



Title	法学史における夫婦間の贈与(上)
Author(s)	小菅, 芳太郎
Citation	北大法学論集, 14(3-4), 217-240
Issue Date	1964-03
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/27827
Type	bulletin (article)
Note	資料
File Information	14(3_4)_P217-240.pdf



[Instructions for use](#)

法学史における夫婦間の贈与（上）

小 菅 芳 太 郎

まえがき

宮崎先生はロオマ法の話になると私法の主要な理論が既にそこに書かれてあることに感嘆されるのであるが、先生のもらされるこの実感が特に印象に残るのは、大陸の私法学がロオマ法を通じて形成された過程を個々の理論につき具体的に観念することが、法学史研究の前提であるにもかかわらず私には容易なことではないからである。講義においてはおさらであるので、原典の講読を勧められた宮崎孝治郎先生の北大法学部御退職を記念して、私なりに教材を心掛けることとし、主題も「新比較婚姻法」の執筆プラン中にみえる「夫婦間の契約の取消」に求めることにした。この理論は今日全く重要性のないものではないが、ドイツ普通法学における「夫婦間の贈与」は、サヴィニによって贈与の一部門の理論たるに止らず贈与一般の概念形成に利用され、その後の民法典の規定の骨組となったものである^①。本稿でのこの経過の概観は、(1)ロオマ法と普通法の関係の一例（贈与の概念）を示す材料、(2)ドイツの私法理論形成におけるサヴィニの役割の一例を示す材料、^②になると思われる。さらに、(3)本稿はこういうわけで「夫婦間贈与」の理論自体を扱うものではないが、これも「新比較婚姻法」への一つの貢献の仕方ではないかと思われる。

ニ帝法典の贈与を主題とする章のうち学説集第二四卷第一章「夫婦間の贈与について」(D. 24.1: De donationibus inter virum et uxorem) および同第三九卷第五章「贈与について」(D. 39.5: De donationibus) の内容と分量のおよその観念を得るために、各法文) とに一行に要約するという縮尺でこれを再現することにする。

二四卷一章：「夫婦間の贈与について」

- ① Ulp. 32 Sad 習俗が夫婦間贈与を無効とせるは、愛情に溺れて財産を浪費し合うを防ぐため、 T W
- ② Paul 7 Sab また、子供養育の熱意欠くことを防ぐためなり。Caec. . . さらに婚姻が贈与により維持され売買と化すから。 W
- ③ Ulp. 32 Sab pr 「勸法」もまた、《我が父祖は愛を心でのみ評価し、夫婦の和が代価によるとはみえぬよう配慮せり。》 T S W
- 1 禁止は誰の間で？合法婚姻間では贈与無効。然らずば有効だが、婚姻禁止違反者の優遇になるのは正しくない。 T S W
- 2 同一権力下にある者たち...。妻が、その義父の権力下にある夫の弟に対して贈与するは禁止さる。 T S W
- 3 権力のことばを奴隷にも及ぼす。というよりはむしろ、夫に服従している者もまた贈与できない。 S W
- 4 母が父権下の息子に対する贈与は父に取得され無効。ただし息子に軍営特有財産ある場合を除く。 T S W
- 5 妻も嫁も義父の権力服従者から、夫が父権下にあるとき、贈与されえない。 T S W
- 6 妻や嫁の側から夫や女婿、その権力服従者、それを権力下にもつ者に対しては禁止さる。 T S W
- 7 姑と嫁との間では、権力関係が問題にならぬから、贈与は禁止されない。 W
- 8 私の奴隷(用役権は他人に属す)が特有財産(私に属せず)を私の妻に贈るも無効。善意で私に仕える自由人のは有効。 W
- 9 夫、妻、その他の者は、自らのみならず、介在者によつても贈与しえない。 W
- 10 夫婦間での禁止の結果、為された行為...引渡、問答契約および受領問答契約、は法律上当然に無効。 S W
- 11 ゆえに、或者がその妻に金銭を与うるも彼女のものとならず。 S W
- 12 彼(A)が己の債務者(B)に彼女(C)に支払えと命じたなら、...債務者は免除され、金銭は妻ではなく夫のもの。 S W
- 13 この見解に一致するのが「私(A)に贈与せんとする者(B)に私の妻(C)に与えよと命ずるは無効。 S W
- ④ Jul 17 dig 死因により私(A)に引渡さんとする者(B)に妻(C)に引渡せと私が命じた場合も同様。 S W
- ⑤ Ulp. 32 Sab pr 婚約男から引渡された物を結婚後の妻に引渡した介在者を、夫が立てたのなら贈与無効。妻なら有効。 T W

- 1 夫の債務者たる妻とTのうち、妻に受領問答契約がなされても無効ゆえ、兩人とも債務免除されない。
- 2 贈与以外の物的または人的原因が混合している場合、分離不可能なら贈与有効。可能なら、贈与は無効、残り有効。⁽¹³⁾ TS W
- 3 夫「A」の債務者「B」が夫の命令により妻「C」に金銭を約束しても無効。 S W
- 4 「B」妻「B」が夫「A」の債権者「C」に約束し、贈与のため保証人を立つ、夫は免除されず妻や保証人も債務負わず。S W
- 5 「B」小額売買は無効。Ner (Comp. m.) : 売買意思ありて後に代価の一部免除せば、売買は有効、免除は無効。 TS W
- 6 贈与のため夫または妻が役権を行使せねば、役権は失われる。ただし、離婚後に返還請求しうる。 S W
- 7 贈与のため妻または夫が、抗弁を対抗されて敗訴するを欲するなら、判決は有効。ただし返還請求あり。 S W
- 8 埋葬のための贈与は許さる。贈与者をより貧しく、受贈者をより富ます贈与のみが禁止される⁽¹⁴⁾のだから。 TS W
- 9 埋葬のため夫から妻に贈与された場所は、埋葬時に初めて妻のものとなる。 TS W
- 10 夫が妻に高価な墓石を贈るとき、贈与有効。 TS W
- 11 もしも彼女自身がその墓石に収められた場合にも、その場所は宗教物になる。 TS W
- 12 公共物建築のため贈与された場所も神聖物になる。神に捧げるようにと妻に対してなされた贈物も有効。 TS W
- 13 「B」補充指定された妻に贈与のため、夫が遺言相続を拒絶せば贈与有効⁽¹⁵⁾。取得せぬ者はより貧困にならぬから。 TS W
- 14 同様に、妻が、補充指定されているとき遺贈を拒絶するなら贈与有効。 S W
- 15 Cel. : 遺産信託遺贈義務者たる夫が己の取分を控除せず妻に引渡せば、贈与したというより信義を果したと解さる。 TS W
- 16 贈与者が己の財産を減せぬなら、またたとえ減しても、受贈者がより富まなければ、贈与有効。 S W
- 17 Marcell. : 夫からの金銭を己の血族のため支出せる妻は、より富んだとはみなされないから、贈与有効。 S W
- 18 受贈男または受贈女のもとから、物が現存すれば所有物取戻され、消費されてれば富んだ限りで返還請求される。⁽¹⁷⁾ TS W
- ⑥ Gal II ed. 許されぬ贈与に基づく保持は、原因なきかまたは不正原因によるもので、この原因から常に返還請求生ず。 TS W
- ⑦ Ulp. 31 Sab. pr. より富んだか否かの基準時点は争点決定時か、判決時か？わが皇帝は前者と指令す。 TS W
- 1 夫が与えた香油用金銭を己の債権者に支払後、己の金銭で香油購入せる妻につき、Marcell. : より富んだと解されず。⁽¹⁸⁾ TS W
- 2 互に五金づつ贈与し、夫は保持、妻は消費せる時、贈与の相殺あり。これはハドリアヌス帝の勅法による。 TS W
- 3 土地が現在低価でも争点決定時の評価によるべく、現在高価でも返還すべきは支払額のみでその利子でもない。 TS W

- 4 妻一五金で土地購入、夫一〇金妻五金の支払後、現価は一〇金・価格は双方にとり減少し夫の追及額は一〇金の%。
T W
- 5 嫁資物の評価を贈与のため高めていた夫は、金銭を支払うか、必要費を控除して土地自体を返還す。
T W
- 6 妻が嫁資返還の担保たる土地を夫より買ったとき、贈与のためなされたものなら売買は無効。
T S W
- 7 妻が買った物の代価を妻に代つて支払った夫は、より富んだ妻から全額を請求する。
S W
- 8 一年内に解放せよと奴隷を贈与された妻が夫の意志に従わぬとき、故マルクス帝の勅法は自由を与う。
S W
- 9 即時のみならず将来の解放のための奴隷贈与も有効。
S W
- ⑧ *Gal II ed* 奴隷解放前に婚姻解消の時は婚姻存続中の解放が贈与の条件と解されるから、贈与解除さる。
T S W
- ⑨ *Ulp 32 Sab Pr* 決して自由にされぬ状態にある奴隷の贈与は無効。
T S W
- 1 *Iul* 解放時に奴隷から対価を得、労務を課した妻は、夫の財産に基きより富んだとは解せられず。
S W
- 2 夫婦間の死因贈与が有効なのは、
T S W
- ⑩ *Gal II ed*〔承前〕贈与の効果が夫たり妻たることを止める時点で生ずるから。
T S W
- ⑪ *Ulp 32 Sab Pr* しかし、物が直ちに受贈者のものになるのではなく、贈与者の死亡時まで物は彼のもとに留る。
T S W
- 1 *Iul* 死亡時に妻や夫のものとなる贈与のみならず、すべての死因贈与が有効。
T S W
- 2 夫から妻が介在させた家男への引渡。*Marcell* 引渡が関係づけられる時即ち夫死亡時に自権者になったから有効。
T S W
- 3 同人・家女たる妻へ夫が引渡した時、夫生存中に妻が自権者となれば、贈与は妻のものになる。*Iul* 同意見。
T S W
- 4 同様に、妻が家男たる夫に死因で引渡し、彼が自権者となれば、彼のものとなる。
T S W
- 5 反対に、家長たる夫に妻が死因贈与し、妻死亡時に夫が家男となれば、利得は家長が取得す。
T S W
- 6 ゆえに *Scaev* の *Marcell* の註も妻が奴隷を介在させて死因引渡を受けた時、夫死亡時に自由人たれば同様。
T S W
- 7 *Marcell* 介在者が、妻に与えた後、贈与者生存中に死亡す。介在者のものになった後移転すべきものゆえ贈与消滅。
T S W
- 8 妻から物を、夫に死因引渡せよと与えられた *T* が、妻死亡後彼女の相続人の意志に反して夫に与えたら？
T S W
- 9 夫から死因により受取った妻が、夫生存中他人に引渡せば引渡無効。
T S W
- 10 夫が妻に死因贈与後、離婚あれば贈与は解消されるか。*Iul* 肯定。
T W
- 11 同人は、離婚を原因とする贈与は有効とするが、
T S W

