

# Testamentum per aes et libram 二付テ

春木一郎



## 第一節 緒論

羅馬ノ国初ヨリシテ遺言ノ制度存シタリシヤ否ヤハ確言スルコト能ハ  
 スト雖モ多分ハ後ニ生シタルモノナラン蓋シ相續制度ノ起リタル初期ニ於  
 テハ或者ノ死亡後ニ於テ効果ヲ生スヘキ法律行為ノ觀念存セス相續ハ法定  
 相續即チ無遺言相續ノミナリシナリ (Kohler in Holtzendorff, Enzyklop. 1,  
 S. 38, 1904; Walter Erdmann, Die Entwicklung der Testierfreit im röm Recht  
 in der Zeitschr. f. vergl. Rechtswissenschaft Bd. XXII, 1908, S. 2) Tacitus カ  
 其ノ Germania § 20 ニ於テ nullum testamentum ト言ヒタルハ人ノ善ク知  
 ル所ナリ (古日耳曼人以外ニ於テ同一ノ現象アリタルノ例証ハ  
 Bostford, The Roman Assemblies, 1909, p. 158-159 参照) 羅馬ノ上古ニ於テモ果シテ  
 Tacitus カ古日耳曼人ニ付テ言ヒタルト同一ナリシコトヲ証スルノ材料ハ  
 乏シト雖モ文明ノ程度ノ同一時代ニ於ケル諸国民間ニ共通少ナクトモ略  
 ホ共通ノ現象ナルカ故ニ予ハ姑ラク比較法学者ノ推断ニ信賴セントス

Gaius II, 101 ニ抛レハ羅馬ノ古代ノ遺言方式ニハ二種アリ testamentum  
 calatis comitiis 及ヒ testamentum in procinctu ノ二方法是レナリ testamentum  
 calatis comitiis ハ毎年二回 pontifices ノ目前ニ招集セラルル民会ニ於テ作  
 成セラルル遺言ナリ calata comitia トハ神官ノ主宰ノ下ニ宗教上ノ目的ノ  
 為メ集会スル総ノ民会ヲ謂フ calare ハ本来「招集スル」ト云フノ意義ノ  
 語ナリシカ後ニハ神官カ民会ヲ招集スルニ当リ執行シタル特別ノ招集行  
 為ノ意義ヲ有スルコトト為リタリ王政時代ニ於テ pontifices カ特別ノ方法

二依リ招集シタル民会ハ curia ヲ以テ構成単位ト為シ共和政時代ニ於テ  
 八 centuria ヲ以テ構成単位ト為シタル民会モアリ故ニ calata comitia ニハ  
 calata comitia curiata ト calata comitia centuriata トノ區別アリ而シテ遺言  
 作成ニ関スル calata comitia ハ前者ナリ (Bostford, O. C. p. 153-p. 157) 此  
 ノ民会ハ毎年二回定日ニ集会セリ (Gellius, Noctes Atticae XV, 27, 3; Gaius  
 II, 101) Theodor Mommsen ハ毎年三月二十四日及ヒ五月二十四日ヲ以テ  
 定日ナリト推測セリ (Mommsen, röm. Staatsrecht Bd. II, 3 Aufl. 1887, S. 38  
 Anm. 2) 羅馬ノ古曆ヲ案スルニ Q. REX. C. F. (=Quandoc rex comitiavit fas)  
 ト記サレタル日ハ一年ニ二日アリ即チ前記ノ両日ナリ此等ノ日ニ於テ  
 rex sacrificulus ハ民会員ヲシテ会場 (comitium) ニ赴ムクヘキコトヲ命ス  
 此ノ命令アリタル後ニハ当日ヲ以テ dies fastus トセリ (Varro, L. L. 6, 31)  
 Quandoc rex comitiavit fas ト云フハ rex sacrificulus カ民会員ニ対シテ会場  
 ニ赴ムクヘキコトヲ命シタル時ハ其ノ後当日ハ fas ナリト云フノ意義ナリ  
 此ク前記ノ両日ニ限り rex sacrificulus カ会員ニ民会場ニ赴ムクヘキコ  
 トヲ命スルヨリシテ推考スルニ此ノ両日ニハ民会ハ嘗ニ開会セラルルコ  
 ト得タルノミナラス之ヲ要シタルノ日ナリ然ラハ何故ニ開会セラルルコ  
 トヲ要シタルカノ理由ヲ推測スルニ人々ニ遺言作成ノ機会ヲ与ヘンカ為  
 メナリシナラン学者或ハ三月二十四日ト五月二十四日トハ接近セル期日  
 ナルカ故ヲ以テ Mommsen ノ推測ヲ非難ス (例ヘハ Karlowa, Röm. R. G. Bd. 2, S. 847) 此ノ理由ニ因  
 ルノ非難ハ Kniep カ言ヘルカ如ク以テ Mommsen ノ推測ヲ動カスニ足ラ  
 ス (Kniep, Gai Institutionum Commentariis. Secundus, 1913, S. 94) 遺言作  
 成ニ関シテ招集セラルル此ノ民会ハ単ニ会員ヲシテ遺言者ノ遺言作成行  
 為ヲ認証セシメシムルノ働カスニ止リタルモノナルカ又ハ遺言ノ成立  
 ヲ決議シタルモノナルカニ付テハ由来学者間ニ争アル所ナリ予ハ後説ヲ  
 賛成ス其ノ所以ハ Gaius II, 101 ニ calatis comitiis testamentum faciebant ト  
 アルニ因ルト adrogatio カ民会ノ決議ニ依リテ成立シタルノ事實ヨリ類推  
 スルトニ因ル testamentum calatis comitiis ノ方法ハ紀元前百四十九年以後  
 ニハ用ヒラレサリシノ証拠アリ (Kniep, a. a. O. S. 94)

