



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	法学史上の古代末（「死後贈与」前史からの管見）（一）
Author(s)	小菅, 芳太郎; KOSUGE, Yoshitaro
Citation	北大法学論集, 41(5-6), 123-142
Issue Date	1991-10-31
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16797">https://hdl.handle.net/2115/16797</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(5-6)_p123-142.pdf



## 法学史上の古代末（「死後贈与」前史からの管見）（一）

小 菅 芳太郎

一（序） 中世初期の法形成の基礎になる後古典期の法形成は既に古典晩期にその萌芽を有するものが多いが、のちにボロニア注釈学派でユスチニアヌス帝法の遺言制度が再履修され実務へ浸透し始める以前の意思（任意）相続法を専ら支配していた「死後贈与 donatio post obitum」（類似諸制度の総称）<sup>①</sup>もその例に洩れない。既に古典時代に始る相続人指定（包括承継）制度と個別承継的財産処分との、死因出捐と無償生前出捐との、死因贈与（donatio mortis causa）と終意処分（遺贈 legatum、信託遺贈 fideicommissum）との接近<sup>②</sup>、而して後古典期におけるその溶融<sup>③</sup>の中に準備されたものが「死後贈与」である。ところで、その前史を贈与の側から考察するときは、系譜上の出発点たる死因贈与のみ

ならず、相統的機能を併有せしめられるに至った通常の（生前）贈与の考察が先ず必要になる。蓋し、当初の死因贈与は《目前の危険》なる特定事態に対処するためのもので相統機能からは程遠かつたし、ユリアヌス以降承認された一般的な死の到来に備える《死すべきものなることのみ考える》型のも<sup>①</sup>と雖も、コンスタンチヌス帝の立法以後は唯一問題たりうる引渡による死因贈与についてこれを遺言（遺贈・信託遺贈）に比べるなら、贈与者には生存中当該財産所持の余地はなかつたのであり、死因贈与を以て「死後贈与」に合流する系譜の主流と見るときは此処に難点が存在するからである<sup>②</sup>。この難所克服に好都合な場、即ち贈与実現に必要な引渡し行為を名目的たらしめうる場としては家族領域が考えられ、事実、古典晚期から後古典期にかけての第三世紀法源にみる限りは、終意処分を機能上専ら補充していたのは死因贈与ではなくて家族内での通常の贈与、とくに「家子（に対する家父の）贈与」（*donatio filiofamilias*）であつた<sup>③</sup>。然るに贈与の機能転換（偶然的出捐から死後財産処分へ）、したがってまた其の構造転換（遺言に同化）の揺籃となつたこの家族領域には、「家子贈与」の無効が、さらに夫婦間贈与（*donatio inter virum et uxorem*）の禁止（無効）もまた、それらの古来からの慣用、また無効理由（社会的背景）の変化ないし消滅にも拘らず古典法制上厳然と立ちはだかつてをり、この無効原則の緩和のための法的構成作業は古典晚期以降第三世紀法学にとり猶一個の課題であつた。かくて無効な家子贈与・夫婦間贈与の有効化…「贈与を固める *confirmatio donationis*」作業が、先ず夫婦間贈与の領域から始まり、遂に家子贈与に及ぶことになる。

二（宣示による夫婦間贈与の固め） 夫婦間贈与無効の本来の理由たる自由婚（権力婚衰退）下の両家間の「財産移動排斥原理」は早くから無意味化し所謂「倫理的原理」と交替していたことは、夫婦間無遺言相統法の不備による遺言習俗、就中、無効贈与を遺言により遺贈（または信託遺贈）として固め（有効化する）る慣行<sup>④</sup>がこれを示している。夫婦間の死因贈与もその間の遺言習俗と背景は同じなる以上、贈与禁止に対する諸例外の徐々なる承認過程においてこれまた

その一つになった。例外許容過程を法的構成の面から見れば、これは贈与判定基準として定着していた「貧化・富化」(pauperior-locupletior) 定式の解釈の問題であつて、この点が伝承されている事例として「奴隸解放のための贈与」についてみると、夫の奴隸讓渡に依つて妻により実行される握取行為の効力はその奴隸解放着手までは停止されてをり、次いで妻が恰も非権限者による他人の奴隸の解放の如くにこれに着手すると、其の瞬間に握取行為による奴隸所有権取得効果が妻に生ずるが其の解放行為自体の故に同じく瞬時にその所有権を失う。したがつて当該行為は、妻側の「富化」の構成要件を充たさぬがゆえに贈与には該当せず、有効である。握取行為の効果「停止」なる解釈は、贈与は法上不存在なのではなくて存在してをり但しその効果が未発生なのだとの觀念を生ぜしめ、この効果「不確定」觀念に媒介されて夫婦間の死因贈与（生存者間行為）も例外的承認の仲間入りをしたのである。夫婦間贈与禁止に対する諸例外が積重ねられたのち、二〇六年その最終緩和策として皇帝は元老院決定を求めて、贈与者がその意思を変更・撤回せずに受贈者より先に死ぬときは後者は贈物を最終的に保持し得る旨を宣示した。ところでこの宣示は、他の立法の場合同様その目的・大綱を示すに止まり、無効贈与を「固める confirmatio」（有効化する）際の既存制度への整合・組入れの作業自体はこれをロオマ法曹に委ねたから、彼らの法的構成如何が（その伝承の不明瞭と相俟ち）研究者の争ふところとなつた。學說史を大観すると、①贈与説、即ち死因贈与ないし終意贈与に等置される（それが擬制される）。②信託遺贈説、即ち宣示による「固め」は其の出現過程（信託遺贈による確認慣行に接続・上述）からして信託遺贈による「固め」に等置され（それが擬制され）ていたと解する。③言はば意思称揚説とでも言うべき見方は、a: 古典法学の構造の伝統的側面（諸制度の同一機能にも拘らず各制度固有構造の堅持）を重視して、一方、無効（不存在）な贈与の治癒も、他方、既存諸制度の何れか一つ（死因贈与または信託遺贈）への全面的依拠（等置・擬制）もありえなかつたとし、b: 宣示具體化の法技術としては、事情・論点の如何に依拠すべき既存制度も異なり画一的構成はなかつた、即ちその意味

では贈与者の持続的意思に直接に効果が与えられたのだと主張し、ここに晩期古典法学以降の重要な一特色を見出してゐる。<sup>(1)</sup> ロオマ人による法的構成の実相としては第一説・第二説いずれも全面的に誤りなわけではなく、その意味では第三説による従前の法的構成批判の部分 (a) も全面的に正しいわけではないが、後古典期法形成の展望のために必要な法形成の (法外的) 原理の面に注目した点 (b) は適切なものと思われる。

