

ローマ法における扶養

岩田健次

目次

一、まえがき

二、扶養の性質と態様

- (一) 直系尊属・卑属の間の扶養義務
  - (二) 被解放者が保護者を扶養すべき場合
  - (三) 夫婦間の扶養
  - (四) 後見人の未成年被後見人に対する扶養
  - (五) 遺贈された扶養料
- 三、あとがき

ローマ法における扶養の問題は、多くの場合において、独立して法律問題となるというよりも、むしろ、他の重要な法律問題、たとえば、親子、夫婦、尊属・卑属間、後见人・被後见人間などの関係に関連して問題になることが多い。しかし、ローマ法源から見て、日本における解釈に不十分なところがあるので、あえて問題の提起として、扶養を取り上げた。

(一) 扶養の問題を歴史的に概説すれば、歴史時代初期にあって、氏族 (*gens*) の制度が強固な時代では、扶養の問題は表面には現れない。しかしながら、各氏族員に、その生活に必要な衣食住の最低限度を確保するという、いわゆる自然扶養 (*alimenta naturalia*) の確保の問題は、氏族の政治の上での根本問題であり、道徳的ならびに宗教的規範と並んで、またそれらと密接して、強固な政治的規範として取り上げられた事項であることは疑いのないところである。その反面、扶養の問題が、あまりにも政治的に解決されるので、法上の問題として表面にまで現われることが少なかったのであろうか。共和政の発展とともに、氏族制が漸次崩壊の方向にむかうと、次第に家族を中心とする権力構造にむかう。もちろん、単純に、氏族から家族へと、権力構造が移行してゆくといったものでなく、政治的・経済的な諸関係の総合的交錯の結果としての一つの流れである。家族が権力構造の中核となると、扶養の問題は、家父長権 (*patria potestas*) の中に吸収されてくる。妻も古ローマにあっては、夫手権 (*manus*) へ帰入するのが通例であり、子と妻との扶養については、家父長である者 (夫または夫の権力者) の責任となる<sup>1)</sup>。この際に注意すべき問題は、家父長の有する家族の者への生殺与奪の権 (*ius vitae necisque*) に関して生ずる。家父長が家族に対して、

かかる絶大な権力を附与されていたということは、扶養の問題を重視しないというのではなくて、逆に、家父長の命令に従わない家族に対する家父長の権限を最大限に拡張することによって、その反面、従順な家族を扶養し・養育すべき義務と権利が強力に家父長に帰属せしめられていたことの表明であると思う。もし、家父長が死亡したり人格減少 (*capitis deminutio*) を受けた場合においては、未成熟の子は自権者となるが、その者は後見に服する。それが、法定後見であれば、宗族主義によるものであり、遺言後見は、その法定後見が適宜でない場合に対する救済であり、政務官による選任後見は、以上二つの後見に対する救済方法として存在する。いずれの後見であれ、後見人は、被後見人を扶養すべき義務を包含するものであった。婦女の後見は、扶養を問題とするよりも、裁判上における婦女の無力を救済する制度であつたであらう。

以上、古ローマを中心に、共和政末ごろまでの、扶養の問題は、宗族主義によるものであり、なかでも家父長権を中心として展開されてきたものであるといえる。もちろん、この宗族主義の原則は、相続・後見についても一般に妥当するところである。法源のなかでも、扶養を直接に取り上げたのは、ユスティニアヌス一世の法典に少しあるだけで、他は、多く、嫁資の法・相続・後見その他の大きい法上の問題の中で関連して出現している。

(二) 帝政期に入ると、扶養における、家父長権を中心とした宗族主義の原則に、少しずつ変化が見られる。変化の方向は、狭い宗族主義を越えて、さらに広く血族主義の方向にむかったことである。家父長が権力に服する卑属を扶養すべきことを明確化し、子を絞殺する場合のほか、子を遺棄する場合、養育物を拒否する場合、公衆の場所で他人の慈悲にさらす場合にも、子を殺すものとみなされ、拡大した解釈がなされている。また、立場を逆にして、子が親を扶養すること、被解放者が旧主人である保護者およびその子をも扶養すべきことの規定もなされている。さらに、

