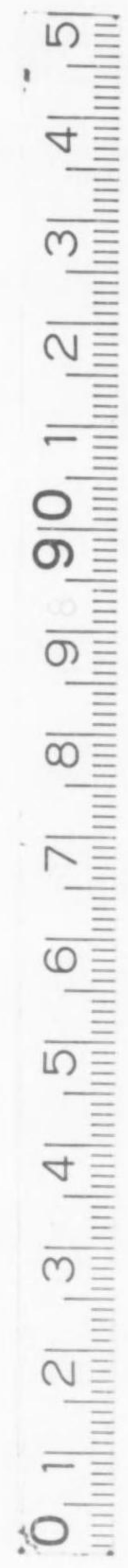


始



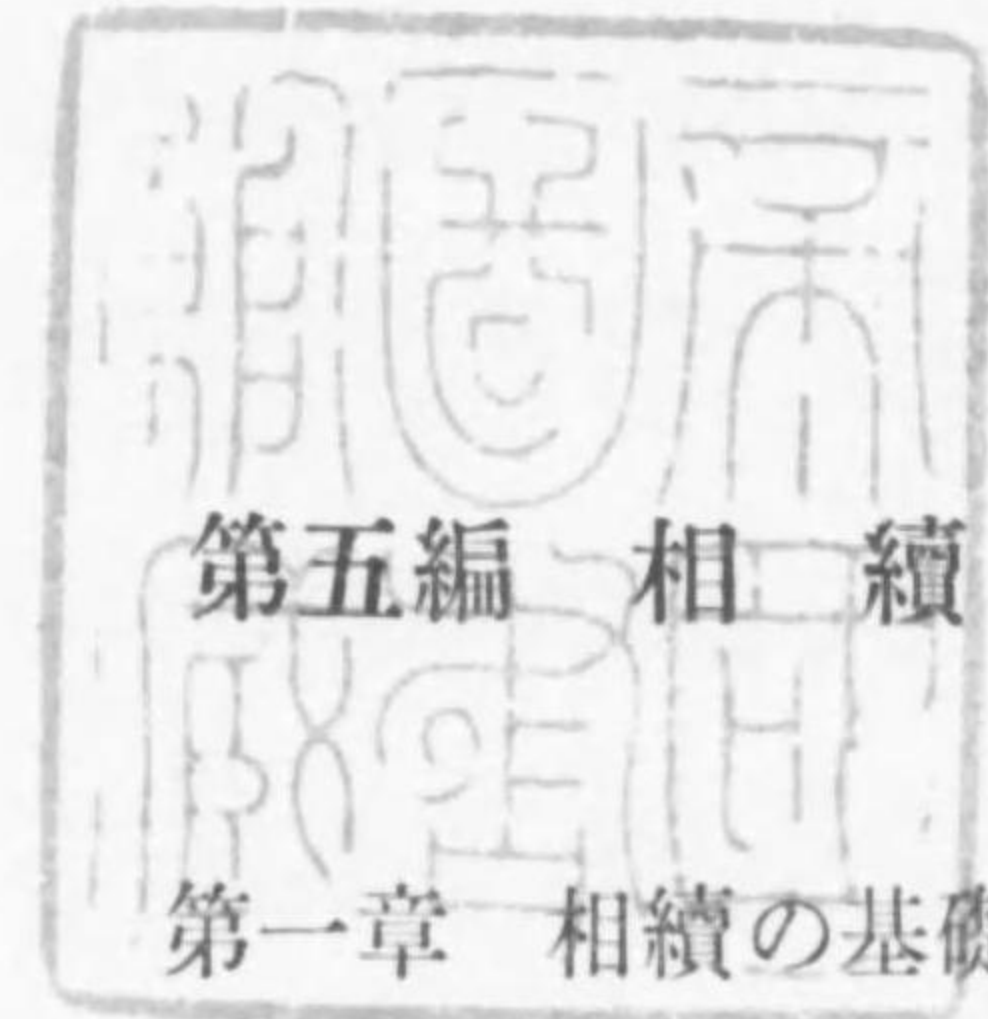
羅馬法講義案

(相續法)

原田慶吉著



特246  
389



## 第五編 相 續 法

### 第一章 相續の基礎觀念

死亡によつて或る種の權利義務は消滅する。消滅せざる權利義務の一體としての相續即ち包括承繼 (successio in universitatem) は羅馬法の特徴である。此の相續は遺言相續と法定相續に別れる。兩者は原則として相互に排斥し合つて兩立せず (nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest 何人も一部に付ては遺言し、一部に付ては無遺言にて死亡することを得ず)。相續契約は無効 (viventis nulla hereditas est 活くる者には何等相續なし)。

### 第二章 hereditas と bonorum possessio

前者は市民法上の相續、後者は法務官法上の相續を云ふ。後者は前者を adiuvare, supplere, corrigere する爲めに發生した。

### 第三章 法 定 相 續

#### 第一節 古 法

十二表法によれば生來自由人の相續順位は

- (1) sui heredes (自續相續人) 親等の遠近を問はず全部相續する。





但し先に死亡又は emancipatio を受けた子の子は父の相続分を取得する (successio in stirpes 株分相続)<sup>(註一)</sup>。

〔註一〕 中田「代位相続法沿革一斑」法制史論集第一卷321以下。

(2) proximus agnatus (最近の宗族) 親等近き者は遠き者を排除する。同親等間では頭分 (in capita)。共和の末には婦女は姉妹のみ此の順位の相続を許される。

(3) gentiles (氏人) 相続の態様不明。Gaius の時代にはなし。被解放者に付ては第二順位は patronus 及び其の agnatus。市民法の法定相続には successio ordinum 及び successio graduum なし。

## 第二節 法務官法

順位は

- (1) bonorum possessio unde liberi (卑屬の召喚される b.p.)  
liberi とは卑屬である。sui heredes の外 capitis deminutio minima を受けた卑屬を含む。但し第三者の養子となりし者は除く。相続は in stirpes。
- (2) bonorum possessio unde legitimi (法定相続人の召喚される b.p.)  
legitimi とは法定相続人である。liberi なきか liberi が一定期間内に申請せざる場合に此の順位の相続が開始する。
- (3) bonorum possessio unde cognati (血族の召喚される b.p.)  
六等親迄の cognati 及び七等親では唯再従兄弟姉妹の子のみが召喚せらる。系統の如何を問はず親等の近きは遠きを排除し、同親等内では in capita。
- (4) bonorum possessio unde vir et uxor (夫婦が召喚される b.p.)  
法務官法上の相続には successio ordinum, successio graduum あり。

## 第三節 特別立法の改革及び儒帝法

### 第一款 特別立法

主として cognatio 主義を強調する。

(1) senatusconsultum Tertullianum (Hadrianus 代) ius liberorum (有子の権) を有する母は agnati の列で子を相続。但し被相続人の liberi, 父及び兄弟に優先せられ、姉妹とは共同に相続する。

(2) senatusconsultum Orfitianum (178 A. D.) 子は母を agnati に優先して相続する。

### 第二款 儒帝法

Nov. 118 及 127<sup>(註一)</sup> を以て、従前より採られた cognatio 主義の相続法を確立した。順位は

- (1) 卑屬 in stirpes。
- (2) 尊屬、同父母兄弟姉妹及び同父母兄弟姉妹の子 (イ) 尊屬のみ存するときは近き親等の者は遠き者を排除。親等均しきときは半分は父方尊屬へ、半分は母方尊屬へ。各系統内では in capita。 (ロ) 同父母兄弟姉妹のみ存するときは又は子より先に死亡したる同父母兄弟姉妹の子も存するときは in stirpes。 (ハ) 尊屬と同父母兄弟姉妹存するときは、in capita。同父母兄弟姉妹の子加はるときは、其の親の分を取得。
- (3) 異父母兄弟姉妹及び其の子 (親が先に死亡せる場合) in stirpes。
- (4) 其の他の cognati。親等に制限なき點を除き bonorum possessio unde cognati に同じ。

配偶者は此の次に法務官法に従つて相続する。

〔註一〕 邦譯、末松「ウルピアーヌス羅馬法範」附録



## 第四章 遺言相續

### 第一節 遺言の意義

遺言 (testamentum) とは少くとも古典法に於ては相續人の指定を要件とする終意處分たる要式死因の行爲である。

### 第二節 遺言の方式

#### 一) 通常人の普通遺言方式

(1) 當初は民會で行はれたが (testamentum calatis comitiis)

(2) 後 mancipatio の方式を借りて (testamentum per aes et libram 銅と銜による遺言)<sup>註一</sup>、遺言者が形式的に遺産を賣り、familiae emptor (遺産の購買者) が相續人の地位 (heredis loco) に立ち、以つて遺言の趣旨を履行したが、後には familiae emptor は單なる形式に過ぎざるものとなり、遺言に於ける nuncupatio も通常は——口頭遺言は然し減びた譯ではない——遺言書 (tabula testamenti) 作成後、遺言書内に記さるるが如き遺言をなす旨を宣言するに止まり、七人 (五人の證人、一人の libripens と familiae emptor) が遺言書に捺印した。此のときより單獨行爲たる遺言が確立した。

<sup>註一</sup> 春木「testamentum per aes et libram = 付テ」法協 XXXIII, 9.

(3) praetor は七人の證人の捺印ある遺言書あるときは、市民法上の正式手續を踐みたるか否かを審査することなく、bonorum possessio secundum tabulas (遺言書に従ふ b. p.) を附與し、Antoninus Pius 以來は市民法上の法定相續人の hereditatis petitio (相續請求) に對しても

exceptio doli (惡意の抗辯) の對抗を許した (bonorum possessio cum re 實效ある b. p.).

