

遺言における小書付条項の解釈

— シュテューデル美術館事件をめぐる —

野 田 龍 一*

目 次

はじめに

第1章 ベルリン大学法学部の意見

第2章 ヤツソイの主張

第3章 ミューレンブルフの主張

第4章 ゴイフェルトによるミューレンブルフ批判

第5章 その他の諸学説

むすび

※文中 [] は、筆者による補充部分を、… は、筆者による省略部分を、それぞれ示す。

はじめに

わたくしは、これまで、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⁾。本稿は、その続篇である。本稿では、いわゆる小書付条項²⁾の解釈を取り上げる。

ヨーハン＝フリードリヒ＝シュテューデルは、その遺言の第9条において、

*福岡大学法学部教授

小書付条項を付加した。「第9条。さて、この遺言および別添の、かつ、なおさらになにがしか添付されるべき紙片（これらの紙片は、本遺言に文字どおり付加されたものと見られる）において含まれることは、わたくしの熟慮した、かつもっとも愛おしい意思である。したがって、わたくしは、以下のことを意欲し、かつ要求する。わたくしの意思は、すべての部分において精確に遵守されるように。そして、わたくしの意思が、期待に反して、正式の遺言としては存立することができないであろうかぎりで、にもかかわらず、小書付として、かつ、あらゆるあり方で、諸々の法からして最良におこなわれることができ、かつおこなわれるべく、維持され、かつ効力をもつように」³⁾。

この小書付条項は、19世紀初頭のドイツにあっては、よく知られた条項であった。たとえば、ヘフナー⁴⁾によれば、公証人は、つぎのような文言を、遺言に付加した。「このわたくしの遺言が、何らかの原因および瑕疵のゆえに、法的に、正式の、愛おしい終意として、または、法的に有効な遺言として通用しないかもしくは効力をもたないかぎりで：しかし、わたくしは、以下のことを意欲する。この遺言は、…小書付として…あるいは、そのほかにつねに法的に存立しうるように有効にしてかつ効力あるべきである」。シュテューデルの遺言を起草したフランクフルトの公証人カール＝ヴィルヘルム＝コルディア⁵⁾もまた、当時のドイツにおける遺言作成の慣行にしたがって、シュテューデルの遺言に、この小書付条項を挿入した、と推測されるところである。

この小書付条項は、はたして有効か。また、有効だとすれば、この小書付条項により、シュテューデルの終意を執行する手続きは、どうなるのか。この争点について、以下、第1章では、小書付条項の効力について、管見のかぎりではじめて言及したベルリン大学法学部の意見を考察する。ついで、第2章では、原告＝法定相続人らの訴訟代理人であったヤッソイのリューベックなる四自由都市上級控訴裁判所宛の再抗弁書（不採用）を考察する。そのう

えで、かの四自由都市上級控訴裁判所から鑑定意見作成を付託されたハレダ大学法学部のミュールンブルフ鑑定意見を、第三章で考察する。第四章では、ミュールンブルフを批判したゾイフェルトの論述を考察し、その他の諸学説を第五章で渉獵する。最後に、むすびとして、いわゆるファルキディウスないしトレベリウスの四半分に関する今後の課題を示唆する。

このテーマについての先行研究としては、ペーター＝クロェルの研究(2015年)⁶⁾がある。ただ、クロェルの研究にあっては、ローマ法源とミュールンブルフの所論とがおもな素材とされ、19世紀初頭の学説状況への言及がほとんどおこなわれていない。しかし、シュテューデル美術館事件は、19世紀初頭の学説状況への考察を抜きにしては、理解に難しいのではないだろうか。本稿にあっては、19世紀初頭におけるミュールンブルフと同時代の文献を、できるかぎり参照することに努めた。

本稿は、忽々に書き上げた粗雑な論文ではあるが、このたびめでたく古希をお迎えになった平田 紳先生に、つつしんで奉呈したい。平田先生には、学部学生および大学院学生の指導にあたり、なにくれとなくお力添えをたまわった。ここに、平田先生の今後のご健勝を、こころから祈念したい。

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をめぐって－」『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；野田龍一「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－」『福

岡大学法学論叢』第60巻第1号（2015年）1-48頁。その他に、史料紹介として、野田龍一「シュテー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頁を公表した。

- 2) 小書付条項 *clausula codicillaris* とは、ローマ法にあって、遺言が無効のときに、これを小書付（信託遺贈義務者に対する書面）となす旨の、遺言に挿入された約款ないし条項である。原田慶吉『改訂 ローマ法』（有斐閣 1955年）366-367頁。
- 3) フランクフルト都市史研究所蔵シュテールの遺言本体（請求番号：Verträge der Freien Stadt Frankfurt Nr.415, fol.7. その邦訳：野田龍一『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4号614頁。
- 4) Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen 7. Auflage, ...mit einigen Anmerkungen und Zusätzen begleitet von Adolph Dietrich Weber, Frankfurt am Main 1803, §. 627, S. 700.
- 5) コルディアの経歴については、Cordier, Carl Wilhelm, in: Barbara Dölemeyer, Frankfurter Juristen im 17. und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1993, S. 31 (Nr. 104) を参照。
- 6) Peter Kröll, Das Städel'sche Testament sowie Mühlenbruchs Rechtsverständnis bei der Beurteilung des Beerbungsfalles, Frankfurt am Main 2013, S. 304-328.

第1章 ベルリン大学法学部の意見

シュテールの遺言における小書付条項にはじめて言及したのは、管見のかぎりでは、1827年に印刷公表されたベルリン大学法学部の意見¹⁾であった。その作成者は、サヴィニーの伝えるところ²⁾によれば、ベトマン＝ホルヴェク³⁾である。この意見は、被告であったシュテール美術館理事らのために作成されたものである⁴⁾。

もとより、遺言によって設立されるべき美術館を同じ遺言によって相続人に直接指定することが、それ自体として有効であると、ベルリン大学法学部は、説いた⁵⁾。

しかし、と同時に、ベルリン大学法学部は、予備的に、シュテールの遺言第9条に見える小書付条項の効力を認めた。

ローマ法によれば、遺言者が、小書付条項を、その遺言の中で明示していたときには、遺言は、それ自体として無効であるにせよ、小書付に転換される⁶⁾。

遺言者シュテートルは、小書付条項を明示していた。したがって、かりに百歩譲って、設立されるべきシュテートル美術館という遺言相続人が、遺言作成時にも、遺言者死亡時にもいまだ存在しないがゆえに、シュテートルの遺言が無効だとしても、シュテートルの遺言は、小書付に転換される。

この小書付の効果は、以下のとおりである。原告であるシュテートルの法定相続人らが、被相続人シュテートルの遺産をすべて相続する。しかし、法定相続人らは、小書付として有効なシュテートルの意思によって、シュテートルの遺産を、信託遺贈上の相続財産 *fideicommissaria hereditas* として、シュテートル美術館に返還しなければならない⁷⁾。シュテートル美術館は、去る1816年12月10日のフランクフルト都市参事会の裁決 *Dekret* によってつとに法人格を取得して、受益能力をもつ⁸⁾。

ここで、立ちはだかったのが、『ユースティーニアーヌス勅法彙纂』C. 6. 36. 8に搭載されている紀元後424年のテオドシウス帝の勅法序項ないし第1項であった⁹⁾。この勅法によれば、シュテートル美術館理事らは、シュテートルの遺産を、遺言によって直接指定された遺言相続人として請求するか、あるいは、小書付にもとづく信託遺贈受遺者として請求するか、いずれかを、あらかじめ選択しなければならなかった。そして、シュテートル美術館の理事らが、ひとたび遺言による直接的な相続人指定のチャンネルを選択した以上、かれらは、小書付にもとづく信託遺贈の主張をすることができないと解された¹⁰⁾。しかし、ベルリン大学法学部は、本件にあっては、シュテートル美術館の理事らが、一方で、遺言による直接指定を主張しつつも、他方で、小書付条項を援用することは、許される、と説いた。シュテートル美術館が *pia causa* であること、*pia causa* には、未成年者にと同様に、原状回復

の恩恵 *beneficium restitutionis in integrum* が認められること、本件においてはすでに5つの判決がシュテール美術館に有利な判決を言い渡していることが、その理由であった¹¹⁾。

しかし、なぜ、シュテール美術館が、*pia causa* だとすれば、シュテール美術館の理事らは、一方で、遺言による直接指定を主張しつつも、他方で、後に小書付条項の主張に変更することが許されるのか。なぜ、未成年者に許される原状回復の恩恵が、シュテール美術館に類推適用されるのか。5つの裁判所がシュテール美術館の理事らに有利な判決を言い渡したことは、なぜ、小書付条項有効論と関係するのか。説明は、皆無である。

注)

- 1) *Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Berlin. . . Testamentsanfechtung betreffend, Frankfurt am Main 1827* (キール大学所蔵本), S. 23-24.
- 2) Friedrich Carl von Savigny, *Vorlesungsmanuskript zum Erbrecht, fol. 5b. (11 verso)*. マールブルク大学中央図書館所蔵 (請求番号 Ms 925/35)。
- 3) ベトマン=ホルヴェクの経歴については、Adolf Wach, Bethmann-Hollweg, August von; in: *Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 12, Leipzig 1880, S. 762-773*.
かれは、1823年に、ベルリン大学法学部正教授となり、1827年には、同大学学長となった。
- 4) 被告であるシュテール美術館理事らは、ベルリン大学法学部の意見のほかに、ギーセン (1827年6月)、ハイデルベルク (年月日不明) およびミュンヘン (1827年6月27日) の各法学部の意見を取り寄せ、1827年に印刷公表している。*Actenstücke und Rechtliche Gutachten. . . Testamentsanfechtung betreffend, Frankfurt am Main 1827, B. C. D. E.*
- 5) この点については、野田龍一『原島重義先生傘寿 市民法学の歴史的・思想的展開』212-232頁を参照。
- 6) *Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Berlin, S. 24*.
- 7) *Rechtliches Gutachten der Juristenfakultät zu Berlin, S. 24*.
- 8) 1816年12月10日のフランクフルト都市参事会裁決につき、野田龍一『福岡大学法学論叢』第55巻3・4号633-634頁参照。
- 9) C. 6. 36. 8. pr. - §. 1. [試訳]「皇帝テオドシウスが、近衛都督アスクレピオドトゥスに。[序項]。もしも、誰かが、いかなる方法で、であれ、あるいは書面

