



| | |
|------------------|---|
| Title | ウルピアヌス市民法註解第一七巻について(一) |
| Author(s) | 小菅, 芳太郎 |
| Citation | 北大法学論集, 17(1), 1-26 |
| Issue Date | 1966-08 |
| Doc URL | http://hdl.handle.net/2115/27848 |
| Type | bulletin (article) |
| Note | 論説 |
| File Information | 17(1)_P1-26.pdf |



[Instructions for use](#)

論 說

ウルピアヌス市民法註解第一七卷について(一)

小 菅 芳 太 郎

古典期法律家の考え方、その作品の復元資料といえ、ユ帝学説集が殆んど唯一のものであるが、これ以外にも全然ないわけではない。ヴァチカノ断片²⁾ (Fragmenta Vaticana. 略号: Vat. 三三二〇年頃成立) は、現存分量こそ極めて僅かなものではあるが、成立の歴史的前提³⁾と形式(抜萃典拠の明示ある抜萃書)との点で、さらに、学説集に劣り過ぎるとはいえない規模の点⁴⁾で、その先駆たるものである。本断片において或程度まとまった抜萃分量をもつ古典期著作の一つにウルピアヌス市民法註解第一七卷の一部分があり、ヴァチカノ断片の伝承は、少くもこの著作に関する限りは、学説集の伝承よりも古典期著作の当初の姿をよく保存している。本稿では、このようなヴァチカノ断片の伝承を併せもつウルピアヌス前記部分とは具体的にどのようなものであるかを紹介する。¹⁰⁾

(1) (a) ヌ帝学説集の各法文(フラグメントまたはレックス・田中・法哲講座二卷一〇九頁、小菅・北法一四卷三・四号六一四頁註

(五) に附せられたインスクリプトオ(抜萃典拠、即ち著者名・書名・当該法文所収巻数の指示)を頼りに古典期法律家の各著作ごとに法文を集め直す仕事は既に復古学派に始るが、レエネル以前においては、各著作の各巻単位での所屬法文のリストの作成、つまり学説集のインスクリプトオ自体から機械的にわかること以上には出なかつた。これに対して、さらに各巻の内部における諸法文の当初の(原著作の)配列順序を推測し、かつ章(ルブリカ)でもって区分したのが Lenel, *Palingenesia iuris civilis* 1889 である (Schulz, *Geschichte der röm. Rechtswissenschaft* (1961) 166 n. 2; Lenel, *Pal. (op. cit.) Praefatio I. III: Singulorum librorum fragmenta ita disponere conatus sum, ut inde ratio et conexus totius operis e quo desumpta sunt perspiceretur. Singula singulorum librorum capita, ubi fieri potuit, rubricis distincti. But.* (Prael. IV) のルブリカに属せしむべきかわからずじまいのものも少くない)。レエネルによる復元 (*Palingenesia*) の効用を私なりに整理すると、古典期各著作における諸テーマの配列、つまり「材料の在場所」(*sedes materiae*: 原田・日本民法典の史的素描(昭二九)三四三頁註一)がルブリカ(章)単位の詳しさを提供された結果、(イ)古典期著作の(つまり古典法学の)主要な体系・サビヌスの体系 (Schulz, G. 187・後出註 6 (b)) や告示の体系 (Schulz, G. 175) がわかつた。(ロ)次に、学説集の或る「材料の在場所」(例えば甲なるテーマを扱う章)へ抜萃されている法文が、古典期原著においてはこれとは異なる「材料の在場所」(例えば乙なるテーマ)に属していた場合がかなりあることがわかつたので、この種の法文については原著におけるテーマを参考とした理解が可能になつた(一例として小菅・前掲二四〇頁註七〇末尾、一般に Daube, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, SZ 67 (1959) 149 ss.)。

(b) ところで、広く古典法の復元といえは、周知のインテルポラチオ(ip)研究があり、これとパリングゲネシア研究との関係は、例えば、ユ帝学説集編纂人の仕事——換言すれば古典法復元上の問題点——が、古典期法文の文章の変更(三三研究の成果)、および、或る法文を原著における文脈から切離してその文章の変更なしに意味をすりかえたこと(パリングゲネシア研究の成果)という分け方で総括される (cf. Kunkel RG 4, *Anfl.* 191) ように、従来無関係だったといえる。しかし、最近では、両分野の研究は相互に基礎となりあう密接な関係にあるように思われる。即ち、(イ) ip 研究は、「テキスト諸段階」ないし伝承史の研究(小菅・「最近のインテルポラチオ研究」・法制史研究九号(一九五八)所収)——表面的 ip と古典的内容との区別(前掲二二九頁)・古典期の著作それぞれについての伝承史の個別化(同二三二頁)——への発展を通じて、古典法復元につき全体的視野をもつに至っている。(ロ) パリングゲネシア研究的な面からの相互接近については後出註 9。

(2) 本断片の略説・後出註 3—5・9、ここでは内容(各章)を記す。

- 売買 (Ex empto et vendito : 1-40)
- 用益權 (De usu fructu : 41-93)
- 嫁資 (De re uxoria ac dotibus : 94-122)
- 官選後免人免除 (De excusatione : 123-247)
- 贈与撤回 (Quando donator intellegatur revocasse voluntatem : 248-259)
- キンキウス法 (Ad legem Cinciam de donationibus : 260-316)
- 訴訟代理人・委託事務管理人 (De cognitoribus et procuratoribus : 317-341)

右の各章の順序がいかなる体系 (前註 (4) (参照)) によっているのかは不明 (Wenger, Quellen 544 n. 141 ; Krüger, Geschichte d. Quellen (1. Aufl.) 300 n. 19)

- (3) 古典法律学の遺せる膨大な法書 (および勅令) の整理・經典化という法実務上・法学教育上の要求 (Kunkel RG 4. Aufl. 131, 137, 143)
- (4) Kunkel op. cit. 131. 詳しくいうと、現存分量は二八葉 (Blatt)、一行の文字数は五〇一六〇字 (Mommsen, in Collectio libr. 3(1890) 4, 17) であり、この分量をガイウス法学入門一三〇葉 (15 quaterniones + 1 quinio = 130 Blätter (65 Doppelblätter) : Wenger, Quellen 95 n. 63 ; 船田訳 (昭一八) 二六頁。行の長さは、一般の法律書なみに平均三四字 : Wenger 94 n. 54) に比べるとその半分に達しない。しかし、現存 quaternio 番号の最大が二九 (Vat. 28-316 : 贈与の部分・前註参照) であるから、ここまでで既に二二三葉 (Krüger Gesch. 1. Aufl. 299)、ガイウスの倍の分量になっている。本断片の体系の詳細は不明だが (註2)、現存部分の内容はさらに大量の後続部分を予想し、全体の分量は現存の十一倍、ユダヤ学説集の半分はあったと推定される (Wenger 543 n. 137)。
- (5) Lenel Pal. 巻末のヴァチカン断片索引から主要なものを拾うと、

| | | |
|-------|---|---|
| Pap. | { | 3 Responsa (Vat. 2-17. 売買) |
| | } | 12 Responsa (Vat. 250-265 贈与) |
| Paul. | { | 1 Manualia (Vat. 45-58 用益權) |
| | } | 7-8 Responsa (Vat. 94-112, 114-118. 嫁資) |

17 Ad Sabinum (Var. 59-64, 70-72, 74-89. 用益権。269 贈与)

Ulp. { De excusationibus (Var. 123-171. 官選後見人免除)

De officio praetoris tutelaris (Var. 173-223. 同右)

(6) 市民法註解¹⁾と実質的観点から邦訳されるこの種の著作は、(a) 形式上は、サビヌス(またはムキウス)の市民法の書 (libri iuris civilis) をその後の法律家がならば註解したもので、即ち「サビヌス註解 (libri ad Sabinum 本稿のウルピウスヌスの場合) またはムキウス註解 (libri ad Q. Mucium) とある(田中・前掲九五・船田二三五五末)。Schulz, Gesch. (註1) 252 以下、そのいわゆる市民法註解は、この種のもの以外の先人の著作に対する註解 (Notae, kommentierte Textausgabe. 田中九七、船田三五七末) と併せて広く「先人の法書」の註解 (Kommentare zu Juristschriften. cf. Wiesecker (後出註 83; 142; 284 n. 23) として——さらに告示註解 (libri ad edictum) など——」入門書分類 (institutiones, regulae, sententiae etc.) を問題中心の著作形式 (digesta, responsa, quaestiones, etc.) 等を参照せしめられてくる。なお、広く註解書一般の形式をみておくと、註解は、註解者の名前、テキストのレマ (lemma: 差引 Prantl, Gesch. d. Logik 468, 470) 即ち、テキスト (告示註解の場合ならば、フリカ・個々の告示・その方式書) の一文、一節または始めの数語について展開される (Schulz 225)。但し、ユ帝学説集では、レマと註解との区別は殆んど消失している (Schulz 229)。Schulz, Sabinus-Fragmente (1906) は、ウルピウスヌス市民法註解についてその区別の復元の試みである(具体的には後出註 16・25)。

(b) 市民法註解の体系(いわゆるサビヌスの体系)を Schulz G. 187 s. から転載しておく。

I 相続法: 1 遺言・2 無遺言相続・3 遺贈

II 身分法: 家父権・その免除・奴隷解放

III 債務法: 1 売買(および握取行為)・2 組合・3 嫁資・4 後見・5 不法行為・6 不当利得・7 按察官告示・8 文書契約・9 言語契約。

IV 物権法: 1 所有権取得(および贈与)・2 役権・3 信託・4 帰國権。

(7) ウルピウスヌス同書第一七巻は第一八巻とともに「遺贈による用益権・使用権」(De usu fructu et usu legato) を扱ふ——サビヌス体系中の遺贈(前註(b) I 3) に位置する(用益権と遺贈との関係につき後出註 41)——レネネルの推測によれば次の各章から成る(ヴァチカノ断片の配分を附記する)。

