

# シュテューデル美術館事件における占有訴訟の一斑

## — ランズフート大学鑑定意見について —

野 田 龍 一\*

凡例：文中、[ ] は、筆者による挿入部分を、… は、筆者による省略部分を示す。

### 目 次

#### はじめに

#### 第1章 ミュンヘン大学文書館所蔵文書について

#### 第2章 占有訴訟にいたる経緯

#### 第3章 フランクフルト都市裁判所判決

#### 第4章 フランクフルト控訴裁判所における当事者の主張

#### 第5章 ランズフート大学鑑定意見のあらまし

#### 第6章 シュテューデル美術館理事らによる一部公表

#### 第7章 一部公表された刊本と鑑定意見との比較

#### むすび

### はじめに

わたくしは、シュテューデル美術館事件について、研究を積み重ねてきた<sup>1)</sup>。フランクフルトのヨーハン＝フリードリヒ＝シュテューデルは、その遺言で、美術館を設立し、と同時に、同じ遺言において、設立されるべき美術館を、

---

\*福岡大学法学部教授

その相続人に指定した。遺言者シュテューデルの従兄弟姉妹が、この遺言の取消 *Anfechtung* を主張した。

すでに考察したように、占有訴訟と本権訴訟<sup>2)</sup>とが、二本建てで、おこなわれた。このうち、占有訴訟に関しては、第1審であるフランクフルト都市裁判所判決および控訴審であるフランクフルト控訴裁判所判決について、史料が乏しく、その全容を窺い知ることが容易ではなかった<sup>3)</sup>。

これまで、われわれが利用できたのは、主に、シュテューデル美術館の理事らが、フランクフルトで印刷公刊させた刊本<sup>4)</sup>であった。そこにあるのは、一見してあきらかなように、シュテューデル美術館にとって有利な箇所を一部抜粋したものであった。

わたくしは、その後、ミュンヘン大学図書館所文書目録の中に、本件の占有訴訟に関するランズフート大学法学部の鑑定意見の謄本(以下、ランズフート大学鑑定意見)があるのを知った。その史料を分析した結果、わたくしを含め誰も指摘することがなかった、少なからぬ知見に恵まれた。

小稿では、主に、この文書を使って、以下のように論述をしてみたい。

まず、当該文書の概要を紹介する。

ついで、当該文書からあきらかになった占有訴訟にいたる経緯を考察する、さらに、フランクフルト都市裁判所による第1審判決を見る。

そのうえで、当事者双方の主張を考察する。

以上を踏まえて、ランズフート大学鑑定意見の判断を考察する。

これに対して、ランズフート大学鑑定意見が、シュテューデル美術館理事らによって、どのように切り取られて、一部公表されたかを考察する。

最後に、公刊された刊本と本件文書とを照合する。

むすびとして、小稿での考察をふまえたうえで、今後の検討課題を確認する。

## 注)

- 1) 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）205-241頁；②野田龍一「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.—」『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；③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；④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；⑤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；⑥野田龍一「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—」『福岡大学法学論叢』第60巻第4号（2016年）531-568頁；⑦野田龍一「シュテューデル美術館事件における四半分の控除（1・2 完）—Nov.131.c.12.pr.の解釈をめぐる—」『福岡大学法学論叢』第61巻第1・2 合併号（2016年）65-105頁および第61巻第3号（2016年）685-724頁；⑧野田龍一「シュテューデル美術館事件と『ナポレオン法典』（1・2 完）—1811年11月21日デクレの拘束力をめぐって—」『福岡大学法学論叢』第61巻第4号（2017年）1135-1179頁および第62巻第1号（2017年）29-77頁；⑨野田龍一「『この地の都市と市民団のために』（1・2・3・4・5 完）—シュテューデル美術館事件における遺言の解釈—」『福岡大学法学論叢』第62巻第2号（2017年）427-460頁；第62巻第3号（2017年）649-689頁；第62巻第4号（2018年）991-957頁；第63巻第1号（2018年）51-94頁；第63巻第2号（2018年）393-440頁。

研究の一斑を、2014年9月、テュービンゲン大学で開催された第40回ドイツ法制史家大会 deutscher Rechtshistorikertag で報告する機会に恵まれた。この報告にもとづいて、Ryuichi Noda, Zum Städel'schen Beerbungsfall, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Bd.133, Germanistische Abteilung 2016, S.365-403を発表することを許された。

その他、シュテューデルの遺言およびシュテューデル逝去からシュテューデル美術館理事らによるシュテューデルの遺産占有の委付までの関係史料を試読した：野田龍一「シュテューデル美術館設立史料試読」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4 合併号（2011年）603-645頁。

以上の拙稿について、思いがけなくも、書評を賜った：①につき：潮見佳男『法制史研究』第57巻（2007年）414-418頁；②につき：吉村朋代『法制史研究』第64巻（2014年）514-518頁；④につき：篠森大輔『法制史研究』第65

卷（2015年）352-355頁；⑥⑦につき、西村重雄『法制史研究』第67卷（2017年）498-501頁。

書評の労をおとりくださった各位に、改めて謝意を表したい。と同時に、書評の中でご指摘いただいたさまざまな課題については、今後、誠実に取り組みたい。

- 2) ここで、遅蒔きながら付言すれば、当時の用法にいわゆる *possessorium* および *petitorium* を、それぞれ占有訴訟および本権訴訟と、試訳してきている。
- 3) 占有訴訟の重要性について、篠森『法制史研究』第65巻355頁は「占有訴訟の意義について、いま少しの説明があれば訴訟の流れの理解が容易になったかもしれない。わが相続法学は相続財産の占有の問題に関してほとんど意識してこなかったからである」と課題を投げかける。この課題への応答こそが、小稿執筆の動機であった。
- 4) Ansichten über den Rechtsbestand der Städelschen Stiftung, —wie solche in den Entscheidungsgründen zu einem in *possessorio* ergangenen, von der Landshuter Juristenfacultät abgefaßten Urtheil Hochpreißl. Appellationsgerichts der freyen Stadt Frankfurt vom 16. Dec. 1818 enthalten sind, in: Actenstücke und Rechtliche Gutachten in Sachen der Städelschen Intestat-Erben gegen die Administration des Städelschen Kunst-Instituts zu Frankfurt am Main. Testamentsanfechtung betreffend. Enthaltend die Ansichten der Juristenfacultäten zu Berlin, Bonn, Gießen, Heidelberg, Jena, Landshut und München, Frankfurt am Main 1827, Actenstücke, S. 11-18.

## 第1章 ミュンヘン大学文書館所蔵文書について

ミュンヘン大学文書館には、ミュンヘン大学法学部およびその前身であったランズフート大学法学部が、1804年以降1866年までに作成した（鑑定）意見書 *Gutachten* の謄本が所蔵されている。その索引目録が、『ランズフートなる王立の法学部によって作成された、1804年3月29日から [1866年まで] 継続した意見書の索引』<sup>1)</sup>である。

その中で、1818年11月25日付けの見出しに「称号。博士。宮廷顧問官ミッテルマイアーが報告。自由都市フランクフルトの控訴裁判所の求めによる。シュテーデル、ルードヴィヒ＝ジギスムント 対 フランクフルトなるシュ



テューデル財団の理事ら。遺言取消に関して。[法] 学部のために 80グルデン。事務局および費用 22グルデン22ツェント 合計102グルデン22ツェント<sup>2)</sup>という項目が、存在する。

2017年12月7日、ミュンヘン大学文書館は、該当箇所の複写を送付してくださった。表題は「ルードヴィヒ＝ジギスムント＝シュテューデル、フランスの騎兵大尉、控訴人、再審申立人および再審被申立人 対 フランクフルトなるシュテューデル財団理の理事ら、被控訴人、再審被申立人および再審申立人の事件における一件書類。遺言取消に関して。1818 [年]<sup>3)</sup>となっている。判決日は、「1818年11月25日」<sup>4)</sup>である。全部で43葉から成る。

報告者は、カール＝アントン＝ヨーゼフ＝ミッテルマイアー（生没：1787年-1867年）であったことが、うえで引用した見出しから判明する。ミッテルマイアーは、ランズフート大学に私講師として赴任した後、1811年に、ランズフート大学の教授に就任した。かれは、1819年に、ボン大学に転じるまでランズフート大学に在職した。ランズフート大学在任中に、かれは、3度にわたって学長に選任されている<sup>5)</sup>。

## 注)

- 1) 索引目録：Univers:Archiv Stand 1870/Littera L/Abtheilung IV./Fascikel N°52.; UAM, L-IV, <https://epub.ub.uni-muenchen.de/view/lmu/lmuarchiv=5F3.html>.  
この史料調査につき、ミュンヘン大学文書館クラウドイウス＝シュタイン博士およびダニエル＝シュナイダー氏のご厚意に浴した。篤く御礼申し上げたい。
- 2) 前注で引用した索引目録 fol.26.
- 3) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.1.
- 4) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.43. 一部が印刷公刊された刊本では、フランクフルト控訴裁判所による実際の判決日は、1818年12月16日となっている。Ac-tenstücke, S.11.
- 5) ミッテルマイアーの略歴につき、Heinrich Marquardsen, Art. Mittermaier, Karl Joseph Anton, in: Allgemeine Deutsche Biographie, Bd.22, Leipzig 1885,

S.25-33を参照。

## 第2章 占有訴訟にいたる経緯

1816年12月2日、ヨーハン＝フリードリヒ＝シュテーターデルは、その88年の生涯を終えた。かれは、生涯独身で、妻も子もいなかった<sup>1)</sup>。

1816年12月3日、シュテーターデルが、1815年3月15日ないし1816年6月4日に作成した遺言およびその付録が、開封され、かつ朗読された。12月3日午前、フランクフルト都市裁判所の命令を受けて、裁判所書記官が、裁判所執行吏同道のうえ、シュテーターデルの遺産を封印した<sup>2)</sup>。

1816年12月4日、フランクフルト都市裁判所は、シュテーターデルの遺産につき、遺言執行者らを任命した。遺言執行者らは、シュテーターデルの遺産の中から必要な金銭その他を取り出す必要から、封印を解く<sup>3)</sup>ことを、フランクフルト都市裁判所に申請した。都市裁判所は、原則として開封を認めなかった。ただし、必要あらば、都市裁判所の書記官による開封と必要品の引渡しを認めた。

1816年12月5日、遺言執行者らは、シュテーターデルの遺産につき、公示催告を、都市裁判所に申請した。

1816年12月6日、都市裁判所は、公示催告に先立ち、シュテーターデル美術館が、倫理的人格 *persona moralis* を持つことについて、フランクフルト都市参事会の許可を受けることを、遺言執行者らに命じた。

1816年12月10日、都市参事会は、シュテーターデル美術館を財団として承認した。

1816年12月16日、都市裁判所は、シュテーターデルの遺産について、公示催告を決定した。公示催告は、フランクフルト、ハーナオおよびフリードベルクの各裁判所および各種新聞に掲示ないし掲載された。

1817年3月7日、2ヵ月の期間内に、請求する者が皆無であったので、都市裁判所は、シュテューデル美術館理事らの名において、その代理人弁護士シュリンを、「口と藁でもって」<sup>4)</sup>シュテューデルの遺産につき占有委付した。

1817年9月11日、シュトラースブル在住のカタリーナ＝シドニ＝ブルグブルおよびシャルロッテ＝サロメ＝ラスプラスが、弁護士ルードヴィヒ＝ダニエル＝ヤッソイを訴訟代理人として、フランクフルト都市裁判所に、遺言取消の訴えを提起した。

1817年9月18日、パリ在住のルードヴィヒ＝ジギスムント＝シュテューデルが、訴訟参加した<sup>5)</sup>。原告らは、いずれも故シュテューデルの従兄弟姉妹にあたった<sup>6)</sup>。

## 注)

- 1) シュテューデルの経歴につき、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432頁注3参照。
- 2) この封印につき、野田「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629-632頁参照。そこでは、封印命令および封印実施を12月4日と誤認していた。お詫びして、訂正したい。
- 3) 野田「シュテューデル美術館史料試訳」『福岡大学法学論叢』第55巻第3・4号625頁を参照。625頁下から3行目は、「封印」ではなく、「封印を解くこと」の誤訳であった。ここにお詫びして訂正したい。原文は、Resignation（ラテン語の resignare：封を解く）となっている。フランクフルト都市史研究所蔵 1816/509 Staedel, Johann Friedrich Nachlaß betreffend. 1816. <sup>2)</sup> で確認した。
- 4) 「口と藁でもって」：『フランクフルト改訂改革都市法典』第6部第2章第1条：「われわれは、つぎのように命じ、かつ意欲する。相続人らが、相続を承継し、かつ承認することを決意したときは、かれらは、われわれのシュルトハイスおよび参審人会に出頭し、そして、故人の相続財産に委付するように請願するべきである。したがって、すなわち、遺言が、そこにおいて、かれらを相続人に指定して存在し、かれらが、かかる遺言を、検分のために提出し、そして、相続財産に委付されることを（これと引き換えになるべきことをなす、という申し出付きで）請求するべきである。その場合に、遺言が、公明で、正しく、邪悪ではなく、瑕疵あるものでも、また破棄されたもので

もないと見られるならば、かれら、遺言相続人らは（すべてのその他の血族や親族に先んじて、優先されるものとして）かの遺言の力により、（われわれのところでは仕来りであるごとくに）口と藁でもって委付されるべきである」。

Der Statt Franckenfurt erneuerte Reformation, Franckfurt 1578, fol.190 verso. 第6部第2章第1条の見出しには、「神皇ハドリアーヌスの告示にもとづく占有委付」[C.6.33.3]とある。占有委付にあつては、遺言が一見して瑕疵あるものでない以上、遺言で指定された相続人がとりあえず占有に委付されるのである。C.6.33.3については、C.6.33.2と併せて、後掲する。

同第2条「しかし、かれら〔遺言相続人ら〕は、われわれのシュルトハイスの前に、または、シュルトハイスが不在であるときには、最年長の参審人に、手でもって忠実に、こう誓約する。将来、遺言が取り消されるか、あるいは、等しい相続権が主張されることが生じるであろうか、または、その他に、指定された相続人らとしてのかれらに対して、遺贈の債務またはその他の物に関して債権および請求権を持つ者たちに、われわれの都市裁判所で、権利ありと認められ、かつそのように判決されるであろうならば、それに従うと」。Reformation, fol.190 verso.

