

ローマ法における信託遺贈の文言解釈

— plus nuncupatum, minus scriptum

吉村 朋代

はじめに

一、信託遺贈の意義

二、 fideicommissi verba — 信託遺贈の用語

三、 plus nuncupatum, minus scriptum — 遺贈からの類推

まとめ

はじめに

現行民法には、信託遺贈という制度はない。それどころか、信託遺贈 fideicommissum が信託遺贈として独自の機能を有していたのは、ローマ共和政末から古典期にかけての短い間にすぎない。早くも帝政末には遺贈との融合が進み、ユスティニアヌス帝立法では遺贈と信託遺贈の区別は撤廃される。そして、法文は『遺贈及び信託遺贈について』などの章に統一して集められるに至る。^①したがって、五、六世紀にはすでに固有の制度としての輪郭はなくなっているのである。現行民法に fideicommissum の痕跡を見つけるとすれば、ドイツ民法の流れを汲む、民法第一〇〇二—一〇〇三条の負担付遺贈がその系譜を引き継いでいる。^②

たしかに、制度の名称としては、市民法上の制度である「遺贈 legatum」の語が生き残ったが、その実質においては、むしろ、信託遺贈こそが生き残ったと言ってもよい。事実、ユスティニアヌス帝は五三一年の勅法で、遺贈と信

託遺贈の規定が相互に矛盾する場合は、信託遺贈の緩やかな規定の方を優越させると定めた。^③

しかし、それだけではない。信託遺贈の真の痕跡は、むしろ解釈方法、適用方法といった思考のレベルにある。信託遺贈は、市民法の外に出自をもつ新参者だが、遺贈という古い市民法上の類似制度に寄生して、宿主とともに、解釈によって、内部から制度の外壁を押し広げていった。さらに信託遺贈は、この内側からの改革に留まらず、宿主を超えて制度の骨組み自体を動かし、制度そのものを脱構築していった。この原動力も解釈である。数世紀の間、厳格な市民法の舞台上と袖で練り広げられた、こうした旺盛な解釈の展開で、形式主義にその法的根拠を求めていた遺言・遺贈の制度は、「遺言者の意思」に主たる根拠をおく制度へと変貌する。しかし、それは同時に、ローマ法伝統の厳格な形式主義・文言主義の思考方法を、今につながる意思主義的解釈方法に転換させ、法学の解釈技術を新たな段階に飛躍させることにもなった。こうした思考の脱構築が試みられたのが信託遺贈の現場であった。そこに刻まれているのは、法理を堅持しながらそれに拘泥しない高度で自由な法の精神そのものである。そして、この革命的活動は、ローマ人らしく慎重に保守的に進められ、まさに首尾良くソフトウェアングさせられたのである。したがって、信託遺贈を取り上げることが、遺言、遺贈制度の解釈の源流を辿ることもであるが、同時に法解釈の大きな可能性に立ち返ることになると思われる。

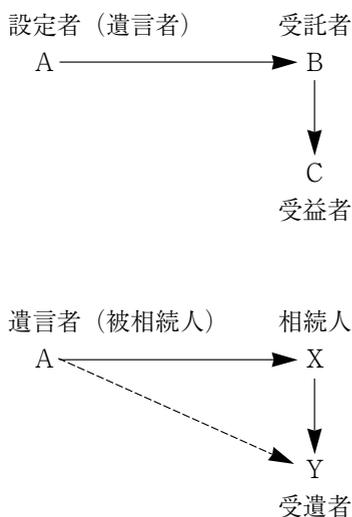
シュルツは「相続法はローマ人の法への意思の焦点」であり、それは特に遺贈に関する法で真実であるとする。しかし、複雑精巧な網細工を呈する膨大な資料は、実用性が薄く、労を割くに値しないとも言う^④。あるいはそうかもしれない。とりわけ我が国であまり注目されてこなかったのもそのような理由からであろう。^⑤しかし、あらためて前述のような解釈の力と可能性を探ってみたいと思うのだ。本稿では、信託遺贈が展開した内側からと外側からの二様の解釈方法のうち、内側から制度枠を拡大していく解釈方法に焦点を当てる。そして、もう一つの制度枠を脱構築す

る解釈の試みについては別稿で検討したい。

一、 信託遺贈の意義

(一) 遺贈と信託遺贈

信託遺贈 *fideicommissum* は、遺言者 (A || 設定者) が、ある者 (B || 受託者) に対して、自分の死亡後に特定の第三者 (C || 受益者) に財産の全部もしくは一部を供与すべきことを信託するものである。類似の制度である遺贈 *legatum* は、遺言者 || 被相続人 (A) が、遺言に基づき、相続人 (X) の負担において、受遺者 (Y) に被相続人の財産の一部を供与する終意処分である。両者はこのように類似の構造をもつが、最大の違いは、遺贈が市民法上の古い制度であるのに対して、信託遺贈は習俗に基づく行為だったということである。



遺贈は、すでに十二表法に現れており、当初より相続規則と密接に結びついて、厳格な形式主義に拘束されてきた。遺贈の設定は、遺言または遺言で確認された小書付でのみなされるため、まずは前提として遺言が有効でなければならなかった。遺言は、その行為の重要性から、古くから特別厳格な形式に拘束されてきた。共和政末には通常の方式になっていた握取行為遺言は、規定の方式に則って相続人指定から始まっていなければならなかったし、儀礼的手続を経て、5人の証人を含む7人の立会人によって封印がなされねばならなかった。そして、もちろんこうした手続は口

ローマ市民だけが利用可能であり、遺言者には遺言作成能力が、相続人には相続能力が必要とされた。すなわち、自権者ローマ市民でなければならなかった。ただし、相続能力は、当該遺言によって解放される奴隷や後生子にも認められていた。さらに、遺言が有効であったとしても、遺贈自体も方式に則っていなければならなかった。受遺者にも相続能力が必要とされ、目的に応じて所定の用語で設定されねばならなかった。加えて、相続、遺贈を制限する法も数々あり、こうした規制に抵触してはならなかった。たとえば、紀元前一六九年のウォコニウス法は、最も富裕な階級である戸口調査の第一クラスの者が女性を相続人に指定することを禁じると共に、相続人たちが取得する総額以上に遺贈することを禁じた。⁷⁾このように遺贈は、幾多の制限に縛られていることから、硬直的体制だったといえるかもしれない。しかし、この枠組みにはまりさえすれば、正しい言葉の使用によって、ほとんどのことは履行できた。⁸⁾これは形式主義の利点でもある。