でもって、あるいは書面なしに作成された遺言にもとづいて、相続について訴えることを意欲したであろうならば：かれが、信託遺贈を訴求せんがために訴えることを求めるとしても、かれは許されないであろう。なぜなら、誰である者に、[相続回復請求から信託遺贈に] 移るといふ、その者の要求に関して、その可能性を、余が許可する、ということが、ひとえに欠如するからである。：したがって、余は、つぎのことをもまた定める。遺言者が、遺言を作成するさいに、この同じ遺言において、その遺言が小書付としてもまた有効であることを含めた。：相続を訴求する者は、請求の表示の冒頭から、いずれか一方を意欲し選択する権限をもつのであるが、かれは、自分が、一方の可能性を選択することによって、他方の可能性を自分自身に対し閉ざした。：したがって、あるいは、遺言にもとづく遺産占有を、あるいは、遺言言明にもとづく遺産占有を、そして、その他の類似の遺産占有を申し立てるであろうか、あるいは、たしかに、自分が占有に委付されることを、仕来りにもとづいて訴求する者であろう者は：訴えの提起のさいにただちに、その請求の表示の意図を説明するべきである。[第1項]。つぎのこともまた、等しい理由のゆえに遵守されるべきである。遺言者がいて、この遺言者が遺言を作成することを決意した。もしも、[遺言者が] この遺言を実現することができなかつたであろうならば、[この遺言者は] 無遺言で死亡した、と見られ、そして、小書付にもとづいて終意があるものとして、信託遺贈の解釈に移ることは許されない。：ただし、かの遺言者が、遺言書面は、小書付の効力をもまた占めるべきである、ということをも [遺言書に] 含めていた場合には、[このかぎりではない]。：すなわち、それは、かの選択権が存続する場合である。したがって、遺言にもとづいて訴えることを意欲した者は、信託遺贈に移ることができない]。

ただし、一定の親族については、例外がある。：「[第2項]。しかし、[男性または女性の] いずれかの性に属する尊属ら、そして、宗族の血縁の第4親等までの卑属らか、または、血族の繋がりによって結びつけられた、第3親等までの卑属らのうちの誰かが、相続人として書かれ、あるいは言明されたとすれば、すなわち、遺言者が、小書付の場を占めることを意欲した、かの遺言においては、もしも、かれが、遺言にもとづく相続について、死者の意思にもとづいて訴えて敗訴したか、あるいは、たしかに、かれ自身が自発的に意欲したであろう場合には、信託遺贈の救済手段に逃げるのが許されるであろう。：なぜなら、[法定相続人として] 義務分を失うのと、[遺言相続人として] 利益を獲得しないのでは、相違があるからである」。

テキストは、Gebauer-Spangenberg, *Corpus Juris Civilis*, Tom. 2, Gottingae 1797, p. 373-374に拠った。

C. 6. 36. 8は、Codex Theodosianus 4. 4. 7. に相応する。Jacobus Gothofredus, *Codex Theodosianus*, Tom. 1, Lugduni 1665, p. 346-347を参照。

『テオドシウス勅法彙纂』にあっては、慣習にもとづく遺産占有を申請する者は、訴訟の冒頭で、その請求の表示の意図を説明するべきとするハドリアヌスの告示が紹介されているが、『ユースティーニアヌス勅法彙纂』では削除されている。

また、『テオドシウス勅法彙纂』では、遺言にもとづく相続人指定か、あるいは、小書付にもとづく信託遺贈かのいずれかの選択肢を選択したときは、他方の選択肢に、後になって変更することが禁じられる類似の例として、たとえば、誰かが一方で死者の意思を尊重しておきながら、他方で不倫（義務分違反）遺言で訴えるケース、あるいは、被解放自由人が死亡したときに、パトロン（保護者）が、被解放自由人からの贈与および仕事を、一方では承認しておきながら、他方で、そ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申請するケース、あるいは、婦女が、一方で、亡夫からの遺贈を主張しておきながら、他方で、嫁資の返還請求をするケースが挙げられたが、ユースティーニアヌス勅法彙纂では、削除されている。

- 10) C. 6. 36. 8が禁止するのは、被出損者が、遺言にもとづいて相続について訴えを提起した後で、小書付にもとづいて信託遺贈について訴えることに変更することなのか、あるいは、一般に、訴訟外にあっても、被出損者が、およそ遺産への占有委付を申請するときに、遺言にもとづいて申請したのに、後になって小書付にもとづいてである、と変更することなのか、が争われた。

また、C. 6. 36. 8は、被出損者が原告として請求する場合が前提とされているが、被出損者が被告として請求される場合にも、類推適用されるのかも争われた。

ちなみに、C. 6. 36. 8につき、標準注釈 *glossa ordinaria*、キュジャスおよびドネルスの注釈ならびに C. 4. 44. 7 についてのヤコブス＝ゴトフレドゥスの注釈にあっては、もっぱら、被出損者が、原告として遺言にもとづいて相続回復請求の訴えを提起した後に、小書付条項にもとづく信託遺贈の訴えに変更することの禁止として解されている。

glossa ad C. 6. 36. 8, Corpus Iuris Civilis, Tom. 4, Lugduni 1589, col. 1447 : 「casus : あなたが遺言を作成した。あなたは、家外人を相続人に指定した。: あなたは、遺言の書面の末尾において、こう付け加えた。もしも [遺言] 意思が、遺言の法によって有効ではないとすれば、[意思] 小書付の法によって有効である。つぎのことが問われる。もしも、相続人が、相続財産を、この [遺言の] 書面にもとづいて、あたかも、遺言にもとづくものとして訴求したであろうならば、かれは、後になって、信託遺贈について、あたかも、小書付にもとづくものとして訴求することができるのか? こう解答される。しからず。…」。

Jacobus Cujacius ad C. 6. 36. 8, in: *Opera omnia*, Tom. 9, Prati 1839, col. 1219-1224 : 「C. 6. 36. 8の問題は、もっとも有名である。: ある者がいる。この者は、

遺言にもとづいて、相続財産について訴えた。もしも、遺言に不利な判決が言い渡されたならば、この者は、信託遺贈による相続財産の訴求に移ることができるのか。…わたくしは、こう言いたい。指定された相続人が、遺言の法によって—それは、直接的法である—によって相続財産を訴求することを意欲するか、それとも、小書付の法によって〔訴求することを意欲する〕である。小書付の法とは、信託遺贈の法である。かれは、このことについて、これか、あるいは、あれかを選択する前に熟慮するべきである。なぜなら、選択した後では、ことからは完全ではないし、また、悔い返しには、場がないからである。それは、指定された相続人が、家外人たる相続人である場合である。…」。

Hugo Donellus ad C. 6. 36. 8, in : Opera omnia, Tom. 9, Lucae 1766, col. 480 : 「3…ある者がいる。この者は、かの書面にもとづいて、あたかも遺言にもとづくものとして、相続財産を訴求した。この者が、同時に、信託遺贈を訴求することを意欲するとすれば、後になって、小書付にもとづいて、信託遺贈の訴求をすることは、認められない。…」。

Jacobus Gothofredus, Codex Theodosianus, Tom. 1, Lugduni 1665, p. 347-349 : 「…ある者が、直接的遺言によって相続人に指定され、そして、信託遺贈による相続財産が、同一人物に残された。…つぎのことが問われる。もしも、かれが、ひとたび相続財産について訴えることを意欲し、あるいは相続財産を訴求し、そして、このように、一方を選択したうえで、すなわち、別の選択肢に、やがて移ることができるのか。わたくしは、言いたいのだが、信託遺贈に、または、信託遺贈の訴求に赴くことができるのか？…それは、この法文 [C. Th. 4. 44. 7] においては否定されることである。…請求表示の、すなわち、訴訟の始まりそれ自体から、相続人が、いずれかを意欲し、選択する権限をもち、この訴訟の始まりそれ自体において、その請求表示の意図を説明するべきであるが：しかし、かれは、一方の選択肢を選択したことによって、他方〔の選択肢〕に赴くことを、自らに閉ざし、そして、その願望を変更することに関する扉は、この者には認められない」。

これに対し、19世紀普通法学における C. 6. 36. 8に関する解釈は、区々であった。Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, Bd. 3, Frankfurt am Main 1906, S. 596-597における学説・裁判例概観および本稿第5章を参照。

11) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Berlin, S. 24を参照。

この点についてのゾイフェルトによる批判については、本稿第4章で触れる。

第2章 ヤツソイの主張

原告訴訟代理人弁護士ルードヴィヒ＝ダニエル＝ヤツソイ¹⁾は、リューベックなる四自由都市上級控訴裁判所に、再抗弁の申請をおこなった。1826年11月6日、同裁判所は、「暫定上級控訴裁判所令」第45条²⁾を根拠に、ヤツソイの申請を却下した。ヤツソイは、その後、この再抗弁の書面を、印刷のうえ、公表するにいたった³⁾。

ヤツソイは、その再抗弁の中で、シュテーデルの遺言が無効であることは、かの小書付条項によってもまた治癒されることができないことを主張した⁴⁾。

その理由として、ヤツソイは、こう説いた。第一に、フランクフルト都市改革法典にあっては、かかる小書付条項は、まったく知られていない⁵⁾。第二に、ヨハン＝フィリップ＝オルト⁶⁾の『フランクフルト都市改革法典注釈』⁷⁾によれば、小書付条項は、遺言の形式上の瑕疵（たとえば、7名の証人がそろっていない）を治癒することができるが、しかし、遺言能力ないし相続人に指定される能力が欠如しているのに、こうした能力の欠如を治癒することはできない⁸⁾。第三に、シュテーデル財団の理事らは、シュテーデルの「遺言にもとづいて」遺産承継の意思表示をおこない、自らを遺産の占有に委付させた。理事らは、本件にあって、ひとたび遺言にもとづく手続きという選択肢を選択したのである。この場合には、普通法（『ユースティーニアーヌス勅法彙纂』C. 6. 36. 8）によれば、理事らは、別の選択肢である小書付条項の援用をなしえない⁹⁾。ヤツソイは、根拠となるべき同時代の普通法文献として、ティボー¹⁰⁾、マッケルダイ¹¹⁾、ヴェニング＝インゲンハイム¹²⁾およびゾイフェルト¹³⁾を援用している。これらの普通法文献は、いずれもC. 6. 36. 8について、遺言によって相続人に指定された者が、訴訟において原告であるケースと被告であるケースとを区別しない。さらに、これらの文献は、いずれも、ひとたびおこなわれた選択の効果を、裁判外においても適