testamentum calatis comitiis ノ方法ハ羅馬カ未タタイバー河畔ニ於ケル

一 小市タリシ時代ニ於テ平時盛ンニ羅馬人ノ用ヒタル遺言作成方法ナリ  
 羅馬人力附近ノ諸国ト戦争ヲ事ニスルノ頃ニ至リテ in procinctu ノ遺言  
 方法生シ従前ノ平時ニ於ケル遺言方法ト併用セラレタリ procinctus トハ  
 Karlowa ノ説明ニテ八陣営ヲ出テ且ツ臨戦ノ準備ヲ整ヘ列ヲ編成シタル  
 軍隊ヲ謂フ (Karlowa, a. a. O. S. 851 f.) 此ノ遺言方法ハ兵士若クハ一派ノ  
 説ニ依レハ一般ニ羅馬人力武装ヲ為シ將サニ出征セントスル軍隊寧口其  
 ノ一部分ノ目前ニ於テ為スノ方法ナリ此ノ方法ハ Cicero ノ時代ニハ既ニ  
 不使用ニ歸シタリ (Kniep, a. a. O. S. 96)

4  
(1478)

## 第二節 testamentum per aes et libram

### 第一款 緒論

前節ニ概説シタル二種ノ遺言方法ニ加フルニ多分八十二表法制定後ニ  
 第三種ノ遺言方法生シタリ之ヲ銅衡行為ニ依ルモノトス (Gaius II, 102:  
 Accessit deinde tertiumgenus testamenti, quod per aes et libram agitur.) 如  
 何ナル理由ニ依リテ此ノ第三種ノ遺言方法カ認メラレタルカヲ説カンニ  
 calata comitia ニ於ケル遺言ハ一年間僅カニ二日ノ定期ニ於テノミ作成ス  
 ルコトヲ得タリ又 in procinctu ノ方法ハ戦時ニ於テノミ用ヒラルルコト  
 ヲ得タルノミナラス有力ナル説ニテハ兵士ノミ此ノ方法ニ依リテ遺言ヲ  
 作成スルコトヲ得タリ故ニ Gaius カ言ヘル如ク或者カ急病ノ為メ近キ将  
 来ニ於テ死亡スルノ虞ニ出會シタル場合ニ於テハ (Gaius II, 102: Si subita  
 morte urgebatur) 古ヘヨリ用ヒラレタル二種ノ遺言方法ニテハ遺言セント  
 欲スル者ノ必要ヲ充タスコト能ハサリシコトハ明カナリ Mommsen (röm.  
 Staatsrecht Bd. III, 1, S. 78–79, 1887) ハ銅衡行為ニ依ル遺言制度ノ認メ  
 ラルルニ至リタルノ理由ヲ説キテ平民ハ comitia curiata ニ於テ発言シ決  
 議ニ加ハルノ能力ヲ欠キタリシカ故ニ恐ラクハ平民ニモ遺言ヲ作成シ得  
 ルノ方法ヲ与ヘンカ為メナリト又 Girard (Manuel, édit. 1911, p. 807) ハ  
 Mommsen ノ附シタル理由ヲ他ノ理由ト共ニ採用セリ卑見ニ依レハ此ノ

5  
(1479)

理由ハ穩当ニ非サルモノノ如シ何トナレハ *comitia curiata* ノ會員タルノ資格ノ有無ト同会ノ決議ニ依リテ遺言ヲ作成シ得ルコトトハ必スシモ相容レサルモノト為スノ理由存セサレハナリ