家父長権免除された子にも、親を扶養すべきことを定めた。ここにおいて、血族主義の原則に大きく移行することを見る。ひとたび血族主義の原則が採られると、扶養の性質上、さらに、拡大の方向にむかう。かくして、父方であろうと、母方であろうと、すべての直系尊属・卑属間の扶養義務を、裁判官の裁量により義務づけるに至っている。これは、生来自由人についての扶養における宗族主義の後退である。また、内縁児と親との間にも扶養が拡大され、私生児と母との間にも同じく拡大されるに至っている。完全な血族主義の立場である。もちろん、扶養だけが拡大されたのではなくて、相続も、同じく、宗族主義から血族主義へと同じ歩みをすることは当然である。ただ、夫婦間の扶養については問題が残る。ローマの専主政の始めごろ以来、種々の社会的理由によつて、夫手権に服さない合法婚姻が漸次通常の婚姻の形態となつてゆく。<sup>(2)</sup>この場合にも、慣習または習俗として、妻側は夫側に嫁資を持参する風があった。その際、現実に財産を持参することもあり、婚男の債務そのものを嫁資に充てることもあり、単に嫁資設定の約束をなし、現実の履行は時間的に遅くられることなど、種々の態様があることもちろんである。しかし、扶養の問題は嫁資の問題と密接に関連する。詳細は後述するが、要約すれば、ローマ法の古典期後においては、法律的には、例外的な場合のほかは、夫婦間の扶養義務は直接存在しなくて、多く嫁資の問題の中に包摂されているということである。この問題につき、通常の日本のローマ法の概説書は、ユスティニアヌス帝法では、夫婦間の扶養義務は、原則として、全く確立されたもののように論じているが、わたしは、反対説をとる。ただし、法源が示すところによる。

(三) 専主政にいと、血族主義は、必要な場合には、兄弟姉妹その他の傍系血族の間にも扶養義務を認めている。さらに、国庫に子の扶養義務を認めた例もある。これらは、特別の場合で、相続の問題とも関連する事項であるが、ローマ法の扶養は、最後の段階では、近代法における扶養の概念と著しく近似している点が多い。

注(1) 妻が夫手権に婦入する、古ローマ法における合法婚姻の財産的問題については、拙稿、「ローマ法における嫁資の法」——その序説——、関西大学・法学論集・十一巻三・四・五合併号、一九六二、頁二七一以下参照のこと。

(2) 同、頁二七二および頁二七六注(5)参照のこと。

(3) 原田慶吉著、「ローマ法」、改訂版、一九五五、頁二九五——二九六。「ユ帝法では夫に妻を扶養する法律的義務あり(民七五二条)。」なお、頁二八五、頁三二三、には夫婦には、扶養の義務も未だ古典時代にはないとされる。

船田享二著、「ローマ法入門」(改訂版)、一九六〇、頁二二〇。

「ユスティニアヌス帝法では夫は妻を扶養する義務を負うものとされた。」ただし、同人著、「羅馬法」第四卷、一九四四、頁五四、「但し生活の共同は当然に夫妻たる品位に應ずる生活の保障を必要とし、斯かる保障を欠いて生活の共同が失はれるときは婚姻は解消し、随って夫妻相互の扶養の義務が直接に制裁されるといふことはない。」

船田博士の二つの個所は、時代的に前後した結果そうなったのであるものか、扶養が嫁資との関係でとらえられる問題ではないものかの点については言及されていない。私としては、一九四四(後者)の方をとり、それを他の問題(嫁資の法)と関連して解釈する方が一層妥当であるのではないかと思う。もちろん、原則と例外は、どちらにでも解釈できるので、私の誤解かもしれない。

## 二 扶養の性質と態様

ユスティニアヌス帝法においては、扶養は血族主義による傾向にあるけれども、なお被解放者と旧主人たる保護者との間、すなわち被解放者による保護者の扶養の問題といった古来の宗族主義の残影も特に強調されている。それから、離婚後、婚姻継続中、さらに、夫の死亡後、妻が夫から懐胎していると主張する場合には、その胎児が夫の嫡出子であるとの認定(ローマ法では、agnoscere普通には、「認知する」と訳しているが、しかし、それは嫡出子であることの認定であり、近代法の認知とは、およそ概念にずれがあるけれども)の問題と、その胎児の扶養の問題

が大きく取り扱われている。これは、直系卑属の嫡出性の問題ではあるが、ローマ法では扶養の問題に関連する一つの題目になっている。

ローマにおける扶養の内容は、もちろん今日と異なって、通常は、食(cibaria)と衣(vestitus)と住(habitatio)に限られていたであろうし、単に肉体的存在を必要とする点に重要性があつて、いわゆる自然的扶養(alimenta naturalia)を基本とし、今日の扶養の概念に当る扶養義務者の社会的地位・身分に対応する扶養、いわゆる市民的扶養(alimenta civilia)については、当事者間における契約による義務が存在する場合とか裁判官の命ずる場合とかのほかは、多く習俗上の問題となるにすぎないと推定される。今日における扶養はかかる市民法扶養、つまり相対的扶養の概念で規律されるから、衣・食・住はもちろん、光熱とか医療とか精神の健全な発達に必要な最少限とかなどの雑多な要素を包含するものであろうが、それは近代法以来の努力の産物であろう。それと関連して、夫婦間の扶養義務は、直系血族あるいは最近親の傍系血族者間などの扶養義務とは、次元を異にすべきだといった近代法的概念は少なくともローマ法では直接感知されない。婚姻を神聖視し、夫婦間の一体化を図る思想は、カノン法・その他の教会法などによる、キリスト教的宗教思想の法概念への反射であらうと思うがどうであらう。

