

## 随意条件における不成就確定時の繰上げ：学説彙纂 二八卷七章二八法文(パーピニアーヌス)の再検討

篠森, 大輔  
九州大学大学院法学研究院

<https://doi.org/10.15017/3878>

---

出版情報：法政研究. 70 (4), pp.193-227, 2004-03-01. 九州大学法政学会  
バージョン：  
権利関係：

# 随意条件における不成就確定時の繰上げ

——学説彙纂二八卷七章二八法文（パーピニアース）の再検討——

篠 森 大 輔

- 一 はじめに
- 二 法文の検討
- 三 小括

## 一 はじめに

1 学説彙纂二八卷七章「相続人指定の条件について (de condicionibus institutionum)」の二八法文には、晩期古典期の法学者パーピニアヌス<sup>(1)</sup>の手になる『質疑録 (questiones)<sup>(2)</sup>』第一三卷の一部が抜粋されて、今日に伝えられている。本稿はこの法文の釈義を試みるものである。この法文はこれまで難解であるとされ、特に法文末尾の一節について集中的に議論されてきた。しかしそれ以外の箇所が自明であるわけではない。むしろ、この法文は、随意条件を類型化した上で、その中のある類型の条件につき不成就確定時を本来の時点から繰上げるといふ新解釈を示した点、及び、随意条件解釈の枠組みを与えた点で、重要な法文であると思われる。

2 検討に入る前に、本稿の目的について述べておきたい。

条件たる事実が発生したとみるべきかどうかは、法律行為の解釈に関する原則によって定められることは、現在一般的に承認されている。<sup>(3)</sup> そうはいつても、条件の成否確定時の判断には微妙な考慮が要求される。例えば、当該工事が一定期日までに完成しないことを停止条件として請負契約を解除する旨の通知を発した場合、右期日までに完成がなければその期日の経過と同時に解除されたものとされる。この条件がどのような場合に成就したと解されるのであろうか。例えば、期日までの残余の期間中に、その仕事の完成は客観的に不能となったときには、消極条件の成就とみてよいとする見解がある。<sup>(4)</sup> 「客観的に不能になったとき」は、明確に判定できるかのようには思えるけれども、大幅に仕事が遅延している場合を考えれば、いつの時点で、どのような事情をもって不能と解するのか、意外と困難な問題であるように思われる。類似の問題はローマ法でもしばしば問題となった。ローマ人の判断とその方法を検討してみると、現代法にとっても意義があると考える。

学説彙纂の法文を個別的に丁寧<sup>(5)</sup>に検討することは、ローマ法研究の基礎である。現在のローマ法研究においては、テキストの改竄 (interpolatio) を前提とせず、法文それ自体を理解することが重要であるとされる。この法文でも多くの改竄が指摘されているが、これに拠らずして一定の理解に到達することは可能であると思われる。また、先行諸業績において言及されてきた法文の再検討が重要であることは、言うまでもないが、あまり顧慮されなかった法文もなお数多く残されており、それらの個別的検討は古典期ローマ法の全体像を把握のための重要な作業である。本稿がその一助になれば幸いである。<sup>(7)</sup>

## 二 法文の検討

1 学説彙纂二八巻七章二八法文<sup>(8)</sup>（パーピニアヌス）の試訳を示す（「」は筆者による補足。以下同じ）。

パーピニアヌス『質疑録』第一三巻

家息が条件付きで相続人となるべく〔指定され〕、彼〔＝家息〕から出た孫たちが補充指定された。〔この場合、〕家息は相続人に如何なる条件で指定されていてもよいのではなく、条件が家息の力によって〔成就させることができる〕場合にのみ、遺言は有効なので、われわれは、如何なる条件が付加されたのかによる違いがあるのかどうかを考えてみよう。すなわち、家息が危篤状態に陥れば (moriente filio) 成就され得ないような条件——例えば、「家息は、アレクサンドリアに行けば、相続人たるべし」〔と指定されていたが、その後この〕家息はローマで死亡した——が付加されたのか、それとも、逆に、臨終の時であつてさえも (etiam extremo vitae momento) 成就され得るような条件——例えば、「ティティウスに一〇金が与えられるならば、家息は相続人たるべし」〔と指定されていた場合に

は、) この条件は家息ために他の者を通じて成就されうる——が付加されたのか、「を考えるべきである」。何故なら、前者の類の条件〔家息が危篤状態に至っては成就させられない条件〕は、家息の存命中であっても (*vivo filio*)、孫たちに相続財産〔の引渡し〕を許容するからである。その家息は、補充指定相続人を持たなかったならば、危篤時に (*dum moritur*) 家父の法定相続人となるような者である。その基礎付けは、セルウィウスの著作においても言及されている。すなわち、「セルウィウスは」次のように「事案を」述べる。ある者が、カピトリウムの丘に登ったら「という条件の下で」相続人に指定され、更に、丘に登らなかつたら「という条件の下で、」彼に遺贈が与えられたのだが、「彼は」丘に登る前に死亡してしまつた、と。このことについてセルウィウスは、「相続人指定に付された」条件は死亡によつて (*morte*) 不成就となり、したがつて (*ideoque*)、彼が危篤状態である時に (*moriante eo*)、遺贈の権利発生日が到来する、と解答している。しかし、もう一方の条件の種類〔臨終の時でも実現しうる条件〕は、孫たちには、家息の存命中は、相続財産〔の引渡し〕を許容しない。その孫たちは、補充指定されていなければ、無遺言である祖父〔家息の家父〕遺言者の相続人となるような者である。何故なら、家息の死後に家父の遺言は無効となり、その家息が妨げになつたとはみられないであろうからである。この家息が相続廃除された上に、孫たちが、家息が死亡することを条件として相続人に指定された場合と同様である。

## 2 この法文で書かれているのは次のような事件であろう。

家父 (*paterfamilias*) が、遺言を作成して、自分の権力に服する息子 (*filiusfamilias*) (家息と呼ぶ) を、家息自身の力で実現しうる条件 (*condicio in filii potestate*) (随意条件と呼ぶ) を付して相続人に指定した。この条件は、「ティティウスに一〇金を与えれば」の類であると思われる。さらに、家父は、家息の子どもたち、つまり孫たち (*nepotes*) (単に孫と呼ぶ) を補充相続人に指定 (*substitutio*) した。この他に、この遺言では、遺贈や信託遺贈、奴隷解

放などの処分がなされたであろう。その後、家父が死亡して相続が開始した。しかし、この家息は直ちに条件を成就させようとはしなかった。この遺言によれば、条件の成否が確定するまで相続人は確定しない。それ故、いつ、だれが、相続人となって確定的に相続財産を取得するのか、利害関係人——補充相続人である孫、家父の法定相続人（家息の兄弟姉妹）及びその相続人、受遺者、候補自由人（statuliber）——にこのことは、予断を許さない状況が続いていた。ところが家息は、条件を成就させないうちに、危篤に陥った。そこで孫は、補充相続人として、家息がまだ死亡していないにもかかわらず、相続財産を占有する者（例えば、家父の（家息以外の）法定相続人）に対して、相続財産の引渡を求めたのである。<sup>10</sup> 本来的には、家息が存命である限り孫は補充相続人となりえず、右の請求は認められない。しかし、随意条件の不成就が家息の死亡前に確定したとする先例あるいは学説が、既に存在していた。孫は、これを根拠に、相続財産の引渡を求めたのである。

これに対して、パーピニアヌスは次のように解答した。すなわち、確かに、先例または学説の中には、家息の相続人指定に付された随意条件の不成就が家息の死亡前に確定すると解したものもある。しかし、これは、次の二重の意味で限定的な事案に対する例外的判断である。第一の限定は随意条件の類型に関する。家息の相続人指定に付した随意条件は、家息が臨終の時でもなお他人を用いて成就させようとする条件（例えば「ティティウスに一〇金を与えれば」と、他人を用いた成就を許容しない条件（例えば「アレクサンドリアに行けば」）に分類される。家息の存命中に孫の相続財産引渡請求が認められるのは、後者の場合だけである。第二の限定は遺言の効力に関する。例えば、家父が家息と同順位の共同相続人を指定していた場合には、家息が相続人にならなくても、共同相続人の存在によって遺言は有効である。それ故、家息の存命中に孫の補充相続人としての地位を認めて遺言の効力を確保する必要がないのである。逆に、右の二重の限定で絞り込まれた事案においては、孫への相続財産引渡は認められてよい。その基礎付けとして、セルウィウスの判断が挙げられる。本件においては、家息の存命中には、孫の相続財産引渡は認められない。この場合、

