

古典期ローマ法における信託遺贈の効力について

— D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.)の釈義

篠 森 大 輔

I 問題の所在

II D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.)の釈義

III 若干の検討

IV 小括

I 問題の所在

1 元来被相続人によるお願いにすぎなかった信託遺贈にアウグストゥスが法的保護の道を開いて以来、信託遺贈にはさまざまな保護手段が与えられてきた¹。それぞれの保護手段は、二元的な裁判手続、遺贈の規律の影響、利用者のニーズ等の複雑な環境のもとで漸次形成されてきたものであるから²、そこにはなお十分には解明さ

¹ U. Babusiaux, Zum Rechtsschutz von Fideikommissen im Prinzipat, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung [= ZRG RA] 136 (2019) S. 140-213 は、信託遺贈の各保護手段について裁判管轄に留意しつつ包括的な検討を行っている。

² 例えば Inst. 2,23,1 は、当初のアウグストゥスによる信託遺贈問題への個別的な介入がローマ国民の支持を背景として漸次一般化し、信託遺贈掛法務官の創設に結実する過程を示している。

Inst. 2,23,1: Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo invitus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur, continebantur. postea primus divus Augustus semel

れていない古典期ローマ法上の基本問題が残されているものと思われる。信託遺贈に基づく目的物の *missio in rem*（政務官による占有付与）の問題もその 1 つであろう。

例えば、被相続人より農場の信託遺贈を受けた者（信託遺贈受遺者）は、信託遺贈の実現のためにどのような手段をとることができ

iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. quod, quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

ユ帝『法学提要』第 2 巻第 23 章第 1 法文 まず知られるべきであるのは、およそ信託遺贈は、当初はその効力が極めて薄弱であったことである。何故なら、何人も単に頼みごとを受けたにすぎないことについて、意に反して実行を強いられることはなかったからである。〔遺言者は、〕相続又は遺贈を受けることができない者のために遺そうとするときに、遺言によって取得することのできる者の信義に委ねたのである。信託遺贈と呼ばれるのは、法的な拘束力によってではなく、頼みごとを受けた者の名誉のみによって保護されたものだからである。その後、当初、神皇アウグストゥスは、繰り返し、人々への好意に動かされて、また、自分自身〔＝アウグストゥス〕の息災のために懇願されたと主張する者がいたため、あるいは、幾つかの著しい背信を理由として、執政官に対しその〔＝アウグストゥスの〕権威を関与させるように命じた。このことは正当なものともみられ国民に支持されたので、安定的な管轄権へと徐々に変わっていった。そして、多くがそのことを支持した結果、信託遺贈事件を管轄する特別の法務官が創設された。これを信託遺贈掛法務官と称した。

るか。信託遺贈受遺者は、特別訴訟手続 (cognitio extra ordinaria) により、信託遺贈義務者 (通常は指定相続人) に対し、農場の引渡し (restituere) を求めることができる (persecutio/petitio fideicommissi)。このことから信託遺贈の効力は obligatorisch (対人的) なものであると解されており、これが信託遺贈の最も基本的な効力である³。

上の例で、信託遺贈義務者が被相続人の死亡後、信託遺贈の履行

³ 以上について M. Kaser, Das römische Privatrecht, 1. Abschn., 2. Aufl., München 1971, S. 759; M. Kaser/R. Knütel/S. Lohsse, Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München 2017, S. 436 (Rz. 77.6). 信託遺贈の効力が obligatorisch とされる根拠は Gai. Inst. 2,184 及び本文下記【4】 Gai. Inst. 2, 277 とされる (Kaser, a.a.O. (n. 3), S. 759 n. 27 u. S. 480 n. 10)。両法文で obligare という文言が使用される (テキストは P. Krüger/W. Studemund (ed.), Gai Institutiones ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum, 7. ed., Berolini 1923 による。以下同じ)。

Gai. Inst. 2,184: Extraneo uero heredi instituto ita substituere non possumus, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit; sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram totam uel <pro> parte restituat; quod ius quale sit, suo loco trademus.

ガーイウス『法学提要』第 2 巻第 184 法文 しかし、われわれは、相続人が現れて、かつ、ある期間内に死亡したときは、別の者が彼〔＝相続人〕の相続人となる、というように、相続人に指定された家外者の補充相続人を指定することはできない。われわれには、ただ、われわれが彼〔＝相続人〕に対し、信託遺贈によってわれわれの相続財産の全部又は一部を交付するよう義務づける (obligemus) ことが認められているにすぎない。この法がどのようなものか、われわれはその場で紹介しよう。

期までに農場を第三者に売却していたときはどうか⁴。信託遺贈の効力是对物的なものではないので、信託遺贈受遺者は第三者から農場を取り戻すことはできない⁵。信託遺贈受遺者は、信託遺贈義務者

⁴ 例えば、家族信託遺贈（*fideicommissum quod familiae relinquitur*）（拙稿「古典期ローマ法における遺言による譲渡禁止——家族信託遺贈の考察に向けて」神奈川法学 49 巻 1・2・3 合併号（小森田秋夫先生退職記念号）（2017 年）223 頁注 3 所掲の諸文献参照）など、学説彙纂に現れた条件又は期限付き信託遺贈の例の中には、被相続人の死亡から条件成就又は期限到来までの期間が長期に及ぶものがある。本文に示したケースは深刻な問題であったと推測しうる。

⁵ *Römisches Recht aufgrund des Werkes von P. Jörs/W. Kunkel/L. Wenger in 4. Aufl. neubearb. von H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, Berlin u.a. 1987, S. 498.* この点で信託遺贈の効力は、債権遺贈及び物権遺贈と対比したときに、前者に類似するといわれるが、*Gai. Inst. 2,280* にみられるように、履行遅滞の場合の利息支払義務の存否について、両者の相違が指摘される（*Kunkel/Honsell, a.a.O. (n. 5), S. 498*）。

Gai. Inst. 2,280: Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit; legatorum uero usurae non debentur; idque rescripto diui Hadriani significatur. scio tamen Iuliano placuisse, in eo legato, quod sinendi modo relinquitur idem iuris esse quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere uideo.

ガイウス『法学提要』第 2 巻第 280 法文 また、信託遺贈義務者は、履行の遅滞を生じているときは、信託遺贈の利息及び果実が義務づけられる。これに対して、遺贈の果実は義務付けられない。同じことは神皇ハドリアヌスの解答によって示される。しかし、私の知るところでは、ユーリアヌスが、許容〔遺贈〕によって遺された遺贈の場合に、信託遺贈におけるのと同じことが法に適用と判断していた。私の見るところ、現在においてもより多くの者がこの見解を有する。

との関係では、農場の *pretium* の支払いを受けるのがせいぜいであろう（下記II4(3)参照）。ところが、この場合に、信託遺贈受遺者は、特別訴訟手続において、信託遺贈目的物について政務官による占有の付与（*missio in rem*）を受けることができると考えられてきた⁶。この *missio in rem* は信託遺贈受遺者への目的物の占有の付与にすぎず、後の本権訴訟において目的物の最終的な帰属が定まることが想定される⁷。この *missio in rem* が認められるならば、信託遺贈の効

⁶ この問題に言及する文献は多数あるが、基本文献として K. Salkowski, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: Ein Commentar begründet von Ch. F. Glück*, 49. Theil, Erlangen 1889, S. 608ff.; L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, 1. Bd., Leipzig 1908, S. 88; F. Klingmüller, *Ius ad rem?* ZRG RA 44 (1924) S. 211-223; G. Impallomeni, *L'efficacia del fedecompresso pecuniario nei confronti dei terzi: la in rem missio*, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano [= BIDR]* 70 (1967) pp. 1-104; M. Kaser, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung im römischen Recht*, in: M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, 1986 Wien/Köln/Graz, S. 173-196, insb. S. 187-191 [Aus: F. Baur/K. Larenz/F. Wieacker (Hg.), *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, Festgabe für Johannes Sontis, 1977 München, S. 11-31]; Babusiaux, a.a.O. (n. 1), S. 140-213, insb. S. 155-162 を挙げておきたい。

⁷ この点で *missio in rem* は、(a) *missio in possessionem legatorum servandorum causa*（遺贈保全のための占有付与）（後に信託遺贈にも適用が拡大された。O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 3. Aufl., Leipzig 1927, S. 369-370; Kaser, a.a.O. (n. 3), S. 760）、(b) いわゆる *missio in possessionem Antoniniana* 及び(c) *appellatio* の場合の *translatio possessionis* とは区別される（Salkowski, a.a.O. (n. 6), S.618-619; B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, 2. ed., Milano 1955, P. 292 n. 3; D. Johnston, *Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law*, ZRG RA, 102 (1985) S. 262; Babusiaux, a.a.O. (n. 1), S. 155）。これらの場合、占有の付与は本権訴訟の前段階ではないからである。例えば、上記(a)の *missio*

力は純粹に対人的なものにとどまらず、対物的とは言えぬにせよ、少なくとも第三者に及ぶと解する余地が生ずる。その意味で、信託遺贈に基づく *missio in rem* は信託遺贈の基本的効力の延長上に生ずる問題といえる。

本稿は上記 *missio in rem* 論の中核をなす学説彙纂法文 D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.) (下記【3】) を再検討することにより、信託遺贈の効力とこれに関連する諸問題を考察する手がかりを得ようとするものである。下記 2 において予備的な考察を行っておきたい。

2 信託遺贈に基づく *missio in rem* について、正面からこれに言及した法文が『パウルス断案録 (Pauli Sententiae)』にみえる。

【1】 Paul. Sent. 4,1,15: Rem fideicommissam si heres uendiderit eamque sciens compararit, nihilo minus in possessionem eius fideicommissarius mitti iure desiderat.⁸

in poss. legat. serv. causa は、法務官告示により（したがって通常的方式書訴訟が利用される）、受遺者（信託遺贈受遺者）が遺贈義務者（信託遺贈義務者）に *cautio legatorum servandorum causa*（遺贈保全のための担保問答契約）を拒絶されたときに、受遺者（信託遺贈受遺者）に目的物の占有を付与するものであり、受遺者（信託遺贈受遺者）は *cautio legat. serv. causa* を受けるまで目的物を留置しえたにすぎない (A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 585, s.v. *Missio in possessionem legatorum servandorum causa*)。

⁸ テキストは P. Krueger/Th. Mommsen/W. Studemund (edd.), *Collectio Librorum Iuris Antejustiniani in usum scholarum*, Vol. 2 [= P. Krueger (ed.), *Ulpiani liber singularis regularum, Pauli libri quinque sententiarum, Fragmenta minora saeculorum p. Chr. n. secundi et tertii*], Berolini 1878 によ

パウルス『断案録』第 4 巻第 1 章第 15 法文 相続人が信託遺贈の目的物を売り、知る者が (sciens) その物を買ったときは、それにもかかわらず、信託遺贈受遺者が〔政務官によって〕その物の占有の付与を受けることを求めることは正当である。

in possessionem [...] mitti は、政務官を通じてその占有の付与を受けるの意とされる⁹。信託遺贈受遺者は、相続人 (信託遺贈義務者) が第三者に売却した信託遺贈目的物について、買主の悪意 (sciens compararit) を要件として、政務官を通じてその占有の付与を受けることができる。

パウルス断案録においても、信託遺贈の効力是对物的なものではなく、对人的なものであるとされている (Paul. Sent. 4,1,18¹⁰)。また、物権遺贈の場合、受遺者は遺贈目的物の占有者に対し rei vindicatio

る (以下同じ)。なお、G. Haenel (ed.), Lex Romana Visigothorum, Lipsiae 1849, p. 398 によれば【1】には Interpretatio が付されている。

IP: Si rem, quae per fideicommissum alicui relicta est, cuicumque heres vendiderit et eam sciens relictam alii aliquis comparaverit, fideicommissarius in possessionem sibi deputatam mitti iure deposcit.

