

遺言相續制概史 (一)

福 島 四 郎

目 次

- 1 序説 遺言の發達
 - 2 ローヤの遺言相續制
 - 1 總説
 - 2 遺言の方式
 - 3 遺言の能力
 - 4 遺言の瑕疵
 - 5 遺言の内容
 - イ 相續人の指定
 - ロ 遺贈時に包括的信託遺贈
 - 6 遺言の無効・取消
 - 7 遺言の執行
 - 8 共同遺言 (以上本號所載)
 - 3 フランスの遺言相續制
 - 1 總説 (以下羅馬爲證)
- 参 考 書 籍
- 1 J. Kohler, „Rechtsphilosophie u. Universalrechtsgeschichte“ und E. Rabel, „Grundzüge des Römischen Privatrechts“ im Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung begründet von F. v. Holtzendorf (1915).
 - 2 F. Walter, Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian (1861).
 - 3 K. Dittenger, Das bürgerliche Recht—Ein systematischer Grundriss mit Hinweisen auf das frühere Recht—(1981).
 - 4 H. Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts mit einem Quellenbuch (1931).
 - 5 F. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (1900).

- 6 船田享二氏「羅馬法」
- 7 原田麿吉氏「ローマ法」
- 8 ハインリッヒ・デルンブルヒ著・瀧田忠三郎外二氏合譯「獨逸民法論」第四卷
- 9 近藤英吉氏「獨逸民法」〔V〕(現代外國法典叢書)

一 序説 遺言の發達

原始社會においては、人は生存中においてのみ意思活動が可能であつて、もはや自己の存在しない死亡後にまでその効力を及ぼさしめることは不可能である、と考えられたので、現在の財産所有者がその死後の處置や讓與を定める法律行為としての死因處分という概念は全然認めらるべくもなかつた。しかも當時の封建社會にあつては、死亡した被相續人の財産は家産として法律上當然に最近の親族に歸屬するものとせられたから、もしも死因處分が認められるとすれば、被相續人は自己の財産を處分するのではなくて相續人の財産を處分することになり、法定相續權侵害の結果を生ずる。だから最古の法律は家族共同體および氏族共同體の相續を不可侵的原則として確立し、家産の生前處分でも無條件に自由ではなく、ましてその死因贈與のようなものは一切これを許さなかつた。

ところが封建的家族制の弛緩と庶民的要素の優勢とが舊秩序を強行法としてそのまま維持することを困難ならしめるにいたつた。すなわち前記の相續思想が所有者の死後、相續人たる個人にゆだねられる効果を生ぜしめたことから、被相續人はその所有權を生存中において相續人とその効力が及ぶような方法で讓渡することができるようになった。かくて一たび所有者において相續人から所有權を剝奪する權能が認められた限りは、被相續人の生存の最終時において他人にこれを移轉すべき意思表示をなすことも亦認めないわけにはいなくななり、かくて必然的に

死因處分の成立をもたらずにいたつた。

ところがその間前驅をなしたものが相續契約であつて、これはもつぱら一つには當時は何人も養子をとることは自由であり、養子は人爲的息子として必然的に養親の相續人になつたことと、今一つには何人も民會に出席しその面前でかつその同意をえて財産を即時または將來に讓渡することができ、これによつてその讓渡行爲はただちに公的性格を附與され法的効力を認められたという特別の事情によつて發展せしめられた。しかし相續契約は強制的義務を伴いかつ相手方の同意なしには取消することができぬ厄介なものであつて、契約當事者はこれに堪えられなかつたので、何とかしてその例外を設けようと考えた。そこで相續契約をなすに當つては任意の解除權を留保するか、または財産を相續人にはなく別の受託者に出捐しこれにその實現を欲した終意處分の履行を依囑する方法においてなされる一方的かつ撤回可能の死因處分に發展した。この場合の法律上の相續人は第三者のための信託的相續人にすぎず實質上は遺言執行者に他ならなかつた。そしてその受託者はAがBよりも先に財産を取得することに何等の決定的利害をもつものではなかつたからして、被相續人は自から處分の決定を變更したり、受託者をして相續人と異つた名義人に財産を引渡ししめることができた。かくて一方的撤回性の遺言が確立し、これによつて人類の偉大な善行の一つが完成せられた。けだしそれは、人格は死後にも作用し、特別の事情を考慮して眞に出捐を必要とする者に出捐することができ、過不足を的確に調整することによつて自然の不統一と不合理を緩和することができ、損傷や分割によつて經濟上または慣習上の不利を招くことあるべき財團を結集して維持することもできる、という機能をもつたからである。だから遺言は人の善行の源泉であり理想的目的の促進手段、特に財團設立のための獻金方法でもあつたわけである。

