

遺言による財団設立の一論点 (1)

—シュテューデル美術館事件と『学説彙纂』D. 28. 5. 62. pr.—

野 田 龍 一*

※文中 [] および... は、筆者による挿入および省略部分を、示す。

※※分量超過のため、本論文を、2回に分けて公刊する。

目 次

はじめに

1. シュテューデル美術館事件における諸論点
2. 一論点としての Modestinus D. 28. 5. 62. pr.
3. D. 28. 5. 62. pr. 解釈と遺言による財団設立 (以上：本号)
4. Savigny の D. 28. 5. 62. pr. 解釈
5. シュテューデル美術館事件における D. 28. 5. 62. pr.
むすび (以上：次号掲載予定)

はじめに

わたくしは、過日、19世紀初頭のドイツでおきたシュテューデル美術館事件について研究する機会をもった¹⁾。ある遺言者が、遺言で財団を設立し、かつ、同時に、この設立されるべき財団を、相続人に指定した。この遺言は、有効か。

*福岡大学法学部教授

日本民法典第42条第2項²⁾およびそれを引き継いだ一般社団法人及び一般財団法人に関する法律第164条第2項³⁾は、モンテネグロ一般財産法典、ドイツ民法典第2草案およびザクセン民法典⁴⁾を参照し、遺言による財団設立を有効な遺言事項とし、遺言で拋出された財産を、遺言が効力を生じた時から設立されるべき財団に帰属すると「みなす」と規定した。擬制をもってする立法による解決が規定されるまで、ドイツでは、問題解決のためのさまざまな法律構成が提案され、また、批判された。わたくしは、旧稿にあって、その実相をあきらかにしようとした。しかし、紙幅の制限もあって、議論のあらましを素描したにとどまった。シュテューデル美術館事件の舞台となった自由都市フランクフルトにおける一法源が、普通法であった⁵⁾こともあり、当時の論争は、ローマ法文解釈のかたちで遂行された。われわれもまたローマ法文に即して、当時の議論を追体験しなければならないはずなのに、そこまで立ち入る余裕がなかった⁶⁾。

本稿は、旧稿の欠を補う作業の一環として成ったものである。論争の素材となったすべてのローマ法文を取り上げることは、時間的にも能力的にも不可能である。

以下、まず①シュテューデル美術館事件をめぐるおもな論点を概観する。そのうえで、それらの論点の中でも、遺言者は、遺言作成時にも、また、遺言者死亡時にもいまだ存在しなかったシュテューデル美術館をその相続人に指定することができるのか、という論点を取り上げる。ついで、②この論点に関する素材となったローマ法文 *Modestinus D. 28. 5. 62. pr.* を紹介し、さらに③近世ヨーロッパにおける *D. 28. 5. 62. pr.* 解釈史をたどり、*D. 28. 5. 62. pr.* が、いつごろから財団設立と絡められるようになったかを究明する。とりわけ、④先行研究では不透明であった Savigny の所論に注目する。最後に、⑤ *D. 28. 5. 62. pr.* が、シュテューデル美術館事件に関して公表された各大学の鑑定意見および法学者の論文で、どのように解釈されたかを、考察する。

以上の考察から、シュテューデル美術館事件をてがかりに、当時の法解釈論の特質をあきらかにし、現代日本への示唆を指摘して、むすびとする。

注)

- 1) 野田龍一「十九世紀初頭ドイツにおける理論と実務—シュテューデル美術館事件をめぐる—」河内 宏他編『原島重義先生傘寿 市民法学の歴史的・思想的展開』2006年(信山社)203-241頁。

前記論文につき、潮見佳男『法制史研究』第57巻2007年(法制史學會)414-418頁の書評をいただいた。ここに、あらためて感謝したい。本稿は、この書評に対して、自分なりに応答しようとするものである。

- 2) 「遺言ヲ以テ寄附行為ヲ為シタルトキハ寄附財産ハ遺言カ効力ヲ生シタル時ヨリ法人ニ帰属シタルモノト看做ス」。2004年、同条は「遺言で寄附行為をしたときは、寄附財産は、遺言が効力を生じた時から法人に帰属したものとみなす」と口語化された。

- 3) 「遺言で財産の拠出をしたときは、当該財産は、遺言が効力を生じた時から一般財団法人に帰属したものとみなす」。

- 4) 草案起草にあたり参照されたのは、モンテネグロ一般財産法典第759条、ドイツ民法典第2草案第71条第3項、同第72条およびザクセン民法典第2074条であった。「民法主査會第十五回議事速記録」(1893年11月28日)『日本近代立法資料叢書13法典調査會 民法主査會議事速記録』1988年(商事法務研究会)455頁参照。

モンテネグロ一般財産法典第759条「. . . 財団が終意処分によって設立された場合には、この設立は、財団設立者の死亡をもっておこなわれる」。Adalbert Shek, Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro, Berlin 1893, S. 139. これは、東京大学法学部田部文庫所蔵本を参看させていただいた。

ドイツ民法典第2草案第71条第3項「. . . 財団設立者の別段の意思が財団設立から結果としてでてこないかぎり、諸権利は、許可をもって財団に移転する」。

同第72条「. . . [財団設立につき] 許可が付与される時、財団は、財産の帰属に関しては、相続開始前にすでに設立されたものとみなされる」。B.Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, Berlin 1899, reprint. ed. Aalen 1979, S.LXXIII-LXXIV.

ザクセン民法典第2074条「終意処分が作成された時点においては、法人がいまだ成立していなかった場合ですら、この法人が、被相続人の死亡の前後を問わず、より後に国家によって承認されるかぎり、法人は、終意処分から取得す

る能力をもつ」。Das Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Bd. 2, Leipzig 1878, S. 149.

- 5) ライン同盟瓦解後、フランクフルト＝アム＝マイン（以下フランクフルト）では、1814年以降フランクフルト改革都市法典と普通法が復活した。Johann Heinrich Bender (Hrsg.), Sammlung Frankfurter Verordnungen aus den Jahren 1806 bis 1816, Frankfurt am Main 1833, S.XXV.
- 6) シュテューデル美術館事件に関し、旧稿で看過した研究文献：Gottfried Schiemann, Spenden und Stiftungswesen in rechtshistorischer Sicht, in: Erlanger Universitätsreden, Nr. 40, 1992, 3. Folge, S. 9-27：その邦訳：新井 誠「法史的観点からみた寄付および財団制度」ゴットフリート＝シーマン＝著 新井 誠＝編訳『ドイツ私法学の構造と歴史的展開』2008年（日本評論社）2-21頁；Ulrich Falk, Das Testament des Kaufmanns. Betrachtungen zu einem berühmten Rechtsfall, in: Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Bd. 193, Frankfurt am Main 2005, S. 141-177.

先行研究を管見したかぎりでは、わたくしは、シュテューデル美術館事件について、ローマ法文解釈に即しつつ、当時の議論を追体験した研究を、寡聞にして知らない。

1. シュテューデル美術館事件における諸論点

シュテューデル美術館事件それ自体については、旧稿で詳細に取り扱った¹⁾。ここでは、シュテューデル美術館事件について、旧稿にもとづき、簡単にふりかえり、ついで、その諸論点を指摘し、最後に、その中で、本稿で取り上げる論点の意義について確認したい。

(1) Johann Friedrich Städel の遺言

フランクフルトで1728年11月1日に生まれ、かの地の富豪となった、商人にして銀行家 Johann Friedrich Städel は、1793年1月26日付けで最初の遺言を作成した。当時、帝国直属都市であったフランクフルトでは、改革都市法典および普通法が適用されていた。

1811年1月1日、フランクフルトでは、ナポレオン法典(フランス民法典)

が施行された。Städel は、ナポレオン法典第910条にもとづいて、フランクフルト大公の許可を受けた。そのうえで、Städel は、1812年1月18日に、ナポレオン法典にもとづいて、第2の遺言を作成した。

1814年、フランクフルトでは、ナポレオン法典が廃止され、普通法が復活した。1815年3月15日、Städel は、復活した普通法にもとづいて、第3の遺言を作成した²⁾。

