

スルコト大ナリシヲ以テ茲ニ奴隸ヲ解放シテ之ヲ自己ノ相續人ト爲シ解放者ノ辭スルコトヲ許サ、ルノ制度ヲ發見シタリ是レ必然ノ相續人テフ名稱アル所以ナリ

第二 正流且ツ必然ノ相續人 (Sui et necessarii heredes)

正流且ツ必然ノ相續人トハ普通ノ正流相續人ノ謂ナリ即チ死者ノ家父權ノ下ニ在リタル者ヲ云フ此等ノ者ハ古代ニ在テハ如何ナル場合ニテモ相續人ナルヲ辭スルコトヲ得サリシヲ以テ此名アルナリ然レトモ後世ニ追ヒ相續スルト否トハ全ク其人ノ自由意思ニ因リテ決定スルコト、爲レリ

第三 以上ニ掲ケタル者ノ外、エキストラネイ、ヘレデス (Extranei heredes) ハ古代ヨリ死者ヲ相續スル義務ナシトセリ

第三章 遺言 (Testamentum.)

羅馬ノ古法ニ從フトキハ遺言ノ方式三アリ第一ニ貴族ハ國民會ニ於テ遺言ヲ爲シタリ(平民ハ之ヲ得ス)第二ニ軍隊ノ出陣ニ際シテハ兵士ハ方式ニ遵ハサルモ遺言ヲ爲スコトヲ許サレタリ之ヲ武裝的遺言ト稱ス第三ニ遺言者ハ滿十四歳以上ノ

證人五名並ニ摺秤人 (Libripens) 外ニ家産購買人 (Familiae emptor) 都合七人ノ面前ニ於テ「マンチバチオ」ノ方式ニ依リテ遺言ヲ爲スコトヲ得タリ然ルニ右述ヘタル三種ノ方法ハ市民法ノ認めタル所ノモノニシテ漸次行ハレサルニ至リタリ之ニ次テ行ハレタルハ裁判官ノ案出ニ係リシ方式ナリシカ數回ノ變更ヲ加ヘラレユエチニアン帝ノ時ニ至リ更ニ正文ヲ以テ變更ヲ加ヘラレタリ斯ク數回ノ變更アリタレトモ此時代ニ行ハレタル遺言ノ方式ハ皆其源ヲ「マンチバチオ」ノ方式ニ發シタルニ至テハ即チ一ナリキ

又羅馬ニ於ケル遺言ハ概シテ書面ヲ作成スヘシモノナリシカ七名ノ證人ノ面前ニ於テスルトキハ口頭遺言モ亦法律上有效ノモノナリキ、
以上述ヘタル所ニ由リテ之ヲ見レハ羅馬ニ於ケル遺言ノ方式ハ元ト公事ニ屬シ公衆ノ面前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得タルモノナリシカ近世諸國ノ法律ヲ見レハ遺言ハ一家ノ私事ニシテ特ニ秘密ヲ貴フニ至レリ之ヲ羅馬法律ニ比スレハ其懸隔實ニ甚シト云フヘシ
遺言ノ制度ハ印度、希臘、羅馬等ノ宗教上ノ觀念トハ全ク相反スルモノナリ蓋シ此

等ノ國ニ在テハ家族ノ財産ハ拜神ニ大關係ヲ有シ必ス之ヲ世襲スヘキモノト爲シ且ツ財産ハ家族ノ共有財産ナリシカ故ニ一個人ノ隨意ニ之ヲ他人ニ讓與スルヲ許サス從テ被相続人一個人ノ意見ノミニテ之ヲ定ムヘキニアラストシタレハナリ此理由ヨリシテ印度ニ於テモ古代ハ全ク遺言制度ヲ認メス希臘ソ雅典ノ舊法モ亦遺言ヲ禁シソロンノ時ニ至リ子ナキ者ニ限り遺言ヲ爲スコトヲ許シタリ又スバルタニ於テモ「ペロポネソス戦争」(紀元前四百三十一—四百零四年マケドニア)以後ニ至リ始メテ遺言ヲ爲スコトヲ許シタリ羅馬ニ在テハ建國ノ當初ニハ全ク遺言制度ナク正流且ツ必然ノ相続人ハ必ス其父ヲ相續セサルヘカラサルト同時ニ其有スル相續權ハ決シテ他ヨリ奪フコトヲ得サルモノト爲シ且ツ此種ノ相続人ハ父ノ生存間ハ財産ヲ支配スル權利ヲ有セザリシト雖モ而カモ父ト共同ニテ之ヲ有シタルモノナリキ而シテ十二表ノ法律ニハ既ニ遺言ニ關スル規定ヲ見ルト雖モ遺言制度ノ發生ハ十二表ノ法律ノ制定ヲ去ルコト甚タ遠カラサリシハ明カナリ然ラハ如何ニシテ羅馬ニ於テ遺言制度ヲ見ルニ至リシヤト云フニ蓋シ家族制度ノ破壊ヲ防止スルカ爲メナリシナラン一步ヲ進メテ之ヲ云ヘハ遺言制度ハ恐ラクハ養子制

度ヨリ轉化シタルモノナランカ元來羅馬ニ於テハ家族制度ヲ維持スルカ爲メニ養子制度ヲ設ケタリ即チ死シテ祀ラレサルハ羅馬人ノ非常ニ忌ム所ナルカ故ニ養子制度ニ依リテ以テ其家ノ斷絶ヲ防カントセリ然ルニ前ニ述ヘタルカ如ク遺言制度ハ家族制度ノ精神ニ反スル所アリ後世ニ至テハ寧ロ之カ破壊ニ與ツテ力アリケレハ茲ニ遺言制度ハ養子制度ニ胚胎スト云ハ、甚タ奇怪ナルニ似タリ然レトモ事實ニ於テ其然ルヲ奈何トモスルナシ羅馬ノ古代ニ於ケル遺言制度ヲ案スルニ財産相續ノ方法ニアラスシテ死去ノ際ニ養子ヲ爲スノ方法タリ即チ死者ノ財産ヲ他人ニ相續セシムルノ精神ニアラスシテ死者ノ身體(Persona)ヲ承繼スヘキ相續人(Heres)ヲ定ムルノ精神タリシナリ故ニ遺言ノ結果ハ死者カ死亡ノ際ニ養子ヲ爲シタルト同一般ナリシナリ遺言制度ト養子制度トハ斯クノ如ク密着ノ關係アルカ故ニ古代ニ於ケル兩制度ヲ比較スルトキハ大ニ相類似セル點アルヲ發見ス即チ養子ヲ爲スニモ遺言ヲ爲スニモ賣買ノ方式ヲ用ヒ之ニ立會フ證人ノ數モ殆ント相同シク又戸主ヲ養子トスル場合ニハ國民會ニ於テ其方式ヲ行ヒタルハ猶ホ貴族ノ遺言ニ限り國民會ニ於テ之ヲ行ヒタリシカ如シ此兩制度ノ相類

似スルコト上述ノ如クナルコトハ法律家ノ最モ留意スヘキ點ナリ
 遺言ヲ爲スニ付テ相續人ノ設定及相續人ノ除去ナルモノアリ今家族制度ト遺言
 制度ノ關係ヲ明カニスル爲メ此二點ニ付テ説述スル要アリ凡ソ一家ノ財産ハ家
 族ノ共有物ナリトノ思想ハ常ニ羅馬人ニ存シタリシカ故ニ遺言ヲ爲スニ付テハ
 正流相續人ヲ其相續人ト定ムルカ又ハ然ラサルカヲ特示セサルヘカラス若シ正
 流相續人ヲ以テ其相續人ト定メス又之ニ對シテ相續權除去ノ手續ヲ爲サ、ル遺
 言ハ常ニ之ヲ無効ナリトセリ此規則ハ其後多少ノ變更ヲ經タレトモ其精神ハユ
 スチニアン帝ノ時代マテ尙ホ存シタリ
 相續ヲ爲ス權利アル者カ相當ノ理由ナクシテ相續權ヲ除去セラル、トキハ其遺
 言ヲ攻撃スル爲メニ非義遺言排斥ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得此訴訟ニ於テ勝訴
 ト爲リタルトキハ原告ハ死者ノ財産ノ幾分ヲ受クルヲ得(之ヲ「ポルチナオ、レギチ」
 得「Portio legitima」ト稱ス)其
 額ハ後ニ至リテハ其總財産ノ四分ノ一ト定メタリユスチニアン帝ノ時ニ至リ少
 シク此規則ニ改正ヲ加ヘタリシカ佛國民法第九十三條以下ノ規定ハ實ニ羅馬ニ
 於ケル此規則ニ胚胎シタルモノトス

終リニ遺言能力(Testamenti factio)ニ付テ一言セン有效ナル遺言タルニハ遺言能力
 ヲ有スルコトヲ必要トス遺言能力トハ一遺言ヲ爲スノ能力ニ遺言ニ依テ物件ヲ
 受領スルノ能力三證人トシテ遺言ニ立會フノ能力ヲ云フ例ヘハ十四歳未滿ノ者
 ハ遺言ヲ爲スノ能力ナク又遺言ノ證人トシテ立會フノ能力ナシ又會テ述ヘタル
 カ如ク獨身者ハ相續物ヲ受クル能力ナク外國人モ亦遺言ニ依テ物件ヲ受領スル
 能力ナシトス

第四章 財産遺贈 (Legatum.)

財産遺贈ハ遺言ト異ルモノトス遺言ノ場合ニ於テハ其目的ハ相續人ノ設定ナリ
 ト雖モ財産遺贈ハ單ニ財産ヲ他人ニ遺贈スルモノニシテ死者ノ人格ヲ承繼セシ
 ムルモノニアラス時トシテハ相續人ニ對シテモ之ヲ爲スコトアリト雖モ其ハ例
 外ニ過キササルナリ古昔羅馬ニ於テ財産遺贈ノ制ヲ設ケタル目的ハ親族間ノ財産
 上ノ權衡ヲ得セシメンカ爲メナリキ蓋シ數多ノ子ニ就キ其中ノ一人ヲ選ミ相續
 人ト爲スコトハ經濟上社交上共ニ便利ナリシカ故ニ遺言ハ往々相續人一人ヲ設
 定シ他ノ正流相續人ニ對シテハ相續權ヲ除去スルコトアリ然レトモ斯クノ如ク

スルトキハ相續人ト他ノ子女トハ財産ニ關シテ非常ノ懸隔ヲ生スルカ故ニ別ニ
 財産遺贈ナル制度ヲ設ケ以テ他ノ子女ニ財産ヲ分配スルニ至レルナリ世ヲ降ル
 ニ從ヒ遺贈ヲ爲ス目的ハ漸次變化シ特ニ基督教ノ羅馬帝國ニ傳播シタル以來財
 産ヲ寺院ニ遺贈スル者増加スルニ至リ且ツ羅馬ニ於テハ生存間ニ他人ノ恩願ヲ
 得タル者ハ其人ニ對スル報恩ノ爲メニ死亡ニ際シ財産ヲ遺贈スルノ習慣アリキ
 羅馬人ハ元來家族制度ヲ重ニスルヲ以テ財産ヲ遺贈セントスルトキハ必ス相續
 人ノ設定ヲ要ストシ若シ相續人ヲ設定セスシテ單ニ財産遺贈ヲ爲ストキハ之ヲ
 無効ナリトシ且ツ相續人設定以前ニ爲シタル財産遺贈モ亦無効ナリトセリ然ル
 ニユスチニアシ帝ハ此等ノ規則ヲ改メ上述セル順序ニ拘束セザルモ可ナリト爲
 シタルカ故ニ「ユスチニアシ」法典ニ依レハ相續人ノ設定ヲ要スルコトハ古代ノ法
 律ト異ナラサレト財産遺贈ハ必スシモ相續人設定ノ前後ヲ問ハサルナリ
 財産遺贈ノ制度一タヒ生シタル後ハ盛ニ世ニ行ハレ甚シキニ至テハ財産全部ヲ
 舉ゲテ相續人以外ノ者ニ與ヘタル者スラアリキ斯クノ如キ場合ニハ相續人ハ相
 續ノ爲メニ毫モ利害ヲ得ルコト能ハズ故ニ相續人ハ相續ヲ拒ムコトアリ從テ之

ト同時ニ遺贈セラレタル者モ亦實際遺贈ノ利益ヲ收ムルコト能ハサルノ結果ヲ
 生スルコトナキニアラス是ヲ之テ紀元前四十年ニ至リ一ノ法律ヲ以テ相續人ハ
 當然被相續人財産ノ四分一即チ所謂「クォルター・ファリチヂア」(Quarta Falcidia)ナルモ
 ノヲ自己ノ所有ト爲スコトヲ得ト定メタルヲ以テ相續人ハ相續ノ爲メニ利益ヲ
 得ルカ故ニ相續ヲ拒ムコトナク從テ他人ニ對スル財産遺贈モ亦實際ニ於テ效力
 ヲ生スルニ至リタリ

第五章 信託 (Fidei Commissa)

信託ノ性質ハ前章ニ説明セル財産遺贈ト殆ント異ルコトナク唯形式上何等ノ方
 式ヲ要セサルノ點ニ於テ異レルノミ
 信託ハ少キ書付 (Codicillus) ヲ以テ之ヲ爲スヲ習慣トス即チ財産ノ所有者ハ小キ書
 付ニ財産ノ處分ニ關スル事項ヲ記載シ死後相續人ニ記載ニ從ヒ執行スヘキコト
 ヲ依頼スルモノナリ故ニ其結果ハ財産遺贈ト毫モ異ルコトナキナリ太古ニ於テ
 ハ相續人ニ對シテ如此依頼ヲ爲スモ何等ノ效力ヲ生セサルモノト爲シタリシカ
 アウグスツス帝ノ時ニ至リ之ニ法律上ノ效力ヲ付シ財産遺贈ト並ヒ行ハレタリ

而シテ此時代ニ於テハ小キ書付ニ依ルニ付キテハ何等ノ方式ヲ要セザリキ基督
教傳播スルニ及ヒ五名ノ證人ノ面前ニ於テ作成スルヲ要スト爲シ又信託ハ五名
ノ證人ノ面前ニ於テ口頭ヲ以テモ之ヲ爲スコトヲ得ルニ至レリ

信託ヲ爲スニ當テ遺贈者カ財產全部ヲ擧ケテ相續人以外ノ者ニ與フルトキハ相
續人ハ爲メニ相續ヲ拒ムコトアリ然ルトキハ從テ信託ハ無効ニ歸スルコトアル
ヲ以テウエスバジヌス帝ノ時ニ至リ相續人ハ遺留財產ノ四分一即チ所謂「クワルタ
ベガシアナ」(Quarta Pegasiana)ナルモノヲ當然取得スルコトヲ得ト定メタルコト財
產遺贈ノ場合ニ同シ

信託ト財產遺贈トハ元來別物ナリシカユスチニアン帝ノ時ニ至リ兩者ニ關スル
規定ハ互ニ之ヲ利用スルヲ得ト定メタリ

第六章 死因贈與 (Donatio mortis causa)

死因贈與モ亦頗ル財產遺贈ニ類似ス死因贈與ハ贈與者カ危難ノ爲メニ死亡セシ
コトノ虞アルトキ住々財產ヲ他人ニ與フルコトヲ約シ若シ余ニシテ死セハ汝ハ
余ノ財產ヲ所有セヨ余ニシテ死セザレハ之ヲ返還セヨト附言スルニ因リテ成ル

モノトス而シテ死因贈與ニ五名ノ證人ヲ要スルヤ否ヤハ學者間ニ議論ノ存スル
所ナレトモ之カ論定ノ材料ニ乏シ恐ラクハ古昔ニハ之ヲ要セス從世ニ至リテ之
ヲ要スルコト、爲リタルモノナランカ或學者ハ死因贈與ヲ以テ財產遺贈ト同視
シ他ノ學者ハ之ヲ生存間ノ死原贈與ト同一ナリト論スルモユスチニアン法典ハ
前説ヲ取リタリ

以上第二章ヨリ本章ニ至ルマテ遺言、財產贈與、信託死因贈與ニ付テ説明シタルカ
今進ンテ此四個ノ制度ノ大體ニ關スル羅馬ノ歴史ヲ一言スヘシ

羅馬ニ於テハ最古ノ時代ニハ遺言ナル制度ナク其後養子制度ニ倣フテ之ヲ設ケ
タリト雖モ當初ノ遺言ハ家父カ其私意ヲ遂クル所以ノ方便ト爲シタルニ非スシ
テ相續人ヲ設定シ以テ家族制度ヲ維持スルノ精神ナリキ從テ此等ノ時代ニハ家
父ハ已ムヲ得サル場合ニ於テノミ遺言ヲ以テ相續人ヲ設定シタリシカ後ニハ自
己ニ數多ノ子女アルニ拘ラス遺言ヲ以テ其中ノ一人ヲ相續人ト定ムルノ習慣ヲ
生シタリ故ニ其結果トシテ親族間ニ於ケル財產上ノ權衡ヲ得ル爲メニ遂ニ財產
遺贈ナル制度ヲ設クルノ已ムヲ得サルニ至レリ然ルニ財產遺贈ノ方法ハ頗ル煩

雜注 相續ハ死因贈與

雜ナリシヲ以テ信託ナル制度ヲ生スルニ至リ死因贈與ニ至テハ比較的緊要ノ制度ニハアラサリシカ尙ホ財產遺贈並ニ信託ト共ニ同一ノ目的ヲ達シタルモノナリ

財產遺贈、信託、死因贈與ノ制度盛ニ行ハル、ニ至リテ羅馬ニ於ケル家族制度ハ次第ニ衰退ノ傾向ヲ現ハシ個人制度ノ萌芽ヲ發シタリ是レ家族以外ノ者ト雖モ若シ家父ノ意ニ適スルトキハ財產ノ分配ヲ受クルコト多ク從テ一家ノ財產ハ共有タル實ヲ失フニ至レルカ爲メナリ羅馬帝國ノ未タ滅亡セサルニ當テハ個人制度ハ決シテ充分ノ發達ヲ爲シタルニアラサリシトハ云ヘ歐洲諸國ハ皆羅馬開化ノ影響ヲ受ケ羅馬ノ遺言制度ハ或ハ其儘ニ或ハ多少ノ變更ヲ以テ此等ノ諸國ニ行ハレタリシカ故ニ個人制度ハ爲メニ發達シテ遂ニ今日ニ於ケル狀態ト爲リタリ勿論余ハ遺言制度ヲ以テ家族制度ヲ破壞シタル唯一ノ原因ナリト云フモノニアラスト雖モ其家族制度ノ破壞ニ與ツテ大ニ力アルコトハ斷言スルヲ憚ラサル所ナリ曩ニ既ニ遺言制度ハ公事ニ屬シ之ヲ公衆ノ面前ニ於テ行ヒタリシモ漸次ニ變シテ私事ト爲リ遂ニ秘密ヲ貴フコト、爲リタルコトヲ述ヘタルカ此變遷ハ決

