

遺言による財団設立と胎児

— シュテューデル美術館事件における類推 —

野 田 龍 一*

文中、[] は、引用者による補充部分を意味する。

文中、... は、引用者による省略部分を意味する。

はじめに

第1章 各訴訟代理人の主張

第2章 各大学法学部鑑定意見の争い

第3章 諸学説の争い

むすび

はじめに

わたくしは、いわゆるシュテューデル美術館事件について、考察を重ねてきた¹⁾。遺言者が遺言において、美術館の設立を定め、同時に、この設立されるべき美術館を、遺言者の相続人に指定することは、可能か。この可能性の可否をめぐる争いにあって、論点の1つであったのが、胎児の類推である。胎児が相続人に指定されることができるとは、つとにローマ法において認められていた²⁾。遺言によって設立されるべき財団が、かりに、胎児に似て

*福岡大学法学部教授

いると考えるならば、遺言でもって胎児を相続人に指定することができるように、設立されるべき財団もまた、遺言でもって相続人に指定されるかのごとくである。しかし、これに対しては疑問が湧かないわけではない。ローマ法源³⁾によれば、胎児が遺言によって指定された相続人になれるのは、少なくとも、遺言者死亡の時点で、胎児が懐胎されている場合に限られた、と解される⁴⁾。遺言によってその設立が定められる財団は、遺言者の死亡後ににおける遺言執行によってはじめて設立されるのであって、遺言者死亡時には存在しない。存在しない財団を相続人に指定することは、はたして可能だろうか。

この問題は、わが民法典とけっして無縁ではない。日本民法典の起草者の一人であった穂積陳重は、遺言によって設立されるべき財団について「遺言ニ依ル寄附財團ハ胎兒ニ遺贈ヲ爲シタル場合ト酷ク相似タルモノアリ」⁵⁾として、胎児の類推から、遺言による財団設立を有効な遺言事項とし、「遺言ヲ以テ寄附行爲ヲ爲シタルトキハ遺言カ效力ヲ生シタル時ヨリ法人ニ帰屬シタルモノト看做ス」⁶⁾と規定した。しかし、遺言者死亡後に設立されべき法人への遺贈の可否については、わが国にあっても争いのあるところである⁷⁾。

以下、小稿では、胎児の類推というこの論点について、シュテューデル美術館事件に即して考察してみたい。まず最初に、シュテューデル美術館事件における原告・被告それぞれの訴訟代理人の主張を考察する（第1章）。ついで、各訴訟代理人が援用する各大学法学部の鑑定意見を考察する（第2章）。さらに、シュテューデル美術館事件をきっかけに付けにされた諸論文を考察する（第3章）。最後に、シュテューデル美術館事件で争われた諸点がその後のドイツ民法典編纂とどのように結びついていったかについて、フランス民法典とも比較しつつ、自分なりの予想を述べ、今後の研究課題を指摘して、むすびとする。

学説文献の渉獵もいまだ十分ではなく、また、類推それ自体についての19

世紀ドイツにおける理論状況についても暗い。しかし、この論点をてがかりとして見れば、われわれはこの論点をめぐる争いの背景に、とりわけ、遺言の解釈に即して、法学方法論をめぐる、実に多彩な議論の一斑を、具体的にうかがい知ることができるかもしれない。

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－」『原島重義先生傘寿 市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社 2006年）203-241頁；野田龍一「遺言による財団設立の一論点－シュテューデル美術館事件と『学説彙纂』D. 28. 5. 62. pr. -」（1）（2・完）『福岡大学法学論叢』第58巻第2号（2013年）285-317頁および第58巻第3号（2013年）463-504頁；野田龍一「遺言による財団設立と *pia causa*－シュテューデル美術館事件とローマ法源」『福岡大学法学論叢』第58巻第4号（2014年）671-725頁；野田龍一「シュテューデル美術館事件における実務と理論－四自由都市上級控訴裁判所史料をてがかりに－」『福岡大学法学論叢』第59巻第3号（2014年）421-492頁。その他に、史料紹介として、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603-645頁。
- 2) 原田慶吉『ローマ法－改訂－』（有斐閣 1955年）341頁は、遺言によって相続人に指定される能力について、「後生児即ち遺言作成後生まれた者は、市民法により自権相続人に、法務官法により卑屬に、ユ帝法では他人の後生児にも認められた」と述べる。
- 3) 根拠法文は、C. 6. 48. 1. §. 1-2である。C. 6. 48. 1. §. 1-2（ギリシア語）：「第1項。そして、誰であれ、後生児を相続人として書くことを意欲する者は、もちろん、相続人が、相続することを禁じられていず、あるいは、[相続人が] 事物の本性にある[懐胎されている]ならば、正しくも、まことに遺贈のみならず信託遺贈をもまた残す。第2項。そして、[相続人が] 懐胎されている場合には、不特定の相続人が書かれるとは、認められない…」(『バシリカ法典』B. 44. 18. 29から復元された法文 *lex restituta*)。
『勅法彙纂』のテキストは、Paul Krüger, *Codex Iustinianus*, Berlin 1877, reprint ed. Goldbach 1998, p. 591に拠った。
- 4) 原田『ローマ法－改訂－』341頁は、「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」と述べる。E. Sachers, art. *Postumus*, in: *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, 43. Halbband, Stuttgart 1953, col. 970は、遺言作成時に胎児が懐胎されていることを要求した古典法に対して、ユー

ステーニアーヌス法では、「被相続人死亡の時点で懐胎されていなければならなかった、ということで十分であった」とし、これがユーステーニアーヌスのもっとも特筆すべき改革という。Max Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Abschn., 2. Aufl., München 1975, S. 488をも参照。ザッハースおよびカーサーのいずれも、根拠法文として、C. 6. 48. 1. §. 1-2を援用する。

- 5) 「民法主査會第十六回議事速記録」(明治26年12月8日)『近代日本立法資料叢書』13 法典調査会 民法主査會議事速記録(商事法務研究会 1988年)455頁。
- 6) 第42条第2項。現在は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。
- 7) 近藤英吉『相續法論(上)』(弘文堂書房 1936年)51頁は、法定相續につき、いわゆる同時存在の原則からして、相續につきすでに生まれたものとみなされる胎児は、相續開始当時の胎児に限られ、それ以後に懐胎された胎児には及ばないと説く。しかるに、近藤英吉『判例遺言法』(有斐閣 1938年)156頁は、遺贈につき、「問題となるのは、[遺言者死亡の時点で]未だ受胎していない者若しくは将来の法人に對する遺贈の效力如何であるが、之等の者は現在に於ては權利能力を有せず、従つて受遺者たる資格を缺くのであるが、…遺贈に條件を附することが許される以上、その權利能力の享有を條件とする遺贈の效力を認むるに、理論上何の妨げもないと考へる」と述べる。(下線は引用者による)。

しかし近藤自身、民法起草者は、これに反対であることを認めている。近藤が引用している大正11年3月7日長崎控訴院判決(『法律新聞』1980号19頁)は、将来成立することあるべき法人(寺院)への遺贈につき、「遺贈ハ遺言者ガ死亡ノ時期ヲ期シ財産ノ全部又ハ一部ヲ受遺者ノ利益ノ爲ニ處分スル單獨行爲ニシテ遺言ノ效力發生ノ際受遺者アルコトヲ要ス(民法第一〇六五條第九六八條ノ規定ニヨリ胎児ハ例外トス)然ルニ寺院ヲ設立スト云フガ如キ遺言ニ付テハ其效力發生當時受遺者ノ存在スベキ理由ナシ」(21頁)として、遺贈を無効とした。これに対して、近藤は、「成る程、遺言に依る寺院設立のための寄附行爲は我民法の認めてゐないところであるから、右の遺言がこの目的を有するとすれば、之を無効と解せざるを得ないが、その遺言の趣旨にして、相續人に對して一定の負擔を課するに過ぎないか、或は将来成立することあるべき寺院に對する遺贈に外ならずとすれば、之を有効と解しなければならぬ」と批判する。(下線は引用者による)。遺言者死亡の時点において存在しない寺院は、受遺者としての遺贈を受ける能力をもたない。したがって、この寺院への遺贈は無効である。これが、長崎控訴院の論理である。これに対して、近藤は、下線部からあきらかなように、この遺贈を、相續人に対する負擔または将来における寺院の設立を停止条件とする条件付き遺贈と解釈することによって有効と考えるのである。

だが、その後、中川善之助・泉 久雄『相續法[新版]法律学全集 24』(有斐閣 1974年)は、相續について、いわゆる同時存在の原則を説き(69-70頁)、

さらに、遺贈について、「遺言者死亡の時に、懐胎されていない者は、受遺者となれない。例えば、娘が将来結婚して生むであろう孫を受遺者とするのは、許されない」として、遺贈においても、かの同時存在の原則が準用される、と主張する（493頁）。法人については「定款または寄附行為も完成していない公益法人または営利法人は、すべて将来設立される見込みの法人と見て、受遺者たる適格を否認すべきである。現に懐胎されていない将来の子と同じである」（494頁）と述べる。ただし、「遺贈義務者の地位を長期間不安定にするような解釈は避けるべきであり、遺言者死亡時の胎児に限って受遺能力を認めた民法の趣旨を尊重すべきだ」（500頁注13）からである。

第1章 各訴訟代理人の主張

1. シュテューデル美術館理事らの訴訟代理人の主張

シュテューデル美術館事件に関する訴訟記録にあつて胎児の相続人指定の類推がはじめて登場するのは、被告シュテューデル美術館理事らの訴訟代理人シュリン Johann Friedrich Gabriel Schulin が作成し、プレラー Carl Heinrich Preller が、1826年6月21日に四自由都市上級控訴裁判所に提出¹⁾した被上告人抗弁書においてであった²⁾。

この抗弁書の中で、シュリンは、遺言によって設立されるべき美術館を相続人に指定することを、種々の理由から有効だと主張する。これらの理由のうちの1つが、遺言作成時にはいまだ出生していない後生児を相続人に指定することの類推であった。

ローマ法によれば、後生児、すなわち、遺言作成後に、遺言者と、出生、養子縁組、または、遺言者が祖父で、後生児が孫であるときに、中間にある父親の相続能力喪失により代襲関係に到来する者を、遺言者が、遺言作成の時点には、いまだ存在しないことを知っていながら、あえて相続人に指定することができた。その場合には、遺言者は、遺言で相続人に指定した者が、将来において存在するであろうならば、という条件を黙示的に付加した、と

みなされる。シュテートル美術館事件において、遺言者シュテートルは、かれがその相続人に指定することを意欲するシュテートル美術館がいまだ存在していないことを知っていた。かの後生児の類推をもってすれば、シュテートルは、遺言で、シュテートル美術館をその相続人に指定したとき、シュテートル美術館が、将来において存在するであろうならば、という条件を黙示的に付加したとみなされるのである³⁾。

シュリンは、論述の中で、ティボー Anton Justus Friedrich Thibaut を援用する⁴⁾。さらに、ティボーは、論拠として、ヴェストファル Ernst Christian Westphal⁵⁾やヘフナー Ludwig Julius Friedrich Höpfner⁶⁾を引用する。いずれも、遺言者は遺言作成時および遺言者死亡時に存在していない後生児や団体を相続人に指定できると説き、後生児や団体が将来において存在するならばという条件が当該遺言には付加されていた、と考える⁷⁾。

2. 法定相続人らの訴訟代理人の主張

だが、原告である法定相続人らの訴訟代理人ヤツソイ Ludwig Daniel Jassoy⁸⁾は、被告の抗弁書に対する再抗弁書の中で、胎児の相続人指定の類推に対し、批判した⁹⁾。

胎児と設立されるべき美術館との間では、類似はない。胎児の出生は、偶然的な出来事であるが、美術館の設立は、まったくもって意思による行為だからである。ローマ法は、なるほど、いまだ出生していない後生児を相続人に指定することを認める。しかし、これを意思による行為である美術館設立に拡大して適用してはならない¹⁰⁾。

かりに、胎児ないし後生児と設立されるべき美術館との間に類似があるにせよ、設立されるべき美術館を相続人に指定することは、有効ではない。ローマ法文 D. 37. 11. 3¹¹⁾ ; D. 38. 8. 1. §. 8¹²⁾ ; D. 38. 16. 6. 7¹³⁾ によるならば、後生児は、少なくとも、遺言者死亡の時点において、法文の表現によるならば「事

物の本性において存在」せねばならず、すなわち胎児として懐胎されていなければならない。しかるに、設立されるべき美術館は、遺言者シュテューデルの死亡の時点においては、まったく存在してはいなかった¹⁴⁾。

遺言により、倫理的な人格＝法人に遺産を出損することができるのは、つぎの2つのケースに限られる。第一には、当該法人が相続人に指定される能力をそなえたものとしてすでに存在し、遺言者が、この法人を相続人に指定する場合である。第二には、当該法人がいまだ存在しない場合にあって、遺言者が、現に存在する別の者を相続人に指定し、この相続人指定に、当該法人の設立を負担として課する場合である。シュテューデルの遺言は、これら2つのケースのいずれにもあてはまらない¹⁵⁾。

ヤッソイは、つぎの事例を掲げて、シュテューデルの遺言の無効を説く。シュテューデルには、ある一人の友人がいる。友人は、シュテューデルが、その遺言で美術館を設立しようとしていることを知る。友人は、シュテューデルが設立すべき美術館を自らの相続人に指定する。その後、友人は、シュテューデルよりも先に死亡した。相続人指定は、無効である。友人の遺言作成時にも、また、友人の死亡時にも、美術館は存在しなかったからである。美術館が存在しないという同一の理由により、シュテューデルの遺言も同様に無効である¹⁶⁾。