説 孫は、家息の死亡時まで引渡を待たなくてはならないけれども、孫が相続財産を取得するのを家息が妨げているとは評  
論 価されないからである、と。

右に述べたことは、必ずしも法文に明記されていないことが多く含まれている。これを以下順に説明していく。

### 3 議論の前提として、関連する諸制度を簡単に触れておく。

古典期ローマ遺言法においては、相続人の指定 (*heredis institutio*) は遺言の不可欠の構成部分であると考えられていた。したがって、有効な相続人指定なき遺言は、当該遺言全体が無効となる。その結果、この遺言中でなされた遺贈・奴隷解放・後見人の指定などのあらゆる処分もまた無効となった。<sup>(11)</sup> 遺言者は、家息に限らず、一定の資格の者であれば誰でも相続人に指定することができた。しかし、家父がその権力に服する息子(家息)を相続人に指定する場合には、<sup>(13)</sup> 本稿の観点からは次のふたつの制限がある。第一の制限はいわゆる形式的必然相続 (*formelles Noterbrecht*) の原則に関する。この原則によれば、遺言者は、自権相続人 (*suis heres*)<sup>(14)</sup> がいる場合には、彼を相続人に指定しまたは明示的に相続廃除することによって、彼の処遇を遺言中で考慮しなければならず、自権相続人を看過した遺言は全体が無効となる。<sup>(15)</sup> 第二の制限は相続人指定に付加しうる条件に関する。一般に遺言者は相続人指定に停止条件を付加することができる。<sup>(16)</sup> 相続人指定への停止条件の付加は非常に頻繁になされ、その例も多種多様なものが今日に伝わる。<sup>(17)</sup> しかし、家父が家息を相続人に指定する場合には、形式的必然相続の原則から、無条件でなされるのを本則とする。例外的に、随意条件を付加することが許された (*Ulp. D. 28, 5, 4 pr.; C. 6, 25, 4 pr.*)<sup>(18)</sup>。随意条件以外の条件が付加された相続人指定は無効であつて、遺言も無効となる。<sup>(20)</sup> また、家父が家息を相続廃除する場合も、無条件でなされるのが原則である (*Ulp. D. 28, 2, 3, 1*)<sup>(21)</sup>。補充相続人の指定は、停止条件付き相続人指定の一種として広く行われた。<sup>(22)</sup> これは、先順位で相続人に指定された者が相続人にならなかった場合(彼が被相続人よりも先に死亡する場合が典型的)に備えたものであ

る。

4 パーピニアヌスは、まず、随意条件をふたつの類型に區別する。その標準は、第三者を用いて条件を成就させることができるかどうかである。この標準は、早期古典期の法学者ヤウオーレーヌスによつて既に言及されている。

学説彙纂四〇卷七章三九法文五項 ヤウオーレーヌス『ラベオー遺作集』第四卷

奴隸が「解放の条件として」他人に役務 (Opera) を与えることを命じられた場合、何人も、奴隸のために自己の役務を与えることで、奴隸を解放することはできない。金銭においては、別のことが顧慮される。他人が奴隸に代わつて金銭を与えることで奴隸を解放するからである。

この法文は、奴隸が役務提供あるいは金銭支払いを条件として解放された場合に、これらの義務の履行の際に第三者を用いることの可否を述べたものである。そして、この言明は義務の履行一般について妥当するものであり、パーピニアヌスの時代には一般的なものになっていたと思われる。右の標準にしたがった随意条件の第一類型は、危篤の家息によつてはもはや成就させられない条件である。「アレクサンドリアに行けば」という例は、随意条件の典型例だったようである。しかし決して教室設例ではなく、類似の条件が現実にご利用されていた。例えば、二二四年のアレクサンダー・セウエールス帝の勅法 (C. 6, 25, 4, 1)<sup>(23)</sup> は、海を隔てた地に居住する者が「属州マウリターニア〔＝現在のモロッコとアルジェリアの一部〕にある故郷に帰つてくれば」という条件付きの相続人指定に関する。第二の類型は、家息が臨終の時でも他人を用いて成就させることができる条件（例えば、「ティティウスに一〇金を与えるならば」）である。この區別からすると、随意条件とは、家息が必ずしも自分自身で遂行しなければならないものではないようである。な

お、この区別は条件不成就が確定する時期の差異に直接反映する。そこで本稿では、前者の条件を、不成就が家息の死亡時より前に確定するので、「繰上げ型」と呼ぶ。後者の条件を、不成就が家息の死亡時に確定するので、「死亡時型」と呼ぶ。

次いで、分析の枠組みとして、ふたつの対立軸——①ふたつの条件類型及び②孫が補充相続人に指定されているか否か——が示される。これらを組み合わせると次の四つの事案が現れる。

- 事案Ⅰ……繰上げ型条件——孫が補充相続人に指定されている
- 事案Ⅱ……繰上げ型条件——孫が補充相続人に指定されていない
- 事案Ⅲ……死亡時型条件——孫が補充相続人に指定されている
- 事案Ⅳ……死亡時型条件——孫が補充相続人に指定されていない

法文ではこの四事案が有機的な連関をもって説明される。まず、各事案の帰結を簡単に確認する。

事案Ⅰは、条件不成就確定時が家息の死亡前であつて、孫が補充相続人に指定されている場合である。この場合、危篤の家息は、存命ではあるけれども、事実上繰上げ型の条件を成就させられない状態にある。それ故、この条件の不成就は、家息の死亡時ではなく、その存命中に確定したものと解される。その結果、家息が指定相続人にならないことが確定すると同時に、孫が補充相続人となり、孫の相続財産引渡請求が許容される。なお、この事案は、家息に他の共同相続人が存在しない事案であることに注意が必要である（8）。

事案Ⅱは、条件不成就確定時が家息の死亡前であるが、孫が補充相続人に指定されていない場合である。この場合、家息は、条件不成就が確定しているので指定相続人にはならない。しかし、補充相続人が指定されていないので、この

遺言は指定相続人なき遺言として無効となる。したがって、法定相続（無遺言相続）が開始して、家息自身が「危篤時に（*dum moritur*）家父の法定相続人となる（*existit*）」<sup>(24)</sup>。 *dum moritur* は「危篤時に」と解する。家息が存命であるのが事案の前提だからである。事案IIは、*filio* にかかる *qui* 以下の関係詞節内で叙述されているのが特徴的である。これは、事案IIが事案Iとは無関係の事案ではなく、事案Iの *filio* の要件を示していると思われる。詳細は8で述べる。

事案IIIは、条件不成就確定時が家息の死亡時であって、孫が補充相続人に指定されている場合である。この場合、家息が死亡するまで条件成就は未定であり続け、家息は指定相続人になることはできない。それ故、孫が家息の存命中に補充相続人となることはなく、仮に相続財産の引渡を求めても許容されない。家息の死亡時にはじめて、孫が家父（祖父）の補充指定相続人となる。

事案IVは、条件不成就確定時が家息の死亡時であって、孫が補充相続人に指定されていない場合である。この場合も、家息が死亡するまで条件の成否は未定であるから、家息は指定相続人になることはできない。しかし、補充相続人が指定されていないので、家息の死亡によって遺言相続人が不在のため遺言は無効となり、家父の法定相続が開始する。

この時家息は既に死亡しているので、自ら家父の法定相続人にはなりえない。その結果、孫が家息に代わって「家父（祖父）の法定相続人となる（*existere*）」。事案IVは、事案IIIの *nepotes* にかかる *qui* 以下の関係詞節で書かれている点で、事案IIと類似する。事案IVに後続するのが、「何故なら、家息の死亡によって家父の遺言は無効となり、家息は妨げになったとはみられないからである」という理由文である。「妨げになる（*obstare*）」とは、先順位相続人が相続人になることによって後順位相続人が相続から排斥されることである。<sup>(25)</sup> この一文は、事案IVの理由付けにみえる。しかし、むしろ事案III及びIV両者の理由付けであると思われる。この点は法文の趣旨に関わるので10で詳述する。古くから議論されてきた法文末尾 *quemadmodum* 以下の意味も、これとの関わりで論じられる（11）。

5 法文全体が概観されたので、まず、セルウィウスの事案と判断の検討から始めよう。

早期古典期の代表的法学者セルウィウス (Servius Sulpicius Rufus)<sup>(26)</sup> においては、遺言者が作成した遺言は、Aを、「カピトリウムの丘に登ったら」という条件付きで相続人に指定し (同時にBも相続人に指定された)<sup>(27)</sup>、次いで、「カピトリウムの丘に登らなかつたら」という条件付きで、Aにある物を遺贈するというものであった。遺言者の死亡後、Aは丘に登る前に死亡した。それ故Aは指定相続人にはならない。しかし、彼は丘に登らなかつたので、遺贈に付された条件は成就したことになる。そこでAの相続人が、指定相続人Bに対して遺贈義務の履行を請求した。その際、Aの相続人は、Aが受遺者の地位を取得したこと及び、自分がこれを承継したと主張する必要がある。しかし、ローマ法において、停止条件付き遺贈の受遺者が遺贈の目的物を取得する期待権 (相続可能) を取得するのは、その条件が成就した時 (権利発生日 *dies cedens*)<sup>(28)</sup> であつて、受遺者が権利発生日前に死亡すれば遺贈は失効する。<sup>(29)</sup> したがつて、Aの相続人の遺贈履行請求が認容されるためには、Aが、「丘に登らなかつたら」という遺贈の条件の成就時に存命でなければならぬ。かくて遺贈に付された条件が成就する時期の認定が問題となつた。

これに対してセルウィウスは、「[相続人指定に付された] 条件は死亡時に (*morte*) 不成就となり、したがつて、彼が危篤状態である時に (*moriente eo*)、遺贈の権利発生日が到来する」と解答した。すなわち、遺贈の条件が、Aの死亡時ではなく、Aの危篤時 (*moriente*)<sup>(30)</sup> に成就したとされたので、Aは受遺者として死亡したことになつた。その結果、その地位を承継したAの相続人は、Bに対して遺贈の履行を請求しうることになる。

