

古典期ローマ法における死因贈与に関する基礎的考察

Basic Study of Donatio Mortis Causa in Classical Roman Law

後藤 弘州

Hirokuni GOTO

目次

- 一 はじめに
- 二 学説の状況——Rügerの見解を中心に
- 三 若干の考察
- 四 まとめ
- 五 今後の展望

一 はじめに

本稿の検討対象は古典期ローマ法における死因贈与 *donatio mortis causa* である。現代の日本法において死因贈与に関しては民法 554 条において「贈与者の死亡によって効力を生ずる贈与については、その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用する」と定められており、いかなる規定が準用されるのかという点に関して多く議論がなされている。その際には死因贈与は遺贈と似ているが、一方で死因贈与は契約であるという性質が強調される。しかし翻って本稿の検討対象である古典期ローマの法においてはそもそも贈与自体が契約には含まれないという性質上の違いもあり¹⁾、現代日本における死因贈与像を一度忘れた上で議論に向き合う必要がある。そしてローマにおける死因贈与は例えば Kaser/Knütel/Lohsse によると以下のように説明される²⁾。死因贈与は「受贈者が贈与者よりも長く生きるということにその存立がかかっている贈与」であり、以下のような3種の形が存在する。1つ目は「贈与者に死の危険がある状況において、贈与者が受贈者に対して出捐をなし、受贈者が即座にその目的物の所有権を取得するが、贈与者が危険から脱した時あるいは受贈者よりも贈与者が長く生きた場合に、その出捐を目的不到達を理由としてコンディクティオ…によって贈与者が返還請求できるといった形で行われる」死因贈与である。2つ目は(贈与者に関して死の危険があるといった状態で)「贈与が

1) もっとも贈与が契約か否かの違いが死因贈与に関する実際の議論にいかなる影響を与えているかは、現時点では定かではない。ローマ法における贈与に関してはさしあたり、ゲオルク＝クリンゲンベルク著、瀧澤栄治訳『ローマ債権法講義』(大学教育出版、2001年)291頁-299頁参照。299頁において死因贈与についても言及されている。

2) M.Kaser/R.Knütel/S.Lohsse, *Römisches Privatrecht* 21.Auf., 2016, § 79 I.

版が異なり少し内容も異なるが、同じ部分の邦訳としてはマックス＝カーザー著、柴田光蔵訳『ローマ私法概説』(創文社、1979年)607-608頁が存在する。

条件付きでなされる、すなわち受贈者が贈与者よりも長く生きる限りで、受贈者が権利取得する時期が贈与者の死まで延期されている」といった形でなされる死因贈与である。3つ目は「即座に出捐がなされるが死の危険はなく贈与者が、単に「死ぬ運命にあることを心に思い浮かべて」 in bloßen ‚Gedenken an die Sterblichkeit‘」なす死因贈与である。本稿において特に注目するのはこのうち3つ目の死因贈与である。

また邦語文献においては、船田亨二氏は死因贈与を「贈与者の死亡によって効力を発生する贈与」と現代日本法に沿った定義をしたうえでユーリアーヌスが以下の3つに死因贈与を区別したと説明をしている³⁾。すなわち「贈与者が受贈者より先に死亡することを停止条件とするもの」、「重患または戦争等により死に直面した者が贈与者となり、その特定の危険によって死亡することを条件として贈与を為すもの」、「同様の危険に直面して而もかかる条件をつけず直ちに実行すると共に、その特定の危険を脱して生存し得るに至った場合には返還すべきことを約するもの」の3種である。ここで船田氏が述べる一つ目の「贈与者が受贈者より先に死亡することを停止条件とするもの」が、特に本人が言及しているわけではないが、本稿が主に注目する型の死因贈与のことを指していると思われる⁴⁾。

以上のような死因贈与の説明は Kaser⁵⁾ の引用法文を見るに D.39.6.2⁶⁾ (及び D.39.6.1pr.) によっていると思われる⁷⁾。すなわち死因贈与の類型に関しては以下に示す法文の前者、条件付き

3) 船田亨二『ローマ法 第4巻』(岩波書店、1971年)433頁。

4) おそらく本稿が特に注目する死因贈与の型は、特に何らかの出来事がないにもかかわらず、人はいつかは死んでしまうものだけを考えてなされるものであるため、法律的に見れば、船田氏が述べるようにただ停止条件が付けられている贈与ということになるのであろう。

5) Max Kaser, *Das Römische Privatrecht I* (=RPR I), München, 1971, S.763-764.

