

古典期ローマ法における遺言による讓渡禁止

——家族信託遺贈の考察に向けて

篠
森
大
輔

目次

- 一 はじめに
- 二 遺言による讓渡禁止と家族信託遺贈——問題の所在
- 三 学説彙纂三〇・一一四・一四（マルキアーヌス『法学提要』八卷）
- 四 小括——今後の課題

一 はじめに

一 古典期ローマ法上、物の所有権が制限される例は数多く知られている。⁽¹⁾ そのうち、私法上の所有権譲渡の禁止が遺言によって行われることがある。⁽²⁾ 本稿は、遺言による譲渡禁止に焦点を定め、学説彙纂 *Digesta* 二〇・一一四・一四（マルキアーヌス『法学提要』八巻）（後出 [69]）の釈義を行おうとするものである。同法文は遺言による譲渡禁止の許容性やその効力を論じており、この問題を考察する上で要となる史料を提供する。しかし、その理解は必ずしも一致したのではなく、再検討の余地があるように思われる。

この作業は、古典期ローマ法における「家族のために遺される信託遺贈 *fideicommissum quod familiae relinquitur*」⁽³⁾（以下「家族信託遺贈」と呼ぶ。⁽⁴⁾）の考察の一部をなす。というのも、家族信託遺贈には、一方で、信託遺贈義務者（遺言者の指定相続人であることが多い。）に対し、信託遺贈目的物（農場 *fundus* など）の譲渡を禁止する旨の定めが組み込まれており、他方で、遺言による譲渡禁止に関する学説彙纂法文の大半は、家族信託遺贈関連法文でもあるからである。このように、遺言による譲渡禁止は家族信託遺贈と表裏一体をなすとともに、家族信託遺贈の際だった特徴ともなっている。

筆者にとって家族信託遺贈は極めて興味深い。何故なら、この制度が、被相続人が遺言を通じて、次世代のみならずその後の世代にわたり、自らの財産の承継人の決定等に影響を及ぼす可能性を有するからである。かような種類の法技術は古典期ローマ法に特有のものではなく、ローマ相続法の基本的な仕組み（包括承継主義や遺言制度など）を継受した法秩序においては、様々な時代状況を背景として屢々出現するものようである。例えば、近世ヨーロッパでは、古典期からユースターニアヌス帝法期に蓄積された家族信託遺贈関連法文を素材として、いわゆる家族世

襲財産 Familienfideicommiss 制度⁽⁶⁾が展開し、特に三十年戦争以後、下級貴族の間で盛んに利用されたようである。⁽⁷⁾また、現行法においても、ドイツでは後位相続 Nacherbbschaft 制度（ドイツ民法典二一〇〇条以下）が頻繁に利用されている。また、フランスでは二〇〇六年の民法改正の際に段階的恵与 Liberalites graduelles（フランス民法典一〇四八条以下）が認められ、継伝処分 substitution fideicommissaire が事実上承認されるに至った。⁽⁸⁾さらに、わが国でも、近時、後継ぎ遺贈の民法上の可否が激しく議論されるとともに、信託法において後継ぎ遺贈型受益者連続信託⁽⁹⁾（九一条）が認められるなど、大きな動きがある。

このように、被相続人が遺言を通じて自らの財産の運命を、その死後もコントロールし続けることを認める傾向は、世界的潮流ともなっているように思われる。この傾向は、被相続人の死後、その財産を——例えば、後継ぎ遺贈であれば、遺された者の生活保障や家業維持等のために——⁽¹⁾適切に分配することを可能にするものとして、被相続人のニーズに応えるものでもあるだろう（法実務家や金融機関にとってはビジネス・チャンスでもある）。しかしながら、被相続人の遺言処分の可能性を右のような方向で拡げられることは、その財産の承継人（相続人や受遺者）の権利を制限することにもなるので、慎重な検討が必要となると思われる。

古典期ローマ法における家族信託遺贈（やその背景にある substitutio fideicommissaria〔後出〕）は、前々段に掲げた諸制度の沿革として言及されることが少なくない。しかしながら、その具体的な姿の検討は、十分に行われてきたとは言いがたく、⁽¹²⁾本稿にも若干の意味は認められよう。とはいえ、この小稿で正面から右の検討を行うことはできない。そこで、今後の考察の手がかりをつかむために、右マルキアーヌス法文を中心に、いくつかの重要法文の釈義を行うこととした。その際、当然のことながら、家族信託遺贈は、古典期ローマ法特有の事情の下で生じてきたものであることは、肝に銘じておきたい。

二 本稿の構成は次のとおりとなる。まず、家族信託遺贈の典型例を示したとみられる諸法文を紹介しつつ、問題の所在を提示する(二)。次いで、学説彙纂三〇・一一四・一四(マルキアーヌス『法学提要』八巻)の釈義を行い(三)、最後に、今後の課題を設定する(四)。

なお、本稿において、法文のテキストおよび試訳における丸数字・傍線は筆者が付したものである。また、試訳における亀甲括弧内の文言は筆者による補足である。

二 遺言による譲渡禁止と家族信託遺贈——問題の所在

一 遺言による譲渡禁止は家族信託遺贈と密接な関連をもつ。それ故、前者を論じるには後者も十分に考慮する必要がある。しかし、後者はそれ自体複雑な仕組みを有する。そこで、説明の便宜のために、まず、家族信託遺贈の代表例を紹介したい。

家族信託遺贈には、文言の系統の異なる二つの類型があることが知られている⁽¹³⁾。第一の類型は、親・子・孫または兄・弟などの家族関係を前提として、遺言者が信託遺贈義務者(≡指定相続人)に対し、農場などの特定財産の第三者への譲渡を禁止するとともに、当該特定財産を「家族の中に遺す in familia relinquere」よう求めるものである(後出【01】【06】参照)。第二の類型は、多くの場合保護者と被解放者という身分関係を前提として、遺言者が信託遺贈義務者(指定相続人または受遺者である被解放者であることが多い)に対し、農場などの特定財産を、例えば、「私(≡遺言者)の名称〔をもつ者〕から出すことを禁じる de nomine meorum exire neto」とともに、「これを出捐させるものである」⁽¹⁴⁾。

本稿では検討の対象を前者に限定する。両者間における社会的機能の相違などが指摘されており、同列に論じると

議論の混乱を招きかねないからである。後者については今後の検討課題とさせていただきたい。

二) まず検討するのは、家族信託遺贈の典型例を示したとみられる法文である。後に示すとおり、遺言による譲渡禁止関連法文の中では初期に現れたものである。

【01】 説彙纂三五・二・五四（マルケッルス『法学大全』一五卷）¹⁶

父親が息子から出た三人の孫を有しているところ、息子を相続人に指定して、^①農場を譲渡しないこと、および、^②その農場を《家族》の中に遺すことを、息子の信義に委ねた (fidei.) commissi, ne fundum alienaret et ut in familia eum relinqueret)。死亡した息子は三人の息子たち（「孫たち」）が相続人であると書いた。「孫たち」各人が、ちようどあなたかも債権者であるかのように、ファルキデイウス法の計算において何かを差し引くことができるのかどうか、が問題とされるべきである。というのも、父親（「息子」）は、彼ら（「孫たち」）のうちの誰かに優遇したものを遺す権限を有していたからである。しかし、この理由では、何人もファルキデイウスの計算において何かを差し引くものではない。何故なら、……¹⁷

家族構成は父親 A、息子 B、孫 C₁、C₂、C₃ 三人である。A が遺言を作成して、B を相続人に指定するとともに、B に対し相続財産中の農場を第三者に譲渡しないこと（傍線①）、および、その農場を《家族》の中に遺す in familia [...] relinqueret) こと（傍線②）を内容とする信託遺贈の義務を負わせた。B は C₁、C₂、C₃ を相続人に指定して死亡した。C₁、C₂ が相続人となったが、彼らが B から死亡を原因として取得した財産は相等しいものではないようである。なお、【01】と同一の家族構成のもとで行われた同一文言の信託遺贈が、後出【09】（第一五項）において勅答によって承認

されるに至る。既にマルケツルス時代に家族信託遺贈の完成形の一つが示されていたこととなり、注目される。

(二) この信託遺贈は如何なる趣旨であろうか。*litante* (讓渡) は、存命者間で行われる所有権の移転である。⁽¹⁸⁾ 傍線①は、遺言者が信託遺贈義務者(＝指定相続人)に対し、信託遺贈目的物の売却等を禁止する趣旨の文言であると解される。本稿では、かような文言を「讓渡禁止文言」、かような遺言者の遺言上の指示を「讓渡禁止の定め」とそれぞれ呼ぶことにする。讓渡禁止文言(傍線①)と次の出捐文言(傍線②)の双方が、文法的にみて、信託遺贈の内容を構成していることにも注意しておきたい。

傍線②は信託遺贈による出捐の文言である。ファミリーア *familia* は、人的関係(家族)と物的関係(家産・家財産)のいずれも意味しうるので、*in familia relinquere* は、目的物を「家財産の中にとどめておく」と理解できないわけではない。しかし、*relinquere* (遺す) には、ある者に相続人指定、遺贈、信託遺贈などによって財産等を承継させるという法学的意味もある。⁽²⁰⁾ また、【01】とほぼ同一文言の信託遺贈を取り扱う後出【06】では、ファミリーアは明らかに人的関係(家族)を指している。家族集団それ自体は権利主体にはならないので、【01】のファミリーアはその構成員を意味するものと考えなければならぬ。換言すると、ファミリーアは信託遺贈受遺者の範囲を示すものと解すべきこととなる(次段ア参照)。このような意味のファミリーアを以下、《家族》と表記する。そうすると、傍線②の出捐は、遺言者が、信託遺贈義務者に対し、(a)《家族》に属する人物の中から同受遺者を選定すること、および、(b)上記(a)で選定された同受遺者に、同義務者の死亡時にその死亡を原因として同目的物を承継させることを内容とするものと解することができる。つまり、信託遺贈義務者によって選定された同受遺者は、同義務者の相続人に対し、同目的物の引渡しを求めうることになる。

それでは、信託遺贈による傍線②の如き出捐は許されるのか。次の三つの前提問題がクリアされなければならぬ

い。⁽²¹⁾

(ア) 第一の前提問題は、不確定人 *personae incertae* のためにした信託遺贈の効力如何である。⁽²²⁾ マルケツルスと同時代の後一六一年頃成立したと推測されるガイウス『法学提要』は次の法文を伝える。

【02】ガイウス『法学提要』二・二三三⁽²⁴⁾

不確定人のために遺された遺贈は無効である。ところで、遺言者が不確定な意図によって自らの意思に付加した者は、不確定人であるとみられる。例えば、⁽²³⁾「私の相続人は、私の葬儀に最初に来た者のために、一万金を与えるべし」というように遺贈された場合である。同じ法が妥当するのは、「私の葬儀に来た者は誰であつても」、一般的にすべての者のために遺贈した場合である。「私の相続人は、私の息子に自分の娘をめあわせた者は誰であつても、その者のために一万金を与えるべし」というように遺された場合も、同一の関係にある。「遺言が書かれた後の最初の執政官に選ばれた者」というように遺された場合も、「同一の關係に」あり、不確定人のために遺贈されたようにみられる。そして、同じような類例は他に多数ある。しかし、確定的な表示がなされれば、不確定人のために正しく遺贈される。例えば、⁽²⁴⁾「私の相続人は、現在存命の私の血族のうちで (EX COGNATIS MEIS QUI NVNC SVNT)、私の葬儀に最初に来た者のために、一万金を与えるべし」。

不確定人を受遺者とする債権遺贈 *legatum per damnationem* は、その効力を認められないのを原則とする。しかし、ガイウスの時代には、確定的な集団のうちの誰かを受遺者とするときは、右の原則は妥当せず、その効力が認められていた。この理は、次の【03】が示すように、不確定人の相続人指定に妥当するとともに、⁽²⁵⁾従前かような制限

のなかった不確定人を信託遺贈受遺者とする信託遺贈にも、ハドリアヌス帝時代の元老院議決によって妥当することとなった。

【03】 ガイウス『法学提要』二・二八七⁽²⁶⁾

かつては、「遺言者は、」不確定人または家外後生子を相続人に指定することも、これらの者のために遺贈することもできなかったにもかかわらず、信託遺贈によって遺すことはできた。しかし、神皇ハドリアヌスの権威に基づいてなされた元老院議決によって、信託遺贈について、遺贈および相続について定められたのと同じことが「定められた」。

そこで、『家族』が、信託遺贈受遺者選定の範囲として確定された集団といえるかが問題となる。この点について、ガイウス『法学提要』は直接言及していない。一般にファミリア概念についてはさまざま議論があり、⁽²⁷⁾ 一義的に明確な概念ではない。しかし、【02】傍線③④の文言を比較すると、血族関係 *cognat. int.* は、「現在存命の *in. nunc sunt*」という要件によって——遅くとも遺言者死亡時であろう——時間的に限定されることで確定された集団となるのであり、このことはガイウスの時代には確定していたことになる。このことはファミリア概念が宗族関係 *adgnatio* から血族関係へと移行する一般的傾向も相俟って、右の問題に有利に働くように思われる。とはいえ、【01】(後出【06】も)の信託遺贈には、『家族』構成員を時間的に限定する文言は付されていないので、信託遺贈受遺者選定の範囲は確定されていないのではないかと、この疑問は残る。なお、【01】のタイプの家族信託遺贈が勅法によって承認された古典期最末期に属する法文には、次のものがある。

【04】学説彙纂三一・三二・六（モデスティヌス『法範』九卷²⁹）

《家族》のために遺された信託遺贈においては、名前を挙げられた者たちが、信託遺贈の請求をすることを許容される。また、彼らすべてが死亡した後は、遺言者の死亡時に死者の名前から出ていた者、および、彼らの第一親等の者から生じた者が、「信託遺贈の請求をすることを許容される」。ただし、死者が特にその意思をより後の者へと拡げていたときは、この限りでない。

この法文からは、古典期最末期においてもなお《家族》の範囲が重要問題であり続けたこと、および、その範囲の客観化が追求されていたことがわかれる。古典期最末期には、《家族》の範囲の時間的限定に関しては、そのような文言がなくとも、遺言者の死亡時が基準時と解されるようになっていたと考えるのではないか。

(イ) 第二の前提問題は、信託遺贈受遺者は、信託遺贈の権利発生日 *dies ceteris* に存命であることである³⁰。信託遺贈に条件・期限が付されている場合には、条件成就時または期限到来時が権利発生日となる³¹。出捐内容が *relinquere*（遺す）である家族信託遺贈の場合には、信託遺贈義務者の死亡時が権利発生日と考えるなければならない。したがって、右(ア)と関連づけるとすれば、家族信託遺贈における信託遺贈受遺者は、遺言者の死亡時に《家族》に含まれる者のうち、信託遺贈義務者の死亡時に存命である者であることになるであろう。

(ウ) 第三の前提問題は、信託遺贈義務者の死亡時に効力を発生する信託遺贈の可否である。この問題についてもガイウス『法学提要』が次の重要な法文を伝える。

【05】 ガーイウス『法学提要』二・二七七⁽³²⁾

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るにもかかわらず、われわれは彼に（「われわれの相続人となった者」）に対し、死亡する時に、別の者に相続財産の全部または一部を引き渡すよう、懇請することができる。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べき時に、私の相続財産がプブリウス・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、信託遺贈による引渡し義務を負っている。

