

# ローマ共和政期における握取行為遺言及び 死因贈与に関する素描

Summary of “Testamentum per Aes et Libram” and “Donatio Mortis Causa”  
in the Roman Republic

後藤 弘州  
Hirokuni GOTO

## 目次

- 一 はじめに
- 二 「家産の握取行為 *mancipatio familiae*」と  
「握取行為遺言 *testamentum per aes et libram*」
- 三 「遺産購買者 *familia emptor*」の地位について
- 四 死因贈与と(物権)遺贈について
- 五 まとめ

## I はじめに

本稿においては元首制期以前における遺言(特に握取行為遺言)と死因贈与をその考察対象とする。一般的に十二表法期及びその後しばらくの間については、資料が限定されていることもあり、ローマ法については元首制期以降の時代についての研究が多い。筆者自身も以前いわゆる「古典期」における死因贈与について考察を加えた<sup>1)</sup>。しかしその後、古典期以前の遺言及び死因贈与に関する考察が特に死因贈与の古典期における役割を考察する上で必要となると考え、古典期の死因贈与に関する個別法文に関して考察する前段階として本稿の対象とした次第である。なお筆者は以前自身の博士論文に加筆修正を加えた拙稿<sup>2)</sup>において、古典期における握取行為遺言の姿についてもすでに考察を加えた<sup>3)</sup>。しかし本稿においてはその古典期における完成された形における握取行為遺言についてではなく、握取行為遺言の内容の歴史的な変遷に注目し、死因贈与のローマ相続法上の地位について考えるうえで一定の示唆を得るために、も

---

1) 後藤(2021)。

2) 後藤(2018)。

3) そこでは握取行為遺言の形式や、握取行為自体の意味についてすでに簡単に述べたため本稿においては詳述しない。握取行為に関してはゲオルク＝クリンゲンベルク著・瀧澤栄治訳『ローマ物権法講義』大学教育出版、2007年、第3章及び谷口貴都「握取行為(*mancipatio*)の構造と機能：古代ローマ法における所有権譲渡法の構造」高岡法学第8巻2号、1997、1-51頁を参照。

う一度特に拙稿では詳しく取り上げていない時代について取り上げる次第である<sup>4)</sup>。

## II 「家産の握取行為 *mancipatio familiae*」と「握取行為遺言 *testamentum per aes et libram*」

握取行為遺言に関してはローマ法の教科書類においては必ず触れられているが、その述べ方については以下のような違いがある。特に「家産の握取行為 *mancipatio familiae*<sup>5)</sup>」と「握取行為遺言 *testamentum per aes et libram*」に関してはその関係について明確に述べることなく、その扱いを異にしていることがあり、議論に混乱をもたらす可能性があるため、まずはその名称に関する確認から始めるのが適当であろう。

その前に「家産の握取行為」と「握取行為遺言」に関して、後述するようにこの二つを明確に区別して論じない立場も含め、ひとまずその名称にこだわらなければその発展段階としては一般的にガイウス『法学提要』の記述を基に以下のように理解される<sup>6)</sup>。

まず第1段階として十二表法期にすでに、遺産購買者が実際に被相続人から財産を受け継ぎ「相続人の地位」<sup>7)</sup>に立ち、遺産購買者は信義に基づきそれを指定された人に対して引き渡さなければならない、という段階である。

次に第2段階として遺産購買者自体が財産を受け継ぐというわけではなく、ガイウスが書いているように、直接的に遺産が遺言者から相続人に移る（すなわち遺産購買者を介して移転されるのではない）、というものである。その後握取行為遺言はさらなる発展をとげるのであるが、その点については本稿の検討対象とはしない<sup>8)</sup>。

以上のような発展については大きな争いがあるわけではないが、一般的な教科書類を眺めてみても、前述のように各段階の名称については明らかに違いがあり、議論の混乱を避けるためまず「*mancipatio familiae*」と「*testamentum per aes et libram*」という二つの言葉の関係について考えることにしよう。

4) 本稿における「握取行為遺言」に関する部分については、2021年4月にzoomにて行われた研究会におけるある報告時にした著者の発言が端緒となっている。本稿で取り上げる時代については特に直接的な資料が少なく、後の時代において述べられている部分を基に推測されている部分が多いため、先行研究において前提とされている社会的な条件などについては疑問を呈する余地があるが、ひとまずそのような部分の検討は本稿の主たる対象とはせず今後の研究に委ねる。本書が度々引用するKaser (1949)、Kaser (1971)に関する批判としては木庭顕『ローマ法案内』(旧版：羽鳥書店(2010年)、新版：勁草書房(2017年))の第1章の最初の註を参照。