- (1) Kaser Das römische Privatrecht (= RP) II (2. ed. 1975) 469, 476 n. 14; 566 n. 15. カザー(柴田訳)「ローマ私法概説」五二四頁、久保正幡「フランク時代の家産共同体と自由分権の発展」(昭和一一)Ⅱ「西洋法制史研究」所収、一〇頁・四八頁、ミッタイス(世良・広中訳)「ドイツ私法概説」三三一頁。
- (2) Kaser RP II 490 (既に古典法での相続人指定の退行) : 564 n. 4; 467 n. 16, 17 (アウグストス立法上の相続・受遺贈能力 (capacitas) およびファルキティウス法の適用の拡張)。
- (3) Kaser RP II 465 n. 8; 564 in fine. カザー(柴田)前掲箇所 Arch: (註7) 255 : 「かくて既に後古典期の当初に、諸制度 (特にここでは・贈与・死因贈与・終意諸処分) の機能変化の、相互に作用し合ひ遂には構造問題にも反映するに至る変化の、諸予兆が存在する。」
- (4) Ulp. D. 39. 6. 2. «ユリアヌスは、そのデイゲスタ第一七巻において、死因贈与には三種類あり、その一つは、或る者が眼前の危険の脅威に怯えることなく、死すべきことをのみ考え、*sola cogitatione mortalitatis* 贈るときであると云う。他の種類の死因贈与は、或る者が差し迫れる危険 *imminente periculo* に動かされて、直ちに受領者のものたるべしと贈るときに存在すると言ふ。第三の種類の贈与は、或る者が危険に動かされて、但し直ちに受領者のものたるべしとは非ずして死が生じた時点で、<sup>(2)</sup> として贈るときに存在すると言ふ。》船田「ローマ法」四卷四三五頁註二(訳 : 「無常の省察」)、Kaser I 764 n. 6; Wieacker Textstuden Klass. Juristen (1959) 324 n. 241.

Arch: *Evoluzione della donazione nell'epoca postclassica*. in: *Scr. di dir. rom.* II 1981 (1261ss. = RIDA 1958, 395ss.) p. 1268 <sup>(1)</sup> *donatio m. c. cogitatione mortalitatis* (D. 39. 6. 2 (前

掲) : eod. 31. 2; eod. 35. 4) が、即ち死因贈与への相続法原理の拡張が存在してをり、後古典期法学は、之加、遺言同様の自由撤回権の承認により、この進化の最後の一步に到達したにすぎぬ。Kaser II, 564 も「あらゆる終意処分に通な自由撤回性(単なる悔返し)が、死因贈与でも後古典期には確立した点 (PS 3. 7. 2 "paenitentia etiam" は非古典的付加)を以て、死因贈与と終意処分の同化の最たるものとするが、同時に、異説(既に古典期における自由撤回性の存在 : Voci, *Dir. etd. rom.* 2, 463ss.)にも考慮を払ふ(566 n. 13)」。改説に近う(II 463 n. 4)。なお、Kunkel-Jörs RP 325 n. 1 によれば、普通法学以来遺言の自由撤回性の根拠とされる法文は遺言撤回には関係なく(Kunkel/Mayer-Maly RP 4. ed. では対応箇所削除)。

(5) 古典法上カウサ causa たるに止まった(その実現には処分行為 *mancipatio*, *traditio* 又は債務設定・免除行為 *stipulatio*, *acceptatio* を要した) 贈与は、コ帝立法(三三三年)により有体的引渡・証書作成・公簿登録を要式的要件とする物権契約的な行為となり、現物贈与 *Handschenkung* 以外のものは知られず、単なる贈与約束に拘束力はない。Kaser II 395; カーザー(柴田)三七六頁、山田晟(比較法学会篇「贈与の研究」所収)一二五頁以下。なほ、「死後贈与」と並んで問題となる「用益権留保付贈与 *donatio retento usufructu*」は古典法源上は寧ろ少なく(Yaron, *Gifts in contemplation of death in Jewish and Roman Law* (1960) 59)「それが日程に登るのはコ帝立法以後のやうに思われる」。

(6) 差当り、Hübner, *Donationes post obitum* (1888) 17 によれば「死後贈与」は、教会(不死)への贈与の機会に形成されたから、死因贈与の本来の条件(贈与者の先死)は初期に変わっている。解除条件型の場合は別として、停止条件付行為であり、贈与それ自体は実行されているが、停止条件成就までは贈与は存在するに至らず、物件の所有および占有は贈与者のものとある、とされ、Heusler *Gewere* 472 n. 1: 「贈与者は、己れの死後は財は教会に帰すべしとの趣意にて引渡す *tradit*」。彼の死に至るまでは教会はその財と何の関係も無い」が引用されている。同じく中世につき、Vismara, *Storia dei patii successori* (1941) 127: 「用益留保付の通常贈与により生み出される経済的效果は、贈与者が停止条件的且つ撤回不可の死因贈与を用いていたとすれば得られた筈のそれと同じだった。実際、両場合とも、贈与者は自己のために贈与財産の享受 *godimento* (用益 *usufrutto*) の権を保持していたから。」128: 「実際には、用益留保通常贈与と停止条件付かつ撤回不可の死因贈与とは、したがって、容易に混同されざるをえなかった。」

これに対して、ロオマの死因贈与では停止条件付移転型のもので、所持 *detenzione* は、即時に移り、ありうべき撤回

の対象となる(Amelotti, Donatio mortis causa in dir. rom (1953) 16 n. 48 in fine; 28 s.)。[註]r. Simonijs, Donatio mortis causa im klass. röm. Recht(1958) 9; 91 et pass..

(7) Kaser RP II, 396:「贈与の機能(n. 15)としては既に従前そうだった(n. 16)よりも一段と後古典期には贈与を死因諸出捐、即ち、相続人指定および遺贈に近づける人法のおよび家族法的諸動機が登場する(n. 17)。時として諸贈与が終意出捐を先取りする(n. 18)。今やこれに加えて特別に實際上重要になるのが、救済確保のための教会的諸施設または慈善目的への、諸贈与または諸終意出捐である。」

初版には存在しないカアザアの右追加箇所は、専らアルキの研究に依存している、即ち：原註 n. 15 には Archi RIDA 5 (1958) 395ss.(註4)；Donazione (1960)を指示し、同 n. 16 には「家父から家子、父権離脱者、被解放者、家団に留る父権離脱者への贈与」「宣示」による夫婦間贈与の「固め」、死によるキンキウス法除去の準則、一般的な死の予見による死因贈与を挙げ「註 18', 4」同 n. 17 にはアルキに依り全財産贈与の諸法文(Pap. Vat. 263等)を引用し、同 n. 18 には Archi Don. 255 を指示する。アルキの該当箇所は：「実務慣行では、生存中に自己の財産を予め処分するのに遺言よりは寧ろ贈与を用いる傾向が存在し、これは特に家族領域 ambito familiare で活発である。而も注意すべきことに、関係諸法文は何れも死因贈与 donatio mortis causa とは言わない。その念頭にあるのは通常 ordinaria の贈与であつて、この制度には予定されていなかった機能が今や与えられているのである。」

(8) “Vermögenspolitisches Motiv”, “moralisches Prinzip”の呼方は Misera, Die Zeugnisse zum Grund des Schenkungsverbotis unter Ehegatten, in: Festschr. Kaser (1976) 419ss.; 428ss. による。ウルピヌスの伝承(次掲)によれば、新しき後者は D. 24. 1. 32 § 1-3(Kaser I, 331 n. 24)が、旧き前者は D. eod. 32 § 16(Kaser I, c. n. 26)がこれを示す：

Ulp. 33 Sab. D. 24. 1. 32 pr (夫婦間贈与の有様は吾人が先に述べたやうにこのやうなものであつたから、わが皇帝アントニヌス・アウグストゥスはその父神皇セヴェルスの死に先立ちフルウィウス・エミリアヌスとヌンミウス・アルピヌスが執政官の年に元老院で宣示し同院のために発議者になって、法の厳格さの何がしかを緩和する aliquid laxare ex iuris rigore やう決定させた。(一)わが皇帝の贈与固めの宣示は、妻名義で夫により調達されしもの nomine uxoris a viro comparata のみならず夫婦間で為されし諸贈与すべてに関連し、かくて法上当然に物は受贈者のものとなり、債務は市民法上のものとなり[\*]、ファルキデイウス法律の適用をそのありうる場合につき論ずべきことになる。同法律は、贈与された物が恰か

