1804) 1898, p. 216* などと同様。

ドイツ、オーストリア、およびスウイスにおいても全く同じ状態であつた。ドイツ民法典編纂事業開始當時におけるドイツの状態は、*Teilentwurf (des Erbrechts) zum deutschen BGB. (von Schmitt 1879)* の理由 *Begründung* のうちに描寫されてゐるが、それは、普通法 *gemeines Recht*、プロイセンの邦法、およびフランス法とさう、大法制と並んで、百以上のヨリ小さい相續制度が下つて十二世紀に及ぶまでも、算へ上げられてゐる (S. 2 中)。今日なほ、個々の點については、地方分立主義 *Partikularismus* が行はれてゐる。例へば、スウイスにおける兄弟姉妹および従兄弟姉妹の遺留分に關する後述四六・四七頁、また、ドイツにおける近代的なる一子相續權立法に關する部分 (原著一三三頁 b) 參照。すなはち、地方精神を顧慮することは、ある程度までは、おそらく永久に欠くべからざるものであらう。

なほ、もし、以前の法状態につき、おびたどしき地方的相續制度のうちより現はれきたる一般的特徴を求めらば、それは、これにおしてもまた、極度の拘束 *Gebundenheit* である。そうして、それは大部分、拘束され

た所有權よりの單純な歸結である、なぜなら、もし既にその生前において土地所有者の自由處分が拘束されてゐるならば、死因處分についてはなほさら、その許される餘地は遙かに少いからである、しかし、本來遺言の自由の存續してゐた地方においてもまた、それは全く單に固定的に、いはば不自由に、取扱はれたのであつた。

（イ） 十八世紀におけるフランス

これを最もよく寫し出してゐるものは、おそらく、革命勃發前のフランスの事情であらう。まづ全國にわたつて散在してゐる貴族財産（biens nobles）をみると、こゝでは峻嚴な長子權（droit d'aînesse）が殆んど普遍的に行はれてゐたやうであつて、これに對する違背は——法律上許されるとみえたものに關するかぎりは——極めて稀なものであつた、たゞその際比較的いづれにても差支へなしとされたのは、その特權の範圍の決定が異なることである、すなはち、あるひは死者の財産の全部を、あるひは單に『優先相續分』“part avantageuse”を、内容としたのであつた。非貴族（平民 roturier）の所有地における状態も、少くとも大部分の地域においては、これと多く異なるところがなかつた。確かに革命の嵐は、その相續法に關するかぎり、まづ第一に貴族財産の相續法に向けられてゐた（特に、革命の初期において思想上の支配的勢力の側より）。しかし、非貴族所有、遂には財産を自己體 *das Vermögen schlechthin* までもまた、たちまちにして批判と改革的要求の的となつた。それ故、なほ、古き農民の相續法も考察に値ひすることとなる。そうして、こゝでもまた、主なる印象は、拘束のそれである。

だが、無論、差異はあつた。すなはち、こゝでも、フランス領土の・慣習法、*droit coutumier* および成文法、*droit écrit* の領域への・大區劃を看過してはならない。一般には、法律上の拘束は第一の領域における方が遙かに明瞭に表はれてゐた。すなはち、舊慣によると、死に臨んだ父は全く、單に相續した家産の五分の一のみを處分することを許されてをり、その他の『家産の五分の四』、*quatre quints des propres* は、次の世代のために固定すべきものたる『遺留分』、*réserve* を形成した。ところが、これに加へて、さらに他の・人的方面における・拘束があつたのであつて、それはおそろく『法律』、*Recht* よりもむしろ單なる事實に根ざすものであつた。『法律』によると確かに被相續人の數人の子の地位は平等であつた。にもかゝはらずこゝでも、少くとも幾多の地方では、この原則は、長子の獨占權 *Allerrecht* もしくは優先權 *Vorrecht* によつて破られてしまつてゐたやうである。いづれにしてもこのことは、例へばノルマンディーにおいては立證されたものと認めることができる。——それよりもさらに遙かに強い印象を興へるものは、成文法領域における状態である。こゝでは一般に遺言の自由、*Testierfreiheit* が（ローマ法に従つて）行はれてゐたのであつて、それは、*légitime* すなはち、同様にローマ法から借用した遺留分（義務分） *Pflichterbsquote* によつて、たゞ適度に制限されてゐたにすぎない。従つて被相續人は、拘束なき部分を隨意に子たちの間、もしくは他人に對して分配することも、それをなさうと欲するならば、意のままになしえたであつたらう。けれども、多數の實例についてみてもそれは、明白に、何ら問題とされてゐなかつた。むしろこゝでも、特に、富裕なる人々の間では、遺言の自由は全く一面的に長子の利益のた

めに利用し盡されてゐたやうであつて、その結果こゝでも殆んど確立された長子權 *droit d'aînesse* が現れたのであつた。そうでないとする、この慣習に關してのその當時の多くの言説は、殆んど理解できないであらう。ジャコベン俱樂部では、例へば次のとき演説がなされた、——『成文法地方においては、長子は常に家の財産の最大部分の相續人となつてゐたのであるが、これに反し、僅少なる財産に甘んずべく餘儀なくせられた彼れの弟たちは、ある意味では、彼らの運命をいはば兩手の間に持つてゐる者の恣意に、服従せしめられてゐたのである。この笑ふべき慣習は、これらの地方では非常に深く根を張つてゐたのであるから、父親も、その長子に世間的面目をつぶさせることなしに、何らかその慣習に背くことはできないほどであつたのだ』。このことは確かに、理論上與へられた自由が、拘束に顛倒したことを意味する。

革命前、長子權がどの程度において弘く行はれてゐたか、といふことについては、今日なほフランスの學者間に争はれてゐる。上に述べたところは、殊に、アロン Aron およびサニャク Sagnac の研究に據る。これら兩書は、その當時の資料を豊富に集め、そしてそれを利用してゐる。なほ Ambroise Colin, *Le droit de succession dans le Code civil, dans le Livre du Centenaire de la Sté de Lég. comp.*, t. 1 p. 295 et s. 参照。ヨランは、コード・シヴィルの相續法をもつて全く以前からの法律に基いてゐるとなす立場をとり、その結果、長子權および男性の優先(これについては後述)は革命前に極めて輕微な意味しか持つてゐなかつた(p. 303)といふ見解に到達してゐる。ドイツのブレントナー Brentano その他幾多の學者の立場も同様である。しかし、長子權その他コード・シヴィルによつて克服された相續法上の諸制度に對する激しい攻撃は、もしこれらの制度が深く大多數の民衆の生活に喰ひ込んでゐなかつたとしたら、説明されえないこととなるで

らう。例へば Aron p. 466 にあげられた一七八九年の „Adresse des cadets du tiers Etat de Provence et d'autres pays du droit écrit au Roi” を見よ。

男子優先制もまた多くの州の貴族財産については行はれてゐた、例へば アンヂュ Anjou, ノアットゥ Poitou, ノルマンディ Normandie, トゥルレーヌ Touraine などの諸州。さらに、散在的に、慣習法地方の非貴族財産についても行はれた、例へば ノルマンディ Normandie におうじ (Sagnac p. 219 note 1 参照)。

慣習法地方におうて、『財産を長子の手集中させるため諸子の間不平等を設ける目的をもつて』婚姻契約を利用したことはつゞては Aron p. 464 参照。

(□) ドイツ、オーストリア、スウイス

同様に、ドイツ・オーストリアおよびスウイスにおいても十八世紀の間、土地について自由なる相続法は存在しなかつた。采領團體 Lehnverband は、その固く定められた相続制度を以て廣範圍の土地の上に廣い網を張つてゐたし、またその傍らには、それに劣らず拘束された世襲財産 Fideikomisse があつた。さらに最後に、小農民および植民の土地もまた、決して遺言自由の下に置かれてはゐなかつた。すなはち、これらの土地でも、同様に、一人相続法その他の厳格な制限が行はれてゐたのである。

そこで例へば、一七九〇年に於けるオーストリアのある詔書 Patent (一七九〇年一月二九日の詔書) のうちに——この頃既に一般的相続法の改革に着手されてゐたにかゝはらず——農民地 Bauerngüter についで次のこと

く言はれてゐる、『法定相續の場合には、父がその農民地を特に一人の子に與へんと欲したるに非ざるかぎり、數子間の分配に際しては農民地は——領主がこの者に對し何ら正當の理由ある異議を有せざるときは——常に最年長の男子に與へらるべく、もし然らざるときは、その男子の次の男子に、また、男子無き場合は年長の女子に與へらるべし』と(第五條、共同相續人の協定に關しては第七條)。また、あるひは、一七九四年のプロイセン邦法 *das preussische Landrecht* 中に、『通常、領主は、數人の共同相續人中その最も能力あり、*der Tüchtigste* と認めたる者に對しその土地を取得せしめうる』旨規定されてゐる。また、あるひは、スウイスの二三の州では遺言の自由は全く阻まれ、あらゆる個々の相續は一つの固定した法定の型に強制的に嵌込まれる。これらのうち、特に、この最後のものが興味深い。ここでは、遙か十九世紀に入つてまでも全く終意處分を許さないやうな多くの州があつたし、また他の州では、被相續人に對し百分の二まで、すなはち、土地所有の相續には初から問題となりえないやうな限界内で、處分の自由を與へたのであつた。

スウイス各州法について。——シュヴィツ Schwyz の地方およびオブヴァルデン Obwalden では全然處分の自由が認められなかつた。アペンツェル・インネロデーデン Appenzell i. R. では百分の二乃至五の處分の自由が認められた。ニドヴァルデン Nidwalden、トッルガウ Thurgau、グラウビュンデン Graubünden では取得財産 *Erbungenschaft* についてのみ處分が認められ、自ら相續により取得した家産 *Stammgut* は殆んど全く拘束されてゐた。これが、フーベル Huber の一八八八年に描寫した狀態なのだ (*PfR. Bd. 2 S. 260f.*)。従つてそれより五十年乃至百年以前においては拘束がさらに、ヨリ強くかつヨリ廣まつてゐたといふことは、恐らく確實であらう。