注)

- 1) この抗弁書の末尾によれば、その作成者は、Iohann Friedrich Gabriel Schulinであった。いわゆる大シュリン（老シュリン）Schulin seniorは、1826年当時フランクフルトにおける弁護士Procuratorであった。Staats-Calender der Freien Stadt Frankfurt, 1826, S. 40. かれの作品として、Meditationes ad selectas quasdam diffentias iuris communis et brandenburgico-baruthini in materia de concursu, Moguntiae 1787（未見）がある。

これを提出したCarl Heinrich Prellerは、ハンブルク出身の法律家。1826年当時、四自由都市上級控訴裁判所付きの弁護士Procuratorであった。Staats-Calender der Freien Stadt Frankfurt, 1826, Frankfurt 1826, S. 31. かれには、

Römisches Reich und Recht: Ein Versuch der Geschichte Beiden, Hamburg 1820 (未見)がある。

- 2) OAGL Z Nr. 1443, [14](#) p. 7 (106 recto) -11 (108 recto).
 - 3) とくに OAGL Z Nr. 1443, [14](#) p. 8 (106 verso).
 - 4) OAGL Z Nr. 1443, [14](#) p. 8 (106 verso) には、Thibaut, Pandekten §. 794の引用がある。わたくしは、その第5版を参看できた。Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5. Aufl., Bd. 2, Jena 1818, §. 794, S. 209-210 : 「かつては後生児 posthumi もまた不特定人として相続人に指定されてはならなかった。本来的な意味で、後生児と呼称されるのは、ある人の死亡後に出生するすべての子である。；しかし、一般的には、[後生児とは] 出生、養子縁組、準正または中間人の消滅により、誰かある者と子の関係に到来するすべての者であり、これにより、必然相続権が創設される。これらの者がこの関係に到来すれば、かれらは、自権後生児 posthumi sui と呼称される。；その他の場合には、他権後生児 [posthumi] alieni と呼称される。…ユースティーニアーヌスの諸規定によれば、後生児の相続人指定は、いまでは、法の厳格さからしてすら無条件に存立する。…」。
- Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5. Aufl., Bd. 2, §. 796, S. 211では、遺言で指定される相続人(遺言相続人)は、遺言作成の時点で、相続能力があるものでなければならないとしながら、ただし遺言相続人が能力あるものであろうならば、として指定される場合は、このかぎりではない、と説いている。ティボーは、この叙述の注において、ローマ法文 D. 28. 5. 62. pr. ならびにヴェストファルおよびヘフナーを引用する。
- 5) Ernst Christian Westphal, Theorie des Römischen Rechts von Testamenten, deren Erblasser, und Erben, ihrer Form und Gültigkeit, Leipzig 1790, §. 167, S. 118-119 : 「条件付き相続人指定にあつては、たんに、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、無能力である相続人を、この者の無能力が消滅するであろうならば、この者は相続財産をもつべし、として、指定することができるのか、を理解するのは、容易い。これは、条件なし不確定期限付き相続人指定である。この者が、その後、能力を獲得すれば；その場合には、こうした能力が、遺言作成の時点で、または、被相続人の死亡の時点で存在しなかった、ということは、問題にはならない」。ヴェストファルは、その論拠として、D. 28. 5. 62. pr. を引いている。
 - 6) Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1804, §. 482, S. 532, Anm. (4) : 「…わたくしが、現在は相続能力がない者を、この者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。たとえば、わたくしがこう述べる。：Xにおける學術団体は、それがランデスヘルの認証を受けるであろう

ならば、わたくしの相続人たるべしと。その場合には、相続人指定は、有効である」。ヘフナーもまた、ここでD. 28. 5. 62. pr.を引く。ヘフナーは、D. 28. 5. 62. pr. にある温情 *benevolentia* に拠って、この例外が厳格法からは認められないにせよ平衡ゆえに導入された、と述べる。

ここで引用したヴェストファル・ヘフナー・ティボーのD. 28. 5. 62. pr. 解釈とそれに対する、とくにサヴィニーによる批判については、すでに、野田「遺言による財団設立の一論点(1)(2・完) - シュテューデル美術館事件と『学説彙纂』D. 28. 5. 62. pr. -」で取り扱った。本稿では、繰り返さない。『福岡大学法学論叢』第58巻第2号285-317頁および『同誌』第58巻第3号463-504頁を参照。

- 7) ただし、ティボーにあっても、またティボーが引くヴェストファルやヘフナーにあっても、「将来、相続能力をもつであろうならば」との条件が黙示の条件であつてもよいという論述を、わたくしは、見いだすことができなかった。
- 8) Ludwig Daniel Jassoy (1769-1831) は、フランクフルトの法律家。1826年当時にあつて、かれは、弁護士 *Advocat* として、*Staats-Calender der Freien Stadt Frankfurt*, 1826, S. 39に登場する。Barbara Dölemeyer, *Frankfurter Juristen im 17. und 18. Jahrhundert, Ius commune, Sonderhefte, Frankfurt am Main* 1993, S. 95-96も参照。

ヤッソイは、文筆家としても活躍し、論文集 *Welt und Zeit* を1815年から1828年にかけて匿名で公刊した。その業績については、他日、取り上げてみたい。

ヤッソイの論文を抜粋して刊行したものとして、Dirk Sangmeister ed., *Ludwig Daniel Jassoy: „Man muß erstlich wissen, was man will, ehe man thun kann, was, man soll“ Aphorismen und Glossen aus WELT UND ZEIT [1815-1828], Eutin* 2009 (未見)があることを知った。

- 9) Ludwig Daniel Jassoy, *Pro Memoria in Sachen, Catharina Sidonie Burguburu und Charlotte Salome Laspl ce beide geborne Städel zu Strasburg und des Königlich französischen Rittmeisters Ludwig Sigismund Städel zu Paris, jetzt Carl Wilhelm Celarier daselbst, als Universalerben desselben, Kläger, Appellanten modo Oberappellanten, wider die Administratoren des sogenannten Johann Friedrich St delischen Kunstinstituts zu Frankfurt am Main, Beklagte, Appellaten modo Oberappellaten, Testamentsanfechtung betreffend. (Als Manuskript gedruckt), 1827?, §. 24-25, S. 21-22.*(福岡大学図書館所蔵本)。

ただし、この再抗弁書は、四自由都市上級控訴裁判所の受理するところとはならなかった。このことについては、野田「シュテューデル美術館事件における実務と理論」『福岡大学法学論叢』第59巻第3号467頁で、すでに触れた。

ヤッソイは、再抗弁書の提出を正当化する理由の1つとして、被告訴訟代理人が、さきの抗弁書において、胎児ないし後生児の類推をはじめて持ち出したので、これに反駁するべきであることを、挙げている。Jassoy, *Pro memoria, Vor-*

wort [S. 3] (頁無)。

10) Jassoy, Pro Memoria, S. 21.

11) D. 37. 11. 3: 「パウルス 告示注解第41巻より。つぎのことは正しい。遺言者が死亡する時に懐胎されていた後生児はすべて、[この後生児が] 出生したであろうならば、遺産占有を訴求することができる」。テキストは、Theodor Mommsen ed., Digesta Iustiniani Augusti (Editio maior), Tom. 2, Berolini 1870, reprint. ed. Goldbach 2001, p. 312に拠った。(下線は、引用者による)。

12) D. 38. 8. 1. §. 8: 「ウルピアーヌス 告示注解第46巻より。…第8項。誰か或る親等のより近い血族が出生することが予想される。しかも、この者は、その他の、かれにつづく親等の血族らを妨げるべきである、という状態においてである。：しかし、この者が出生しなかった場合には、この胎児について親等のもっとも近いと見られた者を、われわれは、[相続人として] 承認する。しかし、このことは、ただ、懐胎されていると言われる者が、その遺産占有が問題となっている被相続人の存命中に懐胎された場合においてのみ承認されるべきであろう。なぜなら、もしも、[懐胎されていると言われる者が、被相続人の死亡] 後に [懐胎されたと] すれば、[この懐胎されたとと言われる者は] その他の [親等の点でより遠い] 者たちを妨げないであろうし、また、かれ自身も [相続人としては] 認められないであろうからである。というのも、被相続人の存命中にまだ生命として宿っていなかったであろう者は、被相続人にとっては最近血族ではなかったからである」。Mommsen, Tom. 2, p. 348. (下線は、引用者による)。

13) D. 38. 16. 6: 「ユーリアーヌス 法学大全第59巻より。チチウスが、息子を相続廃除したうえで、家外人を条件付きで相続人に指定した。こう質問された。父親 [チチウス] 死亡後に、条件成就が未定である間に、[相続廃除された] 息子が妻を娶り、そして、息子 [チチウスの孫] を懐胎させ、そして死亡した。ついで、相続人に指定されていた者 [家外人] の条件が不成就となった。この後生児である孫に、この孫の祖父 [チチウス] の法定相続財産は帰属することになるのか。かれ [ユーリアーヌス] は、こう解答する。：その祖父の死亡後に懐胎される者は、その祖父の法定相続財産を、自権相続人として受け取ることも、また、遺産占有を、血族として受け取ることもできない。なぜなら、十二表法は、その遺産について問われる被相続人が死亡する時に、事物の本性 (現世) において存在していたであろう者を、相続財産に呼ぶからである」。

D. 38. 16. 7: 「ケルスス 法学大全第28巻より。あるいは、[被相続人が] 存命である間に [後生児が] 懐胎されていた場合に [十二表法は、その者を相続財産に呼ぶ]。なぜなら、懐胎された者は、ある意味で、事物の本性 (現世) において存在すると評価されるからである」。以上2つの法文のいずれも Mommsen, Tom. 2, p. 367. (下線は、引用者による)。

14) Jassoy, Pro Memoria, §. 24, S. 21-22.

15) Jassoy, Pro Memoria, §. 25, S. 22.

現実にはいまだ存在しないシュテューデル美術館を相続人に指定することは、フランクフルト改革都市法典第4部第2章第7条「…遺言においては、つねに、一人または複数の、名をあげられた相続人が呼称される。なぜなら、かかる相続人指定および相続人の呼称は、すべての遺言の、ひとえにまさしく主部にして土台だからである」の要件を欠く。この遺言は、同法典第4部第9章第4条「…相続人が、明示的にまったく指定かつ呼称されていず、また、はっきりと分かるように指定かつ呼称されていない場合」という、遺言無効の一原因に該当する。したがって、この遺言は、同法典第4部第9章第1条により、無効 unkräftig und nichtig となる。フランクフルト改革都市法典については、Der Stadt Francffurt am Mayn erneuerte Reformation von 1578, Frankfurt 1611（福岡大学所蔵本）を参照した。

16) Jassoy, Pro Memoria, §. 25, S. 22.

ヤツソイは、以上の論述にさいして、論拠とした文献をいっさい掲げていない。しかし、その論述は、次章で考察するゲッティンゲン大学の鑑定意見に酷似している。

おそらく、ヤツソイは、ゲッティンゲン大学の鑑定意見を下敷きにしたのであろう。

第2章 各大学法学部鑑定意見の争い

1. 被告側の各大学法学部鑑定意見（ギーセン・ミュンヘン）

(1) ギーセン大学法学部鑑定意見（1827年6月）

被告であるシュテューデル美術館理事らの訴訟代理人は、ギーセン大学法学部に、シュテューデルの遺言を有効とする鑑定意見の作成を依頼した。この依頼を受けて、ギーセン大学は、「ヘッセン大公国ギーセン大学法学部の学部長、博士らおよび教授ら」の名で、1827年6月に、鑑定意見を提出した¹⁾。作成の中心となった報告者は、不明である²⁾。

この鑑定意見は、シュテューデルが、遺言で、シュテューデル美術館の設立を定め、かつ、設立されるべきこの美術館を、相続人に指定したことを、種々の根拠から有効とした。

それらの根拠の1つであったのが、遺言作成後に出生する後生児からの事件への類推であった³⁾。シュテートルの遺言が作成された時点はおろか、シュテートルが死亡した時点にあっても、いまだ美術館は存在していない。シュテートルの死亡後にはじめて設立される美術館を、相続人に指定することは、有効か。これを有効だとするためには、そもそも類推の原型である後生児の相続人指定にあつて、後生児が遺言者死亡後に懐胎された場合でもまた、この後生児の相続人指定が有効であることを立証しなければならない。

ギーセン大学法学部は、これを、ほぼ以下のような論理でもって論証しようとした⁴⁾。

ユースティーニアーヌス前には、後生児を相続人に指定するためには、当該後生児が、遺言者死亡の時点において懐胎されていなければならない。

ユースティーニアーヌスは、『法学提要』I. 2. 20. §. 27⁵⁾で不特定人一般を相続人に指定することを認めた。その結果、ユースティーニアーヌスにあつては、その存在が、将来の出来事に左右されるすべての人々を、したがって、後生児すべてをも相続人に指定することができるようになった。ユースティーニアーヌスは、不特定人について発した規定の結果を、『法学提要』I. 3. 9. (10.) pr.⁶⁾において、後生児について掲げている⁷⁾。

それゆえ、ユースティーニアーヌスには、遺言者の死亡後に懐胎される後生児もまた相続人に指定されることができた。遺言者の死亡後に懐胎される後生児もまた相続人に指定されることができるとすれば、その類推により、シュテートルの死亡後にはじめて設立される美術館もまたシュテートルの相続人に指定されることができることになる。