ただ遺言について重要な問題は、被相續人の個人的意思をいかなる範圍で許すべきか、という點であり、だいたい

において恣意的になりがちな彼の意思に一定の制限を設け法律の規制に服せしめなくてもよいか、ということである。これが遺言には前述のような種々の長所があつたにも拘らず、被相續人によつて濫用されることをおそれてローマでもゲルマンでも容易にそれを認めようとしなかつたゆえんである。ところがローマの十二表法は一切を被相續人の良心と道義による義務的判断と社會的責任にゆだねて無條件的遺言の自由を認めると共に、他方では個々の場合における遺言の濫用の存否特に相續財産の不資格者に對する出捐の有無の審査を裁判所または他の公的機關の判定に一任すると同時に、また最近の相續人は被相續人に對する重大な道義的非行なき限り一定の法定分取得（法定相續分）權を有すべきものとした。これに反してドイツではその後も長期にわたつて遺言の承認には躊躇しつづけた。

二 ローマの遺言相續制

1 總 說

ローマ人は家(Haus, familia)を家父に従屬せしめられた人と財の總括的一體として理解した。そしてこの一體的思想は非常に強力だったので、死亡した家父の財産も亦遺産として一體視せられ、これまたfamiliaの語をもつて呼ばれた。かくて hereditas(相續)の基本概念も自から被相續人のもとに従屬したままの状態でなされる全財産關係の承繼として把握せられた。最古の時代における相續秩序の實態は全然不明であるが、家族團體や氏族團體の強靱性や sui heredes(自權者相續人)の名稱や所有關係または後に確認された女子が遺言するについての所有上の制限等のことから、最初は遺産に對する男系親族の權利が確實に保障せられ、遺言の自由は著しく制約せられていたことが推斷され、相續は氏族の法定相續をもつて原則とし、これを取やめその法律を變更するには國民議會の同意をうることすなわち特別立

法の手續を必要とし、私的の死因處分は全然許されなかつた。ところが既述のような事情で十二表法は從來と一變して無條件的遺言自由の原則を宣言し、その方法を各民家や農家の利益を設定しこれが人類自然の愛情に調和するよう各人の自由に一任することにした。ところがかかる無條件的方法における各自の意思によつて、あたかも法律によるのと同様に、死後の關係に効力を及ぼすべきこの權利は、決して自明的のものとしてではなく特にローマ市民に賦與された特權の一種としてかつまた公權の一種として承認せられた。

ところでもしもある者がせつかく自己に賦與された意思の自由を活用しないとすれば、それは彼にとつては全然無關心事であるかまたは彼自身その意思を法律が遺産について處分するところに無條件に従わしめるものと解せられるところから、死亡者がその遺産について何等の處分をもしなかつたときは、その相続は法律の定めるところに従つて行わるべきものとされた。これに對して十二表法は財産は家族および氏族において保有せらるべきものとする傳統的原則を固持したから、最古の承繼秩序は決して自然的愛情の立場からではなく實質上は政策的制度として把握されるべきものであつた。しかしその假定は被相続人が何等の意思表示をせず死亡した場合にのみ是認められたに止まり、彼がある者を遺産の一部の相続人に指定しその殘部については何等の處分をもしなかつた場合には、彼は全然意思表示せずに死亡したのでもなく法律の意思に無條件に従うことを欲したのでもなかつたことは確實であるから、その被指定者に殘部についても指定がなされたものとするのが被相続人の推定的意思に近いと解せられた。

そして死因處分の自由は、ただその終意は法定の一方的形式において宣言されかつ殘存せしめられることを要し、そうでなければその効力を認められない、という一點においてのみ制限せられた。かかる終意の方式的表示がすなわち遺言(Testa-ment)なのである。契約をもつて相続人を指定することすなわち相続契約は無効とされた。けだし既述のよ