これに対して、信託遺贈は、言うなれば非公式の遺贈といった位置づけである。ローマ市民以外の者に財産を遺したい、娘に財産を引き継がせたいといった場合、遺贈の枠にははまらないため、信託遺贈というイレギュラーな方法が選択された。この時それが遺贈であったなら、受遺者に訴権が付与され、相続人が引き渡しをしないなど遺贈の不履行に対しては、方式書訴訟によって訴えることができた。しかし、信託遺贈の場合は、習俗上の義務を負うことはあっても、法的な拘束力はなく、字義通り、受託した者の信義にのみ委ねられていた。したがって、仮に受託者が履行しないとしても法的な救済手段はなく、履行するかどうかは受託者次第であった。

両制度がこうして表裏で棲み分ける均衡状態が崩れたのは、アウグストゥス帝が信託遺贈に執政官の権限に基づく介入を認めたとさからである。その後、クラウディウス帝によって信託遺贈掛法務官が設置され、属州長官が特別審理手続でこれを扱うに至り、法的救済の道は確たるものになっていく。以降、こうした裁判過程の中で次

第に遺贈と信託遺贈は融解していく方向に動きだすことになる。⁹⁾

二世紀中頃の法学者ガイウスは、「信託遺贈によって遺されたものと直接遺贈によって遺されたものの間には大きな違いがある」(G.2.288)として両者の相違点を多数列挙している。類別すると次の数点にまとめられよう(G.2.289-289)。第一は、受益者の範囲に関わる。遺贈を受ける者は、先述したようにローマ市民である必要があり、さらに相続・遺贈を制限されたグループに入っていないことも必要である。しかし、信託遺贈にはそうした制限はなく、遺贈を受けることのできない人々にも財産を遺すことができた。この特徴からガイウスは、例えば外人のように、市民法上は直接利益を受けることができずに者に財産を渡す手段として利用されたのが信託遺贈の起源であったらうという(G.2.289)。第二は、設定方法に関わる。遺贈は有効な遺言によってのみ可能であったが、信託遺贈は遺言で確認されない小書付によっても設定できた。したがって、有効な遺言がない時でも、信託遺贈によって財産を遺すことができた。第三は、受託者の範囲に関わる。遺贈の負担を負うことができるのは相続人のみであったが、信託遺贈ならば、相続人だけでなく受遺者でも受益者でも負担できた。さらに相続人死亡後の相続人を指定して受託者にすることもできた。¹⁰⁾他にも、両者の訴求方法の違いがいくつか挙がる。こうした両者の違いは、アウグストゥス帝以降ユステイニアヌス帝に至る過程で次第に均され解消されていくわけだが、しかしこの違いから信託遺贈の意義がどこにあったのかを読み取ることができる。

(二) 信託遺贈の意義

ジョンストンは、このガイウスの列挙した相違点に、信託遺贈の機能を探る重要な示唆があると指摘する。類別の第一の点は、一挙に可能な受益者の範囲を拡大する。第二の点は、無遺言相続の性質を完全に変える。第三の点は、

設定者が死亡後も現世に影響力を及ぼすことができる。これまで多くの注意が注がれてきたのは、このうちの二つ、第一点と第三点であった。第一の点は、市民法上受遺資格を剥奪された者のために信託遺贈を設定する可能性を導く。ガイウスがこれを信託遺贈の起源であると推察したことはよく知られている (G.2.285)。第三の点は、いわゆる永代譲渡を設定する可能性を導き、近世以降の家族世襲財産の議論につながる論点となる。しかし、しばしば信託遺贈の意義として語られてきたこの第一点、市民法上の不適格者に利益を与えるという役割は次第に縮小していく。ガイウスの時代にはすでに元老院議決等によって、こうした制限規定の多くが信託遺贈にも及ぼされるようになっており (G.2.285-287)、この利点は早くにほとんど解消されてしまっているのである。そして、信託遺贈が盛んに取り上げられるのは、むしろそれ以降なのである。

たしかに、信託遺贈の意義を考えると、こうした市民法の抜け道としての利用法は事実であろう。けれども、それが主たる存在意義だとすると、アウグストゥス帝以降次第に信託遺贈に法的救済の道が整備されていったことも整合的に説明できそうにない。もっと別の理由が考えられてしかるべきであろう。そこで、ガイウスの挙げた、これまでもあまり注目されなかった第二の点が示唆を与える。信託遺贈が不完全な遺言を救済する手段になっていたことである。これは、信託遺贈が介在して遺言相続と無遺言相続の境界が曖昧になっていくことを意味するが、そうであれば、ローマの厳格な形式主義の牙城である遺言制度を揺さぶる大事業である。⁽¹⁾ 信託遺贈のこの革命的営みは、遺言制度の中に解消され、形なく溶融してきたために見過ごされてきたのかもしれない。この大きな論点は、本稿だけではカバーしきれない。本稿では信託遺贈のこの真の意義を明らかにする先鞭として、文言解釈を通じた救済について考える。

(三) 法源

その前に、信託遺贈法の発展の担い手は誰なのかを確認しておこう。

ローマ法で多くの私法分野は、法務官告示を第一の法源として発展していったが、信託遺贈はむしろこの告示システムの枠外で発達していった。信託遺贈が市民掛法務官の管轄する問題ではなかったため、法務官の告示の対象になりにくかったからである。だからといって、まったく無関係だったわけではない。ガイウスは、信託遺贈相続財産の回復の訴 *hereditatis petitio fideicommissaria* が告示の中に規定されたと記しているし、ウルピアヌスの告示注解には、遺贈のための告示上の様々な救済方法が信託遺贈にも類推適用された例がいくつも挙がる。遺贈について発展した告示上の救済方法が、法学者を通じて信託遺贈に間接的に及ぼされていたということはいえる。