6) 本法文の和訳に際しては、船田前掲『ローマ法 第4巻』435頁註2を参照した。本稿における学説彙纂のテキストは T. Mommsen, *Digesta Iustiniani Augusti II*, Berolini, 1970による。また本稿における法文の邦訳においては、特に Alan Watson, *The Digest of Justinian III*, Philadelphia, 1998、及び後述 Rügér の著書におけるドイツ語訳を参考にした。なお用語の邦訳に関しては基本的に原田慶吉『ローマ法(改訂)』(有斐閣、1955年)に従う。

7) 学説彙纂は第39巻5章が「贈与について」、第39巻6章が「死因贈与・死因取得について」と贈与、死因贈与について章を分けて記述している。もっともこのことは必ずしも古典期を通じて「死因贈与」というものが確固とした地位を持って存在したということの意味しない。ちなみに学説彙纂第39巻5章の最初の法文においても以下のように死因贈与について言及されている。

D.39.5.1pr. Iulianus libro 17 digestorum

Donationes complures sunt. 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. Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. 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. Qualis est mortis causa donatio.

ユーリアーヌス『法学大全』第17巻

多くの種類の贈与が存在する。ある人が即座に受贈者のものとなり、いかなることがあろうとも自身のもとに復帰しないことを欲するということを意図して贈与をなし、寛大さそして気前の良さを実行するためにこれをなした。これは本来的な贈与である。何らかのことが起こった場合によく受贈者のものになるようにある人が贈与した、この場合は本来的な贈与ではないが、全くこのような贈与

といった点については後者の法文から、というわけである⁸⁾（もっとも、条件付きという点に関しては一般的にどの法文からとっているかは必ずしも定かではない）。

D.39.6.2 Ulpianus libro 32 ad Sabinum

Julianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.

ウルピアヌス『サビーヌス註解』第32巻

ユリアーナヌスは『法学大全』第17巻において、死因贈与には3つの種類のもが存在すると言う。一つ目は何ら現在の危険の恐れにより心が動かされたというわけではなく、ただ人はいつか死ぬものだけということのみを考えて *sola cogitatione mortalitatis* 贈与するというものである。現在の危険に心が動かされ即座に受贈者のものになるよう贈与される場合に他の種類の死因贈与が存在すると言う。危険に心を動かされた人が、即座に受贈者のものになるというわけではなく、死が訪れた時にのみ受贈者のものとなるようになす場合に、3種類目の贈与が存在すると言う。

D.39.6.1pr. Marcianus libro nono institutionum

Mortis causa donatio est, cum quis habere se vult quam eum cui donat magisque eum cui donat quam heredem suum.

マルキアーヌス『法学提要』第9巻

死因贈与はある人が、受贈者が有するよりも自身が有することを、相続人が有するよりも受贈者が有することを欲した場合になされる。

以上のように死因贈与には多くの種類が存在することは確かであるが、現在のローマ法学の通説的理解としては、Franciszek Longchamps de Bérrierによって「死因贈与は死を予期してなされ、受贈者が贈与者よりも長生きする場合に完全に有効となった。この停止条件が死因贈与とその他の贈与との唯一の違いであるようであった」⁹⁾と簡潔に述べられていることがもっともロ

は条件付きでなされたのである。したがって、ある人が、確かに即座に受贈者のものとなるが何らかのことが起こったあるいは起こらなかった場合に自身のもとに復帰するようことを欲するというように意図されて贈与がなされた場合、本来的な贈与ということができないが、まったくこの贈与は条件付きでなされたということができる。このようなものが死因贈与である。

8) 後者の法文の内容がホメロスのオデュッセイアからとられており、ユスティニアヌス帝法学提要 (Inst.2.7.1) にも同内容の詳細な記述が存在することはよく知られている。

9) Franciszek Longchamps de Bérrier, *Law of Succession-Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, warszawa, 2011, p. 220. 邦語文献において、死因贈与自体は「贈与者が受贈者より先に死亡することを条件とする贈与」(原田慶吉、前掲『ローマ法』375頁)「贈与者が受贈者にさきだって

