

---

---

論 説

---

---

# アントワヌ・ファーヴル(1557-1624) と D.36.1.44 の解釈

——信託遺贈における *restitutio hereditatis* の理解のために——

田 中 実

1. はじめに
2. 法文とキュジャース『観察と修正』12 卷 12 章
3. ファーヴル『市民法推測論』15 卷 13 章
4. ファーヴル『法実務家・法解釈学者誤謬集』50 卷 4 章
5. おわりに

## 1. はじめに

帝政期ローマで法的に認められることになった信託遺贈 (*fideicommissum*) には、義務者たる相続人 (*heres*) と権利者たる信託受遺者 (*fideicommissarius*) との関係についての様々なルールが発達した。特定物の信託遺贈と異なり、包括的な相続財産の信託遺贈 (*fideicommissum hereditatis*) には、ネロ帝治世下のトレベッリアヌス元老院議決 (紀元 56 又は 57 年) が<sup>3)</sup>、信託受遺者のために又は同人を相手方とする準訴権を付与し<sup>1)</sup>、ウェスパシアヌス帝治世下のペガスス元老院議決 (おそらく紀元 75 年) が<sup>3)</sup>、受遺者のためのファルキディウスの 4 分の 1 に対応する権利を信託受遺者に認めると同時に、相続債権者及び相続債務者との関係、並びに彼らの間の関係を規整し、さらに信託受遺者

のための、相続人に対する承継強制を定めた<sup>2)</sup>。

もっとも、ローマでは市民法上の準則である「一旦相続人になった者は常に相続人である」(semel heres, semper heres)が厳格に守られたため<sup>3)</sup>、信託受遺者はあくまで信託受遺者であり、後位相続人(Nacherbe)とされることはない<sup>4)</sup>。このため、相続財産に属する個々の物の引渡し(restitutio, die Gegenstände herausgeben)ではなく<sup>5)</sup>、本来無体物であるはずの相続財産の交付(restitutio, die Erbschaft übertragen)の義務が、名目的な1ヌムス硬貨による握取行為によって<sup>6)</sup>、後にはこうした方式によらずに(durch *mancipatio nummo uno*, später formfrei)履行され、相続財産は移転しているにもかかわらず、後にテオピルス『法学提要ギリシア語義解』においては「無体的なもの」(τὸ ἀσώματον)と表現される「相続人たる身分(資格)」は相続人とどまり<sup>7)</sup>、信託受遺者は「相続人の地位」(loco heredis)を占めるにとどまる、とされる<sup>8)</sup>。この法律構成の中で、相続人が相続財産の交付義務を果たした後に、共同相続人に指定された者が承継しない又はできないことになった相続分は、遺言者の明示的意思なき場合、相続人に添加するのか、あるいはすでに交付された相続財産に添加するのか、疑問が生じる。添加権はあくまで相続人たる身分(資格)に添加するというのが一般的な理解である<sup>9)</sup>。

本稿では、以上を前提に、まずはD.36.1.44(ウルピアヌス『告示註解』)に対する人文主義法学者ジャック・キュジャース(Jacques Cujas, 1522–1590)の解釈を読み、それを受けてのアントワーン・ファーヴル(Antoine Favre, 1557–1624)の議論を紹介するものである<sup>10)</sup>。この法文はそもそも、相続人が相続承継を望まない場合に、ペガスス元老院議決が定めた相続財産の承継強制が行われ、同元老院議決が認めた4分の1の留保権も認められず、信託受遺者との間で能動的・受動的訴権移転のための問答契約も不要とされる事案における<sup>11)</sup>添加の問題を扱うものである。中世法学と対比するとき、人文主義法学は、法文批判や歴史的解釈を本格的に行ったのみならず、ローマ法学者の立論の、より精緻な分析を試みたのであり、大胆な改竄想定で有名なファーヴルも<sup>12)</sup>、その立論を丁寧に読むと、後者の特徴も浮かびあがってくる。人

人文主義法学時代にこの法文に対するいくつかの修正提案は、法解釈の実質に大きな影響を与えなかったと評価されることもあるが<sup>13)</sup>、彼の解釈を取り上げ、彼が援用する法文についてはその援用の意義を指摘しつつ、人文主義法学者の法文に対するアプローチを、比較的詳細に検討してみたい。

## 2. 法文とキュジャース『観察と修正』12巻12章

まずは、パピニアヌスの議論を報告する D.36.1.44 をモムゼン版で読みみよう。

ウルピアニス『告示註解』22巻

〔相続財産の〕2分の1につき相続人に指定された者が、〔信託遺贈によって〕相続財産を交付することを依頼され、彼は、相続財産は債務超過の疑いがあると述べるが<sup>14)</sup>、強制されて承継し、その後、信託受遺者が、交付の後に相続財産の〔他の共同相続人の〕相続分が指定相続人に添加したことを知ったとき、彼のために他の行為 (actio)が必要かどうか、をパピニアヌスは論じている。そして彼は、その者〔=信託受遺者〕は前者〔=承継〕については (de illo) 心配無用であろう、と述べている。明らかに後者〔=交付〕については (de hoc) だけは、その相続分が添加した後に新たな交付が必要であるか問われなければならない〔が、この交付は全く必要ない〕、と述べているのである。

D.36.1.44 Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum.

Papinianus tractat, si quis heres institutus ex semisse rogatus *sit* restituere hereditatem et eam suspectam dicens compulsus adit, deinde fideicommissarius gnarus sit [fit?=Momm.] adcrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi, an opus sit ei alia actione. et ait securum esse eum posse de illo: plane de hoc solo quaerendum ait, an ei opus sit

nova restitutione, posteaquam portio adcrevit: sed ne hanc quidem necessariam esse. [下線は筆者による]

この法文は<sup>15)</sup>、流布本では以下のように読まれていた<sup>16)</sup>。

#### D. 36.1.43

Papinianus tractat si quis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem: et eam suspectam dicens compulsus adiit: deinde fideicommissarius ignarus sit accrevisse portionem hereditatis post restitutionem scripto heredi: an opus sit ei alia actione. et ait securum eum esse. De illo plane solo quaerendum ait: an opus sit ei nova restitutione postea quam portio adcrevit. [下線は筆者による]

まず、法文の内容として、相続人が債務超過の疑いがあると考えた相続財産につき、信託受遺者が承継されることを望み、皇帝勅法に基づき承継強制を申請するケースとして、どのような事例が考えられるであろうか。信託受遺者が遺言者の奴隷であり、自由が信託遺贈の対象であるときは、比較的分かりやすい。被相続人と信託受遺者の間に特別な人的関係があることも推測されよう。純粹に経済的な動機だけを考えると、相続財産に対する評価が相続人と信託受遺者とで異なる場合も考えられよう。

流布本とモムゼン版の読みの顕著な違いの一つは、前者では「その後、信託受遺者が、交付後に相続財産の〔他の共同相続人の〕相続分が指定相続人に添加したことを知らなかったとき」(deinde ... ignarus sit) となっていたことである。この「知らなかった」はフィレンツェ写本でも確認され<sup>17)</sup>、ハロアンダー (Gregor Haloander, 1501–1531) も<sup>18)</sup>、ドゥニ・ゴドフロワ (Denys Godofroy, Dionysius Gothofredus, 1549–1622) も維持していたが<sup>19)</sup>、モムゼンは、ギリシア語版が信託受遺者の不知につき述べていないとのキュジャースの確認《Cuiacius, quod confirmat silentium Graecae versionis de ignorantia fi-

deicommissarii》を註記し、後に見るように、キュジャースの「知ったとき」(gnarus)を採用している。このキュジャースの修正は大方の賛同を得たが、後代 17 世紀のスペインのフェルナンデス・デ・レテス (José Fernández de Retes, 1620?-1678)<sup>20</sup>やドイツのグリュック (Christian Friedrich Glück, 1755-1831) のように、それを不当と考える者もあった<sup>21</sup>。第二の顕著な違いは、末尾の問いに対する解答部分について、流布本でもフィレンツェ写本でも欠落しており、モムゼンは《Tipucitus ita reddit》として、「ともあれ、交付を請求された相続人には第二の交付の必要がない。」(… πῶς οὐ χρειάν ἔχει ἀποκαταστά(σεως) δευτέρας ὁ ἀξιωθ(εῖς) τῆς ἀποκαταστά(σε)ως.) との *Τιπύκειτος* (Was steht wo) の命題から復元を試み<sup>22</sup>、交付は不要だとの解答を付加しているが、この部分は、1647 年に出版されたファブロ版バシリカ法典には未だ掲載されておらず、後に見るように、人文主義法学時代の議論では利用されていない<sup>23</sup>。

さて、この法文につき、キュジャースは、『観察と修正』(*Observationes et emendationes*) 12 卷 12 章で論じている<sup>24</sup>。彼は、冒頭で、「添加権はすべての権利承継者 (iuris successor) に移転するわけではない」と述べ、トレベッリアヌス元老院議決による信託受遺者は権利承継者ではあるが、信託受遺者には添加権は移転せず、信託遺贈義務を負う相続人が自己の意思で承継する場合、相続人不存在となった相続分は信託受遺者に添加しないどころか、その相続分についての債権すら生じない、とする<sup>25</sup>。キュジャースは、「遺言者が、信託受遺者が有するようにと欲していた以上のものを、信託受遺者が有することはない」(ne scilicet plus habeat fideicommissarius quam testator eum habere voluit) ことを、その理由として挙げている。彼によれば、遺言者の意思こそが決め手であり、信託受遺者は、それ以上又は以下のものを有することにはならず、相続財産の権利 (ius hereditatis) が減少させられることがないと言う<sup>26</sup>。

しかし、D.36.1.44 では、相続人は承継を望まずに強制されたが故に、以上のことがあてはまらない。被相続人の意思を無にした者は、相続人に値し

ない者 (indignus) となる<sup>27)</sup>。このため、承継していなかったなら有することのなかったものはすべて失う。つまり、ファルキディウスの4分の1も、先取遺贈 (praeceptio) も、「父の相続人になるならば」との条件付未成熟補充指定も、添加権も失う<sup>28)</sup>。これに対して、無条件でなされた通常補充指定や未成熟補充指定のように、たとえ承継せず相続人にならなくとも有するであろうものを失うことはない。逆に、自己の意思で承継した者は、ファルキディウスの4分の1も、添加するものも、留保するわけである。

このような前提を提示した後に、キュジャースはD.36.1.44を解説する。

彼は、まず、パピニアヌス『質疑録』3巻を援用するD.8.5.6.4 (ウルピアヌス『告示註解』)を参照すべき法文として挙げる。この法文では、持分に依りて分割して訴えがなされる用益権と異なり、土地が共有の場合であってもその他の役権の訴えは分割できないのに対し、隣家の重みを支える壁の修理という作為義務を課す役権 (servitus oneris ferendi) については、修理費の分割が可能であるため、訴えも可能であることが述べられている。援用は分かりにくいですが、キュジャースは、役権について一人の訴えによってさらなる訴えが許されるかどうかという問題の中に類似性を見ていると思われる<sup>29)</sup>。実際、キュジャースは、我々の法文に沿って、他の actio が必要か、添加相続分の承継強制が必要かを問い、信託受遺者は「心配無用」(securum esse) であり、相続人に対する債権を有するのだと述べている。そして彼は、この不要なことを、流布本が示しているように actio ではなく、相続人の「承継」(aditio) であると読み替える。さらに、すでに本稿でも予め述べたように、信託受遺者が添加を「知らない」では意味が通じず、知ったことを想定しなければならぬとし、「知って」(gnarus sit)、又は veteres (古写本?) が述べていたように、「添加したことを知って」(gnarus adcrevisse) と修正して読む。キュジャースは、actio を法律用語としての「訴権」と理解し、承継強制には、訴権が付与されるのではなく、法務官による特別な裁定を申し立てることになる、というローマの手続を考慮した上で、actio を修正する必要があると考えている。このことはここでの援用法文からも分かる。彼が援用する