5) 訳語の問題については谷口貴都「古代ローマ法における私的所有権の形成」高岡法学第7巻(1・2号)、1996年、37-93頁の特に54頁註1を参照。

6) また少なくとも初期の段階においては、以下の行為は口頭の行為であったことが強調される(マンテ(2008)、52頁)。

7) この語自体は後述のとおり、G.2.103、G.2.105を基にする。なお本稿におけるガイウス『法学提要』のテキストはP. Krüger, W. Studemund, *Gai Institutiones: ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum in usum scholarum*, Berolini, 1923に基本的には従うが随時他の刊本も参照した。U. Manthe, *Gaius Institutionen* 2 Aufl., Darmstadt, 2010及び末松謙澄訳を邦訳の際に特に参照し、後藤(2018)、228頁註3で言及した他の訳も参照した。

8) その後の発展についてはさしあたり後藤(2018)、第1章を参照。

まず用語の問題ではあるが本稿においては一般的に多く使われている用語に従い「*mancipatio familiae*」＝「家産の握取行為」、*「testamentum per aes et libram」*＝「握取行為遺言」<sup>9)</sup>とする。

現在のローマ法の教科書の書き方としては、「家産の握取行為」及び「握取行為遺言」に関して以下のような違いが存在する。すでにKaserにおいて示唆されているように<sup>10)</sup>、「家産の握取行為」と「握取行為遺言」を別のものとして分けて述べ、「家産の握取行為」から「握取行為遺言」へと変化したという者と、そもそも分離せず、「握取行為遺言」の中で「家産の握取行為」について述べる者である。前者の代表がBiondi<sup>11)</sup>、Voci<sup>12)</sup>、Longchamps de Bériér<sup>13)</sup> (邦語文献では船田<sup>14)</sup>、加藤<sup>15)</sup>)であり、後者の代表がKaser<sup>16)</sup>、Babusiaux<sup>17)</sup> (邦語文献においては春木<sup>18)</sup>、原田<sup>19)</sup>)である。なお混乱を避けるために、以下では二つに分けられた場合の握取行為遺言を「握取行為遺言」、Kaserのように二つに分けない立場が述べる握取行為遺言を「」なしで表現する。

ローマ法の教科書ごとに握取行為遺言の説明を比べてみると、細かい部分においてはそれぞれの立場内でも違いが存在するが、大きくとらえると以下のG.2.103及びG.2.105が述べている遺産購買者の地位の理解とも関連して以上のような違いが存在する。より具体的に資料とともに述べると以下のようになる。

#### G.2.103

*Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

しかしその2種の遺言は廃止された。他方で、銅と衡によってなされるもののみが使い続

9) 握取行為遺言は、上述のラテン語を直訳すると「銅と衡による遺言」となり、実際そのような用語が使われることもある。

10) Kaser (1971), S.107, Anm. 19.

11) Biondi (1955), pp.35-44.

12) Voci (1967), pp.96ff.

13) Longchamps de Bériér (2011), pp.153ff.

14) 特に船田は「家産の握取行為」が遺言ではないと述べることによって、二者が明らかに異なるものであるということを表している(船田(1971)、274頁)。このことは船田が引用するフランス語文献(船田(1971)、277頁註10)の影響であると思われる。

15) 加藤(1)(2)(3)。邦語文献においてはその他に吉野悟「古代ローマ法における握取行為(*mancipium*)の構造(二)」社会科学研究第7巻1号、1956年、72-73頁に「家産の握取行為」に関する記述が存在する。

16) Kaser (1971), S.107-109.

17) Babusiaux (2021), S.143ff.

18) 春木(1915)。

19) 原田(1955)、337頁。

けられた。そうはいつでも現在にかつて行われたのとは異なる方法でなされる。たしかにかつては遺産購買者すなわち遺言者から遺産を握取行為によって受け取る者は相続人の地位を得た。それ故、遺言者は自身の死後にある人に対して与えることを欲することをその遺産購買者に委任した。他方で現在はある人が遺言で相続人に指定され、またその相続人の負担で遺贈が残され、別の人が古法を模倣して形式的に遺産購買者として付加される。

G.2.105

In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium.

他方で証人の中には、遺産購買者あるいは遺言者の権力下にある者を含むことができない。なぜなら遺言作成のために行われるこの手続きは、まったく古法を模倣して遺産購買者と遺言者の間で行われると考えられるからである。実際かつてはすぐ上で述べたように、遺言者の遺産を握取行為によって受け取る者は相続人の地位にあった。それ故その行為において、家と同じくする証人は排除されなければならない。

まず一つの書き方として、「家産の握取行為」において遺産購買者は「相続人の地位」にあり、その後発展して握取行為遺言になった<sup>20)</sup>がその握取行為遺言においては、遺産購買者もはや形式的に名前を加えられているのみで、遺産を実際に承継することはないとするものが存在する<sup>21)</sup>。「家産の握取行為」については直接述べていないが、「握取行為遺言」の初期の形態について述べる際に、遺産購買者はすでに相続人の地位にはないと書く場合にもこの系統に属するであろう。

別の説明の仕方としては「家産の握取行為」自体については述べず、握取行為遺言から書き始め、その握取行為遺言においてははじめ遺産購買者は相続人の地位にある<sup>22)</sup>と書く。そしてその後発展し握取行為遺言において、もはや遺産購買者は相続財産を引き継ぐ者ではなくなるというものである。