うに公法上賦與された自由としての遺言能力は關係當事者の契約によつて制限さるべきものではなく、相續契約は被相續人の人格をも制約する反良俗的行爲であると考えられたからであつた。従つてそれによつて遺言の自由は廢棄せられることなくまた遺産の訴求がなされることもありえなかつた。

2 遺言の方式

既述のように十二表法において始めて遺言の自由が認められたが、それはただ年に二回その目的のためにのみ定められた民會において公的遺言の方式によつてのみなすことを許され (*testamentum*)、しかも人爲的の相續人を適法または假裝的の養子縁組によつて法定相續人とする内容をもつてなされたにすぎなかつた。またまさに戰場におもむかんとする兵士のためには特に部隊の面前において遺言をすることが認められた (*testamentum in proinctu*)。そのいずれの場合も遺言は口頭意思表示によつて成立した。その後假裝賣買式讓渡行爲 (*Manci*) が間接に相續法にも利用されるにいたり、被相續人は家産を假裝賣買の普通の方式に従つてすなわち五人の證人と一人の衡器所持人 (*libri*) の面前で家産購買者に賣却し (*mancipatio*)、同時に、始めは口頭の表示 (*nuncupatio*、一定) により後には書面によつて、相續開始の際その家産を取得すべき者を定め、家産購買者をしてその相續財産を更に相續人に引渡さしむべき義務がおわされた (*Mancipations*)。もちろん最初は生存者間の行爲 (*Geschäft unter Lebenden*) として行われたが、やがて前記の家産購買者への引渡行爲が廢止され、證人の面前でこれと共にする書面の作成と封印のみでたることになり、衡器所持人や家産購買者も單なる證人としての地位に轉落するに及んで、眞の遺言として行われるにいたつた。

上述の市民法上の遺言方式に對しては法務官によつて重要な緩和が試みられた。最初は法務官はただ市民法上必要な印數をもつて封印された遺言については、遺産占有 (*donorum possessio*) の効力を與える旨を宣言したにすぎず、その他の方

式上の瑕疵を立證して與えられた遺産占有を再び消滅せしめることは利害關係人の自由に一任したが、その後は市民法上の相續人がいなかった場合従つて法務官法上の相續人のみだつた場合には、七人のローマ市民を證人として封印された遺言については、たとえこれが他の理由例えば既述の *mancipatio* や *nuncupatio* の瑕疵によつて無効であるべきときでも、なお遺産占有を與うべきことを確約するにいたつた。だがそれは決して法定相續人を除外するものではなかつたから本來の遺言とはいへなかつた。しかしそれはアントニウス (*Antonius*) 帝の新勅令によつて變更せられ、かかる書面については所有權回復請求權を有する法定相續人に對する惡意の抗辯權が認められるにいたつて、法務官法上の遺言の概念が現われた。

その後遺言の方式は更に次のような變更をみた。*mancipatio* にいつて行われた一般の *nuncupatio* は消滅し、問題となるべき内容そのものの讀聽かせがこれに代つた。やがて衡器所持人と遺産購買者はなくなつてただ五人の證人のみを留めたにすぎなかつた *mancipatio* そのものも略されることになり、更に證人は遺言の外部の封印署名の他にその内部にも亦署名する慣行を生じた。これによつてしばらくは市民法上の遺言は五人の證人、法務官法上のそれは七人の證人をもつてする二種の方式が並存したが、テオドシユース (*Theodosius*) 二世 (紀元四三九年) によつて第一の方式を廢する廣汎な法律が公布せられ、遺言は七人の招請された證人の面前に遺言書として提示され、遺言者とその證人によつて署名せらるべく、その内容は祕密に保持せられるよう用意せらるべきことになつた。かくて遺言は口頭でなされ書面に作成されしかもその全過程は一連無中断に (*in eodem Zugē, als unitas actus*) なされなければならなくなつた (*testament nuncupativum in scriptum re-*)。そこで被相續人が無筆者であつたときは更に第八人目の證人が筆記の認證者として加わることを必要とし、盲目者の遺言の場合も同様であつた。この書面に變改した遺言の他に純然たる口頭遺言すなわち固有の式語的言