シテ偶然ノコトニアラス亦家族制度ノ破壞ト其運命ヲ同フスルモノナリ

我日本ニ於テハ現在ノ家族制度ハ勉メテ之ヲ維持スヘキヤ將タ坐シテ其破壞ヲ傍觀スヘキヤ若クハ速カニ之ヲ破壞スヘキモノナルヤノ大問題アリ而シテ此問題ヲ研究センニハ羅馬ニ於ケル遺言制度ノ變遷ヲ研究スルコト極メテ必要ナリトス是レ余カ特ニ遺言制度ニ付キ縷々説述シタル所以ナリ

第三編ノ中 物權法

第一章 物 (Res)

第一節 物トハ何ソヤ

羅馬法ノ所謂物トハ頗ル廣汎ナル意義ヲ有ス即チ苟モ人ノ爲メニ有用便益ナルモノハ悉ク之ヲ物ト稱シタリ而シテ物ノ大半ハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘシ故ニ物ヲ金錢ニ見積リ得ヘキ物件ナリト解釋スル學者多シ然レトモ是レ羅馬法ノ解釋トシテハ誤謬ト云ハサルヲ得ス羅馬法ニ於テハ金錢ニ見積ルコトヲ得スシテ尙ホ物ト稱セラレタルモノアリ例ヘハ所謂共用物 (Res communis) ノ如キ即チ然リ共用物トハ空氣、流水、海洋等ヲ云ヒ萬人ノ共ニ需用スルモノナリト雖モ金錢

ニ見積ルコトヲ得ス而カモ羅馬法ニ於テハ之ヲ物ノ一種ト爲シタリ

近世ノ法律ハ物ヲ以テ權利ノ目的ト爲ス然レトモ羅馬ニ於テハ權利ノ思想未タ充分ニ發達セス從テ物ハ權利ノ目的タリシトハ解釋スルコトヲ得サルナリ即チ空氣ノ如キハ之ヲ權利ノ目的ト云フコトヲ得サルニ拘ラス羅馬法ハ之ヲ物ノ中ニ加ヘタレハナリ元來羅馬法ニ於テハ權利ノ主體ヲ限スルノ文字ナシ強テ之ニ近キ語ヲ求ムレハ「ベルソナー」(Persona)ナル文字ニ相當スト唱フヘシ然レトモ嚴格ニ解釋スルトキハ「ベルソナー」ハ唯人ト云フコトヲ意味スルモノニシテ權利ノ主體ヲ指スニアラス故ニ彼奴隸ノ如キモ亦全然「ベルソナー」中ニ包含セラル既ニ權利ノ主體ヲ意味スルニ適切ナル字文ナシ況ンヤ權利ノ目的ナル觀念オヤ

第一節 物ノ類別

第一 有體物無體物

有體物トハ客觀的ニ存在スル物件ニシテ手ヲ以テ觸ル、コトヲ得ルモノヲ云フ奴隸、金銀ノ如キ即チ是ナリ無體物トハ主觀的ニ存在スル物件ニシテ手ヲ以テ觸ル、コトヲ得サルモノヲ云フ債權ノ如キ用益權ノ如キ即チ是ナリ又相續

物ノ如キモ之ヲ無體物トセリ所謂相續物トハ死人ノ遺セル權利義務ヲ包括シタル總稱ナリ

古代ノ羅馬法ハ有體物無體物ノ區別ノ爲サ、リシカ共和政治ノ未ニ至リテ始メテ之ヲ區別スルニ至リシモノトス

第二 「レス、マンチピ」(Res mancipi)「レス、ネック、マンチピ」(Res nec mancipi)

是レ羅馬法ニ獨特ナル區別ニシテ翻譯スルニ苦ム所ナリ「レス、マンチピ」ハマシチバチオ」(Mancipatio)ト稱スル方式又ハ擬訴棄權(In iure cessio)ノ方式ニ依テ所有權ヲ移轉スルコトヲ得ル物件ナリ「レス、ネック、マンチピ」ハ此等ノ方式ニ依ラスシテ所有權ヲ移轉スルコトヲ得ル物件ナリ

「マンチバチオ」ノ方式ハ實ニ奇ナルモノニシテ今其大略ヲ述フレハ十四歳以上ノ羅馬市民五名以上ヲ證人トシ其他尙ホ同様ノ資格ヲ具ヘタル者ヲ携衡人トシ之ニ青銅ノ衡器ヲ持セシム而シテ物件ヲ買ハントスル者ハ携衡人ノ前ニ行キ其物件ヲ取リテ「此物件ハ羅馬固有ノ法律ニ依テ余ノ物品ナルコトヲ余カ主張ス余ハ此青銅ノ片及衡器ニ依テ之ヲ買フ」ト言ヒツ、青銅ノ片ヲ以テ衡器ヲ

打ツナリ青銅ノ片ハ即チ物件ノ代價ニシテ之ヲ賣主ニ與フルモノトス何故ニ此方式ニ於テ青銅ノ片ヲ用フルカト云フニ古代羅馬ニ於テハ鑄錢ナカリシカ故ニ青銅ノ片ヲ以テ賣買ノ媒介ト爲シタリ然ルニ青銅ノ片ヲ用フルニ付テハ一々重量ヲ銓ラサルヘカラサノヲ以テ此方式ニ於テ衡器ヲ要シタル所以ナリ「レス、マンチビー」ハ此「マンチパチオ」ノ方式ニ依リテ所有權ヲ移轉セラレタルヨリ其名ヲ得タルモノトス

又擬、訴、棄、權ノ方式ヲ略述センニ物件ヲ買ハントスル者ハ裁判所ニ出頭シ裁判官ノ面前ニ於テ其物件カ自己ノ物ナルコトヲ主張シ裁判官ハ其相手方即チ賣主タル者ニ對シテ「汝ハ原告ノ請求ニ對シ抗辯スルヤ否ヤ」トノ問ヲ發ス而シテ賣主カ抗辯セスト答ヘ又ハ黙シテ答ヘサルトキハ裁判官ハ其物件ヲ買主即チ原告ニ與フ是レ固ヨリ訴訟ニアラス訴訟ニ擬シタル方式ナルノミ即チ被告カ原告ノ請求ニ應シテ物件ヲ引渡シタルモノ、如ク假裝シテ以テ物件ヲ賣買シタルナリ元來「レス、マンチビー」ハ「マンチパチオ」ノ方式ニ依リテ賣買スヘキモノナルカ故ニ若シ之ニ依ラサルトキハ無効トセラル、ノ虞アリ擬訴棄權ハ此弊

ヲ防カントシテ起リシ制度ナリ按スルニ擬訴棄權ノ方式ハ羅馬法ニノミ存在シタルモノニアラス英國ニテモ中古之ニ類スル方式ヲ用ヒタルコトアリ即チ英國不動産法ニ於ケル「ファインズ、エンド、リカヴヱリ」ス(Fines and Recoveries)ナルモノ是ナリ

如何ナル物件カ「レス、マンチビー」ナルヤト云フニ伊太利ニ在ル田地、家屋及奴隸牛馬等即チ是ナリ概言スレハ古代ノ羅馬人カ知リシ所ノ物件ハ悉ク之ヲ「レス、マンチビー」ト云フ其後伊太利以外ノ土地ヲ征服シテ始メテ羅馬人ノ爲メニスル所トナリシ物件ハ皆之ヲ「レス、ネックマンチビー」ト爲セリ羅馬ノ後世ニ於テハ「レス、マンチビー」ト云ヘハ不動産ヲモ包含セリ然レトモ古代ハ單ニ動産ノミヲ指示シタルモノニシテ「レス、マンチビー」ノ字義ヲ分析スレハ手ヲ以テ捕捉スルコトヲ得ル物件ト云フコトヲ意味ス「マン」ハ「マニス」(Manus)即チ手ナル文字ヨリ出テ「チビー」ハ「カイベレ」(Capere)即チ捕捉スルト云フ動詞ヨリ來リシモノトス是故ニ手ヲ以テ捕捉スルコトヲ得ル物件ノ中ニハ不動産ヲ包含セサルヤ明カナリ何レノ國ニ於テモ古代ハ土地ヲ以テ一個人又ハ一家ノ所有スルヲ得ヘキ

モノト爲サス之ヲ一部落又ハ少クトモ一村ノ共有物トセリ而シテ羅馬人ハ祖先モ亦能ク此通則ヲ守リタルモノ、如シ此點ヨリ見ルモ「レス、マンチピー」ハ素ト動産ノミヲ指示シタルモノニシテ後世其範圍ヲ擴メテ不動産ヲモ包含セシムルニ至リシコト疑ヲ容レサルナリ「レス、マンチピー」ノ歴史ハ羅馬財産法ノ沿革上肝要ナルモノナリト雖モ繁雜ニ亘ルヲ以テ之ヲ省ク「レス、マンチピー」ト「レス、ネック、マンチピー」トノ區別ハユスチニアン以前既ニ久シク之ヲ用ヒサリシカ爲メ殆ント消滅ニ歸シタル狀態ニ在リシカユスチニアンノ時ニ至リ更ニ成文法ヲ以テ之ヲ廢止シタリ

第三 可有物 *Res in nostro patrimonio* 不可有物 (*Res extra nostrum patrimonium*)

一私人ノ所有スルコトヲ得ル物件ヲ可有物ト稱シ一私人ノ所有スルコトヲ得サル物件ヲ不可有物ト稱ス不可有物ハ買賣讓渡スルコトヲ得サルヲ以テ一名之ヲ不融通物 (*Res extra commercium*) ト稱ス

可有物、不可有物ノ區別ハガイユスノ法學階梯並ニ「ユスチニアン」法典ノ法學階梯ニ掲載スル所ナリ今其大要ヲ摘記スレハ凡ソ物件ハ之ヲ分テ神法物 (*Res divi-*

ini iuris) 人法物 (*Res humani iuris*) ノ二種ト爲ス神法物ハ舉ケテ不可有物ナレトモ人法物ノ中ニハ可有物アリ又不可有物アリ左ニ之ヲ詳説セン

一 神法物ニハ三種アリ一神用物 (*Res sacrae*) 二安魂物 (*Res religiosae*) 三神護物 (*Res sanctae*) 是ナリ

イ 神用物トハ相當ノ手續ヲ經テ僧侶カ神ニ供シタル物件ナリ例ヘハ神ノ殿堂、敷地及其他神ノ用ニ供セル種々ノ器物ノ如シ此等ノ物件ハ之ヲ賣却シ又ハ抵當典物ト爲スコトヲ得ス然レトモ若シ羅馬市民ニシテ敵ノ爲メニ捕ヘラレタルトキハ之ヲ受戻ス爲メニ此等ノ物件ヲ賣却シ又ハ抵當典物ト爲スコトヲ得ルモノトス

神用物ハ一私人ノ擅ニ之ヲ製作スルコトヲ許サス必スヤ羅馬人民ノ同意ヲ得テ法律ヲ發スルカ又ハ元老院ノ議決ヲ以テセサルヘカラサルナリ

ロ 安魂物トハ墓地即チ人ノ死體ヲ埋葬シタル場所ナリ羅馬人ノ意ニ以テ爲ラク墓地ハ人ノ魂魄ノ住スル處ナリ故ニ若シ之ヲ讓渡スルトキハ魂魄ハ忽チ其安マル處ヲ失フヘシト是レ墓地ノ賣却ヲ許サ、リシ所以ナリ希臘

及印度ニ於テモ同一ノ理由ニ基キテ墓地ヲ賣買スルコトヲ許サ、リシ時代アリ古昔ハ管ニ墓地ノミナラス總テ土地ナルモノハ一村一部落ノ共有物ニシテ殆ト所有權ノ觀念以外ニ在リシモノナリ支那周公ノ井田ノ法、唐ノ均田ノ法若クハ我國ノ班田ノ法ノ如キハ蓋シ共有ノ狀態ヨリ變遷シ來リタルモノ、如シ兎ニ角斯クノ如キ村邑共産ノ時代ニ於テ土地ヲ賣買ノ目的物ニアラサリシハ事實ナリ而シテ其後村邑共産ノ制度カ廢滅セントシタル時代ニ至テモ土地ヲ賣買スルコトヲ得ストノ規則ハ往々其舊制ヲ改メサルモノアリ是レ畢竟土地兼併ノ弊害ヲ防カンカ爲メニ外ナラス我國封建時代ニ於テモ此目的ヲ以テ土地ノ賣買ヲ嚴禁セシカ徳川氏ノ末年ニ及ヒテハ人民ノ土地ヲ賣ラントスル者ハ之ヲ質入シ期限ニ至リテ返金セサルトキハ流質ノ方法ニ依テ所有權ヲ移轉シタルカ故ニ土地賣買ノ禁制ハ遂ニ有名無實ニ歸シタリト云フ故ニ羅馬ニ於テ墓地ヲ賣買スルコトヲ許サ、リシハ一ハ宗教ニ關係セリト雖モ抑モ亦村邑共産制ノ遺風之カ助ヲ爲シタルニ由ラスンハアラス

神用物ハ一私人ノ自由ニ作ルコト能ハサルモノナリト雖モ茲ニ述アル安魂物ハ一私人ノ隨意ニ設備スルコトヲ得タルモノトス例ヘハ自己ノ所有地内ニ屍體ヲ埋葬スレハ即チ其土地ハ安魂物トナルカ如シ然リト雖モ共有ノ土地ハ共有者ノ同意ヲ得ルニ非サレハ安魂物ト爲スコトヲ得サルヤ勿論ナリ

ハ 神護物トハ神ノ保護ヲ受クルモ直接ニ神ニ關係ナキモノナリ例ヘハ市府ノ墻壁竝ニ門ノ如キハ即チ神護物トス若シ之ヲ破壞シタル者ハ重大ナル刑罰ニ處セラル、ナリ

二 人法物ハ毫末モ神ニ關係ナキモノニシテ之ヲ列舉スレハ共用物 (Res Communis) 公有物 (Res publicae) 府有物 (Res universalia) 私有物 (Res singulorum) ノ四種ナリ

イ 共用物トハ即チ萬人ノ共用スルモノニシテ人カ之ヲ私有財産トスルコト能ハサルモノナリ例ヘハ空氣、流水、海洋ノ如シ海岸ハ共用物ナルヤ將タ公有物ナルヤニ付テハ羅馬法律ノ原文互ニ相牴觸セリ近世ノ獨逸法ハ羅

馬法ニ從ヒタルモノナルカ此點ニ付テハ海岸ハ公有物ナリトノ説ヲ採用セリ海岸ハ假リニ之ヲ公有物トスルモ海岸ハ共有物ナルコト確實ナリ故ニ羅馬法ニ據レハ如何ナル人ト雖モ海岸ヲ使用スルコトヲ得例ヘハ海水ヲ汲取ルカ如キ海水ヲ持來ルカ如キ其他海中ノ土砂、岩石ノ如キ皆之ヲ使用スルコト自由ナリ蓋シ此規則タルヤ今日之ヲ見レハ甚タ簡單ナリト雖モ中古之ニ關シテ儼然タル紛議ヲ生シタルコトアリ想フニ國際法ノ講義ニ於テ其詳細ヲ知ルコトヲ得ヘキモ今其大要ヲ述ヘン

中古時代ニ當リ海賊跋扈シテ危害ヲ商船ニ加ヘタルコトアルハ東西其軌ヲ一ニスル所ナリ我國ノ近海ニモ足利氏ノ頃ヨリ武田、上杉等ノ戰亂アリタル時代ニ至ルノ間所謂八幡船ナルモノアリ海中ニ隱匿出沒シテ以テ支那船、葡萄牙船等ヲ苦メタリ恰モ之ト同時代ニ地中海、大西洋、バルチック海等ニモ海賊ノ暴威ヲ振フモノアリ是ニ於テ之カ防禦策トシテ海上所有權ナルモノヲ認メ諸國ハ各其近海ヲ領シ若シ海賊ニシテ其領海ニ入ルトキハ海ノ所有主ハ捕ヘテ之ヲ罰スルコトヲ得タリ故ニ海上所有權ヲ有スルモ

ノハ一方ニ於テハ海賊ヲ捕獲スルノ義務アリ又他ノ一方ニ於テハ外國船カ所有主ノ許可ヲ得スシテ其領海ニ入ルコトヲ禁シ即チ外國船カ他國ノ領海ニ入ラントスルトキハ必ス禮式ヲ行ハシムルノ權利アリ而シテ此禮式ハ久シク諸國ノ間ニ遵守セラレ第十八世紀ノ末マテ行ハレタルコト明カナリ或ハ第十九世紀ノ始ニモ行ハレタルヤモ知ルヘカラス兎ニ角千八百五年ニ出テタル英國ノ海軍法規ニ依レハ英國ノ領海英國ヨリ四班牙ノニ入ル外國船ハ英國ノ船ニ對シ禮式ヲ行フヘキモノト爲セリノ海

海上所有權ノ實際ニ行ハレタル時代ニ於テ和蘭ノ學者グロチウス(Grotius)カ之ヲ攻撃シタルコトアリグロチウスハ實ニ國際法學ノ泰斗トシテ後世ノ仰ク所ナリ蓋シ海上所有權ノ行ハレタル時代ニ歐洲ノ覇權ヲ握リシモノハ葡萄牙、西班牙ニシテ共ニ過大ノ所有權ヲ主張シ太平洋、大西洋ノ大部分ハ概ネ二國ノ有スル所トナリ比隣ノ諸國ハ爲メニ非常ノ不利益ヲ被レルヲ以テ勢ヒ之ヲ默認スル能ハス是ニ於テ海軍ノ新興國タリシ和蘭先ツ異議ヲ唱ヘテ以テ西班牙、葡萄牙ヲ抑制センコトヲ企テタリグロチウスモ

亦海洋開放論 (Mare liberum) (此語ハ之ヲ直譯スレハ自由ナル海ト云フコト)ト題スル一書ヲ著シテ盛ニ海上所有權ノ不當ヲ非難シ當時ノ學者曠々トシテ之ヲ稱賛セリ然ルニ英國ハ同シク海軍ノ新興國ナリシカトモ海上所有權ヲ廢スルトキハ其近海ト雖モ所有スルコトヲ得ス爲メニ大ニ損害ヲ被ルモノアルヲ以テ之ニ反對スルノ方針ヲ採リジョンセルデン (John Sel-den) ナル學者ハ遂ニ海洋閉鎖論 (Mare clausum) ヲ著ハシ保守ノ意見ヲ公ニシテグロチーノ議論ヲ反駁シタリ兩氏ノ論據共ニ精確行文亦縱橫讀者ヲシテ覺エス案ヲ拍タシム當時二人ノ名聲ハ相匹敵シテ世界ヲ震盪セリキ然レトモ近代ニ及ヒテハグロチーノ議論遂ニ勝ヲ制シテ世ニ用ヒラルルニ至リセルデンノ説ハ始ト世人ノ記憶ヲ去レリ而シテグロチーノ説ハ實ニ海洋ハ共用物ナリトノ羅馬法ノ規定ニ基キシニ外ナラス故ニ此規定ハ一見平凡ナルカ如シト雖モ而カモ莫大ナル利益ヲ世界ニ與ヘタルモノト謂フヘシ今日一般ニ認メラル、所ノ海洋ハ共用物ナリトノ原則ハ實ニ斯クノ如キ沿革ニ因テ生シタルモノナリ然リト雖モ時世ハ變遷シテ