## 第二款 第一期ノ *testamentum per aes et libram*

銅衡行為ニ依ル遺言方法ニハ第一期ニ於ケルモノト第二期ニ於ケルモノトアリ本款ニハ第一期ニ於ケル方法ニ關シテ説カントス

或者ハ其ノ信賴セル者ニ總財産ノ *mancipatio* ヲ為シ同時ニ自己ノ死亡後ニ於テ一定ノ方法ニ財産ノ処分ヲ為スヘキコトヲ委託ス此ノ受託者ヲ *familiae emptor* (家産購買者) ト称ス (*Gaius II*, 102) 此ノ方法ハ十二表法第六表中ノ *Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (Schöll, XII Tabulae, 1866, p. 133) 及ヒ同法第五表中ノ *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto* (Schöll, op. c. p. 127) ナル兩法文ニ基ツキ法学者カ考案シタルモノナリ、*Cum nexum* 云々ノ法文中ノ *mancipium* ハ *mancipatio* ト同義ナリ同法文ニ依リ *nexum* 又ハ *mancipatio* ヲ為スニ当リ当事者ノ為ス言明 (*nuncu pare, nuncu patis*) ノ有効ナルコトヲ認メタリ故ニ家産ノ *mancipatio* ヲ為スニ当リテ購買者ノ為スノ言明ハ有効ナリ如何ナル式語ニ依リ言明ヲ為シタルカハ明白ナラス然レトモ *Gaius II*, 103 ニ見フルカ如ク家産購買者ハ *mancipium* (*mancipatio*) ニ依リ遺言者ヨリ *familia* (家産) ヲ取得スル者ナルカ故ニ通常ノ *mancipatio* ニ於ケル *mancipatio* ト大差ナカリシモノト推察セラル唯通常ノ *mancipatio* ノ物体ハ個々ノ *res* ナリト雖モ問題タル *mancipatio* ノ物体ハ家産ナリ又通常ノ *mancipatio* ト異ナリ *familiae mancipatio* ハ財産ノ死後処分ヲ終局ノ目的トシテ為サルモノナリ随テ是等ノ特徴ヲ表示センカ為メ *familiae mancipatio* 中ニ於ケル財産取得者ノ言明中通常ノ *mancipatio* 中ニ於ケル取得者ノ言明ト異ナル文句アリ *Danz* ノ段定スル言明ノ式語ハ固ヨリ個々ノ語ニ付テハ確カニ然カリシモノナリト断言スルコト能ハスト雖モ趣意ニ於テハ正シキモノト考フ即チ

Familiam pecuniamque <sup>(予ハ寧口 Pecuniamque  
ヲ削除セント欲ス)</sup> tuam ex iure Quiritium meam esse aio evque quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra, esto mihi empta itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote. (Danz, Lehrb. der Geschichte des röm. Rechts, zweiter Theil, 2 Aufl. 1873, S. 115)

7  
(1481)

右ノ式語中ニ謂ハユル quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam 八前掲十二表法第五表ノ uti legassit 云々ノ法文<sup>(註)</sup>ニ照応ス此ノ法文 (lex publica) 八家長カ其ノ財産ノ死後処分ヲ為シ得ルコトヲ認メタルモノナリ

(註) uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto ノ解釈ニ付テハ由来種々ノ説アリ予ハ super pecunia tutelave 八後人ノ挿入シタル句ナリ而シテ suae rei 八 dativus ニシテ legassit ニ繫屬スト解ス近頃 Kniep 八右ノ正文ニ変更ヲ加ヘシテ次ノ如ク解釈セリ suaerei 八 su aerei ト分解シテ讀ムヘキナリ aeres 八 heres ナル語ト同義ニシテ形ヲ異ニスルノミナリトシテ右ノ法文ヲ訳シテ „Wie jemand verfügt haben wird über das Vermögen oder die Vormundschaft seines heres“ (Kniep, Gai Institutionum commentarius, Primus, 1911, S. 248 f.) 此ノ考ハ巧妙ナルモノノ如シト雖モ予ハ未タ果シテ是ナリト断言スルコト能ハス姑待後考

8  
(1482)