以上簡単に二つの説明をまとめたが、後者の説明方法においては握取行為遺言を2つ<sup>23)</sup>に分けており、前者の説明における「家産の握取行為」と「握取行為遺言」とそれぞれが重なるか

20) この時期に関して Voci は定かでないとする (Voci (1967), p.97) が、Longchamps de Bérier は Voci のその見解を認識したうえで前3世紀とする (Longchamps de Bérier (2011), p.156)。

21) 例えば Longchamps de Bérier は「家産の握取行為」の段階では生前行為であることを強調し、死因行為である「握取行為遺言」へと変わったということを述べる (Longchamps de Bérier (2011), pp.155ff.)。

22) この相続人の地位にあるということの意味については、ドイツにおける「Salmann」と関連付けて、遺言執行者のような地位にあると説明する者が圧倒的に多数である。このことに関してはさしあたり Kaser (2021), S. 452, 春木 (1915), 11-18 頁を参照。

23) あるいはその後の発展を加味すると三つに分けているとも言うことができる。

という点については厳密には疑問があるものの、大きく二つの時期に分け、遺産購買者の扱いがその二つでは異なる点において大きな違いはないとすることができる<sup>24)</sup>。

以上で述べた内容をまとめると以下ようになるであろう。「家産の握取行為」及び「握取行為遺言」は両者のすみ分けは論者により異なるとはいえ、一般的に当初は「相続人の地位」についた遺産購買者が指定された人に財産を引き渡すという形式をとったが、後にはその遺産購買者自身には財産は移転せず、遺言者から直接指定された人に財産が移転するようになったということである。また「家産の握取行為」と「握取行為遺言」をまとめて握取行為遺言として扱う者も家産の握取行為というものの存在自体については否定しているわけではなく、説明の仕方の違いに過ぎないといえることができるであろう。さらに付言すると、握取行為遺言は当初は相続人指定自体を含まず、遺贈のための遺言であり無遺言相続と並行的にこの遺言が作成されるものであったが、後に相続人指定というものを握取行為遺言が取り込んでむしろこの取り込まれた側の相続人指定がローマにおける遺言の中心となった、と現在では一般的に理解されている<sup>25)</sup>。握取行為遺言が相続人指定を取り込んだ時期と「家産の握取行為」から「握取行為遺言」へ移行した時期が論理的に重なるか否かは否定的に解されるべきであるように思われる<sup>26)</sup>が、後世から見た場合にローマの遺言の中心が相続人指定であるということ突き詰めていけば、確かに握取行為遺言自体を二つに分けるよりも、「家産の握取行為」と「握取行為遺言」を二つにわけ、相続人指定を含まない段階の握取行為遺言を「家産の握取行為」と仮に呼ぶのだとすれば、そのような説明の仕方は一貫性があるといえるであろう<sup>27)</sup>。

### Ⅲ 遺産購買者 (familia emptor) の地位について

一方で以上のような分類及び遺産購買者の理解を前提としても残る遺産購買者の地位について若干考察しておくことにしよう。

「家産の握取行為」の段階において、遺産購買者は「相続人の地位」<sup>28)</sup>にあるとされているが

24) 資料が限定されていることから、厳密にどの時期にどのような変化があったということの証拠がないために、細かい部分では説明が完全には一致していない。

25) さしあたり Kaser (1971), S.107 を参照。この見解に反対する者として、Biondi, p.183ff. あるいは春木 (1915)、17-18 頁。

26) 握取行為遺言が相続人指定を取り込んだ時期については諸説あるが、Kaser は前 4 世紀の後半であるとする説をとる (Kaser (1949), S.150, 159)。他説については Kaser (1949), S.159f., Anm.4 を参照。一方で他所でも述べたが「家産の握取行為」から「握取行為遺言」への移行時期、あるいは握取行為遺言自体の変容は前 3 世紀とする者 (Longchamps de Bérier (2011). p.154)、あるいはその時期は定かではないとする者 (Voci (1967), p.97) など、こちらも明確に定められているわけではない。

27) しかし実際にそのように相続人指定を取り込んだ時期と「家産の握取行為」から「握取行為遺言」へと移行した時期を必ずしも一致させて説明がなされているわけではない。

28) 「heredis loco」はガイウス法学提要の以下の部分においても使われている。  
G.2.251-252 (G.2.252 については後藤 (2018) の訳を基に若干の修正を加えている)

Restituta autem hereditate is qui restituit, nihilo minus heres permanet; is vero qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii. 252. Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae

特に Longchamps de Bériet 等の説明によるとその場合にも債務等を引き継がないものとして考えている<sup>29)</sup>。その場合には「家産の握取行為」外で無遺言相続人がいて、個々の物の処分についてのみ遺産購買者が任せられていると考えれば特に問題は生じないが、「家産の握取行為」がなされた場合に無遺言相続は並列して生じないとする考えからは債務の行方が問題となる<sup>30)</sup>。そこ

stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus soluisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemniss esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur, ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi. しかし相続財産を交付した者は相続財産を交付したとはいっても相続人であり続ける。他方相続財産を受領した者はある時は相続人の地位に立ち、ある時は受遺者の地位に立つ。252 しかし信託遺贈によって相続財産を受け取った者は、かつては相続人あるいは受遺者の地位に立つのではなく、むしろ買主の地位にあった。すなわち当時は相続財産を、形式的に相続財産が交付される人に対して一ヌムスにより売却する、ということが慣例とされていた。そして相続財産の売主と買主の間で締結されるのが常であった問答契約が、相続人と（相続人が）相続財産を交付する相手方との間で締結された。すなわち以下のような方法で問答契約が締結された。相続人は相続財産を交付する相手方に対して、相続人が相続を原因として受けたすべての有責判決、あるいは何らかのものを相続人が善意で給付した場合にはそのもの、を原因として相続人に何ら損害を生じさせないこと、そしてある人が相続を原因として相続人を訴えるあらゆるすべての場合について、相続財産を交付された人が適切に防御をなすことを約させた。しかし、反対に相続財産を交付する相手方は、相続人に対して、相続財産から相続人に帰属するものを自身（相続財産の交付を受けた人）に交付し、相続人が相続財産に関する訴権を委託事務管理人あるいは代訟人として行使することを相続人が承諾することを約させた。

G.2.254

Sed rursus quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant atque ob id extinguiebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur; ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinuntur, eadem retentio permessa est. per quod senatus consultum ipse heres onera hereditaria sustinet. ille autem qui ex fideicommissis reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. …

しかしさらに、遺言において指定された相続人が相続財産のすべてあるいはほぼすべてを交付することを頼まれることがしばしばあったので、相続財産を承継しても全く利益を得ることができない、あるいは少量の利益しか得ることができないことを理由として相続を拒絶し、そのことを理由として信託遺贈は無効となったので、その後ベガスとプシオーが執政官の時に元老院議決が制定され、以下のように定められた。相続財産を交付するように頼まれた者は、あたかも遺贈においてファルキデイウス法が保持することを許す場合と同様に、四分の一を保持することが許される。信託遺贈によって残された個別物についてもまた同様に保持することが許される、この元老院議決に従い、相続人自身が相続財産の負担を負う。しかし信託遺贈により遺産の残部を得る者は部分受遺者の地位にある。すなわち相続財産の一部を遺贈された受遺者の地位に立つ。この種の遺贈は部分遺贈と呼ばれる。なぜなら受遺者が相続人とともに相続財産を分割するからである。…

また「loco」の似たような使い方として、G.3.3において自権相続人について述べる際に、夫の手権に服する妻が「娘の地位 filiae loco」に、息子の手権に服する家長の義理の娘（家長の息子の妻）は「孫娘の地位 neptis loco」に、家長の孫の手権に服する孫の妻は「ひ孫（女性）の地位 proneptis loco」にある、としているものがある。

29) Longchamps de Bériet (2011), p.154.

30) このことに関しては春木（1915）、12-14 頁を参照。

でここでは遺産購買者が「相続人の地位」に立つということの意味について少し検討することにしよう<sup>31)</sup>。

最終的な結論は留保せざるを得ないが筆者自身は、先行研究の考えを取り入れた上で、少なくとも元々は無遺言相続人自体が相続人で、しかも遺産購買者を務めていたが、後に相続人指定の機能を握取行為遺言自体が取り込んだことにより、遺産購買者自身は形式的に付け加えられるに過ぎないものとなったと考える。ここでは春木が指摘する古い文献、あるいはメインもその著書『古代法』の中で、遺産購買者が初めは相続人その人であったことを指摘している<sup>32)</sup>ことに注目してみたい。遺産購買者が相続人であるという見解については春木によって、「相続人の地位」という表現を理由として相続人その人自身ではないとして明確に否定されている<sup>33)</sup>。しかし近年 Babusiaux は遺産購買者を相続人とみているように読める<sup>34)</sup>。ここでは特に注目すべき資料として、春木によっても述べられている以下のものを挙げておく<sup>35)</sup>。以下で引用する部分は握取行為遺言が価値を失っていった理由を述べた部分である。

テオフィッルス「法学提要ギリシャ語義解」<sup>36)</sup> 第2巻10章1

…なぜなら遺産購買者は自身がまた相続人でもあり、したがって自身が承継人であることを知っており、財産の所有者を騙したからである。…

この部分は同様の内容を述べたユスティニアヌス帝の法学提要中には対応する部分がない。

31) また少し話が逸れるが、ガイウスは資料上あくまで握取行為遺言の昔の形について述べているのであり、「家産の握取行為」について述べているのではないので、その点では「家産の握取行為」と「握取行為遺言」を二つに分けて説明する者が、「家産の握取行為」に関して遺産購買者が「相続人の地位」に立つと説明していることに関しては説明が必要であると考えられる。

32) H. S. Maine, *Ancient law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, London, 1861, S.206. ここでのメインの記述は本文ですぐ後に述べるテオフィッルスのテキストを意識しているようにも思える。