明による遺言も存在し (*testamentum nuncupativum*)、これについても遺産占有が許された。しかしその場合 *mancipatio* のための機能を果した七人は次第に普通の證人の地位に變改せられ、この方式において口頭遺言はその後の法律にも維持された。更にこれから今一つの別方式すなわち被相續人がその終意を公的機關または市町村會の面前で表示し、これを公簿に登録せしめる方式が生じた。

なお前記の普通遺言の他に特別遺言として、傳染病時の遺言 (*testamentum pestis*)・田舎作成の遺言 (*testamentum ruri conditum*)・帝王宛提出の遺言 (*testamentum prin-*)後の裁判所宛提出の遺言 (*testamentum iudici*)・直系尊卑屬間の遺言 (*testamentum cipi oblatum*)・既述の兵士の遺言等が認められ、いずれも普通遺言の方式に比して著しくその要件が緩和され、特に最後の二つについては全然無式でなすことさえ可能であつた。

3 遺言の能力

被相續人が有効に遺言をなすためには遺言能力 (*testamenti facti*) があることを必要とした。そしてかかる遺言能力はローマ市民に限りかつ自權者たるものについてのみに認められたから、實際上は原則として完全行爲能力者たる家父のみが遺言をなすことができ、家(男)子はその特有財産につき遺言することを許されず、たとえ家父の同意をえてもその權能を補充することはできなかつた。ただその從軍取得 (*bona castrensia*) と準從軍取得すなわち文官取得 (*quasi castrensia*) だけについては家父と同等の地位が認められ、家子も自由に遺言することができた。權力關係に服従する者・未成熟者・精神病者・禁治産を宣告された浪費者・聾者および啞者はすべて遺言無能力者であつた。もつとも法務官法上は聾啞者は問題外とされ、後には言者の場合と同様に若干の特別に嚴重な方式を必要としたにすぎなかつた。女子は本來遺言をなさうべき地位がなく、その特有財産は彼女の血族に遺留さるべきものとせられた。ただ彼女が賣買婚を通してそ

の家から解放せられた場合にのみその遺言が許されたに止まつた。ハドリアヌス (Hadrianus) 帝治下の元老院決議によつてこの間接的な迂廻方法は免除せられたが、なお後見人の同意をうることは不可欠の要件とせられた。しかしその同意は、その解放者が保護者または父であつた場合の他は、空虚な方式にすぎなかつた。市民法上前記の迂廻方法が認められていた間は法務官法上も亦同様に維持されたが、その後は後見人の同意なしに作成された女子の遺言書について書面による遺産占有 (bonorum possessio) が興えられ、アントニウス帝の新勅令によつて法定相続人に對してもそれを主張することができた。ただ解放者たる保護者または父に對しては、後見人の同意を缺いたときは、その効力は認められなかつた。純潔な未婚女子 (vestalische Jungfrauen) は後見によつてこの制限から免除されたが、その後の法律はほとんどこれを廢止した。外人は行爲無能力者であつたからローマの方式において遺言することはできなかつた。ユニア法 (lex Julia, 紀元一九年頃) によつて法律上の自由を認められたユニア・ラテン人 (完全なローマ市民権は興えられな^いが、ラテン人の地位におかれた) できえ遺言は許されなかつた。しかし流刑者や國外追放者は遺言能力を失わなかつた。敵國の捕虜となつたローマ人が生還したときは歸國權 (ius postliminii) によつて從來の地位を回復したが、捕虜中に死亡するときは奴隸で死亡したこととなり、奴隸の相續はありえないという法理上の難點に遭遇したので、これを解決するためにコルネリア法 (lex Cornelia, 紀前八一年) はこの場合にも自由な身分の最後の時に國內で死亡したものとみなし、彼が捕虜となる以前に作成した遺言の効力を認めた。非キリスト教徒も遺言無能力であつた。

4 遺言の瑕疵

遺言は遺言者が欲したところを欲した通りに表示した終意でなければならぬ。だから遺言者の表示と意思とが相違したときは遺言は全然成立しなかつた。ところが遺言をなす理由に錯誤があつたにすぎないときはそれは遺言者の