止マス原則豈ニ萬古不易ノモノアラシヤ昨ノ非ハ今ノ是ニシテ今ノ是ハ必スシモ後ノ是ナラス焉ソ知ラン後日セルデンノ説再ヒ勃興シテ天下ヲ風靡シ海洋開放論ノ如キハ復々人ノ念頭ニ止マラサルニ至ルナキコトヲ往事ヲ顧ミテ將來ヲ想ヘハ百感胸ニ集マリ得テ之ヲ禁スヘカラサルナリ尙ホ共用物ニ關スル詳細ナル説明ハ際限ナキヲ以テ茲ニ之ヲ止ムヘシ

□ 公有物トハ直接ニ公共ノ用ヲ爲セルモノヲ謂フ凡ソ國家ノ財産ハ之ヲ大別シテ二種類ト爲ス一ハ即チ私有財産ニシテ尋常一般ノ人ノ私有財産ト異ル所ナシ例ヘハ官署ニ使用スル器具ノ如シ二ハ即チ公有物ニシテ例ヘハ河川、港灣、國道、城砦、牢獄ノ如キ是ナリ公有物ニ關スル規則ハ私有財産ニ關スル規則ト異レリ公有物ハ公共ノ用ヲ爲スモノナレトモ種類ニ依テハ各人必スシモ之ヲ用フルコトヲ得ルニアラス例ヘハ城砦、牢獄等ノ如キハ各人ノ用ニ供スルコトヲ許サ、ルモノナリ然レトモ港灣、國道ノ如キハ各人皆之ヲ使用スルコトヲ得ヘシ

公有物ノ性質ニ付テハ法理學者ノ間ニ議論アリ或一派ノ説ニ依レハ公有

物ハ無主物ナリ國家ト雖モ之カ所有主ニアラス國家ハ唯之ニ對シ至高權
(獨逸 Hohenrecht 英國 Eminent domain)ヲ有スルノミ故ニ國家ノ個人ヲ排斥シテ之ヲ國家ノ用ニ
 供スルコトヲ得ルニ過キス若シ國家ニシテ之ヲ不用ナリトセン乎個人ハ
 各皆之ヲ用フルコトヲ得ヘシ而シテ個人カ之ヲ用フルニ付キテハ無主物
 ノ規定ニ從フモノトス故ニ先ツ最初ニ占有シタル者カ之ヲ自己ノ所有物
 ト爲スコトヲ得ルナリ例ヘハ茲ニ古城砦ノ存スル土地アリ國家カ之ヲ不
 用トスレハ個人ハ之ヲ占領シテ家屋ト爲シ住居ヲ營ムコトヲ得ルカ如シ
 獨逸ノ學者ケルレル(Keller)ノ如キハ此說ヲ唱フル者ナリ之ニ反對スル一
 派ノ說ニ依レハ公有物ハ即チ國家ノ所有物ナリ故ニ國家ハ之ヲ私人ニ貸
 與シテ其貸賃ヲ徵收スルコトヲ得ヘク又自ラ之ヲ使用スルコトヲ得ヘシ
 ト云フニ在リ近世ニ於テハ公有物ノ性質ニ付テ斯クノ如ク議論アリト雖
 モ羅馬時代ニハ此點ニ付テ別ニ議論ノ喧シキコトナカリシナリ然レトモ
 余ノ管見ヲ以テセハ第一ノ說ハ羅馬法ノ精神ニ適合セサルモノト謂フヘ
 シ何トナレハ古昔ハ何レノ國ニテモ土地ハ部落ニ屬スルニアラスンハ則

チ村邑ニ屬シ未タ曾テ無主物ナリシコトアラス羅馬ニ於テモ亦建國ノ常
 時村邑共產制ハ既ニ廢滅ニ歸シタレトモ其遺風ハ尙ホ依然トシテ存在シ
 從テ無主物ノ規定ヲ土地ニ適用シタルコトナケレハナリ
 以下少シク公有物ノ一種タル河川ニ付テ説明セン河川ハ悉ク公有物タル
 ニアラスユエヌチニアン法典ニハウルピアヌスノ說ヲ掲ケタリ曰ク永久枯
 涸セスシテ流ル、河川ハ公有物ニシテ然ラサルモノハ公有物ニアラスト
 此規定ハ河川ナル文字ヲ用ヒタレトモ細流ナル文字ナシ是ニ於テ解釋家
 間ニ議論ヲ生セリ即チ細流ニ付テモ亦之ニ從フヘキモノナルヤ否ヤノ點
 是ナリ然レトモ此點ニ付テウルピアヌスハ既ニ其說ヲ述ヘタリ曰ク河川
 ト細流トハ或ハ其大小ヲ比較シ或ハ其近傍ニ住スル者ノ言ヲ聽テ之ヲ決
 スヘキモノナリト是ニ由テ之ヲ觀レハウルピアヌスノ意ハ河川ト細流ト
 ヲ區別シテ同一視セサルニ似タリ然ラハ則チ此規定ハ之ヲ大川巨河ニ適
 用スヘク以テ細流ニ適用スルコトヲ得サルナリ又法理上ヨリ之ヲ考フル
 モ細流ハ寧ロ私有財産ニシテ公有物ニアラスト云フヲ妥當トス

公有物タル河川ハ果シテ眞ニ國家ノ所有ナルヤ否ヤ是レ亦學者間ノ問題ナリ獨逸ノウインドシャイド(Windshaid)ハ河川ハ國法ノ規定ニ從ヒテ使用セサルヘカラサルモノナレトモ是レ國家ノ所有ナルカ故ニアラスシテ國家カ至高權ヲ掌握スルヲ以テナリト云ヘリ然レトモ余ノ考フル所ニ依レハ苟モ公有物タルモノハ皆國家ノ所有ニ係ルモノト信ス

河川ニシテ公有物タルモノハ國家ノ所有ナルカ故ニ政府ハ之ヲ使用スルノ特權ヲ私人ニ付與シテ以テ其貸賃ヲ徵收スルコトヲ得然レトモ政府カ斯クノ如キ方法ニ依リテ公衆ノ使用ヲ禁セサル以上ハ公衆ハ隨意ニ河川ヲ使用スルコトヲ得ヘシ即チ或ハ自由ニ水電ヲ航行シ或ハ舟筏ヲ沿岸ニ繋キ或ハ積荷ヲ卸スコトヲ得ルナリ

羅馬ニテハ河川若クハ海岸ニ於テ漁業ヲ爲スハ各人ノ自由ナリ是レエヌチニアン法典ニ明言セル所トス近世諸國ノ法律ハ大ニ之ト異リ概ネ漁業ノ權利ニ制限ヲ加ヘサルハナシ特ニ獨逸ノ如キハ公ノ河川ニ於テ魚介ヲ漁スルノ權利ハ政府ニ專屬セシメタリ但シ政府ノ特許ヲ得又ハ舊來ノ慣

習ニ從テ漁業ヲ營ムハ固ヨリ此限ニアラサルナリ

河川ノ公有物タラサルモノハ即チ個人ノ私有財産ナリ概シテ言ヘハ此種類ノ水流ハ沿岸ノ所有主ニ屬セリ若シ左岸ノ所有主ト右岸ノ所有主ト異ルトキハ之ヲ二分シ右ハ即チ右岸ノ所有主ニ屬シ左ハ即チ左岸ノ所有主ニ屬ス蓋シ羅馬法ニ於テハ河川ノ所有權ハ他ノ物件ノ上ニ有スル所有權ト格別ノ差異アラヌ即チ自己ノ欲スル方法ニ從テ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得タリ然ルニ近世諸國ノ法律ハ之ト其趣ヲ同ウセス例ヘハ獨逸ニ於テハ私有ノ水流ト雖モ多少公衆ノ使用ニモ供セラル、モノトス且ツ其上流ヲ使用スル者ハ水量ヲ減シテ以テ下流ヲ使用スル者ノ妨害ヲ爲スコトヲ得ス必スヤ其水ヲ下流ニ通シテ以テ下流ノ便ヲ圖ラサルヘカラサルナリ

池沼ハ多クハ私有財産ナレトモ又時トシテ公有物タルモノアリ湖水運河ハ公有物タルモノ多シト雖モ往々私有財産タルモノナキニアラス

我國ニ於テハ河川其他ニ關シテ余ノ満足スル規則ヲ制定シタルモノ少シ

然レトモ余ハ今後之ヲ設クルノ必要アルヲ信シテ疑ハサルナリ何トナレハ我國ニ從來農業國ナリシカ故ニ事細大トナク農業ノ便利ヲ圖ルヲ以テ主眼ト爲セリト雖モ工業漸ク進歩シテ隆盛ニ赴クハ現ニ吾人ノ目撃スル所ナリ而シテ工業隆盛ナレハ水力ヲ利用スルコト亦從テ多キコト必然ナリ是ニ於テ水流ヲ濁シ水量ヲ減スル等ノ弊害ハ續々トシテ現ハル、ニ至ルヘク此等ノ事情ニ應スル法律規則ハ日ヲ逐フテ制定セラルヘキナリ公衆ノ用フル道路ニハ國道ト市道トノ別アリ國道ハ即チ國家ノ所有物ニシテ市道ハ即チ市府ノ所有物ナリ

公有物ニ關スル説明ハ略ホ之ヲ盡セリ最後ニ一言スヘキハ他ナシ公有物ハ國家ノ所有物ナルヤ否ヤノ問題ハ國際法ニ於テモ亦議論アルコト是ナリ即チ或學者ハ國家ノ領土ヲ以テ國家ノ所有物ニアラス國家ハ唯至高權ヲ有スルノミト爲シ又他ノ學者ハ之ヲ國家ノ所有ニ係ルモノト爲セリ然レトモ余ハ結局之ヲ文字ノ爭ニ過キスト評スルヲ憚ラサルナリ今其詳細ハ之ヲ省カン

ハ 府有物トハ市府ノ人民共同ニ使用スルコトヲ得ルモノヲ云フ羅馬ニ於テハ市府ヲ法人トセリ而シテ市府ノ財産ニ二種類アリ第一ハ市府ノ私有財産ニシテ通常一般ノ人ノ私有財産ト毫モ異ル所ナシ第二ハ所謂府有物ナリ例ヘハ市府ニ屬スル演劇場、競馬場ノ如キハ府有物ナリトス

ニ 私有物トハ個人ノ私有財産ナリ山野ニ栖息スル禽獸ノ如キ無主物ハ之ヲ變シテ私有財産トスルコトヲ得ヘシ然レトモ前ニ述ヘタル神法物ノ如キハ之ヲ私有物ト爲スコト能ハサルナリ

無主物 (Res nullius) トハ何ソヤ今例ヲ擧ケラ之ヲ示セハ山野ノ禽獸河海ノ魚介ノ如キ總テ人ノ所有ニ係ラサルモノヲ云フガイユスノ法學楷梯ニハ神法物モ亦無主物ノ一種ナリトセリ然レトモ嚴格ニ解釋スルトキハ無主物トハ恐クハ斯クノ如キモノヲ指スニアラスシテ單ニ動産中ノ無主物ノミヲ指スモノナリト信セラル抑モ神法物ノ中ニハ墓地等ヲ含ムト雖モ是レ蓋シ村邑共產制ノ遺風ニ過キス而シテ村邑共產制ノ行ハル、時代ニ於テハ土地ハ人民ノ共有物ニシテ無主物ニアラサルナリガイユスノ法學楷

梯ヲ見レハ死者ノ遺留財産モ亦無主物ナリトセリ然レトモ羅馬ニ於ケル他ノ學者ノ説ニ依レハ遺留財産ハ眞ノ無主物ニアラス若シ死者ノ相續人ニシテ定マラハ先代死去ノ當時ニ相續シタルモノト看做スノ規則アリ即チ其效力既往ニ遡ルカ故ニ法律ノ結果ヨリ言ヘハ遺留財産ヲ以テ無主物ト爲スコトヲ得サルナリ

第四 動産、不動産

英國ノメインノ説ク所ニ依レハ羅馬法ニテ動産、不動産ノ區別ヲ爲シタルハ近代ノコトニ屬スルモノニシテ昔者「レイス、マンチビ」ト「レイス、ネック、マンチビ」トノ區別ヲ爲シタルトモ此區別ハ甚タ不便ナリシヲ以テ漸ク動産、不動産ノ區別ヲ爲スニ至リシト謂フニアリ動産、不動産ノ區別ハ近世ノ法理ト徑庭ナキヲ以テ之ヲ略ス

第五 代替物 (Res fungibles) 不代替物 (Res non fungibles)

穀物、酒、油等ハ代替物ニシテ若シ之ヲ借受ケタルトキハ同性質、同分量ノ物ヲ以テ返還スレハ即チ可ナルモノナリ之ニ反シ馬、奴隸等ハ不代替物ニシテ若シ之

ヲ借受ケタルトキハ必スヤ其借受ケタル物件ヲ返還セサルヘカラス蓋シ代替物ノ場合ニ於テハ借主ハ其物件ノ所有權ヲ得レトモ不代替物ノ場合ニハ決シテ所有權ヲ移轉セス借主ハ唯其物件ヲ使用スル權利ヲ得ルニ過キサレハナリ

第六 消費物、不消費物

凡ソ物ニハ之ヲ消費スルニアラサレハ使用スルコト能ハサル物件アリ又消費セスシテ使用スルコトヲ得ル物件アリ一般ニ言ヘハ代替物ハ多ク消費物ナリ米、油、酒ノ如キハ即チ是ナリ然レトモ代替物ハ必ス消費物ナリト速断スヘカラス例ヘハ歐洲ニ於テ表装セサル書籍ハ書肆間ニ代替物トスルノ慣習アリト雖モ之ヲ以テ消費物ト爲ス能ハサルカ如シ爲替手形ノ如キモ亦消費物ニアラスシテ代替物タリ

第七 主タル物件、従タル物件

羅馬ニ於テハ主タル物件ト従タル物件トノ區別ヲ認ム即チ附從 (Accessio) ニ關スルノ規則アリ例ヘハ金製ノ絲ヲ織物ニ織込ムトキハ織物ハ即チ主タル物件ニシテ金製ノ絲ハ之ニ附隨シテ従タル物件トナルモノトス附隨ニ關スル規則

ハ後ニ説明スル所アルヘシ

第八 可分物、不可分物

今夫レ絶對的ニ分割スヘカラサル物件ハ世間恐ラルル絶無ナルヘシ然レトモ之ヲ分割スレハ物件ノ本質ヲ毀損スルモノハ法律上之ヲ不可分物ト云フ例ヘハ畫伯ノ畫、奴隸、牛馬ノ如キ是ナリ又分割シテ大ニ價格ヲ減スルモノモ之ヲ不可分物トス例ヘハ金剛石ノ如キ是ナリ

第九 單純ノ物件、集合ノ物件、物件ノ集合

是レ甚タ奇妙ナル區別ナリ單純ノ物件トハ例ヘハ奴隸、材木、瓦石ノ如キモノヲ云ヒ集合ノ物件トハ種々ノ物件ヲ合シテ一ト爲セルモノニシテ例ヘハ家屋、船舶ノ如キモノヲ云フ又物件ノ集合トハ種々ノ物件ヲ集メテ一ノ名稱ノ下ニ立ツモノニシテ羊群、圖書館、畫室ノ如キモノヲ云フ
物件ノ集合ノ場合ニ於テ物件ノ全體ヲ一個ト見ルヘキモノナルカ將タ數個ノ物件ト見ルヘキモノナルカハ從來學者間議論アル所ナリ羅馬ノ訴訟手續ニ依レハ羊群取戻ノ訴訟ニ於テハ羊群ヲ以テ一物ノ如クニ看做セリ既ニ助法タル

手續法規ニ於テ之ヲ一物トスル以上ハ主法タル實體法ニ於テモ亦之ヲ一物ト看做スノ精神ナリト云ハサルヘカラス然リト雖モ今羊一頭ツ、ニ付キ言フトキハ固ヨリ各別ノ所有權カ同時ニ存在スルコトヲ得ヘシ

物件ノ集合(Universitas facti)ニ對シテ權義ノ集合(Universitas juris)ト稱スルモノアリ今其例ヲ舉クレハ相續物ハ即チ權義ノ集合ナリ蓋シ死者アルトキハ其積極ノ財產モ消極ノ財產モ之ヲ總括シテ相續物ト爲セハナリ子孫奴隸ノ特有產(Pecunia)モ亦權義ノ集合ナリ羅馬法ニテハ財產ハ悉ク家父ニ屬スルモノトス然レトモ其除外例トシテ子孫、奴隸ハ特有產ヲ所持スルコトヲ得今特有產即チ「ベクリユム」ノ字義ヲ分析スルニ「ベク」ハ家畜ノ義ニシテ一面ニ於テハ財產ナレトモ他ノ一面ニ於テハ賣買ノ媒介タルモノナリ而シテ「リユム」ハ微小ノ義ナリ故ニ「ベクリユム」ハ微小ナル家畜ト云フコトナレトモ古代ハ之ニ特有產ノ意味ヲ含マシメタルナリ然リ而シテ子孫、奴隸ノ特有產ヲ以テ權義ノ集合ト爲シタルハ蓋シ彼等ト雖モ時トシテ消極ノ財產即チ他人ニ對シテ債務ヲ負フコトアリ而シテ積極ノ財產ト消極ノ財產トヲ併セテ特有產ト稱スルニ由ルナリ又嫁時費

資モ權義ノ集合ナリ少女結婚スルニ當リテ其費ラス所ノ持參金及其他牛馬犬豕ノ類ヲ總稱シテ「ドス」(Doss)ト言フヲ以テ余ハ假ニ之ヲ譯シテ嫁時費資ト稱ス此嫁時費資ハ實ニ種々ナル權利義務ヨリ成立スルモノナルカ故ニ法律上之ヲ權義ノ集合ト看做シタルナリ

物件ノ集合ト權義ノ集合トノ區別ニ付テハ學者間大ニ議論アリ獨逸ノ有名ナル學者ベヒマン(Behmann)ノ說ニ依レハ物件ノ集合ハ人ノ意思ニ依リ種々ノ物件ヲ一體ト看做スモノニシテ權義ノ集合ハ法律ノ力ニ依リテ種々ノ物件ヲ一體ト看做スモノナリト云フニ在リ之ニ反對スル學者ノ說ニ依レハ權義ノ集合トハ異種ノ物件ノ集合ニシテ物件ノ集合トハ同種ノ物件ノ集合ナリト云フニ在リ此二說中余ハベヒマンノ說正鵠ヲ得タルモノト信ス何トナレハ權義ノ集合ト雖モ實際ハ同種ノ物件ノ集合ナルコトアレハナリ試ニ見ヨ羊群ヲ以テ嫁時費資トシタルカ如キモ亦權義ノ集合タルヲ失ハサルニアラスヤ

