

論 説

不倫遺言の訴の法学による規範化*

—— キュジャースの註解を手掛かりに ——

田 中 実

- 一 はじめに
- 二 小プリニウス『書簡集』第 6 巻書簡 33
- 三 D. 5.2.15.2 (パピニウス『質疑録』第 14 巻) に対する
キュジャースの註解
- 四 おわりに

一 はじめに

共和政期から帝政期にかけてのローマでは、遺言者が近親者、厳密には卑属尊属父母（遺言者が卑しき者〔humilis〕を相続人に指定していたときにはさらに兄弟姉妹）に¹⁾相続人指定や遺贈などによって然るべく恭順義務（officium pietatis）を果たしていない遺言に対して²⁾、その取消しを求める不倫遺言の訴（querela inofficiosi testamenti）が提起できた³⁾。相続財産に属する個別の物についてではなく、抽象的な無体物としての相続財産、相続権、あるいは相続人としての資格そのものが争われる相続回復請求（petitio hereditatis）の場合と同じく⁴⁾、その審理及び判決は、通常の民事事件のように単独審判人・裁判人（unus iudex）ではなく、百人官法廷（centumviri）に委ねられた⁵⁾。この法廷の起源については建国初代の王ロムルスから十二表法、35 からなるトリブス制

度創設の紀元前 241 年など争いがある。これは紀元前 122 年頃までは元老院議員に限られた常設裁判人(判決人)団であり、主宰し、訴訟指揮をとるのは法務官であるものの、そこに飾られる槍(hasta)が象徴的に示しているように高い威信を有した、というのが一般的な説明である⁶⁾。フェストゥス『言葉の意味について』(De verborum significatione)は、貴族平民からなる 35 トリブスから各 3 名が選ばれ都合 105 名の裁判人を有する、と記している⁷⁾。もっともこの伝承として必ずしも信頼されているわけではなく、あくまで元老院議員格からの選出を想定する学者もいる⁸⁾。

百人官法廷の管轄事項について、キケロ『弁論家について』(1.38.173)は使用取得、後見、拘束行為(nexum)、握取行為などから破壊遺言⁹⁾にいたるまで実に多様な事件を列挙し、数限りない(ceterarumque rerum innumerabilium iura versentur)とさえ述べている¹⁰⁾。Mommsen は、ユリウス法前後で変化が生じ管轄が相続問題のみとなった、と理解していたようである¹¹⁾。そしてこのユリウス法以後はユリウス公会堂(Basilica Iulia)で開催され、プリニウス『書簡集』第 1 巻書簡 18 も伝えるように、期日延期が許されず、裁判所は当日結審の義務を負った¹²⁾。

不倫遺言の訴は、その起源についても訴訟の構造についても謎に包まれているとされるが¹³⁾、ギリシアの *δίκη μανίας* つまり iudicium furiosi から着想を得たとされる訴訟類型で、ここでは被相続人である遺言者に狂乱の色(color insaniae)ありとの弁論を用い遺言の取消しが主張されたと言う¹⁴⁾。多数を説得する弁論がより重みをなすという意味では政治が有する特性を借用したあるいは残存させた紛争解決の類型に属する。事実、クインティリアヌス『弁論家の教育』(4.1.57)は、この法廷では、裁判人自身が、周到に準備された鋭い演説(sollicitae et accuratae actiones)を要求し、さもなければ侮辱されたと感じ、事実関係については楽しませてくれるようにと考える厄介な法廷であると述べている¹⁵⁾。

ローマの民事裁判における弁論の役割は、方式書発給にいたるまでの法務官の面前での法廷手続でも無視できず、まして事実認定がなされる審判人手

統で重要であったと考えられるが、多数決で判決が下される百人官法廷で弁論の役割がより一層重要であることは容易に想像できる。とはいっても、今日の債権者集会や遺産分割協議に見られるように、利害関係者が一堂に集まり紛争を解決するメカニズムではなく、あくまで当事者を原告被告に限定する裁判であり、論者によっては相続財産の占有者を相手方とする相続回復請求との融合も想定する。Vociによるローマ相続法に関する20世紀の最も浩瀚な解説書に従うと、上記の近親者である法定相続人が得る勝訴判決は当事者間でのみ効力がある。つまり一人に対して勝訴したとき、その者に対してのみ効果があり、一人が得た勝訴判決は専らその者の利益にのみなるという意味で、この裁判での遺言の取消しは相対的効力を持つ¹⁶⁾。はたしてそうかは議論されてきたが、そうだとすると複雑な法律関係を生じることが容易に想像できる。彼は、複数の訴訟がまとめて合同部で審理がなされる場合があるが、終局判決はそれぞれの部で下されると説明した後、小プリニウス(以下、表題を除きプリニウスと表記)(61/62年生-約113年没)『書簡集』を援用する¹⁷⁾。

本稿では、まずVociが参照するプリニウスの著名な書簡を通じて、帝政初期において、法定相続人と遺言相続人の併存が生じること¹⁸⁾、つまり兵士遺言を除き、「何人も一部について遺言相続で一部について無遺言相続で死亡することはできない」(Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.)の命題が一見したところあてはまらないように思われる状況を確認¹⁹⁾、それがその後の法学者たちによってどのように扱われたのかの一端を、16世紀にキュジャースがパリングネシアを試みて行った講義録である、『パピニウス「質疑録」註解』から、D.5.2.15.2に対する註解を手掛かりに紹介するものである。

この書簡そのものも、キュジャースはすでに『観察と修正』で百人官法廷を論じるにあたり援用しており²⁰⁾、書簡は不倫遺言の訴をめぐる法学的な問題を扱う出発点となる。キュジャースの註解は、この訴がもたらす数々の問題に対するいくつもの重要法文を指摘するものであり、そうした法文を私なりに理解し、彼の助けを借りながらローマの法学が達した結論をまとめ、裁

判に対して法学がいかに関与してきたかの一例を示すことにしたい。

すでに述べたように百人官法廷において多数決で決まる政治的な色彩のある裁判については、弁論の活躍する余地が相対的に大きく、法学による記録や制御に馴染まず、帝政期に管轄が元首の特別審理手続における単独裁判官にも委ねられることが可能になり、法学的に精緻な議論の対象になった、と想定することも可能ではある。とはいっても、百人官法廷での勝訴者が、具体的にどれだけの相続分を得ることになるのかは、法廷や裁判手続の違いを問わず同時に又は後続的に必ず解答しなければならない問題である。むしろ、我々に伝わっているのが——ユスティニアヌス法典を通じての——法的問題に取り組んだ帝政期の法学文献であった、と想定するのが適切かも知れない。加えて、一般的には、不倫遺言の訴につき百人官法廷と特別審理手続の併存時期が想定され、Vociはむしろその実質的な違いを認めず、古典期法学者の著作でもはっきりと分けて扱われているわけではなく、統一的な制度であったとする²¹⁾。この見通しは、後に見るように、手続の違いを強調することなく、主要な法文につきいずれも基本的に百人官法廷の七人の裁判人からなる裁判を想定して説明するキュジャースにも通じるものである。

二 小プリニウス『書簡集』第6巻書簡33

プリニウスは、元首政前期、19歳で百人官法廷での法廷弁護人としてデビューを果たし²²⁾、以後も彼自身が『書簡集』第6巻書簡12で「私の闘技場 (harena mea)」と呼ぶその法廷で活躍した²³⁾。後に元老院議員、100年には執政官職に就いている。彼は、『書簡集』第2巻書簡14で、自身が百人官法廷の取るに足らない事件に忙殺されていることを嘆いており²⁴⁾、前述のクインティリアヌスの認識とは必ずしも一致しないことであるが、この法廷では高度な弁論能力は不要で、有能な弁論でさえまともに傍聴人、聴衆には聴いてもらえないとの不満も述べる²⁵⁾。それだけに、プリニウスが、友人ウオコ

ニウス・ロマヌス (Voconius Romanus)²⁶⁾に宛てた『書簡集』第6巻書簡33²⁷⁾で伝えられることは、アッティア・ウィリオラを弁護した自身の法廷弁論を読むことをユーモアを交えた自負をもって推奨する内容で、訴訟の内容を手短かに述べ、元首政期ローマでの百人官法廷の生き生きとした様子を伝える興味深いものであると言える²⁸⁾。以下では、紹介されるのが通例の法的に重要な第2節から第6節に限定せず、その前後も含め書簡すべてを紹介しよう²⁹⁾。

第1節 「何もかも放り出して、取りかかっていた仕事からも離れなさい」と〔ウェルギリウス『アエネーイス』(8歌439-443)で火の神ウォルカーヌスがアイネイアスのために武具を作るようにとキュープロプスたちに〕述べています³⁰⁾。何かものを書いていようと、あるいは何かを読んでいようと、放り出して離れるように命じ、かの武具のように私の神々しい〔法廷〕弁論を手に取りなさい。何てね、これより傲慢な言い方はできないですよ。冗談はさておき、私の弁論の中ではこれが最高のもんです。実際、自分自身と張り合うことで満足しているのです³¹⁾。

第2節 アッティア・ウィリオラ³²⁾を弁護した弁論なのですが、これは、彼女が高貴な地位にあり (dignitate personae)、先例が稀少で、法廷の規模が大きいことからして注目に値するものです。騎士階級の家柄の生まれで (splendide nata)³³⁾法務官経験者の妻 (nupta praetorio viro) であるこの婦人は、80歳の父親によって相続廃除されたのです。父は愛情に惑わされたわけですが³⁴⁾、彼女からすると継母になるこの女を家に入れた11日目のことです³⁵⁾。彼女は父の相続財産を求め四つに分かれた法廷 (quadruplex iudicium) に³⁶⁾訴えたのです³⁷⁾。

第3節 180人の判決人が着席しており——その数が四つの小法廷に分かれて審理に加わっていたのです——両当事者の側の夥しい弁護人と、多数の座席、周囲に隙間なく立ち並ぶ傍聴者の輪が法廷を幾重にも取り巻いていました³⁸⁾。

第4節 その上、主宰者の高官席もぎっしりと埋まり、バシリカ (ユリア公会堂) の棧敷からさえ、女も男も——難しいのですが——何とか聴こうと、——こちらはたやすいのですが——何とか見たいと身を乗り出していました。父たちは大きな期待を寄せ、娘たちも大きな希望を抱き、継母たちもこれまたそうでした。訴訟の結果は区々になりました³⁹⁾。

第5節 実際、我々は二つの小法廷では勝ち、二つの小法廷で負けたのです⁴⁰⁾。同じ事件で、裁判人たちも同じなら、弁護人たちも同じで、同時に審理され、これほどの違いが生じたのは注目すべきであり、驚きです⁴¹⁾。

第6節 生じるとは思われなかったことが偶然に起こったのです⁴²⁾。6分の1につき相続人に指定されていた継母は負けたのです。スブラヌスも敗訴しました⁴³⁾。彼は、父によって相続廃除されていたのですが、何と恥知らずなこと⁴⁴⁾、自分の父に対しては敢えて請求せずに、他人の父の財産を自己のものとして請求していたのです⁴⁵⁾。

第7節 これらのことをあなたに報告したのですが、まずは、私の弁論からは知りえなかったことをあなたがこの書簡から知ることができるように、それから、——私は〔弁論の〕秘訣を教えようとしているのですから——あなたが弁論を読んでいるのではなく法廷に居合わせているかのように、もっと楽しく読めるように、と考えてのことです。この弁論が大部であるにもかかわらず、とても短いものであるかのように好意的に受け入れられるとの望みを捨ててはいけません⁴⁶⁾。

第8節 素材の豊かさ、区別の巧みさ、多くの逸話、そして文体の変化からして興味が尽きません。——あなただけにしか敢えて言いませんが——多くのことが誇張され、多くのことが好戦的で、多くのことが緻密なものなのです⁴⁷⁾。

第9節 情熱的になり高揚したところで、しばしば、計算する必要や、算盤や帳簿を求める必要が生じることがあり、そのため百人官法廷の裁判が単独裁判人の裁判に不意に変わったかのようになるのです⁴⁸⁾。

第10節 大海原で様々な方向から吹く風に運ばれるかのように実に広範で多岐にわたる訴訟で、我々は、義憤、怒り、そして苦痛から帆を張ったのです⁴⁹⁾。

第11節 要するに、〔天幕を共にした戦友ほどに〕親しい友人たちの中に、この弁論は——繰り返しになりますが——私の弁論の中でも、いわば〔デモステネス最高の作品とされる〕『クテシポン弁論（冠について）』⁵⁰⁾であると、いつとはなく評価する者たちがいます。あなたは、この弁論を読むだけでこれが正しいかどうか至極簡単に判断するでしょう。すべての〔私の〕弁論を暗記してくれているのですから、比較できるでしょう。ではご機嫌よう⁵¹⁾。

帝政期のローマ市民がバシリカ（ユリア公会堂）で開催される百人官法廷の裁判に時としていかに高い関心を示していたかが分かるが、この点について解説は不要であろう。他方、法律問題としては、同じ遺言をめぐるって同時に進行した複数の不倫遺言の訴えに対し異なった判決が下ったことにつき当のプリニウスにとっても驚きであったと述べていることに関し、どう理解すればよいのか。プリニウスの弁論そのものは残っていない⁵²⁾。相続廃除された娘が四人の指定相続人を相手方として不倫遺言の訴えを提起し、公判や弁論その

ものは同時になされたが、多数決による判決の段階で四つの判決裁判所に分かれて別々に判決が下された、と考えるのが自然である⁵³⁾。この書簡の中の彼の関心は法廷弁護士としての弁論に傾いており、結果について戸惑いを隠せないだけで、法学的な議論が深められているわけではない。しかし遺言の一部無効が認められると、相続財産から実際に手にすることができる財産額に影響を及ぼす法律問題が生じざるをえない。法学の議論へと移ろう。

三 D.5.2.15.2 (パピニアヌス『質疑録』第14巻) に対するキュジャースの註解

繰り返しになるが、ローマでは、兵士を除き、「何人も一部について遺言相続で一部について無遺言相続で死亡することはできない」(Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.)とされていた。法定相続か遺言相続かは二者択一であり両者は併存しえないのが準則だとすると、実際に生じるこうした区々の判決についてどのように受け止めればよいのか。例えば、法務官による遺産占有の付与が持戻しの問題などで複雑な状況を生み出すことはつとに知られているが⁵⁴⁾、これは市民法上と法務官法上という二つの法体系の併存ということで説明可能である。しかし、遺言相続人が不倫遺言の訴を提起され、ある法定相続人に対しては敗訴し法定相続が生じ、別の法定相続人には勝訴し遺言相続人としての資格が維持される。あるいは、ある当然相続人が不倫遺言の訴を提起し、ある遺言相続人に対しては勝訴し法定相続が生じ、別の遺言相続人に対しては敗訴し遺言相続が存続する。いずれもブリニウスの事件から時代は下るが、学説彙纂に収録された法文ではこうした問題が法学的に扱われている。

ここでは、2世紀後半から3世紀初頭に活躍したパピニアヌス『質疑録』第14巻から学説彙纂に収録されたD.5.2.15.2を、それに対する人文主義法学者キュジャースの『「質疑録」註解』を手掛かりに検討し、法学による実

務の整理の一端を見てゆく。キュジャースがこの主題法文を解説するにあたって提示する、学説彙纂に収録されたパピニアヌスの『質疑録』や『解答録』からの他の数々の法文は、すでに16世紀以来、近代から近年のローマ法学にいたるまで、改竄想定や不倫遺言の訴と相続回復請求の関係などをからめて様々な解釈が提案されてきたものであり⁵⁵⁾、後代の研究が提示する複雑な想定なしに行われるキュジャースの説明を丹念に読むことは、この法文の理解に繋がるのみならず、彼の法文解釈の特徴を知る一助にもなると思われる。以下の論述に影響を与えるものではないが、キュジャース『パピニアヌス「質疑録」註解』の印刷刊本に掲載されているD.5.2.15.2のテキストは、後半部分が通例のパンクチュエーションとは異なっている⁵⁶⁾。おそらく後半の理由文のかかり方をいかに理解するかによるのであろう。掲載のテキストに従うと以下のように読むことができよう⁵⁷⁾。

D.5.2.15.2 パピニアヌス『質疑録』第14巻

不倫遺言の訴について二人の相続人を相手方として訴え、裁判人たちの異なった判決を受け、一人の相続人には勝訴し、もう一人の相続人に敗訴した者は、相続分に応じて、債務者たちを訴えることも、自身が債権者たちから訴えられることも、〔相続財産に属する〕有体物について自己のものであると請求することも、相続財産を分割することもできる。実際、彼は、相続分に応じて法定相続人になったと我々は考え、それ故に相続財産の一部は遺言にとどまったのであり、そして一部について無遺言であると見られることは馬鹿げたことであるとは思われないから、遺産分割訴権が帰属することは確かである。

D.5.2.15.2 Papinianus libro quarto decimo quaestionum

Filius qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere: verum enim est familiae erciscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum,⁵⁸⁾ et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

この法文は、不倫遺言の訴で区々の判決が下された場合の、部分的な取消しの効果を述べるもので、敗訴した遺言相続人の相続財産の部分は、勝訴者

の無遺言相続分の限度で勝訴者に帰属するとする⁵⁹⁾。不倫遺言の訴において、このように異なる判決が下されることについて⁶⁰⁾、中世の標準註釈（以下、註釈）は、法定相続人が訴えた遺言相続人の一人が被相続人の息子であり、もう一人がそうでなかった場合や、訴訟で忘恩の証明ができたかどうか、といった例を挙げている⁶¹⁾。註釈が援用するのは、以下の法文であり、プリニウス『書簡集』を読むのに参考の一つとした Luigi Rusca による伊訳も援用しているものである⁶²⁾。

D.5.2.24 ウルピアヌス『サビヌス註解』第48巻

不倫遺言の訴に関しては、一つの同じ事件 (causa) に異なった判決が下されることが生じるのを常とする。実際、兄弟が訴え、複数の指定相続人が異なった法的地位にあったときはどうであろう。しかしそうであったなら、一部は遺言で一部は無遺言で死亡したと見られることになろう。

D.5.2.24 Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum

Circa inofficiosi querellam evenire plerumque adsolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. quid enim si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.

兄弟のうちの一人が父の遺言相続人であり、もう一人が廃除又は黙過（脱漏）されており、さらに別の家外相続人が指定されていたときを想定すると、廃除又は黙過された兄弟が遺言相続人たる兄弟には敗訴し、家外相続人には勝訴する場合があると考えられる。ここでウルピアヌスはこうした異なった判決が下されることを、「常とする」と強調している⁶³⁾。

百人官法廷は3世紀に消滅したと想定されているが⁶⁴⁾、212年死亡のパピニアヌス、228年死亡のウルピアヌスの著作で、明らかに単独裁判人 (iudex) と書かれている場合はともかく、その法廷の存在を前提に読むことが許されるであろうか。D.5.2.15.2における iudex の複数属格 iudicum は、異なる判決を下す複数の単独裁判人とも、裁判人団が複数とも読めそうである。先に紹介した Voci の説に従うなら、百人官法廷で行われるか特別審理手続で行われるかが大きな意味を持たず、純粹に法学的な議論には反映され

ていないと解釈して、この点に立ち入らない立場もある⁶⁵⁾。

さて、キュジャースもやはり、「家外人と一人の息子を同じ相続分で相続人に指定し、もう一人の息子を相続廃除した。廃除された息子が、指定された両方の相続人を相手方として不倫遺言の訴を提起したところ、裁判人たちの異なった判決 (*diversae iudicum sententiae*) を受けた。家外相続人には勝訴し、兄弟には勝訴しなかった⁶⁶⁾と想定する。しかしキュジャースは、ここで聴講の学生に、不倫遺言の訴は単独裁判官ではなく百人官法廷の裁判であることを注意を促す⁶⁷⁾。彼はこの法文における *iudicum* を、単独裁判人の複数ではなく、プリニウスの報告のように、実際には同じ裁判人たちで判決裁判所として区別されていたかも知れないが、あくまで裁判人団の複数を表現していると理解するわけである⁶⁸⁾。彼が援用するのは、パピニアヌスの師であり2世紀後半にマルクス・アウレリウス帝の治世下で活躍したスカエウォラの『解答録』第3巻からの抜粋である D.5.2.13 と、パピニアヌスと同じくスカエウォラの弟子であるパウルの『質疑録』第2巻からの D.5.2.17pr. である。ともに比較的后代に百人官法廷における裁判を述べていたことが確認できる法文である。

D.5.2.13 スカエウォラ『解答録』第3巻

ティティアは、娘(姉)を相続人に指定し、息子に遺贈を与えた。同じ遺言で以下のように定めた。「与えられなされるようにと私が上で命じたことはすべて、たとえ無遺言の法によってであつても、私の相続人又は遺産占有者になるすべての者によって与えられなされることを私は望む (*volo*)。同じく、与えられるようにと私が命じるであろうことが、与えられなされるように、私はその者(無遺言相続人)の信義に委ねる。」もし妹が百人官法廷の裁判で勝訴したときは、上で書かれた遺言項目に基づいて (*ex capite supra scripto*) 信託遺贈の義務は生じるかどうかが問われた。ある者〔被相続人〕が、自分を承継することになるだろうと考えている無遺言相続人又は遺産占有者たちの権利に基づき信義に託すことができるかどうか問われるのであれば可能である、と私は解答した。パウルスは記している⁶⁹⁾。これに対して、無遺言で与えられた信託遺贈は、正気でない者によってであるかのように義務とならない、と⁷⁰⁾。

D.5.2.13 Scaevola libro tertio responsorum.

Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavit: 'ea omnia quae supra dari fieri iussi, ea dari fieri volo ab omni herede bonorumve possessore qui mihi erit etiam iure intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur fiantque, fidei eius committo.' quaesitum est, si soror centumvirali iudicio optinuerit, an fideicommissa ex capite supra scripto debeantur. respondi: si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fidei committere possit, respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.

この法文でスカエウォラは、二人の娘のうち一人(姉)を相続人に指定し息子を受遺者とした上で、仮に無遺言の権利によって私の法定相続人又は遺産占有者がいわば承継することになっても、与えなすようにと私が命じたことがその承継者によって行われるように、信託遺贈の形式をとった遺言を扱っている。そして妹が百人官法廷で勝訴した場合 (centumvirali iudicio optinuerit) の信託遺贈の効力を、そもそも無遺言の場合と対比させて、問うているのである⁷¹⁾。

D.5.2.17pr. パウルス『質疑録』第2巻

拒絶する者の意思をもって不倫遺言の告発 (accusatio) に出廷しない者は、同じ不倫遺言の訴を起こす意思のある者たちに算入することはない (partem non facit)。それ故に、廃除された子のうちの一人が父の不倫遺言について訴えると遺言は取り消されるので、もう一人も無遺言相続に呼ばれるからという理由で、全相続財産を自己のものであるとして訴えることは適法ではない。彼が勝訴したとしても、百人官法廷は⁷²⁾、無遺言にした時に、その時点でこの息子だけがこの世に存在すると考えたものとして、既判力を用いることになるのである。

D.5.2.17pr. Paulus libro secundo quaestionum.

Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.