問題とされたのは、遺言者甲がその指定相続人乙（信託遺贈義務者）に対し、乙の死亡後に、甲の相続財産の全部または一部を第三者丙（信託遺贈受遺者）に引き渡すよう求めるケースである。これは、甲が乙を自己の相続人を指定するとともに、乙の相続人をも指定していたケースと類似する。後者は補充相続人指定 *heredis substitutio* 制度の限界⁽³³⁾を超えるものであり認められない。そこで前者の信託遺贈と補充相続人指定制度との相剋が生ずる。しかし、ガーイウスの時代には、この信託遺贈が承認されていたようであり、後に講学上 *substitutio fideicommissaria* と呼ばれるようになる⁽³⁶⁾。

【01】の信託遺贈の目的物は特定財産（農場）であり、【05】の例とは明らかに異なる。しかし、指定相続人が自らの遺言によって他人に財産を承継させることのできる財産の範囲が、遺言者によって制限されている点では異なるところはない。一般に、*substitutio fideicommissaria* が家族信託遺贈の前提になっているといわれる所以であろう⁽³⁶⁾。本

稿では *substitutio fideicommissaria* の問題にこれ以上立ち入ることはできない。今後の課題とさせていただく。

(三) [10] の信託遺贈について若干の指摘をしておきたい。

第一点は遺言者の相続プランに関する。A の財産が順次 B、 $C_1 \setminus C_3$ へと相続を原因として承継されるのは通常の事態である。A は B が $C_1 \setminus C_3$ を相続人に指定するものと期待してよい。他方、A は農場を「《家族》の中に遺す」旨の信託遺贈を行った。《家族》として基本的に $C_1 \setminus C_3$ が想定されのが通常であり、B が家外者を相続人に指定したとしても、農場だけは $C_1 \setminus C_3$ にとどまる。A が信託遺贈受遺者を $C_1 \setminus C_3$ に確定しないのは、B の死亡までに $C_1 \setminus C_3$ が欠ける場合を想定したものと解しうる。それ故、A は B に対し農場の第三者への譲渡を禁止することによって、右のプランの実現は確実なものとなる。現実も右のプランどおりに推移し、A の死後、B は $C_1 \setminus C_3$ を相続人に指定し、B の死後、農場は B の相続財産に含まれた状態で $C_1 \setminus C_3$ に帰属した。結局、家族信託遺贈の効力が顕在化しなかったのは興味深い。というのも、この家族関係では、A が B を相続人に指定するだけで家族信託遺贈をせずとも、 $C_1 \setminus C_3$ が B の相続人として農場を含む相続財産を取得する結果になることが多いと思われるからである。家族信託遺贈の機能が問題となるが、現時点ではしばらく措かざるをえない。

第二点は家族信託遺贈義務者の地位に関する。B は、A の期待どおり、農場を第三者に譲渡せず、かつ、 $C_1 \setminus C_3$ を相続人に指定したが故に、親子孫三代の平穏な財産承継が完成した。B の役割は相続財産を A から $C_1 \setminus C_3$ へと伝えていくことであり、B は相続財産の管理に徹したといえるかもしれない。これがローマ社会において褒められたことかどうかは議論の余地があるろう。

第三点は遺産の一体性に関する。 $C_1 \setminus C_3$ 間に争いが生ずるのはやむをえない。遺言者は信託遺贈受遺者の範囲を《家族》と定めたのみなので、信託遺贈受遺者が複数出現する事態はコントロールできない。家族信託遺贈は遺産の一

体性保持のための単独相続を実現するものではないようである。

第四点は家族信託遺贈の目的物に関する。[01]では目的物は農場 *Fundus* である。これは邸宅 *domus* (後出 [08][10])、地所 (または農場) *praedium* (後出 [07][10]) と並ぶ、家族信託遺贈目的物の典型例である。いずれも一般に高額で収益力のある不動産であり、相続財産中の重要財産を構成する。目的物が包括財産 (＝相続財産) でないのは何故だろうか。不動産であれば処分禁止の定めの実効性を確保しやすいことや、全相続財産の処分禁止を認めてはあまりに相続人の地位を制限しすぎることを想定しうるが、現時点では推測にすぎない。いずれにせよ *substitutio fideicommissaria* の例 ([09]) との重要な相違である。ところで、家族信託遺贈では、遺言者の死亡から信託遺贈受遺者の目的物受領まで長期間を要する。時には数十年に及ぶであろう。その間、目的物が例えば農場の場合、信託遺贈義務者 (指定相続人) が、財産運用上、農場売却が有利と判断することもあるだろう。しかし、ここで譲渡禁止の定めが農場売却の足かせとなる。このデメリットは農場から十分な収益が得られるならば解消されようが、小ブリニウスも伝えるように、農場の資産価値は収益の増減と連動するので、農場を適切に管理して収益力を安定的に維持するには、農場主は複雑な管理業務に取り組み相当の努力を要する。⁽⁴¹⁾ さらに、信託遺贈義務者 (指定相続人) は、農場を遺言者から信託遺贈受遺者への農場承継の媒介者にすぎないので、管理業務への意欲を失うこともありえよう。家族信託遺贈の性格・機能を考える上で重要な問題と思われる。

三(一) [01] とはほぼ同一の文言による家族信託遺贈が、異なる家族関係のもとで行われた例を伝える法文がある。⁽⁴²⁾

[06] 学説彙纂三二・六九・三 (パーピニアヌス『質疑録』一九卷)⁽⁴³⁾

〔遺言者が〕相続人に指定されている兄弟に対し、⁽⁴⁴⁾ 邸宅が譲渡されないうで、⁽⁴⁵⁾ 《家族》の中に遺されることを求め

る (petit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinquereur)。相続人が「遺言者の」意思に従わないで、邸宅を譲渡し、または、家外者を相続人に指定して死亡した場合には、《家族》の中にあるすべての者が信託遺贈を求める「ことができる」。「彼らが」同一の親等ではないときは、どうなるか？ 本件は、「親等の」最も近い各人が第一順位で召喚されるものとみられると規律されなければならない。それにもかかわらず、後続の者たちの利益が先順位の人たちによって将来害されてはならない。むしろ、「親等の」最も近い各人は、自分が《家族》に邸宅が引き渡すべく担保問答契約に応じた場合に、「信託遺贈を求めることを」許容されるべきである。しかし、もし担保問答契約が、第一順位で許容された者に対して求められなかった場合には、確かに、不当利得返還訴権はそのことを理由としては発生するべきではないのだが、邸宅がいつか家外者に帰属した場合には、信託遺贈の請求が《家族》に帰属する。しかし、私は、たとえ《家族》から出た者がさらに他に誰も残っていないとしても、担保問答契約が悪意抗弁の故に正当に求められるものと考ええる。

法文に明示された家族構成は兄弟A・Bのみである。Aは遺言を作成して、Bを相続人に指定するとともに、Bに対し、相続財産中の邸宅 *domus* を第三者に譲渡しないこと（傍線⑤）、および、その邸宅が「《家族》の中に遺される in familia relinquereur」こと（傍線⑥）を内容とする信託遺贈の義務を負わせた。信託遺贈の内容は【01】の信託遺贈と異なるところはない。Aの死亡後、指定相続人Bは、(a) 邸宅を第三者Cに譲渡し、または、(b) 家外者Dを相続人に指定して、その後死亡した。Bは、右(b)において、遺言でDを相続人に指定しつつ《家族》構成員のために邸宅を遺贈するケースをのぞき、信託遺贈受遺者を選定しない。それ故、Bの死亡後に、《家族》の範囲に含まれる者が複数ある場合に、信託遺贈受遺者となるのは誰かが問題となった。

その前提として、信託遺贈義務者が誰に對しどのような主張をすることができかねばならない。右(b)の場合に、信託遺贈受遺者がは信託遺贈義務者の相続人Dに對し、信託遺贈の履行を求めうる petitio fideicommissi⁽⁴⁴⁾。このことには異論はない。問題は右(a)の場合である。一般的に信託遺贈の効力は対人的(債権的)なものと考えられている⁽⁴⁴⁾。それ故、後出【08】にみられるように、信託遺贈義務者がBの相続人に対し代金額の支払いを求めるのは認められよう。しかし、【9】では、相手方が特定されることなく邸宅の帰属が議論されている。それ故、信託遺贈受遺者が目的物譲受人を相手方として対物的(物権的)な訴訟を行うことを、パーピニアヌスが認めたと解する余地もある。もつとも、この理解によれば、【9】における fideicommissum petent および fideicommissi petitio という表現との整合性が問題となる。また、仮にパーピニアヌスが信託遺贈(または家族信託遺贈)に基づく対物的訴訟を認めたと解しようとしても、スカエウオラは後出【07】【08】において別の見解を有するようみえる。この重要な問題については議論の蓄積があるので、本稿ではそのことを確認するとどめ今後の検討に委ねることとしたい。

(二) 法文の流れを確認しておこう。信託遺贈義務者が同受遺者を選定しないで死亡した場合において、《家族》構成員が一人であるときは、その者が信託遺贈受遺者となる。このことは法文には書かれていないが、パーピニアヌスの「質疑」⁽⁴⁶⁾の出発点と考えるべきであろう。そして、《家族》構成員が複数存在するときは、原則として、「《家族》」の中にあるすべての者」が信託遺贈受遺者となる。ここでは、例えば、Aの直系卑属として幼少の孫三人E₁、E₂、E₃しかない事案を想定したい⁽⁴⁷⁾。かような事案は法文には明記されないが、Aが、E₁、E₂、E₃が成長するまでBにA家当主としての役割を担わせるとともに、B死後のA家当主をE₁、E₂のうちからBに選定させる意図をもつことは推測可能であり、その後の法文の展開とも整合するものと思われる。

それでは、各《家族》構成員間にAからの親等の相違があるときは、どうなるか。《家族》構成員がAの孫E₁、E₂、(二)

親等)、Bの子 $F_1 \sim F_3$ (三親等)の合計六人である場合を考えればよい。パーピニアヌスは、全員で信託遺贈を請求するのではなく、遺言者からの親等の最も近い者(右の例では $E_1 \sim E_3$)が第一順位で請求しうるものと解する。

このように解すれば、先順位者の存在が後順位者の利益を害することになるので、後順位者の利益保護の方法が問題となる。ここで、パーピニアヌスは担保問答契約 *cautio* を利用する。これは、条件・期限付遺贈において指定相続人 \parallel 受遺者間で遺贈保全のために行われる担保問答契約 *cautio legatorum servandorum causa* と同趣旨であろう。

その際、後順位者($F_1 \sim F_3$)が、先順位者($E_1 \sim E_3$)に対し、将来後順位者に邸宅を引き渡すべきことについて担保問答契約を締結することを求めたときは、先順位者がこれに応じることが、彼らが先順位で信託遺贈を請求するための要件となるものとする。

そうすると、後順位者($F_1 \sim F_3$)が、先順位者($E_1 \sim E_3$)に対し担保問答契約の締結を求めなかったときに、先順位者は担保問答契約を締結することなく信託遺贈を請求することができるのかどうか問題となる。これについてパーピニアヌスは、後順位者の先順位者に対する不当利得返還訴権 *condictio*⁽⁴⁸⁾ は発生しない旨説示するのだが、これはやや唐突にみえる。法文には明記されないけれども、先順位者は担保問答契約を締結することなく信託遺贈を請求しうること、および、先順位者に対し担保問答契約の締結を求めたのに、そうしなかった後順位者は、先順位者の邸宅取得後に担保問答契約を求められないことが、右の説示の前提とされるべきであろう。しかし、かような後順位者が信託遺贈受遺者としての地位までも失うわけではないので、邸宅が家外者に帰属する——先順位者が存命中に家外者に目的物を譲渡するケース、および、家外者を相続人に指定するケースが考えられる——に至ったときは、《家族》(\parallel 後順位者)が、家外者に対し信託遺贈の請求をすることは妨げられない。

最後に言及されるのは、先順位者が、後順位者が《家族》の中にあることを知りながら、後順位者からの求めがな

かったことを理由に担保問答契約を結ぶことなく信託遺贈によって邸宅を取得したケースである。この場合には、後順位者は、先順位者の目的物取得後にもかかわらず、先順位者に対し担保問答契約の締結を求めることができるものとする。そのことは、この後順位者に続く更なる後順位者がいなくても同じことである。

(三) 【06】の信託遺贈について若干の指摘をしておきたい。

第一点は遺言者の相続プランに関する。【06】は——前項で想定した事案を前提にすることが許されるならば——【01】との比較において、家族信託遺贈の機能を考える上で恰好の素材であった。A・Bが兄弟関係なので、BがAの孫 $E_1 \setminus E_3$ を相続人に指定することに、Aは十分な期待をすることはできない。Bは自らの子 $F_1 \setminus F_3$ があれば、通常は彼らを相続人に指定すると考えられるからである。仮にBが邸宅を第三者に譲渡せず、かつ、 $F_1 \setminus F_3$ を相続人に指定したとすれば、家族信託遺贈目的物(邸宅)も相続財産に含まれた状態でAの《家族》である $F_1 \setminus F_3$ に帰属するので、 $E_1 \setminus E_3$ は何も取得することができない。これはAの意に適う結果とはいえないが、家族信託遺贈の効力が顕在化していない点は【01】と同様である。したがって、【06】のように傍系親族が関係するケースでは、遺言者は家族信託遺贈を利用すべきではなかったのではないか。

第二点は多数の信託遺贈義務者を親等に従い順次取得させるという判断に関する。遺言者が「《家族》に遺す」旨、信託遺贈をしたとしても、遺言者は《家族》として具体的な人物を想定するのが通常であろう。右の想定事案で、Aの孫 $E_1 \setminus E_3$ を第一順位の取得者としたのは、遺言者の意思に合致したものともしえる。しかし、 $E_1 \setminus E_3$ はその死亡時に後順位者 $F_1 \setminus F_3$ (Bの子)に目的物を引き渡す義務を負う。仮に《家族》に $F_1 \setminus F_3$ の子 $G_1 \setminus G_9$ (Bの孫。 $F_1 \setminus F_3$ が各三人の子を有する)が含まれていたとすれば、 $F_1 \setminus F_3$ は $G_1 \setminus G_9$ に対し、 $E_1 \setminus E_3$ が $F_1 \setminus F_3$ に対して負っていた義務と同様の義務を負うであろう。これは、ともに家族信託遺贈の受遺者である先順位者と後順位者の間に、信託遺贈義務

者と同受遺者の間の法律関係を認めたのに等しい。この法律関係が《家族》が尽きるまで連鎖することになったといつてよい。このような法律関係は遺言者の想定を超えるもののように思われる。また、複雑な法律関係が長期間継続するのは決して望ましいことではあるまい。家族信託遺贈を利用する遺言者はこのことを覚悟しておくべきであるとするれば、利用をためらう者もあろう。

第三点は信託遺贈義務者の地位に関する。BはAの期待どおりに行動しなかった。しかし、その時点では経済的に合理的な行動だったかもしれない。また、後出〔07〕で検討するように、信託遺贈義務者による目的物譲渡がやむをえないケースもある。家族信託遺贈では権利発生日（信託遺贈義務者死亡時）までに長期間が経過する可能性がある以上、Bを一概に責めることはできない。

第四点は遺産の一体性に関する。信託遺贈受遺者が選定されない場合には、複数の信託遺贈受遺者が出現するとともに、目的物は必ずしも信託遺贈義務者（相続人）の相続人に帰属しないことになるので、遺産の一体性を確保するのはもはやほぼ不可能となる。