用されるべき選択一般についてあてはまるものとして解している¹⁴⁾。

ヤッソイが取り上げた論点がリユーベックの四都市上級控訴裁判所の判断に直接反映されることはなかった。しかし、この論点は、その後、同上級控訴裁判所から判決案作成を依頼されたハレ大学法学部にあつて、決定的意義をもつことになるのである。

注)

- 1) ヤッソイの経歴については、Jassoy, Ludwig Daniel, in: Dölemeyer, Frankfurter Juristen, S. 95-96 (Nr. 319) を参照。ヤッソイは、1793年に、フランクフルトで弁護士となり、同時に市民となった。かれは、1816年のフランクフルトの憲法補充令の起草に貢献した。かれはまた、ロートシルト（ロスチャイルド）の法律顧問でもあった。
ヤッソイの作品 *Welt und Zeit* の抜粋および略伝として、Dirk Sangmeister, Ludwig Daniel Jassoy, *Man muß erstlich wissen, was man will, ehe man thun kann, was man soll*, Eutin 2009がある。
- 2) Provisorische Gerichtsordnung für das gemeinschaftliche Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands, Frankfurt am Main 1820, S. 38, §. 45: 「一件書類は、被控訴人の尋問をもって終結される。…」。
- 3) Pro Memoria in Sachen. . . Testamentsanfechtung betreffend (Als Manuscript gedruckt.), [Frankfurt am Main ohne Datum]. 福岡大学図書館所蔵本（請求記号：322. 3/C. R 22-3/1）。
- 4) Jassoy, Pro Memoria, S. 37-38.
- 5) Jassoy, Pro Memoria, S. 37. ただし、『フランクフルト都市改革法典』第4部第12章には、小書付それ自体に関する規定は、ある。参照。Der Statt Franckfurt am Mayn erneuerte Reformation, Frankfurt am Main 1578, fol. 170 verso-171 recto.
- 6) オルトの経歴については、Orth, Iohann Philipp, in: Dölemeyer, Frankfurter Juristen, S.144 (Nr. 461) を参照。1698年生まれ。1789年没。1721年以来、フランクフルトで弁護士。
- 7) Iohann Philipp Orth, Nöthig-und nützlich-erachtete Anmerkungen Uber die sogenannte Erneuerte Reformation der Stadt Franckfurt am Mayn, Zweyte Fortsetzung, Frankfurt am Main 1744が、それである。わたくしは、ニーダーザクセン州=大学図書館所蔵本の複写を参照することができた。

- 8) Orth, Anmerkungen, 2. Fortsetzung, p. 396 「... なぜなら、これ [小書付条項] は、なるほど、要式の不十分さを補完するかもしれないが、しかし、相続能力または遺言能力を与えることはできないからである」；p. 433 「...しかし、瑕疵が、遺言者の意思または能力において存在する場合には；それ [小書付条項] は、なんら救済することができない。...」。
- 9) Jassoy, Pro Memoria, S. 38 「... [相手方諸氏は]、美術館の理事らとして、まったく留保なしに、遺言にもとづいて、遺産承継の意思表示をおこない、遺産の占有に委付された。したがって [相手方諸氏は、遺言にもとづく承継を] 選択した。かかる場合においては、実際にも、小書付条項の効力は、...すでに失われた」。
- 10) Thibaut, Pandekten-System (4te Ausgabe) §. 786 not. Z の引用あり。わたくしは、その第 5 版を参照することができた。：Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, 5. Ausgabe, Bd. 2, Jena 1818, §. 786, S. 204 「[小書付] 条項が遺言に添付されている場合には、この小書付条項にもとづいてその権利を自らに帰属させる者は、自分が、それを遺言として承認させたいのか、あるいは、小書付として承認させたいのかを選択しなければならない。この選択は、その場合には [ひとたび選択したならば]、もはや変更されることができない。ただし、一定の、被相続人の近親者らは、このかぎりではない。[z]」。脚注 z では、C. 6. 36. 8 が援用されている。

Thibaut, Grundzüge einer vollständigen Darstellung der Lehre von der Concurrenz der Civil-Klagen, in: Civilistische Abhandlungen von Thibaut, Heidelberg 1814, S. 154-155 も、「... この勅法 [C. 6. 36. 8] によれば、すなわち小書付条項が遺言に添付されている場合には、[遺言で] 指定された相続人は、自分が、それにもとづいて、相続人として承継することを意欲するのか、あるいは、信託遺贈受遺者として承継することを意欲するのかを選択しなければならない。そして、たんに一方を選択すれば、かれは、無条件に、したがって、かれが寛恕される錯誤にあった場合でもまた、他方からは排除されるべきである...」と述べる。

- 11) Mackeldey, Lehrbuch des römischen Rechts (5te Auflage) §. 509 not. f. の引用あり。わたくしは、その第 7 版を参照することができた。：Ferdinand Mackeldey, Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, 7. Ausgabe, Giessen 1827, §. 704, S. 528-529, (f) が、該当箇所か。：「... ちなみに、小書付条項が、遺言にそなわっている場合には、そこで指定される相続人は、自分が、それを遺言として承継することを意欲するか、あるいは小書付として承継することを意欲するかを選択しなければならない。かれが、ひとたび選択したならば、かれは、その選択を、もはや変更することができない。；ただ、このこと [選択変更] は、被相続人の第四親等までの宗族の卑属ら、そして、第三親等までの血族の卑属らに

- は、許されている (f)」。注 f では、C. 6. 36. 8 の引用がある。
- 12) v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, B. III. Buch V. §. 117. not. 5. und t. の引用がある。わたくしは、フリッツの校訂による第 5 版を参照した。: J. A. v. Wening-Ingenheim, besorgt durch Johann Adam Fritz, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts, Bd. 3, München 1838, §. 479 (§. 117.), S. 301-302 : 「小書付条項をそなえる遺言において指定された相続人は、自分が [被相続人の] 終意を遺言として見ることを意欲するか、あるいは、小書付として見ることを意欲するかを選択することができる。しかし、かれは、[この選択について] ひとたび表示をおこなったときには、この表示から、もはや逸脱してはならない (s)。ただし、尊属および卑属のみが、宗族としては、第四親等まで、この第四親等を含めて、血族としては、第三親等までは、[ひとたびおこなった選択を] 変更してよい (t)」。注 s では、C. 6. 36. 8. pr. §. 1. が、注 t では、C. 6. 36. 8. §. 2 が、それぞれ引用される。
- 13) Seuffert, Lehrbuch des Pandektenrechts, B. III. §. 602 not. 12 の引用あり。わたくしは、Johann Adam Seuffert, Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts, Bd. 3, Würzburg 1825, §. 602, S. 229 を参照することができた。: 「... ちなみに、指定された相続人が、遺言を、かかるもの [遺言] として主張しようとした場合には、この相続人にとっては、小書付条項の効力は、失われる (12)」。注 12 では、C. 6. 36. 8. §. 1 の援用があり、さらに、一定の近親者に関する例外として、C. 6. 36. 8. §. 2 が援用されている。
- 14) なお、ヤツソイは、そのほかに、オルトの『フランクフルト都市改革法典注釈』Orth, Anmerkungen, 2. Fortsetzung, S. 433 をも援用する。オルトは、この箇所では、C. 6. 36. 8. によれば、ひとたび、訴状で、「遺言にもとづいて」と書けば、遺言にもとづく訴訟で敗訴したときには、小書付にもとづく訴訟を提起することができないのだから、「遺言」と書かないで、「終意」der letzte Wille 一般と書くことを勧奨するライザーの所論を紹介する。参照 : Augustinus a Leyser, Meditationes ad Pandectas, Vol. 6, Halae 1772, sp. 378, corollarium 2, p. 225 : 「小書付条項によって保護される遺言にもとづいて訴える者には、必ず、つぎの注意が、あらかじめ助言されるべきである。かれは、訴状においては、遺言については言及せず、たんに、終意にもとづいて訴える、ということである。なぜなら、もしも、かれが遺言にもとづいて訴え、そして、敗訴するであろうならば、かれは、その後は、小書付条項にもとづいては訴えることができないからである。C. 6. 36. 8. この C. 6. 36 にもとづいて、今日なお判決されることを、ベルガーが、Oeconomia juris p. 445 で証言する。しかし、もしも、たんに、終意について言及したとすれば、裁判官は、原告にとってより利益となることを認めることを要する。D. 5. 1. 66 [もしも、誰かがあいまいな請求表示または申立てを用いたとすれば、かれにとってより利益であることが理解されるべきであ

る]]。

ライザーでは、C. 6. 36. 8は、ひとえに、訴訟にあって、原告が、訴状に表示するさいに、遺言か、小書付かの選択をするケースに関する法文であったのか。

ライザーが引用するベルガー *Oeconomia Juris* については、Iohannes Henricus de Berger, *Oeconomia Juris*, 7. ed., Lipsiae 1771を参照することができた。参照できた版だと、326頁が該当箇所であろうか：「注6. 遺言にもとづいて敗訴する原告は、小書付条項にもとづいて訴えることができない。遺言にもとづいて訴え、そして敗訴した者は、その後で、小書付条項にもとづいて、訴えることができない。C. 6. 36. 8. ただし、それは、被告が、ただちに争点を決定した場合である。；なぜなら、争点がいまだ決定されていない間は、ことからは、なお完全であり、したがって、原告は、遺言にもとづく相続回復請求を放棄したうえで、信託遺贈にもとづく請求を申し立てることができるからである。…」。

ベルガーにあっては、C. 6. 36. 8は、原告のみにかかる法文であり、しかも、原告が、遺言によるか、小書付によるかの選択ができるのは、争点決定前において、である。争点決定後には、原告は、もはや選択できないし、いわんや、原告が、さきに遺言にもとづいて敗訴したときには、その後、原告が、あらためて、小書付にもとづいて訴えることはできないのである。

第3章 ミューレンブルフの主張

リユーベックなる四自由都市上級控訴裁判所での審理が終結した後、同裁判所は、1827年2月13日、判決案作成のために、ハレ大学法学部判決団に、一件書類を送付した。ハレ大学法学部にあって、判決案作成の中心となったのが、ミューレンブルフであった。しかし、かれが尽力した判決案作成作業は、挫折した。この間の事情については、すでにさきに考察する機会をえたので、ここでは繰り返さない¹⁾。