かつ、ローマ法にあつては、夫婦間に扶養の義務があつたかどうかは、説が分かれるので、本論文の中心問題となる。私見としては、法源なかでも嫁資の法の法源を調べるうちに、夫婦間の扶養は、通常の場合は、嫁資の法のなかに吸収されて、夫が妻を扶養すべしとの直接の法命題は成立するものでなく、嫁資の法からは、妻の扶養を夫が義務づけられることもあり、または妻の扶養は妻の家父長である父などが義務を負うこともあり、また、夫とは別個に、妻自身が自己を扶養するといった、各種の形態が法上可能であり、それに即応して、夫婦間の扶養の問題が、嫁資の

法の細目に関連することが多いという結論になる。つまり、夫婦間の扶養の問題は、法的には嫁資の法に吸収されるのである。しかし、逆に、夫婦間では扶養の義務は存在しないとの速断は、できない。法源でも貧窮な夫を妻が一定扶養することを義務づける規定のようなものがあるが、それも、ただ単独に扶養の義務を課するといった単純なものではなくて、必ず嫁資の果実で扶養すべしとか、嫁資で扶養して、そして、夫が嫁資の減少を甘受し、しかも婚姻解消があり、資格のある妻からの嫁資の返還請求に対しては、当初の嫁資の返還をすべしとかの結果を予想しているのである。詳細は後述する。

直系血族者間の扶養の問題は、比較的単純であり、それ自体としては問題がない。ただ、ローマ法では、総括的に抽象して、直系血族者間の扶養を頭から規定することなく、順次に、しかも、裁判官の審理が介入して、必要に応じて、個別の場合に応じて、各当事者に、扶養の義務を課するものであって、したがって、厳密な立場からいえば、直系血族者間であっても、抽象的に扶養義務が存在したといえるかどうかは疑問となる点も存するが、しかし、法源上は、多くそのような義務の前提を予想して法上の問題とし、特種の場合には、扶養の義務を課さないといった個々の場合の取り上げ方をしているのにすぎないから、直系血族者間においては、少なくとも、ユ帝法によれば、扶養の必要のある場合においては、扶養の義務を原則的には認めたものとの結論は妥当なものである。しかも、通説も多くそのように述べているか、あるいは抽象的に直系血族者間では、扶養義務ありと述べているの相違はあっても、本質的には、あまり相違する点はなく、抽象的一般化を好まないローマ法と、抽象的一般化を持む近代法的概念との相違にその責めを帰すると解釈しなければならない。すなわち、原則としては、直系血族者間では、ユ帝法にあっては扶養の義務が認められるといえるのではなからうか。

次に、なんらかの形態において、扶養の義務が存在する者たちとの態様を述べる。

(一) 直系尊属・卑属の間の扶養義務

まず直系尊属は、古くからは、権力下にある卑属だけを扶養・養育するのを強制されたのであるが、のちに、帝政期後にあつては、家父長権免除された者または他の理由によって自権者となつた卑属をも扶養すべく拡大され、しかも、その扶養義務は相互的である。さらに、卑属は、父系の直系尊属ばかりでなく、母系の直系尊属をも扶養するように強制されている。もちろん、これらの場合には、裁判官が審理をなす。かかる扶養は、困窮・病気の場合につき、衡平と血縁の愛情から由来するものであるから、扶養すべき卑属と、扶養されるべき尊属の要求を慎重に考慮して、裁判官が裁定する。しかして、血縁の愛情に扶養の義務の基礎付けを求めている事實は、ローマ法家族法における、宗族主義から血族主義への拡大といえるものである。しかし、宗族主義がなくなるのではない。後述のように、保護者(旧主人)と被解放者との関係を強化しているように、むしろ宗族主義だけでは、法生活上不便をきたすので、さらに拡大を図り、東部法の影響もあり、血族主義に範囲を広げたといった方が一層適切である。しかしその反面、家父長権の絶対化の方向は、そのために大いに弱化される結果を伴つたであらうけれども。

扶養ならびに相続における法的基礎付けに、血縁の愛情の問題を前面に出すと、必然的に私生児 (*vulgo quaesiti liberi, spurii*) の扶養の義務を母および母の直系尊属に課した。さらに、私生児の父であることが、法廷で証明された場合には、父はその私生児を扶養すべきとの、皇帝指令が確認される。しかし、近親姦その他非人道的に出生した私生児をも扶養する義務を法は否認する。しかし、事実上、かかる子を養育する問題とは別である。これは、血縁の愛情の限界を指すものとして興味のあるところである。

内縁児 (*liberi naturales*) も、ニ帝では、嫡出児に準じて、その父母および各直系尊属がこれを扶養すべきことを認めている。内縁そのものが、漸次適法婚に準ずる取扱いを受けたことの当然の結果である。

