

プラエユーディキウムについて(二)

岡

徹

第一章 問題の所在

第二章 ビューローの理論

第一節 訴訟要件論との関係 (以上本誌二七卷四号)

第二節 先決の禁止

第三節 先決の命令と先決の抗弁 (以上本号)

第四節 先決の命令

第五節 先決の抗弁

第六節 先決の抗弁の実体的性質

第七節 結 論

第三章 ビツサールの批判

第四章 最近の研究

第五章 プラエユーディキウム論の再構成

第二章 ビューローの理論

第二節 先決の禁止

一、「先決」についてのビューローの理論に関しては、すでに坂口裕英教授の研究がある⁽¹⁾。従って、本節ないし第

六節における課題は、教授の研究成果を参照しつつ、さらに詳細にビューローによるローマ法文分析を検討し、第三章以下の叙述のための基礎を得ておくということである。

坂口教授は、「先決」についてのビューローの理論を次のように整理・要約された。

「*exceptio praedictii* はかりにここでは先決の抗弁と訳しておこう。二つの訴訟があつてその理由の全部あるいは一部が重なるとき、ローマでは重要性の大きい訴訟 (*causa maior*) は、小さい訴訟 (*causa minor*) より優先順位を得ることが認められた。すなわち *exceptio praedictii* は、*causa minor* の先決を回避するための訴訟上の手段として用いられたと解してよいであろう。しかしながらこの回避は必ずしも *exceptio* によってのみなされるとは限らず、その他イギストラートの職権による *denegatio actionis* (かりに訴権付与の拒絶としておく) あるいは *iudicare velare* (かりに訴訟の一時中止決定としておく) によつてもなすことができた。ところでビューローはこの *exceptio* によらない場合を *Präjudizialdekret* (かりに先決の命令とする) とし、この両者に全く対照的な法的構成を試みた。このような構成が彼の独自の法教義学上の構想に従うものであることは今日あらためていう必要はないであろう。ここではそれがいかに対照的であつたかをみることにする。

ビューローによると、先決の抗弁と命令との主要な差異は次のようである。まず要件としては命令が二つの訴訟 (大なる訴訟と小なる訴訟) が現に係属している場合であるのに対し、抗弁は単に小なる訴訟に係属しているだけで大なる訴訟は将来その提起が期待される場合に限り得られるとする。つぎに命令は実体的内容をもたず、裁判所の訴訟指揮による訴訟の順位に関する合目的なものであるのに対し、抗弁は実法的な請求権の競合によるもので単に訴訟的な理由にもとづくものではない。さらに命令には訴訟の中止という訴訟上の効果があるにすぎないが、抗弁に

もとづく判決は原告の請求を棄却する実体判決 (Sachabweisung) である。最後に命令は職権でなされるのに対し、抗弁が職権によることは全く認められない。命令と抗弁はこのようにビュローにより一方は完全に訴訟的なものとして、他方は実体的なものとして機械的に対立させられた。⁽²⁾

ビュローのドグマティックが正しいか否かを客観的に判定することが可能であるかどうかはもちろんのこと、さらに、この点と関連して、そのドグマティックを導くための素材となったローマ法文の分析が歴史的真相に合致するか否かの判定が可能であるかどうかについても議論がありうる。しかし、とにかく、まずはビュローのローマ法文分析を詳細に見ていきたいと考える。

一、彼が最初に呈示するローマ法文は次のものである。⁽³⁾

l. 54 de jud. 5, 1. (Paulus libr. 1 Sentent.) 「より重要でない事件によって、より重要な審理に対する先決が行なわれてはならない。なぜなら、より重要な訴訟は、より重要でない事件を自分に引き寄せるからである (Per minorem causam majori cognitioni praepjudicium fieri non oportet; major enim quaestio minorem causam ad se trahit).」⁽⁴⁾

ビュローは、これを次のようにパラフレーズしている。「ローマ法においては、より重要な (wichtiger) 訴訟に対して、より重要でない (unwichtiger) 他の訴訟によって先取りが、〔すなわち、〕『先決が行なわれ (präjudicirt)』ないように、との配慮がなされた。より重要でない訴訟にとって、〔訴えの〕理由〔のすべて〕あるいはその一部でもが、より重要な訴訟と共通である場合には、後者が優先することになっている。⁽⁶⁾

そして、この法文をめぐって、次のような二つの問題が提起されねばならぬと言う。

「右の命題は、より重要な訴訟が、より重要でない訴訟が審理される時には、すでに提起されているという場合に ついてのみ考えられるべきか？ それとも、より重要な訴訟が未だ全く提起されておらず、単に将来においてのみ可能性があり考えられるものである場合においてもまた、妥当するものであるのか？ 別の言葉で言えば、先決の危険に対する予防がなされるのは、係属中の訴訟の利益においてのみか、それとも、将来にはじめて「係属するに至る」訴訟の利益においてもあるのか、ということである。」⁽⁷⁾

「もう一つの問題は次のものである。すなわち、i. 54 de Jud. 「右のパウルの法文」の原則は、どのような態様で、「すなわち、」どのような訴訟上の方法によって実行されるのか？ より重要でない訴訟が、より重要な訴訟の解決まで中止されるよう、政務官⁽⁸⁾ (magistratus) は、職権で、顧慮しなければならなかったのか？ それとも、より重要でない訴訟がしりぞけられるよう、抗弁の方法で主張することを被告にゆだねていたのか？」⁽⁹⁾

三、まず最初の問題からみていこう。

major (=wichtiger) なるものと minor (=unwichtiger) なるものとの関係として、major なるものが現在のものとなっている場合と、major なるものが将来のものであるにすぎぬ場合とを区別すべきである。ビュローは言っているのである。しかし、右のパウルの法文は、この区別に明示的に言及してはいない。ビュローは、その他のローマ法文からこの区別を正当化しようとするのであるが、ここでは具体的なローマ法文を援用せずにこの区別の正当化を行なっている。

まず、より重要な訴訟が現在のものである場合には、より重要な訴訟を優先させ、そして、より重要でない訴訟を中止するということには何ら問題がない、⁽¹⁰⁾ と言う。つまり、パウルの法文が適用されるのである。「両訴訟を運を

天に任せて並行的に進行させるかわりに、それらの間での適切な順序を定めるといふこと、そして、より重要でない方が、より重要な方に優先するという事態を容認しないといふことは、むしろ、目的適的な訴訟指揮のひとつの要請にすぎないと思われる。⁽¹²⁾

しかし、より重要な訴訟に対して優先順位を与えることによって、より重要でない訴訟は遅滞という不利益をこうむることになる。ビューローは、この点について次のように考える。「この不利益は、それよりも非常に大きな利益によって完全に補われることができ、容易に耐えしのぶことのできるものである。」この非常に大きな利益とは、労力の節約 (Arbeitsparnis)、『紛争解決の』技本性 (Grundlichkeit)、『裁判の』統一性 (Gleichmäßigkeit) であると言ふ。⁽¹³⁾