も遺言によつて固められたかの如くに *quasi testamento sit confirmatum quod donatum est* 適用されると余は考ふ。  
 (2) 宣示は曰く「贈与せる者が悔改す *penitentie* は道理 *fas* なれども、相続人がかりそめにも贈与者の最終意思 *voluntas suprema* に反してひつたくる *eripere* は苛酷貪欲 *durum et avarum* なり」(3) 悔改しは最終的なそれ *penitentia suprema* と吾人は解す。したがつて、妻に贈与し次いで悔改し直ちに悔改すを止めたら贈与は有効といふべきであつて、吾人が吟味するのは彼の最終判断だからである。信託遺贈や遺贈につき悪意抗弁の對抗の議論の際にさうするのが常であるのと同じなのであつて、贈与者の意思はその生の最終結末に至るまで行つたり戻つたりするものなのだからである *ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum*》(\*) cf. Pap.-Jlp. D. eod. 23 (後出註19 訳文末尾、註20)

Jlp. D. eod. 32. 16: 《宣示は夫婦のみならず、婚姻の故に贈与を禁止された者までも含む。例へば……。そのやうにパピニアスも解答録第四巻で考へ、書いてある。即ち義父が嫁または婿に贈与し、その後には彼の息または娘が婚姻存続中に生から去つた。贈与の瑕疵は持続してあるが *quamquam vitium donationis perseveret*、義父が贈物に何ら疑問をさしはさまぬなら、彼の死後はその相続人たちに対して宣示の判断が介入すると観ぜられる。蓋し贈与を禁止すると同じ理が利益も亦与えられるやう求めるから。したがつて、この贈与が有効なるためには、パピニアスは、且つは贈与者の息が先に且つは義父がその後意思継続のまま、死ぬことを要求する》

(6) Kaser I, 332 n. 33 (Scaev. D. 32. 33. 1: 次掲) ; Siber (後註6) 104; 108 (訳文末尾); Voci (註4) 2, 303 n. 181; Misera (註21) 287 n. 411, 後出註14 (「確認(= 固め)」)。 名姓 Lauria, II *divieto delle donazioni fra coniugi* (In: St. Albertoni 2 (1937) 511ss. =) Studi e ricordi (1983) 341ss., 370 によれば、セヴェルス帝は二〇六年宣示(後註13)に先立ち、先ず、夫が妻名義で調達せる贈与のみを固める宣示を発してゐた。

Scaev. D. 32. 33. 1 《その妻に一つ一つ名をあげずに *inter cetera* 次のやうに遺贈した。「わが妻に、余が生存中に与へ贈与し又はその使用のために調達せるものは何なりとも、譲られんことを欲す *quidquid vivus dedi donavi usibusue eius comparavi, concedi volo*」余は設問す、遺言作成後に彼女に贈与されしものもまた譲られたと観せらるや」と。彼は解答す、提示されたる右の言葉は将来のためには何(= 何)ことを意味せずと。》

(10) D. 24. 1. 5. 8: Kaser I, 332 n. 29; Archi 205; Misera (註21) 15. 差当り拙稿「法字史における夫婦間贈与(上)」北法一四卷三・四号六一五頁註15。

(11) Ulp. 31 ad Sab D. 24. 1. 7. 8 《某が妻に奴隷を一年以内に解放するやうにと贈与せる場合、妻がその意思に従はねば、神皇マルクスの勅法が奴隷に自由を付与するのは、夫がまだ生存中にか、或いは既に死を迎へてしまつたときもか？ 而してパピニアヌスは曰く、奴隷は自由が付与され始めた時点で受贈者のものになると考へるサピヌスの見解が受け容れられてゐるのだから cum Sabini sit sententia recepta, qui putat tunc fieri servum eius cui donatur, cum coeperit libertas imponi、それ故にまた、妻が指定時期徒過後に解放せんとしてもそれは不可能なのだから、したがって、同勅法には適用の余地なく、また夫の意思によりその余地が生ずるかといへば彼は自分自身の奴隷を解放しうる以上はその意味でも余地はない、と言ふのが正しい、と。このパピニアヌスの見解を余も承認する。蓋し売主であれ贈主であれ約款を課さんと欲しまだ課し得るのは受領者に対してであつて自分自身に対してではない、つまり所有権が自身のものとなほ存する以上は同勅法はおよそその効なかるべし》 Misera (次註) 88.；参照・京大訳(論叢六八巻四号)。拙稿(前註)の本法文要約は誤訳。

参照：Pap. 9 resp. D. 40. 8. 8 《奴隷たちを母が、娘が娘自身の死後は奴隷たちが自由にされるべく配慮するやうにと娘に贈与してゐた：贈与の約款が守られなかつたので、神皇マルクスの勅法の趣旨によれば ex sententia orationis、母の同意のもと奴隷たちは自由を獲得すると余は解答した。娘より以前に母が生から退いたときは勿論。》 Vongris, La lettre et l'esprit de la loi dans la jurisprudence classique et la rhétorique (1968) 158 n. 1；パピニアヌスは弁論術上の ratiocinatio (similitudo) に拠り、本来は売買に関する本勅法を贈与(但し夫婦間のものではない)に拡張した。

前掲 Pap.-Ulp. D. eod. 7. 8 の法的構成：「論理的一秒間の通過的取得 Durchgangserwerb für eine logische Sekunde」およびその典型事案 (D. eod. 3. 12) につき、広瀬克己「通過取得論序説」法学新報九一卷八・九・一〇号一六七頁以下が詳しい。

握取行為における黙示ないし法定条件および停止効的理解につき、Buckland, Roman Law of Slavery (1908) 631 n. 1, 455; Mitteis RP (1908) 170 n. 13; Misera 11 n. 14, 15. cf. Kaser I, 255 (D. 50. 17. 77). など、PS. 2. 23. 2 では法外的评价 (favor libertatis) の方が正面化するに至る (Misera 21s.)。

(12) Misera, Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten (1974) 84 ss. によれば、夫婦間贈与の禁止について、古典法上、今日の法解釈学的意味で一義的にこれを表現する専門語は存在せず、研究者が「無効」と解する諸表現は「行為不存在 Nichtexistenz」から「行為効果欠如 fehlende Rechtswirkung」及び多岐に亘る (p. 87 n. 6) [Kaser

1, 247 によれば一般に無効の諸表現は約三〇種に上る。後者の意味なること明かな表現（効果の有無 effectum habere non habere: D. 24. 1. 32. 23）は悉く「贈与の固め」に関する元老院宣示「本稿次註」以後に属し、宣示自体はその禁止結果に關する諸表現の点では玉虫色 (schillern) であり——即ち (87 n. 8) : ①「抗弁」を示唆するもの : eripere durum et avarum est (D. eod. 32. 2 [本稿註∞] ; auferri non oportere (Var. 294. 2 [本稿註 16' 20]) ②遺贈および信託遺贈に接近せしむるもの : D. eod. 32. 1/3 [本稿註∞] ; C. 6. 50. 12 [本稿註 14] 。 ③「固めを confirmare」確固たる firmus」等 : D. eod. 32. 1; var. 276 etc. ④権利「市民法上」の取得 (D. eod. 32. 1/8 [註 19] / 23; D. 31. 68 ; C. 5. 16. 14 [本稿註 14] ——) 他方、宣示以後でも依然として不存在的表現 (Herm. D. 24. 1. 62. 1: ac si donatum non fuisset; Diocl. C. 5. 16. 20: pro infectis) が存在する。