ミューレンブルフは、1828年、シュテューデル美術館事件に関する自説を、別途公表した²⁾。その中で、ミューレンブルフは、第一に、シュテューデルの遺言が、遺言作成時にも、また、被相続人死亡時にもいまだ存在せず、したがって相続能力なきシュテューデル美術館を直接的に相続人に指定する遺言としては無効であること、しかし、第二に、シュテューデルの遺言における相続

人指定は、小書付条項により、有効な信託遺贈に転換されること、その結果、シュテューデルの遺産は、一旦は法定相続人らに移転するが³、しかし、法定相続人らは、シュテューデル美術館の認許を、しかるべき官庁に申請しかつシュテューデル美術館の理事らに遺産を返還するべきである、と説いた³⁾。

以下、いささか詳しく、ミュールンブルフの所論を検討したい。

ミュールンブルフは、反対説、すなわち、小書付条項が無効であると主張する説（いわゆる小書付条項無効説）を、とくにヤツソイ説を、批判する。

ミュールンブルフによれば、小書付条項無効説は、つぎの4点に根拠を有する⁴⁾。

第一に、小書付条項があるからといって、被出損者の相続無能力が治癒されることは不可能である。

第二に、『ユースティーニアーヌス勅法彙纂』C. 6. 36. 8によれば、いったん遺言にもとづく相続人指定を主張する者は、途中で小書付条項を援用することができない。C. 6. 36. 8は、たんに原告のみならず、被告にもまたかわる。けだし、『学説彙纂』D. 44. 1. 1によれば、「被告は、抗弁においては原告である⁵⁾からである。

第三に、被告であるシュテューデル美術館の理事らは、あるいは、より正確に述べるならば、その訴訟代理人らは、小書付条項をたてに、原告である法定相続人の権利には、訴訟の全過程において異議を申し立てることをしなかった。被告が小書付条項を援用しないのに、裁判官が、あえて、これを積極的に取り上げることは、たとえば、ゲンナーのいわゆる弁論主義⁶⁾によれば、禁じられる。

第四に、『フランクフルト都市改革法典』によれば、相続人における相続能力の欠如は、遺言無効の、したがって、遺言にもとづく相続人指定や遺贈その他の行為の無効の原因である。小書付条項による無効行為の転換は、フランクフルトでは、知られていず、認めがたい。

ミューレンブルフは、以上の小書付条項無効論に対して、応酬した。

第一に、小書付条項は、相続無能力のシュテューデル美術館に相続能力を付与するのではない⁷⁾。シュテューデルの遺言による相続人指定は無効であり、法定相続が発生する。そのうえで、法定相続人らは、小書付条項により遺言者シュテューデルの信託遺贈的な定めにもとづいて、いわば1つの負担として、シュテューデル美術館の設立を申請し、かつシュテューデルの遺産を、シュテューデル美術館の理事らに返還しなければならない。

第二に、遺言を援用する当事者（原告ないし被告）にはもはや小書付条項を援用することを禁じるかに見える C. 6. 36. 8は、本件では適用できない。ただし、C. 6. 36. 8は、類推適用を許さない変則法 *ius singulare* に属するからである⁸⁾。また、「被告は、抗弁においては原告である」という D. 44. 1. 1は、証明責任にのみかかわる⁹⁾。被告であるシュテューデル美術館の理事らが、ひとたび、遺産占有委付を申請したことは、本件訴訟における当事者の役割に影響を及ぼさない¹⁰⁾。

第三に、シュテューデルの遺言は、その内容全体について、裁判官の判断に付される。このシュテューデルの遺言から、本件における原告・被告のそれぞれにとって、あるいは有利に、あるいは不利に、何が生じるかは、ひとえに裁判官による法的判断 *Reflexion* に委ねられる。ここでは、『ユースティーニアヌス勅法彙纂』 C. 2. 11. un.¹¹⁾に定められるごとき、裁判官による補完的行為がある。ゲンナーのいわゆる弁論主義は、ゲンナーが、普通法上の弁論主義概念からたんに抽象化したものにすぎない。むしろ、W.H. プフタが説いた裁判官の積極的な介入¹²⁾こそが、実務にあっても認められている。

第四に、『フランクフルト都市改革法典』は、普通法を廃棄し、あるいは、たんに一部変更するにすぎない。『フランクフルト都市改革法典』が、小書付条項について沈黙している、すなわち、明文の規定をもたないからといって、『フランクフルト都市改革法典』が、普通法上の小書付条項に関する準

則を廃棄することにはならない。むしろ、小書付条項がフランクフルトにあって有効であることは、フランクフルトで作成されている諸々の遺言において、慣習により証明されているところである。また、オルトが、『フランクフルト都市改革法典注釈』で、小書付条項は、遺言の形式の瑕疵を補充するが、相続無能力や遺言無能力を補充するものではない、と説くことは、ミュレンブルフの所論とは矛盾しない。けだし、小書付条項は、無効な遺言を有効にするのではなく、遺言が無効である場合に発生する法定相続にあって、信託的遺贈により、法定相続人に、遺言者の遺言内容に相応する負担を、信託的に課するからである。

ミュレンブルフは、シュテューデルの遺言が、都市フランクフルトの、そして、ドイツの利益になるかどうか、といういわば生の利益衡量をしりぞけた。また、ミュレンブルフは、*pia causa* の拡大解釈、胎児との類推、あるいは、美術館設立を負担とする、都市フランクフルトの相続人指定という解釈をもしりぞけた。これに対して、以上見たように、ミュレンブルフは、無効な遺言の小書付条項による信託的遺贈への転換という法律構成を支持した。そのさい、当事者であるシュテューデル美術館理事らが援用していなくても、裁判官の積極的な補充解釈が認められている。これは、当事者による援用なければ、裁判所は取り上げない、というゲンナーの弁論主義にとっては、ありえないことであった。ミュレンブルフの所論の背景には、おそらくは、たとえ当事者が援用しなくても、裁判官は、職権により法的判断をなしうる、という職権探知主義的な積極的介入をする裁判官像をうかがうことができる¹³⁾。

ミュレンブルフは、本件における唯一の解決案を、つぎのようにまとめた¹⁴⁾。

a) シュテューデルの遺言による相続人指定は、無効である。原告らは、遺言が存在した場合の本来的な法定相続人である。現にシュテューデルの遺産を

占有しているシュテューデル美術館理事らは、シュテューデルの遺産全部を、すべての付随物および理事らが占有委任を受けた日から計算して、理事らが現に収取した利益および収取を怠った利益と一緒に、原告である法定相続人らに引渡す。ただし、そのさい、理事らは、占有訴訟で確定判決として承認された費用および使用人らの扶養料を控除できる。理事らは、シュテューデルの遺産に属するすべての文書、帳簿およびその他の書類を、正しく間違いのない財産目録にもとづいて、あるいは、こうした財産目録がないときには、宣誓のうえでの明細書にもとづいて引渡す。理事らは、シュテューデルの遺産についての従来の管理について、完全な、明細を示した、かつ精確な証拠書類をそなえた計算書を提出する¹⁵⁾。

b) 原告である法定相続人らは、シュテューデル美術館の設立および管理について、シュテューデルが遺言でおこなった指示にもとづいて、シュテューデル美術館の認許を、しかるべき官庁に申請する。そして、官庁の認許がでたときには、シュテューデルの遺産を、原告らが保持する権限のある部分を除いて、シュテューデル美術館の理事らに返還する。その後は、理事らの活動が、遺言で定められたとおりに始まる。そのさい、原告である法定相続人らは、もはや、理事らの活動に競り合うことはない¹⁶⁾。

注)

- 1) 判決案作成中止の詳細については、野田龍一『福岡大学法学論叢』第59巻第3号468-480頁を参照。
- 2) Christian Friedrich Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalles Nebst einer Einleitung über das Verhältniß der Theorie zur Praxis*, Halle 1828.
- 3) Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung*, S. 277-284.
- 4) Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung*, S. 277-279; S. 277, Anm. 206では「これらの〔小書付条項無効論の〕諸根拠は、一部については、原告らの訴訟代理人によって作成され、そして草稿として印刷された Promemoria, §. 43, 44において

申し立てられ、そして、より精確に論述されている」と述べている。

- 5) D. 44. 1. 1. 「ウルピアーヌス 告示注解第4巻より。抗弁を用いる者もまた、訴える *agere* と見られる。：なぜなら、被告は、抗弁においては、原告だからである」。テキストは、Gebauer ed., *Corpus Iuris Civilis*, Tom. 1, Gottingae 1776, p. 919に拠った。

- 6) Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung*, S. 278は、Gönner, *Handbuch des gemeinen deutschen Processes*, I. Abh. X. §. 13. der 2. Ausgabe を引く。

わたくしは、Nikolaus Thaddäus Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände*, Bd. 1, 2. Auflage, Erlangen 1804, Abhandlung X, §. 13, S. 252-255を参照した。裁判官は、抗弁、とくに消滅時効の抗弁を、当事者が援用していないときに、職権によって補充しうるか、について、ゲンナーは、これを原則として否定する。ただし、こんにちで言えば除斥期間のように、訴権それ自体を、抗弁なしに法上当然に消滅させるものについては、裁判官は、当事者による援用なしに考慮すべきである。

- 7) Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung*, S. 279は、Hellfeld, *opuscula No. XVIII*, §. 25を援用する。

わたくしは、Ioannes Augustus Hellfeldus, *Opuscula et dissertationes iuris civilis privati*, Ienae, Lipsiae et Francofurti 1775, p. 414を参照した。：「小書付条項は、それが効力をもつときには、無遺言での小書付の効果をもつ。…それゆえに、相続財産は、法定相続人に引渡される。この法定相続人は、遺言においてのこされた相続財産および遺贈を、信託遺贈の法により給付することについて拘束される。そして、遺言でおこなわれた直接的相続人指定は、間接的相続人指定ないし信託遺贈による相続人指定に転換される。…」。

なお、その後、1840年に、ミュールンブルフは、小書付条項の効力について、つぎのように述べる。Mühlenbruch, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, 3. Auflage, Theil 3, Halle 1840, S. 487 : 「… 小書付条項は、… 遺言の瑕疵が遺言能力において、その理由をもつときには、遺言の瑕疵を治癒することができない。… さて、通例、[小書付] 条項は、つぎの効果をもつ。遺言は、無遺言の小書付として有効とされる。… ; ついで、遺言において指定された相続人は、この [小書付] 条項の結果として、終意処分を、信託遺贈による負担として遵守し、かつ、履行するように、要求される。…」。