- 5) 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430頁参照。
- 6) 家系図については、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433頁参照。詳しくは、Corina Meyer, Die Geburt des bürgerlichen Kunstmuseums—Johann Friedrich Städel und sein Kunstinstitut in Frankfurt am Main, Berlin 2013, S.25に掲載の家系図を参照。

### 第3章 フランクフルト都市裁判所判決

訴訟代理人ヤッソイは、フランクフルト都市裁判所に、原告らの名において、以下の申請をおこなった。第一に、1815年3月15日付けシュテューデルの遺言を無効だと宣告すること、第二に、無遺言相続を開始すること、第三に、遺言者死亡から現在にいたるまでおこなわれた処分を廃止して、原告らを遺産の占有に委付すること、第四に、シュテューデルの遺産をただちに封印しかつ係争物保管人を任命することである。

ヤッソイは、その理由をこう述べた。第一に、遺言者シュテューデルはその

存命中はいまだ存在しておらず遺言でもってはじめて設立されるシュテューデル美術館を、その包括相続人に指定した。いまだ存在しない、したがって倫理的人格を持たない美術館を相続人に指定することはできない。遺言者死亡後におけるフランクフルト都市参事会による許可は、シュテューデル美術館が相続無能力であったことを廃棄しない<sup>1)</sup>。遺言は、ローマ法<sup>2)</sup>およびフランクフルト法<sup>3)</sup>からして無効である。第二に、シュテューデルの遺言に付加された小書付は、遺言を有効なものにはしない。第三に、公示催告がおこなわれた当時、フランスでは、ドイツのすべての新聞の輸入が禁止されていた。したがって、原告らは、公示催告を知ることができなかった<sup>4)</sup>。

1817年9月19日、フランクフルト都市裁判所は、以下の決定をおこなった。第一に、シュテューデルの遺言は、真正で *aufrechtig*、正しく *gerecht*、邪悪ではないし *unargwönig*、瑕疵あるものではなく *nicht vitirt*、破棄されて *cancellirt* もいない。フランクフルト都市裁判所は、ここで、かの『フランクフルト改訂改革都市法典』第6部第2章第1条および第2条を援用する。そして、被告らが、「手に忠実な誓約」 *handtreuliche Angelobung* をおこなった、と言う。それは、将来、遺言が無効であると判決されるときには、原告らに従う、という誓約であった。

公示催告については、フランクフルト都市裁判所は、新聞でもって十分に周知されていた、として、原告らの不知の主張をしりぞけた<sup>5)</sup>。

以上のように、フランクフルト都市裁判所は、『フランクフルト改訂改革都市法典』の規定するように、あくまでも、本権訴訟での確定までの、いかなれば暫定的措置として、遺言で指定された相続人を、遺産の占有に委付したのであった。その決定にあっては、シュテューデル美術館が、真に相続人に指定されることができたのか、という点については、まったく触れられていないことに注意しなければならない。

注)

- 1) ヤッソイは、根拠として、以下のローマ法文を援用する。：

I.3.1. §.4 : 「しかし、時として、尊属の死亡の時点においては、[尊属の] 権力下にある自権相続人ではなかったであろうにせよ、しかし、尊属にとって自権者とされる。たとえば、誰かが、父親の死亡後に、敵どもから帰還したであろう場合である。：なぜなら、帰国権が、このことをつくるからである」。Gebauer-Spangenberg 版 Corpus Juris Civilis, Gottingae 1776, Tom.1, I., p.43.

D.28.5.49. §.1 : 「フローレンティヌス 法学提要第10巻より。第1項。家外相続人らにおいては、つぎのことがらが遵守される。あるいは、かれら自身が相続人に指定されるのであれ、かれらの権力下にある者たちが、[相続人に指定されるのであれ]、：かれらには、遺言能力があることである。：そして、それは、2つの時点について考慮される。：相続人指定が存立するためには、遺言が作成された[時点において]、そして、[相続人指定が] 効果を持つためには、遺言者の死亡の[時点において]、そして、かれが相続を承継するであろう時にもまた、かれには、遺言能力が存在するべきである。：[その場合] 相続人が、あるいは、無条件で指定されたのであれ、あるいは、条件付きで指定されたのであれ、[かかわりない]。：なぜなら、相続人の権利は、あるいは、かれが相続財産を取得したであろう、かの時点において、最大に考慮されるべきであるからである。：しかるに、遺言作成の時点と遺言者の死亡の時点または相続人指定の条件が成就する時点との間の中間期においては、権利の変動は、相続人を害さない。なぜなら、わたくしが述べたように、われわれは、3つの時点を考慮するからである」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, D., p.505.

D.50.17.29 : 「パウルス サビーヌス注解第8巻より。はじめに瑕疵あるものは、時の経過によって、ふたたび有効とはされない」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, D., p.1137.

D.50.17.210 : 「リキニウス＝ルーフィヌス 法範第2巻より。はじめから無効である相続人指定は、後に生じた事情によっては、ふたたび有効とはならない」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, D., p.1144.

- 2) D.28.3.1 : 「パーピニアヌス 定義録第1巻より。遺言は、あるいは、法の要式が欠如する場合には、法によって作成されたとは言われぬ。あるいは、父親の権力下にあった息子が脱漏された場合には、[遺言は、] いかなる重みもない[と言われる]。：あるいは、[遺言は] 別の遺言によって破棄される。この別の遺言から、相続人が存在しうる。あるいは、[遺言は] 自権相続人の出生によって[無効とされる]。：あるいは、[遺言は]、相続が承継されないことによって、無効と定められる」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.1, D., p.495.

- 3) 『フランクフルト改訂改革都市法典』第4部第9章第15条：「うえで挙げられ諸々の原因から、遺言はすべて、つぎのように無力にしてかつ無効である。遺言はすべての相続人指定、遺贈およびその他の行為と一緒に滅失し、そして、まさに、あたかも、遺言は、かつて作成されなかったかのごとくに考えられることができ、かつ、考えられるべきである」。Reformation, fol.168 recto.
- 4) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.5-6.
- 5) GA Landshut, 25.Nov.1818. fol.6-7.

#### 第4章 フランクフルト控訴裁判所における当事者の主張

1817年9月20日、フランクフルト都市裁判所の決定を不服として、原告3名のうち、パリなるルードヴィヒ＝ジギスムント＝シュテューデルのみがフランクフルト控訴裁判所に控訴した<sup>1)</sup>。

訴訟代理人ヤッソイは、つぎの3点について、控訴裁判所に申請した。第一に、遺言者シュテューデルの遺産の封印および係争物保管、第二に、公示催告の結果に対する原状回復請求、そして、第三に、外部の法学者への一件書類送付である<sup>2)</sup>。

1817年9月24日、控訴裁判所は、被告であるシュテューデル美術館の理事らに、抗弁書提出の期間について通知した。これに対して、理事らの訴訟代理人は、再三、期間の延長を申請した<sup>3)</sup>。

1818年1月3日、ヤッソイは、控訴裁判所に、緊急の通報をおこなった。シュテューデル美術館の理事らが、訴訟係属中にもかかわらず、フランクフルトのツァイルに所在する「赤い館」と呼ばれる建物を23万グルデンで購入しようとしている、というのである<sup>4)</sup>。

1818年1月5日、控訴裁判所は、シュテューデル美術館の理事らに対して、つぎの3点について決定をおこなった。第一に、理事らは、遺産管理について連帯して責任を負うこと、第二に、抗弁書を提出すること、そして、第三

に、抗弁書が提出されたならば、外部の法学者に一件書類を送付することである<sup>5)</sup>。

1818年1月15日、シュテューデル美術館の理事らは、重ねて、抗弁書提出の期間延長を願い出た<sup>6)</sup>。

1818年1月24日、シュテューデル美術館の理事らは、抗弁書を提出した。この抗弁書において、被告である理事らの訴訟代理人弁護士は、シュテューデルの遺言が有効であること、そして、シュテューデル美術館には相続能力があることを主張した。その理由は、17項目にわたっている。その中で、理事らの訴訟代理人弁護士は、シュテューデル美術館の占有委付が、適法であったことを、以下の各項目で説いた<sup>7)</sup>。○印内の番号は、該当項目の番号である。⑦財団〔シュテューデル美術館〕は、いかなる目に見える瑕疵も付着していない遺言が存在した後で、相続人として占有委付を請求する権限を持った。⑨被控訴人〔シュテューデル美術館〕の占有権は、むしろ、いかなる瑕疵も付着していない遺言に根拠を持つ。⑫『フランクフルト改訂改革都市法典』第6部第2章第1-3条<sup>8)</sup>にもとづいて財団〔シュテューデル美術館〕の遺産への占有委付は、まったく適法におこなわれた。⑯ローマ法文C.6.33.3<sup>9)</sup>によれば、裁判官による占有委付が、瑕疵のない遺言にもとづいておこなわれたときは、これに対する原状回復は、占有訴訟 *possessorium* においてではなく本権訴訟 *petitorium* においておこなわれる<sup>10)</sup>。

1818年1月30日、控訴裁判所は一件書類の外部の法学者への送付を決定した<sup>11)</sup>。

1818年2月7日、原告にして控訴人の訴訟代理人ヤッソイが、被告＝被控訴人の抗弁書に対する再抗弁書の提出を申請した<sup>12)</sup>。

1818年3月21日、ヤッソイは、再抗弁書を提出した。それは、14項目にわたった。ヤッソイは、シュテューデルの遺言およびシュテューデル美術館の相続人への指定が無効であることを主張した。われわれにとって関心のある占有



委付に関しては、ヤッソイは、以下の各項目で、シュテューデル美術館の主張に対して応酬した。○内の番号は、うえと同じく、列挙されている項目のうち該当項目の番号である。⑦幾人かの法学者の意見によれば、占有委付は、瑕疵のない遺言にもとづいて、ただちに実施されるべきであるとされる。しかし、この意見は、フランクフルトの実務では、認められていない。ひとは、[遺言の]内部に重大な瑕疵があるときは、占有委付を、たしかに認めなかったであろう。⑭フランクフルト都市裁判所の裁判官は、シュテューデル美術館の理事らの占有委付を宣告したが、この占有委付は、無効である、なぜなら、よく知られた親族らが、遺言についての説明のために召喚されなかったからである。しかし、こうした召喚は、『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第9章第1条；第1部第12章第10, 11, 12条、第6部第2章第7条<sup>13)</sup>からすれば、必要であった<sup>14)</sup>。

ヤッソイの再抗弁書は、1818年3月25日に、シュテューデル美術館の理事らに送達された。それには、14日以内に、再々抗弁書を提出すべきことが、控訴裁判所からの通知として、添えられた<sup>15)</sup>。

1818年4月10日、ヤッソイは、緊急の通報を、控訴裁判所におこなった。シュテューデル美術館の理事らが、絵画購入を継続し、フランクフルトはロスマルクトに所在する故シュテューデルの旧宅を、美術品展示館＝ギャラリーに改造しつつある、というのであった。ヤッソイは、理事らに対して、あらゆる改造を禁止するように、控訴裁判所に願い出た<sup>16)</sup>。

1818年4月14日、ヤッソイは、理事らが、外国人の銅版画師を雇い入れていることを、控訴裁判所に通報した<sup>17)</sup>。

1818年4月16日、ヤッソイは、理事らが再々抗弁書を提出しないので、これを排除する旨の決定を、控訴裁判所に願い出た。控訴裁判所は、これを認めた<sup>18)</sup>。

1818年4月25日、シュテューデル美術館理事らの訴訟代理人弁護士が、再々

抗弁書排除決定の取消を、控訴裁判所に願い出た<sup>19)</sup>。

1818年5月1日、控訴裁判所は、理事らの訴訟代理人弁護士に、3週間以内に、再々抗弁書を提出するように命じる決定をおこなった<sup>20)</sup>。

1818年5月2日、シュテューデル美術館理事らの訴訟代理人に就任したヨハン＝フリードリヒ＝ガブリエル＝シュリンが、控訴裁判所に、一件書類閲覧を願い出た。また、前任の訴訟代理人弁護士が、期間を誤認したことを理由に、かの排除決定の取消を申し立てた<sup>21)</sup>。

1818年5月6日、控訴裁判所は、シュリンに一件書類の閲覧を許可した。排除決定の取消については、かの5月1日の決定どおりとした<sup>22)</sup>。

その後、再々抗弁書の提出遅延をめぐって、ヤッソイとシュリンとの間で、控訴裁判所に対して、それぞれの主張の応酬があったが、煩雑すぎるので割愛する。控訴裁判所は、ヤッソイの非難にもかかわらず、再々抗弁書の提出期限延長を認めた<sup>23)</sup>。

1818年8月13日、シュテューデル美術館理事らの訴訟代理人弁護士シュリンが、ようやく再々抗弁書を作成し、同年10月1日、控訴裁判所に提出した<sup>24)</sup>。

1818年10月16日、控訴裁判所は、シュリンの再々抗弁書を受理しないこと、そして、一件書類を、外部の法学部に、判決作成のため送付することを決定した<sup>25)</sup>。