原則的禁止にも拘らず宣示以前から例外的に有効を承認された贈与（奴隷解放のため、埋葬のため、等）においては「論理的・一秒間の通過的所有権取得」は差当り（受贈者側における負担実行着手まで）は停止されてをり (D. 24. 1. 7. § 8 [前註] ; D. eod. 5 § 9) 、その間は効力不確定状態 (Pendenz) が存在し (cf. donatio resolvi tur: D. eod. 8) 、これは死因贈与でも同様である上、さらに遡及効さへもある (pp. 88 n. 10; 12 n. 21; 21 n. 72; 193 n. 17) 。

かかる宣示以前の例外的有効贈与の構造に対応して、今や宣示の議論では夫婦間贈与は悉くこの効果不確定 (Pendenz) 観念に準拠して為されるに至つてゐる (confirmari: var. 276 ; convalescere: D. eod. 59; C. 5. 16. 18 [註 14] ; extinguere: D. eod. 32. 10 [次註宣示邦訳末尾])。かくて古典期末には夫婦間贈与は、一口に無効と言つても、それは端的に不存在と記述されるに傾くものと例外的に有効な諸贈与 (donatio mortis causa, divorcii causa, sepulchrae causa, manumissionis causa) との間に扇状に分岐してゐて、このうち後者（効力不確定観念帶有贈与）が無効の構造を徐々に変えてゆくのであり、遂に二〇六年宣示をして此の方向への、仮令晩期古典法曹により萌芽的に着手されたにすぎぬにしても、決定的一步 (Einbruch) たらしめた。この意味での無効観念贈与として実行された行為は完全に存在し唯効果発生が阻止されているのみなる観念) の形成は、東部法学校の結果を経てユ帝に至つて完了 (Durchbruch) した。即ち D. eod. 11. 9 では死因贈与の効力不確定状態は行為（引渡）において存在するが、D. eod. 32. 23 (1p. 2) では行為の不確定状態は却けられて効果のそれが確立してゐる (p. 88 n. 12) 。

かくてユ帝法では夫婦間無効の性質は、宣示が問題になる限りは、もはや Pendenz の観念を以てしか理解しえぬものに

なつてゐる (D. eod. 32. 23)。宣示により有効化された贈与は遡及効さへも付与され、更には無効な筈の期間中でさへも当該贈与の公簿登録が要求されてゐる (C. 5. 16. 25: in actis insinuata esse) / (p. 90 n. 22)。

(13) 伝承不十分な元老院宣示の法的意味を定式化する困難につき 'Miseria 151 nn. 98, 99; 199 n. 39.

Glück, Aust. Erlaut. Pand. 96 (1824) 123 は学説彙纂二四卷一章の關係章句から宣示本文を次のように再構成する：「議員諸君よ、我らの祖先が夫婦間贈与を禁じたるは、高貴なる愛を唯々心によりてのみ見積もり、婚姻にて結ばれし者たちの世評にも意を用ひ、かくて、その睦まじさが代金によりて繋ぎ留められあり concordia pretio conciliari と觀ぜられること、或いは善き側が貧窮に陥り悪き側が富む melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret など、これ無からしめんがためであつた (lex 3 pr.)」。

《然し眼を開かれよ、議員諸君、かの法の厳正を何がしかは緩め夫婦間贈与を言はば固める confirmare ことの方が恐らくは事宜に適せる aequius ことなり (D. 5. 3. 22)。然れば夫婦間贈与は、而も妻の名において夫により調達せられたるもの nomine uxoris a viro comparata たるそのみならず、我らが祖先により阻止されたりと吾人の述べたる諸々の夫婦間贈与悉くもまた次ぎの如くに固める confirmare を以て嘉しとせらる placet、即ち贈与者の方が先にその時を使果し且つその生の最終日に至るまで同じ贈与意思のうちに留り続けたる perseveraverit ときは、法上当然にその物は贈られし者のもの、その債務は市民法上のものたるべし (lex 32 § 1 [本稿註 8] ; C. 5. 16. lex 3)。

《蓋し、贈りたる者が悔返すは道理 fas なれども、相続人がかりそめにも彼の最終意思 voluntas suprema に背いてひつたぐる eripere は苛酷かつ貪欲 durum et avarum なればなり (lex 32 § 2 [本稿註 8])。》

《然れども贈与者が一旦悔返すときは、故人が明白にその意思を撤回したる revocasse こと判明せる上で、相続人にも吾人は撤回権を付与す (lex 32 § 4)。但し撤回の権は、贈物を受けし者がこれを消費 consumpsisse せざるにある限度においてのみ吾人はこれを許容す (lex 32 § 9)。

《もし贈与を受けし者の方が先にその生より退けるときは、その贈与は重み無きもの nullius momenti なるを吾人は欲す (lex 32 § 14)。離婚が贈与の後に生ずるときは古法 vetus ius に留まるべきものとし、依つて夫が妻に贈るを欲すれば贈与は有効たるべく、欲せざれば消滅 extinguere すべし (lex 32 § 10) 》

(14) パンデクテン法学以前の普通法学を Glück (前註) 26. 93 ss によりみれば：「夫婦間贈与は、本宣示以後はもはや禁止

されず、言はば *gleichsam* 最終意思の命令として妥当すべきものとされる。即ち贈与者生存中は贈与は終意 *letzter Wille* と同様に撤回されうるが、然し彼のみによってであつて相続人によつてではない。贈与者が贈与を生存中に撤回せず死ぬならその贈与は彼の死によつて完全な妥当性を取得し、しかも法上当然 *ipso iure* に即ち元老院決定の権威に基づいて *ex Senatus consulti auctoritate* であつて、それ以上には、その贈物を個別に遺贈するとか、遺言でその贈与を個別に確認 *Bestätigung*〔「固め」〕するとか、皇帝宣示なしとすれば為さるべかりしことは、何も要らないのである。にも拘らずそのような確認がなされるなら、それは贈与者の不変の意思を証書化しているから有益ではあらうがもはや不要なことである。そのやうな確認は、その贈与を一個の遺贈に転換 *verwandeln* するものでもない、贈与者のその点に関する意図が諸事情からして明瞭に読み取れるものでもない限りは。このことはウルピアヌスの法文〔D. 24. 1. 32. 1.：本稿註8〕に皇帝チオクレチアヌスおよびマクシミアヌスの一回答即ち C. 5. 16. 14〔次掲〕を結合してみればわかる。この元老院決定によつて古法上禁止されていた夫婦間贈与が贈与者の死により効力を得ること恰もその贈与が遺言のなかで確認されたかの如くであつてウルピアヌス〔前出〕曰く《贈られた物が恰も遺言によつて固められたかの如し *quasi testamento sit confirmatum quod donatum est*》。その贈与は、遺言中での個別的確認は法律自身がそれを確認するが故にもはやこれを要しないのである。しかしながらこの法律上の確認には二つ条件があり、贈与が贈与者の死により確認されるのは、（1）贈与者が受贈者より前に死ぬ場合、および（2）贈与者が存命中には贈与を撤回せぬ（たとへ、彼がその贈与を一旦は悔返したとしても）に受贈者と再び和解しさえすればよい）場合であつて、この両条件のどれかが欠ければ贈与は無効であり、法律 C. 5. 16. 18 の言い方によれば治癒 *convalescen* となす。……〕 96.「夫婦間贈与はその性質および効果の点で遺贈に等しいとみられてゐる *den Vernächtnissen gleichgeachtet* から、遺贈 *legata* や信託遺贈 *fideicommissa* の一般的諸準則もまた、ウルピアヌスが教えるようにここで適用をみる。……」 102.「夫婦間贈与は遺贈や信託遺贈同様にファルキデイウス法上の滅殺に服する。ウルピアヌスがこれを明言する（D. 24. 1. 32. 1.〔前出〕）のみならず、この点は皇帝チオクレチアヌスおよびマクシミアヌスの一回答により更に固められてゐる、即ち C. 6. 50. 12 に曰く《夫婦間て為されし贈与においてはそれが信託遺贈の役割を果たすとき *quando fideicommissi partibus funguntur* はファルキデイウス法が適用されること、多くの法の規定 *iuris placita* に含まれてゐる》