解釈。信託遺贈によってある者のために遺された物を相続人が誰かに売り、それが他の者のために遺されたものであることを知る者が買ったときは、信託遺贈受遺者が〔法務官に対し、〕自分自身に割り当てられた占有の付与を受けるよう求めることは正当である。

⁹ Vgl. H. G. Heumann/E. Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl., Jena 1907, S. 347 s.v. mittere.

¹⁰ Paul. Sent. 4,1,18: Ius omne fideicommissi non in uindicatione, sed in petitione consistit.

パウルス『断案録』第 4 巻第 1 章第 18 法文 信託遺贈の権利はすべて、物の取戻し (uindicatione) ではなく請求 (petitione) からなる。

を行使することができ¹¹、占有者の悪意は要件とならないことを考えれば、買主の悪意を要件とする【1】は、信託遺贈受遺者に対物的な保護を与えたものと解することはできない。

ところで、『パウルス断案録』はパウルスの著作の抜粋集成として 3 世紀末に成立したものの、その後の時代に要約や付加による改変がなされたとされる¹²。【1】は極めて明快に定式化されている。学説彙纂に収録された具体例に富む多数のパウルス法文を思うにつけて、われわれは【1】が少なくともパウルス自身の手になる法文ではないものと推測せざるをえない¹³。しかし、ユースティニアヌス帝（以下「ユ帝」）が 529 年に発布した勅法（下記【2】）

¹¹ Gai. Inst. 2,194: Ideo autem per uindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius uel ab herede uel ab alio quocumque qui eam possidet petat, uindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse.

ガーイウス『法学提要』第 2 巻第 194 法文　ところで、この遺贈が物権遺贈と呼ばれるのは、相続承認の後に直ちに遺贈目的物がクイリーテースの権に基づいて受遺者に帰属するからである。受遺者がその目的物を相続人に対し、又は、他の誰であれ占有者に対し求めるときも、所有物の取戻しを求め(uindicare)なければならない。すなわち、〔受遺者は〕目的物がクイリーテースの権に基づいて自分のものであると主張しなければならないのである。

¹² W. Kunkel/M. Schermaier, Römische Rechtsgeschichte, 14. Aufl., Köln/Weimar/Wien 2005, S. 191; W. Waldstein/J. M. Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl., München 2014, S. 260 (§ 39.8).

¹³ E. Levy, West Roman Vulgar Law: The Law of Property, Philadelphia 1951, p. 232 は、『パウルス断案録』編纂人の誤解に基づくものとの推測を示す。なお、O. Lenel, Palingenesia, vol. 1, Leipzig 1889, S. 1299 では、Paul. Sent. 4,1,15 と学説彙纂法文の対照はなされていない。

をみれば、【1】が古典期後の法を示したものではないともいいきれない。

【2】 C. 6,43,1 pr.-1 Imp. Iust. [a. 529]: Cum ii, qui legatis uel fideicommissis honorati sunt, personalem plerumque actionem habere noscuntur, quis uel uindicationis uel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas optimis rationibus usa nec facile suscepit nec inextricabiles circuitus laudauit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? 1. Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus uero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, uel per quodcumque genus legati uel per fideicommissum fuerint derelictae, uindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Seruianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui praestare.

勅法彙纂第 6 卷第 43 章第 1 法文序項～第 1 項 (ユ帝・529 年)

《序》遺贈又は信託遺贈による受益者たちは、ほとんどの場合に対人訴権を有するものと知られている。物権遺贈、許容遺贈その他の種類の遺贈の厳格さ——そのようなものを、後の世代はたとえ十分な理由があってもやすやすとは受け入れることはないし、抜け出せない迂路をほめたたえることもない——を、誰が好んで容認するというのか? *missio in rem* というやっかいで不明瞭なものを、誰が利用するというのか? 《1 項》よって、われわれは次のように考える。すなわち、なるほど、*missio in rem* を完全に廃止すること (*aboleri*)、受遺者及び信託遺贈受遺者のすべての者に自由裁量を与えて、対人訴権のみならず対物訴権も付与すること、しかも、彼ら〔＝受遺者及び信託遺贈受遺者〕には、どのような遺贈の方法によってであれ、信託遺贈によってであれ、物

が遺されたことにかわりはないのだから、対物訴権を行使して〔その物を〕取り戻すことが許されること、それに加えて、遺された死者の財産に向けた準セルウィアーナ訴権（すなわち抵当対物訴権）を付与することが正当である、と。

【2】¹⁴において、ユ帝は信託遺贈（遺贈も？）に基づく *missio in rem* をやっかいで不明瞭なものと評価してこれを廃止するとともに、受遺者及び信託遺贈受遺者に対し *actio personalis*（対人訴権）のみならず *actio in rem*（対物訴権）も付与した。この勅法の意味自体が大きな問題ではあるが、さしあたって、この勅法が発布されるまでの時代には、この勅法で廃止されたという信託遺贈に基づく *missio in rem*——その内容が如何なるものかは不明確であるにせよ——が利用される何らかの実態があったと考えることは許されよう。

それでは、信託遺贈に基づく *missio in rem* はいつの時代まで遡ることができるであろうか。古典期の法の実像が問題となる。学説彙纂には、指定相続人（信託遺贈義務者）が信託遺贈目的物を第三者に売却し又は質入れをする例を伝える法文が散見されるのだが、管見の限り、これらの中に *in possessionem mitti* 又はこれに類似する表現の使用例はみあたらない¹⁵。それにもかかわらず、従前、学説は信託遺贈に基づく *missio in rem* を積極的に理解し、代表的なロー

¹⁴ 【2】については Chr. Fr. von Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, 19. Theil, 2. Aufl., Erlangen 1868, 165-169; Impallomeni, op. cit. (n. 6), pp. 4-6, 96-101.

¹⁵ 信託遺贈全般に範囲を広げれば、遺贈保全のための占有付与（*missio in possessionem legatorum servandorum causa*）（前注 7 参照）に関する D. 36,4 に *in possessionem mitti* の用例が多数みられる。

マ法教科書も【1】Paul. Sent. 4,1,15 及び下記【3】D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.)を引用して言及してきた¹⁶。これは、信託遺贈に基づく *missio in rem* に対物的（物権的）効力を認めて *Jus ad rem* 論に結び付けようとする向きもあった¹⁷ことが背景となっている。また、有力な学説は、【1】【3】を含む包括的な法文検討を踏まえて、信託遺贈に基づく *missio in rem* が早ければハドリアヌス帝の時代、遅くともセウェルス朝の時代には行われていたものとする¹⁸。したがって、

¹⁶ P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8. ed., Paris 1929, p. 934 n. 2; P. Jörs/W. Kunkel/L. Wenger, *Römisches Recht*, 2/3. Aufl., Berlin 1935/49, S. 356-357, insb. n. 2 u. 3; Kaser, a.a.O. (n. 3), S. 759 n. 28; Kunkel/Honsell, a.a.O. (n. 5), S. 498-499, insb. n. 5 u. 6. 普通法時代のものとして K. A. von Vangerow, *Lehrbuch der Pandecten*, 2. Bd., 7. Aufl., Marburg/Leipzig 1876, S. 461 (§ 532 Anm.)がある。なお、P. Voci, *Diritto ereditario romano*, 2. vol., 2. ed., Milano 1963, p. 402 n. 32 は【3】D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.)のみを掲げる。この議論に対する慎重な姿勢を示したもののか。

¹⁷ Mitteis, a.a.O. (n. 6), S. 88; Klingmüller, a.a.O. (n. 6), S. 211-213. このことには原田慶吉『ローマ法の原理』（弘文堂、1950 年）215-216 頁、同『ローマ法〔改訂版〕』（有斐閣、1955 年）152 頁も言及する。わが国における本格的な *Jus ad rem* 研究である好美清光「*Jus ad rem* とその発展的消滅——特定物債権の保護強化の一断面」一橋大学法学研究 3 巻（1961 年）179-432 頁では、信託遺贈のケースは検討対象から除外されている（同 187 頁）。なお、*Jus ad rem* 論についてはさしあたり H. Lange/M. Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, 2. Bd. (Die Kommentatoren), München 2007, S. 917-919 及び注所掲の文献参照。

¹⁸ Impallomeni, op. cit. (n. 6), pp. 85-88. ただし、同論文が検討した法文は家族信託遺贈に関するものが多い（下記Ⅲ(2)、Ⅳ2(1)参照）。

古典期における信託遺贈に基づく *missio in rem* 論は下記【3】D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.)を重要史料の 1 つとして展開されてきたとみてよい。

3 本稿は下記【3】D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.)について立ち入った釈義を試みるものである。

その理由は、第 1 に、すでに述べたように、古典期における信託遺贈に基づく *missio in rem* に関する諸学説が、下記【3】を立論の要としている点に求められる。この法文は、大要、次のように理解されてきた。すなわち、信託遺贈の目的物である農場が、そのことについて善意の指定相続人から同じく善意の買主に売られたときに、信託遺贈受遺者はこの売りの効力を奪うことができるのか？スカエウォラは、否、妻も買主も善意だからである（*propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris heredem mulieris*）、と解答した、と¹⁹。しかし、筆者は、周到に考え抜かれた複雑な遺言技術が利用された下記【3】は、ローマ人の法律相談の一齣を想定しながら考察することによって、別の理解に到達しうるものと考え²⁰。

第 2 に、信託遺贈の法的保護に関する最新の包括的研究は、文献にみられる *missio in rem* は法源に則したものではないと指摘する。

¹⁹ Johnston, op. cit. (n. 7), p. 264.