遺言者の死亡後に懐胎される後生児もまた相続人に指定されうるとギーセン大学法学部が主張するさいに典拠となったのが、1つにはオランダの法学者フート Johannes Voet の『学説彙纂』注釈⁸⁾であり、いま1つにはアルト

ドルフ大学法学部の判決を収集したゲッツ Martin Wilhelm Goetz の裁判例集に登載されている裁判例⁹⁾であった。こうして、ギーセン大学法学部は、後生児の相続人指定にあつては、すくなくとも、遺言者の死亡時には、後生児が懐胎されていなければならない、とした後述のゲッティンゲン大学法学部鑑定意見を、「まったくもって誤っている」と批判している¹⁰⁾。

(2) ミュンヘン大学法学部鑑定意見（1827年6月）

被告訴訟代理人が鑑定意見作成を依頼したミュンヘン大学法学部もまた、「バイエルン王国ルードヴィヒ＝マクシミリアン大学の正教授、博士および教授ら」の名で（評議員 Senator であったのはドレシュ Leonhard von Dresch¹¹⁾）、シュテューデルの遺言を有効とする鑑定意見を、1827年6月に提出した¹²⁾。

ミュンヘン大学法学部は、その諸論拠として、1つには、法律の論理的解釈を、そしていま1つには、後生児の類推をあげる。ちなみに、類推は解釈ではないという¹³⁾。

第一に、シュテューデルの遺言が有効であることは、法律の論理的解釈からでてくる。

ふるいローマ法では、遺言作成の時点ですでに存在する自然人のみが出損を受けることができた。胎児、法人、遺言者が将来の出来事の発生を条件として出損を受ける者と表示する者は、出損を受けることができなかった。しかし、ユースティーニアーヌスは、『法学提要』I. 2. 20. §. 25-29¹⁴⁾で、こうした不特定人一般に、遺言で出損を受ける能力を承認した。

これよりすれば、遺言者死亡の時点においていまだ現実には存在しない人は、有効に、相続人に指定されることができる、と一般的に主張されねばならない。しかも、これは、けっして変則規定ではなくて、類的な原理である。この原理によれば、遺言者が、出損を受けるべき者はそもそも存在している

かどうか、あるいは、いったい誰が、個別に、出損を受けるであろうかを、知らない、ということは、まったく問題にならない¹⁵⁾。このように不特定人一般を相続人に指定することは、ほかでもない、黙示の条件付きの指定である。こうして、いまだ現実には存在していない法人を相続人に指定することができるのであれば、シュテューデルもまた、その遺言で、いまだ現実には存在していない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ことになる。これは、けっしてたんなる類推ではなく、法律（『法学提要』I. 2. 20. §. 25-29）の真の解釈にほかならない。

ユースティーニアヌスの『法学提要』I. 2. 20. §. 25-29でいわゆる不特定人への出損とは、遺言作成時において、いまだ不特定人である被出損者を相続人に指定できる、ということにほかならない。ここにいわゆる「不特定人」を自然人に限定するのは、「論理的解釈」¹⁶⁾の諸原理にもとるものである。

C. 6. 42. 16¹⁷⁾からあきらかなように、法律は、遺言者の意思を完全に有効とすることに努める。法律は、出損を受ける者が確定していることとその存在とについて遺言者死亡後にはじめて判然となるケースに関し、遺言者を保護しようとするのである。

第二に、シュテューデルの遺言が有効であることは、後生児の類推からでてくる。

なぜ、自然人に関する準則を法人に類推適用できるのか？については、ミュンヘン大学法学部は、3つの理由をあげた。(a)終意を有効にするという法律の目的は、自然人と法人とで同じである。(b)法人にあっても、「法人が相続能力をもつならば」という条件が黙示的に付された相続人指定とする、自然人における法の理由がある。(c)法律が不特定人を相続能力あるものとするさいの外的事情については、自然人と法人とは同じである¹⁸⁾。

後生児を相続人に指定する遺言者は、不確かであらざるをえない。遺言者

は、懐胎を前提とする。しかし、ひょっとしたら、懐胎は存在しない。遺言者は、懐胎から、生命能力ある人間の出生を考える。しかし、流産が生じるかもしれないし、また、奇形児が生まれる可能性がある。しかるに、遺言者が、その死亡後に設立されるべき財団を相続人に指定する場合には、遺言者は、その財団の主体や基金を明確に定めるときには、誰が出損を受けるかははっきりと表示する。こうした財団の方が、後生児よりも、よほど「事物の本性（現世）において存在する」と見られることができよう。

後生児の出生は偶然的行為であるのに比して、財団設立は意思による行為であるから、類推がきかない、と言われる。しかし、財団設立もまったく偶然的行為である¹⁹⁾。

最後に、後生児にあつては、出損を受ける者が誰かが将来の出来事からはじめて確実になるのに、法律が、後生児の相続人指定を許す。しかるに、シュテューデルの遺言にあつては、シュテューデル財団が相続人であることについてはまったくあきらかであるから、なおさら、この設立されるべきシュテューデル財団を相続人に指定することは、許される。たとえば、遺言者が、「わたくしは、都市フランクフルトの貧困者らのために、救貧施設を設立し、そして、全財産を、この施設のために用途を定める」と遺言で書くとする。この場合には、まったく認識可能性が存在し、財団の存在は否定できないのである²⁰⁾。

2. 原告側の各大学法学部鑑定意見（ライプツィヒ・ゲッティンゲン・キール）

(1) ライプツィヒ大学法学部鑑定意見（1826年7月）

原告である法定相続人らの訴訟代理人は、ライプツィヒ大学に鑑定意見の作成を依頼した。ライプツィヒ大学は、ヴェンク Carl Friedrich Christian Wenck²¹⁾を報告者として鑑定意見を作成した。この鑑定意見は、1826年7月

に完成した²²⁾。それは、別途あきらかにしたように、最終的には、シュテューデルの遺言を有効とするものであった。これを受け取った原告訴訟代理人（ヤツソイ）は、この鑑定意見のうち、原告に不利な箇所を削除したうえで、原告に有利な箇所のみを残して公刊した²³⁾。

しかし、われわれの目下のテーマである後生児の類推については、「ライプツィヒ大学の正教授、評議員、その他の博士ら」²⁴⁾は、これを認めない意見であった²⁵⁾。

シュテューデル美術館を相続人に指定するシュテューデルの遺言は、後生児の類推から有効とされることはできない。なぜなら、シュテューデルが遺言を作成した時点および遺言者シュテューデルが死亡した時点のいずれにおいても、認証されていなかったばかりか、遺言の文言以外のところでは、まったく存在しなかったからである。しかるに、相続人を有効に指定するためには、指定された相続人は、すくなくとも、遺言者死亡の時点において存在しなければならず、後生児なるものはすでに懐胎されていなければならない²⁶⁾。また、相続人には、遺言作成時および遺言者死亡時に、相続能力がそなわっていないなければならない²⁷⁾。そして、はじめに無効である相続人指定は、のちの行為によって、有効なものに転換されることができない²⁸⁾のである。シュテューデルの遺言について言えば、もともとの無効は、フランクフルト都市参事会の認許およびシュテューデル美術館の倫理的な人格としての承認によっては廃棄されることがない。

この鑑定意見の作成者ヴェンクが、のちに、後生児の類推の点で、その説を改めたことについては、後述する²⁹⁾。

(2) ゲッティンゲン大学法学部鑑定意見（1826年9月）

同じく、原告訴訟代理人が鑑定意見作成を依頼したゲッティンゲン大学では、バウアー Anton Bauer³⁰⁾を報告者として鑑定意見を作成した。その鑑定

意見は、「ゲッティンゲンなる大ブリテン＝ハノーファー王国ゲオルグ＝アウグスト大学法学部の正教授、評議員およびすべての教授（アッセソール）」の名で提出された³¹⁾。

そのあらまは、本稿のテーマに関しては、すでに見たヤツソイの四自由都市上級控訴裁判所における再抗弁書に酷似する。ここでは割愛したい³²⁾。

(3) キール大学法学部鑑定意見（1826年；月は不明）

さらに、原告訴訟代理人は、キール大学にも鑑定意見作成を依頼した。作成を担当したのは、報告者ブルハルディ Georg Christian Burchardi³³⁾であった。かれの鑑定意見は、「キール大学法学部の学部長、評議員およびすべての教授（アッセソール）」の名で、提出された³⁴⁾。

キール大学法学部もまた、本稿のテーマについては、後生児の類推を否定する。

シュテューデルの遺言が、いわば、後生児を相続人に指定したものとして有効である、という所説に対して、ブルハルディは、後生児が、シュテューデル美術館にはあてはまらないと主張した。後生児は、それが相続能力をもつためには、遺言作成の時点ですでに懐胎されていなければならない³⁵⁾。また、胎児については、胎児は、その利益が問題とされる場合には、すでに生まれたものと見られる、との準則があるが、この準則は、ひとり胎児についてのみあてはまるのであって設立されるべき財団についてはあてはまらない³⁶⁾。また、後生児を、存在しないものとしてではなく、不特定人として見て、不特定人なるがゆえに、その相続人指定は有効である、という考えも否定された。けだし、不特定人の相続人指定は、ローマ法では、かつては、すこぶる制限されたからである³⁷⁾。

シュテューデル美術館は、相続人として、遺言者シュテューデルの遺言作成時においても、また、シュテューデルの死亡時においても、法的にも、また、事

実上もまったく存在していなかった。したがって、設立されるべき美術館を相続人として指定することは、無効である。この無効は、遺言者シュテーター死亡後にだされた1816年12月10日のフランクフルト参事会の議決によっても治癒されることがない。終意処分にあつては、はじめに無効であるものは、のちになって有効なものに転換されることができない³⁸⁾。そもそも、無効な法律行為の有効な行為への転換は、ただ形式的な瑕疵にのみかわり、実体的な瑕疵には及ばない³⁹⁾。また、無効行為の追認は、1つの特権である。特権は、第三者の不利益になるかたちでは、有効とされてはならない⁴⁰⁾。

—

後生児の類推の可否をめぐる争いのポイントは、相続人に指定された後生児が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か否か、にあった。然りとすれば、設立されるべき財団への類推はありえない。否とすれば、類推が可能となるのである。

注)

- 1) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Gießen..., Frankfurt am Main 1827, S. 1-50. (キール大学図書館所蔵本)。
- 2) 1824年当時、ギーゼン大学法学部の教授であつたのは、Johann Adam Fritz, Egid Valentin Felix Johannes Nepomuk Ferdinand Löhr, Gustav Ludwig Theodor Marezollらであつた。Allgemeine Literatur-Zeitung, Oktober 1824, Literarische Nachrichten, Rechtsgelehrsamkeit の項目による。
- 3) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Gießen, S. 11-14.
- 4) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Gießen, S. 12-14.
- 5) I. 2. 20. §. 27 : 「I. 2. 20. §. 24 : ところで、遺贈されることができるのは、ただ、遺言能力のある者たちのみである。§. 25 : しかるに、不特定人らには、遺贈も、また、信託遺贈も、残されることが、かつては認められなかつた。...とところで、不特定人と見られたのは、遺言者が、不特定の考えによりその魂のもとに置いた者である。たとえば、誰かがこう述べる場合である。: 『誰であれ、わたくしの息子に、その娘を、婚姻に与えるであろう者に、わたくしの相続人は、かの土地を与えよ』。『遺言が書かれた後で最初にコーンスルに指名された

であろう者たち』に残されたものもまた、不特定人に遺贈されると見られた。… §. 26：他権後生児への遺贈もまた無効であった。：ところで、他権後生児とは、その者が生まれたであろうならば、遺言者の自権相続人らの中に存在しなかったであろう者である。：そして、それゆえに、息子が家父権免除されて、この息子から懐胎された孫もまた、祖父にとっては他権後生児である。§. 27：しかし、このたぐいの諸事例もまた、正当な修正なしにまったく放置されたわけではない。けだし、余の勅法彙纂において、勅法が置かれ、この勅法によって、余は、この部分についてもまた、たんに相続においてのみならず、遺贈および信託遺贈においてもまた救済したからである。：このことはかの勅法それ自体の読みからはっきりとあきらかになる。 §. 28：ところで、他権後生児は、かつて相続人に指定されることができたし、いまもまた指定されることができ。ただし、余の法からすれば妻ではありえない者が懐胎している者は、このかぎりではない」。〔下線は、引用者による〕。『法学提要』のテキストは、Eduard Schrader ed., Imperatoris Iustiniani Institutionum libri IV., Berolini 1832, reprint. ed., Goldbach 2001, p. 374-378に拠った。

- 6) I. 3. 9. pr. (Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Gießen, S. 13では、I. 3. 10. pr. となっている)：「遺産占有の法は、法務官によって、いにしへの法を修正するために導入された。法務官は、うえで述べられたごとくに、この方法で、たんに、無遺言相続において、いにしへの法を修正したばかりか、遺言を作成したうえで死亡した者たちの相続においてもまた [いにしへの法を修正した]。すなわち、他権後生児が、相続人に指定された場合には、たとえ、市民法からすれば、相続人指定は無効であるから、相続を承継することができなかったにせよ、にもかかわらず法務官法からすれば、かれは遺産占有者となったからである。すなわち、それは、かれが、法務官によって救援された場合である。：しかし、この他権後生児もまた、余の勅法によって、こんにちでは、市民法によってもまた承認された者として、正しく相続人に指定される」。〔下線は、引用者による〕。Schrader, p. 468-469.
- 7) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Gießen, S. 13は、ここで、以下の文献を論拠として掲げる：