それ故、舊状態の排除に當つてもまた、スウイスにおいては自由 *liberte* が主役を演じたに反し、フランスでは一時、平等 *egalite* がこれよりも一層前面に立つたのであつた。十九世紀はいづれにしても、兩方面に活動したのである。故にわれ／＼は、まづ、ヨリ廣き活動の自由を求めての奮闘を、次いで、平等化のため・ならびに古くより傳來せる特權の排除のため・の闘争を考察する。そして最後に、これら二つの力、すなはち、自由の渴望 *Freiheitsdrang* と平等の渴望 *Gleichheitsdrang* とが、いかに相互に、影響を及ぼしあつたかが示されるであらう。

三 相續法上の自由思想

自由思想 *Freiheitsidee* は、相續法に對し幾多の點において影響を及ぼした。

(イ) 後位相續人指定制度の廢止

自由思想はまづ最初に、後位相續人の指定 *Substitution* に對し矛を向けた。自由なる財貨の流通の説かれてゐる時代に、土地を、數代に亘る・遺言もしくは慣習による・相續順位の定めによつて、固定することは不可能であつた。ポルタリス *Portalis* が、その有名なる序説 *Discours préliminaire* にあつて、トロンシェ *Tronchet* ビュ＝プレアムヌ *Bigot-Préameneu* およびマルザイル *Maleville* と共同して、コード・シヴイルの指導的原理を

法典完成の直前に要約した際に、彼れは、後位相續人指定制度の追放を次のやうな勢ある言葉をもつて表現してゐる、すなはち、『流通の自由のため、ならびに農業の發達のために、この不合理極まる後位相續人指定制度を放逐したのは、無論、正當であつた。この制度は、生存せる人々の利益を死せる人の恣意に従屬せしめ、また、この制度によれば、もはや存在せざる世代 *generation* の意思によつて、現在の世代は、未だ存在せざる世代のために、絶えず犠牲にされてゐるのである』さて、これには十年以上の背景がある。すでに憲法議會 *Constituante* において、他の點では『遺言の自由』の限界について(後述二五頁および四〇頁以下)なほ激しく争はれたのであつたが、次の一點については完全な一致をみた、すなはち、一人の相續人の後に第二の相續人を、第二の相續人の後に第三の相續人を指定する遺言は、もはや認められえない、といふことである。國民議院 *Convention* はこの考へを法律にまで高めたが(一七九二年)、それが、更にコード・シヴィルに合體されたのであつた。無論、後位相續人指定制度の禁止は、十九世紀中に再び法典から取除けようとされはしたけれども、その試みは何ら永續的な成果を収めなかつたのである。

しかし、このフランス人の法典編纂も、すでに一定の場合には少くとも、一回かぎり *einmalig* の(一世代かぎり *eingradig* の)後位相續人指定を許してゐる。そうして、この縮限された形をもつて、後位相續人指定の禁止は、その諸隣國においてもまた定着したのであつた。オーストリアにおいては、すでに古いことである。ここでは、すでに十八世紀の後半に、全く無制限なものより、一世代かぎりの・制限せられた・後位相續人指定への、

變化が行はれたやうである。多くのスウイス諸州においても、すでに古くよりかゝる規定が認められてをり、それがいまや一九〇七年の民法典 *Zivilgesetzbuch* によつて聯邦法にまで高められてゐるのである。最も激烈であつたのは、おそらく、ドイツにおける抵抗であつた。こゝではローマ法學者の學說が強い影響力をもつてゐたのであつて、この學說の法源には、後位相續の制限といふ觀念が全く無かつたし、また、かような學說は、何か法源に逆らつて事をなすといふ考へは毛頭無かつたのである。かくて、一八六三年のザクセンの法典がなほ未だ、——その草案ならびにこの草案の理由書とは反對に——無制限の後位相續人指定を許してゐたことの説明がつくわけである。しかし、その後、全國に對し發布された一八九六年の民法典 *Bürgerliches Gesetzbuch* は、この抵抗を終局的に打破し、そうして、後位相續の制度を、單に一世代のみがその拘束を受ける、といふやうに作り上げた。それ故、大體において、十九世紀は、すべてこれら四國において同一の結末をもつて終つてゐるのである。

すべて右に述べたところは、單に、いはゆる世襲財産的後位相續人指定 *fidukommissarische Substitution* (後繼相續 *Nachbarschaft* —— 反對は補充相續 *Ersatzerbschaft*) についてである。この制度は、十九世紀中、甚だしい損傷を受けたのであつて、その攻撃されるに當つては、絶えず、一般的なる自由の標語 *Freiheitsparole* が持ち出されてゐた。なほ同時に、平等思想も持ち出されたのであつた。

(a) フランス

フランスにおいてはこの發展が最も鮮明に現はれてゐる。フランス全土の五分の一を覆ふにすぎない僅か十の慣習法は、後位相續人の指定を禁じもしくは制限したが、他の地方ではそれを何ら時間的の制限もなく許してゐた (*M. le baron Lo-*

cré, La législation civile commerciale et criminelle de la France etc. t. 11, p. 359)。革命の前後には、この制度の廢止、または少くともそれを一世代に制限することが要求された (Aron p. 408 et s. 參照)。そこで、革命時代のすべての政府はこの問題に手をつけた。憲法議會、Constituante は、遺言自由のための一般的鬭争を主にし、後位相續人指定制度の個々の點を規律することは後廻しとしたから、この問題について意見を定めるまでには行かなかつた。立法議會、Assemblée législative では、一七九二年八月二五日の會議において、後位相續人指定制度を將來に向つて廢止する旨の決議をなした。これに應じて特別法が制定される筈になつてゐたが、將來なさるゝ後位相續の指定を禁止する點は直ちに法律的效力を生ずることになつてゐた (J. B. Duvergier, Collection complète des lois etc. t. 4 p. 359)。最後にこれを完成したのは國民議院、Convention であり、一七九二年十一月一四—一五日(一〇月二五日)の法律によつてである。この法律により、後位相續人指定の制度の破毀については、更に遡及效きへ與へられたのであつた (Duv. t. 5, p. 44)。——ロード、シヴィルは、依然この禁止を固持した。その第八九六條は規定して曰く『後位相續人の指定は廢止せらる。受贈者、指定相續人若は受遺者をして保存並に第三者への引渡の義務を負擔せしむべき處分は、すべて無効とす。受贈者、指定相續人若は受遺者に付亦然り』。この理由として、理由書には、この制度の、取引に對し障害あることが擧げられてゐる。

しかし、右の第八九六條の規定については一定の例外が定められてゐた ——

(i) 第一〇四八條の場合(第一〇四九條の場合も同様)。すなはち、親が孫の利益のため子に對して義務を負擔させるところの後位相續人の指定を許してゐるのであるが、これも、明文をもつて一世代に限つてゐる。この特則は今日なほ效力を有する。

(ii) 一八〇七年九月三日の法律により右の第八九六條の第三項として附加されたもの、但し、後、一八三五年五月二二日の法律および一八四九年五月七日の法律をもつて再び削除せらる。この規定はナポレオンの個人的希望に出でたものであ

つて、彼の家族ならびに元帥たちのため強大なる長子相続財産 *majorat* を創設せんとするの必要に基づいたものであつた。

(iii) 一八二六年五月一七日の後位相続人指定に關する法律によるもの。この法律は、廣く一般に二世代までの後位相続人指定を許したのであつた。しかし、一八四九年五月一日の法律によつて、この改正も廢止せられ、その結果、再び一八〇四年の狀態に歸り、従つてフランスでは、現在原則として後位相続人指定が禁止せられることとなつてゐるのである。

(b) スウイス

ロマン|| スウイスの諸州、例へばデュネーヴは忽ちにしてフランスに倣つた。しかし、ゲルマン|| スウイス諸州も、後位相続人指定制度を棄てたが、多くは、一世代については許した。民法典制定當時に二世代について許してゐたのは、單にベルン Bern とバーゼルシュタット Baselsadt だけであつた。民法典 *Zivilgesetzbuch* は、一世代の後位相続人指定制度を聯邦法にまで高めたのであつた。同法第四八八條。

(c) オーストリア

一七六三年五月二一日の特許 *Rescript* は、一世代の後位相続人指定を許した。一般民法典 *ABGB* 第六一一條・第六一二條。

(d) ドイツ

はじめ、二世代について許した。例へば、プロイセンの一般Allgemeines Preussisches 邦法 *ALR* 第一編第二章第五五條、ザクセン民法典草案(一八六〇年)第一八六三條(但し一八六三年に完成したる法典には何らの制限を附せず)。しかしその後次第にこれを一世代に制限せんとする傾向を生じた。例へば、一八二二年二月一九日のプロイセンの宣言、一八四五年のヘッセン *Hessen* 草案第一六二條など。ドイツ民法典 *BGB* によつては第二一〇九條。

(□) 分割禁止財産の崩壊

後位相續人指定制度の抹殺によつて同時におびたゞしき他の諸法律制度がその生命力を斷ち切られたのであつた。これらはすなはち、かの分割禁止財産 geschlossene Güter であつて、その相續法上の分割禁止性は實に、數世代を超え永久と考へられた後位相續人指定制度から、導き出されたものである。すなはち、采領 Lehen、世襲財産 Fideikomnisse、分割禁止農民保有地 geschlossene Bauernhöfe これである。