(4) 儒帝法は市民法の要件 (證人と \*unitas actus 無中斷行爲) と法務官法の要件 (證人七人なる數と捺印) と帝政後期の勅法の規定 (遺言者と證人の下書) とが合流する (testamentum tripertitum 三部遺言).

(5) 尙ほ帝政後期には testamentum principi oblatum (皇帝に提出せられたる遺言) (皇帝へ遺言書を渡す場合) testamentum apud acta conditum (公簿に作成の遺言) (裁判所の公簿に遺言内容を登録する場合) の公的遺言現はる。西帝國には證人の立會なき testamentum holographum (全筆遺言) も認めらる。

二) 通常人の特別遺言方式 全部ビザンチン期の産。\*t. ruri conditum (田舎作成遺言) (儒帝), \*t. pestis tempore conditum (ペスト時作成の遺言) (チ帝), t. parentum inter liberos (尊屬の卑屬間に爲す遺言) (テオドンヌス) は要件輕減、盲人の遺言は要件加重。

三) 兵士の遺言方式 極めて古き testamentum endo procinctu (武裝遺言) を除き、Caesar の規定以來方式の制限なし。但し除隊後一年にして其の特權遺言は效力を失ふ。實質的にも相續法上諸種の特權を有する。

### 第三節 遺言能力 (testamenti factio activa)

一) (1) 羅馬法上の遺言は羅馬人のみがなし得る。

(2) 遺言能力は家長權の發露である。家兒は peculium castrense (軍營特有財産) vel quasi (準軍營特有財産) のみに付て可能。

(3) 婦女は當初は不能、Hadrianus 以來は後見人の助成を得て可能。praetor は助成なき遺言によりても b. p. secundum tabulas を與ふ。



(4) 精神錯亂者, 浪費者, 啞者, 聾者, 未成熟者は能力なし.

(5) 古代に於ては *intestabilis* (證言不能者), 基督教時代には非基督教徒.

二) 遺言の證人には奴隸, *Latini Iuniani* を除く外人 (3) (4) (5) に掲げた者, 遺言者の權力に服従する家兒, 遺言者に対して權力を有する家長, 遺言者と同一の家長權に服する者, 指定相続人, 其の權力に服従する者, 指定相続人に対して權力を有する家長, 指定相続人と同一の家長權に服する者は證人にはなれぬ. 受遺者はなれる.

#### 第四節 遺言の内容

一) 相続人の指定 (*heredis institutio*) 遺言の生命である (*caput et fundamentum testamenti* 遺言の頭と基礎). 他の遺贈, 奴隸解放, 後見人の指定等の行為は此の有效成立に其の生命を懸け, 儒帝法迄は是等の處分は相続人の指定の前部ですると無効となつた. 當初要式的意思表示を必要としたが, チ帝以來は明確な意思表示を以て足る. 停止條件又は *modus* を附することは出来るが, 解除條件始期終期を附しても抹消される (*semel heres semper heres* 一度相続人となれば常に相続人). 消極隨意條件附被指定者は *cautio Muciana* を提供して相続が出来る.

二) 指定される能力 (*testamenti factio passiva*)

(1) *Latini Iuniani* を除く外人にはない.

(2) 奴隸は自己の奴隸は自由附で (儒帝法では特に自由を附與されずとも自由を附與したものと解せらる), 他人の奴隸は其の主人に資格あるときに相続人に指定することを得る.

(3) 法人は當初はこれを指定することを得なかつたが, 古典時代に至

つて都市の被解放者のなす遺言に例外認められ漸次一般化した.

(4) *postumus* (後生兒) は市民法により *sui heredes* に, 法務官法により *liberi* に, 儒帝法では他人の *postumus* にも認められた. 固より相続開始の時に少くとも胎兒たることを必要とする.

(5) 第三節 (一) (5) の者, 或る條件の婦女 (*lex Voconia* の規定) には資格なし.

三) 被指定者の地位 割合を定めざる場合たると (*sine partibus*) 又は定めたる場合たると (*ex certis partibus*) を問はず, 相続人は全遺産に付て指定された者である. 従つて一人が承繼せざるときは其の相続分は當然に他方に添加する. 指定が全部を盡さざる場合も同じ.

四) *substitutio* (補充指定) (1) *s. vulgaris* (通常補充指定) 被指定人が相続人たらざるときに相続人たるべきことを命ずる通常の條件附指定.

(2) *s. pupillaris* (未成熟補充指定) 家長が其の未成熟の *suus heres* が未成熟中に死亡した場合に其の未成熟者の相続人たるべき旨を命ずる指定.

(3) *substitutio quasi pupillaris* (準未成熟補充指定) 精神錯亂者たる卑屬に對し尊屬が (2) に準じてなす指定. 儒帝の作.

#### 第五節 遺言の失効

要件を缺く遺言は當初より無効なる外後發の事由によつて效力を失ふ場合がある.

(1) *testamentum ruptum* (破壊遺言) (イ) 作成後に *suus heres* が發生し (*adgnatio postumi*), 或ひは (ロ) 新遺言を作成するによつて前



遺言は全部取消される。紙觸部分丈けが取消されるのではない。遺言取消権に制限を加へることは出来ない。(ハ)遺言書を破壊した場合には法務官は法定相続を開始せしめた。但し第二の遺言を破壊すれば、第一の遺言が復活する。(ニ)418年の勅法によつて作成後十年の経過により失效。儒帝は此の期間の経過の外三人の證人の面前又は法廷に於て失效の意思表示をなしたときに限ると修正した。

(2) *testamentum irritum* (無効遺言) 遺言は *capitis deminutio* によつて失效。但し戦時捕虜となつた者には *fictio legis Corneliae* (*lex C.* の擬制) の適用あり。

(3) *testamentum destitutum* (廢棄遺言) 被指定人の何人も相続人とならざる場合にも遺言は効果を發生せず。

(4) *querela inofficiosi testamenti* (不倫遺言の訴) を發生す可き場合は當然の無効でなくて、單に取消し得べきものたるに止まる。

### 第六節 遺言の執行

現行法の遺言執行者の制度は獨佛ゲルマン法系の制度から傳來したものであるが、羅馬法に於ても執行者が無い譯ではない。當初の *testamentum per aes et libram* 中の *familiae emptor* は其の作用をしたものであるし、*mandatum post mortem* (死後委任) では其の受任者が當るし、ビザンチン法では捕虜身受や貧救の目的の爲めの出捐には其の執行者が往々任命せられてゐる。

## 第五章 必然相続

### 第一節 形式的必然相続

*sui heredes* は相続人に指定せられるか、或ひは廢除 (*exheredare*) されるか——*filiusfamilias* のときは個別的 (*nominatim*)、爾他の者は一括的 (*inter ceteros*) 廢除で足る、但し儒帝は總てに *nominatim* の廢除を要求する——を遺言中で考慮される権利を有する。若し何れの處分も受けず脱漏 (*traerere*) せらるるときは、脱漏せられた者が *filiusfamilias* のときは遺言は無効となつて法定相続が開始し、脱漏せられた者が其の他の *sui heredes* なるときは、被指定者が *sui heredes* なるときは頭分、其の他の者なるときは遺産の半額を取得する。法務官は此の權を總ての *liberi* に及ぼした。男性ならば *nominatim* の廢除、女性ならば *inter ceteros* の廢除を要する。*sui heredes* に屬する息が脱漏せられたときは市民法の場合と同じく無遺言相続が開始して、廢除せられた *liberi* も法定相続に参加することを得るが、其の他の場合には廢除せられた *liberi* を除く *liberi* (脱漏せられた者と指定せられた者) が相続に召喚せられ、*liberi* に屬しないで指定せられた家外人は何物も受け得ない。但しこれは一年内に脱漏せられた者が *honorum possessio contra tabulas* を得たときに限る。

### 第二節 實質的必然相続

主として *centumviri* (百人官) 法廷で、適當額の遺産を近親に與へない遺言を *testamentum inofficiosum* (不倫遺言) とする慣行に源を發し、古典法では遺言者の卑屬尊屬同父母兄弟姉妹 (最後の者は遺言者が *turpis*



persona (卑しき人間) を指定した場合に限る) が遺言者の死亡に際して受けた額 (受ける方法の如何を問はず、必ずしも相続人に指定せらるる必要なし) が無遺言相続人なりしならんには受くべかりし額の四分の一に達せざるときは、かかる不倫遺言作成者には精神錯亂の色 (color insaniae) あるものとして、遺言者の死亡後五年内に自己自ら——其の相続人には訴権は移轉せず (\*actio vindictam spirans 復讐呼吸訴権) —— 遺言相続人に對し querela inofficiosi testamenti (不倫遺言の訴) を提起することを得る。效果として無遺言相続分 (義務分ではない) に障碍を與ふる限度に於て遺言は取消される。原告が單獨無遺言相続人のときは指定は全部取消されて、他の遺言處分も無効となり、然らざるときは、指定部分が減額せられ、其の他の遺言處分も時には影響を受ける。儒帝法では全然一文も取得せざる場合を除き、義務分に不足の分に對する訴 (\*actio ad supplendam legitimam 義務分補充の訴権) を提起す可きものとなつた外、義務分の額も二分の一 (無遺言相続人が四人以上) 又は三分の一 (三人迄) に高められ、更に Nov. 115 を以て尊屬及び卑屬は法定の廢除理由——卑屬には 14 尊屬には 8 —— に基いてのみ相続より廢除し得るものとし、若し脱漏又は理由なき廢除あるときは querela i. t. により遺言相続人に對し無遺言相続分の請求をなすを許すが、他の遺言中の處分は有効とし、指定せらるるも義務分に充たざるときは \*actio ad supplendam legitimam により不足額のみを請求を許すことにしてゐる。兄弟姉妹に關しては Nov. 115 は何等觸れず。