- 8) 変則法 *ius singulare* については、Christian Friedrich Mühlenbruch, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, 3. Auflage Theil 1, Halle 1839, S. 116 : 「… 変則法 *jus singulare* は、すなわち、つぎの法である。この法は、特別の諸理由から、正規に通用する法とは相違する。この例外がいかに広く及ぶにせよ、原則が、反対の原則によって完全に否定されるまでは、原則は、その意義を、つねにもつ。そ

れゆえに、変則法は、同時に一般法でもまたありうる。…」。

変則法の特徴は、類推適用ができない点にある。S. 142 : 「…類推の禁止は、…変則法規にあっては、おのずと理解される。…」。

ミュールンブルフは、わたくしの知見のかぎり、C. 6. 36. 8が変則法であることの論証を、どこにおいてもおこなってはいない。

ただし、Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.5, Berlin 1841, S. 256では、C. 6. 36. 8のケースを、複数の法律関係が存在し、これらの法律関係において、まさに複数の訴権の間の選択権が与えられ、したがって、実際にも、1つの訴えをたんに提起することによって、その訴えの結果を斟酌することなしに、他の訴えが吸収されるケースと理解する。この種のケースにあっては、選択に委ねられる諸訴権は、まったくあいことなる客体に向けられ、それは、訴権の間の選択というよりも、むしろ、複数の権利の間の選択と呼ばれねばならない。サヴィニーは、「これらのケースは、まったく孤立した本性をもち、共通の原理に、名を挙げて言えば、[訴権の]競合のここで叙述した競合の原理には依拠しない」と述べている。「まったく孤立した本性」が、変則法を示唆するものであろうか。

- 9) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S. 280 : 「…さらに、被告は、抗弁においては原告である、という命題は、ただ、証明責任についてのみ理解されるべきである」。

ミュールンブルフは、その理解についての論拠を示していない。しかし、D. 44. 1. 1. における被告の抗弁における原告との等置を、ミュールンブルフのように立証責任に関して理解することは、中世ローマ法学以来の伝統であった。たとえば、D. 44. 1. 1. の casus には、こうある。: 「諸々の抗弁においては、これらの抗弁を対抗させる者は、原告の諸々の役割を演じる。: なぜなら、かれは、これらの抗弁を立証 probare しなければならないからである」。Digestum Nouum Pandectarum iuris civilis tomus tertius, Lugduni 1566, col. 715.

さらに、Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, S. 185には、「…抗弁の理由は、被告によって立証されねばならない。このことが、まさに、『被告は、抗弁においては原告である』(1) という準則の主な意味である」とある。脚注1で、D. 44. 1. 1. の援用がある。

なお、ミュールンブルフの1840年におけるつぎの叙述を参照 : Mühlenbruch, Lehrbuch, Theil 3, S. 487 : 「…諸請求を、正式の、かつ完全な遺言としての遺言に根拠付けたが、しかし、それについては請求を棄却された者は、つづいて、なお、終意の有効なることを、小書付条項にもとづいて押し通そうとしてはならない。これが原則である。…」。これは、訴訟行為にあって、しかも、原告に限定した叙述である。

- 10) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S. 280 : 「[被告 = シュテューデル美術館

の理事らによって] 申請され、かつ付与された占有委付は、本件訴訟における [原告と被告との] 当事者の役割には、いかなる影響をも及ぼすことができない」。

シュテューデル美術館の理事らが、1816年12月5日ないし6日にシュテューデルの遺産占有委付の申立てをしたからといって、本件訴訟で原告になったわけではないというのが、その主張の意図であろうか。

- 11) C. 2. 11. un. 「皇帝ディオクレティアヌスおよびマークシミアヌスが、貴顕の士（ホノラトゥス）に。つぎのことは、疑われるべきではない。もしも、何か、訴訟当事者らによって、あるいは、訴訟代理人らによって、より少なく述べられたであろうならば、裁判官は、それを補充し、そして、かれが、諸法律および公益法に合致することを知っていることを教示する、ということである」。(293年の勅法)。

テキストは、Spangenberg, *Corpus Iuris Civilis*, Tom. 2, p. 137に拠った。

- 12) Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung*, S. 281参照。そこでは、Wolfgang Heinrich Puchta, *Über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen*, Nürnberg 1819, No. IV、とくに S. 90, 93, 107 fgg. (§. 29), 113が引用される。

W.H.プフタによれば、裁判官は、もちろん、当事者が主張していない事実を補充することはできない。しかし、当事者が主張する事実の範囲内で、それをいかに法的に評価するかは、裁判官の法的判断 Reflexion に委ねられている。この意味で「当事者が事実を裁判官に告げると、裁判官は、それを法的に判断する」のである。(88-90頁)。このように、W.H.プフタによれば、裁判官は、法的判断にあたっては、当事者の主張を積極的に評価することができることになる。具体例を1つだけあげれば、W.H.プフタは、ゲンナーとはことなっており、消滅時効の抗弁についても、それが当事者の主張する一件書類からあきらかである場合には、裁判官がこれを積極的に補充できる(108頁)、というのである。

- 13) たとえば、Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 5, S. 147-150における当事者と裁判官とのそれぞれの役割における訴権 *actiones* の命名 *Nomenclatur* についての意義に関する論述を参照せよ。：当事者について：「…現代の訴訟においては、訴権の名称を挙げなかったり、また、誤って表示しても、害は無い。それは、真に意図された訴権が、諸事実および当事者らの申立てから、確実にあきらかになる場合である。このことは、たんに、現代においては、無条件に認められねばならないばかりか、よりふるいローマ法に関してすら、ある意味では主張されねばならない」。裁判官について：「しかし、判決する裁判官に関しては、ことからは、まったくことなる。いずれの当事者が正しく、あるいは正しくないかを、裁判官が、たんに一般的に検証することで満足するならば、裁判官は、まったく、一般的でかつあいまいなことに身を滅ぼす危険にある。しかし、裁判官が、相対立する諸請求を個別化することを意欲する場合

には、訴権の命名 Nomenclatur が、そのさい、裁判官にとっては、ローマ法においては、まったく不可欠である。；なぜなら、この訴権の命名は、実務法の体系にとっては、ほぼ、文法が言語にとってあるものだからである。わたくしは、普通法の実務を知っているすべての人のつぎの経験を援用したい。法律諸関係それ自体の判断が、いかに、命名によって、明確さと確実さを勝ち得ることか。…。」。

裁判官の裁量権限は、ミュンヘンブルフやサヴィニーの時代にあつては、こんにちのわが国におけるのとは、かなり相違していたのではないか。

いわゆる弁論主義の歴史とわが国における現況につき、河野正憲『民事訴訟法』（有斐閣 2009年）219-237頁を参照。

- 14) ミュンヘンブルフが確信するにいたったところによれば「シュテューデルの遺言は、フランクフルト＝アム＝マインで通用している普通法および都市法からすれば、正式の、かつ有効な遺言としては、遺言相続人に指定されたシュテューデル美術館には相続能力が欠如するがゆえに、無効であり、たかだか、小書付条項によって、間接的な方で維持されることができにすぎない」。シュテューデル美術館が誕生し、被相続人 [シュテューデル] がその遺言で定めたときあり方で存立し、かつ管理されることを可能にするためには、... 以上のことで十分である。しかし、法定相続人らには、小書付条項によって維持される遺言にもとづいて、かれらに原則として帰属する権利 [四半分の控除権] はけっして疑われることができない」。Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S. 52.

ミュンヘンブルフは、その報告にもとづいて、ハレ大学法学部判決団が、「シュテューデル美術館の維持が、いずれにせよ、遺言に添付された小書付条項によって可能となる」ことについては、判決団全員の意見一致を見たことを伝える。

Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S. VII.

- 15) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S. 283-284.

- 16) Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung, S.284.

第4章 ゴイフェルトによるミュンヘンブルフ批判

ミュンヘンブルフによれば、シュテューデルの遺言による相続人指定は無効だが、小書付条項により、信託遺贈に転換され、この信託遺贈にもとづいて、法定相続人らは、シュテューデル美術館の認許を申請し、シュテューデルの遺産を、理事らに返還しなければならぬとされた。

ミュンヘンブルフに対しては、1828年、ヨハン＝アダム＝ゴイフェルトが、

批判した¹⁾。『ユースティーニアヌス勅法彙纂』C. 6. 36. 8は、シュテューデル美術館事件における被告であるシュテューデル美術館理事らにも適用されること、そして、シュテューデルの遺言における相続人指定の無効原因が、被指定者の無能力にあるときには、相続人指定は、信託遺贈には転換されることができないことが、批判のあらましであった。

ミュレンブルフは、C. 6. 36. 8がシュテューデル美術館事件には適用できない理由の1つとして、C. 6. 36. 8が変則法 *jus singulare* であることを挙げた。これに対して、ゾイフェルトは、C. 6. 36. 8はけっして変則法ではないと主張した。変則法は、国家経済的な、警察的な、その他厳格に法律的ではない考量から取り入れられた法である点に、その特徴をもつ。C. 6. 36. 8は、けっしてそのような考量によるものではない。皇帝テオドシウスは、遺言相続人が、いったんは、遺言が有効であるとして、この遺言を援用しておきながら、後に、今度は遺言が無効であることを前提として、小書付を援用するという、いわば、矛盾するふるまいを禁じようとしたのである²⁾。

C. 6. 36. 8が変則法ではないとすれば、原告に関するC. 6. 36. 8を被告＝シュテューデル美術館理事らに類推適用することは、可能だし、適切なことである³⁾。けだし、「被告は、抗弁においては原告である」からである。ミュレンブルフは、この命題を、たんに証明責任のみにかかわるものと解した。これに対して、ゾイフェルトは、「被告は、抗弁においては原告である」との命題が、権利追求のための手段としては訴権と同質である抗弁の一般的性質を述べたものであって、被告は、抗弁により、1つの独立の権利を主張する、と説いた⁴⁾。

さらに、ゾイフェルトは、シュテューデル美術館理事らが、1816年12月5日ないし6日に、シュテューデルの遺言にもとづき遺産占有委付を申請した点をとらえて、ここで遺言にもとづく申請というチャンネルを選択した以上、もはや小書付条項のチャンネルに変更することは、C. 6. 36. 8にかんがみれば、

許しがたい、と説いた⁵⁾。

さて、つとに考察したように、ベルリン大学法学部によれば、C. 6. 36. 8 は、シュテューデル美術館事件に適用されるが、シュテューデル美術館が *pia causa* であるがゆえに、小書付条項を援用することは、恩恵により許される、と解された。これに対して、ゾイフェルトは、遺言作成時にも、また被相続人死亡時にも存在していないシュテューデル美術館には、未成年者と同じ恩恵を与えることはできない、と主張した⁶⁾。

