

ローマ法における嫁資の法

— その序説 —

岩
田
健
次

一、まえがき

二、嫁資の性質と種類

三、夫婦間における贈与の禁止と嫁資の法

四、あとがき

ローマ法において、夫婦財産制といえるものは、時代とともに大きい変移を示している。しかも、その変移は、他の諸法律制度と同じく、排他的に順序を追って変遷しているものでなくして、複数の制度が並列的に存立し、古い制度の不使用によって、実質的に古い制度から新しい制度へ、と並列しつつも漸進的に変移をおこなった事実がみられる。

婚姻が、妻の夫の手権 (*manus*) への帰入 (*conventio*) による古ローマにおける原則的な合法婚姻にあつては、夫婦財産制は、妻の財産が完全に夫または夫の権力者の手に吸収されるという形態をとる。財産吸収制ともいえるものである。この場合においては、婚女が婚姻前に有した財産、婚姻以後に取得した取得財産はどちらもすべて夫または夫の権力者の手に吸収され、妻は原則として婚姻以後は債務負担能力を有しない。市民法上の無遺言相続の場合にあつては、妻は女子に準ずる地位に (*filiae loco*) おいて夫を相続しまた相続財産を取得すべき順位に置かれる。妻が夫の手権に帰入 (*conventio in manum*) する婚姻にあつては、

a) 婚女が婚姻まで家女 (*filiafamilias*) であり、それで財産法上の能力のなかつた場合において、婚女が婚姻によつて夫の手権に服する妻 (*uxor in manu*) となるときは、妻は財産法上の能力のない状態が継続する。彼女は、ただその権力者を変更しただけの結果となる。

b) 婚女が婚姻まで自権者 (*sui iuris*) であつた場合には、彼女は財産法上の行為能力を失うことになり、彼女の従前の全財産は夫または夫の権力者の手に吸収されるのを常態とする。この場合において、婚女の債務は (彼女の相続

した債務であつて、彼女の新しい権力者がそれに対して相続人としての責めを負うものを除く)、市民法上消滅する。のち、彼女の債権者の救済のために、法務官は彼女の債権者のために一種の原状回復(in integrum restitutio)を許可した。すなわち、彼女の債権者は、彼女が婚姻後もあたかも自権者であるかのごとくにして、婚女を訴えることができ、彼女が自権者であることを継続していたならば彼女が現在有しえるべき財産上に執行することができる。⁽³⁾

a) の場合にあつては、かなり古代から、慣習として、婚女の家父長(paterfamilias)が、婚女の婚姻にあつて婚女の相続分(遺言相続・無遺言相続とを問わず、彼女の一心の相続分とせられるべき割合)に相当する積極財産(消極財産は婚姻により当然消滅する)を夫に支出することが行われた。これがローマ法における本来の意味の dos⁽³⁾(嫁資)であり、古代からの慣習として成立し、元来は法律が規定したものでなかつた。

b) の場合にあつては、自権者である婚女自身が、後見人の助成をえて嫁資を設定することが同じく行われることが慣習となつた。

古代ローマにあつて、妻が夫の手権への帰入による原則的な合法婚姻と並んで、例外的ともいえる、妻が夫の手権に服さない合法婚姻が存在した。⁽⁴⁾ところが、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、夫の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。⁽⁵⁾この場合にあつては、婚姻締結それ自体としては、夫の財産および妻の財産の所屬に関して、またそれぞれの財産に対する処分権に関して、何らの変更を生ずるものではない。すなわち、配偶者(配偶者が家父長権に服している場合には、配偶者の家父長)は、それぞれ自己の財産に対して支配権を保持し、婚姻中相続・遺贈・贈与などによりえた財産、その他の取得財産も各配偶者の有となり、婚姻前・婚姻継続中の債務についても各配偶者の負担となる。そのことにかぎつては、いわゆる夫婦別産制といえる。し

かしながら、妻が夫の手権に服さない合法婚姻の場合においても、慣習として、手権に服す合法婚姻の場合にならうて、嫁資の設定が行われるのを通例とした。それゆえ、婚女は従前の家に所属し、相続も始めは実家の近親者との間に生ずるのみであり、のち法務官によって夫婦間では最終順位において遺産の占有を認められたにとどまった。⁽⁶⁾しかし、嫁資の設定された範囲においては、夫婦別産制が大きく破られる。嫁資の返還は、夫の相続人に対しても優先し、妻の嫁資に対する権利は、時代とともに法律上重視された。

婚女が嫁資と並んで婚姻を原因として持参する財産が、古典時代後に東部固有法にならうて成立した。parapherna⁽⁷⁾（嫁資外持参財産）という。嫁資外持参財産は通例は衣裳・装身具・身の廻りの世話をなすべき奴隷などの支度具から成り立っていた。ときには、parapherna は広く、嫁資外のすべての妻の財産をもいうことがある。すなわち、婚姻を原因としなくて、その他の原因で彼女に帰属する財産をもあわせることがある。嫁資外（持参）財産は婚姻後ずっと婚女の所有物であるが、原則として夫が管理をなし、婚姻終了後は常に彼女（または彼女の相続人）に返還された。妻が夫の手権に服さない合法婚姻にあつては、次のことが行われた。第一は、倫理的な義務として、夫は妻に対して共同生活上の家計を維持することを原則とする。第二は、共同生活にあつた物の利用は、夫婦共同して行うこと。第三は、夫は嫁資から生ずる収益については、これを共同生活の費用として支出するのを常態とする。第四は、妻がその財産を夫の管理に任せた場合には、財産管理に妥当すると同じ法規制（主として委任および事務管理などの規定）が適用される。第五は、婚姻前および婚姻後自己の名義において、配偶者の取得し、負担した財産は、各配偶者が独自に取得し、負担する。以上からみれば、この場合の夫婦財産制は独特の嫁資の法を伴つた一種の夫婦別産制であるといえる。しかし、決して純粹な意味での夫婦別産制とはいえない。通例、嫁資の法が強力に媒介しているから