これに対して、major なものが不確実な将来においてはじめて存在するかもしれぬというだけの場合には、「上の原則は、それがもし一般的に貫かれるものとすれば、最も不合理な結果に導くことにならう。」⁽¹⁴⁾「なぜか?」「もし、将来の訴訟に対して配慮されるべき先決 (praeventia) ということを、そのように広い範囲で阻止しようとするならば、妨げるものなく行なわれうる訴訟というものは、ただのひとつも見出しえぬということになってしまふであらう。「なぜなら、」ほとんどすべての訴えは、より一般的であり、より包括的であり、そしてそのゆえに、より重要である——それ自体としても独立の訴訟の対象を形成することのできる——権利からの推論を含んでいる「からである」。⁽¹⁵⁾

その例として、ビューローは、ローマ法上のあらゆる訴権が原告の自由人たる地位 (status libertatis) の証明に依存する、⁽¹⁶⁾ というのを典型的なものとして挙げている。「訴訟になったときには、債権者の自由人たる地位を否認しさえすればよいといふのは、支払いを怠っているどんな債務者にとつても、みそかに月が出たら (ad Kalendas Grae-

(17)と債権者に対して言いがれをする格好の手段であるわけである。債権者にとって、被告のこの巧妙な手段に対して残されているのは、直ちに独立の自由身分訴訟を自分自身に対して提起させるよう最大限の努力をするということ以外にないであろう。何びとかが彼を奴隷の地位へと(in servitum)訴える好意を示してくれない限り、彼は、彼の債務者、盗人などに対してどんな訴えを提起しているにせよ、手をこまねいていなければならぬことになるであろう。(19)」

訴権を基礎づけている理由のなかで、この自由人たる地位というのは最も一般的・包括的なものであろうが、それほどのものでなくとも右と同様の事態を惹起させうる例は数多く考えられうる。ビュローの挙げているその他の例をみてみよう。「その理由づけが、より重要な他の権利にもとづいていることを明らかに示している多くの訴権が存在する。たとえば、共有物分割訴権(actus communi dividundo)、遺産分割訴権(actus familiae heriscundae)、抵当訴権(actus hypothecaria)、質訴権(actus pignoratitia)、利息訴権、保証人に対する訴権、別に刑法上訴迫されうる行為にもとづく損害賠償訴権がそれである。これらすべての訴訟は、その理由づけの一部において、より重要な将来「係属する」可能性のある訴訟——所有物返還請求訴訟(rei vindicatio)、債務訴訟、刑事訴訟——と一致する。(20)」

これらの場合における、自由人たる地位をめぐると同様の事態とはどのようなものか。ビュローの説明は次のようである。「…右の付随的諸権利は、主たる権利よりも先には決して訴求されえないと認めてもよいか? たとえば、債権者は、利息を訴求しうるには、あるいは、質物もしくは保証人にかかっていることができるには、常に前もって主債務それ自体——これが争われた場合には——を原因とする独立の訴訟を開始しなければならなかったのか? 所

有権の争いは、分割訴訟においては決して解決されてはならず、犯罪者が刑事上訴追をうけ有罪となるまでは彼に対して損害賠償の訴えが提起されてはならなかったのか?⁽²¹⁾」

これらの問題に対するビューローの解答は、文脈からも明らかなように、より重要でない訴訟を先行させてよいというものである。これは、「より重要でない事件によって、より重要な審理に対する先決が行なわれてはならない」というパウルの法文と一致しないように見える解答である。そこでビューローは、法解釈学においてしばしば持ち出される論法を用いる。この論法が使われるに至ると、いつの場合も、その条文は何ら議論の根拠となりえないものとなるのであるが、とにかく彼の説くところを見てみよう。「この法文は、将来においてはじめて現われるところの、単なる可能性としての、より重要な審理 (major cognition) についての何らかの示唆を含んでいるだろうか? この点については何らふれられていないのである。「もし関係づけようとするならば、」われわれは、恣意的に、将来の訴訟へのそのような関係を読みこまねばならぬことになるであろう。パウルスが『より重要でない訴訟が、より重要な方より先に判決されてはならない』と言っている場合に彼が考えているのは、現実のものとなっている訴訟であって、単なる可能性としての、より重要な訴訟なのではない、ということを確認するべきであるのは極めて明白である。もし、彼が将来の訴訟についても言いたかったのであれば、どのような表現になるにせよ、そのことを特別に示唆したに違いないのである。それがなされていないのであるから、「将来の訴訟も含まれるという」あの誤解に対して反論するということは全く余計なことであつたわけである。⁽²²⁾」

以上の考察によって、パウルの法文は、より重要な訴訟が単に将来においてのみ可能性があるにすぎぬ場合には妥当せぬ、というビューローのテーゼを知りえた。もちろん、この程度の論証をもって、われわれを納得させること

が可能なわけはなく、また、そのテーゼも、より厳密に定義される必要があるはずである。そのために、次節以下で展開される議論が用意されている。

四、ところで、ビューローは、パウルスの法文とは無関係に、しかし内容的には右のテーゼの例外となる事例の存在を認める。「後に示されるであろうように、より重要な未だ裁判所に係属しておらない請求権の利益において、それと関連する、より重要でない訴訟が、まず阻止されるといふ若干の例外的事例が確かに存在する。」⁽²⁴⁾そして、この例外的事例の存在が、パウルスの法文の理解にあたっての恣意的な一般化に動機を与えたと言う。従って、この例外的事例の存在から、より重要な、将来の訴訟に対する先決の禁止一般を推論してはならないと言ふのである。⁽²⁵⁾

それでは、例外的事例とは、どのような特別の性質をもつものであろうか？「…審理あるいは裁判に対して行なわれる先決 (praeiudicium, quod *cognitioni s. iudicio fiat*) について、「つまり」ある訴訟 (Prozeß) に対して配慮されるべき先決が語られているのではなくして、常に、相続財産、土地に対して行なわれる先決 (praeiudicium, quod *hereditati, fundo fiat*) について、すなわち、より重要な対象 (Gegenstand) に対して生ずるかもしれない先決についてのみ語られているにすぎないのである。」⁽²⁶⁾

この例外的事例についてのビューローの説明も、これだけでは十分に内容を理解できない。従って次節以下の詳論をまたねばならないのであるが、彼のドグマティックをささえる重要な論点であるということだけ指摘しておく。