信託遺贈を發展させた主要な法源は、告示以外の法源、すなわち、法学者、皇帝、元老院である。もともと、この三者は非常に緊密な関係にある。法学者は元老院に所属していたし、皇帝の助言者として仕えてもいたからだ。したがって、この三つの法源の要は法学者であり、彼らが皇帝や元老院の背後に控えているのである。法学者たちは、信託遺贈について膨大な文書を残している。著作のピークは二回、二世紀と三世紀にある。一回目は、一四〇年から一六〇年頃の間の二世紀中期で、四人の法学者が「信託遺贈について *de fideicommissis*」という著作を残している。ポンポニウス（全五巻）、ウアレンス（全七巻）、ガイウス（全一卷）、マエキアヌス（全一六巻）である。この他に、ガイウスに「黙示の信託遺贈について (*de tacitis fideicommissis*)」という単巻の作品がある。二回目の著作のピークは、二一〇年から二三〇年頃の三世紀初期で、「信託遺贈について」という著作が、パウルス（全三巻）、ウルピアヌス（全六巻）にある。さらに、パウルスには「黙示の信託遺贈について」の単巻書があり、モデスティヌスにも「遺贈及び信託遺贈について *de legatis et fideicommissis*」という単巻書がある。また、セウエルス期の三名士の一人、パ

ピニアヌスも解答録 *responsa* と質疑録 *quaestiones* に重要な提言を残す。信託遺贈についてのまとまった著作はないけれども、忘れてならないのは、マルクス・アウレリウス帝の顧問を務め、セプティミウス・セウエルス帝の頃に解答を多く与えた、クウイントゥス・セルウィデイウス・スカエウオラである。彼は解答を蒐集した法学大全 *U. gressa* や解答録 *responsa* といった作品に信託遺贈に関する多くの見解を残し、信託遺贈の法発展に大いに貢献している。⁽¹⁴⁾

勅法はどうか。学説彙纂に収録される信託遺贈の事案には、しばしば皇帝が自ら審理して出した勅裁 *decretum*、官吏や政務官に対して発せられる指令 *rescriptum* や勅書 *epistura* が登場する。⁽¹⁵⁾ 最初に信託遺贈の法的救済が認められたのも、アウグストゥス帝による決断であった。⁽¹⁶⁾ ガイウスにもハドリアヌス帝の指令が記されている (G. 2.380)。こうした勅法が明白に特定個人にのみ向けられたものである場合は別として、類似ケースに対して先例として働いたことは明らかである。⁽¹⁹⁾

重要なのは元老院議決である。特に、五六―七七年のトレベッリアヌム元老院議決は、七三(?) 年のペガシアヌム元老院議決とともに、相続財産の信託遺贈に関する手続法を徹底的に修正した。⁽²⁰⁾ 一〇三年のルブリアヌム元老院議決は奴隷解放の信託遺贈について規定し、この問題についてはさらに、一二七年のユニキアヌム元老院議決など数個の元老院議決で規定が作られた。⁽²¹⁾ 他にも、一二三年のアプロニアヌム元老院議決は都市が総財産の信託遺贈の受益者になりうることを決めている。⁽²²⁾ これら信託遺贈に関わる元老院議決の多くが、ハドリアヌス帝(在位一一七一―一三八年)に負うものであり、法学者の著作のピークもこの直後に訪れる。⁽²⁴⁾

二、 *fideicommissi verba* — 信託遺贈の用語

さて、信託遺贈の設定方式についての簡潔な説明は次のようになされる。「当初は懇願的の用語 (*verba precativa*)

を用いてなされることを必要としたが、Severusの勅法以来は意思さえ判明すれば用語の如何は問わない。文書によると口頭たると、明示たると黙示たると、証人前たるとそうでないと、遺言中でなすとそうでないとを問わない。通常は信託遺贈義務者に対する書面（codicilli小書付）を以て行われた⁽²⁸⁾。

前半部は、信託遺贈の文言形式の自由、後半部は、さらに設定形式の自由という特徴について語られるが、まずは、パピニアヌスの法文がこの前半部を裏付ける。

Pap. 19 quaest. D.31.67.9

Si omnia fideicommissi verba sint et cetera quae leguntur cum his, quae scribi debuerunt, congruant, recte datum et minus scriptum exemplo institutionis legatorumque intellegitur: quam sententiam optimus quoque imperator noster Severus secutus est.

信託遺贈の用語が省かれていても、その他の読み取られることが、書かれなければならなかったことと一致する
なら、（信託遺贈は）正当に与えられ、相続人の指名と遺贈の例にならって少なく書かれたと解されるだろう。
至高の皇帝セウエルスもこの見解に従った。

ここから読み取れることは、第一に、「信託遺贈の用語 fideicommissi verba」という概念があったこと、第二に、信託遺贈の解釈に、市民法上の相続人指名と遺贈の解釈が類推適用されるということ、そして、第三にセウエルス帝がこうした解釈を追認する勅法を出したということである。

この章ではまず、第一の点を扱おう。信託遺贈の文言形式については、用語の如何にとどまらず、言語の如何も問

われないことは、法文でも確認できる。⁽²⁶⁾しかし、ここに示唆されるような定型文言があったということは、遺贈の形式主義・文言主義に対して、信託遺贈が形式自由・意思尊重であったという図式は少し考え直さなければならぬだろう。少なくとも初期には、信託遺贈もまた、遺贈の例に倣って、特定の用語の使用を標識に法的な拘束力を認めていたということだ。アウグストゥス帝治下から法的な保護の範疇に入ったこの新しい法制度は、当初、ローマ法の伝統的な形式主義の思考方法に遵っていたということになろう。

では、「信託遺贈の用語 *fideicommissi verba*」とはどのようなものであったのか。まとまった説明として伝えられる中で最も古いのは、二世紀の法学者ガイウスによる列挙である。

G.2.249

Verba autem utilia fideicommissorum haec [recte] maxime in usu esse uidentur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.