- ⑫ Paul 7 Sab 「承前」それは、正に離婚時になされたものであつて、将来の離婚を考えてのものではない。
T S W
- ⑬ Ulp 32 Sab pr 「承前」しかし、死が生ぜば、贈物は妻のものとならず。贈与は他の場合のためになされているのだから。
W
- 1 妻に死因贈与した後、夫が遠島刑に処せられたら、離婚を原因とする贈与同様に有効。
S W
- 2 Ner: 別荘建築や耕作のため与えられた物は、さもなくば受領者は建築や耕作しなかつたであろうから、贈与なり。⁽²¹⁾
T W
- ⑭ Paul 71 Sab 家屋焼失せる妻に対する夫の金銭贈与は、家屋再建に必要な限りで有効。
T S W
- ⑮ Ulp 32 Sab pr 夫が妻に与える年金の中、嫁資の力を超えて残存する分は撤回される。⁽²²⁾
S W
- 1 夫から贈られた金銭から妻が利子を取取るなら、これは彼女自身の利得である。E は夫に關しても然りとす。
T S W
- ⑯ Tvt 10 disp 贈られた百金の中五〇金を債務返済に、残り五〇金を利子で二倍にした妻から、夫は五〇金のみ追求。
T S W
- ⑰ Ulp 32 Sab pr 贈られた地所の果実により妻が富んだら贈与關係になるか? 「E: 果実も利子同様許された贈与なり。
T S W
- 1 しかし、贈物たる奴隷が何か取得すれば、それは贈与者に屬す。
T W
- ⑱ Pomp 4 lect 夫婦の一方が他方の奴隷や衣類を使い、家屋に無償で住む場合、贈与有効。
S W
- ⑲ Ulp 32 Sab pr 妻から夫の父権下にある息子に対して贈与された奴隷が得た女奴の所有権は妻に歸す。Jul: 同旨。⁽²³⁾
S W
- 1 Jul: その女奴が夫の財産で購入されたなら、嫁資訴訟に際し夫はその代価を抗弁により留保しうる。Marcell: 同旨。
W
- ⑳ Lav 11 epist 妻に死因贈与された奴隷が夫の死亡前に問答契約するなら、夫の死までは債務關係不確定。
T S W
- ㉑ Ulp 32 Sab pr 夫によつて旅費を支払われた妻は、より富んだとして請求されるか? 贈与不存在か? 私も E も後者。⁽²⁴⁾
T S W
- 1 妻が嫁資とその利息を約束せば利子は婚姻の負担として請求しうる。夫がこの利息免除せば、E: 許されぬ贈与。⁽²⁵⁾
T S W
- ㉒ Ulp 3 Sab 夫が妻に奴隷を死因贈与した後、これを自由附で相続人に指定するのは有効か。⁽²⁷⁾
T S W
- ㉓ Ulp 6 Sab 「勅法」は現物贈与に關すると Pap 6 が考へたのは正しい。妻に誓約せる夫の相続人は訴えられぬ。
T S W
- ㉔ Paul 7 Sab 未婚者間で贈与がなされ、法定期間の満了前に婚姻あるも、期間は有利に進行す。
S
- ㉕ Ter Clem 5 ad leg Jul et Pap 婚姻中夫から他人の物を贈与された妻は使用取得を許さる。⁽²⁸⁾
T S W
- ㉖ Paul 7 Sab pr 贈与のため私の売主に物を私の妻に与えよと命じたら、妻に市民法上の占有なきも売主は免除さる。
S
- 1 Ner: 夫婦間で贈与が許されると同じ原因なら、義父と女婿または嫁との間でも許さる。
S
- ㉗ Mod 7 regul 婚姻前の贈与は、たとへ婚姻が贈与と同日に行われても合法。
W W

- ② Paul 7 Sab pr 贈物が減失または消費⁽³⁰⁾されたら、損害は贈与者に帰す。物が贈与者のものでありつつ減失したのだから。 S W
- 1 嫁資たる女奴が生んだ少年に扶養のため費した夫は、その奉仕を受けるから費用償還され⁽³¹⁾ない。 T
- 2 夫の奴隷により妻になされた労務は考慮外。禁止は敵対者間の如く論ぜられるべきでないから。 T S W
- 3 Paul: 贈られた十金で妻が買った奴隷が五金なら、返還は五金。十五金なら、夫が貧しくなっただけの一〇金。 T S W
- 4 その一〇金で奴隷が二人が買われ、一人死、他が一〇金に値上る。 Pomp: 一個の代金でか、別々に買われたか異なる。 S W
- 5 Pomp: 是は、妻が夫からの贈与金で買った奴隷を通じて遺贈など取得せば、これも返還請求されると考えていた。 W
- 6 妻が夫から年金受領前に自己財産から出費せる額は、年金から消費されたものとす。⁽³⁴⁾ W
- 7 Cal: 妻が嫁資の利息を年金として要約せば、嫁資訴訟において請求は不可能だが相殺可能。⁽³⁵⁾ W
- ② Pomp 14 Sab pr Falc: 妻が夫からの贈与金で買った奴隷を売り別のを買えば後者の危険負担は妻、と。これ真ならず。⁽³⁶⁾ T S W
- 1 Labo: 妻が夫から贈られた羊毛から衣服を作れば、それは妻のもの。 W
- ② Gai 11 ed だし、夫に準訴権あり。 W
- ② Pomp 14 Sab pr しかし、夫が自己の羊毛で妻のために衣服を作れば、妻の管理下に出来たとしても、夫のもの。⁽³⁷⁾ S W
- 1 妻が自己の羊毛で、夫の女奴の労務によって、自己の名で女用衣服を作ったら、妻のもの。…… T W
- 2 夫から贈られた敷地に妻が建てた貸家は、夫により勿論所有物取戻されるが、妻には費用が償還される。⁽³⁸⁾ T S W
- 3 各五金の奴隷二人が五金で売られたら代価の割で共有。贈与のためどれほど代価が免除されたかが考慮されるべし。 S W
- 4 夫婦間で真実の価格で売買され、かつ売主は担保の責に任ぜずとの贈与のため合意あれば、その合意は無効。 S W
- 5 奴隷が逃亡者放浪者たるも責を負わずとの贈与のための合意の場合も同様。即ち按察官訴権、買主訴権あり。 T S W
- 6 夫は、期限附債務を、贈与の恐れなく、妻に即座に弁済しうる。 S W
- 7 君が私に遺贈しようとする物を、私の懇願で私の妻に遺しても贈与ではない。私の財産が減じてないから。 S W
- 8 夫の妻への誕生祝い不相応なら贈与になる。しかし妻の粧のための出費なら反対。 T S W
- 9 妻が己に贈られた金銭を副食物、香油、奴隷の食糧に費したなら、より富んだとはみなされぬ。 T S W
- 10 夫は妻と共通に使用する奴隷、家畜に与えた食糧を返還請求しえぬ。妻の家内奴隷なら反対。 T S W
- ② Ulp 33 Sab pr 夫婦間贈与がかかる有様なのでカラカラ帝は法の厳格さを多少緩和するよう「勅法」を発した。 S W

- 1 「勅法」は妻の名で夫が買った物のみならずあらゆる贈与に及ぶ。ゆえに債務も法上のものになる。 S
- 2 「勅法」…《贈与者が後悔するは正当だが、彼の最終意志に反して相続人が贈物を奪去るは残酷貪欲》 T S W
- 3 後悔とは最終のそれと解す。ゆえに、妻に贈与し後悔後直ちに後悔やめれば贈与有効。遺贈におけると同様。 T S W
- 4 贈与者が後悔したことがある場合、それが明白なら、相続人にも撤回権あり。不明なら判決人は贈与優遇せよ。 T S W
- 5 夫が、贈与したものをさらに質として与えたら、彼は、所有権は保持していても、後悔した、と我我はいう。 T W
- 6 贈与者が奴隷となったら、贈与は完成したのではなくて消滅す。同様に、受贈者が女奴隷となったら、贈与消滅。 T W
- 7 夫が妻に贈与後、罪の意識のため自殺したまたは死後に有責判決受けければ、贈与は撤回される。 S W
- 8 兵士が軍営特有財産から妻に贈与した後に有責判決を受けた場合、贈与有効。 S W
- 9 「勅法」の《消費した》⁽³⁹⁾は、富まない意である。然らずして受贈者富めば、「勅法」の利益が生ず。 T S W
- 10 贈与後の離婚、または受贈者のより早い死亡が生ずれば古法の通り。 S W
- 11 離婚時に意志変更あるも復縁後贈与者が意志を更新して死せば贈与有効。 W
- 12 離婚ではなくて仲違いなら、それが止めば贈与有効。 W
- 13 夫婦が長期間別居しているが、婚姻の名譽⁽⁴⁰⁾をもち合う場合は、婚姻継続するものとして贈与無効。 W
- 14 贈与者受贈者同時に死亡せば、またはいづれが先か不明なら、贈与有効とす。同時捕虜も同時死亡と同じ。 T S W
- 15 贈与したものうち或物をさらに遺贈した者は、残りの遺贈せぬ物が妻に属することを欲していない。 W
- 16 「勅法」の利益は、夫婦のみならず婚姻ゆえに贈与を禁止された他の人人も含む。例えば義父と嫁の間。 Pa. . . 同旨。 T S W
- 17 家男が軍営特有財産から妻に贈与するなら、考慮されるのは家男の死亡であり家父のではない。 T S W
- 18 嫁が義父に贈り義父が先に死んだ場合、贈与消滅か？夫が妻よりも生残ったのだから有効か？ T W
- 19 義父が嫁に婚姻解消通告すれば、この間では婚姻関係終了し贈与無効。夫婦間の婚姻自体は存続するが。 T W
- 20 二人の義父が贈与し合い、解消告知せる時も同様。ただし、婚姻および家長権存続中に贈与者死すこと必要。 T S W
- 21 義父間の贈与は、一方が夫婦を家父権免除すれば、「勅法」の利益に与らず。 T W
- 22 婚約男が婚約女に、婚姻時に実現される贈与⁽⁴¹⁾をなせば夫婦間贈与とは解されずとも、「勅法」の利益あるものとす。 S W
- 23 現物であれ債務免除であれ贈与有効になる…受領回答契約で妻を免除するなど。全財産贈与⁽⁴²⁾も「勅法」で有効。 W