意思に基いたものであるから本來は有効なものとされた (*Falsa causa*)。しかしその後法律思想が緻密になるに及んで、もし遺言者がその錯誤を知つたであろうならばこの遺言をしなかつたであろうということが明らかな場合には、それを有効とすることは妥當でないとして、取消しうべきものとせられるにいたつた。また遺言者が遺言をなすに當つて往々心神が正常でなく自から考慮をめぐらす能力に乏しく近親者のために左右せられることがありうる。だからかかる危険に對してはあらかじめ遺言者を保護する途が講ぜられねばならなかつた。従つて他人が遺言をなすことを不法に妨害した場合は強迫して遺言をなさしめた場合においては、よつてなされた遺言は無効とされ、強迫の結果相續人に指定された者には遺産占有を許さず、強迫による遺言がなかつたとすれば自から相續人となるべき者をして遺産占有をえせしめた。なお遺言書をしたためる者は往々自己の地位を利用して遺言者の欲しない贈與をなさしめるおそれがあつたので、リボニア元老院決議 (*S. C. Libo*) においては、遺言書または小書附 (*Cod. zill*) をしたためた者が自己または權力關係にある者を贈與を受くべき者と記載した場合には、その筆者が唯一の法定相續人でない限り、變造罪に處せられることになり、かかる遺言書はしたためられなかつたものと同一視して無効とせられた。ただ遺言者が特に自筆をもつてその遺言書を承認する旨を記載したときはこの限りでなかつた。その他欺罔贈與の遺言も無効であつた。

5 遺言の内容

必然相續法に反しない限り被相續人は自由に遺言の内容を定めることができたとされたようであるが、具體的には相續人の指定 (*heredis*)・遺贈 (*lega*)・祭祀の執行・奴隸の解放・後見人の指定等がその主要なものであり、特に相續人の指定は遺言の生命 (*caput et fundamentum testamenti*) であり、遺贈がそれについて重要な意義をもつた。

イ 相續人の指定

被相続人の人格を承継すべきものは相続人である。だから相続人の指定がなければ遺言による相続はありえない。相続財産の全部または一部が相続人に残されるか否かまたはそれが更に承継されるか否かということは何等相続の本質的な問題ではなく、要はむしろその財産を所有するのみならず、被相続人の人格をも承継し、これと一体的に結合する権利および義務特に法鎖(*ius vni. culum*)として人格と不可離的従つて不代替性の債務をも引継ぐ相続人がなければならぬということである。これによつて相続財産はまず一體として相続人に移轉され、相続人によつて具現される被相続人の人格から個々の財産物件に分解された後に更に他の受遺者に賦與されることになる。これがいわゆる包括承継(*Universal succession*)の原則であつて爾後のローマ相続法の支配的鐵則をなした。その結果更に被相続人の人格は數人の單獨相続人に分割せられることが認められた。しかし相続財産の一部は任意相続人に讓渡され死者の人格の他の一部は法定相続人によつて代表されるということは許されなかつた(*Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*)。また相続人は一人被相続人の承継人としての地位についた以上、これは永久的のものであつて再びこれから離脱することはできなかつた(*semel heres, semper heres*)。だからもしもある者が特定物について相続人に指定された場合に、その被指定者がその遺言を最古の時代におけると同様に無効たらしめまいとするならば、その矛盾について解釋を改めなければならなかつた。かくてその後はかかるものを遺贈とせしめるかまたは無制限のものとせしめるかすることが認められるにいたつた。もちろんこの原則も一舉に確立されたのではなく徐々に形成せられたのである。けだし被相続人の債権や債務は十二表法においてはまだ財産ではなくて人格權にすぎなかつたからである。しかしそれ等は被相続人の財團と共にではなくてその人格と共に相続人に移轉し、しかもただ各相続人とその指定分に應じてのみ移轉した(*Nominia ipso jure sunt divisa*)。相続人の指定なき遺言はすべてこれに包含された處分と共に無効であつた。遺贈も亦あらかじめ相続人において取