扶養の問題にあつて、扶養請求者が自活できるかどうか、裁判官の審理の次に問題となりうる点である。しかも、扶養の請求は、裁判上の請求前の扶養には及ばないことが前提となつてゐる。もし、扶養すべく義務付けられた者がその資力に応じて決定された扶養料の給付を行なわなざるときは、その者の財産が差押えされ公売に付され、判決を満足させるよう強制される。

直系尊属・卑属間の扶養の義務の決定に関しては、親子関係そのものがその基礎であるとする血族主義の原則の結果、通例は、親子関係そのものの確認が前提要件をなす。すなわち、通例は、親子関係が明らかになつて、初めて、扶養の問題が生ずることになる。ただし、胎児にあつては、事情を異にする。すなわち、適法婚姻による胎児であるとの要求が、離婚後、婚姻継続中、または夫の死亡後、妻から提出される場合（婚姻解消後なら数えて三〇日以内）に妻が正式な手続を履行し、夫がそれに対して否認しないときは、子が父の自権相続人となるか否やとは別個に、夫はその胎児を扶養することが強制される。これは、胎児の扶養を社会政策として立法化したものにほかならない。しかし、扶養されても、扶養されなくても、その胎児は出生後に、父の自権相続人であるか否かの訴訟は別個に存在する。もちろん、父の適出児でないとの法の決定がなされた場合においては、夫側は扶養料として支払われた額の返還を請求しうる。ローマ法では、もっぱら適法婚姻によると推定される胎児に関して規定してあり、それ以外の胎児には直接の規定が見いだせないから、父たるべき者の複数存在しうる場合とかの問題は生じない。かつ、相続人の未成年の子について、父子関係につき争訟がある場合には、争訟の決定は、その子が成熟期（通説、男十四才、女十二才）

に達するまで延期されて、その間相続財産となるべきものの占有は、その子のために一応附与がなされ、後見人がそれを管理すべき旨の法務官の告示(Carbonianum edictum)が存在し、かかる子の扶養の問題の解決を図っている。

直系尊属・卑属間の扶養につき、あらゆる場合に抽象的 generally に扶養が強制されるのではなくて、扶養請求者が自活できる場合のほか、たとえば、息子が父を告訴したことを理由にして、父がその息子を扶養することを欲しないことは正当であるとしている。また、ローマでは、父母一体化して子を扶養すべきであるとの法的な観念が存在したかどうかは疑問とされる。たとえば、母が子の扶養料を出した場合において、それがやむをえず支払ったものであり、父が子の扶養について給付すべき額があったときは、一定の制限付きで、その母に対して、父から扶養料の返還請求を求めることが認められている例がある。しかし、無条件に認められるのではなくして、母が愛情に促されて子に支払ってやったとき額についてまでも、返還請求を求めるとは認められないとしている。父母が子を扶養する場合にあって、嫁資の法が介在して、一方的な抽象的扶養は妥当しいのではないかと思われる点が存在する。さらに、扶養は自然の理によってなされるべきもので、たとえば、親が息子によって扶養されるべき旨の判決があった場合においても、親の債務を支払うことを息子は強制されるべきではないとの皇帝指令が出されている。これは、主として裁判官に対する注意規定である。それから、父が極度の貧困に陥った場合のほか、子が生前親に対する敬愛の意思に基づいて支払っていた扶養料につき、子の相続人は自己の意思に反しても、それを行なうことを続けるよう強制されない旨を明示している。

## (二) 被解放者が保護者を扶養すべき場合

奴隸が主人により解放されて自由人になった場合においては、旧主人たる保護者は、被解放者から、裁判上の尊敬

を受けるべき権利を有するばかりでなく、財産法的にも、保護者またはその子は、直系卑属のない被解放者に対する相続権を有し、さらに被解放者またはその子が未成年のときには、後見人たるべきの権利（少なくとも古代では、後見は権利と意識されていた）をも取得する。さらに、貧窮している保護者は、被解放者から扶養を受けるべき権利をも有した。ユ帝法はそれを一層充実せしめている。すなわち、保護者さらにその子（場合によるけれども）は、被解放者から、自己の困窮を理由として、扶養を請求し得るものとしている。もちろん、保護者―被解放者関係の存在を前提としてのものであり、その関係自体を確認する訴訟は別個に成立しうる。被解放者の男・女の区別は、扶養をする義務に関しては問題がない。ただ、裁定人が保護者またはその子と被解放者との財産を裁定して、保護者またはその子に不足しており被解放者に余力のある分を考量して扶養額を裁定する。