少し違った角度から遺産購買者を相続人と同視する立場に立つものとして、以下のような考えがある(加藤(2)、364頁註25)。すなわちガイウスが法学提要を書いた時代には、ローマの相続において相続人自身が遺言執行者のような地位を占めており、そのような時代から見た場合に、古い時代の遺産購買者も同様に遺言執行者のような立場に立つので、ガイウスは遺産購買者が相続人の地位に立つと言った、というように考えるのである。

33) また春木は遺産購買者＝相続人とする説の内 Lassalle の説について、その根拠としているガイウス『法学提要』の理解について疑問を呈するという形で、遺産購買者＝相続人説を否定している(春木(1915)、1488頁)。Kaser も遺産購買者は家外人に限ると解している(Kaser(1949)、S.150)。

34) Babusiaux (2021), S.144.

35) もっとも春木はこの資料に言及したうえで遺産購買者＝相続人という説を否定している(春木(1915)、11-12頁)。

36) テキストについては J. H. A. Lokin/R. Meijering/B. H. Stolte/N. van der Wal, *Theophili antecessoris paraphrasis institutionum*, 2010 を使用した。「法学提要ギリシャ語義解」については西村重雄「ビザンツ法源研究」法制史研究第39巻、1989年、185-203頁を参照。なお翻訳においては C. Ferrini, *Institutionum Graeca paraphrasis Theophili Antecessori culgo tributa*, 1884 中のラテン語、上記テキスト中の英語訳及び原田慶吉『法学提要希臘語義解』(<http://home.q02.itscom.net/tosyokan/data/HARADA004.html>)において公開されている(2021年9月30日確認)を参照した。

このことをどのように説明するかについては決め手に欠けるが、テオフィッルス自身による解説であるとすれば、我々よりも古い時代の資料を参照可能であったことからその価値自体は見逃せないものがある<sup>37)</sup>。内容については遺産購買者自身が相続人であるので、「財産の所有者」を騙すことができると書いてあるが、この「財産の所有者」はおそらく握取行為遺言において財産の受取人に指定された者（受遺者）であると考えられる。遺産購買者が（無遺言）相続人でもあったので、自身が引き継いで最終的に保持することができる財産が減ることを嫌って、握取行為遺言で指定された受取人を騙すということは当然考えることができるからである。

以上のように、私たちよりも明らかにガイウスが述べる時代に近い資料において、遺産購買者が相続人でもあったことが述べられていることは、無視することができない事実であるように私には思われる。

#### Ⅳ 死因贈与と（物権）遺贈について

ローマの遺贈には大きく四種のものがあることはよく知られており、その中の一つである物権遺贈とは、受遺者が物権的な権利を得る遺贈であり、被相続人から受遺者に対して、遺贈の目的物が直接的に移転するのがその特徴とされる<sup>38)</sup>。

そのような物権遺贈と死因贈与は本稿で扱う時代においてはどのような関係であったと考えられているかについてまとめることにしよう。おおむねその結論に従うことができるところの Kaser の見解<sup>39)</sup>に従っている加藤は、遺言の発展段階について述べる際に以下のようにまとめている。すなわち「家長の固有財産の臨終時の分配→個々の家産の *mancipatio* 遺言（＝物権遺贈）の成立（家長の固有財産と家産の混合過程に対応）→全財産の *mancipatio* 遺言による処分、すなわち *mancipatio familiae* の成立」<sup>40)</sup>としたうえで、「臨終の床で近親者たちに分け与え」る行為が後の死因贈与の起源であると述べている<sup>41)</sup>。Kaser 自身は「物権遺贈の前段階として直接的な出捐としての例えば死の床における死因贈与 *Schenkung auf den Todesfall*<sup>42)</sup> が考え得る」<sup>43)</sup>と述べている<sup>44)</sup>。

以上の見解に従うのであれば、古ローマにおける遺言相続と死因贈与の関係について以下のように素描することができるであろう<sup>45)</sup>。まず一般的に言われているように、民会遺言を中心に遺言というものが成立したが、この遺言は年に作成できる回数が限られており、かつその回数が少ないこと、また基本的に相続人がいない者のための公的な遺言である（私的な遺言ではな

37) 「法学提要ギリシャ語義解」の記述内容については、上述西村「ビザンツ法源研究」193頁を参照。

38) さしあたり Kaser (1971), S.743 を参照。

39) Kaser (1949), S.147ff.

40) 上加藤(3)44頁参照（なお引用にあたり、旧字体は適宜改めた）。

41) 加藤(3)、45頁。

42) 本稿においては古典期における死因贈与と区別する上で「古い死因贈与」と呼ぶ。

43) Kaser (1971), S.110.