のは、いずれも同じトレベツリアヌス元老院議決に関する章からの、「裁定」(decretum) にあたり相続承継を拒絶する相続人が居合わせる必要はないことを述べる D.36.1.6pr. (ウルピアヌス『信託遺贈論』)、まさに債務超過の疑いのある相続財産を「法務官の裁定」(decretum praetoris) に基づき相続人が承継するとする D.36.1.69pr. (ウァレンス『信託遺贈論』)、例えば錯誤によって、法務官が、信託遺贈に基づくように (ut ex fideicommisso) 事案を審理し交付を命じた場合の効果を論じる D.36.1.67.2 (マケナトゥス『信託遺贈論』) である。

このように、actio の読みを否定しつつ、最初の一回の承継で十分であることの証左としては、相続人に指定された者が同時に共同相続人の補充指定相続人であった場合、望まずとも、相続人としての行為によって補充指定による相続人となること、主人又は家父の命令で相続し、解放又は家父権免除を受けた者についての補充指定も同じであるとする D.29.2.35pr. (ウルピアヌス『サビヌス註解』)、遺産占有の承認は一度で行うべきであるとする D.37.1.6pr. (パウルス『告示註解』)、及び、共同相続人のうちの一人のための補充指定相続人が遺産占有を望まなければ、承継した共同相続人にその遺産占有も法上当然に添加するとする D.37.11.2.8 (ウルピアヌス『告示註解』) を援用する。添加相続分について、信託受遺者は、相続人が承継するようにとの裁定を申請する必要はない。しかし「心配無用」(securum esse) なのはこの前者である承継についてであり、問題は、後者の交付 (restitutio) も不要で、信託受遺者は増加分 (incrementum) を法上当然に取得するのか、相続人の何らかの行為 (opera) が関与しなければならないかである。承継が不要なのは全くもって確実であるから、パピニアヌスの質疑はこの後者について問うているのである。以上が、キュジャースの解説である。彼は、法文の欠落をそのまま反映させ、この問いに対して解答を述べていない。

### 3. ファーヴル『市民法推測論』15巻13章

ファーヴル『市民法推測論』(Coniectura iuris civilis, 以下、『推測論』)15巻13章は、軍人による通常補充指定、未成熟補充指定、信託遺贈補充指定を扱うC.6.26.8pr.と、我々の法文D.36.1.44を論じている<sup>30)</sup>。後者の法文については主に12節から18節で論じられている。

さて前者の法文では、「一旦相続人となった者は常に相続人にとどまる」との準則が兵士には適用されないとの特権が確認されている<sup>31)</sup>。従って、D.29.1.41pr.(トリポニヌス『討論集』)は、兵士には始期や終期を定めた相続人指定が可能であり、一定期間終了後に無遺言相続とすることもできると述べている。そして添加が生じる場合には相続人に添加権が帰属することになる。しかし、兵士遺言で補充指定された者が信託遺贈補充指定で評価される時、法律関係は変わり、添加相続分はまずは相続人に、その後彼に帰属することになる(11節)。この帰属のあり方を述べているのがD.36.1.44である。ファーヴルは、添加につき承継は不要であるが、この法文では、交付は必要かどうか疑義(法的論点)であったとする。彼は、キュジャースに反対して、パピニアヌスは交付が必要であるとする考えに傾いているのではないかと考える(13節)。

そして、承継と交付は意味合いあるいは方法(ratio)が異なるとして、まずは承継は一回でよいことがいくつかの例を挙げて示される。つまり、先に指摘したように、すでにキュジャースが援用していた、相続人に指定された者が同時に共同相続人の補充指定相続人であった場合を論じるD.29.2.35pr.(ウルピアニヌス『サピヌス註解』)、相続財産の一部につき無条件で別の一部につき条件付で相続人に指定された者も、前者の承継で後者も帰属することになるとするD.29.2.53pr.(ガイウス『ユリウス・パピウス法註解』)、相続財産の一部につき相続人に指定され別の一部につき相続人の未成熟補充指定を受けて



いる者は、自身が未成熟者より先死しても承継しないわけにはいかないとする D.29.2.59 (ネルウァ『備忘録』)、複数の相続分につき指定されているとき、たとえある相続分について補充指定相続人があったとしても、一回の承継で、その相続分については相続承継しないことはできないとする D.29.2.80pr. (パウルス『ユリウス法註解』) が援用されている。

そして一旦承継されると、被相続人の意思はすべて承認されたと想定される。ファーヴルがこのために援用するのは、D.36.1.57.2 (パピニアヌス『質疑録』) である。やはり債務超過の疑いがあるとされた相続財産に関する複雑な法文であるが、その前半部分で、第一信託受遺者がさらに第二信託受遺者への交付を依頼されているとき、相続人も第一信託受遺者も承継を望まない場合、この第一信託受遺者には、やはり4分の1の留保は認められず、全相続財産を第二信託受遺者に交付することが強制されている。そして、一旦相続財産が承継されたときは被相続人の意思の全面的な承認が想定されることが、その理由として挙げられている<sup>32)</sup>。このように、この法文では、被相続人の意思の全面的な承認と述べてはいるが、その承認の内容は、キュジャースが主張していた添加についてではなく、最終的な信託受遺者への帰属の実現についてである。ファーヴルはさらに D.38.16.9 (マルキアヌス『法学提要』) を援用する。ここでは、一旦相続人が承継すると、共同相続人の死亡後に生じた別の共同相続人の相続分の添加は相続人に生じる、とされている。このように学説彙纂の他の法文が探究され、遺言者の意思の全面的な承認とは言っても、その意思は、添加権の帰属にまで及ばないことが明らかにされる。

こうして、ファーヴルは、承継は一回であるが交付はそうではないとして両者を対比させ、遺言に基づいて今一度の交付について訴える必要があるとする。ほかでもなく、遺言者が望んだように、信託遺贈につき有効に交付できる。これについて、ファーヴルは、信託受遺者である婦女は、この遺贈債権を嫁資として夫に与える問答契約を締結していても、まずは彼女に交付すべきであるとする D.23.3.59.1 (マルケッルス『法学大全』) を援用する (14節)。

添加は同じ権利に基づいて承継する者の間で、つまり共同相続人間で生じるのである。強制的になされた添加と交付の後でさえ、添加は共同相続人に生じるのであり、このため新たな交付が必要かの疑問が生じる(15節)。家息又は奴隷を通じて相続財産が取得されるときには、相続分の数だけ承継が必要であるとする。このことを彼は、D.29.2.35.1(ウルピアヌス『サビヌス註解』)やD.29.2.36(ポンポニウス『サビヌス註解』)から確認する<sup>33)</sup>。しかし、これらの法文は、家父は家父で、家息は家息で相続人に指定されていた事例である。権力服従者が一部につき無条件で別の一部につき条件付で相続人に指定されていたときは、権力者たる主人又は家父が命じた時に譲渡された相続分のみについて承継が有効なのである。従って、信託遺贈義務を負う相続人によってあらためて承継がなされ、彼によって、又は彼が死亡したときはその相続人によって、交付の実行(*ministerium restitutio*)がなされる(16節)。このように相続分の数だけ交付が必要である。強制されて承継した相続人が添加分を留保したいと考え、信託受遺者がこれに同意したときはどうか、とファーフルは問い、すでになされた交付の効力に基づきまずは信託受遺者に取得され、何らかの方法で再び返還譲渡が必要である(*ex vi factae restitutionis hanc quoque portionem acquisitam esse fideicommissario, et aliqua, retrocessione opus esse*)とは誰も考えはしないであろうとする。この場合は、交付を行わないだけで十分だと言う(17節)。ファーフルによれば、強制されて承継した相続人が失うものの中に添加権は入らない。彼が失うのは、もし任意に承継していたなら添加権に基づき相続人に到達することになっていたであろう利益であって、添加権が分かれることなく結合している相続人としての名義ではない(18節)。この準則が基準となるのである。

ファーフルが、『推測論』15巻13章でこの法文を論じたのは、C.6.26.8pr.の解説の一環として、相続人である兵士の補充指定相続人は信託受遺者に比肩できないことを示す意味があった。兵士遺言では明示的な定めがない限り添加権は生じない。D.29.1.6(ウルピアヌス『サビヌス註解』)ではっきりと述べられているように、兵士は、一部は遺言によって一部は無遺言で死亡するこ

とができるからである。つまり承継されない相続分については法定相続人が存在するわけである。このことから、添加権は遺言者の意思というよりも法律の効果として導入されている制度であることが分かるのである (20-21 節)<sup>34)</sup>。

#### 4. ファーヴル『法実務家・法解釈学者 誤謬集』50 卷 4 章

ファーヴルは『法実務家・法解釈学者誤謬集』(*De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*. 以下、『誤謬集』) 50 卷 4 章で、D.36.1.44 に絞って、より本格的な検討を行っている<sup>35)</sup>。この問題につき、『推測論』と『誤謬集』で互いに引用がない。内容からすると、『誤謬集』では、『推測論』での主張が深められ、より確かな論拠で自説が説かれている。当該巻の出版時から、『誤謬集』が後に書かれたとの推測も許されよう<sup>36)</sup>。

ファーヴルは、冒頭で、我々の時代の学者たちは、D.36.1.44 でウルピアヌスもパピニアヌスも添加権が信託受遺者に移転することを疑っていなかったと考えている (*vulgo nostri putant*)、とする。事実、例えば、バルドの弟子であるデ・カストロ (Paolo di Castro, Paulus Castrensis, 1360/62-1441) は<sup>37)</sup>、この法文に対する註解で、単純に、「相続財産交付後に相続人のいない相続分は、新たな承継又は交付なしに信託受遺者に添加する。こう述べている」(*Portio deficiens post restitutionem haereditatis accrescit fideicom. sine nova aditione, vel restitutione. h.d.*) としている。もっとも、信託受遺者に帰属するものにつき、バルトロ (Bartolo da Sassoferrato, 1313-1357) は「添加権によって来るもの」、おそらくデ・カストロの弟子であったイモラ (Alessandro Tartagni da Imola, 1427-1477) は「添加権によって取得されるもの」と、より慎重な説明にとどめていた<sup>38)</sup>。いずれにせよ、彼らは、キュジャースやファーヴルのようには、この法文の事件における強制に注目していないように思われる<sup>39)</sup>。そして