セルウィウスの判断において、前半部分と後半部分を「したがつて (*ideoque*)」で結ぶのは論理的に奇妙であると思われる。これは、私見によれば、セルウィウスが、「丘に登れば」という条件の成否と、その消極条件である「丘に登らなかつたら」の成否は、共に死亡時に確定すると考えていたことに起因する。これを前提とすれば、Aの相続人が遺贈を取得できないことになる。この点、この遺言の趣旨は、遺言者がAに相続財産 (の特定の一部) を分け与える

ことを欲しているところ、Aがこれを相続人として取得するのか、または相続人にはならず遺贈によって取得するのは、Aの意思に委ねる、というものであったと考えられる。ところが、Aは既に死亡しているので、Aの相続人による遺贈の取得が遺言者の意思の射程内に含まれるのかが問題となる。Aが遺贈目的物を取得したとすれば、その物がAの死後Aの相続人の系列に承継されていくことは、容易に想像がつく。それ故、セルウィウスは、遺贈目的物を、指定相続人B及びその相続人の系列に流さないことが重要であると考えたのだろう。<sup>31</sup>その解決方法は、遺贈の条件の成就確定時を死亡時から繰上げることであった。これによって結論の妥当性は確保される。しかしその結論をどのように理由付けるのが問題となる。セルウィウスは、この問題に目をつむったようである。この意味で、セルウィウスにおいては、条件成就確定時を繰上げる操作は擬制であった。彼に、パーピニアヌスのように随意条件を場合分けする発想はないというべきであろう。

6 パーピニアヌスは、セルウィウスの判断を、事案I(及びII)の解釈論の基礎付けとして引用する。しかし、パーピニアヌスが、セルウィウス以来一五〇年間の空白を越えて、まったく独自に新たな学説を提出したわけではない。次の二点が注目される。

第一に、遺贈に付された条件の成就確定時の繰上げを擬制して、遺贈権利発生日を到来させるセルウィウスの解釈論は、盛期古典期においてユーリアヌス<sup>32</sup>及びスカエウオラ<sup>33</sup>によって表明され、確定的なものとなる。ここでは次のユーリアヌス法文を紹介する。

学説彙纂三〇卷一〇四法文六項 同人(ユーリアヌス)『ウルセイウス・フェロークス註解』第一卷

ある者が、「他の者Aを」彼の母親が死亡した時に「という条件で」相続人に指定した。その後、「遺言者は、」次

順位の相続人〔B〕を書き、そして、第二相続人〔B〕から条件付きで相続人に指定された者〔A〕に〔与えられる〕遺贈をなした。そして、彼〔A〕が、遺贈の権利発生日が到来した後、母親の存命中に死亡した。彼〔A〕の相続人に対する遺贈が〔第二相続人Bに〕義務付けられるのかどうか問われた。条件付指定相続人〔A〕の相続人に対する遺贈が義務付けられるというのがより正当である。この遺贈は補充的な相続人〔B〕から、あるいは無条件で、あるいは「〔Aが〕相続人にならなかつたら〔*si heres non fuerit*〕」という条件の下で——この条件は、彼〔A〕の危篤時に (*moriente eo*) 成就されたから——第一の相続人〔A〕に対して与えられたのである。

遺言者が、AをAの母親が死亡した時にという条件で相続人に指定し、Bを無条件でAの共同相続人に指定した。さらに遺言者はBに対してAへの遺贈義務を負わせた。遺言者が死亡し、続いてAが母親より前に死亡した。その後母親が死亡して、現在Bが単独で相続人の地位にある。そこで、Aの相続人がBに対して遺贈義務の履行を求めて訴を提起した。ユーリアーヌスは、次のことを理由に、Aの相続人に対するBの遺贈履行義務を認めた。すなわち、この遺言の趣旨は、①Aに相続人の地位と共に遺贈（無条件の遺贈）も与える趣旨か、または、②Aに相続人の地位若しくは遺贈〔Aが相続人にならなかつたら〕という条件付きでの遺贈）を与える趣旨のどちらかだったと推測される。①の場合、遺言者の死亡と共に遺贈の権利発生日が到来したので、Aの相続人は当然受遺者の地位を取得したといえる。②の場合、Aが相続人になるかどうかは母親の死亡時にしか決定しないので、遺贈の権利発生日は本来は母親の死亡時にしか到来しない。それ故、Aは受遺者にならないで死亡したはずである。しかし、「Aが相続人にならなかつたら」という条件は、Aの危篤時に不成就で確定したものとみなされるので、Aの存命中に権利発生日が到来したことになり、Aの相続人が受遺者の地位を承継をしたということができると。

ユーリアーヌスが扱ったのは、「相続人にならなかつたら」という条件であって、いわゆる随意条件ではない。しか

し、この条件は、本来であれば受遺者死亡時にしか成否が確定しないという点では、セルウィウスにおける「丘に登らなかつたら」という条件と比較可能である。ユーリアーヌスは、セルウィウスと同様に、受遺者死亡前の条件成就を擬制して、遺贈の権利発生日を到来させることによって、受遺者の相続人を保護したのであった。

第二の注目すべき点は、相続人指定の条件解釈において随意条件の不成就確定時を死亡時から繰上げる解釈論が現れることである。管見の限りでは次のマルケッルス<sup>34</sup>法文がはじめてである。

学説彙纂二八巻五章五法文 マルケッルスがユーリアーヌス『法学大全』第二九巻に註釈する<sup>35</sup>

家息が条件付きで相続人に指定されたところ、その条件が、家息の人生の最後の時に成就しえないのが確実であるもので、「家息が」条件が成否未定である間に死亡した場合、例えば、「アレクサンドリアに到着したら、相続人たるべし」「という条件の場合には、家息は」家父が無遺言であるので「法定」相続人となるべきである。しかし、「その条件が」人生の最後の時であつてすら成就されうる場合、例えば、「ティティウスに一〇金を与えたら、相続人たるべし」「という条件の場合には」、私は、反対に考える。

この法文の事案及びその帰結は、前半部分が事案IIと、後半部分が事案IVと一致する。すなわち、前半については、「家息は」家父が無遺言であるので「法定」相続人となる」とのとされる。繰上げ型の条件の不成就は、家息の死亡前に確定するからである。後段について、マルケッルスは、「(前段とは) 反対に考える (contra puto)」。 「反対」とは、家父の法定相続人にはならないという趣旨であろう。

ふたつの指摘をする。まず、極めて興味深いのは、マルケッルスが、パーピニアヌスよりも早く、同じ標準で随意条件を類型化し、かつ、各類型につき同じ例を示していることである。このことから、パーピニアヌスがマルケッ

スの枠組みを受継いだことが認められる。<sup>36</sup>次に、マルケッルス法文それ自体の理解として、何故に条件の分類が必要だったかが問題である。これは、随意条件の類型によつて事案IIと事案IVを区別する意義に直結する。

項をあらためて、まず、セルウィウス事案とパーピニアヌスの判断の関係から論じよう。

7 セルウィウスの判断は遺贈に付された条件の解釈に関する。しかし、この解釈を、パーピニアヌスは、事案I（及びII）における相続人指定に付された条件の解釈の領域に応用した。このことは、ローマ遺言法における相続人指定制度の重要性・特殊性に鑑みれば、必ずしも当然のことではないと思われる。<sup>37</sup>それにもかかわらず、何故にパーピニアヌスはセルウィウスを引用したのだろうか。私見によれば、一方で、両者の事案が実質的にみて類似する利益状況にあるからであり、他方で、両者で付加された条件が類似しているからである。

両者の利益状況を比較する前に、まず事案Iと事案IIIを比較しよう。孫が補充相続人として相続財産の引渡を受けうる点は同じである。事案Iの方が相続財産の引渡を受けうる時期が早いが大差はなからう。むしろ、大きな違いは、孫が家息の死亡前に死亡した場合に、孫の相続人の代で現れる。すなわち、事案Iにおいて、家息が危篤に陥ったことで孫が補充相続人になった後、家息が死亡する前に孫が死亡した場合、孫は、補充相続人として相続財産の引渡を受けうる地位を取得してから死亡したことになる。家父の遺言は有効であり続ける。したがって、孫の相続人は、孫に代わって、家父の相続財産全部の引渡を請求できることになる。

これに対して、事案IIIでは、家息の死亡前には条件の成否が未定であるため、家息は指定相続人になるかどうか確定せず、それ故、孫も補充相続人になることができない。したがって、家息に先立って孫が死亡すると、孫は補充相続人にはなりえない。その結果、家息の死亡と同時に、家父の遺言の指定相続人が不存在となるので遺言が無効となり、家父の法定相続が開始する。この場合、家息に兄弟姉妹がある可能性があるため、孫の相続人は家息の法定相続分につ

き株分相続 (successio in stripes) する。

事案Ⅰと事案Ⅲの比較では、孫が家息よりも先に死亡する場合に、孫がわずかな間でも補充相続人の地位を得たかどうかによつて、孫の相続人の地位に大きな差異が生じる。このことは、セルウィウスにおいて、遺贈の条件成就時を繰上げることによつて、受遺者にわずかな間でも受遺者としての地位を認め、もつて受遺者の相続人を保護したことと類似する。これが、セルウィウスが引用されたひとつの理由である。