である。

Constantinus 帝以来、東部固有法の影響によって、嫁資とは別個に、夫の側から婚子の側にする婚姻前の贈与 (donatio ante nuptias) が成立した。ローマ帝国法としては、嫁資の法と関連付けられて独特の形で採用された。すなわち、夫側から婚女への贈与物は婚姻成立の際に婚女がこれを嫁資の中に入れてきたときは、嫁資に関する規定の適用を受けるけれども、そうでないときは、妻の所有物たる財産として存続する。婚姻解消の場合には、できるだけ妻および出生子の経済的配慮によって保護するように定められてきた。Iustinianus (一世) は、婚姻締結後にも婚姻贈与を設定することを許容し、一般に禁止されている夫婦間の贈与と區別して、婚姻のための贈与 (donatio propter nuptias) として独立せしめた。すなわち、婚姻のための贈与は婚姻締結後といえどもこれを認めて、他方では婚姻存続中の夫婦間の贈与は禁止するとの原則に従って規定をなし、さらに、夫が嫁資によって利益を受ける割合と妻が婚姻のための贈与によって利益を受ける割合とを等しくすべきばかりでなく、その割合を異にする夫婦間の約束が締結されたときには、少ない割合に統一し、さらにすすんで婚姻のための贈与の額が嫁資の額と同額であるべきことを規定し、嫁資に関すると同一の規定に従って取り扱われるべきことを規定した。従って婚姻の解消後における婚姻のための贈与の運命は本質的には嫁資の場合と同一のものとなった。ユ帝時代の慣行で夫側と妻側が各自の全財産を投入して行われる婚姻のための贈与と嫁資の設定が、同一の規定によって取り扱われる結果、夫婦財産制においての別産制は名のみとなって、実質的には一般共同財産制と変らなくなっていった。

以上、古代ローマからユ帝法までの、夫婦財産制の変移は、厳密には、夫婦別産制から一般共同財産制へと簡単にいえないし、種々の要素が絡まっている。しいて定義すれば、財産吸収制、嫁資制を伴う一種の夫婦別産制、一

般共同財産制への接近という夫婦財産制が併存し、前者が漸次後者へと漸進的に転移して行くとても述べられようか。しかも、その中であって、嫁資制が夫婦財産制の一大支柱となり、その変移が漸次全夫婦財産制の変移の基本を形成したものである点が重要な点である。その嫁資制はローマ法に特有なものであり、独自の発展をし、中世・近世のゲルマン法にもある程度の影響を及ぼした。また、現在においても、フランス民法、イタリア民法、スペイン民法にはその影響が現存する。

本稿は、できるかぎり法源から、嫁資制の輪郭を掘り下げようとした。しかし、ローマの婚姻法は非形式主義であり法は婚姻をもって社会的事実の問題とし、なかでも嫁資の法はどこどころ外郭に事実を説明する膨大な量の法源を有し、それから一定の規定を帰納することには多大の困難を感じた。嫁資と並んで帝政後期から見られる婚姻贈与の法の変遷については、別稿においてまた論ずる予定である。

(1) Gaius, *Institutiones* 3, 82~84 によれば、夫の手権に服した婦女の財産については、一種の承継 (successio) により共買式婚姻によって婦女を取得した者に帰属するのを原則とする規定がある。この方法は十二表法にもよらず、法務官の告示にもよらず、合意によって承認された法によって導入されたものである。原則として、婦女のすべての有体物および無体物にして婦女の債権であるものは、夫または夫の権力者の有となる。例外としては、婦女の(最小)人格減少によって消滅する権利、すなわち用益権・被解放者が宣誓によって約した労役の請求権および法定訴訟の争点決定によって生じた権利があり、これらは夫または夫の権力者の有とはならない。反対に、かかる婦女の負う債務は、婦女の(最小)人格減少によって債務を免れることが明らかであるので、共買式婚姻による買主は責を負わないが、法務官は彼女の債権者達を救済するため、人格減少がないものとみなして彼女を相手方とする準訴訟を承認し、かかる訴訟を防御する者がないときには、彼女が他人の権力に服従しないものとしたならば保有したであろう一切の財産の売却を債権者のために許可するとある。

(3) *dos* の語は、*dare* (与える) に由来するけれども、その発展の経過のうちに、単なる贈与ではなくて来ている。ローマ法およびラテン系の法では、*dos* は婚女側が夫側になす諸財産の供与であり、婚姻終了後は、原則的には婚女側の方に帰属すべし。ローマ法における嫁資の法

き性質の財産である。ゲルマン法では、ローマ法的の *dos* のほか、*Millogengabe* または *Wittum* のことと、*dos* といい、つまり夫から妻への各種の態様の贈物を示し、反対的な意味になることもある。Wittum のことを *dos* と呼ぶのは、卑俗ローマ法にあつて、夫側の婚姻前の贈与を婚女側が嫁資として転じた場合が多いところから、あたかも逆のような用例になつたのであらう。参照

Heinrich Mitteis, Deutsches Privatrecht, München und Berlin, 1959, S. 54.