第二章 物權、債權ノ區別並ニ所有權

羅馬ニ於テハ物權、債權ニ相當スル文字ナシ羅句語ニ「ユス、イン、レム」(Us in rem)「ユ

ス、イン、ベルソナム」(Us in personam)ナル文字アリト雖モ是レ中古時代ノ學者カ羅馬法律ヲ解釋スルニ方テ用ヒタルモノニシテ元來羅馬ニ存在セシニアラス然ルト雖モ羅馬ニ於テハ固ヨリ物權、債權ノ區別ヲ認メタルコト疑ヲ容レヌ即チ物權ハ對物訴訟(Actio in rem)ニ依テ之ヲ保護シ債權ハ對人訴訟(Actio in personam)ニ依テ之ヲ保護シタルナリ

羅馬法律ノ所有權ニ付テハ須ラク歴史的ノ觀察ヲ爲サ、ルヘカラス今廣ク諸國財産法ノ歴史ヲ觀ルニ個人ノ財産ハ割合ニ遲レテ發達シタルモノトス即チ太古時代ニ於テハ一村邑又ハ一部落ノ財産カ先ツ始メニ發達セリ而シテ其財産ハ多ク土地ニ關スルモノトス英語ニテハ之ヲ「コンモンズ」(Commons)ト稱ス今日ニ及ヒテモ尙ホ其遺物アリ例ヘハ共ニ漁業ヲ爲スノ權利、共ニ牧畜ヲ營ムノ權利カ慣習トシテ存スルカ如キ是ナリ又現ニ倫敦ノ市街ニコモンスト云フ公園アルハ共同牧畜ノ舊跡ナルコト問ハスシテ知ルヘシ獨逸ニ「アルメンデ」(Allmende)ナル語アリ又佛蘭西ニ「ヴニース、パージュル」(Vaine pâture)ナル語アリ皆英語ノ「コンモンズ」ニ相當スルモノニシテ太古ノ村邑共産制ノ遺物ナリト信ス從來我國ニモ入會ナルコト

アリニ村以上ノ人民カーノ山林ニ於テ共同ニ樹木ヲ伐採シ又ハ落葉ヲ拾取スルノ慣習アルモ亦村邑共産制ノ遺物ニ外ナラサルナリ昔時羅馬ノ村邑共産制下ニ生活シタルハ其證據枚舉ニ遑アラズ今其一班ヲ舉クレハ羅馬ニハ土地所有權ヲ指示スルノ文字ナシ所謂財產權トハ單ニ奴隸家畜等ニ關係アリシムミ羅甸ノ古語ニ「ファミリア、ベクニアクエ」(Familia pecuniae)アリ「ファミリア」ハ奴隸等ニ關シベクニア「家畜等」ニ關ス「クエ」ハ及ヒト云フ意味ナリ故ニ「ファミリヤ、ベクニアクエ」トハ奴隸及家畜等ノ動産ヲ指示スルモノトス子孫、奴隸ノ特有産ヲ「ベクリユム」ト(Pecunia)稱スルハ蓋シ之レヨリ脱化シタルモノナリ又財產ノ移轉ニ關スル方式ノ極メテ古キモノヲ「マンチバチオ」(Mancipatio)ト爲ス「マンチバチオ」ナル文字ヲ分析スレハ「マニス」(Manus)「カーベレ」(Carpere)ノ二字ヨリ來ル「マニス」ハ手ナル意味ヲ有シ「カーベレ」ハ動詞ニシテ捕捉ナル意味ヲ有ス故ニ「マンチバチオ」ハ手ヲ以テ捕捉スルノ義ナリ抑モ手ヲ以テ捕捉スルコトヲ得ルモノハ唯動産アルノミ即チ知ル「マンチバチオ」ノ方式ハ始メ土地ニ關係ナク單ニ動産ノミニ關係セシモノナルコトヲ

斯クノ如ク不動産ニ付テハ個人ノ所有權ヲ認メタル文字ナシ且ツ羅馬ニ於テハ公衆人民カー一所ニ會合シテ宴ヲ張リ飲食ヲ爲スノ慣習行ハレタリ此等ノ慣習ハ管ニ羅馬ノミナラス希臘ノスパルタニモ亦行ハレタルコトハ歴史ニ依リテ明カナリ又瑞西ニハ現ニ之ヲ行フ處アリト云フ是レ亦村邑共産制ト密接ノ關係ヲ有スルナリ今其次第ヲ述ヘンニ極メテ古キ時代ニ於テハ村邑人民ハ土地ヲ共有セリト雖モ敢テ土地ヲ分配スルコトナク唯其收穫ヲ分配スルニ過キサリキ其後ニ至リテ收穫ヲ分配スルコトヲ止メ土地ヲ分配スルノ制度ヲ生セリ周公ノ井田法唐ノ均田法及ヒ我國ノ班田ノ法ハ皆之ニ類似セル遺風ナリ(班田ノ法ニ付テハ令註ニ詳ナリ就テハ見)シルハ露西亞ニ於テハ今日百姓ノ間ニ班田ノ法ヲ行フ是ニ由テ之ヲ觀レハ太古ハ先ツ收穫分配ノ法ヲ用ヒ後ニ及ヒテ班田ノ法ニ移リタルモノト謂フヘシ而シテ收穫分配ノ法ト云ヒ班田ノ法ト云ヒ共ニ村邑共産制ノ規則ナリ唯時ノ前後ニ付テ云ヘハ收穫分配ノ法ハ古クシテ班田ノ法ハ新キノミ羅馬ニ於テモ班田ノ法ヲ行ヒシ證據無キニアラスト雖モ今煩雜ヲ避ケテ之ヲ省キ唯衆人一所ニ會食スル慣習ニ付キテ一言スヘシ蓋シ斯クノ如キ慣習ハ收穫分配ノ法ニ胚胎セルモノナ

ルヤ必セリ然ラハ則チ其村邑共產制ノ遺風ナルヤ論ヲ俟タヌ彼羅馬ノ詩人ウァル
 ジル (Virgil) ノ詩ヲ誦讀スル者ハ必ス羅馬ノ古代ニハ村民カ土地ヲ共有セルモノ
 タルコトヲ知ルナラン羅馬ニ於テハ「ザトルヌス」(Saturnus) ナル神ヲ祀レリ而シテ
 口碑ノ傳フル所ニ依レハ「ザトルヌス」ノ時代ニハ人民皆土地ヲ共有シテ奴隸等ノ
 制度ハ毫モ無カリシト云フ想フニ此事實ノミヲ以テハ未タ何等ノ證據ト爲スコ
 トヲ得スト雖モ前ニ述ヘタル所ト對照スレハ多少參考トスヘキ所ナキニアラス
 之ヲ要スルニ羅馬ノ人民ハ神代即チ歴史以前ニ於テ村邑共產制ヲ有セシコト十
 分確的ノ證據アルナリ羅馬ニ於テハ古代既ニ家族ノ世襲財産ヲ認メタリ羅句語
 ニテ之ヲ「ヘレヂウム」(Hereditium) ト云フ即チ一家ハ必ス「ユゲラ」(Jugera) ノ土地ヲ享
 有シ世襲トシテ之ヲ保存スヘク決シテ他家ニ讓渡スコトヲ得サルナリ此制度ハ
 久シク行ハレ後世共和時代ノ終リニ至ルマテ人民ハ之ヲ賣却スルヲ以テ恥辱ト
 ナセリ然リト雖モ「ユゲラ」ノ土地ハ面積左程廣カラス「ユゲラ」ノ文字タル複數ニ
 シテ單數ハ「ユゲルム」(Jugera) ナリ「ユゲルム」ハ長サ二百四十「フット」ニシテ幅百
 二十「フット」ナリ故ニ「フット」ヲ以テ我國ノ一尺ト假定スレハ「ユゲラ」ハ二百四

十尺即チ四十間四方ニシテ概算千六百坪ニ過キス且ツ羅馬ノ土地ハ碇碕ニシテ
 豐饒ナラサレハ其耕作スルハ隔年ナルヲ以テ之ヲ毎年耕作スルモノト見レハ僅
 ヲ八百坪ニ止マレリ故ニ此收穫ヲ以テ一家ヲ糊口スルハ頗ル困難ト云ハサルヲ
 得ス

古昔羅馬ノ貴族ハ家毎ニ公地 (Ager publicus) ノ一部ヲ占領使用セリ羅馬ノ歴史ニ
 據テ考フルニ諸家ノ有セル世襲財産以外ノ土地ハ之ヲ公地ト稱シ貴族ハ占領ノ
 規則ヲ遵守スルニ於テハ何時ニテモ之ヲ占領スルコトヲ得タリ然レトモ貴族カ
 如何ニ永久ノ期間之ヲ占領スルモ變シテ市民法ノ所謂所有權ヲ獲得スルヲ得ス
 唯法律ノ保護ヲ受ケテ占領シタルモノナルカ故ニ恰モ所有權ト同様ノ狀態ナル
 ノミ斯クノ如クニシテ貴族カ占領シタル土地ハ甚タ廣シ從テ貴族自ラ之ヲ耕作
 スルコト能ハサルナリ是ニ於テ貴族ハ之ヲ其配下ニ屬セル一種ノ賤民 (Clientae) ニ
 貸與シテ之ヲ耕作セシムルニ至レリ彼容假ノ占有 (Precarium) ナルモノハ起源ヲ
 茲ニ發シタルモノトス詳言スレハ貴族ニハ何時ナリトモ隨意ニ貸與シタル土地
 ヲ取上クルノ權利アリテ賤民ノ占有ハ十分鞏固ナラサルヲ以テ之ヲ容假ノ占有

ト稱シタルナリ又羅馬ノ貴族ハ其公地ヲ牧畜ノ用ニ供シタリ稱シテ公共牧場(Pascua publica)ト云フ之ヲ使用スル者ハ相當ノ使用料ヲ政府ニ支拂ハサルヘカラス貴族ハ斯クノ如キ特權ヲ有シタレトモ翻テ平民ノ地位ヲ觀レハ實ニ憐ムヘキ境遇ニ在リ即チ公共牧場ヲ使用スルコトヲ得サルノミナラス總テ公地ヲ占領シテ耕作ノ用ニ供スルコトヲ得ス之カ爲メニ貴族ト賤民トノ間ニハ激列ナル爭論ノ絶エシコトナク延テ外侮ヲ禦クノ餘裕ヲ存セサリシナリ加之貧富ノ不平均ハ年々其度ヲ高メタリシヲ以テ羅馬カ將ニ崛起シテ南歐ノ霸權ヲ握ラントセル時代ニ於テモ其内部ノ有様ハ腐敗セルコト實ニ甚シカリキ故ニスプリユース、カッシユース(Spirius Cassius)チヘリユース、グラックス(Tiberius Gracchus)等ノ慷慨ナル人傑ハ身ヲ挺シテ起チ公地使用ノ權利ハ貴族ノミナラス平民ニモ亦付與セサルヘカラスアルコトヲ主張セリ然レトモ此主張ハ其目的ヲ達スルコト能ハスシテ止ミタリ想フニ貧富ノ不平均ト貴族平民ノ爭論トハ羅馬ノ爲メニ、病根タリシモノト謂フヘシ

羅馬ニ於テハ凡ソ財產ハ家族全體ニ屬シ個人ニ屬スルモノニアラスト、思想カ古代人民ノ腦髓ヲ支配セリ十二標ノ法律ニ依レハ宗族(Agnati)及同性人(Comitones)カ相續權ヲ有シタリ是レ亦村邑共產制ニ關係スルモノトス概言スレハ村邑共產制ヨリ一躍シテ個人主義ニ移ルモノニアラスシテ大抵其間ニ家族制度ノ時代ヲ經過セサルハナシ而シテ羅馬ノ財產ニ關スル規則モ亦此順序ニ從テ發達シタルモノトス即チ宗族又ハ同姓人カ相續權ヲ有スルハ家族制度ニ外ナラサルナリ個人制度ハ羅馬ニ於テハ未タ完備シタリト稱スルコトヲ得サレトモ子孫ノ特有產ニ關シテハ個人ノ所有權ヲ認メタルナリ又家父(即チ家主)ハ家族ノ財產ヲ支配シテ殆ント自己一人ニ專屬スルモノ、如ク取扱ヘリト雖モ羅馬末代ノ法律ニ依レハ家父ハ自己ノ家族以外ノ人ニ對シテ財產ノ遺贈ヲ爲スヲ得タリ尙ホ遺贈ニ付テハ後ニ説明スル所アルヘシ

古昔羅馬ニ於テハ所有權移轉ノ方法頗ル煩雜ナリシカ爲メニ奇妙ナル結果ヲ生シタリ何ンヤ曰ク二種ノ所有權カ發達シタルコト是ナリ前章ニ述ヘタルカ如ク羅馬法ハ即チ物ヲ「レス、マンチビト」ト「レス、ネック、マンチビト」トノ二種類ニ分チタリ「レス、ネック、マンチビト」ハ何等ノ方式ヲ用ヒスシテ單ニ引渡ニ依リテ其所有權ヲ移

補ヒ買主ハ抗辯ヲ提出シテ以テ買主ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ト爲セリ然ラハ則チ「ウイズカビオ」ノ年限未タ經過セサルニ當テ第三者ノ爲メニ物件ヲ奪取セラレタルトキハ之ヲ如何ニスヘキヤ市民法ニ依レハ買主ハ未タ所有權ヲ獲得セサルヲ以テ公然其所有權取戻ノ訴訟ヲ起スコトヲ得去レハトテ買主ニ依頼シテ訴訟ヲ起サントセハ第三者ト共謀シテ之ニ應セサルノ虞アリ是ニ於テ羅馬ノ裁判官ハ又此等ノ買主ヲ保護スルカ爲メ買主ノ名義ヲ以テ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ト爲シ買主ハ時効ノ年限ヲ經過セサルニ拘ラス恰モ經過シタルモノ、如ク裝ヒテ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルニ至レリ

以上説明セル所ヲ要スルニ「レス、マンチ、ビ」ヲ移轉スルニハ引渡ト時効ノ規則トヲ併用スルモ未タ以テ完全ナルニ至ルヲ得スシテ遂ニ裁判官カ其缺點ヲ補ヒタルナリ羅馬ニ於テ所有權ニ二種ノ類別ヲ生シタルハ實ニ之ニ因ルモノトス一ハ市民法ノ所有權ニシテ他ノ一ハ裁判官ノ作りタル法律即チ大官法ノ所有權ナリ而シテ若シ此二個ノ所有權カ相抵觸スルトキハ大官法ノ所有權カ勝テ制シタルナリ之ヲ英國法ニ比較スレハ恰モ普通法 (Common Law) ノ所有權衡平法 (Equity) ノ

所有權ノ區別ニ似タリ英國ニ於テハ普通法ト衡平法トノ衝突ヲ見ルトキハ必ス衡平法ノ勝ニ歸ス此區別ハ既ニ廢止セラレタリト雖モ實際ハ尙ホ存在スルナリ羅馬ニ於ケル市民法ノ所有權ト大官法ノ所有權トノ區別モ亦斯クノ如シ但シ此區別ハユスチニアンノ時代ニ及ヒテ公然廢止セラレタリ

第三章 占有 (Possessio)

第一節 總說

法理學ニテモ羅馬法ニテモ占有ノ問題ハ最モ困難ヲ感スル所ニシテ之ニ關スル著書及論文モ亦少カラスト雖モ其是非得失ハ未タ遽カニ論定スヘカラサルモアリ獨逸ニ於テハ有名ナルサウニ「ノ占有論アリ」(千八百三十三年第一版) 第一版出テシヨリ第七版ノ出ツルマテ六十餘年ノ間之ニ拮抗スル論文ハ殆ント絶無ナリシカ稍之ト雁行シ得ヘキモノハ唯ブルンス (Bruns) ノ論文アルノミ (千八百四十四) 其他ハ概ネ皆サウニ「ノ精粕ヲ嘗ムルニ過キスシテ敢テ一機軸ヲ出シタルモノナシ近世ニ至リテ占有ニ關スル論文ハ一時流行トナリ甲論乙駁數フルニ違アラス就中有名ナルモノハランダ「(Banda)ノ占有論及マイシナイゼル (Meischer) ヲ

(Baker) イエリグ (Ihering) 等ノ論文ナリトスイエリグハ三種ノ論文ヲ出シ皆好評ヲ博セリ而シテブルンスモ亦第二ノ論文ヲ著シタリ

サヴニノ占有論ハ再度佛蘭西語ニ翻譯セラレ英語ニモ亦再三翻譯セラレタリ故ニ其勢力ハ頗ル強大ニシテ英佛其他ノ諸國ニ瀰蔓シ占有ニ關シテハサヴニノ占有論ヲ讀ムニ非サレハ議論ヲ爲ス能ハサルカ如キ偉觀ヲ呈セリ然ルニ近年ニ及ヒテ斬新奇拔ノ議論ヲ以テ世上ヲ震蕩シサヴニノ勢力ヲ壓倒シタルモノハ即チイエリグ其人ナリイエリグハ占有ニ關シテ三種ノ論文ヲ公ニシ其中二種ハ特ニ有名ナリ一ハ即チ占有ノ保護ニ關係スル論文ニシテ他ノ一ハ占有ノ意思ニ關係スル論文ナリ意思ニ關係スル論文ハ千八百八十九年ノ出版ニ係ル此外イエリグハ又別ニ短篇ノ論文ヲ草セリ

占有ノ事ヲ詳説スルニ先チ二三ノ實例ヲ舉示センニ羅馬ノ法律ニ於テハ質取主ヲ以テ占有ヲ有スルモノトセリ又一ノ物件ニ關シテ甲乙間ニ爭アルトキハ其爭ノ結局ニ至ルマテ丙ヲシテ物件ヲ保管セシム之ヲ係争物保管 (Sequestratio) ト稱セリ此場合ニ於テ丙即チ保管者ハ占有ヲ有スルモノトス然リト雖モ羅馬法律ニ依

レハ使用貸借ノ場合ニ於テハ貸主ハ通常物件ノ所有者ニシテ且ツ占有者ナリ借主ハ唯之ヲ握有スルノミ握有トハ近世用フル羅句語ニテ「デテンチオ」(Detentio) ト云フ「デテンチオ」ナル文字ハ羅句語ナリト雖モ往古羅馬人ノ用ヒタルモノニアラス畢竟其外形ヨリ讀ミテ羅句語ナリト云フニ止マルナリ今參考ノ爲メニ羅馬人ノ用ヒタル古語ヲ謂ヘハ「ナツラリス、ボッセシオ」(Naturalis possessio) ナル文字アリ是レ名詞ニシテ直譯スレハ自然ノ占有ト云フ意ナリ之ヲ動詞トスレハ即チ「ナツラリテル、ボッシデーレ」(Naturaliter possidere) ナリ又「イン、ボッセシオネ、エッセ」(In possessione esse) ナル文字アリ然レトモ此等ノ文字ハ煩雜ニシテ曖昧ナルカ故ニ近世ノ學者ハ「デテンチオ」ナル語ヲ用フルニ至リシナリ又羅馬法律ニ於テハ寄託ノ場合ニハ物件ノ受寄者ハ占有ヲ有スルニアラスシテ唯之ヲ握有スルノミトセリ又貸借ノ場合ニ於テモ質貸主カ占有者ニシテ借主ハ物件ヲ握有スルニ過キス尙ホ之ニ似タル場合多シト雖モ今一々之ヲ舉ケス宜シク類推シテ考フヘキナリ此等ノ實例ハ我新民法ニ比較スルトキハ適合セサルモノアルヘシ