しかしながら、この點につき、發展は初めから幾多の動搖を示してゐるのであつて、二三の場合、例へば世襲財産問題、Fideikommissfrage においては、明瞭に、なほ、深く二十世紀に入つてまで、その發展が續いてゐる。こゝで特徴的なのは、殊に、かの後位相續人指定の禁止が、種々の仕方によつて、初めからたゞ『一般』 allgemeine 相續制度についてのみ確立せられたに反し、かの分割禁止財産に對しては、差當りなほ一の特別相續制度が保存されたことである。例へば、われは、一八一一年のオーストリアの法典中に、まづ、後位相續人の指定は『不動産に關しては單に第一世代に對してのみ』效力を有すべき旨の文字を確かに讀むのであるが、しかし、他の個所において、農民地に關して例外の存續する旨が、附加されてゐる。また、その世紀の終りに當り、ドイツの帝國法典が、一般相續法について後位相續を一世代 eine Generation に、すなはち人の一代 ein Menschenalter (三十年)に制限するために、烈しく力を盡したとはいふものの、それにかゝらず、その法典も、今な

ほ一部の『特種』財産 „besondere“ Güterarten には手を觸れずゐた。けだし、それに附隨する施行法 Einführungsgesetz には、『家族世襲財産 Familienfideikommisse、および、自由地となりたる采領 allodifizierte Lehen をも含めての采領 Lehen ならびに家産 Stammgüter に關する、各邦法律の規定 landesgesetzliche Vorschriften は、依然その效力を有す』と定められ、そうして、その後一九一九年の革命憲法に至つてはじめて、國の命令として『家族世襲財産は廢止せらるべし』と命じたからである。

とはいへ、もし人々がかやうな個々の點における控目の故をもつて、自由といふ標語 Freiheitsparole の強い影響力を、この分割禁止財産の相續制度についてもまた、否定しやうと欲したとすれば、それは誤謬であらう。ドイツの地方立法 Partikulargesetzgebung は、決して盲目的には、その世襲財産を維持しうる可能性を、利用したのではなかつた。むしろ、十九世紀全體を通じ、種々の各邦諸立法 Landesgesetzgebungen 中に、この問題を熱心に討究したことが現はれてをり、そうして、采領地 Lehengüter の除去は既に十九世紀中にほとんど完全に、ドイツの地方立法によつて成し遂げられたのである。オーストリアにおいても、同様に世襲財産はすでに十九世紀中にまさに消滅せんとするに立ちいたつてゐた。しかしその後、奇異にも、一九一八年の革命後までもなほ維持されたのであつた（采領は既に前述のごとく實際絶滅させられてゐた）。また、農民地 Bauerngüter に關しては、一八一一年の一般民法典 das Allgemeine BGB. によつて與へられた舊慣の愛護は、維持されえなかつたのであつて、却つて、一八六八年には大規模に、特別農民相續法およびそれに含有された永久的後位相續人指定の

制度が覆へされたのである。コ、ド、シ、ヅ、イルは、特別財産を徹底的に掃蕩してしまつた。ナポレオンの特別な策動によつて後に(一八〇七年)帝室の長子相続制 Kaiserliche Majorate の利便を計るために挿入されたところの、一の例外は、すでに後位相続人指定制度の個所で示したやうに、はや同世紀の前半において、再び削除されたのである。ス、ウ、イ、スもまた、その一九〇七年の綜合的法典編纂をもつて、飾り氣なき定式に到達したのであつた。すなはち、『家族世襲財産は爾後之を設定することを得ず』と。かくて、大體においては——殊に一九一八年のドイツ革命における最近の規定をなほ附け加へるときは——力強くかつ銘記すべき發展が存するのである。

(一) 家族世襲財産 Familienfideikommisse の撤廢

(a) フランス

フランスにおける發展、すなはち、『長子相続制』majorat の撤廢、復活、および再度の撤廢については、前述九八・九九頁参照。

(b) スウイス

聯邦民法典の豫備草案 Vorentwurf までは、なほ、この制度の維持を計つてゐたが(三六二條)、専門家委員會 Expertenkommission においてはじめて、これは削除された。民法典においては第三三五條。

(c) ドイツ

ドイツにおける最近四分の五世紀の世襲財産制の歴史は、それだけを取つてみても極めて多種多様にして變化に富む一章を形づくる。自由といふ標語の急速なる影響は明白であるが、しかし、絶えず反動が來てゐる。

立法的には、重點は初め全く地方立法、Partikulargesetzgebung に置かれてゐた。例へば、バイエルン、Bayern における

發展は、甚だ興味深い。まづ一八〇八年七月二日布告 *Edikt* の第六九條は貴族の世襲財産を廢止し、一八一一年一二月二日布告の第一條はこれを他のすべての家族世襲財産ならびに世襲財産的後位相続人指定制度に及ぼした。しかし、この效果は、世襲財産を一定の條件の下において、いはゆる『長子相続財産』“*Majorate*” に變更することを許したことによつて、弱められた。のみならず、その後間もなく反動が襲つて來たから、結局、バイエルンの世襲財産は、土地開放思想といふ嵐を突破したのである。その世紀の中頃の第二の自由主義の大運動に際して、同様な動搖が、例へばプロイセンの立法において現はれた。すなはち、一八五〇年一月三十一日の憲法は、采領ならびに家族世襲財産を新たに設定することを禁じ、現存せるそれらのものについては、これを自由所有に變せんことを企てたのであつたが(第四〇條)。しかし、一八五二年六月五日の法律によつて憲法が變更され、家族世襲財産は再びその存続を許された。ブラウンシュヴァイク、Braunschweig およびリッペン、Lippe においても同様の過程が行はれた。しかし稀にこの制度が破毀されたまゝであつたところもあつた、例へばオルデンブルグ *Oldenburg* (一八五二年三月二十八日の法律)。なほ同世紀末におけるザクセン＝コーブルグ＝ゴータにおけるドイツ民法執行法 *Sachsen-Coburg-Gotha AGZGB* 第五條參照。

國の立法は、民法典 *BGB* の創定に當つて世襲財産問題を取上げる機會を持つた筈であるが、しかし、政府は、何ら深き根據を示すことなく、初めよりこれを拒否した (*Motive Bd. 3 S. 5 u. Bd. 5 S. 360*)。そうして、これに對應し、従前通りその事項を各邦法 *Landesrecht* に移送した(民法施行法 *EGZGB* 第五九條)。この拒否的態度については、しばしば、詰實的批評がなされた。また、この際、世襲財産全部的廢止の古い要求も再生して來た。例へば *Anton Menger* (Prof. in Wien), *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 4. Aufl. (1908) S. 222 ff. の闘争は戦前まで續つてきたのであつて、當時、プロイセンはその世襲財産法の改正を企てたのであつた。すでに一九〇三年にプロイセン政府は『暫定的』“*vorläufige*” 草案を作つてゐたが、その間に世襲財産が驚くべきほど増加したので、十九世紀初頭の土地解放

論が再び燃え上つてきた。これは當時盛んに行はれた『内邦植民』(innere Kolonisation)と關係するのであつて、これが土地の大地主の手への集中により障害を受けんとするおそれがあつたのである。けれども、政府當局も、多くの著述家、議員たちも、世襲財産を全部的に廢止しようとはせず、單にそれを制限しようとした。だが、このプロイセンの法律も大戦の勃發により、議決に至らずして終つた。——さて、一九一八年に革命が起つた。世襲財産は、いかなる場合においても解體せらるべきであつた(一九一九年のドイツ憲法第一五五條第二項後段)。しかし、この命令を、個々の各邦法律の内部において實行するについては無論錯雜を極め、従つて、目下のところ、實際上は未だ完全に實行されてはゐない。

(d) オーストリア

十八世紀の中葉以來、領主によつて諸種の監督手段や制限が講ぜられてゐたが、ヨゼフ二世 Josef II は更に系統的に世襲財産を漸次解體せしめんとした(一七八一年三月二五日の勅令 Hofdekret および特に一七八五年五月九日の詔書 Patent)。一般民法典 ABGB では、第六一八條乃至第六四六條に世襲財産に關する詳細な規定がある。その後、この制度を廢止せんとする運動(一八四八年一月二月の憲法委員會第二草案第二三條)もあつたが、これには直ちに反動が續いた(一八五一年十二月三一日の内閣訓諭 Kabinettschreiben)。——一九一八年の革命は、再びこの制度を搖り動かしたのであつて、例へば一九二五年一月一六日のオーストリア社會民主黨の農業綱領は、その廢止を要求した。しかし、今もつてなほ、民法第六一八條以下は現行法である。

(ii) 采領、Lehen の撤廢

采領地 Lehengüter は、フランスにおいては、革命による全封建制の撤廢と共に、倒壞した。スウイスにおいてはこの制度は未だ嘗て大なる役割を演じたことはなかつた。オーストリアにおいては、土地を負擔より解放した一八四八年一月七日の詔書も、采領には觸れずにあつたが、後、いはゆる Rustikal- und Beutellehn につき一八六二年十二月一七日の法律、そ

他の采領につき一八六七年二月三十一日および一八六九年五月二二日の法律は、各々それらを廢止した（この點原著二三頁所載——舟橋）。ドイツにおいては、すでに早く、例へばプロイセンにおいて一七一七年一月五日の法律によつて大多數の采領の解消を企てたことはあつたが、一七九四年のプロイセン一般邦法制定當時には未だ一般には采領法 *Lehnrecht* を立法する必要あるかのごとく考へられてゐた。その後、一八〇七年一〇月九日の布告 *Edikt* 第九條は、采領關係を家族會議の決議により廢止しうることを認め、次いで、一八五〇年一月三十一日の憲法第四〇條は、采領の新設を禁止し、既存のものもの解消を規定した。

(II) 農民地 *Bauerngüter* の廢止

殊にオーストリアにおいては、一七九〇年一〇月二十九日および一七九一年五月二六日の詔書（一七九八年三月九日の永代借地の相續に關する勅令も同様）は、農民階級においても一般相續制度が適用せらるべき旨を冒頭に定めてはゐたが、直ちにその後で、依然土地を拘束するの結果となるべき諸特則を設けてゐた（分割禁止、長子優先權、等）。そうしてこの特則は、一般民法典 *ABGB* 第七六一條によつて差當り保存されることとなつた。後、一八六八年六月二七日の法律によりはじめて、特別農民相續法は廢棄された。