(4) Gaius, Institutiones, 1, 111.

... lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinocio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interromperet.

(十二表法は、婦女がこの方法(＝使用によつて)夫の手に帰入することを欲しないときは、毎年三夜の間を渡つて夫の家を離れてかかる方法によつて各年の使用を中断すべしと規定した。)

とあり、使用による夫の手に帰入の各年の中断を規定しているところから、当然に考えられる。

(5) 婚女が夫の手に帰入する方法のうち、

使用 (usus) によるものは、二番早く一部は法律によつて廃止され一部は不使用によつて消滅した。パン共同式 (confarreatio) によるものは、二世紀末までは存在していた。共買 (coemptio) による方式はかなりおそくになつて不使用に歸したであらうが、以上三方式とも使用されなくなつていつた。

(6) 拙稿、法と政治第八巻第一号「ローマ相続法の態様―特に、無遺言相続への史的発展」七四―七五頁参照。

(7) *parapherna* (*trahéneza*) とギリシア人が称し、ガリマ人は *peculium* (妻の財産を夫との関係においてみた特有財産) と称するものであり、これには、夫への供与の問題、返還の問題、管理の問題がある。D., 23, 3, 9, 3. C., 3, 14, 8.

二 嫁資の性質と種類

古代からの慣習として成立してきた嫁資の態様としては、婚女が夫の手に服する場合に、実家において喪失すべき相続分の代償として、実家側から特定の財産を夫に帰属せしめた。その結果として、夫は嫁資財産に対して自由処

分も可能な所有権を取得した。婚女が夫の手権に服しない場合にも、同じ趣旨が模倣された。合法婚姻にあっては、夫は妻の生計を維持し、出生子を養育すべき倫理的義務を負っていた。すなわち、嫁資の本来の第一義的な機能は、夫に対して「婚姻の負担」(onera matrimonii)⁽¹⁾を耐えるに貢献するためになされる婚女側の出捐であるといえる。

嫁資の第一義的な機能と並んで、共和政の中期頃から、第二義的な機能が強力に表面に出てきた。すなわち、妻に對して、その婚姻解消ののち、経済的な支柱となるべき嫁資の作用である。反面、それは夫側の一方的な離婚に對して牽制をする作用を包含する。この第二義的な機能の達成を容易にする目的で、法学者と法律は、嫁資財産に對する夫の自由な支配権を漸次制限する方策を樹立した。しかしなお、古典時代の法学者にあっては、嫁資は夫に屬するとする古来からの伝統的原則は固持した。⁽²⁾Constantinus 帝以来、特にこの第一義的な機能を重視して、東方固有法の影響もあつて、嫁資に對する夫の権利はほとんど名目的なものにまで弱化した。Iustinianus (一世)の法も、かなり古典法を復活しているけれども、内容的には、嫁資に對する夫の権限は、一種の用益権の域をあまり出なかつた。すなわち、嫁資に對する夫の権限は、「嫁資の実質はこれを保存して、嫁資たる妻の物を使用・収益する権利」⁽³⁾の域を出なく、婚姻解消の場合には、原則として多くの場合に、夫側は妻側に返還を要請されることとなつた。

嫁資は、市民法上有効な婚姻締結を前提として設定されるものである。婚姻前に嫁資設定が行われるが、婚姻が續いて成立しないときは、婚女側に所有物返還請求訴権⁽⁴⁾または不当利得返還請求訴権が成立する。市民法上有効でない婚姻の嫁資は、あるいは国庫が没収するか、あるいは合法婚姻の嫁資に準ずるが一定の不利益を課して規整する。

嫁資の種類のうちで、もっとも伝統的なものは、嫁女の家長が設定する内与嫁資(dos profecticia)である。のちには、家長系の直系尊属のなも嫁資す、当然に内与嫁資となる。古典法では、家長権を有しない父の設定した嫁資をも

内与嫁資とする。⁽⁵⁾ それ以外の者によって設定される嫁資は、外来嫁資 (*dos adventicia*)⁽⁶⁾ である。たとえば、後見人の助成をえて自権者である婚女自身、家長でない母、兄弟、伯叔父などさらに婚女の債務者(夫であることも多い)によって設定される嫁資である。内与嫁資か外来嫁資かの種類分けは、一番重要な基本的なものであり、嫁資返還の特約のない場合においては、内与嫁資は外来嫁資に比べて法上著しく返還の上で優遇される。