- a. Quando usus fructus legati dies cedat 「しつ用益権遺贈の取得期日が接近するか」 (Vat. 59, 60)
- b. Quibus modis usus fructus legatus amittitur 「どのようにして、遺贈された用益権が失われるか」 (Vat. 61-64)
- c. Quid usu fructu legato contineatur 「遺贈された用益権の内容」 (Vat. 70-72)
- d. De usu fructu ad crescendo 「用益権の添加」 (Vat. 75-88)
- e. Quemadmodum uti frui oporteat 「どのように用益すべきか」 (Vat. 89)
- f. De usu et habitatione legata 「遺贈された使用権および住居権」 (以上第一七巻)
- g. De cautione usufructuaria et iure proprietarii 「用益権担保問答契約および所有者の権利」
- h. De usu fructu earum rerum quae usu consumuntur. 「消費物の用益権」
- i. De servitutibus, quae usu fructu legato debentur 「遺贈された用益権に生ずる役権」 (以上第一八巻)

なおウルピアヌスは告示註解 (libri ad edictum) でも用益権を扱っている：第一七巻の用益権取戻権の章 (Si usus fructus petatur)、第七九巻の用益権担保問答契約の章 (Usufructuarius quemadmodum caveat)。

ちなみに、「学説集」では用益権は第七巻にまとめられ (cf. Bund. SZ 73 (1956) 192 n. 151)、その各章は：

1. De usu fructu et quemadmodum quis utatur fruatur.
2. De usu fructu ad crescendo
3. Quando dies usus fructus legati cedat
4. Quibus modis usus fructus vel usus amittitur
5. De usu fructu earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur
6. Si usus fructus petetur vel ad alium pertinere negetur (「告示註解」より)
7. De operis servorum
8. De usu et habitatione
9. Usufructuarius quemadmodum caveat (「告示註解」より)

(8) Wieacker, Textstufen klassischer Juristen (1960) 286 (後出註50で引用)。ところで、ウァチカノ断片の良質さという点にだけ注目するならば、学説集との間における二重伝承の存在——ウルピアヌス市民法註解は、同断片に収録されたもの(註5)のちち、

二重伝承に最も富む場合——は古典期著作復元にとつて論理的には不要なことである。しかし、同断片の利点は、ほかならぬ二重伝承を出発点とする伝承史研究によつて初めて明らかになるに至つたのである。即ち、古典期直後のテキスト変容の性質がわかり（実質的変容ではない・前出註1(b)(1)）、思考連関の破壊が存在せぬ限り同断片の文脈を古典期法律家のそれとして受取ることが方法的基礎をもつ（cf. Wiacker, *Textst. cit.* 18; Mayer-Maly SZ 77, 496 n. 10）に至つた結果、古典期晚期註解のいわゆる百科全書的性質の確認や、著作中の個々の事案間の推理連関のより深い評価、が可能になつたのだといえる（本稿では立入らない・後出註50末尾）。古典期著作の復元は、このように研究経過において二重伝承の存在から切離しえなかつたし、実際、本稿で紹介される Wiacker *op. cit.* の研究も、伝承史研究のかたちで存在している。他方、復元作業は一般的には学説集のみに基かねばならないから（註1対応本文）、その性格についての一般的見通しを豊かにするためにも、まさに二重伝承の場合から復元研究が始められざるをえないのだと私には思われる。

- (9) ここでヴァチカノ断片の二重伝承としての意義を一般的にまとめておく、と両伝承間で、(a) 或る事項につき相違あるときは、同断片が古典性の保障となる。(b) 共通の瑕疵 (*übereinstimmende mechanische Fehler*: 小菅法制史研究九号(前掲)二二九の「欠落」は誤訳)あるときは、伝承史研究の出発点になる——シュルツ法学史のドイツ語版 (Schulz, *Gesch. cit.*) では古典期の諸著作について、ヴァチカノ断片の二重伝承の扱いが英語版よりも詳しくなつてゐる (cf. L. Lombardi, *La nave di Teseo. A proposito della riedizione tedesca della Storia della giurisprudenza romana di F. Schulz, estr. dall' Archivio Giuridico Vol. 161 (1961) p. 7*)。小菅前掲の研究動向紹介を補うため、シュルツの主張を次に引用しておくが、まさに、本稿のウルビヌス市民法註解に関する: 「もしもインテルポラチオ研究が当初から方法的に行われていたならば(残念ながら実際はそうではなかつたが)、同研究はこのテキスト [Fr. Vat. 所収の *Ulp. 17 Sab.*] から出発していたに違ひなからう。そうはならず、このテキストは看過され、今日「一九四六年」に至るもなおその完全な分析は存在しない。このテキストはここで通りすがりに片づけるにはあまりにも難しすぎる。……」(Schulz G. 266. cf. Wiacker *Textst.* 15 n. 22)——。(c) ヴァチカノ断片で、学説集では削除された古典法律家間の意見引用 (*Juristenzitate*) や論争経過 (*Kontroversenberichte*) が保存されているとき、……この最後の場合が本稿におけるヴァチカノ断片の意義である(前註対応本文)。

- (10) ヴァチカノ断片の刊本として Mommsen, in *Collectio libr. 3 (1890)* を使用。Kühler, in *Jur. anteiust. 2, 2 (1927)* は未見 (cf. Schulz *Gesch.* 392 n. 1)。(a) 推測により埋められた欠落部分は、本文では傍線を附した。本断片の羊皮紙は再度利用(其の

作品の転写)に際して、三等分して折目をつけられた各葉の三分の一の部分が切離されて新書物になったので、回収された本来の各葉は、本来のテキストの三分の一または二しか伝えない場合があるからである (Mommson, op. cit 3; Krüger 299; Wenger 96 n. 74; Riccobono, Vat. Fragm. 70. 1, in Scritti di dir. rom. I (1957) 190。本稿の關係では、Vat. 59-63, 70-71 が各行の頭の、Vat. 64, 72, 74-75 § 2 が各行末尾の、三分の一しか残存せぬ場合となる (Mommson 5)。モムセン (およびこれに倣う諸刊本) は、ほぼ学説集の対応部分通りに欠落を埋めているが、今日では問題がなくなはない (後出註 27・30・32)。
(b) ヴァチカノ断片にのみ伝承され、学説集では削除されている部分を、 \wedge で囲む。この部分が数行にわたるときは、見易くするため、二字分下げて訳出する。ヴァチカノ断片の意義 (前註 c) を明らかにするためである。他方、学説集にのみ存在する部分は、さらに二字分下げて細字で訳出する。

I (Vat. 59-64)

「 \wedge 」用益権遺贈の取得期日が接近する⁽¹¹⁾か」

2548 (Vat. 59 = D. 7, 3, 1, pr) \wedge 用益権が遺贈されたとき、その取得期日は一回だけ接近する。V なるほど用益権

は収益から、即ち収益・使用する者の行為から成立⁽¹²⁾が、しかし、取得期日は彼のために一回だけ接近する。D. pr.

続) つまり、或者に一月ごとに又は一日ごとに又は一年ごとに或物が遺贈される場合とは違うのであって、その場合には、取

得期日は一日ごと又は一月ごとに又は一年ごとに接近する。用益権が或者に一日ごとに又は一年ごとに遺贈されるときに取

得期日が接近するのは一回だけかという問題はここから生ずるのであって、私は、取得期日が接近するのは、一時に、ではな

くて、連続的に附加された期間ごとであり、恰も複数の遺贈がなされたかのようになると考へる。Marcellus もその法学

大全第四巻で用益権を一日おきに遺贈された者について、そのように認めている。(D. 81) ゆえに、毎日⁽¹³⁾は收取できないよう

な用益権が遺贈されたときは、その遺贈は無効なのではなくて、収益可能な日々が遺贈を持つた⁽¹⁴⁾のだ。

(Vat. 60 = D. 8 2) \wedge と \wedge で、用益権の取得期日は、使用権の場合と同じく、相続承認以前には接近しない。 \wedge な

るほど Labeo は、たとえ相続承認以前でも用益権遺贈の取得期日は、用益権以外の遺贈の場合と同様に接近する

と考えていた。しかし、Julianus の意見の方が正しく、これによれば、⁽¹⁷⁾ 用益権は、或者が既に収益しうるようになった時に設定されるのである。⁽¹⁸⁾ (D. § 2 統) この理由によって、相続財産中の奴隷に用益権が遺贈されても、Julianus が書

いているには、用益権以外の遺贈は相続財産の中へ取得されるが、用益権の場合には、使用・収益可能な主人の身柄が考慮される。⁽¹⁹⁾ (D. § 3) 同様に用益権が一定の期日よりして遺贈されるときは、取得期日が到来せねば、取得期日はまだ接近しない。⁽²⁰⁾ 用益権を一定の期日よりし又は一定期日までとして遺贈しうることは明らかである。⁽²¹⁾ (D. § 4) 相続承認以前には用益権の取得期日が接近せぬのみならず、用益権の訴権もまたそうである。一定期日よりして用益権が遺贈されたときも同様であって、だから Scaevola が言うには、用益権以外の場合に期日より前に訴訟するのは正しくないが、⁽²²⁾ 用益権の期日より前に訴訟するのは無駄である。⁽²³⁾⁽²⁴⁾