帰属の理由として、こうした従来の学者たちは、信託受遺者は権利承継者であり、「相続人の地位」にあることを挙げる。ファーヴルは、この説を全く誤りだとし（2節）、キュジャース『観察と修正』12巻12章が説いていることが正しいとする。信託受遺者は承継者ではあるが、彼に添加権は移転しない。この理由につき、ファーヴルは、添加権というのはそもそも被相続人に帰属するものでもなければ、遺言者の意思（voluntas）に依拠するものでもなく、法律の恩恵（beneficium legis）に基づくものであることを指摘する<sup>40)</sup>。我々が上で彼の『推測論』で確認した主張である。信託受遺者は、被相続人から相続人に移転されていた権利だけを承継するわけではない（3節）。信託遺贈によって承継されるのは、相続人ではなく遺言者であることは全くもって周知のことであり<sup>41)</sup>、だから、遺言者の承継者であるからという理由で添加権が信託受遺者に移転しなければならないとするのは不適切である、と言うのである。

なるほど、上述したスペインのデ・レテスは、信託受遺者に法上当然に移転するならそもそも D.36.1.44 の二つの問いが無意味になると至極もったもな指摘をしているが<sup>42)</sup>、事実、ファーヴルも後に9節で同様の趣旨を述べている。しかしここでファーヴルは、「添加権」や「相続人の地位」をこのように少しく詳細に説明しているのである。信託遺贈によって承継されるのは遺言者にほかならないことにつき、D.28.6.41.3（パピニアヌス『解答録』<sup>43)</sup>）と D.31.68（パウルス『質疑録』）が挙げられている。前者は、父が息子を相続人に指定し、未成熟で死亡したときには相続財産を第三者に交付するようにと依頼したとき、息子の法定相続人は、ファルキディウスの4分の1を留保した上で、信託遺贈であるかのように交付を強制されるのであるが、息子の資産（facultates）は信託遺贈の対象とはならないことを述べ、後者は、生存中に夫婦間贈与で妻に与えられたものは、明示しない限り信託遺贈の客体とはならない、としている。

信託受遺者は「相続人の地位」に立つから添加権は彼に帰属するとする理由も同様に不適切である。この表現は、「相続人を範例として、相続人であ

るかのように、被相続人のすべての権利を承継するかのように」(ut exemplo heredis et acsi heres ipse esset, succedat in iura defuncti omnia) との意味であり、相続人の権利を承継するわけではない(4節)。そして相続分が相続分に添加するのは、漸次の寄洲作用(alluvio)のごとくであるとする。その証左として、ファーヴルが挙げるのは、所有権の一部を請求し敗訴した場合と、用益権の一部を請求し敗訴した場合につき、後の増加分に対する規範力の抗弁の違いを扱う D.7.1.33.1 (パピニアヌス『質疑録』)である。法文の末尾では、農場の一部は漸次の寄洲作用のように、その土地の一部に増加するのに対し、用益権は農場にではなくその権利者に増加すると述べられている<sup>44)</sup>。増加や添加の帰属先について、客体の場合もあれば主体の場合もあり、添加分はまずは相続人たる主体に帰属するということの証左として援用されていると思われる。そして、「すでに交付がなされた相続分を信託受遺者が有することは否定できないのだから、添加分も有することにならないのはなぜかをまさに解答すべきであったのに、キュジャースは何も解答したことにはならず、不当な理由に動かされている」と述べ<sup>45)</sup>、キュジャースは問題を回避して遺言者の意思に還元してしまっている、と非難している(5節)。

つまりキュジャースの論理は(残った相続人又は受遺者が一人であるために)全体についてであれ、sociusつまり共同相続人や共同受遺者がいるために減少されるのであれ、添加権は、相続の権利又は遺贈の権利にはかならないから、遺言者が望んだより少なくとも多くも有することがないようにする、というものである。しかし、ファーヴルによれば、このことは遺贈と信託遺贈については正しいが、相続財産の添加権は、法律の力(potestas legis)によるものであり、遺言者の意思に反することさえある。つまり共同受遺者や共同信託受遺者の間で生じる添加は遺言者の意思に依拠するが、共同相続人間ではそうではない。このようにすでに我々が上で確認した主張をより丁寧に述べている。たとえ遺言者が望まなくとも、相続されない相続分は必ず共同相続人に帰属する。ファーヴルは述べていないが、実際に、この共同相続人のレヴェルで添加権を否定すると、「何人も一部は遺言で一部は無遺言で死亡す

することはできない」(Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.) とするローマの原則に反するか<sup>46)</sup>、又は国庫への帰属を想定しなければならなくなってしまうかも知れない。受遺者や信託受遺者のレヴェルだと、添加しなければ遺贈義務者に帰属することになるので問題は生じない。このようにファーズルは明確に区別し、遺言者の意思に反しても、すでに交付された相続分になぜ添加しないのかの理由を述べている。受遺者間でなら添加は遺言者の意思によって導入され、特定信託遺贈についても同じである。添加を認められなければ、相続人とどまるだけのことである。

相続財産の一部 (pars hereditatis) は相続財産ではあるが、信託遺贈に基づいて交付された相続財産又は相続財産の一部はそうではない。相続財産は承継されると直ちに相続財産であることをやめ、相続人の財産となる。だから信託受遺者へ交付された相続分はもはや相続財産ではない。ファーズルは、D.36.1.19.2 (ウルピアヌス『サピヌス註解』) を援用し、ウルピアヌスが、「相続財産を交付することを依頼されている者は、相続財産に属していたものを権利者の手に帰するように依頼されている」(quoties quis rogatur hereditatem restituere, id videtur rogatus reddere, quod fuit hereditatis.) としつつ、「果実については相続財産からのものではなく物そのものから受領されたのだ」(fructus autem non hereditati, sed ipsis rebus accepto ferruntur.) と厳密に (elegant) 区別していることに注目する (6節)。

信託受遺者に交付されたものはもはや相続財産ではないから、彼は交付によって相続人になるのではなく、「単に相続人の地位に」(tantum heredis loco) 入るのであり、交付されたものは相続財産ではない。加えて、法律が相続財産と相続人を作るのだ、と法律の重要性を指摘する。この証左としてファーズルが挙げるのは、軍役に服していた息子が、小書附によって死後はティティウスに交付するように法定相続人たる父の信義に委ねた事例で、相続人としての父はファルクディウスの4分の1を控除できるか (deducere possit) を論じる D.35.2.18pr. (パウルス『質疑録』) である。ここでパウルスは、ピウス帝によって信託遺贈のためにファルクディウスの4分の1が無遺言相続の

場合にも導入されたが、軍営特有財産については父のもとにあるときには相続財産ではなくあくまで特有財産であり、ファルキディウスは適用されないとした上で、この息子が敵のもとで捕虜として死亡した場合にファルキディウスが適用されるのは、捕虜になる前に死亡したものと扱うコルネリウス法の擬制による、と説明する。法律がこうした擬制を可能にすることを例示して、「相続財産も相続人もコルネリウス法の擬制を作る」(fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit) との結論を引き出す<sup>47)</sup>。さらに、信託遺贈の相続財産 (fideicommissaria hereditas) という言い方がなされるとの反論に対しては、もはや死亡しているにもかかわらず、死亡した人 (mortuus homo) と言うのと同じく、かつてそうであったことを表現する語の濫用によるのであり、信託受遺者のもとで相続財産であるということにはならないとする (7節)。

このように、無体物としての相続財産は交付されると同時にもはや相続財産とは言えない存在となるとの論理で、添加権が相続人にとどまることを説明する。つまり、相続財産に属する個々の物の引渡しではなく、あくまで相続財産の交付 (restitutio) ではあるが、交付され信託受遺者が有しているのは、もはや相続財産でも相続分でもない。これに添加が生じるわけではない。この構成があてはまらない場合として、ファーヴルは複数人に遺贈がなされた用益権を挙げている。これは設定された後に失われる用益権の持分 (pars usus-fructus) の添加は、相続人ではなく別の用益権者に生じるからである。これについて、ファーヴルは、D.7.2.1.3 (パウルス『サビヌス註解』) で報告される、「用益権は日々設定され遺贈されるから」とするケルススとユリアヌスの論拠を挙げる。

このように、全部であろうが一部であろうが最初の相続財産交付後も、相続財産と相続人は同じ法・権利で評価され、交付後も相続人にとどまる。ファーヴルは、D.41.3.22 (ヤウォレヌス『書簡集』) の「相続人と相続財産と二つの呼称を有しているが、ともに一つの人格を言い表している」(Heres et hereditas tametsi duas appellationes recipiunt... unius personae tamen vice funguntur.)<sup>48)</sup> と「相続財産が交付されても、にもかかわらず交付した者は依然として相続



人である」(Restituta autem hereditate is quidem qui restituit nihilo minus heres permanet) とする Inst.2.23.3 を援用する。交付については、「相続分自体 (hereditas, portio) というよりも、その相続分に属する財産 (bona portionis) を交付したと解される」(nec tam portionem ipsam quam bona portionis restituisse intelligitur) というのがファーズルの理解である。

このように、相続財産の交付が信託遺贈の義務であるにもかかわらず、ファーズルは、信託受遺者が受けるのはもはや相続財産ではないという巧妙な立論を行う。いずれにせよ相続人は相続人の名義も、そして相続財産も信託受遺者に移転できない。トレベツリアヌス元老院議決も訴権移転のためのものである。ここで彼は、「相続財産は、体素がなくとも法的に理解される存在である」(Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet.) との D.5.3.50pr. (パピニアヌス『質疑録』) との基本的な観念を援用し、相続分は、信託受遺者ではなく相続人に添加しなければならないことを明らかにする(8節)。

以上の理解に従い、ファーズルは D.36.1.44 を解釈する。この事件では、相続人が債務超過の疑いのある相続財産の承継を望まない、つまり被相続人の終意に添いたくないと考え (supremas preces destituere voluit)、承継を強制されている。従って、この者から、「相続人でなかったとすれば有しなかったであろうすべての利益が奪われなければならない」(omne lucrum auferendum est quod vel habuerit el habere potuerit, non tantum ex testamento, sed etiam occasione testamenti, quicquid non habuisset si heres non fuisset) というのが、ファーズルの解釈判断にとって基本となる。この基本的立場を、彼は、D.36.1.28.2 (ユリアヌス『法学大全』) の冒頭「相続財産が自らには債務超過の疑いがあると述べる者は、相続人に指定されなかった、又は承継しなかったとすれば有することのなかったであろう、遺言に基づくいかなる利益も取得しない」(Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adisset.) や、すでに『推測論』の紹介で挙げた D.36.1.57.2 (パピニアヌス『質疑録』)、「元老院は、放棄した相続分からその者のもとに何も残らないことを意図している……」(sena-



tus nihil apud eum ex ea parte, quam derelinquit, voluit relinquere ...) と述べる D. 36.1.57.3 in fine (パピニアス『質疑録』<sup>49)</sup>), さらに、承継を強制された相続人への給付という条件が付いていた場合に、条件成就のために与えたものに対する不当利得を信託受遺者に認める D.12.6.34 (ユリアス『法学大全』) を援用する。加えて「法務官の命令で相続財産を承継する者はすべての利益から遠ざけられなければならない、と私は解答した」(respondi eum, qui iussu praetoris adit hereditatem, omni commodo prohiberi debere) と述べる D.36.1.28.14 (ユリアス『法学大全』) も援用される。これらの法文を Beleg として列挙した後に、「強制された相続人は、利益に関しては相続人でないかのように扱わなければならない」(in iis tamen quae ad ipsius commodum spectant perinde habendus est acsi non esset heres) との命題にまとめた後に、ファーヴルは、法務官に承継を命じられた相続人には4分の1の利益を行使することができないとする、学説彙纂におけるトレベッリアス元老院議決についての同じ章の中では、これまで援用されてきた法文よりも先に位置づけられている D.36.1.4 (ウルピウス『信託遺贈論』) を指摘する。この法文では、相続人には相続拒絶が完全に可能なのであるから、いかなる理由で拒み強制されたのか、また相続財産の内実が実際に支払不能であったかどうかに関係なく、この利益は奪われることが説明されている。