ローマの死因贈与の特徴をとらえているといえるだろう。

ところで以上のようなローマにおける死因贈与像は特に争いもなしに認められてきたというわけでは決してなく、特に本稿において注目する「人はいつか死ぬものだということのみを考えて *sola cogitatione mortalitatis*¹⁰⁾」なされる死因贈与と呼ばれる類型（以後本稿においては「第1類型の死因贈与」と呼称する¹¹⁾）についてかつてはその古典期性が争われていたことはよく知られている。本稿はそのような法文の古典期性を否定するという方向を取り入れるということではなく、特に Rürger の著書（D. Rürger, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011）における考察（その中でも特に第1章）を参考にして、古典期ローマにおける死因贈与の中でも特に第1類型の死因贈与の存在に注目することで、古典期ローマにおける死因贈与の役割を考察し、今後贈与と相続の関係に関する個別法文の検討をするうえで、あらかじめ一定の見通しを立てようとするものである。

本稿の内容を簡単に先取りすると以下ようになる。死因贈与の古典期の姿について、特に第1類型の死因贈与に関しては、インテルポラティオと関連してその古典期性について疑いの目を向ける見解もかつては主張されていた¹²⁾。しかし今日のローマ法研究においては周知のとおり、なるべく法文には改竄がなかったとの前提のもとに法文の理解・再解釈がなされようとしている¹³⁾。そのこともあり現在ではローマ法の代表的な教科書類において、第1類型の死因贈与は当然古典期において存在したものと書かれている¹⁴⁾。このような状況において、ローマの死因贈与に関する最新の研究である Rürger の著書ではこの類型の死因贈与についてこの見解自体は肯定的にとらえられているものの、別の部分において個別法文の解釈と関連付けて、「(死因贈与と)生前贈与 *donatio inter vivos* との境界」¹⁵⁾ という問題が新たに提起された。この

死亡すること…を（法定）条件として効力を生ずる契約」（広中俊雄『債権各論講義 第六版』（有斐閣、1994年）42頁）などと表現されている。

- 10) 「*sola cogitatione mortalitatis*」は「単に無常の省察によって」（船田、前掲『ローマ法 第4巻』）「死すべきことをのみ考えて」（小菅芳太郎「法学史上の古代末（「死後贈与」前史からの管見）（一）」北大法学論集第41巻5-6号126頁註4）などと訳出される。
- 11) 本稿では D.39.6.2 において一番初めに言及されたことから、便宜上「第1類型の死因贈与」と呼ぶこととしたが、この類型の死因贈与は通説の見解によると、ローマの死因贈与における主たる形であるとは考えられていない（Kaser, RPR I, S.764, D.Rürger, *Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, S.88）。邦語文献においても「[死の危険]がある場合に、死因贈与は最もよくその持ち味を出し得たといえよう」のように表現されている（小川栄治「死因贈与の撤回について」金沢法学第28巻2号（1986年）110頁）。
- 12) Rürger, *op.cit.*, S. 28f.
- 13) ローマ法文解釈の方法については西村重雄氏の各研究参照。特に芹澤掲「ローマ法学の方法について——いわゆる *Procurator unius rei* をめぐるローマ人の論争——」北大法学論集33巻第3号）に対する書評（『法制史研究』第33巻（1983年）279-280頁）を参照。
- 14) また今日のローマ法学において通説的地位を占める Kaser が、第1類型の死因贈与の古典期性を否定する見解について、直接書評で反対意見を唱えたことの影響も大きかったのではないかと推測することができる。
- 15) Rürger, *op.cit.*, S.32-89. 言い換えるといかなる点で生前贈与と死因贈与は区別できるのかということである。

ような視点は現代法でも指摘され¹⁶⁾、決して目新しい問題というわけではないが、本稿においてはこの Rürger の視点を参考にし、このような死因贈与と生前贈与の区別はいかなる点にあるのかという視点から第 1 類型の死因贈与の存在意義を検討する。

個別法文を検討する前に、本稿におけるようにローマにおける死因贈与像についてあらかじめ一定の見通しを立てておくことは有益であると考え、当然のことながら今後の個別法文の検討を通じて、ある程度の修正が図られるべきものであるということはあらかじめ断っておく。