Städel は、この第3の遺言の第1条で、その蒐集した絵画などの美術品をもって財団を設立し、かつ、この設立されるべき財団を、その包括相続人に指定した³⁾。

(2) Städel の逝去とその後の経緯

1816年12月2日、Städel は、逝去した。翌日、Städel の、第3の遺言が、フランクフルト都市裁判所で開封され、かつ朗読された。1816年12月5日、Städel によって、その第3の遺言で遺言執行者に指定された5名が、都市裁判所に公示催告を申請した。翌日、都市裁判所は、シュテューデル美術館が、倫理的人格 *persona moralis* と見られることについてフランクフルト都市参事会による許可を提出するように命令した。1816年12月10日、同都市参事会は、シュテューデル美術館を、倫理的人格として見る許可をだした。1816年12月16日、フランクフルト都市裁判所は、Städel の遺産について、請求権をもつ者が、2ヵ月以内に同裁判所に名乗り出ることを求める公示催告を公示した。この公示催告は、その後、フランクフルト近隣の諸都市や主要新聞各紙で公示され、また、1817年2月28日に、フランクフルト都市裁判所でふたたび公示された。この間、誰も名乗り出なかった。1817年3月10日付けで、フランクフルト都市裁判所は、Städel の遺産占有を、シュテューデル美術館の理事に遺言でもって任命されていた者たちの代理人に委付した⁴⁾。

1817年9月11日、Städel の法定相続人である Catharina Sidonie Burguburu

および Charlotte Salome Lasplace（いずれも旧姓 Städel；ストラスブール在住）が、ついで9月18日には、Ludwig Sigismund Städel（パリ在住：その逝去後は、包括相続人 Carl Wilhelm Celarier が承継）が、Städel の遺言を無効であるとして、法定相続人らへの遺産引渡を求めて、フランクフルト都市裁判所に訴えを提起した⁵⁾。

(3) シュテューデル美術館事件における主要論点

その後の訴訟にあって、そして、本件訴訟が、最終的には和解で決着を見た⁶⁾後になってもまた、ドイツの法学界では、シュテューデル美術館事件をめぐる、論争があった。

なによりも争われたのは、Städel が、遺言で、蒐集した美術品をもって財団を設立し、しかも、設立されるべき財団をその相続人に指定したことが有効かどうか、であった。

ローマ法文によれば、遺言による家外相続人の指定が有効であるためには、遺言作成時、相続開始時、ならびに相続承継時に、相続能力（いわゆる受動的遺言能力）が、指定されるべき家外相続人に存在しなければならなかった⁷⁾。フランクフルト都市参事会がシュテューデル美術館に、倫理的人格を付与したのは、Städel が逝去した後であった。遺言作成時および遺言者死亡時に存在しなかったシュテューデル美術館は、なぜ遺産を受領することができるのか？

この点については、以下の法律構成が主張され、またそれに対する批判があった。

① Städel の遺言は、都市フランクフルトへの負担付き包括遺贈として法律構成された。これによれば、Städel の遺産は、相続能力ある公法人である都市フランクフルトに移転する。しかし、都市フランクフルトは、負担として、シュテューデル美術館を設立し、設立された美術館に、遺贈された遺産を引き渡さねばならない、というのである⁸⁾。

反面、Städel 自身の遺言が⁸、シュテューデル美術館を相続人に指定したこと、Städel が⁸、極力、都市フランクフルトの介入を排除する意向を遺言で示したことから、かの負担付相続人指定はありえない、との批判があった⁹。

②シュテューデル美術館は、ローマ法にいわゆる「敬虔目的」*pia causa* であるとして法律構成された。*pia causa* であるならば、ローマ法文 C. 1. 3. 46. が、遺言での設立を、しかも、公権力による許可なしに認めている¹⁰。

これに対しては、*pia causa* であるためには、慈善ないし宗教を目的とするものでなければならないところ、美術館は、慈善も宗教も目的とはしないこと、また、根拠とされるローマ法文 C. 1. 3. 46. は、注釈の付されていない、いわゆる「復元された法文」*leges restitutae* に属し、したがって、普通法の法源としては認められないことが、主張された¹¹。

③ Städel の遺言による財団設立と設立されるべき財団の相続人指定は、ローマ法の認める後生児 *posthumus* に類似する。いずれも、遺言作成時には、この世に存在 *rerum natura* するものではないにせよ、有効に相続人に指定されうる、と説かれた¹²。

後生児からの類推に対しては、批判があった。後生児が相続人たりうるためには、少なくとも、遺言者死亡時に懐胎されていなければならないところ、シュテューデル美術館は、Städel が逝去した時点では、懐胎されていたとはいえない、というのが、その批判であった¹³。

④ Städel は、フランクフルト大公から美術館設立について、1811年に許可をえていた。許可の効力は、Städel の1815年の遺言による美術館設立にも及ぶ、と主張された¹⁴。

これに対しては、Städel 自身がフランクフルト大公下で作成したさきの遺言を破棄したこと、法源がナポレオン法典から普通法に転換したこと、かの大公の許可状には、大臣の副署がないことなどを理由に、1815年の遺言については、大公の許可の効力を否定する意見があった¹⁵。

⑤一説によれば、遺言作成時には、存在しないか、または、相続能力のない者を、「この者が、将来、相続能力をもつであろうならば」との条件付きで相続人に指定することができた。Stadel は、その遺言で、「シュテューデル美術館が、将来、都市参事会によって許可され、すなわち、相続能力をもつであろうならば」という明示的ないし黙示的条件を、その遺言に付していた。1816年のフランクフルト都市参事会の許可により、遺言に付された条件は成就し、シュテューデル美術館は、相続人たりうる、と主張された¹⁶⁾。

この主張に対しては、根拠とされたローマ法文は、相続能力一般に関するものではなく、ひとえに相続財産の取得能力に関するものであり、また、よし相続能力一般に関するものと解されるにせよ、その場合の条件は明示的条件に限られる、との批判があった¹⁷⁾。

—

わたくしは、先行研究では、さほど注目されなかった、最後の論点⑤に注目したい。叙述のポイントは、以下のとおりである。

第一に、当該ローマ法文 Modestinus D. 28. 5. 62. pr. については、遅くとも、16世紀以降のヨーロッパでは、その解釈をめぐり、学説の対立があった。その対立は、いかなるものであったか。

第二に、その対立の中にあって、D. 28. 5. 62. pr. がローマ古典後期の法学者である Modestinus¹⁸⁾の手になる法文であること、また、古典後期の法文が、法制度をことにするビザンツ期のユースティーニアヌス『学説彙纂』に収載されたことは、法文解釈にあたり、どのように意識されたのか。

第三に、古代ローマ社会の法規範であるローマ法文を、とくに19世紀初頭のドイツにおける普通法法源として適用することの可否ないし両者にあるべき距離感は、どうか。

第四に、D. 28. 5. 62. pr. それ自体は、財団を含む法人には触れない。この D. 28. 5. 62. pr. は、いつごろから、財団を含む法人と関係付けられたか。ま

た、その可否は如何。

最後に、D. 28. 5. 62. pr. 解釈から、各論者にあつては、法文解釈上、どのような特質がうかがわれるか。

以上の諸点に留意しつつ、節をあらためて、以下では、上記の論点⑤を、究明したい。

注)

- 1) 野田龍一「十九世紀ドイツにおける理論と実務」『市民法学の歴史的・思想的展開』206-211頁。その後の史料調査の結果につき、野田龍一「シュテューデル美術館設立史料試訳」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4号(2011年)603-645頁。
- 2) この遺言およびその後作成された小書付の全文についての試訳は、野田龍一「シュテューデル美術館設立史料試訳」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4号605-623頁にある。
- 3) 「絵画、デッサン、銅版画および美術品のわたくしの蒐集が、それに属する書籍とあわせて、当地の都市および市民団のために、これをもって、わたくしによって財団として設立されるシュテューデル美術館なるものの基礎であるべきである。わたくしは、このシュテューデル美術館を、わたくしの包括相続人に、動産および不動産に関する、わたくしの他日の遺産について、最良の法形式において、これをもって指定する」。野田龍一「シュテューデル美術館設立史料試訳」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4号606頁。
- 4) Städel 逝去後における財団設立に関する史料の試訳は、野田龍一「シュテューデル美術館設立史料試訳」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4号624-642頁にある。
- 5) これら3名の原告の故 Johann Friedrich Städel との親族関係は、不明である。シーマン「法史的観点からみた寄付および財団制度」『ドイツ私法学の構造と歴史的展開』8頁は、「故人とはかなり遠縁になる2人の姪」と説明している。典拠不明。
- 6) Johann Ludwig Klüber, Abhandlungen und Beobachtungen für Geschichtskunde, Staats- und Rechtswissenschaften, Bd. 1, Frankfurt am Main 1830, S. 340によれば、1829年に、原告らとシュテューデル美術館理事らとの間で、和解が成立した。この和解は、理事らが、原告3名のそれぞれに、各10万グルデンを支払うこと、および、原告・被告双方の訴訟代理人弁護士に1000カロリンを支払うことを、内容とした。典拠不明。