この法文で、パウルスは、拒絶する者の意思をもって不倫遺言の告発 (accusatio) に出廷しない者は、同じ不倫遺言の訴を起す意思を有する者たちに算入することはない、との命題を述べているが、その後の論述もやや難解である。キュジャースはこの D. 5.2.17pr. については、後にも援用しており、ここでは百人官法廷の存在を確認するだけとし、法文の内容については後に改めて扱うことにしよう。

さてキュジャースは、今日ではこの百人官法廷について裁判人団は七人の裁判人で十分であり、元老院議員全員が判決を下すわけではない (sic hodie de quacunque causa senatores omnes non iudicant, sed septem sufficiunt cuique rei iudicandae.), とする。彼は元老院議員 (senatores) と表現しているが、この百人官の名簿に掲載される元老院議員格の人士と理解してよいであろう。なるほど、すでに述べたように、後のローマ法学では、いつまで元老院議員格の人士に限られていたかは議論のあるところである。また「今日では」と表現するキュジャースは、大型陪審団が構成されたブリニウスの時代とは異なり、ユスティニアヌス帝による法典編纂段階で、そのように想定できると考えたのであろうか。七人官の裁判、七人官法廷 (unum septemviale iudicium) の想定のために彼が挙げる根拠は、ともにパウルス『七人官法廷単巻書』 (*liber singularis de septemviralibus iudiciis*) からの D. 5.2. 28 と D. 5.2.31 である。この表題は、この二法文に加え、Index Florentinus と D. 5.2.7 の表題にしか確認できないため、七人官法廷の存在は疑われてきたのであり、Kaser による浩瀚なローマ民事訴訟法の教科書もほとんど扱わない⁷³⁾。実際、16 世紀のハロアンダーやドゥニ・ゴドフロワは、著作名を『百人官法廷単巻書』と修正することさえ提案していた⁷⁴⁾。こうした修正なしに、キュジャースは unum septemviale iudicium を七人官法廷という特別な法廷を想定するのではなく、百人官法廷が管轄する不倫遺言の訴に判決を下すには七人で十分であった、と理解したのである。もっとも彼は、「提示されている事件では、廃除された息子は、一つの七人官法廷 (unum septemviale iudicium) では家外相続人に勝訴し、今一つの裁判では兄に敗訴した、あるいは同じ一つの法廷 (unum idem

iudicium) で勝訴し敗訴するかである」(in proposita specie evenit, ut filius exheredatus uno septemvirali iudicio vinceret extraneum, altero vinceretur a fratre, vel etiam uno eodemque iudicio vinceret, et vinceretur.) と述べ、異なった判決が、それぞれ別に選ばれた各々七人からなる裁判人団によったのか、同じ裁判員団によったのか、二つの可能性を述べるにとどめている。

さて、話を単純にするために、廃除され不倫遺言で訴えることのできる二人の法定相続人と二人の遺言相続人との存在を想定し、前者のうちの一人が後者の二人に対し百人官法廷で不倫遺言の訴を提起し、一人に対しては勝訴し、もう一人には敗訴したとしよう。この勝訴は訴えなかったもう一方の法定相続人にはいかなる意味があるのか。キュジャースは、ここからの説明で、もし「何人も一部について遺言相続で一部について無遺言相続で死亡することはできない」との準則が適用されると不合理な結果になる、あるいはそのようにも読める法文を挙げて解説してゆく。彼が挙げるのは、不倫遺言で訴えた者が法定相続人ではないという意味で特殊な以下の法文である。

D.5.2.6.1 ウルピアヌス『告示註解』第14巻

無遺言相続が認められない者のうちの誰かが(誰も彼を妨げなかったので)不倫遺言の訴を行い、たまたま(casu)勝訴したときは、勝訴は、彼ではなく無遺言相続を有する者に利益となる。なぜなら勝訴は家父を無遺言とするからである。

D.5.2.6.1 Ulpianus libro quarto decimo ad edicum.

Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem: nam intestatum patrem familias facit.

冒頭の「無遺言相続が認められない者」という表現は分かりにくく、学者たちは様々な想定をしてきた。例えば19世紀のグリュックは、異母兄弟(frater consanguineus)が訴えたが、被相続人にとって父母が同じ兄弟の息子が存在していた例を挙げ⁷⁵⁾、Vociはより一般的に先順位者の存在が後から判明し

たとする⁷⁶⁾。いずれにせよ、先順位の法定相続人の存在が知られないうちに不倫遺言の訴で勝訴した場合であっても、被相続人について無遺言者としての法定相続が開始することを明言する法文であり、後順位者の勝訴を先順位者が、ましていわんやとの立論で援用しているようである⁷⁷⁾。しかし、百人官法廷における不倫遺言の訴においては、本来的には、それぞれの人的な関係も考慮とされる余地があり、逆に当該後順位者であったからこそ勝訴できた場合も排除できないと思われる。だとすると、ここには法学による定型化の一面が顕著に見られると言えそうである。

勝訴者でない者も援用できることから、全面的な無効、あるいは判決の絶対効を想定できそうなこの D.5.2.6.1 は、後に挙げる共同法定相続人の一人の勝訴はそうでない他の共同法定相続人には影響を及ぼさないと読み、一部無効を想定していると思われる D.5.2.16pr. 及び D.5.2.25.1 と、一見すると矛盾しておりその調和が試みられてきた。これについては後者の D.5.2.25.1 を扱う箇所及び脚註で若干言及することにするが、D.5.2.16pr. の議論の重点は法定相続の先順位者以外の者が勝訴した場合の効果にあり、しかも事例としては指定相続人も法定相続人も一人であった単純な事件と想定すれば解決する。

続いて、兵士の特権との対比で文民たるローマ市民の準則を確認する以下の法文が指摘される。

D.50.17.7 ポンポニウス『サピヌス註解』第3巻

我々の法は、文民（非兵士市民）の場合、同一人物が同時に遺言と無遺言で死亡したことを認めない。これら二つのこと、遺言者であり無遺言者であることには、当然相互に矛盾があるから。

D.50.17.7 Pomponius libro tertio ad Sabinum.

Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est “testatus” et “intestatus”.

キュジャースは次に以下の法文を挙げているが、要するに、弁論としては精神錯乱の色つまり口実が用いられるが、破壊遺言ではむしろ恭順義務違反が問題とされたのだと言うのである⁷⁸⁾。

D.5.2.2 マルキアヌス『法学提要』第4巻

不倫遺言の訴は、遺言を作成するための健全な精神になかったとのこの口実で行われる。そして、実際に精神錯乱者や心神耗弱者が遺言を作成したかのように述べられるわけではなく、なるほど遺言を適法に作成したのではあるが恭順義務に基づいていなかったというのである。実際に精神錯乱者や心神耗弱者であれば遺言は無効であるから。

D.5.2.2 Marcianus libro quarto institutionum.

Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum.

今一つ彼が援用している次に挙げる D.5.2.19 (パウルス『質疑録』第2巻) は、2世紀末から3世紀初頭、セプティミウス・セウェルス帝(在193-211)及びカラカラ帝(在209-217)に仕えたパウルスによる、まさに不倫遺言の訴の規範化、学問化の段階を示すに相応しいものである。しかし論じられている事件自体が厄介である(spinoso)と言われてきたのみならず、パウルスの立論と反対論が入り組み、*crux iuris*, *crux iurisconsultorum*とされてきた入り組んだ(arzigogolato)法文であり、古くは11世紀の法学の祖イルネリウスから、しばしばキュジャースを批判する同じ16世紀のファーヴルも⁷⁹⁾、そして20世紀にはVociが、さらに今世紀のGagliardiにいたっては研究書の一章をあてて、法文を区切って詳細に解説してきた⁸⁰⁾。そこで、我々も法文を区切って、まずは註釈の理解に依拠しつつ、さらにキュジャースの別の作品『パウルス「質疑録」註解』の解釈を見ながら⁸¹⁾、この援用法文を検討しておこう。

D.5.2.19 パウルス『質疑録』第2巻

瀕死状態の母が、4分の3については家外人を相続人に指定し、4分の1については一人の娘を指定し、もう一人の娘を黙過した。この娘が不倫遺言の訴を提起し勝訴した。相続人に指定された方の娘はいかに助けられるべきかを私は問う。私は解答した。黙過された方の娘は、母が無遺言であれば有したであろうものを自らのものとして請求しなければならない。

Paulus libro secundo quaestionum.

Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit: haec de inofficioso egit et optinuit. quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum sit. respondi: filia praeterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset:

以下、日本語で分かりやすく解説するために、指定された娘を姉、黙過された娘を妹として解説しよう。さて妹が不倫遺言で訴え勝訴したことにつき、キュジャースは家外相続人と姉の双方に対してであると解説する。姉をいかに助けるかが問われていることからそのように想定され、これが註釈以来の伝統的な解釈であるが、異論がないわけではない⁸²⁾。

ちなみに、つとに指摘されるように、姉妹二人が法定相続人であるから義務分 (quarta debitaie portionis) である相続財産の 8 分の 1 以上を有する指定がなされた姉の方はそもそも不倫遺言の訴を提起できず、あるいは義務分の觀念がなかったとしても、上述の理由で提起しないことが考えられる⁸³⁾。

『質疑録』で提示されている事件についてはすでに判決が下されていたが、パウルスはこれに対し——姉に対する判決は不当である、と註釈は付け加えている⁸⁴⁾——解答しているのである⁸⁵⁾。百人官法廷の判決の方が単独裁判官の判決よりも批判の対象になりやすかったかどうかはともかく、下された判決をローマの法学者がこのように評釈しつつ、不当な判決後の善後策も述べている興味深い構成となっていると考えられる。法文に戻ると、次の部分で、この判決に従うとどのようになるかが示される。

それ故に (itaque), 看過された娘 (eam quae ommissa est) が、無遺言に基づき全相続財産の回復を請求し (totam hereditatem ... petat) 勝訴し [てしまっ] たときは、もう一人の娘が法定相続財産を放棄していた (omississet) のと同じように、包括的な単独の相続財産・相続権を有することになると言うことができさえする、と。

itaque dici potest eam quae ommissa est etiam, si totam hereditatem ab intestato petat et optineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum si altera ommississet legitimam hereditatem.

パウルスによれば、請求しなければならないのは自己の法定相続分である相続財産の 2 分の 1 のはずである。そして、「それ故に」と続いているが、註

積が述べるように、これはパウルスによれば正しい解答の提示ではなく、推論を展開しているにすぎない⁸⁶⁾。そうだとすると、「母が無遺言であれば有したであろうものを自らのものとして請求しなければならない」と、「それ故に」が以下の内容と論理的に繋がるのか疑問であり、Gagliardi は「逆方向への論理の飛躍」(un salto logico all'indietro) があるとする⁸⁷⁾。しかし、不倫遺言の訴における不当な判決つまり二つの勝訴判決が下され、それを受けての相続回復請求でも「全相続財産の回復請求」を認容する判決が下されるときは、姉が相続放棄したとみなす単独法定相続と言えることになってしまうという論理的展開を述べているにすぎないと解することができるであろう⁸⁸⁾。

このように法文は、不倫遺言の訴と相続回復請求 (hereditatis petitio) の区別をはっきりと意識している。すでに述べたようにともに疑いもなく百人官法廷の管轄だとされた事項である。これもまた前に述べたように、この法廷は期日延期が認められず最初の口頭弁論と同じ日に判決を下す必要があったとすれば、後者の請求については日を改めて弁論がなされ判決が下されると考えられるであろうか。そしてキュジャースに従えば、不倫遺言の訴も、別の期日での相続回復請求も、七人の裁判人からなる百人官法廷で審理され判決が下されるのであろうか。あるいは、相手方が、原告の相続人資格を否認しなければ、別の手続となるのか。特別審理手続で同じ単独裁判官のもと一つの裁判で同時に不倫遺言と相続回復につき判決が下される可能性もあろう。その場合であっても、パウルスはあくまで法学的に両者を分離して解答を与えてくれている、と考えることもできよう。しかしこの法文に限れば、姉が不倫遺言の訴の後に相続回復請求の前にパウルスに助言を求めた、と考えるのが分かりやすいかと思われる。先に述べたように、Voci は、一方で両者が明確に区別されたことを強調しつつ、こうした点につき古典期法学者の法学著作の中でははっきりと分けて扱われているわけではないとしていたが⁸⁹⁾、若干留保が必要かも知れない。Gagliardi は、古典期においてもこの二つの訴訟手続は一体であったと想定している。これとて、判決人又は判決人団そして判決の形式がどうであれ、必ずしも、学者の論述の判断として二段

階に捉えることを否定するものではなかろう。いずれにせよ、法文のこの部分が述べているのは、不倫遺言の訴の勝訴者が、相続回復請求で単独相続人として全相続財産の回復についても勝訴したとすると、その場合には、他の娘つまり指定され不倫遺言の訴での敗訴者が「法定相続を放棄していたかのような」扱いを受けていることになってしまうということである。そして、この結論を不当と考えるパウルスは、「しかし」として、以下でこの論拠を非難し正しい解決を提示する。

しかし、姉を相手方として不倫遺言で訴えても〔その主張が〕聞き入れられることなど認められてはならない。加えて、遺言に基づいて承継した者は、放棄する者に (omittenti) 類似してはいない、と言わなければならない。

sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso: praeterea dicendum est non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit:

パウルスは、4分の1につき娘の一人を相続人に指定している母を、精神錯乱の色つまり口実で、あるいは少なくとも不倫つまり義務違反であるとして非難、告発することが認められてはならない、と強く主張する。加えて、指定された娘がこうした遺言相続を承継したからといって、法定相続を放棄する者と類似してはいない、つまりそのような結果になる扱いは不当だ、としている。遺言相続の承継は法定相続の拒絶を意味しない。では具体的に訴えはどうなるのか。次の部分の表現は必ずしも分かりやすいものではない。

そして、それ故に、彼女は家外人に対し半分につき自己のものであるとして請求すべきであり、半分すべてが彼女に帰属するかのように半分すべてが奪われなければならないと主張すべきである、と言わなければならない。これに従えば、遺言は全面的に効力がないとされるわけではなく、母は、たとえ精神錯乱者として彼女の終意 (iudicium ultimum) が断罪されようとも、無遺言になるのは一部である。

et ideo ab extraneo semissem vindicandum et defendendum totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur.

ここでの「そしてそれ故」に対する註釈は、「なぜなら、相続回復において、〔指定された〕姉を相手方として不倫遺言の訴で勝訴したことは聞き入れられないから」(quia non auditur contra sororem in petitione hereditatis perlata querela.) とやはり不倫遺言の訴と相続回復請求を明確に区別している。このように黙過された者が——註釈やキュジャースの理解に従えば——二人に対して不倫遺言の訴を提起し——姉に対しては不当ではあるが——ともに勝訴すれば、二つの相続回復請求 (hereditatis petitiones) が続き、それぞれに何が生じるかを分けて考えればよいことになる⁹⁰⁾。註釈は、ここでの「半分」を、全相続財産の半分と理解し、パウルスによる正しい解決として、不倫遺言の訴の勝訴者である妹は家外相続人の4分の3の相続分のうち彼女の法定相続分である2分の1を奪うので、残りの4分の1について誰が請求するかを問題にし、遺言の破壊はあくまで2分の1についてであり、この4分の1は指定相続人であった姉も請求できず、家外相続人たる指定相続人にとどまるとする⁹¹⁾。はたしてそうか。キュジャースの結論は後に見るとして、法文の続きを見よう。

ちなみに、ある者が、娘が勝訴すると遺言はすべて効力が奪われると考えたとすれば、指定された者もまた無遺言で相続財産を承継することができる、と言わなければならない。というのも、自身が有効であると考えた遺言に基づいて承継した者も、自らに与えられることを全く承知しない法定相続財産を拒絶するとは見られないからである。自己の権利を知っている者でさえ、自らに帰属すると考えるものを選択することで、失うわけではないのだから。

ceterum si quis putaverit filia optinente totum testamentum infirmari, dicendum est etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem: nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur[m], quam quidem nescit sibi deferri: cum et hi qui sciant ius suum, eligentes id quod putant sibi competere, non amittant.

このように法文は、「ちなみに」として、不当な前提ではあるが、仮に不倫遺言での黙過された娘の勝訴によって遺言がすべて無効となるとするとどうなるかを解説する⁹²⁾。この場合でも、相続人に指定された姉もやはり無遺言の相続承継ができる。黙過された妹による不倫遺言の訴によって取り消さ

れた遺言であるが、それを有効だと考えて承継したところで、自らに与えられることを知らないものを拒絶しようがない、との論理である。妹の訴えや勝訴などは予見できないということであろうか。もちろん、法定相続人でありながら遺言相続をよしとしたことは、法定相続を放棄したのだと二者選択を迫る考えもあろうが、まずは被相続人の終意を尊重し遺言相続に従うべきとした者に、そのような強い不利益を生じさせることは不当であろう。それどころか、キュジャースは述べていないが、さもないと万一この不倫遺言の訴に敗訴した場合には、相続に値しない者 (indignus) として遺言に基づく利益をすべて失うのであり、指定相続人に訴えを強要するのは苛酷であろう⁹³⁾。不倫遺言の訴によって一方を選択したところで、本来の、つまり法定相続権を失わないのである⁹⁴⁾。これについて、法文は、権利を承知している者も失わないのだから、ましていわんや、との立論を用いているのである。

さらに法文は最後の部分で、類似の事例を範例として紹介する。それは、誤解して、自己の解放奴隷である被相続人の判断に従った保護者 (元主人) も、遺言書に反する遺産占有の申請を行う権利を放棄したわけではないというものである。そして結論を述べている。

このことは、誤った考えに動かされ被相続人の判断に従った〔解放奴隷によって黙過された元主人である〕保護者について生じる。事実、これによって彼は遺言書に反する遺産占有を拒絶したとは見られないのである。これらのことから、黙過された女性が全相続財産を自己のものとして請求することは正当ではない。遺言が取り消されても、指定された者にさえ、相続財産を承継する権利は完全に残っているからである。

quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est: is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. ex quibus apparet non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, cum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditatis.

以上のような比較的長い法文であるが、先に述べたように近年の学者も詳細に検討し、法文中のパウルの説とそうでない部分をはっきりと分けて検討する Voci は、訴えた妹は 2 分の 1、姉は 4 分の 1、家外相続人は 4 分の 1

を得ると、註釈と同様の結論を引き出すほか⁹⁵⁾、著書の一章をあてて法文解釈を試みた Gagliardi は、妹と姉が 2 分の 1 ずつを得るとの結論である⁹⁶⁾。

さてキュジャースは、この法文に対する『パウルス「質疑録」註解』の冒頭で、娘と父の絆と娘と母との絆は違うので、母の場合は娘の廃除と黙過は同じであり、市民法上は遺言を無効とするものではなく、娘は遺言書に反する遺産占有を請求できる法的地位にあることを説明した後⁹⁷⁾、不倫遺言の訴とはまさに不倫遺言を理由とする相続財産の請求であると述べる⁹⁸⁾。しかし彼が手続の完全な融合を想定していたと結論づける必要はなく、段階を分けつつ適切な解決を提示している。キュジャースが提示する本来の正しい解決は、「要するに、娘（妹）が廃除されたとき、4 分の 1 につき指定された姉を相手方として不倫遺言の訴を提起してはならず、4 分の 3 につき指定された家外相続人を相手方としてのみ提起しなければならない。その目的は、4 分の 3 について母を無遺言にし、その 4 分の 3 を姉と分割することであり、それは廃除された娘が自らに 2 分の 1、つまり 6 ウンキアを有するようである」(Denique filia exheredata non denuit agere querela adersus sororem scriptam ex quadrante, sed adversus extraneum tantum scriptum ex dodrante, ut pro dodrante matrem faceret intestatam, et divideret eum dodrantem cum sorore, hoc modo, ut exheredata sibi haberet semissem, sex uncias) とする。彼は自身の解釈につき、「Graeci recte adnotarunt」と、原文は挙げていないが、ビザンツ法源と合致していることを明らかにしている。そして「精神錯乱者として母の終意が断罪されるにもかかわらず、遺言は家外相続人の相続分についてだけ無効とされる」(licet quasi furiosae ultimum matris iudicium damnetur, sed infirmato testamento pro parte extranei tantum.) とする。家外相続人の相続分を無効とすべく、精神錯乱者として母の終意が断罪されるのである。このように註釈とは異なり、妹の勝訴は遺言を半分ではなく 4 分の 3 につき無効とする、つまり Voci のように家外相続人に 4 分の 1 が残るのではなく、すべて無遺言となる。妹は法定相続で 2 分の 1 を、姉は 4 分の 1 の相続分を遺言相続で、4 分の 1 の相続分は法定相続で得ることになる。Gagliardi の解決と同じである。この二人は

ビザンツ法源を参照していたのである。先の「半分」云々の部分で法文はあくまで訴える妹の立場について説明しているものであり、存続するとされる遺言相続は姉の4分の1についてであり、家外相続人の残りの4分の1は、法定相続に戻るというのである⁹⁹⁾。この区別の意義は例えばユスティニアヌス帝以前の信託遺贈義務の有無を考えれば容易に理解できよう。

キュジャースは、以下、反対説に有利に働くと思われる史料を挙げる。つまり、そうはいつても問題の精神錯乱は遺言作成能力がなかったと信じられるほどに深刻なものである、と続け、不倫遺言の勝訴判決は遺言作成能力がなかったとする以下の法文を援用する。

D.5.2.17.1 パウルス『質疑録』第2巻

遺言に対して不倫遺言であると判決が下されるときは、被相続人は遺言能力を有してなかったと考えられる。しかし(遺言)相続人が応訴せず裁判に出頭している原告に有利な判決が下されたときには、同じことが是認されるべきではない。なぜならこの場合は、判決に基づいて法が作られたとは考えられないから。そしてそれ故に自由身分(解放)は有効であり、そして遺贈も請求される。

D.5.2.17.1 Paulus libro secundo quaestionum.

Cum contra testamentum ut inofficiosum iudicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. non idem probandum est, si herede non respondente secundum praesentem iudicatum sit: hoc enim casu non creditur ius ex sententia iudicis fieri: et ideo libertates competunt et legata petuntur.

法文に見られる質疑に対するパウルの解答のポイントは、むしろ、被告が応訴せずに勝訴した場合に、奴隷解放や遺贈は依然として有効であることにあるが、それとの対比で、被告が応訴した場合の不倫遺言の判決は、被相続人の遺言作成能力否認の意味を持つとしている¹⁰⁰⁾。

今一つ挙げられる法文D.32.36(クラウディウス『スカエウォラ「法学大全」第18巻註記)も、なるほど、精神錯乱者であるかのように遺言作成能力がなかったと信じられるとし、そのことが、信託遺贈の効力を否定するための理由として用いられているものである。この点は、D.5.2.13とは異なる方向をとるものである¹⁰¹⁾。

D.32.36 クラウディウス『スカエウオラ「法学大全」第18巻註記』

その者の遺言について、精神錯乱者であるかのように、遺言を作成することができなかったと考えられたが故に、不倫遺言であるとされた者によって、無遺言の信託遺贈の義務は生じず、それ故にその者の終局の判断 (suprema iudicia) に関係することも有効ではない。

D.32.36 Apud Scaevolam libro octavo decimo digestorum Claudius notat.

Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet.

このように、キュジャースが注意を促すこれらの法文は、不倫遺言の訴が認容されると、遺言者が精神錯乱者であるかのように遺言作成能力がないとされ、遺言が無効となることを述べている。とはいってもいづれもむしろ他の法的な議論を支えるものである。

次に、キュジャースは、相続廃除された一人の息子が訴えると、別の息子を相続人に指定しているのだからその遺言が全くの精神錯乱のもの (plenum furori) とされるわけではないとし、1世紀前半のウァレリウス・マクシムスによる逸話集『著名言行録』を援用する¹⁰²⁾。『著名言行録』は、第7巻第7章「取り消された遺言について」、そして第8章「取り消すことが可能であるが有効なままの遺言」においてまさに遺言の取消しの事例を紹介している。まずは有名な第7章の中の2つの節を紹介しよう¹⁰³⁾。

ウァレリウス・マクシムス『著名言行録』第7巻第7章

第2節 同じく、ローマの騎士カルセオリーのアンエイウスの息子は、母方の伯父によって養子に迎えられたのであるが、自分がそこで黙過されていた実の父の遺言を、百人官法廷において無効とした。その遺言では、大ポンペイウスの親友トゥッリアヌスが、その者〔ポンペイウス〕自身も遺言に証人として署名していたのだが、相続人に指定されていたからである。それ故にこの裁判では、親の遺骨のことより、傑出した名士を優遇するものであったため、厄介な問題となったのである。……人の中にある生殖(を通じた関係)という最も強い絆が、同時に父の意思及び元首の権威よりも勝っていた。……

第5節 市民掛法務官カルプルニウス・ピソの定めも優れている。テレンティウスは、青年まで育てた八人の息子のうちから、他権者養子縁組で養子に受け入

れた一人に相続廃除されたとして不倫遺言の訴をこの法務官に提起したので、この青年に達した者の遺産の占有を彼に与え、相続人たちが法律に基づき訴えることを許さなかったのである¹⁰⁴⁾。

このように、前者では、傑出した名士の優遇という、精神錯乱とは相容れない合理的な判断と、養子として家を離れたとはいえ実の親子の家族の絆とが対比されており¹⁰⁵⁾、後者では、不倫遺言の訴が認められると他の指定相続人たちの主張を認めない、とする判断が見られる。これに対してキュジャースが挙げる、取消しが認められなかった事例が紹介されている第8章は、狂った素行で知られていたトゥディタヌスが娘を相続人に指定していた遺言につき、遺言を作成した人物でなく、書かれた内容に注目されるとの理由で有効だとした百人官法廷の判断の紹介で始まる¹⁰⁶⁾。

ウェアリウス・マクシムス『著名言行録』第7巻第8章

第1節 ……遺言で娘を相続人に指定し、その遺言をその近親血族であるティティウス・ロングスが槍の裁判〔百人官法廷〕で取り消すこと (subvertere) を試みたが上手くゆかなかった。というのも、百人官法廷は、誰が書いたかよりも遺言書に何が書かれていたかを考慮しなければならないと考えたからである。

1 ... testamento filium instituit heredem, quod Ti. Longus sanguine ei proximus hastae iudicio subvertere frustra conatus est: magis enim centumviri quid scriptum esset in tabulis quam quis eas scripsisset considerandum existimaverunt.