1818年10月24日、シュテューデル美術館理事らの訴訟代理人シュリンは、10月1日の決定を無視して、受理が拒絶されたはずの再々抗弁書を提出した<sup>26)</sup>。

1818年10月26日、控訴裁判所は、シュリンの再々抗弁書を受理しないこと、そして、一件書類を送付するので、忌避されるべき法学部を指名することを決定した<sup>27)</sup>。

1818年10月28日付け一件書類付き判決作成依頼状が発送された。この一件書類が、1818年11月10日にランズフート大学法学部に到達した<sup>28)</sup>のである。

## 注)

- 1) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.7では、9月30日となっているが、平仄が合わない。「30」は、「20」の誤記ではあるまいか。
- 2) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.7-8.
- 3) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.8 ff.
- 4) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.8.「赤い館」 rotes Haus は、フランクフルトのツァイル通りにあった建物。1766年、ヨーハン＝アダム＝ディックが、長らく空家になっていた「赤い館」を買い取ったうえで、これを取り壊し、後期バロック様式で、あたらしい「赤い館」を築造した。名称は、赤い色の石造り建築物であることに因るのであろうか。1837年、トルン＝ウント＝タクシスが、これを買い取り、郵便駅とした。1944年、空襲で焼失。その跡に、フランクフルト中央郵便局が建設された。現在は、マイ＝ツァイルと呼ばれるショッピング＝センターになっている。Wikimedia Commons: File:Frankfurt Am Main-Zeil-Rotes Haus-16990224.jpg 参照。
- 5) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.8.
- 6) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.8.
- 7) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.8-11.
- 8) 第1条および第2条については、小稿第2章注4を参照。第3条：「相続人が、外国人であろう場合には、かれは、上述の申請および手でもってする誓約のほかに、それに関して十分な保証をおこない、そして、このことがなければ、かれの言うことは聞き届けられることはない」。Reformation, fol.190 verso.
- 9) C.6.33.3：「皇帝ユースティーニアヌスが、近衛都督ユーリアヌスに。神皇ハドリアヌスの告示がある。この告示は、相続財産の20分の1 [についての課税] の機会のもとで導入された。この告示は、多くの曖昧さや困難、および、決定できない諸々の説明については、まったく沈黙している。相続財産の20分の1もまた、余の国家から失われた。：同じ告示の補充および解釈に関して公布された、その他の諸々のことがらもまた古くさくなった。それゆえに、余は、こう定める。誰かが、[相続財産の] 全部について、あるいは、一部について相続人に指定された。この者は、管轄権限ある裁判官に、遺言を呈示した。この遺言は、破棄されていず、また、廃棄されていず、また、その形式の何であれある部分について瑕疵あるものでもなく、一瞥したところ、まったく非難のないものとして見え、そして、法定の数の証人らの言明によって確かなものにされている。：その場合には、かれは、たしかに、遺言者の死亡の時点において存在し、しかるに、適法な方法で、他人によって所持されているのではない、かの諸々の物の占有に委付され、そして、そ

の占有を、官員らの証明によって、受け取るべきである。しかし、誰かある異議申立人が存在するであろうならば：その場合には、管轄権限のある法廷において、占有委付の理由およびそれに続く異議申し立ての理由が審理される。：そして、占有は、適法な方法にもとづく、より強力な権利を呈示したであろう者によって取得される。それは、あるいは〔占有に〕委付された者であり、あるいは、かつて所持していて、異議を申し立てるべきだと考えた者である。このたぐいの〔占有〕委付は、いかなる時の短さによっても縛られない。しからず、誰かが、あるいは、より遅くに〔占有に〕委付されたのであれ、あるいは、より早くに〔占有に委付されたのであれ〕ひとえに、法律の判断が、問われ、そして、そこから、あるいは、〔占有〕委付が、あるいは、異議申し立てが生じる原因が問われる。すなわち、1年後に、〔占有に〕委付されたのであれ、あるいは、より大きな時の経過後に〔占有に委付されたのであれ〕適法に作成された遺言にもとづいて〔占有〕委付がおこなわれるであろうならば、かれにとっては、いかなる時も対抗させられないであろう。：ただし、ただ、つぎの時が経過した場合には、この限りではない。この時は、あるいは、占有者に、もっとも完全に、所有権について、確実さを保証し、あるいは、〔占有〕委付された者自身に対して、訴えの提起を排除することができる。すなわち、あるいは、一方当事者から、あるいは双方から、時の長さが、隠れていて生じたであろうならば、たんに〔占有〕委付のみならず、主たる原因それ自体もまた眠らされる、ということは、もっとも明白なことであるからである。[531年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.371.

遺言が一見して瑕疵あるものではない以上、C.6.33.3にもとづく占有委付が有効におこなわれることにつき、C.6.33.2を参照：「皇帝アレクサンダーが、エウタクトゥスに。誰かが、死者の息子である自分は〔遺言で〕脱漏されたと主張するか、あるいは、遺言が偽造された遺言であるかもしくは適当額の遺産を近親者に与えない遺言であるかもしくは何からの瑕疵が付着した遺言であるか、または、死者が奴隷である、と言われるにせよ、しかし〔遺言で〕書かれた相続人が、占有に委付されるのをつねとする。[224年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.371.

C.6.33.3にもとづく占有委付について、説明をしておきたい。アウグストゥスは、20分の1税についてのユーリウス法を制定した。それは、家外人が、遺言で相続人に指定されていたときには、遺言者が死亡時に占有していた相続財産のうち、遺言で指定された家外相続人が占有した分の20分の1を、国庫に納付させることを定めた。自権者相続人には適用されない。これは、内乱で枯渇した国庫の歳入を確保することが目的であった。国庫への納付を目的とするために、遺言者死亡後、遺言状の外観からして形式を踐んでいれば、迅速に家外相続人を占有に委付し、この相続人から20分の1税を徴収する必

要があった。そのために、皇帝ハドリアヌスは、告示でもって、遺言者死亡後、3日ないし5日以内に、遺言を開封・朗読したうえで、当該相続人を占有に委付することを定めた。この20分の1税は、個別に、皇帝トラヤヌスなどによって免除されることがあったが、ユースティーニアーヌスは、20分の1税を廃止した。その結果、遺言者死亡後、遺言状が開封・朗読された後、遺言で指定された相続人が迅速に占有委付される法制度のみが残ることになった。

以上につき、Jacques Cujas, ad C.6.33; in: Jacobi Cuiacii Opera, Tom.9, Mutinae 1781, col.738-741を参照した。

1818年前後におけるハドリアヌスの告示にもとづく占有委付についての叙述：

Wilhelm Schweppe, Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4.Ausg., Bd.5, Göttingen 1833, S.208-210：「… C.6.33.3にもとづく救済は、上述の特示命令とは、ただ、つぎのこのみを共通にする。かの救済は、相続財産の占有の取得に向けられる、ということである。20分の1税についてのユリウス法によれば、かつては、ほとんどすべての遺言相続人および受遺者が、相続財産および遺贈の占有にあるやただちに国庫に租税を支払わねばならなかった。そして、この収入を促進するために、皇帝ハドリアヌスが、遺言相続人を迅速に占有に委付することを命じた。；しかし、ここから、いろいろな混乱が生じた。そして、このために、ユースティーニアーヌスは、[ハドリアヌスの] 告示を廃止することについて動機付けられた。そのさい、ユースティーニアーヌスは、かの告示の民事法上の原則を復活させた。すなわち、相続人が、瑕疵のない遺言を提出するときには、裁判官は、この相続人に関して、遅滞なく、占有委付を決定するべきである。相続人は、この占有委付によって、ただちに、他人が所持していないすべての相続財産の占有に到来する。しかし、他人がすでに、相続財産を所持し、申立人への占有委付を認めようとしない場合には（異議者）、略式の審理が提起されるべきである。それは、かれの権利を、もっとも良く証明する者が、占有委付を受け取るためである。したがって、この略式審理は、短期の訴訟である。裁判官による占有委付が、これに、その後根拠付けられ、そして、これは、異議が生じるときにのみ必要である。—占有委付の取得の第一の要件は、すべての外観からして有効な遺言の呈示である。；それゆえに、この救済が問題になりうるのは、書面による遺言、または公正証書が作成される口頭での遺言の場合である。ユースティーニアーヌスは、一見して瑕疵のない遺言が、占有委付の付与のために必要であると定めた。：したがって、形式に瑕疵があるとき、または、遺言の内的な瑕疵が、遺言からあきらかであるときには、占有委付は拒絶されねばならない」。シュヴェツペは、最後の箇所に脚注を付

けている：「占有委付を付与することは、たとえ、形式の点では、外的には瑕疵がないにせよ、内的な瑕疵が、ただちに遺言それ自体から認識可能であるときには、擁護されることができない。；なぜなら、ユースティーニアヌスは、まったく一般的に『一見して、すべての非難がないならば』と述べるからである。C.6.33.3. しかし、終意のその他の瑕疵は、将来の最終的訴訟に属する。C.6.33.2.；そのさい、したがって、われわれの法源は、この場合に、占有訴訟と本権訴訟とを承認する」。

J.N. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes, 5.Aufl., Bd.3, München 1838, S.402-403：「外的に瑕疵のない遺言を呈示することにもとづいて、この遺言において指定された相続人は、管轄権限ある裁判官から、暫定的な占有委付を受け取る。ひとは、いまでは、この占有委付を、C.6.33.3にもとづく救済を呼称するのをつねとする。その要件は、つぎのとおりである。

1) 遺言。それゆえに、無遺言相続人は、この手段を持たない。しかも、2) 書面で作成された遺言。口頭による遺言の場合には、この手段は付与されない。3) 遺言は、外的形式からして、瑕疵を持つてはならない。内的な瑕疵は、法律によればこの法的手段を妨げるものではない。4) ただ指定された直接的相続人のみが、この手段を用いることができるが、補充指定された者もまたそれを用いることができる。受遺者または信託遺贈の受益者は、用いることができない。委付は、被相続人の死亡時になおこの者の掌中にあった物にのみ及ぶ。そして、相手方（異議者）がいるかどうか、さらになお重要である。異議者がいないときは、委付はただちに生じる。異議者がいるときには、略式の審理が先行する。...」。

10) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.9 und 11.

11) GA Landshut. 25.Nov.1818, fol.11.

12) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.11.

13) 『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第9章第1条：「裁判所の使者は、そのほかに、シュルトハイスの使者ともまた呼称され、そして、とくに、つぎのここのために任用される。裁判官と同様に、都市において、市民ら、居留民、外国人たちにもまた、かれらが現にいるときには、裁判所への呼び出しをおこなう。したがって、かれは、外国にいて不在である人々には、書面による呼び出し、召喚および公示催告を実施する。...」。Reformation, fol.19 verso；『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第12章第10条：「召喚および公示催告について、そのように、不在者に対して、...裁判所で受理され、また、裁判所によって、かつ、裁判所の印章付きで発されて、これらの者は、つねに、誰についても、いかなる請求および判決のためであれ呼び出されたと見られる。それには、特定の法廷日の指定が付く。この法廷日に、呼び出された者は、自ら、またはその授権された弁護士を通じて、出頭し、かつ、

事件に従うように強制されるべきである」。；第11条：「召喚される者が、10マイル以上、裁判所から離れている場合にもまた、余計な費用を節約するために、この者に、ただ一度の召喚のみが判決される。そして、この召喚には、『確認条項』 *clausula certificatoria* が付けられている。かれが、このために、つづく期間において、ことなつて、ついで、裁判所の扉に、公然と召喚されないであろうならば、かれが出頭すると否にかかわらず、かれは召喚されたと宣告され、そして、法であることがおこなわれる」。；第12条：「しかし、かかる召喚は、3つの、あいことなる期間に、第1回、第2回そして第3回として、強制的におこなわれる。この期間は、旅程の遠近に応じて、長短であり、そして、したがって、つぎのように見積もられるべきである。召喚される者は、5マイルごとに、1日旅行し、そして、5日目に休憩せんことを。かかる時が、上述の3つの、かつ、あいことなる期間について三倍にされる」。Reformation, fol.24 verso-25 recto.；『フランクフルト改訂改革都市法典』第6部第2章第7条：「つづいて、かの者が、そのように、占有に委付され、そして、これにもとづいて、財貨が、かれの占有および使用にもたらされたであろうにせよ、法的に、物を喪失するならば、かれは、たんに、剥奪判決によって財貨から離れるばかりか、すべての果実および利益を、かれが占有に委付されて以来受け取りかつ享受した分について、正しい相続人に返還するか、または支払うことについて責めを負わせられる」。Reformation, fol.191 verso. ただし、最後の箇所は、占有委付された者の保管義務違反に関する規定か？

14) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.12 und 13-14.

15) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.14.

16) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.14.

17) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.14.

18) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.14.

19) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.15.

20) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.15.

21) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.15.

22) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.15.

23) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.17によれば、1818年6月4日に、シュテューデル美術館理事らの訴訟代理人は、「その疾病を証明し、そして、期間を願い出る。この期間は、さらに14日延長される」とある。弁護士シュリンの病気が遅延の理由だったのか。

24) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.18 und fol.21.

25) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.21.

26) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.21.この書面は、「最終表示」*schließliche Erklärung* との表題を持った。



27) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.21.

28) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.21.