得していた場合に限つて有効のものとする事ができたにすぎなかつた。遺言が無効であつた場合には Codicill としてのみ適法に維持することができた。Codicill は最初遺言の追加 (Nachtrag) として發達し、特別相續人の指定を必要としなかつた。しかし一面では Codicill の方式をふむことすなわち五人の證人の面前でなすことと、他面では被相續人が遺言中にいわれる Codicill 附款によつて明示的にその旨を定めていたことをその前提條件とした。そして Codicill 中の受遺者は包括的信託受遺者 (Universalfidei-) に指定されるべきものすなわち間接的相續人になるべきものとみなされた。これについては、後述に参照。

相續人の指定が有効であるためにはまず被指定者が被指定能力者でなければならなかつた。最初は被指定能力者たるものは自から相續財産を取得しうる者たることを必要としたが、その後は家父權や後見に服する者にもその能力が認められた。外人は被指定無能力者であつたが、ユニア・ラテン人については例外が設けられていた。自己の奴隸は自由附きで、他人の奴隸はその主人の資格によつて、相續人に指定されえた。法人は最初無能力視されたが、古典時代になつて都市の被解放者のなす遺言について例外が認められ、次第にこれが一般化された。遺言の證人となりまたは證人をたてえない者も亦相續人に指定されることはできなかつた。女子はポコニア法 (lex Voconia) (紀前一六九年) によつてその奢侈を禁ずる趣旨から十萬アース以上の資産者の相續人に指定されえなかつたが、これは戸口調査制度の廢止と共に事實上不使用になつた。不確定人も亦被指定能力をかいた。従つて遺言作成の時に胎兒であつた者は相續人に指定されえなかつた。非キリスト教徒も無能力者であつた。また相續人の指定は最初は一定の方式においてなされねばならなかつた。すなわちまず遺言の冒頭において、„Titius heres esto.“ (「某は相續人たるべし」) という明示的かつ命令形の文言かまはたは „Titius heredem esse iubeo.“ (「余は某が相續人たることを命ずる」) という表現でなされることを必要とした。しかし帝政時代

になるとそれはもはや明示的に記載される必要はなく何等かの方法で遺言の内容からその趣旨が看取されればそれでよいとせられた。また *semel heres, semper heres* の原則によつて相続人の指定に期限や条件をつけることは認められなかつたが、ただ停止条件だけは妨げないものとして古代から許されていた。ところが停止条件の成就があまりにも遠い將來であるときは相続財産はその間何人にも歸屬しないことがありうるので、法務官はこの不都合をさけるためにかように条件の成就が遠い將來であるおそれのある場合には、指定相続人が、もし条件成就前に死亡した場合は、これに遺言書による相続財産の占有を與えた。また遺言作成の時にはまだ出生していなかつた者が相続人に指定された場合にも同様にその相続人の遺産占有を認めた。

また遺言による指定相続人が相続人として相続財産を取得しえないかまたはそれを欲しなかつた場合には、本來は彼が單獨相続人たるべきときは法定相続が開始すべく、他の相続人があつたときは彼の相続すべき部分は他の相続人のために追増せらるべきことになるので、これをさけ、指定相続人が單獨相続人であつたときは同時にまた他の終意處分の廢止をきたさしめないために、被相続人は第一相続人の後位において第二相続人を指定しておくことができ、第一相続人が相続しなかつたときは第二相続人が相続財産を取得するものとした。これが相続人の補充指定 (*Substiti*) であつて第二相続人は補充相続人とよばれた。補充相続人の後位において更に他の補充相続人を指定することはもとより妨げなかつたが、これ等はすべて主たる指定相続人の直接の補充相続人となつた。補充指定は自から一定の順序に従つて行われはしたが決して後位者が先位者の相続人となるのではなかつた。この普通の補充指定 (*Vulgarsub*) の他になお二種の特別の補充指定が認められた。その一つは幼者のための補充指定 (*Pupillarsub*) であつてこれは父が未成年