このように、キュジャースは、非法学文献に関する博識から¹⁰⁷⁾、狂った人物であるとの評価を受けていたとしても、遺言が内容的に合理的であり取り消されなかった例を挙げることによって、不倫遺言の訴における精神錯乱の色つまり口実が、あくまで弁論術のお約束にすぎないことを教えている。そして、本題に戻り、一人に勝訴したら父の判断すべてを破壊するのであり、廃除された相続人も指定相続人も無遺言相続として遺産分割がなされるべきであると「見られる」、と続けるのであるが、これらは「見られる」のであって、あくまで遺言相続と無遺言相続の併存を認めない考え方の紹介にすぎない。このような見方に対し、キュジャースははたしてそうかと疑問を呈し、

法的な論点としなければならない (haec ratio dubitandi) とする。そして、被相続人は一部について無遺言相続、一部について遺言相続が開始されるのが衡平だとする。つまり、先の D.5.2.19 での姉は、遺言相続人としてすでに有していた 4 分の 1 については遺言相続に基づくものだと考えるわけである。そうだとすると、第三者との関係で新たな問題を生じる。不倫遺言の訴に勝訴して法定相続人となった者は、その相続分に応じて相続債権者から訴えられはするが、受遺者や信託受遺者によって訴えられるのは、依然として敗訴していない別の遺言相続人であることになる。この証左としてキュジャースが挙げる一つ目が D.44.2.29pr. (パピニアヌス『解答録』第 11 卷) である。

D.44.2.29pr. パピニアヌス『解答録』第 11 卷

なるほど、既判事項の前書きは〔奴隷が〕訴えていなかった共同相続人に対抗することができず、また自由身分の判断が下された後に信託遺贈に基づき未だ解放されていない者が、自由身分から奴隷身分への復帰を求めて〔訴えられていなかった共同相続人によって〕請求がなされるとは見られないが、しかし法務官のこの判断は、敗訴した者の持分についてだけ給付するわけにはゆかない事項について守られることが必要である。というのも、不倫遺言の訴が〔訴えた者が勝訴して〕共同相続人の一人を「拘束した」、又は二人が別々に〔不倫遺言の訴で〕訴えて一人〔だけ〕が勝訴したとき、自由身分は成立するのをよしとするからである。とはいっても、〔不倫遺言の訴で〕勝訴し将来解放者になる者が損失を受けることのないよう裁判人の職権で補償の措置が講じられてのことである。

D. 44.2.29pr. Papinianus libro undecimo respnsorum.

Iudicatae quidem rei praescriptio coheredi, qui non litigavit, obstare non potest, nec in servitutem videtur peti post rem pro libertate iudicatam nondum ex causa fideicommissi manumissus: sed praetoris oportet in ea re sententiam servari, quam pro parte victi praestari non potest: nam et cum alterum ex coheredibus inofficiosi quaestio tenuit aut etiam duobus separatim agentibus alter optinuit, libertates competere placuit, ita tamen, ut officio iudicis indemnitati victoris futurique manumissoris consulatur.

必ずしも理解が容易な法文ではないが、ここでキュジャースは、不倫遺言による一部無効を前提に、遺贈相続人ととどまる者に対する通常の遺贈や信

託遺贈義務が、彼が失った相続分に応じてのみ消滅することを前提として、そうした縮減が不可能な自由の付与や役権設定の遺贈、信託遺贈の例外を論じる法文として援用している、と考えられる。事実、この法文自体に対する彼の『パピニアヌス「解答録」註解』を見ると¹⁰⁸⁾、法準則に反して、既判事項が当事者以外に不利益となる二つの例外ケースが提示されているとして、以下のような説明がなされている。

共同相続人が一人の奴隷を共有しており、奴隷が一人の主人だけを信託遺贈法務官の下に訴え勝訴した場合の既判力は他の主人には及ばないはずであるが、自由(身分)が分割や持分の観念を許さないこと、一人の主人を相手方として信託遺贈法務官の下で自由身分の判断が下されたものの、遺贈と異なり債権の効果しか認められない信託遺贈に基づいて未だ解放されていない奴隷に対し、奴隷の共有者であったもう一人の相続人から奴隷身分への復帰を訴えることは、自由優遇の観点からして¹⁰⁹⁾認められない、つまり未だ判決に従った解放行為がなされていない場合であっても、自由に関する法務官の判断が尊重される、とする¹¹⁰⁾。不倫遺言によって遺言の一部が取り消されても、自由優遇故に、信託遺贈に基づき自由身分が獲得される事例として、キュジャースは、D.37.7.6(パピニアヌス『解答録』第6巻)、C.3.28.13(239年ゴルディアヌス帝)そしてD.31.76pr.(パピニアヌス『解答録』第7巻)を挙げる。加えて、彼は、D.40.12.30(ユリアヌス『ミニキウス抄録』第5巻)を紹介する。ここでは、二つの別の裁判で奴隷身分と自由身分という矛盾する判決を得ている場合に、奴隷身分を優先させたサビヌス派と自由身分を認めたプロクルス派の対立が報告され、自由を認め、奴隷身分の勝訴者への、良き人士の裁量に基づく奴隷の価額の半分を給付することを強制するのが——おそらく権利の正当な帰属という意味での正義(iustus)にではなく——自由優遇の観点からより功利に適っている(commodius)とされる。自由そのものは本来的には金銭評価に馴染まないはずであるが、キュジャースは、この法文から、良き人士の裁量による、おそらく奴隷の代金の半額(持分)の給付を想定する(partē pretii praestita victori, viri boni arbitratu)。持分を他方の共同相続人に、

キュジャースの表現では売却強制する (coacto altero domino vendere partem suam) わけである¹¹¹⁾。

さてこの結論を導くために、類似の事例として D.44.2.29pr. でパピニアスパピニウスが挙げているのが不倫遺言の訴である。法文のこの部分の内容について、キュジャースの解説は詳しくなく、筆者なりに敷衍をすところである。

単独の法定相続人が二人の遺言相続人の一人だけに勝訴しても、他の遺言相続人には遺言が効力を持ち続けているため奴隷を解放する信託遺贈義務が残り、この義務を果たすことになる。あるいは二人の法定相続人が¹¹²⁾単独の遺言相続人に不倫遺言の訴を提起し¹¹³⁾、一人だけが勝訴したとき、指定相続人は別の一人には不倫遺言の訴で勝訴したのだから、その者との関係でつまりその者の相続分については遺言相続人のままであり、やはり奴隷を解放する信託遺贈義務を負う。いずれの場合も、奴隷に対して持分を有することになるが、奴隷を解放する信託遺贈義務を負わないはずの不倫遺言の訴の勝訴者は、意思に反して奴隷の半分の半分の持分につき経済的利益を失うので、補償がなされるべきなのである。彼自身が解放するわけではないが、結果的に解放者となるため、法文は将来解放者 (futura manumissor) と呼んでいると思われる。つまり、ここでの futurisque の que (及び) を上の二つのケースにそれぞれ対応させているのではなく、不倫遺言の訴において勝訴する原告の二つの属性を述べていると考えればよいであろう。売却強制される者を解放者と呼ぶのは適切ではないかも知れないが、補償の支払を説明する一つの仕方ではないかと思われる。

このように、この法文は、遺言が一部しか無効となっていない法律関係での、遺言相続人による信託遺贈に基づく解放行為の履行を前提として法律問題を論じている。ちなみにキュジャースは『註解』末尾で、D.44.2.31 (パウルス『解答録』第3巻) に同様の用例が見られるとして、「拘束」(tenere) という単語を共同相続人の一人に「勝訴」(obtinere) と能動的に、あるいは効果を示したものとして (ἐνεργητικῶς) 理解すべきであると述べているが、対格の alterum (共同相続人の一人) に勝訴したではなく、拘束したと解しても無

理なく読めるとは思われる¹¹⁴⁾。

二つ目の D. 31.76pr. (パピニアヌス『解答録』第7巻)も難解法文である。やはり法文を切って理解しよう¹¹⁵⁾。

D. 31.76pr. パピニアヌス『解答録』第7巻

息子が、すでに、異なった複数の(小)法廷(判決人団)の下に(*divisis tribunalibus*)¹¹⁶⁾母の不倫遺言の訴を提起し、裁判人たちの異なった判決が下されていたので、この息子に勝訴した〔遺言〕相続人は、その息子が〔勝訴した〕他の〔遺言〕共同相続人たちから奪った相続分に応じて、残りの受遺者たちが訴権を有さないのと同じく自らに与えられた先取遺贈を有しないことになる、と定めている(*constitit*)。

D. 31.76pr. *Papinianus libro septimo responsorum.*

Cum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset atque ita variae sententiae iudicum exstitissent, heredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis coheredibus abstulit filius, non habiturum praeceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit.

やはり異なった複数の(小)法廷あるいは裁判人団(*diversa tribuales*)の構成、つまり *variae sententiae iudicum* の裁判人(*iudex*)の複数形の理解について先に挙げたのと同じ問題が生じる。中世のウィウィアヌスによる事案解説(*casus*)は単独裁判人を想定するが、キュジャースはこの法文に対する『パピニアヌス「解答録」註解』でも、やはり百人官法廷の七人の裁判人からなる小法廷(*tribunal*)を想定して、彼の解釈を維持している。そして百人官法廷という裁判所(*corpus universum*)に注目するなら、裁判人は同じ(*ii-dem sunt iudices*)であるが、小法廷(*tribunalia*)に注目するなら、不倫遺言の訴によって遺言が取り消されたとしても、今や新勅法 115 によって遺贈や自由(身分付与)は全面的に有効であることを指摘した上で、この法文の解説を「この質疑がたとえ今日では適用されなくとも、その論争(*deceptio*)や決定(*definitio*)は、他の多くの事案に役立つ可能性がある」(*Quaestio haec etsi hodie locum non habeat, cum ex Novella Iustiniani, ..., tamen disceptio et definitio eius quaestionis usui esse potest in aliis plerisque causis*)と、純粋な、あるいは単純な歴史的解釈によって法文を断罪するのではなく法解釈学的意味を失わない複雑で興

味深い取扱いをしている¹¹⁷⁾。そして母が最初から一部無遺言であったのではなく、後の行為からそうなった、と準則に反するものでないことを述べているが、これについては我々の法文 D.5.2.15.2 の註解でも述べており、すぐ後に紹介する。そして通常の遺贈も、ある遺言相続人のために遺された先取遺贈も、彼が息子に勝訴していたとしても、息子が勝訴して法定相続になった相続分に応じて一部は消滅すると解説する。そして法文の後半では以下のように述べている。

しかしこの息子が母の遺言を争ったのは一部についてなのだから¹¹⁸⁾、遺言に基づく自由(身分の付与)は成立するとされている。このことは一部について縮減させることのできない役権に拡張してはならないであろう。息子に勝訴した者〔遺言相続人〕に対して役権が全体として請求されるのは明らかであるが、しかし〔息子が勝訴した〕一部の価額が給付されることになる。あるいは息子が価額を受領して役権を設定する用意があるというのに、受遺者がその部分の価額を提供しないときは、ファルキディウス法を範例として、受遺者は悪意の抗弁で排除されることになる。

sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset. quod non erit trahendum ad servitutes, quae pro parte minui non possunt: plane petetur integra servitus ab eo qui filium vicit, partis autem aestimatio praestabitur: aut si paratus erit filius pretio accepto servitatem praebere, doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat partis aestimationem, exemplo scilicet legis Falcidiae.

このように法文における役権設定の遺贈との対比から、奴隷たちへの自由身分の付与つまり奴隷への自由の遺贈は、一人でも遺言相続人が残っている限り消滅せず、奴隷は全面的な自由を取得することが明らかにされる。そしてキュジャースは、遺贈の場合はその自由の効果は物権遺贈であり、信託遺贈の場合は債権的であるとの対比を指摘する¹¹⁹⁾。物権的效果によるなら、遺贈義務なき勝訴した無遺言相続人に補償がなされずとも、奴隷は完全に解放される、と読めそうである。先に見たように、キュジャースは、共有奴隷の解放という信託遺贈義務の場合には、持分に相当する価額の支払義務を述べており、違いがはっきりする。

これに対し、この自由身分の付与の定めは、分割できない役権が遺贈の目

的であるときに拡張されない。拡張されないとはどういうことか。法文は違いを述べる。つまり役権は成立することもあれば成立しないこともある。キュジャースは、法文から、不倫遺言の訴で息子に勝訴し遺言相続人にとどまった者に対して、役権の受遺者が役権設定を請求すると、設定の遺贈義務を負わない息子が一部は勝訴しているのだから、相続分に応じた役権の持分を買取るための代金支払が悪意の抗弁として対抗される。つまり役権の受遺者が遺言相続人に役権を請求した場合、息子によって奪われた相続分の割合に応じて価額支払の抗弁で対抗されるのである。さらに、キュジャースは、反対に息子が役権を売ることを望まなければ、そもそも完全でないと給付できない役権なのであるから、その役権の遺贈は無効で消滅してしまうと断言する¹²⁰⁾。

末尾のファルキディウス法への言及は、中世の事案解説 (casus) が説明しているように、「ファルキディウス法が遺贈から幾分かを削減し、役権の受遺者が相続人に対して役権全体を請求すれば、ファルキディウスが遺贈から削減する分につきその価額を相続人に提供しなければならない」ことの類推として述べられている、と考えればよい¹²¹⁾。

この反対解釈で、物の供与といった通常の遺贈義務については、遺言相続人は相続分に応じての義務を負うと解することができる¹²²⁾。いずれにせよ我々の法文 D.5.2.15.2 の解説にとって、キュジャースは不倫遺言の訴の効果为原则として遺言の一部無効であることの証左として挙げているのであろう。さらに、彼にとってのこの法文の意義は、母の遺言に対する不倫遺言の訴を受けなかった、又は勝訴した遺言相続人が、遺贈義務である奴隷の解放や役権設定を実現しなければならないことが前提となっている点である。このように、「遺言が一部について取り消されると、すべてが効力を失うのではなく、自由身分も信託遺贈も効力を失わない」のである。これについてキュジャースはさらに D.5.2.8.5 (ウルピアヌス『告示註解』第 14 卷) を挙げている。長くはないがやはり説明が必要な法文ではある。

D.5.2.8.5 ウルピアヌス『告示註解』第 14 卷

しかし未成熟の息子の母は、父が彼のために遺言を作成したのだから、その遺

言は不倫であると主張することはなく（パピニアヌスもそう解答している）、息子の遺言であるから、父の兄弟〔未成熟者の伯父又は叔父〕も主張できない。従って、未成熟者の兄弟も、父の〔遺言である〕と言わなかったなら主張できない。しかし〔未成熟者の兄弟が〕父の遺言に対して勝訴したなら息子のための遺言も無効となる。但し、父の部分について（*pro parte patris*）取り消されるときはこの限りではない。そのときは未成熟者の遺言は有効であるから。

D.5.2.8.5 Ulpianus libro quarto decimo ad edictum.

Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit (et ita Papinianus respondit): nec patris frater, quia filii testamentum est: ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit: nisi si pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.

父が未成熟の息子のためにも遺言を作成した、とのウルピアヌスの記述であるが、遺言にとって未成熟者の相続人指定が要素であるから、この遺言は機能としては未成熟補充指定がなされていると考えられる。事実、16世紀のドノーは *Inst.* 2.16pr. を援用してこの法文をそのように解説していた¹²³⁾。そして法文は、訴える側にとっては誰の遺言として訴えるのかで訴えが認められるかどうかが変わることを説明する。息子の兄弟が問題とされるので、註釈は、卑賤者 (*turpis*) を未成熟補充指定したケースだと注意を促す¹²⁴⁾。父の部分について (*pro parte patris*) の意味は必ずしも明瞭ではないが、息子ではなく父の遺言について、と読むことが許されるであろう。Voci は、法定相続人による一部勝訴から生じる遺言処分の様々な効果をまとめる箇所、未成熟補充指定は全く影響を受けずに存続することの証左としてこの法文を挙げている。彼の挙げる論拠は、未成熟補充指定にとっては一人の遺言相続人が遺言に基づき承継するだけで十分であるとするものである¹²⁵⁾。キュジャースの援用意図は、おそらく Ribas-Alba と同じく、遺言が一部取り消されるという点で共通しているということであろう¹²⁶⁾。

さてキュジャースに戻ると、精神錯乱者による処分だとされるのであれば、この息子の遺言つまり未成熟補充指定も無効となりそうであるが、すでに見たように、彼は、精神錯乱と義務違反を結びつける必要はない、としていた。そして不倫遺言を訴えた者が明示的に父の遺言についてのみ訴えたと

き、未成熟者の遺言の部分は依然として有効である、とする。あくまで明示的にの場合であるが、遺言を全面的に無効にするのではなくその効果は限定的である一事例として援用していると思われる。キュジャースは、後見についても、遺言が一部につき無効とされても依然として有効であることを、自己の主張の証左として提示し緩やかな類推を行うが、これについては法文援用がない。

そして、不倫遺言の訴で一人の遺言相続人には勝訴し別の遺言相続人には敗訴した者は、相続財産に属する個々の物について、その勝訴した相続分につき自己のものであるとして取戻訴権を行使することも遺産分割訴訟を行うことも可能である、とする。つまり、遺言によって指定された兄弟は一部について相続人にとどまり、廃除された方の兄弟は一部について法定相続人になる。この法律効果をパピニアヌスはD.5.2.15.2の末尾で「馬鹿げていない」としていたが、キュジャースはこれについての説明を続ける。

(兵士の場合は別なので)一般市民が、一部について遺言相続で一部について無遺言で死亡することは馬鹿げていることになりそうである。ところが、遺言相続が後の行為によって一部について無遺言になることは馬鹿げていない。この論理として、キュジャースは、「そうであることと、そう見られること」とは別であるとの理由から、「最初から一部について無遺言で死亡することと、後に〔一部無遺言で〕死亡したと見られることは別である」(aliud decedere pro parte intestatum ab initio, aliud postea decessisse videri.)との論理から、後に、一部が無遺言相続、一部が遺言相続として「見られる」つまりそう扱われることを正当化する。被相続人つまり遺言者としては、一部は法定相続で一部は遺言相続で死因処分を行うことはできないが、死亡後に、例えばここで問題の不倫遺言の訴における異なる判決を通じて、一部は法定相続、一部は遺言相続としての法律効果が生じることに問題はないとするのである。別言すれば、一部につき遺言で死亡しえないことと、死亡後に一部につき遺言が有効となることは矛盾しない。後の行為に基づき、そのようになるのは馬鹿げたことではない、とする。キュジャースをしばしば非難するファーズ

ルも、D.5.2.19 に対する解説で、後の行為によって (ex post facto) と説明し、この点ではキュジャースの発想の影響を受けているように思われる¹²⁷⁾。

なるほど、他方で、キュジャースは、この箇所では不倫遺言の訴における指定相続人の敗訴は遺言を無効にすることを強調する法文を挙げる。一つはすでに上で挙げていた、本来法定相続人となる資格のない者が訴えを提起し勝訴した場合その利益は法定相続人に帰す、とした D.5.2.6.1 (ウルピアヌス『告示註解』第 14 卷) と、これもすでに挙げた D.5.2.17pr. (パウルス『質疑録』第 2 卷) である。しかし上で検討したように、前者は指定相続人も法定相続人も一人であった単純な事件を想定すればよく、後者はキュジャースが想定していたように、共同法定相続人が法定相続をはっきりと拒絶していた例である。キュジャースは、遺言者が、健全な精神の部分と不健全な精神の部分を持っていたことは馬鹿げていない、つまりある子を廃除することは健全で、別の子を廃除することは不健全だということもありうるのは容易に想像できる、と言うのである。このようにキュジャースは「何人も一部について遺言相続で一部について無遺言相続で死亡することはできない」の準則を否定することなく、同じ遺言に対する複数の不倫遺言の訴において異なる判決が生じた場合の法律効果について、巧みに説明する¹²⁸⁾。

そして彼は、「今日では」と新勅法段階の法では不当な相続廃除と精神錯乱が完全に結びつけられていない状況を明らかにする。彼が援用するのはすでに挙げた新勅法 115 で、黙過や相続廃除の正当事由が排他的に列挙されていた¹²⁹⁾。彼はラテン語訳である流布本の公撰書ではなくすでに新勅法を利用することができた。西欧におけるギリシア語新勅法の最初の出版は 1531 年 Haloander 版であるが、最古の完全な写本 (Codex Marcianus Graecus) からの出版は 1558 年 Scrimger 版¹³⁰⁾、広く用いられる Le Conte 版は、キュジャースがパピニアヌスの質疑録に関する講義を開始した 1571 年の出版である¹³¹⁾。

このように事項ごとに不倫性つまり義務違反かどうかを判断することがより容易にあるいはメカニックになる。ある相続人指定については瑕疵があるが、その他の、つまり先に見た未成熟補充指定あるいは後見人指定が有効で

あっても、何ら馬鹿げたことではない。こうして、キュジャースは、この新勅法による列挙を待つまでもなく、一部についてのみの不倫遺言の訴が認められていることをはっきりと示す。ここで挙げられる法文は以下のものである¹³²⁾。

D.5.2.25.1 ウルピアヌス『討論集』第2巻

ある者が、不倫遺言について訴えることができないのにその訴えが認められ、一部について遺言を取り消すことを目指し相続人のうち一人を自らのために選択し、その者を相手方として不倫遺言の訴を提起すると、遺言は一部について有効であり、彼に優先する者たちが排除されたので、彼が不倫遺言の訴を提起したのは有効である、と言わなければならない。

D.5.2.25.1 Ulpianus libro secundo disputationum.

Si quis, cum non possit de inofficioso queri, ad querellam admissus pro parte rescindere testamentum temptet et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querellam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse.

すでに指摘したように、この部分的な取消しを明言する D.5.2.25.1 と、先に挙げた末尾で全面的に無遺言とするという D.5.2.6.1 とは互いに矛盾するとされ、近世の学者たちも¹³³⁾、近年の学者たちも¹³⁴⁾、複雑な議論を行ってきた。しかし後者については、繰り返しになるが、指定相続人も法定相続人も一人であった単純な事件を想定すればよい。

さて、D.5.2.25.1 では、一方で本来訴えることができない者に不倫遺言が認められ、他方で優先されるべきものが排除されたと述べられ、分かりにくい。ウルピアヌスの本来の叙述が編纂者によって省略された可能性が高く¹³⁵⁾、補って理解する必要がある。中世のウィンニウスによる事例解説 (casus) を参考にすると、家父権免除を受けた息子が遺言を作成し、自己の二人の息子を相続廃除し父を黙過し家外人を相続人に指定していた。父よりも優先される息子が時効や法定相続拒絶を理由として排除されたため、父が不倫遺言の訴で遺言の一部取消しを求めて訴えそれが認められた、と理解する¹³⁶⁾。優先するはずの者たちの「排除」の部分を巧みに説明している。

これと異なりキュジャースは、兄が弟を黙過し (si frater fratrem silentio praeterierit)、二人の家外人、しかも一人は名望者 (honestus)、もう一人は卑賤者 (turpis) を相続人に指定した事例を想定している。黙過された弟が二人の家外相続人に対して不倫遺言で訴えると、兄弟関係であるから卑賤者を相手方としてのみ勝訴し、相続財産の半分を得ることになるとする¹³⁷⁾。本稿の冒頭で挙げた準則が適用されているが、ウィンニウスが想定した事案に比べ、法文の「彼に優先する者たちが排除されているので」の部分の説明が分かりにくい。

ちなみに、バシリカ法典の注釈は、二人の息子と一人の兄弟を有する者が、卑賤者とそうでない者を相続人に指定し、息子二人を相続廃除し兄弟を黙過した遺言を作成し、この兄弟が卑賤な指定相続人を相手方として不倫遺言の訴を、言わば息子を差し置いて (*κατὰ συναρπαγήν*) 提起し勝訴したケースを想定する。そして第一順位の当然相続人である息子の相続廃除が正当だとされることが考えられる。そこで兄弟が提起した不倫遺言は一部についてであるから遺言の全面的な無効とはならない。彼は卑賤者ではない者との関係では遺言を取り消すことができない。いずれにせよ、一部についてのみ不倫遺言だと主張される例として分かりやすい法文である¹³⁸⁾。

さらに、キュジャースは D.5.2.14 (パピニアヌス『質疑録』第5巻) について解説する。法文は、父が息子を家父権免除し、その息子の子である孫は家父権にとどめておいたところ、家父権免除を受けたその息子が後に彼自身の別の息子を抱き上げて認知し、自身のこの二人の息子をとともに相続廃除し、父を黙過して死亡したケースを論じている。キュジャースは、この父は、かつては2分の1、今日では3分の1について遺言に反する遺産占有に入ることができるとし、家父権免除を奴隷の解放と類似した行為と捉え、奴隷と元主人の関係とパラレルに、すでに息子を家父権に有しない父を保護者と考える、と説明している¹³⁹⁾。こうして、キュジャースは、父が二人の息子のうち兄だけを相続人に指定し、弟を相続廃除した場合であって、廃除された弟が指定された兄に対して不倫遺言の訴を提起するとき、遺言の一部についての

無遺言相続を求めていることになる、との結論を引き出す。

キュジャースはさらに、三人の兄弟のうち一人が相続人に指定され、ほかの二人が相続廃除され、廃除されたうちの一人だけが不倫遺言で訴えたときについて、訴えない兄弟にとっての5年の消滅時効期間が経過する前は、別の兄弟の訴えは遺言の3分の1についての取消しを訴えているのであり、遺言を承認若しくは甘受するか、又は5年の時効期間が経過したときにはじめて2分の1の相続財産を得ることになるとする¹⁴⁰⁾。援用されるのは次の二法文である。いずれもキュジャースの解釈からよく理解できる法文である。指定された相続人も3分の1の法定相続人であるとのキュジャースの想定は、簡明で理解が容易である。

D.5.2.16pr. パピニアス『解答録』第2巻

母の不倫遺言について、一部について指定された兄弟に対して先に訴え勝訴した息子に、訴えなかった又は勝訴しなかった娘は競合することはない。

D.5.2.16pr. Papinianus libro responsorum.

Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et optinuit, filia, quae non egit aut non optinuit, in hereditate legitima fratri non concurrat.

この法文について、グリュックもキュジャースと同様の説明を行っている¹⁴¹⁾。三人の子のうち二人が廃除され、一人だけが相続人に指定された。廃除された一人である娘が訴えを放棄し又は不倫遺言の訴で何も得なかったとき、もう一人は添加権によって (vi iuris accrescendi) 相続財産の半分を得る。廃除された娘は法定相続を全く主張できないからであり、これが「競合することはない」の意味である。そして、グリュックは、D.5.2.17pr. の末尾に対応する、この場合は他の兄弟はいないものとみなされるとの理屈を法文の指摘なしに述べている¹⁴²⁾。キュジャースはここでこの D.5.2.17pr. を挙げています。彼がこの法文を百人官法廷の説明で利用していることをすでに見たが、法文そのものは込み入っており、異端の扱いを受けてきた (martoriato) とさえ言われるもので¹⁴³⁾、本稿では内容の検討を留保したものである。まずは改めて法文を見よう。

D.5.2.17pr. パウルス『質疑録』第2巻

拒絶する者の意思をもって¹⁴⁴⁾不倫遺言の告発 (accusatio) に出廷しない者は、同じ不倫遺言の訴を起こす意思のある者たちに算入することはない (partem non facit)¹⁴⁵⁾。それ故に、廃除された子のうちの一人が父の不倫遺言について訴えると遺言は取り消されるので、もう一人も無遺言相続と呼ばれるからという理由で、全相続財産を自己のものであるとして訴えることは適法ではない。彼が勝訴したとしても、百人官法廷は¹⁴⁶⁾無遺言にした時に、その時点でこの息子だけがこの世に存在すると考えたものとして、既判力を用いることになるのである。

D.5.2.17pr. Paulus libro secundo quaestionum.

Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facit his qui eandem querellam movere volunt. unde si de inofficioso testamento patris alter ex liberis exheredatis ageret, quia rescisso testamento alter quoque ad successionem ab intestato vocatur, et ideo universam hereditatem non recte vindicasset: hic si optinuerit, uteretur rei iudicatae auctoritate, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc, cum facerent intestatum, crediderint.

キュジャースは、この法文に対する『パウルス「質疑録」註解』で、最初に、訴権の意味と効力につき、「親を無遺言にするべく父の遺言を取り消し、相続廃除された卑属が自身が相続廃除されたのは不当であることを証明したとき、指定相続人が承継していた相続財産を彼らから追奪する (evincat) ことにある」¹⁴⁷⁾と述べる。そして、父には二人の息子がおり、家外人を相続人に指定しこの家外人が相続財産を承継し、長男は法定相続を拒絶する者の意思をもって不倫遺言の訴を行わない、つまり訴えも法定相続も拒絶したとする¹⁴⁸⁾。弟が訴え勝訴した場合、彼が全相続財産を得る。別の一人が訴えを拒絶する場合だけでなく、時効期間が経過して訴えることができない又は敗訴したとき、その者はもう一人の勝訴により取得されるものに参加できない。キュジャースは、法文の *partem facere* を、ウエルギリウス『アエネーイス』(3歌 222–223) やキケロ『カエキーナ弁護論』(12) に見られるように、法律用語としての *vocare in partem* の意味であると博識を披露する¹⁴⁹⁾。第一人の勝訴は遺言を無効とするが、別の相続人の相続分が彼の相続分の計算

に算入されない。とはいえ、この事件では兄は訴えを躊躇するのではなく拒絶していたからこのような効果が発生するのであり、さもなければ兄の訴えが時効にかからない限り、弟は単独で全相続財産を得るわけではなく¹⁵⁰⁾、兄が *partem facere* するのであり、この法文の末尾はまさにそのように明言している、とする¹⁵¹⁾。

これに対し、Voci は *partem non facere* について、義務分の計算に数えられない、つまり訴えない者がいるからといって、法定相続分の額に応じた義務分の計算で、訴える者の義務分に添加が生じることはない、と遺贈などによって配慮すべき義務分についての表現であると説明し¹⁵²⁾、Gagliardi は、グリュックの説明を参考に、バシリカ法典におけるラテン語風のギリシア語表現 (*πάρτεμ ποιεῖν*) も確認しつつ、「不倫遺言の訴を提起する意思のある者に帰属する相続分を確定するのに考慮されてはならない」と理解して、「添加権を有する」と説明する¹⁵³⁾。義務分の確定であれ相続分の確定であれ、法文の事例では添加が生じないと考えている。ちなみに末尾につき、グリュックは不倫遺言の訴における百人官法廷の原則であるとするが、そうだとすると手続としても相続回復請求との明確な区別を想定した方が理解しやすい¹⁵⁴⁾。

キュジャースは、『パピニアヌス「質疑録」註解』で、事案としては、兄弟三人のうち三男だけが相続人に指定された場合を想定する。この場合、不倫遺言の訴での長男の勝訴は、父の相続を法定相続とするのであるが、「拒絶した二男と3分の1を分け合うどころか、二男の相続分も相続分に応じその者〔三男〕に添加する」(*tantum abest, ut eum trientem communicet secundo, qui repudiavit, ut et pars secundi ei accrescat pro rata*) とし、拒絶する者に添加せず、敗訴者又はそれに準ずる者の3分の1は、遺言の義務違反を主張した者と指定相続人とに添加するのである。その理由をキュジャースは、「拒絶し、あるいは排除されたことによって、不倫の訴訟を切断したが故」(*propterea quod repudiavit, aut exclusus est, iudiciove inofficiosi cecidit*) とする。排除については、これまでも述べたように、5年の時効期間経過などが考えられよう。

しかしキュジャースの挙げる理由は、二男が相続することがないことの論拠であって、法定相続人としての勝訴者である長男のみならず指定相続人である三男にも添加が生じることの理由になっているであろうか。三男が有する3分の1は、先に見たD.5.2.19に対する説明に対応させて、法定相続分というより、本来の遺言相続分のうち留保できる相続分と考えてもよい。そうすると、勝訴した長男は法定相続人として、そもそも訴えを拒絶し法定相続を拒絶する二男の法定相続分の添加権を全面的に有するが、三男は遺言相続人として本来の法定相続分である3分の1のみを得る、との理屈も成り立ちそうである。しかし、不倫遺言の勝訴判決はあくまで相続人が単独であったかのように考えた上での判断であるとして処理される。つまり、指定相続人も添加権を得る¹⁵⁵⁾。こうして、先の法定相続人でもある姉と家外人が相続人に指定されたケースと、あくまで法定相続人の一人のみが指定されたケースの違いが明らかにされている、のである。

さらに挙げられる証左は、添加を明言するD.5.2.23.2（パウルス『不倫遺言について』単巻書）である。キュジャースの説明に基づけば理解は容易である¹⁵⁶⁾。

D.5.2.23.2 パウルス『不倫遺言について』単巻書

二人の息子が相続廃除され、その二人が不倫遺言について訴え、その後一人が訴えの取下げを決めるとき、その者の相続分は別の者に添加する。〔5年の〕期間の経過によって¹⁵⁷⁾その者が訴えから排除されたときもまた同じである。

D.5.2.23.2 Paulus libro singulari de inofficio testamento.

Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars eius alteri adcrecit. idemque erit, et si tempore exclusus sit.

逆に、廃除された者が訴えを拒絶するわけでも取り下げるわけでもなく、期間中に別の廃除された者が不倫遺言で勝訴したとき、この遺言の取消しの効果による相続分に与ることになる。このように訴えなかったことが拒絶を意味しないことの証左として、キュジャースは遺産占有を申請する権利を失わないとする以下の法文を挙げる。

D. 38.2.46 パウルス『解答録』第3巻

遺言者の誤った判断に騙されて従った保護者は、解放奴隷の遺言書に反する遺産占有を請求することは妨げられない。

D. 38.2.46 Paulus libro tertio sponsorum.

Paulus respondit: patronus, qui deceptus falsum iudicium testatoris secutus est, bonorum possessionem contra tabulas testamenti liberti petere non prohibetur.

キュジャースは、再び D. 5.2.19 を取り上げ、母が、4分の3について家外人を相続人に指定し、一人の娘（姉）を4分の1について相続人に指定し、もう一人の娘（妹）を黙過し、妹が指定相続人の二人を相手方として不倫遺言で訴える事案を想定する。姉に対する訴えでは敗訴し、家外相続人に対する訴えでは勝訴する。すでに見たように、キュジャースは不倫遺言で訴えた娘が全相続財産について請求する場合、指定相続人たる娘は、その遺言を承認したからといって法定相続を放棄したとは見られない、とする。証左としてさらに D. 5.3.8（パウルス『告示註解』第16巻）が挙げられる。

D. 5.3.8 パウルス『告示註解』第16巻

遺言の効力を知らなかったときに、被相続人の遺言に従った者は、法定相続財産を自己のものとして請求することを妨げられない。

D. 5.3.8 Paulus libro sexto decimo ad edictum.

Legitimam hereditatem vindicare non prohibetur is qui, cum ignorabat vires testamenti, iudicium defuncti secutus est.

すでに見たように D. 5.2.19 の事案では、訴えた娘（妹）が、4分の1の指定相続人たる姉には敗訴し、4分の3についての家外相続人に勝訴し、指定相続人の姉は家外相続人から4分の1を得、キュジャースによれば、姉妹が2分の1ずつ取得するのが正当である。

最後に、息子が遺言で父に恭順を示すべきことは、D. 5.2.15pr.（パピニアヌス『質疑録』第14巻）から疑いがなく、とする。「相続財産は……死の順序が乱されたときは、卑属におとらず尊属にも、恭順に基づき (pie) 遺されなければならない」(hereditas ... turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.) のである。キュジャースはパピニアヌス註解のみならず、『観察と修正』第8巻第23章でもこのことを指摘していた¹⁵⁸⁾。

D.5.2.15pr. パピニアヌス『質疑録』第14巻

なぜなら、親の〔子の方が長生きして欲しいとの〕願いと息子たちに対する自然の愛情故に、息子の相続財産は親に帰されるわけではないものの、しかし、死の順序が乱されたときは、恭順に基づき子におとらず親にも遺されなければならない。

D.5.2.15pr. Papinianus libro quarto decimo quaestionum.

Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentium et naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet¹⁵⁹).

遺言に基づき承継した娘は、不倫遺言の訴の可能性があると知っていたとしても訴訟は勝負ごと (alea iudiciorum) で全く不確実と考えたか、他の姉妹の廃除を正当と考えたか。自己の権利を知っていた者であっても、誤って自らに帰属すると考える他のものを選んだとしても、自己の権利を失うことにはならない。

四 おわりに

プリニウスが、本来起こりえない、あるいは結果に戸惑いを隠せなかったことは、一部は無遺言相続、一部は遺言相続になるという法的効果の面からというよりも、自身の弁論に対する自負からであったように思われる。古典期法学者たちは、こうした事態を当然のこととして受け止めつつも、時に判決を批判もし、問題の法的な規範化を行った。

キュジャースは『パピニアヌス「解答録」(第7巻)註解』で、百人官法廷での裁判を、選ばれた七人の裁判人が、裁判人団としては同じ成員であるが、当事者ごとに別々に判決を下したと再構成し¹⁶⁰、裁判人団の規模はともかく、プリニウスの書簡での報告を説明した。パピニアヌスは、「何人も一部について遺言相続で一部について無遺言相続で死亡することはできない」との準則を最終的な法律効果についてであろうと理解する者の驚きを念頭に、

無遺言相続と遺言相続の併存を驚くべきではないと書いていたと思われるが、キュジャースは、この準則は、被相続人に向けられたものであり、死亡後の不倫遺言の訴という後の訴訟の結果生じる法律効果を制約するものではないと巧みに説明し、古典期法学の議論をより正確に理解する基礎を固めた。

法定相続人と遺言相続人がそれぞれ一人で不倫遺言の訴によって前者が勝訴したときの法律効果は単純である。なるほど遺言は無効となり法定相続が発生する。しかし廃除や黙過された法定相続人が複数であるとき、あるいは、指定された遺言相続人が複数であり、しかも一部は家外相続人として不倫遺言で敗訴し、一部は法定相続人でもあり不倫遺言で勝訴したときの法律効果については、それらの判決が正当であるとしても、まして百人官法廷が管轄するために多数決による不当と思われる判決が下されたときはなおさら、法学者による周到な議論を引き起こした。キュジャースは、学説彙纂に収録されたこれらの法学の成果につき、法典編纂者による改竄、百人官法廷と特別審理手続の違い、学者間の説の対立を想定することなしに、また、すべてを最終的な新勅法段階の法規範であるとして解釈するわけではないが、歴史的な発展を過度に強調することなしに、ローマ法の成果を提示した。最後に、その成果のうち重要な一部を若干掘り下げて考察しておこう。

複数の法定相続人がおり、一人が遺言で相続人に指定された遺言相続人でもあり、もう一人は指定されず不倫遺言の訴で家外相続人に勝訴した。この家外相続人が原告の法定相続分以上の相続分を得ていたとき、超過分も含めた全額を得るものではない。法定相続人たる遺言相続人が、法定相続分よりも少ないものの義務違反とは言えない相続分を得ているために不倫遺言の訴ることができない、又は、不倫遺言での敗訴により指定相続分さえ失う危険があるため、若しくはあくまで被相続人の終意を尊重しようと考え法定相続分よりも少ない相続分を甘受した、といった事情を考慮すると、彼が不倫遺言で訴えないことから不利益を被ること、他の法定相続人の勝訴の結果を全く享受しないことは受け入れがたい。

この指定相続人でも共同法定相続人でもある者が不倫遺言の訴つまり法定

相続を明らかに拒絶していたのでない限り、彼は、遺言相続分に加え、訴えた者の法定相続分を超過する部分につき、最終的に全体として法定相続分になるように請求できる。超過分について家外人たる法定相続人が保持する、あるいはD.5.2.17pr.に対するキュジャースの説明を敷衍し、超過分を法定相続人が法定相続分に応じて分割するとの解決もありうる。確かに、この後者の解決をD.5.2.19の例にあてはまるなら、指定された姉は、遺言相続人として4分の1を、そして法定相続人として、超過分の半分の8分の1を加え、8分の3を、不倫遺言の訴で勝訴した妹は、勝訴から得る完全な法定相続分である2分の1と超過分の半分の8分の1で、8分の5を得る。完全な法定相続の結果にはならないが、義務分を得ているがために不倫遺言の訴で勝訴できない法的地位、一方の子を廃除又は黙過した父の不倫性、訴訟にかけた労力などを比較衡量した精緻な解決と評価できるやも知れない。しかし、恣意的な多数決によらない定型的な基準として法学が提示する解決としては、キュジャースによる簡明な解決が妥当であると思われる。

不倫遺言の訴に対する法学による彫琢は、抽象的な相続分の然るべき帰属に重点が置かれたものになり、義務違反の立法による列举と相携えて、法律関係を予見可能なものにすると同時に、多数決による決着に配分していた事件処理の性質を変容させるものであったと思われる。後順位者の勝訴が先順位者にかなる意味を持つかの解決も、複雑な事態に対する法学による厳密な規範化は、不倫遺言の訴を、法廷弁論を通じて戦略を駆使して自己に有利な論拠を裁判人に訴えかけ、キュジャースによれば七人の裁判人の多数決で判決が下される百人官法廷よりも、皇帝官吏である単独裁判官によって判断が下される特別審理手続に親和的なものにする。共和政起源の裁判制度の変容と法学の精密化、あるいは法学による規範化と裁判制度の統一、平板化、官僚化は、表裏一体の関係にあったと思われる。

註

* 最高裁判例への法学の影響を意識してご研究に取り組んでこられ、親しくお話しする機会があった清原泰司先生のご退職記念号へ、ローマの裁判実務に対する法学の対応の一断面についての寄稿をお許し願いたい。

- 1) 原田慶吉『ローマ法—改訂—』(有斐閣) 345頁参照。cf. Inst. 4.18 4.
- 2) 遺言における恭順 (pietas) 概念については、例えば、Giovanni Gulina, *Testamento e officium pietatis in Cicerone*, in: Giuseppe Conte/Sara Landini (a cura di) *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Fargiuele*, Tom. II, Firenze 2017 p. 77–93, Serena Querzoli, *I testamenta e gli officia pietatis. Tribunale centumviale, potere imperiale e giuristi tra Augusto e i Severi*, Napoli 2000, p. 59–65, Daniela di Ottavio, *Ricerche in tema di «Querela inofficiosi testamenti»*. I. *Le origini*, Napoli 2012, p. 43–124 がある。Di Ottavio は、狂乱の色 (color insaniae) の弁論術起源に関する研究の一環で、精神錯乱 (furor) とローマ市民として祖国、家族、神々に対する義務感 (il sentimento doveroso) たる恭順との対比 (furor impius)、血なまぐさい内乱後のアウグストゥスの政策的意図、さらにウエルギリウス『アエネーイス』を分析する (p. 65–77)。卑賤者を相続人に指定した兄弟の遺言をめぐる百人官法廷での早い時代の訴訟を報告するのは、後述のようにウァレリウス・マクシムス『著名言行録』である。法源としては、D. 5.2.1, D. 5.2.8.5, D. 5.2.24, C. 3.28.21 がある。兄弟姉妹に対する規制については、Pasquale Voci, *Diritto romano ereditario*, vol. II, 2ed., Milano 1963, p. 674 を参照。
- 3) cf. Wolfgang Kunkel/Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 465–468, Edoardo Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1993, p. 803–807. 不倫遺言の訴には、「嘆き」のニュアンスを持つ querela のほか、本稿で後に扱う D. 5. 2.17pr. におけるように、刑事訴訟では「告訴」を意味する accusatio も用いられる。遺言を無効とするこの訴えの効果は、権利者の主張を待って生じるもので、一般的に取消しを意味する rescissio, rescisco と表現される。Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2. Abs., 2. Aufl., München 1975, S. 520–521. もっとも後に見るように本来的には次順位者としてその権利がなかった者の訴えにも既判力が生じる例がある。不倫遺言の訴が、属州におけるローマ法とギリシア法、エジプト法との法の抵触に対して、それを緩和する機能を果たした 124 年の裁判につき、Joseph Méléze-Modrzejewski, *Diritto romano e diritti locali*, in A. Schiavone (dir.), *Storia di Roma*, vol. 3/2, Torino 1983, p. 996 及び引用文献を参照。
- 4) 本稿では、hereditas につき、明らかに日本語として不都合な場合を除き、原則として相続財産と訳すが、この概念について詳しくは、Pasquale Voci, *Diritto romano ereditario*, vol. I, 2ed., Milano 1967, p. 146–163 を参照。
- 5) ここでの手続は、Gai. 4.95 によれば、まずは法廷手続において、クレペイウス法

に従いセステリウスの神聖賭金法律訴訟で挑むことになる。誓約の文言などについて Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 708–709 を見よ。百人官法廷さらに十人裁定委員の法廷に関して、教科書として Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, S. 52–56, querela centumvirale と querela cognitio の併存を主張する Fridolin Eisele, Zur «querela inofficiosi», in: ZRG.RA., Bd. 15, 1894, S. 256–298 を嚆矢とする近代の研究につき、様々な学説を整理するものとして、John M. Kelly, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford 1976, p. 1–39, José María Ribas-Alba, *La desheredación injustificada en derecho romano. Querrela inofficiosi testamenti: Fundamentos y régimen clásico*, Granada 1998, p. 144–159 が、比較的近年の包括的な研究としては Lorenzo Gagliardi, *Decemviri e centumviri. Origine e competenze*, Milano 2002 がある。

プリニウス『書簡集』を素材にしたものとして、Giovanni Gulina, Il pretore «Qui centumviralibus praesidet» in Plin., Epist., 5.9.1–5, in: Carmela Russo Ruggeri (a cura di), *Studi in onore di Antonio Metro*, Tom. III, Milano 2010, p. 233–282. 十人裁定委員の法廷については、ほかに Gennaro Franciosi, Sui «Decemviri stilitibus iudicandis» in: *Labeo* 9, 1963, p. 163–202. 主として非法学文献からの説明として、19世紀の Wilhelm Rein (1809–1865), *Das Privatrecht und der Zivilprozeß der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinian*, 2. Aufl., Leipzig 1858, Aalen 1964, S. 870–873 を参照。邦語文献としては、西村重雄「ローマにおける centumviri について——ローマ初期民事裁判官のあり方をめぐって——」世良晃志郎選暦記念『法と権力の史的考察(上)』創文社(1997年)3–45頁がある。

- 6) クインティリアヌス『弁論家の教育』(5.2.1) は「二つの〔百人官法廷の象徴としての〕槍に分かれた百人官法廷での分割審理」(et partibus centumviralium quae in duas hastas divisae sunt.) と表現する。Quintilien (Jean Cousin (tr.)), *Institution oratoire*, Tome III, livre IV et V, Paris 2003, p. 105, Marco Fabio Quintiliano (Stefano Corsi/Cesare Marco Calcante (tr.)), *La formazione dell'oratore*, Vol. II (lib. V–VIII), 3.ed., Milano 2008, p. 768–769. ちなみに百人官法廷は民事事件を扱うが、私人たる単独審判人 (iudex unus privatus) とは異なり、国民を代表する市民団の機関 (un organismismo cittadino a rappresentanza popolare) である。Lorenzo Gagliardi, *Studi sulla legittimazione alla querela inofficiosi testamenti in diritto romano e bizantino*, Milano 2017, p. 172 n. 141. 従って一つの判決を下して職務を終えるわけではない点でも単独審判人とは異なる。民事事件を扱う百人官裁判 (iudicium centumviralis) の位置づけについては Sibranius Tetardus Siccama, *De iudicio centumviri*, Franequerae 1596 以来長い議論の伝統がある。
- 7) Sextus Pompeius Festus (W. M. Lindsay (ed.)), *De verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome*, 1913 Leipzig, 1965 Hildesheim, p. 47, Sextus Pompeius

Festus (M. A. Savagner (tr.)), *De la signification des mots*, Paris 1846, p. 90–91.