ミュレンブルフは、シュテューデルの遺言にある小書付条項により、シュテューデルは、その法定相続人らにその遺産を負担付で信託遺贈したと、解釈した。その負担とは、第一に、シュテューデル美術館を設立することであり、そして、第二に、設立されたシュテューデル美術館の理事らに、シュテューデルの遺産を返還することであった。これに対して、ゾイフェルトは、シュテューデルの遺言による相続人指定の無効原因が、指定された相続人＝シュテューデル美術館の、遺言作成時および遺言者死亡時における不存在＝無能力にあるときには、無効な相続人指定を、信託遺贈に転換することはできないと主張した⁷⁾。

ゾイフェルトの所論によれば、シュテューデルの遺言は、遺言による相続人指定としても、また、小書付条項による信託遺贈としても、無効だということになろう⁸⁾。したがって、シュテューデルの遺産は、すべて法定相続人らに帰属することになろう。

ゾイフェルトは、その論文の冒頭で、「世界のすべての美術館よりもより高い目的が [ここでは] 通用する。それは、法である」というミュレンブルフのことばを掲げている⁹⁾。ミュレンブルフが、一方では、シュテューデルの遺言によるシュテューデル美術館の設立を、衡平や利益衡量により有効とすることを批判しながら、他方では、小書付条項による信託遺贈への転換という、裁判官の職権でもっての法律構成によって美術館設立を認めたことは、

ゾイフェルトが賛同するかのミュールンブルフの信条からして、許しがたかったのであろう。

注)

- 1) Johann Adam Seuffert, Einige Bemerkungen über die Codicillarclausel und die Auslegung letzter Willen, veranlaßt durch den Städelschen Beerbungsfall, Würzburg 1828.

ゾイフェルトの経歴については、Karl Theodor von Heigel, Seuffert, Johann Adam Ritter von, in: ADB, Bd. 34, Leipzig 1892, S. 58-64参照。ゾイフェルトは、1819年以来、ミュンヘン大学正教授であった。ゾイフェルトが、シュテューデル美術館理事らのための意見書作成に関与していたかは、不明。

- 2) Seuffert, Einige Bemerkungen, S. 6-8.
 3) Seuffert, Einige Bemerkungen, S. 9-12.
 4) Seuffert, Einige Bemerkungen, S. 12-20..

ゾイフェルトは、ここで、訴権と抗弁とは、双方とも、訴訟における相手方への攻撃を含み、抗弁を主張する被告は、訴えを提起する原告と同様に、かれが述べる法律関係が裁判官に認められるように努める、と説いている。ゾイフェルトが根拠として援用するのが、マルチンおよびゲンナーである。

Christoph Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 8. Auflage, Heidelberg 1824, S. 125-126 : 「訴権と抗弁とは、以下の点を、相互間で共通にもつ。双方とも、訴訟における相手方の攻撃を含み、そして、訴権または抗弁を主張する者自身の主張に根拠付けられねばならない」。

ゲンナーについては該当箇所を見つけることができなかった。ただし、Martin, Lehrbuch, S. 126, Anm.b)は、Gönner, Handbuch, Bd. 1, Nr. 23. §. 4を援用して、「[訴権と抗弁との] 双方ともに、それゆえに、権利追求の手段という名称を帯びる」と述べる。

ゾイフェルトは、さらに、「被告は、抗弁においては原告である」という命題が民事訴訟法の根本原理であると主張し、ゲンスラーを援用する。

Johann Caspar Gensler, Handbuch zu D. Christoph Martins Lehrbuch des teuschen gemeinen bürgerlichen Processes, Theil 1, Jena 1821, S. 144-145 : 「... 真の抗弁は、独立した、固有の、相手方 [原告] の事実の陳述とは相違して、この相手方の事実の陳述を排除する主張から成り立つ。...」。

- 5) Seuffert, Einige Bemerkungen, S. 21-25.
 6) Seuffert, Einige Bemerkungen, S. 26-27.
 7) Seuffert, Einige Bemerkungen, S. 27-29.

ゾイフェルトは、ここで、以下の諸文献を援用する。：

Johann August Hellfeld, *Iurisprudentia forensis secundum Pandectarum Ordinem proposita*, Tom. 2, Ienae 1779, §. 1515, p. 581 : 「… 小書付条項は、… 相続人の… 能力に関して発生するであろう瑕疵を補充しない」。

Carl Christoph Hofacker, *Principia iuris civilis Romano-Germanici*, Tom. 2, Tubingae 1794, §. 1574, p. 702 : 「不完全な遺言は、… 小書付条項によっては、… あるいは、相続能力を享有しない者が相続人として書かれている場合には、小書付としては維持されることができない」。

Codex Maximilianeus Bavaricus, München 1821, Th. 3. Cap. 3. §. 23, p. 301 : 「… 小書付条項は、… つぎの諸瑕疵を治癒することができない。これらの瑕疵は、… あるいは、能動的遺言能力および受動的遺言能力〔相続能力〕において現れる」。

Orth, *Anmerkungen*, 2. Fortsetzung, S. 396. オルトのこの箇所については、本論文第2章注8ですでに引用した。

- 8) ただし、ゾイフェルトは、*Einige Bemerkungen* 論文中にあっては、この結論を明確には述べていない。
- 9) Seuffert, *Einige Bemerkungen*, *Statt des Vorworts*. このことばは、*Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung*, S. 60に見える。

第5章 その他の諸学説

シュテューデルの遺言における相続人指定を、その小書付条項でもって信託遺贈に転換するベルリン大学法学部およびミュンヘンとこれに反対するヤツソイおよびゾイフェルトの所論を考察してきた。

同時代にあって、その他の学説は、どうであったか。以下、小書付条項でもって信託遺贈に転換する説に賛成する学説およびそれに反対する学説に分けて、考察する。

1. 小書付条項による信託遺贈への転換に賛成する学説

すでに、エルファースは、1827年の時点で、小書付条項による信託遺贈への転換を、その論述の補足として説いていた¹⁾。シュテューデルの遺言にあつ

ては、小書付条項が、明示的に付加されている。したがって、かりにもシュテューデル美術館を遺言によって相続人に指定することが、それ自体としては無効であるにせよ、小書付条項のおかげで、包括的信託遺贈が効力をもつことになる。この場合には、信託遺贈によるシュテューデル美術館が法的に存在するための手続きをとることは、法定相続人または遺言執行者もしくは裁判所の責務である、というのである。

1828年、ヴェンクは、ライプツィヒ大学法学部意見の補足・修正を目的として、シュテューデル美術館事件に関する論文を公表した。その中で、ヴェンクは、ミュンヘン説の如く、シュテューデルの遺言における相続人指定が、かりそめにも無効である場合には、法定相続人への負担付信託遺贈として有効であるとした。ただし、ミュンヘン説は、その場合の手続きについて、こう述べていた。遺言による相続人指定は無効→法定相続が発生→遺産を現に占有しているシュテューデル美術館の理事らは、遺産をいったんすべて法定相続人に引渡す→法定相続人は、遺言どおりにシュテューデル美術館の認許を官庁に申請し、同時に、しかるべき部分を控除しうえて、残余遺産を、シュテューデル美術館の理事らに返還する。これに対して、ヴェンクは、ミュンヘン説の如く段取りが煩雑にすぎると批判した。そして、小書付条項の効果として、シュテューデル美術館は、依然シュテューデルの遺産占有を継続し、しかるべき部分のみを法定相続人に引渡すだけでよいと、ヴェンクは主張した²⁾。

1838年、ミュンヘン説は、とくにゾイフェルトによる批判への応答として、ふたたび、持論を主張した³⁾。シュテューデルの遺言による相続人指定が無効ならば、小書付条項によって、信託遺贈が発生しても、遺言相続人＝遺言者シュテューデルがおこなった指示を執行する法的に有効な主体がないのではないかとゾイフェルトは、批判する。しかし、ミュンヘン説によれば、ゾイフェルトは、遺言相続人と遺言執行者とを混同している。信託遺贈

にあつては、遺言者が遺言で遺言執行者＝理事らを定めていることで十分である。遺言者が遺言でおこなった指示を執行するように定めた理事ら自身が相続人であることは不要だし、理事ら自身が指示の実現に直接的な利益をもつことも不要である。小書付条項の効力として遺言全体が承認され履行されねばならないなら、遺言者が遺言で遺言執行者に付与した権利もまた承認される⁴⁾。

2. 小書付条項による信託遺贈への転換に反対する学説

しかし、他方では、ヤツソイやゾイフェルトと同様に、小書付条項による信託遺贈への転換に反対する学説も存在した。

ツィンメルンは、1828年に、ミューレンブルフの著書に対する書評の中で、その批判の1つとして、小書付条項による信託遺贈への転換を批判した⁵⁾。

ツィンメルンの批判は、以下のようである。第一に、ミューレンブルフによれば、シュテューデルの遺言は無効になり、その遺産は、現占有者である理事らから、法定相続人らに引渡されねばならない。しかし、小書付条項により信託遺贈への転換が生じ、法定相続人らは、しかるべき分を控除して、理事らに返還せねばならない。しかし、なぜ、理事らは、ついで生じるべき返還請求権ゆえの留置権を行使できないのか？第二に、しかし、ミューレンブルフによるならば、シュテューデル美術館事件にあつては、シュテューデルの遺産を占有できる権利主体が、存在していなかったことになる。けだし、シュテューデルの遺言による、シュテューデル美術館を相続人にするという相続人指定が無効で、法定相続人が、遺産の引渡しを受けた後で、負担の履行として、しかるべき官庁にシュテューデル美術館の認許を申請するべきだとすれば、この認許が出るまでは、シュテューデル美術館なる法人は存在しないのである。万一、法定相続人らが、この申請を怠るならば、いったい、誰が、法定相続人らに、この申請を強制することができるのか。法的にはいまだ存在してい

ないシュテューデル美術館か、都市フランクフルトか、国庫か、民衆の誰であれすべての者か、シュテューデル美術館で教育を受けることができる貧困児童らか。ミュールンブルフ自身は、これらの者が、強制する権限をもつことを否定している。こう考えると、そもそも、法定相続人らを相手として訴訟を遂行する能力のある法的主体が欠如しているのである。ツィンメルンは、こうして、シュテューデルの論述を、1つの「手品芸」Taschenspielkunstと呼ぶ⁶⁾。なお、ツィンメルン自身は、シュテューデル美術館事件にあっては、1815年3月15日のシュテューデルの遺言は、遺言としても小書付としても無効であり、1812年1月18日に『ナポレオン法典』の下で作成された遺言（ただし、それは、伝わっていない）のみが、その作成時に有効であったかぎり、効力をもちつづけねばならない、と主張している⁷⁾。