以上ニ説キタルカ如ク familiae mancipatio アリタル後ニ遺言者ハ自己ノ死亡後如何ニ其ノ patrimonium ノ処分実行ヲ為スヘキカヲ familiae emptor ニ委託セリ (Gaius II, 102: is (testator).....rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet) 此ノ委託ノ性質ヲ解シテ委任ト為シ第三者ナル受遺者ハ直接ニ familiae emptor ニ対シテ債權ヲ取得スルモノト為シ familiae mancipatio ト結合セル委任ハ羅馬法ニ於ケル第三者ノ為メニ為ス契約ニシテ効力ヲ生シタル最モ古ルキモノト為ス学者アリ (Sohm, Inst. 14 Aufl. 1911, S. 723) 然レトモ D. 44, 7, 11 (Paulus) 八第三者ノ為メニスル契約ハ原則トシテ無効ナルコトヲ規定スルノミナラス第三者ノ為メニ贈与ノ目的物ヲ給付スヘキ負担附ノ贈与ノ有効ヲ確認シタルハ帝政時代紀元後

二百九十年ノ事ナリ斯克ノ如ク羅馬法ハ近世法ト異ナリ第三者ノ為メニスル契約ヲ原則トシテ否認シ且ツ familiae mancipatio ト結合シタル委任ニ類似セル donatio sub modo 有効ト為シタルモ後世ノ事ナルヨリシテ推察スルニ十二表法ノ制定後甚タ遠カラサル時代ニ於テ既ニ第三者ノ為メニ為ス契約カ認めラレタリト為スニハ確証アルコトヲ要ス啻ニ確証ナキノミナラス Gaius ハ遺言者カ familiae emptor ニ rogare (rogatio) シタリト言ヘリ之ニ依リテ觀レハ familiae emptor ハ法律上ノ義務トシテ遺言者ノ遺志ヲ実行スヘキノ責ヲ負ヒタル者ニ非ス恰カモ fideicommissum (信託) ノ実行カ初期ニ於テハ全ク受託者ノ徳義心ノ厚薄ニ繫屬シタルカ如ク familiae emptor ハ徳義上ノ義務ヲ負ヒタルニ止マリタルモノト為シ得ヘキモノナルカ故ニ問題タル場合ニ第三者ノ為メニスル契約ヲ認ムルコト能ハス而シテ familiae emptor ハ遺言者ノ遺志ヲ実行スヘキ徳義上ノ義務ヲ負フニ止マリタル事ハ實ニ第一期ノ testamentum per aes et libram カ社会關係ノ複雑ノ程度ノ高マルト共ニ不完全ノモノト為リ隨テ第二期ノ testamentum per aes et libram ノ発生ヲ促カシタル一理由ト觀察スルコトヲ得又或者ハ mancipatio familiae ヲ fiducia cum amico ノ一種ト解シ友人ハ自己カ mancipatio ニ依リテ取得シタル物体ヲ遺言者ノ指定シタル第三者ニ再ヒ mancipatio ヲ為スノ義務ヲ負フ第三者ハ actio fiduciae ニ依リ familiae emptor ヲシテ自己ニ給付セシムルコトヲ得ト (Walter Erdmann, a. a. O. S. 15) 然レトモ familiae emptor カ第三者ニ對シテ為スヘキ給付ノ内容ハ (仮リニ familiae emptor カ第三者ニ對シテ債務ヲ負フ者トシテ論ス) 一定セルモノナリ即チ遺言者ノ意思ニ從フテ実行ヲ期スヘキナリ fiducia ノ場合ニ於テ債務者ハ誠實ノ觀念ニ依リテ給付ヲ為スヘキナリ fiducia ノ伴フ mancipatio ニハ不確定ノ約款ヲ含ミ之ト異ナリ familiae mancipatio ノ約款ハ確定ナリ (Sohm, a. a. O. S. 724)

以上ニ説キタルカ如ク遺言者ノ rogatio ハ familiae emptor ニ對シテ法律上ノ義務ヲ負ハシメタルモノニ非スト雖モ一朝遺言者死亡シ familiae emptor ニ於テ其ノ徳義上ノ責務ヲ遂行セサルトキハ受遺者ハ物權訴權ニ依リ遺贈ノ目的物ヲ請求スルコトヲ得 Kniep (Gaius II, S. 123) ハ其ノ方式ハ略次ノ如クナリシモノトセリ

9  
(1483)

10  
(1484)

„Hanc ego rem ex iure Quiritium testatoris fuisse et quo tempore testamentum fecisset et quo mortuus esset eamque rem mihi legatam esse aio.“