- 8) Franca La Rosa, *Decemviri e centumviri*, in: *Labeo*, 4, 1958, p. 14–54, p. 24ff., Gagliardi, *Decemviri*, supra not. 5, p. 109.
- 9) 遺言の破壊 (ruptum) 概念については, A. D. Leeman et al., M. T. Cicero, *De oratore, libri III. Kommentar*, 2. Bd., Buch I, 166–265, Buch II, 1–98 Heidelberg 1985, I. 174, S. 56, Gai. Inst., 2.146, Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abs., München 1975, S. 690–692 を参照。キケロ『弁論家について』では Crassus が, 原告が最初から無効を主張するもの (I. 175) と事後的に無効となったもの (I. 180) を挙げている。Cicéron (Edmond Courbaud (tr.)), *De l'orateur, Tome I, livre I*, Paris 2002, p. 62–64. ほかに同書からの法文として D. 5.2.7, 31 がある。Matteo Marrone, *Querela inofficiosi testamenti*, Palermo 1962, p. 172 (ウエスピアヌス帝による百人官法廷の回避, 及び, 後にキュジャースの所見を紹介するが, 七人官裁判所を特別審理手続と同視する立場については p. 165–166) を参照。
- 10) Cicéron, *De l'orateur, Tome I, livre I*, p. 61–62. 多数の管轄事項に言及するキケロのこの箇所については様々な理解がなされてきた。百人官法廷の管轄事項が多岐に及んでいたと考えるのではなく, 被相続人の相続財産に含まれる個々の権利の確定といった, 相続において問題となりうる事項の列挙であると解する立場もあった。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 166ss. とりわけ p. 173–176 を見よ。cf. Moriz Wlaszak, *Zur Frage der Centumviralkompetenz in spätclassischer Zeit*, in: *ZRG.RA.*, Bd. 9, 1888, S. 385–386. 例えば, Rein, *Das Privatrecht*, supra not. 5, S. 871–872 は, 列挙されている事項について, 審判人においても百人官法廷においても審理が可能であったが, 帝政期になると相続事件に限られたとする。しかしキケロのこの箇所については, 素直に読むべき余地があると思われる。帝政期については特別審理手続が併存する。ちなみに D. 5.2.28 (パウルス『七人官裁判所単巻書』) は, ハドリアヌス帝 (在 117–138 年) の勅答を報告している。この作品の書名をめぐる議論については後に紹介する (後註 73 を参照)。

D. 5.2.28 パウルス『七人官法廷単巻書』

母が兵士である息子が死亡したと誤って聞き及び, 遺言で別の者を相続人に指定したので, 神皇ハドリアヌス帝は, 相続財産は息子に帰属し, 解放と遺贈が給付される, と勅答した。ここでは, 解放と遺贈について付け加えられていることが注意されている。なぜなら不倫遺言であるとされると遺言に基づいて何も有効ではないから。

D. 5.2.28 Paulus libro singulari de septemviralibus iudicis.

Cum mater militem filium falso audisset decessisse et testamento heredes alios instituisset, divus Hadrianus decrevit hereditatem ad filium pertinere ita, ut libertates et legata praestentur. hic illud adnotatum quod de libertatibus et legatis adi-

citur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

- 11) Mommsen は、その起源を早期に想定する一方で、例えばスエトニウス『皇帝列伝』「アウグストゥス」(36)を援用しつつ、アウグストゥスによって、相続事件についての百人官法廷の主宰が、従来の財務官から法務官の監督下での十人官に変更されたとする。Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 2. Bd. 1. Teil, 3. Aufl., Graz 1969, S. 225 [216], S. 231 [221], S. 590–591 [577], S. 608 [592], Frédéric Girard (tr.), *Le droit public romain*, tom. 3, Paris 1893, p. 259, p. 265, *Le droit public romain*, tom. 4, Paris 1894, p. 298, p. 317–318. Suétone, (Henri Ailloud (tr.)), *Vies des douze césars, tome I, César; Auguste*, Paris 1961, Auguste 36, p. 94. スエトニウス (国原吉之助訳)『ローマ皇帝列伝 (上)』岩波文庫 133 頁。
- 12) Pline le Jeune (Anne-Marie Guillemin (tr.)), *Lettres, Tome I, livres I–III*, Paris 1969, p. 36–37, 1.18.6. Plinio il Giovane (Luigi Rusca (tr.)), *Epistolario. Panegirico a Traiano*, 6.ed., Milano 2015, p. 98–99.
- 13) Arangio-Ruiz, *Instituzioni di diritto romano*, Napoli 2012, p. 547 ss.
- 14) もっとも古代ローマでは、弁論術の練習としては、クインティリアヌスが伝えるように、弁論家アシニウス・ポッリオが恭順義務違反と精神錯乱とを区別し、この義務違反よりも狂っていることを強調する責め立ての仕方 (gratia instandi) が教えられている。クインティリアヌス『弁論家の教育』(9.2.9)「我々が非難しているのは、遺言が義務違反であるということではなく、狂っているということなのだ、と言うわけです」(furiosum, inquam, non inofficiosum testamentum reprehendimus)。Quintilien (Jean Cousin (tr.)), *Institution oratoire, Tom. V, Livres VIII et IX*, Paris 2003, p. 172, Quintiliano (Cesare Marco Calcante (tr.)), *La formazione dell'oratore*, vol. III (lib. IX–XII), p. 1446–1449. «Asinius: Audisne? Furiosum, inquam, non inofficiosum testamentum reprehendimus.» しかし Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 682 は、狂乱の色 (color insaniae) は判断の決定打ではなく、婉曲話法 (eufemismo) だとしており、後に見るように、これがむしろ法学者たちの認識であったように思われる。
- 15) Quintilien (Jean Cousin (tr.)), *Institution oratoire*, Tome III, supra not. 6, p. 33, Marco Fabio Quintiliano (Stefano Corsi (tr.)), *La formazione dell'oratore*, Vol. I (lib. I–IV), 3.ed., Milano 2006, p. 650–651 「今やある種の裁判、とりわけ頭格刑 (死刑) に関する裁判や百人官法廷では、裁判官自身が、入念に周到に磨き上げられた演説を要求し、口頭弁論にあたっては注意深さが見て取れなければ侮辱されたと考え、さらに単に知らされるだけでなく楽しむことを望んでいるからである。」(quia iam quibusdam in iudiciis, maximeque capitalibus aut apud centumviros, ipsi iudices exigunt sollicitas et accuratas actiones, contemnique se nisi in dicendo etiam diligentia appareat credunt, nec doceri tantum sed etiam delectari volunt. Et est diffici-

lis huius rei moderatio.) 一般的には, Wolfgang Kunkel, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln 1967, 2001, S.328–329, José Domingo Rodríguez Martín, *Moving the Judge. A Legal Commentary on Book VI of Quintilian's Institutio Oratoria*, in: Olga Tellegen-Couperus (ed.), *Quintilian and the Law*, Leuven 2003, p.161–167. 方式書訴訟の審判人手続のみならず法務官の面前での法廷手続における弁論術の役割を強調するものとして Olga Tellegen-Couperus, *Roman Law and Rhetoric*, in: *Revue belge de philosophie et d'histoire*, tom. 84, fasc. 1, 2006, p.59–75 が重要である。

- 16) Voci は一般的な説明の後に, 指定相続人又は当然相続人が複数である場合を別々に扱っている Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 690 ss. «Ma se gli istituti o i necessari siano più, c'è da stabilire il valore di una sentenza ottenuta da uno colo o contro uno solo.»
- 17) Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 691. Babusiaux は, さらに, 指定相続人の居所によって土地管轄が決められるので, 異なる遺言相続人に対する矛盾した判決が生じる可能性を指摘する。Ulrike Babusiaux, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht*, Köln, 2015, S. 227. 事実, 百人官法廷の土地管轄は法務官と同じである。Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 710. より詳細には Gagliardi, *Decemviri*, supra not. 5, p. 383–390 を見よ。
- 18) Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 692. «con la conseguenza che coesistono due eredi, uno ex testamento, l'altro ab intestato.»
- 19) Max Kaser/Rolf Knütel/Sebastin Lohsse, *Römisches Privatrecht*, 21. Aufl., München 2017, § 65, S. 389, Voci, *Diritto*, vol. I, supra not. 4, p. 496–500. ここで不倫遺言の訴による異なった判決の併存が例外の一つとして挙げられる。この原則に依拠してローマの相続法の基礎につき提示された様々な学説については Volterra, *Istituzioni*, supra not. 3, p. 718–719 を見よ。
- 20) 『書簡集』の出版については, 後註 28 を見よ。『観察と修正』は漸次出版されてゆくが, 当該第 10 巻が最初に出版されたのは Valence 大学教授時代の 1570 年である。Ernst Spangenberg, *Jacob Cujas und seine Zeitgenossen*, Leipzig 1822, Frankfurt/M. 1967, S. 260 (Jacques Berriat-Saint-Prix, *Histoire du droit romain suivi de l'histoire de Cujas*, Paris 1821 にはこのリストはない), Xavier Prévot, *Jacques Cujas (1522–1590) Jurisconsulte humaniste*, Genève 2015, p. 58, p. 512. 『パピニアス「質疑録」註解』の講義は 1571 年から 1580 年にかけてつまり Valence 及び Bourges 大学で行われた。Ulrich Manthe, *Die Datierung der Vorlesungen des Cujaz über die Quästionen Papinianus*, in: TRG, 50, 1982, S. 201.
- 21) Voci は初版では二つの制度が存在するとの学説を認めていない。つまり精神錯乱を主張し遺言の無効を求める相続回復請求にはかならない百人官法廷の裁判と, 当

然相続人に対する遺言者による不法 (iniuria) を主張し、遺言の取消しを求め相続回復請求とは区別される特別審理手続を想定し、古典期には相互に影響を与え、ユスティニアヌス帝が完全な融合を企図した、というのである。しかし法学著作ははっきりと区別して論じてはいないのであり、ウルピアヌス『告示註解』第 14 巻は、他の二制度併存の場合と異なり、不倫遺言を単一のものとして論じている。もっとも不倫遺言は遺産占有者にも認められ、相続回復請求とは異なる。精神錯乱と不法の区別は法源に証拠がない。Voci, *Diritto romano ereditario*, vol. II, parte speciale, 1.ed., 1956, p. 408–410. この不倫遺言の訴の訴訟制度を扱う § 48 (p. 399ss.) において Eisele の想定を批判しつつ歴史を述べる 5 の部分について、第 2 版で対応する § 84 (p. 702ss.) では削除され、初版の 6 の部分が第 2 版では 5 になっている。これに対し、いずれの手続を選択するかにつき、Marrone は実質的な違いがあるとする。両者の併存については、Gagliardi, *Decemviri*, supra not. 5, p. 362–368 も見よ。

- 22) Pline le Jeune (A.-M. Guillemin (tr.)), *Lettres. Tom. I, Liv. I–III*, Paris 1969, p. x.
- 23) Pline le Jeune (Anne-Marie Guillemin (tr.)), *Lettres, Tom. II, livres IV–VI*, Paris 2002, 4.12.2, p. 110, Plinio il Giovane, *Epistolario*. supra not. 12, p. 460–461. «... praesertim in arena mea, hoc est apud centumviro...»
- 24) Pline le Jeune, (A.-M. Guillemin (tr.)), *Lettres, Tom. I*, supra not. 12, p. 78, Plinio il Giovane, *Epistolario*, supra not. 12, p. 164–165. «distingor centumviralibus causis, quae me exercent magis quam delectant. Sunt enim pleraeque parvae et exiles; raro incidit vel personarum claritate vel negotii magnitudine insignis.»
- 25) cf. J. W. Tellegen, *The Roman Law of Succession in the Letters of Pliny the Younger*, Zutphen 1982, p. 114 も参照。
- 26) 騎士階級のウォコニウス・ロマヌスについて、プリニウスは、第 2 巻書簡 13 で、自身の少年時代から友情をはぐくんだ有能な法廷弁論家であったこと (Pline le Jeune, *Lettres, Tom I*, supra not. 22, p. 76, Plinio il Giovane, *Epistolario*, supra not. 12, p. 164–165. «5. hunc ego, cum simul studeremus, arte familiariterque dilexi; ille meus in urbe, ille in secessu contubernaluis, cum hoc seria, cum hoc iocos misci. 6. Quid enim illo aut fidelius amico aut sodale iucundius? Mira in sermone, mira etiam in ore ipso vultuque suavitas.)), さらに第 10 巻書簡 4 で、自身がトラヤヌス帝に元老院階級へ彼を推挙したこと (Pline le Jeune (Marcel Durrey (tr.)), *Lettres (livre X), Panegyrique de Trajan*, Paris 1972, p. 21–22, Plinio il Giovane (Luigi Rusca (tr.)), *Epistolario. Panegirico a Traiano*, 6.ed., Milano 2015, p. 778–779. «1. Indulgentia tua, imperator optime, quam plenissimam experior, hortatur me, ut audeam tibi etiam pro amicis obligari, inter quos sibi vel praecipuum locum vindicat Vocius Romanus, ab iueunte aetate condiscipulus et contubernalis meus. 2 quibus ex causis et a divo patre tuo petieram, ut illum in amplissimum ordinem promoveret.

sed hoc votum meum bonitati tuae reservatum est, ...») を述べている。

- 27) Pline le Jeune, (A.-M. Guillemin (tr.)), *Lettres, Tom. II*, supra not. 23, p. 143–145, Plinio il Giovane, *Eistolario*, supra not. 12, p. 513–523. この書簡は 107 年に書かれたと想定されている。C. Plinus Caecilius Secundus (H. Kasten (übs.)), *Epistularum libri decem*, 2. Aufl., München 1974, S. 366–369, J. W. Tellegen, *The Roman Law*, supra not. 25, p. 109, p. 118.
- 28) 『書簡集』の最初の印刷刊本は第 8 巻及び第 10 巻を除きすでに 1471 年に出版されている。前註 20 で述べたように、1570 年出版のキュジャース『観察と修正』第 10 巻 20 章は、百人官法廷の説明にあたり『書簡集』第 6 巻書簡 33 を援用する。彼は、D. 5.2.10 (マルケッルス法文) の「但し」以下の例外を説明するのに用いた。Jacobus Cujacius, *Observationes et emendationes*, Coloniae Agrippinae 1598, p. 446–447, idem, in: *Opera omnia*, Tom. III, Neapoli 1758, col. 274–275.

D. 5.2.10pr. マルケッルス『法学大全』第 3 巻

この間生じがちであるが、不倫遺言について判決する者たちの一部が遺言に反する、一部が遺言に従って判断を下したとき、遺言に従うことを目指す部分の判断に従うことがより人間的であろう。但し、裁判人たちが、指定された相続人に有利なように判断したのが明らかに不公平であることが明白になるときは、この限りではない。

D. 5.2.10pr. Marcellus libro tertio digestorum.

Si pars iudicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, humanius erit sequi eius partis sententiam quae secundum testamentum spectavit: nisi si aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit.

ファーヴルも、D. 5.2.10 の註解でこの書簡部分に言及するが、法文の「但し」以下は、不倫遺言の判決を不当だとして覆す道を開くことなどあるはずもなく、トリボニアスによる挿入であるとして、キュジャースの援用を非難している。Antonius Faber, *Rationalia in Pandectas*, Colonia Allobrogum 1626, ad D. 5.2.10, b quae secundum testamentum spectavit, fol. 172. 同世紀のブリソン (Barnabé Brisson (1531–1591)), *De formulis et solennibus populi romani* も『書簡集』を利用しているが、方式・書式に関わらないためか、この書簡は援用してはいない。19 世紀の Rein, *Das Privatrecht*, supra not. 5, 1964, S. 826 も第 5 巻書簡 1 を引用するのみである。

ちなみにキュジャースによる非法学文献参照の概観については、Prévoit, Jacques Cujas, supra not. 20, p. 200–206 を参照。

- 29) この書簡については、筆者の参照しえた限りでも、20 世紀後半には以下の研究がある。Metteo Marrone, Di nuovo in materia di querela inofficiosi testamenti, in: *Annali Università di Palermo Seminario giuridico*, 27, 1960, p. 399–410, idem, *Querela*,

supra not. 9, p. 159–164. しかし後者については、四つの小法廷に接触がないこと (p. 160) や Quintilianus, *Inst. orat.* 5.2.1 からの事実関係の先決であった (p. 161) といった想定を行っているが、これは不要であろう。A. N. Scherwin-White, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford 1966, p. 69 ss., *Voci, Diritto*, Vol. II, supra not. 2, p. 691, Luigi Di Lella, *Querela inofficiosi testamenti contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli 1972, p. 118–120, J. W. Tellegen, *The Roman Law*, supra not. 25, p. 108–118, Andrea Sanguinetti, *Dalla querela alla portio legitima. Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustiniana*, Milano 1996, p. 5. n. 11, José María Ribas-Alba, *La desheredación*, supra not. 5, p. 146, p. 257, Serena Querzoli, *I testamenta*, supra not. 2, p. 93–98, p. 156–157, p. 229, Dominique A. Mignot, *Pline le Jeune, le juriste témoin de son temps, d'après sa correspondance*, Aix-en-Provence, 2008, Di Ottavio, *Ricerche*, supra not. 2, p. 122–123, Giovanna Coppola Bisazza, *La successione contra voluntatem defuncti tra vecchi principi e nuove prospettive*, Milano 2014, p. 46–48, Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 15, n. 38, p. 28, n. 70.

法的観点から最も詳細に検討し解説している新しい研究と思われるのは Giovanni Gulina, Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della querela inofficiosi testamenti (Plin. ep. 6.33.2–6 e 9) in: Antonio Palma (a cura di), *Scritti in onore di Generoso Melillo*, 2009 Napoli, p. 555–578 であろう。

- 30) ウェルギリウス (岡道男・高橋宏幸訳) 『アエネーイス』京都大学学術出版会 374 頁, Virgile (André Bellessort (tr.)), *Énéide*, Paris 1970, liv. VIII, 439, p. 63.
- 31) «‘Tollite cuncta’ inquit ‘coeptosque auferte labores!’ Seu scribis aliquid seu legis, tolli auferri iube et accipe orationem meam ut illa arma divinam – num superbius potui? –, re vera ut inter meas pulchram; nam mihi satis est certare mecum.»
- 32) Mommsen は 104 年執政官の Subranus の娘であるとし, Sherwin-White は, 姉妹又は従姉妹と想定する。Scherwin-White, *The Letters*, supra not. 29, p. 399. Gulina は確定が難しいが, splendida nata から騎士階級で, おそらくは 101 年及び 104 年執政官であった被相続人アッティウス・スブラヌス (Attius Suburanus) の娘であると推測する。Gulina による詳しい分析については後註 43 を見よ。cf. Plinio il Giovane, *Epistolario*, supra not. 12, p. 530, n. 2.
- 33) cf. Plinio il Giovane, *Epistolario*, supra not. 12, p. 530, n. 2 の伊訳は, splendidus を騎士階級に対する尊称とし, OLD も «s.v. splendidus, 4. b. spec., as an unofficial epithet of the equites, their status, etc.» と解説する。さらに Theodor Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, 3. Bd. 1. Theil, Graz 1952, S. 565, Frédéric Girard (tr.), *Le droit public romain*, tom. 6, 2, part., Paris 1889, p. 176 を見よ。
- 34) D. 5.2.4 (ガイウス 『グリティウス法註解単巻書』) は, 「大抵は継母におだてられ

たり煽られたりして墮落させられて、自己の血縁に対し悪意をもって判断を下す」(maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delenimentis [delenimentum] instigationibus corrupti.) ことがしばしばであったとする。この問題は弁論術のトポスでもあった。グリティウス法(22/23年)については Pierangelo Buongiorno, *Ad legem Glitiam. Eine rätselhafte lex publica, die fasti der Jahre 21 und 22 n. Chr. und die Gestalt der cognitorischen querela inofficiosi testamenti im 1. Jhdt. n. Chr.*, in: *ZRG.RA*, Bd. 132 (2015), S. 96–125 を参照。

- 35) 彼女は家息ではないので、個別に(nominatim)廃除される必要なく inter ceteros として包括的廃除であったとしても相続廃除自体は有効である。Gulina, *Ancora*, supra not. 29, p. 558, n. 10. Gai. 2.217–218.
- 36) プリニウスは、第1巻書簡18で、抽象的に「……私は当時若輩でしたが、弁論をすることになっており、四つの法廷に立ち、国の極めて有力な者そして皇帝の友人にさえ対立していたのです。」(… Et eram acturus adolescentulus adhuc, eram in quadruplici iudicio, eram contra potentissimos civitatis atque etiam Caesaris amicos.) と述べている。Pline le Jeune, *Letteres, Tom I*, supra not. 12, p. 36. Plinio il Giovane, *Eistolario*, supra not. 12, p. 96–97. これに対して、この箇所では、同じ遺言について義務違反を理由とし、四つの独立した訴(quattro ricorsi indipendenti)が、同時進行で四つの裁判人団(i quattro collegi … distinti)が作られ、口頭弁論が行われている。cf. Gulina, *Ancora*, supra not. 12, p. 56. ここでは遺言の取消しを訴える原告は複数であるが、プリニウスは『書簡集』第5巻書簡1で、一人の原告が複数の遺言相続人を訴えたものの、やはり遺言相続人であったプリニウスだけ訴えられなかったケースを報告し、法定相続人は例えば遺贈によって法定相続分の4分の1を得ていれば満足すべきであるとして義務分の存在に言及し、逆に単独遺言相続人が4分の1を確保できない遺贈義務を負っているときはどうかについて疑問を呈している。「5. … mater tua iustas habuisse causas irascendi tibi … Post hoc ille cum ceteris subscripsit centumvirale iudicium, non subscripsit mecum … 9. Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset ut non amplius apud te quam quarta remaneret? Igitur sufficere tibi debet, si exheredatus a matre quartam partem ab heredibus eius accipias.» Pline le Jeune, *Lettres, Tom. II*, supra not. 23, p. 54–55. Plinio il Giovane, *Eistolario*, supra not. 12, p. 364–367.

プリニウスは、また、『書簡集』第4巻書簡24で「最近、四つの小法廷に分かれた百人官法廷で弁論したので、若くして同じく四つの小法廷で弁論したことを思い出したのです」(1. Proxime cum apud centumviros in quadruplici iudicio dixissem, subiit recordatio egisse me iuvenem aequae in quadruplici) とした後、ドミティアヌス帝(在81–96年)の危険な治世を経て、今日でもこの法廷で活躍する友人がもはやいないという、後に damnatio memoriae に処せられた皇帝による支配の厳酷な状

況を述懐している。Pline le Jeune, *Lettres*, Tom. II, supra not. 23, p. 43–44, Plinio il Giovane, *Eistolario*, supra not. 12, p. 346–369. ちなみに相続廃除が不倫遺言とされない理由の例としては, Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 678 を, この取消しの効果としては p. 683–687 を見よ。

- 37) «2 Est haec pro Attia Viriola, et dignitate personae et exempli raritate et iudicii magnitudine insignis. Nam femina splendide nata, nupta praetorio viro, exheredata ab octogenario patre intra undecim dies quam illi novercam amore captus induxerat, quadruplici iudicio bona paterna repetebat.»

「訴える」と訳した動詞 *repetere* を, 物の追求や原状回復といった限られた意味の法律専門用語と捉え, 百人官法廷での訴訟の性質を, 遺言の取消しをこえ, 法定相続人資格の確認, さらに相続財産に属する財産の請求の可否についても審理するものだと説明することも可能であろう。しかしそのような含意はなく「訴える」を表現するのに同じ単語の使用を避けただけとする立場もある。クインティリアス『弁論家の教育』(7.4.10–11)に見られる表現「百人官法廷で財産を *repetere* する者たちの」(*bona apud centumviros repetentium*) の理解にも関わる。「なぜなら, 親による勘当の判断では息子が父に, 虐待で告訴されるなら夫が妻に, 精神錯乱の事件が生じるなら父が息子に, 自己の利害に大に関わるのだと恥じることなく述べるであろう。これらに類似したことは, 事件の実際の問題でも論じられる。というのも, 学校〔の模擬弁論の訓練〕で, 親に勘当された〔と想定される〕者たちが用いる方法は, 法廷では, 親によって相続廃除され百人官法廷で財産を *repetere* する者たちの方法であり, 虐待についての学校での方法は, 法廷では, 二人のうちいずれの過失で離婚がなされたかが問われるときの妻の財産(家資)についての方法であり, 学校での精神錯乱についての弁論方法は, 法廷では保佐人の請求についての弁論方法であるから。」Quintilien (Jean Cousin (tr.)), *Institution oratoire*, Tome IV (livre VI et VII), Paris 2003, p. 155, Quintiliano (Stefano Corsi (tr.)), *La formazione*, Vol. II, supra not. 25, p. 1202–1203, cf. J. W. Tellegen, *The Roman Law*, supra not. 25, p. 116.