くだって、1853年、エドアルト＝ファインが、C. 6. 36. 8解釈をよりどころに、ミュールンブルフの小書付条項による信託遺贈への転換を批判した⁸⁾。

ミュールンブルフは、C. 6. 36. 8を、変則法 *ius singulare* とし、ただ、原告が、しかも、遺言にもとづいて訴えの提起をした後で、小書付条項に切り替えることを禁じたものと解した。シュテューデル美術館事件にあっては、小書付条項は、被告であるシュテューデル美術館理事らのために有利になる。理事らは被告であるから、C. 6. 36. 8にの規定する切り替え禁止は、あてはまらないことになる。これに対して、ファインは、ゾイフェルトに賛成して、C. 6. 36. 8は、けっして変則法 *ius singulare* ではなく、したがって、被告についても類推適用されること、そして、C. 6. 36. 8は、訴訟上のみならず、訴訟外でも適用されることを主張した。およそ、当事者が、裁判においてあれ、裁判外であれ、遺言によるか、あるいは、小書付条項によるかを、ひとたび選択すれば、その選択を、その後は、変更することができないのである⁹⁾。

C. 6. 36. 8の適用範囲をいかに考えるか、は、その後も、ドイツにあって

は、普通法学説および裁判例で、争いのあるところであった¹⁰⁾。

参照することのできたパンデクテン教科書や普通法適用地域の裁判例によれば、C. 6. 36. 8が、裁判外での選択にも適用があるか、あるいは、訴訟行為中での選択に限定されるか、について、解釈は、区々であった。

さらに、訴訟行為中での選択に限定するとしても、これを原告のみならず被告にも類推適用するのか、あるいは、原告に限定するのか、についても見解が分かれていた。

かりに、C. 6. 36. 8が、原告に限定されるのであれば、ミューレンブルフのように、被告であるシュテューデル美術館の理事らが、遺言にもとづいて、ではなく、小書付条項にもとづいてその権利を主張することは差し支えない。しかし、C. 6. 36. 8が、原告のみならず被告にも適用され、さらには、裁判外での選択にも適用されるとなれば、C. 6. 36. 8の存在が、ミューレンブルフの法律構成にとっては、妨げとなろう。ミューレンブルフによる小書付条項による解釈もまたなお問題を残すものであった。

注)

- 1) Christian Friederich Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit, insbesondere juristischer Personen, Göttingen 1827, S. 246-247.

エルファースの経歴については、Rudolf Elvers, Elvers, Christian Friedrich, in: ADB, Bd. 6, Leipzig 1877, S. 75-76. かれは、1823年以来、ゲッティンゲン大学法学部の員外教授であった。かれは、同大学判決団の一員として、シュテューデル美術館事件における原告＝法定相続人のための意見書作成に関与した。しかし、その意見は、報告担当者アントン＝パウアーのそれと衝突するものであった。

- 2) Carl Friedrich Christian Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städtelschen Beerbungsfalles, Leipzig 1828, S. 13-17.

ヴェンクの経歴について、Johann August Ritter von Eisenhart, Wenck, Karl Friedrich Christian, in: ADB, Bd. 44, Leipzig 1898, S. 478-479を参照。かれは、1824年以来、ライプツィヒ大学法学部の正教授であった。かれは、シュテューデル美

術館事件における原告＝法定相続人のための意見書の作成に関与した。しかし、その意見は、むしろ、被告＝シュテューデル美術館理事に有利な結論にたった。それゆえ、原告訴訟代理人ヤツソイは、かの意見書を改竄・短縮して公表した。ヴェンクは、1828年6月6日に、病没している。

- 3) Christian Friedrich Mühlenbruch, Ausführliche Erörterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar, Bd. 40, Erlangen 1838, S. 105, Anm. 62.
- 4) ミューレンブルフは、1828年の Rechtliche Beurtheilung, S. 277-284では、つぎのことを論述しようとした、という。シュテューデルの遺言における小書付条項の結果、法定相続人らが指定された相続人として見られるべきである。ただし、それには、負担 *modus* が付いている。その負担とは、シュテューデル美術館の設立について配慮する、という負担である。ミューレンブルフは、「この見解にしたがって、シュテューデル美術館は、また、なるほど、法的判断 [rechtliche Entscheidung; 裁判官による判決 *richterliche Entscheidung* の誤記か?] によってではないが、和解によって誕生した」と述べている。遺言における無効な相続人指定の小書付条項による信託遺贈への転換という1828年のミューレンブルフの提案が、シュテューデルの法定相続人とシュテューデル美術館理事らの間での和解をねらったものであることを、われわれは、ここから読み取ることができようか。
- 5) Siegmund Wilhelm Zimmern, Recensionen und Anzeigen betr. Elvers, Paulus und Mühlenbruch, in: Jahrbücher der gesammten deutschen juristischen Literatur, Bd. 7, Heft 3, Erlangen 1828, S. 253-280.

ツィンメルンの経歴については、August Ritter von Eisenhart, Zimmern, Siegmund Wilhelm, in: ADB, Bd. 45, Leipzig 1900, S. 302を参照。かれは、1826年以来、イエーナ大学法学部正教授であった。かれは、1830年、34歳で病没した。

- 6) Zimmern, Recensionen und Anzeigen, S. 273-276: 「... 小書付条項は、いかなる効果をもつか? わたくしは、こう答える。『いかなる効果をもたない』。: なぜなら、すくなくとも、信託遺贈による相続財産 *fideicommissa hereditas* は、すべての法人に出損されることが演繹されることができであろうにせよ: 人格それ自体の存在は、小書付による指示によっては惹起されることができない。ミューレンブルフの意見は、これとことなる」。... 「われわれは、なかんずく、こう問う。なぜ、いったい、最初に [シュテューデル美術館の理事らから法定相続人らに、遺産の] 引渡しがおこなわれ、ついで [法定相続人からシュテューデル美術館の理事らに、遺産の] 返還がおこなわれるべきであるのか。なぜ、(たしかに、遺産占有と連結している) [遺産の] 返還請求権ゆえの留置権が、[シュテューデル美術館の理事らによって] 行使され、したがって、法定相続人には、しかるべき四半分のみが引渡される、ということにならないのか?」。... 「しかしながら、[ミューレンブルフ説に対しては] ひとつは、こう反論するであろう。

本件においては、実に〔遺産を〕留置しうるのであろう人格は、それ自体、いまだ存在せず、本来の〔法定〕相続人らの申請にもとづいて法律的な存在にいたることができるし、かついたらねばならない。しかし、まさに、このことによって、小書付条項が効力をもたないことが証明される。すなわち、法定相続人らに、シュテール美術館の認許を実現するように、いったい誰が、強制することができるであろうか？ 法律的に存在しないシュテール美術館それ自体か？ あるいは、たとえば、都市フランクフルトか？ 国庫か、民衆の誰であれすべての者か、シュテール美術館で教育を受けるべき貧困児童か？。…「したがって、シュテール美術館には、法人格が欠けていて、法人格が、法定相続人らの不利益になるかたちで、そして、法定相続人らの協力なしには与えられることができないとすれば、留置も、また、訴えも、法律的には存在しないものとしてのシュテール美術館の側からは、法定相続人らを相手としてはおこなわれることができない。法定相続人らを相手とする訴訟を遂行することができるであろう法的主体が欠けている。そして、すくなくとも、書評子〔ツィンメルン〕は、法律的な手品には通じてはいない。それは、法律的に存在しないものに強制手段を提供するという曲芸をお手の物とするほどに、である。この強制手段の力により、この法律的に存在しないものが、法人格に転換されることができるであろう。—したがって、ただ、実際の人格のためにのみ、終意による負担は効力をもって与えられ、そして、したがって、遺言もまた、小書付条項によって効力のあるものに転換されうるのであろう」。

7) Zimmern, Recensionen und Anzeigen, S. 259.

8) Eduard Fein, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar, Bd. 45, Erlangen 1853, S. 279-285(286).

ファインの経歴については、Theodor Muther, Fein, Eduard, in: ADB, Bd. 6, 1877, S. 605-606を参照。ファインは、1852年、テュービンゲン大学のパンデクテン講座担当教授として招聘された。

9) Fein, Commentar, Bd. 45, S. 285は、このように C. 6. 36. 8を、原告のみならず、被告にも拵げ、また、裁判ににおいてのみならず、裁判外でも適用する所論を、近時の「通説」communis opinioと呼んでいる。

10) C. 6. 36. 8解釈をめぐる19世紀半ばごろの学説・裁判例を一瞥しておきたい。

一方では、ファインのように、C. 6. 36. 8を、裁判ににおいてのみならず、裁判外であっても、遺言によるか、小書付条項によるかの選択を課するものと解する学説・裁判例があった。たとえば、

Albrecht Schweppe-Wilhelm Mejer, Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4. Ausgabe, Bd. 5, Göttingen 1833, S. 385: 「しかし、相続人は、はじめにすぐに、かれが、遺言相続人として見られることを意欲するか、あるいは、信託遺贈受遺者として見られることを意欲し、そして、それにもとづい

てかれの権利を主張するか、選択しなければならない。]

Friedrich Ludwig von Keller, Pandekten. Vorlesungen 2. Auflage, Bd. 2, Leipzig 1867, S. 518 : 「かかる遺言において相続人に指定された者は、はじめに、かれが、遺言をかかものとして主張することを意欲するか、あるいは、小書付として主張することを意欲するかを決定しなければならない、そして双方を、ことなつた時期に重ねて *succesiv* 試みてはならない」。

Julius Baron, Pandekten, Leipzig 1872, S. 885 : 「終意処分が遺言の効力をもつか、あるいは、たんに小書付の効力をもつか、あいまいであるときは、相続人に指定された者は、かれが、遺言相続人の権利を主張することを意欲するか、あるいは、包括的信託遺贈受遺者の権利を主張することを意欲するのか、を決定しなければならない。；ひとたびおこなわれた決定は、撤回されることができない。...」。