他の種類分けは、あまり重要ではない。つまり、ただ嫁資返還についての特約のある嫁資を、取戻嫁資 (*dos recepticia*)⁽⁷⁾ といふことがある。外来嫁資に関して、婚姻解消のときに、嫁資の設定をした者が返還の特約を受けた嫁資を本来取戻嫁資といったようであるが、内与嫁資に関しても、そのような特約のあることもある。ユ帝法では、かかる特約そのものを重要視して、*dos receptica* といふ文言を勉めて表面に出すことを回避している。また、嫁資として与えられた物が評価された場合には、評価嫁資 (*dos aestimata, res aestimata in dotem data*)⁽⁸⁾ といわれ、古典時代以来使用された。この場合には、嫁資の返還請求が確定すれば、夫側は評価額か嫁資物かのどちらを返還すべきかは、評価のされた時の約束によって決定される。なんらの合意約束のない場合または合意約束の実現不可能な場合には、嫁資物を提供するか、評価額を提供するかについては、夫側が選択権を有する。また、評価された物の価格が嫁資として与えられた場合には、あなたも売買が行われたように取り扱われる。すなわち、夫側はあなたも買主であり嫁女側はあなたも売主であるかのごとくにみなされる。従って、嫁資物に関する危険負担の責任ならびに追奪担保の責任および瑕疵担保の責任は、婚女側が負い、夫側は婚姻前後における嫁資物の使用取得の権利を有するにいたる。

(1) D, 23, 3, 56, 1. *Paulus Plautius 註解第六卷 Ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt.*

() (婚姻の負担が存するところに、嫁資が存在すべきである。)

onera matrimonii は *quaedam onera matrimonii* の修正であるともうが、意味には多くの變化をもちたがなない。「婚姻によつて生ずる費用の負担」の意味で、「婚姻締結および婚姻継続によつて生ずる費用の負担」を示す。

(2) 法学者は嫁資の所有権は夫にある立場をとる。しかし、夫は所有者ではあるが所有物(たとえば、嫁資である土地)を単独では処分する能力を有しないとの立場をとる。Gains, *Institutions*, 2, 62-63.

(2, 62) *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit.*

(ときどき、所有者であるものが、所有物を処分する能力を有しなく、また所有者でないものが、処分することができる場合が生ずる。)

(2, 63) *Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quanvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. Quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.*

(けれど、嫁資である土地は、たとい嫁資を原因としてあるいは握取行為あるいは法廷譲渡によつて夫に移転されあるいは使用によつて取得されて夫の所有となるとしても、ユリア法の規定により夫はこれを妻の意に反して(反対・不知をおかして)処分することを禁止されるからである。この規定がイタリアの土地にのみ関するかそれとも属州の(土地)にも関するかについては、疑のあるところである。)

ゆゑに、婚姻後、妻が嫁資物に対して能動的な作用を及ぼすことがある。

D, 23, 3, 75. *Tryfonius* *Quantis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaequinatum dedit, cuius nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex stipulatione agere posse. porro cuius interest non esse evictum quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desit, huius etiam constante matrimonio, quanvis apud maritum dominium sit, emolumentum potestatem esse creditur, cuius etiam matrimonii onera maritus sustinet.*

(トリュフォニウス たいい嫁資は夫の財産中にあるとしても、なお(それは)妻のものであり、そして正当にも次のことが通説である、すなわち、(妻が)評価されてない土地を嫁資として与え、しかもその(土地の)ために二倍額の間答契約に

ローマ法における嫁資の法

より担保を有し、そしてその土地が夫から追奪されたものとすれば、彼女は直ちに問答契約に基づいて訴えることができるということである。なお、嫁資として存したものが追奪を受けたといったことがないことに彼女は重大關係を有し、また(彼女が)その土地を嫁資として持つことをやめたことにより、彼女自身が追奪を受けたと考えられるから。

彼女には、婚姻存続中、利益(を受ける)権限があると考えられる、たゞし所有権は夫にあるとしても、けだし彼女の婚姻の負担を夫は負うから。

Mommsen, Krueger 本(一九五四年)では、Florentia 写本に従っているが、*porro cuius interest...* の *quod eius interest...* と読み変えたほうがよいとする説明は分り易い。しかし、ここでは一応無理して *Mommsen, Krueger* 本に従って訳してみた。ただ、句読点に誤植があるのではないか。

この法文の大意で了解されるように、嫁資の所有権は夫にあるとするが、その嫁資が追奪せられたときは、妻が訴権を持つことができるものである。そのほか、利益(たとえば、添付)を受ける権限があると考えられる。しかし、妻は嫁資が増加した分も当然に、嫁資の増加として夫のもとにあらしめることを要する。

(3) 例をあげれば、

D., 23, 3, 32. Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum Si ex lapideis dotalis fundi lapidem vel arbores, quae fructus non esset, sive superficium aedificii dotalis voluntate mulieris venderit, nummi ex ea venditione recepti sunt dotis.

(嫁資である土地の石切場から、果実でないような石または樹木を、あるいはまた嫁資である建物の地上権を、(夫が)妻の意思により、売却した場合には、この売却により受領された金銭は嫁資に帰属する。)

嫁資からの果実は、婚姻継続中に収取された場合には、嫁資に属さなくして、婚姻の負担に充当されるべきである。果実でないものとか、嫁資そのものの変容したものは、嫁資としての性質がある。

(4) 一般に、婚姻前に夫に嫁資を与え婚姻が続いて成立しないときには、事情に応じて、所有物返還請求する(vindicare)場合と、不当利得返還請求する(condicere)場合とがある。

たとえば、

D., 23, 3, 7, 3, Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri acces-

stimonenque temporis marito ex persona mulieris concedendam. fuit autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. quid ergo, si ante matrimonium? si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur: enimvero si hac conditione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupsisset, sine dubio dicemus tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae. proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debet misso nuntio: enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit. sed ante nuntium remissum si vindicabit, exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum: doli enim destinata non debebunt vindicari.