44) 当然のことながら Kaser の見解の前提としては Wieacker (1941) の描く相続像がある。

Kaser が同部分で引用する Biondi も類似の見解であると考えられる (Biondi (1955), pp.273-275)。

45) 以下については Kaser (1949), S.147ff. 及び Biondi (1955), pp.273ff.、加藤(1)(2)(3)を特に参照した。



い) という特徴があった。特に前者の点は死者が自身の財産を処分するという上では明らかに不便であった。そのような状態で握取行為遺言は民会遺言と同時代においてもすでに存在したが、そのような時代における握取行為遺言(「家産の握取行為」)自体は、死が身近であるという局面において被相続人自身の財産を贈与した<sup>46)</sup>(古い死因贈与)ということから発展した物権遺贈であることから、初期の握取行為遺言(「家産の握取行為」)自体は相続人指定自体を含まず、無遺言相続人あるいは民会遺言において指定された相続人と並列的に原則的には個別財産を処分するというものにすぎなかった。このように古い死因贈与自体(あるいはそこから進化した物権遺贈)が握取行為遺言へと発展したが、握取行為遺言自体が相続人指定を取り込んだことから死因贈与と(物権)遺贈に関して機能の分化が生じた<sup>47)</sup>。相続人指定を取り込んだ握取行為遺言は相続において中心的役割を担い、遺言でしかなすことができない<sup>48)</sup>遺贈はまた個別的な承継の手段として中心的な役割を担うようになった<sup>49)</sup>。一方で(古い)死因贈与は物権遺贈が出てきた後も相続においては一定の役割を担っていたが、徐々に相続の表舞台には表面上は現れなくなる。このことは古い死因贈与から発展した握取行為遺言においてはその死因贈与自体は表舞台から消え去るという皮肉な結果を招いた。おそらく死因贈与と同じく遺言外においてもなすことができる信託遺贈<sup>50)</sup>の発生も死因贈与の役割の減少に一役買っていたのであろう。しかし前稿で先行研究を基に述べたように古典期においても死因贈与は相続上一定以上の役割を与えられていたと考えることができ<sup>51)</sup>、そのことから最終的には死因贈与は遺贈と同じ規制に服するようになり、その発生起源とは主従関係が逆になって死因贈与の方がむしろ遺贈に似ているといわれるようになった<sup>52)</sup>。古典期における死因贈与 *donatio mortis causa* が古い死因贈与か

46) この場合には当然のことながら、贈与した対象の取り戻しは考えられていない。このような状態から、贈与した対象の取り戻しが認められていないことによる不都合の回避、および死亡ぎりぎりまで与える財産を保持することにより、遠隔地の者等への財産付与ができなくなることの不都合の回避といった理由で握取行為を利用して物権遺贈が作り出されたとする説明(加藤(3)、470-471頁)は筋が通っているように思われる。

47) Biondi (1955), S.273ff.

48) もっとも、遺言で確認された小書付によってなされた場合にはもちろん遺贈は有効なものとされる(原田(1955)、366-367頁)。

49) Biondi (1955), S.273ff.

50) 信託遺贈に関しては本稿で述べた遺言形式との関係では以下のような事実にも注目することが必要である。握取行為遺言における握取行為自体が形式的に行うものとなって以降は、従前のような遺言者が遺産購買者に財産を信託するという方法はもともととれなくなった。しかしその後アウグストゥス帝の時代になると信託遺贈が公に認められ、その後古典期において大きな発展を遂げ、最終的にはユスティニアヌス帝の時代には学説彙纂第30巻第1法文に述べられているように、信託遺贈と遺贈は同質のものとして考えられるようになるのである。相続人が信託遺贈義務者の信義に託し、信託遺贈義務者が信託遺贈受遺者に対して財産を交付するという形は、まさに本稿で述べたような「家産の握取行為」あるいは「握取行為遺言」の構造に類似していることはたびたび指摘される(河上(2001)、172頁)。

51) 後藤(2021)、203-205頁。

52) また最終的には註50でも述べたように信託遺贈と遺贈も同質のものと考えられるようになった。また遺贈においても古典期において四種の遺贈の差異がなくなっていったことも付け加えておく。

ら直接的に発展したものであるかどうかは現在の所結論を保留せざるを得ない<sup>53)</sup>が、少なくとも「家産の握取行為」において信義が重要な役割を果たしていたことが後の信託遺贈の登場に一役買った<sup>54)</sup>、ということと同じくらいには影響を与えたと考えることができるであろう<sup>55)</sup>。

以上述べた死因贈与の役割については、以下のような死因贈与と遺贈制限法との注目すべき関係が一つの根拠となる<sup>56)</sup>。すなわち古い時代の（遺言に関する）フリーウス法 *lex Furia testamentaria*<sup>57)</sup>、ウォコーニウス法 *lex Voconia*<sup>58)</sup> は、一般的に死因贈与もその制限の対象としていと考えられているが、その後に定められたファルキディウス法 *lex Falcidia*<sup>59)</sup> は当初死因贈与には適用されず、セプティミウス＝セウエルス帝の時代になってようやく死因贈与にも適用されるようになったという事実である<sup>60)</sup>。このことが述べられている資料は以下のとおりである。

#### G.2.224

*Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicumque heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, quae cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: “VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO”. quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.*

