

ローマ法における婚姻制度と子の法的地位の関係

— 欧米における婚外子差別のルーツを求めて —

椎 名 規 子

要 旨

わが国では、非嫡出子の相続分を二分の一と定めた民法900条1項4号但書の規定は、平成25年9月4日の最高裁違憲決定を受け、同年に改正された。しかし依然として、民法上の子の法的地位は、親の婚姻の有無により区別されている。

これに対して、欧米各国は、子の法的地位について、親の婚姻の有無と切り離し、子の法的地位を一元化して平等を実現している。

しかしかつては、欧米でも婚外子に対して著しい差別的政策を行った。その差別の根拠は、キリスト教の婚姻倫理にあるとされる。そこで本稿は、近代法にも大きな影響を与えたローマ法において、キリスト教の国教化が、婚姻制度や子の法的地位にどのような影響を与えたかを考察する。

本稿では、まずローマ法の家族法の特徴および婚姻制度を概観する。ローマ法の初期の時代では、自由な婚姻が認められ、婚姻制度に対する法的規制は最小限にとどめられていた。また婚外子への忌避は、家父権の基礎である家族財産への侵害という実際的理由に基づくものであり、倫理的色彩はなかった。

その後、アウグストゥス帝は、ローマの社会の頹廢の防止と人口増加の目的のために、婚姻改革を実行した。このアウグストゥス帝の改革は、西洋の歴史において初めて道徳的・倫理的観点から、婚姻制度に対して法的介入を行なったものである。

その後、キリスト教が国教化されるに従い、婚姻制度に対する法的規制には、宗教的倫理が加えられるに至る。キリスト教倫理の下では、神の認めた婚姻のみが適法な男女の関係であった。このように婚姻制度の趣旨が変容するに伴って、子の法的地位も変遷し、婚外子は、さらに苛酷な状況に置かれることとなった。

キーワード：ローマ法、婚姻、婚外子、差別、子の平等

目 次

はじめに

第I章 ローマ法の歴史

1. ローマの歴史の概要
2. ローマ法の歴史

第II章 ローマ法における家族法の特徴

1. 家父権制度
2. 家父権の内容

- (1) 生殺の権
 - (2) 財産権
 - (3) 家父権の限界
 - 3. 家父権の終了と家父権の継承
 - (1) 家父権の終了
 - (2) 家父権の継承
 - 第三章 ローマ法における婚姻制度
 - 1. ローマ法における婚姻制度の特徴
 - 2. 婚姻制度の内容
 - (1) 婚姻の要件
 - (2) 婚姻の方式
 - 3. アウグストゥス帝の婚姻立法
 - 4. キリスト教が国教化した後の婚姻制度
 - 第四章 ローマ法における子の法的地位
 - 1. 婚姻制度による子の分類の始まり
 - 2. 嫡出子
 - 3. 非嫡出子
 - 第五章 内縁と準正および子の法的地位
 - 1. 内縁
 - (1) 内縁容認の背景
 - (2) 内縁における子の法的地位
 - 2. 準正
 - (1) 準正の制度的背景
 - (2) 準正の内容
 - (3) 準正後の子の法的地位
- おわりに

はじめに

わが国では、非嫡出子の相続分を嫡出子の二分の一と定めていた民法900条1項4号但書の規定は、平成25年9月4日の最高裁違憲決定⁽¹⁾を受け、同年に改正された。しかし、相続分における子の間の平等は実現したものの、依然として「嫡出でない子」の文言は民法上存続しており（民法779条）、また民法上の子の法的地位は、嫡出性の有無により区別されている（同772条以下）。

このように、わが国では、子の法的地位は親の婚姻と結びつけられて規定されており、いまだ子の法的地位についての根本的な改正は実現していない。

これに対して、欧米の国々は、子の法的地位について大きな改革を実現してきた⁽²⁾。とくに近

(1) 最高裁平成25年9月4日大法廷決定民集67巻6号1320頁。

(2) 1960年のデンマークの改革を皮切りに、1976年にはスウェーデンで、ノルウェーは1981年に平等を実現した。ソビエト連邦は、1968年に改正を実現した。西ヨーロッパでもドイツは1970年に改革に着手し、1997年の東西ドイツの統合を経て、1998年に平等実現のための大改革が行われた。東西統一の時点では、東独の方が婚外子に対する平等政策は進んでいたが、東独に合わせる形で平等が実現した(Masha Antokolskaia, *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical perspective*, Intersentia, 2006, p. 443ff.)。

年では、単に嫡出子と非嫡出子の相続分を平等にするだけでなく⁽³⁾、嫡出子と非嫡出子の区別を取り払い、子の法的地位を一元化するに至っている。

たとえば、ドイツでは、1997年の改正により嫡出子と非嫡出子の区別が取り除かれ、子の法的地位は一元化された⁽⁴⁾。フランスでは1972年の改正により、嫡出子と自然子の権利が平等となった⁽⁵⁾。そして2005年には、嫡出子・自然子の文言が廃止されただけでなく、嫡出親子関係と自然親子関係の区別が撤廃され、子の地位が一元化した⁽⁶⁾。イタリアでは、1975年の家族法改正により、子間の相続分の平等が実現し⁽⁷⁾、2012年および2013年の民法改正により、嫡出子と自然子の語が廃止され、子の法的地位は親の婚姻制度と切り離され子の法的地位の一元化が実現した⁽⁸⁾。

このように、欧米では、単に相続分の平等の実現だけではなく、非嫡出子の文言を廃し、子の法的地位と親の婚姻を切り離して、子の法的地位の一元化を実現している⁽⁹⁾。しかし、こうした子の法的地位の平等が実現する以前は、婚外子は、欧米では法的・社会的に著しい差別を受けた。たとえばフランス、イタリア、スペインなどのカトリックの国々では、婚姻だけが正当な男女の結び付きとされた結果、婚外子は「罪の子」とされた⁽¹⁰⁾。そして婚外子の出産自体が罪深い行為であったため、カトリック教会は、未婚の母がその子を自ら手元で養育することを認めなかつ

(3) 1990年代の婚外子の法的地位についての諸外国の状況については、泉久雄「婚外子法総説」『親族法論集』(信山社, 1991年)162頁, 同『注釈民法(22)のI』(有斐閣, 1982年)159頁, 水野紀子「比較婚外子法」『講座現代家族法』第3巻(日本評論社, 1992年)127頁以下参照。

(4) ドイツは、1997年の改正により、嫡出子と非嫡出子の概念を廃し、その結果、嫡出推定や嫡出否認という概念もなくなった。また従来嫡出子と非嫡出子について別個に規定していた父子関係決定の要件も一本化した。この結果父母の婚姻は父性決定の要件の一つにすぎないものとなった(ライナー・フランク(松嶋真澄訳)「ドイツ親子法改正の最近の展開」家族〈社会と法〉13号(1997年)1頁以下, 岩志和一郎「ドイツの新親子法(上)」戸籍時報493号(1998年)2頁, 床谷文雄「ドイツ家族法立法の現状と展望」阪大法学47巻(1997年)301頁, 阿部純一「ドイツにおける婚外子共同配慮法制をめぐる近時の議論——1997年親子法改正後の動向を中心として——」比較法雑誌46巻第2号187頁以下, 遠藤富士子「ドイツ家族法の変遷——最近の親子法改正を中心にして——」ケース研究256号(1998年)33頁以下)。

(5) フランス民法では、嫡出子・単純自然子・姦生子・乱倫子を区別していたが、1956年以後の数回の改正、その後の1972年の改正により、姦生子・乱倫子という用語は廃止されて自然子に統一され、自然子(非嫡出子)は嫡出子と同一の権利義務を有するという原則が明記された(水野・前掲注(3)136頁)。ただし姦生子の相続分が平等となるのは2001年の改正による(大村淳志『フランス民法——日本における研究状況——』(信山社, 2010)92頁)。

(6) 田中通裕「注釈・フランス家族法(10)」法と政治64巻2号(2013年)101頁, 羽生香織「フランス実親子関係の動向——2005年改正をふまえて——」家族〈社会と法〉23号(2007年)131頁。

(7) 松浦千誉「イタリア家族法の改正」ケース研究156号(1976年)2頁以下。

(8) 椎名規子「イタリア親子法における子の法的地位の平等と『親責任』の実現——2012年と2013年の新親子法について——」拓殖大学論集 政治・経済・法律研究19巻1号(2016年)1頁以下。

(9) アメリカ合衆国でも非嫡出子の差別規定に対して違憲判決が下されている(根本猛「非嫡出子差別と憲法——アメリカ合衆国の判例を中心に——」一橋論叢118巻1号(1997年)130頁, 西村真理子「非嫡出子(婚外子)の相続とその前提となる親子関係成立の問題について——アメリカ法を中心に——」学習院大学大学院法学研究科法学論叢19号(2012年)60頁)。

(10) 椎名規子「見捨てられた婚外子——国家の保護を受ける『家族』の陰に——」(北村暁夫・小谷眞男編)『イタリア国民国家の形成 自由主義期の国家と社会』(日本経済評論社, 2010年)171頁。

フランスについては, Rachel Fuchs, *Abandoned Children, Foundlings and Child Welfare in Nineteenth-Century*, Albany, 1984.

た。その結果、婚外子は、「罪の子」として、「回転口 (Ruota)」⁽¹¹⁾により遺棄することが社会的に強要されるに至った。またドイツなどのプロテスタントの国では、「回転口」による捨て子の強要はなかったが、同様に婚外子は法的社会的に差別を受け、苦悩した母による嬰兒殺が多く惹き起こされるに至った⁽¹²⁾。

このように、かつて欧米において、婚外子は苛酷な対応を受けたが、その苛酷な政策が採られた背景には、キリスト教の影響があるとされる⁽¹³⁾。キリスト教の倫理では、婚姻外での男女関係および婚姻外の子の出産は、神の教えに反するものとされていたからである。

そこで本稿では、キリスト教の思想を基礎とした法政策により、婚外子が差別的対応を受けるに至った出発点について、近代法のルーツともいわれるローマ法⁽¹⁴⁾の検討を通して探求してみたい。キリスト教は、古代ローマ時代のコンスタンティヌス帝の時代に国教化されるが、とくに本稿では、キリスト教の国教化がどのようにローマ法における婚外子の法的地位に影響を及ぼしたかを考察したい⁽¹⁵⁾。

これまでローマ家族法における子の法的地位については、わが国ではほとんど研究されて来なかった。しかし、欧米が乗り越えた差別の歴史を考察することは、その実現した平等の重みを理解することであり、今後わが国において子の法的地位の平等を実現する上での一助となると思う。

ところで、子の法的地位を考察するには、その時代の婚姻制度がどのようなものであったかを考察することは不可欠である。なぜなら子の法的地位が婚姻制度により画されて来た以上、婚姻制度の内容を確定せずには、子の法的地位を把握することはできないからである。そして婚姻制度は、家族法の中心的位置を占める制度であることから、その時代の家族法の特徴も考察する必

-
- (11) 回転口とは、一種のゆりかごを付属しており、施設の外部の受付口からそのゆりかごに赤ん坊を置く
と鐘の音により施設内部の者に到来を知らせ、それにより内部の者がゆりかごを回転させ、赤ん坊を受け取るという装置である。回転口については、椎名・前掲注(10)「見捨てられた婚外子」171頁参照。
- (12) 水野光二「嬰兒殺しの女たち — ドイツにおける歴史的背景」明治大学人文科学研究年報31号(1989年)96頁、三成美保『ジェンダーの法史学 近代ドイツの家族とセクシュアリティ』勁草書房(2005年)206頁以下、田村五郎『非嫡出子に対する親権の研究』中央大学出版部(1981年)3頁以下。
- (13) 青山道夫は、キリスト教が、性と婚姻の歴史の上で私生子虐待をもたらしたと指摘して、私生子虐待をキリスト教文明の汚辱であるとのカルバートンの言葉を紹介している(青山道夫「西洋社会」講座家族3(弘文堂、1973年)164頁)。またコーイングは、キリスト教倫理がヨーロッパ法に対して与えた影響は、婚姻法の形成 — 離婚にかんする規律や性刑法や非嫡出子の地位に関する規律に表れていると指摘する(ヘルムート・コーイング(上田安敏監訳)『ヨーロッパ法文化の流れ』(ミネルヴァ書房、1983年)11頁。その他、島津一郎「私生子」『家族問題と家族法Ⅳ』酒井書店(1957年)209頁。水野・前掲注(3)「比較婚外子法」127頁。
- (14) ローマ法は、イングランドとスカンジナビアを除いて、西ヨーロッパの全ての法制度の基礎をなしているとされる。またヨーロッパ以外では、ルイジアナとセイロン、ケベックと日本、エチオピアとアフリカ、トルコとチリなどの多くの異なった場所の法律が明確に基礎づけられている。またイングランドや英米法諸国においても、ローマ法の影響はかなりのものであるとされる(アラン・ワトソン(瀧澤栄治、樺島正法訳)『ローマ法と比較法』(信山社、2006年)3頁。
- (15) ヨーロッパ文化の基礎をなすのは、キリスト教と古典古代文明であると、コーイングは指摘する。そして395年のローマ帝国の東・西両帝国への分離が、ギリシア正教として、バルカン諸国とりわけロシアを特色づけ、ローマ・カトリック教会によって、西ヨーロッパを特色づけたとする(コーイング・前掲注(11)『ヨーロッパ法文化の流れ』2頁)。ドイツ法への影響については、オッコー・ベーレンツ(河上正二訳)『歴史の中の民法』日本評論社(2001年)40頁以下が詳しい。

要がある。そこで本稿では、まずローマ法の歴史を簡単に概観した上で、ローマ法における家族法の特徴および婚姻制度を見てみたい。その上で婚姻制度と子の法的地位の関係を考察する。