い C. 1. 3. 46である」と説いている。System, Bd. 1, S. 66-67では、現代ローマ法の法源たりうるのはポローニヤ学派においてかたちをもった『ローマ法大全』であると述べる。したがって、『学説彙纂』および『勅法彙纂』中の「復元された法文」は、現代ローマ法の法源からは排除される、と言うのである。

- 12) 野田龍一「十九世紀ドイツにおける理論と実務」『市民法学の歴史的・思想的展開』219頁。

旧稿で考察した諸説のほか、後生児と遺言によって設立される財団との類似を強調するのが、Klüber, Abhandlugen, S. 350-352および S. 359-361である。

なお、日本民法典の起草者も、立法理由の中で、後生児ないし胎児との類似を挙げている。「遺言ノ場合ニ於テハ其許可ヲ申請スル前ニ於テ遺言既ニ其効力ヲ生スルヲ以テ遺言ニ依ル寄附財團ハ胎児ニ遺贈ヲ為シタル場合ト酷ク相似タルモノアリ」。『日本近代立法資料叢書13』455頁参照。

- 13) この点につき、原田慶吉『改訂 ローマ法』1955年（有斐閣）341頁：「. . . 固より相続開始の時に少なくとも胎児たることを必要とする」とあるのを参照。

当時の批判学説につき、野田龍一「十九世紀ドイツにおける理論と実務」『市民法学の歴史的・思想的展開』219頁を参照。

- 14) 野田龍一「十九世紀ドイツにおける理論と実務」『市民法学の歴史的・思想的展開』220-223頁。

このフランクフルト大公の許可状は、Christian Friedrich Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen, Göttingen 1827の付録 IV: S. 19-20に収録されている。この許可状の根拠は、ナポレオン法典第910条だった。

ナポレオン法典第910条：「施療院、市町村の貧困者または公益〔認定を受けた〕施設のための、生存者間の、または遺言による処分は、国王のオルドナンスが許可するかぎりにおいてでなければ、その効果を有しない」。テキストは、Louis Tripier, Les Codes Français, Paris 1868, p. 128-129に拠った。ちなみに、下線部は、Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Land-Recht für das Großherzogthum Baden, Karlsruhe 1809では、「国家の認許」Staats-Guttheißenとなっている。

Städel は、遺言による処分に先立って、この許可を受けていたのである。

- 15) 野田龍一「十九世紀ドイツにおける理論と実務」『市民法学の歴史的・思想的展開』220-223頁。

- 16) 野田龍一「十九世紀ドイツにおける理論と実務」『市民法学の歴史的・思想的展開』223-224頁。詳細については、本稿で後述する。

- 17) この点については、旧稿では触れることがなかった。詳細については、後述参照。

ちなみに、受動的遺言能力は、ラテン語で testamenti factio [passiva]、ドイツ

語では、Erbfähigkeit と呼ばれた。遺産取得能力は、ラテン語では、capacitas、ドイツ語では、Erwerbsfähigkeit と呼ばれている。

- 18) Herennius Modestinus は、Ulpianus の弟子にして、3世紀前半、古典後期の掉尾を飾るローマの法学者である。Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl., Graz-Wien-Köln 1967, S. 259-261. かれは、226-244年夜警長官 praefectus vigiliū として碑文 (C. I. L. 6, 266.) に登場している。この碑文の邦訳および注釈につき、原田慶吉「古文書古記録の研究(二)」『法学協会雑誌』第50巻第11号102-104頁を参照。

2. 一論点としての Modestinus D. 28. 5. 62. pr.

(1) Modestinus D. 28. 5. 62. pr.

さきに見たように、シュテューデル美術館事件で、「1つの」論点は、ローマ法文『学説彙纂』Modestinus D. 28. 5. 62. pr. をめぐるものであった。

D. 28. 5. 62. pr. のラテン語テキスト¹⁾は、以下のとおりである。

MODESTINUS libro secundo pandectarum.

In tempus capiendae hereditatis instutui heredem posse benevolentiae est, ueluti 'Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto': idem in legato.

[試訳]

誰かある者が、[この者が] 相続財産を取得する時点で、相続人に指定されることができる、ということは、恩情に属する。たとえば、「ルーキウス = チチウスは、かれ [ルーキウス = チチウス] が取得することができるであろう時に、相続人であれ」のごとくである。：遺贈においても、同じである。

『バシリカ法典』ギリシア語テキスト²⁾は、以下のとおりである。

B. 35. 9. 56. pr.

νς'. Καί ὅτι καλῶς λέγω· Πέτρος, ὅτε γένηται δεκτικός, ἔστω μου κληρονόμος.

[試訳]

第56[法文]。そして、わたくしが、つぎのように言うのは、適切である：「ペトルスは、かれ [ペトルス] が取得できるようになる時に、わたくしの相続人であれ」。

参看できた各種近代語訳は、以下のとおりである。

1803年版フランス語訳³：

C'est un service à rendre à quelqu'un que de l'instituer pour le temps où il pourra acquérir la succession à son profit. Par exemple: J'institue Titius pour le temps où il pourra acquérir ma succession. Il en est de même des legs.

1831年版ドイツ語訳⁴：

Jemanden auf die Zeit hin, wo er erbfähig sein wird, zum Erben ernennen zu können, ist eine Bestimmung höchst milder Rechtsgrundsätze. Z.B. Lucius Titius soll Erbe sein, wann er [die Erbschaft] wird erwerben können. Dasselbe gilt auch beim Vermächtnisse.

1857年版イタリア語訳⁵：

È proprio della benevolenza poter essere istituto erede pel tempo da impossessarsi dell'eredità : come *Lucio Tizio, quando portà impossessari, sia erede*; vale lo stesso pel legato.

1892年版スペイン語訳⁶：

Es acto de benevolencia, que se pueda instituir heredero para el tiempo en que se tome la herencia, por ejemplo : «sea heredero Lucio Titio, cuando pudiere adquirir»; y lo mismo respecto à un legado.

1932年版英語訳⁷：

It is an act of kindness for an heir to be appointed for the time that he can obtain the benefit of the inheritance, as for instance: "Let Lucius Titius be my heir for the time when he can obtain my estate." The same rule applies to legacies.

(2) 若干のコメント

この法文は、相続財産の取得 *capere* について述べる。近代語訳のうち、ドイツ語訳 (*erbfähig* : 「相続能力ある」) をのぞくすべての訳が、*capere* を、「取得する」(*acquérir ; impossessarsi ; tomar ; obtain*) と訳している。では、「取得能力」とは、なにか。

ローマ法では、帝政期の立法以来、相続能力はあるが、有効に取得する (*capere*) 能力を剥奪される場合が発生したことが、知られている⁸⁾。たとえば、ユーリウスおよびパピウス=ポパエウス法⁹⁾により、独身者¹⁰⁾は、相続開始を知った時より100日以内に婚姻しないときは、その相続分の全部を取得することができず、また、無子者¹¹⁾は、半分しか取得することができなかった。また、ユニウス(ノールバーヌス)法¹²⁾では、ユニア=ラテン人¹³⁾は、相続開始より100日以内にローマ市民権を取得しないかぎり取得能力がなかった¹⁴⁾。

ユースティニアヌス法では、取得能力制度はなくなった、と言われる¹⁵⁾。

Modestinus は、3世紀前半の法学者である。Modestinus の時代にあつては、いまだユーリウスおよびパピウス=ポパエウス法およびユニウス(ノールバーヌス)法は廃止されてはいなかった¹⁶⁾。Modestinus が、D. 28. 5. 62. pr. で、*capere* と述べる時、それは、上述の意味での「取得能力」を意味することが、考えられる¹⁷⁾。

相続能力はあるが、取得能力を欠く者が、一定の法定期間または任意の期間内に取得能力をもつことを条件として、相続人に指定され、あるいは遺贈を受ける、という、いくつかの他の法文¹⁸⁾もまた、D. 28. 5. 62. pr. の Modestinus 文における *capere* を「取得能力」と解することを根拠付けるかもしれない。

以上をふまえば、D. 28. 5. 62. pr. は、遺言者が、独身者もしくは無子者またはユニア=ラテン人に、100日内という法律の規定にもかかわらず、こ

これらの独身者もしくは無子者またはユニア＝ラテン人が、将来、婚姻もししくは子を設けまたはローマ市民となるならば、すなわち「取得能力」をもつならば、との条件付きで、相続人に指定するケースであるまいか¹⁹⁾。