²⁰ 筆者はかつて下記【7】D. 32,38 pr. (Scaev. 19 dig.)（後注 59 参照）との関係で、下記【3】D.31,89,7 (Scaev. 4 resp.)を簡単に考察したことがある（拙稿〔前掲注 4〕203-207 頁）。しかし、本稿では別の理解に至ったので、下記【7】の釈義（後注 59 参照）とあわせて、本稿をもって補正することをお許しいただきたい。

しかし、同研究中では下記【3】への言及がない²¹。

第 3 に、われわれが釈義をするのは、クイントゥス・ケルウィディウス・スカエウォラ (Quintus Cervidius Scaevola) 名義の法文である。スカエウォラ法文の構成は定型的なものであるが (下記II2 参照)、その叙述は高度に圧縮されており、再検討の余地のある法文はまだ残されているように思われる²²。ローマ社会の一面を照らし出す具体的事件のおもしろさとスカエウォラの切れ味鋭い解答の魅力を、下記【3】の釈義を通じて具体的に紹介しようとする点で、本稿が若干の貢献となれば幸いである。

²¹ Babusiaux, a.a.O. (n. 1), S. 211-212. その他 D. Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Oxford 1989, p. 227 も信託遺贈の対物的 (物権的) 効力を否定するが、同書では【3】は検討されない。

²² 近時、国内のローマ法研究者の中に難解なスカエウォラ法文の事案や思考の流れの解明に取り組んだものがある。S. Nishimura, *Eine raffinierte Falllösung zur condictio indebiti: Scaev. D. 12,6,67,4*, in: U. Manthe/S. Nishimura/M. Igimi (Hgg), *Aus der Werkstatt römischer Juristen: Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka*, Berlin 2016, S. 291-314; 佐々木健「(学会報告) D.14.3.20 (Scaevola 5 dig.): a kind of cheque or Letter of Credit in ancient Rome?」第 73 回国際古代法史学会 (SIHDA) (2019 年 9 月 5 日・英国エジンバラ) (法学論叢 188 巻 4・5・6 合併号 (2021 年) 246-263 頁、菅尾暁「表見相続人の和解行為に関する追認問題——Scaev. D. 2,15,3,2」額定其労＝佐々木健＝高田久美＝丸本由美子編『身分と経済 (法制史学会 70 周年記念若手論文集)』(慈学社、2019 年) 205-251 頁。

II D.31,89,7 (Scaev. 4 resp.)の釈義

1 D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.) (【3】) のテキスト及び試訳は次のとおりである²³。

【3】 D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.): Maritus uxorem ex asse heredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator praecepit: praedium hereditarium uxor infructuosum rationi suae existimans uendidit: emptor quaerit, an retractari haec uenditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur an uero solum quantitas pretii ab herede uxoris fideicommissariis debeat. respondi propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris heredem mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.

学説彙纂第 31 卷第 89 法文第 7 項 (スカエウオラ『解答録』第

²³ テキストは Th. Mommsen (ed.), *Digesta Iustiniani Augusti*, vol. 1/2, Berolini 1868/70 による。本稿釈義では学説彙纂の各国語翻訳を利用した。引用が煩雑になるのを避けるために、本注で一括して出版年順に掲記するとともに、括弧内の略語を用いる。H. Hulot/J.-F. Berthelot/P.-A. Tissot/A Bérenger (ed.), *Corps de droit civil romain en latin et en français*, Tom. 1-7, Paris 1803-04 (旧仏訳)、K. E. Otto/B. Schilling/K. F. F. Sintenis (Hgg.), *Das Corpus iuris civilis ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelahrter*, Bde. 1-4, Leipzig 1830-32 (旧独訳)、G. Vignali (ed.), *Corpo del diritto*, Vol. 2-7 (Digesto), Napoli 1856-59 (旧伊訳)、A. Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, rev. ed., vol. 1-2, Philadelphia 1998 (英訳)、R. Knütel/B. Kupisch/Th. Rüfner/H. H. Seiler (Hgg.), *Corpus iuris civilis, Text und Übersetzung*, Bde. 2-5, Heidelberg 1995-2012 (新独訳)、S. Schipani/L. Lantella Iustiniani (ed.), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae, testo e traduzione*, vol. 1-5.1, Milano 2005-14 (新伊訳)、D. Gaurier, *Les 50 livres du Digeste de l'Empereur Justinien*, Tom. 1-3, Paris 2017 (新仏訳)。

4 卷) 夫が妻を相続財産全部について相続人に指定し、遺言者〔=夫〕は、その者〔=指定相続人(妻)〕の死後、小書附が開封されるよう定めた。妻は、相続財産中の農場を (praedium)、自分の見立てによれば収益を生まないものと考えて (infructuosum rationi suae existimans) 売った。買主は次のことを問う (emtor querit)。すなわち、妻が死亡したら、この売りが、小書附において信託遺贈によって与えられた相続財産を取得した者たちによって効力を覆される (retractari) ことがあるのか、単に価値相当額が (quantitas pretii) 妻の相続人によって、信託遺贈受遺者たちのために (fideicommissariis) 負担されるにすぎないのか、と。私は、買主と同様、妻も本当に知らなかったというのならば (propter [...] emptoris)、妻の相続人は、農場を (fundus) 買主のもとにとどめるためには (ut [...] remaneat)、信託遺贈受遺者に (fideicommissario) 代金を (pretium) 与えなければならない、と解答した。

2 学説彙纂に現れたスカエウオラ法文の多くが形式上、事案・論点提示・解答 (narratio - quaestio - responsum) という三部構成をとる。【3】では、Maritus [...] uendidit (事案)、emtor querit [...] debeatur (論点提示) 及び respondi [...] debere (解答) の三部に分けられる。本稿釈義はさしあたり上記構成に依拠して行われる (下記 3~5)。ただし、各部は相互に関連しているので、例えば事案説明が Maritus [...] uendidit の箇所に尽きるものではないことは言うまでもない²⁴。

²⁴ 【3】の釈義として、E. A. Seuffert, Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Rechte, München 1854, S. 21-22; Salkowski, a.a.O. (n. 6), S. 385-390, 638-641; Klingmüller,

3 事案 (Maritus [...] uendidit) について

(1) Maritus [...] instituit (相続人の指定について) 夫が遺言により妻を単独相続人に指定する例はめずらしい²⁵。夫がその子とともに妻を共同相続人の 1 人に指定する例²⁶、夫が妻を単独相続人に指定すると同時に、その子を補充相続人又は信託遺贈受遺者に指定する例²⁷がみられる。【3】では、遺言者 (夫) が妻を単独相続人に指

a.a.O. (n. 6), S. 217-218; Impallomeni, op. cit. (n. 6), pp. 15-16; A. Torrent, Fideicommissum familiae relictum, Oviedo 1975, p. 54; A. Torrent, Factum debitoris, culpa debitoris, scientia debitoris, in: Seminario de Derecho Romano, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid (ed.), Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez Madrid 1978, p. 510; Johnston, op. cit. (n. 7), p. 264.

²⁵ E. Champlin, *Final Judgments: Duty and Emotion in Roman Wills*, 200 B.C. - A.D. 250, Berkeley/Los Angeles/Oxford 1991, pp. 121. なお、【3】にはインテルポラーティオーの指摘がある (G. Beseler, *Romanistische Studien*, ZRG RA, 50 (1930) S. 69-70)。本稿はこれを前提としない法文理解を目指そうとするものである。

²⁶ 例えば、D. 31,89 pr. (Scaev. 4 resp.): Testamento filium et uxorem suam heredes instituit [...]; D. 32,41 pr. (Scaev. 22 dig.): Uxorem et filium communem heredes instituit et uxoris fidei commisit in haec uerba: [...]; D. 32,41,7 (Scaev. 22 dig.): Testamento, quo filium et uxorem heredes instituerat, filiae per fideicommissum centum, cum in familia nuberet, legauit et adiecit ita: [...]; D. 32,42 (Scaev. 33 dig.): Titius heredes instituit Seiam uxorem ex parte duodecima, Maeuiam ex reliquis partibus et de monumento quod sibi exstrui uolebat, ita cauit: [...]などがある。

²⁷ 遺言者の子を補充相続人に指定した例として、D. 28,6,43,2 (Paul. 9 quaest.): Lucius Titius cum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit et ei substituit filios [...] (ただし、この法文では相続人指定の効力が問題とされた) など、また、遺言者の子を信託遺贈受遺者とした例として D. 36,1,59,2 (Pap. 8 resp.): ‘Peto de te, uxor carissima, uti cum morieris

定したが、遺言者の子について法文は明示していない。後に登場する信託遺贈受遺者が遺言者の子である可能性について、下記(2)で指摘することとしたい。

(2) *heredem [...] praecepi* (小書附による相続財産信託遺贈の定めと小書附開封の時期について) 遺言者(夫)は小書附において相続財産信託遺贈をした(*codicillis [...] data*)。信託遺贈が小書附によってなされたこと自体は特に異とするに足りない²⁸。興味深いのは、遺言者(夫)が小書附を、指定相続人(妻)の死亡後に開封するよう指示した点である。この遺言技術はやや突飛なものにみえる。しかし、これは以下に説明するように、活発な遺言実務の中から相当の理由をもって考案されたものと思われる。*testator praecepi* は、小書附の開封に関する指示が遺言においてなされたことを示唆する。下記【4】の遺言との比較の際にポイントとなる。いずれにせよ、妻(指定相続人)が遅くとも遺言開封時までに小書附の存在を知っていたことは認めてよい。同時に、妻は小書附において相続財産信託

hereditatem meam restituas filiis meis uel uni eorum uel nepotibus meis uel cui uolueris uel cognatis meis si cui uoles ex tota cognatione mea'. [...]」などがある。

²⁸ Gai. Inst. 2,270a: *Item legatum codicillis relictum non aliter ualet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento cauerit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit; fideicommissum uero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest.*

ガーイウス『法学提要』第2巻第270a法文 また、小書附によって遺された遺贈は、遺言者によって確認されていなければ、効力をもたない。すなわち、遺言者が遺言において小書附に記載したことが効力を有する旨を定めていなければ、〔効力をもたない〕。しかし、信託遺贈は小書附が確認されていなかったとしても遺されうる。

遺贈がなされた可能性のある程度は予測していたのではないだろうか。

遺言者（夫）が小書附開封時期を指定相続人（妻）の死亡後と定めた点に鑑みれば、遺言者の意思は、妻を相続人に指定しつつも、妻の死亡後は、自己の財産を自ら指定した信託遺贈受遺者に承継させようとする点にあったと解される。ここで想起されるのが、*substitutio fideicommissaria* と呼ばれる遺言技術である。

【4】 Gai. Inst. 2,277: Item quamuis non <possimus> post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut, cum morietur alii eam hereditatem totam uel ex parte restituat. et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus CVM TITIVS HERES MEVS MORTVVS ERIT, VOLO HEREDITATEM MEAM AD P. MEVIVM PERTINERE. utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo.