Diocl. C. 5. 16. 14《最終意思の中で書き込まれた言葉は、それを信託遺贈〔または遺贈： *ip.*〕たるために役立ちはする

が、その言葉に基いて常に「遺贈の又は：tip.」信託遺贈の訴求 *fideicommissi persecutio* が、与えられるわけではない。それを遺す意図で *relinquendi studio* その種の言葉が書加へられた場合に限られる。したがって、汝が請願に盛り込んだのは意思の探求 *voluntatis quaestio* であつて法のそれならざることを明らかなり。されば、遺言読み上げにより吾人の認めるところによれば汝の夫が先行贈与に基づいて生じた所有権を汝のために保存し且つ汝の財産取得上の安全のために配慮した *ex praecedente donatione dominium tibi conservasse securitativae tuae ad obtinendam proprietatem cavisse* といふのであるから、この言葉を用いて書き上げられた文章が明示するのは、信託遺贈が遺されたこと *fideicommissum relictum* ではなくて、汝の夫が臨終に際しても保管すべく心掛けたところの元老院決定の権威に基づく彼の遺与 *ex senatusconsulti auctoritate liberalitas* が、彼が所有権を確保しえた限りで *quatenus firmare potuit dominium* [\*]、彼の死の時点で汝に帰属 *addicta* せしめられたことである。ユ帝法では遺贈と信託遺贈とは同化されてゐるから両者の併記のうち前者は改竄 (tip. ? Archi 222)。本勅法につき後出註19 (Siber) 、20 (Archi)。(\*) は、アウグストゥス婚姻立法上の遺産取得能力制限規定 (後出註16 (vat. 294. 2 (註20) : *fini decimarum*)、前出註2) を指す：Missera (註12) 243 n. 163; Biondi, *Successione testamentaria e donazioni* (2. ed. 1955) 667 n. 2.

(15) 宣示による贈与の固めは、法文が示す如くこれを贈与の「治癒」(Konvaleszenz, Heilung) とする伝統的理解 (前註グリュック) がその後も踏襲されてをり、Jors-Kunkel RP 110 によれば、無効な法律行為は原則として最終的に無効であり (D. 50. 17. 29 [後出註21])、ただ例外的に、法律行為による追認 (*ratihabitio* : 要式なしに、さらに黙示的にも即ち推定的行態によつても可能) または単なる事情変更 (例えば夫婦間贈与における贈与者の死) により、治癒される (但し Kunkel/Mayer-Maly RP 4. ed. の対応箇所は斯かる図式的理解から離れる)。Kaser RP I, 248 では治癒概念に法務官法上のそれ (キンキウス法抗弁関係 : 前註7、後註18) も加えられてゐる。これに対して、固めの効果の信託遺贈的性質 (相統法的解決) を強調する説では「贈与の治癒」的理解は否定されるが (後註19)、研究動向は (恐らくこの点は用語の問題とみて) 概ね旧に復するが如くである (前註12、後註21参照)。何れにしても、無効の意義・宣示適用範囲 (贈与約束の場合如何 cf. D. 24. 1. 23; 註19、20) ・固めの効果 (市民法上か法務官法上か) 等、諸論点に応じて諸説それぞれニュアンスに富み、以下本文所述の学説史整理も本稿の関心から必要とされる限りの大雑把なものに過ぎない。

(16) Savigny, *Syst.* 4. 181 ss. : 「本元老院決定によれば夫婦間贈与は贈与者が婚姻中にその撤回を表明せずに死ぬと同時に

有効になるが、人は、恰かも贈与者が死因贈与 *mortis causa donatio* を目論んでゐた、即ち婚姻中における自己の将来の死をたっぷり考慮してゐたかの如くにこれを見る。ところでそのやうな夫婦間贈与は既に早い時期から有効なもの、但し死の時点で初めて効果を生ずべきものとして承認済であつたから、今や同一の取扱が如何なる夫婦間贈与にも、たとへ死に言及せずに為されたものにも、贈与者が婚姻中に贈与意思を変更せずに死にさへすれば適用された。贈与の維持がこのように（本来有効な）死因贈与の擬制 *Fiction* によることをわからせてくれるのは差当りは、死因贈与から前記の如き贈与への推論を行つてゐる若干の法文であるが（*cf.* D. 24. 1. 32 § 7, 8 [次掲]、つまりその基礎にあるのは次のやうな自然的な想定である、即ち贈与者は自己の死の場合に備へて受領者の給養をヨリ完全に確保しようとするればこの贈与を為してゐたのではないかとの想定である。このやうな事前の配慮は確かに婚姻関係の本質に極めてふさはしい）、その他にもパピニアヌスの一法文があつて、これによれば前記のやうな贈与は十分の一の限度内 *fini decimarum* では否認されえぬものとされてゐる（*Pap. vat 294 § 2* [本稿註 20]）。その意味は、元老院決定以前には相続人は全贈与を無効の故に返還請求しえたが今や相続人は如何なる権利もはや有せぬとはいへ全贈与が維持されるのではない。贈与は有効ならんとして死因贈与の性質を帯びることにより後者の諸制限のすべてに服する。死因贈与は一般に遺贈に似て受領者の取得能力 *capacitas* に依存するがこの点は死により固められた夫婦間贈与についてもあてはまり、これはユリウス法律により規定された十分の一 *decimae* の限度内でのみ有効である。……固めが生ずるとその効果は贈与行為の時にまで遡り、その結果、贈与がまさに当初から有効であつたかの如くにすべてが取扱はれる（*cf.* C. 5. 16. 25. これまた死因贈与との等置 *Gleichstellung* の一帰結であつて、死因贈与では原則として効力の同様な遡及が生ずること周知の通り）。……」

D. 24. 1. 32. § 7. 《夫が妻に贈与したのち犯行の自省から自害し又は死後断罪された場合、その贈与は撤回される。但し別人に対して死因ではなく贈与した場合には有効であるが。§ 8 兵士がその妻に軍営特有財産から贈与したのち断罪された場合、彼はこの種の財産の遺言を認められてゐるから（但し遺言を断罪時に請願許可されていた場合に限り）、贈与は有効である。蓋し遺言を認められてゐる者は死因贈与をも為しうるのだから。》兵士（家子）は断罪にも拘らず恩赦（*Gratia*）により特有財産処分能力を失わず、§ 7 と同様に死因贈与からの推論が成立する（p. 260 (ii). *cf.* *Siber 106 n. 1*: 後註 19、*Simonius* (註 9) 13; 216)。一般に頻用される法文 D. *eod.* 32. 1. C. 6. 50. 12 (註 14 等) は、サウイニイでは死因贈与擬制の一帰結としてファルキディウス法適用を示すものと解されてゐる（p. 270 (ii)）。なほ彼が死因贈与擬制に基づき「宣示」

適用を贈与問答契約の場合(註19: D. eod. 23)にも肯定する循環論法に対する批判として: Vangerow Pand. III 422.