生前の贈與によつて義務分を害したときは querela inofficiosi testamenti に模した querela inofficiosae donationis (不倫贈與の訴) がある。贈與の時に義務分を害してゐなければ、後の贈與によつて義務分不足を生ずる

とも、前の贈與は義務分侵害とはならぬ。

## 第六章 相続財産の取得

### 第一節 相続人の種類

市民法の相続人は、相続開始と共に相続人の意思なくして、更には其の意思に反しても法律上當然に (ipso iure) 相続人とせらるる必然相続人 (heres necessarius) と、常に相続人の意思表示によつて相続人に確定し、相続を承認するや否やは其の任意とせらるる任意相続人 (heres voluntarius) にわかたれる。前者は (1) sui heredes (2) sui heredes に非ざるも尙ほ家長權に服する卑屬 (遺言相続のときのみ問題となる) (3) 自由を附與せられて (cum libertate) 相続人に指定せられた奴隸。是等は家に屬する者であるから家内相続人 (heres domesticus) と云ふ。後者は爾他の家外の相続人である。従つて家外相続人 (heres extraneus) と云ふ。

### 第二節 相続の承認及び拒絶

一) 家外相続人は常に相続承諾の意思表示を俟つて相続人に確定する。當初は要式的な意思表示 (cretio) を要したが、後には承諾の意思表示の表現と解せらる可き行爲を爲すこと (pro herede gestio 相続人としての行爲) 又は單純な意思表示 (狹義の aditio hereditatis 相続の承繼) でも足るに至り、cretio は唯遺言相続に付て遺言者が一定期間、通常百日内に cerne e (決定) す可き旨を命じた場合にのみ必要となつた。cretio を命ぜられた被指定者は、相続拒否の意思表示後と雖も cerne e することを得るが、他の家外相続人 (即ち cretio なき被指定者、無遺言相続人) の拒否の



意思表示 (repudiatio) は承諾と同じく拘束力がある。儒帝法には *cretio* の制は存しない。

二) *bonorum possessio* は常に当事者の申請に基づいて附與せられる。申請期間は通常は自己に相続開始あるを知つた時より百日、尊屬卑屬は一年の實用期間。

三) 家内相続人は必ず相続人たることを要し、而して被相続人の債務が多額なるときは相続人にとり酷な場合がある爲め、法務官は *sui heredes* には相続拒否權 (*beneficium abstinendi*) を與へた。其のときは市民法上は依然相続人であるが、法務官は相続人に非ざるが如くに取扱つて、相続債権者の彼に對する訴を認めず。相続人が相続財産を隠匿すれば此の利益を失ふ。

四) 相続の承認に必要な行爲は相続の開始あつた者自らがなすを原則とする。従つて幼児及び精神錯亂者は當初は家外相続人たることを得なかつた。法務官法上此の制度は寛大となり、幼児には其の父又は後見人が代つてこれを行ひ、精神錯亂者には其の保佐人暫定的の *bonorum possessio* を取得し、*impubes infantia maior* (幼児期以上の未成熟者) は單獨で承認が出来ることが、相続債務に責任を發生せしめるには後見人の助成が必要であり、浪費者は相続の承認が利益なる場合には認められ、法人は其の機關が承認し得た。

### 第三節 *hereditas iacens* (註一)

相続の開始と相続人の確定との間に時間的間隔の存するは家内相続人の相続に付ては殆んど稀——例へば條件附指定の如き場合——なるに反し、家外相続人の相続に付ては常に例外なく存在する。此の間の相続財産を

*hereditas iacens* (横はる相続財産) と云ふ。\**hereditas iacens* は「増加及び減少を受ける」。此の理を説明せんが爲めに諸種の概念構成が試みられて、或ひは相続の承繼が相続開始の時に迄遡るとし、或ひは被相続人の人格が相続の承繼迄相続財産を維持するものとする學說などがあつたが、少くとも儒帝法では法人と解せられてゐる。

(註一) 春木「*Hereditas iacens* の性質」日本法政雜誌 X, 8.

### 第四節 *usucapio pro herede* と *interrogatio in iure*

一) 遺言に於て期限附 *cretio* の命ぜられた場合を除き、市民法の家外相続人の承認は期限の制限はない。これは相続債務者に迷惑であり、家祀との關係上も憂慮さる可きことである。これが爲め相続財産を一年間占有した者には善意、正権限の要件を缺くも時効を完成せしめて相続人たらしめる制度が古くより存した。後此の *improba et lucrativa usucapio* (不正にして備けある取得時効) に對する攻撃は法務官に初まり、*Marcus Aurelius* 時代には *usucapio pro herede* (相続人としての取得時効) は *crimen expilatae hereditatis* (相続財産竊奪の罪) となつて了つた。

此の外相続債権者保護の爲め法務官の定めた制度に *interrogatio in iure* (法廷質問) がある。相続債権者が相続の開始あつた者に対し相続を承繼す可きや否やの決定を裁判所に要求するときは、法務官は熟慮期間 (*tempus deliberandi*) 通常百日内に決定す可き旨を命ずる。此の期間を空過したときは相続を拒否したものと看做され、最後に *venditio bonorum* (遺産の賣却) となる。儒帝法では熟慮期間は皇帝が一年を定め得る外は九ヶ月を超えることを得ず、又此の期間を空過すれば相続を承諾したものと看



做される。尙ほ *beneficium abstinendi* 制定後は *suus heres* にも熟慮期間の制が擴張せられてゐる。

### 第五節 *in iure cessio hereditatis*

家外相続人に法定相続が開始したときは——最近の宗族の無遺言相続の場合——*in iure cessio* で「開始せられたが未だ取得されてゐない相続財産」の譲渡が出来、譲受人は「あたかも自身が法律によつて相続に召喚せられたかの如く」相続人となる。

### 第六節 相続承認権の相続 (*transmissio*)

原則として移轉はしない (*hereditas non dum acquisita non transmittitur ad heredes heredis* 未だ取得せられざる相続財産は相続人の相続人に移轉せらるることなし)。例外下の如し。

(1) 相続の開始あつた者が其の過失なくして或る期間承認行爲を妨げられ、而して其の期間内に死亡したときは、法務官は事情を調査して其の相続人に *bonorum possessio* の取得を許した。

(2) *Theodosius II, Valentinianus III* の勅法に基き、相続の開始と遺言の開封との間で死亡した爲め承認し得なかつた指定せられた卑屬の承認権は、更に其の卑屬に移る (*transmissio Theodosiana*)。

(3) 儒帝法に基き、自己に相続(遺言、無遺言)の開始ありしことを知つた時より一年内に、又は熟慮期間が附與せられたときは其の期間満了前に死亡したときは、其の一年内又は熟慮期間内に、其の死亡者の相続人は死亡者に開始した相続を承認することを得る (*transmissio Iustiniana*)。

### 第七節 相続承認の効果

一) 相続人は被相続人の包括承継人となる。市民法上の *heres* は被相続人の有した債権物権の訴を提起し得るが、*bonorum possessor* の訴は *actio ficticia* (擬制訴権) である。反對に訴へられる場合も同じ。

二) 相続人は被相続人の債務を全部承継し、相続債権者は相続人の債権者と同地位の債権者となる。これは時によつて利害關係人に酷なる結果を生ずるから、下の如き救済手段が認められた。

(1) *beneficium separationis* (財産分離の利益) 相続債権者が相続開始後五年内に、未だ相続財産が相続人の財産と混同せざる中に、相続財産の分離を申請したときは、其の財産に付ては相続人の債権者に優先して辨済を受け、其の代り若し辨済に足らずとも不足額は相続人に請求し得ざる——尤も *Papinianus* の法文では、相続人の債権者を辨済して餘あれば相続人の財産からも請求が出来ることになつてゐる——制度を法務官が告示で制定した。

(2) *beneficium inventarii* (財産目録の利益)<sup>(註一)</sup> 相続人が *tempus deliberandi* を請求せずして、相続の開始を知つた時より 30 日以内に相続財産目録の作成に着手し、其の後 60 日以内に完成し、證人の面前で宣誓したときは、目録内の相続財産の限度で相続債権者に對し責を負ふ制度は儒帝の 531 年の勅法に成る。辨済は債権額に按分比例せず、債権の通告順で行はれる。遺贈は *nemo liberalis nisi liberatus* (何人も債務より解放せられざれば出捐者ならず) の原則により相続債権に後れる。目録作成中は相続債権者の訴に應ずる必要はない。財産目録の利益を享受する場合には、被相続人に對する債権債務は混同によつて消滅しない。



(註一) 春木「Beneficium inventarii」京都法學會雜誌 V, 9.