法律の規定する日数を守らないで、停止条件付きで相続人に指定することは、本来ならば許されないところであった。それゆえにこそ、Modestinusは、このような停止条件付き相続人指定を「恩情 *benevolentia* に属する」と呼ぶのではないか。『学説彙纂』における *benevolentia* の他の用法も、なながしか、恩恵的ないし変則的な処断を、示唆する²⁰⁾。近代語訳は、*benevolentia* を、service (手助け) ; *benevolenza* ないし *benevolencia* (厚情) ; *die Bestimmung höchst milder Rechtsgrundsätze* (厳格法 *ius strictum* に対立する最高に恩恵的な法原理の定め²¹⁾) ; *an act of kindness* (恩恵行為) と翻訳している。

D. 28. 5. 62. pr. を、6世紀に成った『学説彙纂』の一部としてとらえ、ユリウスおよびパピウス＝ポパエウス法およびユーニウス（ノールバーヌス）法にもとづく取得能力制度が廃止された後のユースティーニアヌス期の法源と解すれば、どうか。古典期における法制度は、「骨董」となる。9世紀末の『バシリカ法典』では、Modestinus 文のうち「誰かある者が、[この者が] 相続財産を取得する時点で、相続人に指定されることができる、ということは、恩情に属する」が削除されている。この削除も、ビザンツ期には取得能力制度が存在しなかったことと無縁ではあるまい。そうだとすれば、D. 28. 5. 62. pr. は、取得能力ではなく相続能力一般に関する法文としても解釈が可能になってくる。ちなみに、『バシリカ法典』に見えるギリシア語 *δεκτικός* とは、「受け取るに適している」(*fit for receiving*) 「能力がある」(*capable of*) 「受け取る能力がある」(*capable of receiving*) の意味である、と解される²²⁾。

取得無能力か相続無能力かは、効果の点でいかなる相違を生み出したのか。

ユーリウスおよびパピウス＝ポパエウス法およびユニウス（ノールバーヌス）法にもとづく取得能力制度にあつては、当該財産は「転落財産」*caducum* となり、被相続人の3親等までの尊属卑属にして指定された者の相続分に添加する。その他の者の相続分にあつては、当該遺言中の被指定者で子を有する者に移り、こうした者がいないときは、同一条件の受遺者に移り、そのような受遺者もいないときは国庫に帰属した²³⁾。ユースティニアヌス期には、転落財産制度は廃止されている²⁴⁾。反面、相続無能力にあつては、相続人指定は、「書かれなかったものと同然のもの」(*quod pro non scripto*) となり、この者の相続分は、他の被指定者の相続分に添加され、他の被指定者がいないときは、無遺言となった²⁵⁾。

(3) 本稿における課題

近世以降、*Modestinus D. 28. 5. 62. pr.* は、どのように解釈され、それは、本稿のテーマである遺言による財団設立といかに結び付けられたか。これを、つぎに究明したい。

注)

- 1) Theodor Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti* (Editio maior), D. 28. 5. 63 (62), Tom. 1, p. 846.
- 2) Gustav Ernst Heimbach, *Basilicorum libri LX*, Tom. 3, Lipsiae 1843, p. 574.
Heimbach 版のラテン語訳は、*LVI. Recte dico: Petrus, cum capere potuerit, heres mihi esto* となっている。
B. 35. 9. 56. は、Fabrot 版および Scheltrema 版では、欠落している。
- 3) *Corps de Droit Civi Romain en Latin et en Français*, Tome 4, Metz 1804, reprint ed., Aalen 1979, p. 157. 左欄。
- 4) Otto-Schilling-Sintenens ed., *Das Corpus Iuris Civilis (Romani) ins Deutsche übersetzt*, Bd. 3, Leipzig 1831, reprint ed., Aalen 1984, S. 73.
- 5) Giovanni Vignali ed., *Corpo del Diritto, Digesto*, Vol. 4, Napoli 1857, p. 625-626. 右欄。

- 6) Ildefonso L. Garcia del Corral ed., *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Primera Parte Digesto, Tom. 2, Barcelona 1892, p. 379. 右欄。
- 7) S.P.Scott, *The Civil Law in Seventeen Volumes*, Vol. 5, Cincinnati 1932, reprint. ed., New York 1973, p. 231,
- 8) 原田慶吉『改訂 ローマ法』354-355頁；Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2. Abschn., München 1971, 2. Aufl., S. 723 ff. の叙述に拠る。
- 9) 紀元前18年の婚姻当事者の階級に関するユリウス法 *lex Julia* と紀元後9年のパピウス = ポパエウス法 *lex Papia Poppaea* の併称。婚姻奨励および独身無子弾圧法として知られる。
この法律については、Johann Gottlieb Heineccius, *Commentarius ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, in: *Opera Omnia*, Tom. 8, Neapoli 1775が、もっとも詳細である。
- 10) *lex Julia et Papia Poppaea*, cap. 36：「独身者らは、100日以内に法律に従わなかったであろうならば、遺言にもとづいては、相続財産をも、また遺贈をも、最近氏族を除き、取得 *capere* することなかれ」。Heineccius, *Commentarius ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, in: *Opera Omnia*, Tom. 8, p. 269による復元。
「独身者」とは、未婚者のみならず、既婚者で配偶者と死別して、または、離婚に「独身」となった者をも含む。男女を問わない。ただし、60歳以上の男性および50歳以上の女性は、対象外である。Heineccius, *Commentarius ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, in: *Opera Omnia*, Tom. 8, p. 269.
- 11) *lex Julia et Papia Poppaea*, cap. 37：「夫婦にあつて、25歳以上の夫または20歳以上の妻が子無しであろうならば、かれらは、遺された相続財産のうちの半分のみを取得せよ。ただし、最近氏族に属する者たちは、第6親等にいたるまでは、遺された相続財産を、いにしえの法によって取得せよ」。Heineccius, *Commentarius ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, in: *Opera Omnia*, Tom. 8, p. 269による復元。
「無子者」とは、嫡出の実子をもうけなかった者またはもうけたが失った者である。養子は「子」に含まれない。Heineccius, *Commentarius ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, in: *Opera Omnia*, Tom. 8, p. 271.
- 12) おそらくは紀元後19年の法律。奴隷身分から解放された被解放自由人の自由を法律上の自由に高め、完全ローマ市民権は付与しないが、ラテン人の地位に置いた。原田慶吉『改訂 ローマ法』53頁。
- 13) ユーニウス法にもとづいてラテン人の地位に置かれた被解放自由人。原田慶吉『改訂 ローマ法』53頁。
- 14) 原田慶吉『改訂 ローマ法』355頁；Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2. Abschn., S. 723 ff. を参照。
- 15) ただし、ユースティーニアヌス法では、悪評判の婦女 *feminae* (*mulieres*)

probosae および待婚期間内に再婚した婦女についてのみ、取得無能力ないし制限が、残った。Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 3, 5. Aufl., Stuttgart 1879, S. 61, Anm. 7.

16) それらの廃止は、それぞれ339年 (C. 8. 58. 1.) および531年 (C. 7. 6. un.) である。

17) Modestinus が、相続財産 hereditas との脈絡で、capere をもちいるのは、以下の3箇所である。：

Modestinus libro sexto differentiarum. D. 5. 3. 46 : 「取得しない者 non capiens に相続財産をさらに渡す restituere ように暗黙の信義を置いた (信託した) であろう者は、盗賊の地位にあると解されるべきである」。

Modestinus libro nono pandectarum. D. 35. 2. 59. §. 1 : 「そのほかに、取得しない者 non capiens に相続財産をさらに渡す restituere よう懇請された者は、ブランキウス元老院議決によって [ファルキディウス法の] 四半分を保持しない。：そうではなく、かれが保持しない四半分は、神皇 Pius の勅答により、国庫に帰属する」。

Modestinus libro singulari de manumissionibus. D. 40. 5. 12. §. 2 : 「神皇 Antoninus および Pertinax が、勅答した。相続財産が、国庫に没収された。なぜなら取得することができなかった者 qui capere non poterat に、相続財産を、さらに渡す restituere ようにと、誰かが懇請されたからである。その場合には、直接的に与えられた自由も、また、信託遺贈によって与えられた自由も義務付けられる」。

いずれの箇所も、なんらかの原因で、相続財産を取得 capere する能力のない者に、信託遺贈の手段でもって相続財産を付与するように画策するというケースである。

18) たとえば、以下の諸法文が、そのケースであろうか：

法定期間のケース：

Ulpianus, Tituli ex corpore Ulpiani, 17. 1 : 「誰かが、自分に、市民法からすれば取得 capere することができるものとして、遺言により遺されたものを、なにかある理由から取得しなかったであろうとき、それは、『転落財産』caducum と呼ばれる。すなわち、それは、かれから転落したものとしてある。たとえば、独身者またはユニア=ラテン人に遺贈され、そして、100日以内に、あるいは、独身者が、法律に従わなかったか、あるいは、ラテン人が、クイリーテス [ローマ完全市民] の権利を獲得しなかった場合である。．．．」。