今もし反対の立場に立つて被解放者が貧窮その他の理由によって、扶養を請求した場合においては、請求を受けた保護者は必ずしも、扶養を与える必要はない。すなわち、保護者が被解放者を扶養する義務は直接存在しない。けれども、もし、かかる場合にあって、扶養をしない保護者には、解放についてのそれ以後の解放金の取得と被解放者の財産を相続しうる権利とを喪失するという不利益を受けることになるとしている。ローマ的な衡平の概念のしかからしめるところである。

コモドゥス帝の勅法によれば、保護者に暴力を用い、または当然扶養すべき場合に扶養しない被解放者が、その行為につき立証がなされた場合には、保護者の権力下に戻され、奴隸となるべく、それに従わないときは、公買されて、その価格が保護者に与えられるものとしている。

### (三) 夫婦間の扶養

この問題は、ローマ法では、特種の問題を含むから、関連する個所をあげて、説明すると、

[I] D., 24, 3, 42, 2. Papinianus.

Usuras numeratae dotis ex stipulatu pater in matrimonio defuncta filia si petat, gener, qui residuae dotis promissae faenus stipulatus est, ita demum ad finem vice mutua debitaee quantitatis compensationem opponere iste videtur, si propriis sumptibus uxorem suam exhibuit : alioquin si patris sumptibus exhibita sit, inanis usurarum stipulatio compensationi non proderit.

(婚姻継続中に娘が死亡した場合において、その父がすでに支払済の嫁資〔の分〕の利息を問答契約により請求するときは、婿としては、約束された嫁資の残余分の利子を問答契約により要約していたものであるが、それまで自己の費用でその妻を扶養していた場合にかぎり、婿は、相互に負っている金額の範囲までは対抗して相殺を認められるものとする。そうではなくして、妻がその父の費用により扶養されていた場合においては、利息に関する〔婿の〕問答契約は効力を有することなく、相殺に役立つことはないであろう。)

本文の趣旨は、娘の父が婚男との間の嫁資の約束の問答契約において、約束の嫁資を即時に全額支払うことなく、その一部をその時支払い、附約として、父は出費した嫁資の分の利息を請求しうるものとし「もちろん、嫁資の返還請求を要める必要があるとき」、逆に、婚男は、嫁資の残余分に対する利息を請求しうるという旨を付して、婚姻が成立した。そののち、婚姻継続中に、娘が死亡し、当然嫁資の返還請求を求め、父が認めた場合において、すでに支払われた嫁資の分については、問題なく夫から父に返還されるべきものであるが、問答契約による附約によって、利息はどうなるかが問題となった。その解決として、夫が自己の費用でその妻を扶養する (exhibere) ことをし

ておれば、相互に債務を負っている利息分については、相互の額の範囲で相殺がなされるが、反対に、夫が自己の費用でその妻を扶養することがなかった場合は、婿は相殺を主張することができず、受領した嫁資分とその利息をも付けて娘の父に返還すべきであるということである。夫が妻を扶養すべきことは、倫理的には当然存在しうるものであるが、実際においては、法律上の扶養義務は直接表面にでることなく、ただ嫁資の利息は、妻の扶養に充てられる旨を中心とし、現実の扶養は、妻の父が行なうこともありうる。すなわち、専主政の始めごろ以来、夫手権に服さない合法婚姻が漸次通常の婚姻の形態となつてゆく。その場合に、妻は実家の父の家父長権に服しているのであるから、純法律上は、扶養の義務は、父と娘たる妻に存在し、ただ嫁資の設定により、父は夫にそれをゆだねたものとみるほうが一層了解を容易にする。ユ帝法において、夫婦の扶養義務、なかでも夫が妻を扶養すべき法律上の義務一般を有するとする立場は、何か、クリスト教的か、あまりにも近代法的（クリスト教により、夫婦の一体化の思想を継受した）な概念を導入しすぎた解釈ではなからうか。

[H] D., 17, 1, 60, 3. Scaevola.

Si inter maritum et socerum id actum esset vel tacito intellectu, ut onus exhibendae uxoris ad maritum rediret praestante patre dotis usuras, nullam actionem superfore ad recipiendum quod negetur consumptum : quod si pater puellae exhibitionem mandasse se doceat, actionem mandati competere.

（夫と義父との間で、「義」父が嫁資の利息を支払うから、義父の娘たる妻の扶養に関する負担は、夫に帰すべき旨が、少なくとも黙示的的了解によって意図された場合においては、「義父は」その娘の扶養のため使用されない

と認めたものの返還を要求する訴権は持ち合わさないのであろう。ところで、「義」父が娘の扶養を「夫に」委任したとの立証をなす場合においては、委任訴権が「義父に」帰属するものとする。