二 学説の状況— Rürger の見解を中心に¹⁷⁾

第 1 類型の死因贈与の古典期性を否定する中でも代表的な Simonius は、Pauli Sententiae に第 1 類型の死因贈与を述べたものが存在しないこと等を理由として第 1 類型の死因贈与の古典期における存在について否定的な見解を示す¹⁸⁾が、結局は第 1 類型について述べた各法文¹⁹⁾の理解においてインテルポラティオを主張する²⁰⁾ということではこの主張を根本的に成立させることが困難である。またこのように第 1 類型の死因贈与について、古典期のものではないとする見解においても、一定の場合について、その存在を肯定する者も存在する。それは特に Simonius によって主張された²¹⁾「*stipulatio mortis causa*」等の場合である²²⁾。すなわち基本的には古典期における第 1 類型の死因贈与の存在を否定するが、個別具体的事例においてはそのようなものの存在を否定しないのである。

以上のような第 1 類型の死因贈与の古典期性に疑問を呈する見解につき、Kaser や Kaden が書評類においてその見解を否定した²³⁾。Rürger も、第 1 類型の死因贈与の古典期性を否定する見解に対しては反対の意見を示している。当然のことながらインテルポラティオの存在に関する否定的な態度がその理由である。

加えて Rürger は D.39.6.43²⁴⁾ の存在も、やはり古典期においても第 1 類型の死因贈与は存在し

16) 来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974 年）228 頁。

17) Kaser, RPR I, S.764, Anm.6 及び Rürger, op.cit., S.28f 参照。ただし両者において取り上げられた文献の中で、Yaron の 2 論文については資料を入手することができず未見である。

18) P.Simonius, *Die Donatio Mortis Causa im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, S.79ff.

19) 例えば D.39.6.2, D.39.6.31.2, D.39.6.35.4 である。

20) P.Simonius, op.cit., S.81f.

21) Simonius, op.cit., S.93ff.

22) この考え自体には Rürger も従ったうえで、Rürger は第 1 類型の死因贈与の例として、嫁資に関する事例を付け加える（Rürger, op.cit., S.29）。

23) その掲載箇所については Rürger, op.cit., S.28, Anm. 38,39, Kaser, RPR I, S.763, Anm.1 参照。

24) D.39.6.43 Neratius libro primo responsorum

Fulcinius: inter virum et uxorem mortis causa donationem ita fieri, si donator iustissimum mortis metum habeat. Neratius: sufficere existimationem donantis hanc esse, ut moriturum se putet: quam iuste nec ne susceperit, non quaerendum. quod magis tuendum est.

ネラティウス『解答録』第 1 巻

フルキニウス：夫婦間において贈与者が全く適切な死の恐れを有している場合に死因贈与はなすことができる。ネラティウス：自身がまさにすぐに死ぬであろうことを贈与者が考えていることで十分である。すなわち正当にこのように考えたか否かは問われない。こちらの考えがより適切であると考え

ていたことの原因になるのではないかと主張する²⁵⁾。すなわちこの法文中では、古典期ローマ法においては通常禁止されている夫婦間贈与²⁶⁾について「死の危険」の要件がいかなるものかが問題とされているが、もし万が一にも古典期において第1類型の死因贈与が存在しなかったとしたら、ネラティウスがわざわざ「死の危険」について述べなかったのではないかと Rürger は考えるのである。

更に Rürger は D.39.6.35.4²⁷⁾ において、「現在の危険」に関する死因贈与のみでなく「将来の危険」に関する死因贈与も同様に認められていることから、この「将来の危険」ということは常に考えることができる」ということを理由として、一般的に「危険」というものが死因贈与の要件としては要求されなくなっていくと考えている²⁸⁾。付言すると、この Rürger の考えに従うのであれば、実際の相続の場面で、片方の当事者が生前贈与であると主張するある贈与に対して、他方当事者が「将来の危険」を見込んで贈与がなされたのであるからこれは死因贈与であるという主張がなされ、このようなことが続いた結果実際には「危険」という要件自体が事実上意味をなさなくなっていくという意味でとらえることができるであろう。また死因贈与に関しては Rürger も自身の見解と似ていることに気付いている²⁹⁾ が、Karlowa は死因贈与は以下のような発展経過をたどったと考える³⁰⁾。すなわち危険が現在ないといけないう状態から、危険が将来的にあれば足りるようになり、最終的には特に必要とされなくなったということである。これらは現在において通説的な見解だと思われ、また第1類型の死因贈与は類度的には少

られる。

25) Rürger, op.cit., S.29.