(3) 家内相続人が beneficium abstinendi を援用したときは依然相続人ではあるが、相続人に非ざるが如き取扱を法務官法上受ける。

(4) 相続人の債権者に対する救済手段は羅馬法にはない。

### 第八節 相続能力と *capacitas*

一) 相続人は相続能力を有することを要する。遺言相続人の相続能力は *testamenti factio passiva* と云ふ。相続能力は

(1) 法定相続に於ては相続開始の時より遺産承継の時迄繼續して存するを要し

(2) 遺言相続に於ては此の外遺言作成の時に存することを要する。但し遺言の作成より相続の開始迄繼續して存することを必要とせず (*media tempora non nocent* 中間時は害せず)。

二) 帝政の立法以來は *testamenti factio passiva* はあるも、有効に取得する (*capere*) 能力を剝奪される場合が出た。かかる能力 (*capacitas*) は遺産取得の時のみの問題である。遺言の作成相続の開始の時には問題とならず。下の者は *capacitas* を有せず。其の相続分は *caducum* として他の被指定者にうつる。一人のみが指定せられてゐた場合には法定相続が開始する。

(1) *leges Iulia et Papia Poppaea* により、獨身者は相続開始を知つた時より百日内に婚姻せざるときは、其の相続分の全部、無子者は半分を取得することを得ず。無子の夫婦間では一方の配偶者が他を相続人に指定するときは、十分の一と、三分の一に対する用益権のみを取得する。此の規定は遺言者の血族姻族の或る者には全部又は一部の適用なし。

(2) *lex Iunia (Norbana)* により、*Latini Iuniani* は相続開始を知つた時より百日内に市民権を取得せざる限り取得能力なし。

儒帝法には *capacitas* の制はなし。

### 第九節 共同相続人

一) 相続人多数のときに其の一人が相続を承継せざるとき——遺言者より先の死亡、條件の不成就、承継の拒絶、後發の相続能力缺除等に基き——は

(1) 遺言相続に於ては (イ) *transmissio* (ロ) *substitutio* (ハ) 他の相続人へ添加の順序で其の相続分を處分する。

(2) 法定相続では上記の (ロ) は固より發生の餘地はない。

(3) 遺言者が定めた割合が初から全部を盡さざるとき、或ひは全部を盡すも、後發事情により相続人とならざる者が現はれたときに添加が發生する。通常は相続分に應じて行はれるが、時には或る人間のみを特に密接に結合せしめて、其の結合せられた人間の間にのみ添加を發生せしめることはある。客觀的事情並びに言語よりして密接結合の存する場合 (*re et verbis coniuncti* (物と言語による結合者) 例へば *Titus et Maevius ex parte dimidia heredes sunt; Sempronius ex parte dimidia heres esto.*) と客觀的事情のみよりして然る場合 (*re coniuncti* 例へば *Titius ex parte dimidia heres esto; Seius ex parte, qua Titium heredem institui, heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto.*) たるを問はず。但し言語の上では密接結合の外観あるも、實際は何等これなき場合 (*verbis coniuncti* 例へば *Titius heres esto; Gaius et Maevius aequis ex partibus heredes sunt.*) は然らず。



二) 遺言相続に於ては Augustus の婚姻法に基き上記の相続分の添加は大なる制限をうけた。

(1) quod pro non scripto (書かれざるに等しきもの) 市民法上當初より無効な處分——相続能力なき者又は既に死亡した者を指定した如き——に關しては ius antiquum (古法) を維持し、かかる者の相続分は substitutio なき限り、他の被指定人の相続分に添加する。

(2) caducum (轉落財産) 及び in causa caduci (轉落財産の地位にあるもの) 當初よりは無効ではないが、被指定者が取得しなかつた相続分は其の理由が incapacitas 又は當初有効な處分が被相続人の死亡後の何等かの事由に基く場合は caducum とし、被相続人の遺言作成後死亡前に發生した事由に基くときは in causa caduci と稱し、被相続人の三等親迄の指定せられた卑屬尊屬の相続分には添加するが、其の他の者の相続分に付ては然らず、當該遺言中の被指定者にして子を有する者にうつり、若しかかる者なきときは aerarium, Caracalla 以來は fiscus に歸屬することとなつた。儒帝法では caducum の制度はなく、ius antiquum が復活してゐる。

三) collatio (財産持戻) praetor が liberi に bonorum possessio を附與する場合には、emancipatus は權力服從關係解消後に得た財産を持戻す (conferre) ことを要する (collatio emancipati)。娘に dos が設定せられたときも他の sui heredes との關係ではこれに準ずる (collatio dotis)。collatio emancipati は家兒の財産能力の擴張と共に意義がなくなつて、帝政後期より相続人が被相続人より受けた特別財産、即ち dos, donatio ante nuptias, 被相続人が相続人の爲めに公職 (militia) を取得せんが爲めに要した費用、特別の場合の通常の贈與 (被相続人が collatio を命じたとき、

他の相続人に collatio の義務あるとき) に關する別個性質の collatio が發生した。儒帝法では法定相続人が遺言で指定せられた場合も其の義務あり、collatio の實行方法としては當初は相続開始の時に存する財産を持戻す (conferre) ことを約する cautio をたてたが、後には cautio なくして事實上財産を持戻すことも行はれ、更には自己の相続分より控除しても行はれる様になつた。

四) 遺産中有體物は共同相続人の共有に屬する。通常の共有であつて、各自は其の持分を自由に處分することを得る。分割の訴を actio familiae eriscundae と云ふ。分割には唯移轉的效果があるに過ぎず、相続開始の時迄効果が遡及することはない。各分割者は分割部分について互に追奪擔保の責に任ずる。遺言書及び相続財産に關する證書は遺産の一番大部分を占めた者が保管する。平等のときは合意で定め、合意協はざるときは抽籤による。他の者は其の寫しをとることが出来る。尊屬が相続財産の分配をなすことも古典時代より行はれ、別に特則はなかつたが、儒帝は書面の作成を要求してゐる。此の尊屬の分配 (divisio parentum) は唯 actio familiae eriscundae に於ける index の裁定に對する參考資料となるに過ぎない。遺産中債權債務は十二表法の規定により法律上當然に相続人間に分割される。

## 第十節 相続財産の保護

一) 相続人は相続財産を一括しての保護手段と、相続財産を構成する個々の財産の保護手段の二を享有する。此處に述べるは前者に限る。

二) heres の保護 hereditatis petitio (相続請求)。

(1) 當事者適格 (A) 原告は市民法上の heres、自己に相続の開始



ありしことの証明をなすことを要するが、既に相続を承継したことの証明は *ereditio* 附の被指定者のみに必要である。

(B) 被告は (a) 相続財産の占有者 (*possessor*) ——有體物を占有する者 (*corporis possessor* 有體物占有者) のみならず、相続債務を支拂はない債務者 (*iuris possessor* 権利占有者) も此の語の中に入る——にして原告の相続権を争ふ者。此の中には (イ) 自己が相続人なりと主張する者 (*pro herede possessor* 相続人として占有する者) と、(ロ) かかる主張はなさず、何故に占有するかと問はれたらば「占有するが故に占有する」と答へるより外なき者ではあるが、尙ほ原告の相続人たることを争ふ者 (*possessor pro possessore* 占有者として占有する者) とがある。( ) *senatus-consultum Iuventianum* (129 A. D.) 後は「悪意で占有を止めた者」(c) 儒帝法では占有者として原告の訴訟に應じた者。

(2) 目的 *res hereditariae* (相続財産を構成する物) の外附加物、果實、相続財産を用ひて取得せられた有體物無體物 (*res succedit in locum pretii et pretium in locum rei* 物は價格の地位を襲ひ、價格は物の地位を襲ふ) の返還、損害賠償、責任の範圍は *senatus-consultum Iuventianum* 以來は (a) 善意の占有者は争點決定の時に彼のもとに存する利得額の返還責任のみ、争點決定後は悪意の占有者と同一。(b) 悪意の占有者は現存物は勿論、果實も採取を怠つた果實、物と代價との差額、全 *culpa* に基く損害 (争點の決定後は *casus* の責任) に付き責を負ふ。善意占有者は *rei vindicatio* で訴へられるよりは *hereditatis petitio* で訴へられる方が責任が軽い。故に *pro herede possessor* が相続人から *rei vindicatio* を提起せられたときは、*hereditatis petitio* を自己に提起す可き旨を請求することが出来る。

三) *bonorum possessor* の保護 (A) *interdictum quorum bonorum*

(1) 當事者適格 (a) 原告は法務官より *bonorum possessio* を附與せられた者。(b) 被告は有體物を *pro herede, pro possessore* で占有する者。市民法上の *heres* たることもある。但し *corporis possessor* に限る。

(2) 目的 *interdictum adipiscendae possessionis* (占有取得の *i.*) による占有の取得を目的とする。被告の善意悪意による責任の區別なし。

(B) *hereditatis petitio utilis* (*hereditatis petitio possessoria*) 總ての相続財産を目的とすることを得る。制度は *itp.* ?