Ulpianus, Tituli ex corpore Ulpiani, 22. 3 : 「もしも、〈ユニア=ラテン人が〉遺言者死亡の時点において、あるいは、相続承継意思表示日までに、ローマ市民であるならば、かれは、相続人でありうる。；もしも、かれがラテン人のままでとどまったならば、相続財産を取得 capere することを、ユニウス法によつ

て禁じられる。同じことが、独身者の人格においては、ユーリウス法のゆえに、法に属する」。

以上につき、テキストは、Paul Frédéric Girard, *Textes de Droit Romain*, 7^e éd., Tome 1, Paris 1967に拠った。

任意に設定された期間ないし停止条件のケース：

Ulpianus libro octauo ad legem Iuliam et Papiam. D. 31. 51. pr. : 「だれかが、その遺言で、こう定めた。：『わたくしは、かの者に、法律により、かれが受領することができる最大分が与えられることを意欲する』。その場合には、たしかに、何時の日か、かれが取得 capere できるであろう時点で、かれに遺された、と見られる。...」。(ここで「法律」lex とは、表題からしてユーリウスおよびパピウス＝ポバエウス法を意味した)。

とくに、最後の D. 31. 51. pr. の下線部 tunc, cum quando capere potuerit は、かの Modestinus D. 28. 5. 62. pr. のケースと酷似する。

- 19) わたくしは、この解釈を、Savigny, *System*, Bd. 3, S. 207-208, Anm. (f)から教わった：「... 期日 dies として表現される条件には、ローマ人らにとっては重要な、つぎのケースもまた属す。それは、ユニア＝ラテン人または独身者が、その取得能力 *Capacität* の時点に (すなわち、したがって、その取得能力を条件として) 相続人に指定された、というケースである。D. 28. 5. 62. pr., D. 31. 51. [pr.] この恩情的な配慮がなければ、かれが、遅くとも、被相続人の死亡後、100日以内に取得能力を獲得しなかった場合には、相続財産または遺贈は、かれから失われた (ULPIANUS 17. §. 1.)。このこと [取得能力の獲得] は、いまや [D. 28. 5. 62. pr. および D. 31. 51. pr. のケースでは] 多年後になっても生じることができた。なぜなら、この者には、条件ゆえに、[取得能力獲得なる条件の成就よりも] より前には、相続財産は付与されなかったからである」。

Savigny の D. 28. 5. 62. pr. 解釈については、後述 (次号) をも参照。

- 20) 『学説彙纂』における *benevolentia* の用法としては、以下の法文がある：

Marcianus libro quarto institutionum. D. 29. 2. 52. pr. : 「息子が相続人に指定された。そして、この息子は、精神錯乱者の父親をもった。息子は、この父親の家父権下にあった。その場合には、神皇 Pius は、自分が、その恩情 *benevolentia* を、置く、と勅答した。すなわち、家息が、相続承継意思表示をすれば、あたかも、家父が相続承継意思表示をしたかのごとくに見られると。そして、[神皇 Pius は] 家息に、奴隷らを解放することをもまた許した」。

『法学提要』における *benevolentia* の用法としては、以下の法文がある：

I. 2. 20. §. 23 : 「... あるいは、複数の受遺者が存在する。これらの受遺者に選択権が委ねられた。そして、かれらは、客体を選択するについて不合意である。あるいは、一人の受遺者について複数の相続人が存在する。そして、かれらの間で、選択するについて不合意である。けだし、それぞれが別のものを

選択することを希求するからである。その場合には、遺贈が失効しないようにするために（多くの法学者は、恩情 benevolentia に反して、遺贈の失効を導入した）、運命の女神が、この選択の裁き手であり、そして、このことが、籤によって決定され、したがって、籤が帰属する者の意見が、選択においては、優先されるのである」。

21) Otto-Schilling-Sintenien ed., Das Corpus Iuris Civilis (Romani) ins Deutsche übersetzt, Bd. 3, S. 73, Anm. 137.

22) Liddell-Scott, Greek-English Lexicon, Oxford 1968, p. 377.

この用語の『バシリカ法典』における用法の涉猟は、今後の課題である。

23) 以下の叙述は、原田慶吉『改訂 ローマ法』357頁に拠った。

24) 廃止は、534年の勅法による。C. 6. 51. 1. Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia 1953, reprint ed., 1968, p. 378参照。

25) 原田慶吉『改訂 ローマ法』357頁。

3. D. 28. 5. 62. pr. 解釈と遺言による財団設立

以上考察してきた「素材の在処」sedes materiae としての『学説彙纂』Modestinus D.28. 5. 62. pr. は、中世ローマ法学以来、さまざまな論者によって取り上げられた。以下では、シュテール美術館事件とのかかわりで近世以降の重要なものに絞って紹介したい。

学説は、おおむね、2つに大別された。

(1) 相続能力説と遺言による財団設立への転用

1) 相続能力説：

一方で見いだされるのは、外人や被追放者のように、相続能力ないし受動的遺言能力一般を欠く者が、「将来相続能力を獲得するならば」という停止条件付きで相続人に指定されたときには、当該相続人指定は、恩恵的に有効とされると解する学説である。

D. 28. 5. 62. pr. は、「はじめに無効であったものは、時の経過によって有

効とはならない」という、いわゆるカトーの準則 *regula Catoniana*¹⁾の例外として位置付けられた。

Franciscus Connanus : われわれは、この学説を、16世紀前半の Franciscus Connanus において、明確に見いだす²⁾。かれは、外人および被追放者が遺言でもって相続人に指定されるケースを取り上げる。外人は、相続無能力である。遺言でもって、無条件に、外人を相続人に指定しても、この相続人指定は無効である。この外人が、遺言者死亡後にローマ市民権を獲得したとしても、はじめに無効であった相続人指定は、時の経過により有効にはならない。しかし、遺言者がその遺言において「この外人が、将来ローマ市民権を獲得するであろうならば」との停止条件を付して相続人に指定したときは、相続人指定は、有効である³⁾。

この場合にあつて、条件は、相続人指定行為それ自体を延期し、かつ停止する。この停止条件付き相続人指定にあつては、相続人指定は、条件が成就した時におこなわれた、と見られる。Connanus の挙げる例によれば、こうである。被追放者は、相続無能力である。この被追放者が、「かれが取得できるであろうならば」との停止条件付きで相続人に指定された。かれは、1年後にローマ市民権を回復した。その場合には、その相続人指定は、1年後のローマ市民権回復の時点で書かれた、と解されるのである⁴⁾。

Hugo Donellus : Connanus の所説は、16世紀後半にあつて、Hugo Donellus によつて継承された⁵⁾。かれもまた、相続無能力者が無条件で相続人に指定されるとき、その相続人指定は無効である、との原則から出発する⁶⁾。

そのうえで、Donellus は、「かれが取得 *capere* できるならば、あるいは、かれが取得できる時に」相続無能力者を相続人に指定するのを、有効だと説いた。これは、D. 28. 5. 62. pr. で、まさに「恩恵により」*benigine* 承認され

ている、というのである。

Donellus があげる具体例を見れば、そこには、Connanus が挙げた外人や被追放者のみならず、さらに、マニ教徒・アリウス派・背教者が、挙げられている。これらの者は、敵ではあるが、あるいは、皇帝による復権により、あるいは、生活の転換により、市民共同体の中に復帰する。これらの者を無条件で相続人に指定するのは無効である。しかし、「これらの者が、取得できるならば」すなわち、相続能力を獲得すればとの停止条件付きで相続人に指定する場合には、相続人指定は、例外的に有効である。「はじめに無効であったものは、時の経過によって有効とはならない」というカトーの準則の例外がここにある、と説くのである⁷⁾。

2) 遺言による財団設立への転用：

Jean-Baptiste Furgole：以上の学説をふまえて、D. 28. 5. 62. pr. を、遺言による財団設立に転用したのが、管見のかぎりでは、18世紀前半におけるフランスの Jean-Baptiste Furgole であった⁸⁾。

かれは、非合法の、かつ許可されていない諸宗教団体を相続人に指定したり、あるいは遺贈することは、無効であると述べる。なぜなら、これらの団体は無能力だからである⁹⁾。

つづいて、かれは、いまだ設立されていない宗教団体を相続人に指定したり、あるいはそれに遺贈や贈与をしたりするのは、有効であると説く¹⁰⁾。なぜなら、こうした相続人指定などは、「もしも、それらの宗教団体が設立され、かつ許可されるならば」という黙示の条件を含むからである。Furgole は、根拠として、D. 28. 5. 62. pr. を援用する¹¹⁾。