第一期ノ銅衡行為ニ依ル遺言ニ於ケル familiae emptor ノ性質如何ニ付テハ学説一致セス今ヨリ主モナル学説ヲ論評セン

一、 familiae emptor ヲ相続人ナリト為スノ説

儒帝ノ法学提要ノ註解者 Theophilus ハ既ニ此ノ説ヲ採リタルモノノ如シ (Institutionum Graeca Paraphrasis, Ferrini, Pars prior 1884, p. 155: ἐπειδὴ γὰρ οὐ familiemptor αὐτὸς ἦν καὶ κληρονομοῦ) 近世ノ学者中此ノ説ヲ採ル者ヲ例示セハ Rein (Das privat. u. der Civilprozess der Römer 1858, S. 789) Pernice (Labeo I. S. 475 Anm. 7.) Salkowski (Instit. S. 486, 8 Aufl. 1902) Ferdinand Lassalle (Das System der Erworbenen Rechte, Bd. II, S. 88 f. 2 Aufl. 1880) ナリ familiae emptor ヲ直チニ heres ト見ルコトヲ得サルハ Gaius カ familiae emptor...heredis locum optinebat ト云ヒタルヲ以テ明カナリ (Gaius II, 103) 尚ホ他ノ点ヨリモ觀察セン familiae emptor ハ遺言者カ mancipatio ニ依リ移転シタル財産ヲ永久ニ有スヘキ者ニ非ス遺言者ノ意思ニ基ツキ其ノ死亡後ニ於テハ遺産処分ノ実行ノ信託ヲ受ケタル者ナリ随テ familiae emptor カ誠実ナル以上ハ何等ノ実益ヲ受ケルコト能ハス此ノ如キ者カ遺言者ノ個々ノ債務ニ付テ責ヲ負ヒタルモノト考フルコト難シ Gaius ハ明カニ patrimonium カ mancipatio ノ物体ナリト言ヘリ故ニ債権者ノ意思カ加ハラサルニ patrimonium ノ移転ト共ニ債務モ亦 familiae emptor ニ移転シタルモノト解スルコトハ不当ナリ而シテ羅馬法ノ heres ハ hereditas ヲ構成スル所ノ一切ノ権利及ヒ義務ノ包括承継人ナリ然ラハ此ノ見地ヨリスルモ familiae emptor ヲ heres ト同一視スヘキニ非ス此ク論シ来タラハ或ハ反問セン「然ラハ遺言者ノ債務ハ如何ニナルモノナルカ」ト固ヨリ familiae mancipatio ニ因リ債権者カ遺言者ニ対スル債権消滅スルニ非ス然ラハ法定相続人ニ於テ遺言者ノ債務ヲ承継スルニ非サルカトノ疑團ヲ生ス然レトモ familiae mancipatio アリタルトキハ法定相続ヲ生セサルヘキナリ (Kohler, a. a. O. S. 39 Anm. 2) 謂フニ mancipatio ノ物体ニ非サル債務ハ familiae emptor カ mancipatio ニ依リ取得シタル財産ノ

11  
(1485)

12  
(1486)

限度ニ於テ familiae emptor カ之ヲ弁済スヘキ責ヲ負フ此ノ關係ニ於テハ familiae emptor ハ後世ノ羅馬法ニ於ケル curator hereditatis iacentis ノ地位ニ類似セルモノナリ Gaius III, 84 ニ拠レハ独立者養子縁組ニ因リ被養者ハ capitis deminutio minima ヲ受クルカ故ニ其ノ効果トシテ被養者ノ債務ハ国民法上消滅ス然レトモ大判官ハ独立者養子縁組ニ因リ収養者カ取得シタル財産ヲ限度トシテ収養者ハ被養者ノ原債権者ニ対シテ責ヲ負フヘキモノトス又 coemptio ニ因リ夫ノ手権 (manus) ニ服從シタル妻ノ債務ニ付テモ Gaius ハ前記ノ節ニ於テ同一ノ説明ヲ為セリ要スルニ古代ノ羅馬法ニ於テハ債務ト責任トノ兩觀念存在シ familiae emptor ハ mancipatio ニ依リ取得シタル財産ノ限度ニ於テ債権者ニ対シテ責ヲ負フモノト解スヘキナリ

<sup>13</sup>  
(1487) (Friedrich Bruck, Zur Entwicklungsgeschichte der Testaments vollstreckung im röm. Recht, Grünh. Bd. 40, S. 542–544, 1914)

Lassalle カ Gaius II, 103 (namque olim familiae emptor ..... 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.) ニ謂ハコル nunc vero alius heres instituitur ヲ訳シテ „Jetzt aber wird ein andere Erbe eingesetzt“ ト為シ他ノ相続人ト云フハ前文ノ familiae emptor ニ対シタルモノナリ随テ Gaius ハ familiae emptor ヲ相続人ト見タルナリト (Ferdinand Lassalle, a. a. O. S. 89) 然レトモ右ノ alius ハ前文ノ familiae emptor ニ対スルモノニ非スシテ後文ニ謂ハコル alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur 中ノ alius ニ対スルモノナリ此ノ如キ alius ノ用例ハ Gaius ノ羅馬私法講義案中他ニモ見フ (Gaius III, 137) 故ニ Lassalle カ familiae emptor ヲ相続人ナリト為スノ説ハ Gaius ノ文章ノ誤解ニ出テタルモノナリ (Deutsch, Die Vorläufer der

<sup>14</sup>  
(1488) heut. Testamentsvollstrecker im Röm. Recht, 1899, S. 8 f.)