(ハ) 相續法上の分割の自由

第三に、自由思想は、相續法上の分割自由 *freie erbrechtliche Teilbarkeit* の原則に現はれた。この原則は、特種財産の崩壞、その他、前述の幾多の部分と、密接なる關係を有する。生存者間において *unter Lebenden* 自由^{自由}に賣却することを許される者は、また、生存者間において分割することを許される、そうして、このことを

生存者間において許される者は、また、死亡に基いて von Todes wegen これをなすことも許される。これらすべてのことは、土地の大部分にとつては全く新たな思想であつた。

フランスにおいては、從來殆んど全く分割を禁止されてゐた國家直隸地および教會領の分割をもつて、大規模な模範が示されてゐたのであつたが、さらに遙か後に至り、人々は廣大なる土地の・自由なる財貨流通への・投入をもつて、現在の福祉の原因となした、すなはち、『フランスが、その土地の肥沃およびその人民の活動によつて當然達すべき程度の物質的繁榮を克ち得たのは、僧侶および貴族の莫大な所領が流通に投ぜられて以來のことである』（Laurent）。この感銘は、全くおのづから、さらに妨げられざる相續法上の分割を招來せざるをえなかつた。かくて、すでに屢々言及したプロイセンの一八一一年の土地改良令 Landeskulturrecht は、兩親に、『彼らの土地所有を子たちの間に欲するまゝに分配しうるといふ、甚だ望ましい、そして有益な自由』を與へた。また、他所では、このことが特に取立て、明らかにされる必要は、全くなかつた。けだし、それは、一般的遺言自由（後述ニ）のうちに當然包含されてゐたからである。

しかしながら、共同相續人相互間 Miterben untereinander の分割の自由は、特に取出して論ずる必要があらう。なぜなら、それは、遺言の自由をもつては包括されないからである。それ故、コード・シヴィルの起草者は法典の正文中に強い語調で書き入れて曰く、『何人も、共有關係に留まらるべく強制せらるるを得ず』（第八一五條）と。これはまた、時代精神、すなはち、活動の自由なる標語に、全く適合するものであつた。まことに、各

人は自己の自由なる主人である！ 法制委員會 Tribunal の委員長は、前掲の規定を立法部 Corps Legislatif に提出するに當つて、なほ、その内容を次のとき言葉をもつて表はした、『分割は必要である、けだし共有状態は往々にして何人にも好ましからぬからである。いかなる場合においても、それを解消せしむる權利を有するがためには、それが、たゞの一人に不快を感じしめるをもつて足る』と。さらにまた、被相続人の側からする分割禁止も妨止されなければならなかつた。このことは、たゞく起り、そうして、こゝでもまた、その際、われわれの耳に、自由取引 Freier Verkehr なる主題が響いてくる。例へばヘッセン Hessen の草案の理由書は、『被相続人のなす・遺産もしくはは遺贈の分割の・禁止は效力を生ぜず』といふ規定に對し、なかんづく次のごとき理由を附してゐる、すなはち、『共有 Communions の目的物は、單に一人の人 nur Eine Person の支配すべき目的物に比し、取引により不適當である』。最後には、そのみならず、共同相続人を永久的不分割の合意による自己拘束 Selbstbindung から保護せんとして、種々企てられたのであつた。かやうな約定は、いま右に述べた委員長のフランスの立法部における言葉によれば、『吾人の財貨の流動性、mobilité と兩立しうべからざるもの』である。それ故、これには時間的制限が置かれたのであつて、コード・シヴァイルでは五年、ドレスデン Dresden の草案では十年、ザクセン Sachsen の法典では二十年となつてゐる。かくて、さづれの方面においても、相續法によつて、土地の分割能力ならびに取引能力をさらに高めようとして努力されたのである。

一 以前の狀態について典據を示す必要はない。前述の分割禁止財産 geschlossene Güter は相續法上もまた不可分で

ある。この故にこそ、常にたゞ一人のみ——年長者または年少者もしくは最も有能なる者——が固有相續財産を取得しえたのであつた。例へば、前述オーストリアの一七九〇年、一七九一年、一七九八年詔書は、相續制度を弛めはしたが、しかし不可分性は固持した。たゞ、一七九四年のボヘミア Böhmern の詔書のみが、『餘りに大に過ぐる土地あらばこれを分割すること』を許したにすぎない。プロイセン^{アルプハイネス、ラントシレト}一般^{邦法の規定中、特に分割禁止に關する例としては、第一編第一八章第四八一條(采領の分割には領主の許可が要求さる)、第二編第七章第一六條(農業經營につき、役畜保有のそれより、然らざるものへの變更には、國の特別許可を必要とす)、その他、第二編第一八章第五六二條。}

二、プロイセンにおいては、すでに一八〇七年一〇月九日の解放令 *Befreiungsdekret* は分割自由の原則を明言したが、しかし、かなり制限がついてゐた。一八一一年九月一四日の土地改良令——前掲本文において引用せる個所はこの命令から取つたのであるが——のうちより、時代精神にとりさらに注目すべきは、それに續いた個所である。『土地改良は、まさにこれにより、しかし同時に次のこと——すなはち、資力なき所有者の手にあつては劣悪になつたであらうやうな土地が、賣却によつて、それを良好な状態に保つところの資力ある者の手に落ちること——によつて、確實にされる。この各個的賣却〔可分性〕¹なくば、所有者はさらに多くの債務を負ふ場合甚だ多く、耕地は疲弊させられる。然るに讓渡によつて所有者は債務と心配とを免がれ、そうして、殘餘の土地を充分に改良する資金を得る。……各個的賣却 *Vereinzelung* からは、さらに他の大いに注意すべき——わが國主にとり衷心より歓迎せらるべき——利益が生ずる。すなはちそれは、いはゆる細民——*Küchener, Gärtner, Buidner, Häusler* など *Tagelöhner*——に、財産を取得しかつこれを次第に増加するの機會を與へることである。……』

三、共同相續人相互間 フランスについては、コード・シヴィル第八一五條。コラン *Colin, ibid. (Livre du cent)* p. 311 はこの規定を、當時の個人的自由主義の根本思潮に由來するものとす。——ドイツ民法典 BGB. も同様の立場に

立つ。——スウイスにおいては、同様の規定は州の法律にはあつたが (Huber PrR. Bd. 2 S. 442)、民法典 ZGB. はこれに反し著しく調子を和げた、第六〇四條第二項参照。オーストリアについては注目すべきは、農民地の相続に關し一般民法典 ABGB. 第七六一條を修正する一八六八年六月二十七日の法律である (二三頁 (III) 参照)。

四 被相続人のなす分割禁止については、ヘッセン Hessen 草案第三〇九條参照。被相続人が後位相続人を指定しうる範圍においてその分割禁止の権能を認むる所がある、例へばドイツ民法第二〇四四條第二項。なほ、コード・シヴイル第八一五條参照。

(二) 一般的遺言の自由

しかし、何よりも重要なのは、一般的遺言権能 *die allgemeine Testierfähigkeit* が十九世紀中、いかに大なる發達をなしたかといふことを確知することである。かやうな権能は、それが全然知られてゐなかつたと云つていゝやうな國々においても、地歩を占めたのであつた。

このことは、なかんづく、スウイスの東部諸州についてあてはまる。すでに前述したやうに、スウイス聯邦の數地方では、終意處分によつて法定相続を少しでも變更することを嫌つた。それは古くより行はれ來つた慣習なのであつた。以前の諸世紀では、この被相続人の拘束を特徴づけるために『スウイス的慣行』*Schweizer Brauch* なる言葉が用ひられた。無論こゝでは、特別に土地の相続法について定められた法規が、直接問題とされてゐるのではないが、しかし、ともかく土地支配のうちに、その意義が、最も明瞭に表はれたのである。然るにこ

れに對し、前世紀中に、遺言の自由が『個人能力の發展に對する一刺戟』すなはち『企業欲』„*Unternehmungs-lust*“をよび『經濟的熱中』„*wirtschaftlicher Eifer*“を促進するための一手段である旨が、次第に認識されてきた (Bugen Huber の文字)。それ故、スウイス聯邦の民法典は、この世紀の末に當つて處分の自由を確立することができたのであつて、これは、確かに、ドイツ民法典の認めた自由には及ばないのではあるが、しかし、大體においては注目すべき進歩を示してゐたのである。この進歩は、相續法における自由思想についてのわれわれの考察の結語として、まことに適當なる、一の考量によつて、もたらされたのであつて、それは、フーベル Huber の豫備草案説明書 *Erläuterung z. Vorentwurf* に次のごとく書き表はされてゐる。『こゝに提案された處分自由の規定をもつて、草案は、われわれがすでに前に言及したことのある原則、すなはち、特別事情の顧慮によつて拘束が要求せられない限り近代法にとつては自由なる活動が唯一に相應はしいものであるといふ旨の原則、に依然忠實であつた。』

スウイスの各州法については前述三五頁參照。ヘルベシア共和國時代には相續法の改正は殆んど行はれなかつた、このこととは (フランスとは逆に) 相續法をもつて身分階級的 *ständische* (封建的 *feudale*) の問題ではなく、一般『市民』法 „*bürgerliches Recht*“ の問題だと考へてゐたことと關聯する。何となれば、一七九八年四月一二日の第一憲法によつて、各州の『民法』には手をつけることを許されなかつたからである。一八〇二年五月二〇日の憲法は、共和國全體に對する民法典を制定すべしとの綱領をかゝげたが、それは結局綱領たるに止まつた。——いまや、一九〇七年の民法典中に統一規定が設けられてゐる、第四七〇條參照。フランスにおける遺言自由のための鬭争については後述五(四〇頁以下)參照。