「このようにして遺贈された用益権は消滅するか」

2550⁽²⁵⁾ (Vat. 61=D. 7, 4, 1, pr) とところで用益権の失われるのが頭格減少によることは明らかであるが、用益権のみならず用益権の訴権もまた、⁽²⁶⁾ そうである。△即ち、もし甲に用益権を……遺贈または信託遺贈し、その取得期日接近後に頭格減少するならば……訴訟しえない。▽そして、⁽²⁷⁾ 用益権設定が市民法によったか法務官の保護によったかは無関係である。ゆえに用益権は、△上納地または貢献地においては▽同様に永借地または地上物においては市民法により設定されたものではないが、⁽²⁸⁾ 頭格減少によって失われる。△……頭格減少が用益権を消滅させる。……▽ (Vat. 62=D. § 1) しかし、失われるのが頭格減少による用益権は、既に設定されたものだけである。そう

ではなくて、相続承認以前または取得期日接近以前に或者が頭格減少するときは、用益権は失われぬこと明らかである。△同じことを Julianus がその法学大全第三五巻に書いている……だから君に用益権が、物権的遺贈により、一定期日よりして遺贈され、取得期日到来以前に頭格減少するときは……頭格減少は君を害しない。というの

は、用益権は今日から受遺者に属し始めるのだから。▽ (D. § 5) もし君が一定期日よりして土地を遺贈され、その用益

権は私へ返してくれと懇願されたならば、私が君の遺贈に附せられた期日以前に頭格減少したとき、恰も取得期日接近以前に頭格減少が生じた如くに、私のために用益権が安全なるか否かが考察すべきであるが、これは公平だといえる。

(Vat. 63=D. §3) ところで、頭格減少が消滅させる用益権は、既に設定されたものだけだから、その結果、一年

と又は一月ごと又は一日ごとに遺贈されたときは、既に存在し始めているものだけが失われる。(D. §3 続) そして、一年ごとに遺贈されたときは当該年の用益権のみが失われ、一月ごとのときは当該月の、一日ごとのときは当該日のもののみが失われる。

255i (Vat. 64=D. 7, 4, 3 pr) 一年ごとに用益権を遺贈できると同様に、頭格減少により失われた用益権を遺贈し直すことを我々は禁止されていない。即ち、「頭格減少するときはいつでも」⁽³⁵⁾あるいは「用益権が失われるときはいつでも、私は彼に遺贈する」との文言を附加するのである。この場合には、頭格減少により失われても、再設定されたものと観ぜらる。⁽³⁷⁾ $\wedge \dots \dots \dots \vee$ (D. P. 続) これよりして、或者にその生存する間として用益権が遺贈されたときは、それが失われるたびに再設定されたと観ぜられるのかが議論されている。Maccianus もこの問題を扱うが、私も思うに再設定されたと観ぜられる。これよりして、一定の時点例えば十年まで遺贈されたときも、同じことが言われるべきである。⁽³⁸⁾

右のヴァチカノ断片の部分 (Vat. 59-64) を追って、ヴィアッカアは次のように解説する。⁽³⁹⁾

「§§ 59, 60 が論ずる問題は、D. 7, 2 の章名《用益権遺贈の取得期日はいつ接近するか》であり、ユリアヌスは、収益の事実上の可能性⁽⁴⁰⁾という従来よりも柔軟な見方をとり入れることによって、この問題についてラベオとは異なる結論を下した。§§ 60, 64 は頭格減少による用益権喪失に關し、これは、扶養目的の用益権が家権力服従者⁽⁴¹⁾に対してもつ大きな意義のゆえに、とりわけ合目的なものであった。⁽⁴²⁾ 以上の二つの問題は、用益権を構成する要素は何々であるかを探索する点で関連しあっており、諸構成要素を一つの時点において同時に存在せしめるといふ要求はカトオの準則⁽⁴³⁾の基本観念⁽⁴⁴⁾である。

細かくみていくと、§60の言うことは、既に取得された用益権に基づく取戻訴権もまた頭格減少後には失われること、法務官によ

って保護されるのみで他物権を創設せぬ利益もまた頭格減少に襲われることである。§ 62 は、このことから、二つの問題を才気縦横に編み合せながら、⁽⁴⁶⁾次のことを引出す。即ち、遺贈取得以前の、つまり相続承認以前の頭格減少は、始期附の利益権遺贈の始期以前の場合におけると同様に無害であると。§ 63 は、一年づつ・一月づつ・一日づつの利益権遺贈では利益権取得期日は各期間ごとに更めて発生するから、頭格減少が生じた時期のみがこれに襲われることを引合に出しながら、次のような方式への橋渡し⁽⁴⁷⁾となっている。その方式とは即ち、予防法⁽⁴⁸⁾が頭格減少原理の好ましからぬ結果を払いのけるため案出したものであり(§ 64)・抜目のない予防法学が頭格減少自体を新たな利益権の権利発生日とすることにより、権利喪失の「法律学的一秒間」⁽⁴⁹⁾に「頭格減少するときに」利益権再設定を達成した。

こうみてくると、この六つの断片「Vat. 59-64」の間から、精巧に紡がれた問題連関が現われてくる：権利発生日——頭格減少による利益権喪失——その否定(相続承認以前および始期到来以前の遺贈について)——同じく(一年づつ・一月づつ・一日づつの遺贈について)——同じく「頭格減少するときはいつでも遺贈する」の文言ある遺贈について⁽⁵⁰⁾。」

- (11) 遺贈から生ずる権利の取得時期について、従来は、二つの時期の区別が一般化されていた——*dies legati cedit* (*dies cedens*) および *d. l. venit* (*dies veniens*): Kunkel PR 350 ; 船田 IV 三五九「受遺の期日が近づく・接近する」および「期日が到来する」(千賀訳・ユスチニアヌス帝欽定羅馬法学説彙纂第七卷(大正二二年)二七三・二七七「始期が経過する」・「期日の到達」(D独訳に似る)・原田三六八「権利発生日」・「権利請求日」(末松・ガイウス羅馬法解説二三七註二二二に同じ)。本稿では、主として船田訳に従う(cf. Buckland, Text-book (2ed. 1950) 343 : “the day is coming” ; “the day has come”)、但し読み易いように取得時期と補った。——が、このうち後者 (*dies venit*) は、期日到来にのみ関する表現であり、相続法の分野では、確定期日 (*dies certus*) 附遺贈の場合にしか用いられていない。一般化の根拠とされる法文 (Ulp. reg. D. 50. 16. 213 pr. : “*Cedere diem*” significat incipere deberi pecuniam “*venire diem*” significat eum diem venisse quo pecunia peti possit) は問答契約に関する *l. 10*。Gai. Grosso, *Usufrutto e figure affini nel dir. rom.* (2 ed. 1958) 345 ; Grosso, *I legati nel dir rom.* (2 ed. 1962) 277, 289 n. 5, 383 n. 3 ; Kaser PR 626 n. 11.

したがって、遺贈取得日については、期日接近・権利発生日 (*dies cedens*) のみを中心として次のように説明されている (Kaser RR 625)。即ち、元来、遺贈の効力発生は遺言相続開始から分離しえぬものであったが(相続人指定は *caput et fundamentum*

totius testamenti : 原田三四〇 (Arangio Ist. 570.)、家外相続人による相続開始 (遺言者死亡時ではなくて「相続承認」(aditio hereditatis) 時 : 原田三四八、船田四二九七) の場合に、受遺者の遺贈取得が相続承認、即ち家外相続人の意思に左右されるのを避けるため (Kaser n. 5 ; Voci, Dir. ereditario rom. II (1963) 368, 1000 n. 17 ; Arangio l. c. ; cf. Kreller SZ 58 (1938) 334) 遺贈による権利の取得時点を dies cedens と呼びこれを原則的に既に遺言者死亡時 (または遺言書開封時 : 原田前掲) に置いた。但し、例外の場合として、(a) 確定始期附のときは、始期到来 (dies venturus : 既述) までは請求できない (権利発生日以後始期到来前に受遺者が死亡すれば期待権が相続人に移る)。(b) 不確定期日または条件附のときは、権利発生日が期日到来・条件成就の時点に与えられる (Kaser n. 6)。(c) 権利発生日が少くも「相続承認」まで与えられる場合として、用益権遺贈と、遺言被解放者への遺贈とがある (Kaser n. 7 ; Grosso, Legati 291 ; 船田三五九註七)。ここでは後の場合の一例として Ulp. D. 36, 2, 8 をみると、遺言による解放とそれにその奴隷への遺贈が遺言書中で同時になされたときは、相続承認あるまでは奴隷は未だ自由でなく相続財産に属する (servus hereditarius : 註 6) から、遺贈が相続財産と合併して無効になることになる。これを避けるため権利発生日が延ばされる。なお、本文はウルピアヌスの原著 (市民法註解第二四巻) では「カトオの準則」(regula Catoniana 後出註 4) の章に属し (Lenel Pal 2, 1102 n. 2) かりに権利発生日が延ばされないとすると遺贈は無効だから、カトオの準則により、遺言者が生前に解放しておいたとしても遺贈は治癒されぬ旨を論じたものと思われる (Daube SZ 76 (註 1 に引用) 206)。

(12) 取得期日接近 (権利発生日 dies cedens) は一回だけが通例なのに、用益権についてこの点が強調される理由を Grosso (Usufrutto 70 ss, 345 ss ; Legati 289 ; St. Betti I 533) は次のように説明する。(a) まず、用益権の収益の現実性のため、現実的に収益あることにそれだけ権利発生日があるかとの疑義を生じたのに対して、ウルピアヌスは一度でも不使用 (後出註 28) や頭格減少 (後出註 26) があれば用益権は消滅する (Usufrutto 57, 348 et Voci op. cit. 311 n. 231) としてこれを排除したのであるが、さらに、(b) ここで問題になっているのは、所有権に対する他物権 (ius in re aliena) としての用益権の個性 (属人性・限時性の諸原理 : 後出註 40 末尾) をエラボレートする過程なのだという。