四(一) 最後に、家族信託遺贈と相続債権者の関係を確認しておきたい。

〔07〕学説彙纂三三・三八・序（スカエウオラ『法学大全』一九卷）⁽⁴⁹⁾

父親が、相続人である息子が⁽⁷⁾地所を譲渡しまたは質入れすることを禁止して、⁽⁸⁾「その地所が」正当な婚姻から出た子その他の血族に維持されることを、「息子の」信義に委ねた（*filium heredem praedia alienare seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis et ceteris cognatis fideicommisserat*）。息子は、父親が質入れをして遺した地所を、相続債権者が新債権者の金銭で満足させられてから、前者（＝相続債権者）から後者の

債権者（「新債権者」）へと、質また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問われた。（「スカエウオラは」提出された事情によれば、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地所を、相続債権者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が有効に買ったのかどうかである。私は、提出された事情によれば、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、「売買契約は」正当に締結されたと解答した。

家族構成は父親 A および息子 B である。A が遺言を作成して、B を相続人に指定するとともに、B に対し、相続財産中の地所を第三者に譲渡しまたは質入れすることを禁止して（傍線⑦）、その地所が正当な婚姻によって出生した子その他の血族に「維持される *conservari*」こと（傍線⑧）を内容とする信託遺贈の義務を負わせた。この信託遺贈も、**【01】【06】**と同様、譲渡（質入れ）禁止文言と出捐文言によって構成されている。譲渡禁止文言に質入れや抵当設定の禁止が加わる例は少なくない。⁵⁰ 出捐文言は、基本的に *in familia relinquere* と同趣旨と解して差し支えないものと思われる。⁵¹ ただし、信託遺贈義務者選定の範囲は《家族》よりやや狭いかもしくない。**【01】【06】**と異なるのは、譲渡（質入れ）禁止文言が出捐文言とは文法的に独立している点である。譲渡禁止文言が信託遺贈の出捐文言とは必ずしも関連づけられず使用される可能性も考慮されるべきである（後出 **【09】** 参照）。

(二) 法文は内容上前半・後半に分かれる。前半部分の事案はこうである。B が相続債権者 C に対し負っている相続債務の支払いのために D から資金を借り入れることとし、その際、相続債務担保のために遺言者が自ら C に質入れした質物（「信託遺贈目的物である地所」）を借入金債務のための質物として流用した上、弁済資金は B が受領せず、D から C へ直接支払われるものとした。B が単純に弁済資金を D から借り入れて C に弁済したのでは、相続債務の弁済

消滅によって地所上の質も消滅する。その後BがDに当該地所を質入れすると、質入れ禁止の定めに抵触するのは明らかである。そこで、Bは、Dに相続債務の第三者弁済をさせる形をとったものと思われる。その後Bが死亡し、信託遺贈受遺者E（おそらくAの「正当な婚姻から出た子その他の血族」に含まれるBの指定相続人）が、Dに対し地所の引渡しを求めた。争点はBの質入れ行為の正当性如何である。

スカエウオラは、「質は」正当に設定された」と解答した。Cautahereは、互いの同意によって成立した法律関係を設定することを意味するので、新債権者のために、質物の流用ではなく、新たな質の設定が認められたことになる。しかし、ここで質入れ禁止の定め効力が否定されたわけではあるまい。むしろ、スカエウオラは、法文の事実関係のもとで、すなわち、遺言者自身が存命中に信託遺贈目的物を質入れし、それによって担保される相続債務の弁済資金の借り入れを目的として相続人が質物を流用したというケースにおいて、例外的に質入れ禁止の定めに抵触しないものと判断したと解される。そうでなければ、相続債務の弁済資金調達を目的とした信託遺贈目的物譲渡のケースである後半部分においてすら、譲渡禁止の定め効力を否定したものとみられないこととバランスがとれないからである。なお【07】からは、質入れ禁止の効力の内容、相続債務弁済資金借入れ目的でない質入れをした場合の処理（特に、質権者の主観的態様は問題になるかどうか）等の諸問題は、明らかにされない。

(三)(1) 後半部分は、Bが相続債権者Cへの弁済資金を得るために、信託遺贈目的物である地所を買主Fに売却したケースである（複数の地所が複数の買主に売却されているが、便宜上そのうちの一つの売却のみを考える）。その後Bが死亡し、信託遺贈受遺者Eが、Fに対し地所の取戻しを試みた。争点は、信託遺贈を知らなかったFが、地所を有効に買ったのかどうかである。

(2) 【07】（後半部分）では、【06】とは異なり、買主の主観的態様が考慮されていることに注意を要する。この点、

通常の信託遺贈について、信託遺贈義務者が目的物を第三者に譲渡した場合の法律関係に関するスカエウオラの見解が伝わる。

【08】学説彙纂三一・八九・七（スカエウオラ『解答録』四卷）⁽³³⁾

夫が妻を全相続財産について相続人に指定し、遺言者は、その者（「妻」）の死後、小書付が開封されるよう定めた。妻は、相続財産中の地所を、自分との関係では不要なものと考えて売却した。買主は次のことを問う。妻の死後、小書付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によって、この売却の効力が否定される（retractant）ことがあるのかどうか、反対に、代金額が妻の相続人に対し、信託遺贈受遺者たちのために義務づけられるにすぎないのかどうか、と。私は、買主の不知と同様、妻の不知も理由のあることであるから、妻の相続人が代金を信託遺贈受遺者に与えなければならず、農場は買主のもとにとどまる、と解答した。

遺言者（夫）の死後、通常の信託遺贈がなされたことにつき不知の指定相続人Ⅱ信託遺贈義務者（妻）が、信託遺贈目的物である地所を第三者に売却した。争点は、妻の死後、信託遺贈受遺者は、(a)買主に対し売却の効力を否定することができるのか（その後の地所取戻しが想定されるのだが、法文上は明記されない）、それとも、(b)妻の相続人に対し代金額の支払いを求めうるにとどまるのか、である。スカエウオラは、信託遺贈の事実について信託遺贈義務者、買主がともに不知だったことを理由に、右(b)を支持した。両者のうち一方または双方が不知ではない諸場合にどのような処理がなされるかは、この法文からは不明である。しかし、この問題について、スカエウオラが当事者の主観面を考慮していることは、確認しうる。

(3) 【07】と【08】を比較すると、買主が信託遺贈の存在につき不知であるのは、共通している。しかし、少なくとも、【07】では、(i)譲渡禁止の定めが附着した家族信託遺贈であること、(ii)信託遺贈義務者が信託遺贈の事実を知っていること、および、(iii)相続債務弁済の必要に迫られた売却であることが、【08】とは相違する。【07】では、「相続財産中にそこから債務を支払う他の物がないうとき」に、例外的に譲渡の効力が認められるものと読むことができ、右(iii)が、信託遺贈受遺者Eの買主Fに対する取戻しを認めない結論を導く直接の根拠となっている。それ故、仮に【07】と【08】の相違点が右(i)・(ii)のみであれば、つまり、例えば、信託遺贈義務者による単なる売却であれば、信託遺贈受遺者による取戻しが認められる結論となりそうである。譲渡禁止の定めはこの点に見出されるかもしれない。しかし、Fは不知ではない、non ignoraveruntと読む有力な見解もあり、今後の検討課題とせざるをえない。

四(一) これまで不十分ながらも、遺言による譲渡禁止に関する学説彙纂の三文文(【01】【06】【07】)を検討した。遺言による譲渡禁止が家族信託遺贈と密接に関連づけられてなされるのは何故であろうか。仮に家族信託遺贈に譲渡禁止の定めが付加されないとすると、これが付加されている場合と比べて、如何なる違いがあるのか。逆に、譲渡禁止の定めが家族信託遺贈から切り離されて、単独で遺言に書かれるとどうであろうか。

信託遺贈は、遺贈(legatum)の方式を踏まないで行われる終意死因の出捐行為である。当初、信託遺贈は法的保護を受けられなかったが、⁵⁷⁾アウグストゥスが保護を与える道が開いて以来、これが漸次確定的なものとなっていた。⁵⁸⁾その効力は、【06】で述べたように、对人的(債権的)なものとなされ、信託遺贈の内容が農場など特定の物の引渡しの場合には、信託遺贈受遺者は同義務者に対し、信託遺贈の履行(目的物の引渡し)を求めべきこととなる。

家族信託遺贈の場合には、遺言者の死亡から権利発生日(信託遺贈義務者の死亡時)までが長期間にわたる可能性がある。それ故、遺言者が譲渡禁止の定めをおくのは、信託遺贈義務者(＝指定相続人)が、さまざまな事情に応じ

て、権利発生日以前に目的物を第三者に譲渡することへの危惧感の現れである、と一応は考えることができる。実際、**[06]** **[07]** で検討したように、信託遺贈受遺者が、同義務者から目的物を譲受けた者から目的物を取り戻すこと不可否や、信託遺贈受遺者が同義務者に対し、担保問答契約の締結を求めることの可否が問題とされてきた。

しかしながら、右の諸問題は、債権遺贈や通常の信託遺贈において条件や期限が付されている場合において、一般的に問題となりうる。これらの場合にも目的物譲渡禁止の定めは広く利用されて然るべきであり、家族信託遺贈に限定されるべき必然性はないように思われる。ところが、学説彙纂に採録された遺言による譲渡禁止に関する法文の大半は、家族信託遺贈に関するものである。したがって、遺言による譲渡禁止の意義は、右のような一般的な理由では説明し尽くすことはできないものと言わなければならない。

(二) 遺言による譲渡禁止に関する諸法文の出現が特定の時期に集中していることには、とりわけ注意を要する。管見の限りの法文を、おおよその成立時期に従って配列すると次のようになる(学説彙纂・勅法彙纂の法文は、その名義人である法学者名・皇帝名で一括して示した。一人の法学者名義の法文が複数存するときは学説彙纂の配列に従った)。

- I 碑文「ダスミウスの遺言[Testamentum P. Dasumii Tuscii nobilis viri] (後一〇八年成立・ローマ郊外出土)⁽⁵⁹⁾
- II ウアレナス⁽⁶⁰⁾……学説彙纂三二・九四(『信託遺贈論』二卷)
- III マルケッルス⁽⁶¹⁾……学説彙纂三五・二・五四(『法学大全一五卷』)
- IV スカエウオラ⁽⁶²⁾……学説彙纂三一・八七・二(『解答録』一四卷)、同三一・八八・六、一四、一五(『解答録』三卷)、同三一・三八・序、一、二、三、四、五、六、七(『法学大全』一九卷)、同三一・九三・序(『解答録』三

- 三卷)、同三三・一・一八・序(『法学大全』一四卷)、同三三・二・三四・一(『法学大全』一八卷)、同三五・一・一〇八(『法学大全』一九卷)、同三六・一・八〇(七八)・一三(『法学大全』二二卷)
- V パピルス文書「ガイウス・ロンギウス・カストルの遺言」[*Testamentum C. Longini Castoris*] (後一九四四年成立・エジプトのカラニス(?) 出土)⁽⁶³⁾
- VI パーピニアヌス⁽⁶⁴⁾……学説彙纂三二・六七・五(『質疑録』一九卷)、同三二・六九・一、三〇四(『質疑録』一九卷)、同三二・七七・一一、一五、一八、二七、二八(『法学大全』八卷)、同三一・七八・三(『法学大全』九卷)
- VII マルキアーンヌス⁽⁶⁵⁾……学説彙纂三〇・一一四・一四、一五〇一八(『法学提要』八卷)
- VIII モデステイーンヌス⁽⁶⁶⁾……学説彙纂三二・三四・二(『解答録』一〇卷)
- IX セウエールス・アレクサンダー帝……勅法彙纂六・四二・四(後二二三年)

右の一覧から明らかなのは、五賢帝時代末からセウエールス朝初期にかけての時代——ローマ法学史上の盛期古典期(Hochklassik)末から晩期古典期(Spätklassik)初期にかけて——の五〇〇六〇年の間に、大半の法文が提供されていることである(Ⅲ・Ⅳ・Ⅴ・Ⅵ)。とりわけ、スカエウオラとパーピニアヌスへの集中が興味深い(Ⅳ・Ⅵ)。法文の名義人を基準にすると、Ⅶ・Ⅷ・Ⅸが晩期古典期に属するが、Ⅶの諸法文はいずれもセプティミウス・セウエールスおよびカラカッタ両皇帝の勅答を伝えるので、Ⅵとほぼ同時期と考えてよい。そして、法文の集中はⅦが一応の区切りとなり、以後は単発的に出現するのみとなる。右一覧にパウルス、ウルピアーンヌス名義の法文が含まれないのは奇妙といわねばならない⁽⁶⁸⁾。したがって、右一覧は史料が時代的に偏在しているとみて差し支えなく、前項で述べ

たように、遺言による譲渡禁止は一般的な理由で片付けられない問題を含んでいるといつてよいであろう。

なお、I の碑文は譲渡禁止の定めが普及し始めた時期を考える上で極めて重要な意味を有している。しかしながら、これは遺言を転記した碑文の断片であるため、校訂作業にあたっては校訂者が大幅な補充を行わざるをえない。

I の譲渡禁止の定めとみられる箇所も多くが校訂者の補充にかかるものである。⁽⁶⁹⁾ 遺言による譲渡禁止の考察の際にどの程度 I を尊重するべきかの議論もあり、⁽⁷⁰⁾ 慎重な取り扱いが求められる。

(三) 右に述べた意味における遺言による譲渡禁止と家族信託遺贈の特殊な関係について、主な学説は次のように考えてきた。

バックランドは、⁽⁷¹⁾ 家族信託遺贈の形成に関する次の仮説を提示する。すなわち、遺言者は、当初は有効とされていた不確定人を信託遺贈受遺者とする信託遺贈等を巧みに利用して、相続財産を子世代・孫世代へと承継させていた。ハドリアーヌス帝時代の元老院議決は不確定人のための信託遺贈を無効としたので〔13〕参照、遺言者はその遺言中に、農場など信託遺贈目的物の譲渡禁止文言を挿入することにより、同じ結果を得ようと試みた。しかし、学説彙纂三〇・一一四・一四（マルキアーヌス『法学提要』八巻）（後出〔9〕）の伝える S・セウエールスおよびカラカッタ両皇帝の勅答が、譲渡禁止の定めは信託遺贈と結び付けられない限り無効と判断したので、〔1〕に現れたような家族信託遺贈が確定的なものとなった、というのである。

しかし、近時、ジョンストンが、⁽⁷²⁾ 不確定人のための信託遺贈に関する右元老院議決にもかかわらず《家族》に遺された信託遺贈は有効と扱われていること等を指摘して、バックランドの仮説に疑問を提出した。のみならず、彼は家族信託遺贈関連法文の詳細な検討を経て、右勅答で取り扱われた譲渡禁止の効力の「制限」は、通常信託遺贈の効力という一般的な問題の中に解消されており、したがって、家族信託遺贈は家族に代々伝えられていくべき財産を

形成する手段してはほとんど意味がない、と主張した。

バックランドの仮説に対するジョンストンの疑問は正当であろう。また、右勅答の位置づけに関するジョンストンの見解は、前項で指摘した史料となる法文の集中、特に右勅答を伝えるマルキアーヌス法文（VII）を境とした法文数の激減に関する重要な示唆を含む。この見解を本稿で十分に検討することはできないが、いずれにせよ、右勅答が理解のための要に位置するのは疑いない。

（四）かくして、われわれは、次章において、S・セウエールスおよびカラカッタ両帝の勅答を伝える学説彙纂三〇・一一四・一四（マルキアーヌス『法学提要』八巻）を検討しなければならないことになる。

三 学説彙纂三〇・一一四・一四（マルキアーヌス『法学提要』八巻）

一 学説彙纂三〇・一一四・一四（マルキアーヌス『法学提要』八巻）のテキストと試訳は次のとおりである。なお、説明の便宜上、後続の第一五項も掲記しておいた。第一五項ないし第一八項はひとまとまりの法文であるが、本稿では立ち入らない。

【9】 D. 30, 14, 14-15 (Marcian. 8 inst.):¹⁴ ⁽⁹⁾ Dui Severus et Antoninus rescripserunt⁽¹⁰⁾ eos, qui testamento utant quid alienari nec causam exprimumt, propter quam id fieri velint, nisi inuenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: ⁽¹¹⁾ quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam seruandam esse, ⁽¹²⁾ sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse: nam

si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur. 15.
 Cum pater filio herede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommissit, ne fundum alienaret et ut in familia
 relinquere, et filius decedens duos heredes instituit, tertium exheredavit, eum fundum extraneo legavit, diui Severus
 et Antoninus rescripserunt verum esse non paruisse voluntati defuncti filium. 16. Sed et si [...]