第 I 章 ローマ法の歴史

1. ローマの歴史の概要

ローマ法の歴史について記す前に、まずローマおよびローマ法の歴史を年代ごとに紹介したい⁽¹⁶⁾。

ローマの歴史 概略年表

古代期	753	ロムルスによるローマ建国（伝承）
	450	最初の成文法の 12 表法が制定される
古典前期	3 世紀半	ローマ、イタリア半島をほぼ統一
	272	ローマ、イタリア半島をほぼ統一
	271-264	第一次ポエニ戦争
	218-201	第二次ポエニ戦争
	88	イタリア都市の自由民にローマ市民権付与（イタリアのローマ化）
	47	クレオパトラがエジプトの女王となる
古典期	44	カエサル之死。オクタヴィアヌスが護民官となる
	27	アウグストゥス帝（本名オクタヴィアヌス）共和国建設 元老院からアウグストゥスの尊称を受ける。初代ローマ皇帝となる。
	18	ユリア法の制定
	紀元前	
	紀元後	
	9	パピア・ポッパエア法制定
	14	アウグストゥス帝死亡
	117	ハドリアヌス帝即位
	160	ガイウス『法学提要』
	161	マルクス・アウレリウス帝即位
235	セウエールス帝の死	
235 頃	ローマ法の衰退	

(16) 弓削達『ローマ帝国とキリスト教』世界の歴史 5（河出書房新社，1989 年），エドワード・ギボン（吉村忠典・後藤篤子訳）『図説ローマ帝国衰亡史』（東京書籍，2004 年）を参照した。

古典期 後期	284	ディオクレティアヌス帝即位
	313	コンスタンティヌス帝のミラノの勅令によるキリスト教合法化
	325	ローマ帝国がキリスト教国となる
	395	ローマ東西に分裂
	438	テオドシウス法典
	476	西ローマ帝国滅亡
ユスティニアヌス期	527	ユスティニアヌス帝が東ローマ帝国皇帝に即位
	529	ユスティニアヌス『勅法彙纂』が公布される
	533	『法学提要』が公布される

2. ローマ法の歴史

ローマ法は、もともとは一つの国の法秩序であったが、世界法に発展した唯一の法である⁽¹⁷⁾。ローマ法は、14世紀以降、中央ヨーロッパで「普通法」とみなされ、それぞれの国の私法の法典に組み入れられた。その法典には、1804年のフランス民法典⁽¹⁸⁾、1811年オーストリア民法典、1806年ドイツ民法典、1907年スイス民法典があり、日本もフランス民法典を継受していることから、ローマ法の影響を受けている⁽¹⁹⁾。ローマ法史については、下記の5つの時期に分けることができる⁽²⁰⁾。

- (17) ローマ法は、ローマが都市国家から地中海商業帝国へと発展する過程で、とくに古典期以降のローマ法では、合理主義的な法システムが発展して宗教・道徳との峻別が進み、古代法の特徴が希薄になったという。ローマ法は本来の個人主義的特徴をさらに進めるとともに、呪術的性格を脱して、活発な人的・物的交流に対応した合理的な民事法システムを発展させ、広大な帝国支配を可能にする官僚制度を生み出した(屋敷二郎(勝田有恒・森征一・山内進編著)『概説西洋法制史』(ミネルヴァ書房、2004年)11頁)。
- (18) 戸倉広「近代世界のローマ法継受」専修法学論集16号(1973年)1頁、船田享二『ローマ法』第1巻(岩波書店、1968年)523頁以下。
- (19) ウルリッヒ・マンテ(田中実、瀧澤榮治訳)『ローマ法の歴史』(ミネルヴァ書房、2008年)1頁。なおローマ法が世界法となった根拠としては、ローマ法は非常に抽象度が高く、また宗教や道徳から独立している法であり、この点がイスラム法やユダヤ法と異なる点であるとされる(Danilo Dalla-Renzo Lambertini, *Istituzioni di Diritto Romano*, Terza Edizione, Giappichelli, 2006, p. 6.)。
- (20) 古代ローマの歴史の時代区分は、筆者により異なるが、本稿では、イタリアのポローニャ大学のローマ法教授の Dalla-Lambertini 両教授の分類に従った(Dalla-Lambertini, *op. cit.*, p. 11.)ポローニャ大学はヨーロッパ最古の大学として、12世紀以来ローマ法を全ヨーロッパに普及させた歴史を有するが、現在でもローマ法研究における中心的存在だからである(ピーター・スタイン『ローマ法とヨーロッパ』(屋敷二郎監訳/関良徳・藤本幸二訳)(ミネルヴァ書房、1996年)68頁、ペーレンツ・前掲注(15)37頁、柴田光蔵『ローマ法の基礎知識』(有斐閣、1973年)45頁。

① 第1期 古代期 (Il periodo arcaico) (紀元前8世紀—紀元前3世紀半ばまで)

第1期は、古代期であり、ローマの建国(紀元前753)⁽²¹⁾から、王政を経て共和制に移行する紀元前3世紀半ばまでの時期である。この時期は、農業経済を中心としており⁽²²⁾、資力に乏しく、法制度も十分ではなかった。法は、聖職者階級の解釈により適用される慣習法を基礎とした。この時代でとくに重要な法は、12表法(La legge delle XII tavole)⁽²³⁾である。12表法は、古くからの慣習による規範を基礎として成文化されたものであり、貴族による法知識の独占や法の恣意的運用を防止するために、共和政初期において制定されたものである⁽²⁴⁾。ローマ人は、多くの法を制定したが、「法典」と呼びうるものは、12表法とユスティニアヌス法典しか制定しなかった。民会の議決に基づいた「法律(lex)」という立法形式は200ほどの例があるが、これらは単行法規にすぎない⁽²⁵⁾。ローマ法は、ユスティニアヌスの『市民法大全』によって完成するが、その出発点は12表法とされる⁽²⁶⁾。またその他、この時期においてとくに重要なのは、自治組織、司法行政のための法務官裁判所(pretura)が設立されたことである⁽²⁷⁾。古代期は、土地法の先駆となったリキニウス・セクステイウス法(債務権限、公有地の囲い込み禁止、平民執政官)の制定までとされる。

② 第2期 古典期前期 (Il periodo preclassico) (紀元前3世紀半ばから紀元前27年のアウグストゥス帝による共和国建設まで)

第2期は、古典期前期とされ、紀元前3世紀から、アウグストゥス帝による共和国の建設(紀元前27年)までとされる。ローマは三大陸を囲む地中海の覇者となり、商業取引経済が活発となり、新しい法制度が求められることとなった。法務裁判官(pretore)の活動により、法の解釈は、形式主義や古い民法の制約を超える解釈がなされた⁽²⁸⁾。古典期前期は、共和国制度の完成期の時期であり、新しい規範の法体系が形成された。遺贈の自由を制限するフーリウス法(前3~2世紀)とウォコーニウス法(前169年)、ファルキディウス法(前40年)がある⁽²⁹⁾。

(21) ローマは、ロムルスとレムスの双子により建国されたという。しかしロムルスとレムスによる紀元前753年の建国は、伝説とされている(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 9.)。

(22) 柴田光蔵『ローマ法概説』(玄文社, 1980年)109頁。

(23) 紀元前450年頃、12表法は、主として前代の慣習法を採録して編纂された。貴族・平民の階級闘争の結実としては、正にイギリスの大憲章(Magna Carta)に比すべく、ローマ法発展史上に於いては、「全公法私法の泉」「全ローマ法體系」として、後代法律の基礎を築いた法典であるとされる(原田慶吉『ローマ法』改訂版(有斐閣, 1955)4頁)。柴田・前掲注(22)『ローマ法概説』170頁。

(24) 屋敷・前掲注(17)『概説西洋法制史』16頁。

(25) 屋敷・前掲注(17)『概説西洋法制史』17頁。

(26) ローマ人は、12表法以後ユスティニアヌス法典の編纂まで、専主政期における勅法集の類を別にすれば、「法典」と呼び得るものを制定しなかった(屋敷二郎・前掲注(17)『概説西洋法制史』17頁)。

(27) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 11.

(28) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 11.

(29) 柴田・前掲注(22)『ローマ法概説』174頁。

③ 第3期 古典期 (Il periodo classico) (紀元前27年のアウグストゥス帝の共和国建設から、紀元後235年のセウェールス王の死まで)

古典期は、アウグストゥス帝による共和国建設(紀元前27年)から、セウェールス王の死(紀元後235年)までとされる。古典期は、ローマの皇帝による支配のうち、アウグストゥス帝の「元首政 (*princeps*)」の時代を中心とする。ローマ時代の区分は各論者により異なるが、紀元前27年のアウグストゥス帝の時代がローマ法の歴史の一つの区切りであることは、論者の一致した見解である⁽³⁰⁾。アウグストゥス帝⁽³¹⁾の政治の特徴は、「元首政」という新しい制度により国家の基礎を築いたことである。アウグストゥス帝の政治の特徴は、共和制度を形式的には尊重しているように見せて、実際は個人的な権威に集中させて国政を行う「元首政」という新しい制度により基礎を築いたことである⁽³²⁾。アウグストゥス帝は、市民の「第一人者 (*princeps civium*)」として人望を得て国家を導いたが、「第一人者」という官職は国制により定められたものではなく、実際には独裁制を意味するものであった⁽³³⁾。またアウグストゥス帝は、ユリア法とパピア・ポッパエア法により上流階級の頽廃を防止することと人口増加のための婚姻法を制定するなど様々な改革を行った⁽³⁴⁾。

この時代のローマ法史としてとくに重要なものは、紀元後160年頃に書かれたとされるガイウスの『法学提要』(*Institutiones*)⁽³⁵⁾である。ガイウスの『法学提要』は、ユスティニアヌス法典にも強く影響を与えるなど、後の法律学の発展に貢献した。

④ 第4期 古典期後期 (Il periodo postclassico) (セウェールス帝以後の時代で、ユスティニアヌス帝の時代を除いた時期)

セウェールス帝以後の残りの時代で、しかしユスティニアヌス帝の時代を除いた時期が後古典期とされる。この時代は、「元首政 (*princeps*)」が崩れ、「専制君主政 (*dominus*)」が成立した

(30) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 11. ベーレンツ・前掲注(15)『歴史の中の民法』94頁、柴田・前掲注(20)「ローマ法の基礎知識」5頁、船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻245頁。

(31) アウグストゥス帝(本名オクタウィアヌス)は、カエサルの子にあたるが、前3年のアクティウムの海戦で勝利し、ローマの内乱に終止符を打った。初代皇帝として、40年に及ぶ安定した治世によって帝政を確立した(クリス・スカー著、青柳正規(監修)『ローマ皇帝歴代誌』創元社(1998年)16頁)。

(32) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 11. 屋敷・前掲注(17)30頁。

(33) マンテ・前掲注(19)『ローマ法の歴史』90頁。

(34) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.

(35) ガイウスは、無名の法学者とされるが、彼の著作の『法学提要』は、ローマ帝国の西部だけでなくギリシャ東部やエジプトも含めて、標準的な教科書であったとされる。この本が古典期(帝国の最初の250年)の著作の中で、ほとんど完全な形で残った唯一のものだとされる。ユスティニアヌス帝は、紀元後529年に『法学提要』を公布するが、このガイウスの『法学提要』をモデルにしたものとされる。ローマ法の研究では、ガイウスの『法学提要』とユスティニアヌス帝の『法学提要』が研究の中心となる(ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』17頁)。ガイウスの『法学提要』は、訴権(アクティオ)を軸に発達したローマ法のシステムを、人法(*ius personum*)・物法(*ius rerum*)・訴訟法(*ius actionum*)の3編別にまとめることに成功した(屋敷・前掲注(17)『概説西洋法制史』34頁)。ガイウスの『法学提要』については、佐藤篤士監訳『ガイウス法学提要』(敬文堂、2002年)参照。

時代である。テオドシウス1世から、皇帝は「万物の主にして神 (dominus et deus)」となり、法的権力が皇帝に集中するに至った。この古典期後期の時代は、政治的経済的危機により、帝国の弱体化が生じた時期でもある。

他方でキリスト教の合法化によりローマ法に変化が生じた時期でもある。コンスタンティヌス帝によるミラノの勅令(紀元後313年)によりキリスト教が合法化され、その後キリスト教が国教とされた(後391年)。325年から476年までは、キリスト教君主時代であるが、後395年には、ローマ帝国は東西に分裂するに至る。紀元後476年には、西ローマ帝国は滅亡するに至った。

⑤ 第5期 ユスティニアヌス期 (L'epoca giustiniana) (紀元後527年—565年のユスティニアヌス帝の時代)

ユスティニアヌス期は、ローマ法史においては、特別な時期であり、古典期後期の間でも、独立した時期とされる。

ユスティニアヌス帝(在位・後527-565)⁽³⁶⁾は、皇帝になるとまもなく法典編纂に着手した。後529年に完成公布されたのが、「ユスティニアヌス勅法彙纂 (Justinianus Codex)」である。その約3年後、ユスティニアヌス帝は、「学説彙纂 (Digesta sive Pandectae)」⁽³⁷⁾の編纂を完成し、533年に施行された。この「学説彙纂」は、膨大な内容であったために、初学者用の教科書として、「法学提要 (Istitutiones)」⁽³⁸⁾が作成され、533年に公布された。また534年には、「勅法彙纂 (Codex)」⁽³⁹⁾が制定され、さらに565年以降に「新勅法彙纂 (Novellae)」⁽⁴⁰⁾が制定された。この間にユスティニアヌスは、多くの勅法を發布したが、これらの法典は「ユスティニアヌス法典」または「市民法大全 (Il Corpus Iuris Civilis)」と呼ばれる。

ユスティニアヌス帝は、「市民法大全」を後世に遺すという立法者として重要な業績を残したため、このユスティニアヌス帝の時期(紀元後527-565年)は独立した時期とされる。

(36) ユスティニアヌス帝は、かつてのローマ帝国の栄光を復活すべく、アフリカのヴァンダル王国を紀元後533年に征服した。535年には、フランク人と同盟して東ゴート王国を攻め、イタリアからゴート人を放逐した。また短期間であったが、東西ローマの一体化を実現した。またその間にソフィア教会堂を建設するなど文化面でも大きな業績を残した。ただし最大の偉業は、ローマ法の集大成である(山内進『概説西洋法制史』(勝田有恒, 森征一, 山内進編著)ミネルヴェ書房, 2004年)59頁。

(37) 「学説彙纂」は、533年12月16日公布で、12月30日施行された。全50巻を構成し、第1巻「総論」、第2~46巻「私法」、第47~48巻「不法行為(刑罰法規を含む)」、第49巻「訴訟法・軍事関係法」、第50巻「行政法」で構成される(山内・前掲注(36)『概説西洋法制史』61頁)。