すでにデ・レテスを挙げて、上で指摘したように、ファーヴルは、相続人が承継しないことになった相続分が他の共同相続人に添加するからこそ、D.36.1.44 でも、信託受遺者のために新たな強制や交付が必要かどうかを問われるのだ、としている<sup>50)</sup>。こうしてファーヴルは、この法文では相続人が強制されて承継したことが重要であり、強制されずに任意に承継していたときは、添加相続分は相続人に帰属し、遺言者に別段の明示的意思がないときは、相続人にとどまると立論する。このように、キュジャースも注目した相続承継の強制の効果につき、ファーヴルは法文に依拠した、より手堅い証明を行う<sup>51)</sup>。

パピニアスは、添加するのが相続人なのか信託受遺者なのかを議論して

おらず、「指定された相続人に添加した」(adcrevisse scripto heredi)と明言している。パピニアヌスが問うていたのは新たな強制 (coactio) を必要とするかどうかだけである (9節)。

この強制のために、信託受遺者に何らかの訴権 (actio) が用意されていたわけではなく、キュジャースが指摘するように、法務官に対して特別審理による裁定が要請されるわけだから (nulla sit actio prodita fideicommissario ad compellendum heredem adire, sed extra ordinem a praetore decretum postuletur), ファーヴルは、法文の actio を coactio と修正することを提案する。キュジャースは、actio を aditio と修正することを提案し、添加分につき、相続人があらためて承継することが必要かが問われていたのだとしていたのに対し、ファーヴルは、強制がなされるのは承継であるが、「新たな承継が必要か」との問いには、「新たな強制が必要か」は含まれていないのに対して、後者には前者も含まれるから、「強制」(coactio) へ修正することを提案する。

すでにバルトロ (Bartolo da Sassoferrato, Bartolus de Saxoferrato, 1314–1357) は、actio について訴権という名称で審判人の職権として広く解されると説明していたのであり<sup>52)</sup>、後代には、この actio は「訴権」と厳格な専門用語として理解する必要はなく、「行為」と一般的な意味で理解することで、この修正提案を回避しようとする解釈がなされる<sup>53)</sup>。しかし、actio を狭義の訴権の意味で捉えたキュジャースとファーヴルにとって、この修正は内容的に意味のないものではなかったことが分かる。相続財産の承継と交付を拒否する者に対して裁定が要請されたことは、D. 36.1.6pr. (ウルピアヌス『信託遺贈論』)、D. 36.1.69pr. (ウァレンス『信託遺贈論』) 及び D. 36.1.67.2 (マエケナトゥス『信託遺贈論』) が証左として挙げられている (10節)<sup>54)</sup>。しかし法務官が事案を審理する裁定であることが重要である。バルトロに見られたように、すでに中世法学もローマの訴訟手続に無頓着であったわけではない。しかし一般的には、人文主義法学時代には随所でローマの訴訟をより正確に把握する傾向が見受けられ、actio を厳格に解するからこそ修正提案がなされたとも言えよう<sup>55)</sup>。

最初の強制について、強制された部分についてだけ相続人になったので、任意に承継した相続人と同じではない。共同相続人に指定され承継を強制された者は、相続財産の相続分 (portio hereditaria) の交付によって信託受遺者の権利を実効性のあるものとしたのであり (faciat effectum fideicommissarium), 任意に承継した者とは比肩できない。

ファーヴルは、任意に承継した場合、相続人は他の相続分が添加することを承知している必要があったのであり、新たな承継は不要であるとする。そして、D.28.5.33 (ガイウス『内人掛法務官告示註解遺言について』) が挙げられる。この法文では、相続財産の2分の1につき相続人に指定された者は、相続人指定なき相続分を合わせすべての相続財産につき相続人になるのであるから、一方の相続人が条件付であった場合も、条件未成就の間は他方の無条件の相続人がすべての相続財産について相続人となると説かれている。そしてファーヴルは、この立論は、強制されて承継する者にはあてはまらず、他の者を相続人にするために承継した者に比肩するのがよい、とする。この後者の例としてファーヴルが援用するのは、D.29.2.80.2-3 (vulg. D.29.2.79.1) (パウルス『ユリウス法註解』) である。法文は、私の奴隷が相続財産の一部につき無条件で別の一部につき条件付で相続人に指定されているときに、私が承継を命じた後に条件が成就した場合に承継は一度でよいものの、このことは他人を通じて相続財産を取得する場合には適用されない、としている (11節)。例えば家息や奴隷を通じての取得を考えればよいであろう。

D.36.1.44 に述べられているパピニアススの判断が新たな *aditio* も *actio* (*coactio*) も必要ないとしているのは、以上の議論の枠組みの中でのことであり、「強制されて承継した者が留保するのは、一言で言うと、相続人に指定されなかったとしても有するであろうものだけである」 (*qui vero adit coactus nihil prorsus retinet nisi quod haberet etiam si heres scriptus non fuisset.*), とまとめられる。相続人は、利益も不利益も信託受遺者のものとなるように取得するとの条件で承継したのであり、承継の強制を申請した信託受遺者は、添加相続分もその意に反して相続人に添加すること、そしてその添加について、自己

の危険と利益を伴って自己に帰属することを承知しなければならなかった。条件付の信託受遺者が相続人に承継を強制した場合、条件未成就の間も危険や損害が相続人にとどまることはない。ファーヴルは、以上の立論に、元老院議決は法上当然に訴権が信託受遺者に移転するとする D.36.1.1.9 (ウルピアヌス『信託遺贈論』)などを援用した。そうだとすると、交付も不要ではないか。しかし彼は、そのような結論を引き出さない。

まず、彼は、先に紹介したキュジャースの修正提案を採用し、D.36.1.44を「信託受遺者が、後から添加を知った」と読む(12節)。最初の交付では、相続人は、まだ取得されていなかった相続分が交付されるとは言えない(13節)。キュジャースは、「黙示の法によって、強制されて承継した相続人が失うものはすべて信託受遺者のものになる」(omnia quae perdit quicomplusus adiit tacito iure fideicommissarium sequantur.)と考えている。しかし、ファーヴルはこれに反対である。彼は理由を挙げる。つまり「相続されない部分がすでに承継された相続分に添加することはもっぱら法によるものであり、それ故に、承継は行為又は事実属するものの、一つの部分の一回の承継ですべての相続財産を取得するには十分である。これに対して、相続財産の交付については、法的なものではなく行為又は事実属し、それ故に、なされた限りで効力を有する」<sup>56)</sup>と言うのである。ファーヴルは、「承継」も「交付」も事実又は行為であるが、前者は法的なものとしてその効果は法に依存するが、後者はより事実基礎を置くものだと評価しているのである。

キュジャースが、「相続人が失うものはすべて信託受遺者のものになる」と述べていることはこの問題の決め手とはならず、交付したと解されることにはならない。但し、信託受遺者が交付前に死亡したときは例外で、交付されたとみなされる、と言う。さもなければ本来承継を望まなかった相続人が損害を被るからである。援用されている D.36.1.11.2 (ウルピアヌス『信託遺贈論』)の末尾では、相続強制を定めたピウス帝の勅答のさらなる規定が述べられ、信託遺贈によって自由と相続財産が残されていた女奴隷が先死した場合にも、強制され承継した相続人が損害を被らないように、相続財産の売却

が認められたことが指摘されている。つまり、ファーヴルは、承継を強制された相続人に交付が不要なら、交付前の扱いに関するこのような規定は必要なかったはずだと推論しているのである。

さらに、彼は、D.36.1.46pr. (マルケッルス『法学大全』) を挙げている。法文は、自由と相続財産を受けた奴隷である信託受遺者の申請によって、相続人が強制されて相続財産を承継した場合であって、例えば相続人が被相続人の債権者であったため金銭留置を考え、直ちに相続財産の交付をしないでいた間に、信託受遺者が自身の相続人を遺さず死亡した事例を論じている。そして、末尾で、相続人が損害を被ることのないよう、相続財産が交付されて死亡したかのように扱い、相続財産の売却を相続債権者に認めている。添加については別だとの反論もありえようが、この援用によっても、ファーヴルは、本来的には交付行為が必要であることを強調しているように思われる。以上のように、ファーヴルは、彼自身が説明したローマ法の枠組みの中で、パピニアヌスとウルピアヌスによる、交付以後の添加分についての議論を分析するのである。そして、D.36.1.44 と異なり、添加が交付前なら、遺言者の反対の意思がないときは、その添加分はその交付の客体となるのであり、相続人が任意に承継したときも、自己の権利で添加分を有するのであり、それを奪われることはないことを確認している (14 節)。

## 5. おわりに

承継を強制された相続人が信託遺贈によって相続財産を交付した後の添加分について論じる D.36.1.44 は、末尾が欠落していることもあり、ビザンツ法源に頼れない又は頼らないならば、まずはそれに関連すると思われるローマ法文の正確な把握が必要であった。

ファーヴルは、無体物としての相続財産は交付されると同時に、もはや相続財産なり相続分とは言えない存在となるとの論理を用いることによって、

1 ヌムス硬貨による仮装売買が行われなくなり包括的な相続財産移転が外形的に不明瞭になっても、以後の添加が生じるのはあくまで相続人であり、その添加分につき、相続人のあらためての承継は必要ないが交付は必要である、と巧みに説明した。ファーヴルのこの説は、一般的な中世法学の結論に比べて、さらには、法律関係を被相続人の意思に還元しつつ、承継も交付も必要ないとするキュジャースの説明に比べても、交付が不要とされる事案も含め自己の説の支えとして援用される法文も多数、多様であり、相続財産、相続人の身分（資格）、相続人の地位についての緻密な省察に基づいていた。添加分の承継も交付も不要だとすると、「添加が相続人に生じる」というのは、もっぱら、「一旦相続人になった者は常に相続人である」という準則維持の意味を持つにすぎず、相続人と信託受遺者との関係で、添加分が信託受遺者に直ちに帰属することに等しくなってしまうのではないかと、この疑問にも答えている。技巧的な印象を与える解釈であるが、そのことは、なぜパピニアヌスがわざわざ質疑録に残したかの答えにもなり、今日からするとビザンツ法源に反するこうした解釈の中に、法的な論理、準則、法文、いずれも軽視しないファーヴルの解釈態度が現れている。