信託遺贈の有効な用語としては、次のようなものが最も正しく、最も普通に用いられると認められる。「私は要求する PETO」「私は依頼する ROGO」「私は欲する VOLO」「私は信義にゆだねる FIDEICOMMITTO」と。これらの用語が一つづつ用いられても複数で用いられても有効とする。⁽²⁷⁾

ガイウスはここで、信託遺贈を有効にする懇願的な用語を四つ挙げる。信託遺贈は、設定者＝遺言者 (A)、受託者 (B)、受益者 (C) の三者構造をとるが、これらの用語はみな、A が C に何かを与えるように B に依頼する形をとる。ガイウスの挙げる例を引用すれば、*"ROGO TE, LVCI TITI, PETOQUE A TE, VT CVM PRIMVM POSSIS*

HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS RESTITVAS.”「ルキウス・ティティウス(B)よ、私はあなたに請託し、また要求する。あなたが私の相続財産を相続するや否や、あなたは直ちにこれをガイウス・セイユス(C)に交付せよ」といった形である。

ガイウス以前の一世紀の法学者たち、ペガスス、ヤウォレヌス、ケルスス、アリストー、プロクルスなどが信託遺贈を取り上げたケースでは、これら四つの用語以外は使用された形跡がないようだ。⁽²⁹⁾したがって、おおよそこの四つが最初の典型的な用語であったと考えるとよいだろう。

この信託遺贈の用語は、古典期後期の三世紀末から四世紀になるとさらに一〇以上に増える。ウルピアヌスは、「私はあなたが与えることを願う cupio des」「私はあなたが与えることを望む opto des」「私はあなたが与えると信じている credo et daturum」でも信託遺贈を設定できるとする。⁽³⁰⁾さらに、パウルスの断案録 *sententiae*でも文言の新たな列挙がなされる。

P. S. 4.1.6

Fidei committere his verbis possumus rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio, iniungo. Desidero quoque et impero verba utile faciunt fidei commissum. Relinquo vero et commendo nullam fidei commissi pariunt actionem.

信託遺贈は次の言葉で設定できる。「私は頼む ROGO」「私は要求する PETO」「私は欲する VOLO」「私は託する MANDO」「私は嘆願する DEPRECOR」「私は願う CUPIO」「私は命ずる INIUNGO」。「私は望む DESIDERO」「私は命ずる IMPERO」これらも信託遺贈を有効にする。しかし、「私は残す RELINQUO」「私は任せる COMMENDO」は信託遺贈に関する訴権をもたらさない。

ここでは、ガイウスの四つの基本用語を維持しつつ、新たな類似用語の追加がある。「私は頼む ROGO」「私は要求する PETO」「私は欲する VOLO」の三つはガイウスと重なっているが、さらに、「私は託する MANDO」「私は嘆願する DEPRECOR」「私は願う CUPIO」「私は命ずる INIUNGO」「私は望む DESIDERO」「私は命ずる IMPERO」の六つの文言でも信託遺贈の設定ができるという。しかしながら、「私は残す RELINQUO」「私は任せる COMMENDO」では設定できないとする。RELINQUOは、直接誰かに財産を帰属させることを意図した語であり、受託者を介して間接的に受益者に財産を移転させる信託遺贈の趣旨から逸脱する。また、COMMENDOは、法的な処分行為の意図が曖昧である。ローマ人はしばしば財産を管理したり家族の面倒を見ることを友人に依頼していたが、事務管理のみの依頼にもこの語が使用され、積極的に信託遺贈の意図に限定することができないというのである。⁽³¹⁾

法学者たちが、用語の問題に多くを費やしていることは注目に値する。信託遺贈の用語の認識は古典期を通じて持続しており、*verba fideicommissi* という表現は一九例、うち一四はパピニアス作品に見られ、一八はセウエルス朝期に属する。⁽³²⁾ また、学説彙纂の中で、信託遺贈に曖昧な用語が多用された形跡はなく、むしろ先の主要な四つの用語が一般性を持ち続けたことも確認される。⁽³³⁾ 一世紀に使用された四つの基本的な用語から三世紀末に使用された一〇くらの用語に至るまで、一定の展開があることは明らかであるが、総じて法学者たちは新しい用語を提示することに緩慢でまた警戒的であったということができよう。⁽³⁴⁾

では、信託遺贈の用語と遺贈の用語は何が違うのか。遺贈の設定には定型の用語があった。物権遺贈であれば、*do lego* 「私は与え遺贈する」、債権遺贈であれば、*dare damnas esto* 「与える責めに任せよ」、これらを使うことが必須であった。もつとも、それらが使用されない場合でも、遺贈が直ちに無効となることを意味しなかった。物権遺贈では、ガイウスの時代には、*do* のみ、*lego* のみでも可能であったし、学者たちは、*sumitio* 「獲得せよ」、*sibi habeto* 「所有せ

よ」capito「取得せよ」の語でもよいとしていた。⁽³⁵⁾ 債権遺贈では、早くも共和政末には、遺言者が dare を落として、damas esto とだけ書いた債権遺贈を、アルフェヌス・ヴァルスは有効とすべきとしている。⁽³⁶⁾ また、dato「供与せよ」でも認められた。⁽³⁷⁾ 遺贈の用語が早くから緩和される傾向にあることは確かだ。しかしながら、遺贈の場合、これらの用語の使用が守られる場合には、すべて式語「verba sollemnia」を構成して遺贈は有効になり、受遺者には相続人に対する訴権が与えられた。遺贈を設定する用語の一覧は、徐々に広げられてはいるが、限定され、「閉じて」いて、一覧の用語を使用するか否かが遺贈の有効・無効を決定する法的な構成要件となっていた。