二、 familiae emptor ヲ独逸法ノ遺言執行者ナリト為スノ説

羅馬法ニ於テハ executor testamentarius ナル述語ナシ又儒帝以前ニ於テハ遺言執行者ノ一般ノ制度ヲ認メス後ノ東羅馬帝國時代ニ於テ始メテ

一般ニ此ノ制度ヲ認ムルニ至リタリ (Zachariä von Lingenthal, *Gesch. des Griech. röm. Rechts*, 3 Aufl. 1892, S. 162 ff.; *Mitteis, röm. Privatr. B. I.* 1908, S. 105 Anm. 30) 然レトモ独逸法ニ於ケル遺言執行者ノ制度ハ其ノ淵源ヲ後ノ東羅馬帝国法ニ取リタルモノニ非スシテ日耳曼法ノ受託者 (Salmannen, Treuhänder) ノ制度ニ起原ヲ置クモノナリ *familiae emptor* ト遺言執行者ノ制度トノ間ニハ歴史上何等ノ關係ナシ彼ヲ以テ此ノ前身ト云フハ誤ナリ (Hollander, *Krit. Vierteljahreschr.*, Bd. 45, 1904, S. 509)

独逸ノ遺言執行者ノ制度カ羅馬法ノ流ヲ汲ミタルモノニ非サルコトハ上述ノ如シ而シテ理論上ニ於テモ *familiae emptor* ヲ遺言執行者ト見ルコト能ハサルハ Hollander (a. a. O. S. 505 ff.) カ論スルカ如ク第一期ノ銅衡行為ニ依ル遺言ニハ相続人ナシ随テ *familiae emptor* ハ遺言相続人ノ意思ニ反シテ遺言者ノ意思ヲ実行スルノ機關ニ非ス之ニ反シ遺言執行者ハ遺言相続人ノ意思ニ反シテモ遺言者ノ意思ヲ実行スヘキ者ナレハナリ然ルニ Bechmann (*Kauf. I.*, S. 297, 1876) ハ第一期ノ銅衡行為ニ依ル遺言ニハ相続人ナキコトヲ認ムルニモ拘ラス *familiae emptor* ヲ遺言執行者ナリトセルハ予ノ賛成スルコト能ハサルノ見解ナリ

15  
(1489)

### 三、*familiae emptor* ヲ受信託者 (Treuhänder) ナリト為スノ説

受信託者トハ他人ノ利益ノ為メニ自己ノ名義ヲ以テ一定ノ權利ヲ有スル者ニシテ取得行為若クハ法ノ規定ニ依リテ一定シタル目的ノ為メニ其ノ權利ヲ処分スヘキ義務ヲ負フヲ以テ原則ト為ス者ヲ謂フ (Alfred Schultze, *Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht in Jherings Jahrb.*, Bd. 43, 1901, S. 1 f.) 羅馬法ニ於ケル受信託者ヲ例示セハ債權担保ノ目的ヲ達センカ為メ *mancipatio* 又ハ *in iure cessio* ニ依リ物ノ所有權ヲ取得シタル債權者又ハ口頭契約ニ因ル主タル要約者ノ利益ノ為メニ其ノ委託ニ因リ同一債務者ト從タル口頭契約ヲ為シタル參加要約者 (*adstipulator*) ノ如シ而シテ *familiae emptor* モ亦受信託者ナリ唯 *familiae emptor* ハ取得行為 (*mancipatio*) ニ依リ他人ノ利益ノ為メニ財産ヲ有スル者ナリト雖モ信託物ノ所有者ト為リタル債權者又ハ參加要約者ノ如ク財産ヲ目的以外ニ濫用シタル場合ニ於テ内部關係ニ因リ信託者ニ對シテ法律上ノ責ヲ負ハス (Voigt, *Ius nat.* III,

16  
(1490)

211 ff. 1875; derselbe, röm. Rechtsg. I, S. 81, 1892) familiae emptor 八恰カモ日耳曼法ニ於ケル最古ノ受託者ト見ルヘキ者ニシテ法定相続人ナキ被相続人ノ遺産ヲ中介者トシテ取得シ他日相続人生シタルトキハ同人ニ遺産ヲ移転スヘキ義務ヲ負フ Salmann 二酷似ス (Stobbe, Deutsches Privatr. Bd. 5, §308, S. 260 ff. 1885) familiae emptor ヲ受信託者ナリト為スノ