パーピニアヌスがセルウィウスを引合いに出したもうひとつの理由は、両者の条件が類似しているからである。右に示した利益状況の面だけを見ると、ユーリアーヌスやスカエウオラの事案もパーピニアヌスの事案と比較しうる。しかし、前者の条件はいわゆる随意条件ではなかった(「相続人にならないのなら」)。それ故、彼らの事案と判断を随意条件に関する事案Ⅰの基礎付けに用いれば、パーピニアヌスが、擬制を用いることなく、随意条件をその性質に応じて分類して、条件不成就確定時の繰上げを理論的に説明した意味が失われてしまうことになる。これに対して、セルウィウスの条件(「カピトリウムの丘に登らなかったら」)は、セルウィウス自身の意図とは異なるけれども、繰上げ型の条件にうまく分類されうるものである。そこで、パーピニアヌスは、セルウィウスの擬制に理論的な衣をまといせて、これを事案Ⅰの基礎付けとして「転用」したのであった。

8 事案Ⅰへの理解を更に深める。既に指摘したように、事案Ⅱは、事案Ⅰにおける「家息 (filio)」にかかる関係詞節 (sub. 以下) で叙述される。ここでは事案Ⅰの「家息」の要件が書かれていると思われる。すなわち、繰上げ型の条件は、「家息の存命中であつても、孫たちに相続財産(の引渡し請求)を許容する」(事案Ⅰ)。しかも、「その家息は (sub.)、補充指定相続人を持たなかったならば、危篤時に家父の法定相続人となる」ような者である(事案Ⅱ)。事案Ⅱでは、家息に補充相続人がいないので、(家息の存命中に)遺言無効の故の法定相続が開始する。逆に、例えば、家息

の他に共同相続人が指定されている場合には、家息が死亡しても遺言は無効にならず、法定相続は開始しない。つまり、パーピニアースは、共同相続人と共に相続人に指定された家息は、事案Ⅰにおける「家息」の範疇には入らない、と言っていると思われる。これには一定の合理性があると思われる。7で考察したように、条件不成就確定時繰上げ解釈の利益は、事案Ⅰにおいては、孫の相続人の代においてもなお遺言が有効であり続ける点にある。その結果、事案Ⅰでは、事案Ⅲのように法定相続による家息の兄弟姉妹との分割が生じず、孫だけが相続財産を取得する。しかし、家父が家息の他に共同相続人を指定していた場合には、仮に家父が家父よりも先に死亡したとしても、他に共同相続人が存在する限り遺言の効力が維持され、孫が補充指定相続人となる余地はない。したがって、繰上げ型条件であっても、条件不成就確定時を死亡時から繰上げる必要がないのである。要するに、パーピニアースにおいては、条件不成就確定時が死亡時より繰上げられるのは、条件の類型と遺言の効力との関係で、極めて限定的な事案であるということができる。

9 事案Ⅱと事案Ⅳの関係についても分析しておこう。両者を随意条件の分類にしたがって区別する実益はどこにあるのだろうか。

まず、事案Ⅱにおいては、家息は存命中に指定相続人にならないことが確定し、無遺言相続が開始する。このとき、危篤の家息が家父の法定相続人となる。家息の死亡後には家息の相続が別途開始する。それ故、孫が家息の相続人になるかどうかは、家息の遺言の効力及び内容如何の問題である。つまり、孫は、家息の（指定・法定）相続人になった場合にのみ、間接的に祖父の相続財産を取得しうることになる。

事案Ⅳにおいては、家息が死亡するまで条件は成否未定であるので、家息の死亡時にはじめて家父の遺言の無効が確定する。家父の法定相続において、家息は既に死亡しているから、孫は、家息に代わって家父（＝祖父）の法定相続人となる。孫は家父の相続財産に、常に直接的に関与することとなる。なお、このこととは別に、孫は、家息の遺言の効

力及び内容如何によつて家息の相続人にもなりうる。要するに、補充相続人が指定されてない事案Ⅱ及びⅣにおいては、孫が、祖父の相続財産を、常にかつ直接に取得しうるのかどうかの点で、差異が生ずる。この差異が最も顕著に現れるのは、家息が孫を廃除する旨の遺言を作成していた場合である。事案Ⅱでは、孫は、家父の相続財産も家息の相続財産も取得しえないこととなるが、事案Ⅳでは、孫は家父の相続財産（の一部）だけは必ず取得できる。結局、補充相続人が指定されている場合とは反対に、孫にとっては、条件不成就確定時が家息の死亡時とされた場合の方が、有利であることになる。以上のことは上掲マルケツルス法文にもいえることである。<sup>38)</sup>

10 事案ⅢとⅣを関係付けてみよう。事案Ⅳは、事案Ⅲにおける *nepotes* にかかる関係詞節 (*qui* 以下) の中で述べられる。私見によれば、事案Ⅳは、事案Ⅲの理由付けの前提となる事案である。まず、事案Ⅳにおいて、「孫は (*qui*)、補充指定されていなければ」、家息の死亡時にはじめて「家父（＝遺言者）の無遺言相続人となる」。それ故、孫は家息の死亡時まで待たなければ相続財産の引渡を許容されない。この結論は条件の性質上やむをえない。しかし、孫にしてみれば、自分が相続人になることを家息が妨げている、と感じられるであろう。それにもかかわらず、パーピニアヌスは、「家息が妨げになったとはみられない」と評価した。この事案Ⅳに対する評価が、事案Ⅲにも及ぼされる。補充相続人である事案Ⅲの孫は、事案Ⅳにおいて、実際には家息によつて相続人になることを妨げられているけれども、そのようには評価されない者である。パーピニアヌスは、このような孫には「家息の存命中は、相続財産（の引渡し）を許容しない」。理由は事案Ⅳと同様である。すなわち、事案Ⅲの孫からみれば、存命中の家息が孫の妨げとなっている。しかし、このような家息は、孫の「妨げになったとはみられない」と評価されるのである。

11 最後に、パーピニアヌスは、事案Ⅲ及びⅣの理由付けである *enim* 以下の一文を、法文末尾「と同様に

(quemadmodum)」以下と比較する。すなわち、「この家息が相続廃除された上、孫たちが、家息が死亡することを条件として相続人に指定されていた場合と同様に」家息が妨げになったとはみられない、と。どのような理解が適當であろうか。論理的前提として、遺言は少なくとも遺言者死亡時には有効でなければならぬ。遺言者死亡時に遺言無効であれば、家息が直ちに家父の法定相続人になってしまふからである。そこで次の事案が想定されよう。すなわち、遺言冒頭で家息が名前を挙げて相続廃除され、次に、孫が、家息が死亡することを条件として、相続人に指定された、と。この遺言は有効である。何故なら、遺言の必須要件たる相続人指定に先立って、家息が遺言の冒頭において名前を挙げて相続廃除されることは、トラヤーヌス帝(在位・後九八年—一七七年)の勅答以来許容されており、<sup>(39)</sup>また、不確定の始期を付した相続人指定は有効とされているからである。<sup>(40)</sup>家父が右の遺言を書いて死亡すると、遺言は有効であるから、孫は家息の存命中は相続人になることができず、家息の死亡後にはじめて家父(＝祖父)の相続人となる。しかし、パーピニアヌスは、この事案でも、孫が相続人になることを、家息が妨げているとは評価されないというのである。おそらく、有効な遺言がそのように定めているからであろう。

右の理解で十分であると思われるが、これまでは錯綜した議論がみられた。<sup>(41)</sup>例えば、フランス人文主義法学のクジャスは、<sup>(42)</sup>この箇所を次のような変更を提案する。「この家息が廃除され、家息の死亡時に孫が存在していたところ、その後指定相続人らが相続拒絶した場合と同様である (quemadmodum si exheredato eodem filio, nepotes cum filius moretur fuissent, et heredes instituti postea repudiassent)」。<sup>(43)</sup>クジャスの想定事案は次の通りである。遺言者が、家息を相続廃除して、孫を看過して(このことは遺言の効力には影響ない)、家外の者を相続人に指定した遺言を作成し、その後死亡した。家外の者の熟慮期間中に、家息が死亡し、その後家外者は相続を拒絶した。家外者の相続放棄によって、遺言が指定相続人の不在の故に無効となり、法定相続が開始する。この時既に家息は死亡しているので、孫が家父(＝祖父)の法定相続人となる。この場合、家息の死亡が引き金となつてはじめて遺言無効が招来したのであるから、

孫は、少なくとも家息が死亡するまで、相続人になるのを待たねばならなかった。しかし、このことは遺言が定めたことであるから、家息が孫の妨げになったとはみられないといえる。この理解は明瞭ではある。しかし、なぜクジャスがこのような複雑な例を持ち出す必要を見たのか、今後の検討課題である。

12 パーピニアヌスの条件解釈の方法について若干の附言をしておく。彼は、「アレクサンドリアに行けば」や「ティティウスに一〇金を与えれば」という例を挙げ、これらが随意条件であることを前提に議論を進める。しかし、ローマ法史料では具体的な条件の随意性それ自体を問う例がみられる。

勅法彙纂六卷二五章四法文一項(二二四年) 皇帝アレクサンダー「セウエールス」がアエミリウスへ

あなたが申立てるところによれば、あなたは海を隔てた遠隔地に居住しているところ、「属州マウリターニアにある故郷に帰ってくれば」という条件で、相続人に指定されたのだが、その地に帰って来なかった場合につき相続廃除されていなかったということである。任意的事情ではなく偶然的な多くの事情によって、あなたが条件を成就させることができなかつたのは明白である。したがって、あなたは相続財産を取得すること(adires)を妨げられない。