D. 28. 5. 62. pr. は、相続能力はあるが、取得能力を欠く独身者などから、およそ相続無能力である外人・被追放者、さらには、異教徒・異端者・背教者に、そして、ここにおいてか、自然人ならぬ将来設立されるべき法人にま

で、拡大適用されるにいたった。また、「将来相続能力をもつならば」との条件は、黙示の条件でもよいとされたことが、注目に値する。

Ludwig Julius Friedrich Höpfner : 18世紀末のドイツで、Furgole 同様に、D. 28. 5. 62. pr. を遺言による財団設立に適用したのが、Ludwig Julius Friedrich Höpfner であった¹²⁾。ただし、Furgole と Höpfner との間の学説上の系譜関係は、詳らかではない。かれは、現在は相続能力 *erbfähig* でない者を、「将来相続能力あるものとなるならば、」との条件付きで相続人に指定する場合にのみ、相続人指定は有効である、と述べる。たとえば、遺言者が、X なる地におけるある学術団体 *die gelehrte Gesellschaft* を、「それが、ランデスヘルの許可を受けるであろうならば」との条件付きで、相続人に指定した。この相続人指定は有効である。Höpfner もまた、ここで D. 28. 5. 62. pr. を根拠として挙げている¹³⁾。

Höpfner によれば、これは、「恩情」*benevolentia* によるものであり、すなわち、厳格法からすれば不可能であるにせよ、衡平 *Billigkeit* のゆえに導入された、と述べる¹⁴⁾。

かれは、D. 28. 5. 62. pr. の準則を、独身者・無子者・ユニア＝ラテン人に限定するべきではない¹⁵⁾こと、また、それを、遺言作成時には相続能力あるも、その後において相続無能力となるおそれある者について、「いつかまた相続能力あるものとなるであろうならば」との条件付きで相続人に指定するケースと考えるべきでもない¹⁶⁾ことを、主張した。

Anton Friedrich Justus Thibaut : 19世紀初頭のドイツの法学界にあって、相続能力説は有力となった。たとえば、Anton Friedrich Justus Thibaut は、遺言相続人が、遺言作成の時点および相続財産帰属の時点において能力 *fähig* あるものでなければならない、との原則を説きながら、例外として、遺言相

続人が、能力あるものであろう時に指定される場合には、たとえ、遺言作成時に、無能力であっても、相続人指定は有効だ、と述べた¹⁷⁾。ここでもまた、根拠法文として、D. 28. 5. 62. pr. が援用されている¹⁸⁾。

この相続能力説が、まさに遺言によるシュテューデル美術館設立の根拠付けの「1つ」となってゆく。これをあきらかにするのが、Thibaut の教科書に関するつぎの注釈である。

J.R.Braun : Braun は、Thibaut の教科書への注釈において、遺言者は、その死亡後にはじめて、許可をもって設立される諸社団 *universitates* を、相続人に指定することができるか？を問題にした¹⁹⁾。かれは、ここで、シュテューデル美術館事件を引用する。シュテューデル美術館事件にあっては、キールおよびゲッティンゲンの両大学判決団が、この問いに対して否と答えた。けだし、相続人は、遺言作成時に能力あるものでなければならないからである。あまつさえ、かの判決団は、フランクフルト参事会が、シュテューデル美術館を許可することによって *Städel* の法定相続人らの既得権を破壊しようとした、と述べた。しかし、かの判決団は、ローマ人自身が、D. 28. 5. 62. pr. で、「恩情」*benevolentia* のゆえに、ふるい小理屈を放棄し、「相続無能力者が相続能力者となるならば」との条件あれば相続無能力者を相続人に指定することを容認したことを見落とした²⁰⁾、と言う。

—

以上の諸学説は、いずれも、D. 28. 5. 62. pr. を、相続能力一般にかかわる法文と解し、遺言作成時および遺言者死亡時にあって、被指定者が相続無能力どころか、そもそもいまだ存在していなかった場合でも、遺言者が、将来相続能力を獲得するならば、との条件を、その相続人指定に付していれば、当該遺言による相続人指定は有効であると説いた。これを、さらに、遺言者死亡後にはじめて設立される社団や財団にも適用する者があった。

(2) 取得能力と相続能力との峻別

しかし、他方においては、D. 28. 5. 62. pr. を、帝政ローマにおける諸立法から生じた取得無能力について理解し、そして、これと相続無能力との混同を戒める学説があった。

Jacobus Cujacius：その先鞭をつけたのが、16世紀後半フランスの Jacobus Cujacius であった。かれの所説は、その他の法文についての注釈のかたちで散在し、全体としてこれを理解するに難い²¹⁾。これをあえてまとめてみたい。

Cujacius は、Donellus とことなって、外人・被追放者と独身者・無子者・ユニア＝ラテン人とを峻別した。外人・被追放者には、相続能力 *testamenti factio* [passiva] が完全にない。したがって、外人・被追放者は、遺言相続人にはなれない。これに対し、独身者・無子者・ユニア＝ラテン人に欠けているのは、取得能力 *capax* である。かれらが、法定の100日以内に婚姻するか、もしくは子をもうけるか、または、ローマ完全市民権を獲得するときには、かれらは、遺言相続人となりうるのである²²⁾。

Cujacius によれば、D. 28. 5. 62. pr. は、かの独身者・無子者・ユニア＝ラテン人、すなわち、遺言作成時に取得無能力であった者が、将来取得能力をもつであろう時点において遺言相続人に指定されることを認めた。これは、「恩情」*benevolentia* 換言すれば「人道性」*humanum* ないし「恩恵」*benignum* によるものであった。将来取得能力をもつであろうというこの条件が付加されていないときには、遺言作成時に取得無能力であった者は、遺言者死亡時に取得能力をもつにいたっていたにせよ、相続または遺贈に到達しない、というのである²³⁾。

Bartolomeus Chesius：Cujacius と同じ立場を支持し、Donellus を批判したのが、17世紀イタリアの Bartolomeus Chesius であった²⁴⁾。

Chesius も、ローマ法文 (C. 6. 24. 1. および Ulpianus fragmenta tit. 22.)²⁵⁾ に拠って、被追放者や降伏外人らは、けっして、相続能力をもつことがなかった、と主張した。これに対して、取得無能力者は、取得能力を欠くにせよ、市民法 *Ius Civile* と、なんらかの共同 *communio* をもつ者らである。かれらは、なんらかの理由によって、法律により、相続財産や遺贈を取得 *capere* することを禁じられているのである²⁶⁾。

これらの取得能力を欠く者たちは、法定の一定期間内に、婚姻・子の懐胎・ローマ完全市民権取得をおこなえば、相続財産または遺贈を取得できる。そのほか、遺言者が、法定の期間にかかわりなく、その遺言で、将来取得できるようになるであろう時点を、停止条件として相続人に指定したり、遺贈したときには、「恩情」 *benevolentia* から、この相続人指定および遺贈は、有効である²⁷⁾。

Gregorius Maiansius : 18世紀後半スペインの Gregorius Maiansius も、この取得能力説を支持した²⁸⁾。

D. 28. 5. 62. pr. は、遺言により相続財産を取得 *capere* する能力を欠く独身者や無子者らに関するものと解するべきであって、受動的遺言能力を欠く者たちとは無関係である。

これらの取得能力を欠く者たちについては、将来、取得能力を獲得するであろうならば、という条件付きで、相続人指定が可能であった。将来、この者が取得能力を獲得するならば、相続人指定は効力をもつが、獲得しないならば、相続人指定は効力をもたない。被追放者や外人らにあっては、これとはことなる。かれらは、受動的遺言能力を欠く。したがってかれらが遺言で相続人に指定されたとしても、遺言の当該部分は、「書かれなかった」ものとなる²⁹⁾。

Robert-Joseph Pothier : 18世紀後半フランスの Robert-Joseph Pothier も、この系譜に位置付けられる。かれは、[受動的] 遺言能力 *testamenti factio* と取得する権利 *ius capiendi* との混同を戒めている³⁰⁾。

その他、この取得能力説を説いた者としては、オランダにあつては、17世紀前半の Arnoldus Vinnius³¹⁾ や17世紀後半の Johannes Voet³²⁾ がいた。

注)