ガーイウス『法学提要』第 2 巻第 277 法文 また、われわれは、われわれの相続人となった者の死亡後に、その者に代えて別の相続人を指定することができないにもかかわらず、われわれは彼〔＝われわれの相続人となった者〕に対し、〔彼が〕死亡する時に（*cum morietur*）、全相続財産又は相続財産の一部を交付するよう、請託することができる。また、相続人の死亡後であっても信託遺贈が与えられうるので、われわれは、次のように書いた場合でも、同じことを成し遂げることができる。「私は、私の相続人であるティティウスが死亡する時に（*CVM TITIVS HERES MEVS MORTVVS ERIT*）、私の相続財産がプーブリウス・メウィウスに帰属することを欲する」。そして、前者と後者のいずれの仕方によっても、ティティウスが遺した彼の相続人は、信託遺贈による

交付の義務を負っている。

相続人に指定された者がいったん相続人となった後、一定期間内に死亡した場合に備えて、遺言者が指定相続人の相続人をあらかじめ指定しておくことは、未成熟補充相続人指定(substitutio pupillaris)の場合をのぞき、補充相続人指定(substitutio vulgaris)制度を踏み越えるものである。ガーイウスはこのことと対比させつつ、指定相続人(信託遺贈義務者)の死亡時に(その文言にはバリエーションがある)相続財産の全部又は一部を信託遺贈受遺者に交付することを内容とする信託遺贈が有効である旨を説明する。この種の信託遺贈はガーイウス『法学提要』の成立時(後 161 年頃)までに遺言技術として確立したものとなっており、これによって遺言者は自らの財産に関して、事実上、指定相続人の相続人を指定することが可能になった。この信託遺贈は後世 *substitutio fideicommissaria* と呼ばれた。

相続財産信託遺贈を定める小書附の開封時期を指定相続人の死亡後とする遺言技術(【3】)と *substitutio fideicommissaria* (【4】)を比較すると、両者は、相続財産の承継人を指定相続人の次の世代に至るまでコントロールしようとする遺言者の意図を担う点で共通する。これに対して、両者の重要な相違は、前者(【3】)では指定相続人(信託遺贈受遺者)が小書附の内容を知りえない仕組みをとっている点にある²⁹。【3】とほぼ同様の遺言技術の利用例(下記【5】)

²⁹ その他、相続財産信託遺贈の権利発生日(*dies cedens*)にも微妙に違いが生ずるかも知れない。*substitutio fideicommissaria* (【4】)の権利発生日は指定相続人死亡時であろう。相続財産信託遺贈を定める小書附の

とも比較しながら検討してみよう。

【5】D. 36,1,26(25),2 (Iul. 39 dig.): Si quis filium suum ex asse heredem instituit et codicillis, quos post mortem filii aperiri iussit, fidei eius commisit, ut, si sine liberis decesserit, hereditatem suam sorori suae restitueret, et filius cum sciret, quod in codicillis scriptum esset, Stichum seruum hereditarium testamento suo liberum esse iussit: heredes filii pretium eius serui sorori defuncti praestare debent libertate fauore sui seruata. hoc amplius et si ignorasset filius codicillos a patre factos, nihilo minus heredes eius pretium praestare debebunt, ne factum cuiusquam alteri damnum adferat.

学説彙纂第 36 巻第 1 章第 26(25)法文第 2 項（ユーリアースス『法学大全』第 39 巻） ある者が自分の息子を全相続財産について相続人に指定し、息子の死後に開封されるよう命じた小書附によって、息子が無子で死亡したときは（si sine liberis decesserit）、彼〔＝ある者（遺言者）〕の相続財産を彼〔＝遺言者〕の姉妹に交付することを、息子の信義に委ねた。そして、息子は小書附に何が書かれていたのかを知ったにもかかわらず（filius cum sciret, quod in codicillis scriptum esset）、相続財産中の奴隷スティクスを息子の遺言で解放するよう命じた。この場合、息子の相続人たちは息子の奴隷の pretium（価値相当額）を死者〔＝遺言者〕の姉妹に支払う義務を負い、奴隷のための解放は維持される（libertate fauore sui seruata）。それどころか、息子が父親によって作成された小書附を知らなかったとしても、それにもかかわらず、息子の相続人たちは、ある者の行為が他人に損害を与えることのないように、pretium（価値相当額）を支払わなければならない。

開封時期を指定相続人死亡後とした場合（【3】）の権利発生日も同様であると思われるが、小書附開封時の可能性もあろう。

【3】との関連で議論のある法文であるが、ここでは使用された遺言技術に言及するにとどめる³⁰。ある者 (quis) が遺言において息

³⁰ ここで【5】D. 36,1,26(25),2 (Iul. 39 dig.)について簡単な釈義を試みておきたい(Ⅱの検討結果を先取りしていることをおことわりしておく)。

(a) 事案は次のとおり。遺言技術 (Si quis [...] iussit) については本文参照。指定相続人 (遺言者の息子) は、相続財産信託遺贈受遺者 (遺言者の姉妹) が記され、自らの死亡後に開封するよう命じられている小書附に書かれていた内容を、存命中に知るに至った (filius cum sciret, quod in codicillis scriptum esset) (quod の理解について下記(b)参照)。それにもかかわらず、指定相続人は、遺言者の相続財産中の奴隷スティクスを自らの遺言で解放する遺言を作成し、無子のまま死亡した。相続財産信託遺贈受遺者 (遺言者の姉妹) が、指定相続人 (息子) の相続人たちに対し、奴隷スティクスの引渡しを求めた。

(b) 本文及び上記(a)では、sciret, quod in codicillis scriptum esset の quod を疑問代名詞と解した。これを不定代名詞と解すれば、「小書附に何が書かれていたことを知った」(息子は小書附の存在を知ったが、その内容は知らない)とも読める。この場合、小書附の存在自体が息子に秘匿されていたことになる。法文上、遺言者が誰に対して息子存命中の小書附非開封を命じたのが明示されないので(【3】では指定相続人に命じたと推測しうる [testator praecepi])、遺言者が何者かに密かに小書附を託すとともに、同人に息子存命中の非開封を命じたと考えることもできないわけではない。しかし、本文で示すように、【5】の遺言技術を未成熟者補充相続人指定とほぼパラレルに考えてよいものとするれば、さしあたっては、上記(a)のように、息子 (指定相続人) も遺言者の姉妹 (相続財産信託遺贈受遺者) も小書附の存在は最初から知っ

ていたが、その内容は知らなかったところ、息子が小書附の内容を知
るに至ったと解すべきではないだろうか。

(c) ユーリアーヌスは次の判断をした。(i)指定相続人(息子)の知不
知にかかわらず、奴隷のための解放は維持される (*libertate fauore sui
seruata*)。 (ii)指定相続人(息子)の相続人たちは相続財産信託遺贈受遺
者(遺言者の姉妹)に対し、奴隷の *pretium* (価値相当額)を支払う義
務を負う。これも指定相続人(息子)の知不知に関わりがない。ある
者の行為が他人に損害を与えることのないようにするためである (*ne
factum [...] adferat*)。

(d) 解放の効力に関するユーリアーヌスの判断(上記(c)(i))は、類似
事件である【3】D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.)の一般的理解(指定相続人及
び買主の知不知により目的物売却の効力を区別する〔上記I3 参照〕)と
比較されてきた (Voci, op. cit. (n. 15), pp. 400-403)。この対比は自由優
遇 (*favor libertatis*) の思想になじむもののようにも思われる。しかし、
筆者は【3】において、スカエウォラは目的物売買の効力の問題に確定
的な言及はしなかったものと解する (下記II5 参照)。このような理解
に立てば、【3】と【5】は事案の上では類似するが、両法学者の法的判
断の平面では比較することはできないことになる。

(e) 奴隷の *pretium* 支払義務に関するユーリアーヌスの判断(上記
(c)(ii))については、*pretium* の意義がポイントとなる。スカエウォラが
知不知を判断基準としたのは、下記II5 に提示する筆者の理解によれば、

【3】が目的物廉売事案であることを前提として、信託遺贈義務者(指
定相続人の相続人)の信託遺贈受遺者への支払額が *quantitas pretii* (価
値相当額)なのか、実際の *pretium* (廉売代金)で足りるのかの問題で
ある。【5】は目的物売買事案ではないので、*pretium* は価値相当額と解
するほかなく、【3】のように価値相当額と実際の代金とで場合分けを

子を全相続財産についての相続人に指定するとともに、遺言者の姉妹を信託遺贈受遺者とする相続財産信託遺贈を定めた小書附を作成した。この信託遺贈には「無子で死亡したときは (si sine liberis decesserit)」という条件が付され³¹、遺言者は小書附を息子の死亡後に開封するよう命じた。「ある者」の意図は、指定相続人 (息子) 死亡後、直系卑属の不在並びに市民身分の婚姻に関するユーリウス法及び婚姻に関するパーピウス・ポッパエウス法の適用により³²、自分の遺産が血縁者 (家族といってよい) の外に流出するのを防止する点にあるものと思われる。

後に指摘するように、【3】【5】に現れた各遺言技術の間には微妙な違いが認められる。しかし、両者は、相続財産信託遺贈を定める

要しない。したがって、スカエウォラは、ユーリアーヌスが指定相続人の判断 (知不知を問題にしない) を前提として、その先の法律問題に判断したものと考えることができる。両者の判断は抵触しない。なお、ne factum [...] adferat は一般的な言明であるが、ここでは相続財産信託遺贈受遺者に奴隷の代わりに金銭賠償を得させるべきであるという趣旨であろう。

³¹ Torrent, op. cit. (n. 24), 1975, pp. 52-122 [Rez.: H. J. Wieling, ZRG RA 94 (1977) S. 443-446]; A. Torrent, The nature of the fideicommissum “si sine liberis decesserit”, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis, 43 (1975) pp. 73-83.

³² Kaser, a.a.O. (n. 3), S. 318-321, 724-725; D. Nörr, Planung in der Antike: Über die Ehegesetze des Augustus, in: H. Baier (Hg.), Freiheit und Sachzwang: Beiträge zu Ehren Helmut Schelskys, Opladen 1977, pp. 309-334 [= T. J. Chiusi/W. Kaiser/H.-D. Spengler (Hgg.), D. Nörr, Historiae iuris antiqui, 2. Bd., Goldbach 2003, S. 1093-1118; D. ネル〔西村重雄訳〕「古代における社会計画——アウグストゥス帝婚姻法について」法政研究 85 巻 2 号 (2018 年) 567-598 頁]; U. Babusiaux, Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht, Köln/Weimar/Wien 2015, S. 112-117.

小書附の開封時期を指定相続人の死亡後とするという点で、同一系統に属するものと考えられる。興味深いのは、【5】（ユーリアヌス）と【3】（スカエウオラ）が、時代の上で【4】（ガーイウス）を挟む形になっている点である。このことは、【5】の遺言技術が、*substitutio fideicommissaria*（【4】）の確立後においてもこれに収斂されることなく命脈を保ち、【3】で使用されたことを意味するからである。【3】【5】の遺言技術はそれ自体として確立しており、遺言者の一定の根強いニーズに応えるものであったことがうかがわれる。そのニーズとは、小書附の内容すなわち相続財産信託遺贈を受けた者を指定相続人に秘匿するというものであろう。このように考えるのが正当であるとすれば、次の 2 つの問題が生ずる。

第 1 に、遺言者は何故に小書附の内容を秘匿しようとするのか。この問題を考える上でヒントになるのは、【4】において *substitutio fideicommissaria* が通常補充相続人指定と対比されていること、及び、【3】【5】の遺言技術が遺言者の財産の承継人を秘匿するという点で未成熟者補充相続人指定と共通することである。何故なら、【3】【4】【5】で用いられた遺言技術は、いずれも補充相続人指定制度と対比しつつ展開されてきた可能性が推測されるからである³³。【3】

³³ この点は、すでに『標準注釈（1627 年版）』が【5】の遺言技術について、未成熟補充相続人指定に関する Inst. 2,16,2 を引用する注釈を付す形で示唆している。Studio et opera Ioannis Fehi, Corpus iuris civilis Iustinianei, Tom. 2: Infortiatum, Lugduni 1627 (Nachdruck: Osnabrück 1965), col. 1691 n. (h).

Inst. 2,16,2: Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum.