説ハ近来大ニ勢力ヲ得タリ(此ノ説ヲ採ルハ Ehrlich (前掲論文百〇一頁) Alfred Schultze (前掲論文) Lambert, Droit civil compare I, 446 ff. 1903, Kniep (前掲ゲーイウス羅馬私法講義案第二、百十五頁、第一期ノ mancipatio 二依ル遺言行為ニ於ケル) 当事者トシテハ遺言者受信託者 (Treuhandler) 及ヒ受遺者ノ三者アリ云々)

(附言) Schulin 八希臘法及ヒ羅馬法ニ於ケル遺言制度ヲ比較研究シ大要左ノ如キ結果ヲ得タリ希臘法ニ於テハ遺言ノ内容ヲ標のトシテ三種ト為スコトヲ得即チ養子縁組 (ἐισπιψησις) ノ伴フ遺言、財産処分ノミノ遺言換言スレハ遺贈ヲ為スノ遺言及ヒ相続人指定ヲ含メル遺言是レナリ而シテ羅馬法ニ於テモ是等ノ三種ノ遺言ニ相応スルモノアリ即チ adoptio per testamentum 第一期ノ test. per aes et libram 及ヒ第二期ノ test. per aes et libram 是レナリ (Schulin, Das Griechische Testament verglichen mit dem Röm. 1822, S. 51 ff.) 而シテ familiae emptor ヲ Treuhänder トセリ(Lehrb. der Gesch. des röm. R. 1889, S. 459) 又氏ハ familiae emptor ヲ上記ノ如ク解スルカ故ニ第一期ノ test. per aes et libram ノ傍ラニ於テ尚ホ遺言者ニ對シテ法定相続開始スヘキヤ否ヤノ点ヲ問題ト為シ(此ノ点ヲ問題ト為スハ實ニ尤モナリ) 多分ハ法定相続開始シタリシナラン此ノ事ハ希臘阿典ノ法ニモ然リシカ故ニ類推スルコトヲ得殊ニ遺言者カ多額ノ債務ヲ負フ場合ニ於テハ現存スル独立者相続人ニ對シテ法定相続開始スルモノト見ルヘキハ或ハ適當ナラント(前掲希臘、羅馬ノ遺言制度比較五十) 八頁及ヒ前掲羅馬法制史四百六十頁 予モ一度ハ Schulin ノ如ク推考シタリト雖モ第一期ノ test. per aes et libram ハ法定相続ノ開始ヲ妨ケサルモノト解セハ何故ニ第二期ノ test. per aes et libram ヲ生シタルカノ重モナル理由ヲ度外ニ措カサルヘカラス故ニ予ハ前二述ヘタルカ如ク Kohler ノ説ヲ採用スルニ至リタリ

### 第三款 第二期ノ testamentum per aes et libram

第一期ノ test. per aes et libram 二於テハ相続人ノ指定ナク又遺言者ノ債権者ニ対スル familiae emptor ノ責任ハ有限ナリシカ故ニ羅馬ノ建国後五世紀ノ末葉ヨリ六世紀ノ半頃ニ及ヒテ此ノ遺言方法ハ社会ノ需要ヲ満タスニ不充分ト為リタリ当時内外ノ取引大ニ頻繁ヲ加ヘ殊ニ羅馬ト伊太利以外ノ諸市トノ間又各地間ニ於テ船舶ニ依ル交通盛大ト為リタルヲ以テ信用ヲ置カルヘキ相続人ノ指定ヲ含ム遺言方法ヲ認ムヘキノ必要ヲ生シタリ是ニ於テカ旧制度ニ変更ヲ加ヘ社会ノ需要ヲ充タスニ巧ナリシ羅馬ノ法学者ハ第一期ノ test. per aes et libram ヲ改造シテ第二期ノモノヲ考案スルニ至リタリ (Cuq, Sur le testament per aes et libram, Nouvelle Revue Historique, 1886, p. 554–p. 555)

18  
(1492)

(註) Postquam iam pueri septuennis sunt, pater

Oneravit navem magnam multis mercibus;

Inponit geminum alterum in novem pater,

Tarentum avexit secum ad mercatum simul,

Menaechmi, Prol. 24–27 (Plautus 八紀元前二百五十四年頃ニ生レ百八十四年ニ死亡セリ其ノ最も成功シタル戯曲ノ一ナル Menaechmi 八二百十五年以前ノ作ニ係ルトノ状況証拠アリ Teutels, Geschichte der Röm. Literatur Bd. I, 5 Aufl. 1830, S. 154)