なお、用益権の個性化 (individualia) の法的構成の問題——それが法文中で「所有権の一部」(pars dominii, 船田五〇七註四) とも呼ばれていることを発する (船田五〇七註四 Kunkel PR 146 n. 1) ——に与られておくと、これは、同時に歴史的問題であり、また、法的構成をその機能に常に適合させる統一的理解にわたらなかつた古典法学の特質の問題でもある (Kaser SZ 76 (1959) 607 ; Buckland, Textbook 270)。即ち、発生期と法的構成との関係を図式化してみると (Kaser 606) 発生を前二・一世紀の既

に概念分化 (begriffliche Differenzierung) 能力の高まった法学におおくか、さらに早い時期に遡らせるかによって、当初から他物権として出現した (Gross) か、あるいは、所謂相対的所有権 (吉野・社会科学研究七巻一号八〇頁以下、小菅・国家七二巻三号一八頁註三三、三藤・学習院大学政経学部年報五三六頁註一〇)、『即ち果実所有権 (Eigentum an den stehenden und sich erneuernden Früchten) なじ果実産出物上の機能制限附所有権 (funktionell beschränktes E. an der fruchttragenden Sache) として出現した (Kaser Festschr. Koschaker 1 (1939) 461 (後出註 9②) ; EB 306 ; PR 126 n. 6, 376 n. 6) こととなる。カンザフは、現在では、その出現時期 (三世紀から二世紀中葉の間) からみて、『所有権から分化した独自の物権として出現したと考え、用益権に関する限りはかつての説から離れつつある (Kaser, in Deutsche Landesreferate zum VI. Intern. Kongress für Rechtsvergleichung (1962) 22 n. 12 ; Labeo 9 (1963) 367. cf. Pugliese, BDR 62 (1959) 318. なる Bretone Nozione romana di usufrutto (1962), 36 ss. et pass. をこれと近う)。但しこの独自の物権も発生当初は所有権に近く (Kaser l. c. ; cf. Medicus, SZ 81 (1964) 426ss.) 『*ius in re*』 *pars rei*, *pars domini* から他物権への法的構成の発展史 (Lübnow, Schenkungen der Eltern an ihre minderjährigen Kinder und der Vorbehalt dinglicher Rechte (1949) 27 ss.) のなかで、『古典期にのみ *pars domini* の観念が、『所有権類似の機能を支えられつつ存続したと考えられる (とくにユリアヌスにより愛好された : Wesener SZ cit. 95, RE 9A 1143 s.)。なお後出註 9。

(13) “in (または per) dies singulos.” なお「一日ごと」以外の「一月ごと」「一年ごと」は *ip.*

(14) 用益権者の果実所有権取得は、単なる分離 (separatio) では不十分、事実行為たる收取行為 (percipere, perceptio) が必要 (原田・一〇・一二七、船田 II 三八〇註八一—三)。なお、果実取得一般にまつてカンザフ (PR 360) は、『ドイッ法的生産主義 (Produktionsprinzip) からユリアヌス以降の元物権利者主義 (Substantialprinzip) への変化を想定する (PR 360. これによれば用益権者も以前は分離により果実取得したことになる)。さらに元物権利者主義の枠内でも用益権者に收取行為が要求され、このように果実取得権利者の範囲が狭められる必要 (占有法上も所持者 *detentor* となる) を、用益権の法的構成の変化——相対的所有権起源説は捨てられたが、何らかの意味の発展は否定されてはおらず (註 12 末)、ユリアヌス以降の用益権の收取行為による果実取得の線を変えていない (Labeo 9, 372)——に対応させている (SZ 65, 258)。なお、Bretone によれば收取行為取得は既にラベオ (D. 7, 4, 13 ; 船田三八二註八「乳を搾り羊毛をかること」) と始まり (op. cit 76 s.) ラベオが所有権に対する用益権の個性の確立者とされている (65 ss.) から、ここでも收取行為取得と法的構成の発達とが対応している (Wesener SZ 81, 98)。

- (15) Grosso Usufructo 305 の解釈によれば、遺贈（一日づつの遺贈）は、收取行為の可能な日の分についてのみ有効になる（千賀訳二七五頁註1の解釈）。なお、ロッシンでは、本論文——その他 Ner, D. 7, 1, 61（建築中であつた完成していない建物は用益不可能のゆえに用益権設定が否定される：op. cit. 303）——は用益可能性（susceptibilita di un uti frui）の主題のもとに「用益権の客体」の章に配され、他方、その他の構成要件（属人性・限時性）は「法的構成」の章にあることを、後出註40との関係で附記しておく。
- (16) Schulz, Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar (1906), in: Labeo 10 (1964) 72 はサビヌスの原テキストとウルピアヌスのレクマ式註解との区別を次のように復元する（註6(a)末尾参照）。但し、本論文は、サビヌスの個々の言葉への関係づけが明示されることなく註解されている場合となる（Schulz 54 n. 24）。
- Sab. 「この用益権の取得期日は……」
Ulp. 「なるほども Labeo 4……」
Kommentar: 1. ad verb. «adita hereditate 相続承認»: § 2, 3（ウルピアヌスによるサビヌスのテキストの正当化〔後出註17対応本文〕が拡張解釈へ導く: § 3〔後出註20対応本文〕）
2. ad verb. «usus fructus 用益権»: 「用益権……のみならず用益権の訴権もまた…… § 4.
- (17) Dではこのラネオ対ウルピアヌスの論争が完全に削除された。
- (18) 後出註40。
- (19) 相続財産中の奴隷（servus hereditarius: 註11末(c)参照）は無主の休止相続財産（原田三五〇）のために用益権を取得しえない（Paul. Vat. 55: usus fructus sine persona esse non potest. 用益権を要約するその間答契約は無効）が、遺贈により受遺者とされる場合には権利発生日がずらわれて相続承認者（主人）の用益権取得が可能となるので、本論文のように persona domini ex-ecrari qui uti et frui possit とする（Grosso, Usufructo 345; Legati 289 n. 4）
- (20) 確定始期附遺贈の権利発生日は、用益権以外の場合なら原則通りである（期日到来の問題が生ずるに止る: 註11）が、用益権遺贈の場合は権利発生日自体が始期到来（dies venit. 本文）を促すことになる（Grosso Legati 288 n. 1, 383 n. 3）。
- (21) 「用益権の訴訟」(actio de usu fructu) が、遺贈取得以前の場合（本論文・註16末尾）よりも後の場合（Vat 61 後出註25）にも用益権（usus fructus）自体を並べて註解の対象になっている。この訴訟を Kaser PR 380 n. 40, Wesener RE 9 A 1, 1159;

船田五五一四註三七によれば vindicatio usus fructus (「用益権取戻訴訟」) のことであるが、常に対物訴訟なのか私にははっきりしない(後出註28)。

(22) “male agit” Heumann-Seckel (Handlexikon) s. v. Male (= mit Unrecht) は本法文を引用する。その意味は次註。

(23) “nihil facere” (Mommson D. ad h. l. 13 nihil agere へ校訂す)。そのことばは：Heumann-Seckel s. v. Agere (7) = astricten, bewirken)。対物訴訟(註21)としての本文の意味を Wiassak infra を参照して私なりに考えると、始期以前に争点決定された用益権対物訴訟は目的を欠くから、排斥的効力(“Ausschlusswirkung” Kaser Röm. Privatr. (Studienbuch) 310；船田五三三のその再訴に対しては抗弁 exceptio rei in iudicium deductae が対抗される)を生じないであろう。但し Wiassak SZ 33 (1912) 113 n. は——§§ 2-4 は全体としては物権的遺贈に関するが、本個所 (agentem ante diem usufructus nihil agere) に関する限りは——始期以前に争点決定された対物訴訟(前記)の排斥的効力の不存在は必ずしも自明でないこと、本法文冒頭の「用益権の訴権もまた……」の実質的意味たる actio cedit の表現は未聞なること、を理由として、債権的遺贈に基づく・用益権設定を請求する・対人訴訟が問題となっているのだと考えている。これを承けて Lenel SZ 39 (1918) 162 n. 2 は、本法文冒頭を Non solum autem, si per vindicationem legatus sit usus fructus, ante aditam hereditatem dies non cedit, sed nec per damnationem legati. の itq. とする。したがって male agit (前註) は causa cadat? となる (I. c. n. l. 同頁；Heumann Seckel s. v. Exceptio 182)。千賀註二七八註二「Glück IX, 196 n. 64 も対人訴訟の枠内で (plus petere tempore なりや否やの問題として) 考えている。

(24) レヘネルではもう一つ法文が続く：

2549 (D. 7, 1, 72) : 「空虚な所有権の所有者が(第二の)用益権を遺贈するとき、Maecianus がその信託遺贈質疑録第三巻で書いているように、その遺贈が有効であること、そして、遺言者生存中または相続承認以前に(現存用益権が)所有権に附合(混同)するならば(第二の用益権は)受遺者に属するであろうこと、は正しい。Maecianus は、むしろ、用益権の附合するのと見え相続承認以後であっても、期日は有効に接近し、用益権は受遺者に属する時まで認める。」

(既に用益権設定済の空虚な所有者が、さらに用益権設定(物権的遺贈による)しうることを認めた法文。千賀訳二四一頁註四と詳しく解説がある。Lübrow, op. cit. (註 41；Bretonne, Nozione romana di usufrutto (1962) 189 n. 113. 本法文は Paul D. 7, 1, 63 is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest. と同じ