しかしかつては全財産を遺贈あるいは自由付与により使い切り、単なる相続人という名称以外には何ら相続人に対して残さないということが許された。そして十二表法は、以下のような語によって規定することで、ある人が自己の財産について遺言したことは有効であるべしということを知っていると考えられた。「自己の財産を *legare* したように、そのように法があるよう」。このことによって相続人に指定された人は相続を拒絶し、それゆえ大多数の人は無遺言状態で死んだ。

#### G.2.225

*Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortis causa capere permissum non est. sed et haec lex non perfecit quod voluit; qui*

53) Kaser (1949), S.150 参照。

54) このことは一般的に受け入れられていると考えられる。例えば、河上 (2001)、172 頁。

55) いかなる流れで、取戻しの可能な古典期の死因贈与が生まれたかについては今後検討の余地がある。

56) Rüger はファルキディウス法（及びパピウス＝ポッパエウス法）が死因贈与には適用されなかったことに、死因贈与の実務的な意味を見出している（Rüger (2011), S.23f.）。

57) 前 204 年～前 169 年の期間に制定されたと一般的に考えられている（Kaser (1971), S.756）。

58) 前 169 年に制定されたと一般的に考えられている（Kaser (1971), S.756）。

59) 一般的には前 40 年に制定されたと考えられている（Kaser (1971), S.756）。

60) 以上 Kaser (1971), S.764. また他方で争いはあるが、フリーウス法と同時代の法であると考えられているキンキウス法は過大な贈与を抑制する一方で死因贈与を無効とはしなかったのではないかと考えられている（R. Zimmerman, *The law of obligations*, Oxford, 1996, p.488）。

enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.

それゆえフリーウス法が制定されその内容は、特定の人を除いた残りの人たちが、1000アースより多くを遺贈によりあるいは死因取得により取得することを禁じるというものであった。しかしこの法はその目的とするところを達成できなかった。なぜなら例えば5000アースの財産を有する人は、各々1000アースを5人に対して遺贈することにより全財産を送ることができたからである。

#### G.2.226

Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent. ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur; sed tamen fere vitium simile nascebatur; nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

それゆえその後ウォコーニウス法が制定され、誰も遺贈あるいは死因による取得の名称で相続人が得るより多くを得るということが許されない、と規定された。この法により相続人は確かに少なくとも何らかのものを得ることができると考えられた。しかしそれにもかかわらずほとんど同様の欠陥が生じた。なぜなら遺言者は多人数の受遺者に財産を分配することによって、相続人にはほとんど財産が残されないため、そのような利益のために全相続財産の負担を負うことが相続人にとって有益でないようにすることができたからである。

#### G.2.227

Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem. itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. et hoc nunc iure utimur.

それゆえファルキディウス法が制定され、四分の三を超えて遺贈を為すことはできないと規定された。そのため必ず相続人は相続財産の四分の一を得ることができるとなる。そして今やこの法が適用される。

死因取得には死因贈与も含まれると解釈されている<sup>61)</sup>ことから、フリーウス法とウォコーニウス法の適用範囲に、死因贈与は制定当初から入っている（すなわち死因贈与は上記二法によって制限される）と一般的に理解されている<sup>62)</sup>。他方でファルキディウス法に関して述べたG.2.227については遺贈が相続の表舞台に出ていたことから、とりあえず遺贈について述べているだけであると読むことも可能ではあるが、一般的にはD.39.6.42.1及びC.6.50.5を根拠としてセプティミウス＝セウェールス帝以前は死因贈与に対してはファルキディウス法の適用がな

61) Kaser (1971), S.765.

62) Kaser (1971), S.764.

かったと解されている<sup>63)</sup>。

以上のように死因贈与に関してフリーウス法とウォコーニウス法は適用されたがファルキディウス法は当初は適用されなかったという事実からは以下のような推測が可能であろう。前二法の時期には死因贈与が遺贈と同じく規制の対象とするくらい盛んにおこなわれていた。しかしファルキディウス法が制定された時代においては、死因贈与は規制する必要がないくらいに廃れた（それ故その後に規制を免れる方法として死因贈与が使われた）、あるいは死因贈与はある程度は使われてはいたがあえて死因贈与は規制の対象とはしなかった<sup>64)</sup>。ファルキディウス法についてはどちらも現時点では決めることはできないが、いずれにせよ死因贈与は、いったんは廃れていたが息を吹き返したという点において、先ほどの死因贈与の発展に関する考察の根拠となるであろう。