【5】では、未成熟補充相続人指定の際に考慮されるように³⁴、遺言

ユ帝『法学提要』第 2 巻第 16 章第 2 法文 それ故、未成熟者補充指定においては、先に述べた方法によれば、いわば 2 個の遺言が作成されたのである。一方は父親の遺言であり、他方はあたかも息子自身が自分の相続人を指定していた場合と同様の、息子の遺言である。あるいは、1 個の遺言が 2 個の相続事件すなわち 2 個の相続財産に関していることは確かである。

³⁴ 未成熟者補充相続人指定に関する Gai. Inst. 2,181 では、相続人に指定された未成熟者の身の危険が考慮されている。【3】【5】では財産をめぐる身の危険や人間関係の葛藤に直面するのは指定相続人だけではないことになる。

Gai. Inst. 2,181: Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus uideatur pupillus, in usu est uulgarem quidem substitutionem palam facere, id est eo loco quo pupillum heredem instituimus; <nam> uulgaris substitutio ita uocat ad hereditatem substitutum, si omnino pupillus heres non extiterit; quod accidit, cum uiuo parente moritur, quo casu nullum substituti maleficium suspicari possumus, cum scilicet uiuo testatore omnia quae in testamento scripta sint ignorentur. illam autem substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum uocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cauemus, ne inferiores tabulae uiuo filio et adhuc inpubere aperiantur. sed longe tutius est utrumque genus substitutionis [separatim] in inferioribus tabulis consignari, quod si ita [consignatae uel] separatae fuerint substitutiones, ut diximus, ex priorie potest intellegi in altera [alter] quoque idem esse substitutus.

ガーイウス『法学提要』第 2 巻第 181 法文 さらに、尊属の死亡後、未成熟者が陰謀の危険にさらされるようなことがないように、われわれが未成熟者を相続人に指定する場所で、公然と通常補充相続人を指定する慣行がある。何故なら、通常補充相続人指定は、未成熟者がまったく相続人とならないときに、補充相続人に指定された者を相続に召

者は小書附の内容を秘匿することにより、指定相続人と相続財産信託遺贈受遺者の間で身の危険や人間関係の葛藤が生ずるのを回避しようとしたのではないだろうか。そうすると、【3】で相続財産信託遺贈受遺者とされたのは、夫の隠し子など、妻（指定相続人）にとって許しがたい人物である可能性を考えることができよう。

第 2 に、遺言者の小書附の秘密保持は実際に貫徹されていたのだろうか。【5】では、息子（指定相続人）は小書附の内容を知っていた。小書附開封時期の定めについて、【5】では *quis [...] iussit* であるのに対して、【3】では *testator praecepi* とされ、文言が微妙に異なる。この点を強調するならば、【5】では、遺言者が遺言外で小書附開封時期を命じたことにより、遺言開封と同時に当該小書附も開封され

喚するものだからである。このことが生ずるのは、尊属の存命中に〔未成熟者が〕死亡したときである。この場合、遺言者の存命中は遺言記載事項全部が誰にも知られていないので、われわれは補充相続人に指定された者の悪行を疑うことはできない。しかし、未成熟者が相続人となりかつ未成熟のうちに死亡した場合でも、われわれは、補充相続人に指定された者に相続させることがある。このような方法で補充相続人に指定された者を、われわれは遺言書後部に記載し、その遺言書後部を別の紐と別の蠟で封印する。そして、遺言書前部には、遺言書後部は息子の存命中かつ未成熟の間には開封されないように定めるのである。しかし、両種の補充相続人指定とも、遺言書後部において別々に封印される方がはるかに安全である。何故なら、われわれが述べたように、補充相続人指定が封印され又は別々になされたときは、第 1 の補充相続人指定に基づいて、第 2 の補充相続人指定でも、同一人物が補充相続人に指定されたものと察知することができるからである。

てしまったという流れを想定しうる³⁵。testator praecepi (【3】)は、【5】からの遺言技術の進展を示すものと捉えられよう。しかし、仮にそうでないとしても、一般に蠟引板には変造の危険がある³⁶。遺言者の死後、当該小書附が指定相続人の下で保管されるのだとすれば、小書附の秘密保持は甚だ心許ないものとなる。したがって、【3】においても、指定相続人(妻)が小書附の内容を知っていた可能性を否定することはできない。これは、妻の農場売却の動機の理解やスカエウォラの判断の理解にも関わる問題である。

(3) praedium [...] uendidit (農場売却の経緯について) praedium は法文末尾で fundus と言い換えられる。次段に説明する praedium 売

³⁵ Vgl. A. Beck, Die Testamentseröffnung im römischen Recht, Bern 1949, S. 52.

³⁶ スエトニウス『ローマ皇帝伝 (De Vita Caesarum)』は、蠟引板の変造を防止する目的でネロー帝の提案にかかる元老院議決 (senatus consultum Neronianum) が発布された旨を伝える (vgl. M. Amelotti, Il Testamento romano attraverso la prassi documentale, I: Le forme classiche di testamento, Firenze 1966, pp. 177)。

Suet. Nero 17: Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulae nisi pertusae ac ter lino per foramina traiecto obsignarentur; cautum ut testamentis primae duae cerae testatorum modo nomine inscripto vacuae signaturis ostenderentur, ac ne qui alieni testamenti scriptor legatum sibi ascriberet [...]

スエトニウス『ローマ皇帝伝』第 6 巻(ネロー) 第 17 節 文書偽造に対しネロのとき初めて対策が講じられる。書板は穴をあけ、その穴の中に紐を 3 度通さなければ封印できないことになる。遺言状の場合、最初の 2 枚の蠟板に、遺言者の名のみ記し、残りを空白にして署名する証人に示すべきこと、そして他人の遺言を書く者は誰でも、自分への遺贈分を書き加えてはならぬと定められた。(スエトニウス〔国原吉之助訳〕『ローマ皇帝伝 (下)』〔岩波文庫、1986 年〕150 頁による)

却の動機との関連で、単なる地所ではなく収益性のある農場と解したい。

妻（指定相続人）による農場売却の動機（*infructuosum rationi suae existimans*）は解釈の余地がある。*ratio* が多義的であるのは勿論だが、*infructuosus* も大別すると(a)「(植物・土地について) 実りのない、不毛な」(客観的意義)と(b)「役に立たない、無駄な」(主観的意義)の両義を有する³⁷。*infructuosus* を軸に考えると、上記(a)によれば、妻の農場収益の見込み違いにより（「自分の勘定・見立てでは収益を生まないと考えて」）農場を売却してしまったことになる³⁸。これは農場の収益性を重視した読み方と言えよう。これに対して、上記(b)によれば、妻の目的・計画にとってこの農場は不要だから（「自分の目的・計画には役に立たないと考えて」）農場を売却したことになる³⁹。妻の農場売却が通常の財産運用の一環で、自然な

³⁷ K. E. Georges/H. Georges (Hgg.), *Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch*, 14. Aufl., 2. Bd., Hannover 1976, S. 256 s.v. *infructuosus*; P. G. W. Glare (ed.), *Oxford Latin Dictionary [= OLD]*, Oxford 1982, p. 904 s.v. *infructuosus*.

³⁸ 旧仏訳（*La femme a vendu un fonds de la succession qu'elle regardoit comme ne lui produisant aucun revenu.*）、新仏訳（*la femme a vendu le bien-fonds succesoral, le jugeant pour son compte stérile; [...]*）の他、Salkowski, a.a.O. (n. 6), S. 385; Klingmüller, a.a.O. (n. 6), S. 217.

³⁹ 旧独訳（*Nun verkaufte die Frau ein zur Erbschaft gehöriges Gut, was sie für ihre Verhältnisse nicht nutzbar erachtete.*）、英訳（*The wife sold a piece of land, belonging to the inheritance, which she thought was useless for her purposes.*）、新独訳（*Die Frau verkaufte ein zur erbschaftgehörendes Grundstück in der Meinung, es sei für ihre Zwecke nicht brauchbar.*）。なお、新旧伊訳についてはいずれの立場か区別することができなかった。旧

流れの中で行われたことを示唆する読み方となろうか。いずれの解釈が妥当であるか、ここまで読んだ限りでは決め手に欠けるので問題点の確認にとどめる（下記4(3)参照）。

(4) 上記(1)～(3)のまとめ 夫（遺言者）の家族関係は妻の存在以外、法文上明らかではない。夫が遺言を作成して妻を相続人に指定した。夫が妻を単独相続人に指定するめずらしい例である。夫は相続財産信託遺贈を定める小書附を作成するとともに、遺言において小書附が妻（指定相続人）の死亡後に開封されるべきことを指示した。この遺言技術は、遺言者の死後、指定相続人と相続財産信託遺贈受遺者の関係が悪化するのを防ぐために、遺言実務家が編み出したものであろう⁴⁰。それ故、相続財産信託遺贈受遺者は妻との折り

伊訳（la moglie credendo infruttuoso per suo conto un fondo ereditario lo vendette.）、新伊訳（la moglie, ritenendo infruttuoso secondo i suoi conti un fondo ereditario, lo vendette.）。

⁴⁰ 筆者は後に指摘するように、【3】を実際に生じた事件（法律相談案件）を記録したものと想定する。しかし、事案の特殊性、すなわち、(a) 夫が妻を単独相続人に指定したこと、(b) 遺言技術に技巧が凝らされていることに鑑みれば、【3】はスカエウォラが考案した巧妙な架空設例とその解答である可能性も否定することができない（上記(a)は法律関係を単純化するため、上記(b)は農場売却の際に買主が相続財産信託遺贈の事実につき善意であったことを示すための仕掛けである）。「生の事件」は文字での記録による抽象化を免れない上、実際の事件を基礎として法学教育向けの修正を加えた設例が記録されると、純粋な机上設例との区別さえも曖昧になりうるからである。林智良「共和制末期・元首政初期ローマにおける法的サービスの周辺——法学者・弁論家の活

合いのわるい人物（遺言者の隠し子など）であった可能性を想定しうる。夫の死後、遺言が開封され、妻が相続人となった。その後、妻は夫の相続財産中の農場を売却してしまった。妻による農場売却の動機は解釈の余地があり、事案 (Maritus [...] uendidit) だけでは判断することができない（下記 4(3)参照）。

4 論点提示 (emptor [...] debeatur) について

(1) emptor quaerit (質問者について) スカエウォラ法文においては、一人称「私」の場合をのぞいて、論点提示者（買主）が明示されるのは異例である⁴¹。『ローマ法学語彙辞典 (Vocabularium Iuris Prudentiae Romanae)』によれば、スカエウォラ法文における論点提示を導く quaerere (質問する) の活用形は、quaesitum est、quaero、quaeritur が用例の大半を占める（この順で用例数が多い）⁴²。それらのうち三人称受動相 quaesitum est、quaeritur では、論点提示者は形式的には明らかにならない⁴³。用例数としては少ない三人称能動

動と知的背景を中心に」三阪佳弘編『「前段の司法」とその担い手をめぐる比較法史研究』（大阪大学出版会、2019 年）93-113 頁参照。

⁴¹ J. M. Gokel, Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola, Berlin 2014 はこの点を指摘していない。

⁴² M. Meinhart (ed.), Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, Tom. 4-2, Berlin/NewYork 1987, pp. 1370-1401 s.v. quaero, -ere.