(ある財産が嫁資として与えられる場合には、それが夫の財産となり、そして婚女が占有していた期間の付加が夫に許容されるべきであると私は考へる。)と云つて、婚姻継続中にそれが嫁資として与えられる場合には、それは夫のものとなる。もし婚面前であるならば、一体どうなるか。なるほど、それが直ちに夫のものとなるように、婚女が与えた場合には、そうなる。しかし、婚姻したその時に、はじめてそうなるとの条件のもとに婚女が与えた場合には、婚姻が続いて成立したその時に、はじめて夫のものになると我々は疑いなく言うであらう。従つて、解約告知をなして婚姻が成立しない場合において、なるほど、その物が直ちに夫のものとなるように、婚女が与えたときは、婚女は解約告知後その不当利得返還訴訟をしなければならぬであらう。しかし、婚姻成立後夫のものになるにいたるうちに、与えたときは、解約告知後直ちにその所有物返還請求をするであらう。しかしながら、解約告知以前に婚女が所有物返還請求をするようなときは、それをなす者に悪意の抗弁または事実の抗弁が妨げとなりうるであらう。というのは、嫁資に指定されたものは所有物返還請求がなされるべきではないから)。

⑨ Ulpiani Regulae, 6, 3.

Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit; aut adventicia, id est ea quae a quovis alio data est. (嫁資はあるいは内与と称す、すなわち婚女の父が与えたものをいう、あるいは外来と称す、すなわちそれ以外の何人かの与えたものをいう。)

D, 23, 3, 5 pr. Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum.

Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecticia est de bonis vel facto eius.

ローマ法における嫁資の法

(父または「父方直系」尊属から、彼の財産または行為により、由来した嫁資は、内与である。)

Ulpianus, eodem 3, 11.

Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilo minus dotem esse nemini dubium est, non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit: sed iia demum, si ut parens dederit: ceterum si, cum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventicia dos est.

(父が家長権免除した娘のために嫁資を与えた場合には、それにもかかわらず、嫁資は内与であることに何人も疑いをいだかならぬ。理由は、嫁資を内与とするのは、権力の法ではなくて、尊属の名義であるから。しかし、父が尊属として与えた場合にかぎる。そうでなくて、父が娘に債務を負っていた場合において、娘の意思により与えたときは、嫁資は外来である。)

以上の規定から、帰納した。日本の普通のローマ法の書では意味が必ずしも分明ではない。

(7) Ulpiani Regulae, 6, 5.

Adventicia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit: quae dos specialiter recepticia dicitur.

(しかし外来嫁資は常に夫のもとに残存する。ただし、供与者が自己への返還を要約した場合はこのかぎりでない。かかる嫁資は特に取戻のものといわれる。)

(8) Ulpianus libro trigesimo quarto ad Sabinum D, 23, 3, 10, 6. Si res in dotem datae fuerint quamvis aestimatae, verum convenierit, ut aut aestimatio aut res praestentur, si quidem fuerit adiectum 'utrum mulier velit,' ipsa eliget, utrum malit petere rem aestimationem(ve): verum si iia fuerit adiectum 'utrum maritus velit,' ipsius erit electio aut si nihil de electione adiciatur, electionem habebit maritus, utrum malit res offerre an pretium earum: nam et cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. sed si res non exstet, aestimationem omnimodo maritus praestabit. (11 Paulus) Sane et deteriorem faciam reddere poterit.

(嫁資として与えられた物がしかしかと評価されていて、しかして、評価額が給付されるか物が給付されるかのどちらかが生ずることに合意がなされた場合において、なるほど、「妻が選一する」と付加されたときは、彼女自身が、物・評価額のどちらを選択して請求するかを選ぶものとする。しかし、「夫が選一する」と付加されたときは、彼自身に選択の権限がある。も

しくは選択に關してなんら附加されていないときは、物を提供するか物の価格を提供するかについての、選択の権限は彼が有するものとする。ただし、これがあるかの物の諾約がなされた場合には、そのいずれを給付すべきかの、物の選択の権限が（債務者側に）存するからである。しかしながら、物が不存在となる場合には、あらゆる場合夫は評価額を給付するものとする。（承前）夫が（責めなくして）毀損した物をも返還しうることは、いふまでもない。

この場合の嫁資の評価は、返還すべき額についての一応の算定である。 *asimatio taxationis gratia*（算定のための評価）が嫁資についてなされているのであつて、物か評価額かのどちらを返還すべきかにつき、あらかじめ約定されている場合には、二物選一権はそれに従うものであり、あらかじめ約定されていない場合には、夫側に選一権がある。しかし、物が滅失しているときには、夫は常に評価額を返還すべきことが明示してある。

そのほか、嫁資の評価額そのものを嫁資として夫に与える場合には、夫は原則として評価額そのものの返還を強制される。この場合が、 *asimatio venditionis gratia*（売買のための評価）である。