ドイツにおいては遺言の自由はローマ法のお蔭によつて古くから行はれてゐる。従つて、遺言の自由について文献中に云はれてゐることの全部が、自由といふ標語の結果だと解してはならない。

遺言の自由の廣狹が近親の遺留分、Pflichtteilの大小によることについては後述四六頁(口)。

四 相續法上の平等思想

自由のための運動と並んで、平等思想、die Idee der Gleichheitがあつた。それは、相續を支配してゐる多くの古い『特權』„Privilegien“の絶滅に向けられてゐた。相續財産中に土地の存したかぎりにおいては、それはまたも、古い領主特權 Bannrecht よりの土地の解放を意味した。激情がこゝでもそれを助けたのであつた。素晴らしきは死に臨んだミラボー Mirabeau のかの最後の覺書であつた。それは、彼れの死亡の日(一七九一年四月二日)に國民議會 Assemblée nationale に於てタレーラン Talleyrand によつて讀み上げられたものであつて、爾後、相續におけるすべての優先權、すべての長子相續制 majorat、その他同様の制度は『平等といふ不可侵の法則』„loi inviolable de l'égalité“のために犠牲にされなければならない、といふ旨の動議における最高潮をなし、かつ、その理由づけのうちにおいて相續法上の平等を政治上の平等と結びつけたものである。曰く『諸君、わたくしは、フランスの新憲法——そこではすべてが政治的平等といふ偉大なそして驚嘆すべき原理に歸着せしめられてゐるのであるが、かやうな新憲法——をば、天賦の平等といふこの神聖なる原理をその子たちに關

しては忘却することを父、母に許すところの法律と、調和させることが、いかにして可能であらうか、わたくしはこれを知らなす』。

（イ） 男性の優先

平等思想の犠牲となつて、第一に倒れたのは、女性に對する男性の優先 *der Vorzug des männlichen Geschlechts* であつた。この優先権は——確かに多くは分割禁止財産と關聯してではあるが——非常に廣く弘まつてゐた。コード・シヴィルの審議に當り報告者シャボ *Chabot* は、以前の錯雜した『奇異』 *„bizarr“* な状態を、劇的にそして誇張的に敘述してゐる。曰く、『わが慣習法が男子と女子との間にうち立てた差別を觀察するときは、この慣習法は女子を嫡出子と見てゐなかつたと信じたくなるであらう。相続財産の全部は男子に歸屬し、僅かな嫁資——たゞの襪蓋の帽子——が、女子の遺留分 *Legitime* を構成してゐたのである。』爾來いまままでの間に、この男子の優先はほとんど全く消滅してしまつた。特色あるは、革命のフランスにおいて最初の突撃がたゞ貴族領地における相続法上の特別利益に對してのみ、しかも、男子の優先と長子の優先（後述□）とに對して同時に、向けられたことであつた。封建制廢止に關する一七八九年の法律の執行法と考へられる、一七九〇年三月一五—二八日の布告 *decret* は、規定して曰く、『すべての特權、財産についてのあらゆる封建制および貴族制は、打破せられたるをもつて、采領 *fiefs*、貴族の領地ならびに自由地 *domaines et alleux nobles* に關する長子および男

性、諸權利、*Les droits d'aïnesse et de masculinité* ならびに、身分上の資格 *la qualité des personnes* に基く
不平等な分配、*Les partages inégaux* は廢止せらる。従つて、すべての相続財産は、直系なると傍系なるとを問
はずまた動産なると不動産なるとを問はず、本布告公布の日より開始すべきものについて、舊來の物及び人の貴
族の資格を顧慮することなく、すべての市民の間における分配、*Les partages entre tous les citoyens* を規律する
法律、命令および慣習法に従つて、相続人間に分配せられるであらう。これに反するすべての法律および慣習は、
廢棄され打破せらる』(第一一條)。こゝでは明瞭に『身分階級的』*„ständische“* 水平化傾向、すなはち貴族の相
續法は他の市民の相續法にほかならない、といふことが看取される。しかしながら、直ちに想起せざるをえなか
つたのは、フランスの二三の地方では、非貴族たる農民の間においてもまた、男子の優先が極めて著しく認めら
れてゐたことである。それ故、平等化の思想は、必然に、その反封建的構枠 *antifeudaler Rahmen* より解き放た
れて、獨立の立法的命題として提出せられざるをえなかつた。このことは、すでに一年後に、一七九一年四月八
―一五日の無遺言相續財産分割に關する特別法によつて行はれたのであつて、これもまた、同時に長子の優先に
も觸れてゐたのである。それは、次のとき言葉をもつて始まつてゐる。『從來、無遺言相續人の間において、
長生子たるか或ひは後生子たるかの資格より *ces qualités d'aîné ou de puîné* または性の區別より *de la dis-*
inction des sexes、もしくは、直系あるひは傍系における・慣習法上の・排他的獨占より *des exclusions coutu-*
mères 生じたる不平等は、すべて廢止せらる。今後、同親等の相続人は、法律によつて彼らに與へられたる財産

を、平等の割合をもつて相續するであらう』(第一條)。この法律によつて、なかんづく、男子優先制の上に立てられた・ノルマンディ、Normandie、ハールン、Bain 地方、プロヴァンス、Provence の・農耕地、および、特にトゥールヌ Touraine ならびにアンデュー、Anjou およびポアト、Poitou 地方における貴族領地が、攻撃を受けた。相續法の規定に關しその後發せられた諸法令は、ある時には遡及效、rückwirkende Kraft をも、すなはち、極端な平等分割を遙か以前に結了した相續財産にまで推し及ぼすことさへも、企てたのであつたが、かやうな諸法令においては、『性の區別』, distinction des sexes“ もしくは『長子の權利』, droit d'aînesse“ のごとき個々の點については、もはや少しも特別には言及せられてゐない。それほどまでに、平等思想そのものがすでに自明の理として通つたのであつた。その後、コード・シヅ、ールは、全く同様の意味において、これが仕上げを了した。すなはち、『子は性 sexe 若くは長生 primogéniture の區別なく相續す。子は平等の割合を以て相續す。』(第七四五條、短縮)。

遡及效 rückwirkende Kraft, effet rétroactif は、一七九三年一〇月二六日 (5 brum. an II) の布告の第九條において定められた。本来の革命を結了する一七九四年一月六一〇日 (17/21 nivôse an II) の法律も、以前の贈與を算入すべきことを特に強調することにより、やはり遡及效を保持した(第八條)。しかし、間もなく反動が到來した。けだし、遡及效には種々の弊害を伴ひ、例へば、遙か以前に嫁資を受けた姉妹たちが、後になつて、すでに完了した分割を取消するため、その兄弟たちを訴へることなどがあつたからである。それ故、一七九五年九月二五日 (3 vendémiaire an IV) の法律第一一條によつて遡及效は再び消滅せしめられた。

スウ、ハ、スにおいても非常な勞力が費されねばならなかつた。そこでは州法において、さまざま形式で男子の優先 *Sohnesvorzüge* が確立されてゐたのであるが、しかし、一步一步次第に、十九世紀中に、女子の同權 *Gleichberechtigung der Töchter* が進出してきた。ヘルベシア共和国時代 *die helvetische Periode* の論議においてはこの問題には無論單に軽く觸れたにすぎなかつた。しかし、その後の州法は進歩を示しつつあつた。だが、例へば、グラルス *Glarus* 州の古き法律書 *Landbuch* が兄弟姉妹の同視に關して規定したところ、すなはち、『何びともわが地方においては、……一子もしくは一相続人に對し他の者に對してよりヨリ多くの財産を贈與し、もしくは遺贈するを得ず』といふことが、果して、このうちに數へ入れられるべきものか否か、あるひは、別に逆といふわけでなく、古くからその地方に固有のものとなつてゐる法的慣習の繼續に關して云つてゐるのか否かは、問題でありうる。しかし、確かに教示に富む過渡的現象をなすものは、チューリヒの法典編纂（一八五五年の相續法）である。その起草者の眼前には、チューリヒの大部分にわたつて、女子に比し遙かに重んぜられた男子の相續權が存在してゐた。多く定められてゐたのは二對一の比による分割であつたので、従つて、各男子は各女子の二倍を受けてゐた。のみならず、不動産が遺産中に存在してゐたときは、それ以上の男子の優先が加つた。けれど、女子は原則として全く土地には近づかせられなかつたのであり、そして、土地は男子に、極度に有利な評價によつて取得せしめられたからである。人々は、十九世紀の中葉には、もはやそれを無制限には存立せしめないやうにしようとした。しかし、他面においては、人々は、完全なる同視を認める程度には決して進んでゐなかつた。

つた。そこで、男子たちに、その『軽減されたる評價價格をもつて』 „zu ermäßigten Schatzungswert“ 土地を取得する特權を、依然そのまゝに認めたが、しかし、その他の點については、もはや二對一の割合でなく、五對四といふそれより遙かに緩和された割合で計算された。すなはち、『父よりの共同相續財産は、男子に對しては五ペニヒ、女子に對しては四ペニヒの割合で分割される』。委員會においてもまた州議會 Grosser Rat においても、この改正について盛んに討論され、そして、少數ではあるがかなりの數が、完全なる同權を提案するまでにさへ至つた。しかしながら、それにはまだ機が熟してゐなかつた。男子はなほ確かに優遇される價值ありと考へられ、そうして、その理由づけとしてなされた説明は、今日では無論何びとも、もはや、ある法律の理由として採用しないであらうと思はれるものであつて、こゝにいふ言葉をもつて始まつてゐる、『男性の高級價值は、家族のうちにおいてもまた現はれる。あたかも、かゝる高級價值が自然のうちにおいて、男性のヨリ高級肉體的ならびに精神的天稟を通じて、明瞭に現はれてゐるがごとく。』