海を隔てた遠隔地に居住する家息が、家父によって「属州マウリターニアにある故郷に帰ってくれば」という条件で相続人に指定された事案である。この条件は、偶然的な事情による不成就の可能性があり、しかも現実に偶然的な事情によって不成就となったのであるから、混成条件(condicio mixta)ではないかという疑いがある。それにもかかわらず、この条件が随意条件として取り扱われ、しかも、条件不成就にもかかわらず、成就を擬制して、遺言による相続を認められているようにみえる点が注目される。

学説彙纂三五卷一章八三法文 パウルス『解答録』第一二卷

ルキウス・ティティウスが次のような遺言を作成した。すなわち、「かの女性から生まれたアウレリウス・クラウディウスが、審判人に対して自分が私の子であると証明した場合には、私の相続人たるべし」と。パウルスは次のように解答した。すなわち、問題とされた息子は、自分自身で実現しうる条件の下では相続人に指定されなかったものとみられ、したがって、遺言は無効である、と。

この条件は、アウレリウス・クラウディウス自身が真に遺言者の子でさえあれば、一見容易に実現させうるようにもみえる。しかし、パウルスは、この条件の随意性を否定した。

右の二例からすると、ある条件の随意性認定は、家息自身が実際に条件を成就させうるかどうかとは異なる標準で行われているようにみえる。しかし、ウルピアーヌス<sup>(44)</sup>は、次のように述べる。

学説彙纂二八卷五章四法文一項 同人(ウルピアーヌス)『サビーヌス註解』第四卷

《第一項》条件が〔自分自身で〕実現しうるものなのかそうでないのかは事実問題である<sup>(45)</sup>ということは、正当にも

一般的に定義されているものと、私は考える。何故なら、「アレクサンドリアに到着したら」というそれ〔条件〕は、悪天候によって自己の裁量にかかる条件ではない可能性があり、「この条件が」アレクサンドリアの最初の里程標石 (miliarium) へ行く者にかからしめられていた場合には、自己の裁量にかかる条件でありうるからである。

「ティティウスに一〇金与えれば」というそれ〔条件〕もまた、ティティウスが外国へ旅行している場合には、「実現」困難な状態にあるからである。これらの理由から、一般的な定義に立ち戻られるべきである。

ウルピアアヌスは、典型的な随意条件とされてきた「アレクサンドリア」条件と「ティティウスに一〇金」条件の随意性に疑問を呈する。このように、随意性を事実即して厳密に判断すれば、随意条件と認められる条件は激減するであろう。また、この方向を徹底すれば、「アレクサンドリアに行かなければ」などの消極条件しか随意条件に当たらないことにもなる。<sup>46</sup>このことは、「一般的に定義されている」という文言から、ウルピアアヌス以前から有力に主張されていたように見受けられる。

このことは、パーピニアアヌスも熟知していたに違いない。しかし、彼は本法文では随意条件を類型化するのみで、随意性の認定について論じない。これは何故なのか。あるいは、彼はこの法文ではウルピアアヌス流の随意性判断によつて当該条件を随意条件であると認定した後の法的帰結を述べたにすぎぬのかもしれない。しかし、そうだとすれば、「アレクサンドリア」条件と「ティティウスに一〇金」条件を例示するのは不都合である。そこで、われわれは、パーピニアアヌスが随意性の認定を敢えて回避したと考えることはできないだろうか。随意性を事実即して認定しようとするれば、その判断は、他の事案とのバランスを顧慮しない、不安定なものとなるおそれがある。これに対して、パーピニアアヌスは事実即した随意性の認定を回避した。そして、古くから伝わる随意条件の典型例から、条件の性質が他人を用いた成就を許容するかどうかという標準を抽出して、条件を類型化（繰上げ型と死亡時型）した。これに当該条件をあてはめると、①繰上げ型条件、②死亡時型条件、③前二者に分類できない条件が区分され、①及び②が随意条件となり、③が非随意条件となる。そして、①及び②それぞれについて法的帰結を明らかにしたのである。

右の判断枠組みを用いれば、家息の相続人指定における随意条件は、かなり広く認められることになると思われる。そうすると、別の事案（例えば問答契約）における随意条件と調和がとれない事態も生じうる。しかし、パーピニアアヌスは、本法文においてあらゆる事件類型に妥当する随意性概念を一般的に示す必要はない。むしろ、この法文の事案では、随意性の判断が遺言の効力に直結するので、随意性を緩やかに解して遺言の有効を維持する要請は大きいものと

思われる。しかも、右で示した標準は、4で紹介したように、遅くともヤウオーレーヌス以来伝えられているものであるから、適用に大きな困難は伴わないであろう。このことは、ウルピアーヌスのように随意性の認定を事実問題と解するよりも、法的安定をもたらすことになる。

古来、随意条件は死亡時にその不成就が確定するものとされてきた。だからこそ、セルウィウス、ユリアーヌス、スカエウオラといった法学者は、不成就確定時を、遺贈の権利発生日との関係に限って、特に危篤時と解したのである。この解釈はあくまでも擬制であった。しかし、マルケッルスによって、相続人指定に付された随意条件を類型化して、不成就確定時を死亡時から繰上げる道が開かれた。このような解釈それ自体には、9でみたように十分な理由がある。注目されるのは、マルケッルスによる随意条件の類型化によって、擬制という法技術を使用する必要がなくなったことである。しかしそれでもなお、随意条件の不成就確定時は、その性質上原則として死亡時なのである。これに対して、不成就確定時を事実即して判断する解釈方法も存在していたことが、ウルピアーヌスによって言明されている。そこで、パーピニアヌスは、本法文において、随意条件の解釈をあくまでも「法律問題」の領域に残そうとしたものと位置付けることができるであろう。彼は、実質的に当該条件の随意性を判断するために、判断の容易な標準を立てて、形式的かつ類型的に結論を導くことのできる仕組みをつくったのであった。

以上述べたことは仮説にとどまる。本格的な検討は、パーピニアヌスの法的思考方法やローマにおける条件解釈一般と関わるため、今後の検討に委ねることにしたい。

13 形式的必然相続の原則との関係。この問題は、本法文で具体的な文言が引用されていないので、仮定の上に立つものである。しかし、事案Ⅲに類似する事案をこの原則との関係で議論している法文がある以上、事案Ⅰについてもこの原則との関係が論じられるべきであろう。

遺言における家息の相続廃除には厳格な方式が要求される。第一に、家息の相続廃除は、個別的に名前を挙げてなされなければならない。<sup>(47)</sup> 第二に、本法文のように相続人間に順位が付されている場合には、原則として、家息はすべての順位（ここでは第一順位と第二順位のそれぞれ）から廃除されなければならない。<sup>(48)</sup> とすれば、例えば、事案Ⅰでは、補充相続人の指定に関する箇所において、随意条件が不成就の際に家息が相続廃除される旨——例えば、「私の家息○○は、アレクサンドリアに行けば、相続人たるべし。○○が相続人にならない場合には、孫△△が補充相続人となるべし。○○は、アレクサンドリアに行かなければ、相続廃除されるべし」など——書かれていなければ、遺言は無効であることになる。<sup>(49)</sup> そこで、結論として遺言が有効である事案Ⅰ及びⅢにおいて、第二順位で家息が相続廃除されなかった場合に、形式的必然相続の原則がクリアされているのかが問題となる。

学説彙纂二八卷五章四法文二項 同人（ウルピアヌス）『サビーヌス註解』第四卷

《第二項》しかし、家息が自分の力で実現しうる条件の下で相続人に指定され、孫または家外の者が補充相続人に指定された場合であっても、私は次のように考える。すなわち、補充指定された者は、家息の存命中には相続人にはならないであろうが、しかし、「家息の」死後には「相続人に」なるであろう。「後者の場合、」家息を相続廃除することは、補充指定された者との関係では不可欠のものではない。それは、仮に相続廃除がなされた場合、無意味（frustra）であるということによる。何故なら、われわれは、家息の死後に「家息の相続廃除が」なされた場合には、それ（＝家息の廃除）は無意味（inutilis）であると、示しているからである。したがって、われわれは、家息が条件付きで相続人に指定され、その条件が自分で実現しうるものである場合には、家息は次順位の相続人との関係では相続廃除を必要としないものと考ええる。そうでなければ（alioquin）、共同相続人との関係でも「家息の相続廃除が」必要であることになろう。

遺言者が、家息を随意条件付きで相続人に指定し、孫または家外の者Xを補充相続人に指定した（「補充相続事案」と呼ぶ）。しかし、遺言者は、補充相続人の指定に際して、家息が随意条件を成就させないで死亡した場合に家息を相続廃除する旨の文言を書き加えなかった。家父は死亡し、その後家息も条件を成就させないで死亡した。そこで、補充相続人Xが、遺言相続人として、相続財産の占有者に対して相続財産の引渡を求めた。