元來占有ト握有トハ明確ニ之ヲ區別スルノ必要アリテ存ス何トナレハ占有ハ法律・保護ヲ受クルコト多キモ握有ハ法律ノ保護ヲ受クルコト極メテ少ケレハナリ然レトモ占有ト握有トノ區別ハ之ヲ次節ニ譲リ今先ツ占有カ事實ナルヤ將タ權利ナルヤニ付テ一言セサルヘカラス抑モ占有ハ事實ナルヤ權利ナルヤハ古來學者ノ議論紛然タル所ナリト雖モ羅馬法ニ於テハ事實ナリシコト蓋シ疑ヲ容レサルナリ我新民法ハ特ニ占有權ナル文字ヲ用ヒタリ故ニ羅馬法ニ於ケル占有ト我國ノ占有權トハ相同シカラサルヤ言フ俟タス願フニ占有カ事實ナルヤ又ハ權利ナルヤノ問題ヲ生シタルハ畢竟歐洲人ノ言語ノ明瞭ナラサルニ由ルナリ日本語ニテハ幸ニシテ此弊ナシ即チ事實タル占有ハ單ニ之ヲ占有ト稱シ權利ト認ムルモノハ之ヲ占有權ト稱シテ二者ヲ區別スルコトヲ得ヘシ故ニ占有カ事實ナルカ又ハ權利ナルカノ問題ハ將來我國ニ於テ生スルノ虞ナク從テ之ニ對スル考慮ヲ費スノ必要ナシト信ス

第二節 占有及握有ノ根本的性質

占有ト握有トノ根本的性質ヲ解釋説明スルニ方テハ須ラク先ツ占有ニハ如何ナ

ル意思ヲ必要トスルヤノ問題ヲ決セサルヘカラス抑モ占有ヲ組成スルモノハ何ソヤト釋ヌルニ何人ト雖モ體素(Corpus)心素(Animus)ノ二ナルヲ知ラサルハナシ體素ハ形而下ノ原素ニシテ物件ヲ保有シ且ツ他人ヲ排斥スルノ事實ナリ占有ヲ獲得スルニハ即チ之ヲ必要ト爲ス然レトモ多數ノ學者ノ說ニ依レハ一旦獲得シタル占有ヲ保全スルニハ單ニ意思ノミヲ以テ足ルト云フニ在リ是レ羅馬法ノ原文ニアル所トス又心素トハ形而上ノ原素ニシテ意思ヲ指稱スルニ外ナラス然ルニ占有ノ意思トハ如何ナル種類ノ意思ナルヤニ付テハ學者ノ間議論一定セス今此問題ヲ決セハ占有ノ性質自ラ明白ニ占有ト握有トノ區別モ亦判然タラン

占有ノ意思ニ關スル學說ハ大別シテ二トス第一ハ即チ主觀說(Subjectivitätstheorie)ニシテ又之ヲ意思說(Villensstheorie)トモ云フ第二ハ即チ客觀說(Objectivitätstheorie)ナリ主觀說ノ極端ニ在ル者ハサヴィニノ議論ニシテ之ニ正反對ナル客觀說ヲ唱ヘタル者ハイエリングナリ以下主觀說客觀說ノ論旨ヲ略述スヘシ

第一 サヴィニノ說 サヴィニ派ノ說ニ依レハ占有ニ必要ナル意思ハアニムス(Animus)即チ所有者ノ意思ナリト爲ス詳言スレハ所有者トシテ

物件ヲ占有セント欲スルノ意思ナリト云フニ在リ然レトモ羅馬法ノ正文ヲ通覽スレハ「アニムス、ドミニ」ナル熟字ナシ時トシテハ單ニ「アニムス」ナル文字ヲ用ヒ又時トシテハ「アニムス、ボッシデンチス」(Animus possidentis)「アニムス、ボッシデンチ」(Animus possidendi)ボッシデンチ「アニムス」(possidendi Affectus)等ノ熟字ヲ用フルノミニンテ未タ會テ「アニムス、ドミニ」ナル語ヲ用ヒサルナリ然ルニ「サヴィニ」ノ説ニ依レハ此等ノ文字ハ皆「アニムス、ドミニ」ヲ指シタルモノニシテ即チ所有者ノ意思ト云フ義ナリトス蓋シ「スヴィニ」カ何故ニ此「アニムス、ドミニ」ナル語ヲ用ヒタルヤト云フニ第十六世紀ニ於テコンスタンチノールノ法學校ノ教授タリシテオフィルス(Thophilus)カ「ユスチニアン」法典ノ法學階梯ヲ註釋スルニ當テ「ブスケイ、デスボーツオントス」(βυζυζαντωνος)ナル希臘語ヲ用ヒタリ而シテ「サヴィニ」ハ之ヲ羅甸語ニ翻譯シテ「アニムス、ドミニ」ト爲シタルナリ然レトモ元來此譯語タルヤ敢テ「サヴィニ」ニ創マリシニアラス有名ナル佛國ノ學者「クイーヤチユース」(Onjeans)ノ頃ヨリ人ノ往々用ヒタル所ナリ然リト雖モ「クイーヤチユース」ハ此文字ノ意味ヲ誤解シ「アニムス、ドミニ」ナル語ヲ用ヒナカラ英語

「アニムス」ヲ意思(Intention)ト言フ意ニ解セスシテ所信(Opinio)ト云フ如クニ解シタルヲ以テ當時クイーヤチユースト名聲ヲ競ヒタルドールネルス(Doreius)カ其誤謬ヲ辯シタルコトアリ兎ニ角「アニムス、ドミニ」即チ所有者ノ意思ナル語ハ羅馬法ノ正文ニ存在シタルニアラスシテ希臘ノ註釋家カ使用シタル文字ヲ羅甸語ニ翻譯シタルニ過キサルヤ疑ヲ容レス

「サヴィニ」派ノ學者ハ尙ホ「アニムス、レム、ジビ、ハベンド」(Animus rem sibi habendi)ナル文字ヲ用ヒタリ之ヲ直譯スレハ自己ノ爲メニ物體ヲ所持スルノ意思ト云フ義ナリ而シテ「サヴィニ」ハ所有者ノ意思モ自己ノ爲メニ物體ヲ所持スルノ意思モ之ヲ同一視セリ然レトモ此二者ハ果シテ同一物ナルヤ否ヤハ別問題ナリ

「アニムス、レム、ジビ、ハベレデ」ナル文字モ亦羅甸語ナリト雖モ羅馬法ノ正文ニハ存在セスシテ註釋家ノ使用シタル所トス「サヴィニ」ノ説明ヲ聞クニ占有ニハ必ス所有者タルノ意思ヲ要シ握有ニハ之ヲ要セスト云フニ在リ例ヘハ貸貸借ノ場ニ於テ貸貸主ハ所有者タルノ意思ヲ有セサルカ故ニ物件ノ占有者ニアラスト是レ一應理アルカ如シ然レトモ今例ヲ異ニシテ質取主ハ何故ニ占有ヲ有

スルヤト問フニサヴィニ一派ノ學者ハ漫然之ニ答ヘテ曰ク是レ原則ノ例外ナリ
即チ本來ノ原則ヨリスレハ占有ニハ所有者タルノ意思ヲ必要トスルモ典質契
約係争物保管ノ場合ハ偶原則ノ例外ヲ爲スモノナリト抑モ羅馬法ノ正文ニハ
所有者ノ意思ナル語ヲ見ル能ハサルハ前ニ述ヘタル所ノ如シサヴィニハ擅ニ
之ヲ假想シテ以テ其立論ノ根據トセルナリ故ニ其説ヲ適用スルコトヲ得サル
實例ニ遭遇スレハ直チニ以テ原則ノ例外ナリト爲ス遁辭モ亦甚イ哉

サヴィニ一派ノ説ハ一時歐洲ノ法學界ヲ震動セリ獨逸ニ於テモ有名ナル學者ニ
シテ之ヲ稱賛シタル者其數ヲ知ラヌ英佛ノ學者モ亦多ク之ニ從ヘリ試ニ英國
ノ書ヲ緝閱セヨ萬調一律羅馬法ノ占有ニハ「アニムス、ドミニ」ヲ必要トスト言
ハサルハナシ然ルニ現今ニ於テハサヴィニ一派ノ勢力ハ殆ント地ニ墜チ其說陣
腐ニシテ探ルニ足ラスト評セラル、ニ至レリ而シテ其茲ニ至リシ原因ハ蓋シ
次ニ述フル二三ノ學説カ勢力ヲ得タルニ由ラスンハアラス

第二 ウィンドシャイドノ説 ウィンドシャイド (Vindscheid) 等ノ學者ハ「アニムス、ドミニ
ンデ」(Animus nominandi) ナル文字ヲ用ヒタリウィンドシャイド自身ハ「バンデクラン

ノ本文中獨語「アンアイグスングスウキレ」(Aneignungswille) ナル文字ヲ用ヒ而シテ
此文字ハ「アニムス、ドミニ」ナンデ「ナル羅匈語ニ當ルト註シタリ「アニムス、ドミニ」ナン
デ」ハ所有スルノ意思即チ所有權ヲ行フノ意思ヲ云フ「アニムス、ドミニ」ナンデ「モ」ア
ンアイグスングスウキレ」モ共ニ前ニ述ヘタル希臘語「ブスケ」デスポ「ツオン
トス」ヲ翻譯シタルモノニシテ希臘語ノ翻譯トシテハ恐ラクサヴィニ一派ノ譯字ニ
勝レルモノナラン今彼ノ希臘語ハ「アニムス、ドミニ」ナンデト譯スヘキモノナルカ
又ハ他ニ適當ノ譯字アルカハ論外トシテサヴィニ一派ノ使用シタル「アニムス、ドミ
ニ」ノ誤レルコトハ現今有力ナル學者ノ一般ニ認ムル所ナリ故ニサヴィニ一派
ノ學説ハ既ニ全ク破レタルモノト謂フヘシ

ウィンドシャイド等ノ説ハ固ヨリサヴィニ一派ノ説ヲ改良シタルモノナリト雖モ其
説ノ實質ヨリ觀察スレハサヴィニ一派ノ説ト大ニ相類似セリ是故ニサヴィニ一派
説カ實質ヨリ誤レルコトヲ論證セハ即チウィンドシャイドノ説ハ自ラ倒ル、ニ至
ランサヴィニ一派ト云ヒウィンドシャイドト云ヒ占有ト握有トヲ區別スルニ意思ヲ標
準トシタルハ一ナリ即チ占有ノ場合ニ於テハ「アニムス、ドミニ」又ハ「アニムス

ドミナンディカ必要ナリトシ握有ノ場合ニハ斯クノ如キ意思ヲ必要トセスト云
ヘリ是レ主觀說ノ稱アル所以ナリ

第三 デルンブルヒノ說 デルンブルヒ(Dernburg)ノ說ニ依レハ羅馬法律ノ所謂
意思トハ「アニムスドミニ」ニアラスシテ自己ノ爲メニ隨意ニ物件ヲ支配スル
ノ意思(獨語 Der wille die Sache fur uns zu beherrschen)ナリト云フニ在リベッキング
(Böcking)ノ「バンデクテン」ヲ見ルニ其用語ハデルンブルヒト異ルト雖モ其意義ハ
酷ク相似タリ仍テ想フニデルンブルヒノ說ハ恐ラクベッキングノ說ノ影響ヲ受
ケタルモノナラン尙ホ一歩ヲ進メテ云ヘハデルンブルヒノ用ヒタル語ハ「アニ
ムス、レム、ジビ、ハベンディ」(Animus rem sibi habendi)ナル語ヨリ轉化シ來リタルモ
ノ、如シデルンブルヒハ曰ク占有ニ要スル意思ハ所有者タルノ意思ニアラス
又所有權ヲ行フノ意思ニモアラス自己ノ爲メニ物件ヲ支配スルノ意思ナリ而
シテ占有ノ場合ニハ之ヲ必要トスルモ握有ノ場合ニハ必要トセスト故ニ若シ
他人ノ爲メニ物權ヲ支配スル意思ヲ有スル者アリトセハデルンブルヒノ言ニ
從フトキハ握有者ニシテ占有者ニアラサルナリ此說モ亦一種ノ主觀說ニシテ

占有ト握有トヲ區別スルニ意思ヲ標準トセルモノトス然リト雖モ此說ハ「サグ
イ」ニ及ウインドシ「イ」ドノ說ト適用ニ於テ異ル所アリ即チ「サグ」ニ、「ウ」イ
ド「シ」イ」ドノ例外ナリトスル場合ハデルンブルヒノ說ニ依レハ概ネ原則ノ例外
ニアラス試ニ質取主ノ例ニ就テ曰ヘハ質取主ハ所有者タルノ意思ヲ有セス又
所有權ヲ行フノ意思ヲ有セス而カモ質取主カ質物ヲ保存スルハ他人ノ爲メト
云フヨリハ寧ロ自己ノ爲メナリ故ニ質取主ヲ以テ占有者ト爲スハデルンブル
ヒノ說ニ依レハ固ヨリ原則ニ從ヒタルモノニシテ例外ニアラス是ニ由テ之ヲ
觀レハデルンブルヒノ說ハ「サグ」ニ、「ウ」イ」ド等ノ說ニ比スレハ稍客觀說
ニ近ツカントスルモノナリ

第四 イエリ「グ」ノ說 イエリ「グ」ノ客觀說ハデルンブルヒノ說ニ一歩ヲ進メ
タルモノナリデルンブルヒノ說ニ依レハ占有ニ必要ナル意思ハ自己ノ爲メニ
自由ニ物件ヲ支配スルノ意思ナリトス然ルニイエリ「グ」ハ之ニ反對シテ自己
ノ爲メト云フヲ必要ナラストシ何人ノ爲メタルヲ問ハス苟クモ物件ヲ支配ス
ルノ意思ニシテ存セハ即チ足レリトス詳言スレハイエリ「グ」ハ占有(Possessio)

羅馬法 本論 物ノ法 物權法 占有 占有及握有ノ根本的性質 二四三

握有(Detentio)ラウムフェルヘールトニスツルザー(1) (Raumverhältniss Zur Sache)ノ
 三者間ニ區別ヲ立テタルナリラウムフェルヘールトニスツルザーヘトハ單ニ
 身體ヲ以テ物件ニ觸ル、コトヲ得ル地位ニ在ルヲ云フ即チ何等ノ意思ナキ場
 合ナリ蓋シラウムフェルヘールトニスツルザーヘノ場合ニハ唯體的要素アル
 ノミニシテ心的要素ナシ是レ其占有及握有ト異ル焦點ナリ占有ノ場合ニ於テ
 モ握有ノ場合ニ於テモ共ニ體的要素ト心的要素トヲ有スレトモラウムフェル
 ヘールトニスツルザーヘノ場合ニハ體的要素ヲ具有スルニ過キサレナリ
 イエリングハ握有ヲ區別シテ有對握有無對握有ノ二ト爲セリ無對握有トハ他
 人ノ占有ヲ認メスシテ一ノ物件ヲ保有スル場合ナリ例ヘハ神社ノ敷地又ハ墓
 地等ヲ占領スルカ如キ是ナリ神社ノ敷地又ハ墓地等ハ法律上賣買スルコトヲ
 得サルモノニシテ即チ不融通物ナリ唯夫レ不融通物ナルカ故ニ縱令之ヲ占領
 スルモ法律上占有トシテノ保護ヲ受ケス法律上ヨリ之ヲ觀ルトキハ物件ヲ握
 有スルニ止マルノミ有對握有トハ他人ノ占有ニ對シテ其關係上握有トナル場
 合ナリ例ヘハ他人ノ物件ヲ借用スル者ハ握有者ナリ何トナレハ貸主ハ占有者

ニシテ借主ハ之カ爲メニ占有者トナルコトヲ得ス唯握有者ノ地位ヲ以テ満足
 セサル可ラスイエリングノ説明スル所ニ依レハ握有モ亦體的要素ト心的要素
 トヲ以テ組成セラル而シテ握有ノ場合ニ於ケル意思ト占有ノ場合ニ於ケル意
 思トハ同一ナリ形而上ノ原素即チ主觀的原素ニ於テハ二者毫末モ差異アルコ
 トナシト云フニ在リ然ラハ一方カ占有ニシテ一方カ握有ナル所以ハ如何ト釋
 スルニ他ナシ握有ハ外部ノ故障ノ爲メニ制セラレ途ニ占有トナルコト能ハサ
 ルナリ占有ト握有トノ區別ハ客觀的原素即チ事實ヲ標準トセサルヘカラス前
 ニ述ヘタルカ如クサヴィニハ占有ト握有トノ區別ノ標準ハ意思ニアルコトヲ
 主張シタレトモイエリングノ說ハ全ク之ニ反シ二者區別ノ標準ハ事實即チ客
 觀的事實ニ在リトシ占有モ握有モ意思ニ於テハ異ル所ナシト云フニ在リ世人
 或ハイエリングノ說ヲ以テ法理上ノ議論ニ過キスシテ羅馬法ニ關係ナシト誤
 認スルモノアリ然レトモイエリングハ羅馬法ヲ解釋スルニ方テ之ヲ唱道シタ
 ルモノニシテ且ツ自ら其事ヲ明言セリ今試ミニイエリングノ用ヒタル代數
 ノ符號ヲ以テ客觀說ト主觀說トノ區別ヲ示セハ左ノ如シ

主觀說ニ依レハ

$$x = a + A + c$$

$$y = a + c$$

$$x = \text{占有} \quad y = \text{所有}$$

a = 心的要素 A = 客觀要素 c = 體的要害

即チ占有ト握有トノ異ル所ハ深キ意思ノ加ルト否トニアリテ存スルナリ

客觀說ニ依レハ

$$x = a + c$$

$$y = a + c + n$$

n = 客觀ノ故障

即チ占有、握有ノ區別ノ標準ハ外部ノ故障ヲ受ケサルト否トノ點ニ在リ占有、握有ノ二者ハ心的要素ニ付テモ體的要害ニ付テモ異ラス唯異ル所ハ占有ニ於テハ外部ノ故障ナキモ握有ノ場合ニハ之アルノ點ナルノミ
主觀說ニ從フトキハx+cヲ證明シタルノミニテハ未タ以テ真正ノ占有トナル

コトヲ得ス單ニ握有タルニ過キサレナリ若シ夫レ占有ヲ主張セントセハx+cノ外尙ホ一層深キ意思即チyヲ證明セサルヘカラス然レトモ客觀說ニ從フトキハ占有ヲ主張スルニハx+cヲ證明スレハ則チ足レリ若シ其反對當事者ニ於テ占有ニアラスシテ握有ナルコトヲ主張セントナラハ自ラ進ミテ外部ノ故障即チyヲ證明スヘキ責任アリ果シテ然ラハ所謂外部ノ故障トハ如何ナルモノナルヤ曰ク是レ握有ノ場合ニ依リテ異ルナリ