⁴³ quaero は文法的にはスカエウォラ自身による論点提示のようにみえるが、スカエウォラの著作に事件が記録されていく過程によっては、例えば書記を務めるスカエウォラの弟子が質問した可能性も考慮されなければならないであろう。なお、下記【8】D. 31,88,6 (Scaev. 3 resp.)（後注 62 参照）は quaero の用例である。

相 quaerit (2 例)⁴⁴及び quaesiit (28 例)⁴⁵でも、前者のうちの 1 例
 (【3】)をのぞいて、論点提示者は具体的に示されない。つまり、
 【3】の quaerit においてのみ、論点提示者が明示されているのであ
 るから、ここでは、論点提示者が買主であると明示したことに特別

⁴⁴ quaerit の用例 (2 例) として、【3】D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.); D. 32,37,4 (Scaev. 18 dig.)がある。後者は quaesiit の用例 (次注) の大半と同じ用法である。

⁴⁵ quaesiit の用例 (28 例) として、D. 12,6,67,3 (Scaev. 5 dig.); D. 13,5,31 (Scaev. 5 dig.); D. 20,1,34,1 (Scaev. 27 dig.); D. 32,35 pr. (Scaev. 17 dig.); 【7】D. 32,38 pr. (Scaev. 19 dig.); D. 32,38,5 (Scaev. 19 dig.); D. 32,41,11 (Scaev. 22 dig.); D. 32,102 pr. (Scaev. 17 dig.); D. 33,1,19 pr. (Scaev. 17 dig.); D. 33,1,21,2 (Scaev. 22 dig.); D. 33,2,32,3 (Scaev. 15 dig.); D. 33,2,32,4 (Scaev. 15 dig.); D. 33,2,34 pr. (Scaev. 18 dig.); D. 33,2,36,1 (Scaev. 25 dig.); D. 33,5,21 (Scaev. 22 dig.); D. 33,7,20,4 (Scaev. 3 resp.); D. 33,7,20,5 (Scaev. 3 resp.); D. 33,7,27,2 (Scaev. 6 dig.)〔同一法文内に 2 用例〕; D. 34,1,15 pr. (Scaev. 17 dig.); D. 34,1,18,4 (Scaev. 20 dig.); D. 34,2,13 (Scaev. 15 dig.); D. 34,3,28,11 (Scaev. 16 dig.); D. 34,3,28,12 (Scaev. 16 dig.); D. 34,3,28,14 (Scaev. 16 dig.); D. 34,3,31 pr. (Scaev. 3 resp.); D. 36,1,80(78),3 (Scaev. 21 dig.); D. 36,3,18,1 (Scaev. 29 dig.)がある。quaesiit の用例は、D. 34,3,31 pr. (Scaev. 3 resp.)の一例をのぞき、いずれも同一法文において、quaesitum est (第 1 論点提示) → respondi(t) (解答) → idem quaesiit (第 2 論点提示) → respondi(t) (解答) という連続的な定型の中で現れる。引き続いて idem quaesiit (第 3 論点提示) → respondi(t) (解答) と連続する例もある。idem (単数・男性・主格) は文法的には質問者の存在を推測させるが、第 1 論点に引き続き第 2 論点が提示される旨を強調した表現とも解しうる。例えば、下記 【7】D. 32,38 pr. (Scaev. 19 dig.) (後注 59 参照) における idem quaesiit についての旧独訳 (derselbe hat gefragt) と新独訳 (wurde weiter gefragt) の違いを参照。

の意味が込められていると推測しうる。つまり、*emptor quaerit* は、後続する論点 (*an [...] an uero [...]*) を提示したのはスカエウォラではなく、買主であることを特に示唆したものと解すべきである。

quaerit, an [...] an uero [...] は、1 個の二者択一問題 (A か B か) ではなく、2 個の論点 (それぞれ「論点 I・II」と呼ぶ。) が提示されたことを示す。もっとも、論点 I・II が互いに独立した論点ではないことについて後に触れる。買主は如何なる質問をしたのか。

(2) 論点 I について (*an retractari [...] deprehenderetur*)。論点 I は、従来、妻 (指定相続人) が信託遺贈目的物である相続財産中の個別財産 (農場) を第三者に売却した場合に、その売りは信託遺贈受遺者によって効力を奪われうるのか、という信託遺贈の効力に関わる大論点が提示されたものと考えられてきた⁴⁶。しかし、慎重な検討を要する。

retractare は「(遺言や贈与を) 撤回する」を基本的な意味とする⁴⁷。それ故、売買の当事者でない信託遺贈受遺者によって、*retractari [...] uenditio* (売買がその効力を奪われる) とは非常に奇妙な言い回しである⁴⁸。なるほど、これがスカエウォラによる問題提起であれ

⁴⁶ Klingmüller, a.a.O. (n. 6), S. 217; Impallomeni, op. cit. (n. 6), pp. 15-16; Johnston, op. cit. (n. 7), p. 264.

⁴⁷ Berger, op. cit. (n. 7), p. 683, s.v. *Retractare* [*retractatio*]; R. Leonhard, *Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Bd. 1A-1, Stuttgart 1914, S. 695-696 s.v. *Retractare*.

⁴⁸ *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Tom. 5, Fasc. 1, Berolini 1939, p. 199 s.v. *retracto* には、*uenditio retractari* の用例として下記の法文が指示されているが、*uenditio non retractari* の用例であるといえよう。

D. 24,1,7,6 (Ulp. 31 ad Sab.): *Si uxor a marito suo praedia, quae ob dotem pignori acceperat, emerit eaque emptio donationis causa facta dicatur, nullius esse momenti, pignoris tamen obligationem durare imperator noster cum patre*

ば上記大論点の提示ともいえよう。しかし、スカエウォラ自身が買主による論点提示であることに注意を促していることからすると (emptor quaerit)、論点Iは、法知識をもたない買主による素朴で大胆な疑問と解することができるように思われる。

post mortem mulieris は、retractari [...] uenditio possit にかかるのであって、emptor quaerit にかかるのではない⁴⁹。買主の質問であることをあわせて考慮すれば、買主の質問の時点では妻が存命であると考えるのが自然である。妻がすでに死亡しているならば、買主の質問として post mortem mulieris の文言は必ずしも必要ではないように思われる。それ故、【3】は買主がスカエウォラに法律相談を持ちかけたケースであると解される。

suo rescripsit, cuius rescripti uerba ideo rettuli, ut appareat uenditionem inter uirum et uxorem bona fide gestam non retractari. [...]

学説彙纂第 24 巻第 1 章第 7 法文第 6 項 (ウルピアーヌス『サビーヌス注解』第 31 巻) 妻が自分の夫から、嫁資〔返還〕のために質として受領していた農場を買い、この買いが贈与を原因としてなされたものと主張されたときは、〔この買いは〕無効である。それにもかかわらず、われわれの皇帝〔カラカッラ帝〕はその父帝〔セプティミウス・セウェールス帝〕と共同して、質の法律関係が存続する勅答した。私が彼らの勅答の文言を報告するのは、夫と妻の間で善意にてなされた買いは効力を奪われないことが明白だからである。……

⁴⁹ 学説は古くから、妻の死亡後に買主が質問したと解してきた。『標準注釈 (1627 年版)』の CASVS (ウィウィアーヌス) (Studio et opera Ioannis Fehi, Corpus iuris civilis Iustinianei, Tom. 2: Infortiatum, Lugduni 1627 (Nachdruck: Osnabrück 1965), col. 1018) の他、Salkowski, a.a.O. (n. 6), S. 385 参照。

同様に、ab his, quibus [...] deprehenderetur という言い回しにも注意を要する。これは小書附に書かれた相続財産信託遺贈受遺者を指し、質問後半部分では fideicommissariis と言い換えられる。しかし、deprehenderetur（接続法未完了過去）は文法的に非事実を示すものと解され⁵⁰、相続財産信託遺贈を受けた者は質問の時点ではまだ財産を取得していないことになる。これが端的に ab fideicommissariis と表現しなかった所以であろう。

買主の質問時点で妻が存命であるとすれば、遅くともこの時点までに、買主及び売主（妻）は開封前小書附の内容を知っていたことになる。小書附の内容が開封前に知られていることは決して稀な事態ではない（上記 3(2)末尾参照）。もっとも、妻と買主の双方が農場売買の時点で小書附の内容を知っていたかどうかは不明である。

(3) 論点IIについて (an uero [...] debeatur)。論点IIでは、論点Iが認められないことを前提として、信託遺贈受遺者が信託遺贈の履行として quantitas pretii の支払いを受けた場合の法律関係が問われている。信託遺贈受遺者が目的物の引渡しを得られないときに、信託遺贈義務者（の相続人）に対し pretium の支払いを求める例は【5】にもみられる⁵¹。信託遺贈受遺者に金銭賠償を得させるという趣旨は同一であろう。

金銭支払いの債務を負うのが妻（指定相続人）の相続人とされて

⁵⁰ 松平千秋＝国原吉之助『新ラテン文法』（東洋出版、1992 年）200 頁参照。

⁵¹ 【5】D. 36,1,26(25),2 (Iul. 39 dig.)に関する釈義（注 30）参照。また、下記【6】D. 30,92 pr. (Iul. 39 dig.)（後注 57）においても信託遺贈目的物の pretium が問題とされる。

いるのは、信託遺贈の権利発生日（*dies cedens*）が妻の死亡時であるとすれば⁵²、妻に発生した信託遺贈義務が妻の死亡により妻の相続人に移転するからである。

問題は支払われる金銭の額である。*quantitas pretii* という表現はめずらしい⁵³。*pretium* は売買代金の意味の他、（その物の）価値・値打ちという意味も有する⁵⁴。従前、*quantitas pretii* は妻の買主への農場売買代金と解され、法文末尾の *pretium* と区別されていなかった⁵⁵。筆者は、*quantitas pretii*（価値相当額）と *pretium*（売買代金）の積極的な区別を試みたい。小プリーニウスが伝えるように、農場の価値は収益と連動するので⁵⁶、農場売買の代金にはある程度の相

⁵² 前注 29 参照。

⁵³ M. Meinhart (ed.), *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Tom. 4-1, Fasc. 3/4, Berlin/New York, 1985, p. 1124 s.v. *pretium*. 用例として D. 21,2,14 (Ulp. 18 ad ed.)がある。

⁵⁴ Georges/Georges, a.a.O. (n. 37), 2. Bd., S. 1916 s.v. *pretium*; OLD, op. cit. (n. 37), pp. 1454-1455 s.v. *pretium*.

⁵⁵ *quantitas pretii* / *pretium* の各国語訳は次のとおりである。le prix que la femme a retiré de la vente de ce fonds / le prix（旧仏訳）、den Betrag des Kaufschillings / den Kaufschilling（旧独訳）、the sum paid / the price of the farm（英訳）、den Betrag des Kaufpreises / den Kaufpreis（新独訳）、l'amountare del prezzo / il prezzo（新伊訳）、le montant du prix / son prix（新仏訳）。*pretium* に対応する語（prix; Kaufschilling (-preis) ; price; prezzo）の理解次第ではあるものの、いずれも *quantitas pretii* と *pretium* の積極的な区別を試みるものではないと思われる。

⁵⁶ Plin. ep. 6,3,1: C. PLINIUS VERO SVO S. Gratias ago, quod agellum quem nutrici meae donaveram colendum suscepisti. erat, cum donarem, centum milium nummum; postea decrescente reditu etiam pretium minuit, quod nunc te curante reparabit. [...]