### 第十一節 *bona vacantia*

相続を承継する者何人もなきときは、相続財産は *bona vacantia* (相続人曠缺の財産) となり、*leges Iulia et Papia Poppaea* によれば *aerarium* 後 *fiscus* に歸屬した。船員の *bona vacantia* は其の組合に、僧侶の *bona vacantia* は教會に歸屬する。國庫は遺贈、解放、其の他の相続財産の負擔を履行する義務を負ひ、相続債權者に対しては相続人と同一の責任を負ふ。但し辨済に足らざるときは *bona vacantia* が國庫に屬せざると同様に取扱はれ、債權者は *bonorum venditio* の手續で辨済をうける。*bonorum venditio* の手續によつて遺言者のなした出捐行為は全部無効となる。爲めに *Marcus Aurelius* は遺言で自由を附與せられた奴隷が相続債權者に辨済す可き保證を提供して、*bona vacantia* を引受けることを認めた。



## 第十二節 bona ereptoria

Leges Iulia et Papia Poppaea 其の他の立法により、相続人の indignitas (相続人に値せざること) に基き、有効に承継された相続財産が剝奪される場合がある。被指定者が遺言者を殺した場合、理由なき querela inofficiosi testamenti を提起したとき等々其の数は多い。法律上は依然 heres 又は bonorum possessor であるが、取得した遺産は bona ereptoria (剝奪財産) として fiscus に歸し、國庫が相続人の地位に立つて (heredis loco) 相続債務を辨済し遺贈を履行する。

## 第七章 遺贈及び信託遺贈

### 第一節 遺贈 (legatum)

- 一) 意義 相続財産の負擔に於て遺言、後には codicillus (小書附) 中で爲さるる出捐行爲である。
- 二) 遺贈を受ける能力 相続人たる能力と類似の制限あり。
- 三) 方式 言葉に従つて四種類にわかたれる。
  - (1) legatum per vindicationem (物權遺贈) 物權は當然に受遺者にうつる。目的物は遺言作成の時及び遺言者死亡の時遺言者に屬することが必要である。
  - (2) legatum per damnationem (債權遺贈) 債權の目的たり得る物は全部此の方法で遺贈が可能である。
  - (3) legatum sinendi modo (許容遺贈) (2) の一種で受遺者に遺贈の目的物を取得することを許すから、目的物は遺贈者遺贈義務者に屬す

ることを要する。

(4) legatum per praeceptionem (先取遺贈) S. 派の學説によれば共同相続人の一人が受遺者としてうける遺贈——遺産を分割する前に受遺者たる相続人が相続分の外に遺贈の目的物をとることを許す意——であるが、P. 派によれば (1) の一種である。Hadrianus は後説を是認した。

遺贈者が方式の選擇を誤つたときに關して senatusconsultum Neronianum はあたかも最良の法律によつて (optimo iure) 遺贈が爲された如くにして、效力を保持する途を講じた。

四) 目的 (1) 有體物は代替物集合物でもよし、他人の物は遺贈者が他人の物なることを知つて遺贈した場合に有效。義務者は權利を取得してこれを受遺者に移轉す可く、若し不能か過分の費用を要するときは、其の價格を辨済すれば足る。種類物の遺贈に付ては履行した物に付て義務者に追奪擔保の責任あり。果實は遺贈の中には含まれず、目的物が變形したときに、變形した物に遺贈が残存するか否かは法學者の間に争あり。遺贈義務者は必要費の償還を請求することを得、其の他の費用は bonus vir の判斷で決定される。

(2) 無體物中債權は第三者が債務者たる時 (legatum nominis 債權遺贈) のみならず、受遺者が債務者たる場合 (legatum liberationis 免除遺贈) でも可。債務者が其の債務を債權者に遺贈したるとき (legatum debiti 債務遺贈) は債權者に新利益を齎す場合 (條件期限の撤廢、抗辯權の排除) にのみ有效。第三者に對して遺贈せられた債權が、遺言者の生前中に辨済せられたときは、原則として其の遺贈は失效する。但し辨済物を債權に代はらしめる意思のときは、其の意思に従ふ。

受遺者に目的物の選擇を許す場合もある (legatum optionis 選擇遺贈)。



五) 共同受遺者 一個の目的物が多數人に遺贈せらるるときは, *legatum per vindicationem* に於ては共同受遺者は目的物の共有者となり, 一人が受遺者とならなかつた場合は, 其の者の持分は他の共同受遺者に添加する. 遺贈が *coniunctim* (結合的) の場合たると (*Titio et Seio hominem Stichum do lego*), *disiunctim* (分離的) の場合たると (*Titio hominem Stichum do lego, Seio eundem hominem do lego*) を問はず. 但し數人間に *coniunctim* の遺贈をなし, 他の者をそれより分離したときに (*Titio et Seio hominem do lego, Maevio eundem hominem do lego*) 其の *coniunctim* の共同受遺者の間に受遺者とならない者が現はれたときは, 其の持分は其の密接に結合せられた者の間にのみ添加する. *legatum per damnationem* に付ては *coniunctim* に於ては各受遺者は自己の持分についてのみ請求が出来るに過ぎず, 空いた持分は相続人に歸屬し, *disiunctim* に於ては各共同受遺者は全部の請求が出來, 遺贈義務者は一人に目的物を交付し, 他には評價額を與へるのであるから, 受遺者とならぬ者が現れたときは義務者の負擔が一人分丈け減することとなる. 儒帝法では如何なる遺贈でも他の受遺者に添加する. *leges Iulia et Papia Poppaea* により, 受遺者にも *caducum* が發生し特別の規定の適用をうける.

## 第二節 信託遺贈 (*fideicommissum*)

一) 意義 被相続人が *legatum* の方式を踐まずして行ふ終意死因の出招行爲である.

二) 方式 當初は懇願的の用語 (*verba precativa*—*rogo, fideicommitto, peto, volo*) を用ひてなされることを必要としたが, *Severus* の勅法以來は意思さへ判明せば用語の如何は問はない. 文書によると口頭たる

と, 明示たると黙示たると, 證人前たると然らざると, 遺言中で爲すと然らざるとを問はない. 通常は信託遺贈義務者に對する書面 (*codicillus* 小書附) を以て行はれた. *codicillus* は或ひは遺言書と併用して用ひられ, 或ひは遺言なくしても行はれる. 遺言書と併用して用ひられ, 遺言で確認せられてゐるときは (*e. testamento confirmati* 遺言によつて確認せられた小書附) (先に *e.* を作成して置いて後の遺言で確認し, 或ひは遺言中に後に作成することあるべき *e.* を豫め確認する), *legatum*, 解放, 後見人の指定も此の *codicillus* の中で出来る. 遺言が遺言として無効のときには, これを *e.* となす旨の表示 (*clausula codicillaris* 小書附約款) を遺言中に挿入することが出来る. 前の *codicillus* は後の *codicillus* と抵觸する限度に於て取消される. 従つて數通の *codicillus* が全部效力を保持することを得る. これ遺言と大いに異なる所である.

三) 能力 (1) 遺言作成能力ある者は何人も *f.* をなすことを得る. (2) 信託受遺者は *Hadrianus* 以來は略々 *legatum* と同様となつた. (3) *fiduciarius* (信託遺贈義務者) は被相続人の死亡を原因として何物かを取得した者である. 相続人 (無遺言, 法定), *legatum* の受遺者の外, *fideicommissarius* (信託遺贈受遺者) 自身でもよい.

四) 内容 *fiduciarius* の受けた額より重い内容のものを負擔させることを得ない. 超過額は無効である.

五) 效果 *fiduciarius* と *fideicommissarius* との間に常に債權を發生する. 従つて被相続人の物のみならず, *fiduciarius* 第三者の物でも目的となすことが出来る.

六) 保護 當初は單に受託者の信 (*fides*) に依頼するのみで—従つて *fideicommissum* の語あり—訴へ得なかつたが, *Augustus* 以來は



extra ordinem で訴が認められた。Claudius 以来は特別の praetor fideicommissarius が任命せられた。

### 第三節 遺贈と信託遺贈の統一

方式自由な fideicommissum は legatum に影響を及ぼした外、legatum に対する制限は fideicommissum にも擴張せられて、兩者交互に影響し合ひ、ビザンチン期には兩者の統一完成した。コ帝は legatum に關する言語の方式を廢止し、反對に codicillus に付て遺言と同じく證人の立會を必要とし、爾後遺贈義務が遺言相續人に負擔せしめられると legatum となり、兩餘の遺贈は全部 fideicommissum となつたが、儒帝は legatarius にも fideicommissarius にも、遺贈物に關しては第三者に對する物的訴權、負擔者に對する法定抵當權附人的訴權を與へ、更に全然兩者の差異を廢止し、legatum にも fideicommissum にも一方の規定は他方に適用あるべく、legatum と呼ぶも fideicommissum と呼ぶも同一物となつた ([per omnia] exaequata sunt legata fideicommissis)。

### 第四節 遺贈及信託遺贈の取得

一) 遺贈(以下信託遺贈を含む)の取得は遺贈者の死亡を前提とする。取得に付ては二時期を分つ必要がある。

(1) dies cedens (legati vel fideicommissi) (遺贈又は信託遺贈の權利發生日) 通常は遺贈者死亡の時 (lex Papia Poppaea は遺言開封の時としたが儒帝法では廢止されてゐる) であるが、遺贈が停止條件附のときは條件が成就した時である。此の時に於て受遺者は遺贈の目的物を取得する期待權を有し、此の期待權は相續が可能である。尤も用益權の如き相

續不能の權利が遺贈の目的たるときは此の限ではない。

(2) dies veniens (權利請求日) 通常は相續人(遺言、法定)が相續を承繼した時で、此の時に於て從前の期待權は實現して、受遺者は遺贈の種類に従つて、或ひは當然に物權を取得し、或ひは債權を取得する。遺贈が停止條件附のときは條件が成就した時である。條件又は期限附遺贈の受遺者は遺贈義務者に對して保證人附 cautio の請求が出来る。cautio を提供しないと、法務官は missio in possessionem legatorum servandorum causa を許可する。