五、さて、パウルスの法文をめぐる、前述二で呈示された第二の論点についてのビューローの議論を検討してみよう。

第二の論点は、パウルスの法文に含まれた訴訟上の規律がどのような方法で実行されたのか、つまり職権で行なわ

れたのか、抗弁で行なわれたのか、という問題である。この点についてのビューローの議論を検討する前に念頭に置いておかねばならぬことは、三に見たように、パウルの法文に対してすでにビューローによって限定が付されているということである。つまり、パウルの法文は、より重要な訴訟が現在のものとなっている場合についてのみ妥当するということである。このことに注意しつつ、パウルの法文についてのビューローの第二のテーゼをみてみよう。

「訴訟相互間の目的適的な順序を定めること、〔すなわち、〕すでに係属中の二つの訴訟の間に混乱が生じず、一方を他方の後に——最も適切な順序に従って——判決へと至らせるように配慮するのは、裁判所が当事者の申立からは独立して職権で行使する権限があり義務でもある訴訟指揮に関係することがらである。」⁽²⁷⁾つまり、パウルの法文に表現されている順序の規律は、裁判所の職権によって実行されると言うのである。

そして、パウルの法文は、このことを証明するかのように、抗弁について何らふれていない、とも言う。⁽²⁸⁾しかし、この法文解釈も——法解釈学でしばしば用いられる手法ではあるが——あまり感心しない。けだし、パウルの法文は、職権によると明示しているわけではないからである。つまり法文自体は、この点に関しても中立である。

もちろん、ビューローがこの論拠のみで足れりとするはずはなく、さらに次のような論拠をつけ加えている。パウルの法文は、ユースティニアヌス法典中の学説彙纂の第五卷第一章に含まれる法文であるが、この章において⁽²⁹⁾は、訴訟の秩序だて (ordinatio iudicii) のための手続——つまり、政務官 (magistratus) の審理 (cognitio) に委ねられた準備手続——が取扱われている、と言うのである。⁽²⁸⁾補足して説明すれば、政務官による準備手続は職権で行なわれるのであるから、パウルの法文に規定された訴訟規律の実行も職権で行なわれる、ということが法文の位置から推論されうるというわけである。しかし、ローマ法についていくばくかの知識を有する者にとっては、この論拠

も決定的なものと直ちには言い難く、やはり、この点についても、次節以下の論述に期待しなければならない。

とにかく、ビューローが、パウルスPaulusの法文に含まれた訴訟規律の実行は職権によるべきものである、とのテーゼを主張しているということは確認しえた。

六、ところで、このテーゼについても——四で述べた例外的事例に対応して——例外が認められている。すなわち、例外的事例においては、先決の禁止が——職権によってではなくて——抗弁を通じて行なわれる、というのである。例外的事例の場合には、パウルスPaulusの法文におけると異なって、「純粹の訴訟指揮による措置は問題とならない。未だ不確実な将来において存在する訴訟について、あらかじめ配慮することは裁判所の仕事ではない。けだし、将来の訴訟については、それが実際に提起されるかどうか裁判所には未だ全くわからないからである。裁判所が当事者から未だ全くそれについての知識を得ておられない請求権について、裁判所がそれを職権で顧慮するよう期待することはできない。そのような請求権に注意がはらわれるということは——たとえ裁判所がそれについて質問することはあっても——当事者の利益においてなのである。」⁽³⁹⁾

ビューローはこのように言うが、しかし、「未だ不確実な将来において存在する訴訟について、あらかじめ配慮することは裁判所の仕事ではない」というのは、これだけが独立して超時代的に妥当する命題ではない。けだし、将来ありうべき訴訟を職権的訴訟指揮によって現在の訴訟とさせることができる、という価値観も理論的にはありうるからである。従って、われわれは、ローマ民事訴訟に関するこの点の実証的証明を期待しなければならない。

七、さて、以上の考察により、先決の禁止に関するパウルスPaulusの法文についてのビューローの分析を知りえた。ここでそれを要約しておこう。

パウルの法文は、より重要な (major, wichtiger) 訴訟がすでに現在のものとなっている場合について、より重要でない (minor, unwichtiger) 訴訟に対し、より重要な訴訟を優先させるべきであるという審理順序を定めている。そして、その審理順序は、具体的事件において、裁判官が職権による訴訟指揮をもって定めるものである。

パウルの法文が規定しているのではないが、例外的事例が存在する。それは、より重要な訴訟が将来において係属することが期待されるにすぎない場合である。この場合の、より重要でない訴訟による、より重要な訴訟に対する先決の防止は、抗弁によって行なわれる。

ビューローは、次節以下において検討するように、このことを他のローマ法上の史料を用いて実証していくことになる。^(註)

(1) 坂口・前掲七四頁以下および「訴訟抗弁、ビューローの *exceptio praesentium* 論とゴールドシュミットによるその批判について」(名城大学創立二十周年記念論文集・法学編・二七六頁以下) 後者は前者に吸収されていると考えられるので、ここでは前者のみで引用することとする。

(2) 坂口・前掲七四頁以下。

(3) *Bülow*, S. 114. なお、本節で考察するのは、ビューローの書物の第六章「先決の抗弁」第一節「先決の禁止概説」である。

(4) 以下の本章における史料およびその表示の仕方は、ビューローのそれを用いる。最近の表示の仕方について、たとえば、柴田光蔵・法学ラテン語綱要・五四頁を参照せよ。

(5) ビューローは、「より重要な審理に対する先決が行なわれる」という表現が具体的に用いられているために参照すべき法文として次のものを引用している (*Bülow*, S. 114, *Anm.* 2)° 1, 21 *de exc.* 44, 1 (*Neratius lib.* 4 *Membranar.*) 「より多額の〔金銭をめぐる〕事件についての訴訟と、あるいは全部が、あるいは、何らかの部分共通である訴訟が審判人手続にもち込まれる場合には、より多額の金銭をめぐる事件に対して先決が行なわれるとみなされる (*Rei majoris pecuniae*

praeiudicium fieri videtur, quum ea quaestio in iudicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re majori.°」

(6) Balow, S. 113 f.

(7) Idem, S. 114.

(8) 「裁判権 (iurisdiclio) を有する政務官は、…共和政時代には執政官 (consul)」、前三六七年には法務官がこれに代り、当初はローマ市、ついで全イタリアのローマ人に対しても——外人相互間及びローマ人と外人間の訴訟は、別に前二四二年に新設せられた外人掛法務官 (Praetor peregrinus) が担当する——その権限を拡張し、その代理人に裁判せしめたが、小事件は地方政務官に分掌せしめていた。県に於ける裁判権は県知事又はその代理人 (legatus) に属した。代理人は定地にあつて常設裁判所の役を果す外、県の重要都市に於て定期裁判 (conventus) を開くこともあつた。これ等通常の裁判権を有する政務官の外、特別の事物について裁判権を有する政務官がある。例えば共和政時代の按察官 (aedilis curulis)、帝政時代の信託遺贈掛法務官…後見掛法務官…の如し。」(原田・ローマ法・三七八頁以下) 詳細は、船田・ローマ法第五卷二九頁以下、Kaser, Das römische Zivilprozessrecht, 1966 [「以下に於ては RZ と略称」, S. 124 ff. を参照せよ。

(9) Balow, S. 119.