- 24 贈与のため締結された組合は一般に無効ゆえ、夫婦間でも無効。「勅法」後でも組合訴権発生せず。 T S W
- 25 売買が贈与のため締結された場合も同様。 S W
- 26 贈与のため少額売買されまたはその後代金免除された場合、我々は「勅法」により贈与有効と認む。⁽⁴⁴⁾ S W
- 27 婚約女と結婚せるも、これが許されていない時、贈与は婚約中になされたものとして有効か？⁽⁴⁵⁾ T S W
- 28 しかし、婚姻禁止(後見人と被後見女など)なのに結婚すれば、婚約中の贈与として有効になることなし。 T S W
- 33 Ulp 36 Sab pr 妻が要約せる年金は婚姻継続中は訴ええぬが、夫死せば問答契約は「勅法」により確認されるといえる。 S W
- 1 逆に妻が夫への年金支給したら、異常だから、現存物の所有物取戻のほかに富んだだけ返還請求もできる。⁽⁴⁶⁾ T W
- 2 夫が妻からその年金を要約し、妻が先に死せば、「勅法」により贈与治癒さる。 T W
- 34 Ulp 43 Sab 夫が妻から贈られた物を共通の家女に嫁資として与えれば、前の贈与は無効だが嫁資は有効。 T S W
- 35 Ulp 34 ed 法律の定めに従わぬ離婚の後でなされた贈与は、婚姻は解消と解されぬから、無効。 T W
- 36 Paul 36 ed pr 贈物現存せば所有物取戻あるも、贈与は占有原因だから、返還されねば、適正な評価と追奪保証必要。 S W
- 1 婚約男が婚約女に他人の指輪を贈り、婚姻後自己のものと同換えたら、Novum・新たな贈与ではないから妻のもの。 T W
- 37 Jul 17 dig 妻が夫から贈られた物を悪意で現存せぬようにしたら、夫に提示訴権、不法損害訴権あり。 T S W
- 38 Alf 3 dig pr 夫とその兄弟の共有奴隷がその子を兄弟の妻に贈れば、夫のと同じ持分につき、妻のものとならず。 T S W
- 1 三人兄弟のうち一人が妻をもち、そして共有物を妻に贈与した場合も同様。 T S W
- 39 Jul 5 ex Min 妻[C]に贈与を欲する夫[A]が妻に己の債務者[B]から要約するを許し、妻が金銭受領前に離婚。⁽⁴⁸⁾ T S W
- 40 Ulp 2 resp 体面を保つため妻から夫になされた贈与は、それに必要な限りは有効であって、 T S W
- 41 LicRuf 6 regul [承前]アントニヌス帝も、夫の頭官の衣裳のために妻は贈与しうると勅法した。 T S W
- 42 Gai II ed 最近ヒウス帝により名譽のための贈与が認められた。例えば夫に緋衣、騎士階級、斗技費用を得させたため。 T S W
- 43 Paul reg 夫婦間の追放ゆえの贈与は可能。 S W
- 44 Ner 5 membr 第三者が夫の物を妻へ贈り、夫婦とも夫の物と知らずば、妻使用取得、夫悪意なら贈与になり使用取得なし。⁽⁴⁹⁾ W
- 45 Ulp 17 ed Marcell : 妻の土地に建築した夫これを引離しても、自分に役立ち妻に損害を与えずば元老院議決に反せず。 S
- 46 Ulp 72 ed 夫婦間で占有の贈与は存在せず。⁽⁵⁰⁾ W

- ④7 Cel 1 dig. 夫による妻の財産のための出費が、妻の事務管理をしたのか、夫としての義務に駆られたのかは事実問題。
- ④8 Cel 9 dig. 夫が妻に贈与した物は夫のもので、所有物取戻される。妻が夫に多額の遺贈をすることは関係ない。
- ④9 Marcell 7dig. 父権下の共通の家男に父の死後土地が移るを欲せる妻が、死後は家男に返還さるべしと父へ引渡す。⁽⁵³⁾ T S W
- ⑤0 Iav 13 epist. pr. 妻が「○金で奴隷を買い、夫が五金を売主に与う。離婚後奴隷の価値下落に関係なく五金を請求可能。」 S W
1 ところが、先に妻が買ったのでなく、夫からそのための金銭を受取ったのなら、奴隷の死や値下りの損害は夫に属す。⁽⁵⁴⁾ T S
- ⑤1 Pomp 5 ad QM QMucius : 妻がどこから得たか不明の財産は夫に由来するものとす。 T
- ⑤2 Pap 10 quaest. pr. 貸貸は確定資金を要件とするから贈与のためには無効。寄託は贈与のため少額に評価されても有効、S
1 妻「A」が夫「C」に対する土地果実か確定金銭の死因約束を相続人「B」に命じ、夫先に死せば、問答契約解消さる。 S W
Pap 4 resp. pr. 義父が死因により婿または嫁に贈与しても無効。義父が死亡しても婚姻は解消されないから。 W
- ⑤3 Pap 4 resp. pr. 評価された嫁資を、夫から許されて使用する妻が、これを悪化せしめたとき、夫に損害の相殺は許されず。⁽⁵⁵⁾ W
- ⑤4 Pap 8 resp. 嫁資の利息を要約しかつ請求せぬ夫が嫁資の特定遺贈後、信託遺贈で贈与確認せば、贈与たる免除。 S W
- ⑤5 Paul 6 quaest. 妻から贈られた金銭で物を買った夫支払不能で、物現存する場合、贈与により富んだゆえ返還請求あり。 T S W
- ⑤6 Scaev 3 quaest. 私「A」に死因贈与する某「B」に妻「C」に与えよと命ずも無効。私はもつはずのをもたず貧くなるから。 S W
- ⑤7 Paul 7 resp. 贈られた金銭の条件附返還約せば消費貸借金に転換するが、その問答契約証明されねば富んだ額のみ請求さる。 W
- ⑤8 Scaev 2 resp. pr. 内縁時に与えられた土地を婚姻後に返したなら、贈与というよりは法律行為ありと解さる。 S
1 奴隷の食糧についても同様で、内縁の時期に贈られた食糧は返還請求されえない。 S W
2 母の事務に与る家男が母の金で同意のもとに自己の名で物を買ひ、父権下に死せば、母が父に対し特有財産訴権あり。⁽⁵⁸⁾ S W
- ⑤9 Paul 2 sent. 嫁資として受取るようにと妻になされた贈与は夫の死亡により治癒す。 W W
- ⑥0 Herm 2 iur. epit. pr. 継父と継子間の贈与に婚姻を理由とする禁止はない。 W W
- 1 離婚を原因とする夫婦間の贈与は許される。というのは、神官職、不任、
T S
⑥1 Cai 11 de 「承前」老年、病氣、軍役のため婚姻が満足に維持されないことはしばしば起るからであり、
T S
⑥2 Herm 2 iur. epit. pr. 「承前」そして、この贈与ゆえに婚姻解消が平穩裡⁽⁵⁹⁾に行われるのである。
T S
1 離婚後婚姻更新なくば夫婦間の贈与は確認されず。保護者と被解放女の間で離婚に瑕疵ありとも同様。

- ③ Paul 3 ad Ner 夫の建物に結合された妻の物が、引離されてもなお何かの役に立つときはこれを訴えうる。 S
- ⑥4 Lav 6 ex post Lab 夫が離婚せる妻に復婚せよと何かを与え、復婚す。[et]離婚が真実なら贈与有効、仮装なら反対。 T
- ⑥5 Labeo 6 post 未成熟の妻に対する贈与は有効。 T S
- ⑥6 Scaev 9 dig pr 某男に一定期日に嫁す某女は、夫家に導かれる前に、そして嫁資証書に捺印する前に贈与しても無効。⁽⁶⁵⁾ W
- 1 婚姻二日前に庭に導かれし離れに在る未婚女へ、婚姻当日、しかし彼の許に移る前に贈与したら離婚後請求しえず。 W
- ⑥7 Labeo 2 pith 妻が夫または彼の権力下にある者から贈られた金銭で奴隷を買ひ、これを贈与のため夫に引渡せば、有効。 W