今先ツ無對握有ノ場合ニ付テ言ハン茲ニ神社ノ敷地又ハ墓地ヲ占有セントスル者アリ其意思ハ單ニaノミニアラシテb+nナリ即チ其土地ノ真正ナル占有者トナリ遂ニハ所有者トモナラントスル意思ナリト假定センニ此者ハ果シテ占有ヲ獲得シタルヤト云フニ法律上決シテ占有ヲ獲得セサルナリ何トナレハ神社ノ敷地又ハ墓地ハ元來不融通物ニシテ賣買ノ目的物タルコトヲ得サルノミナラス一私人ハ其上ニ所有權ヲ行フコト能ハス從テ之ヲ占有ノ目的物トスルコトヲ得サレハナリ故ニ此場合ニ於ケル外部ノ故障ハ即チ其土地カ不融通物ナリトノ事實ナリトス又茲ニ不在者ノ土地ヲ占領シタル者アリイエリ

羅馬法 本論 物ノ法 物權法 占有 占有及握有ノ根本的性質

ングノ説ニ依レハ是レ亦無對握有ヲ得タルモノナリ蓋シ不在者ハ必スシモ占有ヲ失フモノニアラス而カモ二人以上ノ者カ共同シテ占有スルハ法律上認めタル所ナリ故ニ占領者ハ占有ヲ獲得スルコト能ハスシテ唯握有ヲ得タルノミ且ツ占領者ハ不在者ノ爲メニ之ヲ占領スルニアラサルヲ以テ其握有ハ亦無對握有ナリ故ニ占領者ハ所有者タルノ意思アルモ尙ホ法律上ノ占有ヲ獲得スル能ハス此場合ニ於ケル外部ノ故障ハ即チ二人以上ノ者カ共同シテ占有スルコトヲ得サルノ事實ナリトス

次ニ有對握有ノ場合ニ付テ言ハン今家父カ暫ラク家ヲ離レ他ニ旅行シタリトシ其後家子ハ家父カ死亡セリトノ報ニ接セリ然ルニ實際此報ハ全ク誤謬ニ出テタルモノトセハ家子ハ其間如何ナル意思ヲ以テ家ノ財産ヲ占領スルモ法律上占有ヲ獲得スルコト能ハサルナリ假リニ家子カ自己ノ爲メニ之ヲ占領スルノ意思アリシトスルモ尙ホ握有ヲ得ルニ過キスト云フニ在リ此場合ニ於テ家子ノ占領ヲシテ握有ヲ得ルニ過キサラシメタルハ意思ニ缺クル所アルニアラスシテ外部ノ故障アルカ爲メナリ

イエリングハ有對握有ニハ家族制度ニ基クモノト契約ニ基クモノトノ二アルコトヲ言ヘリ而シテ右ニ述ヘタル所ハ即チ家族制度ニ基クモノトス羅馬ノ家族制度ニ依レハ家子ハ占有ヲ獲得スルコト能ハスシテ單ニ握有ヲ得ルノミ又契約ニ基ク有對握有ノ例ヲ舉クレハ貸貸借ノ場合ニハ貸借主ハ占有ヲ有セスシテ有對握有ヲ有スルニ過キス物件ノ占有ハ貸貸主ノ手ニ在ルナリ此場合ニ於テ客觀說ニ依レハ貸貸主カ占有ヲ有スル能ハサル所以ハ貸貸主ノ意思ニ缺クル所アルニアラスシテ外部ノ故障即チ「ヒアルカ」故ナリト云フニ在リ一步ヲ進メテ言ヘハ貸貸主ト貸貸主トハ二重ニ占有スルコトヲ得サルヲ以テ貸貸主ハ法律上握有ヲ有スルニ止マルモノトス換言スレハ貸貸主カ占有ヲ有スルノ故ヲ以テ貸借主ハ之ニ對シテ占有ヲ有スルコト能ハス唯握有ヲ有スルニ止マルナリ即チ此場合ニ於ケル外部ノ故障ハ貸貸主ノ占有ナリト謂ハサルヘカラス

イエリングハ又立論シテ曰ラク握有ト占有トノ差異ハ握有ニハ外部ノ故障即チ占受クルノ點ニ在リ故ニ占ニシテ存在スルコトナクンハ即チ占有ナリ例

へハ家父カ外國ニ於テ死亡シタルニ拘ラス家子ハ未タ其事實ヲ知ラスシテ家ノ財産ヲ保管シタリトセヨ此場合ニ於テ家子ハ占有ヲ有スルヤ否ヤト云フニ主觀說ヲ根據トシテ推論スルトキハ家子ハ占有ヲ有セスト論結セサルヘカラス何トナレハ家子ノ意思タルヤ家父ノ爲メニ其物件ヲ保有セントスルニ在ルヲ以テ即チ所有者タラントスルノ意思ナク去レハトテ又自己ノ利益ノ爲メニ之ヲ保管スルノ意思モアルニアラサレハナリ然ルニ羅馬法ノ正文ヲ觀ルトキハ斯クノ如キ家子ハ占有ヲ有スルコトヲ明言セリ蓋シ其理由ヲ按スルニ家子ハ所有者タルノ意思ナキニセヨ又自己ノ爲メニ物件ヲ支配スルノ意思ナキニモセヨ最早家父權ノ下ニ居ラサルカ故ナリ換言スレハ此場合ニ於ケル家子ハ「*propter*」ヲ有セシテ單ニ「*pro*」ノミヲ有スルニ過キスト雖モ而カモ「*pro*」ノ隨伴スルモノナケレハナリ

イエリングハ更ニ一例ヲ舉ケテ主觀說ヲ攻撃シテ曰ク或人カーノ地所ノ所有主ナルニモ拘ラス之ヲ他人ノ所有地ト誤認シテ他人ヨリ借用シタリトセヨ斯クノ如キ場合ニ於テ若シ主觀說ヲ採用スルトキハ其人ハ握有者タルニ過キサルヘシ何トナレハ其意思ハ自己ノ爲メニ占有スルモノニアラサレハナリ然レトモ羅馬法ノ正文ニハ之ヲ占有者ナリト明言セルニアラスヤ以テ主觀說ノ不可ナルコトヲ知ルニ足ラント

イエリングハ更ニ進ミテ歴史ニ基キテ客觀說ヲ主張セリ今其要旨ヲ摘抄スレハ曰ク羅馬人ノ握有ノ觀念ハ其淵源ヲ家族制度ニ發スルモノナリ羅馬ノ家族制度ニ於テハ家父ハ家族全體ノ上ニ立チ家子ハ其配下ニ屬スル所ノ一族タリ而シテ家子ハ財産ヲ有セサルコトヲ以テ原則トス其例外トシテ特ニ之ヲ有スルコトヲ許サレタル場合ニハ之ヲ特有産ト稱ス特有産ヲ除キテハ家子ハ家ノ財産ニ對シテハ完全ナル占有ヲモ有スルコト能ハス家父若シ故アリテ旅行スルトキハ家子ハ代リテ家ノ財産ヲ保管ス然レトモ是レ法律上ノ占有ニアラスシテ自然ノ占有(Naturalis possessio)即チ其家限りニ於テ認メタル占有ナリト云フニ在リ自然ノ占有ハ此點ニ付テ甚タ自然義務(Dictio naturalis)ニ類似セリ今自然義務ノ例ヲ舉クレハ家子ト家父トノ間ニ生シタル貸借契約ニ因リ一方カ他ノ一方ニ對シテ義務ヲ負擔セリト假定スレハ是レ即チ自然義務ナリトス自然

義務ハ今日諸國ノ法律ニ於テモ之ヲ認ムルモノ多シト雖モ皆羅馬法律ノ規則ト同様ノ旨趣ニ基クモノニシテ唯其實質ヲ異ニスルアルノミ羅馬法ニ於テモ亦自然義務ノ執行ヲ求ムルカ爲メニ法廷ニ訴訟ヲ起スコトヲ許サス彼自然ノ占有モ同一ノ理ニ依リ裁判所ニ於テハ之ヲ真正ノ占有ト看做サ、ルナリ要スルニ自然義務ノ自然ナル文字ト自然ノ占有ニ於ケル自然ナル文字トハ共ニ同一ノ思想ニ基クモノニシテ家族制度ニ其流派ヲ汲ムモノト謂フヘシ而シテ家族中ニ於テ一旦自然ノ占有即チ今日ノ所謂占有ヲ生セル以上ハ其規則ヲ一般ノ占有ニ適用スルコト、セリ今何カ故ニ家子ノ占有ハ真正ノ占有ニアラスシテ特ニ之ヲ自然ノ占有ト稱スルヤト釋スルニ畢竟外部ノ故障ニ基クモノニシテ家父ト家子トノ間ニ生シタル義務ヲ稱シテ自然義務ト云フモ亦此外部ノ故障ニ基クモノニ外ナラサルナリ

イエリングハ又尙ホ主觀說ノ弱點ヲ指摘シテ曰ヘリ若シ果シテ意思即チ形而上ノ原素ニ基キテ占有ト占有トヲ區別スヘキモノトセハ頗ル奇妙ナル結果ヲ觀ルヘシ例ヘハ一ノ物件ヲ拾得シタル者アリト假定セヨ初メ其人ノ考ニ依レ

ハ其物件ヲ以テ遺棄物ナリト爲シ自己ノ所有ト爲サントセリ然ルニ翌日ニ至リ其物件ノ遺失者ヲ聞知シタルヲ以テ急ニ其意思ヲ變シテ遺失者ノ爲メニ保管スルノ意思ヲ生シタリ依テ自ラ遺失者ノ許ニ至リ之ヲ返還セント言ヒタルニ遺失者ハ返還スルニ及バスト答フ是ニ於テ其人ハ再ヒ自己ノ所有物ト爲サントノ意思ヲ起セリ然ルニ遺失者ノ父性客ニシテ遺失者ニ其物件ヲ他人ニ與フルノ不可ナルコトヲ告ク其人ハ又之ヲ聞テ直チニ所有主タルノ意思ヲ拋棄シ舊所有者ノ爲メニ之ヲ保管スルノ意思ヲ生シタリ而シテ翌日之ヲ或法律家ニ語リシニ其法律家ハ之ヲ舊所有者ニ返還スルニ及ハサルコトヲ忠告セリ其人是ニ至テ又豁然所有主タルノ意思ヲ發セリ斯クノ如ク一ノ物件ヲ拾得シタル場合ニ於テモ拾得者ノ意思ハ或ハ所有主タルノ意思トナリ或ハ舊所有者ノ爲メニ保管スルノ意思トナル而シテ主觀說ニ從フトキハ意思ノ變動スル毎ニ忽チ占有トナリ忽チ占有トナルノ結果ヲ見ル是レ頗ル怪ムヘク笑フヘキコトナラスヤ

上來説明シタル所ハイエリングノ客觀說ノ梗概ナリ尙ホ其詳細ヲ知ラント欲

セハ其著「ベジツウ」(Basilville)即チ占有ノ意思ナル論文ヲ讀ムヘシ

イエリングカサヴィニールノアニムスドミニールノ説ヲ公然駁撃シタルハ實ニ千八百四十六年(弘化)ヲ以テ其始メトス但シ其著述ヲ出シタルハ千八百八十九年(明治十)即チ殆ント四十有餘年ノ後ニアリ近來ニ至リテハサヴィニールノ説ハ日ニ衰頽シテイエリングノ説益々盛ナリイエリングハゲッチンゲン大學ノ教授タリシカ其抱負頗ル大ニシテ單ニサヴィニールノ後一學派ヲ起シタル者ハ吾ヲ措テ他ニ求ムヘカラスト誇レリ蓋シサヴィニールト云ヒイエリングト云ヒ學深ク識高ク共ニ法學者ノ曠然トシテ之ヲ仰ク所ナリ

占有ノ意思ノミニ付テ云ヘハ始メハサヴィニールノ説世界ヲ風靡シタリシカ近來ニ及ヒテハイエリングノ説漸ク勢力ヲ逞ウセントスルノ傾アリ然レトモ羅馬法ノ精神ニ適合シ且ツ其正文ニ背戾セサルモノハ果シテ客觀說ナルヤ將タ主觀說ナルヤハ十分ニ研究ヲ要スヘキ問題ナリ又縱令主觀說ヲ善シトスルモウインドシイドノ説ヲ採ルヘキ乎デルンブルヒノ説ヲ採ルヘキ乎モ亦深ク研究ヲ要スルノ問題ナリ

羅馬法ノ實例ニ照シテ按スルニ客觀說ハ蓋シ主觀說ニ勝レリト謂フヘシ即チ占有ノ實例ト握有ノ實例トヲ掲ケテ之ヲ比較推考スルトキハ主觀說ヲ以テシテハ到底貫徹セス客觀說ニ依リテノミ儘ニ之ヲ解釋スルコトヲ得ル場合尠カラス元來羅馬人ハ實務ノ才ニ富ムト雖モ學術ノ才ニ缺クル所アリ故ニ往古ニ於テハ未ダ抽象的ニ占有ハ如何ナル意思ヲ必要トスルヤヲ研究シ之カ說明ヲ爲シタル者ナシ唯事實ニ付キ爭ノ生スル毎ニ其占有ナルヤ否ヤヲ判斷シ若シ占有ナルトキハ之ヲ保護シタルニ過キササルノミ想フニ古昔羅馬人ハ客觀說ヲ理會シタルニアラスト雖モ而カモ暗々ノ裏ニ之ヲ實行シタルモノ、如シ然ツニ第二世紀ト第三世紀トニ跨リテ名聲ヲ轟シタル五大法律家ノ一人パウルスニ依リ始メテ主觀說ヲ唱道セラレタリ其説ニ依レハ占有ニハ占有者タルノ意思(Animus possidentis)ヲ要ス而シテ代理人又ハ他人ノ土地ヲ耕作スル農夫ハ斯クノ如キ意思ヲ有セサルヲ以テ占有者ニアラスト云フニ在リ然レトモ所謂占有者タルノ意思トハ果シテ如何ナルモノナル乎ニ至テハパウルス自身モ說明セサル所ニ屬スパウルスノ存命中或ハ之ヲ説明シタルコトアルヤモ測リ難シト雖モ恨ムラクハ其遺稿ニ之ヲ掲

ケナルヲ以テ今日之ヲ知ルニ由ナシ且ツ當時ニ於テハ他ニ占有ノ意思ニ付テ説明シタルモノナキカ故ニ今日ニ至テ之ニ關スル學說紛起スルハ蓋シ怪ムニ足ラサルナリ

占有ニハ如何ナル意思カ必要ナルカノ問題ニ對シテ占有者タルノ意思ナリト答フルモ毫モ其要領ヲ得ス論理學上問ヲ以テ答ト爲スノ誤認ニ陷レルモノナリパウルスノ世ニ在ルニ當テヤ此誤認ニ陷ラサリシヤ否ヤハ暫ク之ヲ措キ其所有者タルノ意思ト云ヘルハ如何ナル義ナルヤハ今日之ヲ尋ヌルニ由ナシ然レトモパウルスカ或一定ノ意思ノ有無ニ依テ占有ナルカ將タ握有ナルカラ決スヘキモノト爲シタルハ疑ヲ容レス要スルニパウルスハ主觀說ヲ唱道シタル人ナリ故ニ現時主觀說ヲ贊成スル學者ハ常ニパウルスノ言ヲ採用シテ以テ客觀說ヲ攻撃スルノ材料ト爲セリ

羅馬時代ニ於テ主觀說ヲ唱道シタル者ハパウルス以外ニアリシヤ否ヤハ一ノ疑問ナリ今日ニ殘存セル書籍ヲ讀ムニパウルス以外ノ主觀說ハ殆ント之ヲ發見スル能ハス故ニ主觀說ハ畢竟羅馬ニ行ハレタル輿論ニアラスパウルス一家ノ私見ニ止マルモノ、如シ而シテ其說ハ頗ル曖昧ニシテ明瞭ヲ缺ケリ是ニ由テ之ヲ觀レハ主觀說ハ當時未タ十分ニ發達セルニアラスシテ羅馬ノ滅亡セシヨリ中古時代ニ至リテ始メテ發達シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ客觀說ハ第十九世紀ノ下半(千八百四十六年)ニ及ンデイエリングノ主張シタル所ナリパウルスノ主觀說ハサウニ
| ウィンドシャイド、デルンブルヒ其他近世ニ於ケル多數學者ノ手ヲ經テ大ニ發達シ又往古羅馬ニ於ケル實例ハイエリングノ客觀說ヲ俟テ其餘光ヲ放チタリト云フヘシ

羅馬法律ニ關スル理論ハ羅馬ノ滅亡シタル後幾多ノ歲月ヲ經過シ近世ニ至リテ漸ク發達シタルモノ甚タ多シ而シテ占有ニ關スル法理ノ如キモ亦其一例ナリ獨逸ノ新民法第八百五十四條ヲ見ルニイエリングノ說ヲ採用シタルモノ、如シ第二草案ノ第七百七十七條モ略ホ文面ヲ同ウセリ然レトモ第一草案(千八百八十八年)ノ第七百九十七條ハ稍、デルンブルヒノ說ニ類似シ即チ占有ニハ自己ノ爲メニ物件ヲ支配スルノ意思ヲ必要トスルノ精神ナリキ我國ノ民法第百八十條ハ獨逸新民法ノ主義ヲ採用セス却テ第一草案ノ規定ニ基キタルモノ、如シ是レ立法上學術上

ノ議論最モ喧シキ所ニシテ又宜シク注目スヘキ點ナリト信ス
占有ト握有トノ區別ハ上來之ヲ述ヘ終レリ是ヨリ代理人ノ占有及準占有ニ付テ
一言セント欲ス

自己ノ權下ニ居ラサル代理人ニ依テ占有ヲ獲得スルコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ
付テハ羅馬ノ共和政體一變シテ帝政ト爲リタル後ハ代理人ノ手ヲ經テ占有ヲ獲
得スルヲ得ルモノト爲セリ然レトモ其以前ニ於テハ代理ノ規則發達セザリシヲ
以テ代理人ノ占有モ亦行ハレザリシナリ代理人カ本人ノ爲メニ占有スルコトヲ
羅旬語ニテ「アリエノノミニネ、ボッシデイレ」Alieno nomine possidereト稱シ單ニ握有タル
ニ過キスシテ占有ハ依然本人ニ在ルモノトス又彼ノ奴隸ノ如キハ始メヨリ主人
ノ用ヲ爲スノ方便ニシテ主人カ占有ヲ獲得スルニ方テ之ヲ道具トシテ使用スル
ニ過キス此場合ニ於テ實際物件ヲ掌握スルモノハ奴隸ナルモ占有者ハ即チ主人
ナリトス