Josephus Finestres, de postumis heredibus instituendis, vel exheredandis. Centuriae Lacentanorum 1750, Par. 2. Cap. 3. n. 3, p. 57：「にもかかわらず他権後生児がいる。この他権後生児には、法務官すらも救援しなかった。：すなわち、被相続人が死亡する時に懐胎されていなかった者である。：たとえば、息子が相続廃除されて、この相続廃除された息子から、祖父の死亡後に懐胎された孫である。ただし、それは、父の死亡後にはじめて成就する、相続人指定の条件が成就未定であるかぎりにおいて、である。なぜなら、この孫は、祖父にとっては、自権相続人としても、また、法定相続人としても考えられないが、しかし、血族

としても考えられず、そして、それゆえに、血族の召喚される遺産占有については承認されないからである。…ある者たちがいる。これらの者は、つぎの意見である。もっともあたらしい法によれば、たんに、自権者であることや血族関係のみならず、血の繋がりもまた考慮され、このもっともあたらしい法によれば、この「祖父死亡後に懐胎された」後生児もまた祖父を承継する。なぜなら血の繋がりを考慮すれば、この孫はまったくもって祖父と繋がっているからである」。

Arnoldus Vinnius, Institutionum Commentarius, 4. ed. Amstelodami 1665, ad I. 2. 20. §. 27, p. 456 : 「しかし、多くの解釈者らは、正しくも、こう考える。ユースティーニアヌスは、[I. 2. 20. §. 27で]、一般的に不特定人らの種について語る。これらの不特定人を、かれが、それまで論述した。そして、[ユースティーニアヌスは] つぎのことを述べる。ユースティーニアヌスは、つぎのことを定めた。すなわち、他権後生児およびユースティーニアヌスがすぐにその後で、ついでに説明したその他の不特定人らに残された遺贈は有効である。…たしかにユースティーニアヌスのことばからは、われわれは、ここでは、まさにつぎのことを引き出すことができる。ユースティーニアヌスは、勅法によって、つぎのことを配慮した。受遺者の人が不特定であることは、もはや遺贈を瑕疵あるものとはしない。それは、なんらかの理由から、あるいは、現在において、あるいは、将来の出来事から、なんらかの特定性があきらかでありうる場合である。…」。

Christianus Rau, de personis incertis ex testamento heredibus, Lipsiae 1784, §. 3, p. 43 : 「…最後に、しかし、すべての者の注目に最大に値するのは、同じユースティーニアヌスのかの勅法である。皇帝 [ユースティーニアヌス] は、この勅法によって、不特定人が、遺贈、信託遺贈および自由を獲得することを禁止し、そして、他権後生児が相続人に指定されることを受忍しなかつたいにしえの法を、たんに修正したばかりか、ユースティーニアヌスの先達らが、諸団体、諸教会、貧困者らおよび捕虜になっている人々のために、このことがらについて定めたことを是認し、そして、すべての不特定人が、相続、遺贈および信託遺贈を獲得することについて承認されることを意欲した。…」。

Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 8. Aufl., Frankfurt am Main 1804, §. 483, not. (3), S. 534 : 「…最後に、ユースティーニアヌスが、その不特定人についての勅法において、この勅法は、しかし失われてしまったのだが、すべての後生児を相続人に指定することを許した。…ユースティーニアヌスは、…つぎのことを述べる。ひとは、見たことがない人々を相続人に指定することができ、実に、まったく知らない人々を相続人に指定することができる。たとえば、わたくしは、不在であり、いったいそれが誰であるかを、わたくしが知らない、わたくし

しの兄弟の子をもまた相続人に指定できる」。

以上、下線は、引用者による。

Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5. Ausg. Bd. 2, §. 794 : これについては、本稿の第1章注4を参照。

- 8) Johannes Voet, Commentarius ad Pandectas, Tom. 2, Coloniae Allbrogum 1757, Lib. 28. Tit. 5, n. 12-13 : n. 12 : 「そのほかに、ある時には、つぎのことが生じる。遺言者は、特定の人々をではなく、不特定の人々を〔相続人に〕指定する。こうして、その結果、誰が、遺言によって〔相続人に〕呼ばれたのか疑わしいことは、稀ではない。そして、第一に、たしかに、たんに自権後生児らのみならず、家外の後生児らまたは後生児らに準じる者たちもまた相続人として書かれることができる。このことは、ローマ法および諸々の慣習によって是認されている。...それゆえ、誰かが、いまだに独身である兄弟らまたは姉妹らまたは血族らの、後になって出生するであろう卑属らを相続人に指定する場合には、遺言者の死亡時には、いまだ生まれていないか、または、懐胎されていない者たちもまた、この遺言者の相続に到来する。；そして、かれらは出生するであろうか、そして、幾人出生するであろうか、そして、いかなる時点において出生するであろうかが不確実であるのだから、この場合には、出生する者たちには、相続財産の不特定の部分が、その間に取得されたと見られる。遺言によって明示された人々からは、その他の者たちが後生児として出生することはありえないということが確実である場合にはじめて、〔相続財産の〕諸部分は、特定された〔諸部分〕であろうであろう。...そして、かかる〔相続人に〕指定された後生児とは別の者たちが、遺言者にとって、法定相続人らとして存在する場合にもまた、〔これらの法定相続人らは〕後生児らが出生する前には、後生児らが出生したであろう場合には、〔相続財産を〕返還することについての担保付きで、その間に、相続財産が付与されることを要求することは、まさしくない。；むしろ、相続財産は遺言によって与えられたか、もしくは役人によって与えられるべき遺言執行者らまたは後見人らによって管理されるべきである。それは、いかなる後生児らも生まれまいであろうことが確実になるであろうまで、である。：けだし、遺言相続が予想されるかぎり、法定相続には場はありえないからである。...」。n. 13 : 「しかし、誰かが、兄弟らおよび兄弟らのある卑属らもち、兄弟らの卑属らを、類として、相続人として書いたか、または、補充指定した。〔遺言者は〕 その場合にもまた、たんに遺言作成の時点においてすでに出生していたか、あるいは、懐胎されていた、かの卑属らのみならず、そればかりか、いかなる時点においてであれ、あるいは、遺言者が存命である時であれ、あるいは、遺言者が死亡した時であれ、兄弟らから懐胎されかつ出生するであろうすべてのその余の卑属を〔相続人に〕呼んだ、と見られる。...また、つぎのことも、疑わしいとは見られることができない。遺言者は、〔相続人を〕

指定する場合に、ただ、血の繋がりの要件のみを考慮するときには、こう答えるであろう。後生児らも、またすでに出生した者たちも、等しく、遺言者にとって卑属の地位にあると見られ、かつ、一様に、遺言者と結び付けられるすべての者として、遺言者によって「相続人に」指定された。ただし、遺言作成の時点ですでに出生していた者たちが、つぎのことを立証できる場合は、このかぎりではない。遺言者は、血族を考慮してではなく、すでに出生した者たちの個別の忠実さ、功績そして恩恵のゆえに、これらの者を「相続人に」指定することに導かれた、ということである。…。」。

フートは、ここで、1650年2月26日のブラバント裁判所の判決を引用している。： Petrus Stockmans, Decisiones Curiae Brabantiae, Bruxellis 1670, decisio 26, p. 53 ff. (マックス＝プランク＝ヨーロッパ法史研究所所蔵本を筆写・閲読できた)：

遺言者Tは、その遺言で、Tの兄(弟)Fの子らを、その相続人に指定した。それはFの年長の息子Pが一定の年金を受け取るほか、残余の相続財産を、Pの「兄弟らおよび姉妹ら」で分かち合え、というものであった。Fには、2名の息子および1名の娘がいた。T死亡後、Fには、6名の子が生まれた。Tの相続人でありうるのは、Tが遺言を作成した時点で存在した2名の息子および1名の娘に限られるのか、それとも、T死亡後生まれた6名の子もまた、Tの相続人でありうるか、が争われた。ブラバント裁判所は、Tの死亡後生まれた子らもまた、Tの相続人でありうる、と判断した。けだし、遺言者Tは、いかなれば、その兄(弟)Fとの友誼から、また、一族の子孫とその家族に配慮するために、Fの子らを類として相続人に指定したのであって、具体的に、誰がFの子らであるかは、遺言者Tにとってはどうでもよいことであった。この場合にあっては、Fの子ら、ないし、Pの兄弟姉妹には、遺言者T死亡後に生まれたFの子らないしPの兄弟姉妹もまた含まれる、というのであった。この判決にはフート自身もかかわっていた。

さらに、フートは、被相続人死亡後に懐胎された後生児は、相続人たりえないと述べるかに見えるローマ法文D. 38. 16. 6 (ユーリアーヌス)は、ただ、祖父の相続財産を、孫が法定相続するという特殊なケースにかかるものであって、一般化されるべきものではなく、むしろ、D. 38. 2. 47. §. 3 (パウルス)こそが、被相続人死亡後に懐胎された後生児もまた、相続人でありうる、との準則をたてるものであった、と主張している。

D. 38. 2. 47. §. 3 : 「パウルス 解答録第11巻より。第3項。パウルスは、解答する。孫は、祖父の死亡後に懐胎された場合にもまた、被解放自由人が残っているときには、「被解放自由人の」遺産占有を、被解放自由人の遺言に反して、訴求することができ、そして、被解放自由人の法定相続人について承認される。...」。(下線は、引用者による)。Mommesen, Tom. 2, p. 337.

D. 38. 16. 6（ユーリアーヌス）とD. 38. 2. 47. §. 3（パウルス）との間の矛盾調和に関する解釈史については、ここでは、立ち入る余裕がない。後述をも参照。

- 9) Martin Wilhelm Goetz, *Rechtliche Entscheidungen der iuridischen Fakultät zu Altdorf* verfaßt von Martin Wilhelm Goetz, Nürnberg 1808, Nr. XV, S. 201 ff. (これも、マックス＝プランク＝ヨーロッパ法史研究所蔵本を筆写・閲読できた) :

ハンブルクなるT（大佐）は、Tの従兄弟C（Cはおそらく親権を喪失していた）の「未成年被後見人である、すべての子」*unmündige sämtliche Kinder*を、その遺産のうち20,000ターラーの相続人に指定した。ただし、20,000ターラーは、子らの父親Cではなく、子らの後見人に支払われるべきものと定めた。遺言者Tは、遺言作成から約9ヵ月後に死亡した。Tの死亡から1年後に、Cには、娘Kが生まれた。Kは、Tの遺言作成時に存在したCの子Bらに対し20,000ターラーについてのその相続を主張した。

このケースにおいても、争点の1つであったのが、遺言者の死亡後に懐胎された後生児は、遺言者の相続人でありうるか、ということであった。判決のための鑑定意見作成を依頼されたアルトドルフ大学法学部は、これを肯定する判決を作成した。

その理由は、あらまし、つぎのとおりである。

「よりあたらしいローマ法」(『法学提要』I. 2. 19. §. 4 ; I. 2. 20. §. 25-28)によれば、不特定人ないし後生児、とくに他権後生児には、相続能力が認められた。そのさい、法文は、遺言者死亡の時点で存在する後生児と遺言者死亡後に懐胎される後生児とを区別しない。

ローマ法文は、自権後生児については、少なくとも遺言者の死亡時に懐胎されていることを要求する。しかし、他権後生児については、このことは要求されていない。

本件にあつては、遺言者が相続人に指定したのは、従兄弟の子らという「特定の人の中の不特定人」であった。その意図は、従兄弟の子らを支援するという慈善的なものであった。

『学説彙纂』(D. 28. 5. 62. pr.)によれば、遺言者は、遺言作成時に無能力者である者を、「この者が能力者となるならば」との条件付きで相続人に指定することができた。また「よりあたらしい法」(『勅法彙纂』C. 1. 3. 49 §. 2)によれば、捕虜となっている者たちを相続人に指定することができる。そのさい、これら捕虜となっている者たちが、遺言者死亡時に相続能力をもっていることは、要件とされていない。

不特定人を相続人に指定するさいには、その本性 *Natur* からして、遺言者死亡後に出生する者をも含むことを、黙示の条件とする。この条件が成就される

と、遺言の効果は遺言者死亡時に遡及する。

「胎児は、[その利益に関しては]生まれたものとみなされる」と言われるとき、この「胎児」が遺言者死亡時に懐胎されていたのか、あるいは、遺言者死亡後に懐胎されたのかで区別されない。

ユースティーニアヌスが、不特定人を、とくに他権後生児を相続人に指定することを認めた後では、「よりふるい法」の小理窟は考慮されるべきではない。

およそ他権後生児は、その相続承継の時点で相続能力をもてばよい。

遺言者Tは、従兄弟Cの「すべての子ら」を相続人に指定した。遺言者は、そのさい子らの名前、人数についてはまったく言及していない。遺言者の意図は、なべて、その血族にして親族の一員である従兄弟の子らを支援することにあつたのであって、従兄弟の個別の子らを知悉したうえで、これらの子らを相続人に指定することではなかつた。この一般的=類的名称としての「子ら」には、遺言作成時に存在した子らのみならず、遺言者死亡後にはじめて懐胎された子らも含まれる。

終意処分の解釈にあつては、文言にあいまいさがあるときには、遺言者の意図が顧慮されるべきである。

このアルトドルフ大学法学部が取り扱ったケースは、さきのブラバント裁判所のケースと酷似している。実際にも、アルトドルフ大学法学部ないしゲッツは、以上の論述にあつて、かのフートによる D. 28. 5注釈の論述を、再三援用している。

遺言者死亡後に懐胎された後生児にもまた遺言相続人として以上2つのケースは、いずれも、遺言者がその直系卑属（子・孫）を相続人に指定したケースではなく、近親の親族（兄弟・従兄弟）の子ら一般への、いわば信託遺贈的なものであつたと言うべきか。

ギーセン大学法学部鑑定意見は、さらに、Johann Nepomuk Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes, Band V, §. 44を援用する。参看できた第5版（これは Johann Adam Fritz により増補されたもの）Bd. 3, München 1838, S. 217-218には、つぎの叙述あり：「... 3）不特定人らにはかつては [遺言により] 出損を受けることができなかつた。この不特定人には、a) 将来の事情によつてはじめて特定される者たちが属した。ユースティーニアヌス法によれば、これらの者が出損を受けることができたことは、争いない。b) 後生児。すなわち、遺言作成時にいまだ出生していない人々。しかし、ユースティーニアヌス法によれば、これらの後生児は、たとえかれらが遺言者の死亡後にはじめて懐胎される場合ですら (w) [相続] 能力がある」。脚注 (w) では、さきに見たゲッツのアルトドルフ大学法学部判決 Nr. 15が引用される。（下線は、引用者による）。

10) Rechtliche Gutachten der Juristenfacultät zu Gießen, S. 14.