26) 夫婦間贈与の禁止については、さしあたりクリンゲンベルク著、瀧澤訳、前掲『ローマ債権法講義』297-298 頁参照。

27) D.39.6.35.4 Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam

Mortis causa donatio fit multis modis; alias extra suspicionem ullius periculi a sano et in bona valetudine posito et cui ex humana sorte mortis cogitatio est; alias ex metu mortis aut ex praesenti periculo aut ex futuro, si quidem terra marique, tam in pace quam in bello et tam domi quam militiae multis generibus mortis periculum metui potest. nam et sic potest donari, ut omnimodo ex ea valetudine donatore mortuo res non reddatur, et ut reddatur, etiamsi prior ex eadem valetudine decesserit, si tamen mutata voluntate restitui sibi voluerit. et sic donari potest, ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui accepit decesserit. sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit repetitio, id est ne si convaluerit quidem donator.

パウルス『ユリウス・パピウス法註解』第6巻

死因贈与は多くの方法によってなされる。ある方法は、健康でよい状態にあることから何ら危険にさらされているわけでもなく、人間の死の運命に関して考えてなされる。ある方法は、たしかに地上であれ水上であれ、平時であれ戦時であれ、住居においてであれ軍営においてであれ、多くの種類のものにより死の危険を恐れていたのであれば、現在の危険あるいは将来の危険に関する死の恐れに関連してなされる。なぜならその病気によって贈与者が死んだあらゆる場合に返還がなされないといったように贈与がなされることができるし、たとえその病気によって贈与者が先に死んだ場合であっても、意思が変わったことによって自身に返還することを欲していた場合には返還されるというように贈与することもできるからである。受贈者が先に死んだ場合にだけ返還されるというように、贈与されることもできる。同様にいかなる場合であろうと返還されない、すなわち贈与者の健康が回復した場合であろうと返還されない、というように死因贈与がなされることもできる。

28) Rürger, op.cit., S.30.

29) Rürger, op.cit., S.30, Anm.48.

30) O.Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II Erster Teil, Leipzig, 1901, S.944f.

ないものであったという Karlowa の考察³¹⁾ も Kaser³²⁾・Rüger³³⁾ に継承されている。

三 若干の考察

今日では法文の改竄（インテルポラティオ）主張を大幅に受け入れることができないことは、前述のとおりローマ法学共通の理解であり、D.39.6.2において、第1類型の死因贈与は最も初めにあげられていること、あるいはその他の法文にもその存在について言及されていることから、第1類型の死因贈与は一般的にその存在を認められたものであると考える今日のローマ法学の見解は、少なくともウルピアヌスの時代（及びそれ以後）においては妥当であろう。一方で死因贈与がどのような形で発生したかその発展史をたどることは資料の限定もあり容易ではないが、元々は要求されていた「現在の危険」という要件が、「将来の危険」も許容するに至った結果、徐々にその要件自体も必要とされなくなっていったという、先ほど言及した Rüger の考察³⁴⁾ について現在のところ反対する理由は見当たらない。しかし、Rüger が第1章の「結果」、及び著書の「結語」部分でまとめているような、（第1類型の）死因贈与は主に贈与者が贈与者に対して贈与の目的物について返還を要求する権利を有している場合であり、このような場合には贈与は生前贈与ではなく死因贈与として考えられ、その区別の実益は死因贈与に関する制限の回避である点については大きく共感を覚えるが、一定の留保が必要である点と考える。具体的には Rüger は返還権の有無を重視するがこの点については今後の研究における個別法文の検討により再考が必要であろう。

もっとも、頻繁に指摘されるローマ法学のカズイスティックな性格を強調すると、何が死因贈与かということよりも、その時代ごとに死因贈与にも適用されるようになった制限等をどのような贈与に適用すべきかといった思考方法がより事情に即していると思われる。ある贈与がなされた場合にそれが死因贈与か生前贈与かということを判断するよりも、その贈与が死因贈与の規律に服させるべき贈与かと考えるのである³⁵⁾。このようなことを考える上では、Rüger もすでに述べていることではあるが³⁶⁾、現代とは異なり特にローマ法の古典期においては大部分の時代において、主に以下の法文を根拠として義務分に関する規定が生前贈与に適用されるこ

31) Karlowa, *op.cit.*, S.944f.

32) Kaser, RPR I, S.764f.

33) Rüger, *op.cit.*, S.88, 243f.

34) Rüger, *op.cit.*, S.30.