準占有(Quasi possessio) 一名權利ノ占有(Juris possessio)ニ付テ一言センニ羅馬法律
正文ニ此等ノ語ヲ用ヒタルカ此準占有ハ用益權(Usufructus)ニ關係スルモノトス

用益權ノ性質ハ後章ニ之ヲ説明スヘシト雖モ約言スレハ他人ノ物件ヲ使用シ且
ツ收益スルノ權利ニシテ羅馬カ尙ホ共和政ノ下ニアル頃ニ於テハ用益權ヲ有ス
ルモノヲ物件ノ占有者トセシカ帝政トナリシ以來用益權者ハ物件ノ握有者ニシ
テ權利ノ占有者ナリトスルニ至レリ

第三節 占有及握有ノ保護

占有及握有ニ違シテ行ハル、訴權ハ「インユリア(Injuria)即チ對身私犯ニ關スル訴
權ナリ而シテ占有ハ此外ニ尙ホ「インテルディクツム」(Interdictum)ノ保護ヲ受ク「イン
テルディクツム」ハ公ノ性質ヲ帶ヒ且ツ英國ノ「インジャンクション」(Injunction)ニ酷
似セリ其詳細ハ後ニ説明スヘシ但シ「インテルディクツム」ノ保護ヲ受クルハ單ニ占
有ノミニ限ラス公ノ土地ノ握有モ亦此保護ヲ受ク然レトモ占有ハ占有ニ特別ナ
ル「インテルディクツム」ノ保護ヲ受クルナリ

占有ハ何故ニ之ヲ保護スルヤト云フニ羅馬法ニ於テ占有ヲ保護スルノ目的ニア
リ

第一ニ羅馬ニ於テハ社會ノ秩序ヲ維持センカ爲メニ占有ヲ保護セリ元來「インテ

ルディクツムノ目的ハ社會ノ秩序ヲ維持スルニアリ故ニ法律上占有ヲ保護スルノ目的モ亦秩序ヲ維持スルニ在リト云ハサルヲ得スデルンブルヒノ「パンデクテン」ニ占有ヲ保護スル所以ヲ述ヘテ占有ヲ保護スルハ社會ノ秩序ヲ維持スルヲ目的トスト其言固ヨリ十分ナラスト雖モデルンブルヒハ羅馬法ノ規則ヨリモ寧ロ法理學上ノ議論トシテ主張シタルニ似タリ而シテ余ハ羅馬法ノ解釋トシテモ亦インテルディクツムノ規則ニ基キテ嚴格ニ論スルトキハ秩序ノ維持ヲ目的トシタルモノト信ス且ツ又此事ハ敢テデルンブルヒノ創見トスルニ足ラスサヅイニノ崇拜者タルルードルフ(Rudorff)ノ如キモ既ニ他ノ理由ト共ニ之ヲ唱ヘリ

第二ニ對身私犯ヲ受ケサラシメンカ爲メニ占有ヲ保護セリ故ニ占有ヲ侵害セラレタル者ハ對身私犯ニ對スルノ訴訟ヲ起スコトヲ得タルナリ獨逸ノ哲學者カントハ占有保護ノ目的ヲ論シテ曰ク占有ヲ保護スルハ自由意思ヲ保護スル所以ナリ凡ソ人ハ自由意思ヲ有シ又之ヲ物件ノ上ニ及ホスコト多シ而シテ法律ハ人ノ自由意思ヲ保護スルノ結果途ニ其物件ノ占有ヲモ保護セサルヘカラサ

ルニ至ルト是レ固ヨリ純然タル法理上ノ議論ナリト雖モ羅馬法ニ於テ對身私犯ヲ受ケサラシメンカ爲メ占有ヲ保護スルモ亦是ニ外ナラサルナリ

余ノ見ル所ヲ以テスレハ羅馬法ニ於テ占有ヲ保護シタル理由ハ右ノ二ナルカ如シ然レトモ古來之ニ異リタル説ヲ爲シタル者ナキニアラス中古時代ボロニアニ起リシ註釋家ノ一人タルプラーツェンチヌス(Placentinus) (千百九十)ノ説ニ依レハ占有者ハ一應所有者ト看做サル、カ爲メニ法律ノ保護ヲ受クト云フニ在リ近世ニ至リテヘーゲルノ流派ヲ汲メルガンス(Grans)モ之ヲ唱ヘ其後イエリングモ亦占有ノ保護ト題スル論文ニ於テ之ヲ唱ヘタリ然レトモ此説ハ或種類ノ占有ニ適用スルコトヲ得ルニ止マリ係争物保管等ノ場合ニハ適用スルヲ得サルナリ故ニ之ヲ羅馬法ノ精神ニ合スルモノト謂フコト能ハス

サヅイニノ説ニ依レハ暴力ヲ用ヒテ物件ヲ奪取セントスル者ヲ制スルカ爲メニ占有ヲ保護シタルナリトセリ然レトモ是レ亦誤謬ト云ハサルヲ得ス何トナレハ占有ヲ侵害スルモノハ必スシモ暴力ヲ用フル場合ノミナラス詐欺ニ依ル場合少カラサレハナリ故ニサヅイニノ説モ一般ノ占有ニ適用スルコトヲ得ス此他占有

ノ保變ニ關スル學說ハ枚舉ニ逞アラスト雖モ大抵法理上ノ議論タルニ過キスシテ羅馬法ノ研究トシテ一々之ヲ論評スルヲ要セサルナリ

第四節 占有及握有ニ關スル各別ノ場合

占有及握有ノ性質區別保護ノ理由ニ付テハ既ニ之ヲ講述セリ是ヨリ各別ノ場合ニ付テ占有及握有ノ規則ヲ明カニセント欲ス

甲 占有ノ場合

第一ハ「プレカリユーム」(Precarium)即チ容假ノ占有ナリ容假ノ占有トハ請求次第物件ヲ引渡スノ約束ヲ以テ之ヲ占有スル場合ヲ謂フ例ヘハ羅馬ノ貴族カ其所有ノ土地ヲ「クリエテンス」(colentes)ト稱スル一種ノ賤民ニ貸與シタルトキノ如シ昔時羅馬ノ貴族ハ公地ノ一部ヲ占領シ自ラ之ヲ耕作セシテ其家ニ出入スル賤民ニ無報酬ニテ貸與セリ而シテ貴族ハ何時ニテモ隨意ニ之ヲ取上クルコトヲ得タリ賤民カ斯クノ如キ土地ヲ耕作スルヲ法律上容假ノ占有ト名ケ之ヲ占有ノ一種ナリトセリ夫レ容假ノ占有タルヤ羅馬ノ貴族ト賤民トノ關係ヨリ生シタルモノナルカ故ニ古代羅馬ニ於ケル特別ノ狀態ニ因ルモノニシテ現今ノ法

律トハ其關係頗ル遠キモノナリ然ルニ學者動モスレハ此等ノ沿革ニ鑑ミスシテ之ヲ今日ノ民法ニ編入セントスルハ輕舉ノ至リト云ハサルヘカラス我舊民法ノ起案者ボアソナードノ如キモ亦其一人ナラン乎蓋シ容假ノ占有ハ所有者タルノ意思ヲ存セルニアラス又所有權ヲ行フノ意思ヲ有セルニモアラス故ニ占有ニ此等ノ意思ヲ必要トスル學者ハ容假ノ占有ヲ以テ原則ノ例外ナリトスルヲ常トス

第二ハ典質契約ナリ典質契約ノ場合ニ於テハ質取主カ占有者ナルコト羅馬法ノ正文ニ徴シテ疑フヘカラス而シテ是レ亦所有者タル意思ヲ有セス又所有權ヲ行フノ意思ヲモ有セサルナリ

第三ニ一ノ物件ニ關シテ甲乙爭論アル場合ニハ其結局マテ丙ヲシテ之ヲ保管セシムルコトアリ之ヲ係爭物保管 (Sequestratio)ト云フ此場合ニ於テ占有者ハ即チ丙ニシテ而シテ又所有者タルノ意思ナク所有權ヲ行フノ意ナキナリ以上三個ノ場合ハ占有者カ所有者タルノ意思ヲ有セス又所有權ヲ行フノ意思ヲモ有セス故ニウインドシャイド等ハ之ヲ以テ原則ノ例外トセリ然レトモ何故ニ

此等ノ例外ヲ設ケタルヤト問ハ、更ニ之ヲ答フル所ナシデルンブルヒハ占有ニ必要ナル意思ハ自己ノ爲メニ物件ヲ支配スルノ意思ナリト云ヘリ此説ヨリ見ルトキハ以上三個ノ場合ハ原則ノ例外トナラスシテ聊カ非難ヲ免ル、コトヲ得ヘシ

第四ニ永借權者ハ占有ヲ有スルヤ否ヤ此點ニ付テハ學者間議論アリト雖モ多數ノ羅馬法學者ハ占有ヲ有ストス然レトモウインドシヤイド等一派ノ學者ハ之ヲ占有者トセサルナリ

第五ニ地上權者ハ占有ヲ有スルヤ否ヤデルンブルヒノ説ニ依レハ占有ヲ有スル者ナレトモウインドシヤイドノ説ニ依レハ占有者ニアラサルナリ又イエリングノ説ニ依ルトキハ地上權者ハ或場合ニ於テハ物件ノ占有者ニシテ他ノ場合ニ於テハ權利ノ占有者ナリト爲セリ

第六ニ所有者タルノ意思即チ純然タル「アニムスドミニ」(Animus domini)ヲ有シテ他人ノ物件ヲ自己ノ物ノ如ク取扱フ者モ亦占有者ナリ世間此種ノ占有者甚タ多シ然ルニ此種ノ占有ニ於テハ自ら眞正ノ所有主ナリト信スルコト即チ「オビ

ニオドミニ」(Opinio domini)ヲ要素トセス例ヘハ盜賊ノ如キハ他人ノ所有物ヲ自己ノ物ノ如クニ取扱ヘル者ナリト雖モ自ら法律上眞正ノ所有者ナリトハ信セサルヘシ而カモ尙ホ占有者ト云フコトヲ得ヘキナリ

右ニ列舉シタル所ニ依テ考フルニ羅馬法律ノ所謂占有ハ悉ク所有者タルノ意思又ハ所有權ヲ行フノ意思ヲ必要トスルニアラス唯或種類ノ占有ニ限リテ偶然斯クノ如キ意思カ現存セルニ止マルノミ

乙 握有ノ場合

第一ニ使用貸借ノ場合ニ於テハ貸主カ所有者ニシテ且ツ占有者タルコト通常ノ状態ナリ而シテ借主ハ握有者タルニ過キサルモノトス

第二ニ寄託ノ場合ニシテ是レ亦物件ノ受託者ハ握有者タルニ過キサルナリ

第三ニハ貸貸借ノ場合ナリ此場合ニ於ケル占有者ハ貸貸主ニシテ貸借主ハ即チ物件ノ握有者タリ

右ノ中使用貸借及寄託ノ場合ニ於テハ物件ノ握有者ハ貸主又ハ寄託者以外ノ人ヲ排斥スルノ意思ヲ有ストモ羅馬法律ニテハ之ヲ占有者ト看做サス又貸

貸借ノ場合ニ於テハ貸借主カ時トシテ所有主ヲモ排斥スルノ意思ヲ有スルコトアリト雖モ法律ハ之ヲ以テ占有者トセサルナリ但シ此等ノ規則タル之ヲ容假ノ占有及係争物保管ノ場合ニ比シテ其權衡ヲ得タルヤ否ヤハ別問題ニシテ茲ニ論スルノ限ニアラス

此ニ家子及奴隸カ物件ヲ保管スル場合ハ法律上完全ナル占有ニアラス自然ノ占有即チ握有ニ過キサレナリ

第五ニ神社ノ敷地及墓地ヲ占有スル者ハ法律上占有者ニアラヌシア單ニ握有者タルニ止マルモノトス

第四章 地役權 (Servitudes)

地役權ニ關スル羅馬法ノ規定ハ近世ノ法律ト略ホ異ル所ナシ故ニ之カ詳細ノ説明ヲ爲スノ必要ナシト信ス然レトモ其性質ニ付テ一言スレハ地役權ハ所有權ノ支分權ニアラスシテ一種獨特ノ物權ナリ譬ヘハ茲ニ一蛇アリ其尾ヲ壓ユルニ石ヲ以テスレハ即チ之ヲ振フコト能ハサルヘシ而カモ之ヲ以テ其蛇ニ尾ナシト爲スコトヲ得ス蛇ハ唯尾ヲ動スコト能ハサルノミ所有權モ亦猶ホ此蛇ノ如シ自己

ノ所有物ノ上ニ他人カ地役權ヲ有スルトキハ所有權ハ爲メニ多少ノ制限ヲ受ケ完全ニ之ヲ行使スルコトヲ得ス故ニ地役權ナルモノハ所有權ノ支分權ニアラスシテ他人ノ所有權ノ行使ヲ制限スル一種ノ物權ナリ

羅馬法律ニ於テハ地役權ヲ無體物ノ中ニ數ヘ近世ノ羅馬法學家ハ之ヲ「ユトラ、イン、レト、アリエナ」(Jura in re aliena)ノ一ト爲セリ「ユトラ、イン、レト、アリエナ」ハ譯シテ他人ノ物件ニ於ケル權利ト云フコトヲ得ヘシ然レトモ此語ハ所謂註釋家ノ作リタル文字ニシテ古代羅馬人ノ用ヒタル言語ニアラス學者往々之ヲ略シテ「ユトラ、イン、レト」ト云フモノアリ又之ヲ單數ニテ云フトキハ「ユス、イン、レト」(Jus in re)ナリトス然ルニ前章ニ於テ説明シタルカ如ク物權ニ相當スル羅甸語ハ「ユス、イン、レム」(Jus in rem)ナリ此「ユス、イン、レム」ト「ユス、イン、レト」ハ字體酷ク相肖タルヲ以テ學者或ハ之ヲ混同シ殊ニ佛蘭西ニ於ケル一般ノ學者ハ此二者ヲ混同シ物權ニ相當スル羅甸語ヲ尋ヌレハ即チ「ユス、イン、レト」ナリト答フル者比々皆然リ

羅馬法カ認メタル地役權ノ種類ニハ限リアルヤ否ヤ之ニ付テハ學者間議論アリ余ノ考フル所ニ依レハ種類ニハ限リアリ然レトモ亦法律ハ漸ク其種類ヲ多カラ

シムルノ傾向アリシモノトス例へハ石木牧畜等ニ關スル地役權ハ古代羅馬法ニ於テハ發達セサリシ所ナレトモ帝政トナルニ及ヒテ之ヲ地役權中ニ列シタルカ如シ然レトモ其效力タルヤ固ヨリ微々タルモノニシテ十分ナル發達ヲ見ル能ハサリシナリ

既ニ述フルカ如ク地役權ノコトハ近世ノ法律ト異ル所鮮クシテ且ツ其異ル所ハ趣味ナク亦必要ナキヲ以テ他ハ略シテ之ヲ述ヘス

第五章 用益權、使用權及住居權

用益權ハ羅甸語ニテ「ウーズスフルクツス」(Ususfructus)ト云ヒ使用權ハ「ウーズス」

(Usus)ト云ヒ住居權ハ「ハビタチオ」(Habitation)ト云フ

五大法律家ノ一人タルバウルスハ用益權ノ定義ヲ與ヘテ曰ク用益權トハ物件ノ本質ヲ害セスシテ之ヲ使用シ且ツ收益ヲ得ルノ權利ナリト以テ其性質ヲ知ルコトヲ得ヘシ用益權ト所有權トハ互ニ分離スルコトヲ得ルモノニシテ例へハ甲者カ死ニ臨ミ遺言シテ其所有地ノ用益權ヲ乙者ニ與ヘ而シテ丙者ニハ其所有權ヲ與ヘカル場合ニハ遺言ノ如ク乙者ハ用益權ヲ有シ丙者ハ所有權ヲ有スヘシ而シ

テ此場合ニ於ケル丙者ノ所有權ハ之ヲ虛有權(Nuda proprietas)ト謂フ蓋シ丙者ハ所有權ヲ有スルモ是レ其名ノミニテ實ハ之ヲ行使スルコト能ハサレハナリ我國ニ於テハ虛有權ナル文字ヲ濫用スルノ慣習アレトモ羅馬法ノ解釋トシテハ斯クノ如キ場合ニ限ルヘキモノトス

用益權ハ遺言ニ因テ設定スルコトヲ得ルノミナラス約束ニ因テモ亦之ヲ設定スルコトヲ得又獨リ土地建物ノ上ニ設定スルヲ得ルノミナラスシテ奴隸又ハ獸類ノ上ニモ尙ホ之ヲ設定スルコトヲ得ヘキナリ奴隸ニ關シテ用益權ヲ設定シタル場合ニ於テ奴隸カ子ヲ生ミタルトキハ其子ハ收益ト云フコトヲ得サルヲ以テ奴隸ノ所有主ニ歸シテ用益權者ニ屬セサルナリ然レトモ獸類ノ場合ニ於テハ其子ヲ以テ收益ノ中ニ加ヘ用益權者ノ有ト爲サシム例へハ一頭ノ牝牛ニ付テ用益權ヲ有シタルニ其牝牛カ變ヲ産スルトキハ之ヲ用益權者ノ所有トスルカ如シ往古ノ法律ニ依レハ金錢ノ上ニ用益權ヲ設定スルコトヲ許サ、リシカ後ニ至リ元老院ノ決議ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得ト爲セリ但シ此場合ニ於テハ用益權ト稱セスシテ準用益權(Quasi-ususfructus)ト稱ス金錢ニ關シテ準用益權ヲ設定スル

ニ必スシモ現金ヲ引渡スニ及ハス債權ヲ讓渡シテ以テ準用益權ヲ設定スルコトヲ得ヘシ例ヘハ甲ナル者アリ乙ヨリ保證ヲ取リテ自己ノ債權ヲ讓渡シ約束ノ期限ヲ經過スレハ直チニ債權ヲ返還セシムルカ如キ場合ニ乙ハ其期限内ハ負債者ニ對シテ利息ヲ請求スルコトヲ得然レトモ乙ハ元來甲ニ保證ヲ差入レテ債權ヲ返還スルノ義務ヲ負擔セル者ナリ故ニ乙ノ債權ハ永續スルモノニアラス即チ乙ハ純粹ノ所有者ニアラスシテ唯準用益權ヲ有スル者ニ外ナラサルナリ
 以上述ヘタル所ヲ要約スルニ用益權トハ物件ヲ使用シ且ツ其收益ヲ得ルノ權利ナリ然ルニ又單ニ物權ヲ使用スルノ權利アリ之ヲ使用權ト云フ然レトモ土地ノ使用權ヲ有スル者ハ其土地ヨリ生スル果實花卉草木ニ付テ自己家族竝ニ賓客ノ用ニ供スル分量ニ限り之ヲ收得スルコトヲ得ヘシ唯夫レ此場合ニ於テハ勿論收益ノ權ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ果實花卉ヲ取テ之ヲ賣却スルコトヲ得サルナリ