場があると考えられる。それ故、農場売買の買主が相場よりも高価又は廉価にて売却を受ける例が現実には生じうことは認めてよいであろう⁵⁷。われわれはさしあたり、【3】において農場売買が相場

プリーニウス『書簡集』第 6 巻第 3 節第 1 項 ガーイウス・プリーニウスがウェールズに宛てて。私が私の乳母のために贈与した農地の耕作を、あなたが引き受けてくれたことに感謝を申し上げます。〔その農地は〕私が贈与した時は 10 万セステルティウスでした。その後、収益が減り、価格も下がりました。しかし今やあなたが〔この農地を〕管理しているので回復するでしょう。……

小プリーニウス『書簡集』にみられる農場経営を検討したものとして、さしあたり村川堅太郎『羅馬大土地所有制』（日本評論社、1949 年）（同『村川堅太郎古代史論集Ⅲ古典古代の社会と経済』（岩波書店、1987 年）181-313 頁所収）参照。

⁵⁷ 【6】D. 30,92 pr. (Iul. 39 dig.)は適正額による農地売却が特に意識された例である。この法文では代金と価値相当額が一致しているので単に pretium と表現すれば足りることになる。

【6】D. 30,92 pr. (Iul. 39 dig.): Si fundum per fideicommissum relictum unus ex heredibus, excusso pretio secundum redditum eius fundi, mercatus sit propter aes alienum hereditarium praesente et adsignante eo, cui fideicommissum debebatur, placet non fundum, sed pretium eius restitui deberi. Marcellus notat: si fundum restituere malit heres, audiendum existimo.

学説彙纂第 30 巻第 92 法文序項（ユーリアーヌス『法学大全』第 39 巻） 相続人の 1 人が、信託遺贈によって遺された農場を買った。代金は（pretio）その農場の収益に従って吟味された。相続債務〔の弁済〕が目的とされており、信託遺贈受遺者が立ち会って封印した（praesente [...] debebatur）。この場合、〔信託遺贈受遺者には、〕農場ではなく、その代金（pretium）が引き渡されなければならないものと解する。マル

とは異なる額で行われたこと、及び、相場の金額が *quantitas pretii* (価値相当額)、実際の代金が *pretium* と呼ばれ区別されていると仮定して読み進め、最後まで上手く説明できるかどうかを確認することとしたい。

上記の区別をスカエウォラの解答を理解する上で維持しうるとすれば、次の2つの問題が生ずるものと思われる。

第1に、*quantitas pretii* と *pretium* を区別するとすれば、論点IIでは、妻の相続人が信託遺贈受遺者に対し *quantitas pretii* の支払義務を負うのか否か、が問われているのではなく、*quantitas pretii* の支払義務を負うのか、*pretium* の支払いで足りるのか、が問われていることになる。詳しくは下記5で検討する。

第2に、*quantitas pretii* と *pretium* の区別は、妻（指定相続人）の農場売却の動機の解釈にも影響を及ぼす（上記3(3)参照）。*quantitas pretii* と *pretium* の間には差額が生じる。それ故、妻が当該農場を収益性に乏しいと考えた結果、買主が格安で買ったと解するのが自然な理解となる⁵⁸。買主は格安で買った割に十分な収益をあげており、

ケッルスが注釈する。相続人が農場の引渡しを欲するときは、私は聞き入れられるべきものと判断する（*audiendum existimo*）。

⁵⁸ 【3】の遺言技術は、指定相続人（妻）と相続財産信託遺贈受遺者の間に、類型的にみて葛藤が生じやすい関係（遺言者の正妻と隠し子の関係など）であったことを推測させる（上記III(2)参照）。しかし、両者の間に実際に葛藤があった——例えば、妻は相続財産信託遺贈受遺者への害意をもって農場を売却した——と想定することが、法文全体の理解のために必要不可欠というわけではあるまい。むしろ、*quantitas pretii* と *pretium* の区別を重視するならば、本文のように、農場を手放

自分でもある程度の投資をした農場を何としても手放したくないので、スカエウォラに相談したというわけである。

(4) 上記(1)～(3)のまとめ 妻の農場売却の動機は、*quantitas pretii* と *pretium* を区別する立場からすると、妻が当該農場の収益を見損ねて買主に格安で売却したと解するのが自然である。買主は格安で入手し順調に収益を上げる当該農場を手放すのを恐れて、スカエウォラに法律関係を質問した。【3】の論点提示部分が、買主からの質問として構成される点 (*emptor quaerit*) が決定的に重要である。

買主の質問の時点では、妻(指定相続人)は存命である。したがって、【3】は買主のスカエウォラに対する法律相談の記録である。買主は、妻が存命であるにもかかわらず、農場が相続財産信託遺贈の目的物であったことを知っている。しかし、農場売買の当時、妻と買主が、当該農場が相続財産信託遺贈の目的物であると知っていたのかどうかは、法文上明らかではない。

論点Iは、相続財産信託遺贈受遺者との関係で、買主が農場を手放すという事態が生じうる (*retractari haec uenditio possit*) のかどうか、である。論点Iは法知識に乏しい買主からの素朴かつ大胆な質問であると解する。法学素人の質問が、法学者の専門的な議論——論点I・IIへの整理は法学の素養ある者の発想である——の中で切り捨てられず、今日に伝えられたとみる。

論点IIは、論点Iが認められないことを前提として、妻(指定相続人)の相続人が相続財産信託遺贈受遺者に対し、農場の *quantitas pretii* (価値相当額) の支払義務を負うということにとどまるのかどう

すことを極力避けたいという買主の意図を読み込む方が自然であると思われる。

か、である。買主は農場を格安で買ったので、妻の相続人が *pretium* の支払いだけで信託遺贈義務を免れるとは想定していない。*quantitas pretii* と *pretium* の区別の問題は下記 5 で検討する。

以上のような買主の質問に対して、スカエウォラはどのように解答したのか。

5 解答 (*respondi [...] debere*) について

(1) 従前の学説は、*quantitas pretii* と *pretium* を区別していなかった(上記 4(3))。この考え方によれば、スカエウォラの解答は、農場を買主のもとにとどめるには (*ut fundus [...] remaneat*)、妻の相続人が信託遺贈受遺者に対し、買主から得た農場の *pretium* (売買代金) を支払わなければならない、その理由は、妻も買主も知らなかったことは正当だからである (*propter [...] emptoris*) と理解すべきことになる。*propter [...] emptoris* は論点Iと論点IIの分水嶺と捉えられる。これによれば、妻及び買主が悪意のときは、相続財産信託遺贈受遺者との関係で、買主が農場の占有を失うと解すべきこととなる。それ故にこそ、【3】において、買主の悪意を要件として、信託遺贈受遺者の *missio in rem* を認める【1】(Paul. Sent. 4,15)との関連性が議論されてきたのであった。

(2) しかし、*quantitas pretii* (価値相当額) と *pretium* (代金) を区別するという上記 4(3)の仮定に従うならば、異なる解釈の余地がある。スカエウォラは、農場を買主のもとにとどめるには (*ut fundus [...] remaneat*)、妻の相続人が信託遺贈受遺者に対し、農場の *quantitas pretii* (代金相当額) ではなく、買主から得た *pretium* (売買代金) を支払えば足りる、と解答したと考えることが可能となる。それ故、*propter [...] emptoris* は、妻の相続人が相続財産信託遺贈受遺者に対

し支払義務を負う金額の問題（論点Ⅱ）に関する理由付けと読むべきであり、論点Ⅰには関わりがないことになる。

遺言開封時に内容が周知される通常の信託遺贈がなされ、遺言者の死後、指定相続人（信託遺贈義務者）がその履行前に目的物（農場）を第三者に廉価にて売却した場合において、信託遺贈受遺者が目的物の引渡しを受けられないときは、信託遺贈受遺者は、仮に指定相続人から廉価売買の代金額の支払いを受けたとして到底満足することができず、最低限、目的物の価値相当額の支払いを求めるであろう。これに対して、【3】では、スカエウォラは、妻の相続人は、妻及び買主の善意を要件として（*propter [...] emptoris*）、いわば現存利益として、論点Ⅱについて廉価の売買代金（*pretium*）を支払えば足りると判断したと考えることができる。

以上のように解すれば、スカエウォラは論点Ⅰについて確定的な言及を避けたことになる⁵⁹。よって、【3】 D. 31.89.7 (Scaev. 4 resp.)

⁵⁹ 【3】の釈義を踏まえれば、【7】 D. 32,38 pr. (Scaev. 19 dig.)の後半部分について次のように解することができる。拙稿（前掲注 4）203-207 頁の説明を補正する。

【7】 D. 32,38 pr. (Scaev. 19 dig.): Pater filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conseruari liberis ex iustis nuptiis et ceteris cognatis fideicommisserat: filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore nummis noui creditoris, a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecaeue nomine transtulit: quaesitum est, an pignus recte contractum esset. respondit secundum ea quae proponerentur recte contractum. idem quaesiit, cum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emptores, qui fideicommissum* ignorauerunt, bene emerint. respondi secundum ea quae proponerentur recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsoluisset.

* non *ins.* (Cuiacius) (Mommsen)

学説彙纂第 32 卷第 38 法文序項(スカエウォラ『法学大全』第 19 卷)父親が、相続人である息子が農場を譲渡し又は質入れすることを禁止して、その農場が正当な婚姻から出たその他の血族に維持されることを、〔息子の〕信義に委ねた。息子は、父親が質入れをしたまま遺した農場を、相続債権者が新債権者の金銭で満足を得てから、前者〔＝相続債権者〕から後者の債権者〔＝新債権者〕へと、質又は抵当のために移転した。質が正当に設定されたのかどうかが問われた。〔スカエウォラは、〕提出された諸事情によれば、正当に設定されたと解答した。同じことが問われたのは、息子が相続財産中の農場を、相続債権者たちを満足させるために譲渡した場合に、信託遺贈を知らなかった買主たちが有効に買ったのかどうかである。私は、提出された諸事情によれば、相続財産中にそこから債務を支払う他の物がないときは、売買は正当に締結されたと解答した。

〔釈義〕(a) 家族信託遺贈 (*fideicommissum quod familiae relinquitur*) に関する重要法文である。前半部分 (*Pater filium [...] recte contractum*) については拙稿 (前掲注 4) 203-207 頁参照。

(b) 法文後半部分 (*idem quaesivit [...] exsoluisset*) の事案は、息子(指定相続人)が相続債権者への弁済資金を得る目的で、相続財産中の農場を売却したのだが、その農場は、家族信託遺贈の目的物とされ、譲渡禁止の定めの対象となっていた、というものである。買主が家族信託遺贈の目的物であったことについて善意であったことが (*emptores, qui fideicommissum ignorauerunt*)、農場売却の効力に影響するのかが問題となった。

(c) 買主の主観的態様が問題とされたので、【3】と【7】の関連が論じられてきた (Klingmüller, a.a.O. (n. 6), S. 216-217; Johnston, op. cit. (n. 7), pp. 262-268)。しかし【3】においてスカエウォラは信託遺贈目的物

は、信託遺贈に基づく *missio in rem*、信託遺贈の第三者に対する効力の根拠にはなりえない。

(3) 最後に、上記(2)の理解が正当であるとしても、買主の質問の時点で、(a) 妻が存命であること、(b) 買主も小書附の内容を知っていること、及び、(c) 妻及び買主は農場売買当時にも小書附の内容を知っていた可能性があることと、スカエウォラの理由付け *propter [...] emptoris* の間には大きなギャップがある。どのように考えればよいか。