- 11) Georg Leonhard von Dresch (1786-1836) は、1826年、ミュンヘン大学の初代学長に選出された。ADB, Bd. 5, art. Dresch, Georg Leonhard 参照。ただし、ドレシュが、本鑑定意見の作成者だったかは、不明。
- 12) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu München, Frankfurt am Main 1827, とくに S. 26-29.
- 13) 類推 Analogie と解釈 Auslegung とがことなることについて、ここでは、つぎの文献を引用している：

Gottlieb Hufeland, Ueber den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts, Eine Reihe von Abhandlungen, Bd. 1, Gießen 1815, S. 68 ff. これは、参看できなかった。

Wening-Ingenheim, Lehrbuch, 5. Aufl, 1837, §. 4. und §. 16: §. 4, S. 50 ff. では「法律の解釈」が論述される。§. 16, S. 63-64では「法源」の1つの種として「類推適用」が論述される。：「諸法律の不完全さを補充するために、そして規定が欠缺するさいに判断するために、諸法律は、はっきりと、既存の諸規定を、そこに概念として包摂されない類似の諸ケースに適用することを許す」とある。「類推」は、解釈ではなく、法の創造である。

- 14) I. 2. 20. §. 25-28については、本章前注5を参照。I. 2. 20. §. 29：「遺言者が、受遺者の名、家名、通称について錯誤したであろう場合には、誰であるかについてがはっきりしているならば、遺贈は有効である。；そして、同じことは、相続人らにおいても遵守されるがこれは正しい。：なぜなら、名は、人々を表示するために発明されたからである。これらの人々が他の方法で理解されるときには、名はどうでもよい」。Schrader, p. 378.

- 15) ここで典拠として引用される3点の文献のうち、つぎの2点を参看できた：

Carl Christoph Hofacker, Principia Iuris Civilis Romano-Germanici, Tom. 2, Tubingae 1794, §. 1291：「その他の〔相続人に指定されることが〕禁じられていない者たちは、随意に相続人に指定されることができる。：しかも、I) たんに自由人らのみならず、あるいは、自身の奴隷たちであれ、あるいは、他人の奴隷たちであれ、奴隷たちも。；II) あるいは、遺言者が相続人に指定する者を知っているか、あるいは、知っていないかは、なんらかまわらない。；III) たしかに、不特定人らもまた、あたらしい法によれば、正しくも相続人として書かれる。ただし、それは、〔これらの不特定人が〕その後、結果として、あるいは、なにか別の理由により特定人となることができる場合である。；したがって、IV) 神秘的団体、貧困者ら、諸都市、許される諸社团および諸団体もまた、〔相続人に〕指定されることができる」。

Christian Friedrich Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum, ed. nova, Bruxellis 1838, Lib. 5. Cap. 3. §. 641 [ミュンヘン大学法学部鑑定意見では、iii. §. 462]：「...さらに、c) われわれは、つぎの人を、不特定人と呼称する。この人物は、

たとえ、その人物についての観念が、あたかも個別の観念として、そして、それゆえに、特定の間人についての観念として、遺言者の魂によって形成されるにせよ、にもかかわらず、いつの日か存在するであろうかどうか知られない。そこから、つぎのことが生じる。後生児については、自権後生児らであれ、他権後生児らであれ、相続人指定は、かつては、存在しない。たしかに、一部では、市民法およびあたらしい諸立法によって、一部では法務官法によって、このことは修正され、最終的には、ユースティーニアヌスによって、いにしへの理由のいかなる足跡も、以後は残されないように、決められた。おしまいに、d) 擬制された諸人格は、個々人のように目には入らず、そうではなく、たんにこころおよび思惟によって表象されるがゆえに、不特定人らの名称に到来する。...」。(下線は、引用者による)。

- 16) 「論理的解釈」logische Auslegung とは、前掲の Wening-Ingenheim, Bd. 1, §. 14 によると、つぎのようである：「文法的解釈によって受け取られる明確な意味が、唯一、法的に有効である。ただし、それは、別の諸理由または諸事情から、文字通りの意味と立法者の本来の考えとの間に疑いが生じないかぎりにおいて、である。この疑いが生じるときには、完全に証明される [立法者の] 意図が、文言の理解よりも優先され、そしてその結果、論理的説明が、文法的説明よりも優先される。... 論理的解釈の諸準則にあつては、狭義における解釈に属さない類推適用は、許されない。」。(下線は、引用者による)。
- 17) C. 6. 42. 16：「皇帝カルス、カリヌスおよびヌメリアヌスがイシドラに。(283年)... 第1項。たしかに、諸々の信託遺贈においては、多くの場合、文言よりも、意思が考慮されるべきである。それゆえに、あなたが、ことがらの真実に関して、さらに、なんらかの証拠を、父親の意思に従うために、もつならば、いかに、これらの証拠が、反対のことであったかを、属州長官のところで立証することを、あなたは、禁じられないであろう。...」。(下線は、引用者による)。Krüger, p. 582.
- 18) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu München, S. 28.
- 19) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu München, S. 29.
- 20) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu München, S. 29.
- ミュンヘン大学法学部鑑定意見は、加えて、シュテューデルの相続人指定は明確であつて、シュテューデルによる相続人指定は『フランクフルト改革都市法典』第4部第9章第4条が無効とする「相続人が明示的にそのほかにはっきりとかつ理解できるように指定されていないかまたは指定されていない」相続人指定にはけつして該当しないと説く。a. a. O. S. 30.
- 21) Karl Friedrich Christian Wenck (1784-1828) は、1826年当時、ライプツィヒ大学法学部のザクセン法正教授であつた。ADB, Bd.44, art. Wenck, Karl Friedrich Christian.

- 22) Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerungsfalles, Leipzig 1828, S. 2.
- 23) この経緯については、野田「遺言による財団設立の一論点（2・完）」『福岡大学法学論叢』第58巻第3号22頁で触れた。
原告訴訟代理人ヤツソイが削除したうえで公表したライプツィヒ大学鑑定意見は、Rechtliches Gutachten, in: Rechtliche Belehrungen, Nr. 1. S. 1-6（福岡大学図書館所蔵本）である。これを遺憾として、ヴェンクが完全なかたちで復元して公表したライプツィヒ大学鑑定意見は、Friedrich Carl Gustav Stieber ed., Caroli Friderici Christiani Wenck Opuscula Academica, Lipsiae 1834, No. VIII, p. 271-284に搭載されている。
- 24) Rechtliches Gutachten, S. 6.
- 25) Rechtliches Gutachten, S. 4 ; Opuscula Academica, p. 276.
- 26) 論拠として援用されるローマ法文は、D. 37. 11. 3 ; D. 38, 16, 6-7である。これらの法文については、本稿第1章注11および13を参照。
- 27) 根拠として援用されるローマ法文は、D. 28. 5. 49. §. 1およびI. 2. 19. §. 4である。:

D. 28. 5. 50(49). §. 1:「フロレンティーヌス 法学提要第10巻より。家外の相続人らにおいては、つぎのことがらが遵守される。:かれらに相続能力がある場合には、あるいは、かれら自身が相続人に指定されるにせよ、あるいは、かれらの権力下にある者たちが相続人に指定されるにせよ、このことは、2つの時点において顧慮される。相続人指定が定まるためには遺言作成の[時点]、ならびに[相続人指定が] 効果をもつためには遺言者の死亡の[時点]である。そして、かれが相続承継するであろう場合にもまた、かれが無条件で相続人に指定されるのであれ、あるいは、条件付きで相続人に指定されるのであれ、かれには相続能力が存在しなければならない。なぜなら、相続人の権利はかれにあっては、あるいは、かれが相続承継する時点において、最大に検分されるべきだからである。しかるに、遺言作成と遺言者の死亡もしくは相続人指定についての条件成就との間の中間期にあっては、権利の変動は相続人を害しない。なぜなら、わたくしが述べたように、われわれは、3つの時点を検分するからである」。Mommsen, Tom. 1, p. 843. (下線は、引用者による)。

I. 2. 19. §. 4:「家外の相続人らにおいては、かれらに、相続能力がある場合には、あるいは、かれら自身が相続人に指定されるにせよ、あるいはかれらの権力下にある者たちが相続人に指定されるにせよ、かれらに相続能力がある、ということが遵守される。そして、このことは、2つの時点において検分される。たしかに、相続人指定が定まるためには、遺言作成の[時点]、しかるに、[相続人指定が] 効果をもつためには、遺言者の死亡の[時点]である。さらに、かれが相続承継する場合にもまた、かれが、無条件で相続人に指定されるので

あれ、あるいは、条件付きで相続人に指定されるのであれ、かれには、相続能力が存在しなければならない。なぜなら、相続人の権利は、かれにあっては、あるいは、かれが相続承継する時点において、最大に検分されるべきだからである。しかるに、遺言作成と遺言者の死亡もしくは相続人指定の条件成就との間の中間期にあっては、権利の変動は相続人を害しない。なぜなら、余が述べたように、余は、3つの時点を検分するからである。ところで、遺言を作成することができる者のみならず；かれ自身は、遺言を作成することができないにせよ、他人の遺言から、あるいは、かれ自身が取得することができるか、または、他人のために取得することができる者もまた、相続能力をもつと見られる。そして、それゆえに、精神錯乱者および哑者および後生児および幼児および家息および他人の奴隷も、相続能力をもつと言われる。：なぜなら、かれらは、遺言を作成することができないにせよ、にもかかわらず、遺言から、あるいは、自分のために、あるいは、他人のために取得することができるからである」。(下線は、引用者による)。Schrader, p. 351-352.

- 28) 根拠として援用されるローマ法文は、D. 50. 17. 201および D. 50. 17. 210である。
D. 50. 17. 201 : 「同人 [ヤウオレーヌス 書状第10巻より。遺言より由来するすべてのことからは、はじめにおいてもまた、それらが、瑕疵なしに獲得するとおりに、結末の状態を獲得する」。Mommsen, Tom. 2, p. 969.
D. 50. 17. 210 : 「リキンニウス＝ルフス 法範第2巻より。はじめから無効であった相続人指定は、後の行為によって有効なものに転換されることができない」。Mommsen, Tom. 2, p. 969.
- 29) Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, S. 28-31. 本稿第3章を参照。
- 30) Anton Bauer (1772-1843) は、1819年以降、ゲッティンゲン大学法学部正教授であった。かれは、1819年に判決団評議員に就任している。ADB, Bd. 2, art. Bauer, Anton.
- 31) Rechtliches Gutachten über den Rechtsstreit [von Juristen-Facultät zu Göttingen] Septembri 1826. S. 31. (福岡大学図書館所蔵本およびニーダーザクセン州および大学図書館所蔵本を参看した)。
- 32) 本稿第1章を参照。
- 33) Georg Christian Burchardi (1795-1882) は、1822年以降、キール大学法学部正教授であった。ADB, Bd. 47, art. Burchardi, Georg Christian.
- 34) Gutachten [von Juristen-Facultät zu Kiel 1826], in: Jassoy, Rechtliche Belehrungen, N^o II (福岡大学図書館所蔵本), S. 7-28.
わたくしは、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州文書館で、その手書き写本をも参看した。請求番号47. 5. Nr. 60 : Urtheile und Rechtsgutachten von 1826, No. 6: An den Herrn Dr. jur. Ludwig Daniel Jassoy zu Frankfurt am Mayn, Ref. Pr.

Burchardi 53 Bogen. 報告者がブルハルディであったことは、この手書き写本から判明する。

35) Gutachten von Juristen-Facultät zu Kiel, S. 17.

36) Gutachten von Juristen-Facultät zu Kiel, S. 17.

ここで、論拠として、以下のローマ法文が引用されている：

D. 1. 5. 7: 「パウルス 有罪とされた犯罪人らの卑属らに許される、[財産の] 諸部分についての単巻より。胎児は、胎児自身の諸利益について問題とされる場合にはいつもあたかも人間のことがらにおいて存在すると観察される。：もつとも、胎児は、出生する前には、他人には、けっして利益とはならない」。Mommsen, Tom. 1, p. 15.

D. 1. 5. 26: 「ユリアヌス 法学大全第69巻より。胎児は、市民法のほとんど全体において、事物の本性（現世）にある、と解される。なぜなら、諸法定相続財産もまたこれらの胎児に引き渡されるからである。：そして、婦女が、外国で、敵どもによって捕まえられた場合にもまた、生まれたであろう者は、帰国権をもち、同じく、父または母の身分に従う。：さらに、女奴隷が、外国で窃取されたであろう場合には、たとえ、[この女奴隷が] 善意の買主のところへ出産したであろうにせよ、生まれたであろう者は、あたかも盗物として、使用によって取得されない。：これらのことがらから一貫していることであるが、被解放者もまた、パトロンの息子が出生しうる間は、パトロンらをもつ者たちが存在するのと同じ法にある」。Mommsen, Tom. 1, p. 17.