状況を示すものとして利用される——但し、Paul. 文における第二用益権設定方法は法廷譲与 (in iure cessio) であり、それが始期・停止条件付となる難点 (cf. Pap. D. 50, 17, 77) の解決として Bretonne 191 n. 117 contra Guarino in Labeo 10 (1964) 48 nn. 16, 20. なお、ウルピヌス文のこの状況は、用益権の概念が所有権に依存する他物権であった「pars domini」ではなことを示すものとされよう (Bretonne 188 ss.; Kaser Festschr. Koschaker I 466 n. 18; SZ 65, 368 n. 20)

- (25) Schulz, Sabinus-Fragmente (註9) 73 の推測によれば、本文の前記の内容のサビヌスのテキストがあった(但し、後出註46): “Capitis minutioe amittitur usus fructus, qui iam constitutus est.” (頭格減少により失われる用益権は、既に設定後のもの) Kommentar: I. ad verb. «usus fructus» 「用益権のみならず用益権の訴権もまた…… (pr.) (註16未参照)
2. ad verb. «qui iam constitutus est»:

- a) 「用益権設定が市民法によったか法務官の保護によったかは無関係…… (註30対応本文)
- b) 「*capitulum*」失われるのが頭格減少による用益権は、既に設定された後のものだけである…… §1 (＝Var. 62), 2 (後出本文)
- c) 「*capitulum*」頭格減少が消滅させる用益権は既に設定された後のものだけから、その結果…… §3 (＝Var. 63 後出本文)
- (26) “capitis deminutio.” 邦訳例をみると、末松・ニ帝欽定羅馬法学提要 (大五) 一二頁「頭格喪失」——「頭格」(caput) の訳は「身格」(status. 但し Kaser PR 234 n. 4; Levy SZ 78 (1961) 170 n. 133 (cf. 169 n. 126) については Rechtsstellung; 原田(後出國家) では「地位」、春木・船田(後出) では「身分」の訳と対照になる。「喪失」(deminutio) の訳はサツマイニの「毀等」(Degradation in Beziehung auf Rechtsfähigkeit: System II, 62) の意味をなす「減少」の訳を却けたもの(六四頁註五)。サツマイニの説に引き Girard, Manuel 211 n. 1; Bonfante Corso I 129 n. 1; 130 nn. 1, 2; Buckland Text-Book 136 nn. 4-9; 原田、嚴格市民法に於ける羅馬家族法の研究 (三) 國家四三卷(昭四) 一四六四頁註五。——春木・羅馬法 (大一一五年度) 中卷三三九頁、船田 二五二頁「人格消滅」(五四頁註五)「頭格」というような意味不明の漢字を……避ける)。原田前掲箇所(國家)、ローマ法四七頁では原語使用(但し、説明としては「発生的にはメンバー (caput) の減少 (deminutio)」。なお羅馬私法綱要 (一) 昭八年版二六頁(昭十年版三一頁)では一時「頭格消滅」を使用)。田中・ローマ帝政時代に於ける居住制限の刑の觀念・論叢四六卷六号八九六頁「頭格減少」。吉野(後出註42)「頭格消滅」。本稿では、本制度の多様な歴史(後出註42)を考慮して、田中訳の直訳に従って書く。

- (27) Weacker 287 n. 43 は、D の constar はニ帝の作であり、V の欠落の補充としては、誰か法律家の意見引用 (Jurisconsultat) た

るべきものとする。なお Schulz, *Sabinus-Fragmente* 52 の「一般に verum est, constat はサビヌスまたはウルピヤヌスの言葉と考えられている。

- (28) (a) 対物訴権 (註 21・後出註 45 対応本文) を実体権取得以後にも別個に考察する (参照・註 16・25) のは何故か、私にはよくわからない (Segré: *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto, in mélanges Girard II* (1912) 未見)。¹⁰ 同様の訴権として「*actio de usufructu* は用益権自体と同じ仕方で行われる。但し不使用 (*non utendo*) による場合を除く。……」¹¹ とはえる Paul *manual* Vat. 46 (Kaser PR 380 n. 40 註 71) と併せれば、対物訴権が不使用では消滅せぬが頭格減少では消滅するところの対照の問題となるであろうが、今度は、前記 Paul Vat. 46 (不使用により用益権は消滅するが用益権取戻訴権は消滅せぬ) の意味がわからない。物権的遺贈の取得 (期日接近) はあったが、まだ事実上の用益が開始されていないというような局面でも考えるべきなのであろうか (後続する V に固有な部分 (次註 29 対応本文) はそのような局面を含めることのできる)。(b) これに対して、*a. de usufructu* が対人訴訟であるとするれば、それは不使用によって消滅せず (後述) から、前記の頭格減少による消滅の場合との対照が意味をもつてゐる。Desserteaux: *Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio II* (1919) 337 n. 4 et 338 および *Revue de droit romain* (後出註 40 (a)) は明らかに対人訴訟としてゐる。ノロンの以下のような叙述も対人訴訟説のようと思われる。即ち、Kaser Vat. 46 の言及された頭格減少で消滅する *actio de usufructu* は Pampaloni の *actio de usufructu* を許容遺贈 (*legatum sinendi modo*: 原田三六三) の場合に限定する必要がある [「この債権的遺贈も含まれる」と述べて、C. 3, 33, 16 (上記) を参照せよ] (Grosso *Usufrutto* 502 n. 1)。¹² この勅令によれば、用益権不使用 (*non utendo autem, si per annum vel biennium forsitan eundem usum fructum non petierit usufructarius*) による消滅が用益権自体以外に、問答契約または遺言 (この場合、債権的遺贈) に基づく、用益権設定を請求する・対人訴訟 (*personalis actio quae super (sive: pro) usu fructu nascitur, sive in stipulationem usus fructus deductus sive ex testamento relictus est*) にも適用されるから、¹³ 古典期法律家の間で論争あり——これを対して、ニ帝は、用益権自体も消滅せず (但し、時効期間の一〇年または二〇年 (anders Kaser PR II 221 n. 27) の大幅延長の意味) と改革した——、¹⁴ Grosso 389 n. 1 はこの点について “*cf. per la negativa (risposta) Paul Vat. 46*” と附記してゐるが、この Vat 46 の *actio de usu fructu* は上記勅令の対人訴訟を指す文脈になる。そして、用益権保護一般に関するノロンの叙述の中では、*actio de usufructu* を対物訴訟に限定する記述はない。なお、後続する V 固有箇所 (上記 (a) 末尾参照) には少くも対人訴訟が含まれている (Beseler

は対人訴訟のみで欠落補充している(次註末尾)。なお D. 7, 3, 1, 4 における *actio de u. f.* を対人訴訟とする(エネキにつき註 23 末尾)。

(29) この欠落部分は、他の場合と異り D に対応部分が全く存在せぬため、その補充は全く推測によらざるをえず、Wieacker Textst. n. 43 はキトセン(本文: [silicet si Titio usum fructum — testamento] vel par fideicommissum lego) を最善とする。なお Beseler infra (次註) にみれば、[nam si cui usumfructum per damnationem] vel per —— (前註末尾参照)。

(30) “*tuitio praetoris*” D と同じでこの言葉で欠落(本断片原テキスト第四行)を補充するのは(後続の風州用益権保護は風州長官告示によるから)正しくないが、とにかくウルピアヌスは、この場所で市民法上の設定によるものに限られる旨を述べたに止ると考えられる。Beseler Beitr. 4, 84; Wolff, in Festschr. Schulz 2, 171 n. 1 (「マヤヤン同様」(necne)); Arangio, Iur. (11 ed) 246 n. 1; Grosso Usufrutto 363 n. 2; Wieacker 287 n. 43. D だけを「法務官の保護」の *ita* は風州とイタリヤとの區別消滅(次註)により可能となった(Grosso 370)。なお保護(*tuitio*)の語は、三八〇年以降の東帝国の勅令の用語といわれ、(Wolff l. c.; Wieacker l. c.)。

(31) 上納地 (*fundus stipendiarius*, 元老院管轄風州)・貢納地 (*f. tributarius* 元首管轄風州) の訳語は、末松沢ガイウス (*ad* Gai. 2, 14 a)・船田三三四五によつてよく。風州における用益権設定方法たる合意 (*pactio*: Gai. 2, 31) は用益権と同内容の物権関係を生ずる(原田二三〇、船田四九六註六、Kunkel PR 148 n. 5; Grosso 355. Contra: Beseler l. c. (物権関係を生ずるのは後出の永借地の場合と同様の *traditio rei utendi fructus causa*); Solazzi, Iura, 5, 126)。*マオクマ* マヌス帝が *tributum* を全イタリヤに及びし(一九二二年、Aur. Vict. 39, 31; Ruggini, *Economia e società nell' Italia Annoveria* (1961) 36) 風州とイタリヤ (*fundus Italicus*) との區別は理由を失う、マヌス帝に至り形式上も消滅した (*Bonfante, Corso* II, 1, 236)。本断片以外でも風州の區別のマヌス帝による削除を示す二重伝承としては *Vat. 283=C. 8, 54, 2 (Bretonne, Nozione romana di usufrutto (1962) 221 n. 64)*。D では削除部分の代りに「引渡されたものを」[*traditus quoque*]となつてゐる。マヌス帝法における用益権(一般に役権)の無方式設定の一般的承認を示す (*Kaser PR II, 221 n. 22*)。なお、次註末尾。

(32) 本断片原テキスト第五行の欠落補充につき Beseler Beitr. 3, 170 によれば、上納地(残存部分)に続いて貢納地 (*vel tributatio*) で埋めるのはよいが、さらに後続部分をモムゼンのように D と同じに埋めると、略記号によるも六三字になるから(断片各行平均字数は五〇—六〇::註 4)、最後の部分たる地上物 (*in superficie*) は補充せざるを好む。Wieacker Textst. 287 n. 44。