嫁資設定に関して、この場合、夫と婚女の父との間に、婚女の扶養の負担は夫側にあるが、嫁資の利息はこれを夫側に確保すべきことを、黙示的に約した場合については、一般に、嫁資の果実は婚姻の負担を耐えるに用いられるものであるから、たとい夫側が婚女たる妻の扶養以外の目的で使用したり、貯金したりしたものについては、妻の父は返還請求できないとしている。しかし、義父が娘の扶養を、嫁資の利息で行なうべきことを積極的に夫に委任したとの立証をすれば、かかる委任の趣旨に使用されなかったものの返還要求を委任訴権により行ないうるとしている。この文だけからも、夫の妻に対する扶養義務の存否は直接分明でない。しかし、後者の場合、娘の扶養 (*puellae exhibitio*) を夫に委任することを義父が立証するところは、意味深長である。これは、インテルポラーティオにより、ユ帝法で明らかにしたところが、たとい夫に妻を扶養すべき法律上の義務はあっても、それは委任に基づいたものと解釈される。すなわち、嫁資の利息を確保せしめるということ、交換条件をなしているわけである。わたしの解釈としては、夫は本来、夫手権に服さない妻の扶養の法的義務を負うものではなく、委任その他黙示の了解などによって父からゆだねられているもので、それは嫁資の法から成立するものとみる。したがって、もし、夫手権に服することがない妻に関して、嫁資がないような婚姻も婚姻としては有効であるが、夫は妻に対する扶養義務違反のために制裁をうけることはないかと推定する。それは、ただ愛情の問題である。かかることから、身分のある家の娘は、嫁資のない婚姻を不名誉なものとみたのであろう。

【三】 D. 23, 3, 73, 1. *Papinianus*.

Manente matrimonio non perditure uxori ob has causas dos reddi potest : ut sese suosque alat, ut fundum idoneum emat, ut in exilium vel in insulam relegato parenti praestet alimonia, aut tu egentem virum fratrem sororemve sustineat.

(婚姻存続中であっても、次に述べる諸理由のためには、嫁資の返還は、浪費しようとするのではない妻に対しては、行なわれうる。すなわち、妻が自分自己と自己のもの(奴隸)を扶養するために、妻が担保となりうる確実な土地を購入するために、妻が配所または島に追放されたところの父に扶養物を与えるために、あるいは妻が貧窮した夫、「自己」兄弟または姉妹を養うために。)さらに、これと殆んど相応する内容を有する。

[IV] D., 24, 3, 20, Paulus.

Quamvis mulier non in hoc accipiat constante matrimonio dotem, ut aes alienum solvat aut praedia idonea emat, sed ut liberis ex alio viro egentibus aut fratribus aut parentibus consuleret vel ut eos ex hostibus redimeret, quia iusta et honesta causa est, non videtur male accipere et ideo recte ei solvitur : idque et in filia familias observatur.

(妻(以前自権者であった)が、自己の債務を支払うためとか、担保となりうる確実な土地を購入するためとかでなくして、他の(以前の)夫との間の子どもが貧窮しているためまたは妻の兄弟や尊属のため面倒をみたり、あるいは彼らを敵の捕虜であるのを請け戻すために、婚姻存続中に嫁資を受領する場合があっても、それは正当であって相当と認められる理由であるから、不法に受領することとはならず、そのため彼女に正当に支払われることになる。そして以上のことは、家女である妻にもまた遵守される。)

右の、Papinianus 文と Paulus 文においては、インテルポラーティオが多くて、古典時代における、嫁資の婚姻存続中における返還の特例については問題が多いところであるが、今はユスティニアヌス帝が認めた扶養と嫁資との関係を調べてみると、

(1) 妻が自己を扶養するため、婚姻存続中に、嫁資の返還を受けうること。

(2) 妻が父および他の直系尊属の扶養のためにも、また同じであること。

(3) 前夫との間の子どもが貧窮のときも同じであること。

(4) 自己の兄弟・姉妹の面倒をみるためにも、また同じであること。しかし、これは必ずしも積極的に妻がその兄弟姉妹を扶養する法的義務があることを前提としているとも思われるが、わたしは、かかる法的義務は積極的には法上承認されないが、道徳的な慣行を法が認めて、それに対して嫁資の減少を夫が承認するように促しているとみる。つまり、兄弟姉妹間の扶養を、法は、消極的な態様で認めてはいるが、一般的に普遍化したものと思われぬ。

(5) 最後に、貧窮している夫、他説では、貧窮している前夫、の扶養のために嫁資の返還を認めている。これについては問題が存在する。わたしは、夫婦の扶養は、通常の場合は、嫁資の果実その他夫側の収入で行なわれるべきものであるが、特に夫が貧窮の場合は、当然に嫁資の減少をも予期しても、妻は夫を扶養しうるし、夫は当然嫁資の額の減少を甘受しなければならぬと解する。ドイツの古い説では、Hase をはじめ、「前夫」の扶養の説をとる。

Mommsen は、貧窮している「前夫の子」の扶養としているが、それにはもちろん内容には問題はないが、はたして、簡単にそう再構して済ませるかどうかが問題であろう。

[>] C., 5, 12, 29, pr.