(38) 「法学提要」は、533年11月21日公布で、12月30日施行された。第1巻「人の法」、第2~3巻「物の法」、第4巻「訴訟の法」で、全4巻を構成する(山内・前掲注(36)『概説西洋法制史』61頁)。

(39) 「勅法彙纂」は、534年11月16日公布で12月29日施行された。全12巻を構成し、第1巻「教会法・法源、行政法」、第2~8巻「私法」、第9巻「刑法」、第10~12巻「財政法、行政法」(山内・前掲注(37)『概説西洋法制史』62頁)。

(40) 「新勅法彙纂565年以降に編纂され、内容は、行政法と教会法である(山内・前掲注(36)『概説西洋法制史』62頁)。

第Ⅱ章 ローマ法における家族法の特徴

1. 家父権制度

古代ローマ法における家族法の大きな特徴は、強い家父権 (*patria potestā*) の制度といえるであろう⁽⁴¹⁾。後述するように、家父には家族に対して強い権限が認められ、その結果、親子関係においては、子は家父 (*pater familias*) に対する絶対的服従が求められ、夫婦関係においては、妻は夫に対する服従が強いられた。このように、家父は、子やその卑属および妻などの家族構成員に対して絶対的な支配権を有していた。

そしてローマにおける家父権の特徴は、家族の内部における父親に対する子の服従の構造は、国家の法的構造にも関わっていた点である。すなわち、一方では、家族内部において家父が家族構成員に対して絶対的な支配権を有していたが、他方では、生産手段の発達や農業の集約化を背景に、社会秩序においては国王または皇帝が絶対的な支配権を有していた⁽⁴²⁾。このように、私的領域ではすべての権限が家父に集中し、家父が絶対的な権力を有していたのに対し、社会や国家などの公的領域では国王または皇帝が強い権限を有し、両者の構造は同じピラミット型で構成されていた⁽⁴³⁾。

ローマ時代の家族は、家長である家父 (*paterfamilias*) とその妻と子、その他の卑属及びその配偶者により構成される集団である⁽⁴⁴⁾。家長はこれらの構成員に対して、絶対的支配権を有した。家父権の対象は、適法な婚姻から出生した子、養子など法律行為により地位を取得した子である。ローマ市民法上適法な婚姻を行った父母から生まれた子は、父親の家父権に服し、もし祖父が存命である場合には、祖父の家父権に服した。

家父権に服することは、ローマ市民権の取得のために不可欠であった。ローマ市民でない者は、家父権に服しない。そのため出生時にローマ市民でない子が、出生後にローマ市民権を取得する

(41) 「家父権は、ローマの家族法で最も基本的で特性のある部分である」と、アラン・ワトソンは指摘する (ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』39頁)。ローマ時代の法学者ガイウスは、家父権の制度がローマ人の特徴であると述べたとされる (Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 79.)。

(42) 佐藤篤士は、強力な家父権の必然性について、生産手段の発達・農業の集約化とその発展・gens制の崩壊、したがって各 familia を単位とする生活形態がみられるとし、他方、国家権力は、各 familia を基盤とする世俗的な支配形態となっており、familia を単位とする生産関係から必然的に家父の地位が強力なものとなっていた事実を重視せざるをえないと指摘する (佐藤篤士「LEX XII TABULARUM — 12表法原文・邦訳および解説 —」早稲田大学比較法研究所叢書 21 (1993年) 67頁)。

(43) イタリア家族法について数多くの著作を持つブルーノ・デ・フィリッピも、家父権の構造と国王や皇帝を頂点とする国家の構造は、等しくピラミッドの構造であったと述べている (Bruno de Filippis, *La Filiazione, Nella Dottrina e nella Giurisprudenza*, CEDAM, 2001, p. 1.)。

(44) 原田慶吉『ローマ法』改訂版、有斐閣 (1955年) 294頁。

には、家父権の成立を認める命令が必要であった⁽⁴⁵⁾。

家父権の下での親子関係は、一方では家父は家族構成員に対して、広範な支配権を及ぼしたが、他方で、家族の側では、相続権など集団への帰属による利益も得ることとなった。

2. 家父権の内容

(1) 生殺の権

家父は、家父権に服する者の生死を決するほどの絶対的な支配権限を有していた。この権利は、生殺の権 (*ius vitae et necis*) と呼ばれたが、生殺の権は、古代ローマ法における家父の権力が子に対して絶対的な権利を有していたことを示すものである。この生殺の権のルーツは古代の12表法 (XII tavole)⁽⁴⁶⁾ に求めることができる。12表法には、「法律が父に男児にたいする生殺与奪の権を与えてから (*Cum patri lex — dederit in filium vitae necisque potestatem*)」との文言を規定している⁽⁴⁷⁾。この12表法の生殺の権の規定は、子に対する家父の無限の権能を象徴的に意味するものであるが、この生殺の権利は、具体的には、以下の三つに分けることができる。第一には、出生した子を遺棄する権利 (*ius exponendi*)、第二は、子を売却する権利 (*ius vendendi*)、第三には、責任から解放するために、加害者を引き渡す権利 (*ius noxae dandi*) である。

① 遺棄する権 (*ius exponendi*)

家父権の一内容として、家父には、子を遺棄する権 (*ius exponendi*) が認められていた。家父は、子を自分の子と認めてその子を養育するか、または公共の場に遺棄して死に至らせるかに

(45) ガイウスの「法学提要」には、ハドリアヌス帝による元老院議決が、自己または子のために市民権を取得し、家父権の関係を設立したケースが紹介されているとされる (Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 113.)。

(46) 12表法の制定時期の成立時期については、紀元前5世紀から4世紀にかけて制定されたとする説が多いようである。12表法は、事件の発生するたびごとに発見されてきた法 *ius* の一部を成文化したものであり、近代法典のような完結的学問的体系的なものではない。けれども、12表法は共和政初期の支配層たるパトリキ (*patricii*) と平民プレーブス (*plebs*) との闘争の所産であり、なにが法であるかを知ることでできなかったプレーブスにとって画期的利益をもたらしたとされる (佐藤篤士『古代ローマ法の研究』(敬文堂、1975年) 47頁)。12表法は、血縁的家父長制的構成を示しながら、他方で或程度抽象的規定もみられるローマ都市共同体への発展の萌芽を示す、過渡的な役割をはたしたとされる (佐藤・前掲注(42)「LEX XII TABULARUM」1頁)、その他、平田隆一「初期ローマ共和政における国家権力と宗教」『歴史における宗教と国家』(佐藤伊久男・松本宣郎共編) 南窓社 (1990年) 19頁、ワトソン・前掲注(14)『ローマ法とヨーロッパ』5頁、マンテ・前掲注(19)『ローマ法の歴史』ミネルヴァ書房 (2008年) 38頁。

(47) 12表法第IV表2に、生殺与奪の権 (*vitae necisque potestatem*) の文言が規定されている。この生殺の権について、佐藤篤士は、「法形式としてローマ法史の終りまで残存したものであり、家父長制を規定するうえで重要な意味を持つものである。すなわちローマの家父権 *patria potestas* は、きわめて強力であり、その絶対性、統一性、排他性、一方的画一的支配という点で他の社会からはきわだつた存在であるといわれ、その家父権のもっとも中核的なものがこの生殺の権 *ius vitae necisque (vitae necisque potestas)* であるといわれてきた」と述べる (佐藤・前掲注(42)「LEX XII TABULARUM」66頁)。

ついて決定する権限を有した⁽⁴⁸⁾。生まれた子は椅子に座る家長の足下に置かれ、家長がこれを拾い上げるときは、子として家に受け入れられるが、家父が否認するときは遺棄されたとされる⁽⁴⁹⁾。なお、遺棄は、12表法による義務に従い、奇形で出生した子の排除にも利用された⁽⁵⁰⁾。

遺棄の動機は、奇形児の排除や迷信によって不吉な子と解された場合や、生まれる子が将来社会に危害を加え、社会を騒がす原因をもたらすと考えられた場合、乱行または凌辱による子の場合であるが、最大の原因は貧困等の経済問題であった⁽⁵¹⁾。

しかし、キリスト教の皇帝のコンスタンティヌス帝は、家父の遺棄する権に否定的対応を示した。コンスタンティヌス帝は、子を遺棄した者は子に対する家父権を失い、反対に子を拾い上げた者は、子を自由民として家父権に入れるか否か、または奴隷にするかの決定権を有すると定めた⁽⁵²⁾。またコンスタンティヌス帝は、315年の勅法において、親が貧困のため養育できない子を官吏のもとに連れてくるときは、国家が遅滞せずに救済すべきことを命じている⁽⁵³⁾。さらに後の皇帝であるユスティニアヌスは、養育される子を自由人 (*ingenuo*) の地位にした⁽⁵⁴⁾。

② 家子売却の権 (*ius vendendi*)

家父は、子を売却する権 (*ius vendendi*) も有した。古くは子の売買は奴隷に落す効果を有したが、後には、別な家父への売買は、子をその家父の奉公人の身分に置くこととなった⁽⁵⁵⁾。12表法第 IV 表 2b は「もし父が息子を三回売却したならば、(その) 息子は父より自由たるべし」と規定している⁽⁵⁶⁾。この規定が、三回子が売却されたなら、子は父から自由になる、と規定していることから、実際には、家子売却権は子を家父権から解放するために利用されたとされる。なお古典期には、売却の権利は自然廃止になった⁽⁵⁷⁾。

③ 加害者を引き渡す権 (*ius noxae dandi*)

家父は、家族構成員が第三者に加害を加えた場合に、その者を引き渡す権 (*ius noxae dandi*)

(48) なお、この遺棄する権利の対象は、もともとは長子ではない女子であったであろうとされる Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80.

(49) 原田慶吉「古典世界に於ける生児遺棄の研究」『春木先生還暦祝賀論文集』(有斐閣, 1931年) 15頁。

(50) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80. なお 12 表法は、子どもが奇形児として出生した場合の殺害規定を置いている。その趣旨について、奇形児については、慣習・宗教規範からも、殺害されなければ、その家ひいては国家にわざわざいをもたらすものという観念があったと推測されるとする(佐藤・前掲注(42)『LEX XII TABULARUM』65頁)。

(51) 原田・前掲注(49)「古典世界に於ける生児遺棄の研究」7頁。

(52) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80. なお、コンスタンティヌス帝は、322年には、アフリカにおいて、貧困状態にあり子を養うことのできない者に対して、国庫の金銭や食料を供与すべき旨の指令を発し、315年の勅令をアフリカにも拡張している(原田・前掲注(49)「古典世界に於ける生児遺棄の研究」37頁)。

(53) 原田・前掲注(49)「古典世界に於ける生児遺棄の研究」37頁。

(54) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80.

(55) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80.

(56) 佐藤・前掲注(46)『古代ローマ法の研究』56頁。

(57) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 80.

を有した。家族構成員が犯罪や不法行為を行った場合、12表法は、その損害を賠償するか、または加害行為者である家族構成員を、被害者または被害者の家父に引き渡すかの選択権を家父に与えている。家父権に服する家族構成員や奴隷が、第三者に対して窃盗や傷害を犯した場合、被害者の訴えは家父に対してなされなければならなかった。被害者の訴えを受けて、家父には、窃盗や加害行為を行った家族構成員や奴隷を、加害者として被害者に引き渡す義務が課された⁽⁵⁸⁾。そして加害者を引き渡さない場合には、その損害を賠償する責任が家父に生じた。家父だけが家族の財産によって賠償に応じることができたからである⁽⁵⁹⁾。このように12表法は、損害を賠償するか、または加害者と家族構成員を被害者または被害者の家父に引き渡すかの選択を家父に与えた⁽⁶⁰⁾。もし損害を賠償した場合には、加害者を引き渡す責任から家父を解放することになる。

加害者を引き渡す権は、子については、ユスティニアヌス法では明確に廃された。それは子が財産的独立を有したからであるが、他方で奴隷については効力を有したとされる⁽⁶¹⁾。

(2) 財産権

家族の財産について、権限を有するのは家父のみであった⁽⁶²⁾。前述の加害者を引き渡す権とも関係するが、子は自己の財産は何も有しなかったのであった⁽⁶³⁾。家父権に服している者は権利主体とはみなされず、私法上の行為はすべて、有利不利を問わず家父に効力を及ぼした。ただし家父権に服している者であっても、法律行為を締結することはでき、妻、息子、娘は、成年に達すれば、法律行為を行うことはできた⁽⁶⁴⁾。しかし、家父権に服する者が契約をした場合、家父は、直ちに契約の相手方との間のすべての権利を取得した。なお、家父権に服する成年者は、「特有財産 (*peculium*)」と呼ばれる一定額を自由に使うことができた。裁判も家父しか提起することができなかった⁽⁶⁵⁾。卑属もまた同じ条件で家父権に服した。

(58) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81. 佐藤は、加害者を引き渡す権についてつぎのように指摘する。「一二表法は、他人の四肢を切断し妥協調わない場合はタリオ（第八表2）と規定し、その他の侵害の場合は確定金額の賠償（請戻額）を被害者側に差し出すことによって責任を免れるとした。けれども、一二表法のこれらの規定が制定される以前においては、四肢切断ばかりでなく身体に回復不可能な傷害を与えた場合に被害者側は加害者側に加害者の引渡しをせまったものであろう」そして「一二表法はかかるタリオを二次的なものにし、責任の金銭化へと一步大きくふみ出したものとみることができる」（佐藤・前掲注(46)『古代ローマ法の研究』53頁）、屋敷・前掲注(17)『概説西洋法制史』32頁。

(59) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81.

(60) スタイン・前掲注(20)『ローマ法とヨーロッパ』8頁。

(61) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81.

(62) 古代には、家族の財産は家族全員の共有であり、家子も財産能力を有するけれども、これを処分する権能は家長にだけ属すると考えられた。しかし共和政末期までには、財産を処分する権能とこれに対する所有権は混同されて、家長だけが所有者で家子は財産能力を有しないとされ、この原則は形式上常に保持された（船田享二『ローマ法』第4巻（改版）、（岩波書店、1971年）147頁）。

(63) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 85.