二) legatum per damnationem の受遺者は dies veniens の到來と共に當然に遺贈を取得する。取得を欲しなければ actio を行使しないか、或ひは相續人と免除契約を爲す可きである。legatum per vindicationem の受遺者は S. 派によれば當然に物權を取得する。唯若し拋棄 (epudiatio) すれば dies veniens に遇つて相續人の有に屬する。P. 派によれば取得の意思表示を俟つて初めて物權を取得し、それ迄は無主の状態を呈する。S. 派の學説は初は通説ではなかつたが、後には勢力を得、儒帝法では完全に S. 派主義である。

條件期限附遺贈では、條件の成就期限の到來前は有效な拋棄の意思表示は出来ない、一旦意思表示をした後は取消し得ない。拋棄は全部に付て爲されることを要する。但し受遺者が dies cedens 後決定せずして死亡し、其の相續人數人あるときは、各自は其の持分に付て承認又は拋棄が出来る。

### 第五節 遺贈及信託遺贈の制限

遺贈(以下信託遺贈を含む)は義務者が被相續人より受けた額以上たることを得ないが、其の制限を除いては當初は何等制限がない。後多額の遺



贈は相続の非承継を來す惧ある爲め、法律による遺贈の制限が行はれた。

(1) *lex Furia testamentaria* (206—169 B. C.) 一定の近親を除き、何人も 1000 as 以上を *legatum* 又は其の他の死因行爲によつて取得することを許さず。但し *lex minus quam perfecta* で、受けると有効であるが、超過額の四倍額を相続人は請求することを得る。遺産額が少額の場合或ひは數人に 1000 as 以下を與へるときは、此の法律の趣旨は全然没却されて了ふ。

(2) *lex Voconia* (169 B. C.) 何人にも遺言相続人の取得額より多額の *legatum* 其の他の死因行爲による取得を許さず。多數の *legatum* によつて趣旨の没却せられること上に同じ。

(3) *lex Falcidia* (40 B. C. の平民會議決) 相続人は少くとも相続財産の四分の一を取得する。四分の三を超える遺贈の超過額は無効となり、受遺者多數のときは按分的に減額せられる。信託遺贈が負擔せしめられてゐる遺贈が減額せられるときは、信託遺贈も其の割合で減少する。知らずして超過額を相続人が履行すれば *condictio indebiti* (非債辨済の *c.*) を發生する。四分の一 (*quarta Falcidia*) とは相続債務、埋葬費用、解放せらるべき奴隸の値を全部遺産より控除した額の四分の一である。

(4) *senatusconsultum Pegasianum* 遺言相続人の負擔する *fideicommissum* にも *lex Falcidia* を擴張。

(5) *Antoninus Pius* の勅法 無遺言相続人の負擔する *fideicommissum* にも *lex Falcidia* を擴張。

*lex Falcidia* の規定は相続人のみの保護である。他には適用はない。儒帝法では *Nov. 1* に基き被相続人は此の規定の適用を排除することを得て、強行法でなくなつた。

## 第六節 遺贈及信託遺贈の失效

有効になされた遺贈(以下信託遺贈を含む)が後發の事由で失效する場合下の如し。

- (1) *diēs cedens* 前の受遺者の死亡、受遺能力の缺除。
- (2) *concursum causarum* (原因の競合)。
- (3) 遺言の失效。
- (4) *ademptio legati* (遺贈の取消) 明示たると默示たる(例へば目的物を賣却せば *exceptio doli* を發生、假令其の行爲が無効となるも然り)とを問はず。
- (5) *translatio legati* (遺贈の移轉) 後の遺贈は前の遺贈を取消す。

## 第七節 包括的遺贈及信託遺贈

一) *legatum partitionis* (部分遺贈) (*legatum per damnationem* の一種) あるときは、遺贈義務者は純相続財産額の幾分の一を受遺者に與へることを要する。受遺者は直接には第三者と何等交渉を持たず、第三者を訴へ、又は第三者に訴へられるは相続人のみであるから、交付の際には義務者は受遺者と *stipulatio* を交し、債權の辨済を得た場合には割合に応じて分配す可く (*stipulatio partis*)、債務が現はれた場合には受遺者をして分擔額を出さしめる旨を約する (*stipulatio pro parte*)。此の種の遺贈も *lex Falcidia* の適用を受け、添加 *caducum* に関する規定は *legatum per damnationem* に同じ。

二) 此の種の遺贈方法は *fideicommissum* にも及ぼされ、相続人に對し遺産の全部又は幾分率を一定期間後又は死亡の時に或る者に返還すべき旨



を信託することが認められ (hereditatis fideicommissum 相続財産の信託遺贈), legatum partitionis を驅逐した。かかる f. は包括的信託受遺者自身に対しても負擔せしむることを得た。

(1) 當初履行は形式的に賣買の形をとり、相続財産中の有體物は全部又は幾分率内の物を個々の移轉し, stipulationes venditae et emptae hereditatis (相続財産賣買の間答口約) によつて債権者又は受遺者の請求に関しては損害を受くることなき旨の擔保を得、反對に債権の辨濟を受けた場合には返還することを擔保した。従つて此の場合も包括承繼人は義務者のみである。

(2) senatusconsultum Trebellianum (56? 62? A. D.) によつて hereditas の返還を了するか、或ひは返還を約した場合 (conventio) でも、相続人が提起し得可き訴權、相続人に対して提起し得可き訴權は, utilis の形で信託受遺者が行使し、又は信託受遺者に対して行使し得ることとなり、法務官は更に hereditatis petitio utilis (fideicommissaria) を信託受遺者に附與し、義務者に対する訴又は彼の行ふ訴には ex emptio restitutae hereditatis (相続財産返還の抗辯) を附與した。茲に於て割合の範圍では相続人は名のみ heres で、信託受遺者が相続人の地位 (loco heredis) を占める。信託受遺者に対して包括的信託遺贈が負擔せしめられたときも、返還後は新信託受遺者が loco heredis を占める。これによつて相続人指定に関する諸種の制限 (期限、解除條件の不許可) を受けざるに拘はらず、實質的には相続人の指定と同然の新制度が出現した譯である。

(3) senatusconsultum Pegasianum (69-79 A.D.) は信託遺贈従つて包括的信託遺贈にも quarta Falcidia を擴張した。相続人が quarta Falcidia を請求した場合には S. C. Trebellianum の適用なく、該 S. C.

以前の方法及び個々の移轉を行ひ stipulationes で債權及び債務に關する分配求償を擔保した。又同法の規定により相続人が承繼せざるときは、信託受遺者の請求に基いて法務官は相続の承繼を強制し得ることとしたが、其の場合には quarta の控除はなく、信託受遺者が S. C. Trebellianum に従ふ loco heredis となる。

(4) 儒帝法では更に heres fiduciarius (相続人たる信託遺贈義務者) が quarta を請求した場合にも S. C. Trebellianum に従つて返還が行はれる可きものとした (即ち四分の三の範圍で信託受遺者は包括承繼人)。包括的信託遺贈は家内に資産を止める目的に最も用ひられた (Familienfideikomisse)。即ち一定期間の経過又は或る事件の發生 (特に受遺者の死亡) 後は目的物は第二受遺者に轉す可しとの形の substitutio (fideicommissaria) を利用して行ふ。

## 第八章 mortis causa donatio と mortis causa capio

一) mortis causa donatio (死因贈與) 贈與者が受贈者より先に死亡することを條件とする贈與である。多く生命の危険を伴ふ事件に臨む場合に行はれる。遺贈と類似するが爲め、遺贈の諸種の規定が準用せられる。

二) mortis causa capio (死因取得) 或る人間の死亡を原因として爲さるる利得行爲にして、特別の名稱なきものを云ふ。statuliber (候補自由人) が條件の趣旨を履行して相続人に幾金かを與ふるが如し。これにも亦幾多遺贈に關する規定が準用せらる。



## 第四章 法律行爲

### 第一節 概 説

現代の法律行爲論は羅馬人の爲した所ではない。名稱も *actus* は法律的意思ある行爲で、法律行爲を包含するも、更に公法上の行爲(例へば *agere cum populo*)、訴訟上の行爲をも含む。*negotium* は訴訟行爲を含むも無價の法律行爲を含まず。又總ての法律行爲を綜合してこれに關する通則を研究した譯でもない。カズイストックで體系化の仕事の下手な羅馬法學者とは凡そ縁遠いものである。然し乍ら羅馬法學者が各種の法律行爲に於て斷片的に説く所は、依然今日の法律行爲論の基礎をなしてゐる。

### 第二節 法律行爲の目的

#### 第一款 法律行爲の解釋

一) 概説 要式外形主義の古代法では、當事者の内心を顧慮することなく、表示行爲に通常附與せられる意義に従つて意思表示を解釋する所謂定型的解釋が行はれた。即ち意思表示は極めて慎重に行はねば當事者の豫期した効果を收め得ない。これ當事者の法律行爲に助力すること(*cavere*)が共和法學者の重大職務の一たりし所以である。共和末無方式の契約の効力が認められてより、漸く當事者の意思をも考慮する具體的解釋の出現を見た。恰も希臘より來つた修辭學は、法律又は法律行爲は其の言葉に従ふ可きか(*secundum verba, κατὰ ῥητόν*)、或ひは立法者又は行爲者の意思に従ふ可きか(*secundum voluntatem, κατὰ διάνοιαν*)の問題を討論し、法律家の間にも意思と表示、文字嚴格解釋と自由解釋の争は激烈を