三 夫婦間における贈与の禁止と嫁資の法

ローマにおいては、すでに古くからの習俗として、夫婦間における贈与、さらに広く夫の権力に關係所属する者すべてと妻の実家の権力に關係・所属する者すべてとの間の贈与を無効とみなすことがあつた。その根拠とする理由は、浪費性で氣前良い夫婦などの間で、相互の愛情のために贈与を認めることによって、相互の財産を奪い合うことのないためである。それに付随して、夫婦の間で小供を養育する熱意が減少することを防止するためでもある。さらに贈与をなしうる配偶者が、贈与しない場合に、婚姻が破壊される虞があることを配慮したともいわれ、夫婦間の贈与を承認することにより、婚姻自体が売買の対象となることを恐れたともいわれる。ローマ共和政下にあつて、習俗として、婚姻継続中、配偶者の家族から他の配偶者の家族へ財産を移転せしむべきでないという思想がうかがわれ

る。しかし、婚姻を目的とした、婚女側の夫側に対する嫁資の供与とは全然別個のものである。この点に関しては、私見としては、嫁資の法が習俗として先行し、夫婦間の贈与の禁止はあとに生じた習俗と思われる。嫁資の法も、現代的な感覚からみれば、一種の解除条件付き夫婦間の贈与とみられないことはない。しかし、法的見地からみれば反対であり、嫁資の法を実質的に補強する作用として夫婦間の贈与の禁止の規定を捕える必要があるのではないかと思われる。もちろん、夫婦間の贈与の禁止は、ただ嫁資の法を支援するためだけのものではなく、もっと高尚な国家的な意図を内蔵する。Augustus の婚姻法の成立に当って、禁止された婚姻や子のない婚姻の当事者である夫婦が相続法上相続財産取得を制限されていたのを、夫婦間における贈与によって、巧みに回避することを防止する意味などを有する。しかし、純私法的見地から見た場合には、そのような事項は第二次的意義を有するものである。しかも、夫婦間の贈与の禁止の規定は、それ自体として変遷の多い規定であった。夫婦間の贈与の禁止は、それ自体の習俗的な目的とは別個に、極めて微妙なものであった。前二〇四年の不完全法であることで有名な *Lex Cincia* の贈与禁止法のなかでは、いまだ夫婦は例外者のなかにあり、習俗上はともかく、法上は禁止されていなかった。それが、共和政末期以来慣習的に、禁止され、さらに、Augustus の婚姻法で明文化されたものと思われる。嫁資の法がある一方において、夫婦間の贈与が自由に行えたと仮定すれば、婚姻解消のうちに、妻が返還請求することができる嫁資の額に多分に変動を生ずる可能性がある。理論的には、必ずしも妻に不利となるとはかぎらないけれども、實際生活の上では夫からする少額の贈与が逐次加算されて、それが嫁資の総額と相殺される可能性が多いことが推定される。そのことについて、明白な規定をしているものを法源から取り上げると、

D, 23, 4, 5, 1.

Ac ne illa quidem pacta servanda sunt, ne ob res donatas vel amotas ageretur, quia altero pacto ad furandam mulieres invitantur, altero ius civile impugnatur.

(しかして、「夫婦間における」贈与物または搬出物に基づいて訴えがなされないとの内容を有する協約は、決して順守されるべきどころではない。けだし、一方の協約により「すなわち、搬出物に基づく訴えについての」妻が窃取することを促され、他方のものにより「すなわち、贈与物に基づく訴えについての協約により」市民法が犯されるから。)

この場合において、(市民法)が、夫婦間の贈与の禁止の規定であることは、法文の地位からきわめて明白である。つまり、この法文の意味は、嫁資の設定の際に、それに伴う合意として、婚姻継続中に、夫婦の間でなす贈与または妻が嫁資の返還の確保のためにする、嫁資物の一部または全部を自己のために占有をする搬出をおこなうことを認め合う協約は法上承認を受けることができないということである。夫婦間の贈与の禁止は、有償行為を正常な契約関係とみ、無償行為は薄弱な効力しか附与しない見方に加えて、夫婦間では愛情の結果として、一方の善良な配偶者がその寛大さのため財産的損害をこうむり、他方の狡猾な配偶者がそのため一層富裕となることのないことを期して制定された。その夫婦間の贈与の禁止の制定は、嫁資制度に重大な関連を生むことになった。すなわち、嫁資そのものはその果実が夫婦の婚姻生活中の経済的負担を維持するように消費されるべく、婚姻解消の場合には、その嫁資の総額が最低限度、妻側に返還されることを法上確保する方向に基礎づけをしたことになる。たとえば、夫側のなす贈与が

あれば、その所有権は夫にとどまり、嫁資の返還の場合の総額に影響を与えるものでなくなるのを原則とし、妻側のなす贈与があれば、その所有権は妻にとどまり、夫がそれを返還しないときは、嫁資の返還の場合には、その分だけ返還されるべき分が増加することになるのを原則とする。また、夫婦間では、窃盗訴権 (actio furti) の適用をみないで、まず妻が離婚を予期して、嫁資その他の夫の財産を搬出した場合には、ただ単価の返還の訴権を法務官は夫に認め、二倍額ないし四倍額の窃盗訴権により、返還の際の嫁資の額が実質的に減少することを防止している。この搬出物訴権 (actio rerum amotarum) は、さらに一般に夫婦間の財産制を規律する主要な法の一になったのである。