(64) たとえば、息子が馬を売ったなら、売買契約は有効であるものの、売買代金請求権を取得するのは父であった。その馬の所有権移転は父の同意をもってのみ有効であった。取引の相手方が息子に支払ったなら、その支払いは有効であったが、支払われた金銭の所有権を取得するのは父であった（マンテ・前掲注(19)『ローマ法の歴史』25頁）。

(65) ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』22頁。

このように家父権は絶対であり、子が権利能力を取得するには、家父権が終了しなければならなかった。ローマ家族法の特徴は、家父が唯一の権利者であったことである。

ローマの家父権が強大であった理由としては、第一には、家父権が、家父の生存中は子に譲られることがなかったため、父が生存する限り、子は家の中では支配に服さざるを得なかったことである。第二には遺言相続が法定相続に優位していたため、家産の承継について、家父が自己の意思を表示しうる支配者的地位にあったことによる⁽⁶⁶⁾。

(3) 家父権の限界

前述したようにローマの家父権の特徴は、12表法の生殺与奪の権に象徴されるように、強大な支配権が肯定されたことにある。しかし現実には、この12表法が無制限に実現されたのではなく、12表法の規定は、家父の優位についての原則を示すことや訓戒として効力があつたものとされている⁽⁶⁷⁾。家父の専横を抑制するために、戸口調査官(censore)や市民の行動を監督する司法官(magistrati)が統制していたともされる⁽⁶⁸⁾。さらに後の帝政期には、トラリアヌス帝⁽⁶⁹⁾やハドリアヌス帝⁽⁷⁰⁾などの皇帝が、抑制のために監督権限を行使したとされる。

なお古典期後期には、コンスタンティヌス帝の勅令が、生殺の権は過去のものになったと示したとされる⁽⁷¹⁾。同世紀には、古代法の下でも行われた嬰兒殺しは、奇形で生まれた場合の殺害を除いて、死刑によって罰された。

3. 家父権の終了と家父権の継承

(1) 家父権の終了

家父権は、家父の死亡により終了する⁽⁷²⁾。12表法の時代には、家父が自発的に家父権を終了する手段がなかった。そのため子は家父の死亡まで、家父権に服することを強いられた。家父は子を売却して強制労働に就かせることもできたが、前述したように、12表法は、父が子を三回売却したとき、子は父から自由になると定めており⁽⁷³⁾、後にこの三回売却規定は、家父が子を

(66) 伊藤貞夫「近代以前の家族——西洋、古典、古代」『講座家族1 家族の歴史』弘文堂(1973年)144頁以下。

(67) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81.

(68) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 81. なお戸口調査官が監督する習俗があり、権力を濫用した家父を責問し、家父に刑罰を科したとされる。

(69) トラヤヌス帝(後98-117)は、奴隷に関するアントニヌス・ピウスの決定に先駆けて、子を虐待した父に対して、子を家父権から解放することを命じた(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 82.)。

(70) その後ハドリアヌス帝は、継母と不貞関係があったとはいえ、子を殺害した父に対して流刑の有罪の判決を下した(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 82.)。

(71) なお、厳格な親類を殺害した子を、皮袋の中に猿やとりにわたりや蝮蛇と一緒に閉じ込めて水に放って殺害した家父を、殺人者としたとされる。子を理由なく殺害するのは、正当とはされず認められないと述べたとされる(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 82.)。

(72) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 83.

(73) 佐藤・前掲注(46)『古代ローマ法の研究』56頁。

解放するために用いられるようになった⁽⁷⁴⁾。

(2) 家父権の継承

遺言により相続人を指定することは、12表法の時代から行われており、紀元前200年頃には、遺言相続が普通となり、無遺言相続は例外的なものとされた。このようにローマの相続においては遺言相続がきわめて重要性を有した⁽⁷⁵⁾。

無遺言相続については、相続順位は、しばしば変更されている。ユスティニアヌス帝の『法学提要』では、第1順位の相続人は、直系卑属であり、男性女性を問わない⁽⁷⁶⁾。第2順位は直系尊属であり、等級の近い者は遠い者を排斥する。尊属がいない場合は、同父母兄弟姉妹のみが、相続の権利を取得した。ただし死亡した兄弟姉妹の子がいる場合には、彼らが優先的に相続した。最後に夫と妻はお互いを相続した。相続人がいない場合には、相続財産は国庫に帰属した。

第三章 ローマ法における婚姻制度

1. ローマ法における婚姻制度の特徴

前章で述べたように、古代ローマにおける家族法の特徴は強大な家父権であったが、この強大な家父権の制度は、婚姻制度にも大きな影響を与えた。古代ローマでは、家族が国家社会の重要な基礎単位となっていたが、そこでの家族法における重要な問題は、誰が家父の地位を承継するか、またはどのようにその地位や財産を相続するかという家父の地位や家族財産の承継の問題であった⁽⁷⁷⁾。このため古代ローマの婚姻法の第一の特徴は、初期の時代では、家父の地位や財産の移転を伴う家父権の継承者を確保するという実際的理由が婚姻法の目的であった点である⁽⁷⁸⁾。そのため、ローマ市民法による適法な婚姻 (*iustae nuptiae*) によって子孫を確保することが重要とされたのであった⁽⁷⁹⁾。このように初期のローマ法における婚姻法は、財産の継承者を得る

(74) 12表法は、息子にしか言及していないため、後に息子については三回売却が必要だが、娘や孫の解放には一回の売却で足りる、と理解されるようになったという (スタイン・前掲注(20)『ローマ法とヨーロッパ』11頁)。

(75) 吉田道也「二 古典古代」『講座家族5 相続と継承』(弘文堂, 1974年) 44頁。

(76) ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』97頁。

(77) 「家族が国家社会の基礎単位となっている古代国家では、家族法・相続法の主要な関心事は、「家族の承継」であり、男系を中心とした家と家の財産がどのように (平等か否か)、また誰に受け継がれるのかということであった。誰が相続するかを明らかにするために婚姻をめぐる諸問題——とりわけ妻の姦通や奴隷との間の子の地位など——について規定しなければならず、相続すべき者に順位をつけなければならなくなる」(佐藤・前掲注(46)『古代ローマ法の研究』53頁)。

(78) 哲学者キケロは、婚姻の理由は子を持つためであり、国家の苗床 (*seminarium*) と定義した (Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101.)。

(79) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 99, Jane F. Gardner, *Women in Roman Law & Society*, Croom Helm, 1987, p. 32.

という実際的な目的を有し、倫理的・宗教的色彩を帯びることが少なかったとされる⁽⁸⁰⁾。

ローマの婚姻法の第二の特徴は、一夫多妻制度を容認せず、一夫一婦制であったという点である⁽⁸¹⁾。この点が古代における他の民族の法と異なるとされる⁽⁸²⁾。そして注意すべき点は、ローマにおける一夫一婦制は、キリスト教が国教とされる以前から存在していた点である。キリスト教が国教化される以前のローマの一夫一婦制は、財産の分散を生じるのを避ける目的であったとされる⁽⁸³⁾。すなわち、前述したようにローマの家族法は、倫理的・宗教的色彩を帯びることが少なかったが、宗教的色彩がないにもかかわらず一夫一婦制度が存在したのは、財産の分散が過度に生じるのを避けるという実際的な理由であった。しかし、後に述べるように、キリスト教が国教となった以後は、婚姻制度における一夫一婦制度に宗教的倫理が加えられるようになる。キリスト教の婚姻像は、神の認めた夫と妻によって成立する婚姻であり、その結果、これに反する関係は容認されないものとなった。この結果、キリスト教の国教化以後は、婚姻に対する宗教的倫理要素を基礎として一夫一婦制が求められるようになる。そしてこのキリスト教の婚姻に対する宗教的倫理思想が、後に述べるように子の法的地位にも影響を与えるに至る。

このように、ローマにおける婚姻形態は一夫一婦制であり、一夫多妻制または一妻多夫制は禁じられた結果、夫に対しても妻に対しても、第一の婚姻が解消する前に再婚することは認められなかった。もし前婚が解消されないままに新たに婚姻を取決めた場合には婚姻障害となり、婚姻契約は無効とされた⁽⁸⁴⁾。重婚の婚姻契約は、夫または婚姻を許可した家父の不名誉とされた⁽⁸⁵⁾。

2. 婚姻制度の内容

(1) 婚姻の要件

ローマ法の適法な婚姻は、下記の三要件を満たす必要があった。第一は、積極的要件としての婚姻能力であり、第二は消極的要件として婚姻障害の不存在であり、第三は当事者の合意である。

(80) ローマの婚姻生活は実際上宗教的呪術的色彩をもつ慣習の影響があったとしても、そのような慣習は事実上のもので、それが直接に法の規定に反映されることはなかったという（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻、23頁）。このように、ローマ法における婚姻の目的は、継承者となる子を作り出すことを目的とするので、男性と女性との結合によるものとされた。性的関係が有しても、子を持つことを目的としない関係は、婚姻とはみなされなかった。また同性のカップルの関係は婚姻とされることはなかったし、またカストラートについては、生殖が不可能であることから、婚姻は不存在とされた（Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 99.）。

(81) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), 101; Riccardo Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, CEDAM, 2014, p. 205.

(82) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻23頁。なお一夫多妻制の類型については、中川善之助「一夫多妻制の類型に就いて」*社会学雑誌* 33号（1927年）45頁以下。

(83) Jane F. Gardner, *supra* note (79), p. 31.

(84) Astolfi, *supra* note (81), p. 205.

(85) Astolfi, *supra* note (81), p. 206.

① 婚姻能力

ローマ法で適法な婚姻が成立するためには、婚姻当事者間に婚姻能力 (*conubium*) が必要である⁽⁸⁶⁾。婚姻能力は婚姻の実質的要件を意味し、一般的に身分を基礎とする規定に基づく婚姻能力を指すと共に、さらに当事者間の間に個別的に存在する婚姻能力を指す⁽⁸⁷⁾。当事者が、自由なローマ市民の法的地位を有する場合には、法的婚姻能力を満たすことになる。これに対して、外国人の場合には、許可を得ないと婚姻能力は有しないとされ、また奴隷には婚姻能力は認められない⁽⁸⁸⁾。古典期の時代では、婚姻能力は、市民法により適法に婚姻を締結できる能力と定義された⁽⁸⁹⁾。しかしその後アントニヌス勅令 (*Constitutio Antoniniana*) は、婚姻能力の要件を取り去った⁽⁹⁰⁾。この時点でローマ市民は、例外なく婚姻能力を取得したことになる。ただしその後ユスティニアヌス帝の時代には、消極的要件として、婚姻障害の不存在を立証することが婚姻の要件として求められるようになった⁽⁹¹⁾。

② 婚姻障害

婚姻能力がある当事者の間にも、特定の原因によって、必ずしも適法な婚姻が成立しないことがある。ローマ法で適法な婚姻となる第二の要件は、婚姻障害に該当しないことである。これは婚姻当事者が婚姻年齢に到達していることと近親婚に該当しないことが求められた。

i) 婚姻適齢 まず婚姻年齢は、男子については最初は個別的に決定されたが、後には14歳に達した時とされ、女子については12歳とされた⁽⁹²⁾。

ii) 近親婚 婚姻能力がある当事者であっても、近親婚の場合は、婚姻は成立しない。

ローマ時代の初期から、直系親族間では婚姻能力は認められなかった⁽⁹³⁾。傍系については、初期の時代には兄弟間の2親等までが婚姻禁止とされた⁽⁹⁴⁾。その後は3親等のおじと姪との同族結婚は禁止された。そして古典期にはいとこ同士の婚姻を禁止する法が制定された。その後、兄弟姉妹の孫については例外となり、4親等間の婚姻が認められた。

相手配偶者の親族である姻族についても、婚姻禁止が存在した。初期の時代では、息子の嫁や義母などの直系姻族との結婚はつねに禁じられた。古典期後期では、法ではなく慣習によるものであったが、禁止は傍系の姻族にも及んだ。親族間または姻族との適法でない婚姻は、近親相姦の犯罪を成立させた。その他、後見人が自己の不正な財産管理を隠蔽する可能性があるために、

(86) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103; Filippis, *supra* note (43), p. 103.

(87) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻44頁。

(88) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

(89) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

(90) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

(91) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

(92) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 102. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻49頁。

(93) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.

(94) クラウディウス帝は、元老院議決により、おじと姪の関係にある兄ゲルマニクスの娘アグリッピーナとの婚姻を成立させた (Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.)。

後見人と被後見人との婚姻も禁止された。コンスタンティヌス帝の時代には、誘拐を防止するために、誘拐者と被害者との婚姻も認められないとされた。またキリスト教徒とユダヤ教徒の間では婚姻が禁止された⁽⁹⁵⁾。

③ 当事者の合意

ローマの婚姻法における第三の要件は、当事者の合意である⁽⁹⁶⁾。なお、婚姻当事者が家父権に服するときは、婚姻の成立には家父の同意を必要とし、家父の同意のない婚姻は無効とされる⁽⁹⁷⁾。

ローマの婚姻法の特徴は、家父の合意に加えて、当事者の合意により婚姻が成立することである。婚姻についての当事者の合意が存在すれば、その後に性的関係が伴わなくても、婚姻は有効である⁽⁹⁸⁾。ローマ法における婚姻は、前述したように財産や地位の継承者である子孫を得ることを大きな目的としたが、出産の能力や性関係の成就是婚姻の要件とはされない。出産の期待は、男性と女性が婚姻により結びついた時点において、潜在的に実現されうると解された。婚姻が存在すれば、その後に性的関係が伴わなくても、有効である。紀元後35年1月15日のウルピアヌスの覚書(Nota Ulpiano)には、「婚姻は合意を基礎として成立し、性関係の成就によるのではない(*nuptias non concubitus, sed consensus facit*)」との記述がある⁽⁹⁹⁾。この記述は婚姻の法的定義に関して法的に重要とされている。なぜなら他の国の制度では本質的とされる性交の時期の問題をローマ法においては重視しないだけでなく、ローマの婚姻の特徴が合意であることが示されているからである⁽¹⁰⁰⁾。そして、古典期の婚姻についての観念では、合意は、配偶者である同居者の継続的な意思を基礎とし、性的関係や最初の合意の効果が持続することではないとされる。以上の結果、婚姻は法関係というよりもむしろ事実として取り扱われ、当事者の婚姻の意思とその実現とによって成立する⁽¹⁰¹⁾。

(95) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.