【9】学説彙纂三〇・一一四・一四～一五（マルキアヌス『法学提要』八巻）

一四^①神皇〔セプティミウス・セウエールスおよびアントーニウス（・カラカッラ）は、「次のように」指令した。〔すなわち、〕^②遺言によって何かある物が譲渡されるのを禁止して、何故にそのことがなされることを欲するのか理由^③（causa）を明らかにしない者の書き付けは、^④このことが誰のことを考慮して遺言者によって行われたのか明らかにならない限り、無効である。何故なら、拘束力のない定め（nudum praeceptum）を遺したからである。というのも、そのような定めを遺言で行うことはできないからである。^⑤しかしもし、卑属、後生子、被解放者、相続人その他の者をよく考慮する者たちが、そのような種類の意思を表現したのならば、その意思は遵守されるべきである。^⑥しかし、これは、債権者に対しても、国庫に対しても、不利益となるものではない。何故なら、相続人の総財産が遺言者の債権者たちのために売却されるときは、信託遺贈受遺者もまた共同の運命に従うからである。と。一五 父親が息子から出た三人の孫を有しているところ、息子を相続人に指定して、農場を譲渡しないこと、および、〔その農場を〕家族の中に遺すことを信義に委ねた（fideicommissit, ne fundum alienaret et ut in familia relinquere）場合において、死亡した息子は〔三人の孫のうち〕二人の相続人を指定して、三人目を相続廃除し、その農場を家外者のために遺贈していた。この場合に、神皇〔セプティミウス・セウエールスおよび神皇アントー

ニーヌス（・カラカッタ）は、確かに⁽⁷⁸⁾（*verum*）、息子は死者の意思に従わなかった、と勅答した。一六しかし……
 (後略)

二 [6] が伝えるのは、セプティミウス・セウエールスおよびアントーニーヌス・カラカッタの両皇帝の勅答（二件）である（テキスト・試訳①）。信託遺贈に関する訴訟なので、通常的方式書訴訟手続ではなく、特別訴訟手続（*cognitio extra ordinem*）によるものと解される。⁽⁷⁹⁾ また、両皇帝の名義の共同により、勅答発布時期はいずれも後一九八一年頃から同一一年頃であろう。⁽⁸⁰⁾ これらの勅答がマルキアヌス『法学提要 *Institutiones*』に採録されたことは意義深い。というのも、勅答の取り扱う遺言による譲渡禁止の許容性（第一四項）および家族信託遺贈（第一五項以下）が古典期末の法学教育における基本的事項であったこと、第一五項の家族信託遺贈—— [6] における信託遺贈の文言および前提となる家族構成がともに同一である——が古典期末には家族信託遺贈の典型例として位置づけられたこと、および、遺言による譲渡禁止（第一四項）と家族信託遺贈（第一五項以下）の間に密接な関連性があることが示唆されるからである。なお、第一五項以下については別の機会に検討することとし、以下、「勅答」とは、特にことわりのない限り、第一四項の勅答を指すものとする。

三 (一) 遺言による譲渡禁止の効力について勅答が示す準則は、次のように整理することができよう（テキスト・試訳②）。すなわち、遺言によって相続財産中の物の譲渡を禁止する定めのうち、遺言者がその定め（*causa*（理由））を明らかにしないものは、原則として無効である。その根拠は、右の定めは遺言で行うことができないうが故に拘束力がない *nudum praeceptum* という点に求められる。右の原則には例外がある。すなわち、遺言者が誰のことを考慮して譲渡禁止の定めを行ったのが明らかである場合には、譲渡禁止の定めが無効とならない余地がある。以下、

順次検討しよう。

(1) まず、右の準則における原則論を検討する。ここで遺言による譲渡禁止が問題になっているのは疑いない。*causa*を明らかにしない譲渡禁止の定め (*nec causam exprimunt, propter quam id fieri uelimt*) とは何か。 *causa* は多義的⁽⁸²⁾であるが、ここでは例外規定と関連するので、とりあえず措くこととしたい。とはいえ、第一四項と第一五項の関連性に鑑みれば、信託遺贈による出捐文言なき譲渡禁止の定め(以下「単純な譲渡禁止の定め」と呼ぶ。)を指すものと一応推測することができる。さしあたりその推測のもとで検討を進める。

(2) 学説彙纂は、単純な譲渡禁止の定めを伝える複数の法文を採録する。⁽⁸³⁾このことは、かような定めが当時相当程度普及していたことを示唆するものと考えてよい。そのうち次の法文は【09】を理解する上で極めて重要な意味をもつものと思われる。

【10】学説彙纂三二一・三八・四(スカエウオラ『法学大全』一九卷)⁽⁸⁴⁾

筆頭百人隊長ユーリウス・アグリッパが、彼の遺言において、「次のように」定めた。彼の相続人が、彼の遺産と別荘地あるいは大邸宅を、いかなる方法でも質入れせず、または、いかなる方法でも譲渡しないこと (*ne illo modo reliquias eius et praedium suburbanum aut domum maiorem heres eius pigneraret aut illo modo alienaret*)⁽⁸⁵⁾。書かれた相続人である彼の娘は、自分の娘である筆頭百人隊長の孫娘を相続人として遺している。その孫娘は同じ財産を長い間占有し、死亡の時に家外者たちを相続人に指定した。問題となったのは、彼女(「孫娘」)の諸々の地所を家外相続人がもつのか、それとも、大おじとしてユーリウス・アグリッパをもつユーリア・ドムナに属するのかわであった。私は、これは拘束力のない定めであるから (*cum hoc nudum praeceptum est*)⁽⁸⁶⁾、「地所が」相続人たちに

は帰属しないという死者の意思に反した事実が提出されていない、と解答した。

筆頭百人隊長ユーリウス・アグリッパ（A）が、遺言を作成して自分の娘Bを相続人に指定するとともに、遺産、別荘地、大邸宅の譲渡・質入れを禁止する旨定めた。信託遺贈による出捐文言に関する言及がないので、右の定めは単純な譲渡禁止の定めと解される。Aの死後、その指定相続人Bは自分の娘C（＝Aの孫娘）を相続人に指定した。Bの死後、その指定相続人Cは家外者E・Fを相続人に指定した。Cが右各財産を長期間占有して死亡した後、その指定相続人E・Fに対して、Cの再従姉妹ユーリア・ドムナ（D）が地所の引渡しを求めた（E・Fは、抗弁として、Cが相続人としての使用取得を主張したものと思われる）。争点は、Cに帰属していた地所を、E・FがCの相続人として取得するのか、DがAの姪孫（Cの再従姉妹）としてDが取得するのかわである。

まず問題となるのはDのE・Fに対する主張の根拠である。CによるE・Fの相続人指定は譲渡 *alienare*、質入れ *pignus* のいずれにもあたらないので、右の単純な譲渡禁止の定めには抵触する余地はない。仮にこれを肯定するとしても、右の定めがAの相続人の相続人であるCをも拘束しうるかどうかが疑問である。したがって、右譲渡・質入れ禁止の定めが如何に関わらず、Dの主張は認められない筋合いである。かような主張がなされたのは、右譲渡・質入れ禁止の定めが家族信託遺贈における出捐としての意味を併せもつと解する見解があったとの前提に立たなければ理解しえないのではないだろうか。⁽⁸⁷⁾そして、かような見解の出現は無理からぬことであろう。家族信託遺贈の文言は多様であるが故に、**[01] [06] [07]**の各信託遺贈とは異なって、必ずしも出捐文言と譲渡禁止文言が截然と区別されないものもあるからである。⁽⁸⁸⁾

スカエウオラは、Dの主張を退ける根拠を、単純な譲渡質入れ禁止の定めが *nudum praeceptum* であることに求め

る。nudum praeceptum の用例は [09] [10] にほぼ限られており、拘束力のない遺言上の定めを意味するものと解して差し支えない。しかし、その趣旨について議論がある。クジャスは、譲渡（質入れ）禁止の定めは、信託遺贈による出捐文言——「これらを《家族》の中に留め置く ut illa in familia remanent」——が付加されていないので、拘束力がないと説明する。⁽⁹⁰⁾ この見解によれば、causa を信託遺贈による出捐文言と解することになる。しかし、前段で指摘したように、D の主張を退けるには必ずしも右譲渡・質入れ禁止の定めそれ自体の拘束力を否定する必要はないのであるから、nudum praeceptum は、右譲渡・質入れ禁止の定めが B をどのように拘束するかは別として、少なくとも C には及ばないという趣旨であった、と解することは可能である。⁽⁹¹⁾ さらに、前段に述べた点に従えば、nudum praeceptum を、信託遺贈の出捐文言としては意味がないという趣旨と解する余地もあろう。[10] のみから、右の諸見解の妥当性について決め手を見出すのは困難と思われる。⁽⁹²⁾

(3) [09] [10] は、同一テーマ（遺言による譲渡禁止）を取り扱い、同一の理由付け（nudum praeceptum）を用いて判断している。[09] では、nudum praeceptum の説明として、特に、「譲渡禁止の定めは遺言で行うことはできないので」という文言が付加される。この付加は、[09] の勅答発布前において、法学者や遺言実務家の間で、nudum praeceptum の意義をめぐって——例えば前段で考察したような——理解の相違が生じていたことを想定しうる。このことの傍証となりうるのが、後一九四年に作成された「ガイウス・ロンギヌス・カストルの遺言」である。この遺言の成立時期は、スカエウオラの時代の末（またはその後）、かつ、[09] の勅答発布より前である。この遺言では、遺言者（ガイウス・ロンギヌス・カストル）が、遺言において自らの女奴隷二人を解放するとともに相続人に指定し、相続財産を「売却も抵当として与えることも許さない in æt[er]n[u]m et in perpetuum in hoc testamento」という文言で単純な譲渡禁止の定めをおいた。この遺言者、および起草した遺言実務家は、右の定めは、少なくとも遺言者の

相続人に対しては有効であることを確信していたと考えなければならぬ。したがって、【9】の勅答は、右の付加によって、単純な譲渡禁止の定めは、それ自体無効であることを明確にしようとしたものと位置付けることが許されよう。⁽⁹⁴⁾

(三) *causa* を明らかにしない譲渡禁止の定めは、原則として無効である。それ故、遺言者が *causa* を明らかにしておくことによって、例外的に、譲渡禁止の定めが有効なものとして取り扱われる余地が生ずる。それは、「このことが誰のことを考慮して遺言者によって行われたのかが明らかにされ」（テキスト・試訳③）た場合である。次段（四）で論じよう。

四 テクスト・試訳③では、末尾の表現 (*eam servandam esse*) からして、遺言による譲渡禁止の定めが例外的に有効となる場合の要件が具体的に説明される。すなわち、「卑属 *liberis*、後生子、被解放者、相続人その他の者」を、遺言者がよく考慮して (*consultes*)⁽⁹⁵⁾、譲渡禁止の定めを置くことが要件となる。ここで列挙された者は家族信託遺贈の関係者と一致することに注意を要する。「被解放者」は別類型の家族信託遺贈（前章冒頭参照）が想定される。「相続人」は遺言者の相続人のみならず、信託遺贈義務者の相続人をも意味するものと解しうる。⁽⁹⁶⁾ それ故、第一五項との関連性をも考慮するならば、*causa*（テキスト・試訳②）は、信託遺贈による出損を意味すると解さざるをえないように思われる。⁽⁹⁷⁾

五 最後に、テキスト・試訳④では、総財産売却 *venditio bonorum* と譲渡禁止の定めとの関係が示される。相続人が多額の相続債務を承継した場合、相続人の財産差押え *missio in bona* を経て、総財産売却に至ることがある。⁽⁹⁸⁾ 総財産売却の後、相続人が死亡して信託遺贈の効力が発生したときの効力が問題となる。

「信託遺贈受遺者も共同の運命に従う」とは、信託遺贈義務者が一連の総財産売却手続に服し、総財産の売却を甘受

しなければならぬことを意味する。⁽⁹⁹⁾したがって、相続人の死亡によって信託遺贈義務者が出現したときに、譲渡禁止の定めが作用して、総財産売却代金（信託遺贈目的物を含む）から債権者または国庫が得た満足が覆滅されることはない（「不利益とならない」）。換言すると、信託遺贈義務者は債権者と国庫のいずれにも劣後することになる。⁽¹⁰⁰⁾

また、「共同の運命に従う」べき信託遺贈受遺者は、総財産買受人から信託遺贈目的物を取り戻すことはできないものと思われる。⁽¹⁰¹⁾この理解は、**[07]**（後半部分）（スカエウオラ）の例——総財産売却には至らないケースではあるが——となじむものである。この点、学説彙纂三二・六九・一（パービニアヌス『質疑録』一九卷）は、別類型の家族信託遺贈（前章冒頭参照）について、「……〔総財産〕買受人は〔その地所を〕留置するべきであるが、彼〔買受人〕の死後においては〔その地所を〕保持するべきではない」と述べ、信託遺贈受遺者による買受人の相続人からの目的物取戻しを認める。しかし、この判断は、相続人がその固有の債務により総財産売却を受けたケースに対してものであるから、前提が異なるであろう。

六 **[09]**の勅答の説示を要約すれば次のようになる。(a)遺言による譲渡禁止の定めは無効である。(b)ただし、遺言者が卑属、後生子、被解放者、相続人その他の者を考慮して信託遺贈による出捐をなすときはその限りでない。(c)多額の相続債務を承継した相続人が総財産売却手続の中で信託遺贈目的物も売却されるに至ったときは、信託遺贈受遺者は総財産買受人から目的物を取り戻すことはできない。

右説示(a)は同(b)と併せて、遺言による譲渡禁止は信託遺贈による出捐が伴わない限り無効であると解するのが一般的である。⁽¹⁰²⁾この見解はテキスト②の文法的構造からしても説得力がある。しかし、かような意味における右説示(a)・(b)と、総財産売却における家族信託遺贈の効力に関する同(c)との間には隔たりがあるといわざるをえない。説示(c)を述べるために同(a)から説き起す必要性は薄いように思われるからである。両者の関連づけは容易ではないが、譲渡