地上物が用益権設定対象としての *in re* になつてしまふからという理由を加えて、*ip.* とする（但し、物権性については、地上物 (Kaser PR 383 n. 16; 小菅・国家七一巻三〇頁註四一) と永借地 (ち) 邦の Kaser PR 382 n. 8; Wieracker, Labeo 10 (1960) 242 s.) との間に差を認める意味ではなからう)。なお、訳文では Grosso 370 の補充 (*licet — (vel superficis?) non sit iure constitus*) を加味してある。永借地・地上物への用益権設定方法は引渡に準ずる（一例として D. 7, 6, 3 の解釈にち) 邦 (Grosso 373)。風州での設定方法（前註）も含めて、一般に古典期イタリヤの土地で無方式設定による用益権が法務官法上の保護をえていたかについては、原則として否定される (Kunkel PR 148 n. 6; Kaser PR II, 218 n. 27; Grosso 363, 374, Schulz CI. RL 387; Bretonne L. c.; 船田 II 四九八註八・一一。但し、原田 一三〇(3))。

(33) D ではユリアヌス引用が全く削除され、その代りに（後続部分：D § 2）用益権遺贈の設例が、*restitutio usufructus*（後続本文における「私」は信託遺贈受遺者。「返す」(*restituere*) は信託遺贈の用語；Heumann-Seckel s. h. v.) を伴う土地遺贈におきかえられた結果、頭格減少の無害性の原理しか保存されていないという深刻な変更が生じている (Wieracker 287 n. 45)。

(34) 文章の構文は *Usque adeo autem —, ut —*（直訳として「千賀訳二八三註」)。Schulz Sabinus-Fragmente 54 n. 30 によれば、ウルピアヌスがサビヌスのテクストをさらに論理的首尾を一貫させるかたむで承認する文句である。Wieracker 287 は、この表現自体はガイウスの特徴をもつという。

(35) ⁴ *quotiensque capite minutus erit. (ei lego)*”

(36) *“(usufructus) repetitus”* 用益権遺贈の *repetitio* について Voci op. cit. 312 n. 231. 一般に再遺贈 (*repetitio legatu*) について Voci 247 ss.

(37) D では完全に削除され、V では補充不可能（——*iorum ante aditam hereditatem*——)。cf. Wieracker 287 n. 46.

(38) 後続部分は添加の問題が関係してくるので、註におとして訳出し解説は当該章（註 2 章名一覽）に廻す。ち) 邦の後続する用益権消滅諸原因の叙述は訳出を省略する。Lenel 2554-2555 問の連関にち) 邦 Schulz, Sabinus-Fragmente 73 s.

(D § 1) 「頭格減少により用益権が失われた後に生ずるこの再設定は、添加権をも無傷のまま持つかが問題となる。例えば甲と乙とに用益権が遺贈され、甲が頭格減少することあるときのために同人に用益権を遺贈したというときには、甲が再設定により用益権を持つとすれば彼らの間に添加権が無傷のまま存在するのかが問題になった。Papinianus がその質疑録第一七巻で書いているのは、第三者が甲に代つて用益権について補充された場合と同様に、無傷のままであり、そのわけは、彼らは、言葉によらずとも実

質により結合されていると認められるからである。hos enim tamen non verbis, re tamen coniunctos videri. と。(§2) 同じく Papinianus は、甲および乙に用益権が遺贈され、用益権再設定において全部 totus とはなく一部 pars を甲に再遺贈せるとき両人は結合者 coniuncti と観せられるか否かを問ひ、もし甲が失うなら全部が仲間 socius に添加し、もし乙が失ったとすれば、全部が添加するのではなくて、一部は彼に一部は所有者に戻る、と言う。この意見は正しい。或者が用益権を失い再得する瞬間に、用益権に基づく何かが彼自身にも添加するとはいえないからである。用益権を失った者に、失ったものに基づく何かが添加することはないというのが我々の考えである。(§3) 死亡によっても用益権が失われることは疑いない。収益する権利は、何であれ身体に附着しているものと同様に死亡により消滅するからである。」

2552 (D. 7, 4, 5 pr) 「死亡を別とすれば、どんな理由により失われた用益権も再遺贈できる……」2553 (C. 3, 33, 17 pr.; D eod 5 §1), 2554 (D eod. 5, §2/3), 2555 (D. eod. 8; 10), 2556 (D. eod. 12) : 物の変更 (mutatio rei) による消滅。

2557 (D. eod. 29) : 不使田 (non usus) による消滅。

(39) Wieacker, Textst. 285 s. 本文に訳出紹介するこの叙述は、文献指示 (l. c. n. 34 : 主として Buckland, Conception of usufruct in classical law, LQR 43 (1927) 326 ss.; Grosso Usufrutto cit.) 以外には註が殆んどないので、適宜、私なりに注を加えた。

(40) ヴィアツカフが、ユリアヌスにおける取得期日接近延期の基礎として、収益の現実性 (das faktische frui posse) をそれ自体として取上げている(さらに、ユリアヌスにおける用益権概念の構成要素の一つを高めて見るようにみえる : 後出註44) ことには、新しきがあるように思われる。Var 59, 60 における収益の現実性への注目は、少くも Buckland, LQR 43 (前註) 以来存在するが、前記のような意味で取上げられたことはないかと思われる。

(a) ハックランドは、ユ帝法では役権に属する用益権が古典期には地役権とは無関係だったことを用益権概念研究(問題点のキ註21)の出発点として、Pampaloni BIDR 22 (1910) (未完) の pars domini 説を知り、Riccobono の説 (cf. Zanzucchi SZ 30 (1909) 509 ss) —— 用益権は果実收取権であつて (Bretonne 5 n. 15 はカンパニア説(註12)の先駆と評価する) 物自体としての権利ではない(伝承される定義(後述)の salva rerum substantia の部分を「物との法的関係なき権利 diritto a se indipendente da qualsiasi relazione con la cosa」と翻譯する (Buckland 332 n. 6. など) のちの改説では本註では立入らぬ) —— をまず受入れるのではあるが、この用益権概念に結合しているもう一つの面たる扶養目的(後出註41)については、例えば、扶養目的が重要ならば、住居権 (habitatio : 原田一三六) 同様、用益権も頭格減少による消滅を免れてよいであらう (333 n. 7) として

a more fundamental basis for most of these rules (l. c.) が求められ (cf. Kaser Fchr. Koschaker I 461 n. 99) 用益権の特則を示す諸準則が用益権論争にみだつたツブチカノ断片からならん探せば、その登場をせめられるのが「問題の法文： Quamquam enim usufructus ex fruendo consistit id est facto aliquo eius qui fruitor vel utitur, tamen ei semel cedit dies (Vat 59=D 7, 3, 1 p.); Tunc constituitur usufructus cum quis iam frui potest (Vat 60=D. eod. 1, 2); Usus fructus cotidie constituitur et legatur, non, ut proprietatis, eo solo tempore quo vindicatur (Vat. 77=D. 7, 2, 1, 3.)」である (Buckl. 334 nn. 8, 9, 1; et 337 nn. 2, 3, 4)。²⁾ これらの法文(なお、第三番目の法文の説明は Vat. 77 の場所に廻す)は「差当り」享受の事実とあいて存在するという当初の用益権概念を示すものではあるが (Text-book 268 n. 13; 352 n. 14) 結局は「既述の a more fundamental basis の文脈のもとに扱われており、それは即ち、権利者の身体との直接的関係、その意味での物との無関係 (immaterial, non-physical conception : 337) の強調である (この種の扱ひ方は簡単ながら Desserteaux II (註 26) 341 n. 1 にあり、Vat 60 を Vat 55 (註 2) に一括引用しつゝ)」。即ち次のように述べつゝ (336) :

「用益権は、物理的物体とは何ら法的関係をもたぬ単なる権利 *merum ius* であり、この点において、本質上土地に附着した地役権と異なる。この概念からどんな帰結が生ずるかを言うのが法律家たちだった。およそ権利は「いわば、空中に浮いたままではない。用益権が物理的物体と関係がないならば、権利として直接に附着する身体 (*persona* = human being) との関係をもっていないわけにはいかない。物理的物体と附着点を持つてゐる所有権や地役権 (これは用益権同様 *ius* ではあるが) とは別の仕方を用益権は人格に附着せしめられている。《人に属し土地に属せず》 (*Personae non praedit est : D. 7, 1, 32*)。……或る人に彼の権利として関係づけられるまでは権利は全然存在するに至らぬという事実によつてこそ、まさに次の諸準則は説明がつくのである。即ち、始期附用益権遺贈は始期到来までは接近 (*cede*) しないという全く例外的な準則 (D. 7, 3, 1, 3)。同様に「用益権は頭格減少で終了しはするが、取得期日が接近する以前に——史料の言葉を借りるならば権利が設定され (*constituitur*) 今日から始まる (*hodie enim incipit*) 以前に生じた頭格減少によつては影響をされないという準則 (Vat 60, 62)。だからますます注目すべきことなのだが、債権的 (*per damnationem*) 遺贈の場合に用益権を請求する権利——訴訟 (*actio*)——は取得期日接近後には頭格減少により破壊されてしまふのであつて、ここでの問題点は、その瞬間〔「取得期日接近」から、権利、勿論用益権ではなくてそれを設定させるための訴求可能な権利、それを権利者に関係づけるに十分な訴求可能権、が存在するという点にあること明らかである (Vat. 61)〕。この点については争なかつたと見え (*constat*)、他のテキストでパウルスは、この訴権 *actio* は「不使用の