終意処分の場合、すでにこの世にいない被相続人の意思の確認が困難であることから、一方では、厳格な方式が要求されるが、他方で、この世にいないからこそ本人の真意とされる終意の実現を目指す方向の解釈も好まれやすい。しかし、その遺言処分の法律効果は、遺言者の純粋な意思、法律に支えられた意思、意思の支えのない法や法律、利害関係者の要請による法務官の裁定、又は勅法に依拠している。後代に求められたのは、これらを明確に意識して諸法文を理解し、強靱な相続法を拵えることであった。

#### 註

- 1) トレベッリアヌス元老院議決の文言については、D.36.1.1.2に、《cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicarent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam: placet, ut actiones, quae in heredem hereditusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic,

uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremæ defunctorum voluntates.》と掲載され、Gai.2.253 には法務官による準訴権の付与が述べられている。教科書でこの議決の年代確定問題を手短かに述べるものとして、P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd, Paris 1929, 2003, p. 989, not. 3 がある。

- 2) ペガスス元老院議決の復元については、U. Manthe, *Das senatus consultus Pegasianus*, Berlin 1989, S.42–43, S.85. 本稿のテーマである承継強制に関わる部分については、《placet, ut, si heres scriptus hereditatem sibi suspectam esse dixerit, desiderante eo, cui restituere rogatus sit, iussu praeoris adeat et totam hereditatem restituat proindeque ei et in eum, qui hereditatem receperit, actiones dentur, atque si ex senatus consulto Trebelliano restituta esset.》であったとされる。信託遺贈法務官設置以後、元老院議決が信託遺贈制度を完成させていったこと、そもそも元首政初期の元老院議決がとりわけ相続法改革に関するものであったことについては、いわゆる国制史の叙述でも指摘されている。W. Kunkel/M. Schermaier, *Römische Rechtsgeschichte*, 13. Aufl., Köln 2001, S.166, A. Guarino, *Storia del diritto romano*, 12ed., Napoli 1998, p.470. もっとも、4分の1の留保が認められたことから容易に分かるように、二つの元老院議決の関係が複雑な問題をもたらすことになり、簡明な規制が求められた。例えば、Inst.2.23.7. 後藤弘州「古典期ローマ法における確定物に関する相続人指定」神戸法学雑誌 67 巻 3 号 186–188 頁参照。
- 3) この準則は、法文上その適用除外を述べる軍人の特権・変則法から確認されるのであるが、準則そのものについて、D. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Reschts-spruchwörter*, München 2007, 7. Aufl., S.217, さらに人文主義法学者におけるこの格言の扱いについて、M. Tanaka, *Semel heres semper heres: Kommentare der Humanisten zu D.4,4,7,10 und D.28,5,89*, in: U. Manthe et al. (hrsg.), *Aus der Werkstatt römischer Juristen*, Berlin 2016, S.423–446 を参照。
- 4) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, 2. Aufl., München 1971, §157, S.671, 《Eine Nacherbfolge, ... ist unbekannt》§190, S.761, ders. et al., *Römische Privatrecht*, 21. Aufl., München 2017, §78, S.437. 我が国では、信託法 91 条によって僅かな可能性が開かれたにすぎず、一般的には信託遺贈も後位相続も認められていない。ドイツ相続法の新訳である太田武男・佐藤義彦編『注釈ドイツ相続法』（三省堂・1989）には、日本法とは構成の異なる 2064 条以下第 1 章「遺言」の規定が掲載されていない。
- 5) 本稿では、法令用語として「引渡し」と「交付」が同義語で用いられていることを承知の上で、区別するために個々の物については「引渡し」、相続財産については「交付」と訳している。
- 6) Gai.2.252 は、「かつては、相続財産の受領者は、相続人の立場でも受遺者の立場



でもなく、むしろ買主の立場に立っていた。というのは、当時は相続財産の交付を受けた者に、1ヌムス硬貨で形式的・仮装的に (*dicus causa*) 相続財産が売られる慣例であったから」と述べ、すでにガイウスの時代でもこの売買が行われていなかったことを教えてくれる。M. Kaser, *Das römische Privatrecht, supra* note 4, § 190, S. 761–762, W. Kunkel/H. Honsell, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin 1987, § 185, S. 500, M. Kaser et al., *Römische Privatrecht, supra* note 4, § 78, S. 438. ちなみに D. 36.1.38pr. (ウルピアヌス『告示註解』) は《*Restituta hereditas videtur aut re ipsa, si forte passus est heres possideri res hereditarias vel totas vel aliquas earum hac mente, ut vellet restitueret ille suscipere [restituere et te suscipere? = Mommsen], non si ex alia causa putavit te possidere. sed et si postea ratum habuit, idem erit dicendum. sed et si verbo dixit se restituere, vel per epistulam vel per nuntium restituat, audietur.*》として、1ヌムス硬貨による仮装売買によらない、相続財産に属する物の全部又は一部の、相手方による占有を甘受することによる相続財産の交付を認めている。

- 7) Inst. 2.23.3 に対応する Theophilus, *Institutionum Graeca Paraphrasis* は、「というも無体的なものは彼に固着しているから」《... ἐπειδὴ τὸ ἀσώματον αὐτῶ προσεπάγη.》と述べている。この「無体的なもの」(τὸ ἀσώματον) につき C. A. Fabrotus, *ΘΕΟΦΙΛΟΥ ΤΟΥ ΑΝΤΙΚΗΝΣ ΩΡΟΣ ΙΝΣΤΤΟΥΤΩΝ ΒΙΒΑΙΑ Δ. Theophili Antecessoris Institutionum libri IV*, Ed. 2, Parisiis 1657, p. 358 や E. C. Ferrini, *Institutionum Graeca Paraphrasis, Pars I*, Berlin 1884, Aalen 1967, p. 239 は《*heredis nomen*》と意識するが<sup>3</sup>, B. J. Legat, *Les institutes de Théophile*, Paris 1847 の《*le droit incorporel*》や K. Wüstermann, *Des Antecessor Theophilus Paraphrase der Institutionen Justinian's*, Berlin 1823, Bd. 1, S. 547 の《*das Unkörperliche*》, さらに A. F. Murison (J. H. L./Lokin et al. (ed.)), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum*, Gronigen 2010, p. 230 の《*the incorporeal right*》のように、まずは忠実に訳すべきであろう。原田慶吉『法学提要希臘語義解』第二卷邦訳(一〇・完) 法学協会雑誌 52 巻 9 号 84 頁は「無體物(相続人たる身分)」と併記している。M. Kaser, *Das römische Privatrecht, supra* note 4, § 190, S. 762 は《*Damit erlangt der Erwerber freilich nur die Rechte an diesen Gegenständen, nicht die Erbenstellung.*》とし、問答契約 (*stipulationes emptae et venditae hereditatis*) の説明を続ける。
- 8) Inst. 2.23.3 に対応する Theophilus, *Institutionum Graeca Paraphrasis* は、かつては買主の地位を占めたが、その後一時は相続人の、一時は受遺者の地位を占めた、と説明する。
- 9) 本稿で紹介するキュジャース及びファーヴルを援用してこのことを後代 17 世紀に確認する、Arnoldus Vinnius (1588–1657), *Selectarum juris quaestionum libri duo*, Lugduni 1767, lib. I, cap. LV, p. 101a には《*si haeres rogatus semissem, ex quo in-*



stitutus est, restituere, portionem suam sponte adiit et restituit, deficientis postea cohaeredis portio non fideicommissario, sed haeredi fiduciario accrescet, ut recte Cujac. libr. 12. obl. 12. et 13. Anton. Fab. decis. 50. err. 4. censent.》とある。もともと、19世紀の K. A. von Vangerow (1808–1870), *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Bd., Marburg/Leipzig, 1876, §. 494, S. 314 は、添加権の帰属について、援用される D.29.2.83 が扱うのは黙示の信託遺贈の場合に添加権が帰属しない事案であり、我々の D.36.1.44 は、強制的な承継の場合に信託受遺者に利益となる (zu Gute kommen) としている事案であり、この問題に解答しているわけではなく、命題の Beleg とならないとする。しかし一般的には、後に見るように、ファーヴルやデ・レテスが明言しているように、そうであればパピニアヌスの質疑録における問いが不要になるとの理解である。

- 10) ファーヴルについて、一般的には、F. Mugnier, *Histoire et correspondance du président Favre (1557–1624), Première partie. Histoire d'Antoine Favre 1557–1624*, Paris 1902–1903, 2. vol. を、比較的新しい作品として、Christophe Quézel-Ambrunaz, *L'œuvre d'Antoine Favre, entre humanisme et rationalisme*, in: *Jurisprudence Revue Critique*, 2000, p. 339–350, さらに拙稿「人文主義法学事始め——アントワース・ファーヴルと貸主追奪担保責任——」南山法学 16 卷 1・2 合併号 1–70 頁を参照。
- 11) 1549年に最初出版されたことにつき、Ulpiani Epitome, in: Riccobono et al., *FIRA*, II (Auctores), XXV. 16, p. 295, 及び末松謙澄訳並註解『訂正増補ウルピアヌス羅馬法範——再版』(有斐閣書房・大正6年) 87頁を参照。ここから D.36.1.47 (モデスティヌス『助言集単巻書』) がよりよく理解できることが指摘される。cf. Antonius Schultingius, *Iurisprudentia vetus Ante Iustiniana*, 9. ed., Lipsiae 1737, p. 663, C. F. von Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Bd. 16, Erlangen 1814, §. 1014, S. 360. ここまでの説明につき、Inst. 2.23.6 がトレベッリアヌスとペガスス元老院議決に基づくローマの法状況を簡潔に伝えており、W. Kunkel/H. Honsell, *supra* note 6, § 185, S. 500–502 は、教科書類で最も明晰な説明の一つであると思われる。Dernburg は、《Ferner verordnete das Pegasianum für den Fall, daß sich der fiduziarische Erbe des Erbschaftsantrittes weigerte, prätorischen Zwang zum Antritt auf Antrag des Universal-fideikommissars, so daß dann aber auf diesen alle Vorteile und Lasten der Erbschaft sofort übergingen.》と述べ、「即時の移転」とするが、交付 (Restitution) については、法的交付と事実上の交付とを区別し、交付は、自由意思による、判決による、又は法律によるとしている。また新たな添加分について、信託受遺者への交付義務があるかにつき、遺言者の別段の意思が明白でないときは、「疑わしきは被告の利益に」との原則を採用して否定し、反対の立場をとるものとして、ドイツ民法典 2110 条を援用する。Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 3. Bd., *Familien- und Erbrecht*, 7. Aufl., Berlin 1903, S. 230–240.