それに対して、信託遺贈の用語はむしろ「開かれて」いる。信託遺贈の用語の場合は、標準となる用語が使用されていたからといって直ちに有効になるわけではなかった。⁽³⁸⁾ これは大きな違いである。たとえば、ウルピアヌスの例では、遺言者は logo を使用しているが、信託遺贈にはならないと判断される。信託遺贈が明確に表明されていないという理由である。⁽³⁹⁾ 同様の理由から信託遺贈を否定する例は他にもいくつかあるが、やはり文言から受託者に信託遺贈の法的義務を負わせるという設定者の意思が明確にされていないことが理由とされている。⁽⁴⁰⁾

形式主義の伝統からすると、法的拘束力は式語を含む儀礼的行為から発生する。ゆえに、古くからの市民法上の制度である遺贈の用語が限定され、「閉じて」いるのは当然である。信託遺贈は、習俗由来の制度として紀元後、新しく法的に承認されるようになったものだが、用語はやはり重要であり、遺贈と同様に、用語に多くの神経が使われた。しかし、用語に負わされた機能はまったく異なっていた。遺贈の用語は、法的な構成要件であったが、信託遺贈の用語は、そこから遺言者の意思を検証する証拠でありメルクマールであったといえる。⁽⁴¹⁾

三' plus nuncupatum, minus scriptum — 遺贈からの類推

前章冒頭に引用したパピニアヌス法文 (D.31.67.9) に再び戻ろう。そこで示されていた第二の点は、信託遺贈の文の解釈にあたっては、市民法上の相続人指定と遺贈の解釈が類推適用されるべしということであった。パピニアヌスのいう、相続人指定や遺贈の解釈方法とは何なのか。

前章では、信託遺贈の成立に必要な用語は開かれており、これに対して遺贈の用語は閉じていたという理解に達したが、「閉じて」いたからといって、遺贈が頑迷に形式主義に拘泥していたと考えるのは間違いである。遺贈は、かなり早い段階から、柔軟な運用に舵を切っていた。先述のように、共和政末にはもう、*dammus esto* のように用語が完全でない場合でも、これを有効と見なしていた。さらに、相続人指定の用語、*heres esto* についても、同様に補足することが認められていた。ウルピアナスは、*heres esto* の *esto* が無かったり、あるいは名前だけしかないケースでも有効としている。

Ulp. l. ad Sab. D. 28.5.1.5

Si autem sic scribat: "Lucius heres", licet non adiecerit "esto", credimus plus nuncupatum, minus scriptum: et si ita: "Lucius esto", tantundem dicimus: ergo et si ita: "Lucius" solummodo. Marcellus non insupulitier non putat hodie hoc procedere. Divus autem Pius, cum quidam portiones inter heredes distribuisset ita: "Ille ex parte tota, ille ex tota" nec adieciisset "heres esto", rescripsit valere institutionem: quod et Iulianus scripsit.

しかしながら、もし(遺言者が)次のように、即ち「ルキウスが相続人 *heres*」と書いた場合、たとえその者が「となれ *esto*」を付け加えていなかったとしても、*plus nuncupatum, minus scriptum* [より多く言明がなされ、より

少なく書かれた」と考えよう。また、「ルキウスがなれ *esio*」というだけの場合も同様であり、したがって、たとえ「ルキウス」だけでも同じである。マルケッルスは、厳格に、これは今日認められないという見解をとる。しかし、某が全体のある部分を、某が残りの全部を、というように相続人間で割合を配分しただけで、「相続人たれ」という文言を付け加えていなかったときでも、この相続人指定は有効であると、神皇ピウスは返答した。ユリアヌスも、同様のことを言った。

この法文からは、反対する学者がいたことも伺えるが、ウルピアヌスはアントニウス・ピウスの宣示とユリアヌスを引用して補強している。相続人指定や遺贈の解釈方法とは、ひとつはこのように所定の用語の欠落を補充する解釈方法のことを指す。確かに、これは信託遺贈にも類推適用されている。次の二二九年のゴルデアヌス帝の勅法では、信託遺贈において、欠落していた *volo* という語の追加で不完全な意味が完全になるなら、この追加を認めている。

C.6.42.10 (AD.239)

Imperator Gordianus. Verbum " volo" licet desit, tamen quia additum perfectum sensum facit, pro adiecto habendum est.

* GORD. A. FIRMO. * <A.239 PP. III ID. DEC. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.>

ゴルデアヌス帝から、フィルムスへ。「*volo*」の語を落としたとしても、それを加えて完全な意味にできるのなら、追加されたものとみなされるべきである。

ところで、こうした表示上の錯誤に対する解釈を支える原則として、ウルピアヌス法文 (D.28.5.1.5) では「plus

nuncupatum, minus scriptum”[より多く言明がなされ、より少なく書かれた]という法原則が照会される。そして、パピニアヌス法文 (D.31.67.9) で確認される、“minus scriptum”もこれから引かれた表現である。この法原則は、他のウルピアヌスのいくつかの法文や、勅法でも使われており、その適用はこのような単純な語の欠落補充に留まらない。⁴⁶⁾

Ulp. 5 ad Sab. D.28.5.9.2

Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, cum dicitasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus libro duodecimo quaestionum, digestorum undecimo posse defendi ait ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum: quae sententia rescriptis adjuvatur generalibus. Idemque est et si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere.