第二期ノ test. per aes et libram 二在リテハ二段ノ行為ヲ區別スルコトヲ要ス形式トシテノ Mancipatio 及ヒ遺言行為其モノ是レナリ Mancipatio ハ常例ノ証人及ヒ持衡器者ノ目前ニ於テ familiae emptor カ次ノ如キ言明ヲ為セリ「予ハ汝ノ家産及ヒ金銭カ予ノ委託及ヒ保管ノ下ニ在ルコトヲ宣告ス而シテ汝ヲシテ法律ノ規定ニ從ヒ (Secundum legem Publicam 八公法ト訳スルハ如何ニヤ (Mommsen, röm. Staatsrecht Bd. III, S. 310, 1887) lex publica 八單ニ lex ノ意ナリ而シテ茲ニテ八十二表法第五表中) 汝ヲシテ有効ニ遺言ヲ作成スルコトヲ得シムルカ為メ此ノ銅貨及ヒ此ノ銅製ノ衡器トヲ以テ此等ノ物ヲ予ニ買得セシメヨ」云々然ル後ニ familiae emptor ハ携フル所ノ銅貨ヲ以テ衡器ヲ打チ代金ノ表章トシテ之ヲ遺言者ニ交付セリ此ノ形式売買手續ノ後ニ遺言者ハ七名ノ証人 (其ノ中ノ五名ハ前ノ形式売買ニ於ケル証人ナリ 他ノ二名ハ持衡器者及ヒ familiae emptor ナリ) ノ目前ニ於テ口頭若クハ書面ヲ以テ遺言セリ書面ノ場合ニ付テハ Gaius II, 104 二説明アリ遺言者ハ前以テ準

19  
(1493)

備シタル遺言書ヲ七名ノ証人ニ提示シ「此等ノ物ハ此ノ蠟版ニ記載セルカ如クニ予ハ之ヲ与フ、予ハ之ヲ遺贈ス、予ハ証人ノ目前ニ於テ明言ス、故ニ汝等羅馬人ハ予ノ為メニ認証セヨ」ト言明ス是ニ於テカ遺言書ハ直チニ封セラレ其ノ封目ニ於テ *mancipatio* ノ五名ノ証人又時トシテハ持衡器者及ヒ *familiae emptor* ハ署名捺印セリ此ノ遺言方式ニ依レハ遺言者ハ遺言ノ内容ヲ証人等ニ知ラシムルコトヲ要セサルノ便アリ因リテ法学隆盛時代ニ於テハ民法上ノ遺言方式トシテハ此ノ方法カ普通ニ实用ニ供セラレタリ

<sup>20</sup>  
(1494)

形式売買ノ後遺言者ハ前記七名ノ記入ノ目前ニ於テ遺言ノ趣旨ヲ口述シテ遺言ヲ為スコトヲ得タリ此ノ方法ニ依レハ遺言者ハ遺言ノ内容ヲ秘密ニスルコトヲ得ス

第二期ノ *test. per aes et libram* ニ於テハ相続人ノ指定ヲ要シタリ遺言者ハ相続人ノ指定ノ次キニ遺贈、奴隸ノ解放等ノ意思表示ヲ為スコトヲ得タリ

*Testamentum per aes et libram* コーンスタンチーヌス大帝ノ時代 (A. D. 306–337) ニ廃止セラレタリト云フ (Voigt, *röm. Rechtsg. B. III*, 1902, S. 318)

<sup>21</sup>  
(1495)

(「法学協会雑誌」第 33 卷第 9 号)

Testamentum per aes et libram 二付テ

著 者 春木一郎

発行日 平成 13 年 5 月 29 日 1.0 版

平成 14 年 6 月 22 日 1.1 版

平成 15 年 10 月 22 日 1.11 版

発行者 和田 徹

発行所 和田電子出版

底本 「法学協会雑誌」第 33 巻第 9 号

法学協会 大正 4 年 9 月

## [ 作成備忘録 ]

- ・ 底本は縦書き、旧字体表記、仮名躰字あり。
- ・ 底本著者名「法学博士 春木一郎」。
- ・ 欄外に底本の頁を付記。

頁	行	底本	本書
3	13	per aer aes et libram	per aes et libram
3	18	急病ノメ近為キ	急病ノ為メ近キ
4	21	mancipatio 物体	mancipatio ノ物体
4	25	或語	式語
5	22	Gaius, II, 101	Gaius II, 102
7	14	Gaius, II, 102	Gaius II, 103
9	13	思思	意思
10	2	日耳曼法二明ケル	日耳曼法二於ケル
12	10	遺言ノ者	遺言者