法典化されたチューリヒ法における・女子の・この半端な冷遇もまた、その後消失してしまつた。他の諸州法における多くの男子の優越についても同様であつた。西部スウイスにおいては、すでに、革命後間もなく、フランス法がその絶對的平等 absolute Egalité をもつて改革的作用をなした。チューリヒは一八八七年の改正に當つて、男子および女子同視の原則を宣言した。そして後にこの平等は、一九〇七年のスウイス民法典 Zivilgesetzbuch によつて聯邦の原則にまで高められた。だが、反對はないわけではなかつた。未だ國民院 Nationalrat にお

ける審議中に（一九〇五年）、一議員は男子優先制の保持を要求し、そして、その際、明確に平等 *Equality* の原則に對し反對したのであつた。しかし、この最後の抵抗よりもヨリ注意に値することは、從來男子優先制を行つてゐた、かやうな諸州のうちからも、少なからずその撤廢賛成の聲が起つたことである。このことは、かやうな諸州において強くそして止め難い發展の進行が問題となつてゐたことを、最もよく證明する。

最後にこの發展はなほドイツおよびオーストリアの國內においても現はれ始めた。オーストリアにおいては、すでに一八一一年の法典編纂が男子および女子同視の原則を宣明した。ドイツにおいては、采領團體 *Lehnverband* および農民地 *Bauerngüter* に對する特別相續法の體系とともに、男子優先権の大量が全くおのづから崩壞した。そうしてその際主たる工作は地方特別法 *Partikularrecht* の枠内において行はれた。例へば、ハノーフ、*Hannover* における發展を辿ることによつて、いかにこの地方で婦人の獨立の『小作人たりうる能力』 *„Meierfähigkeit“* が十九世紀の間に次第に認められてきたかの過程を、充分に知ることができる。國が同世紀の終り頃遂に法典編纂をなさんとするに至つたとき、すでに兩性の同視は自明なものと考へられてゐたので、フランスあるひはオーストリアの法典編纂のやうな仕方では、法典の正文に特に明示することは無用と思はれたのであつた。

一 以前の狀態

スウイスにおいては、男子への特權の賦與は、二様の形式においてかなり弘く行はれてゐた。すなはち、男子たちが直ちにヨリ大なる割合を受けるか——例へばルツェルン *Luzern*、ツーク *Zug*、チューリヒ *Zürich*（五對四の割合）、トゥルガ

ウ Thurgau (先取相續分 Voraus として百分の五乃至一五)——もしくは、不動産を低廉なる評價價格をもつて取得しうる優先權を持つか——例へばザンクト・ガレン St. Gallen、シートツ Zug、ソトツルン Solothurn、チューリヒ Zürich——の、いづれかであつた。なほ、グラールスの法律書 das Landbuch von Glarus については『グラールスはその古い法律書 Landbuch を一四四八年から一六四九年まで規則正しく繼續したが、その後その續行を等閑に付し、十九世紀の初頭になつてはじめて、近代的法令集 Gesetzsammlung を Landbuch として刊行したのだから』(Huber R.R. Bd. 4 S. 161)。

オーストリアからの例としては、一七九〇年一〇月二九日の詔書(前出一頁)(農民地につき『男子無き場合に年長の女子に』相續を許す)——プロイセンからの例としては、一八〇六年 法 ALR. 第二編第四章第一八九條(世襲財産につき、男子無き場合は原則として、自由所有權の客體に變ずるものとす)。——なほ、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン Schleswig-Holstein の一部に今日なほ行はれてゐる舊慣によれば、二對一の割合をもつて男子と女子との間に分割すべきものとされた。

二 事態の變化

(a) スウイス

チューリヒにおいては、初め、その私法典 P.G.B. 第一九〇二條により五對四の割合が定められ、また、第一八九五條以下により不動産についての男子の優先的引取權が定められてゐた(輕減された評價價格は、農業地および工場についてはその全取引價格の六分の一乃至四分の一、例外的には三分の一の割引をもつて、他の不動産、特に農業地と結合せざる住家についてはその取引價格の八分の一乃至四分の一の割引をもつて、定めらる)。しかるに一八八七年の改正に當つては、女子同視の問題が非常に重要視されたため、これに關し特別な國民投票 Volksabstimmung が行はれたほどであつた。その結果は、投票數の三分の二が同視に賛成であつた。かくて、改正第八五七條に曰く『父よりの共同相續財産は男子たちならび

に女子たちに平等に分割せらる。但し、土地引取権は一八八七年の新法(第八五二條)においても依然保存された。

ス、ウ、イ、ス、の、他、の、地、方、で、は、コ、ー、ド、・、シ、ヴ、イ、ル、が、豫、備、工、作、を、し、て、あ、つ、た、の、で、完、全、平、等、分、配、の、原、則、は、ロ、マ、ン、諸、州、で、は、確、立、さ、れ、て、ゐ、た。聯、邦、の、法、典、も、事、實、こ、の、平、等、分、配、を、受、継、い、だ、の、だ、か、ら、こ、れ、も、ま、た、一、の、思、想、移、動、*ein Wandern der Idee* だ、と、云、ひ、ら、る、(フ、ラ、ン、ス、↓、ロ、マ、ン、・、ス、ウ、イ、ス、↓、全、ス、ウ、イ、ス)。ス、ウ、イ、ス、民、法、典、ZGB、第、四、五、七、條、第、二、項、に、曰、く、『子、は、平、等、の、割、合、を、も、つ、て、相、續、す』。た、ゞ、第、六、二、一、條、第、三、項、お、い、て、男、子、優、先、權、の、極、め、て、小、さ、い、名、残、り、が、認、め、ら、れ、う、る、で、あ、ら、う。

(b) オーストリア、ドイツ

オ、ー、ス、ト、リ、ア、民、法、ABGB、第、七、三、二、條——『被相續人が一親等の嫡出子を有するときは、全遺産はこれらの者に歸屬す。

その男性なると女性なるとは之を問はず。——ドイツの法典編纂に際しては、これを特に明示することを不必要なりと認められた(Motive Bd. 5 S. 360 参照)。

(□) 長 子 權

右と同様にして、平等思想により、長子權 *Recht der Erstgeburt (droit d'ainesse)* も撤廢された。

フ、ラ、ン、ス、で、は、十、八、世、紀、中、に、こ、の、制、度、に、對、し、嵐、の、こ、と、き、憤、激、が、起、つ、て、ゐ、た。思、想、家、と、實、際、政、治、家、は、手、に、手、を、携、へ、て、進、ん、で、ゐ、た。そ、の、際、貴、族、的、財、産、も、非、貴、族、的、財、産、も、一、様、に、攻、撃、さ、れ、た。有、名、な、第、三、階、級、の、建、白、*Caliers du tiers état* の、う、ち、の、二、三、の、も、の、に、お、い、て、確、か、に、單、に、平、民、*roturiers* の、み、に、對、す、る、こ、の、制、度、の、撤、廢、に、力、點、が、置、か、れ、て、お、り、ま、た、ア、ル、ト、ワ、*Artois* の、貴、族、權、力、は、率、直、に、『采、領、*fiefs* の、平、等、分、割、は、平、民、の、相、續、に、つ、い、て、の、み、定、

められべきこと』を要求したのであつた。だが、立法は、兩性の同視についてと同様、全く正反對の方向をとつた。まづ第一に、貴族財産の長子相續制 *primogeniture* がすでに言及した（三〇頁）一七九〇年三月一五日の憲法議會 *Constituante* の布告 *décret* によつて絶滅させられ、然る後初めて、その原則が一般化されたのであつた。だが、無抵抗でその撤廢が進捗したのではなかつた。主としてそれによつて打撃を受ける地方たるノルマンディー *Normandie* の一代議士は盛んに抗議したのであつた。初めはそれでもなほ生存世代の結婚者の利益のため二三の例外（経過規定）が定められてゐたけれども、またもや二年の後には（一七九三年一月四—五日布告）、これもまた抹殺された。コルド・シヴイルの審議に當つて、再び新たに、平等思想が、自然の要求として——『諸子の間におけるこの平等は、自然それ自身の法である』——、また、國是 *Statraison* の要求として——『後生子 *es cadets* は長子 *les aînés* に比し社會にとり必要さの少ないものでもなく、また大切さの少ないものでもない』——聲高らかに提唱されたのであつた。これに應じてできたのが、すでに前述の（三三頁）法律正文である。その後、更にもう一度（一八二六年）、適當の限度において、少くとも無遺言相續の際に、長子のため、法定先取分 *reservé légal* *Voraus* を獲得せんとする試みがなされた。だが、それは失敗に歸した。長子とその兄弟姉妹との完全なる同視は、十九世紀を通じて今日に至るまで、フランスにおける現行法をなしてゐるのである。

他の國々に關しては、個々の點について殆んど言ふべきことがない。またも、ドイツおよびオーストリアにおいても、多くの財産についての分割禁止の撤廢は、同時に最年長者の特權からそのあらゆる根底を奪ひ去つたの

である。もちろん、恐らくなほ存続せる最年少者の特權（末子相續權 *Minorat*）も、同一の取扱を受けた。われが、プロイセン邦法（プロシヤ）およびオーストリアの二三の詔書中において出逢つたような諸規定、すなはち、領主 *Gusherr* (*die Obrigkeit*) は兄弟姉妹中より最も好ましき者を選び出しうる旨の諸規定（一二頁）もまた、新世紀においてはもはや容れられる餘地がなかつた。だが、いふまでもなく、分割禁止財産を完全に解消せしめたのではなかつたのであり（一二頁）、最近に至りそれらはまた新しく創設されさへしてゐる（ヘーデマンの原著第四章 二一—§ 4 *Ziff. II*—参照）。そこでそのかぎりにおいては、長子權 *droit d'aînesse* は今日なほその足場をドイツおよびオーストリアにおいて有してゐるのである。しかし、これらは全く確かに例外現象たるにとゞまつてをり、原則においては平等運動はこゝでもまた完全なる成果を収めたのである。