ウルピアースは、まず、相続人指定に付された随意条件が不成就で確定する時期を検討し、この条件を「死亡時型」（例えば「ティテイウスに一〇金を与えたら」と判断した。それ故、補充指定された者は、「家息の存命中には相続人にならず、家息の死後に相続人となる」ことになる。実際、家息が死亡して補充指定者が相続人となった。しかし、補充相続人の指定に際して家息が看過されているので、形式的必然相続の原則によつて遺言が無効になるのかどうかの問題となる。ウルピアースによれば、補充指定された者との関係では家息の相続廃除は不可欠のものではないという。何故なら、家息の死後に家息を相続廃除しても、それは無意味（*inutilis*）であるという準則が既に示されているので、<sup>(50)</sup>本件において、補充相続人指定において家息を廃除しても無意味（*frustra*）だからである。その結果、随意条件付きで指定された家息は、次順位の相続人（補充相続人）との関係では相続廃除を必要とせず、それ故、遺言は有効であることになる。そして、このことは共同相続人との関係でも同じであるという。

この事案は事案IIIと極めて類似する。それ故、法文成立時期の先後は逆転しているものの、事案IIIの遺言の効力はウルピアース説で説明できるのかもしれない。しかしながら、この説は、事案Iの遺言の効力を基礎付けることはできない。何故なら、事案Iにおいては、随意条件の不成就は、家息の存命中に確定するからである。それでは、事案Iはどのように説明されるのか。学、二八、五、四、序が参考になるように思われる。

学説彙纂二八卷五章四法文序項 同人（ウルピアーヌス）『サビーヌス註解』第四卷

《序項》自権相続人もまた、条件付きで相続人に指定されうる。しかし、家息は除外されるべきである。何故なら、「家息は」すべての条件の下で相続人に指定されうるわけではないからである。確かに、「家息は」自分自身で成就させることができる条件の下で、「相続人に指定され」うる。何故なら、このことについてすべての「法学」者の間で「見解の」一致があるからである。しかし、相続人指定は、「家息が」条件を成就させた場合にのみ効力を生ずるのか、それとも、「家息が条件を」成就させないで死亡した場合であっても効力を生ずるのか？ ユーリアーヌスは次のような見解である。すなわち、家息は、このような条件の下で相続人に指定されており、また、「家息が」条件を成就させない場合には、廃除されても (etiam) いるのである。したがって、相続人に指定された「家息」が共同相続人を持つ場合には、彼（＝共同相続人）は、家息が条件を成就させるまで、待つ必要はない。何故なら、「家息が、」条件を成就させないことによつて、家父を無遺言にするものとすれば、待たなければならないことになるのは、疑いないからである、と。この見解は、私にとって是認できるものとみられる。その結果、「条件の成就が」その者の裁量にかかる条件の下で相続人に指定された「家息」は、家父を無遺言にしないことになる。

遺言者が、家息を随意条件付きで相続人に指定し、おそらく家外の者であるXを無条件で家息の共同相続人に指定した（「共同相続事案」と呼ぶ）。しかしその時、遺言者は、随意条件が不成就の場合に家息を相続廃除する旨の文言を書き入れなかった。遺言者はその後死亡し続いて、家息も条件を成就させることなく死亡した。そこで、Xは、直ちに指定相続人として、相続財産を占有する者に対して相続財産の引渡を求めた。

この請求の前提としてこの遺言の効力が問題となる。この結論如何が、共同相続人Xが相続財産の引渡請求の可否及びその時期に影響を与えるからである。この問題についてはこれまで見解が別れていた。まず、ある説は家息が条件を

成就させないで死亡すると、家息の随意条件付き相続人指定は効力を生じないので、条件不成就の場合に家息が相続廃除される旨書かれなかった場合、この遺言は、家息を看過したものととして無効になると解する。とすれば、法定相続が開始するので、Xは指定相続人になれず、相続財産の引渡を受けることもできない。したがって、Xは、「家父を無遺言にする場合には、待たなければならぬこと、疑いない」のである。しかし、これには反対説があった。この説は、随意条件不成就の際の家息の相続廃除文言が書かれてない場合において、条件不成就が確定したとしても、遺言は無効にならないと解する。何故なら、この説によれば、「家息は……条件を成就させない場合には、廃除されてもいる」とみなされるからである。とすれば、条件の成否にかかわらず遺言は常に有効であることになる。それ故、「共同相続人Xは、家息が条件を成就させるまで待つ必要はなく」、直ちに相続分に応じて相続財産の引渡を受けられる、という結論になる。ユーリアーヌスは反対説を採り、この遺言の効力は条件の成否とは関係ないと考えた。したがって、共同相続人Xは、条件の成否に関係なく、相続財産の引渡を求めることができる。

ウルピアーヌスもこれを支持している。しかしこの点には注意が必要である。ウルピアーヌスは、学、二八、五、四、二の末尾において、共同相続事案においても、家息が既に死亡しているので、条件不成就の場合の家息の相続廃除文言は不要である旨を示唆した。これに対して、ユーリアーヌスは、共同相続事案において、家息は「条件を成就させない場合には、廃除されてもいる」とみなすことによって、条件不成就の際の相続廃除文言が不要であるとした。共同相続事案において、両者は、遺言を無効にしないということでは一致しているが、その理由付けは異なる。ただ、学、二八、五、四、序では、おそらく随意条件が死亡時型だったため、相違が顕在化しなかったにすぎない。

ユーリアーヌスは、補充相続事案についてもおそらく右の見解を用いて判断しているとみられる。

学説彙纂三八卷二章二〇法文四項（抄） ユーリアーヌス『法学大全』第二五卷

……しかし、家息が条件付きで相続人に書かれた場合、あるときには補充指定相続人との関係で相続廃除が必要であり、あるときには「相続廃除は」不要であると、私は考える。何故なら、条件の種類が、家息が実現しうるものである（例えば、「遺言を作成すれば」）場合、条件が顧慮されなくても、家息は補充相続を生じさせるものと、私は考えるからである。逆に、条件が、家息が実現しえないものである（例えば、「ティティウスが執政官になれば」）場合には、補充指定相続人は、家息が補充相続から名を挙げて相続廃除されなければ、許容されない。

この法文によれば、家息が随意条件付きで相続人に指定され、さらに補充相続人が指定された事案において、家息が条件を成就させなかった場合には、家息が補充指定相続人との関係で相続廃除されていなくても、補充相続が開始する。この結論は先に述べたユーリアーヌス自身の見解を用いて矛盾なく説明できよう。問題は、右の条件がどのような類型の条件を前提していたかである。「遺言を作成すれば」という条件が例示されているが、これはおそらく死亡時型であると思われる。とすれば、事案Ⅲはユーリアーヌス説でも基礎付けられることになる。それでは繰上げ型条件の場合（事案Ⅰ）はどうか。ユーリアーヌスが繰上げ型条件を念頭に置いていなかったとすれば、パーピニアヌスが本法文においてはじめ、繰上げ型条件の場合に家息が相続廃除されていなくても家息の存命中に補充相続が開始する旨明言したと解する余地がある。

### 三 小括

これまで、家父が家息を随意条件付きで相続人に指定し、孫を補充相続人に指定した事案における、随意条件の不成就

就確定時の認定について論じてきた。当初、随意条件の不成就確定時は、原則として死亡時であると考えられてきた。共和政期においてセルウィウスは、遺贈の権利発生日との関係で条件成就確定時を繰上げる解釈を提示した。しかし、この繰上げ解釈は明らかに擬制であつて、受遺者（の相続人）のための例外的救済手段と位置付けられていた。この解釈はユリアーヌス、スカエウオラによって確認される。マルケッルスにおいてはじめて、相続人指定に付された随意条件を類型化することを通じて、繰上げ解釈を一般的に承認する学説が登場する。この学説は、擬制という例外的解釈方法に通常の条件解釈の衣を纏わせるものであつたと思われる。このように、擬制を正面から擬制と認めなくなった時点で、一方で、後にウルピアーヌスのように、条件不成就確定時を事実即して解釈する道が開かれたといえる。他方で、パーピニアースにおいては、セルウィウスとマルケッルスを受けて、補充相続人が存在する場合における繰上げ解釈の可否と各事案の法的帰結が示された。彼は、繰上げ解釈が例外的であるという本筋に戻し、この解釈が、遺言の効力を維持する目的で、限定的な事案にのみ用いられるべきことを述べた。同時に、正当にも、随意条件の不成就確定時はあくまでも法律判断であり、事案類型に対応した類型的判断であることを確認したのである。

今後は、ローマ法における条件論一般の中で再検討する必要がある。さしあたり、相続人指定及び遺贈の条件に関する検討を進めることを企図している。右の繰上げ解釈との関係では、擬制という観点から、条件成就妨害による成就擬制（民法一三〇条）が問題となるかもしれない。後者はドイツ普通法を経由してわが民法でも規定されたが、前者は法律行為の解釈一般で扱われるにすぎない。この扱いの差が何故に生じたのかは問題とされてよいように思われる。

本稿では、従来それほど顧みられることのなかった法文について、若干立ち入って検討を試みた。しかし、その内容たるや極めて拙劣であり、習作の域を出ないものである。このような法文検討それ自体は公表に値しないとの批判もあろう。しかしながら、ローマ法研究においては、法文を的確に把握・理解することこそが、その第一歩であると思われる。敢えて文章としたものであるので、読者諸賢のご教示・ご批判を賜うることができれば幸いである。