この手掛かりもやはり、論点I・IIが買主の質問である点に求められる。スカエウォラは、【3】の特殊な遺言技術のみならずその問題点も知り尽くしている上に、買主からの事実関係の説明により、上記(a)・(b)の各事情は察知していたであろう。しかし、買主はスカエウォラに対し肝心の上記(c)については明確には説明しなかったのではないだろうか。そこでスカエウォラは、「妻も買主も本当に知

の売却の効力については確定的な言及はしていない。買主の主観的態様は、信託遺贈義務者（妻の相続人）が信託遺贈受遺者に対して支払う金額が、*quantitas pretii*（価値相当額）か *pretium*（代金）かを判断するための要素にすぎないので、【3】と【7】を関連づけることはできない。【7】においてスカエウォラの判断に影響を与えたのは買主の主観的態様ではなく、相続債務弁済資金準備という売買の目的の方ではないか。この視点は信託遺贈目的物質入事案である法文前半部分（*Pater filium [...] recte contractum*）からの流れとも合致する。また、相続債務は相続財産から支払うのを基本とするという考え方が根底にある可能性がある。信託遺贈目的物譲渡禁止の定めとの効力との関連は今後の検討課題である。

らないというのなら (propter [...] emptoris)、農場を買主のもとにとどめておくには、妻の相続人は信託遺贈受遺者に売買代金 (pretium) を支払っておけばよいのですよ」と解答した。propter [...] emptoris には「でも、本当は知っていたのでしょうか?」という一種の反語的表現を含むものと考え、いっそうわかりやすくなる⁶⁰。妻の存命の故に事件がまだ具体化していない上に、事実関係に不明確な点が残っているので、スカエウォラは、論点Iをほぼ黙殺しつつ、論点IIの平面において相談者 (買主) の耳に心地よい解答をすることにより、相談者を上手くあしらったのである。

III 若干の検討

これまでの検討を踏まえて若干の考察を行う。あわせて今後の見通しを示しておきたい。

(1) 上記IIで検討したように、筆者は、【3】D. 31.89.7 (Scaev. 4 resp.) が古典期における信託遺贈に基づく *missio in rem*、信託遺贈の第三者に対する効力の根拠とはなりえないものとする。これが正当であるとすれば、従前の *missio in rem* 論は重要な根拠史料の 1 つを

⁶⁰ スカエウォラの見立てどおりであるとすれば、妻の死亡後、相続財産信託遺贈受遺者が妻の相続人に対して請求する *quantitas pretii* (価値相当額) の算定基準時が問題となる。妻の農場廉価売却の時点ですでに *quantitas pretii* と実際の *pretium* (代金) の間に差額が生じているが、その後の買主の適切な農場経営 (投資を伴うであろう) によって、農場の価値は売却時よりも上昇したと想定されるからである。相続財産信託遺贈が具体化する時点 (権利発生日)、すなわち妻の死亡時又は小書附開封時 (前注 29 参照) が重要な基準になるものと思われる。

失ったといわざるをえない。

(2) とはいえ、古典期には信託遺贈に基づく *missio in rem* は行われていなかったとまではいえない。別の根拠史料がみつかったならば、*missio in rem* を認めるとともに、信託遺贈の効力が第三者に及ぶと考えて何らさし支えない。もっとも、信託遺贈義務者（多くの場合指定相続人）が信託遺贈目的物を第三者に譲渡又は質入れする例の多くは家族信託遺贈（*fideicommissum quod familiae relinquitur*）によるものである。この場合、信託遺贈の効力と譲渡禁止の定め効力が競合するので、両者の切り分けに留意しつつ個別法文の検討を進める必要がある。

(3) むしろ反省を要するのは、信託遺贈に基づく *missio in rem* と対物的（物権的）効力を関連づけようとする議論の枠組みである。というのも、上記IIで示唆したように、*missio in rem* が目的物の最終的な帰属先を争う本権訴訟の被告を定める前提問題であるならば、信託遺贈受遺者が目的物の占有付与を受けつつ、第三者（買主）が後続の本権訴訟で勝訴することもありうるからである。本権訴訟では、占有付与を受けた信託遺贈受遺者（被告）が有利な立場にあるとはいえ、だからといって信託遺贈の対物的（物権的）効力を観念することはできないであろう。したがって、古典期における信託遺贈に基づく *missio in rem* と *Jus ad rem* と結び付ける考え方も検証を要するものと思われる。

(4) アウグストゥス以来の信託遺贈の法を通時的に眺めれば、ユ帝法に至るまで、常に変動し展開しているとの印象を強くする。各法文はその時々のスナップショットである。とりわけユ帝の勅法に

現れた信託遺贈に基づく遺言の効力の検討は重要な課題である⁶¹。

【2】C. 6,43,1 pr.-1 Imp. Iust. [a. 529]によれば、ユ帝は 529 年の勅法により *missio in rem* を廃止し、それに代えて *actio in rem* を付与した（上記 I2 参照）。ところが、Nov. 39 praef. [a. 536]において、ユ帝は 536 年の勅法により、【2】で廃止されたはずの *missio in rem* に言及し、しかも相続人の無資力（ἐξ ἀπορίας）をその要件としている⁶²。*missio in rem* は、信託遺贈義務者が目的物の *pretium* の支払能力がないときに、信託遺贈受遺者に対して与えられた特別の救済手段であったのかもしれない。仮にそうであるとすると、これと類似の事情が古典期の法でも妥当するのかどうか、法文に現れた法学者の判断において考慮された要素を慎重に検討する視点となるものと思われる。

なお、ユ帝法における *actio in rem* が、古典期法のそれと同一であるかどうかを検証を要する。【2】を読む限り、信託遺贈に基づく *actio personalis*、*actio in rem* 及び *missio in rem* が混在し、あまりに振幅が大きいに思われるからである。

(5) 同様に振幅を示すのが、信託遺贈について *vindicare* の文言を使用した学説彙纂法文である⁶³。信託遺贈の法が常に展開し続けて

⁶¹ Impallomeni, op. cit. (n. 6), pp. 4-8, 96-101. 古くは Marezoll, Zu der Lehre von den Vermächtnissen, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, 9 (1836) S. 247-310 がある。

⁶² この点は早くも旧独訳 7 卷 252 頁注 5 が指摘し、Impallomeni, op. cit. (n. 6), pp. 8; Babusiaux, a.a.O. (n. 1), S. 160 も注目する。

⁶³ とともにスカエウォラ名義の下記【8】D. 31,88,6 (Scaev. 3 resp.)及び D. 34,4,30,1 (Scaev. 20 dig.)が指摘される (Impallomeni, op. cit. (n. 6), pp. 79-

いるのであれば、対人的（債権的）／対物的（物権的）という枠組みに囚われず、法文に向き合う姿勢が求められる。

IV 小 括

1 D. 31.89.7 (Scaev. 4 resp.) (【3】) は、従前、信託遺贈の目的物が指定相続人(信託遺贈義務者)によって第三者に譲渡された場合に、信託遺贈受遺者が政務官により目的物の占有の付与 (missio in rem) を受けられる可能性を示した法文であると理解されてきた。われわれはこの法文について立ち入った釈義を行った。その結果は次のようにまとめることができる。

82; Kaser, a.a.O. (n. 6), S. 190 n. 67)。ここでは【8】のみを訳出しておく。

【8】 D. 31,88,6 (Scaev. 3 resp.): Lucius Titius testamento ita cauit: ‘praediolum meum dari uolo libertis libertabusque meis et quos hoc testamento manumisi et Seiae alumnae meae, ita ne de nomine familiae meae exeat, donec ad unum proprietas perueniat’. quaero, an Seia in communione cum libertis habeat portionem an uero sibi partem dimidiam eius praedioli uindicare possit. respondi perspicuam esse testantis uoluntatem omnes ad uiriles partes uocantis.

学説彙纂第 31 巻第 88 法文第 6 項(スカエウオラ『解答録』第 3 巻)ルーキウス・ティティウスが遺言において次のように定める。「私は、私の小地所が、私の男性被解放者、私の女性被解放者、この遺言によって解放された者及び私の養い子 (alumna) セイアのために与えられること、〔小地所の〕所有者が 1 人だけになるまで、私の家族 (familia) の名前から出て行くことのないようにすること」。私は、セイアが被解放者たちと共同で持分を有するのかどうか、それとも、〔セイアが〕その地所の半分の持分を自らに取り戻す (uindicare) ことができるのかどうかを問う。私は、全員が頭分だという遺言者の意思は明確であると解答した。

(1) 【3】の事案は、夫が妻を単独相続人に指定するという稀な関係を前提として、相続財産信託遺贈を定めた小書附を妻の死亡後に開封させるという凝ったものである。このような遺言技術はおそらくは遺言実務家の活発な活動の中で確立したもので、ローマ人の一定のニーズに適ったものであっただろう。

(2) 【3】には、上記(1)の他、妻の農場売却の動機、質問者（買主）の明示、質問の時期（妻の存命中）、農場の代金と価値相当額の区別、妻と買主の主観的態様とそのことが判断に及ぼす影響など、多数の仕掛けが施されており、慎重な検討が要求される。

(3) 筆者は、【3】は、買主が、妻（指定相続人）の存命中にもかかわらず、法律問題が顕在化する前にスカエウォラに法律相談を持ちかけたが、スカエウォラがこれを一蹴した法文と解する。スカエウォラは買主が農場を手放さなければならないのかどうか（論点I）について確定的な言及はしていない。したがって、【3】は古典期における信託遺贈に基づく *missio in rem* の根拠史料とはなりえない。

(4) 上記(3)の理解にもかかわらず、古典期における信託遺贈における *missio in rem* が完全に否定されたというわけではない。むしろ目的物の占有付与の問題と目的物の最終的な帰属先を決定する本権訴訟を明確に区別することなく、*missio in rem* に依拠して信託遺贈の対物的（物権的）効力、ひいては *Jus ad rem* を語ってきたことには検証を要するであろう。

2 今後の課題をいくつか設定しておこう。

(1) 【3】が信託遺贈に基づく *missio in rem* を根拠とならないにせよ、他の関連法文（家族信託遺贈に関するものが多い）も同様であるとは限らない。信託遺贈の効力と家族信託遺贈に付された目的物

譲渡禁止の定め効力との切り分けに注意しつつ、個別法文の検討を進めることを要する。

(2) アウグストゥス以来の信託遺贈の法は、ユ帝法に至るまで常に展開の過程にあった。特にユ帝の勅法は重要な展開であり検討に値するものと思われる。ユ帝法の理解が古典期法の理解のヒントとなるとともに、現代各国民法上の遺贈の効力への展開を理解する入口にもなることが期待される。

(3) 【3】は一片の短い法文ではあるが、豊富な情報量をもっている。読み手の一瞬の油断も許さないスカエウォラ法文の厳しさとおもしろさの一端を、本稿により示すことができたとすれば幸いである。再検討の余地があるスカエウォラ法文はまだ多数あるものと思われ、今後も地道な積義に取り組まなければならない。

3 信託遺贈の効力の全体像に理解が及ばない状態で積義を行ったため、本稿は文字どおりの習作といわなければならない。読者諸賢のご批判を請うとともに、将来の補正を期したい。

(2021 年 1 月 31 日)