の子を相續人に指定する遺言中で、その子が相續開始の際にまだ未成年でありかつ成年にならずに死亡した場合のためにす補充相續人の指定であつた。この補充相續人の指定はかなり後位相續人の指定に近似していたが、ローマでは *semel heres, semper heres* の原則によつて後位相續は認められなかつたので、やはり補充相續の處置として理解せられた。今一つは精神病卑屬のために前記幼者のための補充相續人の指定が準用せられたものであつた (*Quasipupillar.*)。この場合特に問題とせられたのは、かかる補充相續の効力は義務分に對してのみ認められるかまたは全相續財産にも及びうるか、ということであつたが、一般には義務分制限説が有力であつた。

ところで最後に遺言による相續人の指定は法定相續制に對する例外をなすものであつたから、何故に法定相續制に反して相續人を指定するかを明らかにせねばならなかつた。殊に被相續人たる遺言者の必然相續人は遺言者とその家産を共有したのであるから、かかる法定相續人以外の者を相續人に指定しまたはその中のある者だけを相續人に指定し他の者を相續人にしない遺言は、相續人としな法定相續人を廢除する旨を明示しなければ、有効に成立しえなかつた。もしも被相續人が必然相續人たる男子を適法にすなわち個別的かつ指名的に廢除しない遺言を作成したときは、その遺言は全然無効とせられ、それ以外の必然相續人の廢除をなさなかつたときは、その廢除されなかつた者は指定相續人と共に相續をなさうべきものとせられた。この法定相續人の廢除に關する民法上の規定は、血族關係に基礎をおく法務官の改革によつて却つて嚴重となり、卑屬として相續財産の占有をなしうる者はすべて個別的かつ指名的に相續人に指名されるかまたは廢除せらるべきものとし、またそれ以外の男子例えば遺言者の孫は民法上は包括的に廢除することができたのに對して、法務官はこれをも亦個別的に廢除すべきものとした。そして指定も廢除もされな

い卑屬または包括的に廢除されたそれ以外の男子のためには、一定の期間内に申請があつたときは、これに遺言書に

よらぬ相續財産の占有(bonorum possessio contra tabulas)を與えた。そしてこの相續財産の占有は紀元一世紀頃には市民法上の相續人に對しても効力を有するものとなつた。

ロ 遺贈特に包括的信託遺贈

遺贈(legatium)は被相續人が遺言または Codicilli をもつて相續財産の一部を相續人以外の受遺者に供與せしめる死因處分であり、それ等の方式をふまず信託的方法でなされる遺贈がいわゆる信託遺贈(fideicommissum)であつた。これは最初は相續人に對する一定の懇願的用語をもつてなされねばならなかつたが、セベルス(Severus)帝の勅法以後はその意思さえ明確であれば用語のいかんはこれを問わなくなつた。當初はただ相續人の自發的履行にまかされ訴求權は認められなかつたが、アウグスツス(Augustus)帝にいたつて受遺者に債務的訴權が與えられた。更にその後は全然無式の口頭的懇願によつてなされたときでも有効かつ訴求性あるものとなつた。しかしこれを拒否する相續人は自から何等の信託遺贈も委託されていないことを宣誓しなければならなかつた。普通の信託遺贈は個別的信託遺贈(Einzelfideicommiss)であつて、受遺者に相續債務には無關係にまた彼を相續人に指定することなく、ただ相續財産の一部を出捐するにすぎなかつたから、特に相續に結付くことはなかつたが、相續人が受託者として全相續財産を受遺者に返還すべき義務をおうところの包括的信託遺贈(Universalfideicommiss)はこれと密接な關係にたつた。包括的の信託遺贈上の受遺者はもちろん相續債權者に對しては責任がなかつたから、自から相續人たるときよりもより有利な地位をえたが、他面では彼の遺贈請求權は相續人があることすなわち相續が承認されることにかかつていた。ところでその相續人は相續を承認しても再び相續財産を失うことになり、しかもなお全相續債務に對しては責任をおわねばならなかつた。この結果信託遺贈の効力が相續人の相續不承認によつて危険ならしめられないために、受託者をして相續の承認を決意せしめるよう