三九卷五章「贈与について」

- ① Jul 17 dig pr 贈与にはいくつがある。即時に受領者のものとなる意図で与えれば本来の贈与、将来なら、非本来的贈与。⁽⁶⁶⁾ W
- 1 婚約男が婚約女に、婚姻が後続せねば物は取去られる意図で与えれば、返還請求ありうる。「これも非本来的贈与」。 W
- ② Jul 60 dig pr 金銭贈与を欲する家男が父の命令で約束すれば、贈与有効。「た場合同様贈与有効と認めらる」。 W
- 1 父〔A〕がT〔C〕に贈与欲し家男〔B〕に命じ約束させた場合、家男が約束額だけ父の債務者なら、他人に命じ T S W
- 2 私〔A〕に金銭贈与欲する君〔B〕に、同額をT〔C〕に対し約束せよと私が命ぜば、贈与はすべての人の間で完全。 T S W
- 3 しかし債務誤信せる私〔B〕が君〔A〕の命令で君が贈与欲する者〔C〕に約束せば異なる。私は悪意の抗弁で防禦す。 T S W
- 4 債務誤信せる私〔B〕が君〔A〕の命令で君により君の債権者と誤信された者〔C〕に金銭約束せる場合も同様。 T S W
- 5 Tが私に金銭をSが執政官になった時に私のもになる条件で与えれば、金銭はT死すとも私のものになる。 S
- 6 私に贈与せんとする者が、他人に金銭を私に届けよと与え、私に届く前に死せば、金銭は私の所有にならぬ。 S
- 7 奴隷Sを買う条件で一〇金をTに与え、買われる前に奴隷死す。一〇金を取返せるか？解答…むしろ事実問題。⁽⁶³⁾ S
- ③ Ulp 76 ed 一般に、贈与の原因だったか条件だったかの区別が重要。贈与原因なら、返還請求なし。条件なら、あり。 S
- ④ Pomp 17 Sab 介入者によっても贈与は完成される。 S
- ⑤ Ulp 32 Sab 正しい愛情による贈与も然らざるものも禁止されていない。⁽⁶⁴⁾ S W
- ⑥ Ulp 42 Sab ある者が己の土地から石を取出すことを贈与のため私に許したら、一種の引渡により私のものになる。 S W
- ⑦ Ulp 44 Sab pr 家男は贈与しえず。特有財産の自由な管理にも、それを失うことまでは許されていないから。 S
- 1 それならば、正しい理由によるなら贈与ありといえないのか？

- 2 贈与も許すの明言のもとに家男に特有財産の自由な管理が許されたら、彼が贈与しうるを私は疑わぬ。
S S
- 3 このことは明示されなくても人の点で推定される…家男が元老院身分などの場合を考えてみよ。
S
- 4 家男は贈与禁止と同じ理由から死因贈与も禁止される。父の意志によるならば死因贈与も可能であるが。
T
- 5 ただし、贈与が許されても、特に死因贈与が許されていなければこれは不可能。
T
- 6 軍営特有財産をもつ者は、遺言能力あれば、贈与も死因贈与も可能。
T
- ⑧ Paul 15 Sab 被解放者が与えられた自由を原因として給付するものは贈与でない。「例えば期限前には請求せぬ合意」
S W
- ⑨ Pomp 33 Sab pr 無償で住む者は賃料の不払を取得したとみえるから贈与あり。有体物の贈与なくも贈与有効だから。
S W
- 1 贈物から収取された果実は贈与に算入されない。しかし土地自体でなくて果実の収取だけを贈れば、算入される。
T S W
- 2 家男が父の命令または意志で贈与するは、父自身が贈与するかまたは君が私の意志で私の物を君の名で贈ると同様。
S
- 3 受贈者のものなる物でなければ贈与されない。「れば、贈物の所有者とならず」⁽⁶⁵⁾
S
- ⑩ Paul 15 Sab 不在の受贈者は、既に己のもとにある物の所有者たれとの命令を知らず、また送付された物を受領せざ
T S W
- ⑪ Gai 3de leg 贈与の制限額が問題になる時は、産児、果実、年金、賃料、どの名目でも贈与ありとはみなされず。
T S W
- ⑫ Ulp 3 disp 贈与約束者は、ピウス帝の指令により、贈与によらぬ債務を差引いた履行可能額のみを請求される。
T S
- ⑬ Ulp 7 disp 私に贈与欲する者が、私とTの共有奴隷に物を引渡す。奴隷がTのため又は両者のための取得として受領せば？
T S
- ⑭ Iul 17 dig 他人の土地を贈与のため耕す者は、費用のための留保なしえず…彼の投入物は土地所有者のものになるから。⁽⁶⁶⁾
S W
- ⑮ Marci 2 resp 死罪を犯せる後なされた贈与は、既に判決あれば勅法により無効。
S W
- ⑯ Ulp 2 resp ①私の相続人は私が被解放者に全衣料を贈与したことを知るべし②なる書面は被解放者に有利に解釈さる。
S W
- ⑰ Ulp 58 ed 既判債務が更改のため問答契約に直され、これが贈与のため受領問答契約で免除されるなら、贈与あり。
S W
- ⑱ Ulp 71 ed pr Aristo 法律行為に贈与が混合しているので、債務は贈与ある場合には締結されない。Pomp. がAを伝う… S
1 A: 奴隷を君に五年後に解放せよと引渡せば五年以前は贈与内在するとみえるゆえ訴不能。即時解放のためなら債務 S W
2 A: 右の五年後の場合の奴隷が他人のものなら、一種の贈与介入するゆえ、使用取得されるか疑わぬ。⁽⁶⁷⁾ S
3 Labeo: 或者私に他人の物を贈り、私がこれに費用をかけ追奪された時、贈与者に対する訴権はない。 S
⑲ Ulp 76 ed pr 都市への贈与は、片約が正しい原因のためか否かだけが問題で、官職を得るためなら拘束さる。 S W

- 1 Labo. 弁護した、保証した、私の労務や信用を使わせた、という仕事の報酬は、贈与関係のそとにある。 S
- 2 無償出捐はこれを欲せぬ者に取得させることはできない。 S
- 3 或者「A」が「S」「C」に贈与欲し、Sに返せと消費貸借金を「T」「B」に与え、TがSに与えたら、金銭はSのものになる。 S W
- 4 被解放後に奴隷時の借金額を約束せば贈与ではなく弁済なり。後見人の助成なかりし負債額を助成得て約束せる未成年 S
- 5 原因のためになされるこのような問答契約は贈与を含まぬ。 「者も同様。」
- 6 ゆえて「Peg」私の名を帯びるならという条件での君に対する誓約は、目的のため為されたゆえ、贈与ではない。 S W
- 20 Marcell 22 dig pr 被解放者により義務分につき相続人に指定された保護者が信託遺贈受遺者に約束するも支払強制されず。 W
- 1 フルキギア法により留保しうるのに、遺言者の意志を追い、その付与を約束せる者は、自らの認諾に背きえず。 W
- 21 Cel 28 dig pr 私「A」に贈与欲する君「B」が私の指図で私の債権者「C」に約束す…有効。 S W
- 1 制限超過贈与のため私「A」により君「C」への約束命じられた私の債務者「B」は、君の訴を抗弁で却げえず。 T W S
- 22 Mod 8 diff 贈与のため金銭を約束せる者が遅延利子支払の要なきは衡平。まして贈与は誠意契約にはいらぬから「母」 T W S
- 23 Mod 15 resp pr 債権者は合意により将来の利子を免除も減じもできる。この種の贈与では制限額にもとづく瑕疵生ぜず。 T W S
- 1 狂人は贈与なしえず。
- 24 Lav 14 ex Cass 贈与のため制限超過金銭を約束した者の保証人には、主たる債務者の意志に反すとも抗弁与えらるべし。 T S
- 25 Lav 6 epist 私の名でTに贈れと私から物を与えられた君が自分の名で与えたら受領者のものとならず。 T S
- 26 Pomp 4 ad QM 単なる勘定記入は何人をも債務者にせず…贈ろうとする物を債務なりと記入しても贈与とは認められず。 T S
- 27 Pap 29 quaest RからNへ手紙を弁論により私を立派にしたからあの部屋に住むことを贈り許す R死後住居の争生ず。 T S W
- 28 Pap 3 resp pr 父が自分に遺された相続財産を父権免除せる娘に贈与せば、娘は相続債権者を満足させるか、父を防 S W
- 29 Pap 12 resp pr およそ法の強制なしに譲られたものが贈与とみなされる。 「禦せねばならぬ。 T
- 1 法廷における認諾をした者は、法によって訴権を失う。 S
- 2 まだ生存中の近親「第三者」の遺産の贈与は無効…かかる贈与をしつつこれを相続する者には相続の訴拒否さるべし。 S
- 30 Marc de delat 「承前」なぜなら、彼は相続人に値しない者だから。 S
- 31 Pap 12 resp pr 内縁女への贈与は撤回しえず。後に当事者間に婚姻あるも、以前に法上有効なものは無効にならず。 S

- 1 母が娘の名で娘の夫に引渡せば、立合える娘に贈与され娘から夫に引渡されたときみなされ、立腹せる母に返還請求なし。S W
 - 2 父から奴隷を贈られた家女が、父権免除の際に特有財産を取上げられないなら、贈与は完全になったとみなさる。⁽⁷²⁾
 - 3 寄託者のみが、その死後は某のみが、請戻しうるとの附款ある寄託は贈与とはみなされぬ。 S
 - 4 叛逆罪を犯せる後の贈与は、訴追前に本人死すも相続人が訴追されるから、不可能。
- ③② Scaev 5 resp L が手紙を書いた：「君はあの家を無償で欲する間使うべし」この場合 L の相続人は意志変えうる。 S W
- ③③ Her 6 inr epit pr 贈与のために誓約したものを弁済約束した者に対する弁済約束訴訟は全額でなく弁済可能額を限度とす。 S
- 1 贈与者に即座に消費貸借として与えらるべしとの附款で贈与のため金銭が渡されたり、^(72a)金銭所有権の移転に妨げなし。
 - 2 晒も雖も贈与を禁止されない。 「可能額でなく全額。」
 - 3 P [B] が君 [A] に、君が S [C] に贈与欲し、P が S に約束せば贈与完全。P S 間には贈与なく、判決は S W
- ③④ Paul 5 sent pr 贈与の意思で父 [A] が父権免除の息子 [C] の名で金銭貸付け、息子が [B] から要約せば贈与完全。S W
- ③⑤ Scaev 31 dig pr T が S へ手紙「君を解放し全特有財産を譲る」の後、S と某 R を相続人に指定し、S に特有財産を遺贈した
- 1 T が M に土地を贈与した後 S に抵当に入れ次いで M を空の占有に招入れた場合、贈与は完全。ただし⁽⁷⁴⁾抵当債務は有効。
 - 2 祖母が孫の名で貸付け、利子取立て、債務者の証書を孫から受取る…債務者が孫に義務負うゆえ贈与完全。 S
- (1) 神谷笑子「夫婦間の契約」(契約大法系一昭和三十七年所収)
- (2) 概観に便利な文献：Burchard, H.: *Zum Begriff der Schenkung*, (1899) 76-103. cf. *Motive II* (1886) 286 A.3. 後出註 15。
- (3) 概説として：世良晃志郎「サヴィニー」(法学セミナー一周年記念別冊付録所収・昭和三二年) 同「法学史」(ジェリスート一九六三年七月号臨時増刊「法学案内」所収)。
- (4) 本文の D. 24, 1; D. 39, 5 のほか D. 39, 6 (死因贈与); C. 5, 16 (夫婦間、親子間の贈与); C. 8, 53 (贈与); C. 8, 54 (負担附、条件附贈与等); C. 8, 55 (撤回); C. 8, 56 (死因贈与) があるが、これらの法源は、古典法の贈与概念を探るのにあまり関係がないし—(勅法集にみられる古典時代以後の贈与は法律行為 (negotium) であって、原因関係 (causa) ではない; Kaser II 288—、サヴィニーの贈与概念形成にも利用されていないので省略する。
- (5) 最上段の数字はレックス(II フラグメント)を、次段のはパラグラフを、最下段の T, S, または W は当該法文が、Thibaut,