- 1) Celsus libro trigesimo quinto digestorum. D. 34. 7. 1. pr. : 「カトーの準則は、こう定める。遺言者が、遺言作成時に死亡したであろうならば、無効であったであろう遺贈は、[遺言者が] 何時死亡したであろうにせよ、有効ではない」。
- 2) Franciscus Connanus, Commentarii Juris Civilis, Tom. 2, Neapoli 1724, Lib. 10. Cap. 5. n. 11.
- 3) Connanus, Commentarius, Tom. 2, Lib. 10. Cap. 5. n. 11, p. 365. 左欄 D. : 「. . . 外人を、無条件で相続人として書くことは、許されない。それゆえに、遺言者の死亡前に、かの外人に市民権が贈与されるにせよ、それにもかかわらず、相続人指定は、有効ではない。外人が取得できる時点につき、外人が相続人に指定された場合には、有効である」。
- 4) Connanus, Commentarius, Tom. 2, Lib. 10. Cap. 5. n. 11, p. 365. 右欄 A. : 「追放された者が、かれが取得できるであろうならば、として相続人に指定された。追放された者が、1年後に市民共同体に戻されたとすれば、相続人指定は、復帰のかの時点に書かれ、そして、復帰のかの時点に遺言が作成されたと評価される。そして、それゆえに、かれは、相続人に指定された時に、能力 *capax* あるものであった、と判断される」。
- 5) Hugo Donellus, Commentarius de Iure Civili, Lib. 6. Cap. 17. n. 30 : in Opera Omnia Tom. 2, Lucae 1763.
- 6) Donellus, Commentarius de Iure Civili, Lib. 6. Cap. 17. n. 30, p. 158. 右欄 : 「. . . 相続人に指定されることができない者たちについて、われわれがこれまで述べてきたことがらすべてはこう理解されるべきである。これらの者が、無条件で、かつ単純に相続人に指定されるときには、相続人指定は、無効である」。
- 7) Donellus, Commentarius de Iure Civili, Lib. 6. Cap. 17. n. 30, p. 158. 右欄-p. 159 左欄 : 「かれらが、『もしも、かれらが取得することができるであろうならば』あるいは『かれらが取得することができるであろう場合には』という条件付き

- で相続人に指定されるときには：指定が有効であることが、恩恵的に承認されている。D. 28. 5. 62. pr.。たとえば、追放された者が、この条件付きで相続人に指定されたとき、相続人指定は有効であり、そして、指定された者は、かれがいつ何時であれローマ市民であることを開始したであろう場合には、ただちに、相続について認められる。同じことは、その他の者たちについてもまた理解されるべきである。：たとえばマニ教徒、アリウス派の信者ら、背教者らである。：かれらは、ふたたび、皇帝の原状回復により、あるいは、生活の転換により、市民共同体の中に復帰する。そして、こう言われる。カトーの準則は、はじめから無効であるものが、時の経過により有効になることを意欲しないが、このカトーの準則は、条件付相続人指定には、かかわらない。D. 34. 7. 1., D. 34. 7. 4. 」。]
- 8) Jean-Baptiste Furgole, *Traité des Testaments, Codicilles...*, Tom. 1, Paris 1775, Chap. 6, Sect. 1, n. 37.
- 9) Furgole, *Traité des Testaments*, Chap. 6, Sect. 1, n. 37, p. 281 : 「. . . つぎのことに気を付けることが必要である。非合法の、かつ許可されていない諸団体および信心会のためにおこなわれる相続人指定およびその他の慈恵行為は、無効であり、かつ、書かれなかったものとしてある。ただし [これらの団体は] 実際、無能力だからである」。
- 10) Furgole, *Traité des Testaments*, Chap. 6, Sect. 1, n. 37, p. 281 : 「. . . 諸々の慈恵行為が未設立で、かつ立ち上がっていない団体、信心会またはなんであれある集りのためにおこなわれた場合には、この慈恵行為は、無効ではない」。
- 11) かれは、参考として、Jean Marie Ricard, *Traité des donations entre-vifs et testamentaires*, Tom. 1, Riom 1783, P. 1, Chap. 3. Sect. 13, n. 613を、引用する。
Ricard, n. 612-613, p. 15は、設立されるべき修道院について、国王の承認があれば、との条件付きで設立されたと推定されるから、事前の認許および国王公開状は不要だとした1665年1月10日および1654年5月11日の判決を、紹介している。
- 12) Ludwig Julius Friedrich Höpfner, *Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen*, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1804, Lib. 2, Tit. 14, §. 481, Anm. (4), S. 532.
- 13) Höpfner, *Theoretisch-practischer Commentar*, S. 532 : 「ただ、わたくしが、現在は相続能力あるもの *erbfähig* ではない者を、かれが相続能力あるものとなるであろうならば、として相続人に指定する場合においてのみ、. . . 相続人指定は、有効である」。
- 14) Höpfner, *Theoretisch-practischer Commentar*, S. 532 : 「よし、厳格法からすれば許されないにせよ、それは、衡平のゆえに導入された」。
- 15) Arnoldus Vinnius (後述) が、批判の対象として名指されている。
- 16) これは、Georg Heinrich Lehr, *Erörterung der Frage, in welchen Zeitpunkten*

der Testamentserbe oder Legatar erbfähig seyn müsse, Darmstadt 1792の説。

わたくしは、この Lehr の著作を参看することができなかった。

- 17) Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5. Aufl., Bd. 2, Jena 1818, §. 796.

Thibaut のほかに、以下の文献において、相続能力説を見いだすことができた：
Johannes Brunnemmanus, Commentarius in L libros Pandectarum, Tom. 2, Coloniae Allobrogum 1752, ad D. 28. 5. 62, p. 53.

Samuel Stryk, Tractatus de cautelis testamentorum, Halae Magdeburgicae 1768, Cap. 16, §. 14, p. 577. かれは、無能力者を相続人に指定するさいには、この無能力者が能力を取り戻すならば、という条件を付することを「予防」として推奨する。

Albrecht Schwegge, Das Römische Privatrecht, 4. Aufl. Bd. 5, Göttingen 1833, S. 45：「無能力者が出損される場合には、処分は有効ではない（「書かれざりしものと見られる」）。ただし、出損が、将来能力が発生するならば、としておこなわれ、この能力が、ところで、実際に発生する場合は、このかぎりではない」。

J.N.v.Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes, 5. Aufl. Bd. 3, München 1838, S. 216：「ただし、無能力者は、将来能力が発生すれば、という条件付きで、有効に出損されることができる」。

- 18) Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd. 2, §. 796. 文献としては、既述の Höpfner のほかに、Ernst Christian Westphal, Theorie des römischen Rechts von Testamenten, Leipzig 1789, §. 167を引用している。

Westphal, §. 167, p. 118：「条件付き相続人指定にあつては、条件成就の時点および相続承継の時点のみが重要である。それゆえに、なぜ、ひとは、無能力の相続人を、その無能力が消えるならば、相続財産をもつべきである、として相続人に指定することができるか、を理解するのは、容易い。これが、条件付き相続人指定または不確定期限付き相続人指定である。この無能力者が、ついで、能力を獲得すれば、遺言作成時および被相続人死亡時に、こうした能力が存在しなかった、ということは、問題にはならない。D. 28. 5. 62. pr...Chesius Jurisprudentia Romanae et Atticae, Tom. 2. p. 5 sq. は、この法文 [D. 28. 5. 62. pr.] を一般的に適用することを意欲しない。なぜなら、それは、法律を詐害することになるからである。しかし、Chesius のためらいには、理由がない。Maiansius ad 30 ICtos, P. 2. p. 88は、この法文 [D. 28. 5. 62. pr.] を、[Chesius と同様に]、[相続] 無能力ではないが、しかし、独身者、無子者などとして、ユーリウス = ポパエウス法よりすれば、取得 capere する権利をもたない相続人らについて説明する。しかし、限定は、無用である」。

ここで Westphal による批判の対象とされた Chesius および Maiansius については、下方、注26) ないし注29) およびそれに対応する本文を参照されたい。