極めるに至つた。當時の centumviri (百人官) 法廷に於て、裁判官 Q. M. Scaevola と辯護士 L. Licinius Crassus が訴訟に於て意見を戦はし、遂に遺言者の意思を尊重す可しとする後者の勝に歸した如き<sup>(註一)</sup>は、最も著名な證である。法學者次いで著書解答に於て此の問題を説く者多く、漸次意思の考慮、當事者の個人的關係、特定行爲の特別事情の參照に向つて學説を進めた。然し乍ら此の傾向とても言葉の意義が全然客觀的に明瞭なる場合にも、當事者の内部的意思の探求を許した譯ではない (D. 32, 25, 1 Paulus: cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio 言葉に於て何等の曖昧なきときは、意思の探求は許さる可きに非ず)。又古典時代とても自由な解釋の振ひ得なかつた部分は、特に古來の要式行爲に尠くなかつた。従つて古典時代には、客觀的な解釋方法を基礎とし、唯公平の要求し當時の法秩序の構成が許す範圍に於て、かかる解釋より生ずることある可き不當な結果の排除につとめたと謂ふ意味での客觀的立場を以つて其の時代色とするのが當つてゐるかも知れない。學説上全般的に行爲論を意思の上に樹立して、其の理論の上から議論したとは古典法學に對しては謂ふことを得ないのである。然かるに儒帝法に於ては完全な animus 理論の基礎の上に立ち、或る場合には不當に迄其の意思を強調するに至つた。

<sup>(註一)</sup> 船田「法の極は不法の極の起源」法律春秋 V, 7.

二) 慣習 (mos, mores, consuetudo)<sup>(註一)</sup> corpus iuris civilis には慣習法の效力に關して D. 1, 3, 32, 1 Iulianus の法文と、C. 8, 52, 2 コ帝の勅法との間に矛盾がある。前者に曰く「古慣習を lex と看做すは當を得ざるものに非ず。これ吾人が慣習によりて成立せし法律と稱するものなり。如何とならば lex 自身が吾人を拘束する所以は、國民の判斷によりて採用

せられたるに非ずして何ぞ。然らば國民が何等の文書によらずして是認せしものが總てを拘束するも故あり。如何とならば、國民が投票によりて其の意思を鮮明にすると、物自體行動自體によりて表現するとに何の差違あらん。従つて lex は立法者の投票によりて廢止せらるるのみならず、萬人の默示の合意を以つて不使用によりて廢止せらると承認せられしは至當なり」と。然るにコ帝は曰く「慣習、長期の使用の効力は僅少なるものに非ずと雖も、事物の理又は lex に打勝つ程に強大なるものには非ず」と。通説はコ帝の勅法は單なる一地方の特別の慣習を以つて羅馬の lex を廢止し得ざる旨を述べたに過ぎずと解して、矛盾を調和せんとしてゐる。

<sup>(註一)</sup> 恒藤「羅馬法に於ける慣習法の歴史及理論」(大正十三年) 其の他文獻法協 LVII, 6 p. 30 參照。

三) 任意法規 (\*ius dispositum) Ius publicum privatorum pactis mutari non potest (強行法は私人の合意を以つて變更せらるることを得ず)。Privatorum conventio iuri publico non derogat (私人の合意は強行法を廢せず)。其の反面として任意法は特別の意思表示で排除され得る。

四) bona fides (誠意)の原則 現行法に於ては法律行爲の解釋は信義誠實の原則の上に立つが、negotium stricti iuris (嚴正行爲)と negotium bonae fidei (誠意行爲)の對立した羅馬法では、誠意の原則はしかく當然の一般的原則ではない。

#### 第二款 法律行爲の目的の可能

Impossibilium nulla obligatio est (不可能なるものの債權(務)はなし)。自然的又は法律的不能事項を目的とする法律行爲は無効である。

#### 第三款 法律行爲の目的の適法

一) 強行法違反 古典法學者は法律の禁止違反の行爲を取扱ふに當つ



て、当該法律に如何なる制裁 (sanctio) が附せられてゐるかを論じてゐる。彼等の理論に従へば法律は sanctio の如何によつて *lex perfecta*, *lex minus quam perfecta*, *lex imperfecta* の三種に別たれる。一では違反の行爲は無効、二では無効ではないが罰が課せられる。三では實行すれば行爲は有効、罰もつかず。現行法に謂ふ強行法は固より第一のカテゴリーに屬するもののみである。ビサンチン期 Theodosius II Valentinianus III の勅法は禁止違反の行爲を無効と宣言してゐるが、果して例外なく常に無効とする趣旨なのかは疑はしい。

二) 脱法行爲 羅馬法に於ては脱法行爲は一の法律原理として説かれることはなかつた。所謂模倣行爲 (*nachgeformtes Geschäft*) は脱法行爲ではない。

#### 第四款 法律行爲の目的の社會的妥當

*negotium contra bonos mores* (善良風俗違反の行爲) の無効は *praetor* が告示で明言した。 *contra bonos mores* の給付を目的とする行爲は無効。 *contra bonos mores* の法律原因に基いてなされた行爲は *exceptio doli*, *denegatio actionis* (訴權の否認) 等の *praetor* の保護を發するのみ。 儒帝法では両者は融合し、何れの場合も無効。

### 第三節 意思と表示の不一致

#### 第一款 心裡留保 (\**reservatio mentalis*)

羅馬法には適當の法源なし。舞臺の臺詞、明瞭なる戲言、教授の爲めの表示の如きものは見えるも、眞の心裡留保ではない。

#### 第二款 通謀虚偽表示 (*simulatio*)

第三者詐害、法律回避の目的の爲めに假裝的に往々行はれる。これは無

効。善意第三者の保護はパルトルス等の後期註釋學派以後の産物。

#### 第三款 錯誤 (error)

錯誤が意思表示を害すること、而てそれが主張を許さんが爲めには恕す可き事由の存在を要し、特に重大なる過失なきことを要する等は法源に強調せられてゐる。寺院法以來學者は (1) *error in negotio* (行爲に於ける錯誤) (2) *error in persona* (人に於ける錯誤) (3) *error in corpore* (目的物に於ける錯誤) (4) *error in substantia* (材料に於ける錯誤) (5) *error in nomine* (名稱に於ける錯誤) 等の區別をしてゐる。是等の錯誤が如何なる効果を及ぼすかは明らかではないが、古典法に於てあらゆる場合に意思表示を害したのは (3) のみである。(5) は無方式行爲でも遺言處分でも目的物の同一性が確められる限り害しない。(4) に付ては古典法に於て賣買に關して争あり。儒帝法では害する學說勝利を得、賣買のみならず更に遺言處分の如きものに迄擴張せられてゐる。

法律の不知は恕せざる原則 (*iuris ignorantia non nocet* 法律の不知は恕せず) も未成年者兵士婦女等には例外あり。

### 第四節 意思表示の瑕疵

#### 第一款 詐欺 (dolus)

詐欺ある行爲は市民法上は有効である。共和末以來 *praetor* は *exceptio doli*, *in integrum restitutio ob dolum* 等による詐欺行爲の取消を許し、更に *Aquilius Gallus* の創定せる *actio doli* は不法行爲の立場から保護を與へた。

#### 第二款 強迫 (metus)

詐欺同様 *exceptio metus causa*, *in integrum restitutio ob metum* 及



び actio quod metus causa の三種の救済手段あり。

### 第五節 意思表示の效力発生時期と受領能力

債権者間の意思表示が何時より効果を発生するか法文には何等據る可きものなし。意思表示の受領能力と意思表示能力とを區別せし跡なし。

### 第六節 代理

直接代理は代理人自らが意思表示を爲す點に於て使者 (nuntius) と異り、法律効果が直接本人に歸屬する點に於て、一應行爲者自身に効果を發生し、更に本人行爲者間の内部關係に基き本人に移轉する間接代理とも異なる外、權力者の爲めにすることを表示すると否とを問はず、當事者の意思とは無關係に法律上當然に權力者に効果の生ずる權力服從者の財産取得行爲とも異なる。羅馬法に於ては僅少の例外を除き直接代理は認められず。蓋し取得に直接代理を認めざる不備は其の奴隸制を以つて補はれ、債務負擔に直接代理を認めざる不備は、praetor の actiones adiecticiae qualitatis (附加的性質訴權) による救済の途ありしによる、埃及に直接代理が認められたのは奴隸の數が多からざりし故と解せらる。

### 第七節 無効及び取消

一) 用語 法律行爲の不完全に對する用語は nullum, nullius momenti, inutilis, irritum, vitiosum 等凡そ三十を數へ得可く、而て用語のみよりしては無効か取消かを決定することは不可能である。

二) ius civile と ius praetorium 法律行爲の不完全に對する羅馬法の混亂複雑は、此の兩法の對立より生ずる場合が多い。概して云ふならば

無効は ius civile に多く、取消は ius praetorium に多い。蓋し praetor が ius civile の效力には觸れずして、唯訴訟上 exceptio や in integrum restitutio 等の失效手段を附與した場合が多いからである。

三) 效果 Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere (當初無効の行爲は時の経過によりて有効となることなし)。Quod ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest (當初無効の相續人指定は後の行爲によりて有効となることなし)。一部無効のときは普通法は D. 45, 1, 1, 5 を基礎として utile per inutile non vitiatur (有効のものは無効のものによりては害せらるることなし) の原則をたてた。取消の効果は或ひは遡及することあり (ex tunc), 或ひは然らざることあり (ex nunc)。未成年者が原狀恢復で取消しても現存利益は返還することを要する。