D. 47. 11. 4: 「マルキアヌス 法範第1巻より。神皇セウェルスおよびアントニヌスは、勅答した。懐妊した胎児を墮胎した婦女は、属州長官によって、有期の追放に処されるべきであると。：なぜなら、婦女が、夫を、子らについて詐害したことが罰されない、ということは、恥辱であると見られることができるからである」。Mommsen, Tom. 2, p. 784.

D. 48. 8. 8: 「ウルピアヌス 告示注解第33巻より。婦女が、その肉体に暴力を加えて、このことにより、胎児を墮胎したであろう場合には、属州長官が、この婦女を追放に処するであろう」。Mommsen, Tom. 2, p. 820.

D. 48. 19. 38. §. 5: 「パウルス 意見第5巻より。第5項。妊娠中絶の杯を、あるいは娼薬の杯を与える者たちは、たとえかれらが害意でもっておこなうのではないにせよ、しかしそれは、悪しき事例に属することがらであるがゆえに、下級階級の者たちは鉾山に、上級階級の者たちは島に、財産の一部を失ったうえで、送られる。もしも、このことによって、婦女または奴隷が死亡したであろうならば、かれらは、極刑をもって処罰される」。Mommsen, Tom. 2, p. 853.

D. 48. 19. 39: 「トゥリフォニウス 討議第2巻より。キケローは、クルエンティウス＝アウイトゥス弁護演説において書いた。ミレシアなるある婦女は、(かの女が) アーシアにいる時に、第二の [補充指定された] 相続人らから金銭を受

け取って、薬物でもって、自ら、胎児を中絶したがゆえに、頭格に属すること
がらにより有罪とされた。しかし、[婦女が]離婚後に、その肉体に、外国にあっ
た時に、暴力をふるったが、それは、すでに不仲である夫のために息子を出産
することのないようにするためであったとすれば、この婦女は、有期の追放で
もって懲戒される。このことは、われわれの最良の皇帝らによって勅答された。
Mommsen, Tom. 2, p. 854.

D. 50. 16. 231 : 「パウルス テルトゥリウス元老院議決注解単巻より。出生す
ることが見込まれる者は、現にあると、われわれが述べることは、この者自身
の権利について問題とされる場合には、真実である。 : しかし、他人らにとつ
ては、生まれた場合にのみ役に立つ」。Mommsen, Tom. 2, p. 954.

(以上、下線は、引用者による)。

37) Gutachten von Juristen-Facultät zu Kiel, S. 17.

論拠として引用されるローマ法文は、前出の I. 2. 20. §. 26. §. 28, I. 3. 9. pr.
のほかには、Gajus, Institutiones, 2. §. 141, §. 142であるが、これは、2. §. 241,
§. 242の誤記か? 手書き写本でも §. 141, §. 142となっている。

Fontes Iuris Romani Antejustiniani, Pars altera, Florentiae 1968, p. 93 : 「第241
項。[そして] しかるに、他権後生児とは、遺言者にとつて、自権相続人らの中
で生まれた者とはならないであろう者である。そして、それゆえに、家父権免
除された息子によって懐胎された孫もまた、家外の後生児である。 ; 同じく、市
民法によれば妻としては解されない婦女が懐胎する者も、父親の家外の後生児
として解される」。「第242項。そして、他権後生児は、けっして相続人に指定さ
れることができない。 ; なぜなら、(他権後生児は) 不特定人だからである」。

38) Gutachten von Juristen-Facultät zu Kiel, S. 19.

典拠として引用されるローマ法文は、さきに見た D. 50. 16. 210および I. 2. 13.
pr. のほかに、つぎのとおりである :

D. 34. 7. 1. pr. : 「ケルスス 法学大全第35巻より。序項。カトーの準則は、つ
ぎのように定める。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
ったであろうかの遺贈は、[遺言者が]いつ死亡したのであれ、有効ではない」。(下
線は、引用者による)。Mommsen, Tom. 2, p. 176.

D. 28. 1. 19 : 「モデスティヌス 法学大全第5巻より。家息または未成年被
後見人または奴隷が、遺言板を作成し、署名した。その場合には、これらの遺
言板にもとづいては、たとえ、家息が自権者となって、あるいは、未成年被後
見人が成熟者となって、あるいは、奴隷が自由人となって死亡したにせよ遺産
占有は付与されることができない。なぜなら、遺言作成能力をもたなかった者
が作成した遺言板は、無効だからである」。(下線は、引用者による)。Mommsen,
Tom. 1, p. 816.

39) Gutachten von Juristen-Facultät zu Kiel, S. 20.

ここで、認証 confirmatio の効力に関するいくつかのカノン法文が引用される。の中で、ローマ教皇による認証が、訴訟を担当する裁判官の判決を拘束しえないことを述べるのが、Decret. Gregor. X. 2. 30. cap. 1. である：「アレクサンダー3世が、エクセターの司教に、誰かが、係争事項についての認証を、使徒座に求めた。その場合には、依然、裁判官は、その訴訟について判決し、かつ、この訴訟を、しかるべき結末でもって終了することができる。しかし、かれが、そこから認証を保持した時点で、物を平穩に占有した場合には、裁判官には、後になって発生した問題について判決するか、あるいは、この問題を、使徒座の命令（委任）なしに決着付けることは、安全なことでも、また許されることでもない」。(下線は、引用者による)。テキストは、Corpus Iuris Canonici, pars 2, ed. Aemilius Friedberg, reprint Graz, col. 444に拠った。

引用されているそのほかのカノン法文については、紙幅・時間・能力の理由から、ここでは取り上げることができない。

さらに、文献として援用されるのが、Thibaut, Pandekten, §. 139である：参看できた Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5. Ausg., Bd. 1, Jena 1818, §. 139, S. 109によれば：「認許の一種が、認証 die Confirmation、すなわち、統治者またはその代理人の認証である。この認証は、行為それ自体を変更せず、それゆえ、行為の諸瑕疵をもまた廃棄しない。ただし、これらの瑕疵が、たんに形式においてのみ存在する場合は、このかぎりではない。そして、それゆえに、この認証は、第三者の不利益になるかたちで利用されることができない」とある。(下線は、引用者による)。

40) Gutachten von Juristen-Facultät zu Kiel, S. 20.

ここで、以下のローマ法文が、根拠として援用される：

C. 1. 19. 7：「皇帝テオドシウスおよびウァレンティアースが、元老院に。(426年) 法に反して獲得された諸々の勅答は、すべての法廷によってしりぞけられることを、余は定める。ただし、ひょっとしたら、別の勅答があり、この別の勅答が、他人を害さずそして、訴求する者の役に立ち、あるいは、犯罪を、嘆願する者に寛恕する場合は、このかぎりではない」。(下線は、引用者による)。Krüger, p. 120.

C. 8. 4. 3：「皇帝ディオクレティアースおよびマークシミアースが、ウルピアおよびプロクリナに。(294年) 占有を保持することについて、あなたがたが、余の勅答を暴力によって獲得したことを、あなたがたは自白した。この余の勅答の権威が、あなたがたに付与されることを、あなたがたが申し立てるのは、すこぶる不正である」。Krüger, p. 722.

C. 8. 48. 4：「皇帝ディオクレティアースおよびマークシミアースが、コロニアに。(293年) 祖父は、その孫娘を、権力から解放することを強制されない。また、誰であれある者の不法侵害になるかたちで、恩恵を付与しない、

ということが、余のしきたりに属する」。(下線は、引用者による)。Krüger, p. 786.

第3章 諸学説の争い

1. 胎児の類推を主張する諸学説

シュテューデルが遺言で美術館の設立を定め、同時に、設立されるべき美術館を相続人に指定したことを胎児ないし後生児からの類推でもって根拠付けることは、さきに見た、被告美術館理事らの訴訟代理人および各大学鑑定意見においてのみならず、さらに、当時の諸学説においてもまた、シュテューデルの遺言を有効とする論者らの好むところであった。

(1) エルファース (1827年)

こうした論者の一人が、当時ゲッティンゲン大学法学部教授にして、判決団の一員でありながら、バウアーと見解を真っ向から異にしたエルファース Christian Friederich Elvers¹⁾であった。

かれは、中世以来の「実務」Praxisを強調する。この実務によれば、不特定人 *persona incerta* は、それが、少なくとも遺言者の死亡後に、たんに、相続財産の取得一般のために必要な確実さと特定性とをもちさえすれば、相続人に指定されることができた。いまだ存在せず、いまだ懐胎すらされていない自然人は、現代法からすれば、あきらかに相続人に指定される。また、この点において、自然人と法人との間に本質的な区別を定める理由はない。そうだとすれば、自然人＝後生児に承認されて帰属するのと同じ権利が、いまだ存在していないが、しかし、おそらくは後になって法的に存在するにいたる法人に関してもまた要求されなければならない。加えて、推定は、遺言による処分が法的に有効であるように働く。中世以来の実務にあっては、死につつある者は、その遺言で、その財産を、教会、修道院、学校、孤児院、

施療院などを設立し、維持するために定めた。そのさい、この死につつある者は、これらの財団の将来の法的な存在のために必要な認証を、あらかじめ獲得することをしなかった。こうした遺言を攻撃し、無効だと宣言することは、思いもつかないことであった²⁾。

ユースティーニアーヌス法 (I. 2. 20. §. 25-28) では、遺言者死亡の時点においてまだ懐胎されていなかった後生児ですら相続人に指定されることができた。遺言者死亡の時点での懐胎を要求するかに見えるローマ法文のうち、D. 38. 16. 6-7は、自権後生児にのみにかかわるものであって他権後生児にはかかわらない。また、D. 37. 11. 3は、遺言にもとづく遺産占有におけるユースティーニアーヌス前のふるい、より緩やかな原則の痕跡である³⁾。

最後に、エルファースは、衡平 *Aequitas* ないし便益 *Utilitas* を援用する。遺言者が、遺言作成時には、いまだ存在せず、ひょっとしたらその死後に出現する自然人または法人を相続人に指定することは、けっして衡平にも、また便益にも違反しない。ふるいローマ市民法の意味における「確たる意図」が、もはや要求されない現代において、遺言意思自由を制限することへの偏愛から、あるいは、諸偏見から、一種の特別の積極的禁止を施すことこそが、かえって「衡平に反し、便益に反する」ことである⁴⁾。

エルファースは、シュテーデルの遺言についてつぎのように判断する。シュテーデル美術館が、遺言作成の時点で、または、遺言者死亡の時点で、法的に、または事実上存在してはいなかった、ということは問題ではない。問題なのは、ひとえに、シュテーデルの死亡後、必要な認許がおこなわれたかどうか、である。財団設立の時点で、そして、遺言作成の時点で、美術館の基礎を形成する諸目的物は、なお相続財産の一部でしかなかったこと、遺言がひょっとしたら作成後破棄されえたことなどは、まったくどうでもよい。遺言者が相続人に指定したのは、美術館という法人である。この法人が、遺言作成時に存在しようと、遺言者死亡後にはじめて法的生命を受け取ろうと、

それが、独立の法人であろうと、別の法人のたんなる一部にして組成部分であろうとかかわりない⁵⁾。

(2) パウルス (1827年)

胎児の類推を独自の見解でもって主張したのが、法律家ないし法学部教授ではなく、神学・哲学教授であったパウルス Heinrich Eberhardt Gottlieb Paulus⁶⁾であった。

シュテューデル美術館は、シュテューデルの遺言の時点においては、誕生していなかった。しかし、1815年3月15日にシュテューデルが、遺言を作成し、その中で、設立されるべき美術館をその相続人に指定したことによって、シュテューデル美術館は、事実上も、また法的にも存在するものとなった。パウルスは、これを「人工胎児」Kunst-Embryo と呼ぶ⁷⁾。

1816年12月2日、遺言者シュテューデルの死亡をもって、その遺言は効力を発生させた。これは、シュテューデル美術館という「不死の倫理的人格」の出生であった⁸⁾。

(3) ヴェンク (1828年)

さきに見たライプツィヒ大学法学部の鑑定意見の作成者ヴェンクは、1828年に公表されたその論文において、かの鑑定意見作成の時点とはことなる見解を主張した⁹⁾。

かの鑑定意見にあっては、ヴェンクは、およそ相続人は、遺言者死亡の時点において存在していなければならず、胎児は、懐胎されていなければならぬと説いていた¹⁰⁾。

しかし、1828年の論文にあって、ヴェンクは、前説を取り消し、たとえ、遺言者死亡の時点で懐胎されていなくても、胎児は、相続人に指定されることができると改めた。

ユースティーニアーヌスは、I. 2. 20. §. 25-28において、あらゆる種類の不特定人を、遺言相続人に指定することを認めた¹¹⁾。これにより、遺言作成時はおろか、遺言者死亡の時点ではいまだ存在していなかった後生児や法人をもまた相続人に指定することが可能になった。なるほど、D. 38. 16. 6-7およびD. 38. 8. 1. §. 8では、被相続人死亡時に懐胎されていることが後生児の相続権の要件である。しかし、これらの法文は、あくまでも法定相続に関するものであって、遺言による相続人指定に関するものではない¹²⁾。遺言相続にあつては、遺言により指定される相続人は、かならずしも、遺言者死亡の時点で存在する必要がなかったとすれば、いったい、遺言者死亡後いつまでに存在すればよいのか。その線引は、もちろん遺言者の恣意に委ねられてはならない。しかし、それは、一般準則の定めるところではなく、裁判官の裁量 *arbitrium iudicis* の定めるところである¹³⁾。