な努力が試みられなければならなくなり、トレベリアンの元老院決議 (S.C. Trebellianum) によつてまず相續人が相續を承認して受遺者に相續財産を返還したときは、その受遺者が能動的にも受動的にも相續人の地位にたち、これによつて相續人は完全に自由な立場になることになつた。ところが相續人が相續を承認するか否かは常に彼の自由によつたので、この點を考慮してペガシアの元老院決議 (S.C. Pegasianum) は受託者にもファルキディア法 (lex Falcidia) による相續財産の四分の一權 (Recht auf die Quarta) を與え、この特典によつて受託者が相續を承認するような運動が行われた。その代り彼は遺產債權者に對してもその債務について自から責任をおうことになつた。しかし彼が相續の承認または相續財産の返還を拒んだ場合には市會 (Magistrat) によつて強制的に承認せしめることができ、強制承認の場合には彼は一方では前記の四分の一權を失つたが他方では受遺者に對して解放された受託者の地位におかれた。法務官は更に信託遺贈上の相續請求權を受遺者に与え、相續人に對する訴または相續人の行う訴には相續財産返還の抗辯權をも認められた。かくて包括的信託遺贈上の受遺者は實質的の相續人たる地位をしめた。また包括的信託受遺者に對して更に包括的信託遺贈がおわされたときも相續財産返還後は新受遺者が相續人の地位をえ、これによつて相續人の指定に關する種々の制限に服することなくして、實質的には相續人の指定同様の新制度が樹立せられた。更にユスチニアヌス法では相續人たる信託遺贈義務者が前記の四分の一權を請求したときにもトレベリアンの元老院決議によつて相續財産の返還がなされるべきものとし、従つてその四分の三の範圍で受遺者も包括承繼人となつた。

6 遺言の無効・取消

遺言は最初から無効のために効力を生じないことがあり、また有効に成立はしたが後發の事由によつて効力を失うことがあつた。當然無効の主なもの、被相續人が遺言能力をかけた場合の遺言・法定の方式を遵守しなかつた遺言等

であつた(testamentum nullum)。これ等の場合はその瑕疵が後に補充されても遺言の無効は治癒せられなかつた。事後失効の主なるものは、被相続人が人格消滅によつて事後に遺言能力を失つた場合の遺言(testamentum irritum)、これは特にローマ人が敵國の捕虜になつた場合に生じたが、この場合についてはコルネリア法の擬制による特別の取扱がなされたことは既述の通りである。被指定者の何人も相続人とならない遺言(testamentum destitutum)、被指定者の全部が相続をしない遺言(testamentum desertum)、相続人の指定なき遺言(testamentum inane)、これは一定の條件のもとに Codicill としての効力を與えられることができた。遺言作成後に被相続人がその取消し、または新遺言を作成した場合の最初の遺言(testamentum ruptum)、等であつた。法務官は遺言者がその遺言書を破棄し、または相続人指定の部分を抹削した場合にも、遺言は取消されたものとし、かかる遺言書において相続人に指定された者に對しては遺言書による相続財産の占有を拒むと共に、法定相続人のために無遺言の相続財産の占有を與えた。また第二の遺言の取消によつて第一の遺言の復活を認め、第一の遺言書による相続財産の占有を許した。しかしこの占有者はいづれも市民法上の相続人には對抗しえないものであつた。

7 遺言の執行

ローマでは原則として相続人が遺言の執行にあたり、殊に遺言相続人において被相続人の遺志を實行しかつその遺産を清算するのが通例であつたから、ドイツにおいてみたような特別の遺言執行者の制度は發達しなかつた。しかしローマ法でも全然遺言執行者がなかつたというわけではなく、古代の假裝賣買式遺言における遺産購買者が正にその機能を果していたことは既述したところによつてもうかがい知られる。

8 共同遺言

被相續人双方が相對的に相續人に指定しあう遺言は相對的遺言(*gegenseitige Testamente*)であり、この兩遺言の効力が相互に牽連せしめられかつ意欲されていた場合には、それは相互的遺言(*Correspondente Testamente*)とよばれたが、これは當然の共同遺言(*Gemeinschaftliche Testamente*)ではなかつた。本來の共同遺言は數人が一枚の書面において共同または各別の財産を處分する場合の遺言でなければならなかつた。ローマでは相互的遺言も共同遺言も共に原則としてこれを許さなかつたが、ユスチニアヌス帝以來始めて兵士のために一定の例外が認められるにいたつたが、その場合でもただ相互的遺言として許されたにすぎなかつた。

(未完)