(10) 次節以下を参照せよ。

(11) Balow, S. 114.

(12) Idem, S. 114f.

(13) Idem, S. 115. ヴァーローは、Planck, Mehrheit, §26-28 を参照するよう指示しているが、これについては、拙稿「J・W・プランクの Mehrheit 論」(本誌二六卷一号) [以下に於ては「プランク」と略称] 一三四頁——一四五頁を見よ。

(14) Balow, S. 115.

(15) Ibid.

(16) 自由人でなければ、現在の用語にいう当事者能力を欠くからである。

(17) Calendae は、ローマ古暦の朔日のこと。古代ギリシアの暦には calendae の名称がない。

- (18) 「この訴訟は、奴隷として取扱われる当事者が自由人であることの確認を求める訴訟すなわち自由を回収する訴訟 (vindictio in libertatem) と、自由人であることを主張する当事者を奴隷であると主張するための訴訟 (vindictio in seruitutem) とに分かれる。」(船田・ローマ法第二巻・一四二頁)
- (19) Bülow, S. 116.
- (20) Ibid.
- (21) Idem, S. 117.
- (22) Idem, S. 117 f.
- (23) ユネローは、もう一つ次のような論拠も挙げている。すなわち C. 7, 19 de ordine cognitionum [審理の順序について]には七つの法文があるが、そのいずれもが係属中の二つの訴訟の間での順序を問題にしている、と言ふ(Bülow, S. 118)。しかし、ビュネローは、ここでは抽象的にこのように言うのみで、法文を具体的に検討してはいない。
- (24) Bülow, S. 118.
- (25) Ibid.
- (26) Ibid.
- (27) Idem, S. 119.
- (28) Ibid.
- (29) Ibid.
- (30) Idem, S. 120.
- (31) 但し、ビュネロー自身の意識は、ローマ法を実証的に検討するといふものではなくて、一般的な妥当性を有する「彼の独自の法教義学上の構想」(坂口・前掲七五頁)がローマ法についても妥当する、というものである。

第三節 先決の命令と先決の抗弁

一、前節における考察により、ビュネローが「先決の禁止」について二つの態様を区別することを知りえたが、彼

は、「それぞれは、特別の法制度を形成する。それぞれのために特別の訴訟法上の手段が存在する」と言い、それぞれの特殊性が詳細に考察されることになる。いささかくだいようであるが、両者の区別について、いま一度、ビューローの書物の第六章・第二節「先決の命令と先決の抗弁」の最初の頁から始まる説明を引用し、本節の導入部分とする。⁽²⁾

「第一の種類の先決 (praejudicium) は、先決の抗弁の領域の全く外部に横たわる。ローマ法においては、ここでは、もっぱら法務官の審理 (praetoria cognitio) のみが行なわれる。二つの関連する請求権が同時に、裁判所の審理の対象となった場合には、政務官 (magistratus) は、あらかじめ被告の抗弁を待つのではなく、両訴訟の間での目的適的な順序を定立するために職権で介入しなければならなかった。彼は、彼自ら、より重要でない訴訟を、より重要な訴訟の終結まで中止したのである。政務官 (magistratus) のこの禁止命令——これを、先決の抗弁 (Prajudicialerrede) との対比において、「先決の命令 (Präjudicialdekret)」と名付けよう——に関連するのは、l. 54 de jud. cit. [「バウルの法文」]のみならず、先決 (praejudicium) の阻止を問題とするローマの法学者たちの見解の大部分もまた「先決の命令に」関連するのである。同時に係属している二つの関連する訴訟のうち、より重要な方が、より重要でない方に優先するということが、および、裁判所は、この点につき、その訴訟指揮義務によって自身で配慮しなければならぬということ、全く一般的に妥当する、すべての場合について、正当な原則なのである。」⁽⁴⁾

「これに対して、第二の種類の先決 (praejudicium) は、抗弁つまり先決の抗弁 (exceptio praejudicij) によって防止されなければならない。裁判所は、将来においてはじめて可能な訴訟については、職種をもって考慮するべきではない。将来の訴訟に対して先決が行なわれてはならぬと被告が望むならば、彼は、必要な申立をしなければなら

ない、すなわち、抗弁によって先決的訴訟を防止しなければならない。ここでは、もっぱら被告の私権が問題である。しかも、言葉の最も厳格な意味での例外的権利 (Exceptions-oder Ausnahmsrecht)^(c) が問題なのである。ただし、この権能は、原則的には、決して被告に帰属せぬものだからである。将来の、より重要な訴訟に対する先決が行なわれなくてはならないとの原則は、すでに提起された二つの訴訟のうち、より重要な方がまず判決されなければならない、との原則ほど一般的に妥当するものではない。最初に提起された訴訟において発生するかもしれない先決 (Praeludicialis) に対しては、被告は、若干の特別の場合 (相続回復請求訴訟および土地の所有権訴訟の利益において) に異議を提出しうるにすぎない。

従って、先決の抗弁 (exceptio praeiudicii) の適用領域は、狭く限界づけられている。それは将来の訴訟のためにのみ生ずる (futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt 「なぜなら、そのような抗弁が設けられたのは、将来の訴訟のためであって、すでになされたもののためではないからである。」)^(c)。そしてまた、それは一般的にはなく、右の例外的場合においてのみ「生じる」。それは、決して、すでに係属中の訴訟の利益には適用されない。係属中の訴訟に対する先決が行なわれてはならないということ、…のために、すでに述べたように、別の、しかも、非常に包括的な方法で配慮がなされる。そのような先決 (praeiudicium) は、常に阻止される。審判人 (iudex) がこのことについて判断するのではない。必要な防止手段を職権で講ずるのは政務官 (magistratus) の仕事である。⁽⁷⁾

さらに、このことは、ローマ民事訴訟についてのみ妥当するものではないという点が強調される。⁽⁸⁾

「この完全な区別の重点は、手続の外的な相異——まさにローマの方式書訴訟手続において現われている——の中

にあるのでは決してない。「つまり、」要点は、たとえば、一方では審判人 (iudex) が、他方では法務官 (Praetor) が審理するということではない。この形式的な差異は、兩種の先決事例の間に深く横たわる内的な対立の、外的に特に鋭く現われる帰結にすぎない。」⁽⁹⁾