Georg Friedrich Puchta, herausgegeben von Adolf August Friedrich Rudorff, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 6. Auflage, Bd. 2, Leipzig 1874, S. 476 : 「被出損者らは、かれらが、かれらの権利を、遺言にもとづいて主張することを意欲するか、あるいは、小書付にもとづいて主張することを意欲するかを、選択しなければならない。...」。

Ludwig Arndts Ritter v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 9. Auflage, Stuttgart 1877, S. 876 : 「[相続人に] 指定された者は、相続人の権利を主張するか、あるいは、包括信託遺贈受遺者の権利を主張するかの選択をもつ。しかし、[いずれかを選択した] その後になって、ひとたび捨てた選択肢に拠ることができない」。

1898年4月12日ライヒスゲリヒト判決 : RGC., Bd. 41, 1898, S. 165-168 : 「... C. 6. 36. 8については、つぎの解釈が正しい。遺言にもとづいて相続することを意欲するか、あるいは、小書付にもとづいて相続することを意欲するかの表示は、それが訴訟においておこなわれた場合のみならず、その表示がおこなわれたすべての場合において、もはや撤回することができない。...」。

しかし、他方では、C. 6. 36. 8を、訴訟行為に限定する学説や裁判例、あるいは、訴訟行為の中でも、ひとえに原告して適用する学説や裁判例があった。たとえば、訴訟行為に限定する学説・裁判例としては :

Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 5, S. 257 : 「小書付条項付きの遺言にあっては、[相続人に] 指定された者は、相続回復請求権 *hereditatis petitio* と信託遺贈訴権との間で選択をもつ。；ここにおいてもまた、双方の権利は、相互に排除する」。

Johann Friedrich Ludwig Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, herausgegeben von Albrecht Erxleben, 2. Auflage, Göttingen 1843, S. 564 : 「小書付条項付きの遺言にもとづいて [相続人に] 指定された者は、かれが、相続財産

についての請求権を主張するときは、ただちに、かれが、遺言を、遺言として請求することを意欲するのか、あるいは、小書付として請求することを意欲するのかについて決定しなければならない。：そして、かれが、選択したときには、かれは、その後は、この選択から逸脱してはならない」。

Heinrich Dernburg, Pandekten, Bd. 3, 6. Auflage unter Mitwirkung von Johannes Biermann, Berlin 1901, S. 181 : 「相続人として指定された者が、小書付条項の法的救援を意欲するときには、かれは、このことを表示しなければならない。かれが、ひとたび、裁判所で、相続人として、あるいは、包括的信託遺贈受遺者として、自らを表示したときは、かれの選択は、変更がきかないものであるべきである」。

Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage bearbeitet von Theodor Kipp, Bd. 3, Frankfurt am Main 1906, S. 596-597 : 「遺言において出損された者は、かれが、遺言を援用することを意欲するか、あるいは、小書付条項を援用することを意欲するかを決定しなければならない。；かれは、ひとたびおこなった選択を、もはや撤回することができない。しかし、訴えまたは答弁において含まれる[選択の]表示がはじめて、かれを拘束する。… 注13 : … もしも、ひとが、ただ、原告の選択のみを拘束されるものとして説明し、被告の選択については拘束されないと説明するとすれば、それは、行き過ぎである」。

ヴィントシャイトは、ここで、ミュールンブルフを、こうした行き過ぎた解釈を主張する者として引用する。そして、ミュールンブルフの解釈を「文字に拘泥する解釈」Buchstabeninterpretationと呼称する。他方で、ヴィントシャイトは、C. 6. 36. 8における選択の禁止を、訴訟で敗訴した後のみに限定する解釈（このような解釈をおこなった裁判例：1849年2月7日キール上級控訴裁判所判決 Seufferts Archiv, Bd. 5, 1852, S. 257）を、「なおより間違っている」と説いている。

ヴィントシャイト説を支持する裁判例：1872年3月22日バイエルン最高裁判決 Seufferts Archiv, Bd. 31, 1876, S. 317-319, S. 318 : 「… [C. 6. 36. 8の] 正しい解釈によれば、[裁判外の交渉ではなく] 訴訟それ自体においておこなわれた [選択の] 表示がはじめて決定的である…」。ヴィントシャイトが、ここで援用される。

しかし、ヴィントシャイトの権威にもかかわらず、ミュールンブルフのように、C. 6. 36. 8を、訴訟行為における原告に限定する学説および裁判例も散見された。

Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. 3, 3. Auflage, Leipzig 1869, S. 683 : 「… 1つの独特の、ここに属する規定であるのが、なお、つぎの規定である。小書付条項付き遺言において指定された相続人は、かれが、この遺言にもとづいて請求をおこなう前に、かれが、遺言を、遺言と

して主張することを意欲するのか、あるいは、小書付として主張することを意欲するのか決定しなければならない。そして、かれは、おこなった決定を、ふたたび撤回することができない。…注13：…この稀なる規定は、また、ローマ法の一般的諸原則とは合致せず、そして、それゆえに、けっして類推 Analogien として用いてはならない。…」。

1854年3月21日ツェレ上級控訴裁判所判決 *Seufferts Archiv*, Bd. 8, 1855, S. 106 : 「…C. 6. 36. 8は、…被告には適用されない。」。

むすび

すでにさきにあきらかにしたように、ミュンペルフは、シュテューデル美術館事件に関するその論述に先立って、裁判官による法解釈について、つぎの4点を強調していた。①衡平や便益 *utilitas* の原理を援用できるのは、実定法がこうした衡平や便益を認めているときに限定され、しかも、実定法の制約の枠組みの中においてのみである。②普通法（ローマ法）法源とことなる、より新しい習俗・慣行・実務などがあるにせよ、立証されることができないかぎり、それを援用してはならない。③変則法および特権を、論理的解釈でもって拡大してはならない。④法を離れた生の利益でもって判断してはならない¹⁾。かれは、法解釈に関する法原理を尊重し、揺れ動く法感情や衡平でもって、法原理に代えてはならないと戒めた。わたくしは、かつて、こうしたミュンペルフの基本的態度に感動した。そして、この基本的態度を、たとえば、エルファースによる衡平・便益重視論に対峙するものとして位置づけた²⁾。

この感動は、10年以上の歳月が過ぎ去った現在でも、なお不変である。

これに対し、このような対立的構造でとらえるならば、ミュンペルフ = 概念法学 vs エルファース = 利益衡量法学という、わたくし自身が排除しようとしている教条的図式にはまり込んでしまうのではないかとの指摘を受

けた³⁾。わたくしは、この指摘を受けて以来、いつの日か、ミューレンブルフの法解釈論に、ふたたび立ち入りたいと思った。遺憾ながら、現在にあっても、わたくしは、正面から、ミューレンブルフの法解釈論を取り上げる資格をもたない。ただ、付随的に、以下のことを述べておきたい。

本稿において、はじめて、ミューレンブルフの、衡平を重視する他説に対するたんなる批判ではない、独自の積極的な法律構成を垣間見ることができた。この考察を終えて、とくに印象に残っているのは、ミューレンブルフの裁判官裁量論である。ミューレンブルフが唱道した小書付条項による包括的信託遺贈への転換論は、既述のように、シュテューデル美術館をめぐる訴訟事件にあっては、管見のかぎり、被告であるシュテューデル美術館の理事らが援用主張したところではなかった。ゲンナーによれば、被告による抗弁としての援用がなければ、原則として、裁判官がこれにもとづいて判決を言い渡すことはできないはずである。これに対して、ミューレンブルフは、W. H. プフタの所論「当事者が事実を述べると、裁判所は法を述べる」に拠りながら、小書付条項に依拠して、負担付き包括信託遺贈論を説いたのである。

同時代のサヴィニーにも見えた、このような、当事者の主張にはない法律構成を裁判官の権限として認める裁判官裁量論は、驚きである。

既述のように、一口に、「概念法学」、「弁論主義」、「利益衡量」と、こんにちなお争いのある用語を用いても、19世紀初頭ドイツにあっては、現在のわが国におけるのとは、相当ことなる内実を含んでいるのではまいか。この点について、他日、当時の裁判官裁量論に即して、ぜひさらに掘り下げ穿って探求したい。

さて、ミューレンブルフの小書付条項論は、小書付条項による負担付き信託遺贈の法律構成でもって、遺言の無効を前提として、シュテューデルの全遺産を、現在遺産を占有しているシュテューデル美術館の理事らをして法定相続人らへ引き渡させた。それは、同時に、負担の履行として、法定相続人らに、

シュテートル美術館の認許申請および認許されたシュテートル美術館への遺産の返還を課するものであった。それと引き換えに、法定相続人らに、いわゆるファルキディウスないしトレベリウスの四半分と呼ばれる部分を、シュテートルの遺産から控除することを認めた⁴⁾。

ミュレンブルフは、「概念法学」「形式法学」「文字に拘泥する解釈」と呼ばれながらも、精緻な法律構成に立脚して、「利益衡量」論の筆法によれば、シュテートル美術館の理事らの利益と法定相続人らの利益とのバランスを図ったのである。シュテートル美術館事件がゆきついた和解内容が、まさにミュレンブルフの提唱と同じ内容であった⁵⁾ことは、けっして偶然ではあるまい。

しかし、同時代にあっては、ミュレンブルフが認めたかの四半分の控除を否定する論者がいた。本稿で取り上げたうちでは、ベルリン大学法学部の意見書⁶⁾、エルファース⁷⁾およびヴェンクの所論⁸⁾である。

では、この四半分の控除の是非をめぐり、当時、いかなる法文について、いかなる議論があったのか。目下、わたくしには、これをあきらかにする能力も、またその用意もない。稿を改めて、別途、研究成果を公表したいと念じている。

注)

- 1) Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung*, S. 1-38.
- 2) 野田龍一『原島重義先生傘寿 市民法学の歴史的・思想的展開』232-240頁。
- 3) むすび前注2掲載の論文に対する書評：潮見佳男『法制史研究 57 2007』414-418頁。とくに417-418頁。
さらに、書評：吉村朋代『法制史研究 64 2015』514-518頁をも参照。
ご多忙中にもかかわらず、書評の筆をお執りくださった両先生に、この場を借りて篤く御礼申し上げたい。
- 4) Mühlenbruch, *Rechtliche Beurtheilung*, S. 284-289.
- 5) この点については、野田龍一『福岡大学法学論叢』第59巻第3号480-484頁を

参照。

- 6) Rechtliches Gutachten der Juristenfacultät zu Berlin, S. 24-25.
- 7) Elvers, Theoretisch-praktische Erörterungen, S. 247.
- 8) Wenck, Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung, S. 21-23.

(2016年1月11日成稿)