シュテューデル美術館が、遺言作成時にも、遺言者死亡の時点でも存在しなかったとしても、ヴェンクによれば、裁判官の裁量にもとづいて遺言相続人と認められることになる。

(4) クリューパー（1830年）

公法学者として知られるクリューパー Johann Ludwig Klüber¹⁴⁾もまた、胎児の類推を主張した¹⁵⁾。

シュテューデル美術館は、自然人の胎児の「法の類推」*Rechtsanalogie*により、「倫理的胎児」*Embryo moralis* となる。胎児は、その利益については、すでに生まれたものとして見られる。倫理的胎児は、不特定人ではない。クリューパーによれば、本件にあつては不特定人に関するローマ法文の適用は問題とならない。シュテューデル美術館は、まさに特定された倫理的胎児として、生まれたものとみなされ、1811年11月21日には、フランクフルト大公によって認許され、1815年3月15日には、遺言者シュテューデルによって、その

相続人に指定された。遺言者死亡の1816年12月2日こそは、倫理的胎児が、目に見えない生命体から目に見える生命体に移った日であった¹⁶⁾。

クリューバーの特徴は、相続開始前におけるシュテューデル美術館を、類推により胎児になぞらえるばかりか、それを特定人と考える点にある。これは、名を挙げた相続人が指定されることを遺言相続の要件とする『フランクフルト改革都市法典』の規定にかなっている¹⁷⁾。

よりあたらしいローマ法（ユースティーニアーヌス法か？）で、「不特定人」とは、遺言者が、当該人物について明確かつ精確な概念を形成していなかった人物である¹⁸⁾。遺言者シュテューデルは、その指定する相続人＝シュテューデル美術館については、あいまいな概念をけっしてはいてはならず、その概念は、明確かつ精確だったのである¹⁹⁾。

自然の胎児は、自然の母胎において、法律の力により存在するものとしてみなされる。同じく、倫理的胎児もまた、倫理的母胎において、法律の力により、存在するものとしてみなされるのである。倫理的胎児であるシュテューデル美術館を、シュテューデルの遺言において存在するものとみなしたのは、1811年11月21日のフランクフルト大公のデクレによる認許であった。この認許は、その後、フランクフルト大公政府の崩壊から自由都市政府の成立にいたる政府の交替にかかわらない。およそ、統治者は、前任者が憲法上の権限内で撤回できないものとしておこなった国事行為を承認することについて拘束される²⁰⁾。

たとえ、フランクフルト大公の認許が、1815年3月15日に『フランクフルト改革都市法典』のもとで作成されたシュテューデルの最後の遺言には及ばないにせよ、シュテューデルの死亡後、1816年12月10日、フランクフルト都市参事会議決が、その「監督権力」により、公権力による許可を付与した。ローマ法文 (D. 28. 5. 62. pr.) に拠るならば、たとえ、遺言作成時に無能力であっても、「相続人が能力をもつならば」との条件付きで、この無能力者を相続

人に指定することができるのである²¹⁾。

2. 胎児の類推を否定する諸学説

しかし、胎児の類推を否定する諸学説も存在した。

(1) ミューレンブルフ（1828-1838年）

ここでは、とくに、ミューレンブルフ Christian Friedrich Mühlenbruch の所説をとりあげたい。その所説は、さきに見た諸学説によって批判の対象とされ、同時に、かの諸学説を逆に批判するものであった。

①1828年

ミューレンブルフは、1828年に、シュテューデル美術館事件それ自体についての自説を公表した。その中で、かれは、胎児ないし後生児の類推に反対した²²⁾。第一に、後生児は、懐胎されるやただちに存在するものとしてみられるが、設立されるべき美術館は、遺言によって設立が意欲されただけでは、存在するものとしてはみられない。第二に、自然人にあっては、相続能力は、出生とともにおのずと発生する。これに対し、法人にあっては、相続能力は、設立と同時に発生せず、政府による認許を必要とする。自然人の相続能力と法人のそれとの間には、「等しい理由」*par ratio* が欠如している。この等しい理由がなければ、類推はおこなわれることができない。第三に、ローマ法にあって、後生児に一定の諸要件のもとで例外的に相続能力を認めたのは、「変則法」*ius singulare* によるものであった。「変則法は、周知のように、たとえ等しい理由があるにせよ拡大されてはならない」²³⁾。第四に、後生児の相続能力を、遺言者死亡後に懐胎された後生児についても主張し、これを遺言者死亡後初めて設立される美術館に類推適用することは、遺言者死亡時に後生児が懐胎されていることを要件とするローマ法の規定をまったく廃棄することになろう。

②1837年

ミュールブルフは、自らの『学説彙纂注釈』第39巻においてさきの類推否定論をさらに詳細に論述した²⁴⁾。とくに、かれは、ここで、「被相続人死亡の時点で懐胎されていない後生児を相続人に指定できるか」について、ローマ法文に即して、これを否定した。ユースティーニアヌス法にあつてすら、ある人間が死亡する時点で懐胎されていない者は、この人間を、親族として相続できない。死者とその死者の死亡後に懐胎された者との間には、親族関係は存在しないからである²⁵⁾。

ミュールブルフは、この揺るぎない原則について、2つの例外を認める。

1つには、祖父の死亡後に懐胎された孫は、祖父の被解放自由人が、その後死亡するときには、この被解放自由人の遺産について、遺言に反する遺産占有を訴求できる²⁶⁾。なぜ、祖父の死亡後に懐胎された卑属が、こうした訴求をなしうるのか。ローマ法は、奴隷の解放者である祖父が死亡するときには、祖父によって解放された被解放自由人の相続人に、祖父の卑属を任じる。旧主人である祖父の死亡の時点でその卑属が存在することではなく、被解放自由人の死亡の時点で、旧主人である祖父の卑属が存在することが、要件であった²⁷⁾。

いま1つには、相続人が、被相続人から相続財産を直接的に承継するのではなくて、たとえば信託遺贈におけるように、被相続人が、その相続人に相続させたうえで、相続人に別の受益者への遺贈を信託する、いわば間接的相続の場合である。この場合には、被相続人と受益者との、いわゆる同時存在の原則は、要求されない²⁸⁾。

さきに見たようにヴェンクは、後生児が相続人に指定されるためには、少なくとも被相続人死亡の時点で懐胎されていなければならない、との原則を否定した。では、いつの時点まで懐胎されていなければならないのかについて、ヴェンクは、これを裁判官の裁量に委ねた。ミュールブルフは、この

ヴェンクの主張に対しつぎのように批判する。遺言者死亡時における懐胎という要件を捨てて懐胎の時期設定を裁判官の裁量に委ねるならば、裁判官が、確実にその時期を設定しうるための基準を定めることは、困難である²⁹⁾。

さらに、ミュールブルフは、遺言者死亡の時点で懐胎されていない後生児を相続人として指定できる根拠として好んで援用された、「後生児が将来出生するならば」を明示または黙示の条件として読み込む法律構成を痛烈に批判する。ミュールブルフは、言う。この法律構成は、まったく無内容な笑止千万であって、考えがたい³⁰⁾。

ミュールブルフのいわゆる直接的相続にあっては、自然人の後生児が相続能力をもつためには、少なくとも被相続人死亡の時点で懐胎されていなければならない、との原則が揺るぎないとすれば、遺言者死亡の時点では、「懐胎」=実在していない、遺言によって設立されるべき法人に後生児からの類推をすることは「厭わしい」ことなのである³¹⁾。

③1838年

追って、ミュールブルフは、その『学説彙纂注釈』第40巻において自説を詳述した。

ユースティーニアヌスは、後生児の相続能力についてのその改革にあたり設立されるべき法人についてはまったく考えなかった。「後生児」という表現の中にたとえば、パウルスのように「人工胎児」としての設立されるべき法人を読み込むことはできない。

後生児の相続能力に関する規定を設立されるべき法人に類推により適用することも許されない。後生児に関する規定は、類推を許さない変則法だからである。

さらに、さきに見たように、後生児一般ではなく、ひとえに、遺言者死亡の時点で懐胎されていた後生児のみが、遺言によって相続人に指定されるとすれば、これを遺言によって設立されるべき法人に類推することはできない。

遺言者がその遺言で法人の設立を意欲することを表示することが、どうして懐胎と同じであろうか。法人が法的主体でありうるのは、ひとえに、法律上の擬制によるものである。この擬制がはたらくのは、法人の設立行為がおこなわれる時であって、その時点までは、法人は存在しえないのである³²⁾。

ミュンヘンブルフは、胎児ないし後生児からの設立されるべき法人への類推を一貫して否定した。その理由の1つが、胎児ないし後生児にあって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が、設立されるべき法人にはこの懐胎がないことだった。

(2) サヴィニー (1840・1848年)

ミュンヘンブルフに酷似した所説は、後年、サヴィニー Friedrich Carl von Savigny においても見いだされる。サヴィニーは、『現代ローマ法体系』第2巻の中で、シュテューデル美術館事件を財団法人の設立要件としての国家による許可の必要とのかかわりで論述している。その論述において、かれはこの許可主義の問題が、シュテューデル美術館事件の複数の論点の1つであること、そしてその他の論点が、第2巻の法人論には属さないことを述べる³³⁾。

われわれは、『現代ローマ体系』第2巻および第8巻から、サヴィニーが、設立されるべきシュテューデル美術館の相続能力を後生児の類推でもって根拠付けることには反対であったことを知る。以下、その根拠をあきらかにしてみたい。

第一に、サヴィニーにあっては、不特定人 *incerta persona* とは、けっして設立されるべき法人をも含む概念ではなかった。不特定人とは、被相続人が、まったく、個別に特定された人としては考えず、ただ、たまたま複数の人々に帰属しうる一般的な特徴によってのみ表示する人である。この不特定人なる概念は、シュテューデル美術館のごとき法人にはあてはまらない。遺言者は、この法人を、特定された個性として知っている。したがって、ユース

ティーニアースが、不特定人一般について相続能力を認めたからといって、設立されるべき法人の相続能力をも認めたことにはならない³⁴⁾。

第二に、サヴィニーにあっては、遺言相続³⁵⁾であれ、法定相続³⁶⁾であれ、相続人でありうるためには、少なくとも被相続人死亡時に懐胎されていなければならなかった³⁷⁾。しかるに、財団法人を含む法人については、既述のように、その設立のためには、国家の許可が、明示的であれ黙示的であれ付与されることを要する。この許可が付与されるまでは、法人は、権利能力をもたない。法人は、サヴィニーによれば、「財産能力ありと人為的に仮定される主体」³⁸⁾である。遺言によって、法人を設立することを意図するにせよ、遺言者死亡時にあって、この法人が、胎児の状態にあるとは言えない。

こうして見ると、われわれは、シュテューデル美術館に関しては、ミュールンブルフとサヴィニーとの所説が、すこぶる近似していることに気付き、驚かざるをえない³⁹⁾。

注)

- 1) Christian Friederich Elvers (1797-1858) は、1827年当時ゲッティンゲン大学法学教授にして判決団の陪席 Beisitzer であった。ADB, Bd. 6, art. Elvers, Christian Friedrich.
- 2) Christian Friedrich Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Person, Göttingen 1827, reprint ed., Marburg 1998, S. 118.
- 3) Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen, S. 120, S. 105.
- 4) Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen, S. 121-122.
- 5) Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen, S. 122-123.
- 6) Heinrich Eberhard Gottlob Paulus (1761-1851) は、1827年当時、ハイデルベルク大学哲学・神学教授であった。かれは、ヘーゲルとも交流があった。NDB, Bd. 20, art. Paulus, Heinrich Eberhard Gottlob.
- 7) Heinrich Eberhard Gottlob Paulus, Einfache Rechts-und Verstandes-Ansichten über den Rechtsstreit wegen der Erbfähigkeit der von Joh. Fried. Städel zu Frankfurt a. M. den 15. März 1815 gestifteten Kunstanstalt, Heidelberg 1827, S.

- 61-63, とくに S. 62.
- 8) Paulus, Einfache Rechts-und Verstandes-Ansichten, S. 63.
 - 9) Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Leipzig 1828. とくに, S. 28-31.
 - 10) ライプツィヒ大学法学部鑑定意見については、本稿第 2 章を参照。
 - 11) Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung, S. 28-29.
 - 12) Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung, S. 30 : 「...法定相続は、かならず [被相続人の] 死亡の時点において存在する状態にもとづいて判断されねばならない。そして、そのさい、将来ひょっとしたら発生する存在を斟酌しなければならぬ、ということは、まったく考えがたい。...」。
 - 13) Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung, S. 30.
 - 14) Johann Ludwig Klüber (1762-1837) は、1822年に、フランクフルト大公国解体のための審議におけるプロイセン代表に任じられ、1824年以降、フランクフルトの私教師となった。ADB, Bd. 16, art. Klüber, Johann Ludwig.
 - 15) Johann Ludwig Klüber, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit einer in demselben Testament verordneten Stiftung, in: Abhandlungen und Beobachtungen für Geschichtskunde, Staats-und Rechtswissenschaften, Bd. 1, Frankfurt am Main 1830, S. 330-374. とくに, S. 345-359.
 - 16) Klüber, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit, S. 346-347.
 - 17) Klüber, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit, S. 348-349.
 - 18) Klüber, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit, S. 349.
 - 19) Klüber, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit, S. 349.
 - 20) Klüber, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit, S. 352-355.
 - 21) Klüber, Von der Erbeinsetzungsfähigkeit, S. 355-357.
 - 22) Christian Friedrich Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles, Halle 1828, S. 274-277.
 - 23) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S. 276 : «...ein ius singulare, welches bekanntlich auch wegen gleicher Gründe keine Ausdehnung leidet.“ここでは変則法の「類推」ではなく「拡大」となっている。「類推」か「拡大」かの区別が、なおあいまいなのか？
 - 24) Christian Friedrich Mühlenbruch, Ausführliche Erörterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar von Glück [Glück's Pandecten Commentar], Bd. 39, Erlangen 1837, S. 396-418.
 - 25) Mühlenbruch, Glück's Pandecten Commentar, Bd. 39, S. 406-410.
 - 26) Mühlenbruch, Glück's Pandecten Commentar, Bd. 39, S. 410-412. 根拠とされるローマ法文は、D. 38. 2. 47. §. 3. この法文については、本稿第 2 章注 8 参照。
 - 27) Mühlenbruch, Glück's Pandecten Commentar, Bd. 39, S. 412.