ところが、ビューローによれば、「現代の訴訟法学は、以前からこの基本的な相違を顧慮していない。∴先決の抗弁の制度のみが知られており、そして、そこに、全く異種のものである、現在の訴訟の先決 (Praejudicium iudicii praesentis) および職権による干渉の場合をも含ませているのである。このあいまいで不当な先決の抗弁の概念の、実務的に最も脆弱でまさに耐えがたい帰結は、以下の点に示されている。すなわち、将来の重要な訴訟に対する先決が、より重要でない訴訟によって行なわれてはならぬということは、全く一般的に、かつ、職権によっても配慮されねばならぬと信じられているのである。」⁽¹⁰⁾

先決禁止の二型態論を雄弁に説き来たったビューローにとっては、このような事態は、まさに耐えがたいものである。そこでローマ法文の再検討を行なうことになる。

二、彼が第一に行なうのは、次のような一对の法文の対照である。⁽¹¹⁾

1. 7 § 1. de hered. pet. 5, 3 (Ulpianus lib. 14 ad Ed.) 「すでに不倫遺言についての訴訟の争点決定がなされた場合に、限ってのみ、自由身分訴訟は延期される。他方、もし争点決定が行なわれていない場合には、自由身分訴訟は延期されない。神皇ピウスもまた、このように勅令を発した⁽¹²⁾ (Ita demum sustinentur liberalia iudicia, si jam de inofficioso iudicium contestatum est; ceterum si non contestetur, non expectantur liberalia iudicia; et ita Divus Pius rescripsit.)」〔第一の法文〕

1. 13 de exc. 44, 1 (Julianus lib. 50 Dig.) 「もし、相続回復請求訴訟について争点決定がなされた後に、「相続財産に属する」個々の物が請求される場合には、『相続財産に対し先決が行なわれないように』との抗弁は妨げとならないという見解が行なわれた。なぜなら、そのような抗弁が設けられたのは、将来の訴訟のためであつて、すでになされたもののためではなからうである。(Si post litem de hereditate contestatam res singulae petantur, placet non obstare exceptionem „quod praejudicium hereditari non fiat“; futuri enim iudicii, non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt.)」〔第二の法文〕

ビネローは、この二つの法文の対照のなかに、先決の命令と先決の抗弁の区別が最も明瞭に表現されているとして、⁽¹⁴⁾ その理由を次のように説明している。

「第一の法文は、先決の命令を取扱っている。ウルピアヌスは、これが許されるのはどんな場合かについて考察する。つまり、どのような場合に、政務官は自ら、先決の危険を理由として、ある訴訟を中止する (sustinere, differere) べきか、にうつてである。⁽¹⁵⁾ 第二の法文は、先決の抗弁 (exceptio praevindicium) を取扱っている。ユーリヤヌスは、⁽¹⁶⁾ どんな場合にこの抗弁が許されるかについて正確に述べようとしているのである。」

さて、ユーリヤヌスは、先決の抗弁について、ウルピアヌスが先決の命令について出した結論とは全く対立する結論に至っている。

先決の命令は、1. 7 §. 1 cit. [第一の法文] によれば、より重要な訴訟が既に開始された (ita demum sustinentur liberalia iudicia, si jam de inefficacioso iudicium contestatam est [すでに不倫遺言にうつての訴訟の争点決定がなされた場合に限つてのみ、自由身分訴訟は延期される]) という要件のもとでのみ発せられる。これに対し

て、1. 13 de exc. [第二の法文]によれば、この要件のもとでは、先決の抗弁 (exceptio praeiudicii) は、まさに不適法である。なぜなら、この種の抗弁は、将来の訴訟のために生じるのであって、すでに開始された訴訟のためではなく (futuri enim iudicii non facti nomine huiusmodi exceptiones comparatae sunt [なぜなら、そのような抗弁が設けられたのは、将来の訴訟のためであって、すでになされたもののためではないからである])⁽¹⁵⁾。]

ビューロー自身の手によってローマ法大全のなかから選り出され、かつ、解釈された一対の法文は、前節においてパウルスの法文を手がかりに構成されたビューローの図式、すなわち、先決の命令——現在の訴訟・先決の抗弁——将来の訴訟という図式を、ローマ民事訴訟という実証的場面において、一步、歴史的現実らしきものへと高めたかのようなものである。

三、ビューローは、さむにもう一対の法文を対比させている。この両法文は、いずれも、相続回復請求訴訟 (hereditatis petitio) と遺産分割訴訟 (actio familiae heriscundae) の関係を問題とするものであるがゆえに、特に啓発的であると彼は言う。そして、その両法文のうちの第一のものは、より重要な訴訟たる相続回復請求訴訟と、より重要でない訴訟たる遺産分割訴訟が同時に係属している場合を取扱い、第二のものは、相続回復請求訴訟が将来のものであるにすぎぬ場合を取扱っている、と彼は言う⁽¹⁶⁾。

まず、第一のもの (二で考察した二つの法文と合わせて、以下では「第三の法文」と呼ぶことにする) を見てみよう。

1. 51 §. 1 famil. herisc. 10, 2 (Julian. libr. 8 Dig.) 「もし、この私は君と相続回復請求訴訟を行なうことを欲し、君は私と遺産分割訴訟を行なうことを欲する場合には、事情によっては、われわれのいずれの願いもききいれら

れるべきである。なぜなら、(1)⁽¹⁸⁾ もし、この私が相続財産の全体を占有し、かつ君が「相続財産の」半分について相続人であるということを認めてはいるが、しかし、私は共有関係から離れることを欲している場合には、私は——その他の方法では、相続財産がわれわれの間で分割されえないので——、遺産分割訴訟を遂行するべきである。(2)⁽¹⁸⁾ 同様に、もし、君が遺産分割訴訟によってよりも相続回復請求訴訟によって争いを解決することを欲する正当な理由をもつ場合には、君には、相続回復請求訴訟もまた許されるべきであろう。なぜなら、遺産分割訴訟においては問題とならないようなことが相続回復請求訴訟の対象となるからである。たとえば、もし、私が相続債務者である場合には、君は、私が被相続人に対して負っていたものを、遺産分割訴訟によってではなくて相続回復請求訴訟によって得るべきである。(Si ego a te hereditatem petere vellem, tu necum familiae heriscundae agere, ex causa utriusque nostrum mos gerendus est; nam 1) si ego totam hereditatem possideo et te ex parte dimidia heredem esse confiteor, sed a communione discedere volo, impetrare debeo familiae heriscundae iudicium, quia altert vidi inter nos hereditas non potest. 2) Item si tu justam causam habes, propter quam per hereditatis petitionem potius, quam familiae heriscundae iudicium negotium distrahare velis, tibi quoque permittendum erit, hereditatem petere; nam quaedam veniunt in hereditatis petitionem, quae in familiae heriscundae iudicio non deducuntur; velut si ego debitor hereditarius sim, iudicio familiae heriscundae non consequeris id, quod defuncto debuisti, per hereditatis petitionem consequeris.)」【第三の法文⁽¹⁹⁾】