(96) ローマ法における婚姻について、婚姻の合意が重要な要素であった点については、争いがない。ローマ法における婚姻の構造としては、3つの理論が提示されている。一つは契約理論である。すなわちローマの婚姻についての当事者の合意は、契約の一種であったとする説である。第二は、共同社会の事実の安定の側面を重視し、合意は一回きりではなく継続しなければならないとする説、第三は、合意における意思を重視し、挙式において表示された合意が重要であるとする説である。これらの説はそれぞれ論拠を異にするが、しかし合意がローマの婚姻において本質的であったという点については、一致している(Roberto Fiori, *La struttura del matrimonio romano*, in UBI TU GAUS, Giuffrè, 2014, p. 323.)。わが国のローマ法研究は、婚姻当事者の合意という点についてそれほど重視していないように思われる。これに対して、Dalla-Lambertini 両教授は、当事者の合意が、古代ローマ婚姻法の大きな特徴であると指摘している(Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 102.)。

(97) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻56頁。

(98) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101.

(99) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 100.

(100) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101.

(101) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻26頁。

(2) 婚姻の方式

合意の成立を示す婚姻の方式は存在しない⁽¹⁰²⁾。ローマ法においては、婚姻は占有と同様の事実上の関係であり、法はこの事実関係を認めてこれに特定の保護を加えたので、その成立のために方式の履行等を要すると規定することはなかった⁽¹⁰³⁾。したがって、適法な婚姻と単なる事実上の結合関係とを区別する形式的方式は存在しなかった。夫の家に入る入口としての儀式が存在したが、これは同居を公知させる習慣であり、婚姻の合意の始期を特定するためのものであった⁽¹⁰⁴⁾。

このように婚姻の成立は事実上の関係とされていたが、その後キリスト教が国教化された後には、嫁資設定証書の作成が婚姻の成立を意味するようになった。これはキリスト教の影響とされる。すなわち、婚姻を事実としてではなく、法律関係として理解し、婚姻の意思を公示することを勧める教会の立場と一致したからである⁽¹⁰⁵⁾。

3. アウグストゥス帝の婚姻立法

初期のローマ婚姻法では、近親婚などの婚姻障害に該当しなければ、基本的には婚姻の自由が認められていた。当事者が婚姻意思を実現する場合にこれを婚姻と認めて、それ以外に特別な方式を規定していなかった。そのため婚姻そのものに関する法の規定はきわめて少なかった⁽¹⁰⁶⁾。しかしアウグストゥス帝の時代から、婚姻に対して法による規制が行われるようになった。

アウグストゥス帝即位前の共和制の末期には、ローマの社会は性風俗の乱れにより頹廢し、それに伴う出産の忌避による人口の減少という問題が生じていた⁽¹⁰⁷⁾。そこで、アウグストゥス帝（在位紀元前 27-紀元後 14）が、これらの問題を解決するために制定したのが、婚姻改革のためのユリア法（*lex Iulia de maritandis ordinibus* 紀元前 18 年制定）⁽¹⁰⁸⁾ とパピア法（*lex Papia*

(102) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101.

(103) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻32頁。

(104) しかし、実際には古くから婚姻と事実上の結合関係とを区別する諸種の手続が履行されることが常とされた。とくに元首政初期以来、婚姻締結の証書（*tabulae nuptiales* など）を作成する慣行が発達した。また教会は婚姻の公示性を重んじて、司教が迫害または作成に協力して作る証書を証人の前で読む慣行を奨励し、証書の中で婚姻が「子女を設けるため」であることを明らかにした（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻32頁）。

(105) 吉野悟『ローマ法とその社会』（近藤出版社、1976年）110頁。

(106) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻25頁。

(107) ローマでは厳格な一夫一婦制が守られてきたが、それは結婚外の性関係が禁じられたわけではない。男性が自由に欲情を満足させる相手や施設には、事欠かなかった。按察官が売春婦の登録簿を管理するなどの公娼制度さえ存在した。そして第二ポエニ戦争後、こうしたローマ社会は、一方的な男性天国ではなく、女性の地位の上昇とともに女性にも性的解放をもたらすなどの変質が生じるに至った。また医学の発達しない当時、出産は女性にとって危険を伴うものであっただけでなく、子だくさんによる相続財産の分散を避けるなどの理由から、男女ともに結婚忌避の傾向が生じたという。こうした結婚忌避の傾向は、アウグストゥス帝の時代にまでも続いたのであった（弓削達『ローマ帝国とキリスト教』世界の歴史5（河出書房新社、1989年）176頁以下）。

(108) 紀元前18年にアウグストゥス帝自身の提案によって制定された婚姻当事者の階級に関する法律である（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻、65頁）。

Poppaea 紀元後9年制定)⁽¹⁰⁹⁾である。アウグストゥス帝は、ユリア法とパピア法により偉大なローマ帝国の発展を成し遂げた古来の階級の復活を目指し、あらゆる政治的および社会的組織を段階的に秩序づけることを求めた⁽¹¹⁰⁾。このアウグストゥス帝のユリア法とパピア法による婚姻改革は、ローマ法における婚姻法の歴史の中で、極めて重要な意義を有する。なぜなら、第一にそれまでのローマの婚姻法は、慣習法を基礎として当事者の自由に委ねられる部分が多かったのに対して、アウグストゥス帝の婚姻立法により婚姻が国家法により厳格に統制されるようになったからである。第二には、このアウグストゥス帝の婚姻改革は、道徳的・倫理規範を含んでおり、後のキリスト教の皇帝であるコンスタンティヌス帝（在位・後306-337）やユスティニアヌス帝（在位・後527-565）の婚姻法制度に大きな影響を与えたと思われるからである。

ユリア法とパピア法の立法の目的は、第一には、上流階級が退廃により他の階級に浸されるのを防止して、純潔を維持することであり、第二には人口増加のための婚姻の奨励であった⁽¹¹¹⁾。そのためこれらの法規定は、異なる階級間の婚姻を制限する規定と、婚姻を奨励する規定とに分けられる。

まず、第一の目的としての社会を頹廢から防ぐための婚姻禁止について述べる。アウグストゥス帝は、ユリア法に姦通を禁止する規定を置き、婚姻障害の事由があるにもかかわらず事実上の婚姻生活をなす者および姦通者に対して、刑罰による制裁を行った⁽¹¹²⁾。上流階級の純潔の維持という目的のために、元老院議員やその子孫が売春婦や売春あっせん業の女または姦通の現場を発見された女や俳優と婚姻することを禁止した⁽¹¹³⁾。

このアウグストゥス帝の婚姻禁止は、後のキリスト教の皇帝による他の婚姻禁止も影響を及ぼす契機ともなった。たとえば、コンスタンティヌス帝の時代には、誘拐を防止するために、誘拐

(109) 紀元後9年に補欠執政官パピウスおよびポッパエウスの提案によって制定された法である。パピア・ポッパエア法とも呼ばれる。この法はユリア法の規定を修正・補充し強化するものであったと考えられ、したがってこれと合してあたかも一つの法律のようにユリアおよびパピア法とも呼ばれる（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻、65頁以下）。

(110) アウグストゥスにより、元老院議員およびその家族の構成する貴族と騎士階級の者とそれ以外のローマ市民との階級的区別が確立された。元老院議員とその妻および子は、貴人の尊称を許され、また議員の子は特殊な衣服を着用し元老院会議に出席する権を持ち、また元老院議員の地位は世襲的なものとされた（船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻、249頁以下）。

(111) アウグストゥス帝が、婚姻法を制定した目的に関しては、数多くの学説が示されているという。主要な学説としては、上流層における道徳の刷新や人口増加、相続の安定、支配者としてのローマ市民の地位の確立があげられるという（山下孝輔「ローマ帝国における皇帝立法の変容——アウグストゥス帝の婚姻法の適用対象と後代の皇帝によるその拡大——」西洋史学259号（2015年）3頁）。

フリッツ・シュルツは、アウグストゥスの婚姻・子供立法は、イタリア国民の維持・強化を目指すものであり、アウグストゥスが法律により奴隷解放を制限したこと、市民権付与にあたって原則的に控え目な態度をとったことは、イタリア国民の人種の純潔の保持を指向するものであった、と述べる（フリッツ・シュルツ（眞田芳憲訳）『ローマ法の原理』（中央大学出版部、2003年）136頁）。

(112) 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』78頁。6頁。またこうした目的で、アウグストゥス帝は、奴隷解放制限を限定し、姦通禁圧に関する法律を制定した（船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻67頁）。

(113) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104. 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』75頁、船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻66頁。

者は被害者との婚姻は認められないとされた。またキリスト教徒とユダヤ教徒の間では婚姻が禁止された⁽¹¹⁴⁾。

ユリア法とパピア法の婚姻改革の第二の目的は、人口減少を防止するために⁽¹¹⁵⁾、上流階級のローマ人の婚姻を奨励することであった⁽¹¹⁶⁾。まず婚姻の義務を課すことにより、婚姻が奨励された。すなわち 25 歳から 60 歳までの男子と 20 歳から 50 歳までの女子には婚姻の義務が課され、婚姻が奨励された。またそれ以前の法が改められて、再婚も奨励された。寡婦については、夫が死亡した場合 2 年、離婚の場合は 18 カ月の猶予期間の後、婚姻の義務に服することとなった⁽¹¹⁷⁾。妻の死亡または離婚により独身となった男子も再婚すべきものとされた⁽¹¹⁸⁾。しかし婚姻や出産は強制することはできない。そこで、婚姻義務者に対して相続・遺贈の財産の取得制限などの不利益を課することにより、婚姻の奨励に実効性を持たせる間接的手段が用いられた。たとえば遺贈などにより配偶者が他方配偶者から財産を取得する能力は、婚姻中に産んだ子どもの数により決定された。すなわち子どもがいない配偶者は、他方配偶者の相続により 10 分の 1 を取得するにすぎないが、子どもがいる夫婦は、子ども 1 人につき 10 分の 1 ずつ取得することが認められた⁽¹¹⁹⁾。このように間接的な手段により子を出産することが求められた。

婚姻奨励は家父権に新たな効果をもたらした。婚姻が奨励されたため、理由なく家父が家父権により子の婚姻を禁止することは認められなくなったのであった⁽¹²⁰⁾。

なお、アウグストゥス帝は、このように上流階級の純潔を維持するために、異なる階級間の婚姻を制限したが、この結果適法に婚姻をすることができない男女が生ずるに至った。そのためアウグストゥス帝はこうした事実婚の男女でも、継続した安定した関係の場合には、内縁として、認めざるをえなくなるが、この点については後述する。

以上のように、アウグストゥス帝は、道徳倫理目的と人口増加という国家目的から、婚姻制度を改革しようとした。このアウグストゥス帝の婚姻改革は、西洋の歴史において、人口増加や倫理目的のために、国家が婚姻の領域に介入した最初のケースである。そして道徳倫理目的のために、国家による婚姻法への介入は、キリスト教が国教化した後の皇帝により引き継がれることになる。

(114) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104.

(115) アウグストゥス帝は、ローマの人口減少を憂えて、婚姻立法を制定したが、アウグストゥス帝はその業績録で、ローマ市の人口が前 28 年の 406 万人から 14 年の 493 万人に増加したことを誇ったという。ただしタキトゥスによれば、帝の婚姻立法で増えたのは、報償金めあての密告者ばかりで、婚姻と出産の方は増えなかったという（吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』78 頁）。

(116) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 104. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第 4 巻, 64 頁。

(117) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 105. 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』76 頁。

(118) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 105.

(119) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 105.

(120) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 103.

4. キリスト教が国教化した後の婚姻制度

コンスタンティヌス帝の時代の、紀元後 313 年にミラノの勅令によりキリスト教の信仰が自由化され、その後テオドシウス帝によりキリスト教は国教となった（紀元後 392 年）。そしてキリスト教の国教化により、キリスト教の思想は、婚姻制度に対しても影響を及ぼした。まずキリスト教の婚姻思想において第一の重要な点は、神により結ばれた夫婦を婚姻像としたことである。キリスト教が神により結ばれた夫婦を婚姻像としていることは、イエスが、「人を造り給ひしもの、始めより之を男と女に造り、しかして、かかるゆえに、人は父母を離れ、その妻に合いて、二人の者一体となるべし。……されば、はや二人にはあらず一体なり。このゆえに神の合わせ給いし者は人これを離すべからず」（マタイ伝福音書第 19 章 4-6）⁽¹²¹⁾ と述べていることから示されている。そしてその後、ユスティニアヌス帝は、『法学提要』の第 1 卷 1.9 に、「婚姻も結婚も、分離されえない共同生活を継続する、夫と妻の結びつきである（*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.*）」と規定した⁽¹²²⁾。ここには、婚姻は夫と妻によって形成されるというキリスト教の婚姻像が、法的な婚姻像でもあることが示されている。このように、キリスト教の国教化以後は、キリスト教の宗教倫理を基礎とした婚姻像が婚姻のあるべき姿とされるようになる。

キリスト教の婚姻思想として重要な第二の点は、性に厳しい倫理観が支配した点である。キリスト教の思想の下では、人間の官能は霊を墮落させる忌むべきものであるとされ、欲望を満足させるための性関係は否定され、ただし人類存続のためのやむをえない手段として婚姻制度が認められた⁽¹²³⁾。このようなキリスト教の道徳観や婚姻観は、以下に述べるように家族法にも影響を及ぼし、婚姻制度はやむを得ないとしても、離婚は認められないし、死によって別れることもできず、また再婚にも否定的となった。そして婚姻外で出生した子に対しても厳しい対応がとられることとなった。

キリスト教の婚姻思想は、婚姻の成立方式についても影響を及ぼした。従来は、婚姻の成立は事実上の関係とされていたが、前述したように、嫁資設定証書の作成が婚姻の成立を意味するようになったのも、キリスト教の影響とされる。これは、婚姻を事実としてではなく、法律関係と

(121) 『舊新約聖書』（日本聖書協会、1973 年）38 頁。山室軍平『民衆の聖書 18 マタイ伝』山室軍平聖書注解全集（教文館、1971 年）、上沢謙二『やさしい聖書マタイ伝』（警醒社書店、1948 年）125 頁、青山道夫「二節 西洋社会」講座家族 3（弘文堂、1973 年）164 頁。