## 第5章 ランズフート大学鑑定意見のあらまし

一件書類の送付を受けたランズフート大学は、鑑定意見を作成した。報告者は、既述のとおり、ミッテルマイアーであった。

ここでも、われわれの関心事である論点、シュテューデル美術館は、被相続人＝遺言者である故シュテューデルの相続財産につき、法的に有効に占有に委付されたか否か、を重点的に考察する。その他の論点については、かいつまんで触れる<sup>1)</sup>。

ランズフート大学は、かの占有委付が有効であった、と判断した。以下、その理由を要約して、紹介する<sup>2)</sup>。

第一に、かの占有委付は、普通法 C.6.33.3にもとづく占有委付である。それは、当該遺言に一瞥して認識できる瑕疵がない以上、被相続人の死亡時に存在する遺産について、遺言で指定された相続人を、その占有に委付する。ランズフート大学は、ここで、根拠として、いくつかの普通法文献<sup>3)</sup>を援用する。

第二に、かの占有は、『フランクフルト改訂改革都市法典』第6部第2章第1条が採用するところである。それが、かの C.6.33.3に由来することについては、ランズフート大学は、オルトによる同法典該当箇所への注釈<sup>4)</sup>を援用する。

第三に、しかし、これが、私見によれば、見逃されてはならない論述であるが、ランズフート大学は、占有委付が認められるからといって、本権訴訟を排除するものではなく、また、本権訴訟における遺言取消の訴えを排除するものではないと述べる。『フランクフルト改訂改革都市法典』第6部第2



章第2条が、占有委付される者に、誓約を課すことが、その根拠であった。将来、遺言が取り消されたり、あるいは、占有委付された者と同じ相続権を持つ者が登場したり、あるいは、受遺者などが請求するときには、それに応答する、という誓約であった<sup>5)</sup>。

第四に、以上の普通法の法源および『フランクフルト改訂改革都市法典』を、本件にあてはめてみる。故シュテューデルの遺言は、普通法の表現によれば、「目に見える瑕疵」<sup>6)</sup>を持たないものであり、『フランクフルト改訂改革都市法典』の表現によれば、「正義にかなひ、邪悪ではなく、瑕疵なく、また破棄されてもいない」<sup>7)</sup>ものである。

遺言者シュテューデルが、遺言作成時にも、遺言者＝被相続人死亡時にも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したことは、遺言で指定されるべき相続人の資格にかかわる事項である。この事項は、既述の普通法文献<sup>8)</sup>によれば、「目に見えない」瑕疵に算入されるものであって、占有委付を妨げるものではない。

結論として、仮に、本件遺言に、本権訴訟であきらかにされるべきであろうように、シュテューデル美術館を相続人として指定する遺言が無効であって、「目に見えない瑕疵」が存在する場合ですら、占有委付は、占有訴訟レベルでは有効であった。ランズフート大学は、ここで再度、本権訴訟が、なお続くべきことを強調している<sup>9)</sup>。

つぎに、原告＝控訴人が、占有委付に対してその原状回復を求めたことについては、ランズフート大学は、これをしりぞけた。その理由は、ほぼこうであった。占有委付は、本権訴訟に先行する暫定措置である。占有委付に対して、異議を申し立てる者は、本権訴訟で争うほかない。暫定措置に対しては、原状回復はありえない<sup>10)</sup>。これは、1788年5月20日フランクフルト都市参事会令<sup>11)</sup>からも、あきらかである。

原告＝控訴人が、公示催告に関して、当時、フランスへのドイツの新聞の

輸入が禁じられていて閲読できなかったと主張した点については、ランズフート大学は、被告＝被控訴人であるシュテューデル美術館の理事らが援用するジュルナル＝ド＝フランクフォール編集人の証言、すなわち、1816年12月および1817年1月には、当該ジュルナルがフランスに問題なく送付されることのできたという証言に拠って、しりぞけた<sup>12)</sup>。

原告＝控訴人が、シュテューデルの遺産について係争物保管の訴えを提起した点については、ローマ法 C.4.4.un.<sup>13)</sup> およびカノン法 X.2.17.c.1<sup>14)</sup> に拠って、係争物保管は、「憎悪的」手段、すなわち、例外的で類推適用できない手段であること、また、『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第13章第1条<sup>15)</sup> もまた、原則として禁じられるものとし、つづく第2条<sup>16)</sup> で、例外的に、法に根拠付けられ、かつ一定の原因にもとづいてのみ認めるにすぎない、と述べた。そして、本件にあっては、被告＝被控訴人らには、第2条に該当するふるまいは認めがたいと判断した。

原告＝控訴人が、被告＝被控訴人の理事らが、訴訟係属中にもかかわらず、「赤い館」や絵画を購入したり、シュテューデルの旧宅をギャラリーに改造したりしているのは、訴訟係属中には、変更は許されない、という原則 (C.8.37.2<sup>17)</sup> ; Nov.112.c.1<sup>18)</sup>) に反する、と主張した点については、ランズフート大学は、本件は、いまなお訴訟の準備段階であって、本来的な意味での訴訟係属にはいたっていない、と判断した<sup>19)</sup>。

ひるがえって、被告＝被控訴人であるシュテューデル美術館の理事らが、再々抗弁書の受理を申し立てた点については、これをしりぞけた。民事訴訟にあっては、原則として、被告の抗弁書でもって審理を終結するべきである<sup>20)</sup>。再抗弁書および再々抗弁書が認められるのは、例外である。この例外的に認められる再々抗弁書について、原審が、提出期限に再三遅れたことのゆえに、不受理を決定したのは正当であった<sup>21)</sup>。

最後に、ランズフート大学は、本件における訴訟費用（弁護士費用も含

む)の負担について、本件においては、一方当事者のみがもっぱら勝訴しているわけではないこと、占有委付などについては、原告＝控訴人の主張は認められなかったが、同時に、再々抗弁書の受理については、被告＝被控訴人の主張が認められなかったことを理由に、費用は「相殺」すなわち折半するべきことであると判決した<sup>22)</sup>。

—

ランズフート大学鑑定意見は、シュテューデル美術館の理事らがシュテューデルの遺産の占有に委付されることを認めた。しかし、それは、あくまでも、占有訴訟における暫定的措置としてであった。シュテューデル美術館が相続人に指定されたことそれ自体が、実体法上有効であったかどうかの判断は占有訴訟の守備範囲ではなく、本権訴訟に委ねられるべきとされ、ランズフート大学鑑定意見は、付随的にしか論じていない。

こうしたランズフート大学鑑定意見は、シュテューデル美術館の理事らによって、どのように、刊本として1827年に公表されることになったのか。

## 注)

1) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.21-43.

2) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.22-24.

3) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.23. 引用されるのは、以下の文献である。：

Schulting ad Paul. rec. Sent.lib.IV.Lit.6 jurispr. Ante Justin. p.400: Antonii Schultingii, Joh. Fil., Jurisprudentia vetus Ante-Justiniana, Lipsiae 1737, p.400: ad Paul. Sent. Lib.4. tit.6 : [アウグストゥスが紀元後6年に導入した20分の1 = 5%の相続税について]「20分の1税それ自体については、われわれには、ここでは、[パウルス『意見録』の] 編纂人は、われわれには、[Paul.lib.4.tit.6] §.3で、それについての言及が、ついでにおこなわれるということのみを残した。なぜなら、すなわち、編纂人の地域および時代においては、かの租税は、おこなわれることがなかったからである。この租税については、あきらかに、パウルス自身は、より多く論じた。アウグストゥスが、この租税を案出した。それは、軍事に関する国庫を富裕にするためであった。...」。

引用されている Paul. lib.4. tit. 6.§.3 : Iulii Pauli sententiarum ad filium, 4.6.3 : 「法律は、遺言者の死亡後、遺言が、ただちに開封されることを意欲した。：そして、それゆえに、諸々の〔皇帝〕勅答によって区々であるにせよ、にもかかわらず、現在の諸勅答によれば、遺言状は、3日または5日以内に開封されるべきである。不在者らによつては、かれらがやって来た時から、また、かの〔3日または5日の〕期間内に〔開封されるべきである〕。：なぜならば、相続人らによつても、または、受遺者らによつても、被解放自由人らによつても、また、当然相続人によつても、租税は、遅滞されてはならないからである」。Paul Frédéric Girard et Félix Senn, Textes de droit Romain, 7<sup>e</sup> éd., Paris 1967, p.331.

Mascov. Ad leg.ult.cod.de edict. in opusc.p.155: Gotfridi Mascovii Opuscula Iuridica et Philologica, V. Exercitatio iuris civilis ad lult.C.de edicto D. Hadriani tollendo, Lipsiae 1776, p.155 : 該当箇所は、むしろ p. 157か? : 「... われわれの勅法 [C.6.33.3.] の別の部分は、あたらしい救済手段を、提供する。この救済手段によって、遺言において相続人に残されたものについての占有が、訴求されることができる。ところで、この救済手段は、〔遺言で〕指定された相続人に与えられる。この相続人が、管轄権限ある裁判官に、遺言を呈示したのである。この遺言の形式は、いかなる目に見える瑕疵をもこうむってはいない。われわれは、このことを、法文のつぎの文言から引き出す。：『誰かが、〔相続財産の〕全部について、あるいは、一部について〔相続人に〕指定されて、管轄権限ある裁判官に、遺言を呈示し、その遺言が、破棄されていず、また廃棄されてもいず、またその形式の何らかの部分から瑕疵あるものでもなく、一瞥して、すべての非難のないものであることがあきらかであり、そして、法定の数の証人らの言明によって確かなものにされている』。[C.6.33.3 は]『誰かが〔相続人に〕指定されたならば』と述べる。指定されたという名称によっては、書かれた相続人が、遺言にもとづく相続人が到来することを、文言の力も、また、この章 [C.6.33] の表題も、示す。すなわち、この章は、神皇ハドリアヌスの告示を廃止することならびに『どのようにして、書かれた相続人は占有に委付されるか』との表題を持つからである。...」。

Wiesand in opusc. P.148: Georgii Stephani Wiesandii, Opuscula in quibus varia iuris Romani Germanici ac imprimis Saxonici argumenta explicantur, Lipsiae 1782, p.148-149 : 「... しかるに、ユースティーニアヌスは、C.6.33.3において、〔神皇ハドリアヌスの告示の〕羈束力を変更し、そして是正したにせよ；にもかかわらず、ハドリアヌスによって、すでに効果的に発見された恩恵を、むしろよりいっそう、つぎのように、たしかに増大した。いかなる種類のであれ、相続人らは、あるいは、書かれた遺言によるのであれ、あるいは、言明された遺言にもとづくのであれ、遺言が、眼中に飛び込む瑕疵

のあるものではない以上、相続財産を訴求し、[遺言を]自己の前に呈示し、相続財産の占有を取得する。ところで、目に見える諸々の瑕疵とは、ここでは、以下の瑕疵である。これらの瑕疵は、ただちに、遺言それ自体からあきらかである。この類に属するのが、線引きによる抹消、削除、証人の数が不完全であること、遺言者および証人らの署名および捺印の欠如である。…」。

Sprekelsen, de remed. ex leg. ult. Cod. Goetting. 1794 [1749?]: Iohannes Petrus de Sprekelsen, De remedio ex lult. C. de edicto D. Hadriani tollendo, Gottingae 1749. とくに、p. 21-22で「目に見える瑕疵」と「目に見えない瑕疵」の区分について論述する：「第6款。遺言の諸々の瑕疵について。ところで、もしも、あるいは、遺言の要素 *essentia* において、あるいは、形式において、諸々の法律において規定される方式が遵守されていないならば、そこから、瑕疵が生じる。この瑕疵は、つぎの要件についての欠陥である。この要件なしには、承継は、遺言において定められた方式によっては付与されることができない。しかるに、周知のように、遺言がこうむる、かの欠陥は、あるいは、遺言それ自体の第一の姿においてあきらかであり、かつ、明白なものとして、ただちに眼中に飛び込む。；あるいは、[欠陥は] 隠れているものであって、外観から奪われ、そして、さらなる議論によって探し求められるべきである。；そして、そこから、正しくも、遺言の諸々の瑕疵は、目に見える瑕疵と目に見えない瑕疵とに分かたれる。目に見える瑕疵とは、遺言の検分それ自体から知られるものである。しかるに、目に見えない瑕疵とは、遺言状を検分することのみからはあきらかではない瑕疵である。それゆえに、[瑕疵を] あきらかにするためには、第一には、まさに、法において、遺言者らに定められる諸々の要件を、[占有への] 委付が、それらから求められる、かの遺言状にあてはめることが要求される。：これらの要件が、遺言状の検分それ自体から欠如すると解される場合には、目に見える瑕疵がある。しかるに、遺言それ自体から取り出されないその他のすべての点は、遠ざけられるべきである。そして、すなわち、[遺言状の検分とは] 別のところに求められる諸々の理由から、何らかの瑕疵が引き出されると言い立てられる場合には、その瑕疵は、むしろ、目に見えないものと見られるべきであろう」。

- 4) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.23: Orth in den Anmerkungen zur Reformation ad h.tit.III.Fortsetz. pag.28 in der Rubrik von der Immisio ex leg. fin. Cod.: Johann Philipp Orth, Nöthig und nützlich erachtete Anmerkungen über die sogenannte erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt am Main, dritte Fortsetzung, Frankfurt am Main 1751, S.28 ; とくに S. 30 : 「…これにもとづいて、遺言の状態が、ここで述べられるときには、この遺言の状態は、C.6.33.3において存在する表現と一致し、かつこの C.6.33.3から取り出されたように見える。；ついで、この法の箇所において、文言が存在する。遺言は、それを一