またさらに、古い死因贈与と物権遺贈及び新しい死因贈与の関係については以下のように考えることができる<sup>65)</sup>。遺言に関していえば、前述のとおり先行研究で述べられたような古い死因贈与→物権遺贈→握取行為遺言という流れは承認できる一方で、物権遺贈が存在する状態から新しい死因贈与が出てくる理由が定かではない。そこでここでは古い死因贈与は握取行為遺言という形をとるようになることで一旦相続の表舞台から死因贈与という名前では消えたものの<sup>66)</sup>、握取行為遺言が相続人指定を取り込み、遺産購買者が形式人となっていくにしたがって、握取行為遺言の元々は死因贈与といった性質が薄まってきた状態から、徐々に古い死因贈与が復活し、相続の表舞台に出てきたのではないかと、いうことを述べるにとどめる<sup>67)</sup>。前述のとおり、Kaser 他の見解によれば握取行為遺言が相続人指定を取り込んだのは前4世紀であったと考えられ<sup>68)</sup>、上記のように前3世紀から前2世紀にかけてのフリーウス法・ウォコーニウス法で死因贈与が規制されていることが以上述べたことの根拠となると考える。握取行為遺言が相続人指定を取り込むことにより、もともとの死因贈与の性質が完全に失われ、そのことからそのような失われたものを補完する形で新しい死因贈与が生まれていたことから、その行為にも規制を及ぼす趣旨で後に上記二法が作られたのであろう<sup>69)</sup>。

## V まとめ

本稿においては主にローマの元首制期以前の握取行為遺言、遺贈、死因贈与について、その形態及びその相互の関係について考察を加えた。握取行為遺言、(物権)遺贈の両者ともにもと

63) Kaser (1971), S.764. Rüger (2011), S.36-37, 船田 (1971), 433-435 頁。

64) 註 56 においてすでに述べたような Rüger の見解あるいは後藤 (2021) も参照。

65) 以下については Kaser (1949), S.147ff. を参照。

66) ここで述べられた行為はたびたび強調されるようにあくまで生前行為であった (Longchamps de Brier, pp.153)。

67) その際に物権遺贈に関する受遺者の保護方法を参考にしたということは十分にあり得る。

68) Kaser (1949), S.159.

69) ただし、拙稿 (後藤 (2021)) でも述べたような古典期の死因贈与における三類型が具体的にいかんとして生まれたかについては今後さらなる検討が必要となる。

もとは死因贈与を基にしていたものであることを確認し、前稿と合わせていわゆる古典期における死因贈与の役割を考察する上で重要となる法文を検討する前に、死因贈与の姿・役割について一定の見通しを立てることができた。最終的には学説彙纂中でモデスティヌス<sup>70)</sup>が、あるいはユスティニアヌス帝『法学提要』<sup>71)</sup>において、遺贈を贈与の一種として見ていること、特に前者がその違いを遺言によってなされるか否かにあると考えていることを単に詳しく述べたにすぎないかもしれないが、古典期の死因贈与あるいは死因贈与の相続法上の地位を考察する上で、一定の参考となれば幸いである<sup>72)</sup>。

#### 参考文献

- B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano, 1955.
- U. Babusiaux, *Wege zur Rechtsgeschichte: römisches Erbrecht* 2 Aufl., 2021.
- M. Kaser, *Das altrömische Ius; Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949.
- M. Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, München, 1971.
- M. Kaser/R.Knütel/S.Lohsse, *Römisches Privatrecht* 22. Auf., München, 2021.
- W. Kunkel/M.Schermeier, *Römische Rechtsgeschichte* 14. Auf., Wien · Köln · Weimar, 2005.
- Franciszek Longchamps de Bérier, *Law of Succession – Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Warszawa, 2011.
- D. Rüger, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011.
- P. Voci, *Diritto ereditario romano I*, Milano, 1967.
- F. Wieacker, “Hausgenossenschaft und Erbeinsetzung. Über die Anfaeng des roemischen Testaments” *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940* Bd.1, Leipzig, 1941, S.3-57.
- ウルリッヒ＝マンテ著、田中実／瀧澤栄治訳『ローマ法の歴史』ミネルヴァ書房、2008年。
- 加藤永一「遺言と家産(1)(2)(3)」*法学第18巻2号* 200-220頁、*法学第18巻3号* 360-377頁、*法学第18巻4号* 466-489頁、1954年。
- 河上正二『歴史の中の民法：ローマ法との対話 オッコー・パーレンツ教授『ローマ法史講義案』(1999/2000)を基礎に』日本評論社、2001年。
- 後藤弘州「古典期ローマ法における包括承継人の決定：相続財産の信託遺贈を中心に」*神戸法学雑誌*第68巻2号、2018年、225-334頁。
- 後藤弘州「古典期ローマ法における死因贈与に関する基礎的考察」*四天王寺大学紀要*第69号、2021年、195-295頁。
- 原田慶吉『ローマ法(改訂)』有斐閣、1955年。
- 春木一郎「Testamentum per aes et libram ニ付テ」*法学協会雑誌*第33巻第9号、1915年、1475-1495頁。電子版は<http://home.q02.itscom.net/tosyokan/data/HARUKI019.html>において公開されている(2021年9月30日確認)。
- 船田享二『ローマ法 第4巻』岩波書店、1971年。

70) D.31.36.

71) Inst.2.20.1.

72) 本稿は科学研究費(20k13308)研究科題名『古典期ローマにおける相続と贈与』(若手研究)の助成を受けている。