- (1) パーピニアヌス(紀元後一五〇年頃—二二二年)は、セプティミウス・セウェールス帝(在位・一九三年—二一一年)の下で近衛都督 (praefectus praetorio) に就くなど、多数の要職を歴任した法学者である。彼の生涯については W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (= *Herkunft*), Weimar 1952, S. 224ff を参照。パーピニアヌス研究の水準を示す詳細な邦語文献として、ハンス・アンクム「小川浩三訳」『パーピニアヌス、意味不明な法律家か』北大法学論集四四卷二号(一九九三年)二二二頁がある。また古くは、春木一郎「Papinianus」京都法学会雑誌四卷七号(一九〇九年)一〇四二頁がある。
- (2) 全三七巻。後一九三年から一九八年にかけて書かれた、具体的な事案への判断の集成で、具体的な法律問題とは関係のない教義的な事柄にも言及することもあるのが特徴である。詳細は、アンクム・前掲論文二二六頁以下、L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, S. 512f; F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, S. 296ff を参照。
- (3) 例えば、我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、一九六五年)四〇六頁、四一〇頁、於保不二雄編『註釈民法(四)』(有斐閣、一九六七年)三二二頁〔金山正信〕。
- (4) 於保編・前掲書三二二頁〔金山正信〕。
- (5) エリック・ポール〔西村重雄訳〕「時効取得要件における『原因』の意義——古典期ローマ法研究——」法政研究七〇巻三号六一—三頁は、予断にとらわれず、極めて綿密な法文の検討を重ねている。
- (6) F. Levy/E. Rabel, *Index interpolationum quae in Iustiniani digestis inesse dicuntur*, Tom. 2, Weimar 1931, 205.
- (7) 筆者個人の関心ではあるが、欧州諸国の相続法(特にドイツ相続法)を理解するためには、ローマ相続法の研究は欠かすことができないと考えている。(拙稿「遺留分を侵害する遺贈の執行と遺言執行者——ドイツ法の検討——」九大法学八五号(二〇〇三年)一頁以下を参照)。古典期の諸制度の中には現代に継受されなかったものも多いけれども、それらも含めて古典期法を全体として理解することが出発点とされるべきであろう。
- (8) D. 28, 7, 28

PAPINIANUS libro tertio decimo quaestionum. Si filius sub condicione heres erit et nepotes ex eo substituantur, cum non sufficit sub qualibet condicione filium heredem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si condicio fuit in filii potestate, consideremus, numquid interit, quae condicio fuerit adscripta, utrum quae moriente filio impleri non potuit, veluti 'si Alexandriam ierit, filius heres esto' isque Romae decessit, an vero quae potuit etiam extremo uitae momento impleri, veluti 'si Titio decem dederit, filius heres esto', quae condicio nomine filii per alium impleri potest. nam superior quidem species condicionis admittit uiuo filio nepotes ad hereditatem, qui si neminem substitutum haberet, dum moritur, legitimus

patri heres exstiterit, argumentoque est, quod apud Servium quoque relatum est: quendam enim refert ita heredem institutum, si in Capitolium ascenderit, quod si non ascendisset, legatum ei datum, eumque antequam ascenderet mortem obisse: de quo respondit Servius condicionem morte defecisse ideoque moriente eo legati diem cessisse. altera vero species condicionis unio filio non admittit nepotes ad hereditatem, qui substituti si non essent, intestato auo heredes existerent: neque enim filius uideretur obstuisse, post cuius mortem patris testamentum desituitur, quemadmodum si exheredato eodem filio nepotes, cum filius moreretur, heredes fuissent instituti.

なほ、本稿のなかへは註釋家達のキートンが Th. Mommsen (Hrsg.), Digesta Iustiniani Augusti. 2 Bde., Berlin 1868/70 を引用した。

(6) *condicio potestativa* のこと、或は稱を後引の *condicio* (A. Berger, Art. *Condicio potestativa*, in: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 404)。

(10) 孫はあつらへく相続請求 (*hereditatis petitio*) を行使したものと思われる。そうだとすれば、この請求の被告は、相続財産の占有者で、原告 (市民法上の相続人) の相続権を争う者である (原田慶吉『ローマ法 [改訂]』(有斐閣、一九五五年) 三六〇頁)。

(11) *condicio* M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abs. (= RPR), 2. Aufl., München 1971, S. 685ff; H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb, *Römisches Recht*, aufgrund des Werks von P. Jörs/W. Kunkel/L. Wenger bearbeitet (= Kunkel/Bearbeiter), 4. Aufl., Berlin usw 1987, S. 454 原田・前掲書三三〇頁。

(12) 相続人に指定される能力 (受動的遺言権 *testamenti factio passiva*) を有するのば、原則として市民の一部の外人 (一定の要件の下に) 奴隷なども (Kaser, RPR, S. 683ff; Kunkel/Honsell, S. 458f 原田・前掲書三三〇頁以下)。

(13) *condicio* K. H. Vogel, *Über die bedingte Erbinsetzung von sui heredes nach ius civile*, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt.*, Bd. 68, 1951, S. 490ff; M. Meinhardt, *Die bedingte Erbinsetzung des Haussohnes*, in: *D. Medicus/H. H. Seiler (Hrsg.), Studien im römischen Recht*, Berlin 1973, S. 111ff など。

(14) 「自権相続人とは、従前家長の権力に服従し、家長の死によりて一家を創設する者なり」(原田・前掲書三三一頁以下)。この法文における家息は当然これに含まれる。

(15) Kaser, RPR, S. 705; Kunkel/Honsell, S. 463 原田・前掲書三三四頁。Gai. Inst. 2, 123 「家息を権力中に持つ者は、家息を相続人に指定しまたは名前を挙げて相続廃除するものに、配慮しなければならぬ。そうせずに、家息を看過した場合には、遺言は無効である…… [以下略]」。

(16) Kaser, RPR, S. 688; Kunkel/Honsell, S. 457 原田・前掲書三三〇頁。

- (17) D. 28, 7の章題は「相続人指定の条件について」である。また、相続人指定一般に関するD. 28, 5にも条件に関する議論が多い。
- (18) 法文試訳は13を参照。
- (19) C. 6, 25, 4 pr. 皇帝アレクサンダー(・セウエールス)がアエミリウスへ。「家父が、(自分の)権力中に有する家息を、自身では実現しえない条件の下で相続人として(遺言に)書き込んだが、条件不成就の際に(家息を)相続廃除しなかった場合、(この家父は)適法に遺言したとはみられない」(二二四年)。
- (20) このことはパーピニアヌス自身も表明している。すなわち、D. 28, 7, 15パーピニアヌス『質疑録』第一六卷「元老院や皇帝が承認しない条件の下で相続人に指定された、(家父の)権力中にある家息は、家父の遺言を無効にする。あたかもその条件が彼(家息)の手中になかったかのように。……」。また、パウルス法文D. 35, 1, 83(法文試訳は12を参照)も参照。
- (21) D. 28, 2, 3, 1同人(ウルピアニウス)『サビーヌス註解』第一卷「しかし、家息は無条件に相続廃除されるべきであると、ユリアーヌスは考える。われわれはこの見解にしたがう」。
- (22) Kaser, RPR, S. 683f; Kunkel/Honsell, S. 455f. 原田・前掲書二四一頁。
- (23) 法文試訳は12を参照。
- (24) フィレンツェ写本(写真版)では'extiterit' (existoの直説法未来完了または接続法完了)と読める。モムゼン版の本文はこれにしたがう。しかし、モムゼンは註において'existere' (existo 接続法未来完了過去)とする版があることを指摘する。ゲバウエル版は'extiterit'を採るが、その脚註は、'フロアランダ版には'existere'、流布本(Vulgata)には'extisset'と書かれている旨を記す(G. C. Gebauer, *Corpus iuris civilis*, Tom. 1, Göttingen 1776)。また、『標準註釈』では、本文は'extiterit'なっているが、'existere'や'extiterit'の註がある(Corpus iuris civilis Iustiniani, studio et opera Ioannis Fehi, Reimpressio phototypica editionis 1627, Tom. 2, Osnabrück 1966, S. 613)。それぞれの版による微妙なニュアンスの違いは今後の検討に委ねるが、ここは補充相続人の存在しない想定事案について述べられた箇所なので、少なくとも接続法で書かれるのが通常であるように思われる。
- (25) H. G. Heumann/E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9. Aufl., Jena 1907, S. 383. 用例として、D. 38, 16, 1, 4ウルピアニウス『サビーヌス註解』第一二卷「……息子が敵中にあるとしても、息子が存命である限り、孫たちは(父親の死亡による息子の相続分を)承継しない。したがって、この息子が身請けされたとしても、(孫たちは、)身代金の支払い前には、まだ(息子の相続分を)承継しない。しかし、(息子が)その間に死亡した場合には、彼(息子の)は身分を回復して死亡したものと解されているので、(息子は、)孫たちの妨げとなるというべきである(nepotibus obstat)」。また、Ulp. D. 28, 3, 6, 1も参照。