S. W. I. においても事情は異らなかつた。男性の優先についてと同じやうに、この點についても、その世紀中葉の *Ch. I. R. H.* の立法が漸次的前進の跡を明らかにしてゐる。チュール地方の一部には、古來固有の末子相續制 *Minorat* が存続してゐた。民法典の草案は、この制度を適當の範圍内において、すなはち、都市における父の住家に對する優先權として、農業地には關係なしに、保存せんと欲した。しかし、委員會にはそれがもはや時代遅れのやうに思はれたのであつて、かくて、完成せる法律には次のごとき規定が置かれた——『男子の間においても何ら優先權は存在せず』。しかし、それにもかゝはらず、他の諸州にはなほ、個々の子の優先權の殘物が存続してゐたのであるから——例へばベルン *Bern* の諸地方およびゾロトゥルン *Solothurn* における末子相續制の

ごとし——、依つて、一九〇七年の民法典、Zivilgesetzbuch はこれに對する態度を決せざるをえなかつた。かくて、この法典は、すべてこれらの殘物を一舉に撤廢し、もつて、十九世紀の平等運動が到達したところの結末を、極めて明瞭に示したのであつた。

五 兩思想の鬭争と妥協

自由思想と平等思想とは相互に衝突せざるをえなかつた。この兩者は一つの危険なる接觸點を持つてゐたのである。それは、遺言の自由、Testierfreiheit すなはち、さきに(二九頁)引用したミラボー Mirabeau の演説中の言葉によれば『根本的問題』„question fondamentale“に、存してゐた。すなはち、被相續人に完全なる遺言の自由が認められたとすると、彼れは、一人に全てを他の者には無を、あるひは、一人に多くを他の者には少くを、割當てることができた。これは、しかし、その結果、平等思想の除去にまで立ち至るであらう。だが、まさにこれこそ人々の欲しないところであつた。事實上遺言の自由が、少くとも一部の諸地方で、非常な不平等の結果を招來したことは、さきに述べた(二九頁)。かくて、無遺言の場合の不平等に對して行はれた鬭争は、さらに遙かに大きい激情をもつて、遺言による不平等に向ふに至つた。だが、いかにしてこれは『自由』と協調させらるべきであつたか？

これに必要な合理的根據を見出すために、自然法、*Naturrecht* が呼出された。だがこゝでもまた、意見は確か

に分れた。ある者は、まさに自然法からこそ、處分の自由を、相續法上のものをも、導出しようと信じた。また、他の者たちは、ほど次のやうに構成した、——所有權は、なるほど自然法上のもの *ius naturalis* であつて『人權』 „*droits de l'homme*“ に屬するものであるが、しかし、死はそれに一の限界を置く、故に『自然法』 „*Naturrecht*“ はもはやそれを超えては行かないのであつて、單に實定法規 *Positives Gesetz* による規制のみが問題となると。後の見解が、二三のその代表者たちにより見事に開陳されて、優勢を占むるに至つた。確かにこのことは、幾多の極端な人々の考へによれば『遺言の權能』 „*faculté de tester*“ の完全なる除去、否、論理的不能 *Denk-unmöglichkeit* をさへ、意味した。だがしかし、思慮深く更に進んで考へることによつて、別の軌道に導かれたのである。なぜなら、それによつては差當りまづ、單に、一の否定 *eine Negative* —— 父が諸子の間に自由に分配する權能を持つてゐるのは天賦の權利 *Dr-Recht* に基つてゐるのではなから、といふこと—— が定立されたにとゞまるからである。しかし、『自然の法』 „*natürliches Recht*“ が終るその時より實定法の任務が始まるものとするならば、遺言自由の問題は、國是 *Staatsraison* の問題となつてゐたのである。そして人々はこれをまさしく利用したのであつた。この興味ある發展の總體に關し、最後の仲介的結末としては、ポルタリス *Portalis* の次の章句がある、『遺言の權能を格律に従はせ、それに限度を附することは賢明である。だが、必ず、それを保存し、それに一定の自由を與へることにせねばならぬ』。

當時の百科全書的ならびに通俗的の文獻を充たしてゐる問題は、「相續法は自然法に包含されるものであるか？ 殊に、父

はその持てるところのものを、平等といふ自然の秩序に従つて、その子らに遺すことを強ひられてゐるか？」といふことである。モンテスキュー、Montesquieuのこれを否定する章句が深く十九世紀に入つてまで繰返して引用される、すなはち、『自然法は父にその子を養育することを命ずる。併し、それはその子を以て相續人たらしむることを命じはしない。財産の分割、その分割に關する諸法、分割財産所有者の死後に於けるその相續、すべてこれらは社會によつて、従つて政法又は市民法によつてのみ規定され得たものだ』そして更にもう一度、これを要約し、『一般的格律次の如し。その子を扶養するは自然法の義務だ。彼らに相續せしむることは市民法又は政法の義務だ』（「法の精神」第二六篇第六章 *Esprit des lois*, 26. cap. 6）〔宮澤譯、岩波文庫版下巻二〇八・二一〇頁に據る——舟橋〕。こゝには父の自由に對する好感が感ぜらるゝに反し、これと逆に、ミラボー、Mirabeauは、これと同一の根本觀念から出發してゐながら、輝かしき雄辨をもつて、社會の利益をして遺言の自由に對し、反擧せしめてゐる。『社會は、だから、その成員たちに對し、一定の場合に、その財産を隨意に處分する權能を、拒否する權利を有する』となし、なほこれに、彼れは『すべての子の不可侵なる平等權』を附け加へてゐる。國是、*Staatsraison* なる仲介的見地は、優れたる名文をもつて、ポルタリス、Portalis およびその共働者によるコード・シヴイル、法案の序説 *Discours préliminaire* 中に書き表はされてゐる。『故に所有權それ自身は自然の直接なる制度であり、しかして、その行使さるゝ様式は、權利そのものの附隨であり展開であり結果である。しかし、所有權は所有權者の生命と共に終る。従つて、所有權者の死後、その死亡によつて無主となりたる彼の財産は、いかに成るであらうか』、これに對する答、『すべてこれからの問題において、國家の介入は必要欠ぐべからざるものである』そしてその後遺言自由の制限附随持についての右本文に引用した個所が出てくる。（*Locté t. I 310* 314）そこで、コード・シヴイルの草案も、國家全能の思想を簡潔に直接その正文に書き入れた、『ひとり法律のみが相續を許與する』（I. III t. I art. XII）。これに對しリヨン Lyon の裁判所は異議を唱へて曰く『相續を許與するものは法律ではない、それは自然である』となし、『法律はそれらの

者の間の相續順位を定める』なる案文を提示した (Observations des Tribunaux sur le projet du Code civil, 1802. p. 433)。これが、コード・シヴィルの確定的法文となつたのである(第七二三條)。

(イ) フランスの立法

フランス——それはまた、いま右に描寫した自然法的思索に對する地盤をも供したのであつたが、この國——においては、立法的活動は、細目的には次のごとく行はれた。すでに憲法議會 *Assemblée constituante* によつて、平等運動の指導者たちは、あらゆる遺言の自由の徹底的撤廢を要求した。たゞこれによつてのみ、諸子の絶對的平等が保障されたであつたらう。そこで、激烈なる討論となつた。遺言の自由は、南部諸州の議員たちによつて、熱情的に擁護された。彼らの代言者たるカザリス *Cazales* は、露骨に、彼れの背後に在る諸地方の分離をもつて威嚇したのであつた、『もし諸君が、これら富裕なる諸州尊ぶところの父權 *autorité paternelle* を破壊するならば、また、もし諸君が彼らから彼らの甚しく愛着するところの遺言の權能 *faculté de tester* を奪ふならば、彼らが陥れられる失望は測り知られぬものがある。もし彼らが、王國の爾餘の部分より分離するといふがごとき不逞なる考へを持つたとしたら、その日こそ、フランス帝國の光輝と繁榮の最後の日であるだらう』。かやうな壓迫があつたので、憲法議會は何ら決定的決議を取ることができなかつた。漸く國民議院 *Convention* がはじめて、急進論者の嵐のごとき追迫に對し、まづ最初は直系について讓歩し、一七九三年三月七日に次のこ

とく布告したのであつた、『死亡に因ると、生前者間なると、はたまた、贈與契約によるとを問はず、その財産を直系に對し、en ligne directe 處分する權能は、禁止せらる。従つて、爾後、すべての直系卑屬は、彼らの直系尊屬の財産の分配に關し平等なる權利を有するであらう』。しかし、當時すでに傍系に擴張することが企てられ、立法委員會は、遺言自由およびその・平等 *égalité* の原則に對する・關係の問題を、さらに審査することの委任を受けた。まだ同じ年のうちに（一七九三年一月二六日 [S. Brun. II]、一七九四年一月六一〇日 [17/21. niv. II] 第一六條）全く一般的に、法定相續人の平等が——遺言ある場合に對しても——宣言せられた。これにつきさらに注目すべきは、それと同じ時に、被相續人に『可讓分』、*quotité disponible* が許し與へられたことである（十分の一、もしくは六分の一）。この『自由なる部分』、*freies Stück* ——それは、その本質においてその後今日に至るまでの全フランス法に對し特徴的なものであるが（次の（口）參照）——は、他人には取得させることができても、自己の子たちには取得させえなかつた、けだし、もし然らずば、かやうな子たちは、他の子たちに對し、一つの——『自然に反する』——特別利益を受けたであらうから。かほどまで甚しく、遺言自由の思想が、硬直した平等教理 *Egalitätsdogma* の背後に推し退けられたのであつた。その後、一八〇〇年の法律（一八〇〇年三月二五日 [4. germ. VIII] の法律）によつて、この、奇異にも子たちを可讓分より除斥することが、撤廢され、かつ、可讓分の割合そのもの（依つて遺言の自由）が高められた。ところで、これには、深い興奮が先立つてゐた。父の『自由』、*liberté* が、子たちの『平等』、*égalité* に反對する根據として、持ち出されたのであつた。人々は、再び遺言