Ubi adhuc matrimonio constituto maritus ad inopiam sit deductus et mulier sibi prospicere velit resque sibi suppositas pro dote et ante nuptias donatione rebusque extra dotem constitutis tenere, non tantum mariti res ei tenenti et super his ad iudicium vocatae exceptionis praesidium ad expellendum ab hypotheca crediorem secundum praestamus, sed etiam si ipsa contra detentatores rerum ad maritum suum pertinentium super isdem hypothecis aliquam actionem secundum legum distinctionem moveat, non obesse ei matrimonium adhuc constitutum sancimus, sed ita eam posse eandem res vindicare vel a creditoribus posterioribus vel ab aliis, qui non potiora iura legibus habere noscuntur, ut potuisset, si matrimonium eo modo esset dissolutum, quo dotis et ante nuptias donationis exactio ei competere poterat : ita tamen, ut eadem mulier nullam habeat licentiam eas res alienandi vivente marito et matrimonio inter eos constituto, sed fructibus earum ad sustentationem tam sui quam mariti filiorumque, si quos habeant, abutatur. §1. Creditoribus scilicet mariti contra eum eiusque res, si quas postea forte adquisierit, integra sua iura habentibus : ipsis etiam marito et uxore post matrimonii dissolutionem super dote et ante nuptias donatione pro dotalium instrumentorum tenore integro suo iure potituris.

[Imp. Iustinianus, a. 528]

(なお婚姻存立中、夫が貧窮に陥って、妻が自分の財を案じ、嫁資および婚姻前の贈与および嫁資外設定財産を保

有しようとするときには、朕は、妻に夫の財産を保有せしめ、その財産に関して訴訟において求められる抗弁を妻に確保して、次順位の「夫の」債権者を抵当から排除することを目的とするばかりでなく、また、もし妻が、その夫に属すべき財産の所持者に対して、同抵当に關し、「抵当の順位に關する」法の区別に従つてならぬかの訴権を發動する場合においては、朕は、婚姻がなお存立する事實は妻に対して何らの妨害とならぬ旨を裁可し、かつ、妻が、後順位にある債権者、あるいは、法上妻に優先すべき権利を有しないことが判明しているその他の者から、当該財産に対して対物の訴えをなしうることを裁可するものであり、妻の地位は、もし婚姻が解消したとすれば、嫁資および婚姻前の贈与に關する返還請求を適法になしうる場合に妥當すべき地位に、あるごとくする。ただし、この場合においては、当該の妻は、夫存命し夫婦の間に婚姻が存立するにあつては、当該財産を讓渡すべき何らの自由は、これを有することはないけれども、その財産からの果実については、自己ならびに夫および、何人か子どもがあれば、その子どもの扶養にそれを活用すべきものとする。

一、夫の債権者は、すなわち、夫に対して、および、夫がそののち財産を取得したとすれば、夫の財産に対して、自己の権利を保全されることになる。一方、夫も妻もそれぞれ、婚姻解消後、嫁資の文書の定めるところに従つて、それぞれの権利を保全されてこれを取得することになるであらう。

前文において述べられていることは、重要である。すなわち、困窮した夫に対しては、妻は、自己の嫁資・婚姻前の贈与および嫁資外持参財産に關しては、夫のすべての財産に対して、優先して抵当権を有するので、第一にその抵当権が保護される。しかし、果実については、それを、夫や子の扶養に充當すべき義務がある。これは、しかし、何も夫婦間の義務一般の結果ではなくして、婚姻存続中における、嫁資その他婚姻前の贈与の法的性格を拡張したもの

である。しかし、そのようなときには、かかる果実を、夫や直系卑属の扶養に充当すべきことを明示して指令している。

以上の法源からの決論として、私見としては、夫婦間の扶養の場合は、通常の場合においては、多く嫁資の法に吸収されるべき性質を有し、夫が妻を扶養すべきとか、妻は夫を扶養すべきとかの、一般的抽象論が導き出されることはない。しかしながら、反対に、夫婦間にあつては、扶養の義務が存在することがないとの決論が導き出されるというのでは、もちろんない。夫が貧窮している場合には、妻は嫁資はもちろん、その他の持参財産を保有せしめて、その果実は、これを扶養にあてることを、事件毎に明示しているのであつて、抽象論としては、かかる特別の場合には、扶養義務を法上認めたとの解釈が一応成立する。