しかし、一方においては、夫婦間の贈与の禁止が適用されなくて、贈与が有効となる場合があった。第一は、夫婦間で埋葬のための贈与は、埋葬すれば有効な贈与である。ただし、埋葬地は宗教物となるから、かかる贈与によって、贈与者がより貧困になり、それによって、受贈者がより富裕になったとは考えられないところによる。その他、同様にして、神への奉納、公共の建物を建築するためなどの目的でなされる贈与も、それが実現する限りにおいて、有効な贈与となる。第二は、配偶者の一方の財産から何も支出されないような場合には、贈与は有効である。つまり贈与した者が自己の現存する財産を減少させなかった場合には、常に有効であり、または、たとえ減少させたとしても受け取った者がより富裕にならないならば、贈与は有効である。すなわち、取得すべかりし利益を自己の意思によって取得せずして、それが、他の配偶者の利得になるか、他の配偶者に当然に取得されるべきものである場合などである。相続財産の拒絶、相続財産の引渡などの場合によく生ずることである。第三に、たとえば、夫が妻に離婚を原因として贈与した場合に、妻が離婚したときには、贈与は有効であるとし (D., 24, 1, 11, 10~11) ているが、しかし、その贈与は、離婚と同時になされるものについてであって、ある将来の離婚を考慮して生ずるものであってはな

らないとする (D, 24, 1, 11, 12)。また、婚姻前および婚姻後の贈与は有効に成立することは当然である。死亡を原因とする贈与は死亡後には有効なものとなる。市民法によって禁止された夫婦間の贈与については、贈与物がなお存在する場合には、受贈者に対して所有物返還請求権を行使しえるし、贈与物が費消された場合には、受贈者が一層富裕になった限度において、不当利得返還請求権によって訴えうるものとする。けだし、後者の場合には、第三者の権利を害することがないことをおもな目的としている。

夫婦間の贈与の禁止の原則は、古典期中期以後は、例外を設けて、法の厳格性をいくぶん緩和することを図り、贈与の無効を治癒する場合をかなり承認するようになった。Sextimius Severus 帝の生存中、Antoninus Caracalla の提案した宣示はこれを規定した。⁽¹⁾ それによって、贈与者の終意に反して、その相続人が受贈者から贈与物を取り上げることは、残酷でありかつ貪欲であるとする。かくして、夫婦の間で生計維持のためになされた贈与、その他儀礼的な義務遂行のためになされた贈与は有効なものとして承認された。贈与が実質的の婚姻終了後において有効であるべき趣旨を持つ場合において、その後死亡、離婚またはその他死亡に準ずべき婚姻解消の事実となるべき事実が生じたときに、終意によって従前の意思を変更しないかぎり、その贈与は有効なものとして承認せられるにいたった。

夫婦間の贈与の禁止のかかる緩和によってある程度、嫁資の制度を犯す可能性もあつたが、それでも原則的には多くの場合、嫁資の制度をより優遇した上に、さらに妻の経済的地位を確保するような規定になることが多かった。しかし、「ムキウスの推定」⁽²⁾ によって、妻が何処から財産を取得したかについて、論争のあるときは、反証の提出されるまでは、妻は夫または夫の権力に服した者からその財産を取得したものと推定された。これについては、種々の解釈が可能であるが、第一には妻の汚辱的な所得を避ける目的があげられ、かかる際には、妻は有効な贈与によること

なく、夫またはその相続人から返還請求を受けるべく、婚姻解消の際には、嫁資の額との相殺も可能で、妻に相対的には不利になるようになっているが、それでも嫁資の額を確保するとの思想が見られる。

(1) D., 24, 1, 32 pr. Ulpianus

Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatu censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulis, ut aliquid laxaret ex iuri rigore.

(夫婦間の贈与についての情況が、我々が先に述べたとおりであるから、現皇 Antoninus [Caracalla] は、神皇考 Severus の死亡前に、Fulvius Aemilianus 及び Nummius Albinus が執政官の時に元老院でなされた宣示により、元老院が法の厳格性を幾分緩和することを決議の提案をしたのであった。)

これが、紀元後二〇六年 (P. C. 206) の Oratio Severi であり、内容には夫婦間の贈与の禁止の緩和そのほか、後見人についての規定を包含したものとされる。

この宣示は、夫が妻のために、調達した場合はかりではなく、夫婦の間でなされたすべての贈与にかかわるものである。贈与者が後悔する、それも最終的に後悔が判明したときには、贈与が無効となるのであって、そうでなければ、贈与物について、たとい遺言によつて確認をされてなくても、確認されたと同様にして、その贈与を認めることを Ulpianus は承認する。贈与に関する「古い法」に比較した場合では、著しい緩和である。

(2) マキウスの推定についての法

D. 24, 1, 51 Pomponius, libro quinto ad Quintum Mucium.

Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.