35) Rüger, *op.cit.*, S.88f. 参照。もっとも、この違いは単に説明方法の違いにすぎないとも考えられる。本来は贈与が死因贈与にあたるかを考えた後に、生前贈与だとしてその生前贈与に死因贈与の制限規定を適用すべきかを考えるのが適切であろう。

また実際には死因贈与自体にも、相続に関する規制の適用を排除する趣旨で利用する方法ももちろんあったと考えることができるが、死因贈与自体は遺贈に関する諸制限（ファルキディウス法等）に初めからあるいは順次服することになった（vgl. 船田、前掲『ローマ法 第4巻』433頁）という歴史から考えて、そのような死因贈与の使い方が有効であったのは限定された期間であったであろう。

生前贈与が死因贈与に関する法の適用を逃れるために使われたのではないかという点に関しては、Rüger の S.72-73 及び S.88-89 を参照。

36) Rüger, *op.cit.*, S.81ff., S.244.

とはなかったと一般的に考えられている³⁷⁾ことが注目されなければならない。根拠法文として主に上げられるものは以下の法文である。

D.31.87.3³⁸⁾ Paulus libro 14 responsorum

Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano praefecto urbi. "Si liquet tibi, Iuliane carissime, aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari".

パウルス『解答録』第14巻

アレクサンデル＝アウグストゥスが属州総督クラウディウス＝ユーリアーヌスに。「祖母が不倫の訴えを免れる目的で、孫に贈与することにより自己の財産をすべてなくしてしまったことがあなた（最愛なるユーリアーヌス）にとって明らかであるならば、贈与されたものは半分取り消されることを理性は要求する。」

この法文においては、アレクサンデル＝セウェールス帝がいわゆる「不倫遺言の訴え *querela inofficiosi testamenti*」を避ける目的をもってなされた生前贈与について、その取消しを認めている。

ここで述べられている権利は「不倫贈与の訴え *querella inofficiosae donationis*」として後に勅法彙纂中にまとめられ³⁹⁾ているが、そこに収められているものはすべて古典期後の時代におけるものである⁴⁰⁾。そのため現時点では古典期においては通常、相続との関係で生前贈与を縛るということは行われていなかったと考えられる。このような状態であるので、詐害行為に当たるような場合は別として、生前贈与が相続との関係で特別の制限がかけられていないとしたならば、相続に関する規制を逃れるような生前贈与について、一定程度死因贈与に関する規制を及ぼす必要性が存在したものと考えることが自然であろう⁴¹⁾。このような生前贈与に対する規制という点で、第1類型の贈与は実際に生前贈与として行われた贈与を、死因贈与の規制に服

37) Kaser, RPR I, S.713, 船田、前掲『ローマ法 第4巻』339～340頁参照。

38) 本法文の邦訳に際しては、R.Knutel/B.Kupisch/TH.Rufner/H.H.Seiler, *Corpus Iuris Civilis Text und Übersetzung* V, S.395を参照した。

39) 船田、前掲『ローマ法 第4巻』339-340頁。勅法彙纂においては不倫贈与の訴えは第3巻29章「不倫贈与について *De inofficiosis donationibus*」にまとめられている。

40) シュルツも不倫贈与の訴えに関しては、主に古典期後の時代のことであり理由で多くは言及していない（フリッツ＝シュルツ著、塙浩訳『古典期ローマ私法要説』374頁）。

41) もっとも、ローマにおける生前贈与はキンキウス法に代表されるように、それ自体に多くの制限が存在したことから、生前贈与に関する規制だけで十分だと考え、古典期末期になるまで生前贈与自体を直接相続との関係で規制しなかったという可能性は完全に排除できるものではない。

また、なぜ古典期末期において急に直接規制がなされるようになったのかという疑問も生じるが、この点の検討は今後の課題とする。

以上のように相続との関係で特別に生前贈与を制限しなかったということは、何らかの他の制度で間に合っていたか、あるいは別の理由により制限しなかったか等の理由は現時点では定かではなく、この内容については今後の課題としたい。

させるという点で、実際の訴訟において大きな役割を担っていたのではないだろうか⁴²⁾。実際の訴訟においては、贈与を死因贈与ととらえることによって利益を得る側によって、一見生前贈与に見える贈与を死因贈与の規制に服させる、あるいは死因贈与としてとらえる旨の主張がなされたことが想像できる。Rügerによって改めて指摘された「生前贈与と死因贈与の境界」という問題⁴³⁾についても、そもそも生前贈与と死因贈与というものを古典期ローマの法学者たちがその区別を曖昧なものにあえてし、そのことにより生前贈与を死因贈与に関係する規制に服させようとした結果ではないのかということが推測される⁴⁴⁾。すでにKaser⁴⁵⁾あるいはKaserの同箇所を引用する小菅氏⁴⁶⁾によっても指摘されているように、古典期後の法においては生前贈与が相続の代替的な役割を担うことが増えていくことになる⁴⁷⁾。またKaserの文言からすると古典期においてその傾向はすでに見られているのであり、そのような生前贈与の役割の変化がどのようにして起きていったかを明らかにすることが今後の個別法文の検討において必要となるだろう。