この法文に示された状況を明快に把握することは、かなり難しいのではないかと思われるのであるが、ビエローは、この法文を次のように分析する。「両方の訴訟 (iudicia)」、つまり、相続回復請求訴訟 (hereditatis petitio) な

らびに遺産分割訴訟 (*actio familiae heriscundae*) が並行して提起されているということが明らかである。一方の当事者は第一の訴訟の付与を申立て、他方の当事者は第二の訴訟の付与を申立てている。政務官 (*magistratus*) が、それらの両方の願いをきくべきかどうかが問題である。ユリアーヌスは、場合によっては (*ex causa*) そうなってもよいと決断した。従って、遺産分割訴訟 (*judicium fam. herc.*) が開始され (私は遺産分割訴訟を遂行すべきである *impetrare debeo familiae heriscundae iudicium*)、相続回復請求 (*hereditatis petitio*) もまた妨げられずに並行して許される (「君には、相続回復請求訴訟もまた許されるべきである」といふ *tibi quoque permitendum erit hereditatem petere*)。』

なぜ、「政務官が、それらの両方の願いをきくべきかどうか問題である」のかという点については、ビューローは、「両訴訟においては、同一の問題、つまり、当事者の相続権が判断の対象となる。従って、このやり方では、遺産分割訴訟によって、より重要な訴訟 (*maius iudicium*) たる相続回復請求に対して先決 (*praedictum*) が行なわれる可能性がある」からだと述べている。⁽²⁾

従って、ビューローの理解によれば、「事情によっては、われわれのいずれの願いもききいれられるべきである」その「事情」とは、「遺産分割訴訟においても、相続回復請求訴訟においても、相続権の問題自体が全く審理の対象とならぬ」という事情だ、ということになり、ユリアーヌスは、そういう事例を二つ挙げていると理解すべきことになる。

(1) の事例についてのビューローの説明は次のようである。「ある者は、自分で遺産を占有しており、また相手方がその半分について共同相続人であることをはっきりと認めている。彼は、ただその者との共同関係から脱出したい

だけである。ここでは、遺産分割手続のみが示される。そして、それを阻止すべき理由は決して存在しない。ただし、相続権自体は問題となっておらず、従って、分割手続によって、相続回復請求訴訟に対する先決が行なわれるということは、いかなる関係においてもありえない。⁽²²⁾

また、(2)の事例については、ビューローは次のように理解する。「相手方が相続回復請求訴訟を相続権の問題には全く触れることなく申立てるということもまた可能である。たとえば、分割を申立てている右の当事者が被相続人の債務者である場合がそれである。この場合には、相続回復請求訴訟は、相続権が何ら問題とされることなく相続債務を取立てる最も適切な手段である。⁽²³⁾」

右の法文をビューローの説くように理解するならば、確かに、(1)(2)のいずれの事例においても相続権それ自体が判断の対象となることはなく、従って、相続回復請求訴訟と遺産分割訴訟を並行して進行させても「先決」の問題が発生しない、ということになるであらう。

では、「先決の抗弁」か「先決の命令」という問題とこの法文はいかなる関係にあるのか。「……たしかに、この法文においては、先決 (praejudicium) が防止されるべきかどうかという問題が取扱われているが、先決の抗弁 (causae praedictae) については何も言われていない。むしろ、政務官 (magistratus) は、ここで関連する、まさに錯綜したすべての事情について、とりわけ、あるいは存在するかもしれない例外的な関係についても、職権でもって自身で審理し、そして、この審理 (cognitio) を訴権の付与の前に完了しなければならぬ。⁽²⁴⁾」すなわち、同時に申立てられている二つの訴訟の関係を政務官が職権で調査した結果、「先決」の問題が発生しないということが明らかとなったために、両訴訟の同時進行を政務官が許容しているという意味において、裏をかえせば、政務官の調査の結果と

して「先決」の危険の存在が肯定されれば、政務官が「先決」禁止のための処置をとるという意味において、この法文は、「先決の命令」に関わるものである、というのがビューローの論旨である。

第三の法文についてのビューローの分析は以上のごとくであるが、それは十分に説得的であつただろうか。ビューロー自身の言葉によれば、この法文は、「先決」の語を含んでいないがゆえに、「先決」理論において全く顧慮されなかつたものである⁽²⁵⁾。このことは、やはり検討すべき問題の存在を示唆するものであると言わねばならない。われわれは、この検討を次章以下において行なうことになる。

四、この第三の法文と対比すべきものとして挙げられているのが、次に示す第四の法文である。

1. 1 §. 1 fam. herc. 10, 2 (Gaius libr. 7 ad ed. prov.) 「確かに、この(遺産分割)訴権は、それにもかかわらず、その持分を占有していない者にも法上当然に帰属する。しかし、占有している者が、彼〔非占有者〕が自分〔非占有者〕にとつて共同相続人であることを否認する場合には、占有している者は、次の抗弁によつて彼〔非占有者〕を排除することができる。すなわち、それについて訴訟が行なわれているところの事件において、相続財産に対する先決が行なわれなければならないならば、との抗弁によつてである。——ところで、もし彼がその持分を占有している場合には、共同相続人であるということを否認されても、そのような抗弁は妨げとならない。この〔否認という〕ことによつて次のようなことが行なわれる。すなわち、この場合には、その者のもとでのこの訴訟が行なわれるところの審判人自身が、共同相続人であるかどうかについて審理するのである。なぜなら、もし彼が共同相続人でなければ、彼に対して何らかの物が裁定付与されるべきでもなければ、相手方が彼に対して有責判決を受けるべきでもないからである。(Quae quidem actio. (sc. familiae herciscundae) nihilominus ei quoque ipso jure competit, qui suam

partem non possidet; sed si is, qui possidet, neget, eum sibi heredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem: si in ea re, qua de agitur, praejudicium hereditati non fiat. — Quodsi possideat eam partem, licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio; quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit; nisi enim coheres sit, neque adjudicari quidquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.)」【第四の法文⁽⁸⁶⁾】

第三の法文と対比すべきものとして挙げられているのであるから、「先決の抗弁——将来の訴訟」ということを実証するものであるというのが、ビューローの主張であろう。しかし、法文の前半部分はともかく、後半部分についてはやうであるとは考え難いのではないだろうか。ビューローがどのように説明するかを見てみよう。