より精緻な議論としては, Guilina, Ancora, supra not. 29, p. 559 を見よ。専門用語と理解した Marrone, *Querela*, supra not. 9, 46 sq. は, すでに Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 725–726 によって非難されていた。特別審理手続になると不倫遺言は遺言の取消しだけでなく自己の物であるとの本権的請求 (*petitio*) も含まれるとの主張につき, Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 259 を見よ。

- 38) «3 Sedebant centum et octoginta iudices – tot enim quattuor consiliis colliguntur –, ingens utrimque advocatio et numerosa subsellia, praeterea densa circumstantium corona latissimum iudicium multiplici circulo ambibat.»
- 39) «4 Ad hoc stipatum tribunal, atque etiam ex superiore basilicae parte qua femi-

nae qua viri et audiendi – quod difficile – et – quod facile – visendi studio imminabant. Magna exspectatio patrum, magna filiarum, magna etiam novercarum. Secutus est varius eventus;»

- 40) これは遺言の一部無効だとして、それが可能になる時期が問題とされてきた。Ronald Syme, *People in Pliny*, *Journal of Roman Studies*, vol. 58, 1968, p. 138–151. Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 119, p. 211ss. は、そもそも不倫遺言の訴におけるこうした遺言の一部無効 (partial annulment) が主張されたのは、2世紀末に始まるセウエルス朝以降のことであり、パウルスとは異なったパピニアヌス (160–230) やウルピアナス (–223) の説であるとし、この書簡は純粋な不倫遺言の訴を報告するものではないとさえ主張する。

これに対して、Vociはこの書に対する書評において、ユリアヌス段階でも可能であったとする Pasquale Voci, *Rec. Di Lella, Querela inofficiosi testamenti, Iura*, vol. 23, 1972, p. 281. 彼は自身の教科書 (Voci, *Diritto*, Vol. II, supra not. 2, p. 691. nt. 75, p. 692. nt. 77) でも、このことを示唆するものとして D. 38.6.31pr. (sic. D. 28. 6.31pr.) を挙げている。しかし法文は未成熟補充指定を含んだ特殊な例である。不倫遺言の訴にもかかわらず一人でも遺言相続人が残っている場合を想定して部分的な取消しを演繹するのであろう。

これに対して、訴える者は遺言そのものの無効を訴えるが、法律効果としてわざわざ *pro parte* などの用語を介することなく (Marrone, *Querela*, supra not. 9, p. 162), 遺言が取り消され無効となればその者自身の相続分を取得すると解すればよく、訴訟のメカニズムからこのようになると考えるので十分であるとする立場もある。cf. Tellegen, *The Roman Law*, supra not. 12, p. 114–115, Marrone, *Querela*, supra not. 9, p. 162–163. しかし本稿で見ると、様々な事例があり、そう単純ではない。一部無効が当然であり、また全部無効だとしてもその効果がどのようになるか、さらには「何人も一部について遺言相続で一部について無遺言相続で死亡することはできない」との準則といかなる関係にあるかについて、本稿ではキュジャースの説明を手掛かりに理解を深める。

- 41) «5 nam duobus consiliis vicimus, totidem victi sumus. Notabilis prorsus et mira eadem in causa, isdem iudicibus, isdem advocatis, eodem tempore tanta diversitas.»
- 42) 相反する判決が生じることをプリニウスはこのように表現している。cf. Marrone, *Querela*, supra not. 9, p. 159. «una serie di testimonianze, le quali riconoscono che in materia di qit. potessero venire emanate sentenze in contrasto tra di loro, nel senso che, essendo più i querelanti o più querele in separati giudizi, nei confronti di taluni il testamento fosse dichiarato valido, nei confronti di altri inofficioso, e pertanto nullo.»
- 43) スブラヌスについては、アッティア・ウィリオラと父が異なること以外、例えば伊

訳者の Rusca のほか、Gulina も率直に述べているように、人物も訴訟での役割も敗訴原因も特定できない。Mignot, *Pline le Jeune*, supra not. 29, p. 246, Plinio il Giovane, Eistolario, supra not. 12, p. 521 n. 6, Syme, *People*, supra not. 40, p. 138. Helmut Kasten は、スプラヌスについて述べられていることは理解できないとの訳註を付している。Helmut Kasten (hrsg.), *C. Plini Caecili Secundi Epistularum libri decem. Gaius Plinius Cercilius Secundus, Briefe*, München/Zürich, 1984, Brief 33. 6, S. 684.

Gulina は、不倫遺言で訴えている娘アッティア・ウィリオラの父は、一般に考えられているように、トラヤヌス帝下の近衛長官セクストゥス・アッティウス (Ancora, supra not. 29, p. 556 n. 4) ではなく、前註 32 でも述べたように、101 年及び 104 年執政官経験者であるアッティウス・スプラヌスであったとし、この父は、やはりアッティウス氏族 (gentilicius Attius) に属しているスプラヌスにとっては大伯父又は大叔父、つまりスプラヌスの父の伯父又は叔父にあたる、と想定する。そしてこの大伯父又は大叔父が、甥にあたるセクストゥス・アッティウスが父として相続廃除していた息子スプラヌスを、自身の後妻とともに相続人に指定していたとするのである。そうだとすると、ここでは指定相続人としてのスプラヌスの敗訴ということになるであろう (G. Gulina, Ancora, supra not. 29, p. 558, nt. 12)。

これに対して、Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 119 や Tellegen, *The Roman Law*, supra not. 25, p. 117 は、より単純にスプラヌスを後妻の連れ子であると想定している。スプラヌスはこの後妻の前夫である父によって相続廃除されていたと考えるわけである。Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 159 は、訴えた娘が敗訴した他の二人の指定相続人については、被相続人の血族又は子であったと推測する。法的には随分とすっきりする想定であるが、高齢の遺言者と後妻の間の子は、後生子はもちろんのこと、そうでなくとも二人の長い付き合いを想定しなければならず、婚外子も年齢的にはありえないと反論される。もっとも、養子縁組であると想定すれば、ありえないわけではなからう。

- 44) ablativus としての impudentia は、相続廃除の原因ではなく、vindicare にかかる
と理解する。次註 45 参照。
- 45) «6 Accidit casu, quod non casus videretur: victa est noverca, ipsa heres ex parte sexta, victus Suburanus, qui exheredatus a patre singulari impudentia alieni patris bona vindicabat, non ausus sui petere.» このスプラヌスの行為を表現する vindicabat について、なるほど、訴訟の前提として bonorum possessio de inofficioso を考え、原告・被告の役割を想定すると分かりにくい、むしろ娘からの querela に対して、「自己のものであると主張する」との意味で理解すればよいのではないか。Tellegen, *The Roman Law*, supra not. 25, p. 115–116 は、プリヌスの同時代人アリストの説を報告する D. 29.2.99 での用例を援用して、「klagen mittels action in rem auf Rechtsfeststellung und auf Herausgabe」ではなく、「lay claim to」と考えればよ

いとしているのが、私見に近い。

- 46) «7 Haec tibi exposui, primum ut ex epistula scires, quae ex oratione non poteras, deinde – nam detegam artes – ut orationem libentius legeres, si non legere tibi sed interesse iudicio videreris; quam, sit licet magna, non despero gratiam brevissimae impetraturam.»
- 47) «8 Nam et copia rerum et arguta divisione et narratiunculis pluribus et eloquendi varietate renovatur. Sunt multa – non auferem nisi tibi dicere – elata, multa pug-nacia, multa subtilia.»
- 48) «9 Intervenit enim acribus illis et erectis frequens necessitas computandi ac paene calculos tabulamque poscendi, ut repente in privati iudicii formam centumvirale vertatur.» ローマの弁論家にとって裁判で数を正確に数えることが重要であったことにつき、Quintilien (Jean Cousin (tr.)), *Institution oratoire*, Tome I, livre I, Paris 2003, 1.10.35, p. 140, Quintiliano, *La formazione*, Vol. I, p. 236–237, クインティリアヌス (森谷宇一他訳)『弁論家の教育1』(京都大学学術出版会) 120 頁を見よ。百人官法廷によって遺言が恭順義務違反つまり不倫であるとの判決が下され、その後、単独裁判官の下での本権の請求 (pretesa petitoria) がなされるとの想定であると (apud centumviros e apud iudicem), 細かな計算はようやく後者の手続が必要であるかのようにも思われる。しかし指定相続人や法定相続人が複数の場合、百人官法廷の段階でも財産の価値についての計算が、遺言の恭順義務違反を強調する弁論の戦略として行われることもある、と解することができよう。
- 49) «10 Dedimus vela indignationi, dedimus irae, dedimus dolori, et in amplissima causa quasi magno mari pluribus ventis sumus vecti.»
- 50) デモステネス (木曾明子訳)『弁論集2』(京都大学学術出版会) 3–176, 196–439 頁。336 年クテシポーンがデモステネスに都市への貢献に冠を与える提案に反対した弁論で、ケクロは 44 年に反駁と弁護をラテン語に翻訳している。
- 51) «11 In summa solent quidam ex contubernalibus nostris existimare hanc orationem – iterum dicam – ut inter meas ‘hyper Ktésiphóntos’ esse: an vere, tu facillime iudicabis, qui tam memoriter tenes omnes, ut conferre cum hac dum hanc solam legis possis. Vale.»
- 52) 彼の弁論が今日何も残っていないことにつき M. Schuster, C. Plinius Caelius Secundus, der jungere Plinius, 6, in: Pauli Wissowa, *RE*, vol. 21,1, Waldsee 1951, Sp. 439–456.
- 53) Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 119 «ebbe ad oggetto quattro distinti rapporti, intercorrenti tra la diseredata e ciascuno degli istituti.»
- 54) e.g. Babusiaux, *Wege*, supra not. 17, S. 214–217.
- 55) 不倫遺言の訴は、通常の相続回復請求の事件に基づき百人官法廷の実務から生

じ、前1世紀の経緯の中で独立の訴訟となったとの説明から (Mario Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.768), この訴えはあくまで相続回復請求に付随するものとして考察されるべきか。Marroneは肯定するが、Vociは否定する。

Vociは、例えば、不倫遺言の訴では、市民法上の無遺言相続人のみならず遺産占有者にも原告適格が認められることなど、両者の違いを指摘した上で、法学者の著作における不倫遺言の訴の位置づけを詳細に分析し、相続回復請求の *sedes materiae* で不倫遺言の訴が論じられたことは確認できず、この回復請求に付随することはない、とする。確かに被告の側が相続財産を占有している場合は二つを訴える可能性はあるが、反対に、不倫遺言の訴は、相続人ではない相続財産に属する個々の物の占有者、例えば信託遺贈受遺者や遺言書に反する遺産占有者を相手方として提起できる、というのである (Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 705–708)。相続回復請求の場合は、被告が相続財産の占有者でなければならぬことを強調する (Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 709–711)。

Marroneは、不倫遺言の訴の勝訴者が有利な *bonorum possessio litis ordinandae gratia* を得ることになるといった技巧的・技術的な説明から、両者の結び付きを想定する。Marrone, *Di nuovo*, supra not. 29, p. 404–409。Marroneのテーゼに対する反論についてはVoci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 723–726を見よ。なお、この問題に対する19世紀末Eisele (supra not. 5)に始まる論争についてはDi Ottavio, *Ricerche*, supra not. 2, p. 3–24が詳しい。さらにDi Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 196, n. 33を参照。

- 56) 流布本の1514年フラダン版 fol. 116v. から、1529年ハロアンダー版、フィレンツェ写本校訂版の1553年トレッリ版、1756年ゴドフロワ版、1776年Gebauer版、1856年Kriegel兄弟版、Mommсен版にいたるまで、*pro parte esse factum* で、遺産分割訴権帰属の理由を区切っている。Faber, *Rationalia*, supra not. 28もまた同じである。つまり、「彼は相続分に応じて法定相続人になったと我々は考えるからである。それ故に……」というように理解している。
- 57) キュジャースについては、本稿で主として利用した1758年ナポリ版 (col. 362)のみならず、すでに1607年パリ版 (col. 353) も、1722年ナポリ版 (col. 362) もこの独特な *punctuation* である。本稿では基本的にCuiacius, *Commentaria in libros quaestionum Aemilii Papiniani*, in: *Opera omnia*, Tom. IV, Neapoli 1759を利用する。
- 58) Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 18.
- 59) Di Lellaは、パウルスは遺言の全面的な取消しを主張したのに対し (D. 5.2.17, D. 5.2.23.2, D. 5.2.19, D. 5.2.17.1, D. 5.2.13 (Scaevola)), パピニアヌスとウルピアニヌスがそれに反対した (D. 5.2.8.8, D. 5.2.16, D. 37.7.6) とする。Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 182ss, p. 200, n. 38。Gagliardiは、あくまで不倫遺言の訴で敗訴した者の相続分に

ついでのみ無遺言相続となるとし「si apriva la successione intestata a vantaggio del querelante solo per le quote degli eredi testamentari sconfitti.», D.5.2.15.2 を出発点となる証拠法文として挙げている。確かに、Di Lella の挙げる D.5.2.17, D.5.2.23.2 は添加権を論じるものであり、全部又は一部取消しの問題に結びつく法文ではなく、D.5.2.19 は、本稿で後に扱うように難解法文である。D.5.2.17.1 は被告不出頭の場合に単独必然相続人が勝訴するときの場合の遺贈や解放を問題とするものであり、冒頭の「遺言に対して不倫遺言であると判決がなされるときは、被相続人は遺言能力を有してなかったと考えられる」との命題だけを抽出するのは不当であろう。本稿でも後に述べるが、Gagliardi は、D.5.2.13 についても、黙過された娘が指定された娘に対して不倫遺言の訴で勝訴し、遺言の一部無効が生じたと説明できる、とする。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 17–27.

Voci は、この法文から遺言における様々な処分の効果につき列挙している。つまり、遺贈は部分的に効力を有し、未成熟補充指定は全面的に有効で、相続廃除は解放奴隷の財産相続からの排除といった部分的な効果を有し、奴隷解放は完全に有効であるとし、さらに、遺言相続人と法定相続人は異なる権原であることから持戻しの義務が排除されることを加えている。Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 692–693. Bisazza は前註 10 で挙げた D.5.2.28 のパウルス末尾「なぜなら不倫遺言であるとされると遺言に基づいて何も有効ではないから」との矛盾を問題にし、部分的な効力をセウェルス朝の法学者たちの考えであるとして、D.5.2.15.2 とウルピアヌス法文 D.5.2.24 を挙げる。Bisazza, *La successione*, supra not. 29, p. 50–51. 加えて、後註 132 を参照。

- 60) 末尾の「馬鹿げたことではない」との評価をパピニアヌスのものではなく後の挿入だとする立場については E. Levy/E. Rabel, *Index interpolationum*, Tom. I, Weimar 1929, p. 72, Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 692. しかしファーズルは不倫遺言の訴による後の行為によって生じるのだから馬鹿げたことではない、と解説する。Faber, *Rationalia*, supra not. 28, ad D.5.2.15.2, fol. 187–189, «Sed id non est absurdum cum accidit ex postfacto per querelam inofficiosi testamenti, l. circa 24. inf. (D.5.2.24) ubi dicam.»

この問題については、後註 125 及び対応する本文を見よ。

- 61) Gl. Superatus est. «quia unus erat filius defuncti, alter non: vel quia unus probavit de ingratitudine, alter non. sic. eo. l. circa. (D.5.2.24)»
- 62) Plinio il Giovane (Luigi Rusca (tr.)), *Eistolario*, supra not. 12, p. 530, n. 5.
- 63) この法文に対して、ファーズルは、まず法的な論点として、精神錯乱と精神錯乱でないことが同時に生じることはありえず、遺言の一部を不倫として取り消すことはできないのではないかと疑問を提示し、それぞれの判決が既判力を得ることから説明する。「Sed ut eodem instanti furiosus et non furiosus fuerit, vel fuisse videatur,

fieri certe nullomodo potest. Ergo nec illud, ut per inofficiosi querelam testamentum pro parte tantum rescindatur.» 彼は、さらに、turpis と honesta の区別はウルピアヌスの時代ではなく、コンスタンティヌス帝が初めて導入されたものであり、後の二文「実際、兄弟が訴え……見られることになろう」(quid enim ... videbitur) の削除を提案していた。Faber, *Rationalia*, supra not. 28, ad D. 5.2.24, fol. 198b. « Noli exemplum ponere cum Accursio de pluribus heredibus quorum unius persona sit turpis, alterius autem honesta: Ulpiani enim temporibus haec distinctio non obtinebat, quam Constantinus Imperator primus introduxit in l. fratres 27. Cod hoc titul. (C. 3,28.27) ut ... Nisi malis exemplum hoc adscribere Triboniano, aut imperio interpreti ad illam Constantini legem respicienti: ... Hodie saepe accommodatissimum exemplum est. »

- 64) Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, supra not. 5, S. 52–56, Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 711, Gagliardi, *Decemviri*, supra not. 5, p. 350–368, とりわけ p. 362, nt. 656 は、百人官法廷の消滅についての学説を比較的詳細に挙げて、消滅の時期を 235 年から 294 年の間とする。
- 65) 前註 55 を見よ。Marrone, Di nuovo, supra not. 29, p. 401–410.
- 66) « praef. duos ex aequo haeredes scripsit, extraneum et filium, alium filium exheredavit, qui egit querela inofficiosi contra utrumque heredem scriptum, et diversas iudicum sententias tulit. »
- 67) « De inofficioso testamento non unus, sed plures iudices iudicabant. » ファーヴルは、この法文に対する註解で、相続廃除が正当であるかのほかに、訴訟遂行の準備が周到であるかによっても異なる判決となる可能性があるとする。「Finge ex duobus exhereditatis qui agunt, alium iuste fuisse exhereditatum, alium iniuste: Aut etiam in pari utriusque causa et iure unum fuisse diligentiore in lite instruenda, alium vero negligentiore.» 彼はさらに被告の側の違いも述べた後、我々のプリニウスの書簡を指摘している。「qualis fuit Suburranus ille de quo Plinius lib. Epistolarum 6. epis. 33.» Faber, *Rationalia*, supra not. 28, ad D. 5.2.24, fol. 197–198.
- 68) 後掲の D. 31.76pr. における divisio tribunalibus のような表現なら、複数裁判人からなる複数の裁判人団と考えやすいかも知れないが、これとて、高官席 (tribunal) という原義から断定はできない。後註 116 及び対応する本文を参照。
- 69) ゴドフロワは、Paulus notat に対する註記で、「スカエウオラを非難して」«Reprehendendo Scaevolam» と対立を想定する。Dionysius Gothfredus, *Corpus iuris civilis*, Tom. I, Coloniae Munatiana 1756, fol. 191b.
- 70) このように遺言が作成されていた場合の無遺言相続発生を想定するのではなく、無遺言の場合における信託遺贈義務の効力について論じることにつき Babusiaux, *Wege*, supra not. 17, S. 270–273 を参照。

- 71) ここで告発と訳した *accusatio* については前註 3 を見よ。註釈に付随するウィウィアヌスの事案解説 (*casus*) は、娘が二人いると説明する。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 23–27 も、脚註 59 でわざわざ Vivianus Toscus のこの事案解説に従うとするが、別の娘が不倫遺言で訴えているので、娘が二人以上であることについては自明である。Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 236–240, Bisazza, *La successione*, supra not. 29, p. 44. さらに Gagliardi, *Decemviri*, supra not. 5, p. 217 s. nt. 264, Querzoli, *I testamenta*, supra not. 2, p. 179 ss.
- 72) この文言 *Centumviri* に対する註記において、ゴドフロワはキケロ『弁論家について』第 1 巻、パウルス『断案録』第 5 巻第 16 章 2、クインティリアヌス『弁論家の教育』第 7 巻第 5 章、ヒエロニムス『書簡集』を挙げている。Gothfredus, *Corpus*, supra not. 69, fol. 192a.
- 73) Kaser/Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, supra not. 5, S. 56. 百人官法廷についておそらく最初に非法学文献を本格的に研究したのは 16 世紀初頭のビュデであろう。Guilielmus Budaeus, *Annotationes*, fol. XLVIIr–fol. XLVIIv., Paris 1508, *Annotationes in Pandectas*, in *Opera omnia*, Tom. III, Basileae 1557, Hants 1969, fol. 91–92, Lugduni 1551, p. 242–245. キュジャース『観察と修正』第 3 巻第 32 章は、十人官と七人官法廷を論じている (De decemviris litibus iudicandis, et de septemviri). Cuiacius, *Observationes*, supra not. 28, Coloniae Agrippinae, p. 129–130, *Opera omnia*, Tom. III, col. 80–81, cf. L. Gagliardi, *Decemviri*, supra not. 5, p. 351–354. 七人官法廷の存在を想定しつつ、属州における方式書訴訟の審理員 (*recuperatores*) であった、少額事件については百人官法廷の内部で七名が担当した、判決を下すのが七名であった、あるいは百人官からの七名が特別審理手続で判決を下していた (Marrone はパウルスが同一視したとする Marrone, *Querela*, 1962, supra not. 9, p. 165–166), など様々な仮説が主張されてきた。キュジャースの想定は最後の二つの説に近い。«ex Centumviris septem praecipue huic rei di iudicandae operam dederint.»

これに対して、Gagliardi は、Matteo Marrone, *Septemviri*, in: *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XVII, Torino 1970, p. 42 の説を支持し、キュジャースはここで挙げていなかったが、やはりパウルス『七人官法廷単巻書』からの抜粋である D. 5.2.7 において、準備段階での不倫遺言の訴の相続性を認めるピウス帝の勅答が言及されていることに注目し、全く新規の皇帝裁判所を想定する。Gagliardi, *Decemviri*, supra not. 5, p. 354. ちなみに審理員 (*recuperatores*) が相続事件を扱った *Beleg* はない。特別審理手続で七人官が不倫遺言の訴を審理し、この七人官は百人官の中から選ばれたとの想定は、スエトニウス『皇帝列伝』「ウエスパシアヌス」(10), Suétone, (Henri Ailloud (tr.)), *Vies des douze césars, Tome III, Galba-Othon-Vitellius-Vespasien-Titus-Domitien*, Paris 1964, p. 58. «sorte elegit per quos rapta bello restituerentur quique iudicia centumviralia, quibus peragendis vix suffectura litigatorum vide-

batur aetas, extra ordinem diiudicarent regigerentque ad brevissimum numerum.»
に依拠するが、ここで述べられているのは、訴訟件数が膨れ上がる中、内乱中に強奪されたものの回復事件を担当させるべく百人官から選んで特別審理にあてさせた緊急避難的な措置であり根拠とはならず、パウルの諸法文が恒常的な制度を述べている、というのである。ステトニウス（国原吉之助）『皇帝列伝（下）』279–280頁。cf. Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 710.

- 74) Gregorius Haloander, *Digestorum seu Pandectarum libri quinquaginta*, NoreMBERGae 1529, Frankfurt/M. 2005, D. 5.2.7 (p. 215), D. 5.2.28, D. 5. 2.31 (p. 222).
- 75) Christian Friedrich Glück, *Pandekten*, 7. Theil, 1804 Erlangen, §. 558, S. 446, idem (Biagio Brugi (tr.)), *Commentario alle pandette*, lib. V, Milano 1893, p. 676.
- 76) Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 714, n. 40. Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 189–194 は、取消訴訟と相続回復訴訟の区別や改竄想定など近代のローマ法学者の解釈をまとめる。ちなみに、この法文に対応するバシリカ法典注釈 (schol. 3. B. 39.1.6.1, 3. *Εἰρήκαμεν*) は *κατὰ συναρπαγὴν τυχόν* (forte per obreptionem, in modo absivo per un caso) と「たまたま」にはっきりと否定的なニュアンスを込めている。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 35–36, p. 56, H. J. Scheltema et D. Holwerda (ed.), *Basilicorum libri LX, Series B Volumen VI*, Groningen 1964, p. 2300, Carolus Heimbach, *Basilicorum Libri LX*, Tom. IV, Lib. XXXIX–XLVIII, Lipsiae 1846, p. 7.
- 77) キュジャースは、「共有者の持分が勝訴者ではなく共有者の持分に添加するように、ある者が勝訴したことは共同相続人に利益となると見られるから、不倫遺言の訴が、勝訴者ではなく他の者に利益となる」(nam vicisse unum magis videtur prodesse coheredi, ut eius parti pars socii accrescat potius, quam victori, ut alia querela non proficit ei, qui vicit, sed alii, l. 6. §. pen. h. t. (D. 5.2.6.1)) と述べている。分かりにくい表現であるが、勝訴者が必ずしもすべての利益を得るわけではないことを説明していると理解することができよう。Cuiacius, *Opera omnia*, supra not. 57, col. 369–370.
- 78) 前註 14 参照。精神錯乱そのものが法学者たちに真摯に受け止められなかったことについては、Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1961, p. 277–278, フリッツ・シュルツ (埜浩訳) 『古典期ローマ私法要説』信山社 (平成 4 年) 373–374 頁を参照。
- 79) この問題で、イルネリウスとヨハネス・バッシアーススの対立は註釈を通じて知られていた。アックルシウスは、指定された姉が 2 分の 1 を有するとするイルネリウスの説は、指定された姉が遺言に基づき承継せず、家外人が承継し、この家外人を相手方として不倫遺言の訴がなされた場合のことであり、姉が取得するのは 4 分の 1 のみであるとするバッシアーススの説を支持している。Gl. Adeunda hereditatis. «scilicet in semissem. non enim tantum debet habere eam partem, ex qua fuit instituta: sed virilem: ut i. de bon. poss. contra tabulas. l. non putavit. §. fi. (D.