瞥するときには、外的な形式に関しては、あらゆる非難も瑕疵もないように見える。：その場合には、まさにこのことが、われわれの Reform.6.2.§.1において、『公明に、正しく、邪悪にはなく』という文言でもって示される。；『瑕疵なく、かつ破棄されておらず』という文言は、しかし、ただ、唯一冒頭で述べた『旧改革都市法典』の箇所にあるのだが、まさに、既述の法律 [C.6.33.3] において存在し、そして、ことがら全体が、つぎのことに及ぶ。遺言は、いかなる目に見える瑕疵または欠陥をも持たない。この瑕疵または欠陥は、遺言の書面を見て、読み、そして検分することから、ただちにあきらかになり、かつ一目瞭然であるものである。たとえば、遺言の破棄、切断または抹消およびその他のこのたぐいの毀損および歪曲が、ここに属する。；そのさい、一般には、つぎの区別がおこなわれる。かかる事項は、遺言の主たる、かつ本質的な部分について、たとえば、相続人指定または証人らの署名およびこのたぐいのものについて存在するのかどうかである。なぜなら、これらの事項は、その場合には、この相続人指定を妨げ、そして困難にするからである。これに対して、瑕疵または欠陥が、かかる主要部分にはまったく触れず、ただ、その他の、遺言にある付随的部分に触れる場合には、たとえば遺贈およびその他にこのたぐいのものにおけるごとくであるが、相続人指定を妨げず、かかる相続人指定は、むしろおこなわれることができる。...」。

- 5) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.23.『フランクフルト改訂改革都市法典』第6部第2章第2条については、小稿第2章注4を参照。
- 6) "sichtbarer Fehler": GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.23.
- 7) "aufrichtig, gerecht, unar[g]wönig, nicht vitiirt und cancellirt": GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.23.
- 8) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.24. Runde in s. Beiträge zur Erläuterung rechtl. Gegenst., B.2. S.146: Justus Friedrich Runde, Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände, Bd.2, Göttingen 1802, S.145-146: 当該箇所は、遺言の瑕疵についてではなく、神皇ハドリアーヌスの告示による占有委付の救済が、ローマの国庫の利益のために導入され、それゆえに控訴が許されなかったことについて叙述している箇所である：「... 神皇ハドリアーヌスの告示のもともとの意図を精確に考量すれば、つぎのことは、あきらかである。これに対するすべての控訴は、まったく許されなかった、ということである。；そして、その結果、停止効果および裁判官の訴訟進行停止命令によるこの停止効果の保証については話題ではありえなかった。この性格は、しかし、けっして、遺言相続人の私益または終意処分の衡平な優遇および維持を基礎とするのではなく、唯一、ローマの国庫の欲張りな貪欲さを基礎とした。遺言相続人は、かれに、遺産占有への委付によって生じる恩恵の代わりに、相続財産の20分の1を、国庫に支払わねばならなかった。国庫のこの利得についてはいかな

る障碍も妨げるべきではなかった。；そして、そこにおいては、その場合、控訴および控訴の持つ停止効果は、なによりも耐えがたいものであった」。；

Orth, Anmerkungen über die Reformation, 3.Fortsetzung, S.31は、「目に見えない、そして、遺言それ自体からはただちに眼中に入らない瑕疵」の1つとして「相続人に関して。この相続人が、相続人に指定されることができなかった」ことを、挙げている。

- 9) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.24 : 「以上のことから、つぎのことが帰結する。占有委付は、相続人指定において、無遺言相続人らによって主張される瑕疵が存在したであろう場合ですらまた、目に見えない瑕疵に算入されるべき瑕疵によっては阻まれることができないであろう。それゆえに、この瑕疵の存在についての争いは、この原状回復訴訟または係争物保管訴訟ではなく、あきらかに、本権訴訟に属する。この本権訴訟は、無遺言相続人らには、かれらが、勝訴することができると認められる場合には、拒絶されることができない」。；fol.32 : 「控訴人らの訴えは、遺言取消の訴えであり、そして、無遺言相続権にもとづく相続財産の引渡を求める訴えである。；かかるものとして、この訴えは、純粹に本権的なものであり、そして、ただ、この本権訴訟について適用される諸原則にもとづいてのみ審理されることができ。；その判断は、われわれの責務ではない。なぜなら、本権訴訟におけるすべての審理が〔われわれにおいては〕欠如するからである」。
- 10) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.33. Cramer obs. jur. obs.353 が援用される。；Johannis Ulrici L.B. de Cramer, Observationes Juris Universi, Tom.1, Ulmae 1784, observatio 353: C.6.33.3にもとづく占有委付判決に対して、原状回復は適用されるのか、が論じられる。ミッテルマイヤーが援用している箇所は、おそらくは、以下の箇所か。：§.1, p.760 : 「... 原状回復は、略式で言い渡される判決に対しては、おこなわれない。このことを、さまざまな法学者の学説が主張する。かかることは、一般的には、まさにおおむね否定されるべきではない。しかし、その場合、裁判官の裁量がフリーハンドを維持する」。ただし、クラマー自身が問題にする当該ケースについては、当該ケースの特殊性にかんがみ、原状回復を認めた。：§.8, p.763 : 「... さて、しかし、C.6.33.3にもとづく〔占有〕委付判決は、周知のように、一時的占有にかかわる。それゆえに、原状回復が許されることに関しては、結論がおのずと出てくる。... そして、かかる原状回復の申請は、以下のことであれば、ますます非難されることができない。戦利品の諸々のケースにおいてもまた、原状回復を承認する者たちがいるからである。それは、判決が言い渡される相手方に、もっとも莫大な損害がもたらされることがあきらかであり、そして、C.6.33.3にもとづく救済それ自体が、本権訴訟に転じられ、異議申立人がいる場合である。...」。



- 11) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.34 : 「1788年 5月20日フランクフルト都市参事会令」: これは、「1788年 7月22日フランクフルト都市参事会令」の誤りか。: Raths-Verordnung vom 22ten Julii 1788. die Provocationen, Revisionen, Restitutions-und Nullitäten-Klagen betreffend, in: Johann Conradin Beyerbach, Sammlung der Verordnungen der Reichsstadt Frankfurt, Theil 8, Frankfurt am Main 1799, §.15 ff, S.1510 ff. そこで列挙される原状回復が認められるための諸要件には、占有委付に対する不服申し立てというのではない。
- 12) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.34.
- 13) C.4.4.un. : 「皇帝ホノリウスおよび皇帝テオドシウスが、近衛都督ヨハネスに。何であれある契約にもとづいて、金銭が請求される場合には、つねに、係争物保管の必要性は、やむ。なぜなら、債務者は、第一に、敗訴させられ、そして、こうして、ついで、弁済が訴求されることを要するからである。: たんに、法の理由のみならず、衡平それ自体もまた、つぎのことを勧める。金銭を訴求するであろう者は、諸々の証拠を提出しそして債務者を打ち負かす、ということである。[422年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.210.
- 14) X.2.17.c.1 : 1198年に、インノケンティウス3世が、ミラノの大司教に宛てた教皇令。その冒頭要約には、「それについて、[占有] 委付がおこなわれた物は、係争物保管されるべきではない。...」とある。Aemilius Friedberg, Corpus Iuris Canonici, Pars secunda, Lipsiae 1879, col.302-304.

X.2.17.c.1における該当箇所: 「...余の先任の教皇カエレスティーンヌスは、その勅答として、こう解釈した。占有訴訟も、また、本権訴訟も、裁判官に付託された、ということである。: 無条件で、かつ区別なしに[訴訟が] 付託され、そして、その訴訟の連続は分かたれるべきではないがゆえに、かれ[カエレスティーンヌス] は、前述された財産もまた、係争物保管されることを、その裁量で命じた」。これに対して、インノケンティウスは、「...係争物保管の命令が、まったく取り消されることを命じた...」。この法文そのものは、省略が多く、わたくしには、理解に難い。

事案は、注釈の casus によれば、以下のとおり。: 「ミラノの[大] 司教とラ＝レオルの修道院長との間で、ある財産について、問題が生じた。この問題は、大司教の請求にもとづいて、ヴェロナの司教に単純に付託された。ヴェロナの司教のところで、[ミラノの] 大司教は、占有訴訟を提起した。そして、ヴェロナの司教自身は、一部では、修道院長に有利に、一部では、大司教に有利に判決を言い渡した。: このことがおこなわれた後で、修道院長の訴訟代理人は、かの財産についての所有権に関して、訴訟を提起することを意欲した。これらの財産について、大司教が、占有訴訟において勝訴した。しかし、大司教は、答弁をおこなう。[ヴェロナの] 司教の裁判権は、消滅したと。けだし、かれ[大司教] は、こう主張するからである。占有訴訟のみが付託



されたのであって、所有権についての訴訟は付託されてはいない。：そして、かれ[ヴェロナの司教]は、ひとたび職務を果たした。それゆえに、かれ[ヴェロナの司教]は、さらに、所有権について審理することができなかった。しかし、大司教が、修道院長の訴訟代理人に答弁をおこなうことを意欲しなかったので、[ヴェロナの]司教は、大司教の不服従を理由に、修道院長を占有に委付した。この占有委付は、物を保管するために、大司教自身に対して[?]言い渡された。しかし、大司教は、修道院長を、かの占有から暴力でもって追い出した。：この訴訟は、やがて、さきの教皇カエレスティヌスにもたらされた。...[教皇]カエレスティヌスは、つぎのように勅答して解釈した。所有権についての訴訟も、また、占有についての訴訟も裁判官に付託され、そして、訴訟は、無条件でかつ区別なしに付託され、そして、訴訟の連続は区別されるべきではないがゆえに：かれ[カエレスティヌス]は、前述された財産もまた、ヴェルツェラの司教とノヴァラの司教のところに係争物として保管されることを、その裁量によって命じた。カエレスティヌスは、レジョ＝エメーリアの司教とモデナの司教に、つぎのことを命令した。かれらは、占有と所有権についての訴訟について、十分に審理し、そして、この訴訟について決定し、そして、所有権について[の訴訟において]勝訴した、かの当事者に、財産を付与するように。...ついに、かの司教らは、かの訴訟について訴訟手続きをしなかったがゆえに、当事者らは、[教皇]インノケンティウスのところに上訴した。このインノケンティウスのところで、上述のことがらやその他の多くのことがらが援用された。：インノケンティウスは、カエレスティヌスが、所有権と占有の訴訟を、レジョの司教とモデナの司教に付託した、かの状態に事件を戻した。かれ[インノケンティウス]は、係争物保管の命令がまったく取り消されるものとした。：そして、教皇[インノケンティウスは]、修道院長を、その権利において見捨てることがないようにするために、つぎのように定めた。大司教は、ヴェロナの司教が、かの修道院長自身は占有に委付されることを決定したかの時点以降レジョの司教とモデナの司教のところで担保を提供した時点まで、このことに関しておこなわれた適正な費用を、修道院長に返還すること、そして、大司教は、本件訴訟のために、十分な担保を提供することである。...」。Decretales D. Gregorii Papae IX. suae integritati unā cum glossis restitutae, Romae 1584, p.479-480.

- 15) 『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第13章第1条：「時として、つぎのことが生じる。訴訟係属中に、なにかし、あらかじめ、当事者らによって、係争物保管ないし争われる財貨の供託が請求される、ということである。その場合には、かかる係争物保管は、それにもかかわらず、すべての法において、原則として、そして一般に禁止される。（なぜなら、誰も、法が判決し

ていないのに、その占有を奪われるべきではないからである)。しかし、場合によっては生じる特別の諸ケースにおいては、係争物保管が許される。かくして、われわれは、つぎのことを意欲する。かかる係争物保管については、皇帝の諸法でもって取り扱われる」。Reformation, fol.26 recto.

- 16) 『フランクフルト改訂改革都市法典』第1部第13章第2条：「そして、それゆえに、係争物保管は、けっして許されるべきではない（とくに、一方または他方当事者が、係争物の平穏な占有にある場合）。ついで、諸法において根拠付けられる、適法でかつ必要な諸原因から、係争物保管が生じる。それは、占有者が、浪費者で、かつ悪しき家父であり、こうして、かの財貨を無益に蕩尽する場合である。かれが、逃亡するかもしれないとの嫌疑がかけられる場合、あるいは、かの担保を提供することが課されるが、しかし、かれが、担保を、服従しないで、そして、任意に提供することを拒絶する場合、そして、このたぐいの諸々のケースである場合である」。Reformation, fol.26 recto.
- 17) C.8.36.2：「皇帝コンスタンティヌスが、属州民らに。争いが未決定である場合には、訴訟に係属された諸訴権は、あるいは、それらの物に関して、原告が、所持している被告に対して訴える物は、かの原告によって、結び付けられた人または外部の人に、贈与、または買い、または何であれある契約によって移転されることは、けっして許されない。：あたかも、何もおこなわれなかったかのごとくに、訴訟が、依然、最後までやり通されるべきである。[331年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.485-486.
- 18) Nov.112.c.1=Auth.Collat.8.13.c.1：「皇帝ユースティーニアヌスが、東方総督テオドトゥスに。第1章。そして、それゆえに、余は、こう定める。係争物と言われ、かつ理解されるのは、動産および不動産そして自ら動く物である。この物の所有権について、訴訟が、訴求する者と占有する者との間で提起される。それは、あるいは、訴状によってであり、あるいは、皇帝に差し出され、そして裁判官に送達され、かつ、裁判官によって、この訴えの相手方に知らされた請願書による。：すなわち、これらのケースにおいては、余の恩寵に属するかつての勅法もまた、将来通用することを、余は意欲する。余は、その勅法において、善意である者と悪意である者とを分かった。... [541年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, N.,p.436.
- 19) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.39-40：「...しかし、ここでは、訴訟全体の特別の経過が、考慮される。[シュテデル美術館の]理事らは、法的に有効な方法で、正式に、相続財産の占有に委付されていた。これに対して、自称無遺言相続人らが登場し、そして、迅速な原状回復、理事らの占有剥奪、係争物保管を請求し、そして、遺言の取消を主張した。これにもとづいて、さらなる通知なしに、占有訴訟における裁判所の却下決定が、係争物保管および原状回復に関して下された。；しかし、本権訴訟においては、被告らに、訴