- 19) J.R.Braun, Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts, in Zusätzen zu Thibaut's Pandecten-System, Stuttgart 1831, §. 793.
- 20) Braun, Erörterungen, §. 793, S. 723 : 「. . . ローマ人自身が、恩情のゆえに、ふるい小理屈を、ついには捨て去り、そして、無能力者を、かれが能力者となるならばとして、相続人に指定することを、許した。D. 28. 5. 62. pr. 』。
- 21) 参照できたのは、Jacobi Cujacii...Opera ad Parisiensem...in tomos XIII. distributa..., Prati 1836-1844である。とくに法文索引が役立った。
- 22) Cujacius, Notae et Scholia in Lib.II.Instit. Justiniani, in : Opera, Tom. 2, Prati 1836, col. 915 : ユニア = ラテン人と降伏外人とを対比して : 「. . . ラテン人には、遺言をなす権利 *jus testamenti faciendi* がある、ということは、もちろん正しい。しかし、ラテン人は、相続については、[ラテン人が] 遺言者死亡の時点において、あるいは、相続承継意思表示の一定期間内にローマ市民ではないならば、ユニウス法によってあきらかに禁じられる。それゆえに、[ラテン人は] かの期間内にローマ市民となることができるがゆえに、ユニウス法は、ラテン人が、相続人に指定されることを禁じない。 . . . 降伏者の数にある者は、相続人に指定されることができない。なぜなら、かれは、外人だからである。遺言による相続能力は、外人には、ない』。
- 23) Cujacius, ad D. 31. 51, in: Opera, Tom. 7, col. 1887 : 「. . . つぎのことが恩恵により承認された、ということは、たしかである。相続財産は、取得無能力者 *incapax* に、かれが取得することができるであろうならば、として、取得できる時点について遺され、遺贈も同じである、ということである。D. 28. 5. 62. 『取得できる時点について』という条件が付加されないときには、遺言作成時において取得無能力 *incapax* である者は、たとえ、[遺言者の] 死亡時に取得能力があったであろうにせよ、相続財産または遺贈に到達しないであろう。なぜなら、取得能力 *capacitas* は、[遺言作成の時点と遺言者死亡の時点との] 双方の時点において要求されるからである. . . 』。
- ad D. 28. 5. 50(49), in: Opera, Tom. 6, col. 602 : 「. . . この法文[D. 28. 5. 49]の意味は、つぎの遺言者の意思によって支えられるように、わたくしには見える。この遺言者は、法のこの規定 *observatio* に反して、相続人を、[相続人が] 取得できる時点について指定することができる。D. 28. 5. 62. 』。
- benevolentia* については、ad D. 28. 5. 62. pr., Opera, Tom. 6, col. 604 : 「恩情 *benevolentia* に属する) すなわち人道的 *humanum* にして恩恵的 *benignum* である」。
- 24) Bartolomeaeus Chesius, Interpretationum Juris, Libri duo..., Cervariae 1737, reprint.ed., Lib. 1. Cap. 1, p. 1-4.
- 25) IMP.TITVS AELIVS ANTONINVS A. ANTESTIANO.C. 6. 24. 1 : 「追放された者たちが、相続人として書かれる場合には、かれらは、あたかも外人として、取得 *capere* することができず、しかし、相続財産は、もしも、かれらが書かれ

ていなかった場合に、相続財産が存在するであろう、かの原因において、存在する」。(日付・コーンズル年なし)。

テキストは、Paul Krüger ed., Codex Iustinianus, Berolini 1877, reprint ed., Goldbach 1998に拠った。

Ulpianus fragmenta tit. 22 : Tituli ex Corpore Ulpiani, 22. 2 : 「降伏者らの数にある者は、相続人に指定されることができない。なぜなら、かれは、外人であり、外人には、[受動的] 遺言能力は存在しないからである」。

- 26) Chesius, Interpretationum Juris, Lib. 1. Cap. 1. n. 10, p. 2. 右欄 : 「. . . このわたくしは、D. 28. 5. 62. における既述のテキストを、つぎの者について理解する。この者は、なるほど、遺言にもとづいて取得 capere することができないが、しかし、にもかかわらず市民法 Jus Civile となんらかの共同 communio をもつ。したがって、かれは、外人ではなく、そうではなくて、時として、市民でもまたある。しかし、かれは、なんらかの理由から、諸々の法律によって、取得 capere することを禁じられる。それは、時には全部について、時には、たんに一部について [取得することを禁じられる]」。
- 27) Chesius, Interpretationum Juris, Lib. 1. Cap. 1. n. 18, p. 3. 右欄 : 「ところで、取得 capere することができない、これらの者は、かれらが取得 capere することのできるであろう時点について相続人に指定されることができ、あるいは遺贈を出贈されることができ。それは、D. 28. 5. 62. において述べられるごとくである. . . .」。
- 28) Gregorius Maiansius, Ad Triginta Jurisconsultorum Omnia Fragmenta, Tom. 2, Genevae 1764, reprint. ed., p. 88-89.
- 29) Maiansius, Ad Triginta Jurisconsultorum Omnia Fragmenta, Tom. 2, Genevae 1764, n. 22, p. 88 : 「. . . [D. 28. 5. 62. pr. における] 『相続財産を取得する時点について』という文言は、[受動的] 遺言能力をもたない者たちに関係付けられるのではなく ; そうではなくて、遺言により取得する能力をもたない者たちに関係付けられるべきである。たとえば、独身者らおよび無子者らおよびその他の類似の者たちである。それは、ユーリウスおよびパピウス法にもとづく。したがって、もしも、かれらが、かかる独身者らおよび無子者らであることをやめるならば、独身者らは、その前には禁じられた全部を、無子者らは、半分を取得 capere することができる。しかも、『相続財産を取得する時点において』という、かの条件の力は、つぎのとおりである。もしも、条件が成就すれば、相続人指定は、効果をもつ。 ; もしも、条件が成就しなければ、相続人指定は、効果を欠く. . . . 被追放者が、ローマ市民であろう時点について、相続人に指定される場合には、ことなる法がある。なぜなら、この相続人指定は、無効であるからである。 ; というのも、追放される者たちは、かれらが相続人として書かれた場合には、あたかも外人として取得 capere することができず ; そう

ではなくて、相続財産は、かれらが書かれなかったかのごとき状態にあるからである。．．．」。

30) Robert-Joseph Pothier, *Pandectae Justinianae*, Tom. 10, Paris 1821, lib. 28. tit. 5, n. 25, p. 468-470 : 「[受動的] 遺言能力を、取得 *capere* する権利と混同してはならない。この取得する権利は、あたらしい諸法律によって、ある人々に拒まれた。たとえば、独身者らなどである。なぜなら、この[取得する]権利を、相続財産が付与される時点においてか、あるいは、その後、相続承継意思表示の期間内にもまたもつことで十分であるからである。．．．」。

31) Arnoldus Vinnius, *In quatuor libros Institutionum*, Venetiis 1804, ad I. 2. 14. §. 9, p. 317. 左欄 : 「．．．すべての博士によって、この [D. 28. 5. 62. pr. の] ケースは、つぎの者たちに限定される。かれらは、単純に無能力なのではなく、なにかにしがって無能力である。こうした者らであるのが、無子者、独身男らである。これらの者が子を授かったであろうか、または、妻を娶ったであろう場合には、これらの者を相続人に指定することが許されるのは、あきらかである」。

32) Johannes Voet, *Commentarius ad Pandectas*, Coloniae Allobrogum, 1757, ad D. 28. 5. n. 22, p. 255. 右欄 : 「法律家は、D. 28. 5. 62. においては、独身者および無子者ならびにその他の類似の者たちのみを顧慮したというのが、もっともらしい」。

19世紀初頭のドイツにあって、Vinnius および Voet に賛成して、D. 28. 5. 62. pr. を、ユーリウスおよびパピウス = ポパエウス法に規定される独身者および無子者にのみかかわるものであると主張したのが、Eduardus Ludovicus Harnier, *De Regula Catoniana Commentatio Inauguralis*, Heidelbergae 1820, p. 28-29 であった : 「恩情のために、すなわち善と衡平とにもとづいて承認されることがらは、厳格法から帰結することがらにほとんど左右されない、ということは、疑われえない。Voet および Vinnius は、われわれの法文 [D. 28. 5. 62. pr.] が、ただパピウス法によって取得することが難しい者たちのみかかわった、と主張するが、それは、正しい。．．．」。

以上、本節では、D. 28. 5. 62. pr. が近世以降のヨーロッパにあって、いかに解釈されてきたかを瞥見した。D. 28. 5. 62. pr. は、一方においては、広く相続無能力者が、将来能力を獲得するならば、との停止条件付きで相続人に指定されるケースについて理解された。しかし、他方においては、古典期ローマ法に拠って、相続能力はあるが、なんらかの理由により取得できない者(独身者・無子者・ユニア = ラテン人) について理解する学説が、存続した。

遺言による財団設立に即して見れば、前者の学説にあつては、Städelが遺言を作成した時点のみならず、Städel死亡の時点においても、シュテーターデル美術館は、存在すらしておらず相続無能力であるが、その後フランクフルト都市参事会の許可を受けたことにより、相続能力を付与される。しかし、後者の学説によれば、ユーリウスおよびパピウス＝ポパエウス法によって取得能力を禁止または制限した独身者・無子者およびユニア＝ラテン人に限定される法文を、遺言作成時にも遺言者死亡時にも存在すらしないシュテーターデル美術館に類推適用するのはもつてのほかであつた。以上の諸学説のるつばに、Savigny はじめ同時代の法学者らの諸学説や事件鑑定意見を入れると、どうなるか？次号で、この点を究明したい。

(未完)