37.4.8.14) et l. filiam. [sic. filium] §. et hoc sit consequens. (D. 37.4.20.1 in med.) secundum IR. Sed secundum Io. est falsum tantum in ea parte, qua fuit instituta: cum ex testamento adeat, non ab intestato: Tu autem dicere potes, quod dictum IR. locum habeat quando instituta non adivit ex testamento tamen extraneus adivit, contra quem proposita fuit querela.» ファーヴルは、バツシアヌスやアックルシウスに反して、イルネリウスと同じく、相続財産の4分の1につき遺言で指定されていた姉は、家外相続人から4分の1を得て相続財産の2分の1を得るとの結論である。Faber, *Rationalia*, supra not. 28, fol. 189 «Quamquam etsi quis diceret testamentum fuisse rescissum in totum, non eo magis tamen posset victrix filia successionem universam ab intestato vindicare, quia licet eo casu nihil prorsus habere posset extraneus, soror tamen quae fuerat ex quadrante instituta, non quadrantem iam haberet, sed semissem ab intestato, quamvis ante propositam querelam adiiisset ex testamento: Sic enim sentio cum Irnerio contra Ioannem et Accursium qui non dant hoc casu filiae institutae nisi quadrantem etiam ab intestato.»

- 80) Gagliardi が、一部取消しの主張の際にもこの法文を援用していたことについては前註 59 を見よ。
- 81) Cuiacius, *Recitationes solemnes in libros quaestionum Iulii Pauli iurisconsulti*, in: *Opera omnia*, Tom. V, Neapoli 1758, col. 898–902.
- 82) Gl. egit. «contra extraneum, et contra sororem, quae adierat: ut omnia sequentia concordent.» さらに文言 praeteriit に対するゴドフロワの註記を参照。Gothfredus, *Corpus*, supra not. 69, fol. 192a. «Matris praeferitio habetur pro exheredatione. §. final. Inst. de exhered. (Inst. 2.13.7) ... Manentibus legatis ... Nov. 115. cap. 3. in fin. S.L.» これに対して、Gagliardi は、伝統的な解釈とは異なり、正当に家外相続人に対してのみ訴えたと想定する。法文は、放棄した者とは類似していない «non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiiit» としているのであるから、また姉が敗訴したとすればパウルスに助言を求める余地はないから、と言うのである。不当さをどう考えるかで異なるが、彼の説は後註 95 で詳しく紹介する。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 149.
- 83) 帝政後期以後の義務分についての研究としては、Sanguinetti, *Dalla querela*, supra not. 29 がある。この Sanguinetti (p. 51) も、Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 148 も以下の D. 5.2.8.8 を挙げている。法文にある partem faciat については、D. 5.2.17pr. を説明する後註 144 も見よ。

D. 5.2.8.8 ウルピァヌス『告示註解』第 14 卷

ところで、不倫遺言の訴を排除するのに義務分の4分の1で十分であるから、訴えない相続廃除された者が、計算に入れられる (partem faciat) かを検討しなければならない。例えば、我々が相続廃除された二人の息子であるとしよう。そし

てパピニアヌスが解答したように、いずれにせよ計算に入れられるのであり、不倫であることを私が述べると、全相続財産ではなく半分を請求しなければならない。二人の息子からの孫が、一人の息子からは複数の例えば3人の孫がおり、もう一人の息子からは一人の孫がいるとすると、8分の1が一人っ子〔である孫〕を、24分の1が他の孫を不倫遺言の訴から排除する。

D.5.2.8.8 Ulpianus libro quarto decimo ad edictum.

Quoniam autem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querellam, videndum erit an exheredatus partem faciat qui non queritur: ut puta sumus duo filii exheredati. et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus: unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querella excludit.

ちなみに法定相続分の4分の1である義務分 (portio debita) については、すでにプリニウス『書簡集』第5巻1書簡に言及がある。«1. 'Si mater' inquam 'te ex parte quarta scripsisset heredem, num queri posses? Quid si heredem quidem instituisset ex asse, sed legatis ita exhausisset ut non amplius apud te quam quarta remaneret?」 Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 676–677 を見よ。

- 84) Gl. optinuit. «iuste contra extraneum, sed iniuste contra sororem.»
- 85) Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 694 は D. 5.2.17.9 に結びつけ、法文の誤りの部分とそうでない部分を頁の左右に分けて解説する。
- 86) Gl. Respondi. «scilicet allegando. falsum est enim: ut in fine huius l. dicitur. Et nota quod non respondet quaestioni sed infra respondebit, ibi, ex quibus et c.» gl. Itaque. «bene infert.»
- 87) Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 149.
- 88) 本稿では itaque を「それ故に」と訳しているが、多くの近代語訳も同様の理解である。例えば、c'est pourquoi (Gaurier 訳), en sorte que (Hulot 訳), daher (Wieling 訳), also (Otto/Schilling 訳), quindi (Forti 訳), sicchè (Vignali 訳), derhalve (Spruit 編訳), y así (d'Ors 編訳) である。これに対して、now (Watson 編訳), hereupon (Monro 訳) や si potrebbe altrei dire (Schiapini 編訳) は、論理的な展開を想定しない訳を行っている。ハロアンダーは itaque を削除し Et quamquam と論理展開を変更している。Haloander, *Digestorum*, supra not. 74, D. 5.2.19, p. 219.
- 89) 前註 55 を見よ。
- 90) これに対して、Gagliardi は、古典期、古典期以後、ユスティニアヌス帝法を通じて、不倫遺言の訴はその中に、取消しのみならず、すでに本権に基づく請求が含まれたとする。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 27–29. 彼はまずユスティニアヌス帝の 531 年段階について、C. 3.8.34pr. «hereditatis petitio ex nomine de inofficioso»

を挙げる。古典期については、D. 37.4.20pr. の末尾の表現「家父権免除を受けた息子を相手方とする、不倫遺言に基づく相続財産の請求が認められなければならない」(ad hereditatis petitionem admittendus est ex causa inofficiosi querellae contra emancipatum movendae.)、非法学文献としては、例えば、すでに引用したクインティリアヌス『弁論家の教育』第7巻第4章 11. Quintilien, *Institution*, Tome IV, supra note. 37, p. 155, Quintiliano (Stefano Corsi (tr.)), *La formazione*, Vol. II, supra not. 6, p. 1202–1203 の、「これは、法廷において、親から相続廃除された者の、百人官法廷において財産を請求する者たちの方法である」(haec in foro exheredatorum a parentibus et bona apud centumviros repetentium ratio est) や、後に本文でも扱うウァレリウス・マクシムス『著名言行録』(7.7.2) の、「同じく、ローマの騎士カルセオリーのアンエイウスの息子は、母方の伯父によって養子に迎えられたのであるが、自分がそこで黙過されていた実の父の遺言を、百人官法廷において無効とした。……彼〔だけ〕が父の財産を獲得した。」(Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate auunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumuiros rescidit. ... amen paterna bona optinuit), Valerius Maximus, *Facta*, vol. II, supra not. 101, p. 485 が挙げられ、多数の法源つまり D. 5.2.8.8, D. 5.2.8/13, D. 5.2.17pr., D. 5.2.19, D. 5.2.20, D. 5.2.21.2, D. 5.2.27.3, C. 3.28.22 をこのように理解する。Gagliardi は、不倫遺言の訴における指定された姉妹の敗訴を *estromissione definitiva* と考え、もはや彼女が相続回復請求を行う可能性はないと考える。ちなみにウァレリウス・マクシムス『著名言行録』(7.7.3) は、アウグストゥスが、相続廃除された息子に父の財産に入ることを彼自身の裁定で命じたことを伝えている。「C. autem Tettium a patre infantem exhereditatum, Petronia matre, ... natum, diuus Augustus in bona paterna ire decreto suo iussit bona paterna.» Valerius Maximus, *Facta*, vol. II, supra not. 101, p. 486.

- 91) Gl. Semissem. «Sed nonne pro dodrante contra extraneum ruptum est testamentum? Dicunt quidam quod sic. Quis ergo petet, quod penes extraneum remanet? Resp. nec praeterita potest petere: ut hic. nec etiam instituta. quia non est ius accrescendi post aditam hereditatem de illis tribus unciliis: ut i. de usufruct. accre. l. i. §. interdu. (D. 7.2.1.3) Sed et si repudiat extraneus, nunquid accrescet praeteritae? Respon. non: ut i. de bo. poss. l. sed cum patrono. (D. 37.1.6) Tu ergo dic, ut evitentur absurditas praedicta, non nisi pro semisse vitari testamentum perlata querela: ut s. eo. l. filio. i. respon. (D. 5.2.16) et ita unus quadrans remanebit penes institutum, qui ab aliquo auferri non potest.» (下線は筆者)
- 92) すでに註釈は、ある者を「愚かな者」とするアゾーの説を記録する。Gl. «Si quis stultus scilicet. AZO.»
- 93) 「遺言でそれ相応の遺贈を受けていた法定相続人は、明示されたこの優遇が不十分

で義務に反すると考え、不倫遺言の訴で攻撃することができる。しかしこの訴訟で敗訴すると、訴えを提起したこの者は遺言で与えられていた利益すべてを失う危険を負うことになる。遺言者を義務違反であると不当に非難したので、遺言による取得によって相続に値しない者 (*indignus*) とされるからである。従って、遺贈又は相続分は顛落財産として国庫に帰する。遺言で受遺者とされたこの者は、何も得ないことになるのである。」*Babusiaux, Wege, supra not. 17, S. 230–231.*

94) 註釈は以下の法文を列挙している。つまり、黙示の信託遺贈を受けるとの指定相続人の欺罔によって不倫遺言の訴を放棄しても、断念したことにならないとする D. 5.2.21, 遺贈の履行を訴え敗訴した者は、不倫遺言の訴を抗弁によって却けられないとする D. 5.2.12.2, 隠れていた又は離れていた遺言が後に明らかにされたとき、それ以前の質問への解答が不利にならないとする D. 11.1.11.8, 誤信から遺贈義務があると考え、債務者と請求しない旨の合意を締結したとき、債務は法上当然に消滅せず、債務者は抗弁も使えないとする D. 2.14.51, 相続や遺贈の拒絶者は自己の権利につき承知していなければならないとする D. 29.2.23, 担保権者が三人いる場合、二人の担保権者間の確定判決は他の担保権者には既判力を持たないとする D. 20.4.16, 使用貸借物が盗まれた場合の、罰訴権たる盗訴権と使用貸借訴権の関係を扱う C. 6.2.22.2–3, 持分の過多にかかわらず共有奴隷を支配人に任命した者は誰でも全額につき訴えられ、組合訴権又は共有物分割訴権で償還を受けるとする D. 14.3.13.2 である。

95) 以下、Vociの説を、やはり指定された方を姉、黙過された方を妹として紹介しよう。Vociは、同じパウルス『質疑録』第2巻からの、本稿では後に検討するD. 5.2.17と結びつけて解説しているが、D. 5.2.19について、法文の中に、パウルスにとってのあるべき解決と、妹による不倫遺言の訴の結果不当にも遺言が全面的に取り消された場合の対策が混在している、と考える。つまり、冒頭から「私は解答した。……母が無遺言であれば有したであろうものを自らのものとして請求しなければならない」までは正しい解決を示し、妹は2分の1のみを請求できるのであるが、第二の部分、「それ故に……遺言に基づいて承継した者は…… (*itaque ... ex testamento adiit*)」は非難すべき解決が述べられており、次の、第三の部分「そして、それ故に、……精神錯乱者として彼女〔母〕の終意が断罪されようとも……」 (*et ideo ... licet quasi furiosae iudicium ultimum eius damnetur*) は、再びパウルスにとって本来の正しい解決が示され、最後の「ちなみに云々」 (*ceterum*) 以下は、仮に誤った考えに従ったとしても依拠できる善後策が提示されている、というのである。

このように法文を分けた上で、彼は以下のような結論を引き出している。姉は遺言相続によって妹の義務分を侵害するまで奪っているわけではないから、妹は姉を不倫遺言の訴ることができず、家外相続人を訴え、自身の法定相続分つまり相続財産の2分の1を得る。遺言は半分について取り消され、その結果、相続回復請求も

この2分の1についてである。つまり家外相続人には4分の1が残り、姉に帰属するのは4分の1のままであり、妹が得るのは2分の1である。Vociは、このように姉妹の取得分が異なるのは避けられないとする。そして姉は義務分を得ているので家外相続人に対して不倫遺言で訴えることができないことを強調する。この場合は、姉は遺言相続で義務分を得て遺言相続を認めており、法定相続を放棄したかどうかの問題は提起されない。

この訴えで遺言相続が不当にも全面的に取り消されたとすれば、指定されていた姉も法定相続人として相続分を得る権利を有するはずである。その場合、姉は遺言相続を認めたことで法定相続を放棄したとみなされるなら、妹が全相続財産を得る。しかしパウルスはこれを誤りだとしている。遺言相続を承認しても他の可能性を放棄したことにはならない。法文は、妹が相続財産の全部を自己のものとして請求するのは不当であることを再び主張して終わっているが、これはパウルスの説をユスティニアヌス法典の編纂者が採用したことを物語り、パウルスの説とは異なる判決の紹介とそれに基づく救済策の部分は断片的な取録になっている、と考えている。Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, 1963, p. 693–698.

- 96) ここでも前註95と同じく、指定された方を姉、黙過された方を妹として Gagliardi の解釈を紹介しよう。Gagliardi はこれまでの解釈は納得ゆくものではないのみならず、Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, 1963, p. 696 が、註釈やキュジャースを引用していないことを指摘し、註釈、キュジャースから、ファーヴル (Faber, *Rationalia*, supra not. 28, ad D. 5.2.19, fol. 187–189)、彼によれば基本的にはキュジャースと同様の解釈であるとするグリュック (Glück, *Pandekten*, supra not. 75, §. 557, S. 425–431, idem (Biagio Brugi (tr.)), *Commentario*, supra not. 75, p. 662–666。彼は S. 426, p. 663, Fn. 92 においてキュジャース、ファーヴルを挙げ、また Fabrot によるバシリカ法典ラテン語訳を利用する。)を経て、今日の学者の解釈までを紹介した後 (p. 152ss.)、まずは以下の5つの前提を提示する。

つまり、1) 黙過された妹が不倫遺言の訴で勝訴し、訴えた相続分に相当する財産を取得しており、姉がパウルスに意見を求めた時に、すでに訴訟が生じていた。2) 損害を被ったと主張する姉をいかに救済できるかが、パウルスが取り組む質疑である。3) パウルスは姉に相続財産の半分を得させる目的で姉の主張を認める解決を説いていたので、妹が、指定相続人としての姉に勝訴していたとは考えられず、妹が勝訴していたのは家外相続人に対してだけである。4) 家外相続人に対する訴訟で遺言の全面的な取消しはありえなかった。5) 不倫遺言で訴える者は、訴訟の開始において自己の請求を確定しなければならず、法定相続分に対応する財産を得た。過多請求 (pluris petitio) の制裁があるため、勝訴した妹が得るのは、被告が占有する相続財産の4分の3以上のものではない (p. 167–168)。

この前提で Gagliardi は法文を説明する。妹は家外相続人に対して不倫遺言の訴

を提起した。しかし、妹は姉がいることを考慮し自己の法定相続分を請求するだけでなく、姉は法定相続分（2分の1）よりも少ない遺言相続分（4分の1）で満足したのだから、法定相続を拒絶したと主張した。不倫遺言の訴の行使にあたり姉は考慮（計算）される必要はなかった（*partem non faciebat*）、だから、妹は、姉に帰属する相続財産の2分の1に対し添加権（*ius ad crescendi*）の利益を主張した。従って家外相続人に対する不倫遺言の訴で、被告が占有している4分の3すべてを請求した。続いて姉に対して残額を請求する。もちろん事実関係も法的関係も妹が主張したようなものではなかった。姉は法定相続を拒絶などしていなかった。彼女は義務分（*quarta debita portio*）以上につき相続人に指定されており、不倫遺言の訴ができないという理由からしても、法定相続を受け入れたにすぎない〔前註93も見よ〕。しかし裁判では妹の主張が認められてしまい、彼女は家外相続人から4分の3を得た。妹には相続財産の2分の1しか認められなかったのだから、この判決は誤ったものである。本来は、妹は単独の当然相続人であると考えられたときにのみ4分の3を得ることができた。この不倫遺言の訴で遺言の一部を取り消したことは正しいが、不当だったのは、姉が法定相続を拒絶したからとして、姉がこの世にいない（*non esistente in rebus humanis*, D.5.2.17pr.）とみなされたことである。しかし姉は存在していたのであり、ではどういう法律関係になるか（p.168-169）。

パウルスによると誤った、しかし自己に有利な判決を得た妹は、その後どうするか。技術的には部分的な取消しの性質を有する判決を得ており、遺言の完全な取消しのためには姉に不倫遺言の訴を提起しなければならないか、4分の3を得ていることが示しているように、自身が単独当然相続人であり、姉は拒絶した者とみなさなければならないとの判決を得ているので、すでに行った不倫遺言の訴の既判力を用いると不倫遺言の訴は不要で、姉に相続回復請求を提起するのかが、疑問が生じる。従って、結局のところ遺言が全部取り消されたのか、一部取り消されたのかはつきりしない。

姉が判決から損害を被ったのは、法定相続を拒絶されたものと扱われたことである。これが既判事項とされることを彼女はおそれている。そこでパウルスに助言を求めている。パウルスは最初に正しい解決を提示するが、姉がいかに助けられるかに焦点を当て、二つの解決策を提示した。妹が先の判決で遺言が一部取り消されたので、姉に不倫遺言を訴えた場合が、第一の解決である。姉は法定相続を放棄したとみなされてはならないので、妹の主張は認められない。妹が先の判決で遺言を完全に取り消したと考え、姉に相続回復請求を行った場合、姉は、自分は法定相続を放棄しておらず、（無遺言相続が認められない者が得た勝訴判決を援用できるとする、本稿でも本文で検討した）D.5.2.6.1の原則に基づき、2分の1の相続権があり、反訴で（*in modum contractionis*）4分の1につき相続回復請求を提起する。そしてすでに有していた4分の1は無遺言相続分の一部としてそのまま有する（p.168-171）と

する。つまり Gagliardi の結論は、結果的に姉妹は同じ相続分を得るとするもので、彼は、これがバシリカ法典 (B.39.1.15) に対する注釈 (スコリア) に対応する解釈である、としてビザンツ法源を挙げる (p.171 ss.)。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 145 ss. p. 202.

ちなみに反訴については、相続廃除された息子が相続財産の占有中にあれば、なるほど指定相続人は相続回復請求を行うが、息子が反訴の形で不倫遺言の訴を提起する」(Si filius exheredatus in possessione sit hereditatis, scriptus quidem heres petet hereditatem, filius vero in modum contradictionis querellam inducat) と述べる法文 D.5.2.8.13 (ウルピアヌス『告示註解』第 14 巻) を挙げている。Karl Hackl, *Praeudiciumim klassischen römischen Recht*, Salzburg 1976, S. 161.

さらに、Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 211–220, 1972, Francesca Scotti, *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma 2012, p. 435–438 も参照。

- 97) «Species legis haec est de matre, quae unam ex filiabus, cum duas haberet praeteriit, omisit, exheredavit. Haec tria verba idem possunt in testamento matris. ... Silentium patris ipso iure vitiat testamentum non exhereditatio: silentium matris non vitiat testamentum ipso iure, quia exhereditatio est: ... et tamen quia maior et constantior est pietas patris, quam matris, non creditur pater temere iratus fuisse adversus filium, nisi eum nominatim exheredaverit, id est, nisi iram suam manifestarit: facilius mater creditur irata fuisse erga filium, quem praeteriit, sive praetermisit, id est, quem praeteriit, sive praetermisit, id est, quem neque heredem instituit, neque nominatim exheredavit.» Cuiacius, *Opera omnia*, Tom. V, supra not. 81, col. 899.
- 98) 「不倫遺言の訴によって、廃除された子又は親(卑属又は尊属)は、不倫遺言の原因に基づいて相続財産を請求する (petere hereditatem) ことを、我々は付け加える。不倫遺言の訴は、不倫遺言を理由とする相続財産の請求にはかならない」(addamus, per querelam inofficiosi testamenti liberos exheredatos, vel parentes petere hereditatem ex causa inofficiosi testamenti. Querela inofficiosi testamenti nihil aliud est, quam petitio hereditatis ex causa inofficiosi testamenti) Cuiacius, *Opera omnia*, Tom. V, supra not. 81, col. 899.
- 99) キュジャースの解釈は、以下のようにポティエにも踏襲され、簡潔にまとめられている。

「従って黙過された娘は全部を有することはできない。単独相続人であるがごとく家外人の 4 分の 3 を取り戻すことができないのである。というのも遺言によって承継した姉妹は、このことで無遺言相続財産を放棄したわけではないから。このため黙過された娘は半分だけ、家外人に対し自己のものだと主張できる。別の 4 分の 1 は、無遺言相続人として姉妹に帰属することになる。彼女は、加えて、遺

言によって承継した4分の1を有することになる。『何人も一部を遺言で一部を無遺言で死亡することはない』との準則には抵触しない。] (ergo filia praeterita non potest habere solidum. Sed nec totum dodrantem qui extraneo aufertur, vindicare potest; quasi sola heres esset: nam soror eius quae ex testamento adiit, non ideo videtur repudiasset causam intestati. Quare ea quae praeterita est, semissem duntaxat ab extraneo vindicabit, cum sit ipsa heres ab intestato pro semisse; reliquus quadrans ad sororem pertinebit quem habebit velut ab intestato; suum autem quadrantem retinebit ex causa testamenti. Nec obstat regula, *Nemo partim testatus partim interstatus decedit.*) Pothier, *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestae*, Tom. I, Parisiis 1818, lib. 5. tit. 2, XXXIV, not. admittendum ad D. 5.2.19, p. 270a–270b. これに続く註記は後註 128 を見よ。

- 100) Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 252–253, Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 22–23. (新勅法以前は) 原則は遺贈や信託遺贈も無効になるのであるが、ここでキュジャースがおそらく意図的に注目しているのはこの法文の前部だけであろう。D. 49.1.14.1, D. 5.2.18 によれば、マルクス・アウレリウス帝とクキウス・ウェルス帝の規定から、この判決が両当事者が出廷し本案審理を経た後のものでなく相手方不出頭による場合は、遺言の取消しはその当事者のみ主張できるとするのである。Gagliardi, *Decemviri*, supra not. 5, p. 299ss. Di Lella は、二人の兄弟帝が導入した準則は、パウルスによって、被相続人の遺言作成能力欠如故に不倫であると宣言された遺言の全面的な取消しの効果の中に入れられた、とする。つまりパウルスの説を確認するのである。このように、パピニアヌスとウルピアナスに反対して、「何人も一部について遺言相続で一部について無遺言相続で死亡することはできない」との準則が廃止されない、というのである。Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 201–205. しかし、Gagliardi はこの法文の事件ではそもそも指定相続人も当然相続人も単独であり、常に全面的な取消し以外はありえない場合であるとしていた。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 23.
- 101) Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 240s., Bisazza, *La successione*, supra not. 29, p. 43.
- 102) Valerius Maximus, *Facta et Dicta Memorabilia*. 最初の印刷刊本は 1470 年に、Simon de Hesdin 及び Nicholas de Gonesse による仏訳もほぼ同時期に、出版されている。邦語の研究書として吉田俊一郎『ワレリウス・マクシムス「著名言行録」修辭学的側面の研究』東海大学出版会 (2017) がある。
- 103) Valerius Maximus (J. Briscoe (ed.)), *Facta et dicta memorabilia*, Vol. II, lib. VII–IX, Stutgardiae et Lipsiae 1998, lib. 7. cap. 7, p. 484–488. 第 2 節の事件における、市民法上の家族のみならず自然の家族の配慮に注目したものとして, Querzoli, *I testamenta*, supra not. 2, p. 214–216 がある。Ribas-Alba は、養子縁組後の実家との関係が継続することを述べる D. 38.8.1.4 を援用して、この節を挙げる。Ribas-Alba, *La desheredación*, supra not. 5, p. 161, 225.