- System des Pandekten - Rechts, 7. Aufl. 1828, § 432 - 6, § 900 - 10 (Schenkungs); Savigny, System IV § 142 - 76 (S); Windscheid, Pandekten II § 365 - 9 (S), III § 509 (S. zwischen Ehegatten) を引用せしむることを示す。各法文を一行に要約するところは本来不可能である。また二四巻一章については京大西洋法史研究会の全訳(法学論叢六八巻四号、六九巻二、四号)がある。本稿の要約の目的は普通法等におけるローマ法源利用の概観にある(まえがき)。以下の註も本文通読のためのものとする。法源の引用方法については D. 24, 1 または D. 39, 5 の記載をそれぞれの章の註では省略し、ベントゥスとムラグラフの間を、ベントゥスとムラグラフの間を、ベントゥスに移る間を、で区切る。邦訳語は原田「ローマ法」(巻末索引参照、eg. acceptilatio ≡ 受領問答契約、vindicare ≡ 所有物取戻)および船田「羅馬法」全五巻 (eg. condicere ≡ 返還請求、ただし索引(▽)は未見)の間で取捨選択した。文献略号: Kaser = Das röm. PR (I 1950), II (1959); Dumont = Les donations entre époux en dr. rom. (1928); Siber = Confirmatio donationis, in SZ 53 (1933); Biondi = Successione testamentaria e Donazioni (2. ed. 1955); Mittis = Röm. PR bis auf die Zeit Dokletians (1908); Niederl (änder) = Die Bereicherungshaftung im klass. röm. R (1953); Archi = Donazione (1960). 未見の号: Bonfante: Corso I (1925); Thayer: On gifts between husband and wife (1923); Stock: Zum Begriff der donatio (1932); Siber: Röm. PR (1928); Siber: Retentio propter res donatas, in St. Riccobono III (1936); Lauria: Il diritto delle donazioni tra coniugi, in St. Albertoni II (1937); Koschaker: Unterhalt der Ehefrau u. Fröchte der Dos, in St. Bonfante IV (1930).
- (6) 本章の法文は夫婦間贈与の禁止を明示することなく当然の前提としているから、この点に留意しないと通説が困難になる。なおこの「禁止」は手権を伴わない婚姻(原田二九四)を前提とする。起源: 後出註8、人的範囲: 註9、適用される行為: 註14・15、効果(無効): 所有物取戻: 註48、返還請求: 註17、留保: 註17、24、54、56、除外例(嫁資以外の): 註15、7。
- (7) 二〇六年の「勅法」(Oratio Severi: 23; O. de confirmandis donationibus: 32, 1) は、贈与者が生存中に撤回しなかつたものは、(信託遺贈による確認がなくとも)有効とした(32, pr/2)。当初の適用は撤回不存在の明白の場合たる現物贈与に限られ(23)それ以外への拡張解釈(32, 23; 債務免除 32, 1; 33, pr.: 贈与約束)は法学者の努力による。(Kaser 284 A. 16)
- (8) 禁止の起源を法源は父祖 (maiores) の習俗 (mores) に帰すが、研究者の多くはマウツストゥスの婚姻立法(原田三〇六頁)による相続能力制限が生前贈与により脱法をれることに関聯せしめる(ただし Kaser 283 A. 11 (古く時期の家庭関係より); Niederl 61 A. 13. 参照: 若田健次「ローマ法における嫁資の法」法学論集(関西大学)一一巻三・四・五号(昭和三十七年)二七八頁以下。
- (9) §§ 2 - 8 および後出 32, 16 - 21 の主題: 禁止は、夫婦間のみならず、両家(に属するものすべて)の間にも及ぶ。Kaser 283

- (10) 指図 (delegatio) 及び Kaser, *Römisches Privatrecht* (Kurz - Lehrbuch) 2. Aufl. 1962, 206 f. . . 指図人「被指図人指図受人」を、A、B、Cとして本文を補った。贈与原因が関係する指図は三つの場合に分れる (Arché 97 ss.) : (I) AB間贈与、AC間贈与、後出 D. 39, 5, 2, 2; 33, 3) (II) AB間贈与、AC間債務 (後出 5, 4, D. 39, 5, 21, pr.) (III) AB間債務、AC間贈与 (後出 5, 3, 39; D. 39, 5, 21, 1; 註 6)。以上の法文の指図内容は債務負担 (問答契約に約束する : delegatio obligandi) ただし abstrakte Delegation) であるが「支払 (d. solvendi) の場合」として : 後出 3, 12 (四型) ; 3, 13 ; 4 (一型)。
- (11) 以下に後出 D. 39, 5, 21, 1 : 註 6 の同じ理由で、ついでに続々 (本法文の東大訳を見よ。所謂「二重支払」(duplex numeratio) : Schwarz : *Grundlage der Conditio im klass. röm. R.* (1952), 235, 247 ; Kaser SZ 77 (1960) 465 A. 2)。原因関係と現物 (夫婦間贈与無効や後出キンキヤ法抗争) もある指図の効果につき後出註 49 および 66 (註 1) 介在者には信託なごし委任される (Dumont 39)。
- (13) 少額売買 (次註、註 44) を有効部分と無効部分に分解する考え方は ip. : *Partsch. infra* 265 A. 1 ; Kaser 503 A. 4) 古典時代の混合贈与 (negotium mixtum cum donatione) の概念として後出註 6。
- (14) *venditio minoris* (donationis causa). 売買であり贈与ではないので夫婦間で禁止される理由 : 次註参照。ネリヌスの単純な観察に対し、ネリチウス、ホンホニウス、ウルビヌスはさらに場合を分ち、(1) 贈与のため当初から低価の売買 (少額売買) は無効だが (訳出省略) (2) 正常の売買後に贈与のため代価の一部が免除された場合は本文の如く解決した (Dumont 96 - 98) による類似例 : 31, 4 / 5 / 3 (Pomp.)。正価売買 (2) と少額売買 (1) との効果の違いを「売買の意思」の有無で掃せしめるのは ip. : *Pringheim* : *Animus donandi*, SZ 42, 325 (= *Gesammelte Abhandlungen* I, 257). cf. *Partsch* : *Die Lehre vom Schenges chäfte im rom. R.*, SZ 42, 266 ; *Niederl* 75 A. 28 ; 後出註 44。
- (15) "eam demum donationem impedire solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletioem" の考え方は、より夫婦間での贈与概念はキンキヤ法の適用下で形成された概念より狭くなる (Kaser 503 A. 7 ; Biondi 678 ss.)。Kaser 501 以下はこの派生は勸法 (cf. 7, 2f.) による禁止緩和の産物である (contra *Niederl* insbes. 22 ; 註 17 末尾)。一方の財産減少と他方の財産増加 (pauperior - locupletior) を贈与一般の要件に転用するのは (原田二一四、船田三三四九 ; Kunkel - Jörs : *Röm. PR* 246) 普通法学的伝統による。この緩和の結果も併せて、夫婦間の禁止の除外例として「扶養 (後出 8) など夫の道徳的義務 (註 25) の場合、婚姻終了の場合 (死因 : 9, 2 ; 11, 59 ; 離婚 : 11, 11 ; 12 ; 32, 10 ; 60, 1) 宗教物の場合 (本法文) 未取得の権利の放棄の場合 (次註) などが生じた (岩田二八六参照)。