- 訟期間の通知のうえで、抗弁のための期限が定められた。しかし、この決定に対しては、原告によって、ただちに、控訴がおこなわれ、そして、このことによって、決定のすべてのさらなる効果が阻止された。一控訴審においては、〔原審の〕裁判所が確認されることができるかどうかの吟味が問題であった。この控訴審において、係争物に関する変更についての訴えが提起された。そして、かかる事情のもとでは、裁判所による〔訴訟係属物処分〕禁止が正当化されるべきであろうかどうか、という問題が生じる。かかる問題は、ただ、訴訟係属の観点からのみ考えられることができよう。；しかし、訴訟係属は、つぎの時点からはじめて始まる。それは、訴えを許されるものとして通知する、有効に述べられた決定が、被告に送達され、そして、個々の諸効果にあっては、争点決定の時点からである。しかし、かかる訴訟係属は、しかし、1.) 原状回復の訴えおよび係争物保管の訴えについて、被告に関しては、存在しないように見える。なぜなら、この訴えについては、却下の決定が生じたからである。2.) 本権訴訟の遺言取消の訴えについては、しかし、なるほどおこなわれた通知決定は、いかなる効果をももたらすことができない。なぜなら、この決定全体に対して控訴されたからである。それゆえに、理事らは、なお、かれらに関して、訴訟係属の諸効果が始まる状態にはない。そして、それゆえに、理事らに対しては、〔訴訟係属物処分〕禁止は、宣告されることができなかったのである。一かかる〔禁止決定〕は、しかし、現在でもまた正当化されることができないであろう。なぜなら、第一審の決定が確認され、そして、それゆえに、理事らは、法的占有にあるからである。...」。
- 20) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.36. そこでは、Martin Lehrb. des b. Proz. §.279 が援用される。Christoph Martin, Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 9. Ausgabe Heidelberg 1826, S.462-463 : 「... 判決される完全な控訴審手続きにおいては、控訴の正当化が、原則として、最終書面として受理され、これに対して、被控訴人は、最終尋問でもって聴取され、そして、ついで、一件書類の終結がおこなわれた後で、控訴審判決が作成される」。
- 21) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.38.
- 22) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.42.

## 第6章 シュテューデル美術館理事らによる一部公表

シュテューデル美術館の理事らは、本権訴訟が、リユーベックなる四自由都市上級控訴裁判所に係属中であった1827年に、シュテューデルの遺言その他の証拠と一緒に、小稿で取り上げたランズフート大学鑑定意見を、フランクフ

ルト＝アム＝マインのヨーハン＝フリードリヒ＝ヴェンナーなる書肆から公刊した。

しかし、公刊されたのは、ただ、遺言者シュテートルがその遺言で設立されるべきシュテートル美術館を、その相続人に指定したことについて、ランズフート大学が、いふなれば占有訴訟における「傍論」で、有効だ、と判断した箇所のみであった<sup>1)</sup>。

以下、そのあらましを、かいつまんで考察してみたい。

ランズフート大学は、控訴人の訴訟代理人弁護士ヤッソイが、本件とは無関係の観点をむやみに主張したことを遺憾とした<sup>2)</sup>。

ランズフート大学は、シュテートルの遺言が、つぎの各点を含む、と説いた。第一に、都市フランクフルトにとって有益な美術館の設立である。第二に、芸術振興という目的のために美術品収集を用いること。第三に、設立されるべき美術館を、独自の管理のもとに置くべきこと。ただし、この美術館を、フランクフルトの市民団から引き離さないこと<sup>3)</sup>。

ランズフート大学は、この美術館を相続人に指定することを有効だと判断した。

その主な理由は、ほぼ、つぎのように、これらをまとめることができる。

アルノルト＝ハイゼ<sup>4)</sup>によるならば、財産の集合体は、公益目的のためであり、かつ特別の管理のもとにあるときには、財団なる種として、類概念としての法人に属す。

公益目的のための財団設立のためには、社団の場合のような許可は不要である。財団設立の要件としての許可については根拠がない。むしろ、普通法は、C.1.3.24; C.1.3.28.pr.; C.1.3.46.pr.; C.1.3.49<sup>5)</sup>で、こうした公益目的のための財団設立には、許可を要しないことを、明確に述べている。控訴人の訴訟代理人弁護士ヤッソイは、フランクフルトにあって、財団設立のためには許可を要する根拠として、オーバーラント財団事件<sup>6)</sup>を援用する。しかし、この

オーバーラント財団は、フランクフルト市民の多数を取り込んだ団体であった。都市フランクフルトにとっては、政治的にすこぶる重大なものであって、シュテューデル美術館とは相違した。

ラオテルバハ<sup>7)</sup>によれば、公益目的の財団は、遺言作成時に存在するのか、あるいは遺言でもって始めて設立されるかを問わず相続人に指定されることができる。

さらに、ローマ法にあつては、ユースティーニアヌスが、不特定人 *persona incerta* を相続人に指定することを認めた。たとえば、C.1.3.49.§.1<sup>8)</sup>によれば、不特定の貧困者らですら、相続人に指定されることができるのである。

財団設立のためには、許可が要件だとすれば、こうした許可を、シュテューデル美術館は、付与された。1811年11月21日、当時のフランクフルト大公カール＝ダルベルクは、シュテューデルの請願を承けて、シュテューデルに、美術館設立の許可を『ナポレオン法典』第910条にもとづいて付与した<sup>9)</sup>。このいったん付与された許可は、1つの特権ないし既得権として、その後の大公国消滅および『ナポレオン法典』廃止にもかかわらず、自由都市フランクフルトにあっても存続した<sup>10)</sup>。たとえ、フランクフルト大公の許可が消滅したとしても、シュテューデルの死後、1816年12月10日に、フランクフルト都市参事会が、シュテューデル美術館を、正式に許可した<sup>11)</sup>。この許可は、いわば条件付き相続人指定における「条件」として、被相続人シュテューデルの逝去時に遡及する<sup>12)</sup>。シュテューデルは、この許可を受けるのを遺言で禁止することはけっしてなかった<sup>13)</sup>。

ランズフート大学は、こうして、シュテューデルの遺言によって設立されるべきシュテューデル美術館の同じ遺言による相続人指定を有効としたのであった。

注)

- 1) 印刷公表された部分は、ミュンヘン大学文書館所蔵にかかる鑑定意見謄本全43葉のうち、fol.24下から6行目から fol.30上から22行目までの約6葉分である。
- 2) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.24=Actenstücke III, S.11 :「... しかし、シュテール美術館を相続人に指定することが無効であると見られる、ということは、けっして証明することができない。控訴人らの弁護士が、シュテール美術館の真の状態をすこぶる誹謗し、そして、そもそも、本件にはまったく無関係のすこぶる多くの見解が援用されたことは、遺憾とされるべきである。…」。
- 3) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.25=Actenstücke III, S.11.
- 4) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.25=Actenstücke III, S.12. ここでは、Heise im Grundrisse eines Systems des gemein. Civilr. II.Aufl. S.21 Not.13の引用がある。ここで引用されている第2版(1816年)は、参看できなかったのは、第3版(1819年)である：Arnold Heise, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen, Heidelberg 1819, S.25-26 :「III. 法人について。A. 概念およびさまざまな種類。脚注15) 法人のさまざまな種類は、ほとんど完全には述べられることはない。法人であるのは、個々の自然人以外のもので、国家において、独自の権利主体として承認されるものである。すべてのかかる法人は、しかし、何らかの土台を持たねばならない。この土台が、法人を形成するか、または、表象する。さて、この土台は、... 2) 物から成る。すなわち、... c) 公益目的に捧げられ、そして、特別の管理のもとに置かれる財貨の何らかの集合体から成る。(慈善施設、捕虜となっている人々の買い戻しのための遺贈、寡婦金庫、奨学金)。このたぐいの施設は、... 多くの場合、社团の中に算入されるが、しかし、おそらくは、これは、誤りである。...」。
- 5) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.26=Actenstücke III, S.13. 引用される法文：C.1.3.24 :「同皇帝ら〔皇帝ワレンティニアースおよび皇帝マールティアース〕が、近衛都督パラディウスに。貧困者らのために、遺言または小書付によって残されるものは、不特定人らに残されたものとして無効となるのではなく、すべての方法で有効で、かつ確かなものとして存立する。[455年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.25; C.1.3.28. pr. :「同皇帝〔レオー〕および皇帝アンテミウスが、近衛都督ニコストラトゥスに。序項。余は、決定する。あるいは、遺言によって相続人に指定されたのであれ、あるいは、無遺言で相続するのであれ、あるいは、信託遺贈の受益者もしくは受遺者であることが、判明するのであれ、誰にも、敬虔な遺言者の諸々の処分を無効に

したり、あるいは、不正な意思でもって侵害することは許されない。それは、捕虜になっている人々を買い戻すために残される遺贈もしくは信託遺贈を不特定のものであると主張することによる。：しかし、すべての方法でつぎのことが求められる。敬虔なことがらについての行為にあっては、遺言者の意思のために役立つということである。[468年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.26-27; C.1.3.46. pr. : 「同皇帝 [ユースティーニアヌス] が、近衛都督ユーリアヌスに。序項。余は、定める。誰かが、死につつあるときに、敬虔な処分を、あるいは、相続人指定の方法によって、あるいは、遺贈もしくは信託遺贈によって、あるいは、死因贈与によって、あるいは、何であれその他の適法な方法によっておこなった。：かれは、あるいは、その時の司教に、かれ [遺言者] 自身が意欲したことが執行されるように配慮することを課したか、または、このことについてもまた沈黙した。あるいは、反対に、[司教による配慮を] 禁止もまたした。その場合には、相続人は、[遺言者によって] 命じられたことを、すべての方法でおこない、かつ履行することを要する。もしも、[相続人が] 自発的におこなわなかったであろうならば、その地の神に愛される司教が、ただちに、これらのことに関して、注意を払い、そして、相続人らが、すべてのことを、故人の意思に従って履行するように申し立てる。しかし、遺言者が、教会の築造を課したであろうならば、[司教は] 相続人らに、3年以内に、[教会の築造] 完成されることを要求する。：しかるに、[遺言者が] 施療院の築造を [課したであろうならば]、ただ1年以内に、それがおこなわれることを [司教が] 強制する。：それは、あたかも、遺言者らにとって気に入ったことがらを履行するために、定められたこの期間が十分である場合である。：施療院ないし病院の築造の工事がおこなわれている間は、可能ならば、家宅を賃借し、そして、患者らを、そこで、寝台に横たえる。しかるに、あるものが、すぐに、そして、一度の給付によって、諸々の敬虔目的に与えられるように義務付けられたであろうならば：かれら [相続人ら] が、ただちになすように [司教が] 強制する。それは、遺言の登録の後で、そして、相続承継の後で、あるいは、遺贈を与えられた者たちによって、遺贈が[取得された後で]である。[530年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.37; C.1.3.49 : (該当箇所は、とくにその序項か?) : 「皇帝ユースティーニアヌスが、近衛都督ヨハネスに。序項。誰かが、その財産全部を捕虜となっている人々を買い戻すために残すことを希求したので、ファルキディウス法を回避するため、捕虜となっている人々自身を、相続人として書いた。その場合には、あたかも、不特定人らを相続人らに指定したものとして、[この遺言者が] かれの判断を、攻撃されるべきものとして残した、と見られてはならない。余は、このために、定める。このたぐいの相続人指定およびかような相続人指定は、敬虔さにかんがみて有効であり、かつ非難



されるべきではない。[531年]」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.41.

- 6) オーバーラント財団 Stiftung ないし団体 Gemeinde につき、Johann Stephan Pütter, Auserlesene Rechts-Fälle aus allen Theilen der in Teuschland üblichen Rechtsgelehrsamkeit in Deductionen, rechtlichen Bedenken, Relationen und Urtheilen theils in der Göttingischen Juristen-Facultät theils in eignem Namen ausgearbeitet, Bd.2, Theil 2, Göttingen 1771, S.509-515. 16世紀後半に、オランダから、福音主義派の人々が、フランクフルトに亡命してきた。これらの亡命者は、フランクフルトで、困窮者らおよび子孫の扶助のために、財団設立状を定め、財団を設立した。その後、1753年に、100名の市民が、オーバーラント財団の名称のもとに、醸金して、相互互助の目的で財団を設立した。ただし、都市参事会の許可を受けていなかった。1762年、この財団の理事長および理事会が、集めた金銭でもって、抵当権を購入するべく、都市フランクフルトの都市官房に申し出た。都市官房は、オーバーラント財団についての都市フランクフルトの許可決定なき以上、購入はできないとして拒絶した。

シュテューデル美術館事件における原告＝控訴人訴訟代理人弁護士ヤッソイは、この事実を根拠に、フランクフルトでは、都市公権力の許可なければ、団体設立が認められないことを主張した。GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.12.