しかし、物については間違っていないが、配分を間違った場合、たとえば、ある者に二分の一を指定すると言っていたのに、四分の一と書いたとき、ケルススは質疑録一二巻と法学大全一一巻で、二分の一の相続人となることが保証されるだろうとする。より多く言明がなされ、より少なく書かれた [plus nuncupatum sit, minus scriptum] という理由である。この見解は、勅法によって一般に支持されている。また、遺言者自身が少なく書いたとしても、彼がより多く書き加えたいと思っていたならば、同様である。

ここでウルピアヌスが引用する見解は、二世紀初頭のプロクルス派の法学者ケルススのものである。事案は、遺贈に関するものであり、相続財産の配分比率を誤って遺言に少なく書いたケースを扱う。遺言者は遺言書に二分の一と書くところを四分の一と書いたのだが、そのために相続財産が完全に配分されず、四分の一が誰にも帰属しない財産

になった。その場合、通常は遺言者が遺言書に配分した比率に従い、この残余財産を相続人各人に再配分し、相続分に添加することになる。⁽⁴³⁾しかし、ケルススは、遺言で全財産が配分されておらず、それが遺言者の意思でないことが分かっているという場合に、従来の方法ではなく、遺言者の意思に従って、当該の相続人の配分を増加させる方法を選択した。その時に使われたのが、plus nuncupatum, minus scriptumの法原則である。

ところで、この“nuncupatum”は、握取行為遺言（銅衡遺言 testamentum per aes et libram）の手続の最後に、ローマ市民の証人の面前で述べられる、nuncupatio（証人の前での言明）を想起させる。マンテによれば、握取行為遺言は、十二表法において、握取行為と言明とともに利用して創られた方式であり、遺贈の起源もここにあると見ている。つまり、被相続人は握取行為によって全財産を受託者（遺産購買者）に譲渡し、受託者は、被相続人が述べた言明によって、個々の財産を被相続人の死亡後に一定の者に引き渡す義務を負ったのである。こうした付与は「遺贈」(legatum)と呼ばれた。遺贈することを表す legareは、「lex（言明による法定立）によって処分すること」に由来するとされる。⁽⁴⁴⁾十二表法にとって握取行為遺言は口頭の遺言であった。文書による遺言が主流になって以降も、遺言を純粹に口頭で作成することは依然として可能であり、帝政期にもいくつか知られてるが、それらは十二表法による完全に有効な遺言であった。⁽⁴⁵⁾このように、口頭の言明 nuncupatioは、伝統的に有効な遺言方法として正統な効力を認められてきたのである。

plus nuncupatum, minus scriptumを引用したケルスの事案が、この口頭での遺言であれば、この原則の意味は明快である。しかし、遺言書によるものと推測される。ローマ市民の証人の面前で、遺言書を手に行われる握取行為遺言のプロセスでは、nuncupatioは短く抽象的な儀式的文言を述べるにとどまるため、⁽⁴⁶⁾そうすると、そこでより多く言明がなされた「plus nuncupatum」実体はもはやない。そこでテレヘンはこれを次のように解釈する。遺言書の作

成は、三世紀を通して、遺言者が口頭の供述によって終意意思を書記に書き取らせるのが一般的であったと考えられることから、ケルススの事案も書記によって作成された遺言が問題になったと解する。そしてケルススは、口頭の供述に遺言者の真の意思があり、書記の手による遺言書の表示にいわば錯誤があったとして、前者の「遺言者の意思」に効果を帰属させる。そのときに、もちろん書記への口頭の供述は *nuncupatio* ではないが、*nuncupatio* の概念を終意意思と遺言の公式の口頭宣明という古い本来の意味で使ったのがこの法原則であるという解釈である。遺言を補充修正しうる唯一の人である遺言者が亡くなって以降に、あえて遺言の文言の補充や修正を行いたいというのは遺言制度を揺るがしかねない無謀な要請だが、遺言の文言よりも口頭の言明を優位におくことで、これを実現するのである。もはや消えて再現できない音声の方が優越するのは、十二表法由来の権威のおかげである。そして、その消滅した音声に、遺言者の真の意思を重ねていくことで、慎重かつ説得的に、形式主義から「遺言者の意思」への効果の転換、遺言に意思表示の瑕疵の概念を導入しているのである。

残された法文史料からは、ケルススがこの原則を扱った最初期の一人とされる。⁽⁴⁶⁾すでに二世紀には、市民法上の制度の中で、遺言の解釈を通じて、形式主義・文言主義から意思主義につながる道が、伝統の権威を盾にしながら模索・展開されていたのである。この法文の最後で、三世紀のウルピアヌスは、ケルススの見解を遺言者自身が筆記した遺言書にまで拡大解釈している。

パピニアヌスの法文 (D.31.67.9) の "*minus scriptum*" の背景には、こうした遺贈の解釈の発展がある。パピニアヌ曰く、信託遺贈の設定で語が欠落していたケースについて、テキストの他の部分から補充が類推される場合、相続人の指名と遺贈からの類推で、信託遺贈が認められるという。しかし、ここでパピニアヌスは "*minus scriptum*" だけ言っていることから、遺言書だけでなく、小書付での語の欠落にまでこれを類推適用したと思われる。もし遺言の中で信

託遺贈に言及していたケースであったならば、おそらく論拠として *nuncupatio* も持ち出したであろうが、パピニアヌスはそうしていないからである。⁽⁴⁹⁾

ヴォチは、パピニアヌスのこの法文を、死因処分における黙示の意思の項で扱う。 *plus nuncupatum, minus scriptum* の法原則は、結局、表示を変更する解釈手段として、それを書いた遺言者の意思を持ち出し、意思の方に価値をおくことを言い表すことになる。⁽⁵⁰⁾ 表示上の錯誤という概念の一つの端緒ともいえよう。しかも、この意思への配慮は、ケルススに見られるように、黙示の意思にまで及んでいいる。こうして遺言書の文言に空けられた風穴は、形式主義からの離脱・意思主義への転換をもちや後戻りできないものにし、さらに解釈の自由度と展開の幅は拡大することになる。

最後に、パピニアヌス法文が指摘した、第三の点に触れておこう。パピニアヌスはセウエルス帝がこうした解釈を追認したという。これはパピニアヌスの仕えた、セプティミウス・セウエルス帝（在位一九三―二一一年）を指すが、本法文で判断の事実が伝わるのみで、具体的なことはわからない。ヴォチは、これは個別の勅答を引き合いに出したというより、新たな立法ではなかったかと考えている。さらに、法文からは、この勅法から原則が引き出されたのではなく、原則からこの勅法が引き出されたこと⁽⁵¹⁾もわかる。ケルスス以来、法学者たちが鍛えた原則が立法化した一例といえよう。