- (16) ロオヤ法では相続承認が必要な場合がある(原田三四八頁)。ゆえに *(in ius)* de suo deponere (本論文) de suo proficiat (後出 15) —本文中に訳出せず — の表現は被相続人について可能である。cf. Kaser 598 A. 21; Biondi 679n. 1.
- (17) "quatenus locupletior factus est" 「返還請求訴訟」(conductio) は、(1) 所有権の移転 (dare, datio : 「付与」) あること(即ち「所有物取戻訴訟」の不可能) を要件の一つとし、(2) 確定物 (certa res) または確定金銭 (certa pecunia) を目的とする。(1) の点について：金銭所有権は消費の事実によつて (pecunia consumpta) 移転し常に返還請求を発生せしめるが(ゆえに次の法文のは金銭の場合と考えられる：Schwarz 274 A. 1) 金銭以外の物の消費ないし譲渡の場合のカズイステイックはかなり複雑である (cf. Niederl. 2 ff.) (2) の点について：夫婦間贈与の禁止に基づく返還請求は、通常の場合と異り、争点決定時(後出 7 p.) になお現存する利得を限度とするから、正規の返還請求の方式書は「過多の請求」(原田四〇〇) との関係で不便であり、「事実訴権」が与えられたと考えられる (Kaser 501)。この変則な返還請求(現存利得責任)を伝える法文のうちには、古典法上の夫婦間で禁止された贈与物ゆえの嫁資一部保留権 (retentio ex dote propter res donatas) がユ帝法で廃止されたための *ip. iuris* によるものがある (Kaser aO... 後出註 25。これに対し Siler 121 (松坂「不当利得論」一〇八、船田三二八三参照) は、関聯する全法文を前述の留保の *ip.* とし、返還請求としての利得責任を否定する。また Niederl. 22 et passim は、後見人の助成 (auctoritas tutori) の欠如(前述の金銭の消費自体は事実であり法律行為ではないから助成は常に不存在) による市民法上の正規全額責任発生不可能のため転用物訴権がモデルとされたことだ、この変則な現存利得責任の起源を求めらる)。
- (18) マルケルスは続いて、同じ目的(売上金で香油を買う)で与えられた皿はそのままにして自分の金で香油を買った妻は、同額を消費物(香油)に費したゆえに以前より富んでいない。ゆえにこれに対する「所有物取戻訴訟」はない。と述べるが、後出 28, pr (註 96) 29, pr (註 97) 50, 1. におけるような贈物の危険を贈与者に負担させる考えの一適用と考えられる (Niederl. 26 A. 40)。
- (19) 嫁資の評価については、船田 IV 六三、六五註 (二)、岩田前掲二七八、二八三、Kaser 290 (res aestimata in cotem data) 将来物が返還されるべき場合、その間の価値減少による争を避けるため当初に目的物の評価をすることがある(嫁資のほか、寄託 : 52, pr. : 使用貸借 : 本法文で訳出省略) : Dumont 100. 本法文は贈与の目的で夫が嫁資を過大に、妻が過少に(訳出省略) 評価した場合 (Dumont 109n. 4; Biondi 653 n. 7)。
- (20) 婚姻中の贈与は禁止されるから、夫婦間で可能な死因贈与は停止条件(= 贈与者の先死亡 : 原田三七五。後出 20 の表現も参照) 附引渡 (Kaser 636 A.5) によるものだけであるとすれば、「目的付与」(datio ob rem, 所有権は即座に移転し物の回復は「返還

- 請求」なる：Kaser 499 A.26) のかたも認める本法又は *ip.* になるが、これに対して、目的付与のかたもなされても所有権移転が当事者の意志とは無関係に法律上停止されると考えれば *ip.* ではなく (Kaser, IVRA 2, 249 f. ; Biondi 656 n. 6 ; Simonius : *Donatio mortis causa in klass. rom. R.* (1958) 284 ff. ; 次 § 2 の「趣及せむ」(訳出省略；京大訳を見よ) もこの意味に考えらる：Simonius 292 A. 2)。この意味の停止は、以下の § 82 - 7 からわかる (Simonius 287 ff. ; cf. Kaser loc. cit.) : 権力服従関係が介在する。§ 2 では家長から家男への引渡は法的に無意味だが、家長(夫)の死亡による家男の自権者化の時点と判断されて (fidei-gere traditionem) 有効となる (§ 6 同旨；Simonius 238 A. 18)。§ 3 / 4 では目的付与 (Simonius 237 A. 14) の取得者は、本来は配偶者の家長であるが、贈与者の死亡時点で判断されて配偶者になる。自由人が介在する § 7 では、受贈者(妻)側で立てた介在者の先死亡により贈与消滅するというから、贈与者死亡前は介在者は所有権取得していないことがわかる(贈与効の停止)。贈与者(夫)の側で立てても、受贈者の取得は贈与者の死後になる(介在者は直ちに取得するが)。
- (21) 後出 50, 1 と共に、法学者が贈与と目的付与との区別に努めている事例。後出註 55 および 69。[72 A. 1 ; Dumont 147n. 2. (22) 無効な妻への年金給付(後出註 26) において現存する金銭が「所有物取戻」される場合と考えられる。Siber 117 A. 2 ; Niederl (23) 大意：「誰の金で奴隷がこの女奴を買ったかは関係ない。贈与奴隷は受贈者の財産ではないのだから」。
- (24) 「贈与物ゆへの留保」であるかは不明：Kaser, RIDA 2 (1949) 522 ; Niederl 85 A. 42.
- (25) *ex actio* (*exigere* : 後出 50, pr.) は「留保」の *ip.* (Lenel, *Digestausgabe ad h. l.*) に帝法の嫁資訴訟 (*actio de dote* : 原田三〇九) では嫁資一部の留保権 (*retentiones ex dote*) が阻止されたので、留保の語はついでに——または「相殺」(註 7, 2 ; 2 ; 7 ; 53, 1. 船田 IV 六七註 (二二) ——代えられた (Kaser II 133 A. 35)。本文でなければ、妻のための出費が夫の道徳上の義務なるとき、妻側に利得ありとはみなされず、禁止された贈与とはならず (Niederl 29 A. 4. ちひ後出 31, 9 / 10 ; 58, 1 の共通の家計上の出費ゆへ同様)。
- (26) 後続文章の大意：「この免除は、妻がその分を自己の生計のために使うという合意があれば、無効にならぬ」(Siber 114 A. 2 原文にさらに続く「相殺」(京大訳を見よ) は留保の *ip.* (前註))。夫婦間の年金(約束 : 23, 7 (註 35)、履行 : 15, pr. (註 22)) の類は一般の贈与同様無効であるが、このように妻の扶養のためという合意があれば例外となり禁止されない(前の pr. と同じ考えである : Siber 114 ff.)。消費された年金については註 46。
- (27) この処分 (*heredis institutio cum libertate* : 原田三四一 ; Kaser 576 A. 16) が有効なのは、一般的な撤回権 (= *ip.* 訳出省略)

る理由づけは京大訳を見よ。「意思」については差当り註44参照)のためではなく、夫婦間贈与の禁止により夫が依然奴隷の所有者だからである。(Simonius 140 A. 13 n. 286; Kaser IVRA 2, 247)

(28) 時効取得ではなくて、Urubdi 特示命令に関する (Kaser Eigentum u. Besitz im alt. röm. R. (2. Aufl. 1956) 357 A. 62)

(29) 後統大意:「確立せる法は、妻がより富み夫が自己財産にのみより食うべからず (locupletior mulier et pauperior maritus) 贈与に関する。ゆえに、死因贈与では「なり」(Kaser IVRA 2, 243 n. 13 contra Simonius 232 A. 10) けれども、他人の物ゆえ使用取得される物については、贈与が婚姻外の人の間でなされたと解されるべきだ。」なお、夫婦間贈与は無効ゆえ時効原因たりえないが、本法文は他人の物なるゆえ時効原因が存在する特殊な場合である: Kaser 355 A. 17、後出 44 参照。(30) 後出 32. 9 (註 39) と同じ用法。

(31) 費用のゆえの嫁資一部の留保 (retentio propter impensas: Kaser 289)。ゆえに、本法文は夫婦間贈与とは関係なく。(教育費や扶用費がどの種の費用に当るか) 参: Solazzi, Compensazione (1950) 216 n. 63) 帝法の一般化された相殺では、両債権がその間の差額は考慮されずに相互に消滅することが可能 (23, 1 参) 然るに: Solazzi 215 s. 参。なお、自働債権は 21, 1: 28, 1 / 7 では妻側、33, 1 では夫側。(32) 訳出省略部分:「奴隷死亡により何物も請求されないのと同様に」(船田 III 二八四(一))、松坂前出註 17。

(33) “eo quoque nomine petitionem faciendam esse” (Niederl. 23 A. 1 u. 2: 奴隷が死亡(前註の場合)しても遺贈や相続財産を贈与金の額に達するまで返還請求しうる。つまり、現存利得責任の上限は贈与金額である(前註本文。ただし、利子、果実については然らず: 15, 1; 16: 17 pr.)。contra Dammont 52 s. s.: 贈与奴隷を通じての取得は勿論返還され(前出ユリアヌス (19, pr.: 註 23) せむに贈与金で購入した奴隷(≡受贈者の財産)を通じての場合(本法文)も取得全部が返還される(相続人の返還請求が贈与金額に抑えられるなら実質的に贈与しうることになるから)。(34) 年金給付滞滞の場合 (Siber 118 A. 3; 120 A. 1)。

(35) 「嫁資訴訟」(Kriger ad h. i. 古典法上は actio ex stipulatu: 原田三〇九参照) をその「相殺」に ip. 帝法で、訴権なき債権に認められるに至った一般化された相殺が、無効な妻の年金要約に与えられた。Siber 116 A. 2 (S. 117); Solazzi 179; 203。

(36) ポンポニウスは、フルキニウスを越え、代位物の損失も贈与者に帰せしめた。ヤウケレヌス(後出 50. 1) も同様。Niederl. 25。(37) 本レックスは衣料のかたちでの扶養のための給付に関する複雑なカズイステイックである (Niederl. 84 A. 36)。前の 29, 1 には受贈者が加工し、プロクルス派ラヌオの理論(原田一〇七)によって、所有者となる。(Kaser SZ 65 (1947) 247 A. 95) — 30 G 雑訴権は本来はサピヌス派の理論に關係したところ: Weacker, Spezifikation, in Festschr. Rabel II (1954) 275, 273. — 100 31. pr / 1 では材料の所有権が当初から加工者にある場合 (Blondi 660 n. 5)。(38) 後出註 96 を見よ。(38 a) 問題の所在につき註 14。