- 7) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.27=Actenstücke III, S.14: Lauterbach Colleg. Pand.lib.XXX.§.VII:Wolfgang Adam Lauterbach, Collegium theoretico-practicum Pandectarum, Pars 2, Tubingae 1706, Lib.XXX.XXXI.XXXII.§.VII, p.1002:「受遺者たる人々について。…(2)…擬制された人々と言われるのは、社団、都市、村落、同職団体、団体である。これらは、すなわち、擬制された人格を表す。…古法によれば、これらには、遺贈は残されることができなかった。；不特定人への遺贈は害された。…しかし、このことは、その後の法律学によって変更された。それは、これらの団体が許されるものである場合には、である。その場合、[これらの団体が] たとえ将来の [団体] であっても etiamsi futura [かまわない]。…」。
- 8) C.1.3.49.§.1:「皇帝ユースティニアヌスが、近衛都督ヨハネスに。…第1項。しかし、誰かが、貧困者らを、相続人として書き、そして、特定の救貧院が見つからず、あるいは、遺言者が考えていた特定の教会に属する貧困者らが見つからず、不特定の用語でもって、貧困者らが相続人に指定された。その場合でもまた、類似の方法で、このたぐいの相続人指定もまた有効であると、余は、定める」。Gebauer-Spangenberg 版 Tom.2, C.,p.41.
- 9) 1811年11月21日のフランクフルト大公のデクレをめぐる問題については、野田「シュテューデル美術館事件と『ナポレオン法典』（1・2完）—1811年11月21日のデクレの拘束力をめぐって—」『福岡大学法学論叢』第61巻第4号 1135-1179頁および第62巻第1号29-77頁を参照。



- 10) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.28-29=Actenstücke III, S.15-17.
- 11) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.28-30=Actenstücke III, S.18.
- 12) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.28 : 「... ひとが、後生児 posthumus の相続人指定についての、あるいは、条件付き相続人指定についての諸原則を適用するとすれば、法人の相続人指定にあつては、認許 Confirmation が、被相続人の死亡後にはじめて与えられるということで十分であるにちがいない」。Actenstücke III, S.15の対応する箇所では、下線部「後生児 posthumus の相続人指定についての、あるいは、」が脱落している。  
条件付き相続人指定をめぐる問題については、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.—」『福岡大学法学論叢』第58巻2号285-317頁および第58巻第3号463-504頁を参照。
- 13) GA Landshut, 25.Nov.1818, fol.30=Actenstücke III, S.18.

## 第7章 一部公表された刊本と鑑定意見との比較

われわれは、まず、ミュンヘン大学文書館所蔵にかかる1818年11月25日付ランズフート大学鑑定意見を、そして、ついで、この鑑定意見に拠った1818年12月16日フランクフルト控訴裁判所判決理由のうち、シュテューデル美術館の理事らによって1827年に公表された部分を、それぞれ考察した。これら2つの法制史料を比較すれば、われわれは、以下のことがらについて、容易に気づくことができる。

1818年のフランクフルト控訴裁判所判決は、占有訴訟における判決であった。ランズフート大学鑑定意見は、あくまでも、本件が占有訴訟であることを前提とする。

最大の焦点は、占有訴訟において、遺言者シュテューデルがその遺言で相続人に指定したシュテューデル美術館ないしその理事らが、有効に占有に委付されるか否か、であった<sup>1)</sup>。シュテューデルの遺言は、『フランクフルト改訂改革都市法典』の規定するところに忠実だった。シュテューデルの遺言の末尾に、

「自由都市フランクフルト＝アム＝マインで登録され、公に宣誓した公証人<sup>2)</sup>であるカール＝ヴィルヘルム＝コルディア<sup>3)</sup>が、「ここにある遺言行為は、わたくし〔すなわち〕下記の、このために特別に要請された公証人の立ち会いにおいて、首尾一貫して、法律の規定に従い、とくに、証書の統一を厳格に遵守して、すべての者について手と印章とを再度確認したうえで実施された。；このことが、これにより、わたくしによって、特別の懇請を受けて、公証人としての信義のもとで、手と印章とでもって公証される<sup>4)</sup>と述べる」とおりである。遺言者シュテューデルの他に、7名の証人の署名および印章がそなわっている<sup>5)</sup>。また、遺言の冒頭では、ローマ法ないし普通法および『フランクフルト改訂改革都市法典』の規定に従って、遺言者による相続人指定がおこなわれている<sup>6)</sup>。

このように形式を具備した遺言にあつては、『フランクフルト改訂改革都市法典』第6部第2章第1条およびその由来するローマ法文C.6.33.3から採られる判断基準である「目に見える瑕疵」<sup>7)</sup>は、存在しない、とされた。「目に見える瑕疵」が存在しない以上、たとえ、遺言が、遺言を無効とするかもしれない「目に見えない瑕疵」を抱えるものであつても、遺言で指定された相続人が、占有訴訟にあつては、暫定的に占有に委付されたのである。この占有委付が、あくまでも暫定的なものだとすれば、遺言者シュテューデルによって、遺言でシュテューデル美術館の設立が定められ、かつ、この設立されるべき美術館を相続人に指定する、という遺言による相続人指定が有効か無効かは、ランズフート大学鑑定意見それ自体が再三述べるように、本来的には、占有訴訟に属する争点ではなく、本権訴訟に属する争点であつたはずである。

しかし、ランズフート大学は、一方では、以上のように、占有訴訟における占有委付の暫定的性格を強調しつつも、他方では、本来ならば、本権訴訟で取り扱われるべき争点、すなわち、本件におけるかの相続人指定が有効か無効かについて立ち入り、『勅法彙纂』における、不特定人の相続人指定を

有効とする一連の法文、1811年11月21日のフランクフルト大公のデクレ、それに、1816年12月10日のフランクフルト都市参事会によるシュテューデル美術館の認許とその遡及的効力などを理由に、本件における遺言による相続人指定を有効だ、と判断した。

1827年に刊本のかたちで公表されたのは、本件遺言による相続人指定を有効とした部分のみであった。もちろん、この部分は、「判決理由」の全体としてではなく、「占有訴訟において言い渡され、ランズフートの法学部によって作成された、1818年12月16日の自由都市フランクフルトのおおいに称賛される控訴裁判所の判決についての判決理由に含まれるごとき—シュテューデル財団の法的存立についての諸見解」<sup>8)</sup>として公表されている。格別、判決理由の内容が改竄されているわけではない。

しかし、わたくしを含めて、これまでの研究者は、例外なしに、もっぱら公刊された部分のみにしか接することができなかった。ランズフート大学鑑定意見が、その判決理由で強調しているのが、むしろ、既述のように、占有委付の暫定的性格であることを窺い知ることは、できなかった。公表された部分のみを読めば、ランズフート大学鑑定意見は、占有訴訟と本権訴訟とを区別せず、占有訴訟にあって全面的に被告＝被控訴人であるシュテューデル美術館理事らの主張を認めたかのごとき印象を抱く。シュテューデル美術館の理事らが、上記のようなやり方で公表したのは、このような印象を惹起し、世論を味方に付けようとの意図によるものだったのか<sup>9)</sup>。

その背景には、当時ハレ大学法学部が、シュテューデル美術館に不利な判決を作成しつつある、という「噂」があり、これに対して、八方手を尽くして巻き返しを図りたい、というシュテューデル美術館理事らの思惑があったのではあるまいか<sup>10)</sup>。

注)

1) この点に、占有訴訟が本権訴訟と峻別される意味があったのではあるまいか。

2) シュテデルの遺言 Institut für Stadtgeschichte Frankfurt am Main 所蔵原本：請求番号 Verträge der freien Stadt Frankfurt, Nr.415末尾。

3) カール＝ヴィルヘルム＝コルディアの経歴につき、Barbara Dölemeyer, Frankfurter Juristen im 17. und 18. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1993, S.31 参照。かれは、1774年にフランクフルトで生まれ、ギーセンおよびエアランゲンで、法律学を学んだ。

4) シュテデルの遺言 Verträge der freien Stadt Frankfurt, Nr.415末尾。

5) シュテデルの遺言 Verträge der freien Stadt Frankfurt, Nr.415末尾。

6) ローマ法につき、原田慶吉『ローマ法』（改訂版）（有斐閣 1955年）340頁：「相続人の指定 (heredis institutio) 遺言の生命である (caput et fundamentum testamenti 遺言の頭と基礎)。従つてこれのない遺言は無効である」。

『フランクフルト改訂改革都市法典』第4部第3章第1条：「相続人の指名および指定は、あらゆる遺言の主要部分 Hauptstück であるがゆえに、…この相続人の指名および指定は、けっして省略されるべきではない。したがって、この主要部分がなければ、遺言は、法によって、無効 kraftlos und nichtig である」。Reformation, fol.157 verso.

7) この用語は、すでに、glossa ad C.6.33.3. verbum: "vitiatum" に見える。：「諸々の瑕疵。ある瑕疵は、目に見えるものであり、そして、これらの瑕疵は、占有委付を妨げる。…ある瑕疵は、目に見えないものであり、そして、それらの瑕疵は、[占有委付を] 妨げない。…」Codex Dn. Iustiniani Libri Duodecim. Tomus Quartus, nouem priores Codicis libros continens, Lugduni 1627, col.1574.

「目に見える瑕疵」の例：遺言が日付およびコーンスル(年)を欠くケース。；法定の証人(7名)を欠くケース。；「目に見えない瑕疵」の例：破られた遺言のケース。；無効な遺言のケース。；脱漏ゆえに無効である遺言のケース。；不倫遺言のケース。遺言者の遺言能力が否定されるケース。；遺言を作成した公証人が不適格であるケース。Johannis Voet, Commentarius ad Pandectas, Tom.2, Coloniae Allogrogum 1757, Lib.43, Tit.2, n.4, p.695参照。

しかしながら、Leonhard Heinrich Ludwig Georg von Canngiesser, Collectio notabiliorum Decisionum supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani, Tom.2, Cassellis 1771, Dec.190, n.5-6, p.86も参照。

母親が、同母異父の子らのうち、前婚からの子らを、遺言で包括相続人に指定した。その遺産の中には、男系卑属によってのみ承継されうる男系レー

エン地があった。この土地をめぐる訴訟にあって、前婚からの子らが、C.6.33.3にもとづく占有委付を申し立てた。1752年9月20日カッセル上級控訴裁判所判決は、これを認めなかった。その理由の1つとして、当該地が、男系レーエン地であることはあきらかであること、この男系レーエン地については、遺言者である母親は処分する権限を持たないこと、したがって、このことは、「目に見える瑕疵」と見られるべきことを指摘している。ここで「目に見える瑕疵」とは、「ただちに立証されうるもの」であるという。ユスト＝ヘニング＝ベォエマーを援用しつつ「もっともおおきな瑕疵であるのは、遺言能力の欠如から生まれる瑕疵である」と述べる。

Just Henning Böhmer, *Doctrina de actionibus*, Bonnae 1733, sect.2.c.3.§.7, p.325:「この[C.6.33.3にもとづく] もっとも強力な救済に対する諸々の抗弁は、2つである。(1) 目に見える瑕疵の[抗弁]。すなわち、ただちに立証できる瑕疵の[抗弁]である。；すなわち、ただちに立証されることができ  
る抗弁は、より立ち入った調査を必要としない。；そこから、[目に見える瑕疵を]承認することは、あきらかに、つぎのケースにおいては必要である。すなわち、方式に従わないで[遺言で]処分する父親の筆跡が、息子らによって否定される場合には、目に見える瑕疵が存在する。…」。

「目に見える瑕疵」と「目に見えない瑕疵」とを区分する判断基準については、なお、今後の究明を要する。

- 8) Actenstücke III, S.11冒頭にある表題。小稿はじめに注4も参照。
- 9) このように訴訟係属中の事件につき、裁判史料を、いわば改竄したうえで印刷による公刊でもって公表し、もって、世論に訴える、という戦術が、この当時まかりとおっていたことは、少なくともわたくしにとっては、驚きであった。
- 10) ハレを訪問したエドアルト＝ガンスが、その後、フランクフルトに立ち寄り、フランクフルトで、ハレ大学法学部が、シュテューデル美術館に不利な判決を作成しつつあると吹聴したのは、まさに Actenstücke が公刊された1827年であった。野田「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476-479頁参照。

## むすび

ミュンヘン大学文書館所蔵にかかる1818年11月25日ランズフート大学鑑定意見（報告者ミッテルマイアー）が、われわれに残した課題を指摘して、む

すびとしたい。

シュテューデル美術館事件の占有訴訟にあっては、『フランクフルト改訂改訂都市法典』第6部第2章第1条およびそれが由来したローマ法文C.6.33.3が重要であった。ただ、C.6.33.3は、中世ローマ法学以来の永年にわたる釈義史を持つ法文である。ローマ法のその他の占有特示命令、たとえば、*quorum bonorum* 特示命令<sup>1)</sup>との比較で、いわゆる「C.6.33.3にもとづく占有委付」が、いかなる位置を占めるのか<sup>2)</sup>それ自体を含めて、C.6.33.3の釈義史に、今後取り組みたい。

ミュンヘン大学文書館史料は、われわれがこれまで依拠してきた公刊史料からはまったく窺うことができなかった諸点を、シュテューデル美術館事件についてあきらかにした。われわれは、19世紀前半ドイツの訴訟事件に取り組むさいには、史料が残されたことの動機それ自体をふまえたうえで、当該史料を用いるべきではあるまいか。本件に即して言えば、シュテューデル美術館の理事らは、いかなる意図で、ランズフート大学鑑定意見の一部のみを公刊したのかについて、われわれは、よりいっそう、思いを巡らす必要がないだろうか。

以上で取り上げたランズフート大学鑑定意見の他に、シュテューデル美術館事件における占有訴訟に関する1821年5月7日のイエーナ大学法学部鑑定意見<sup>3)</sup>もまた、一見してあきらかなように、その一部のみしか、公刊されていない。われわれは、イエーナ大学法学部鑑定意見についても、小稿でと同じ手法で再検討するべきであろう。

原告＝控訴人の訴訟代理人弁護士であったヤッソイもまた、さきにあきらかにしたように、かれが意見書作成を依頼したライプツィヒ大学法学部意見書<sup>4)</sup>およびキール大学法学部意見書<sup>5)</sup>について、自己に有利な部分のみを公刊した。