(あるものがどこから妻に帰属したかにつき、争訟があるときは、彼女がどこから有するになったかにつき立証されないものは、〔彼女の〕夫または夫の権力に服していた者から彼女に帰属したものと推定することが、むしろ正当でありかつ適切でも

ある、とクイントゥス・ムキウスは主張する。ところで、クイントゥス・ムキウスは、妻に関して、汚辱的な利得を避けようとするために、このように判断したものと思われる。

四 あとがき

以上で、嫁資の法の概要を法源から述べた。嫁資の設定およびその際の協約 (*pacum*)、嫁資である土地、婚姻解消後における嫁資の請求などの諸問題の詳細については、法源において膨大な量を包含するところで、それぞれ独立に論ずる価値がある。本稿では、序説と、最後に、ローマ法風の影響のある民法第七五四条の解釈に触れる。

民法第七五四条は、フランス民法における夫婦間の売買の原則的禁止（一五九五条）、贈与を取り消しうべきこと（一〇九六条）を殆んどそのまま継受していた旧民法草案財産取得篇（第三五条・第三六六条・第三六七条）に由来する。しかし、明治三十一年旧民法（第七九二条）では、夫婦間では売買と贈与とについてばかりではなく、広く範囲をとり、あらゆる契約にまで拡張した。その範囲の拡張の根底には、夫婦間の契約は義理人情に委すべきもので、訴訟の方法で強行されるべきものではない、といった趣旨が立法者の意思のなかに存在したかもしれないことは否定されない。しかし、沿革的理由を考えた場合、根本となる夫婦間の贈与の禁止といったもののなかにあつては、さらに強度の倫理性が作用し、いやしくも夫婦間の愛情は、財産的な打算や利害で左右されるべきものでなく、その目的のために夫婦間の贈与の効力は原則として認めるべきでないという基本的な人生観が存在していたことを認識しなければならぬ。そして、ローマ法では元首政以来、かかる強度の倫理性の裏付けとして、嫁資制が法的に導入されたのである。それゆえ、沿革的意義において、夫婦間の契約取消権は、夫婦の自由な約定夫婦財産制にささえられ

ることがなければ、殆んど裏付けの乏しい規定となる危険があることは、自明の理である。すなわち、婚姻の届出までになされる夫婦の約定財産制をそのまま強固に維持するためにこそ、夫婦間の契約取消権の真の意義の一つがある。夫婦間の贈与の禁止は、かかる目的のために重要な機能を有していたことに注目しなければならない。民法第七五四条が広く契約にまで拡張したことは、いささか適當ではない。そのほか、契約外の原因による場合、たとえば事務管理、不当利得、不法行為から生じた権利は裁判上請求権があることとなり、ますますその妥当性に疑問を生ずる。ローマ法では、夫婦間の売買契約は有効に成立する。それは、訴訟によって当然強行されるべきものである。ただ代価について適當でないときは、嫁資の額を増減せしめる結果となるのである。フランス法は、北部慣習法地帯における家産保持という中世的觀念の結果として、夫婦間の売買を原則的に禁止しているまでの、拡張である。

民法第七五四条がその範圍を契約にしたこと自体は、どの方面からみてもいささか妥当性を欠くものであることは否定されない。しいて解釈すれば、夫婦の約定財産制の維持の思想と家産を強度に確保する思想とがうかがわれる。

しかし、(一)第七五四条だけを無条件で削除すべしとかの立法論や、(二)夫婦関係が破綻に瀕している場合になされた夫婦間の贈与には、第七五四条の適用を無条件に排斥すべしとかの解釈論には、賛成し兼ねる。その理由を述べる。まず、(一)第七五四条を無条件で削除すべしとの立法論は、夫婦約定財産制をなんらかの形で弱化する結果となるからである。日本では、夫婦が法定財産制と異なる契約を、婚姻前に登記することが数少ないという理由で、夫婦の約定財産制を重要視しないことは、認識不足はなほだしい。かかる見方は、遺言は重要視すべきものでなく、法定相続制が万能であるべきだとの認識と規を一にする。すなわち、個人の自由な意思表示を最大限に尊重するとともに、各人にもれなくその機会を与えるようにすべきであるという、近世近代の私法觀の根本的認識が欠けている。そこで、第

七五四条の改正案としては、贈与だけの取消権に限定するとか、または第七五四条を削除して、その根本的思想を約定の夫婦財産制（数個の類型にまとめることが望ましい）のそれぞれに吸収せしめるべしとの意見が望ましいものとなる。ついで、(二)夫婦関係が破綻に瀕している場合になされた夫婦間の贈与には、第七五四条の適用を無条件にしりぞけるべしとの解釈論は、その「無条件でしりぞけるべし」との点において難点が存在する。第七五四条の立法趣旨の解釈として、夫婦の約定財産制の維持と家産を強度に確保するとの趣旨とがあり、約定財産制の存在がなく、また家産保持の思想はないものと仮定した場合（夫婦関係が破綻に瀕しているがゆえに）には、一見、第七五四条の適用を許さないとの解釈が成立することは妥当であるかの感が存在することは否定できない。しかし、第七五四条の適用を排しても、それに関連する他の民法の規定、たとえば、公序良俗律、権利濫用の禁止、詐欺または強迫による取消権、離婚による財産分与の請求権などとの関連において妥当なかぎりにおいてのみ第七五四条の適用を排除するといった相対的な解釈の方が一層衡平の精神に合致する。この点において、判例（昭和三〇年（オ）第八〇〇号（同三三年三月六日第一小法廷判決））の立場は一応賛同できる。すなわち、『夫婦関係がすでに破綻に瀕している場合には、真に已むを得ざる特別の事由があれば格別、然らざる限り第七五四条は適用すべきでない』との立場は、前記の立場を裏付けるものというべく、第七五四条が改廃されていない今日、妥当な線であるといえる。もちろん、この場合、家産保持の思想は、今日においては尊重すべきでないという前提条件を認めた上の議論である。この前提条件自体の可否を論ずることは、おのずから別個の問題を包摂することになる。