- (39) 消費 (consumer, *consumptio*) の通常の意味は相手方に「返還請求訴訟」を生じせしめることであるが(註17)、「この「勅法」では、「現存利得を残るる消費」したがつて返還請求を生じせしめない消費という逆の意味に用いられているので、ウルピヌスは「この変則的用法を註解した。そして、「この語が関聯する「勅法」の正文は、かかる「消費」の場合には、既に贈与者の生存中から返還請求はしないのだから、およそ「勅法の利益」(「確認」)が問題になる余地はない」というものだったと想像される：Niederl 23 f. *contra* Siber, 121 ff.
- (40) 即ち「確認」なり(Siber 123 同頁；後田 62-1)。
- (41) *honor matrimonii* : Kaser 65 A. 12 und 275 A. 15. 要は行爲せしむるつて社会的評價に依存する婚姻の始期(後田 66 pr. : 註6 参照) および終期(註47参照)の考察が深められたのは夫婦間贈与の禁止の適用のためである：Biondi 655.
- (42) “in tempus matrimonii collata donatio” 婚姻を停止条件とするものであり(後田 D. 39, 5, 1, 1 (=註33) Kaser II 135 A5) のような目的付しはなからず：Heumann-Seckel s. v. *conferre*, 4 (ad D. 23, 3, 12pr) ; Mittels, *Recht* (1991) 238 A. 2; 299 A. 1; Dumont 110h. 5 (p. 111). 婚約者間のこの種の条件附贈与では、合法婚姻が後続しなかつても「勅法」の利益(「確認」)が与えられる：Dumont 31 n. 2. なお、本法文からウルピヌスは「勅法」の拡張解釈にはなる(Siber 109)。
- (43) 債務約束にまつてはウルピヌスは「勅法の利益」をまだこのままで拡張しつゝなる。前田 32. 1 の限りは *ip.* があつていかなる。Siber 112, Arch. 219, 前田註7. ただし約束が年金の場合(後田 33, pr/2) を純粹とする記解：Dumont 253n. 3, 256.
- (44) 古典法ではついで少額でも確定代価あればこの事実を出発点として法的構成は売買となるが (cf. *Gal.* 3, 139 の定義) これに對して、意志を法的構成の決定的要素とした古典時代以後の東部の意志主義 (Kaser II 59, 290 ; 註5) では少額売買も贈与と扱われる (fnp. : Pringsheim 200 (註47)). ただし、本法文が「勅法」による確認に關するは *ip.* ではなく (Dumont 99 n.1)。
- (45) 訳出省略や *Labeo - Pap. - Ulp.* の説 (*contra* Iul.) によれば未成熟の妻にまつては当然では婚約ありとならねば (cf. *Gaudemet IVRA* 6 (1955) 57n. 60). したがつて将来合法婚姻たりうる非合法婚(未成熟女との婚姻：Kaser 263 ad h. 1.) に在る者として婚姻条件の贈与で「勅法」の利益が与えられるために(註42参照)は、まず、婚約ありと解されること(京大訳参照)がゆゑに贈与も婚約中になされた (*donatio quasi in sponsibus facta*) と解されること、これが對して、次のシマンマンのような障碍事由(原田二九八(四)) による非合法婚にまつては婚約は否定され (Kaser 274 A. 7) 贈与も婚約中になされたものとはみなされなからず。以下 Dumont 31 ; cf. Biondi 655 n. 1. なお、問題が單なる贈与だとすれば、これは明白に有効(後田 65) だが、*in sponsibus facta* なる法的構成の必要はなくなつてしまふ。

- (46) 「も」の表現からして、年金の場合、消費された金銭の「返還請求」(註17)は、給付者が夫なる(通例)か妻なる(異例：本論文)かにより異り、夫には与えられないことが推測される cf. 28, 6: Sier 113, Dumont 144n. 1. ただし、妻の扶養のために消費されることが必要：Niederl 72 A. 15 (47)離婚に要式行為を要求するユリヤ法は特殊な場合に関する：Kaser 280 A. 20. (48)この占有は、前出 26, pr. (Kaser EB 329 A. 1)のような取得時効上の(市民法上の)占有ではなく、特示命令附占有の意味(Kaser EB 353 A. 65; Niederl. 54 ff. . .)。これが所有物取戻訴訟の被告適格となる：Kaser 326. 目的物の滅失は所有物取戻を不可能ならしめるが(前出 23, pr.)「悪意で占有をやめた受贈者は提示訴権(a ad exhibendum: 後出 37, 船田 II 四六〇) Kaser EB 359 A. 70)などの被告とされる(直接に所有物取戻訴訟の被告適格が与えられて、その対物性が弱められるのはユ帝法においてである：原田一一頁 Kaser II 212 A. 17)。「禁止」に基づく「所有物取戻訴訟」が通常のそれと異なる特殊な点として、被告が目的物の返還を拒否した場合とは、金銭判決額の決定は原告の宣誓(iusjurandum in litem: Kaser 366, 原田前出頁)によるのではなくて正当な価格による(aestimatio iusto pretio. ただしユ帝法の所謂正当価格のユリヤ法)：Kaden SZ 50, 618 (2); Levy SZ 43 (19 22) 534; Kaser 459 A. 22)の追奪担保責任の諾約が行われる(通常は否：D. 6, 1, 35, 2: Dumont 72 n. 4. なおマリヌス以来有責被告を売主とみなす理論につき Kaser 367 A. 34)。取去権に基づいて後出 45; 63. 費用の償還につき 31. 2 (被告配偶者は悪意(19 pr. の京大訳末尾を見よ)なのでこれが認められるので通常の場合より有利 Biondi 653 n. 6)
- (49) Dumont 122 ss. による後続部分の大義(cf. Sturm, Jul. D. 24, 1, 39 neu erklärt, SZ 79 (1962) 115 A. 19): 「夫が請求する相手方は妻か債務者か? Jul.: 問答契約が無効(即ち後者の解決をとる)。次に、債務者が離婚の事実を知らずに妻に支払ったならば(指図の内容が支払である前出 3, 12 (註10)と同じ)(以下京大訳を見よ。ただし京大訳中の「所有権に基づいて返還請求」および「返還請求」は、ともに「所有物取戻」の意味。特定物としての金銭の所有物取戻訴訟(vindicatio nummorum)については Fuchs: Justa causa traditionis (1952) 218 ff.)——この後半の場合、即ち、支払(給付)指図でAとC間が夫婦間贈与ゆえ無効なる場合のBとC間の効果)債務法上：債務免除。物権法上：金銭所有権移転)を否定する法文(Jul.の本論文: Afr. D. 46, 3, 33, 1)と肯定する法文(Cel. 及び Jul. 自身の前出 3, 12/13)との関係につき Dumont は支払が離婚の後か前かの点で(cf. Sturm ad 119 A. 31 und 33)矛盾対立なしとするが Kaser SZ 77 (1960) 466 A. 13; Biondi 661 によればまた調和に成功した釈義はなす。
- (50) 夫婦間贈与は通例は時効原因たりえないが、本論文のように第三者が加わった特殊な場合(Kaser 365 A. 17)では、時効原因(fidus putativus: 原田一一)を認める少数説であるネラチウスは使用取得を許した。ただし、夫の悪意により彼も時効原因を

- 消滅させる(本文後段、京大訳第二章。「またこのことを妻も知っていた」は *ip.*; Kaser EB 356 A. 59)。妻の側において「後発の悪意は害せず」の一般原則が妥当する (Dumont 49) かは、無償行為のゆえに不明 (Kaden SZ 50, 617 A. 4)。
- (51) 夫による奢侈費の収去権 (*ius tollendi*: 原田一一九) と SC. *Hosidianum* との關係の記述と考えられる: Schulz Sz 34, 59 und 65.
- (52) *Urubi* 特示命令における占有期間の通算 (Kaser 338 A. 22) と關する: Kaser EB 357 A. 63.
- (53) 握取行為の *ip.*。後続部分の大意: 「解答: 妻の意図が、夫にその間の利益を得させるにありと認定されれば贈与となり無効だが、そうではなくて、夫の管理を利用しただけだから、夫婦でない者の間の法律行為同様有効」。 *negotium* の次に *donatio* がある点と後出 D. 39, 5, 18, 1 (註57) と同様の場をひあせ。 *Simonius* 122 A. 17; *Mittels* 201 A. 27; 202 A. 30.
- (54) 「留保」の *ip.* (*Kruger ad h. 1. 註25*)。金銭は奴隷購入のため (次の § 1) ではなく、既に存在する債務の弁済に關係するときは、妻の利得額は、つれづれで確定する (前出 7, 7 と同様)。ゆえに、このような場合には「争点決定時」(7, pr.) の要件は無意味になる。 *Niederl.* 29 f., 33, 59 A. 5u.9. 「母」(註17(8)) により実効なき場合。
- (55) 金銭給付が贈与と認定され (前出 13, 2 同様。後出註63参照)、夫婦間のゆえに返還請求が問題になるが、これが現存利得の要
- (56) 「損害の相殺」は「留保」の *ip.* (註25参照、Kaser RIDA 2 (1949) 526 A. 69; *Solazzi Comp.* 205 n. 33)。夫が引渡された被評価物(註15)をその後妻の使用にまかせたことは、妻の扶養のためだから禁止された贈与ではなく (cf. 18: Kaser, aO, A. 63. 註26も参照)、「ゆえに夫に贈与物ゆえの留保は与えられなく: Kaser aO.
- (56 a) 省略部分: 「嫁資の利子は嫁資の特定遺贈 (*praelegatum*: 船田三三三(三)); Kaser 624 A. 11) のなかでは金もたれつながら」。*スビヒヌス* は「勅法」による「確認」をまだ債務免除とまで拡張せず、信託遺贈による確認を要求している (Siber 111. 前出 23註7)。なお、妻が嫁資とその利子を約束する慣行: 前出 21, 1. 「田七才」船田二六九。後出 D. 39, 5, 18, pr. と同様。
- (57) *negotium*。原因關係に対する定型法律行為とどうはか、この贈与に対する有償行為とどうの意味もある: Kaser 502 A. 3. 原
- (58) 贈与金の利得額でどうの返還請求ありとどう、後続する第二の扱一的構成は *ip.* (その諸理由とどう *Niederl.* 69 f.; *Kruller, IVRA* 2, 279) (8 e) (*divortium*) *bona gratia*: 原田三〇三、Kaser 230 A. 17.
- (59) 婚姻の事実性 (註41) の *in* *deductio in domum mariti* (cf. Kaser 275 A. 15) 以前や *tabulae dotis* 作成以前での夫婦間贈与と認定される。これに対し次の § 1 では婚姻以前の贈与を認定され、夫は贈与物ゆえの留保 (請求 *repen* は *ip.*: *Kruger ad n. 1*) をなしとせよ。 *Dumont* 23 n. 2. (8) 原文は条件や負担 (目的付与) の表現——

dare (ea mente, ea condicione) : 前田 D. 24, 1, 13, 2; 50, 1; 59; 前田 2, 7 etc. ——を附条件的に与へしむる : Donaciones complures sunt. [「本来の贈与」] dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat : haec proprie donatio appellatur. [「停止条件附贈与」] dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit : non proprie donatio appellatur, sed totum hoc donatio sub condicione est. [「解除条件附贈与」] Item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. など。条件 (condicio) の語は古典法では停止条件をよび負担 (後田 : 2, 7; 3) の意味だから「〇は目的付与の iip.」