四 まとめ

以上のように本稿においては「人はいつか死ぬものだということのみを考えて *sola cogitatione mortalitatis*」なされる死因贈与（＝第1類型の死因贈与）について、若干の検討を加えることで死因贈与の古典期ローマの相続における役割に関する一定の仮説を得た。このような死因贈与が古典期において存在しなかったという見解は、特に現代のローマ法研究においては認めたいところ、本稿も基本的にはその結論に異論はない。しかし、このような死因贈与の存在は

42) 少し前にも述べたがRügerは、相続に関する規制を避けるための方法はもちろん実務においては考え出され、これに対して贈与者に贈与の目的物の返還を請求する権利があるか否かをメルクマールにして、そのような贈与を死因贈与と同一視して規制を及ぼそうとしたが、「それ（不倫贈与の訴えの導入）によって、生前贈与と死因贈与の違いがほとんどなくなった」（Rüger, op.cit., S.244）と考えている。筆者の考えはRügerの考えに反するものではなく、むしろ従うところが多いのであるが、ひとまず詳細な法文検討を前にした本稿においては、返還権があるかどうかという限定なしに、一般的に相続に関する規制を生前贈与に対しても及ぼす可能性を維持するために第1類型の死因贈与は使われたという立場をとる。このことについては今後Norio Tanaka, “Zum Verzicht auf das Widerrufsrecht bei der Schenkung von Todes wegen”, *Aus der Werkstatt römischer Juristen*, Berlin, 2016などの研究成果と関連付けた研究が必要であろう。

また前述のように現在の通説の見解によるとこの種の類型の贈与の役割については、それほど大きくとらえられていないと思われる。

43) Rüger, op.cit., S.32-89.

44) もっともこのことは、個別法文の検討において実際にもう一度考察されるべき問題であり、D.32.37.3については後述のように日本ローマ法研究会において研究報告を終え、その内容については別稿を予定している。

45) Max Kaser, *Das Römische Privatrecht II*, München, 1975, S.396. またこの内容自体は、小菅氏がすでに指摘していることではある（前掲小菅「法学史上の古代末（「死後贈与」前史からの管見）」128頁註7）が、Archiの研究結果（Kaserの上記箇所の諸註参照）を取り入れたものである。

46) 小菅、前掲「法学史上の古代末（「死後贈与」前史からの管見）（一）」128頁註7。

47) Rügerによると第1類型の死因贈与がなされる「目的はしばしば一種の先取相続」とであるとされている（Rüger, op.cit., S.88）。

特にその語義だけをとらえると⁴⁸⁾、贈与者の内面の動機によって死因贈与か否かが決せられるため、生前贈与と死因贈与の境界があいまいになることにつながる。このようなことは本稿の立場から言えばあえて法学者たちが曖昧なまま残していたのではないか。先述のように、このような状態は、相続との関係で生前贈与が特別に規制されていなかった古典期ローマの大半の時期においては、ある贈与を生前贈与と主張することにより、相続の規制を逃れるという行為を横行させてしまう。信託遺贈等において遺贈に関する規制を適用するということが比較的迅速に行われていたことを考えると、このような行為について相続実務において何ら対策が取られていなかったとは考えづらい。そのためこのような相続に関する規制を逃れることを防ぐために「第1類型の死因贈与」はその存在を利用されたのではないか、逆にこのように第1類型の死因贈与が上手く使われていたことによって対処できていたからこそいわゆる「不倫贈与の訴え」のような制度の整備が遅れたのではないかと考えることができる。今後は贈与に関する諸法文を検討していくうえで、以上のような内容を具体的に明らかにしていくことになるであろう。