場合を除いて、用益権を破壊すると同じ出来事により失われると述べている (Vat. 46)。だから、問題点は、権利「用益権」の完全性にあるのではなく、用益権がその時その場で附着せしめらるべき人間の存在にあるのである。取得期日の接近以前の頭格減少によって用益権は影響されないというこの事実によってこそ、用益権再設定 *repetitio* 即ち、頭格減少により効力を生ずべき連続的用益権の承認 (Vat. 64) が可能になるのだ、ということがわかるだろう。同一の原理に基づいているのが、始期以前に訴えた場合、訴訟は失われるが権利は然らず *nil facit* (D. 7, 3, 1, 4 [本稿註23]) ということである。」(なお、統べてハックランドは、*quis iam fuit potest* (Vat 60) と *ex fruendo consistit, id est facto aliquo eius qui fruiur et utitur* (Vat 59) とは異なる見解といえること、後者によれば——文章に gloss 的な瑕疵はあるが Vat 77 (前出) と併せれば——*there is no usufruct till it is actually enjoyed* であることと指摘してをり、問題は *actual enjoyment* を離れているようにみえる。)

(b) カンザフ (Kaser, Fehr, Koschaker I 460-461) も Vat. 59, 60 をハックランドの枠内で大要次のように扱う：「用益権が実際にハックランドのいうように物から独立して切離されたものとして観念されていたとは信じ難い。この見方は、用益権をもたらした初期の法学的段階には期待しえぬ抽象力を前提にしている。「但しカンザフの改説につき註12」。加うるに、用益権は当初から対物訴権により保護されたのであり、……一定の目的物をもたねばならない。この目的物は、——この点ではリッホボオンやハックランドに従うが——果実を産出する物ではなくて、果実自体であった [Eigentum an den stehenden und sich stets erneuernden Früchten: 註12]。権利者の身体への結合とそこから生ずる諸準則は、この果実所有権の法的構成と両立しうるものである。……権利を人へ結びつけることは古典期の間さらに強化された。というのは、かつての法的構成「相対的所有権」註12」が捨てられたのには、今や果実上の権利から切離された用益権は、ハックランドがいうように、空中に浮いてしまう恐れがあったからである。Vat. 59, 60, 77 及び、こうした法的構成上の変化が主としてユリファヌスによりなされたことを明示している。」

(c) グロマン (Usufrutto 345 s. Legati 288 s., St. Betti I, 533) の叙述の仕方を私なりに整理してみると、取得期日接近が延期される説明に当って、まず Vat 60 の表現通り用益 (*uti frui*) がその現実性 (*actualità*) の面で捉えられるのであるが、同時にその属人性 (*personalità*) による限時性 (*temporaneità*) の面でも叙述する叙述と「体をなす」こと (*personale uti frui; facultà attuale di godimento delle utilità che la cosa offre per il tempo in cui esso* (Usufrutto) *dura: Usufrutto 346, Legati 289 n. 3)*、むしろこの「属性が説明の主体の感がある (取得期日接近の一回性の叙述におよぶも同様) : 註12前段)。そして、総括的には「この両原理の現われとしての非相続性に、取得期日延期の理由を求めている (Legati 290 n. 6)。この点は、本法文 (Vat 60) が、

用益権自体の問題としてというよりも、取得期日接近についての例外的諸場合(註11)の一つとしての観点から取上げられるときは、特にそうなる。例えば Voci (Dir. ered. cit. 311 n. 229 ; 371 n. 11) は「取得期日接近制度の前提たる遺贈上の権利の相続可能性が用益権では欠如することを指摘し、法源として本法文 (Ulp. Vat 60=D. 7, 3, 1, 2) を Ulp. 15 ad Sab. D. 36, 2, 2 ; id. 5 disp. D. eod. 3 (Nan, cum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem eius cedere dixerit) を一括して引用する。バックランドも概説書的な Text-book 344 n. 3 では同じ叙述・引用の仕方である(但し註の中で「非相続性は取得期日接近のずれの説明にはならぬと明記してゐる: 既述(2)参照」)。

なお、右の二属性の抽出は「用益権一般の説明の一つの型になつてゐるように思われる。例えば Kunkel PR. 145: 「用益権は、たいていは扶養のための終意処分だから、地役権とは全く違つて、本来、権利者の Person に密接に結びつけられてゐる。とりわけ、遅くとも彼の死とともに消滅するこの絶対的な時間限定によつてのみ、その存続中は物の用益を所有者から奪ひ実質を保存するのみに止る用益権 (Paul. ad Virell. D. 7, 1, 1: Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia) は所有者にとって我慢できるものなのである。」(同註: Kaser PR. 376 m. 3, 4)° Voci Dir. ered. I, Parte generale (1960) 202 n. 17 は用益権の非相続性の基礎として属人性 (personalità) — D. 7, 4, 3, 3 [本稿註 8]: personae cohaeret — と「限時性 (temporaneità) — Gai. D. 7, 1, 3, 2; 56: proprietas inutilis semper adscendente usufructu — をあげてゐる。Arangio Ist (11 ed) 239 では、右の二原理のほか、さらに第三の原理として物の経済的用途の変更禁止(本稿では Vat. 70-72 の場所を扱ふ)をあげてゐるが、これは「通常の概説書では用益権の内容の問題として別個に扱われてゐる。Bonfante Corso III (1933) は未見。」(41) “Angehörige alieni iuris.” 「他権者の」という限定(次註参照)を附された本表現は「時代の点を別とすれば、「用益権は、前三世紀に農業経済からの転向よりも恐らくはまだ前に、相続資格ある家族 (erberechtigte Familienangehörige) 例えは寡婦や未婚女性の扶養を可能ならしむるため登場し、彼らは相続排除されたのにも用益権遺贈を与えられた」(Kaser, Studienbuch, 2 Aufl. 112. なお本註末尾参照) という場合に相当しよう。但し、用益権遺贈によつて扶養される受遺者の一般的な表現は「自由婚が含まれるか、 nahe Angehörige (Kaser in Labo 9 (1963) 366) となる: Wesener, RE 9 A 1 (1961) 1139 (「起源は、近親者 (nahe Angehörige) 例えは自由婚の寡婦や未婚の家族を、但し男系から財産を永久的に奪はずに、扶養する必要」 船田 II 五〇五同註) ; Rabell Grz 83 (einzelne Familienmitglieder) など、一般の叙述では用益権遺贈発生期は、古く家組織の弛緩、自由婚・解放・家父権免除の増加により家団体に属せず孤立する個人が恒常的に膨れ上る時期に求められる (Wesener I. c.; Grosso

Usufructo 14 ; noch Kaser EB 306) から、*Kaser Studienbuch* はこれと異なる (Kaser PR 376 注中間的)。

- (42) 家の所属の変更が、用益権喪失の場合以外にも法制度形成の原因となった場合として、いわゆる自由婚 (Kaser, Ehe und conventio in manum, Iura 1 (1950), 94 ss.) や、夫婦間贈与禁止 (Kaser PR 283 n. 11 ; 小普・北法十四卷三・四号二三〇頁註八) などがある。但し、既に古典期に始まる家の衰退により、ユリウス法では、頭格小減 (c. d. minima) はもはや用益権喪失原因ならぬ (Kaser PR II 221 n. 26)。

家の変更の具体的諸場合としては、家の変更のみに関する頭格小減 (c. d. minima) の場合を考察すればよく (例えば Desserteaux II (註28)339 ss. は用益権喪失を頭格小減で扱う)。また、古典期の頭格減少制度のうち実際重要なもの、頭格小減である (Arangio, Ist. 241 ; Kaser infra 56, 89)。以下、Kaser, Zur Geschichte der capitis deminitio, Iura 3 (1952), 48 ss. (本註では人名 Kaser のみで引用。本論文につき、参照・吉野・古代ローマにおける家族態容の変化の一過程として (勝本選記・現代私法の諸問題下、所収) 附所、とくに註五五) に従って、広く頭格減少制度の発展の中で、頭格小減の諸場合を位置づけておく。まず、本制度の起源は、この表現の当初の意味が、団体が個人か、いずれに直接関係したにせよ (学説史につき原田 (国家四三卷一号) / 船田 (とくに註28) / なお、その後の説として Kaser 59 ss. 63 ss. (PR 235 n. 9) は新たに個人の死刑類似状況、即ち、外国への売却 (trans Tiberim) および「水火の禁」(後出) を主張し、Konhard, Postliminium in republikanischer Zeit, SD 19 (1953) 20 はニムフェナル以来のケンスス上の抹消に帰する) 集団的思考の社会では実質的差異はなく、即ち、個人の所属団体構成員資格の喪失である (Kaser 61, cf. Mayer-Maly, Kleiner Pauly, s. v. : Capitis deminitio)。問題となる団体は、市民団 (civitas) と家庭 (familia) との二群に分けられる。

(a) 歴史的にまず問題になるのは、市民団の構成員資格たる市民権 (= 自由 (civitas libertasque) の喪失の場合である (少くも古く時期における市民権と自由との一体性につき Kaser 72 ss. (同) (74 n. 122) ; PR 235. なる Desserteaux I (1909) は未見の学説史につき弓削・ローマ市民権と自由 (谷和雄編・西洋都市の発達・昭四〇所収) 七頁以下)。但し、この一体性を一般的に否定する主張もある (Levy, Civitas und Libertas, SZ 78 (1961), 146 ss. 及び Magdelain, Rc. de Crifó, Recherche sull'lexum, in SD 28 (1962), 469)。その根拠となる諸現象は、頭格中減 (c. d. media) の主要例たる水火の禁 (aqua et igni interdictio, 田中 (註26) 八八六頁以下、船田 I 三六九註六、II 一一二、弓削一八頁以下、問題点を尽くした簡明な説明として Mayer-Maly, Kleiner Pauly, s. v. Aquae et igni interdictio. なる Levy op. cit. 150 n. 30) / ローマ法上のラティニ人 (Latini Iuniani 原田五三二―五四) /