Giuffrè, L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione in dir. rom. (1965) 247s. は死因贈与構成を「転換」と解した上で「サウイニニに賛同」の流れとして: Dumont, Donations entre époux en dr. rom. (1928) 245 (既に夫婦間死因贈与に適用済の諸準則が宣示注解者たちにより其の治癒(convalescentia: D. eod. 33. 2. 59)の要件並びに効果の点で「宣示による固め」に拡張された): Arangio-Ruiz, Istituzioni (11. ed. 1952) 581s. (「死により黙示的に更新 tacitamente rinnovata mortis causa された故に禁止を免れたもの」と構成した)を挙げる。

(17) Windscheid Pand. III § 509 Ziff. 4. (S. 52) '夫婦間贈与は贈与者がそれを撤回せずに死ぬときは(n. 31: 撤回は明示を要せず: D. 24. 1. 32. 2-5/15, C. 5. 16. 12/15/18 [convalescere])、死の時点で繰返されて、したがって死後の期間のためなされたものとして受諾する(n. 31: D. 24. 1. 32 § 1. vgl. § 7/8. ...)の可能な治癒 Konvaleszenz に基いて、他人(Sauffert, Koppen [vgl. I § 82])は、夫婦間贈与は被相続人の死以前の遺言の如く無効 nichtig というよりは未完成 unvollendet な法律行為であると見解せよ。……無効の治癒 Heilung は遡及効を有する(n. 34: 追認 Bestätigungの法(I § 83)によらば)。C. 5. 16. 25. D. 24. 1. 11. 9。』 Windscheid I 437 n. 1: 「一般に法律行為の治癒 Konvaleszenz と言われるが、convalescere の語は、それ自体としても、法律行為が有効化により効力を獲得する場合に限定はされず、法源においてもそれに限定はされずなり。」 D. 50. 17. 29 (Quod initio vitiosum)の準則[前註15、後註21]を原則として承認する(438 n. 2: Lit. Sav. 4. 554SS)。なほ、意思表示者の法関係を彼の死後の期間につき整理する死因行為(Rechtsgeschäfte von Todes wegen)は、終意行為(letzwillige R.)とも呼ばれるが、後者の呼方は、正確には、死因行為が自由撤回可能な場合に限られる(Windscheid, I § 69, p. 316 n. 6)。

(18) ラアヘル(Rabel, Grundzüge des röm. Privatrechts 1915 引用は第二版 194s.)には当面の夫婦間贈与の固めのみならず家子贈与のそれに至るまでの簡潔な展望があるので、これも併せて訳出しておく(但し引用諸法文の訳出等すべて後述に廻す)。「……夫婦間贈与に関する例外のうち最も重要なものは二〇六年カララ帝の元老院宣示が決定した。贈与者の死に遡ってその無効は止むこと、恰も贈与が遺贈により確認されたかの如し(Dijf. D. 24. 1. 32. 1)。これが《死によりキンキウス法律は取除かれる morte Cincia removelur》の革新の場合と同じ傾向に属することは明白だが、これよりして夫婦間贈与も同様に死までは撤回可能なものにすぎなかったとは推論しえず、セヴェルス期に法曹はその無効は夢にもこれを疑は

ない。法務官法上の効力を奪われうるにすぎぬ制限額超過 *ultra modum* の贈与の場合とは、その法学的事情は本来、全く異なっていたのであって、そこに現れているのは寧ろ、完全な力の具わらぬ贈与を終意による *eine letztwillige* に同化する努力である。即ち、被解放者への己れが贈与を撤回する保護者の恣意的な権利は相続性なしとの主張の浸透 (Philipp, *Vat.* 272 a. 249 によるその確認) の場合や、常に尊属分割 *elterliche Teilung* の出発点にあたる出捐行為のその後の取扱の場合にみられるのと同じ努力である。パピニアヌスは *vat.* 294 [本稿註 20] ; 296 では制限額超過贈与および夫婦間贈与の治癒 *Konvaleszenz* を父から権力服従者たる子供への贈与に類推するのは、周知のように子供はおよそ父と並んで財産を持つことはないのだからその無理なことによく承知しているのではあるが、既に *D.* 10. 2. 20. 3; *ead.* 33 では、父により子供に対して事実上行なわれた *Aktiva* の分割が *Passiva* の割当を伴うときは遺言による確認が加わらずともそれを維持していたと考えてよく、それは父による分割を以て家産分割裁判官に対する拘束力ある指示と認めたからなのである。これこそ、その後の皇帝の諸回答が次の場合に対処することになる態度決定であった。即ち父により卑属に対してその相続分を前提して行なわれるあらゆる分割行為の場合（《先取りされた相続 *erfuhre Erbfolge*》）、および父権免除されざる家子の先位相続物の場合 (*C. Greg.* 3. 8. 2. (a. 260); *Diocl.* a. 286 *Vat.* 277. 278. 281; *Const.* a. 315 *Vat.* 274; 日付不明の *Vat.* 290. 292; *Syr.-röm. Rechtsbuch* L. 22. R. I 8. II 7 ヲその註。法的構成：即ち《家産分割に当る判決 [上記 *vat.* 281]》への指導は、皇帝のもとで依然明瞭であり、最後にコ帝が《死因贈与 [前記 *vat.* 274]》構成を語る。父権免除の子に対する贈与約束の好遇については、ヒュス帝以降とみえるが、*Diocl. Vat.* 314; *Const.* (Th 8. 12. 4) である。

(19) *Siber, Confirmatio donationis* [I: Zur Schenkung unter Ehegatten; II: Zur Schenkung an Hauskinder; III: Zur *lex Cincia*; IV: Zum *Justinianischen Recht*], in: *SZ* 53 (1933) 99ss. の一部要約・訳出 (II: 家子贈与以下は後出) :

I 1 夫婦間贈与における「固め *confirmatio*」即ち有効化の用語例としては、先ず、夫婦間でも有効な停止条件型死因贈与におけるそれ（一般に停止条件付行為の無条件化）、次に、無効な生前贈与の信託遺贈による確認としてのそれ、最後に「セヴェルス帝宣示 (*Oratio Severi*)」によるその三用例があり、「この元老院宣示による「固め」は、黙示的信託遺贈 *stillischweigendes Fideikommiss* に基づくのではないから」（原註 p. 104 n. 4.）[*Esmelin, Mel.* (1886) 49; 修正しくは *Bonfante Corso* 1, 221; 既に *Glück* 26, 93 [本稿註 14]; *Bremer* 202] / 信託遺贈請求 *persecutio fideicommissi* (*Diocl. C.* 5. 16. 14 [註 14]) は生まず、受贈者が贈与者死亡時まで保持せる贈物の占有を主張する権利しか生み出さぬも