四) 取消の方法 或ひは訴の提起 (例へば querela inofficiosi testamenti), 或ひは法務官に對する申請 (in integrum restitutio), 相手方の訴に對する exceptio の行使等による。

五) 追認 (ratihabitio) 儒帝は追認に遡及效のあることを説いてゐるが、其の追認なる觀念は事務管理に於ける追認、非權利者の讓渡處分に對する追認、無權代理行爲の追認などを含むものである。

六) 無効行爲の轉換 testamentum としては無効なるも codicillus としては有効, legatum per vindicationem としては無効なるも legatum per damnationem としては有効, 奴隸の legatum としては無効なるも被解放者の adsignatio (指屬) としては有効の如き問題あり。



## 第八節 法律行為の自己制限

### 第一款 条件 (condicio)

一) 条件の種類 (1) 停止条件 (condicio suspensiva) と解除条件 (condicio resolutive) 羅馬法に於ては停止条件は古くより發達したが、解除条件は發達してゐない。condicio とあれば停止条件のことである。解除条件は停止条件に對抗する一個の獨立せる法律的形態とは解せられたことなく、従つて praetor も解除条件附行為に付ては、廢止に關する無方式の合意 (pactum) として取扱ひ、条件が成就するときは exceptio doli を與へて、解除条件の成就によつて利益を受ける者を保護した。解除条件は特に賣買に於ける諸約款例へば pactum displicentiae (試味約款), lex commissoria (一定期限内に代價を辨濟せざるときは賣買を廢棄する約款), in diem addictio (一定期限内により好条件の買主現はれるときは賣買を廢棄する約款) 等に於て利用せられたが、これとても當初は停止条件附と解せられてゐた。以下に説く所も特に斷はらざる限り停止条件を豫定する。

(2) condicio potestativa (隨意条件), condicio casualis (偶成条件), condicio mixta (混合条件) 純粹隨意条件附行為——若し汝が欲するならば——は無効である。

(3) 當然条件 當然条件附 stipulatio は無条件。

(4) 不能条件 不能条件を附した stipulatio は無効。legatum に付いては P. 派は無効, S. 派は無条件とした。儒帝は後説をとり、更に相續人の指定、信託遺贈、解放等の死因行為にも及ぼしてゐる (favor testamenti 遺言好遇)。

(5) 不法条件, contra bonos mores の事項を目的とする条件、愚弄

条件 是等条件附 stipulatio は無効。死因行為は無条件。

(6) condicio in praesens vel in praeteritum collata (現在又は過去に關する条件) 条件ではない。

二) 条件に親まざる行為<sup>註一</sup> actus legitimus qui non recipiunt diem vel condicionem (期限又は条件を受けざる actus legitimus) は ius civile の厳格な行為に多い。相續人の指定、自由の附與には解除条件終期は許されぬ。附加すると抹消される。

註一) 春木「条件ノ不許可」京都法學會雜誌 IV, 2.

三) 条件の效力 条件成就の效力が遡及するか否かは法文上一致せず。恐らく遡及効は itp. ならん。不成就に確定するときは其の行為は成立せず。条件の成否未定中は未だ actio を發生せざるも、其の期待的条件附權利はこれを保護することを要する。故に条件附權利の擔保を請求し得る場合あり。消極隨意条件附 legatum per damnationem の受遺者に、違反せし場合には返還するの保證 cautio Muciana を提供して、条件の成否未定中に遺贈を受けることを得る。儒帝は相續人の指定にも此の原則を及ぼした。又条件附權利の侵害は損害賠償義務を發生し、これを侵害する處分行為は無効であつて、条件附權利者を害することはない。条件の成就によつて不利益を受く可き當事者が故意に条件の成就を妨げたときは、其の条件は成就したものと看做される。反對に条件附義務者にも条件の利益を失はしむ可きではない。成否未定中になした履行は条件の不成就のときのみならず、未定中にも condictio indebiti で取戻せる。条件附權利義務は相續の物體であり、權利は處分保存が可能である。

### 第二款 期限 (dies)

始期 (dies a quo) には法律效力の發生に關するものと、效力は發生す



るも唯履行をとどめてゐるものがある。尤も多くは後者の履行の請求をとどめるものである。終期 (dies ad quem) は解除条件とは異り、羅馬法でも盛に利用せられた。用益権、組合、locatio conductio、定期金の stipulatio の如し。「期限の附加は債務者の爲めであつて債権者の爲めではない」(diei adiectio pro reo, non pro stipulatore) から、債務者は期限前に履行をなし得るが、債権者は期限前には請求は出来ない。請求すると plus petitio (過多の請求) となる。

### 第三款 負擔 (modus)

儒帝法に於て確定した意義では、modus とは遺贈相續人の指定贈與等の無償出捐行為に於ける附款である。負擔は恩恵に對する對價ではなく、單なる減殺に過ぎない。かかる負擔の保護は各場合に一樣ではない。遺贈に於ては負擔を condicio と解したり、fideicommissum と解したりしてゐる。後の方の解釋では固より負擔の利益を受ける第三者に請求権がある。相續人の指定では負擔が公の利益に關するときは、政務官が負擔不履行者に罰金を課することあり、遺言者が不履行の場合の罰金を命じ、或ひは補充指定を發動せしめることあり。贈與に於て負擔履行の保護手段として最も廣く用ひられたのは fiducia であるが、stipulatio poenae も行はれた。儒帝法では尙ほ負擔に付ても contractus innominati に於けると同様の保護が認められてゐる。

## 第五章 期間 (tempus)

一) <sup>\*</sup>computatio naturalis (自然的計算) と <sup>\*</sup>computatio civilis (市民的計算) 前者は瞬間より瞬間迄 (a momento ad momentum) 計算し、

後者は一日を單小單位として計算し、更に小さき區分を許さず。前者は正確であるが不便なるが爲め、唯二十五歳の成年期の計算のみに用ひらる。後者に於ける計算では初日はこれを算入する。末日は最終日の開始たることあり (dies ultimus coeptus pro iam completo habetur, dies postremus coeptus pro exacto habetur 最終日が開始するときは完了したるものと看做さる)、終了たることあり (postremus totus dies completus esse debet 最終日は全部経過することを要す)。月年を以つて期間を計算する場合は、曆によらずして一月は三〇日、一年は三六五日として計算する。

### 二) tempus continuum (繼續期間) と tempus utile (實用期間)

前者では期間をなす總ての日が計算せられるに反し、後者では實際問題の行為を爲し得可き日のみを計算する。後者は明示せらるることを要し、又一年より長い場合はない。後者の中でも唯單に問題の或る行為を爲し得るに至るとき迄期間の進行が開始せざるに過ぎざる場合 (<sup>\*</sup>ratione initii) (原則) と、開始後も尙ほ實際行為を爲し得ざる日は計算より除外する場合 (<sup>\*</sup>ratione cursus) (例外) とがある。

## 第六章 時 效<sup>(註一)</sup>

(註一) 風間「羅馬法に於ける時効制度の一斷面」法學論叢 XI, 3.

一) 訴權消滅時効の歴史 物權の取得時効及び消滅時効に付ては物權編參照。訴權の消滅時効に關しては ius civile の actio は當初時の経過によつて消滅することはなかつた。ius praetorium では多くの actio 特に不法行為より發生するものは、一定の期間——通常は一年の實用期間——内に提起して litis contestatio を爲すことを要したが、これが訴權の消滅



時効と解せられたのはテオドシウス以後のことで、當初はむしろ除斥期間に該當したと解せられてゐる。ius civile も後には querela inofficiosi testamenti は相続の承継後五年内に、人の身分に關する訴は其の人の死亡後五年内に提起を必要とするが如き場合を生ずるに至つた。Theodosius II に至つて初めて一般的の訴權消滅時効法を設け、通常の時効期間を三十年、或る場合には四十年とした。従前の短期のものは依然存続した。

二) 訴權の消滅時効の要件 無中斷の期間經過以外に何等要件はない。カノン法と異り善い要求されてゐない。

三) 訴權の消滅時効の効果 學說の争があるが、時効期間を經過すれば exceptio を發生する。

四) 時効の中斷 (interruptio) 儒帝法では訴の提起並びに利息の支拂、賦金の支拂、債務證書の作成等の債務の承認又は承認と看做す可き行為によつて中斷する。但し單純なる口頭の承認には中斷力はない。利息支拂の時効中斷效に關聯して、儒帝は定期的利息支拂義務者に債權者の請求に應じて、自己の署名ある受取證書の寫しか、支拂證書 (antapocha) を債權者に交付する義務を課した。自由に關する訴訟では管轄違の訴には中斷力がない。中斷には相對的効力が認められるに過ぎないが、連帶債務には例外がある。中斷後は新時効が進行する。判決によつて時効が中斷したときは、従前は短期訴權時効に罹る可き訴權なりしときは、判決後は通常三十年時効が進行する。訴が裁判所に繫屬し判決に至らないときは、一種特別の時効が發生し、最後の訴訟行為を爲した時より四十年にして訴訟は終了し、同時に訴權も時効に罹る。

五) 時効の停止 訴權を有する者が未成熟者なるときは常に、未成年者なるときは時効期間が三十年以下の訴權に付て、進行を停止する。



特 246

389

終

昭和十四年十二月五日印刷  
昭和十四年十二月十日發行  
講義用  
東京市澁谷區代々木山谷町二四六  
著作權者 原 田 慶 吉  
發行者 原 田 慶 吉  
東京市神田區錦町三丁目十一  
印刷者 白井 赫 太郎