- 12) 正確さに難ありとされる作品ではあるが、人文主義法学時代の改竄研究として、Luigi Palazzini Finetti, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel corpus iuris Giustiniano*, Milano 1953, p. 161–162, p. 216–232 参照。
- 13) C. F. von Glück / C. F. Mühlenbruch, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Bd. 43, Erlangen 1843, §. 1498–1499, S. 356. 《Auch dieser Stelle hat der Kritik zu schaffen gemacht. Indessen hat eine Verschiedenheit in der Lesart einzelner Ausdrücke keinen Einfluß auf den wesentlichen Inhalt der Stelle.》これに対しては、後註 21, 53 を見よ。
- 14) Gai. 2.258. 《Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam ...》cf. Gai. 2.154. 《Unde qui facultates suas suspectas habet ...》
- 15) 引用文につき書名『質疑録』のみが述べられ巻の指摘のないこの法文につき、Lenel のパリングネシアは、『質疑録』20 巻「信託遺贈について」に位置づけているが、キュジャースは、パリングネシア講義『「質疑録」註解』ではこの法文を扱っていないと思われる。O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, 2. Ausg., Leipzig 1889, Graz 1960, [297] col. 858–859.
- 16) 主に利用したのは *Infortiatum*, Lugduni 1514 (E. P. J. Spangenberg, *Einleitung in das römisch-Justinianische Rechtsbuch oder Corpus iuris civilis Romani*, Hannover 1817, S. 726–727, n. 109) 及び *Glossa in digestum infortiatum*, Corpus glossatorum juris civilis VIII, Venetiis 1488 (Spangenberg, n. 31), Augustae Taurinorum 1968, fol. 408ra.
- 17) *Editio Taurelliana Digestorum (Littera Florentina)*, Tomus II, Florentiae 1553, Frankfurt am Main 2004, fol. 990 である。
- 18) *Digestorum seu pandectarum libri quinquaginta*, Tomus II, Noremburgae 1529, Frankfurt am Main 2005, p. 1456.
- 19) ドウニ・ゴドフロワ版は、キュジャースの読み方を註記で報告し、gnarus に関連のラテン語の用例も指摘している。《Fideicommissarius gnarus sit. *vel ita*, gnarur it aderevisse. *Cujac. sic enim veteres legebant. Cujac. 12. obs. 12. adde Festum in verbo gnarigavit, et verbo gnaruise, et verbo gnarus et gnaritas; vide ibid. Ioseph. Scalig.*》*Corpus iuris civilis Romani, cum notis integris Dionysii Gothofredi*, Tomus I, Coloniae Munatiana, 1756.
- 20) cf. Gregorius Maianus, *Vita Cl. Iosephi Fernandez de Rete*, G. Meermann, *Novus Thesaurus Iuris Civilis Et Canonici*, Tom. VI, 1753, Hagae-Comitum, fol. 5–13. ちなみに ignarus は学説彙纂の他の箇所にも見られるが、gnarus はテオドシウス法典や新勅法には sciens, peritus としての用例がある。Cf. s.v. ignarus, in: Barnabas Brissonius, *Der verborum significatione, ...*, s.v. gnarus, in; H. R. Dirksen, *Manuale lati-*

*nitatis fontius iuris civilis romanorum*, Berolini 1837, p.404b. 《Ne quid ... videtur, nisi prius Comes ... fuerit gnarus Th.C.X.1.c.9. de iure fisci. Gnarus iuris et legum. Nov. Val. III de confirm. h. q. admin. II. 32.c.1: §.5.》なお *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, Berolini 1933, col.994 はモムゼン版によっている。

- 21) Marezoll は、「知らなくて」(ignarus) と「知って」(gnarus) の異読による意味の違いを説明する。前者の読み方だと、信託受遺者は、相続人に承継を強制した時、添加についてまだ知らなかった。そこで添加相続分に基づく相続債権者や受遺者の請求から保護されるかが疑問とされたとする。後者の読み方だと、キュジャースやファーヴルのように、信託受遺者が、交付後に添加の事実を知り、添加部分を請求したと想定する (S.348)。この後者の読み方が *überwiegende Gründe* を有するのであり、前者の読み方だと、*deinde* の代わりに *dum* 又は *cum* と、*ignarus sit* の代わりに *ignarus fuerat* 又は *fuerit* と言わなければならなかったであろう (S.349)、と言うのである。法文《*an opus sit ei alia actione*》の *ei* は文法的に信託受遺者と解される。ちなみに、Marezoll は、論稿の冒頭で、《... hatte der directe Erbe, welcher die Hälfte seiner Erbportion als Fideicommiß herausgeben sollte.》と法文の述べる事件について、相続人が自己の相続分の半分につき信託遺贈の義務を負うものとしており、通例とは異なる理解であるように思われる。Th. Marezoll, Ueber den Anspruch des fideicommissarischen Erben auf die dem Fiduciare adcreasinge Erbportion. in: *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, Bd. 6, 1833, S. 335–382.
- 22) *M. Κριτοῦ τοῦ Πατρίη Τριτούκειτος, Librorum LX Basilicorum summarium. Libros XXIV–XXXVIII ediderunt Stephania Hoermann nata de Stepski-Doliwa et Erwin Seidl* (Studi e testi, 107) Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano, 1943, p.225. 本書は、ヴァチカン図書館の司書 Leon Allatius の指摘にいたるまで、17世紀の Nicolaus Comnenus Papadopulus 以来、Heimbach まで、Tipucitus は作者名であるとされてきたが、表記のように、11世紀の裁判官 Patzes の作品である。A. Berger, Tipoukeitos. The Origin of a Name. A Contribution to the History of Byzantine Legal Science, in: *Traditio*, vol. 3, 1945, p.394–402ss. L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S. 713–714, S. Troianos (P. Buongiorno (tr.)), *Le fonti del diritto bizantino*, Torino 2015, p.184.
- 23) 特別な交付が必要であると想定するのは、後に見るファーヴルである。後代の Th. Marezoll, Ueber den Anspruch, *supra* note 21, S.381 fg. §.7 は、添加が信託義務者(相続人)に生じることを交付が必要なことの根拠としている。さらに Iosephus Fernandez de Retes, Ad L. Si pupillus 79. ad Senatus Consultum Trebellianum, in: G. Meermann, *supra* note 20, fol.183 も参照。C. F. von Glück/C. F. Mühlenbruch, *Pandekten*, Bd. 43, *supra* note 13, §.1498–1499, S.356–360 は、強制されずに承継したときに相続人が添加分を取得することを法文は明示的に述べておらず、むしろ遺言

者の反対意思なきときは、信託受遺者が請求すべきであるとして、新たな添加分に対する信託受遺者の請求権を認める Th. Marezoll, Ueber den Anspruch, *supra* note 21, S. 352–354, 及び学説彙纂におけるトレッペリウス元老院議決について章の多数の法文 (D. 36.1.16.1, 36.1.17pr., D. 36.1.26pr., D. 36.1.59pr., D. 36.1.77.1, D. 36.1.80.5, 10) を援用している。

これを否定しているのは、本稿で扱うキュジャースのほか、ユグ・ドノー (Hugues Doneau, Hugo Donellus, 1527–1591) である。Hugo Donellus, *Commentaria de iure civili*, lib. VII, cap. XXVI, §. 4 in: *Opera omnia*, Tom. II, Lucae 1763, col. 627–628. 《Quod autem quaerit, fideicommissario nova restitutione huius partis accrescentis, ideo quaerit, quia, ut diximus, non acquiritur hereditas ex fideicommissario, nisi restituta. Quam quaestionem ponit tantum, et in medio relinquit. Nos respondebimus totam hanc portionem accrescentem postquam acrevit, statim fieri fideicommissarii, et ut fiat, sufficere praecedentis portionis restitutionem. Hanc enim portione semel quaesta, reliquae deficientes ei coniunguntur, et accrescendi iure quemvis defuncti successorem, qui illam partem habeat necessario sequuntur: L. qui patri. in fi. D. de acquir. hered. (D. 29.2.59) L. si ex pluribus. de suis et legit. hered. (D. 38.16.9)》

さらに、交付を不要としているのは、シピオーネ・ジェンティーリ (Scipione Gentili, Scipio Gentilis, 1563–1616) である。Scipio Gentilis, *De iure accrescendi*, in: *Opera omnia*, Tom. I, Neapoli 1763, cap. XV, p. 258. 《An fideicommissario opus sit nova restitutione, ut eam portionem, quae heredi scripto accrevit, heredem sibi restituere cogat: quam quaestionem proponit quidem d. loco Papinianus, sed ad eam non respondet. Verum dicendum omnino videtur, restitutione nulla nova opus esse ad hanc partem acquirendam.》「信託遺贈に基づき、相続財産は、信託受遺者に交付された限りでのみ、交付された後によくやく彼に取得されるのではあるが、しかし、先の相続分の交付によって、添加していないこの相続分も交付された、と我々は言うことができる。なぜなら、法上当然に、その部分に、又はその部分を取得した者に、相続人のいないすべての残りの相続分は、それを必然的に得るように添加しそれに結合されるのであるから (D. 29.2.59) (D. 38.16.9).」(quamvis enim hereditas ex fideicommisso non adquiratur fideicommissario, nisi ei sit restituta, et postquam est restituta, tamen hanc quoque partem non accrescentem restitutam dicere possumus, per restitutionem scilicet praecedentis portionis, quia ipso iure ei parti, vel personae, quae eam partem adquisivit, reliquae omnes partes deficientes accrescunt, et cum ea coniunguntur, sic ut eam necessario sequantur, l. qui patri 9. in fin. ff. de acquir. vel amitt. hered. (D. 29.2.59) l. si ex pluribus 9. ff. de suis et legit. hered. (D. 38.16.9).)

- 24) 利用したのは、Iacobus Cuiacius, *Observationes et emendationes*, Coloniae 1598, p.550–552 及び idem, *Observationes et emendationes*, in: *Opera omnia*, Tom. III, Naepoli 1758, col.337–338 である。全集所収のテキストにはごく僅かに誤植も見られる。後註 27 を参照。
- 25) 「相続財産の権利」(ius hereditatis) は、Inst.2.2.2 にも見られる表現であるが、後に見るようにファーヴルによれば交付後はもはや相続財産であることをやめる、「無体物たる相続財産への権利」と考えての訳語である。対応するテオピルスの ἡ κληρονομία は participation à un héritage, droit d'hérédité と仏訳されることがある。原田慶吉『法学提要希臘語義解』第二卷邦訳(一)』法学協会雑誌 51 卷 8 号 91–92 頁。A. F. Murison, *Paraphrasis, supra note 7*, p.224. 《τί ἐστι κληρονομία; δικαίων...》

添加権は権利の承継者に移転しなければならないとの命題を否定することは、後に見るようにファーヴル『誤謬集』50 卷 4 章 4 節にも引き継がれている。もっともそうは考えない代表的な論者であるル・ドゥアラン (François Le Douaren, Franciscus Duarenus, 1509–1559) やフット (Johannes Voet, 1647–1713) は、この点についてごく簡単に述べるのみである。Franciscus Duarenus, *De iure accrescendi*, lib. II cap. VI, in: *Opera*, Tom. II, fol. 1455b. Lugduni 1584. 《Addendum est, et ad fideicommissarium quoque statim transire, qui loco heredis est, ex Papiniani Ulpianique sententia. l. Papinianus. 43. ff ad Trebell. (D.36.1.44)》。Johannes Voet, *Commentarius ad pandectas*, Tom. II, Coloniae allobrogum 1769, lib. XXXVI, cap.1, 38, fol. 430b. 《Quod si heres fiduciarius, ex semisse forte institutus, et hereditatem restituere rogatus, per ius accrescendi ob defectum coheredis, adire non valentis, aut non volentis, ex asse heres fiat, omne omnino emolumentum illius iuris accrescendi una cum sua parte restitui tenetur.》

- 26) 遺言者の意思のこうした強調のために、法源としては、D.36.1.57.2 に述べられている理由、「なぜなら一旦相続財産が承継されたときは、被相続人の意思がすべては認められると定められるから」(cum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur) が援用される。
- 27) I. Cuiacius, *Observationes, supra note 24*, p.550–551 (Coloniae) col.337 (Neapoli), 《Constat autem eum [1598, ei opera Neapoli] qui compulsus adiit, quique quantum in ipso fuit irritam fecit voluntatem defuncti, indignum esse qui ex voluntate defuncti vel occasione eius quidquam quasi heres consequatur.》

後代スペインのマンザーノ (Francisco Ramos del Manzano, 1604–1683) は、注意すべきこととして、「遺言者に対する配慮からすると、承継を拒絶する受託相続人が指定及び拒絶した承継からの利益を保持することはないという程度を超えてまで、法的評価として〔相続人として〕相応しくないというわけではない」 (§ XXVI.