禁止の定めと家族信託遺贈の出捐が常にワンセットで——同一遺言書内で場所的に近接して——なされるとは限らないこと〔07〕参照)、および、信託遺贈義務者が同義務者の指定相続人の地位も兼ねるケースが多いこと〔01〕〔07〕〔09〕〔第一五項〕参照)に鑑みれば、右勅答は次の事案に関する判断と考えられないだろうか。すなわち、遺言者Aが遺言を作成して、その息子Bを相続人に指定するとともに、Aの財産の中核をなす二箇所の農場(甲・乙)の譲渡を禁止した。Aは同じ遺言で遺贈、信託遺贈を何件も行い、その中で乙を「家族」に遺す」旨の信託遺贈出捐文言も記入した。Aが死亡してBが相続人となったが、Bは多額の相続債務の故に総財産売却を余儀なくされた。その後Bはその息子C(ⅡAの孫)を相続人に指定する遺言を作成して死亡した。Cは、甲・乙の譲渡禁止を定めたAの遺言を根拠として、総財産買受人から甲・乙を取り戻すべく訴訟を提起した、というものである。

右の事案を前提に〔09〕の勅答をみれば、C(ⅡBの相続人)による農場(甲)の取戻しは右説示(a)により認められない。これは、〔10〕で必ずしも説明されなかつた問題に決着をつけたものといえよう。他方、C(Ⅱ信託遺贈受遺者)による農場(乙)の取戻しは、右説示(b)にもかかわらず、同(c)により認められないことになる(前節参照)。

七〔09〕の勅答それ自体の理解は右に述べたとおりである。以後、単純な譲渡禁止の定めは右勅答以後は基本的に姿を消すことになったと思われる。しかし、家族信託遺贈は〔09〕(第一四・一五項)によって公認された恰好である。この後、家族信託遺贈がますます利用されるようになったのだろうか。前項末尾で紹介したジョンストンの見解を検討するべく、家族信託遺贈の効力を通常の信託遺贈のそれと比較しなければならぬが、遺憾ながらその作業は先送りせざるをえない。

四 小括——今後の課題

一 (一) われわれは、古典期ローマ法における遺言による譲渡禁止の許容性の問題を明らかにするとともに、家族信託遺贈を考察する上での視点を得ることを目的として、学説彙纂に採録された幾つかの関連法文を検討してきた。

(二) 譲渡禁止の定めが家族信託遺贈に組み込まれた場合には、家族構成次第でスムーズな財産承継の実現を助力となることもある (101)。

しかし、信託遺贈義務者が遺言者の意図に反して目的物を第三者に譲渡しまたは家外者を相続人指定するときは、信託遺贈義務者の死亡によって《家族》に属する多数の信託遺贈義務者が生じ、法律関係が錯綜する事態となる。これを整理するためにパーピニアヌスは信託遺贈受遺者の間に遺言者との親等により順位をつけ、先順位者と後順位者の関係を信託遺贈義務者と信託遺贈受遺者の関係に順次なぞらえることによって処理した (106)。しかし、これによって目的物が——ただでさえ信託遺贈義務者の死亡まで長期間が見込まれるのだが——より長い間《家族》内に滞留する可能性が生じたであろう。

目的物が第三者に譲渡されたときに、信託遺贈受遺者が誰に何を如何なる要件で主張しうるかは、譲渡禁止の定めと効力と強まりつつある通常の信託遺贈の効力が競合するため、難問である。スカエウオラとパーピニアヌスとは立場が異なる可能性が考慮されなければならない (106) (107) (108)。

相続債権者との関係では、譲渡禁止の定めが信託遺贈義務者の資金繰りの足かせとなる。しかし、相続債権者を満足させるためにやむをえず目的物を第三者に売却しまたは質を設定するときは、その売却・質入れの効力は認められる傾向にある (108)。総財産売却手続との関係でも、信託遺贈受遺者は、譲渡禁止の定めにもかかわらず相続債権者

に劣後する〔91〕。

(三) 単純な譲渡禁止の定めは、従前相当程度行われていたようである〔10〕。しかし、S・セウエールスおよびカラッカラ両皇帝の勅答によって、無効であることが確定された。譲渡禁止の定めが有効とされるのは、目的物の出捐の定めが明確化された限定的な場合、すなわち、家族信託遺贈の場合だけである〔91〕。

二 検討の結果は、右に述べたとおり、従来の理解を確認するにとどまることを認めなければならない。それにもかかわらず、われわれは幾つかの問題点を発見することができた。

まず、右に述べたことはすべて五賢帝時代末からセウエールス朝初期という限定的な時間の中で行われた。それが可能になった背景、経緯を考えなければならぬ。その始期については史料上の困難な問題がある〔ダスミウスの遺言〕。では終期についてはどうか。五賢帝時代に、おそらくは遺言実務家の活発な活動によって編み出された家族信託遺贈は、S・セウエールスおよびカラッカラ両皇帝の勅答によって承認を受けた後〔91〕第一五項、どのような運命を辿ったのだろうか。学説彙纂採録法文が右勅答後に激減したことは、必ずしも家族信託遺贈の利用もまた激減したことの理由にはならない。しかし、家族信託遺贈の目的物が、農場など信託遺贈義務者によって適切に管理されなければ十分な収益を得られず、売却が有利になりかねない財産であること、信託遺贈義務者が長寿であるほど、譲渡禁止の定めが足かせとなること、信託遺贈義務者が目的物を第三者へ譲渡すると、信託遺贈受遺者が多数発生して法律関係の複雑化と財産の散逸を招くこと等の事情に鑑みれば、右勅答後における家族信託遺贈の利用はごく下火になった——家族信託遺贈はいわば流行りものだった——可能性も考慮されるべきであろう。

次に、信託遺贈義務者による目的物の第三者への譲渡の効力も重要な問題である。この問題には、譲渡禁止の定めのみならず、通常信託遺贈の効力も関わっている。考察にあたっては、法学者による判断の違いにも注意を要

する。このことは、スカエウォラの法学とパーピニアヌスの法学を比較する契機、ひいては、セウエールス朝初期の法学の特質を明らかにする契機にもなるように思われる。

さらに、家族信託遺贈の機能の解明も重要な課題である。筆者はこの点においても、家族信託遺贈目的物の属性、すなわち、農場など、収益を得るために適切な管理を要する財産であることに注目したい。パウルス、ウルピアーヌスの法文における農場の信託遺贈の例が参考になるのではないかと考えている。

最後に、本稿では、「《家族》のために遺す」旨の信託遺贈のみを検討対象としたため、「私の名前から出すことを禁止する」旨の信託遺贈にはまったく触れることができなかった。後者の法文の数は前者よりも多く、しかもその社会的機能は必ずしも明らかにされていないのである。

三 本稿では、遺言による譲渡禁止に光をあてることによって、家族信託遺贈を検討する手がかりを得ようと試みたつもりである。しかしながら、碑文、パピルス文書を含む史料の検討、文献の参照ともに不十分でまとまりのないものになったことを遺憾とするものである。引き続き古典期ローマ法における家族信託遺贈の実像の解明に取り組みたい。読者諸賢のご教示、ご批判を賜ることができれば幸いである。

注

- (一) M. Kaser, Das römische Privatrecht, Abschn. 1 [= RPR, I], Aufl. 2, München 1971, S. 406-410; H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, Römisches Recht, aufgrund des Werkes von P. Jörs/W. Kunkel/L. Wenger [= Kunkel/Beaubeiter], Berlin 1987, S. 151-154. M. Kaser/R. Knütel, Römisches Privatrecht, Aufl. 20, München 2014, S. 131-135 (Rn. 23, 1-20).
- (二) Kaser/Knütel, aa.O. (Fn. 1), S. 133 (Rn. 23.9). かつてある普通法学説は、譲渡禁止の根拠(法律、法務官、私人の意思〔契約、遺言〕)を基準とした分類を試みた(B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, Aufl. 9, Frankfurt aM 1906, S. 899-903

- (§ 172a) 430)。
- (3) 遺言による譲渡禁止または家族信託遺贈に関連する重要文献を发表順に掲げておく。これらは著者名と出版年のみで引用する。
- E. A. Seuffert, Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen nach römischem Rechte, München 1854, S. 1-38; W. Lewis, Das Recht des Familienfideicommiss, Berlin 1868, S. 3-20; A. Pernice, Labeo: Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Teil. E (Bd. 3, Abt. 1), Halle 1892, S. 56-63; J. Declareuil, Quelques notes sur certains types de fideicommiss, in: Mélanges Gérardin, Paris 1907, pp. 135-155; G. Impallomeni, L'efficacia del fedecommissio pecuniario nei confronti dei terzi, la in rem missio, B IDR, 70 (1967) p. 1-104; A. Torrent, Fideicommissum familiae relictaum, Oviedo 1975; M. Kaser, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung im römischen Recht, in: M. Kaser, Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode, 1986 Wien/Köln/Gratz, S. 173-196 [Aus: F. Baur/K. Larenz/F. Weacker (Hrsg.), Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht, Festgabe für Johannes Sontis, 1977 München, S. 11-31] (引用頁を前掲(248)); D. Johnston, Prohibitions and perpetuities: family settlements in Roman law, ZRG, RA, 102 (1985) S. 220-290; D. Johnston, The roman law of trusts, Oxford 1988, pp. 76-116; L. Desanti, La sostituzione fedecommissaria per un corso di esegesi delle fonti del diritto romano, Torino 1999; L. Desanti, Restitutiois post mortem onus: i fedecommissi da restituiri dopo la morte dell'onorario, Milano 2003.
- (4) 近世以後の Familienfideikommiss (家族世襲財産) と區別する趣意がある。邦訳例として、山田晟『近代土地所有権の成立過程』(有信堂 一九五八年) 八八頁、石部雅亮『啓蒙的絶対主義の法構造』(有斐閣 一九六九年) 一七四頁、海老原明夫『ゲルバールの法理論——倫理的秩序・法・法律』片岡輝夫編集代表『古代ローマ法研究と歴史諸科学』(創文社 一九八六年) 二六四頁参照。
- (5) 古典期後からユビテ法期の諸法文(C. 6,48,1[a. 528, 9]; Nov. 159,2 [a. 555] など) は本稿の検討から除外する。右新勅法の法文については、J. H. A. ロッキン『五十君麻里子訳』『ギリシア語の読マレザルニアラズ』——新勅法一五九号とヴェルテンベルグ対オレンジ公ウィリアム事件(一五四四年—一六六六年)』法政研究七三卷三三号(二〇〇六年) 五三三—五五三頁参照。足立後掲注(80) 神戸学院法学四三卷三三号七二六—七三三頁も参照。
- (6) 家族世襲財産はさまざまな分野の研究対象となっており、内外に多数の重要文献がある。試みに法学者によるもののみを挙げる。とすれば、まず、邦語基本文献として、山田前掲注(4) 八七—一〇七頁、石部雅亮『ドイツにおける家族世襲財産制度——相続法の近代化』のために『大阪市大法學雑誌』一四卷二号(一九六七年) 一六七—一九四頁、石部前掲注(4) 一七四—一八四頁がある。次に、欧語基本文献として、右邦語基本文献所掲のものほか、『マイン法制史事典(HRG)』(A. Erler, HRG, Bd. 1, Aufl. 1, Berlin 1971, S. 1071-1073 (s.v. Familienfideikommiss)); I. Ebert, HRG, Bd. 1, Aufl. 2, Berlin 2008, S. 1503-1504 (s.v. Familienfideikommiss)) ⑥

文献案内を参照されたい。最後に、近時の欧語研究文献として、A. Söllner, Zur Rechtsgeschichte des Familienfideikommissses, in: D. Medicus/H. H. Seiler (Hrsg.), Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, S. 657-669; K. Luig, Philipp Knipschildt und das Familienfideikommiss im Zeitalter des Usus modernus, in: R. Helmholz/R. Zimmermann (eds.), *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin 1998, pp. 361-387; J. Eckert, Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland, Frankfurt aM 1992; B. Bayer, Sukzession und Freiheit, Berlin 1999; M. S. Charnitzky, Die fiduziarische Stiftung im deutschen und französischen Recht, München 2015 などがある。

(7) 石部前掲注(6)一六頁。

(8) 近時の研究として、足立公志朗「フランスにおける信託的な贈与・遺贈の現代的展開——『段階的継伝負担付恵与』・『残存物継伝負担付恵与』と相続法上の公序(一)』、『完』民商法雑誌一三九巻四・五号(二〇〇九年)四六六頁、同六号(同年)六〇七頁、同「フランスにおける信託的補充指定の歴史的考察(一)〜(四)」神戸学院法学四三巻三号(二〇一四年)六六九頁、同四四巻一号(二〇一四年)九五頁、同二号(同年)四四一頁、四五巻一号(二〇一五年)一八七頁、石綿はる美「遺言における受遺者の処分権の制限——相続の秩序と物権の理念(一)〜(七)」法学協会雑誌一三三巻二号(二〇一四年)二七七頁、三号(同年)五五二頁、四号(同年)八三三頁、五号(同年)九三七頁、七号(同年)一三六二頁、八号(同年)一四七五頁、九号(同年)一六八五頁がある。

(9) 議論の流れについて、石綿前掲注(8)一三三巻二号二七九〜二九七頁参照。ここでは、本格的な議論が開始する契機となった最判昭和五八年三月一八日家月三六巻三号一四三三頁、同判決以後の学説展開の画期となった米倉明「後継ぎ遺贈の効力について」タートンヌマン三号(一九九九年)一〜四二頁(同「家族法の研究」(新青出版、一九九九年)三三二〜三六四頁所収)、米倉明「信託による後継ぎ遺贈の可能性——受益者連続の解釈論的根拠づけ」ジュリスト一六二二号(一九九九年)八七〜九八頁、さらに、本稿のテーマである遺言による譲渡禁止との関係で、佐久間毅「人の死亡による財産承継と信託」関西信託研究会編『資産の管理運用制度と信託』(トラスと六〇研究叢書、二〇〇二年)五九〜八一頁、大村敦志「後継ぎ遺贈論」の可能性」道垣内弘人編『大村敦志』滝沢昌彦編「信託取引と民法法理」(有斐閣、二〇〇三年)二一七〜二四〇頁を特に記しておきたい。

(10) 沖野真己「受益者連続型信託について——信託法九一条をめぐって」信託法研究三三三号(二〇〇八年)三三三〜八六頁、新井誠「信託法」(第四版)〔有斐閣、二〇一四年〕八八〜九四、二二六〜二二七、五一二〜五一四頁、能見善久「道垣内弘人編『信託法セミナー』三 受益者等・委託者」(有斐閣、二〇一五年)八七〜一〇二頁などを参照。

(11) 米倉前掲注(9)「タートンヌマン三号」一頁(『家族法の研究』三三二頁)。

(12) その中において、山田前掲注(4)八七〜一〇五頁は注目に値する。

(13) 例えは、Johnston (1985) pp. 223; Johnston (1988) pp. 77-97.

(14) 法文の数は多しからず (D. 32. 94 (Valens 2 fideicommissorum); D. 35. 1. 108 (Scaev. 19 dig.) など)、次の法文のみ訳出して置く。

D. 31. 88. 6 (Scaev. 3 resp.): Lucius Titius testamento ita cauit: 'praediorum 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 proprietatem perueniat'. quaero, an Seia in communione cum libertis habeat portionem an uero sibi partem dimidiam eius praediorum uindicare possit. respondi perspicuum esse testantis uoluntatem omnes ad uiriles partes uocantis.