なお、キリスト教の歴史については、荒井献、出村みや子、出村彰『総説キリスト教史 I 原始・古代・中世篇』（日本キリスト教団出版局、2007 年）、キリスト教の女性観については、荒井献『新約聖書の女性観』岩波セミナーブックス 27（岩波書店、1988 年）参照。

(122) 津野義堂・古田裕清・石田雄一・森光訳「私たちの主、永遠に尊厳者であるユースティニアヌスの法学提要または法学入門」比較法雑誌 37 卷 3 号（2003 年）85 頁、Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 101. そして、古典後期からキリスト教の学説は、婚姻について終生の合意を基礎とすることから、離婚を嫌うようになった。

(123) ギボン『ローマ帝国衰亡史 II』（中野好夫訳）（筑摩書房、1978 年）229 頁。

して理解し、婚姻の意思を公示することを勧める教会の立場と一致したからとされる⁽¹²⁴⁾。

キリスト教の思想がとくに顕著となったのは、離婚の領域であった。古典期時代には離婚は方式も特定の離婚原因も必要とせず、離婚は自由であって、これを制限するあらゆる行為は無効であった⁽¹²⁵⁾。しかしその後アウグストゥス帝は、有責の配偶者に対する嫁資の返還などの制裁を課することにより、離婚を制限する方向に舵を切った⁽¹²⁶⁾。その後、コンスタンティヌス帝が、キリスト教の影響の下に、331年の勅法に、離婚を制限する規定を置いた⁽¹²⁷⁾。コンスタンティヌス帝は、離婚の自由を制限を設け、重大な離婚原因がある場合のみに離婚を限定した。その離婚原因としては、妻の毒殺や魔術による殺害を夫が企てた場合や墓地を侵害した場合など一定の場合だけを、妻が夫を離婚できる離婚原因とした⁽¹²⁸⁾。また夫が妻を離婚できる離婚原因としては、妻が姦通や売春の斡旋をした場合など一定の離婚原因を規定した。これに反する場合には、財産刑または刑罰による制裁を受けた。その後テオドシウス二世は、449年の勅法で、夫婦の間に子のある離婚を困難にし、婚姻は単なる合意によって成立するけれども、離婚はその意思が相手に通達されることを要するとして、離婚をさらに制限した⁽¹²⁹⁾。

その後、ユスティニアヌス帝は、勅法集 22 卷 117 と 134 により、離婚の自由の制限を決定的なものとした。ユスティニアヌス帝は、協議離婚については、夫婦の双方が再婚をしない宣誓をする場合を除いて、当事者の合意による離婚を禁止した⁽¹³⁰⁾。無責離婚としては、当事者の一方が僧院に入り、または純潔の宣誓をした場合、戦争で捕虜となり 5 年間生死不明の場合等には、妻が夫を離婚することができた⁽¹³¹⁾。有責離婚については、妻が姦通した場合や妻が夫に内密に謀反の陰謀に参加した場合などには、夫は妻を離婚することができた。夫が謀反の陰謀をなした場合や妻の姦通を告発してその事実を証明しえなかった場合などには、妻は夫を離別することができた。しかし、正当な離婚原因がなく離婚がなされた場合には、拘禁施設への収容や財産の剥奪の刑が科された⁽¹³²⁾。ユスティニアヌス帝は、妻が夫を離婚し、それが正当な理由によるものでない場合、離婚は有効であるが、妻は生涯にわたり尼僧院に幽閉され、また妻の財産の三分の一は僧院に、三分の二は子に与えられると定めた⁽¹³³⁾。しかし、正当な理由なしに妻を離婚した夫は、単に制裁に服するだけであった。

このようにして、古典期の離婚の自由は、古典期後期以後のキリスト教の皇帝の時代には、刑罰や財産刑の制裁により制限されることとなった。

(124) 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』110頁。

(125) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻119頁。

(126) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 108.

(127) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻119頁。

(128) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 108.

(129) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻119頁。

(130) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻125頁。

(131) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻125頁。

(132) ワトソン・前掲注(14)『ローマ法と比較法』33頁、船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻125頁。

(133) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻125頁。

第四章 ローマ法における子の法的地位

1. 婚姻制度による子の分類の始まり

婚姻制度と親子関係とは、古代の時代から密接な関係を有していた。なぜなら財産や地位の後継者を得るために、婚姻制度は非常に有益だったからである。前章で述べたように、古代ローマ法における婚姻制度は、初期の時代から一夫多妻制度ではなく一夫一婦制⁽¹³⁴⁾であった。そしてローマにおいて初期の時代から一夫一婦制度であったのは、財産の分散が過度に生じるのを避けるためであった⁽¹³⁵⁾。その結果としてローマの初期の時代においては、一夫一婦制の下での婚姻制度から生まれた嫡出子の保護の目的は、財産的秩序維持という実際的理由から生じたものである。そのためこの時代に婚外子が疎まれた理由は、嫡出家族の財産権に対する侵害の危険という実際的理由に基づくものであった⁽¹³⁶⁾。しかし、その後、アウグストゥス帝の時代になると、婚姻制度の目的に、さらに社会の頹廢の防止という倫理的目的が加えられるようになる。アウグストゥス帝は、社会を乱す婚姻外の男女関係を好まず、婚外子に対しても忌避を示した。さらにキリスト教が国教化された後は、神により結ばれた夫と妻により形成されるという夫婦像が婚姻像となった。それでは、婚姻制度に倫理観や宗教観が求められるに至り、子の法的地位はどのように変化したのであろうか。本章では、婚姻制度の制度趣旨の変化と子の法的地位の関係について考察する。

婚姻関係から生まれた子と婚姻外で生まれた子の法的地位の区別の起源は古いとされるが、その区別が明確になったのは、アウグストゥスの時代である古典期とされる⁽¹³⁷⁾。すなわち適法な婚姻 (*iustae nuptiae*) から生まれた嫡出子 (*iusti* または *legitimi* と言われる) と適法ではない関係から生まれた非嫡出子 (*vulgo concepti* または *spurii* と言われる)⁽¹³⁸⁾ という子についての

(134) 婚姻を一夫一婦の永久的結合とし、全生命の共同とし、神事人事を共通にする共同体とする思想は、多くの文献によって伝えられるとする(船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻24頁)。またユスチニアヌス帝の法学提要では、婚姻を唯一の生活協同体をなす一男一女の結合と定義しているとする。ただしこれらの定義はいずれもむしろ倫理的観点から婚姻の本質を明らかにしようとするもので、その法上の概念を規定するものではないとする。専主政時代の諸種の変遷にも拘らず、婚姻法が倫理的・宗教的要素からは独立して形成されたという古来の特徴は根本からくつがえされることはなく、古典時代の伝統は帝の法に保たれており、キリスト教的婚姻法の形成にはさらに中世の長い歴史を要したとしている(同25頁)。

(135) Massimo Dogliotti. *La filiazione fuori del matrimonio*, in *Il Codice Civile Commentario*, 2015, Giuffrè, p. 9. *op. cit.*, p. 8; Filippis, *supra* note (43), p. 4, Gardner, *supra* note (79), p. 31.

(136) Filippis, *supra* note (43), p. 4.

(137) Dogliotti, *supra* note (135), p. 9.

(138) より古くは *notui* という語も用いられたとされる(Dogliotti, *supra* note (135), p. 9)。婚外子を示す語は、時代や論者によっても異なり、一定ではない。たとえば、Dogliottiによれば、*spurii*の語は、婚外子全般を表すものであり、内縁関係から生まれた子は、*fili naturales*とする(Dogliotti, *supra* note (135), p. 12.)。しかしFilippisによれば、内縁関係から生まれた子を、*spurii* または *vulgo concepti* と説明している(Filippis, *supra* note (43), p. 3.)。このように *spurii* の語の定義も論者に

二つの分類である。その後、後古典期には、内縁関係 (concupinato) の親から生まれた子である内縁子 (*naturales*) という三番目の分類が加わり、さらにその後は準正子という分類も加わる。

以下では、嫡出子と非嫡出子について述べ、内縁および準正による子の法的地位については、次章で考察する。

2. 嫡出子

嫡出子 (*figli legittimi*) は、適法な婚姻にある者から生まれた子である。適法な婚姻から出生した嫡出子は、家父による家父権に服する。父子関係の成立については、ローマ初期の古代期の時代には、*tollere liberum* の儀式により行われたとされる⁽¹³⁹⁾。*tollere liberum* とは、父が自分の足元に置かれた新生児を抱上げることにより、自分の子であることを認め、その子を養育する意思を示す風習である。この儀式により、出生子と父との父子関係が成立した。しかし父が自己の子であることを認めない場合には、その子を養育せずに遺棄することも、また殺害することさえも可能であった。ただし遺棄した子であっても、その後に父が子であることを認めた場合には、その子を養育している者に対して、子を返すように求めることもできた⁽¹⁴⁰⁾。しかし、すでに古典期の時代には、この *tollere liberum* の儀式は、宗教的性質と象徴的意味にすぎなくなっていたという⁽¹⁴¹⁾。

法的父子関係については、子どもの父は、婚姻中に子を懐胎した女性の夫とされた⁽¹⁴²⁾。そしてユスティニアウス帝の時代には、父子関係の発生には推定制度が機能することになる。すなわち婚姻 (*nuptiae*) から 180 日経過後⁽¹⁴³⁾、または婚姻の終了から 300 日以内に子が生まれた場合には、婚姻中に懐胎したと推定される⁽¹⁴⁴⁾。この推定制度 (*juris tantum*) の根拠は、当時の医学

より異なっている。また船田も、婚外子を示す語について、「用法の混乱のため、諸帝の勅法の正確な意義を知ることは困難である」と指摘する。その例として、万民法上の婚姻からの出生子は不適法な子 (*injusti filii*) と呼んだり (ヴァチカーノ断片 194)、またガイウスは、近親婚禁止の規定に違反する不浄乱倫の婚姻からの出生子を母が乱雑な結合で懐胎した子 (*vulgo concepti*) とし、その父が不確定なので父の無い (*sine patre*) 子すなわち *spurii filii* と呼ばれるとしている (船田・前掲注(62)『ローマ法』第 4 卷 135 頁注(10))。このようにラテン語の文言が統一されていないので、本稿では、ラテン語の表記は省略し、非嫡出子または婚外子の語を用いることにする。

(139) Dogliotti, *supra* note (135), p. 9; Filippis, *supra* note (43), p. 2. ただし法上の意義については、これによって初生児は初めて家長の家に入りその家長権に服したとする説と、承認には法上の意義はなく、出生の事実によって家長は初生児に対する父権を取得し、その承認を欲せぬときは、家長はその父権の内容をなす生児遺棄の権を行使することができたとする説があると指摘する (船田・前掲注(62)『ローマ法』第 4 卷 157 頁)。

(140) Dogliotti, *supra* note (135), p. 9.

(141) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10.

(142) *Pater is est quem nuptiae demonstrant.* の格言が、この原則を表わしているとされる (Filippis, *supra* note (43), p. 2.)。

(143) Filippis によれば、同居の開始後から 182 日後に生まれ、同居の終了後 300 日以内としている (Filippis, *supra* note (43), p. 2.)。

(144) *Ibidem.*

知識、その中でもとくにヒポクラテスの研究を基礎にしていたとされる⁽¹⁴⁵⁾。推定を覆すためには、父親は子を自分の子ではないと証明することが認められたが、不貞の子であると母が主張しても父子関係の推定を覆すことはできなかった⁽¹⁴⁶⁾。

なお、ブランキアヌムの元老院は、婚姻中に懐胎したが離婚後に生まれた子を認知する場合に、出生認知の裁判 (*l'actio de partu agnoscendo*) を導入した⁽¹⁴⁷⁾。そしてその後、推定制度は、夫の死亡後に生まれた場合にも拡大された⁽¹⁴⁸⁾。

嫡出子には、懐胎時におけるローマ法上の父の法的地位が付与された。その結果、夫がローマ市民であり妻がローマ市民またはラテン人⁽¹⁴⁹⁾である婚姻から子が出生した場合には、子はローマ市民の法的地位を取得し、また父の家父権に服した⁽¹⁵⁰⁾。もし父が家父ではなく家子である場合には、家父権はその家父に付与された⁽¹⁵¹⁾。親と子の間には、困窮や病気の場合における扶養の義務も存在し、また相互の相続の権利も存在した⁽¹⁵²⁾。子には、親に対して忠誠と恭順 (*obsequium e pietas*) の義務が存在した⁽¹⁵³⁾。ローマの法制度の下では、子が家父の家族の一員に属し家父権に服するという事は、きわめて重要な価値を有した。なぜならローマ社会において重要な地位であるローマ市民の地位を得る上でも、家父権に服することが必要であったからである。そのため子が適法な婚姻制度から生まれたことは、財産的な意義だけでなく、社会的にも重要な意義を有したのであった。

3. 非嫡出子

ローマ法により適法な婚姻とみなされない男女の関係から生まれた子は、非嫡出子とされ

(145) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10; Filippis, *supra* note (43), p. 2.

(146) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10.

(147) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10. なお、船田によれば、この制度は、出生子を自分の家子として承認するか否かを決定する家長の権利は共和政末期以後離婚の流行とともに乱用され、家長がその離婚した女の子の養育を免れることを求める弊害を避ける目的であったとする。すなわちブランキアヌム元老院は、妻が離婚の後30日以内にその妊娠の事実を夫またはその家長に通告しうものとし、通告を受けた者は直ちに胎児との間に関係があることを争い、または妻に監視人をつけることを要し、これを怠るときは、出生子を家子として承認することを要し、承認を拒絶するときは、特別審理手続によって承認を強制されることを規定したとする(船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻157頁)。

(148) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10.