五 今後の展望

古典期ローマにおいて死因贈与に関する規制あるいは他の法制度の変遷があったという当然のことを前提とするならば、古典期ローマにおける死因贈与というものはこうであるということをも前提として、法文を解釈していくことは当然のことながら避けなければならない。特に現代における死因贈与あるいは死因贈与の撤回に関してなされている議論を（ある程度参照し参考にすることは必要であり有益であるとはいえ）、ローマの死因贈与に投影して法文解釈を進めることには注意が必要である⁴⁹⁾。

他の制度についてもそうではあるが、死因贈与に関する取扱いが古典期を通じてかなりの変遷を遂げていること⁵⁰⁾から考えても、当然のことながら今後はその時代ごとの相続に関する制限、あるいはその時代ごとの社会事情を考慮に入れた上で、法文の解釈を進めていく必要がある。

また、ローマにおける死因贈与の役割に関しては、「実務的な観点からいうと、死因贈与が選択される理由の一つとして、遺贈が邪魔くさいという点があるように思われる」という現代法における死因贈与に関する日本の実務家からの指摘⁵¹⁾は無視することができないように私には思われる。一般的な見解によればローマにおいて相続を語る場合には遺言が存在することが前提といってもいいくらいに遺言相続が原則とされていたが、現在の日本と状況が異なるローマにおいて、このような視点がどれほど必要となるかも、今後の検討課題の一つとなるであろう。

48) 実際にどのように判断されたかという点に関しては今後の検討課題としたい。

49) 新版注釈民法において死因贈与について述べられている記述はこのことの参考となるかもしれない（柚木馨・高木多喜男編、『新版注釈民法(14) 債権(5)』（有斐閣、1993年）§554 I）。

50) 例えば遺贈に関して適用されるファルキディウス法についてはセプティミウス＝セウエールス帝の時代に死因贈与についてもその規制が及ぶようになったと一般的に考えられている（Kaser, RPR I, S.764）。

51) 中村真『相続道の歩き方』（清文社、2018年）48頁。

現代において、遺言が無効となった場合に、死因贈与へと転換する裁判例が存在すること⁵²⁾も何らかのヒントとなるかもしれない。

最後になったが、死因贈与と（生前）贈与との区別があいまいであるという現代にも通ずる問題⁵³⁾はそもそも死因贈与という贈与の存在があいまいで定義の難しい存在であるという点に起因していると考えられる。一般的に概念に関する定義を好まないといわれるローマ法学にとっては実際に何が死因贈与か、あるいはどのような贈与について死因贈与に関する規制が適用されるべきかという問題はある一定の線を引くというわけではなく、個別事例に応じたものであったであろうということは想像に難くないが（もっともこのことは現代法においても一定程度そうではあるが）、ある一定程度の基準を見出すことは不可能ではないであろう。もし本稿で述べるような死因贈与の使われ方が現実になされていたのであれば、第1類型の死因贈与はローマ相続法上で現在考えられているよりも大きな役割を果たしていたのではないかと、またこのような死因贈与の使い方があるということで、これまで理解が困難であった法文の理解に役立つこともあるかもしれない。そのためにも、さしあたり Rüger が大きく取り上げている諸法文（D.39.6.42pr., D.32.37.3）の検討を進めていくことになるであろう⁵⁴⁾。またその他にも学説彙纂における死因贈与の章（第39巻6章）における個々の法文の検討はもちろんのこと、他の部分に収められた生前贈与（あるいはそれとの区別の難しい死因贈与）に関する法文の検討が必要不可欠であり、今後はこのような諸法文の検討を進めていく次第である。

[付記] 本稿は JSPS 科研費（若手研究）20K13308（研究課題名「古典期ローマにおける相続と贈与」）による助成を受けている。

52) この内容については、さしあたり野澤正充「遺言の無効と包括死因贈与への転換」立教法務研究第7巻（2014年）65-78頁を参照。

53) 来栖、前掲『契約法』228頁。ドイツ法における死因贈与に関しては以下の2論文を参照。岡林伸幸「死因贈与の撤回」千葉大学法学論集第30巻第1・2号（2015年）159-191頁、同「ドイツにおける死因贈与（約束）について」末川民事法研究会第4巻（2019年）1-15頁。

贈与に関する比較法研究としては、比較法学会編『贈与の研究』（有斐閣、1958年）が存在する。

54) なおこれに関しては2018年3月に京都大学で行われた第1回ローマ法研究会における後藤報告『生前贈与と相続に関する一事例：Scaev. D. 32.37.3』があり、前述のとおり本報告内容に関しては別稿が予定されている。