- (26) キケローと同時代の弁論家・法律家。前五一年に執政官。前四三年没。詳細は、Kunkel, *Herkunft*, S. 25f 及び林智良『共和政末期ローマの法学者と社会』（法律文化社、一九九七年）六三頁以下及び二一〇頁以下を参照。
- (27) この事案では、Aが相続人にならなくても、なおAに対する遺贈が有効である。したがって、同じ遺言において、Aの他にBも（共同または補充）相続人に指定されており、加えて、Bが家外相続人であれば、彼が相続を承認していたものと考えなければならぬ。
- (28) Kaser, *RPR*, S. 752; Kunkel/Honsell, S. 490' 原田・前掲書三六九頁。
- (29) Kaser, *RPR*, S. 754; Kunkel/Honsell, S. 493' 原田・前掲書三七二頁。
- (30) 同じ用例として、例えば、D. 39, 6, 18 pr. 同人（ユーリアヌス）『法学大全』第六〇卷「われわれが死亡を原因として取得するのは、ある者が自己の死亡を原因としてわれわれに贈与する場合だけでなく、「彼が」他人の死亡の故にそれ（＝贈与）をなす場合であってもそうである。例えば、ある者が、自分の息子または兄（弟）が危篤に陥った時に（*moriente*）、次のような条件でマエウィウスに贈与する場合である。すなわち、息子と兄（弟）のうちの一方（の健康が）が快復した場合、「贈与の目的」物は彼（＝贈与者）に返還され、その者が死亡すれば、マエウィウスにとどまる」と。この法文のモムゼンの註は、「危篤に陥った時に（*moriente*）」を「病気の時に（*aegrotante*）」へと変更する旨提案する。モムゼンによれば、*moriente*とは、存命ではあるが、もはや快復の見込みのない状態を示す趣旨であろう。なお、Pap. D. 35, 2, 11, 4; Pap. D. 45, 1, 121, 2にも本文と同じ用例がみられる。
- (31) K. A. v. Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, 2. Bd., 7. Aufl., Marburg u. Leipzig, S. 431f. では、本文の見解が叙述の前提となつてゐる。これに対つて、B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. Bd., 9. Aufl., Frankfurt aM 1906, S. 584 (Fn. 6) は、遺言者が、受遺者の相続人への受遺者の地位の移転までもは考慮していなかったことを指摘しており、条件成就確定時の繰上げ解釈に批判的である。
- (32) ハドリアヌス帝（在位・一一七年—一三八年）の顧問会員など、その官歴は多彩である。永久告示（*edictum perpetuum*）の編纂者と伝えられる。Vgl. Kunkel, *Herkunft*, S. 157ff.
- (33) D. 36, 2, 31 スカエウオラ『法学大全』第一四卷「ある者が、相続財産の」六分の一の相続分について相続人に指定された妻に、「他の者を」補充相続人に指定し、妻が相続人にならなかつたなら「という条件の下で」、妻に嫁資及びその他いくつかの物が与えられるということについて相続人の信義に委ねた。夫の死後、妻は、条件の前でありかつ相続を承認する前に死亡した。信託遺贈の権利発生日が死亡と共に到来したものとみられ、したがってその相続人たちに義務付けられるのかがどうか問われた。私は、妻が相続を承認する前に死亡した場合には、信託遺贈の権利発生日が到来したものとみられると解答した」。

スカエウォラは、マルクス・アウレリウス帝（在位・後一六一年—一八〇年）の顧問会員。盛期古典期の法学者。Vgl. Kunkel, *Herkunft*, S. 217ff.

(34) アントーニーヌス・ピウス帝（在位・後一三八年—一六一年）及びマルクス・アウレリウス帝（在位・後一六一年—一八〇年）の顧問会員。主著として「法学大全」全三二巻がある。Vgl. Kunkel, *Herkunft*, S. 213f.

(35) O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Vol. 1, Leipzig 1889 (Neudruck Aalen 2000), S. 393 は、マルケッルスは、Ulp. D. 28, 5, 4 pr. (13で検討する) で言及されるユーリアヌスの見解に註を付したものと解する。このことは法文の並び具合からも首肯される。

(36) この枠組み及び具体例がマルケッルスの作にかかるとは断言できない。法学者の間で既に一般的になっていたものを、マルケッルスが書きとめただけなのかしれない。

(37) 遺贈は、相続人指定と並ぶ典型的な遺言上の処分であって、厳格な要件の下でのみ認められる。しかしながら、本文に掲げた理由によって、古典期において、相続人指定の条件の解釈が、遺贈の条件の解釈とまったく同じ方法でなされていたと断言するには、検討が必要であろう。

(38) Chr. F. Glück/Chr. F. Mühlbruch, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, 36. Bd., Erlangen 1833, S. 373.

(39) D. 28, 5, 1 pr. ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第一巻「遺言をなす者は、通常、遺言の冒頭を相続人の指定からはじめることを要する。名前を挙げてなす相続廃除から「はじめること」も許容される。何故なら、神皇トラヤーヌスが、相続人指定の前であっても家息を相続廃除することができる」と勅答したからである」。

(40) 相続人指定は原則として期限を付することはできない。しかし、不確定の始期は条件と解された (Pap. D. 35, 1, 75) (Kunkel/Honsell, S. 457)。

(41) 例えば、アツクルシウス (*Corpus iuris civilis Iustinianeae*, a.a.O. pp. 613) 'ギネーエ (R. J. Pothier, *Pandectae Justinianeae*, Tom. 2, Paris 1818, p. 613) 'グリコック＝シューンブルン (*Glück/Mühlbruch*, a.a.O. S. 375ff) など、この問題に言及している。

(42) I. Cuiacius, In Lib. XIII. Quaest. Papin. ad L. ult. de Condit. Inst., in: Opera, Pars posterior, Tom. 4, Modena 1777, p. 316.

(43) 次の法文が踏まえられている。Ulp. 38, 16, 1, 8 ウルピアーヌス『サビーヌス註解』第四巻「しかし、孫とその卑属の親が彼らより先に死亡した場合にも、相続が「順序にしたがった」自権相続人でなくても、時として孫とその卑属は自権相続人となることがありうるということが理解されるべきである。このことが生じるのは次の場合である。家父が家息を相続廃除する遺言を作成して死亡し、その後、「家外」指定相続人の熟慮期間中に家息が死亡し、その後、指定相続人が相続拒絶をした場合である。この

場合、マルケッルスも第一〇巻において書いているように、相続財産は家息に帰属しなかつたので、孫は自権相続人になることもありうる。家息が相続財産全部について自分自身の裁量にかかる条件付きで相続人に指定され、あるいは、孫が何らかの条件付きで相続人に指定されたが、条件を成就させないで死亡した場合にも、同じことが言われるべきである。何故なら、遅くとも遺言者の死亡時には、あるいは生れ、あるいは少なくとも胎児であれば、自権相続人として相続することができると思われるべきだからである。そしてこのことはユリアーナもマルケッルスも同じ見解である」。

(44) パウルスと共に、近衛都督パーピニアヌスの補佐官 (assessor) であった。近衛都督、アレクサンダー・セウエールス帝 (在位・後二二二年—二二五年) の顧問会員を歴任。Vgl. Kunkel, Herkunft, S. 245ff.

(45) フイレントゥエ写本は 'faci potestast' とする。しかし、本稿ではモムゼンの註 (potestas] quaestio?) にしたがった。

(46) Vgl. F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 3. Bd., Berlin 1840, S. 130 (Fn. g).

(47) Kaser, RPR, S. 705; Kunkel/Honsell, S. 463; 原田・前掲書三四四頁。

(48) W. Francke, Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, Göttingen 1831, S. 69; Glück/Mühlenbruch a.a.O. 36. Bd., S. 428. なお、D. 28, 2, 14, 1 (アーフリカーヌス『質疑録』第四巻) は、「家息が看過された順位は効力を生じないと一般に言われているが、このことはあらゆる場合において正当であるというわけではない。何故なら、家息が第一順位において相続人に指定されている場合には、この家息が補充指定から廃除される必要はないからであると言う」と述べる。しかし、このことについて挙げられた例が、「家息とティティウスが相続人に指定され、マエウィウスがティティウスの補充相続人に指定された場合において、ティティウスが相続承認をしないときには、家息が第二順位において廃除されていなかったとしても、マエウィウスが相続を承認することができる」というものである。それ故、この準則の射程は、相続財産の一部について補充相続が開始したが、家息は他の一部について相続人であり続ける場合に限定されるのではなからうか。また仮に射程がパーピニアヌス法文の如き事案に及ぶとすれば、Ulp. D. 28, 5, 4, 2 (法文試訳は13を参照) の問題はそもそも起こりえないことになる。

(49) これはあくまでも原則であって、必ずしもすべての順位について、相続廃除の文言を書き込む必要はないとの見解が伝えられる。例えば、D. 28, 2, 3 同人 (ウルピアーヌス) 『サビーヌス註解』第一巻「第三項」相続人指定の前に相続廃除された者は、すべての順位から廃除されている。《第四項》しかし、ふたつの順位の間で相続廃除された者は、どちらの順位からも除かれている、とするのがスカエウオラの見解である。私はこれを正当であると考えられる。

(50) 例えば、D. 28, 2, 13, 2 ユリアーナ『法学大全』第二九巻「遺言が次のような方法で書かれる。すなわち、『ティティウスは私の息子の死後に相続人たるべし。息子は廃除されるべし』と。この遺言は効力を生じない。何故なら、息子がその死亡後に相続廃除されているからである。したがって、息子は、父親の被解放者に関する遺言に反する遺産占有を取得することができるで

随意条件における不成就確定時の繰上げ（篠森）

あろし。