することの自由は『工業と商業の發達に』有利である、といふ考へを公言し、そうして、一八〇〇年の新法の理由書中に、國民議院 Convention の案を次のやうな言葉をもつて特徴づけた、『それは、社會において人間の最も願はしき物は市民的自由、liberts civile なること、また、この自由を、さらにヨリ完全なる平等および政治的自由を得るといふ口實の下に制限せんと欲する時は常に、人々は目的を手段の犠牲にし、また、あらゆる良き市民的組織の目標より遠ざかるものなることを、忘れてゐたのである』と。コード・シヴィルは、統領府 Consulat がかやうにすでに準備してあつたところをたゞ完成しさへすればよかつたのである。コード・シヴィルは可讓分 quotité disponible をさらに遙かに増加し、そして、可讓分はその子たちにも割當てられうるといふ規定を保存したのであつた。

急轉をもたらししたのは、一八〇〇年三月二五日 (4 germ. an VIII) の法律第六條であつた。この法律審議の際に、いかに自由の要素が平等の要素に對して新たに強化されたかが、明瞭に現はれてゐた。コード・シヴィルにおいては第九一九條——『可讓分は、之を、其の全部又は一部に付、生前行爲に依ると遺言に依るとを問はず、贈與者の子、又は其の他相續資格ある者に與ふることを得、云々』。コード・シヴィルの審議のうちより特に注目し値ひするのは、一八〇三年二月一〇日の會議における (第一統領 Premier Consul たりし) ナポレオン の介入であり、また、一八〇三年四月二二日の立法部 Corps Legislatif の會議における政府代表ピユールプレアムヌ Bigot-Prémeneu の演説である。ナポレオンは、可讓分の大きさの問題の討議に際し、中小農保護の見地より十萬フラン以上の財産については二分の一の可讓分を認め、それ以上の財産については可讓分を制限すべしとの提案をなしたのであつた。また、ピユールプレアムヌは、特に完全なる『生來の平等』なる

ドグマに對し反對し、『家族員のすべてが、体力、知力、能力において均一分前を持つてゐるやうな、そういう家庭はどこにあるか』と叫び、そうして——父の分配權を念頭に置きつゝ——附加へて曰く、『彼らの自然の權利は、神が財産を委託したその人から、需要に比例し、かつ、彼らの間にできうるかぎり幸福の均衡をもたらすがごとき、分前を受けることである』。しかししてこのことは、——彼れによれば——『異れる需要を持つ者のすべてに對し平等なる分配を、冷かにそして算術的に定める』よりは、ヨリ高き見地に立つものである。

（□） 結果——一つの妥協

自由の要素の再び強化されたことは、しかし、決して、平等原理の完全なる克服を意味してはゐなかつた。すでに前に述べたところから、最後の解決は一の妥協 *Kompromiss* にあつたといふことが、明らかである。遺留分權 *Pflichtteilrecht*（あるひは、逆に言へば、可讓分 *portion disponible*）がその際、調節器となつた。すでに原著第一部（『取引生活の改編』 *Die Neuordnung des Verkehrslebens*、二〇頁以下）において、この現象を論じ、そしてその際、個々の國々がこの『調節器』をいかに種々に取扱つたかといふことを示した。オーストリアの法律は遺留分を最低に、スウイスの法律は最高に定めた、従つて、前者は、後者よりも幾分か多く、自由 *Beré*（遺言自由の意味において）の側に傾いたのであつた。

これだけでも、いかに、兩原則の間の妥協の程度に關して争はれうるものであるかを、證明する。實際、なほ部分的には今日未だ完全なる妥協が見出されてゐない。例へば、スウイスは、諸州の地方分立思想 *partikularer*

Geistを前にしては、兄弟姉妹および従兄弟姉妹の遺留分の問題を聯邦の命によつて von Bundes wegen 規律することを、敢へてなしえなかつたのであつて、むしろこの點については依然各州の異なるまゝに任された。のみならず、さらに、計算を行ふに當り、特に『可讓分』"verfigbare Quote"の算出に當つて、差異が生じうるのであるが、この問題については、後に述べるところと關聯してまた立ち歸るであらう。さらに、恐らく將來にはなほ、こゝかしこにおいて、かの調節器に關し數字的推移を生ずるであらうといふことも、豫期しなければならぬ。しかし、それでも、大體においては、争は解決されたようであり、また、この自由思想および平等思想といふ二つの力強い思想の力闘は、十九世紀が回顧的觀察者に提示するところの、最も興味あり、かつ最も素晴らしき見物のうちの一である。

可讓分の大きさは、いふまでもなく、『自然の』・あるひはその他普遍妥當なる・法則から導き出されるのではない。それは常に、秤量の對象であり、しかも最後の瞬間には、恣意的決定の對象であらう。それ故、個々の立法の差異が生じてゐるので。

フランス革命中、人々は、その時々々の根本思潮に従つて、動搖した。國民議院 Convention においては單に最低限が承認されたのであつて、すなはち、直系相續人存在する場合は十分の一、然らざる場合は六分の一——一七九三年一〇月二六日 (5 brum. an II) の法律第一一條、これは一七九四年一月六—一〇日 (17/21 niv. an II) の法律第一六條によつて確認せられた。一八〇〇年三月二五日 (4 germ. an II) の法律は、これを再び著しく増した。コード・シヴィルは、更に一步を進めた、これによれば、被相續人は少くとも四分の一を自由になしうる——第九一三條・第九一五條。その後、一九〇

○年二月一四日の法律により僅かに變更された。

他の諸國については、原著第一章六「Teil I § 1 Ziff. VI」『遺贈の自由』、Vergabungsfreiheit』参照。ス、ウ、イ、スに
おいては、兄弟姉妹および従兄弟姉妹の遺留分について盛んに論争された。一九〇〇年の豫備草案 Vorentwurf（第四九五
條）は、かやうな遺留分権を認めなかつた。一九〇四年の聯邦會議草案 Bundesratentwurf（第四七七條以下）は、専門家
委員會 Expertenkommission で永い間討論された後、單に兄弟姉妹自身についてのみ遺留分を定めた。議會 Parliament に
おいて、ならびに輿論の批判によれば、一面、兄弟姉妹についても再び抹消することが要求せられたが、他方、遺留分権を
更に他の親族に擴張するの權限を各州に保留せしむべし、との動議も提出された（ミング Ming の動議）。遂に、この後者
の、各州への移送といふ遺憾なる方法がとられることとなつた、すなはち、スイス民法 ZGB. 第四七二條は規定して曰
く、『州は州内に最後の住所を有したる所屬人民の相續に關し兄弟姉妹の遺留分請求權を認めず又は其の請求權を兄弟姉妹
の直系卑屬に及ぼすことを得』（穂積閑・辰巳邦譯による——舟橋）。

前述のスイスの例が示すやうな、個々の點についての争は、決して無くなりはないであらう。しかし、そのため、歴
史家が、大きな支配的な特徴を見る目を蔽はれてはならない。それ故、オイゲン・フーベル、Eugen Huber が國民院 Na-
tionarat において、かのスイス法上の論争に際して述べたところ（一九〇七年）は、この最後に引用するに値するもの
である、『これら二つの互に相對立する見解は、幾世紀もの間互ひに争つてきた二つの根本的思潮を代表する。われ／＼は、
一方には古き團體的家族法的見解を、他方には個人主義的考察方法を持つてゐるのである』。この一節のうちに、いかに十
九世紀の初めに當つてこれら兩思潮が平等 égalité および 自由 liberté なる標語において、ヨリ具體化されたかが、描寫
されてゐる。十九世紀の眞の進歩は、自由 liberté が多大の地歩を占めた點に存する。よつて、フーベルはさらに右に續け
て曰く、『個人主義的考察方法が近代法において優勢を占めたことは、もはや何ら疑ひの余地がない』。

六 展望——純個人主義的考へ方よりの二十世紀の・轉向

見誤るおそれなく明らかなことは、二十世紀がいまや再びその眼を全く別の考へ方に向けたことである。『自由』『平等』これらは、十九世紀がそれらを理解したごとく、純個人主義的考察方法の枠内より出てきた思想 Denkweise である。遺言をする父、長子、兄弟と並んで姉妹、貴族たる領主、小農民、——これらは確かに折にふれ、階層 Schichten と感ぜられ、かつ、表はされたのではあるが、しかし結局はそれでも、思索 Denken——少くとも法律的、民法的、思索 juristisch-zivilistisches Denken——は、絶えず常に個々の當事者たちに立ちかへり、それは、いほど、彼らの孤立した利益の保護に全力を盡すのである。だが、周知のごとく、二十世紀は、これに對し、一の社會的 soziale (あるひは、團體的, kollektivistische) 考察方法を、初めは單に一の可能性 Möglichkeit として、後にはしかし、なほ一の倫理的ならびに政治的要請 ethisches und politisches Postulat として、對置したのである。これについては後の部分と關聯してはじめて多少説くところあるであらう。たゞこゝでは、二つの點が決定されなければならない。第一には、『自由』および『平等』は、十九世紀がそれらを相互に對立せしめつゝ發展させたごとく、なほ、かなり遠き將來に對しても、それらの認識、價值 Erkenntniswert を保有するであらうといふこと。なぜなら、強力な衝動と不滅の實體 Daseinsgehalt とを有する個人を除去することは、到底できないだらうからである。次に、十九世紀自身が、過度の・そうして純個人主義的に規律された・『土地解放』

Bodenbefreiung“についての弊害を、すでに感知し、それに對し對抗し始めてゐたといふこと。これについては、
次章（第三章）において詳細に論究せられるであらう。そのうち幾多のものは、確かに動産にも移され、從つて、
『財産』又は『所有』一般 „Vermögen“ oder „Eigentum“ schlechthin に關する。しかし、土地法 Bodenrecht
はいかなる場合にも前景に立つてゐたのである。