【訳語】学説彙纂二一・八八・六(スカエウオラ)『解答録』三巻)ルーキウス・ティタイウスが遺言で次のように定める。「私は、私の小地所が、私の男性被解放者および女性被解放者——彼らもこの遺言に於いて解放されること——並びに私の養ひ子 (alumna) セニアに与えられることを欲する。〔小地所の〕所有者がただ一人になるまで、私の家名から出て行くことのないようにする(ut) (ne de nomine familiae meae exeat)」。私は、セニアが被解放者たちと共同で持分を有するのかわつつか、むしろ、〔セニアが〕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、召喚した全員が頭分であるという遺言者の意思は明確である」と解答した。

学説彙纂のテクストは Th. Mommsen (ed.), Digesta Iustiniani Augusti, vol. 1/2, Berolini 1868/70 (「ゴムゼン大版」による(以下同))。

(15) Declareuil (1907) pp. 135-155.

(16) D. 35. 2. 54 (Marcell. 15 dig.): Pater filium, ex quo tres habebat nepotes, heredem instituit fideique eius commisit. ^① ne fundum alienaret et ^② ut in familia eum relinquere: filius decedens tres filios scripsit heredes, quaerendum est, an omnino quasi creditores uniusquisque in ratione legis Falcidiae aliquid possit deducere, quia in potestate sua habuit patrem, cui ex his potius relinquere sed hac ratione nemo in Falcidiae ratione quicquam deducit, quod uidentur, ne dure constituitur: utique enim in alieno aere habuit fundum, necessitate quippe obstrictus fuisse* filius eum relinquendi.

* モムゼン大版は、fuisse を削除して uni ex を挿入する旨提案する。

なお、本稿では学説彙纂の各翻訳をも利用した。引用が煩雑になるのを避けるために本注でまとめて出版年順に掲記し、以下では括弧内の略語を用いる。H. Hulot/J.-F. Berthelot/P.-A. Tissot/A Berenger (ed.), Corps de droit civil romain en latin et en français, Tom. 1-7, Paris 1803-04 (「ハル」) K. E. Otto/B. Schilling/K. F. F. Sintenis (Hrsg.), Das Corpus iuris civilis ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Bd. 1-4, Leipzig 1830-32 (「巴頓」) A. Watson (ed.), The digest of Justinian, rev. ed., vol. 1-2,

- Philadelpia 1998〔英訳〕/ R. Knutel/B. Kupisch/Th. Rüfer/H. H. Seiler (Hrsg.), *Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung*, Bd. 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〕。
- (17) 本文は末尾の理由付けの箇所 (quod uidentum [...] eum relinquenti) が難解である。今後の課題とさせていたいただきたい。
- (18) A. Berger. *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia 1953, p. 359 (s.v. Alienatio); Johnston (1985) pp. 224-227. なお、alienatio, abalienatio (譲渡) の意義については Cic. Top. 5, 28. 吉原達也訳「キヤロ『アビカ』」広島法学三四巻一頁(二〇〇一年)八五(二二六)頁/ U. Brasiello, *Alienatio*, SDHI 15 (1949) pp. 114-200; F. Sturm, *Abalienatio: essai d'explication de la définition des topiques* (Cic., Top. 5, 28), Milano 1957 参照。
- (19) D. 50. 16. 195, 1 (Ulp. 46 ad ed.): 'Familiae' appellatio qualiter accipiatur. uideamus; et quidem uarie accepta est: nam et in res et in personas deductur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his uerbis 'adgnatus proximus familiam habeto'. ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: 'ex ea familia, inquit, in eam familiam; et hic de singularibus personis legem loqui constat.
- [試訳] 学説彙纂五〇・一六・一九五・一(ウルピアヌス『告示注解』四六巻) われわれは、ファミリアという表現がどのように理解されているかを考察してみたい。なるほど(「」の表現は)をそのままに理解されてきた。ところが、(「」の表現は)物にも人にも関連づけられるからである。物に「関連づけられるところのは」、例えば、十二表法において、「最近宗族がファミリアをもつし」という文言の場合である。ファミリアという表現が人について関連づけられるのは、保護者および被解放者について法律が「ファミリアから、」ファミリアと述べる場合である。ファミリアも法律が個々の人について語っているファミリアは明らかである。
- (20) H. Heumann/E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Aufl. 9, Jena 1907, S. 503-504 (s.v. Relinquere); Berger, aa.O. (Fn. 18), p. 673 (s.v. Relinquere); B. Brissotius, *De verborum significatione*, Halae Magdeburgicae 1743, p. 1187 (s.v. RELINQUERE).
- (21) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Abschn. 2 [= RPR 2], München 1975, S. 554 及びその下を簡潔に指摘する。
- (22) 「」の問題については G. Immler, *Die höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers: zur Problemgeschichte des § 2065 BGB*, Köln/Graz 1965, S. 8-18; R. Zimmermann, *Quos Titius voluerit: höchstpersönliche Willensentscheidung des Erblassers oder power of appointment?*, München 1991, S. 9-15 野田龍一「受遺者選定の委託——ローマ・カマン法源とマニマン民法典」福岡大学法学論叢四

一卷三・四号(一九九七年)三八一―四三六頁参照。

(23) W. Kunkel/M. Scharfner, *Römische Rechtsgeschichte*, Auf. 14, Köln/Wimar/Wien 2005, S. 158; W. Waldstein/M. Rahner, *Römische Rechtsgeschichte*, Auf. 10, München 2005, S. 204.

(24) *Gai. Inst.* 2, 238: *Incertae personae legatum iudithiter relinquitur. incerta autem uidetur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit, uelut cum ita legatum sit* QVI PRIMVS AD FVNVS MEVM VENERIT EI HERES MEVS X MILLIA DATO, *idem iuris est, si generaliter omnibus legauerit* QVICVMQVE AD FVNVS MEVM VENERIT, *in eadem causa est, quod ita relinquitur* QVICVMQVE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SVAM CONLOCauerit, EI HERES MEVS X MILLIA DATO, *illud quoque quod ita relinquitur* QVI POST TESTAMENTVM SCRIPTVM PRIMI CONSULES DESIGNATI ERVNT, aequae incertis personis legari uidetur. et demque aliae multae huiusmodi species sunt, sub certa uero demonstratione incertae personae recte legatur, uelut EX COGNATIS MEIS QVI NVNC SVNT QVI PRIMVS AD FVNVS MEVM VENERIT, EI X MILLIA HERES MEVS DATO.

ガーイウス『法学提要』のテクストは、P. Krüger/W. Studemund (ed.), *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis apographum*, ed. 7, Berolini 1923 に於て (以下同)。

(25) 次の法文によつても裏付けられよう。

D. 28. 5. 32 pr. (*Gai. I de testamentis ad edictum praetoris urbani*): *Ilia institutio 'quos Titus uoluerit' ideo uitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter ueteres decreuerunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.*

【試訳】「学説彙纂二八・五・三二(ガーイウス『都市法務官告示注解遺言論』一卷)「テイテイウスが欲するであろう者を」という「相続人の」指定は瑕疵あるものである。何故なら、他人の裁量に委ねられているからである。というのも、先人達は「十分に一貫して、遺言による権利関係はそれ自体明確でなければならず、他人の裁量に左右されてはならないと判断したからである。」

なお、古典期後の著作に属するものではあるが、次の法文もある。

UE 22. 4: Incerta persona heres institui non potest, uelut hoc modo: QVISQVIS PRIMVS AD FVNVS MEVM VENERIT, HERES ESTO, quoniam certum consilium debet esse testantis.

【試訳】「ウルビアーヌス『法範』二二・四 不確定人は相続人に指定される(と)ができない。例えば、「私の葬儀に最初に来た者は誰であれ、私の相続人となるべし」というような方法で「相続人に指定される(と)はできない」。何故なら、遺言者の意図は確定的で

なければならぬからである。

テクストは P. Krüger (ed.), *Ulpiani liber singularis regularum, Pauli libri quinque sententiarum, Fragmenta minor, saeculorum p. Chr. n. secundi et tertii* [= P. Krüger/Th. Mommsen/W. Studemund (ed.), *Collectio librorum iuris anteuimianiani in usum scholarum*, tom. 2], Berolini 1878, 246^a.

(26) *Gai. Inst. 2. 287*: *Item olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinquere poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei posset; sed senatusconsulto, quod auctore dno Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditariisque constitutum est.*

(27) 吉野悟『ローマ法とその社会』(近藤出版社、一九七六年)六一～一二頁、同『ローマ家族の原理的構造』(家族史研究一)一九八〇)九七～一二五頁、原田俊彦『古ローマ法における familia の人的側面について——『家族』論への接近のための一試論』(早稲田法学六二巻四号(一九八七年)一一一～一二六頁参照。また、議論の中心となる D. 50. 16. 195. 1-4 (Ulp. 46 ad ed.) について、Th. Mayer-Maly, *Familia*, in: H.-G. Knothe/J. Kohler (Hrsg.), *Status familiae: Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, München 2001, S. 261-265; H. H. Seiler, *Familia und Familienrecht*, ebda. S. 437-449 参照。

また、ローマ家族史への議論の流れは、伊藤貞夫＝本村凌二編『西洋古代史研究入門』(東京大学出版会、一九九七年)一八四～一八九頁(樋脇博敏)によつて知ることができ、元首政期において、ファミリア familia がドムス domus と並ぶローマ社会特有の親族名称の一つであつて、両者の概念内容、成立時期、歴史的背景、構造等の相違があつたと指摘されていることは興味深い(R. P. Saller, *Familia, Domus, and the Roman Conception of the Family*, *Phoenix* vol. 38 (1984) pp. 336-355; 鳥田誠『ローマ市民の家族形態とその変遷』(『人民の歴史学』九〇巻(一九八六年)一～八頁、同『ローマ市民団』弓削達＝伊藤貞夫編『ギリシアとローマ』(河出書房、一九八八年)五三～七七頁、樋脇博敏『古代ローマの親族集団——familia と domus を中心に』(『西洋古典学研究』四〇巻(一九九二年)六八～七七頁)。

(28) 原田慶吉『ローマ法』(有斐閣、一九五五年)二八五頁。なお、adgnatio と cognatio については、同書二八四頁参照。

(29) D. 31. 32. 6 (Modest. 9 regularum): *In fideicommissum quod familiae relinquitur hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.*

(30) Kaser, *RPR*, I, S. 759; Kaser, *RPR*, 2, S. 554; B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, ed. 2, Milano 1955, pp. 118-119; G. Grosso, *I legati nel diritto romano: Parte generale*, Torino 1962, pp. 207.

- (31) Kaser, RPR, 1, S. 760; Kaser, RPR, 2, S. 554; Biondi, aa.O. (Fn. 30), pp. 118-119; Grosso, aa.O. (Fn. 30), pp. 207. D. 36, 2, 27 pr. (Scaev. 3 resp.): 'Filiam familias ex parte pure instituit heredem eique fideicommissum dedit et eodem testamento ita cauit: quod ego Lucium Titium heredem institui, ita eum adire hereditatem uolo, si is patria potestate liberatus fuerit'; quæsitum est, an a cohereditibus eius adita hereditate legati filio familias dati dies cesserit. respondit, si pure sit datum, a coherede filii pro hereditaria parte fideicommissum peti posse.
- 【試訳】学説彙纂三六・二・二七・序(スカエウオラ『解答録』三卷)「遺言者が」家息を一部について無条件で相続人に指定し、この者のために信託遺贈を与え、同じ遺言で次のように定めた。「私はルーキウス・ティティウスを相続人に指定した。それ故に、私は、この者が父権から解放されたことを条件として、彼が相続を承認するよう欲する」と。問題とされたのは、彼(Ⅱ家息)の共同相続人が相続を承認したときに、家息のために与えられた「信託」遺贈の権利発生日は到来しているかどうかである。「信託遺贈」が、無条件で与えられていたときには、共同相続人に対し、相続分に応じて信託遺贈が請求される」と(スカエウオラは)解答した。
- (32) Gai. Inst. 2, 277: Item quamvis 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 scriberimus CVM TITIUS HERES MEVS MORTVVS ERIT, VOLO HEREDITATEM MEAM AD P. MEVIVM PERTINERE, utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommissis restituendo.
- (33) 例えは、遺言者AがBを相続人に指定するとともに、Cを補充相続人に指定したケースを考えればよい。Cは、Bが(例えは、Aの死亡前に死亡するなどの理由で)相続人とならないことを条件として相続人に指定された者である。それ故に、Bが一旦相続人となった場合には、たとえその後直ちにBが死亡したとしても、未成熟補充相続人指定(heredis substitutio pupillarlis)など特殊のケースをのぞき、CがBの相続人にならなくてはならない(Aの相続人にならなくてはならぬ)。原田前掲注(28)三四一―三四二頁。
- (34) substitutio fideicommissaria は古典期の用語ではなく(Kunke/Honsell, S. 499)。そのためか、各国で fideicommissary substitution (英) fideikommissarische Substitution (独) substitution fideicommissaire (仏) と呼ばれる。邦訳例として「信託的補充指定」(足立前掲注(8))神戶学院法学四三巻三号六六九頁)、「信託遺贈上の補充」(マックス・カーザー「柴田光蔵訳」『ローマ私法概説』(創文社、一九七九年)六〇三頁)などがある。本稿ではラテン語で表記した。
- (35) ガイウス『法学提要』の校訂版の中には、Gai. Inst. 2, 269 と substitutio fideicommissaria の根拠となりうるテキストを提案するものがある(ZB F. Kriep, Gai Institutionum, Commentarius Secundus, §§ 97-289 (Testamentarisches Erbrecht), Text mit Vorwort,

- Erklärung und Anhängen. Jena 1913. S. 77-78; M. David (ed.), *Gai Institutiones secundum codicis Veronensis, apographum studemundianum et reliquias in Aegypto repertas* (editio minor), Leiden 1964, p. 74; U. Manthe (Hrsg.), *Gaius Institutionen*, Darmstadt 2004, S. 210)。「われは、ローマ法本の読者方に起因して、(W. Studemund (ed.), *Gai Institutionum commentarii quattuor Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit*, Lipsiae 1874, p. 123)「古くから議論があるか (Krüger/Studemund (ed.), a.a.O. (Fn. 24), p. 99)の校異欄参照)」「(「われは」は立入らざる)。
- (36) P. Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. 2, ed. 2, Milano 1963, p. 123; Kunkel/Honsell, S. 499 Fn. 10; Kaser/Knutel, a.a.O. (Fn. 1), S. 423 (Fn. 77, 7).
- (37) 例えば、ポンスレー・ルクランヌムでみられる邸宅 *domus* には、建物の道路に面した部分に幾つかの店舗 *taberna* を設けた例がある。邸宅所有者は、(「)から賃料等の収入を得ていたとみられる。A. Wallace-Hadrill, *Houses and society in pompeii and herculaneum*, Princeton 1994, p. 133; J. R. Clarke, *The houses of Roman Italy, 100 B.C.-A.D. 250: ritual, space, and decoration*, Berkeley 1991, p. 250-252.
- (38) 「われは」 *heredis institutio ex re certa* について問題となる可能性がある (U. Babusiaux, *Papinians Quaestiones*, München 2011, S. 152-159)。今後の検討課題とされた。(「)。
- (39) 通常の信託遺贈では包括的信託遺贈 (相続財産信託遺贈) こそが問題視され、(「)をさまざまな規制の対象とされてきた。ガイウス『法学提要』は包括的信託遺贈を特定財産信託遺贈よりも先に説明しており (Gai. Inst. 2, 250)、「(「)帝『法学提要』も同様である (Inst. 2, 23, 1)。「(「)は現在のローマ法教科書では対照的である。
- Gai. Inst. 2, 250: *Cum igitur scripserimus L. TITIUS HERES ESTO, possumus adicere ROGATO TE L. TITII PETROQUE A TE, VT CVM PRIMVM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, C. SEIO REDDAS RESTITVAS, possumus autem et de parte restituenda rogare: et liberum est uel sub conditione uel pure relinquere fideicommissa, uel ex die certa*.
- 【訳】ガイウス『法学提要』二・二五〇 したがって「われわれが」ルーキウス・ティティウスは相続人であるべし」と書いたときに「われわれは」「ルーキウス・ティティウスよ、私はあなたに対して、あなたが私の相続を承認することができるならば、直ちにガイウス・セイウスのために「相続財産を」交付し引き渡すことを願ひ求める」と付け加えることができる。しかし「われわれは」一部についても引き渡されるべく請うることができる。条件付きで若しくは無条件で、または確定始期を付して、信託遺贈を遺すことも妨げない。