... observandum est, heredem fiduciarium, qui adire recusat, non esse indignum iuris censura, immo neque testatoris respectu, nisi hactenus ne commodum retineat ex ea institutione et aditione, quam reusavit.) と述べている。彼は、相続人は自己の危険で債務超過の相続財産を承継することは強制されず拒絶理由も様々であること《*proprie autem et simpliciter indignus non est, quia nemo iure cogitur damnosam hereditatem suo periculo adire. l. nec emere 16.C. de iure delib. (C. 6.30.16). variae pluresque probabiles causae sunt recusandi aditionem l. quia poterat 4. ff. ad S.C. Trebell. (D. 36.1.4) l. filio pater 87. ff. de de leg. 1. (D. 30.87)*》を付け加え、このため、法的な理解としては、相続人が承継及び交付後も依然として相続人の身分（資格）も相続財産の相続分も保持する、と立論する。《*quocirca hic heres etiam post aditionem coactam et restitutionem non solum titulum heredis, sed et portionem hereditariam, quam coactus adiit, retinet iuris intellectu, quo attento indignus non est, et ex quo hereditas consistit etiam sine ullo corpore, l. hereditat. 50. de her. petitione. (D. 5.3.50pr.)*》 移転したのは、あくまで相続財産の相続分にあつたもの（*id quod fuit portionis hereditariae*）である。

このように、マンザーノは、単に「一旦相続人になれば常に相続人である」との準則から、強制されたにせよ相続人であるとするのみならず、内容的にもより丁寧な立論を行っている。ペガサス元老院議決の4分の1は、相続人が任意に承継するよう促すためのものであるのに対して、強制的な承継者にこの4分の1の利益が否定されるのは、一旦拒絶した承継からは利益を得ないとの観点からして相続人に値しないからであり、値しないわけではない者にも、強制された以上はもはや利益は否定されるのである。《*quia indignus saltem est eo respectu, ne commodum retineat ex ea institutione et aditione, quam recusavit. ... et cum quarta inducta fuerit Scto Pegasiano, ut heres eo lucro invitaretur ad hereditatem sponte et suo periculo adeundam. ... consequens est, negari id commodum ei etiam non indigno, qui coactus et alieno periculo scilicet fideicommissarii adierit. d. l. quia poterat 4. (D. 36.1.4) vers. nec quartae.*》 こうして、相続人に値しない者は、いわば形式的にそう評価されるのである。Francisco Ramos del Manzano, *Commentarius ad l. 83. D. de acquir. vel omitt. here.*, in: G. Meermann, *Novus Thesaurus Iuris Civilis Et Canonici*, Tom. VII, 1753, Hagae-Comitum, fol. 263b–fol. 264a.

- 28) 彼が援用するのは、D. 36.1.28.2, 14（ユリアヌス『法学大全』）、D. 36.1.57.3 in fin.(?)（バピニアヌス『質疑録』）及び D. 12.6.34（ユリアヌス『法学大全』）である。
- 29) Iacobus Cuiacius, *Quaestiones ad §. si aedes l. 16. de serv. vind. (D. 8.5.6.4)* in: *Opera omnia*, Tomus IV, Neapoli 1758, col. 99.
- 30) 利用したのは、Antonius Faber, *Coniecturarum iuris civilis libri viginti*, Coloniae allobrogum, 1609, lib. XV, cap. XIII, fol. 514b–517. 及び idem, *Coniecturarum iuris*

*civlis libri viginti*, Coloniae allobrogum, lib. XV, cap. XIII, 1630, fol. 584b–590b である。

- 31) 前註 3 で述べたように、この準則はむしろこの特権からの反対解釈として確認されてきた。M. Tanaka, *Semel heres*, *supra* note 3, S. 423.
- 32) A. Faber, *Coniectura*, *supra* note 30, lib. I, cap. XIX, fol. 26a (1609), fol. 22b (1630). 《Unde in l. si patrem. 55. §. qui fideicommissum. D. ad S.C. Trebell. prior fideicommissarius postulabat ut sibi Falcidiam detrahere liceret, eo colore, quod nisi ipse heredem scriptum hereditatem adire coegisset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset. Sed quemadmodum Papinianus eo loco scribit, restitutionem ex Trebelliano fieri debere, id est falcidiae locum esse non posse, quia semel adita hereditate omnis defuncti voluntas rata constituatur.》法文 D. 36.1.57.2 の前半部分では《Qui fideicommissam hereditatem ex Trebelliano, cum suspecta diceretur, totam recepit, si ipse quoque rogatus sit alii restituere, totum restituere cogetur. et erit in hac quoque restitutione Trebelliano locus: quartam enim Falcidiae iure fideicommissarius retinere non potuit. nec ad rem pertinet, quod, nisi prior, ut adiretur hereditas, desiderasset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset: cum enim semel adita est hereditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur.》と述べられており、第一信託受遺者が望まないで第二信託遺贈が生じようがないとの理屈が排除されているのである。
- 33) ここでは《l. si solus 80. ubi est textus elegans in fi eo. tit.》とされている。後に見るように、ファーヴルは『誤謬集』11 節でも同様の主張を行っており、そこでの引用がより正確である。
- 34) A. Faber, *Coniectura*, *supra* note 30, lib. XV, cap. XIII, fol. 583a (1609), fol. 516b (1630). 《At militis voluntas tacita nulla est, sed ea demum quae sit nuda et aperta, adeo ut si miles unum ex fundo heredem scripserit, credatur quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse l. si miles 6. D. de test. milit. Sed me illud omnium maxime movet, quod, ut superiore capite attingi fideicommissariae hereditatis restitutio fieri non potest nisi ab eo qui restitutionis tempore heres sit.》
- 35) 利用したのは、第 2 版 (1612–1615 年) の第 2 部 (1612 年) である。Antonius Faber, *De erroribus pragmaticorum et interpretum iuris*, editio secunda, Coloniae Allobrogum, 1612, Decas L. Error 4. De portione hereditatis ad crescentem heredi gravato an transeat in fideicommissarium, p. 1262–1267.
- 36) 『推測論』は、ファーヴルが 24 歳の 1581 年に最初の 3 巻が公刊され、1604 年に全 20 巻が刊行されるまで漸次出版されている。15 巻目は (13 巻から 16 巻として) 1602 年に出版された。出版については、F. Mugnier, *Histoire et correspondance*, *supra* note 10, p. 22–27 参照。『誤謬集』は第 1 部 (25 章まで) の初版が 1598 年で、第 2



部(26章から50章まで)は1604年に出版されている。推測論につき、詳しくは拙稿「人文主義」(前註10)33-37頁の註(61)を見よ。同時の執筆につき、L. Chevallier, *Recherches sur la réception du droit romain en Savoie des origines à 1789*, Annecy 1953, p. 167-169を参照。

- 37) Paulus Castrensis, *Commentaria in secundam infortiati partem*, Venetiis 1568, fol. 136b.
- 38) バルトロは、D.36.1.3.4に対する註解で、「7. ある者に添加権によって来るものが信託遺贈に来るかどうかを問う。私は、来る と 解答する。D.29.2.83のように。これは強制されて承継するときには疑いなく正しい。任意でも又同じである。なぜなら持分は身格(資格)ではなく持分に添加するから(D.29.2.83)」《7. Quaero, an illud, quod venit ad aliquem iure accrescendi, veniat in fideicommissum. Respondeo, quod sic, ut supra de acq. haer. l. si totam (D.29.2.83), et quod ibi no. et infra. eo l. Papinianus (D.36.1.44), quod est verum indubitanter, quando adit coacte, ut ibi. Idem si sponte, quia portio accrescit portioni, non personae, d. l. si totam (D.29.2.83), et l. si Titio. §. i. de usufr. (D.7.1.33.1)》としている。Bartolus a Saxoferrato, *Commentaria in secundam Infortiati partem*, Venetiis 1585, fol. 134va. 中世ラテン語では動詞「来る」《venire》の代表的な用例として、《passer par voir d'héritage à qq'un》つまり《jm. im Erbgang zufallen》がある。J. F. Niemeyer/C. van Kieft, *Mediae Latinitatis Lexicon Minus*, 2. Aufl., Leiden 2002, s.v. 《venire》, p. 1397b.
- イモラ(1427-1477)は、「添加権によって取得されるものは、新たな承継や交付なしでも、交付がなされた信託受遺者に属する。こう述べている。添加権によって取得されるものは、ここでのように交付の後に添加するのであれ、前に添加するのであれ、信託遺贈の交付によって帰属することに注意せよ。」《Quod iure accrescendi acquiritur ad fideicommissarium cui est facta restitutio pertinet etiam sine nova aditione et restitutione. hoc dicit No[ta] quod id quod acquiritur per ius accrescendi venit per restitutionem fideicommissi. et hoc sive acrescat post restitutionem: ut hic. sive accrescat ante...》としており、直接に添加権の帰属を述べていない。Alessandro Tartagni de Imola, *Secunda pars commentariorum super infortiatio*, Lugduni 1539, fol. 139rb.
- 39) 現代でも、強制を重視せず、「自己の最初の相続分を交付する信託遺贈の義務を負う相続人は、添加相続分についても交付する義務を負い、交付以後に生じた事実による場合、添加は法上当然に生じ第二の交付行為を不要とする」と説明されることがある。Pasquale Voci, *Diritto ereditario romano*, vol. 1 (*Inrtoduzione, Parte generale*), 2ed, Milano 1967, p. 696.
- 40) 後代のフィンネン(A. Vinnius, *Selectarum juris quaestionum, supra* note 9, p. 101a)も《si haeres rogatus semissem, ex quo institutus est, restituere, portionem suam



sponte adiit et restituit, deficientis postea cohaeredis portio non fideicommissario, sed haeredi fudiciario accrescet, ut recte Cujac. libr. 12. obl. 12. et 13. Anton. Fab. decis. 50. err. 4. censent.》とし、以下のように、添加権そのものは遺言者の意思に基づくものではなく、「法の利益」(beneficium iuris)であることを強調する。《non tamen succedit in ius omne ipsius haeredis, non in id ius, quod beneficio legis, potius, quam ex voluntate defuncti haeres habet quale est ius accrescendi, quippe quod habiturus esset etiam testatore invito:》《Non offendor l. Papinianus 43.ff. ad SC. Trebell. quia loquitur de eo qui compulsus adiit, non qui ultro et sua sponte. ... haud dubie aliud Papninaus et Ulpianus in dict. l. 43. ad senat. Trebell. respondissent, nempe portionem deficientem non modo accrescere haeredi, sed etiam apud eum manere, cum nihil obstat quominus maneat.》