むすび

以上からわかることは、柔軟な解釈に先行して向かっているのは、信託遺贈ではなく、市民法の方だということである。遺言の頭と基礎 (caput et fundamentum testamenti) である相続人の指定、そして遺贈といった、古くからの形式主義・文言主義・伝統主義の土壌の固い殻の内部で、柔軟な文言解釈が限界まで広げられ、慎重に意思主義への転換が図られたのである。法学者たちは、不完全な信託遺贈の処分行為に対処する場合に、類似の問題に直面したならば、遺贈で採ってきたとほぼ同じ方法に従っていた。ただ、信託遺贈においても、少なくとも一世紀末までは設定の不完全なケースを有効と認めることに反対があったことから、信託遺贈が市民法由来でない制度で常に自由な解釈の方に向いていたわけではないことは特記しておくべきだろう。しかし、法学者たちは、二世紀以降はこれを否定する解釈には戻らなかつたようだ。⁽⁵²⁾ こうした既存の枠の中での内的解釈では、むしろ市民法の方が先行し、信託遺贈はそうした解釈を類推し、さらに拡大解釈して、遺贈に追従しながら解釈を発展させていったといえる。しかしながら、信託遺贈の真の革新性は、もう一つ別のレベルの解釈を展開していったところにある。それは次稿のテーマとしたい。

(1) 学説彙纂で信託遺贈を扱う章は、D.30-36の七章だが、そのうちD.30-32はすべて同じタイトル『遺贈及び信託遺贈について De legatis et fideicommissis』で、下位の章立てもなご。法文数はD.30が二二八法文、D.31が八九法文、D.32が一〇三法文であるが、長文のものも多いのが特徴である。

(2) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』創文社(一九五四年)二九〇―二九一頁。

(3) C.6.43.2 (AD.531): I.2.20.2-3、船田享二『ローマ法』第四卷、岩波書店(一九七二年)、四三二頁。

(4) Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford (1951), p.314 (堀浩訳『古典期ローマ私法要説―相続の法―(上)』『神戸法学雑誌』第三四卷三、号一〇〇〇頁)。

- (5) ローマ法体系系書以外では、四宮和夫「信託行為と信託」『法学協会雑誌』第五九卷第一、二、三、四、七号(一九四二年)〔信託の研究〕一九六五年、所収〕が早くに比較法的見地からローマの信託遺贈について取り上げ、これを受けて、船田亨二「信託の羅馬法的構成の問題」『法律時報』第一四卷第五号(一九四二年)が書かれている。また、山田晟「家族世襲財産の起源と消滅過程」『近代土地所有権の成立過程』有信堂(一九五八年)にもローマの信託遺贈についてのまとまった言及がある。武藤智雄「ことばと意思(一)、(二・完)」『阪大法学』第二二、二三卷(一九五七年)、同「信託遺贈と意思の擡頭」『阪大法学』第三〇号(一九五九年)は意思解釈をめぐる問題として信託遺贈を取り上げる。近年では、オスワルド・カバラル・田中実「補充指定と信託遺贈をめぐるアルチャートの助言」『南山法学』第三卷第一・二号(一九九九年)が、アルチャートの貴重な未出版の写本の翻訳とともに、後代、各国での展開にも言及される。
- (6) Tab.XII.5.3. UTILE GASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUA REI, ITA IUS ESTO. (ある者が) 家産ないし自分の物の後見について遺贈したときは、その遺贈処分は法となれ。佐藤篤士『改訂 LEX XII TABULARUM』早稲田大学比較法研究所(一九九三年)七八―八五頁。
- (7) David Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon press, 1988, p.2-6. Kaser, *Das Römische Privatrecht (=RPR)* I, S.682-690, 756-757. カーザー、柴田光蔵訳『ローマ私法概説』創文社(昭和五四年)五四七―五五三頁、船田、前掲『ローマ法』第四卷、一二二―一二八〇頁、三九三頁以下、原田慶吉『ローマ法』有斐閣(一九五五年)三三七―三四一頁、三六三―三六四頁、U. マンテ、田中実・瀧澤栄治訳『ローマ法の歴史』ミネルヴァ書房(二〇〇八年)五〇―五三頁、ワトソン、瀧澤栄治・樺島正法訳『ローマ法と比較法』信山社(二〇〇六年)九二―九六頁。
- (8) Johnston, *op.cit.*, p.6.
- (9) I.2.23.1. G.2.278. プンテ、前掲『ローマ法の歴史』八三―八五頁。Kaser, *RPR*, S.757-758. カーザー、前掲『ローマ私法概説』六〇〇―六〇一頁、ワトソン、前掲『ローマ法と比較法』九六―九七頁。
- (10) Johnston, *op.cit.*, p.6-7. 船田、前掲『ローマ法』第四卷、四三―四二五頁。
- (11) Johnston, *op.cit.*, p.6-8.
- (12) G.2.253.
- (13) Johnston, *op.cit.*, p.11.n.15; Ulp.D.36.3.14pr.; Ulp.D.7.9.1.2; Ulp.D.35.3.1.5/13.