(40) *Phil. ep.* 6, 3, 1. 國原吉之助訳『プリニウス書簡集——ローマ帝国一貴紳の生活と信条』(講談社学術文庫一三六七、一九九九年)二

一八〇二二頁。

(41) 例えは、Plin. ep. 5, 14, 8; 9, 37, 1-4。國原訳前掲注(40)二〇四頁、三七四〜三七五頁。坂口明「ローマ帝政前半期の土地と農民」弓削達・伊藤貞夫編『ギリシヤ・ローマ——古典古代の比較史的考察』(河出書房新社、一九八八年)一七五〜一九六頁参照。

(42) 山田前掲注(4)一〇二〜一〇三頁参照。

(43) D. 31, 69, 3 (Pap. 19 quæst.): Fratres herede instituto petit, ne domus alienaretur, sed ^① ut in familia relinqueretur, si non paruerit heres voluntari, sed domum alienauerit uel extero herede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent qui in familia fuerunt, quid ergo si non sint eiusdem gradus? ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco uideatur inuitatus, nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum laedi debet, sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cauere se familiae domum restitutum, quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata nulla quidem eo nomine nasceretur conditio, sed si domus ad exterum quandoque peruenerit, fideicommissi petitio familiae competet, cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto iuste desiderari, quamuis nemo alius ulterior ex familia supersit.

(44) Kaser, RPR, I, S. 759; Kaser/Knutel, aa.O. (Fn. 1), S. 423 (Rn. 77, 6). [9] 末尾参照。

(45) F. Klingmüller, *Ius ad rem*, ZSS RA 44 (1924) 211-223; Impallomeni (1967) pp. 1-104.

(46) ベーユ・ハーンズ・ス・『實録』二〇〇二頁、Babusiaux, aa.O. (Fn. 38) 参照。

(47) かようなケースを用いて説明したものは見当たらない。1) 裁判や審判。Vgl. I. Cuiacius, *Recitationes sollemnes ad tit. I de legat. II*, col. 1291-1292, in: *Opera omnia*, tom. 7, Lutetiae Parisiorum 1658 (reprinted ed. Goldbach 1996); *Studio et opera Ioannis Fehi, Corpus iuris civilis Iustinianeï*, Tom. 2; Infortiatum, Lugduni 1627 (Nachdruck: Osnabrück 1965), col. 960, 962-963; Impallomeni (1967) p. 100; Johnston (1985) p. 255-256; Babusiaux, aa.O. (Fn. 38), S. 157.

(48) *conditio incerti* か (Johnston (1985) p. 255 n. 121)。conditio incerti については、Kaser/Knutel, aa.O. (Fn. 1), S. 286-290 (Rn. 48, 9, 20-22)。

(49) D. 32, 38 pr. (Scæv. 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 hypothecae nomine transtulit; quaesitum est, an pignus recte contractum esset, respondit secundum ea quae proponerentur recte contractum, idem quaesit, 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.
- * 『ギンギョウ大版』は『ギンギョウ大版』の non を挿入する旨提案する。
- (6) D. 31. 88. 15 (Scaev. 3 resp.); D. 32. 38. 3 (Scaev. 19 dig.); (9) = D. 32. 93 pr. (Scaev. 3 resp.); Testamentum C. Longini Castoris (BGU I. 326 = FIRA III Nr. 50).
- (15) 事典類にならびて conservare の意味を relinquere (15) (16) のような適切な法学的意味を明示するものは見出しなかった。なお D. 31. 77. 27 (Pap. 8 resp.) の conservare in familia libertorum retinere (被解放者たるの《家族》の中に保持する) は類似の意味。
- (22) Heumann/Seckel, aa.O. (Fn. 20), S. 105 (s.v. contrahere).
- (23) D. 31. 89. 7 (Scaev. 4 resp.): Maritus uxorem ex asse heredem instituit, cuius post mortem codicillos aperiri testator praecepit: praedium hereditarium uxor infuctuosum rationi suae existimans vendidit: emptor quaerit, an retractari haec venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hereditas data deprehenderetur an uero solum quantitas pretii ab herede uxoris fideicommissarius debeat: respondi iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris heredem mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.
- (24) retractare は「revocare」に同義。「(遺言を贈与を)撤回する」の意味である。Vgl. Berger, aa.O. (Fn. 18), p. 683 (s.v. Retractare [retractatio]); R. Leonhard, Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, Bd. 1A-1, Stuttgart 1914, S. 695-696 (s. v. Retractare). しかし、この retractare の対象は売却 venditio であるから本文の venditio 翻訳した。Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, Tom. 5, Berolini 1903, p. 199 (s.v. retracto) によれば、字説彙纂には venditionem retractare の用例が (21) の他に一例もない。D. 24.1.7.6 (Ulp. 31 ad Sab.): [...] cuius rescripti verba ideo retuli, ut appareat venditionem inter virum et uxorem dona fide gestam non retractari. (1) non retractari は「民法七五四条に倣え、取消しを受けなく」と訳した。なお D. 3.3.39.7 (Ulp. 9 ad ed.) における retractare quod actum est には、「訴訟行為の無効を主張する」との邦訳例がある(春木一郎訳『ユースティニアンヌス帝学説彙纂』ロータ(有斐閣、一九三八年)三三三頁)。
- (55) クジヤスが、「信託遺贈を知らなかった Ignorauerunt 買主が……」を「信託遺贈を知らなかったわけではなく Ignorauerunt 買主が……」と読むべきことを提案する(1)に注意を要する (I. Cuiacius, Recitationes sollemnes ad tit. de legat. III., col. 857, in: Opera omnia, tom. 10, Lutetiae Parisiorum 1658 (reprinted ed. Goldbach 1996)).
- (56) 原田前掲注 (28) 三三六頁。
- (57) 信託遺贈が相続人指定や遺贈による財産承継を受ける資格のない者に対する出捐の方法として機能していたことについて、Cic.

de fin. 2. 55 et 58; Cic. in Verr. 2. 1. 129-124 など参照 (永田康昭 ≡ 兼利琢也 ≡ 岩崎務訳『キケロー選集一〇 (哲学Ⅲ・善と悪の究極に ついて)』(岩波書店、二〇〇〇年) 一〇六―一〇七頁、大西英文 ≡ 谷栄一郎 ≡ 西村重雄訳『キケロー選集四 (法廷・政治弁論Ⅳ・ ウェルレス弾劾Ⅰ)』(岩波書店、二〇〇一年) 一六五―一六六頁)。

(58) Inst. 2. 23. 1: Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse quia nemo inivus cogebatur praestare id de quo rogatus erat: quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquerebant 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 senel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulis auctoritatem suam interponere, quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatin conversum est in assiduan jurisdictionem: tantisque favor eorum factus est, ut paulatin etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant.

【試訳】「帝『法学提要』二・二三・一　まず知られるべきであるのは、およそ信託遺贈は、当初、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いからである。〔遺言者は、〕相続または遺贈を受けることができな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。〔これが〕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譽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、あるいは、ある者が、主張されたところによれば、自分自身〔「アウグストゥス」の息災のために懇願されたため、また、幾つかの著しい背信を理由として、執政官にその職権を関与させるよう命じた。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〕と呼んだ。

(59) CIL, VI-2 (1882) n. 10229; C. G. Bruns (ed.), *Fontes iuris Romani antiqui*, Pars 1: *Leges et negotia*, ed. 7, Tübingae 1909, n. 117 (pp. 304-308); FLRA, III (1943) n. 48. これら各校訂版は、一八二〇年および一八三〇年にローマ郊外のアッピウス街道沿いで相次いで発見された諸断片に基づく。その後、サン・カリスストのカタコンベ (Catacombe di San Callisto) で発見された新たな断片が公表され (A. Ferrua, *Ultime scoperte a S. Callisto*, *Rivista di archeologia cristiana*, 52 (1976) p. 211-212) 議論が続く (z. B. W. Eck, *Zum neuen Fragment des sogenannten Testamentum Dasumii*, *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, 30 (1978) S. 277-295; R. Syme, *The Testamentum Dasumii: Some Novelities*, *Chiron* 15 (1985) pp. 41-63 = *Roman Papers*, vol. 5, Oxford 1988, pp. 521-543)。

- (80) Aburnius Valens. *コンネリアーヌス帝治下のおよむアントーニウス・ユリウス帝治下の法学者* (Berger, a.a.O. (Fn. 18), p. 339 (s.v. Aburnius Valens); T. Giaro, DNP, 4 (1998) S. 707 (s.v. Fulvius [II 2] L. F. Aburnius Valens)). *44 年* 彼の回一性を経歴等としてトクを授けられた (W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Weimar 1952, S. 213-214; D. Liebs, *Jurisprudenz*, in: R. Herzog/P. L. Schmidt (Hrsg.), *Handbuch der lateinischen Literatur der Antike*, Bd. 4 (K. Sallmann (Hrsg.), *Die Literatur des Umbruchs: von der römischen zur christlichen Literatur*, 117 bis 284 n. Chr.), München 1997, S. 129)。
- (81) Ulpus Marcellus. *トノーニウス・ユリウス帝の顧問令* (Kunkel, a.a.O. (Fn. 60) S. 213; Liebs, a.a.O. (Fn. 60) S. 108-109; T. Giaro, DNP, 12/1 (2002) S. 983 (s.v. Ulpus [81]))。
- (82) Quintus Caevrius Scaevola. *トールクス・アノーリウス帝の顧問令* (Kunkel, a.a.O. (Fn. 60) S. 113) によつて、後一十五年以来夜警長官 *praefectus vigilum* の職にあった。
- (83) BGU I, 326 = FIRA III Nr. 50. *この大書はトラン語で書かれた遺言の開封手続がおとつて、パピルス紙に記された謄本である* (Vgl. E. Nisoli, *Die Testamentseröffnung im römischen Recht*, Bern 1949, S. 56)。その作成時にギリシヤ語への翻訳が行われた。代表的な大書 *パピル* Th. Mommsen, *Aegyptisches Testament vom J. 189 n. Chr.*, in: *Gesammelte Schriften*, Abt. I; *Juristische Schriften*, Bd. 1, Berlin 1905, S. 436; H. Kreller, *Erbrechtliche Untersuchungen auf Grund der Gräko-Ägyptischen Papyrusurkunden*, Leipzig 1919, S. 367 u. 386; M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I: Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, pp. 49-50, 86, 125-126 *パピルス書* 44 年 B. Strobel, *Römische Testamentsurkunden aus Ägypten vor und nach der Constitutio Antoniniana*, München 2014, S. 110-150, insb. 122-125 が詳細な検記を行った。
- (84) Aemilius Papinianus. *トールクス・アノーリウス帝治下及び近衛都督 praefectus praetorio の補佐を務めた* (コンス・マンヌム [小川浩三訳] 『コンソルティウス』意味不明な法律家から北大法学論集四四巻一頁 (一九九三年) 一一一頁。Kunkel, a.a.O. (Fn. 60) S. 224 註持照を特定した)。Giaro, DNP, 9 (2000) S. 287 (s.v. Papinianus, Aemilius) によつて、マンヌム・アノーリス帝治下に解する。Babusaux, a.a.O. (Fn. 38), S. 4 によつて職にあった主体に疑問を提出する)。後一九四一〇一年護照拒否書記 *libellus* 後一〇五 一一一年近衛都督を担任する (各官職の任期がどうなるかが不明)。Kunkel, a.a.O. (Fn. 60) S. 224; Giaro, DNP, 9 (2000) S. 287 (s.v. Papinianus, Aemilius); マンヌム [小川訳] 前掲註 (註) 一一一一一三三頁。Liebs, a.a.O. (Fn. 60) S. 118 参照)。
- (85) Aelius Marcianus. *カトラキウス、エラガヌス帝のマンヌム・アノーリス帝治下の法学者* (Kunkel, a.a.O. (Fn. 60), S. 258; Liebs, a.a.O. (Fn. 60) S. 201; T. Giaro, DNP, 1 (1996) S. 172 (s.v. Aelius [II 17] Marcianus))。44 年 D. Liebs, *Juristen als Sekretäre des römischen Kaisers*, ZRG, RA, 100 (1983), S. 497-498 註 トレキトリスをカトラキウス帝治下に *Libellensekretär* (後一一

- 三二二八年)の職にあった可能性を指摘するが、Kunkel a.O. (Fn. 60) S. 258 はマルキアヌスの経歴等に関する伝承がないとす
 ぞ。
- (66) Herennius Modestinus, ウルビアーヌスの弟子。Kunkel a.O. (Fn. 60) S. 259; Liebs, a.O. (Fn. 60) S. 195.
- (67) Kunkel/Schernaier, a.O. (Fn. 23), S. 150 は、アウグストゥスからフラウィウス朝終了時(後九六年)まづを早期古典期(Frühklassik)、ネルヴァ帝からマルクス・アウレリウス帝まづを盛期古典期(Hochklassik)、をセウエール朝(後一九三〜二三五年)を晩期古典期(Spätklassik)と称する。
- (68) パウルス、ウルビアーヌスとともに信託遺贈に関する著作をも残してゐる(Pauli de fideicommissis libri III: Ulpiani de fideicommissis libri VI)。Vgl. O. Lenel, Palingenesia iuris civilis, Lipsiae 1889, vol. 1, p. 1099-1102; vol. 2, pp. 903-926.
- (69) キムゼンの校訂版(CIL, VI-2 (1882) n. 10229) 九三〜九四行目参照。
- (70) Johnston (1988) pp. 78-79.
- (71) W. W. Buckland, A text-book of Roman law from Augustus to Justinian, ed. 3 (rev. by P. Stein), Cambridge 1963, pp. 362-363.
- (72) Johnston (1985) pp. 220-290, ショーンストンの研究(Johnston (1985); Johnston (1988) pp. 76-116)の後、チサンティの研究(Desanti (1999); Desanti (2003))が現れた。後者の検討は他日を期した。
- (73) 本法文には多数のインテルポラーティオーの指摘がある。L. Mitteis/E. Levy/E. Rabel (ed.), Index interpolationum, tom. 2, Weimar 1931, p. 244-245.
- (74) P. Krüger/Th. Mommsen/R. Schoell/G. Kroll (ed.), Corpus iuris civilis (editio stereotypa), vol. 1 (Institutiones et Digesta), ed. 15, Beroolini 1928, 24' eos を削除し、eorum を挿入する旨のクリューガーの注が付されてゐる。同じ指摘は G. Ch. Gebauer/G. A. Spangenberg (ed.), Corpus iuris civilis, tom. 1: Institutiones et Digesta, Göttingae 1776, p. 559 n. 93 (ロンバントー版に依拠)にもみられ、『標準注釈』にも議論がある(Studio et opera Ioannis Fehi, Corpus iuris civilis Iustinianei, Tom. 2: Infortiatum, Lugduni 1627 (Nachdruck: Osnabrück 1965), col. 897 n. a)。翻訳にもこれを採用するものがある(新独訳五卷三三三頁、新伊訳五卷二五四頁)。
- (75) 旧独訳三卷二七八頁、新独訳五卷三三三頁、仏訳四卷一三三頁。英訳のみ condition。
- (76) 文法的明確性を重視してクリューガーの注(前注(74)参照)に従つた。
- (77) quasi [...] は理由を導く節と解した(新独訳五卷一三三三頁。vgl. Heumann/Seckel a.O. (Fn. 20), S. 485r (s.v. Quasi))。nudum praeceptum の他の用例(後注(89)参照)では、いずれも譲渡禁止の定めを指してゐるのと同じ類推の意味をもたせるのは適切ではなからうである。