(149) ラテン人とは、ラチウムなどの新しく建設されたラテン植民市の市民である植民ラテン人 (*latini coloniarii*) とラテン自治市および比較的早く建設されたラテン植民市の市民である旧ラテン人 (*latini prisci, l veteres*) を指す(船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻104頁)。

(150) Dogliotti, *supra* note (135), p. 10. なお妻が正式な婚姻に対する権利を有する外人 (*peregrina*) であり、夫がローマ市民である婚姻から子が生まれた場合にも、子が父の法的地位であるローマ市民の地位を取得することができた。*peregrini* は、ラチウム以外の諸都市の市民であり、ローマでは何らの権限をもたない従属者の地位に立った。これらのものは古くは外国人と呼ばれたが、この語は敵国人の意味に用いられると共に、これに対してローマで生命・身体の保護を受けるものとして外人と呼ばれた(船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻107頁)。

(151) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(152) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(153) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

た⁽¹⁵⁴⁾。ただし、婚姻の挙式はないが、子が親と同居して婚姻と同視できる関係である内縁関係（*concubinato*）にある親から生まれた子は、内縁子（*naturales*）と呼ばれた⁽¹⁵⁵⁾。なお、古典期後期には、内縁関係から生まれた子であっても、その親が出生後に婚姻したような場合には、次章で述べるように、準正子として嫡出子の地位を取得し、他の婚外子とは別な分類とされた⁽¹⁵⁶⁾。

ローマ法は、古くから嫡出子と非嫡出子とを分けていたが、その分類の根拠は時代によって変遷した。前述したように、ローマ時代の初期には、婚姻制度における嫡出子の保護の目的は、家父権の地位と財産の継承者を得るという実際的理由に基づいていた。そのため非嫡出子は、婚姻家族の財産権に対する侵害の危険という実際的理由から疎まれた。

しかし、その後、アウグストゥス帝の時代になると、社会の頹廢の防止という倫理的理由から非嫡出子を排除するに至った。アウグストゥスは、社会を乱す婚姻外の男女関係を好まず、倫理的理由から婚外子を排除しようとしたのであった。

そして嫡出子と非嫡出子の身分が登録により明示されるようになったのは、アウグストゥス帝の時代からである。アウグストゥス帝は、人口の把握のために戸口調査を行い、それにより嫡出子の登録を命じた⁽¹⁵⁷⁾。この時から、嫡出子と非嫡出子が、公文書への登録により、明確に区別されるようになった。親子関係の公文書への登録は、婚姻の章で述べた点に関わるが、子の為だけでなく、父のためにも重要であった。なぜなら嫡出子の存在およびその数は、配偶者が、他方配偶者の相続に際して取得できる財産の割合にも影響したからである⁽¹⁵⁸⁾。具体的な子の登録の手続は、パピア法（*Lex Julia et Papia Poppaea*）⁽¹⁵⁹⁾により、司法官の前での父の表明（*professiones*）により、嫡出子の出生登録が行なわれた⁽¹⁶⁰⁾。その出生登録簿（*tabula professionum*）には、父の名前、家族、親子関係、子の名前、母の名前、出生日が記録された。

しかし非嫡出子は、出生登録を拒否された⁽¹⁶¹⁾。アウグストゥス帝は、人口増加を企図したが、あくまでも適法な婚姻による子の出生を望んだからである⁽¹⁶²⁾。その後、非嫡出子についても、私的な証言による証明が、慣行上可能となった。母や親族、知人など7人による証言（*testationes*）がある場合には、非嫡出子についての親子関係を証明することが可能となった⁽¹⁶³⁾。

(154) 注(138)で示したように、婚外子を示すラテン語は、時代によっても異なり一定ではない。

(155) Filippis, *supra* note (43), p. 2.

(156) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115. なお, Dalla-Lambertini も述べるように, *i figli naturali* の語も時代によって変遷して, 以前とは異なり, 準正子の意味を持つようになった。

(157) Filippis, *supra* note (43), p. 3. なお, アウグストゥス帝は, 全世界の人口調査（戸口調査）をせよとの勅令を発している（弓削達『ローマ帝国とキリスト教』世界の歴史5, 河出書房新社（1989年）17頁）。

(158) Gardner, *supra* note (79), p. 144; Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(159) パピア法については, 前掲注(109)参照。

(160) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11; Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(161) Gardner, *supra* note (79), p. 145.

(162) Gardner, *supra* note (79), p. 145.

(163) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11; Gardner, *supra* note (79), p. 145.

こうして親子関係の証明は、嫡出子については父の表明により登録され、非嫡出子については登録されないか、または例外的に母などの証言による証明と、両者は明確に分類されるようになった。

婚姻外で生まれた子の法的地位は、懐胎と出産についての万民法 (*jus gentium*)⁽¹⁶⁴⁾ の一般原則により規律された⁽¹⁶⁵⁾。これにより、適法でない男女関係から生まれた子は、すべて出生時の母の法的地位を取得するとされた⁽¹⁶⁶⁾。子が取得する地位が母の地位であり父の地位でない根拠は、娼婦の子のように父が知れない場合があること、または近親相姦や不貞行為のように父を知ることが子に禁じられている場合があるということが理由とされた⁽¹⁶⁷⁾。また、婚姻外で生まれた子は、家父権には服することはなかった。

非嫡出子は、出生から3年の間は、母から扶養を受けることができた⁽¹⁶⁸⁾。ただし、このことは、反対に3年経過後は誰からも扶養を受けることができないということを意味する。

なおハドリアヌス帝の時代には、継続的に安定した男女関係である内縁関係から生まれた子については一定の保護が与えられるようになる。

しかし、コンスタンティヌス帝以降のキリスト教を信仰する皇帝は、事実婚を好まなかった。そのため内縁関係を解消させ、婚姻に導き入れるための婚姻奨励の政策が採られた。そのひとつが、非嫡出子に嫡出子の地位を与えることにより、婚姻を奨励する準正の制度である。内縁および準正における子の法的地位については、詳しくは次章で述べる。

準正により嫡出子の地位を得た子は、本来の嫡出子よりは劣る地位ではあるが、父の家父権に服することができ、また相続権も得ることができるようになる。

しかし準正により嫡出子の地位を得ることのできなかつた婚外子は、このような権利を取得することはできなかつた⁽¹⁶⁹⁾。前章で述べたように、キリスト教の婚姻思想の下では、神によって結ばれた婚姻のみが適法な男女関係であり、そのため婚姻外で生まれた子は、法的保護を受けることはできなかつた。コンスタンティヌス帝は、元老院議員や高位の官僚が、女奴隷とその娘などの身分の卑しい者との間に生まれた子を嫡出の子にしようとする時は、外人身分に落とし、その子に贈与をしてもその贈与財産を取り戻せると定めた⁽¹⁷⁰⁾。

その後のユスティニアヌス帝の『法学提要』の中に、様々な婚姻要件に反して結ばれた男女の関係から生まれた子について、次のような記述がある。「私がここまで述べたことに違反して男

(164) ローマ市民に対して適用されるのが市民法であり、市民にも外人にも適用され、諸多の民族にも適用されるのが万民法とされる。市民法は古来の慣習および法律からなる厳格な市民法に対して、諸多の民族の間の交渉が盛んとなるにつれて、諸民族に共通の慣習を基礎とし、取引における信義誠実を重んずる立場から発達した自由な非形式主義的な法であるとする(船田・前掲注(18)『ローマ法』第1巻219頁)。

(165) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(166) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11. 嫡出子は懐胎時で判断されるが、非嫡出子は出生時で判断される。

(167) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11.

(168) Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(169) Dogliotti, *supra* note (135), p. 13.

(170) 吉野・前掲注(105)『ローマ法とその社会』111頁。

女が結ばれるなら、法的には夫も妻も婚姻も嫁資も成立しない。それゆえそのような関係から生まれる子は、父権のもとに置かれることはなく、父権にかんしては、母から婚外子として生まれた子と同じである。なぜなら、このような子は、とりわけ父がだれだかはっきりしないので、法的には父をもたないからである。それゆえ、いわばギリシア語でいうスポラーデン（あちこちで懐胎した子）、あるいは「父のない子」と呼ばれる⁽¹⁷¹⁾。この記述は、婚姻要件に反して出生した子についての記述ではあるが、しかしこの記述における婚外子の引用から、婚外子の法的地位を見ることができる。婚外子は、父をもたない子であり、またギリシア語の「スポラーデン（あちこちで懐胎した子）」という語に、婚外子の劣った地位を表わしているといえよう。

このように婚外子は法的地位を否定されたが、社会的にも厳しい対応を受けた。古代ローマでは、嫡出子さえ遺棄されることがあったが、婚外子はしばしば遺棄された。そして遺棄と同時に、子は売買されることもあった。その目的は、奴隷としての売買であったり、物乞いや売春をさせるための売買であった。物乞いをさせるときには、同情をかきたてるために不具にさせられたりすることもあったという⁽¹⁷²⁾。

第V章 内縁と準正および子の法的地位

1. 内 縁

(1) 内縁容認の背景

第Ⅲ章で述べたようには、ローマ法の下で法的保護を受ける男女の関係は、適法な婚姻である男女であった。そして適法な婚姻から出生した子は、嫡出子として家父権に服し、法の保護を受けることができた。しかし適法な婚姻とされない事実上の男女の関係は、単に慣習で規律される関係にすぎず、法的保護の対象とはされなかった⁽¹⁷³⁾。また事実上の関係から生まれた子も、家父権に服することはなく、嫡出子とは異なる地位であった。しかしアウグストゥス帝の時代になると、以下に述べるように、事実上の関係であった内縁関係が、アウグストゥス帝の婚姻改革後容認されるに至る。本来は、アウグストゥス帝は、上流階級の頹廃を阻止しようとして婚姻改革を実行したのであるが、以下に述べるように、その改革が事実上の関係である内縁関係を容認することになったのである。

第Ⅲ章で述べたように、アウグストゥス帝は、共和政末の上流社会の道徳を一新し、かつ人口減少を防止するために、婚姻制度の改革を行った。この改革の目的は、元老院などの上流階級の純潔を維持する目的と人口増加のための婚姻の奨励である。これらの改革は、婚姻当事者の階級に関する法律であるユリア法とパピア法によって行われたが、さらにユリア法に規定された姦通

(171) 津野義堂他・前掲注(122)「私たちの主、永遠に尊厳者であるユースティーニアーヌスの法学提要または法学入門」91頁。

(172) Dogliotti, *supra* note (135), p. 13.

(173) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 114.

禁圧の規定により、婚姻外の性的関係を抑止し、そして性的関係を夫婦内に限定しようとした⁽¹⁷⁴⁾。姦通禁圧規定により、妻の姦通だけでなく生来の自由民の (*ingenua*) 良家の子女の婚姻外の関係を処罰するために、女性がすでに他者と婚姻関係にある場合には、姦通 (*adulterio*) となり、女性が独身または寡婦の場合には、その女性は私通の罪 (*stuprum*) とされ処罰された⁽¹⁷⁵⁾。

しかし実際には、改革は計画どおりには進まなかった。異なる階級間の婚姻を禁止したことから、適法な婚姻を行うことのできない事実上の男女が多く生まれたのであった。そのため婚姻障害のため適法に婚姻できない関係のうち、継続的に安定した関係については、私通罪を成立させず処罰を免除するに至った⁽¹⁷⁶⁾。免除の結果、このような女性との関係は、私通罪とはならず、婚姻ではない安定した関係を成立させることは可能となった。そこで、事実上一緒に生活していて安定した男女関係については、婚姻とはみなされないが内縁 (*concupinato*) とされ、容認されるようになった。

このように、内縁は、ローマ時代の初期は、事実上の関係にすぎなかったが、後には継続的に安定した関係で、かつ近親婚や姦生婚ではない場合には、婚姻関係と同視できる関係として容認されるようになった。アウグストゥス帝は、積極的に内縁を法的関係と認めたのではないが、内縁を事実上認めたものといえる⁽¹⁷⁷⁾。ただし内縁は一時的関係とは異なり婚姻と同様の取扱いを受け、法上は適法な婚姻ではなく、法の適用範囲外にある関係として存続したにすぎない⁽¹⁷⁸⁾。

(2) 内縁における子の法的地位

内縁関係が事実上であっても容認されるようになると、子の法的地位についても一定の改善が見られるようになった。従来は、内縁関係の子は非嫡出子であり、相続権は認められなかったが、後にハドリアヌス帝の時代 (紀元後 117-138) になると、119 年の勅法により、内縁から生まれた非嫡出子に対しては、父に対する相続が制限的ではあるが認められた⁽¹⁷⁹⁾。すなわち内縁関係から生まれた子であれば、嫡出子と競合する場合には、父の財産の 12 分の 1 まで、父に対する相続の可能性が認められた⁽¹⁸⁰⁾。ただし不貞関係から出生した姦生子や近親結婚による近親子には相続権は認められず、父から扶養を受ける権利が、出生後 3 年間認められるにすぎなかった⁽¹⁸¹⁾。ハドリアヌス帝は、例外的に、兵役の間に生まれた自然子に対しては、嫡出子と同順位で、相続を認めた。

(174) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 114.

(175) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 114.

(176) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 114.

(177) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻131頁。

(178) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻131頁。

(179) Dogliotti, *supra* note (135), p. 12; Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(180) Dogliotti, *supra* note (135), p. 11; Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(181) Dogliotti, *supra* note (135), p. 12; Filippis, *supra* note (43), p. 3.

2. 準 正

(1) 準正の制度的背景

以上のように、事実上の男女関係が継続した安定した関係の場合、内縁として認められるに至った。内縁関係から生まれた子も、制限はあったが以前よりは地位も認められるようになった。しかし、キリスト教が国教となり、キリスト教を信仰する皇帝が現れると、キリスト教の皇帝は、事実婚の関係である内縁制度を敵視するようになる⁽¹⁸²⁾。そのため内縁関係をより高次の制度である婚姻に導くために様々な立法を行った。立法は、内縁の利益を失わせ、反対に婚姻に利益を与えて、婚姻を奨励することを目的として行われた⁽¹⁸³⁾。その婚姻奨励の制度の一環として、内縁関係から生まれた子のための準正の制度がつくられた。準正の制度は、嫡出子がない場合で懐胎時にすでに婚姻の有効要件を満たしていた場合には、家族の血統を保持するために、その後の親の婚姻等の理由により嫡出子の法的地位を取得できる制度である⁽¹⁸⁴⁾。この準正の制度は、キリスト教の初代皇帝であるコンスタンティヌス帝の時代に起源を発し、ユスティニアヌス帝の時代に完成した⁽¹⁸⁵⁾。なお、この準正の制度は、婚姻を奨励するために婚姻に利益を与えることにより行われたが、他方で、内縁の利益を失わせて内縁への意欲を減退させる立法と相補う関係にあった点に注意しなければならない⁽¹⁸⁶⁾。すなわちコンスタンティヌス帝は、一方では、内縁から生まれた子をその父が養子とすることを禁ずるとともに、生来の自由人である女子と内縁関係にある者が嫡出子を有しない場合には、その内縁の妻と適法な婚姻を締結することにより、内縁によって出生した子を嫡出子とすることを認めた⁽¹⁸⁷⁾。そしてその子について家父権に服することを認め、婚姻を奨励したのであった。

他方でコンスタンティヌス帝は、内縁の妻またはその子に対する贈与と遺贈を禁止することにより、内縁配偶者と子の利益を失わせた⁽¹⁸⁸⁾。内縁の夫の死亡後、内縁の妻または内縁関係から生まれた子は、いかなる方法によっても財産を得ることができなかった。すでに取得した財産は夫の嫡出子・父母・兄弟姉妹に返還しなければならず、夫にかかる親族がいなかった場合にはその財産は国庫に帰属するとした⁽¹⁸⁹⁾。

このようにコンスタンティヌス帝は、内縁関係の利益を失わせ、準正により子を嫡出子にするという利益を与えることにより、婚姻を奨励した。

(182) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115.