「*hujus*で問題となっていることもまた、遺産分割訴訟 (*actio familiae heriscundae*) に比べて『相続 (*hereditas*)』に対して先決が行なわれないやうにこの配慮である。しかしながら、政務官 (*magistratus*) は干渉しない、『つまり』遺産分割訴訟を中止しないのである。彼は、先決の危険を理由として遺産分割訴訟 (*Judicium fam. herc.*) の付与を——1. 51 §. 1 *ead.* 【第三の法文】によればやうなることが期待されるやうには——拒絶するやうにやむしろ、この訴訟は開始され、ただ先決の抗弁 (*exceptio praejudicii*) に至るにすぎない。政務官 (*magistratus*) は、先決関係の調査には決してかかわらない。この先決関係は、審判人 (*Judex*) によって初めて顧慮されるべきものであり、この抗弁の効果として——他のあらゆる抗弁の効果と同じく——、それが証明された場合には、審判人はたとえ、訴訟を中止するのではなくて、あっさり原告を却けねばならぬのである。⁽⁸⁷⁾」

「そのほかに、以下の点が注目されてよいかもしれない。すなわち、抗弁 (*exceptio*) 【という語】それ自体は全

く別として、ガイウスによって選ばれたその他の表現が、すべての先決問題の審判人手続 (*in iudicio*) における調査を示唆するという点に多いかという点である。法文の第一の部分においては、『抗弁によって排除する (*exceptione excludere*)』と言われている。この表現が、もっぱら審判人による審理に関して用いられているということは、*diss. cit. not. 26* に集められた諸法文から明らかである。…さらに、第二の部分において、先決関係の構成事実についての審理は審判人手続において (*in iudicio*) はじめて行なわれるものであるということが、より一層明らかとなる。すなわち、審判人 (*iudex*) は、状態に応じて、その効果として原告を却けるか、あるいは、それが欠けているということで有責判決を行なわねばならないかなのである。『抗弁が妨げとなる (*exceptio nocet*)』という表現もまた非常に特徴的である。…『また、』法務官は、この(将来の)訴訟 *futurum iudicium* に関する(種類)の先決関係の構成事実の調査にかかわることがなかったという点のために、反駁できない証明を含むのが次の法文である。すなわち、*1. 25 §. 2 fam. herc.* 『遺産分割訴訟の応訴に関して言えば、何びとかが相続財産を占有しているか、あるいは占有してゐるかということは何ら問題ではない。』(*Quantum vero ad accipiendum familiae iudicium, nihil interest, possideat quis hereditatem nec ne.*) がそれである。1. 1 §. 1 eod. 『第四の法文』によれば、相続財産の占有ということが、この「遺産分割訴訟の」場合に先決関係が存在するかどうか、従って先決の抗弁が発生するかどうかの規準をなす。…法廷手続においては (*in iure*) この規準が決して問題とならないということ【= 1. 25, 2 fam. herc.】でもって、法務官は決して先決関係にかかわらなかつたということが言われているのである。⁽²⁶⁾…」

さらに、第三の法文との関係では次のように説明されている。『1. 51 §. 1 〔第三の法文〕においては、相続回復

請求訴訟 (hereditatis petitio) は、遺産分割訴訟 (actio fam. herc.) と同時に申立てられよう。I. I §. 1 [第四の法文] においては、遺産分割訴訟 (actio fam. herc.) のみが提起されている。相続回復請求訴訟 (her. pet.) が同時に係属しているとか、あるいは申立てられているとも、決して言われていない。それどころか、この点については何ら言われえないであらう。けだし、被告は、まさに相続財産の占有者であり、従って、相続回復請求訴訟 (her. pet.) を提起する状態には全くない。むしろ、彼はそれを待たねばならない。しかし、原告は、まさに相続回復請求訴訟 (hered. pet.) ではなくて、遺産分割訴訟を提起している。そして彼〔原告〕が相続回復請求訴訟 (her. pet.) を提起しなかつたということが、まさに被告によって抗弁の方法でとがめられることになるのである。⁽²⁸⁾

第四の法文についてのビューローのこれらの説明がすべて正しいとしても、なおこの法文が納得のゆくまで解説されたとは思われない。

ビューローは、この法文によれば、先決関係が調査されるのが法廷手続においてではなくて審判人手続においてであるということ、および、相続回復請求訴訟が将来のものであるにすぎぬということ、が明らかとなるとくりかえして述べているわけである。

しかし、遺産分割訴訟を行なっている「審判人自身が、共同相続人であるかどうかについて審理する」という法文の部分を、遺産分割を目的とする判決の前提的判断として、相続人であるか否かにつき審判人自身が判断する、という意味に解するならば、まさに「相続に対して先決が行なわれる」という事態が容認されることになる。もしそうだとするならば、この例外的事態を規定する部分に対する納得のゆく説明が必要だと言わねばならない。ビューローは、右に引用した中で「…第二の部分において、先決関係の構成事実についての審理は審判人手続において (29)

judicio) はじめて行なわれるものであるということが、より一層明らかとなる。すなわち、審判人 (iudex) は、状態に依りて、その効果として原告を却けるか、あるいは、それが欠けているということ、で有責判決を行なわねばならないかなのである。」(傍点筆者) と述べているが、傍点を付した部分の意味は、かなりあいまいで理解に苦しむ。また、もし、この事例が、ビューローが前節四で述べた「将来の訴訟に対する先決の禁止は一般的なものではない」とのテーゼに該当して、「先決」が許される事例であるとすれば、ここで、その理由が説明されるべきである。^(註)

以上でもって、問題はいくつか存在するけれども、とにかく第四の法文についてのビューローの説明を知ることができた。右に指摘した問題点をも含めて、より詳細な分析は次章以下で行なうことになる。

五、本節においては、第一の法文と第二の法文との対比、第三の法文と第四の法文の対比を通して、ビューローが彼のテーゼを実証しようとするのを見てきた。

第一の法文は、より重要な訴訟たる不倫遺言訴訟と、より重要でない訴訟たる自由身分訴訟の関係を取扱っている。そして、不倫遺言訴訟の争点決定が終了している場合、自由身分訴訟を担当する政務官が職権にもとづく「先決の命令」でもって自由身分訴訟を延期(中止)すると規定している、とビューローは考える。

第二の法文は、より重要な訴訟たる相続回復請求訴訟と、より重要でない訴訟たる個々の物に対する請求訴訟との関係を取扱っている。そして、相続回復請求訴訟が将来のものである場合には、個々の物に対する請求訴訟において「先決の抗弁」が付与されると規定している、とビューローは考える。

第三の法文と第四の法文は、いずれも、相続回復請求訴訟と遺産分割訴訟の関係を取扱っている。そして、第三の法文は、「政務官」による「先決の命令」について規定しており、第四の法文は、相続回復請求訴訟が将来の訴訟で

ある場合について、遺産分割訴訟における先決関係の調査は、「審判人」が行なうことを規定している、とビューローは考える。

ビューローは、これら二組の法文の対比によって、「現在の訴訟——先決の命令」「将来の訴訟——先決の抗弁」という、パウルスの法文から導き出された彼のテーゼが、具体的なローマ法文によって、ひとつの実証をえたと考える。