#### 四 後見人の未成熟被後見人に対する扶養

後見人は、発生的には、自権者となつた未成熟者とか成熟の婦女に対して、彼らでは、独立完全に訴訟上、または実生活上、年齢または性のために、自己の意思で自己を防衛することのできない自由人に対して、彼らを保護するため、民法上附与された実力および権力であつた。成熟の婦女の後見の問題は扶養にはあまり関係なく、婦女の後見はここでは別として、未成熟後見人（年齢後見人ともいわれる。以下、後見人はすべて未成熟後見人とする。）が、その未成熟の被後見人の扶養の義務を有していたことは、当然であつた。ただし、古くは、後見は家父長権に代置されるべき性質があつたからである。しかし、時代とともに漸次、財産的關係が主となり、後見が後見人の権利というよりもむしろ義務とみられるようになり、選任後見が成立して以来、国家が嚴重に後見事務を監督するに至つていゝ。かくて、後見が、被後見人の訴訟上、財産法上の問題に漸次局限されてくると、扶養の義務（古くは権利）も、実

際の養育とその財産的關係とに分けられ、両親のいない未成熟者の被後見人は、それが一括されて広い意味の扶養の問題にもなりうるが、実母がいる場合には、原則として、養育看護は母にまかせることを通例とし、扶養に関する財産事務の執行が後見人の任務だとされるに至っている。その詳細を法源から一つ選ぶと、

C., 5, 49, 1 pr.

*Educatio pupillorum tutorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricum eis induxerit, committenda est.*

(後見人が被後見人たちを養育するにあたっては、もし彼らの母が継父を導入しないかぎり、それを母にまかせるのが最も望ましいこと)

Eodem, 1, 1.

*Quando autem inter eam et cognatos et tutorem super hoc orta fuerit dubitatio, aditus praeses provinciae inspecta personarum et qualitate et coniunctione perpendet, ubi puer educari debeat.*

(ところで、被後見人たちの母と血族者たちと後見人との間において、養育のことに関して危疑が生じたときは、当該の属州地方官は、関係者たちの人柄と親近関係とを勘案して、どこで子が養育されるべきかを考量するものとする)

Eodem, 1, 2

*Sin autem aestimaverit, apud quem educari debeat, is necessitatem habebit hoc facere, quod praeses iussit.* [Imp. Alexander Severus, a. 223]

(ところで、もしその子が特定の人のもとで養育を受ける旨の判定がなされた場合には、その者は、地方官が命じたことを行なうことを強制されるものとする。)

以上のところから、被後見人の扶養の義務(古くは権利)は、後見人が負うけれどもその被後見人に現実に必要な養育は、再婚しないかぎり原則的には母に託されることを原則とする旨が明白に述べられている。けれども、そのことの最終の決定は、国家の官吏にあることも注目すべきことである。

#### (五) 遺贈された扶養料

後見人と関連があることもあるが、扶養料に関する遺贈(*alimenta legata* 遺贈された扶養料)の問題が生ずる。これは、相続人が、遺言または小書付によって遺贈した扶養料であり、小書付は遺言に附加されていると、無遺言の場合に作成されたかは問わない。扶養料が、死因贈与によって、契約としてある人に贈与されることもある。さらに、条件付きで、すなわち扶養料贈与を条件とする相続人指定であろうと、扶養の履行を条件とする相続人指定であるかを問わない。同受贈者が、同時に後見人であるべき場合も多いが、後見人とは別個の受贈者を定めることもある。かかる場合、扶養料の受遺者は、即時に少額を受領することをもって満足して、扶養を怠たる傾向があるので、マルクス・アウレリウス帝は、宣示によってかかる扶養料に関する和解は、法務官の許可をえてこれを行なはなければ、和解の効力を生じない旨を規定して、国家による扶養の監督を嚴重にしている。

#### 四 あ と が き

ローマ法における扶養の問題を概説したが、本稿の主たる目標は、あくまでも夫婦間の扶養義務の問題にある。そ

れも、ユステイニアヌス帝法に見られるものについて、問題があったのである。あえて結論を出せば、夫婦間において夫婦相互の扶養の義務は直接に制裁されるべき種類のものではない。ただし、配偶者の一方が貧窮の場合には、裁判官は必要に応じて、夫婦間の扶養を強制する場合も、ありえた、ということになる。

思うに、抽象化一般化を避けたローマ法にあって、夫婦間の扶養義務の存否を一般的に断定するのは好ましくない。多くの場合、夫婦間の扶養の問題は、嫁資の法・婚姻のための贈与などの夫婦財産制の中に吸収されて、それを一概に断定して定めることは危険なことである。法律問題としては、個々の場合に依じて夫婦間の扶養の義務のあり方を求めなければならないのである。

そして、法律問題としては、決して抽象的に、夫婦間に扶養の義務を課したり、父母が共同して子を扶養する義務を課したり、することはなかった。もちろん、婚姻に際して、夫婦財産制を定めて、子の扶養・夫婦間の扶養を配偶者間において義務として相互に承認する契約があることは、望ましいことであり、殆んど婚姻締結に際して、そうなっていたのかもしれない。しかし、それは事実問題であって、そうあるべきことを法があらゆる場合において強制したものとは思われない。

要するに、扶養の問題は、抽象的一般的な義務に親しまない法制度であったのであろう。