- 41) A. Faber, *De erroribus, supra* note 35, lib. 50, cap. 4, p. 1262. 《tritum est et ipsi quoque vulgaribus interpretibus et pragmaticis cognitum, per fideicommissum succedi testatori, non heredi, ...》
- 42) I. F. de Retes, Ad L. Si pupillus 79, *supra* note 23, fol. 183b. 《Quorsum enim haec quaereret Consultus, si directo portio ad fideicommissarium perveniret?》
- 43) vulg. D.28.6.41.2 in medio. この法文は、流布本では3項と4項が区切られておらず、内容的には3項を指していると思われる。
- 44) 法文D.7.1.33.1について、いかなる事例を想定すればよいかにつき、さしあたり千賀鶴太郎譯註解『ユスチニアース帝欽定羅馬法學說彙纂 第七卷(用益権・使用権)』京都帝国大学法学部蔵版(大正12年)152–157頁参照。
- 45) A. Faber, *De erroribus, supra* note 35, lib. 50, cap. 4, p. 1262. 《Atqui negari non potest, quin saltem post fideicommissi restitutionem factam fideicommissarius habeat portionem sibi restitutam. Quidni ergo ad crescentem quoque habeat? Neque vero ad rationem hanc quicquam respondet Cuiacius ad quam tamen potissimum respondendum erat. Sed et ut bene sentiat, movetur mala ratione.》
- 46) この原則をめぐるかつての議論をまとめている教科書として、E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1967, p. 717–718 を参照。
- 47) さらに、法文D.35.2.18pr. は、相続人たる家父が家父の財産として(quasi patris familiae bona)交付することを強制されており、彼が承継しなかったために告示を範例として訴えられるときにもファルキディウス法の利益が認められる、と続ける。
- 48) この《vice eius fungitur》をいかに訳すかは、ローマ人は休止相続財産を法人と擬制したとの旧来の理論にも繋がる。Carlo Augusto Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, vol. I, Torino 2001, p. 81–83 参照。この表現には、その者の地位を占める、その者に代わって職務を行う、との邦訳に対応する二つの用例つまりD.1.18.12, D.2.1.16がある。

- 49) vulg. D. 36.1.55.3. cf. *Glossa, supra* note 16, Venetiis 1488 (Spangenberg, n. 31), Augustae Taurinorum 1968, fol. 207ra. モムゼン版の法文・項の切り方によれば、同じ D. 36.1.57.3 に組み入れられている前の叙述にも援用可能な部分がある。つまり、この項では、承継を拒絶したが強制された相続人へのあらためての交付を信託受遺者の信義に託した場合、相続人が一旦は失ったファルキディオス 4 分の 1 について交付する必要はなく、この相続人にはそもそも自己のための信託遺贈を請求することさえ否認されなければならないとされているのであるが、そこには、「被相続人の終意の依頼に添わない者が、(遺言者の) 意思に基づき何かを得るに値しないと見られないとする理由などあろうか」《*cur enim non videatur indignus, ut qui destituit supremas defuncti preces consequatur aliquid ex voluntate?*》と、拒絶者への厳しい対応が述べられているのである。
- 50) 前註 42 参照。A. Faber, *De erroribus, supra* note 35, p. 1205. 《*Idque ita esse ex eo quoque intelligimus, quod illo etiam casu quo heres complusus adiit non tamen dubitat Papinianus, quin deficiens portio ad crescat heredi cum ob eam causam disputet an fideicommissario sit opus nova coactione aut saltem nova restitutione, ...*》
- 51) もっとも、強制に注目したことはキュジャースの功績ではなく、ラファエル (おそらく Raphael de Raymundis Cumanus, 1386/7–1427) に帰されるべきことを、後代のシピオーネ・ジェンティーリ (Scipione Gentili, Scipio Gentilis, 1563–1616) が指摘している。《*Cuiacius existimat, dictae l. Papinianus (D. 36.1.44) decisionem fundari in eo, quod heres scriptus coactus hereditatem adiit: primum, ratio haec non est ipsius, ut videri vult; sed fuit acutissimi interpretis Raphaelis.*》 Scipio Gentilis, *De iure accrescendi, supra* note 23, cap. XVI, p. 264.
- 52) バルトロは、我々の法文 D. 36.1.44 に対する註解で、D. 36.1.55 (パピニアヌ『質疑録』) 及び註釈に注目する。この法文は、奴隷が受遺者から自由を得て、相続人から相続財産を得るとする遺言の場合に、奴隷は、その解放は遺贈にかかっているので相続人に対し承継の強制ができるわけではないが、遺言者生存中に受遺者が死亡した場合には、相続人は被解放者に「相続財産を交付する」権能を有するわけだから、相続人には承継が強制されるのが寛大な解答である (*benigne respondetur*)、と述べている。この「相続財産を交付する」(*restituere hereditatem*) に対する註釈は、この承継の強制は法務官の職権でなされるとし、その理由として、奴隷が共同相続人の一人から自由を、もう一人から相続財産を受けるとされた遺言につき、相続財産の承継強制がないとする D. 36.1.54.1 に見られる「法務官の職務」《*nullae praetoris partes*》との表現からの類推が正当であって、D. 36.1.44 にある *actio* によるものではないとしていた。つまり *actio* を狭義に捉えていたのである。この註釈に対し、バルトロは後者の法文でも *actio* を広く解すればよいとしていた。Bartolus, *Commentaria in secundam Infortiati partem, supra* note 38, fol. 140rb. 《*Ultimo ipse*

text. facit, quod compulsio, et restitutio fiat iure actionis, ibi, alia actione, et c. Et ita allegat gl. in l. non est cogendus. i. eod. (D.36.1.55). Veritas est, quod fit officio iudicis, dixi in l. si legatus in prin. s. eo. (D.36.1.31pr.) et hoc nomen actionis large ponitur, l. actionis verbo de verb. sign. (D.50.16.8.1)》

この actio を広く捉えるべきとの指摘は、イモラ (Alessandro Tartagni da Imola, Alexander Tartagnus Imolensis, 1424–1477) にも見られる。もつとも彼は、審判人の職権も含むと解している。Alexander de Imola, *Commentaria ad D.36.1.44*, fol. 139rb. 《Secundo no[ta] quod hic videtur probari iure actionis petendam esse restitutionem fideicommissi ut in ver. alia actione. tamen in veritate iste textus non urget q[ui]a cum hic dicat alia actione id est coactione intelligitur. Quia verbum actione est verbum generale prout colligitur ex no[ta] per glo. in aut. hoc ius prorectum. C. de sac. sanc. ec. (Auth. C.1.2.14) vel secundum Barto. potest exponi actione id est officio iudicis, verbum actionis largo sumpto vocabulo comprehendit etiam officium iudicis. l. actionis verbo. i. de actio. et obli. (D.44.7.37)》

ちなみにキュジャースは、D.36.1.54.1 と D.36.1.55 との関係で、後者は単独相続人の事例であり、前者のように共同相続人に添加が生じないことから、強制可能性の結論が異なることを解説している。I. Cuiacius, *Quaestiones ad L. non est LIII. ad Senatusconsultum Trebel.* (D.36.1.55), *supra* note 29, col. 597–598.

- 53) 17世紀スペインのデ・レテスは、キケロ『ウェッレース弾劾論』で、actio が狭く訴追の意味だけでなく広く訴追者選定などの行為の意味にも用いられていることを指摘しつつ、この法文での actio を、訴訟を求める権利ではなく、重複行為 (geminatione actuum) であると解している。そして、信託受遺者は新たな添加相続分が生じたことを知らなかったため、彼から相続人に対する強制など生じえなかったことを想定している。I. F. de Retes, *Ad L. Si pupillus 79*, *supra* note 23, col. 283b. 《5. ... ponit enim Ulp. fideicommissarium adhuc ignarum esse portionem accrevisse; ergo cum fuisset ignarus, necesse est ab eo iterum coactum non fuisse heredem, ut accrescentem portionem adiret, et sibi restitueret: non ergo textus littera in hac etiam parte immutari potest cum Cuj. d. cap. 12.》 Marezoll, *Ueber den Anspruch des fideicommissarischen Erben auf die dem Fiduciare adcrevirende Erbportion.* in: *Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß*, Bd.6, 1833, S.352 も、actio を広い意味で、あらゆる actus つまり自己の権利保護のために用いるあらゆる手段のことである、としてキュジャースの修正を認めない。Gerardus Noodt, *Commentarium digestorum libri XXVII*, in: *Opera omnia*, Tom. II, Lugduni Batavorum 1760, fol. 315b–316a も、actio を広く「行為」と捉えることで、D.50.16.178.2 を引用しつつも、適切な単語であるとして修正を不要とする。De illo plane loco については、S. Gentilis, *De Iure accrescendi*, *supra* note 23, cap. XV, p.258 を参照。C. F. von Glück, *Pandekten*, *supra*

note 11, §. 1014, S. 361, Fn. 52 も、添加相続分が受託者たる相続人に添加するのは、自己の相続分の場合のように、信託受遺者の請求に基づき強制的にというのではなく、法律の直接の規定によるものであるとする。そして、第一の問いの *actio* を行為 (*Handlung, Antretungshandlung*, Bd. 43, S. 357) であると理解し、相続人が添加相続分に関して通常の受遺者や相続債権者から守られるために、なお特別な行為が必要かの問いであると理解する。

- 54) 最後に挙げられた法文 D. 36.1.67.2 では、法務官が事案を審理し錯誤によって又は腐敗して (*per errorem vel etiam ambitiose*) 交付を命じた事例が述べられている。
- 55) 拙稿「カルロ・シゴニオ『民事裁判について』——一六世紀人文主義者によるローマ民事裁判素描——」法政研究 (九州大学) 70 巻 4 号 423–455 頁を参照。
- 56) A. Faber, *De erroribus, supra* note 35, lib. 50, cap. 4, p. 1267. 《*Nam ut pars deficiens ad crescat portioni iam aditae fit ex sola iuris potestate, et ideo quamvis aditio sit facti, una tamen adeoque unius partis aditio sufficiat ad totam hereditatem acquiendam. At restitutio hereditatis facti est non iuris, ideoque nullum effectum habere potest nisi quatenus facta est.*》C. F. von Glück, *Pandekten, supra* note 11, §. 1014, S. 364 も、相続財産の交付は法的ではなく事実的なものであり、実際に行われた限りでのみ効果があるとして、D. 36.1.65pr. をそのように理解する。

(付記) 本稿は、日本ローマ法研究会 (2018 年 3 月 18 日京都大学) での報告の一部であり、また JSPS 科研費基盤研究 (C) 「ローマ法と条件付遺言」(課題番号 16K03272, 研究代表者・田中実) 及び 2017 年度 南山大学 パッヘ研究奨励金 I-A-2 の研究成果である。