ここで彼自身の言葉を引用して本節の結びとする。

「これら四つの法文の意味およびそこで最も鋭く強調されたところの、争点決定がなされた訴訟 (Judicium contestatum) と将来の訴訟 (Judicium futurum) との区別、先決の命令と先決の抗弁との区別を無視しようとする——従来は、好んでそうされてきたのだが——ならば、右の区別が他の場合にはローマの法学者たちによって守られていなかったということを非常に正確に証明しなければならぬという立場に立たされることになろう。しかし、これまでそのような証明を手がけた者は全くいない。「やってみようとしても、」どのような試みも、直ちに、不可能であることがわかるであろう。

なぜなら、先決の防止を取扱っている、われわれの知るすべての法源についての「次節」以下の考察が示すであろうように、実際に、右の区別がローマの法学者によって最も厳格に貫徹されていたからである。同時に、上述において定立されたところの、先決の命令は一般的な法的手段であり、先決の抗弁は例外的にのみ許された法的手段であるとの主張も、その確証を見出すであろう。⁽²²⁾

- (1) Bülow, S. 121.
- (2) 本節において考察するのは、ビューローの書物の第六章・第二節「先決の命令と先決の抗弁」である。
- (3) 第二節注(8)を参照せよ。
- (4) Bülow, S. 121 f.
- (5) 方式書の中に否定的条件文の形で挿入される抗弁(Excipere)は、有責判決命令が通常ならば実現されるべきところ、例外的に、それを妨げる(Excipere)ものである、ということをおまえたレトリックである。
- (6) L. 13 de exc. 44, 1の一節である。この法文についてのビューローの分析につき、後述二を見よ。
- (7) Bülow, S. 122 f.
- (8) 前述第二節注(31)を参照せよ。
- (9) Bülow, S. 123.
- (10) Idem, S. 124. ビューローは、この個所に注を付して彼以前の学説を概観している。彼は、ブラエューディキウムについてのブランクの理論が従来の混乱した学説に対して大きな進歩を示していると評価するが、しかし、先決の命令と先決の抗弁を理論的に明確に区別するビューローの理論からすれば未だ十分なものではないと批判する。ブランクの理論につき、拙稿「ブランク(一)および「同(一)」(本誌二六卷三号)を参照せよ。
- (11) Bülow, S. 126 ff.
- (12) 不倫遺言訴訟につき本誌二七卷四号六一頁注(4)を、自由身分訴訟につき前節注(18)を参照せよ。さて、奴隷が解放されて自由人となるための方式として古代の市民法は三種のものを認めていたが(船田・ローマ法第二卷・一一五頁)、その一つとして「遺言による解放(manumissio ex testamento)」があった。そこで、その遺言が不倫遺言のため無効であることと理由とする自由身分訴訟が提起されるならば、この法文のような事態が発生することになるのである。
- (13) 周知のことであるが、相続回復請求と個々の物に対する請求との関係に関連して、念のために次の説明を引用しておく。
「相続回復請求権の問題は、相続法上自明のこととされている、相続人への被相続人の財産の包括的帰属、すなわち、包括承継の原則に淵源する。相続人は、包括承継の原則によって、被相続人と同様、被相続人が行使しえたであろう一切の請求権を取得し、それを行使できることになる。つまり、相続人は、被相続人の有した物権・債権その他一切の財産権を承継

し、それに対応して、所有物返還請求権とか、登記請求権とかいう、請求権をも取得するのである。しかし相続人の有する個別的請求権は、本来、被相続人が生存しておれば、当然被相続人に帰属したはずの請求権であって、相続によってはじめに新たに発生する請求権ではない。したがって、相続法上の固有の請求権でもない。

そこで、古くから、このような個別的請求権のみで相続人の地位を十分に保護できるのかどうか、立法上の困難な問題とされて来た。被相続人に対して与えられる保護をこえて相続人を保護すべきかどうか、保護すべきだとしても、個別的請求権を統一的に総括したものとするのが妥当なのか、あるいは相続権を保護する特別の請求権、すなわち、単一的包括的請求権として構成するのが合理的なのかどうかということが問題とされて来たのである。

この難問に答えるため、ローマ法は、*hereditatis petitio* の制度を創設したのであったが、この相続回復請求権の制度はドイツ普通法を経て、ドイツ民法に定着し、それにならって、スイス民法もこの制度を規定し、一九四二年のイタリヤ新民法も新たに明文をもうけた。フランス民法には、明文はないけれども、学説・判例を通して、相続回復請求権が認められている。』（注釈民法(24)・七九頁以下・泉久雄)

かくて、右のいずれの法においても相続回復請求と個別的請求の關係が問題となるのである。

- (14) Bülow, S. 127. ビューローによる両法文の対比につき、坂口・前掲七七頁を参照せよ。
- (15) ビューローは、いずれの個所にも注を付しているが、そこでの議論については後述する。
- (16) Bülow, S. 127 f.
- (17) Idem, S. 128 f. なお、以下の考察にあたっては、ローマ法における相続回復請求訴訟は、「原告の相続権の確定と相続財産の返還を目的としたのであって、まず原告の相続権を確定し、被告が任意に相続財産を返還しない場合に、返還を命ずる判決がなされた」(注釈民法・前掲八〇頁)と考えておく。M. Kaser, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, 2. Aufl.*, 1971 [以下にぎゅつぷは RPI と略称] S. 735 を参照せよ。
- (18) じやうじ、ビューロー自身が付した番号である。
- (19) Bülow, S. 129.
- (20) Ibid. 坂口・前掲七八頁以下を参照せよ。
- (21) Idem, S. 130.

- (22) Ibid.
- (23) Ibid.
- (24) Idem, S. 131. 坂口・前掲七九頁を参照せよ。
- (25) Idem, S. 129.
- (26) Idem, S. 131f.
- (27) Idem, S. 132. 坂口・前掲七九頁を参照せよ。
- (28) 然れど、第二章の冒頭(本誌二七卷四号六二頁)に挙げておいたビューロー自身の論文 *Dissertatio de praepjudicialibus exceptionibus* を指すが、残念ながら私は同書を参照しえなかつた。従つて、この点についてのビューローの論証を紹介できぬ。
- (29) Bulow, S. 132, Anm. 10.
- (30) Idem, S. 133. 坂口・前掲七九頁を参照せよ。
- (31) この点については、すでにブランクによつて一定の解答が与えられているのであるから、ブランクの説を顧慮してないところをのみかちして、ビューローは不当である。Planck, *Mehrheit*, S. 212 f. 拙稿・「ブランク」一四九頁を参照せよ。
- (32) Bulow, S. 134.