- 28) Mühlenbruch, Glück's Pandecten Commentar, Bd. 39, S. 412-414. ただし、このケースにあっては、遺言者から相続財産を受け取るべき相続人については、遺言者死亡の時点での存在ないし懐胎が要求されるから、正確には、原則に対する例外ではない。なお、Mühlenbruch, Glück's Pandecten Commentar, Bd. 39, S. 418参照「...遺言者には、[遺言相続にあっては、相続能力あるためには遺言者死亡時に懐胎されていなければならないという]法律上の原則に、すこしも抵触しないで、遺言者がその意図を達成するすこぶる簡単な手段が与えられている。—すなわち、遺言者は、その死亡の時点で、いまだ懐胎されていない者を、信託相続人 Fideicommißerbe として指定することである」。
- 29) Mühlenbruch, Glück's Pandecten Commentar, Bd. 39, S. 417-418.
- 30) Mühlenbruch, Glück's Pandecten Commentar, Bd. 39, S. 422, Anm. 15.
- 31) Mühlenbruch, Glück's Pandecten Commentar, Bd. 39, S. 422.
- 32) Christian Friedrich Mühlenbruch, Ausführliche Erörterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar von Glück [Glück's Pandecten Commentar], Bd. 40, Erlangen 1838, S. 68-73.
- 33) Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, Berlin 1840, S. 277, Anm. (c).
- 34) Savigny, System, Bd. 2, S. 307.
Albrecht Schweppe, Das Römische Privatrecht, Bd. 5, Göttingen 1833, §. 788, S. 46-47をも参照。:「すべての不特定人が、受動的遺言能力 [相続能力] をユースティーニアーヌスによって獲得した、とひととは、一般に仮定するが、[ローマ]法源は、このためには十分な根拠を与えない。...そもそも、いかなる不特定人が、受動的遺言能力 [相続能力] をもたなかったのが、われわれには知られていない。しかし、この能力が、すべての不特定人に与えられたわけではないことを、おおいに蓋然性をもって推定してよい。注2)...たしかに、遺言者が、その存在を将来に関して、ことがらの通常の経過および従来経験からしてたしかに推定してよい不特定人は、[ユースティーニアーヌス]によって能力あるものとされた。これに対して、その将来の存在が、現在の事情からは、まったく帰結しない不特定人には、受動的遺言能力 [相続能力] は、ユースティーニアーヌスによっては付与されなかったように見える」。シュヴェッペは「その将来の存在が、現在の事情からは、まったく帰結しない不特定人」の一例として「いまだまったく設立されていない施設」を挙げる。
- 35) Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 8, Berlin 1848, S. 465.
- 36) Savigny, System, Bd. 8, S. 484-485.
- 37) Friedrich Carl von Savigny, Pandekten, Erbrecht, I (マールブルク大学中央図書館所蔵) 請求番号 MS 925/35, fol. 5^a(10) verso-fol. 5^b(11) rectoにおいて、サヴィ

ニーは、被相続人死亡の時点における相続能力を不要とした学説を批判する。

1 つには、Petrus de Toullieu, *Collectanea, Groningae* 1737, p. 441-445 であり、いま 1 つは、Westphal, *Theorie des Römischen Rechts von Testamenten*, §. 166-168 (本稿第 1 章参照) である。いずれも、条件付き相続人指定にあつては、ただ、条件成就の時点および相続承継の時点のみが顧慮され、遺言作成の時点および遺言者死亡の時点は顧慮されない、と説いた。これに対して、サヴィニーは、いずれも、ローマ法文に対する批判考証がなく *unkritisch*、すこぶる生のまま *roh* で、その他の自説に不利な反対証拠となるローマ法文を考慮しない、とこき下ろしている。

38) Savigny, *System*, Bd. 2, S. 239: „ein des Vermögens fähiges künstlich angenommenes Subject“.

39) サヴィニー自身 *System*, Bd. 2, S. 277, Anm. (c) で、「… ミューレンブルフが… 法人の成立についての正しい理論を擁護した」と述べている。

Savigny, *Pandekten, Erbrecht I*, MS, fol. 5^b (11) *recto* には、「Mühlenbruch, *Beurth. des Städelischen Beerbungsfalles*, S. 264 sq.」とのメモがある。

むすび

遺言によって設立されるべき財団を、同じく遺言によって相続人に指定することを、いかに法律構成するべきか。その 1 つとして、シュテーデル美術館事件の中で援用されたのが、胎児ないし後生児の類推であった。しかし、これに対しては、批判もあいついだ。

とくに争点となったのは、胎児ないし後生児にあつては、遺言による相続人となるうするためには、少なくとも遺言者死亡の時点で懐胎されていなければならないかであった。懐胎されていなければならないとすれば、遺言によって設立されるべき財団への類推が困難となる。遺言によって設立されるべき財団にあつては、懐胎にあたる設立行為の開始は、遺言者死亡後にしか存在しえないからである。懐胎されていなくともよい、とすれば、では、いつの時点までに懐胎されていることを要件とするべきか、100年後に懐胎されてもよいのか、が問題になる。これは、いわゆる同時存在の原則の否定に他な

らない。

はじめに考察したように、日本民法典の起草者は、胎児の類推を強調した。日本民法典起草者のこの立場は、おそらくは、ドイツ民法典第1草案『理由書』に由来する。

ドイツ民法典第1草案は、財団法人の設立について許可主義を採用した。遺言による財団設立については、許可が付与されるのは、無論遺言者死亡後でしかない。第1草案は、条文の明定でもって、遺言による財団設立について、遺言者の死亡後に許可がおこなわれたときは、この許可は、すでに相続開始＝遺言者死亡前におこなわれた、と擬制した。この擬制に対しては、種々に批判が考えられる。許可は、その効力を将来に向かってのみもつのではないか。法人としての財団は、相続開始＝遺言者の死亡の時点では、いまだ存在していないのだから、相続財産が財団に直接移転することはないのではないか。むしろ、相続財産は、前位相続人としての法定相続人に、いったんは移転し、この前位相続人から、後位相続人としての財団に移転すると法律構成するべきではないか。しかし、第1草案の起草者は、遺言者死亡から財団の許可までの比較的短い期間について前位－後位相続人という錯綜した法律構成をとることを、得策ではないと判断した。起草者は、目的に適合するという観点から、胎児の類推に拠った。「相続開始の時点で懐胎されているが、しかし、いまだ出生していない人（胎児）を相続人に指定する」という、誰もがすぐに思い付くケースと結びつける場合には、「ことからは比類なく簡単に形成される」¹⁾。

この類推には、たとえば、ギールケ Otto Gierke が賛成した²⁾。ギールケ自身、かねてより、バルトルス Bartolus の注釈³⁾などに依拠しつつ、胎児（他権後生児）からの遺言によって設立されるべき財団への類推を、学説史的に実証していた⁴⁾のである。

しかし、胎児が相続人に指定されることができるとは、相続開始＝遺

言者死亡の時点で懐胎されていなければならないのに、遺言による財団設立にあつては、相続開始＝遺言者死亡の時点にあつては、「懐胎されている」すなわち実在しているとは言い難い⁵⁾。

この理由からして、その後の第2委員会では、胎児の類推はもはや根拠とはされなかったようである。第2委員会審議記録は、遺言による財団設立行為の法律構成それ自体を「学問」Wissenschaftに委ねるとしている⁶⁾。

シュテーデルの遺言は、シュテーデル美術館を設立し、と同時に、この設立されるべき美術館を、遺言相続人に指定するものであった。これを有効としようとする種々の法律構成には、これまで見てきたように、それぞれ難点があった。pia causa 論を採るときには美術館ははたして pia causa と言えるのか、が争われた。胎児の類推で説明するときには、遺言者死亡後にはじめて設立されるべき美術館は、遺言者死亡の時点で「懐胎されている」と言えるのか、が疑問とされた。しかし、ミュンヘンブルフのように、こうした疑義から、pia causa 説も胎児の類推説も採らない論者が、だからといって、シュテーデルの遺言を、それ自体として無効とするとはかぎらない。ミュンヘンブルフは、シュテーデルの遺言に明示される小書付条項を拠り所にシュテーデルの遺言を信託遺贈に転換して有効とした。シュテーデルの相続財産は、いったん法定相続人に移転する。法定相続人は、財団としてのシュテーデル美術館を設立し、かつ受け取った相続財産を、この設立された、信託遺贈受益者としてのシュテーデル美術館に引き渡さねばならない⁷⁾。では、小書付条項とはなにか、そして、信託遺贈的法律構成とはなにか。これが、つぎの研究課題である⁸⁾。

注)

- 1) ドイツ民法典第1草案第62条。Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Ge-

setzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, Berlin und Leipzig 1888, S. 123-124.

- 2) Otto Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, S. 157 : 「ここ〔終意処分による財団設立〕において、古来、援用される、胎児の類推にもとづいて、たんに、将来の法的主体へのあらゆる種類の恵与を許すことのみならず、財団が現実に設立される場合においてもまた、相続または遺贈の帰属を、財団設立者の死亡の瞬間に遡及させることについては、まったく支障がない」。
- 3) Bartolus ad D. 34. 1. 17, in : Bartolus in secundam Infor. Partem, Venetiis 1556, ad D. 34. 1. 17末尾 fol. 101 recto には、「築造されるべき教会は、他権後生児と同様に、相続人に指定されることができる」とある。
- 4) Otto von Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. 3, reprint. ed. Graz 1954, S. 373, Anm. 73) では、バルトルス D. 34. 1. 17前掲注釈が引用される。
- 5) ちなみに、フランス民法典は、第906条で、遺言によって受領する能力を有するためには、遺言者の死亡の時期に懐胎されていることを要件とする。この第906条に関し、19世紀のフランスでも、設立されてないかまたは設立されていなくても許可されていない施設へ遺言でもって恵与するのは、有効であるかが、争われた。

これについては、野田「遺言による財団設立と遺言の解釈」『福岡大学法学論叢』第52巻第1号（2007年）1-31頁、とくに、29-30頁注3を参照。ただし、旧稿では、叙述が不十分であったので、ここで、いま少し、詳しく補っておくことにしたい。

1つには、将来、当該施設が設立されるか、または許可されるならば、という明示的ないし黙示的条件が付加されている場合には、第906条にもかわらず、恵与は有効だとする学説があった。たとえば、Raymond Théodore Troplong, Des donations entre-vifs et des testaments, Tom. 2, 2^e éd., Paris 1862, n°612, p. 19である。「わたしは、50,000フランを、**の修道会に、もしも、この修道会が政府によって許可されるであろうならば恵与する」というのが、明示的条件付き遺贈の例である。これに対し、遺言者が、遺言作成時にはいまだ事実上存在していない修道会に恵与することを意欲するが、当該修道会が、将来設立され、政府の許可を獲得するであろうと考える場合が、黙示的条件付き遺贈の例である。明示・黙示のいずれのケースにあっても、トロロンはローマ法文 D. 28. 5. 62. pr. に拠って、「もしも、能力を取得することができるであろうならば」という明示的ないし黙示的条件を読み込むことができると主張する。

これに対して、Jean Charles Demolombe, Traité des donations entre-vifs et testaments, Tom. 1, 2^e éd., Paris 1863, n°577-599が、批判する。第906条によれば、遺言者死亡の時点で懐胎されていない胎児への遺贈は、たとえ、「もしも、胎児が懐胎されるならば」との明示的ないし黙示的条件付きであっても無効である。

それと同様に遺言者死亡の時点で許可されていないかまたは事実上存在しない修道会への遺贈は、トロロンの言う明示的・黙示的条件にもかかわらず、無効である。ただし、この遺贈がすでに能力ある既存の施設（たとえば公共団体）への負担付き遺贈とされ、かの修道会への恵与が、その負担の内容とされていた場合は、このかぎりではない。

6) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, Berlin 1897, S. 595.

7) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S. 277-289.

8) 本稿は、平成26年度福岡大学海外研修員（1ヵ月未満）としてのドイツでの研究成果の一部である。ドイツでは、フランクフルトのマックス＝プランク＝ヨーロッパ法史研究所およびフランクフルト都市史研究所において、関係各位にたいそうお世話になった。東洋からの一介の初学者への暖かいご援助に、篤く御礼を申し上げたい。

福岡大学中央図書館貴重書「ヨーロッパ法コレクション」所蔵本の閲読について、図書館長はじめ図書館関係各位から格別のご配慮をたまわっている。この機会に、日頃の尽きせぬご厚情に対して、こころから感謝の意を表したい。

成稿：2015年4月5日復活祭の日