- (78) verum は第一六項冒頭の Sed と譲歩を意味する呼応関係（確かに〜しかし）にあると解する。新独訳五卷三三二頁 (es treffe zu daß der Sohn [...], Aber [...]) は verum の意味を強くなりすぎているように思われる。
- (79) M. Kaser/K. Hackl, Das römische Zivilprozessrecht, Auf. 2, München 1996, S. 452-453.
- (80) Johnston (1985) p. 272.
- (81) ムルキアーヌス『法学提要』は、初学者向けの教科書と解されており (L. Wenger: Die Quellen des römischen Rechts, Wien 1953, S. 494 (auch Fn. 44)) その第八巻は、信託遺贈論 (de fideicommissis) であったと推測されている (Lenel, a.O. (Fn. 68), 1, pp. 663-666)。ガレイウス『法学提要』に遺言による譲渡禁止や家族信託遺贈が現れないことは、これらが当時の法技術であったことを意味する可能性がある。なお、D. 30.114.16 ではマルケッルスの見解への言及があり、マルキアーヌスが【0】を念頭に議論していた可能性を推測させる (Vgl. Lenel, a.O. (Fn. 68), 1, p. 616)。
- (82) 五十君麻里子「学説纂纂の causa の用法に関する覚書」法政研究六六巻二号（一九九九年）七八四〜七六二頁参照。Heumann/Seckel, a.O. (Fn. 20), S. 59-61 (s.v. Causa) は九項目、Brissonius, a.O. (Fn. 20), pp. 170-172 (s.v. CAVSSA) は十三項目の意義をそれぞれ掲げる。

(83) 【0】の他、次の法文も単純な譲渡禁止の定めを伝えるものとみてよいと思われる。

D. 31. 88. 15 (Scaev. 3 resp.): Instituto filio herede et ex eo nepotibus emancipatis testator ita cauit: 'πουόμου δε τής εμάς οικίας μη πωλείσθαι πρό τών κληρονόμων μου μηδέ δαυείσθαι κατ' αὐτῶν, ἀλλά μένεν αὐτός ἀκερταός αὐτός και υἱός και ἐγγόνος εἰς τὸν ἄνωτα χρόνον. εἰν δε τις πουόηθῃ αὐτῶν πωλήσθαι τὸ μέρος αὐτοῦ ἢ δαυείσθαι κατ' αὐτοῦ, ἐξουσίαν ἔχειτο πωλήσθαι τὸ συνκλήρονόμου αὐτοῦ και δαυείσθαι πρό αὐτοῦ, εἰν δε τις πωρά τούτα ποιήσῃ, ἔσται τὸ χρηματίζουμενον ἔχρηστον και ἄκρπον'. quaeitur, cum filius defuncti muttam pecuniam a Flavia Dionysia acceperit et locatis aedibus pro parte sua pensiones sibi debitas creditrici delegaverit, an condicio testamenti exstistisse videatur, ut filius suis fideicommissi nomine teneatur, respondi secundum ea quae proponerentur non exstistisse.

* P. Krüger/Th. Mommsen/R. Schoell/G. Kroll (ed.), Corpus iuris civilis (editio stereotypa), vol. 1 (Institutiones et Digesta), ed. 15, Beroini 1928 のイヌビテン語訳は次のとおりである。id est: Volo autem domus meas nec venundari ab heredibus meis neque hypothecae dari sed integras manere ipsis et filijs et nepotibus in sempiternum, quod si quis eorum partem suam vendere volet vel hypothecae dare, licet ei vendere eam vel hypothecae dare coheredi suo, si quis contra fecerit, quod acum est, inutile esto et irritum.

【訳】学説纂纂三二・八八・一五(スカエウオラ「解答録」三卷) 遺言者が、息子を相続人に指定し、彼から出た孫たちを家父権免除して、次のように定めた。「また、私は、私の邸宅が私の相続人たちから売却されず、抵当としても与えられず、そのままの

のが永遠に息子たちおよび孫たちに維持されることを欲する。しかしもし彼らのうちのある者が自らの持分を売りまたは抵当として与えることを欲するときは、彼らの共同相続人に与えることが許される。ある者が矛盾することをしたときは、その行為は無効であり、妥当しないものであるべし。死者の息子が、フラウィア・デオニュシアから貸付金を受領し、自らの持分について建物を賃借して、自分のために負われている賃料を債権者のために「支払うよう」指図していた場合に、遺言の条件が成就していたものとみられ、彼の息子たちに対し、信託遺贈を理由に義務づけられるのかが問われた。私は、提出された事情によれば、成就していなかったと解答した。

(84) [9] 41 D. 32. 93 pr. (Scaev. 3 resp.) と酷似するので、両法文を掲げる（相違箇所を太字で表記した）。

D. 32.38.4 (Scaev. 19 dig.): **Iulius Agrippa primipilaris** testamento suo cauit, **ne ullo modo reliquias eius et praedium suburbannum aut domum maiorem heres eius pigneret aut ullo modo alienaret**: **filia eius heres scripta heredem reliquit filiam suam neprem primipilaris**, quae easdem res diu possedit et decedens extraneus instituit heredes. quaesitum est, an ea praedia extraneus heres haberet an uero ad **Iuliam Domnam**, quae habuit patrum maiorem **Iulium Agrippam**, pertinerent. respondi, cum hoc nudum praeeceptum est, nihil proponi contra uoluntatem defuncti factum, quo minus ad heredes pertinerent.

D. 32. 93 pr. (Scaev. 3 resp.): **Lucius Titius** testamento suo cauit, ne ullo modo praedium suburbannum aut domum heres alienaret: **filia eius heres scripta heredem reliquit filiam suam**, quae easdem res diu possedit et decedens extraneus heredes instituit: quaesitum est, an praedia pertinerent ad **Iuliam**, quae **Lucium Titium testatorem** patrum maiorem habuit. respondi nihil proponi contra uoluntatem defuncti factum, quo minus ad heredem pertinerent, cum hoc nudum praeeceptum est.

右両法文の関係は、法文伝承の過程やスカエウラの著書の性格等に関わり、議論の蓄積がある。Vgl. R. Santer: Das Verhältnis zwischen Scaevolas Digesten und Responsen. ZRG, RA, 27 (1906) S. 151-210; F. Schulz, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cerevidius Scaevola*, in: *Symbolae Friburgenses in honorem Othonis Lenel*, Leipzig 1935, S. 143-244; P. Frezza, *Responsa e Quaestiones: Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, SDHI 43 (1977) pp. 203-262; M. Talamanca, *I clienti di Q. Cervidio Scaevola*, B IDR 103-104 (2000-2001), pp. 483-701.

(85) reliquias eius の解釈には争いがある。古来「墓 monumentum」と解するのが有力である。標準注釈 (*Studio et opera Ioannis Fehi, Corpus iuris civilis Iustinianei*, Tom. 2: *Infortiarum*, Lugduni 1627 (Nachdruck: Osnabrück 1965), col. 1063) / ヴンヤス (I. Cuiacius, *Recitationes sollemnes ad tit. de legat. III*, col. 857, in: *Opera omnia*, tom. 10, Lutetiae Parisiorum 1658 (reprinted ed. Goldbach 1996)) 以来、現在も有力な支持者がある (Johnston (1988) pp. 97-98 など)。これに対して、事典類は遺骨・遺灰・遺体という意味の用例と

し、日本法文を挙げた (Brissonius, a. a. O. (Fn. 20), p. 1187 (s. v. RELIQUIAE); Heumann/Seckel, a. a. O. (Fn. 20), S. 504 (s. v. Reliquiae))。また、学説彙纂の翻訳には遺産と解するものが多く (新独訳五巻 113 頁、旧独訳五巻 113 頁、仏訳四巻 113 頁)。古来の見解に立てば、【10】は讓渡禁止の定めと墓の密接な関係 (Vgl. Kaser (1977) S. 192-195) を示す一例と解しうる (Johnston (1988) pp. 97-103)。しかし、【10】の係争物件は地所 praedia ではなく、おもむく D. 32.93 pr. (Scaev. 3 resp.) (前注 (84) 参照) では reliquas eius が脱落している点に鑑みれば、reliquas は遺産と解するのが妥当ではなからかと思ふ。

(86) 前注 (18) 参照。

(87) Torrent (1975) p. 125.

(88) 例えば、次の法文の下線部①は讓渡禁止文言、同②は出捐文言と解されるが、【01】【06】とは異なっており、信託遺贈受遺者の範囲が讓渡禁止文言に含まれる形になっている。

D. 32. 38. 2 (Scaev. 19 dig.): Filiam suam heredem scripserat et ita cauerat: ‘uetu autem aedificium de nomine meo exire, sed ad uernas meos, quos hoc testamento nominavi, pertinere uolo’ [...]

〔訳訳〕学説彙纂 311・318・319 (スカエウオラ『法学大全』一九巻) (遺言者が) 自分の娘を相続人として書き、次のように定めた。「『また、建築物が私の名前から出て行くことを禁じるが、^①私がこの遺言で挙げた私の家内奴隷たちに帰属することを、私は欲す。』…… (後略)

(89) Vocabularium Iurisprudentiae Romanae, Tom. 4/1, Berolini 1914, p. 305 (s. v. nudus) によれば、【09】【10】(おもむく【10】と酷似する D. 32. 93 pr. (Scaev. 3 resp.) (前注 (84) 参照)) に見出される s. v. nudus。

(90) I. Cuiacius, Recitationes sollemnes ad tit. de legat. I., col. 1152, in: Opera omnia, tom. 7, Lutetiae Parisiorum 1658 (reprinted ed. Goldbach 1996).

(91) Johnston (1985), p. 229.

(92) おもむく【10】(スカエウオラ法文)の事案の特徴が、Aの遺言に記された讓渡・質入れ禁止の定めが (Aの相続人Bではなく) Aの相続人の相続人Cを拘束するかどうかにあると考えるならば、本文中で二番目に示した見解が魅力的にみえる。

なお、本文に示した諸見解のほか、前注 (84) 所掲の二つのスカエウオラ法文の伝承の問題を踏まえて、cum hoc nudum praecceptum est は古典期後のテクススト筆写の際に挿入された注釈であると考える有力な学説がある (Kaser (1977) S. 191 Fn. 72; Johnston (1985) p. 229, 279-280 など)。同じくテクススト伝承の問題に立ち入ることはできないが、本文に記したように nudum praecceptum の意味内容は多様でありうるので、右有力学説のように解さなければならぬものか、今後の検討に委ねたい。

- (93) FIRA III Nr. 50, Kol. 1, Z. 9-10. (id est: ne liceat vendere neque hypothecae dare.)
- (94) とすれば、【6】の勅答は【10】を踏まえて起案されたものようにも思われるのだが憶測といわねばなるまい。なお、【6】の勅答起案者はパービニアヌスの可能性がある。勅答発布時期(後一九八年頃—二二一年頃)がパービニアヌスの職歴——嘆願担当書記 *libellis* (後一九四—二〇二年)、近衛都督 *praefectus praetorio* (後二〇五—二二一年) とほぼ重なるからである。嘆願担当書記の任務は皇帝の勅答を作成する *libellus* であつた (O. Hirschfeld, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*, Aufl. 2, Berlin 1905, S. 329-332; Liebs, a.a.O. (Fn. 60), S. 118; Berger, a.a.O. (Fn. 18), p. 338 (s.v. *Alibellis*), p. 571 (s.v. *Magister libellorum*)). 442 近衛都督はマールクス・アウレリウス帝以後、皇帝の代理人として裁判に関与してつた (Kaser/Hackl, a.a.O. (Fn. 79), S. 464)。したがつて、【6】の勅答とパービニアヌス法文との関係も問題となりうるのだが (アंकム「小川訳」前掲注 (64) 二二二—二二三頁)、本稿では論じることができなかった。
- (95) *consultentes* (*consultere* 現在分詞複数主格) は法律助言者も意味しうるが (Vgl. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Tom. 1, Berolini 1903, p. 965 (s.v. *consulto*))、*libellus* は文脈上否定されよう。各国語訳も同じ見解である (旧独訳三卷二七六頁、新独訳五卷三二二頁、仏訳四卷三六九頁、英訳、新伊訳五卷二二三頁)。
- (96) Kaser (1977), S. 189.
- (97) Vgl. Pernice (1892), S. 61 Fn. 5.
- (98) 原田前掲注 (8) 二九三—二九四頁、Kaser/Hackl, a.a.O. (Fn. 79), S. 388-401; Kaser/Krittel, a.a.O. (Fn. 1), S. 457-458 (§ 85, 6-8), 新独訳五卷三三三頁。
- (99) 新独訳五卷三三三頁。
- (100) Kaser/Hackl, a.a.O. (Fn. 79), S. 403 u. n. 21. なお、国庫 *fiscus* は最優先に満足を受け (Kaser/Hackl, a.a.O. (Fn. 79), S. 402)。
- (101) 旧独訳三卷二七八頁注一一五、新独訳五卷三三三頁および仏訳四卷三六九頁。
- (102) D. 31, 69, 1 (Pap. 19 *quaeest.*): *Prædium, quod nomine familiae relinquatur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona hereditis nenant, tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis, post mortem eius non habiturus quod exter heres praestare cogerebitur.*
- 【試訳】学説彙纂二一・六九・一 (パービニアヌス『質疑録』一九卷) 地所が《家族》の名前によって遺されている。〔その地所の〕譲渡が任意になされたのではなく、相続人の総財産売却が行われた場合には、総財産売却がなされなかったならば、債務者〔＝相続人〕が〔その地所を〕保持していたであろうという限りにおいて、〔総財産〕買受人は〔その地所を〕留置するべきであるが、彼〔＝買受人〕の死後においては、〔その地所を〕保持するべきではない。何故なら、家外相続人であれば〔その地所を〕引き渡すこと

を強制されるからである。

(103) Johnston (1985), p. 276.

(104) zB. Buckland, aa.O. (Fn. 71), p. 363; Impallomeni (1967) p. 87; Torrent (1975) p. 131.

(105) 法律行為による譲渡禁止は原則として譲渡の無効を招来するものではないが、このことは【89】の勅答によつてはじめて明確化されたものとする。シッターイスの見解は、この意味で説得力をもつようになつたと思われる (L. Mittels, Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Bd.1, Leipzig 1908, S. 254, 415; Kaser (1977) S. 187)。