のではあるが、しかしその限りではこの「固め」はいづれにせよ一個の信託遺贈による確認（＝固め）*fideicommissarische Bestätigung* の効果を有する。」（p. 104 s.）(e) 効果の点では、三種の「固め」は差当たり共通する面が多いが（受遺能力制限立法およびフアルキディウス法律の適用〔註2〕、国事犯および家子の場合における宣示上の固めと死因贈与のそれとの同一効果（D. eod. 32. 7/8〔註16〕）、然し（b）相違する面もまた存し、……夫婦間贈与の『固め』は、〈贈与者の最終意思に反してひたたくるの苛酷貪欲〉（Ulp. D. 24. 1. 32. 2.）との元老院宣示理由からすれば死因贈与の固めとは一致せず（〔原註 p. 106 n. 5.〕 Savigny 4, 181〔註9〕, 241, vgl. 260 は一致を肯定する……が、この考方はコンスタンチヌス帝 vat 274〔後述〕で初めて、而もそこでしか見出せぬものであり、それ以前では本固めは信託遺贈に則して、ユスチニアヌス帝では贈与自体を有効化する無効治癒として、取扱れている）、信託遺贈による固めに一致するのであって、その前提は贈与者が撤回しえたのに撤回しなかったことにある（〔原註 p. 106 n. 6.〕……撤回可能性の語義の点でも、条件付に有効な死因贈与と夫婦間の又は家子への無効な贈与との間に存するのは一致ではなくて対立である。……）。贈与者の最終意思に反してひたたくるは厭はしとの立法理由から同様に判明することとして、贈物は法上当然 *ipso iure* に受贈者の所有物となるのではなくて受贈者は相続人の所有物取戻の訴を悪意抗弁 *exceptio doli* により却けうるだけである。つまり宣示による固めの取扱は信託遺贈による確認の場合と同じなのであり、ここでは譲渡請求が発生せしめられる（Pap. D. 31. 77. 17. *ex causa fideicommissi praestandus*; Saev. D. 34. 2. 13. *ei debeat*）だけでなく、受贈者には相続人の所有物取戻訴訟に対しては返還すべき物を請求する *petit quod redditurus est*（Pauli. D. 44. 4. 8 pr. = 50. 17. 170. 3）が故に悪意抗弁が与えられるのであり、この事案は遺贈または信託遺贈による債務免除 *liberatio* があるにも拘らず相続人が債務訴訟に訴える場合と同様である（Pauli. cit. Pap. D. 34. 3. 22; Ulp. eod. 3. 1/29）。従って、ユスチニアヌス（vat 294. 1〔次註20〕）が家父の家女に対する無効贈与が信託遺贈により確認されぬ場合にそれが「家女のものならず *filiae non esse*」と言っているのは法務官法を指すにすぎない（〔原註 p. 107 n. 2; 次掲\*〕）。……これに対して、死因 *moris causa* 引渡による受贈者の場合なら彼は贈与者よりも生き延びたことによる固め〔無条件化〕と同時に、一般に停止条件付引渡しによる取得者における条件成就の場合と同様、法上当然に非手中物に市民法上の所有権が取得されるのであり、但し手中物については彼の所有権も〔信託遺贈による確認の場合同様〕法務官法上のものに止まる。2 セヴェルス帝宣示は恐らくスカエヴォラにより再度慣用のものとして実証された信託遺贈による固めの定式《余が生存中に与え、贈り、彼女の諸用途のために調

達せしものは何なりとも” *quicquid vivus deti donavi usibusque eius comparavi*” [本稿註9] 《に文字通り依拠している。つまり宣示は、妻のための夫による調達だけを取扱うのではなく、また引渡により実行される贈与の意味での現物贈与 *donatio rei* に明示的には限定されていなかった。この限定はパピニアヌスが初めて論定したものである。Pap. Ulp. D. 24. 1. 23 《パピニアヌスは、神皇セヴェルスの宣示は現物贈与 *ferum donatio* に関するが故に、或る者が問答契約で要約する *stipulanti* その妻に諾約する場合、夫が意思持続のうちに死せるも夫の相続人は訴求しえずと正しく考えていた。》（p. 106-108）

(\*) *Siber 107 n. 2: 「Diocl. C. 5. 16. 14. (a. 290) [本稿註14所掲] は（贈物を依然占有する）婦女に、夫側の遺言による明示の出損にも拘らず、信託遺贈訴求 *persecutio fideicommissi* を認めない。[回答引用省略]。一見、イ帝は、女が宣示に則して直接に所有権を取得している故に「信託遺贈訴求」は目的喪失だとみているやうだが、所有権取得が法務官法上のものにすぎなかったとすれば、事後の市民法上の譲渡訴求、特に握取行為の訴求には十分にその余地があった。ここ「所有権の直接取得？」からしてイ帝は「固め」に基づく市民法上の所有権を想定していると結論しうるには本回答の叙述はほんやりしすぎている。この叙述は、遺言による確認は無内容だという告白に帰するが、にも拘らずその告白から後退を《ドミニウムを確保しえた限りで *quatenus firmate potuit dominium*》[註14末尾] なる模索的な覚書によつて余儀なくされている。つまり、この「ドミニウムの」確認はやはり宣示よりはヨリ多くのことをわからせてくれるのではないかと疑はるべきではあるが、このヨリ多くのことが奈辺に存しうるのか全く不明なことに変りはない。イ帝の諸回答は不揃いなのであって、本回答は彼が後世讀えられる明晰簡明を示さない。《所有権を保存した *conservasse dominium*》および《取得するため *obtinentann proprietatem*》、《患与は死亡時点で付与された *liberalitatem mortis tempore addictam*》は、内的矛盾である。法務官的所有権なるものは法務官法上の取得原因すべての場合に存在するのであって、手中物引渡の場合のみに限られはしない。》（*Bonfante Scr. 2. 373ss. …*）*

(20) *Arch. Donazione(1960) 220 s.:* 「皇帝官房が直面した技術上の問題は、この《意思持続 *perseverantia voluntatis* [後述]》に効果を与えうる手段の探索にあったのだが、夫婦間贈与を断罪していた市民法上無効は、およそ法的に存在せぬものに対してこれを有効と宣するのを防げる性質のものだったから、この線上では解決はすべて閉ざされてをり、実際、パピニアヌスは別の案件「父から家子に対する贈与」についてではあるが、*vat. 294* [次掲] で実に意味深長に宣べる：《意