- (14) Johnston, *op. cit.*, p.11-12.
- (15) Ulp. D.32.11.2 (Antonius Pius) ; Paul. D.32.27.2; 36.1.76pr.; 40.5.38; 49.14.48pr.
- (16) Plinius, ep.10,75-6 (Trajan) ; Pap. D.31.64 (Marcus&Commodus) ; 31.67.10 (Marcus) ; 31.70pr. (Caracalla) ; Ulp. D.40.5.37 (Marcus) ; D.32.11.2/18 (Antonius Pius) ヌ 19 (Caracalla) ; Call. D.35.3.6 (Commodus) ; Pap. D.31.69pr. (無名人)。他の例に「*si ubi*」 C.6.42 de *fideicommissis* 参見⁴⁶。
- (17) Johnston, *op. cit.*, p.12-13.
- (18) 1.2.23.1;25pr.
- (19) Ulp. D.1.4.11.1-2.
- (20) G.2.253-259; C.2.23.4-9 船田 前掲『ローマ法』第四卷、四二六―四三〇頁。
- (21) Ulp. D.40.5.26.7; 28;47.2.49.
- (22) Paul. D.40.5.5; Ulp. D.40.5.28.4;30.6; Marc. D.40.5.51.8; 船田亨「『ローマ法』第一卷、岩波書店(一九六八年)三〇〇頁。
- (23) UE.22.5; Paul. D.36.1.27.
- (24) Johnston, *op. cit.*, p.13-14.
- (25) 原田 前掲『ローマ法』三六六頁。
- (26) Ulp. D.32.11pr.; *Fideicommissa quocumque sermone relinqui possunt, non solum Latina vel Graeca, sed etiam Punica vel Gallicana vel alterius cuiuscumque gentis.*「信託遺贈はいかなる言語でも遺られる。ラテン語やギリシヤ語だけでなく、ポエニ語やガリア語、他の国の言葉でもよい。」G.2.281 参照。
- (27) 船田亨二訳『ガイウス法学提要(新版)』有斐閣(昭和四二年)一七四頁、佐藤篤士訳『ガイウス法学提要』敬文堂(二〇〇四年)一〇一―一一頁参照。
- (28) G.2.250. 船田訳 前掲『ガイウス法学提要』一七四頁、佐藤訳、前掲『ガイウス法学提要』一一一頁参照。
- (29) Johnston, *op. cit.*, p.156-157, n.3 参照。 <peto> Val. D.31.12 (Pegasus) ; Cels. D.31.29pr. (Calsus 父) 後述 ; Lav. D.32.41.1; Lav. D.36.1.48 ヌ ヌ < dari volo > Ulp. D.33.2.22 (Aristo) ^ < fideicommitto > Marc. D.32.95 (Aristo) ^ < rogo > Paul. D.35.1.43 (Plautius, Proculus, Cassius) ; Paul. D.22.1.14 (Neratus) ヌ ヌ。

- (30) Ulp. D.30.115.
- (31) Ulp. D.32.11.2: Si iia quis scripserit: "Illum tibi commendo", divus Pius rescripsit fideicommissum non deberi: aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommitentis hereditas insinuare. 「ある者が『私はこれをあなたに任す』と書いた場合、神皇陛下は信託遺贈は義務づけられないと勅答した。なぜなら、それは人に任すものだったり、信託遺贈を遺す意図を相続人に示すものだったりするからである。」 Johnston, *op.cit.*, p.164.
- (32) Johnston, *op.cit.*, p.168, n.21; (Scaevola) D.32.41.10; (Pauls) D.28.29pr.; (Ulpianus) D.32.11.1; D.36.1.13.3; D.40.5.24.8; (Papinianus) D.24.1.54; D.26.2.28.1; D.31.67.9-10; D.31.77.8.9.15.17.26; D.31.78.3; D.34.1.10.1; D.35.1.101pr.; D.35.2.15.6; D.36.1.56.
- (33) Johnston, *op.cit.*, p.168.
- (34) Johnston, *op.cit.*, p.165.
- (35) G.2.193; Pompp. D.8.6.19.1; Marc. D.33.3.3; Paul. D.33.7.
- (36) AIF. D.30.106.
- (37) G.2.201
- (38) Diocl. C.5.16.14pr. (AD.290)
- (39) Ulp. D.32.11.9. 法文は後半で信託遺贈を肯定するが、ジョンストンはこれを改竄であるとする。 Johnston, *op.cit.*, p.167.
- (40) たゞね⁴⁴ Scaev. D.32.38.7; Ulp. D.32.68.1.
- (41) Johnston, *op.cit.*, p.168-169, p.173, p.181.
- (42) Diocl. C.6.23.7 (AD.290); Ulp. D.28.5.1.5; Ulp. D.28.5.9.2; Ulp. D.28.5.9.5
- (43) 船田、前掲『ローマ法』四卷、三八五—三八八頁。
- (44) マンテ、前掲『ローマ法の歴史』五〇—五一頁、四〇—四一頁。十二表法(6.1) "cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto." 「ある者が拘束行為または握取行為を行おうとするときは、舌で言明したことが有効な法となる」。
- (45) マンテ、前掲『ローマ法の歴史』五二頁。
- (46) G.2.104; Schulz, *Classical roman law*, p.242-243 (増造訳「古典期ローマ私法要説—相続の法—(上)」『神戸法学雑誌』第三四卷三号 五八四—五八六頁)、船田、前掲『ローマ法』四卷、二七二—二七六頁。

- (47) Tellegen-Couper, The origin of "quand minus scriptum, plus nuncupatum videtur" used by Diocletianin C.6:23.7, RIDA 27 (1980) p.315-316.
- (48) Tellegen-Couper, *op. cit.*, p.321-326.
- (49) Tellegen-Couper, *op. cit.*, p.328-330^o Johnston, *op. cit.*, p.181-182.
- (50) Voci; Diritto ereditario Romano II 2nd ed., Milian (1963) p.900-902.
- (51) Voci; *op. cit.*, p.901-902.
- (52) たゞんは⁴⁷ Val.D.32.12; "Stichus liber esto: et ut cum heres artificium doceat, unde se tueri possit, peto". Pegasus inutile fidelcommissum esseait, quia genus artificii adiectum non esset: sed praetor aut arbiter ex voluntate defuncti et aetate et condicione et natura ingenioque eius, cui relictum erit, satuet, quod potissimum artificium heres docere eum sumptibus suis debeat. 『ステイクスを解放せよ。そして、彼が自ら生活で
 きるため彼に技術を教えるよう私は私の相続人に要求する。』ペガススは、この信託遺贈は無効であると言った。なぜなら、仕事の
 種類が付け加えられていないからである。しかし、法務官ないし審判人は、故人の意思と遺贈を受けた者(受益者)の年齢、状態、
 性格、能力に従って、相続人が彼の費用で教えるべき最善の技術が何かを決定することになる。』この法文で、一世紀のプロクル
 ス派の学者であるペガススは、どのような技術なのか述べていないことから、処分行為の有効性を否定したが、彼は二世紀の
 サビヌス派の学者であるウァレンスから反論を受けている (Johnston, *op. cit.*, p.182-183)。