このように、訴訟当事者または訴訟代理人が、各大学の作成にかかる鑑定

意見ないし意見書を恣意的に切り取って自己に有利な部分のみを公刊することとは、19世紀前半ドイツでは容認される行為であったかどうか、これもまた今後の検討課題である<sup>6)</sup>。

## 注)

- 1) quorum bonorum 特示命令とは、quorum bonorum なる告示の最初の語にちなむ。原告は、法務官より遺産占有を付与された者。被告は、有体物を「相続人として」「占有者として」占有する者である。占有取得の特示命令による占有取得を目的とする。被告の善意悪意による責任の区別はない。原田『ローマ法』362頁参照。
- 2) この法手段が、quorum bonorum 特示命令と同類の占有訴権であるかにつき、19世紀前半ドイツ普通法学では、争いがあった。

たとえば、Anton Friedrich Justus Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Bd.2, Jena 1803, S.174は、占有に関する法手段として、quorum bonorum 特示命令につづいて「C.6.33.3にもとづく救済。すなわち、外的な形式において非難されない遺言を呈示する者は、かれが、その遺言において相続人に指定されているならば、これによって、迅速な方途で、暫定的に、相続財産の占有にいたりうる。…」と述べる。quorum bonorum 特示命令と C.6.33.3にもとづく救済は、占有訴訟として同列に置かれる。

これに対して、たとえば、Friedrich Carl von Savigny, Ueber das Interdict Quorum bonorum, in: Vermischte Schriften, Bd.2, Berlin 1850, S.226は、ローマ法で特示命令が暫定的な法手段ではなかったことの証左として「... [C.6.33.3にもとづく] この占有委付は、すなわち、一見したところ形式どおりの遺言をたんに呈示することにもとづいて、法務官のみによって、審判人なしに付与される。したがって、ここでは、訴訟は追行されず、かつ判決は言い渡されなかった。それゆえに、いまや、なお、通常の訴訟が続くことができた、というのは、すこぶる自然であった。それゆえに、占有委付において存在する判断は、相続回復請求 hereditatis petitio の終局的な判断との関係においては、たんに暫定的な判断にすぎない。さて、ここで、この関係を正当化する諸理由が、特示命令にあっては生じない。それゆえに、双方の法手段のこの本質的な相違において、特示命令についての通説に反対する証拠がある。…」と述べる。Savigny, Das Recht des Besitzes, 6. Aufl., Giessen 1837, S.466でも、C.6.33.3の明示はないが、「暫定的諸法手段は、それらの判断が、紛争を、ただ暫定的にのみ終了させるものである。けだし、同じ法問題について



の、その他の（最終的な）審理および判断が可能だからである。たとえば、一見したところでは有効な遺言にもとづく、遺言で指定された相続人の占有委付の場合には、原告の相続権は、まったく本来的には、審理され、かつ判断されるものである。：しかし、この点は、後になって、相続回復請求にあって、あたらしい審理の対象でありうる。それゆえに、双方の審理は、第一審での審理と第二審での審理と類似した相互関係にある。…」との論述がある。

すでに、Savigny, Manuskript Erbrecht 2 (マールブルク大学図書館所蔵：請求番号 Ms.925/35), fol.179に「... 2. [遺言で] 指定された相続人の占有委付。—よろしく、特示命令から区別されるべきである。+—神皇ハドリアーヌスの告示が、このことに向けられる)。Paul.III.5.§.14-18 Cod.VI.33.L.7.C.Th.de test. (IV.4.) (L.8.pr.C.de codicillis)」。左欄外には「注意。区別の直接の証拠。：L.1 C. ubi de haered. (III.20) L.2.C.de interd. (VIII.1) (cf.Cujac. obs.V.19.)「パンデクテン講義草稿」688葉裏から689葉まで。そして688葉についての付録」とある。「パンデクテン講義草稿」における叙述については、後日を俟ちたい)。

Georg Friedrich Puchta, Pandekten, 3.Aufl., Leipzig 1845, S.692は、サヴィニーと同様に、C.6.33.3にもとづく救済を、quorum bonorum 特示命令とはことなる法手段として位置づける。：「ローマ法がすでに相続権の主張のために付与する暫定的な法手段は、相続財産への〔占有〕委付にある。そのさい、相続権がすでに存在しているわけではないか、あるいは、少なくとも、相続権がすでに立証されているわけではない。相続人であると主張する者は、相続権が争われるケースにおいては1) C.6.33.3にもとづく暫定的な遺産占有を受け取る。それは、かれが、外的に瑕疵のない遺言で、相続人に指定される場合である。；この占有委付は、相続訴訟が提起される場合に被告である、というメリットを与えるが、しかし、遺言者死亡時に遺言者に属した財産にのみ及び、そして個別の名義にもとづく他人の占有によって、相続訴権に関する消滅時効期間の経過によって、相手方が、ただちに in continenti おこなうその相続権の立証によって排除される」。；Georg Friedrich Puchta, Cursus der Institutionen, Bd.3, Leipzig 1847, S.263 (quorum bonorum 特示命令とは別途に叙述あり)：「遺言による相続人は、神皇ハドリアーヌスの告示によって、なお、特別の法手段を持つ。遺言が適法に開封され、そして、外的な瑕疵のない状態であったときには、[遺言で] 書かれた相続人は、被相続人が死亡時に占有した財産の占有への委付を受け取る。この相続人に対して、その権利を争う者は、その場合には、この相続人に対して原告として登場しなければならない。[この救済の] 要件は、：1) 裁判所での遺言開封、2) 外的に完全な遺言、3) 1年以内の占有、4) 相続人は、ただちに20分の1税を支払わねばならない。—ユースティニアヌスは、神皇ハドリアーヌスの告示を廃止した。しかし、要件3) および4) を削除したうえで、この法手段を

存続させた」。

Ludwig Arndts Ritter v. Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 7.Aufl., Stuttgart 1872, S.861, Anm.2は、うへのサヴィニー説を挙げた後で「現代の実務に関しては、このいわゆる C.6.33.3にもとづく救済は、遺言相続人の暫定的法手段として、その他の相続人らに関する quorum bonorum 特示命令と本質的に同じ性格を持つ。そして、双方の法手段ともどもまた、おそらくは、『裁判上の保護』“gerichtlicher Einsatz”として表示される」と説いている。

その他、さしあたり参照できたパンデクテン法学文献は、以下のとおり：

Julius Baron, Pandekten, Leipzig 1872, S.876：「いわゆる C.6.33.3にもとづく救済。アウグストゥスが導入した[20分の1税という]相続税が、ハドリアヌスの告示のきっかけとなった。外的に瑕疵のない遺言において相続人に指定された者は、被相続人が死亡時に占有した遺産の暫定的な占有への委付を、相続人としての占有者または占有者としての占有者を相手に、1年以内に請求することができる。しかし、これと引き換えに、相続税を支払わねばならない。ユースティニアヌスの時代には、相続税はもはや存在しなかったが、ユースティニアヌスは、ハドリアヌスの告示を改正し、そして、この法手段を、30年の通常の消滅時効のもとに置いた。占有者が、相続人として相続財産上の物を時効によって取得した場合には、この法手段は許されないと宣言した」。(quorum bonorum と併置して、「相続権の暫定的保護」の見出しの下で叙述)。

Carl Georg von Wächter, Pandekten, Bd.2, Leipzig 1881, S.787：「... C.6.33.3にもとづく救済があるのは、相続人が、外的に瑕疵のない遺言を呈示することによって、その相続権を疎明する wahrscheinlich machen ことができる場合である。注3ちなみに、この救済にあつては、quorum bonorum 特示命令について上述したことがあてはまる。；ただし、quorum bonorum 特示命令とのつぎの相違のみがある。この特示命令は、諸々の有体物 corpora に向けられるが、かの救済は、遺産全般に向けられる」。

Alois Brinz, Lehrbuch der Pandekten, Bd.3, 2.Aufl., Erlangen 1886, S.271-272：「いわゆる C.6.33.3にもとづく救済は、注釈学派の人々によって、それに続く(相続回復請求を含む)異議申立て付きの遺産への占有委付から、はじめから異議申立てがあるが、しかし、いずれにせよ、たんに占有的であるにすぎない法手段に転換された。この C.6.33.3にもとづく救済を根拠付けることには、外的に瑕疵のない遺言の呈示が属する。この遺言は、占有者の側からの異議が生じない場合には、なおつねに委付の基礎である。... 相手方は、ローマの後で続く異議の場合と同様に、現代の先行する異議の場合にもまたなお、より良い権利の証明を許される。... 一われわれの[C.6.33.3にもとづく]救済は、現代の quorum bonorum 特示命令に対しては、その種 Species の関係

にある。この種は、訴えの根拠付け（遺言の呈示）によって、そして、この救済は、相手方がいないときには、単純な占有委付となりうるということによって特徴付けられる」。

Friedrich H. Vering, *Geschichte und Pandekten des römischen und heutigen Gemeinen Privatrechts*, Mainz 1887, S.825-826 : 「…ハドリアヌスの告示によれば、外的に瑕疵のない、裁判所で開封され、その真正なることが、7名の証人によって確認されている遺言において相続人に指定された者は、1年以内に、相続〔財産の20分の1の〕税の納税のゆえに、そして、それと引き換えに、遺産への委付を申請することができた。ユースティーニアヌスが、これを、期間の制限なしに、また、ずっと前に廃止された相続税なしに許した。この占有委付は、無論、相続権それ自体については判断しない。…占有委付のこの暫定的な法手段は、現代の実務においては、本質的には、*quorum bonorum* 特示命令と同じ性格を持つ」。

Otto Wendt, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, S.864 : 「…われわれにローマ法からこの点において伝えられるものは、第一に *quorum bonorum* 特示命令であり、…そして、他方では、ユースティーニアヌスが拡大したかたちでの神皇ハドリアヌスの告示である。…ドイツの実務は、双方をまとめて、既述の〔占有訴訟という〕一般的な法手段を引き出し、かつ形成した。…（ハドリアヌスの告示にもとづく）委付と特示命令とは、〔ローマ〕帝政後期においては、たしかに同種のものとして融合し、そして、事実上、1つの統一的な制度として見られてよい。この制度に関しては、その後、ドイツの実務においては、保護 *Einsatz* または裁判上の保護 *gerichtlicher Einsatz* なる用語が生じた。…」。

Heinrich Dernburg, *Pandekten*, Bd.3, 6.Aufl., Berlin 1901, S.310 : （特示命令の1つとして）「外的に瑕疵のない遺言において相続人に指定される者は、いわゆる C.6.33.3にもとづく委付によって、遺産への委付を受け取る。それは、相続人としてまたは占有者としての場合によっては生じる遺産占有者を相手とする占有訴権としてもまたある。…」。

Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9.Aufl., Bd.3, Frankfurt am Main 1906, S.558 : 「ここで説かれた〔占有訴訟の〕法命題の1つの特別の適用が、つぎのことである。遺産の暫定的な占有への委付が、外的に瑕疵のない遺言にもとづいて請求されることができる。注6いわゆる C.6.33.3にもとづく救済。この命題は、ローマ法においては、*quorum bonorum* 特示命令とは無関係に登場する。ハドリアヌスは、相続税がより迅速に支払われるようにとの利益において、指定された相続人に、上述の権限を、かれが1年以内に申し立てる場合に関して与えた。…この〔1年という〕制限をユースティーニアヌスが、削除した。…」。

歴史的沿革はさておき、19世紀ドイツ普通法学の通説では、C.6.33.3にもとづく占有委付は、*quorum bonorum* 特示命令と同類の占有訴権と解されたようである。

3) *Actenstücke IV*, S.19-22.

4) Christian Wenck, *De pia causa in eodem testamento constituta et ad hereditatem vocata*, 21.Aug.1827, in: *Opuscula academica*. Lipsiae 1834, p.270-287参照。それによれば、ライプツィヒ大学意見書は、シュテューデルの遺言においては、設立されるべきシュテューデル美術館が、国家官庁によって許可され、かつ、倫理的人格として承認されるであろうならば、という黙示の条件が、前提とされていた、と解釈した。そして、この法律構成でもって、シュテューデルの遺言による相続人指定を有効だと判断した。このことは、シュテューデルの遺言を無効にして法定相続を主張したい原告＝法定相続人の訴訟代理人ヤッソイにとっては、都合の悪い点であった。ヤッソイは、公刊した刊本にあっては、都合の悪いうえの部分削除して公表した。*Rechtliche Belehrungen*, No.1. *Rechtliches Gutachten... der Juristen-Facultät Leipzig*, [Frankfurt am Main 1827?], S.6.

5) *Landesarchiv Schleswig-Hollstein Abt. 47.5. Nr.60 Urtheile und Rechtsgutachten vom Jahre 1826*, Nr.6によれば、キール大学法学部（ブルハルディ）は、シュテューデルの遺言それ自体を無効としながらも、遺言中の「小書付条項」によって、同遺言が、小書付として有効だ、と判断した。このことは、同遺言が、小書付としても無効だと主張したいヤッソイにとっては、都合の悪い点であった。ヤッソイは、公刊した刊本にあっては、都合の悪いうえの部分削除して公表した。*Rechtliche Belehrungen*, No.2. *Rechtliches Gutachten... der Juristen-Facultät Kiel*, S.16, S.28.

削除された部分につき、野田『『この地の都市と市民のために』（2）—シュテューデル美術館事件における遺言の解釈—』『福岡大学法学論叢』第62巻第3号本文655頁；注48：667-668頁参照。

6) これは、21世紀の日本にあって、近時とみに指摘されつつある公文書の「改竄」事件を想起させる問題である。今後、さらに検討したい。

（2018年9月19日成稿・提出）