(1) 「完全」= perfecta (donatio). 原田二二四頁 Kaser 504. 「完全」になる以前のキムキム法抗弁または再抗弁の働を方ごき船田三二五頁)。(2) 贈与約束は履行前でも指図により直ぐ「完全」になる (本論文の注 38, 3; 2, 1 末尾) : Mittels 160 A. 23; Archi. St. Solazzi 752 n. 48)。(3) 抗弁の存在を以て履行すれば「完全」になる後でも「非償の返還請求」である (Kaser 504 A. 14)。(4) 悪意抗弁を加えて「不確定返還請求 (conditio incerti)」が言及されてくる。「不確定」の形容詞は殆ど iip. である (前田註 17 参照)。名称はともかく、既に古典法学で間接強制的機能が認められ (本論文の注 1) 原因なき諾約金額の免除の返還請求が、債権者受領問答契約をしてくれぬ時に奏功する (所謂 cond. liberationis : Kaser 500 A. 36. の方式書は正規の「確定返還請求訴訟」のもの。反対説につき : 船田三二六頁、松坂・不当利得論五七、八二 (註一四五) 参照)。

(5) 後続部分大意 : 「(1) 奴隷 S を買わぬなら 〇金を贈らぬ意図だったら返還請求があるが、(2) S を買わずとも贈る意図ありその間に T が S を買う意図をもったので、そのための金銭を与える旨言明したのである。金銭付与の条件 (＝負担) というよりは贈与原因ありと解され、S は T のもとに留る。」一般に附款 (lex dicta, Zweck-(Neben-) bestimmung. 具体的表現は註 60) を伴う給付の性質を贈与と認定するか、「目的付与」(返還請求あり : Kaser 499; 前田註 80 も参照) など、負担は受贈者自身のためのものではなからず、Mittels 200 A. 21) と認定するか問題となる場合 (本論文のほか後田 3; 19; 6; 前田 D. 24, 1, 53; pr. Schwarz, Conditio 142 ff. 参照) / Lav (註 95) Ner (註 17) など Dumont 106n. 1; 107n. 1; Schwarz 144 A. 12) / Iul (本論文) は受領者の附款の同意が正に贈与に依りて誘発されたか否かの事実問題であるが法問題ではなかつた (Dumont 105 ss, Archi. 46 ss)。(6) ただこの後の法學は附款(負担)を目的付与と構成したらしい (船田三二〇頁 (一)) / Kaser 225 und A. 49, Biondi 714 n. 3 contra Mittels 201 A. 24)。(7) 許す (fermitere) という単なる合意は法的効果を伴わぬから、発抽の事実を現物贈与を原因とする引渡として法律構成された

- (Archiv 94)。本文に訳出せる貸借人の果実取得につき：船田三三三(一四)・原田一〇' Kunkel-Jöns RPR 131 A. 9; Kaser SZ 65, 252A. 116. [Lond 636 n. 5; cf. Mittels 156 A. 15 u. 16].
- (46) 「キンキナ法に限額」の意。本法文のほかは制限額 (modus 原田二二四) に関せず。： 11; 21, 1; 23, pr; 24 (Birk) 後続：「たとえ受贈者の奴隷によって送付されたとしても、直ぐに受贈者のものたることを意図する[註90の表現参照]その奴隷に与えられたのではない限りは。」この後続部分は専ら贈与者の意思のみならず受贈者の所有権取得を依存せず、古典法上の原因関係の客観的構成(本文に訳出の先行部分参照)の枠から逸脱するゆえ、東部の意思理論による ip. (Kaser II 59 A. 33; 203 A. 60; Pringsheim: *Gesammelte Abhandlungen* I 311 (=LQR (1933) 59)
- (49) 播種による附合 (accessio) は贈与の有無に關係なくから(所有権の原始取得)ノ末尾の理由については ip. Kaser SZ 65, 227 A. 23. 費用償還(悪意抗弁による留保による)：Kaser 363 A. 34) を不可能ならしめるのは、古典法上「占有者(耕作者)の「悪意」のみであるから、「贈与のため」なる語は、本法文が夫婦間贈与の場合であること (Iul 17 dig. なるを論ずる)：Lenel Pal. I 363) ノこと、その際の留保は本法文とは逆に可能(前出 D. 24, 1, 31, 2)：受贈配偶者を善意占有者として扱う(註48末尾)だから「これならいふ」を推測する Archiv 117 ss.
- (47) 引渡は握取行為 (mancipatio) の ip. 信託 (mancipatio fiducia causa) の目的が達せられぬ場合の物を回復する訴え (actio fiduciae Kaser 42) は本法文のように後悔 (paenitentia: Mittels 202 A. 31) の場合にも使われる。マリストオによれば「誤合」とは贈与原因と解放原因(有償法律行為 negotium: pr. 前出註57) とが時間的に前後して接続するに過ぎぬ (Mittels 201 A. 27; Simonius 153 f.)。なお「訳出せぬ後続部分でポンボニウスは、五年の猶予期間ある場合でも両当事者の客観的意図 (quid acti sit) を贈与とは限らざると反論している(奴隷の扶養費は取得者に利得を残さぬか)と云ふ：Pringsheim: *Id quod actum est*, SZ 78 (1961) 78)。(67 a) 「疑わぬ」は、信託前註)たる以上は時効原因たりえないが、「贈与として使用取得を考慮する」という肯定的意味：Mittels 163 A. 44; cf. Simonius 153 A. 5; 'pro suo'.
- (39) Ulp. 76 ad ed. はキンキナ法を扱うところの片約 (policatio 原田二二五、船田三三〇) の拘束性を論じた (Archiv 29 ss.)。
- (69) 後続：「AからBから取立てた金銭をCに贈与し(以上が duplex numeratio: 前出註11)ノCがそれをBに貸付けたのだから。しかしAは、(1)BがCに未払なら、Bに対して「原状回復」をもち、(2)BがCに支払済なら、制限超過分をCから「返還請求」できる」の後続部分(1)(2)は、指図による贈与約束の「完全」性(即ちBはCに対してキンキナ法抗弁をもたぬ：本文および前出註61)と両立

せむから *ip. et* 考えられる——(註10) *ip. et* : Mitteis 165 A. 53, 166 A. 56; Kaser 504 A.13. ただ Archi 153 ss; *idem*, *Conditio liberationis e restituito in integrum nella donazione*, in *St. Solazzi* (1943) 747 ss. (cf. Biondi 641n.2) はケルヌスによる例外的な「原状恢復」(原文の *recessoria (actio)* はこの意味)の承認と考える。(註11) *ip. et* (問題点の1つはこの返還請求は「非償」のそれ(註15末尾)と該項(註16)) : Mitteis 165 (cf. A. 55), Archi, in *St. Solazzi* 755ss, *contra* Biondi 638n. 3, Kaser 544 A. 24, Girard, *Manuel* (1923) 997n. 4.——一般に約束指図 (*abstrakte Delegation* : 註9) の原因関係における瑕疵の効果は：(1)夫婦間贈与の無効がABまたはAC間であればBC間の約束は無効(前出註49)。(2)キンキア法抗弁による贈与制限を含めてその他の場合にはBC間の約束は完済する(「完全」：既述)。なお(註10)の場合でも衡平上の観点からBに「悪意抗弁」および「免除の返還請求」が与えられることはあるが(前出註28)「これは指図に固有の問題とはならず(Kaser SZ 77 (1960) 470 A. 30 und 31)。

(70) 住居権 (*habitatio* : 原田一二八) の設定が法定的方式(法廷譲与)によらず手紙(単なる合意)なので無効な点が後出 32 と共通な論点とも考えられるが、しかし——本論文の *Pap.29* *questi* (Lenel Pal I 876) はキンキア法を扱うから、住居権の設定方法ではなくて(手紙の後に正規の設定があったかもしれない)その原因関係が贈与か否か(後述大意：贈与ではなくて報償なり)が論点である。なお *Morte circa remoretur* の原則 (Kaser 504 A. 15, 原田一二四参照)は本書成立時に未だ確立してなかった。——後出 32 *Scaev 5 resp* (Lenel Pal II 313) は「ペンネカリウツを扱うから、本来は該関係における手紙の解釈に關し、贈与には無関係だと考えられる。以上 : Archi, *Animus donandi*, in *Atti Congresso Internazionale Verona* (1953) III 119n. 21.

(71) 相続財産の贈与(法廷譲与による)に伴い受贈者が訴訟代理人となるかたちでの債務引受。新債務者(受贈者)は(相続)債権者に対して応答義務はないが、問答契約で旧債務者(贈与者)に対し防禦義務を諾約する。(Kaser 543 A. 22 cf. Mitteis 202 A. 32)。

(72) 父から家子への贈与は無効であるが、これが晚期古典時代末期には治癒されるに至った一例 (Kaser II 2:9 A. 13)。

(72 a) 贈与約束では「完全」(註61)でないための脱法的慣行。ただしこれを有効とする結論は *ip.* (Archi, *op. cit.* 125n. 33; 126n. 37) (73) *animus donandi* は原則として *ip.* であるが、本論文のそれは、贈与の実現手段の一つたる指図を個性化する表現であり、古典

法の法的構成の客観性と矛盾せず(註14, 44, 65, 67参照)「*causa donationis* なる表現による代替が可能であるので、本論文は贈与の「意思」の表現を *ip. et* 考えざるを必然性のなき稀な場合である。Pringsheim: *Liberalitas*, in *St. Albertario I* (1953) 666; Archi, in *Atti Verona* (cit.) 151 ss. 「関係となる (Archi 66)。」

(74) 祖母を補助機関と考える (Kaser II 227 A. 15) ほかに「指図人 (A) (B = 債務者、C = 孫) と考えれば、前出 34 *pr* 類似の