思が変わらぬことは全然役に立たぬ。蓋し先行した贈与はおよそ無効なのだから。本案件を既知の個別的終意処分のごとくに組入れることも同様に不可能だった。遺贈についてはこの点は論外だが、信託遺贈についても同じであって、これは形式がヨリ自由であり遺言の存在を前提しなかつたけれども特定の積極的な意思表示を常に要求していたのである。何れにせよこの点をはっきりさせてゐるのが、*チ帝勅法* C. 5. 16. 14 [本稿註14、19]であり、これは曰く、贈与が贈与者たる配偶者により遺言の中で信託遺贈設定としても役立つかもしれないような言葉で明示的に確認されているとしても、だからと言って受贈者たる配偶者に信託遺贈訴求 *persecutio fideicommissi* が直ちに許されるべきだということには全然ならず、そのためには意思確認問題 *questio voluntatis* を乗り越えること、即ち受贈者は贈与者がその遺言中で明示的有効化を以て贈与を信託遺贈の中に言はば移し入れることを欲したと証明すべきことになるのであり、それが不首尾の場合は遺言処分にも拘らず元老院決議に基づく *ex senatusconsulti auctoritate* 有効化が存在する、と。本勅法が述べるところは意義深い。他方、死因贈与の構造に想到することも不可能だった。まさに構造上の超えがたい困難を別としても、法源に類出する原理、即ち夫婦間贈与では贈与者たる配偶者は常に悔返し *paenitentia* を有し、贈与として事実上通用するに過ぎぬものを何時でも取消しようという原理が、それを防げる。悔返しが認められていたからこそ逆に、彼の贈与意思持続 *perseverantia* に効果を与えることが望まれたのであって、死因贈与の場合とは全く異なる。古典法は死因贈与に対しては悔返しを認めることは決してなかつたのである。かくて結論は唯一つしかない、即ち皇帝官房は、死の日まで持続して表明されていた限りで、而して死後に備えての財産処分に向けられていた限りでの贈与者の自由意思それ自体に効果を与えようと欲したのであって、この点を承認する以外にはないのである。したがって、贈与の法的効力は直接に意思に還元されたのであり、この意思が既知の諸制度のどれかの形で外部に表出される必要はなかつた。贈与のカウサがそのような意思を典型化していたのであって *La causa donatorum tipicizzava quella volutas*、この意思是終意 *suprema* たる限りで自身の死後のための処分行為（*ロ* オマ私的自治の聖域）たる性格を帯びていたのである。これこそ晚期古典法学進化における最大の諸成果の一つといふべく、それは一般に信ぜられるよりは遙かに革新的なのである。したがって、宣示の齎らす効果は市民法上のもの（*Ulp. D. 24. 1. 32. 1* [前出註8、12④]）《法上当然に物は受贈者のもの、債務「消滅？」は市民法上のものになる *ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis*》、これに対して法務官法上の救済（*sic Sber* 前註）への言及は法源中には存在しない（*et Brondi* 註14末尾 667 n. 3）。決め手はチ帝の勅法 C. 5. 16. 14 [本稿註14]であつ

て、「現物贈与の本事案につき子帝は、信託遺贈請求 *persecutio fideicommissi* の承認のための意思探求 *questio* の結果は否定的として、元老院決定の権威に基づくドミニウム *dominium ex senatus consulti auctoritate* を語る。本勅法で再度繰返されるドミニウムの語が専門用語でないとは考えられない。本勅法の意義は、セヴェルス帝宣示の効果如何の証たるに加えて、第三世紀末において個々の諸制度の性格が確固として区別されていた点、但し機能上の平行ないし接触点を示す傾向も存在してゐた点の証言にある。この観点からして重要なもう一つの子帝勅法（C. 6. 50. 12 「前出註14 訳文末尾」）でも、皇帝官房は信託遺贈への接近を示すが、その構造を贈与の固め *confirmatio donationis* と混同してはいない。但し機能的観点からは、固められた贈与にファルキディウス法適用があること、さらに本適用は多くの回答により既に確立せる規範であつて子帝による革新ではないことを思い出させてゐる。したがつて、本勅法でも古典的傾向が再び明瞭に現れてゐる。構造に関する限りは区別と、諸制度の目指す目的の限りでは接近と。この理由からして私はかの頗用される法文、即ち宣示に従いファルキディウス法の適用に言及して「贈り物が恰も遺言により固められしかの如くに *quasi testamento sit confirmatum quod donatum est* 同法律の適用ありと余は考ふ」と結論する D. 24. 1. 32. 1 「本稿註8」の末尾は、改竄 *ip.* と考へた。この章句から看取される構成として、全然存在せぬところの、何れにせよ無くてもよいところの遺言による固めが、宣示の結果として擬制 *ficcio* されているからである。遺言処分と固め *confirmatio* とを慎重に区別していた古典的思考が、先ず形式的側面で裏切られているが、それには止まらない。意思を持續において捉え其の効果を称揚する同じ古典的思考が、恰もその本質において裏切られているのだ、と私は言いたい。」（p. 223s.）なほ、行論中の死因贈与の撤回可能性については註4 参照。

Pap. vat. 294. 1 「父が権力中に有し保持せる娘に贈与せるものは、この贈与を遺言によつて固めざりし *testamento non confirmasset* が故に娘には属さず *filiae non esse* と余は解答したが、特有財産も先位遺贈 *praelegata* でなければ兄弟たちの共有物たることは確立してゐたからである。キンキウス法に違反して為された贈与の理 *ratio* は異なるのであつて、蓋し同法の抗弁は意思持續 *voluntatis perseverantia* が悪意反抗弁 *doli replicatio* によりこれを消滅せしめるからである。父が権力中に有し保持せる息子たちに贈与する場合、意思が変わらぬことは、先行せること凡そ無効なる故に、役立たない *nihil prodest non mutari voluntatem, quoniam quod praecessit totum irritum est*。故に、息子が財産分割に当り父が贈与してゐたものを錯誤に促われて兄弟のもとに残しおいた場合、その持分は使用取得されずとセルヴィウス・スルピキウス

スは判定したが、兄弟自身も贈与していなかったのだし、父も贈与していなかったからである。(2) 然らば、何故、夫が妻に与えたものについては、死による婚姻解消時にその意思の持続あれば *si voluntas perseveravit*、遺産の十分の一の限度まではそれを召しあぐべからず *fini decimarum auferti non oportere* と我が至尊の元首たちが勧告し元老院もその通りに決定したのか？ 勿論、子供たちは、贈与の拒否 *repulsa* を法の權威により甘受はするが、別の理由からして父の財産に到達するのであって、彼らは大抵はこのような争訟で他の兄弟たちよりも多くを獲得せんと努めるのである。

(21) まず第二説は最近でも有力であり、Schnebelt, *Reskript der Soldatenkaiser* (1974) はジイバアの信託遺贈説(効果上の同一視)に組して共に学説彙纂所収の準則(次掲)を引用する(95 n. 40) ことにより第三世紀(軍人皇帝期)の諸回答の古典法学線にあることを論じ(後述)、次に第一説についてもミゼラの主張は説得的である：「宣示」は(所謂「倫理的原理」と一致するとの自己理解のもとに)、遺言による確認習俗および法的構成上の工夫を追って、禁止された生前贈与に接続するものとされ(前註9、12)、特に次の点の指摘が注目される：「宣示は法的不存在行為には結びつきえずとする(Di Paola等の)説は自然科学的思考に捉われた仮象問題である。D. 50. 17. 29 [次掲] : eod. 210 は、本来の文脈から切り離された一般化である。終意 *suprema voluntas* の効果は法律に基づく。宣示は受贈者に抗弁を与えただけであって、抗弁なるものが単なる事実上の贈与にも結合しえたことには全く問題なし。」(Misera 87 n. 7)

Paul. D. 50. 17. 29: 「初めに瑕疵あるもの、時の経過によりて治癒することなし」 *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* 但し本原則もまた例外(無効の治癒)を容れる：Kaser I, 248 n. 20; 754 n. 7; Kunkel-Jörs 110 (前出註15)。

(石川武教授の学徳の賜「ティーム文庫」に負ふ所多し。アポロンとディオニュソスと、兼備稀有なる学兄に更なる幸あれ。)