アエリフ・センチア法上の被解放者 (libertini e lege Aelia et Sentia. 原田同所) などである。この種の現象を、古典古代における「自由と市民権 (共同体成員権) との本来の原則的関連」と調和させる試みとして、弓削前掲論文、とくに一九頁: 「ティヌリウス帝の時代: ……水火の禁によって剝奪されたローマ市民権は支配共同体成員権であり、従ってこの場合は、都市国家 (共同体) 市民権の喪失にも拘らず自由が保持されている例、としての機能を持たない」。

(b) 次に、頭格小減 (c. d. minima. 家からの排出のみ) の諸場合を従来の頭格減少制度 (前記の死刑類似の市民団からの排出) に含ましめる架橋となったのは、これと共通点の多い奴隷類似状態 (in mancipio. 原田五五) への売却 (Kaser 76 ss; PR 235) その中でもまず、刑罰的性質の濃い加害者委付 (noxae datio) である。これに続くこの種の行為は、神官が十二表法以後創出した合成行為: emancipatio, adoptio, remanipatio (小菅・北法一五卷四号八〇頁註七三) ⑧ —— なお本稿には関係ないが、この機会に同註の誤りの訂正をしておくと、同註(1)に列挙された acceptatio は Vollzugsmancipium (参照・吉野・社会科学研究七卷一号六八、七六) との混同。また同註(2)に引用した Gai 2, 104 (mancipatio familiae の方式) は Baviera 版 (FIRA II) のため不正確 (参照・吉野前掲七四頁註五三)。——であり、これらの諸行為は想像上ながら奴隷化せしめる点 (in imaginariam servilem causam: Paul D. 4, 5, 3, 1) を共通にする (なお家女の coemptio につき Kaser 77 l. 1)。⁴³⁾ このようにして、頭格減少が当初の即物的意味 (死刑類似の市民権 || 自由の喪失) から解放された法技術的概念となったのと同じように、adrogatio および自権女の coemptio (奴隷類似状態を伴わぬ: Gai. 1, 123 小菅前掲註の(2)) が含まれるに至った。……なお、以上のカプザアの説明は Desserteaux I (1909) cit. (未見) cf. H. Krüger, SZ 49, 541 ss.) とその程度異なるのが不明であるが、私の気づいた点としては、Desserteaux II (註 8) ; H. Krüger loc. cit.; Momier Manuel 312 n. 3 (cf. Kaser 88 n. 159) にみれば、頭格減少の効果とされるものは、当該場合をかりに頭格減少に含まずとも一般原理の問題として生じてくる (例えば用益権喪失は用益権の非移転性 (註 12 前段、註 40 末尾) によることであって、頭格減少固有の効果なるものは存在しない: Desserteaux II 339 n. 1; また Gai. 3, 153 (組合) につき 386 n. 3) とするのに対して、カーザーは、ローマ法における概念の評価 (流動性) の見地から、これに全面的に賛成はしていない。

(43) Regula Catoniana. (a) 内容 M. Porcius Cato Licinianus (前一五二年死亡) 小菅・北法一五卷四号七〇註八) の作として次の擬制のかたちで伝承されている: 「かりに遺言作成時に遺言者が死んだとすれば無効であろうような遺贈は、遺言者がいつ死なうと効力なし」 (Cels. D. 34, 7, 1 pr: Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile

foret, id legatum quancumque decesserit, non valere) 遺贈無効の判断時点が遺言作成時におかれ、その後の無効事情の消滅も無効を治癒せしめぬとの意味である (Kaser PR 627; 船田Ⅳ三五四)。実際に伝えられている例は、受遺者自身の物、あるいは現に建物に結合されている材料が遺贈された場合であり、遺言作成後に、それぞれ、物が受遺者の手を離れ、あるいは材料が建物から分離されても、遺贈は無効である (Ulp 21 ad Sab. D. 30, 41, 2; Biondi, Successione testamentaria e donazioni (2, ed. 1955) 413, n. 2; Scherillo, in *Novissimo Digesto Ital.* III, 28) ④起源。本準則がとくに遺贈について成立した事情を遺言との対比においてみると、遺言(相続人指定が中心)の瑕疵(方式や遺言能力)は遺言作成行為自体に附随する(また、相続能力については明確な原則が確立している: 原田三五四)から瑕疵の治癒が考えられる余地はなかった(遺言効力の判断時点については、遺言作成時の重要性は極めて明確: Flor, D. 28, 5, 50, 1: id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constituerit instituto, et mortis testatoris, ut effectum habeat. Grosso Legati 300 n. 3; Kaser PR 575)。これに対し、⑤遺贈については、その基たる遺言の有効性が独立していること、遺贈の目的(前記例参照)、受遺者(例えば、相続人の権力服従者への遺贈の場合につき、準則によるサビヌスとこれを無視するセルウィウスの論争: Gal, 2, 24)につき多様な問題が生じ、遺贈の有効要件の判断時点は遺言者死亡(ないし相続承認)時ではないかとの疑問が発生したと考えられ、これに対して共和政期法学は、本準則により判断時点を確定した(Biondi 414; Scherillo 28; Grosso 303)。⑥次に、何故、判断時点が遺言作成時に置かれたかについては、本準則の発生時期は、家産購買(mancipatio familiae)の銅衡式遺言(testamentum per aes et libram。参照: 小菅・北法一五卷四号七四頁註三九)がまた、家産購買人(familiae emptor)への真実の、撤回不可の売却(遺贈は家産購買人への依頼のかたちをとる。物権的遺贈において目的物が遺言作成時に遺言者に属すべきこと(原田三六三))もここに由来する(Grosso Legati 300)だった時期に遡るからである: 船田Ⅳ三五五、Scherillo, l. c.; Kaser PR 627 n. 2- contra Kunkel 353 n. 6; Voci, *Dir. ereditario rom.* II (1963) 1000 n. 17 (cf. Kreller SZ 58 (1938) 334, など)。本準則は、生前行為をめぐって治癒を排除する一般原則(Paul D. 50, 17, 29: quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere; Iav. D. 50, 17, 201: omnia quae ex testamento profisciscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint)。⑦遺贈分野における適用とどう説明がなされる(Biondi, Scherillo)が、本準則の発生経過は、個別の場合(前記 Ulp. D. 30, 41, 2)からである(Grosso Legati 302 n. 6)。⑧適用範囲。古典期には本準則は、遺贈取得期日接近が例外的になる場合(註11)には適用されなう。Lambert, *La règle Canonienne* (1925); Kreller SZ 47, 436は未見。

説

(44) 遺贈の効力（諸構成要素の同時存在）の判断時点の劃一的明定（前註(41)）のことだと思われる。

(45) 原文は“vindicatio.”註21・28参照。

(46) 二重伝承のうちDを基本とする Lenel Pal.（およびこれに従う Schulz：註25）の分析でも Vat 61-63 が D. (7, 4) 1 (マハネの番号：Ulp. 2550) に属するものと同一一括され、D. eod. 3 (Ulp. 2551) に属する Vat 64 と同格に並べられるので、本文所述の連関を見るのに不便である。

(47) つまり、週期的遺贈 (Vat 63) を論理的前提として再遺贈ないし用益権再設定 (Vat 64, repetitio：註36および後述本文) が可能になるのであるが、前註に引用の分析はこの点を見るのにも便利でない。これ以外にも、一般に、頭格減少による用益権消滅の回避方法として両者が並列されている (Desserteaux II (註8) 339 s.; e. g. Yocci, Dir. ered. II 312)。Buckland, Text-book 272 nn. 14, 15 では両者の順序が逆にさえなっている（但し、前註の問題点については欠陥はなす参照・註40(a)）

(48) “Kautelarjurisprudenz.” 参照・原田一四、小菅・北法一五卷四号八〇頁註六四。

(49) “juristische Sekunde.” 実際上単一現象たる頭格減少のなかに論理的に時間経過を想定し、これを用益権喪失の側面と遺贈権利発生日の側面とに分解する思考。詳しくは Vat. 75 の場所を扱う。

(50) さらに引用を続けると：「これは次のような思考の特徴を示すものである。即ち、古典法律家の、演繹的推論の中で直線的にというよりは問題圏の中で循環的 *zirkulär* に進んで行く——古代の諸々の精神的創造活動におけると同様な——思考。つまり、専門家間の（今日でもなお棋士、専門政策家、その他のエキスパート間におけるような）討論であるために論理的順序を既知のものとして正面に出さずまた跳び越えさせもする、時には二重の観点をもって *doppelsträngig* 進んで行く、最後に自分の出発点に戻ってくる、という思考。古典法律家の思考のこういう特質は、ヴァチカノ断片の文脈の中でこそ初めて見えてくるものなのである。学説集の中では、問題連関 *Problemsammenhänge* は技卒、引用文削除、学校の演繹的組直しを通じてしばしば切裂かれ、至る処でわからなくなってしまうからである。ユ帝以前のテキストのもつ価値としては、上記の特質が決定的である。」
 ヴィアマッカアは右の特色を問題的思考 (*Problemdenken*) と呼んでいる。その詳細は、Schulz, *Prinzipien des röm. Rechts* 1934; Viehweg, *Topik u. Jurisprudenz* 1963 の学説史 (およびはドイツ人研究者の問題意識) の背景の中で、また、ロオヤ法の特色全体の中で位置づけるのが適当と思われるので、本稿では立入らない（さしあたり註8）。本稿ではその種の研究のための材料としてのヴァチカノ断片（とくに註9(c)の点）の紹介を目的とする。