(183) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115.

(184) Filippis, *supra* note (43), p. 3.

(185) Giovanni Luchetti, *Minima de legitimatione et de nuptiis*, in *Civitas et civilitas*, Studi in onore di Francesco Guizzi, tomo II, Giappichelli, 2013, p. 483. なお、コンスタンティヌス帝およびその後のゼノ帝が暫定的に救済し、さらにその後のアナスタシウス帝も継続し、その後のユスティヌス帝は廃止し、そしてユスティニアヌス帝により完成されたという (Dogliotti, *supra* note (135), p. 12.)

(186) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115.

(187) Giovanni Luchetti, *supra* note (184), p. 483. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻173頁。

(188) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115. 原田・前掲注(44)『ローマ法』312頁。

(189) 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻132頁。

(2) 準正の内容

準正の第一の方法は、事後婚姻による準正である⁽¹⁹⁰⁾。婚姻による準正は第一の態様であり、コンスタンティヌス帝（BC 306-337）は、婚姻儀式前に生まれた子も、婚姻後に生まれた子と地位は等しいと規定した⁽¹⁹¹⁾。婚姻により、それまでの適法でない性的関係を修復させ、子が適法な地位を得ることは子の利益となるという原則が肯定されるに至った⁽¹⁹²⁾。ただし、準正には厳格な要件が求められ、懐胎時に婚姻の可能性が存在することが必要であり、この結果として不貞行為や近親結婚による子は、準正から排除された⁽¹⁹³⁾。また嫁資（*dotale*）を婚姻証書に保障することも必要とされた⁽¹⁹⁴⁾。

第二の準正の形態は、クリア民会（*curia*）への編入による準正である（*per oblationem curiae*）⁽¹⁹⁵⁾。この準正は、コンスタンティヌス帝により婚姻による準正が制度化された後に、テオドシウス II 世により、財源増加の手段として新しい形態の準正が認められたものである⁽¹⁹⁶⁾。子が男子であれば、一定の財産を供し元老院議員（*decrione*）の職務を行った場合に、子が女子であれば、元老院議員と結婚するために必要な婚資を供するなどの一定の要件を満たした場合には、父は内縁の子に遺言または贈与の方法で財産の全部または一部を与えることができた⁽¹⁹⁷⁾。

第三の準正の形態が、皇帝の裁可による準正（*per rescriptum principis*）であり、ユスティニアヌス帝が、改訂勅法 74（後 538 年）に規定したものである。

ユスティニアヌス法においては、婚姻による準正を強化することやこの皇帝の裁可による準正を内縁に課すことにより、内縁を婚姻に導き入れようとする傾向は強くなった⁽¹⁹⁸⁾。皇帝の裁可による準正は、後の婚姻による準正が事実上不可能な場合に、皇帝の介入による救済を与えることにより行われるものである。したがって、補完的な手段であったが、皇帝の裁可による準正はクリア民会への申込みより経済的な負担が軽く、さらに父の親族に対しても効力を生じることが特色であった。要件は、嫡出の子がいないこと、（自由民の）女性の不道徳、死亡、不存在などの理由で婚姻が不可能なこと、または宗教的理由で婚姻が法的に禁止されていることなどであった。さらに改訂勅法 117（後 542 年）は、自由民でも婚姻が可能な女性から生まれた子の場合には、嫡出の地位を付与した。

(190) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 115.

(191) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116.

(192) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116.

(193) Dogliotti, *supra* note (135), p. 12.

(194) Dogliotti, *supra* note (135), p. 12.

(195) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116; Giovanni Luchetti, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e Giustinianee*, Giuffrè, 1990, p. 65.

(196) Filippis, *supra* note (43), p. 3; Dogliotti, *supra* note (135), p. 12. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻174頁。

(197) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116. 船田・前掲注(62)『ローマ法』第4巻174頁。

(198) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116.

(3) 準正後の子の法的地位

婚姻準正により嫡出とされた子は、出生の時点では内縁子であるが、後の婚姻により法的に嫡出子とされた。その結果として子は家父権に服し、相続の権利が付与された。そして完全な資格で、家長の家族への編入が認められた。クリア民会編入による準正による子は、家父権に服するが、父子関係しか成立せず、父方の親族に対しても母方の親族に対しても相続権は認められず、また父の家族への編入は認められなかった⁽¹⁹⁹⁾。皇帝の裁可による準正は、婚姻準正の場合と同様に、嫡出子として生まれた者と同一の親族関係への編入が認められた。

おわりに

以上、ローマ法における婚姻制度と子の法的地位の関係を考察してきた。

ローマ家族法の特徴は、強大な家父権を中心として組み立てられていた点にある。家父権の下では、子は家父の絶対的な権限に服することを強いられ、家族の財産については家父のみが権限を有した。そして家族法の重要な関心事は、誰が家父の地位を承継するか、またどのように地位や財産を相続するかであった。このため、初期のローマ法における婚姻制度の目的は、支配権や財産の帰属者である家父権の継承者を確保することであった。ローマ法における婚姻法は、初期の時代は、地位や財産の継承者を得るという実質的な目的のみを有し、倫理的宗教的な色彩を帯びることはなかった。

この点と関連するが、ローマ婚姻法の特徴として挙げることができるのは、古代ローマは初期の時代から一夫一婦であり、その一夫一婦制が倫理的宗教的色彩を帯びていなかったことである。ローマが初期の時代から一夫一婦制を採っていたことは、同時代の他の民族が一夫多妻制を採っていたのと大きく異なる点である。そして重要なことは、ローマの一夫一婦制は、キリスト教が国教とされる以前から存在していたことである。キリスト教が国教化される以前に一夫一婦制が存在した理由は、財産の分散が生じるのを避ける目的であったとされる。このように初期の時代のローマの家族法の特徴は、強い家父権の存在であり、婚姻制度の目的は、家父権や家族財産の継承者の確保を目的とし、一夫一婦制もその目的に資したことである。

また初期のローマ時代には自由な婚姻が認められていた点も、ローマ婚姻法の特徴といえよう。アウグストゥス帝以前のローマ法では、近親婚などの婚姻障害に該当しなければ、当事者が婚姻意思を実現する場合にこれを婚姻と認め、法により厳格な要件や方式を定めることはなかった。

しかしこの婚姻の自由に大きな制約が加えられるようになったのはアウグストゥス帝の時代からである。アウグストゥス帝は、社会の頹廢を防止し、偉大なローマ帝国を建設した古来の階級の復活を目指した。そして同時に出産忌避の風潮を是正し、当時進行しつつあった人口の減少を防止しようとした。

(199) Dalla-Lambertini, *supra* note (19), p. 116.

こうした目的のため、アウグストゥス帝は、上流階級の純潔維持のために異なる階級間の婚姻を制限し、かつ上流階級の婚姻および出産を奨励するためのユリア法とパピア法を制定し、婚姻制度に介入するに至った。そして頽廃を防止する目的で、ユリア法には、姦通禁圧の規定も定めた。姦通禁圧の規定は、婚姻外の性関係を抑止することにより乱れた社会的慣習を是正するという道徳的倫理的な目的から、性関係を婚姻内に限定しようとしたものである。このように、アウグストゥス帝の婚姻法改革は、男女の性関係を婚姻制度の枠内に限定し、異なる階級間の婚姻を制限しようとしたが、現実はそのようには進まなかった。現実には、異なる階級のため婚姻することができない事実上の男女関係が生じ、そうした事実上の関係を法的に認める必要性が生じるに至ったのであった。そのため、アウグストゥス帝は、婚姻関係ではないが継続的に安定した事実上の男女関係については、内縁として認めるに至る。この結果、事実上の男女関係であっても、継続的に安定した関係である場合には、内縁として公に認められるようになる。

アウグストゥス帝の婚姻法改革は、婚外子の法的地位にも影響を及ぼした。初期のローマ時代における家族法は、家父権を基礎づける家族財産の継承という見地から、家族財産の分散を防止することが重要な目的であった。そのため、婚外子は、婚姻家族の財産権に対する侵害の危険という実際的な理由により、忌避された。しかしアウグストゥス帝は、実際的な理由だけでなく、倫理的な理由から婚外子を排除しようとした。アウグストゥス帝は、社会を乱す婚姻外の男女関係を好まず、婚姻の統制を企図したからである。アウグストゥス帝は、戸口調査を命じ、公文書への嫡出子の出生登録を命じた。しかし嫡出子は公文書への登録により法的地位を取得したが、非嫡出子は、出生登録を禁じられた。アウグストゥスは人口増加を望んだが、それはあくまで適度な婚姻から生まれた子の増加を望んだのであった。アウグストゥス帝以後、子の法的地位は、公文書の登録により明確に区別されるようになった。

以上のようにアウグストゥス帝以前は、自由な婚姻制度が認められていたのに対して、アウグストゥス帝以後は、婚姻や親子関係に対して、倫理的な道徳的な理由から、国家による強力な法規制が行われるようになったことは重要な点である。アウグストゥス帝の婚姻改革は、西洋の歴史において、国家が婚姻に対して法規制を行った最初の介入であったといえる⁽²⁰⁰⁾。

アウグストゥスの婚姻や親子関係に対する法の規制は、倫理的な道徳的な要素によるものであったが、その後キリスト教公認以後の皇帝の時代には、婚姻に宗教的な要素が加えられることになる。

キリスト教の教義によれば、婚姻のあるべき姿は、神により結ばれた夫婦関係であった。そのため、キリスト教を信仰する皇帝は、それまで自由とされた離婚の自由に対して制限を加えるよ

(200) 近代では、ムッソリーニが、人口減少の阻止とローマ帝国の復興を目的として、家族への介入を行い家族の法規制を行った（椎名規子「イタリア憲法の家族条項および国家と家族についての家族法的考察——ファシズム下における国家による家族への介入の歴史とともに——（1）」専修法学論集第95号（2005）75頁以下）。

なお、ムッソリーニは、ローマ帝国の復興を目指したが、ムッソリーニはアウグストゥス帝時代に花開いた文明を最高のものとし、アウグストゥス帝を世俗権力と教権を兼ね備えた典型として、ファシズム・イタリアの模範と考えた（藤澤房俊『第三のローマ イタリア統一からファシズムまで』（新書館、2001年）228頁）。

うになった。同時に事実上の関係である内縁制度に対して、拒否感を抱くようになった。そこで、これらの皇帝は、内縁関係をより高次の制度である婚姻に導き入れるために、婚姻を奨励する政策を行った。その政策は、内縁の利益を失わせ、反対に婚姻に利益を与えるという方法により行われた。その内縁関係に対する婚姻奨励制度のひとつが、準正の制度である。準正は、内縁関係から出生した子に、親の婚姻等により嫡出子の地位を与えることにより、婚姻を奨励することを目的として制度化された。この準正により、内縁関係から生まれた子は、嫡出子の地位を得ることができた。ただしここで注意しなければならないことは、準正制度は子のための制度ではなかったということである。準正は、より高次の婚姻に内縁の夫婦を導き入れるための制度であり、内縁から出生した子の利益の保護を目的としたものではなかった。

婚外子のうちで準正により嫡出子の地位を得ることのできない子には、法的保護はほとんどなされなかった。非嫡出子は、家父権には服さず、母の地位を得るのみであった。母は3年間は扶養の義務を有したが、その後は義務を負わなかった。出生から3年後は、母も扶養義務がなくなるので、もはや子を扶養する者はいなくなり、そうした子は、遺棄され殺害されたりした。

以上のように、アウグストゥス帝の婚姻改革後、婚姻制度に道徳的・倫理的要素が持ち込まれ、婚姻制度に法的規制が加えられるようになった。また婚姻制度から出生した子の登録が命じられ、嫡出子と非嫡出子の区別が明確になされるようになった。その後、アウグストゥス帝の改革の後、キリスト教を信仰する皇帝の時代になると、さらにキリスト教による宗教的倫理が婚姻制度に加えられた。キリスト教倫理の下では、神により結ばれた夫と妻のみが婚姻像であり、その結果、親子関係については、その婚姻制度から生まれた子のみが、適法な存在とされた。しかし、これに対して、婚姻制度の外で生まれた子は、法の保護から排除される存在として著しい苛酷な地位に置かれた。

その後、中世になると、教会法において婚姻が秘蹟とされ、婚姻制度の絶対性が築き上げられることになる⁽²⁰¹⁾。そして婚外子は神に認められた婚姻の制度に反して生まれた「罪の子」とされてさらに苛酷な地位に置かれることになるが、ヨーロッパの中世における婚外子の地位については、今後の課題にしたい。

※本研究は、拓殖大学平成28年度短期留学制度およびJSPS 科研費JP16K03413（平成28年度～平成30年度）の研究助成の成果の一部である。

（原稿受付 2017年11月14日）

(201) トレント公会議がきっかけとなり、婚姻制度の絶対性が築かれたとされる（Filippis, *supra* note (43), p.6.）。トレント公会議は、教皇パウルス3世がプロテスタント改革への対策として開かれた第19回目の公会議である。岩波キリスト教辞典（岩波書店、2002年）824頁。このトレント公会議では、秘蹟として婚姻の絶対性が確立されるに至った（A. プロスペリ（大西克典訳）『トレント公会議』（知泉書館、2017年）146頁）。