- 104) « 2. Item M. Annei Carseolani splendidissimi equitis Romani filius, a Sufenate auunculo suo adoptatus testamentum naturalis patris, quo praeteritus erat, apud centumuiros rescidit, cum in eo Tullianus Pompei Magni familiaris ipso quidem Pompeio signatore heres scriptus esset. itaque illi in iudicio plus cum excellentissimi uiri gratia quam cum parentis cineribus negotii fuit . . . sed artissimum inter homines procreationis uinculum patris simul uoluntatem et principis auctoritatem superauit. . . .
5. Egregia C. quoque Calpurni Pisonis praetoris urbis constitutio: cum enim ad eum Terentius ex octo filiis, quos in adulescentiam perduxerat, ab uno in adoptionem dato exheredatum se querellam detulisset, bonorum adulescentis possessionem ei dedit heredesque lege agere passus non est. »
- 105) Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 52–53, Marrone, *Querela*, supra not. 9, p. 51 n. 1, Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 671.
- 106) Valerius Maximus (J. Briscoe (ed.)), *Facta*, Vol. II, supra not. 101, lib. 7. cap. 8, p. 488–494. この事件で、人物の精神錯乱の証明だけでは不十分であったことに注目するものとして Querzoli, *I testamenta*, supra not. 2, p. 169 がある。
- 107) Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 68–69, Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 670–671 は、不倫遺言の訴に関する説明の冒頭で、非法学文献の中で不倫遺言が述べられているものとして、前 70 年キケロ『ウエッレース弾劾第 2 回公判 (第 1 演説)』(I. 42. 107) における、「遺言について義務違反でない」(testamentum . . . non inofficiosum) や、母から敵意と憎悪を抱かれている息子クルエンティウス・ハビトゥスが、母に相続財産を遺す気はないが、かといって遺言で相続廃除する気もないために遺言を作成してこなかったことを語る前 66 年『クルエンティウス弁護論』(15.45) を挙げるほか、法務官によって指定相続人による訴えを認めなかった例としてこの 5 節を挙げている。ピソは、前 67 年執政官であり、おそらく法務官職にあったのは前 70 年と考えられ、この先例をウァレリウス・マクシムス『著名言行録』はここで報告しているのである。
- 108) Cuiacius, *Opera omnia*, Tom. IV, supra not. 57, col. 1304–1306.
- 109) Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 692. Voci は、繋がりの方がかりにくい奴隷解放についての持戻しを要求されないとする D. 37.7.6 や直接的な自由身分付与を有効とする C. 3.28.13 も挙げている。Bisazza, *La successione*, supra not. 29, p. 53 は、後者の勅法につき、古典期法学の側からなされた解決を皇帝勅法が従ったのだとする。cf. Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 207–208, p. 255–256.
- 110) « At quia nondum est manumissus, quia res est integra, non videtur eum secundus ex libertate in servitutem petere: denique recte eum vindicare videtur. Verum aliud statuit Papinianus, ostendens melius esse et aequius favore libertatis senten-

tiam Praetoris tueri, et exequi etiam adversus coheredem, qui non litigavit, id est, secundum. »

- 111) D. 40.12.30 の表現は, « commodius autem est favore libertatis liberum quidem eum esse, compelli autem pretii sui partem viri boni arbitrato victori suo praestare. » である。
- 112) 註釈は, 息子たち, とする。Gl. duobus « scilicet filiis. »
- 113) 註釈は, 指定相続人を相手方として二人が訴えると想定する。Gl. agentibus « contra scriptum heredem. »
- 114) D. 37.7.6 (パピニアヌス『解答録』第 6 卷) をパウルスとの対比で, 師スカエウォラに依拠してパピニアヌスが一般的に信託遺贈義務の存続を考えていた, と読むこともできようか。Bisazza, *La successione*, supra not. 29, p. 44–46. 末尾の留保について, « un pensiero storpiato di Paolo per ricondurre anche a lui l'opinione della rescissione parziale, protettata persino, come vedremo, dalla legislazione imperiale. » と述べる。
- 115) Bisazza, *La successione*, supra not. 29, p. 48–49, Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 232–233.
- 116) 新独訳 (Hans Hermann Seiler) は vor verschiedenen Spruchkörpern と訳し, « Vermutlich waren ursprünglich die Kammern des Hundertmännergerichts gemeint. » と脚註を付している。R. Knütel et al. (Hrg.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. V. Digesten 28–34*, Heidelberg 2012, S. 376.
- 117) Cuiacius, *Opera omnia*, Tom. IV, supra not. 57, col. 1103. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 3, Frankfurt/M. 1901, Goldach 1997, 8. Aufl., § 557, 587. 542 年のこの新勅法については Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 738–740 を見よ。
- 118) R. Knütel et al. (Hrg.), *Corpus*, supra not. 114, S. 376. « 3. Vgl. D. 36.7.6, D. 44.2. 29pr, D. 40.12.30 sowie D. 5.2.8.16, D. 5.2.28. »
- 119) « libertates ex testamento competere, directa scil. quae proprie competere dicitur ipso iure ex ipso testamento: fideicommissarias autem praestari ab heredibus. » fol. 1102.
- 120) « Causa autem individua servitutum, ut non semper integrae competant, sed penitus intercidant: . . . nam si is, cui servitus praedii legata est, rescisso testamento pro parte integram servitutem petat ab eo herede qui filium vicit, atque adeo ex testamento solus heres existit, repellatur exceptione doli mali legatarius, si aestimatione facta legati, non offerat victori pretium quo redimat partes legati: quae ceteris filius abstulit, recte perlata querela, videlicet, si idem filius paratus sit, quantum in se est servitutem vendere et praebere, id est, cedere, accepto pretio. Quod si nolit filius

servitutum vendere, etiam hoc casu sevitutis legatum intercidit, quia non potest servitus praestari nisi integra: et integra non potest prestari redempta parte a filio, quam si nolit distrahere, restat inutile esse legatum servitutis.» col. 1102–1103.

121) casus. «nam si lex Falcidia resecat partem aliquam ex legatis, et legatarius servitutis petat eam integram ab herede, debet heredi offerre aestimationem pro ea parte, qua Falcidia resecat ex legatis.»

122) 近代語訳は *dicit* を可能の意味にとる。Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 692.

123) 「父が、自己の遺言で、家父権下に有している未成熟の息子のために、この未成熟子が成熟前に死亡した場合のために彼の相続人を補充指定するとき、我々はこの補充指定を未成熟者の遺言と呼んでいる。このことが Inst. 2.16pr. で明らかにされている。この法文では、その冒頭で未成熟補充指定と言われ、すぐ後で未成熟者の遺言と呼ばれているのである。そして、まさにここでは、この補充指定に基づき、補充指定された者は、父ではなく未成熟者の相続人になるからこのように呼ばれるのだということを理解するのに十分である、と付け加えられる。」(Testamentum impuberis vocamus substitutionem pupillarem, cum pater testamento suo filio impuberi, quem in potestate habet, heredem substituit in hunc casum, si impubes intra pubertatem decesserit: quod declaratur Inst. de pup. sub. in pr. (Inst. 2.16pr.) ubi quae initio dicitur substitutio pupillaris, paulo post vocatur impuberis testamentum. Et additur ibidem, quod satis sit ad intelligendum, cur ita vocetur: quia scilicet ex hac substitutione substitutus heres fit non patri, sed impuberi.) Hugo Donellus, *Commentaria de iure civili*, lib. XIX, cap. V, *Opera omnia*, Tom. V, 1764 Lucae, IV. col. 485.

124) Gl. Sed nec impuberis. «pater filium impuberem instituit: eidem extraneum turpem substituit:»

125) Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 691–692. 彼はこの法文以外に以下の D. 28.6.31pr. を挙げているが、法文の論点は、おそらく未成熟子の後見人が提起した不倫遺言の訴で敗訴し、もはや父の相続人でなくなった者が、誰であれ父の相続人になった者が指定されていた未成熟補充指定相続人になりうるかにあり、援用の意図は必ずしも明瞭ではない。

D. 28.6.31pr. ユリアヌス『不明瞭事案単巻書』

上で指定された者のうち誰であれ、私の相続人になる者が私の息子の相続人になるものとする、〔未成熟の〕息子になされた〔未成熟〕補充指定において、誰であれいつであれ父の相続人となった者と解されるのか、息子の死亡時に誰であれ相続人である者と解されるのか、が問われる。法学者たちは、「いつであれ相続人であった者は」と考えていた。つまり、ある者が、未成熟者の生存中に、おそらくその者の相続分について提起された不倫遺言の訴に基づき相続人でなくなった

にもかかわらず、しかしその者は〔未成熟〕補充指定に基づく相続人になると考えられていたのである。

D.28.6.31pr. Iulianus liber singulari de ambiguitatibus.

In substitutione filio ita facta: “quisquis mihi ex supra scriptis heres erit, idem filio heres esto”, quaeritur, quisquis heres quandoque fuerit intellegatur an quisquis heres tum erit, cum filius moriatur. placuit prudentibus, si quandoque heres fuisset: quamvis enim vivo pupillo heres esse desisset, forte ex causa de inofficioso, quae pro parte mota est, futurum tamen eum heredem ex substitutione creditum est.

この法文、及び D.5.8.2.5 との関係、不倫遺言の訴の遡及効についても問題をはらむ点については、さしあたり Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 254, n. 142 参照。

- 126) Ribas-Alba, *La desheredación*, supra not. 5, p. 263–264, Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 254, n. 142.
- 127) Faber, *Rationalia*, supra not. 28, ad D.5.2.19. fol. 187–189. «Sed id non est absurdum cum accidit ex postfacto per querelam inofficiosi testamenti, l. circa 24. inf. (D. 5.2.24) ubi dicam.» 彼は、上述の D.5.2.15.2 に対する註解でも、同じことを述べていた。前註 60 を見よ。
- 128) ちなみに、キュジャースやファーヴル以外にも、ドゥニ・ゴドフロワは D.5.2.15.2 や D.5.2.24 に対する註記で、「後の行為から」(ex post facto) と説明し、18 世紀のポティエも、この準則を最初から否定するものではなく、遺言の後の原因から生じるときにいわば準則に対する例外であると説明している。R. J. Pothier, *Pandectae*, supra not. 99, XXXIV, not. admittendum ad D.5.2.19, «... Non obstat regula, Nemo partim testatus partim intestatus decedit: fallit enim regula, quum non ab initio, sed ex post facto hoc contingit.» (p. 270a.), XXXIX, not. videbitur ad D.5.2.24 «Igitur infirmari potest haec regula ex eo quod ex post facto contingit.» (p. 272a.). このように説明すると、この二つの法文を準則の廃止だと捉える必要はない。彼の直近の説明については前註 99 を見よ。Di Lella は、D.5.2.15.2, D.5.2.24, D.31.76pr. を準則の廃止を示すような法文であるが、D.5.2.17pr., 1, D.5.2.19, D.5.2.13, D.5.2.23.2 は、むしろ準則を確認する法文である、と捉えている。Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 197 ss. 前註 60 を参照。
- 129) 542 年のこの勅法は、教科書の解説では、包括的な改革であると同時に不明確な点が多く、分けて詳しく説明されるのが通例である。Kunkel/Honsell, *Römisches Recht*, supra not. 3, S. 467–468. 尊属卑属間では、法定の正当事由を明示的に示し、個別につまり名を特定してでない黙過や相続廃除が認められない。この場合遺言における相続人指定は無効となるが (*κυρῶσαι, ἀνατρέψεται*), 遺贈、後见人指定、奴隷解放は有効である。Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 668–669. Schoell/Kroll (ed.)

Novellae, Berlin 1963, Hildeheim 1993, p. 534–549, Peter Sarris (ed.), David J. D. Miller (tr.), *The Novels of Justinian: A Complete Annotated English Translation*, vol. II, Cambridge 2018, p. 733–745.

130) P. Noailles, *La collection grecque des 168 nouvelles*, vol. 2, 1914 Paris, p. 91–96, p. 162–167.

131) 前註 20 を参照。

132) この法文については Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 34 を参照。

133) cf. Di Lella, *Querala*, supra not. 29, p. 194–195. 特に n. 31, n. 33, Bisazza, *La successione*, supra not. 29, p. 38–39 を参照。

ここで矛盾調和の例を挙げておこう。D. 5.2.6.1 の「無遺言相続を有する者の利益となる」について、16 世紀のル・デュアランは、「無遺言相続を有する者にさえ利益になる」と解して、「さえ」(etiam) を原文に挿入し、無効が全面的でないような調和を試みた。Franciscus Duarenus, *Errantio methodica, Opera omnia*, Lugduni 1584, D. 5.2. cap. XIII, fol. 241a «Hic locus valde obscurus est, propter difficiles antinomias iuris, quas hic reperiuntur.» これに対し、ファーズルはトリボニアヌスの無知を推測していた。Faber, *Rationalia in Pandectas*, supra not. 28, ad D. 5.2.25.1, fol. 196–197. «Itaque cogor hic aut inscitam meam fateri, aut Tribonianeam incusare: Utram iustius, doctissimi cuiusque viri iudicium esto.»

134) Marrone は、一部無効とする法文は特別審理手続での、全部無効とする法文は百人官法廷での判決であり、後者は先例としての価値が低いとする。前者では予防的に訴えがなされ、不当にも訴訟で有利な被告の地位たる *bonorum possessio litis ordinandae gratia* を得たというのである。Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della rivendica formulare tra le stesse pari e il problema dell'eadem res*, in; *SDHI*, vol. 64, 1998, p. 82ss. さらに彼は (p. 83) *instituat* に続く *dicendum est* 以下を変更し、「(提起し) そして彼が不倫遺言を提起したことは有効であると見られるとき、彼に優先する者たちが排除される者であるから勝訴する。」«[*instituat*] et optineat, quia praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querellam instituisse videtur.» と読み替える。これに対して、Ribas-Alba は、D. 5.2.25.1 では複数の指定相続人がおり、原告がそのうちの一人だけを訴えたため相続人指定をすべて非難できないとする、Ribas-Alba, *La desheredación*, supra not. 5, p. 266–268.

Gagliardi は、バシリカ法典における説明から、主張されたのは、D. 5.2.6.1 では遺言の一部の取消しであり、D. 5.2.25.1 では全面的な取消しであるとの区別を紹介する。D. 5.2.6.1 に対応する B. 39.1.6 を含め、Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 56–60 を見よ。

135) cf. Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 715.

136) *Casus*. «quia filii sui praecedebant: et obtinuit pater, filii egerunt, et succu[m]-

buerunt, tempore forte, vel repudiatione exclusi.»

- 137) 卑賤及び高潔の意味につき、例えば、証言能力の問題として D.22.5.3pr. は、身分 (condicio) の区別とは別の基準として述べているように思われるが、本稿では扱わない。
- 138) キュジャースとバシリカの原文を引用し正確に論じているのは Gagliardi, *Studi*, p. 46–48, 55s. である。Scheltema et Holwerda (ed.), *Basilicorum libri LX*, supra not. 76, B.39.1.21. «3. Δύο τις ἔχων παῖδας καὶ ἀδελφὸν ἔγαψε μὲν δύο τινὰς κληρονόμους, τὸν μὲν σεμνόν, τὸν δὲ ἄσεμνον, ἐξενοράτους δὲ τοὺς οἰκείους ἐποιήσατο παῖδας προαιτέριον τὸν ἀδελφὸν καταλειώως.» p. 2236. Heimbach, *Basilicorum Libri LX*, Tom. IV, supra not. 76, p. 25. «Quidam habens duos filios et fratrem, scripsit duos heredes, turpem unum, alterum honestum. Filios autem suos exheredavit, fratre praeterito.» Gagliardi, *Studi*, supra not. 6. p. 47. «Un tale, che aveva due figli e un fratello, istituì due eredi testamentari, uno turpe, l'altro onesto. Diseredò invece i suoi figli preterendo il fratello.» cf. Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 715–716. ちなみに、キュジャースがヴェネツィアで購入したバシリカ法典の二つの写本は、第 1 巻から第 18 巻、第 20 巻から第 30 巻であり、当該巻が含まれる第 38 巻から第 42 巻は Vigilius Van Atta からの借用であること、さらにキュジャースの写本の扱いをめぐる悪い噂につき Prévost, *Jacques Cujas*, supra not. 20, p. 89–92 を参照。
- 139) «et ita si emancipati filii manumissor extitero, quasi patronus sum filii.»
- 140) Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abs., supra not. 9, S. 713, Kaser/Hackel, *Das römische Zivilprozessrecht*, supra not. 5, S. 489.
- 141) Glück, *Pandekten*, supra not. 75, §. 557, S. 435–436. idem (Biagio Brugi (tr.)), *Commentario*, supra not. 75, p. 669–670.
- 142) さらに Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 209–211 を参照。
- 143) この法文について、D. 5.2.19 と結びつけて解説する Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 693–698, さらに Di Lella, *Querela*, supra not. 29, p. 220–224, Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 116–121 を見よ。
- 144) ラテン語風のギリシア語の表現 «ῥεπουδιατεύοντος ψυχή» に対応する。
- 145) Gagliardi は「によって考慮されない」(non deve essere tenuto in conto da coloro che vogliono intentare la stessa querela) と訳している。Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 117. Watson 編英訳 «A person who has not come into court ... does not make his share available to those who wish to bring the same complaint.» (Tom Kinsey) は分かりやすい。Alan Watson (ed.), *The Digest of Jurtinian*, vol. I, Philadelphia 1998, p. 179.
- 146) ゴドフロワは、キケロ『弁論家について』などを註記に挙げている。前註 72 を参照。

- 147) Cuiacius, *Opera Omnia*, Tom. V, supra not. 81, col. 897. «Vis autem et potestas huius actionis haec est, ut rescindat testamentum patris, ut parentem intestatum faciat, et hereditatem, quam adierant, evincat heredibus scriptis, si liberi exheredati recte probarint, se immerito exheredatos fuisse.»
- 148) Cuiacius, *Opera Omnia*, Tom. V, supra not. 81, col. 897. «patri duo sunt filii, et extraneum heredem scripsit, quo adeunte hereditatem, primus repudiantis animo omisit querelam inofficiosi testamenti, repudiavit querelam, et hereditatem patris.»
- 149) Cuiacius, *Opera Omnia*, Tom. V, supra not. 81, col. 897. «Quaeritur, *an frater, qui repudiavit, secundo partem faciat*, vel ut Virgli. ait, *vocatur in partem?* ... *In partem vocare iuris verbum est, pro participem facere, et partiarium admittere.* Cicero pro Caecina, *muliebes in partem vocatae sunt.* ... in legitima hereditate non concurrat fratri, qui egit querela inofficiosi testamenti, et obtinuit.» ウェルギリウス『アエネーイス』(前註 30) 113 頁, Virgile, *Énéide*, supra not. 30, p. 77, さらに Cicéron (André Boulanger (tr.)), *Discours*, Tome VII, Pour A. Cécina, Paris 1961, p. 92 を参照。
- 150) Cuiacius, *Opera Omnia*, Tom. V, supra not. 81, col. 897. «At, ut inquit Paulus, quum repudiavit, pro nullo habetur, et tueri se potest Secundus in vindicando asse auctoritate rei iudicatae a centumviri, hoc colore, quasi centumviri, cum patrem intestatum facerent, hunc solum filium fuisse in rebus humanis crediderint, atque adeo hunc solum voluerint ex asse heredem esse. ... Et hoc est, quod ait l. prox. in pr. sup. (D. 5.2.16pr.) filia, quae non egit, id est, quae repudiavit, vel tempore exclusa est, vel quae non obtinuit, in legitima hereditate fratris non concurrat.»
- 151) このように、本稿では、キュジャースの理解に従って、不倫遺言の訴を拒絶する者が *partem non facit* との表現を「算入することはない」と訳した。
- この表現について、ドノーは、「不倫遺言の訴を拒絶した者は、相続財産に他の者から奪う相続分を、もはや自身の資格で訴えることはなく、そしてそれ故に不倫遺言で訴えてすべての相続財産を自己のものとして請求する者たちに対抗することはない」というように解説している。「II. ... Paulus in *L. qui repudiantis*, in princip. *D. de inoffici. testamen.* (D. 5.2.17pr.) eum qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem non facere iis qui eandem querelam movere volunt. Hoc enim sentit, eum qui querelam repudiavit, nullam iam partem ex sua persona inducere, quam in hereditate caeteris abstrahat; eoque nec iis obstare, quominus de inofficioso agendo totam hereditatem vindicent.» «XI. ... ex eo infert, si alter ex liberis exheredatis de inofficioso egerit solus, et obtinuerit, hunc totam hereditatem obtenturum, quam et totam per querelam iure petierat, quam petitionem et iudices sententia sua confirmarunt.» Hugo Donellus, *Commentaria de iure civili*, lib. XIX, cap. IX, X, in: *Opera omnia*, Tom. V, supra not. 121, col. 538, 551.

同様の表現がある D.5.2.8.8 については前註 83 を見よ。

- 152) このような解釈は、ドイツ民法典 2310 条「義務分の算定につき標準となる相続分の確定にあたって、終意処分によって相続廃除された者、相続を放棄した者、又は欠格宣言を受けた者も相続人の中に算入するものとする。」に関連させることができよう。「Wenn der gesetzliche Erbteil der Personen, die in einem bestimmten Erbfall pflichtteilsberechtigt sind, festgestellt werden soll, so ist nach der Vorschrift des § 2310 mitzuzählen, wer durch den Erblasser von der Erbfolge oder dem Erbersatzanspruch (vgl. § 2338a) ausgeschlossen wurde, wer die Erbschaft ausgeschlagen hat oder wer für erbunwürdig erklärt worden ist. ... Er [der Pflichtteil] erhöht sich nicht, weil ein Miterbe infolge Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit wegfällt oder weil ein nichtehelicher Abkömmling bei Durchführung der gesetzlichen Erbfolge in concreto nur einen Erbersatzanspruch gehabt hätte, § 2338a.» Theodor Kipp / Helmut Coing, *Erbrecht*, 14. Bearb., Tübingen 1990, S. 59. cf. Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 693.
- 153) Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 90–91. 彼は *partem fare* を「訴える当然相続人によって計算されなければならない相続分をなす」(rappresentare una quota che deve essere computata dal coerede necessario che agisce in giudizio) 又は「相続分につき権利を有する、考慮されなければならない者であること」(essere colui che ha diritto a una parte ereditaria e del quale si deve tenere conto) と訳している。つまり訴える当然相続人は他の相続分が他の当然相続人に帰属することを考慮しなければならないことになる。そこで、*partem non facit* は添加権を主張できると解すことができ、これは義務分 *quarta debitaie portionis* の計算にも意味を持つのであり (p. 118), このことこそ D.5.2.16pr. が述べていることである、というのである。訴えなかった、つまり、拒絶したか、時によって排除されたか、勝訴しなかった娘は、兄弟の法定相続に競合・参画しない (*non concurrat*) として、両法文を結びつけるわけである。
- グリュックは、二人の息子が相続廃除され一人の家外人が相続人に指定されたケースとして説明している。この場合、末尾の不倫遺言で訴えた者だけが息子であったと想定する部分の意味合いは、まさに単純に単独相続になるということになる。Glück, *Pandekten*, supra not. 75, §. 557, S. 433–434, idem (Brugi (tr.)), *Commentario*, supra not. 75, p. 667–668.
- 154) Glück, *Pandekten*, supra not. 75, §. 557, S. 434, idem (Brugi (tr.)), *Commentario*, lib. V, supra not. 75, p. 668.
- 155) ちなみにこの法文を比較的詳しく論じる Desiderius Heraldus, *De rerum iudicatarum auctoritate*, in: Everardus Otto, *Thesaurus Iuris romani*, Tom. II, Traiecti ad Rhenum 1733, col. 1225–1226 は、ここでも *repudiantes animo* の効果であることを正しく強調し、法文における表現 *partem non faceret* については、「non in computa-

tione legitimae; de ea non agebatur, sed in divisione haereditatis, quia haberetur pro mortuo ...」と、死亡者扱いがなされるから、と説明している。

- 156) Gagliardi, *Studi*, supra not. 6, p. 82ss. ここでは、最初、各当然相続人は自己の相続分につき訴えているが、過多請求とは異なり *minoris petitio* は争点決定後の補正が可能であるとする。Voci, *Diritto*, vol. II, supra not. 2, p. 693 はこの法文を、パウルスが、「相続廃除された者は相続分に与らない」(*exheredatus partem non facit*) として、パピニアヌスとウルピアヌスの説に対して、添加権を認め、部分的に反対している法文と位置づけている。
- 157) cf. D. 5.2.23.2, D. 5.3.7.1.
- 158) Cuiacius, *Observationes*, supra not. 28, Coloniae Agrippinae, p. 336, *Opera omnia*, Tom. III, col. 208. «Cum vero ita ordo naturae turbatur, ratio pietatis, sive miserationis exigit, ut si patri non fuerit relicta quarta debitae portionis, de inofficioso testamento sit actio. Competit etiam patri bonorum possessio contra tabulas, si in emancipatione filii manumissor extiterit, id est, si fiduciam contraxerit, quae hodie pro contracta habetur semper ex constitutione Iustiniani.»
- 159) 末尾の *relinqui debet* に対するゴドフロワの註記には、「Nov. 115...v. apud Cujac. 8. obs. 23.» と記されている。Gothfredus, *Corpus*, supra not. 69, fol. 191b.
- 160) «Et si quidem corpus universum Centumvirorum spectes, iidem sunt iudices in hac causa, quam movet filius exheredatus de testamento matris inofficioso adversus omnes heredes scriptos: si tribunalia spectes, diversi iudices sunt.» Cuiacius, *Opera Omnia*, Tom. IV, supra not. 57, col. 1101.

(付記) 本稿は、日本ローマ法研究会(2019年3月14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2018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。