使用權ハ之ヲ他人ニ賣却シ又ハ讓與スルコトヲ許サス使用權ノ賣買讓與ハ法律ノ禁制シタル所ナリ

家屋ノ使用權ヲ有スル者ハ自身之ヲ使用スルコトヲ得ルノミ他人ヲシテ之ヲ使用セシムルノ權ナキナリ然レトモ其家族又ハ賓客ト共ニ之ヲ使用スルハ毫モ不可ナシトス

次ニ住居權ニ付テ一言スヘシ羅馬ニ於テハ家屋ノ住居權ハ用益權又ハ使用權ト異レル一種ノ權利ナリトス而シテ此權利ヲ有スル者ハ其家屋ニ住居スルコトヲ得ルノミナラス又之ヲ他人ニ貸貸スルコトヲ得タリ然レトモ羅馬ノ慣習ニ依レハ無報酬ニテ之ヲ他人ニ貸與スルコトヲ得ズ

使用權ト云ヒ住居權ト云ヒ皆羅馬ノ慣習ヨリ出テタルモノニシテ歐洲大陸ニ於テモ亦之ニ關スル規則ヲ襲用セリ我國ニ於テハ敢テ其鑿ニ倣フノ必要ナキカ如シ然レトモ用益權ニ付テハ一概ニ之ヲ無用ノ長物トシテ斥クルコトヲ得ス立法上之ヲ認ムヘキヤ否ヤハ大ニ考慮スヘキモノアリ我國法律ノ歴史ヲ按スレハ足利氏ノ末ニ二期ノ分ナル制度アリ即チ妻ノ一期ノ分ト云フヘキハ妻ノ生存セル間使用收益スルコトヲ得ルモノニシテ其性質蓋シ一種ノ用益權ナリト謂フヘシ然ルニ今日之ヲ全廢シタルハ未タ其可否如何ヲ知ラサルナリ

第六章 永借權、地上權

永借權(Emphyteusis)ハ無期永久ニ又ハ長久ノ期限ヲ附シテ土地、家屋ヲ借用スル權利ナリ永借權ノ區域ハ甚ク廣大ニシテ所有權ニ勞務タリ然レトモ借用セル家屋ヲ破壊シ又ハ土地ヲ賣却スルカ如キ權利ナキヤ言フ俟タス此點ヲ除キテハ殆ト其權利ノ行使ニ制限ナシ

永借權者ハ斯クノ如ク一方ニ於テハ廣大ナル權利ヲ有スレトモ亦他ノ一方ニ於テハ所有主ニ對シテ借料ヲ支拂ハサルヘカラス且ツ又其權利ヲ他人ニ賣渡サントスルトキハ一應之ヲ所有主ニ通知セサルヘカラス此通知ヲ受ケタル所有主ハ他人ニ先チテ之ヲ買受クルノ權利ヲ有ス故ニ所有主カ之ヲ買受ケサルトキニ於テ始メテ永借權者ハ其權利ヲ他人ニ賣渡スコトヲ得此場合ニ於テモ尙ホ所有主ハ代價ノ百分ノ二ヲ受取ルノ權利アリ而シテ通常買主ヨリ之ヲ支拂フモノトス之ヲ稱シテ「ラウデミウム」(Laudemium)ト云フ又若シ永借權者カ三ヶ年間借料ヲ支拂ハサルトキハ所有主ハ其權利ヲ沒收スルコトヲ得ヘシ而シテ羅馬法律ノ所謂永借權ハ主トシテ土地ニ關スト雖モ亦家屋ニ關スルコトヲ得ルナリ故ニ此點ニ

付テハ我國ノ永小作權ト異ナレリト謂フヘシ

是ヨリ永借權ノ沿革ヲ略言センニ古代羅馬カ諸方ヲ征服スルヤ其敵ヨリ掠奪シタル土地ヲ以テ永年人ニ貸附シ相當ノ借料ヲ取レリ此借料ヲ稱シテ「ヴェクチガ」(Vectigal)ト云ヒ又其土地ヲ稱シ「アゲル、ブエクチガリス」(Ager vectigalis)ト云ハリ其後市府又寺院モ亦同様ノ方法ヲ以テ其所有ノ土地ヲ人ニ貸附シ借主ハ毎年地代ヲ拂ヒタルコトアリ而シテ此貸借ノ期間ハ頗ル永年ニ亘リシモノアリ是故ニ羅馬ノ裁判官ハ借主ノ權利ヲ保護スルコト殆ト所有權ノ如クナリシト云フ之ニ類スル慣習ハ希臘ニ於テモ亦均シク發達シタルカ如シ即チ希臘ニハ古來森林又ハ葡萄園ヲ作ルカ爲メニ永年人ノ土地ヲ借受クルノ慣習アリ而シテ其草木ヲ播植スルコトヲ稱シテ「エンフイトエウ」(Enphyteus)ト云フ羅馬語ノ所謂「エンフイトエウ」(Emphyteusis)ナリ故ニ土地ノ永年ノ貸借ハ羅馬ニモ發達シ之ト關係ナク希臘ニモ發達シタルコトヲ知ルヘシ其後羅馬カ希臘ヲ征服シ「アゲル、ブエクチガリス」ノ貸借ト「エンフイトエウ」トノ區別ヲ廢シ同一ノ制度ト爲シ皆之ヲ「エンフイトエウ」ト稱セリ要スルニ「エンフイトエウ」ナル文字ハ今述ヘタル如ク希臘語ヨリ胚胎

シ來リシコトハ明白ナルモ而カモ之ヲ以テ其慣習マテモ希臘ヨリ傳ハリタルモノトスルハ無稽ノ説ト云ハサルヲ得ス

羅馬帝國カ耶蘇教ヲ輸入シテヨリ以來耶蘇教ノ寺院ハ右ノ方法ヲ以テ土地ヲ永年人ニ貸渡セリ然レトモ一私人カ此方法ヲ用ヒタルハ至テ後世ノコトニ屬ス「エムフイトイジス」ハ封建制度ト密接ナル關係ヲ有スルモノト爲ス者多シ其説ニ曰ク封建制度ハ「フエーダル」システム「Ferdal system」ト云フ而シテ「フエーダル」ノ「フエー」(Fou)ハ「エムフイトイジス」ノ「フイ」(Fis)ノ關係スルモノナリト然レトモ此説ハ言語ノ上ヨリシテ既ニ誤認アリ「フエー」ハ獨逸語「フイ」(Viel)即チ家畜ナル語ト其源ヲ同ウスルモノナリ而シテ種々ノ意義ヲ有スル英語ノ「フイ」(Fie)モ亦其語源ヲ同ウス故ニ封建制度ノ「フエー」ハ家畜ナル觀念ニ基クモノニシテ即チ家來カ主人ヨリ貰ヒ受ケタル家畜ヲ稱シテ「フエー」ト云ヒ延テ之ヲ封建制度ニ使用スルニ至リシナリ然ラハ封建制度ニ於ケル「フエー」ト「エムフイトイジス」ノ「フイ」トハ何等ノ關係タモノキヤ疑ヲ容レス今又制度其モノニ付テ云フモ封建制度時代ノ人民ハ或ハ永借權ノ規則ヲ多少參考シタルヤモ知レスト雖モ而カモ封建制度ノ起リタルハ

永借權ノ規則ニ基クニアラスシテ親分ト乾兒トノ關係ニ基キタルナリ即チ親分カ乾兒ヲ率キテ敵地ヲ占領スルトキハ必ス其地ヲ衆乾兒ニ分與ス羅馬ノ學者タチッス(Tacitus)ノ遺編ヲ讀ムニ古代獨逸人ノ間ニハ親分ト乾兒トノ關係アリシコトヲ叙述セリ故ニ其關係ノ存在シタルコトハ疑フヘカラス彼封建制度ナルモノハ實ニ此關係ヨリ變遷シテ發生シタルモノニシテ直接ニ永借權ニ關係ヲ有セザルナリ

地上權(Superficies)ハ家屋ニ關係ス羅馬ニ於テハ土地ト家屋トハ別人ニ屬スルコト無ク必ス同人ニ屬ス土地ハ主物ニシテ家屋ハ從物ナルニ由リ土地ノ所有權ヲ有スルモノハ家屋ノ所有權ヲモ併セテ有スルナリ故ニ他人ノ土地ヲ借リテ家屋ヲ作ルモ家屋ハ土地ノ所有主ノ有トナル可シ然レトモ借料ヲ拂ヒテ他人ノ土地ヲ借リ其上ニ家屋ヲ建テ尙且ツ其家屋ノ所有主ト爲ルコトヲ得サルトキハ家屋ヲ建テタル人ノ狀態頗ル憫レム可キモノナルカ故ニ羅馬ニ於テハ特ニ之ヲ保護シ之ニ與フルニ地上權ナルモノヲ以テシタリ地上權者ハ即チ其家屋ニ居住シ且ツ殆ト所有主同様ノ權利ヲ有ス我日本ニ於テハ土地ト家屋トハ別人ノ所有ト爲ス

コトヲ得ルカ故ニ恐クハ民法ニ於テ地上權ナルモノヲ設クルノ必要ナカリシナ
 ラン然ルニ立法者ハ羅馬法ニ於テ地上權ヲ設ケタルノ理由ヲ解セスシテ民法ニ
 於テ地上權ヲ規定シ且ツ地上權ハ竹木ニモ關スルモノト爲ス然レトモ竹木ニ關
 スルモノハ羅馬ニ於テハ永借權中ニ入ル可キモノナリ前段述ヘタルカ如ク(empti
 onis)即チ永借權ハ植付ノ意義ヲ有スル文字ヨリ出タルモノナリ

第七章 物權獲得ノ方法

第一 先占(Occupatio)

先占ハ無主物ニ適用スル獲得方法ナリ凡ソ人カ無主物ヲ自己ノ物ト爲サント
 スルノ意思ヲ以テ先占スレハ即チ其物ノ所有主タリ馴養セル鳥獸ハ概シテ無
 主物ニアラス故ニ之ヲ捕獲スルモ所有主トナルヲ得ス然レトモ山野ノ鳥獸及
 海中ノ魚介ノ類ハ捕獲者ノ所有物トスルコトヲ得ヘシ
 土地ノ所有主ハ其土地ニ他人ノ出入ヲ禁スルコトヲ得ト雖モ若シ之ヲ禁シタ
 ルニ拘ラス其内ニ侵入シテ鳥獸ヲ捕獲シタル者ハ之ヲ所有物ト爲スコトヲ得
 然レトモ此規則ハ埋藏物(Theasaurus)ニ適用スヘカラサルナリ抑モ埋藏物トハ寶

玉、金銀ノ類ニシテ嘗テ人ノ所有ニ屬セシモ久シク土地内ニ埋藏セシ爲メニ所
 有主ノ不分明ナルニ至リタル物ヲ謂フ羅馬古昔ノ法律ニ依レハ埋藏物ハ所有
 主ニ屬スルモノトセリ然ルニ其後ハドリヤスス皇帝ノ時ニ至リ之ヲ改メ人若
 シ埋藏物ヲ自己ノ所有地ニテ發見スレハ則チ其所有主タルヘシトセリ又神社
 ノ境内又ハ墓地ニ於テ埋藏物ヲ發見シタルトキモ亦同シ然レトモ若シ他人ノ
 所有地内ニ於テ之ヲ發見シタルトキハ其一半ハ發見者ノ所有トナリ他ノ一半
 ハ土地所有主ニ歸スルモノトス又若シ羅馬皇帝ニ屬スル土地又ハ市府ニ屬ス
 ル土地ニ於テ之ヲ發見スルトキモ亦同一ノ理ニ依リ半ハ皇帝又ハ市府ニ屬シ
 半ハ發見者ノ所有ニ歸スルナリ
 未タ人ノ所有ニ屬シタルコトナキ寶玉ノ類ハ之ヲ埋藏物ト稱セス人若シ此等
 ノ物件ヲ海岸等ニ於テ發見スルトキハ即チ發見者ノ所有タルヘシ又羅馬法律
 ニ依レハ敵人ニ屬スル物件ハ總テ之ヲ無主物ト爲セリ故ニ羅馬人カ之ヲ捕獲
 スレハ其捕獲者ノ所有トス是レ中古ニ至ルマテ捕獲ヲ以テ盜賊ト爲サ、リシ
 所以ナリ又新ニ海中ニ生シタル島嶼ハ先占者ニ屬スルモノトシ國際法ニ於テ

モ亦此規則ヲ採用セリ又人カ遺棄シタル物件ハ無主物ナルカ故ニ先占者ニ屬スルモノトス然レトモ暴風雨ニ際シテ船舶ヲ輕フセンカ爲メニ海中ニ投棄シタル物件ハ遺棄物ト異ルヲ以テ舊所有主ニ屬スヘキナリ今日歐洲諸國ノ海上法ハ即チ此等ノ規則ヲ採用セルニ外ナラス

第二 附隨 (Accessio)

例ヘハ河岸ノ地カ土壤ノ積ムニ從テ漸ク増加スルカ如キハ即チ附隨ノ一種類ナリ然レトモ急激ナル洪水ノ爲メニ一ノ地面カ漂流シテ他ノ地面ニ附着シタルトキハ之ヲ適用セサルナリ又河中ニ洲ヲ生シタルトキハ其洲地ハ即チ兩岸ノ所有主ニ分屬ス然レトモ殊ニ其一方ノ河岸ニ近ク生シタル場合ニ於テハ專ラ近岸ノ所有主ニ屬スルモノトス又河流カ分レテ二トナリ下流ニ至リ再ヒ合スル場合ニ於テハ其中間ノ土地ニ之ヲ適用セス即チ其中間ノ土地ハ依然トシテ舊所有主ニ屬スルモノトス又河水カ其河底ヲ脱シテ他ノ土地ニ流ルハトキハ舊河底ハ兩岸ノ所有主ニ屬シ新河底ハ河川ニ關スル規定ノ支配ヲ受ケサルヲ得ス然レトモ其河水カ舊ニ復シ新河底ヲ去リ舊河底ニ就テ流ルハトキハ新

河底ハ兩岸ノ所有主ニ屬スルモノトス
他人ノ材料ヲ以テ自己ノ土地ニ家屋ヲ建設シタルトキハ其家屋ハ土地ノ所有主ニ屬スヘシ然リト雖モ材料ノ所有主ハ決シテ其所有權ヲ失ハス故ニ其家屋ノ破壊シタル場合ニハ材料ヲ取戻スコトヲ得但シ其家屋ノ現ニ存在スル間ニハ之ヲ破壊シテ材料ヲ返還センコトヲ請求スルコト能ハサルナリ然レトモ其材料ノ價額ノ二倍ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ若シ此請求ヲ爲シタル場合ニハ材料ノ所有權ヲ失フハ勿論ナリ

若シ自己ノ材料ヲ以テ他人ノ土地ニ家屋ヲ建設シタルトキハ其土地カ他人ニ屬スルコトヲ知リタルヤ否ヤヲ問ハサルヘカラス故ニ知テ之ヲ爲シタル場合ニ於テハ家屋ハ土地ノ所有主ニ屬シ材料ノ所有主ハ其所有權ヲ失フモノトス然レトモ其土地ヲ自己ノ物ト信シ善意ニテ自己ノ材料ヲ以テ家屋ヲ建設シタル場合ニ於テハ土地ノ所有主ハ材料ノ代價並ニ建築費ヲ支拂フニアラサレハ土地ノ引渡ヲ請求スルコト能ハサルナリ元來家屋ト土地トノ關係ニ付テハ特ニ注意スヘキ點アリ即チ羅馬ニ於テハ土地ハ主ニシテ家屋ハ從タル物件ナリ

故ニ家屋ハ必ス土地ノ所有主ニ屬ス家屋ノ所有權ト土地ノ所有權トハ常ニ相合シテ分離スヘカラサル性質ナルモノト爲セリ我國ノ慣習殊ニ東京ニ於ケル慣習ハ全ク之ニ異レリ想フニ其制度ノ是非得失ハ多少ノ研究ヲ要スヘキ所ナランカ

又草木ハ土地ニ附隨スルモノニシテ若シ甲地ノ草木ヲ以テ乙ノ地面ニ移植シ既ニ其根帶ヲ生シタルトキハ即チ乙者ノ所有物トナル又甲ノ有スル種子ヲ以テ乙ノ土地ニ播キタル場合ニモ亦同一ノ規則ヲ適用スヘキナリ然レトモ若シ甲者ニシテ善意ニテ其土地ヲ占有シ種子ヲ播キタルモノトセハ乙者ハ代價ヲ支拂フニアラサレハ穀物ヲ收得スルコト能ハス又動産ニ關シテモ附隨ノ規則ヲ適用ス例ヘハ甲カ乙ノ有スル紫色ノ糸ヲ自己ノ衣服ニ縫込ムトキハ紫色ノ糸ハ附隨ノ規則ニ從テ衣服ノ一部分トナルナリ然レトモ乙ハ甲ニ對シテ竊盜ニ關スル訴訟ヲ提起シ又ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ竊盜ニ付テハ後ニ説明スヘシト雖モ羅馬ニ於テハ之ヲ私犯ノ一トシ民法上ノ支配ヲ受ケシメタルナリ又紙上ニ金文字ヲ記スルトキハ金文字

ハ即チ紙ニ附隨スルモノトス然レトモ畫布ニ畫ヲ描クトキハ畫ヲ主物トシ畫布ヲ從物トス是レ法律上特別ノ規定ナルコト羅馬法律家ノ述フル所ナリ

第三 加工 (Specification)

加工トハ他人ノ財産ノ上ニ仕事ヲ加ヘテ別ニ新ナル財産ヲ作出スル場合ヲ云フ此場合ニ於テ其作出セラレタル財産ハ材料ノ所有主ニ屬スヘキヤ又ハ加工者ノ所有ニ歸スヘキヤ之ニ關スル法律ノ當否ニ付テハ法理學者間ニ議論アリ元來天下ノ富ハ人ノ仕事ニ基クモノナルカ將タ又物ノ原料ニ基クモノナルカニ付テ經濟學上ノ問題一定セス故ニ仕事ニ重キヲ置ク人ハ其作出セラレタル財産ヲ加工者ニ歸スヘキモノナリトシ之ニ反シテ原料ニ重キヲ置ク者ハ材料ノ所有主ニ屬スヘキモノナリト主張スルヲ常トス羅馬ノ法律ハ此點ニ付テ如何ト尋ヌルニ例ヘハ甲ノ所有スル銅ニ乙カ仕事ヲ加ヘテ鉢ヲ製スルカ如キ又甲ノ葡萄ニ乙カ加工シテ葡萄酒ヲ製スルカ如キ場合ニ於テ其鉢又ハ葡萄酒ハ甲ニ屬スヘキヤ乙ニ屬スヘキヤ嘗テ羅馬法ノ歴史ニ於テ述ヘタルカ如ク羅馬ニハ夙ニ二派ノ學者アリ一ハ即チプロクルス派ト云ヒ二ハ即チザピヌス派ト

云フ而シテプロクルス派ノ説ニ依レハ斯クノ如キ物ハ材料ノ所有主ニ屬スヘキモノニアラスシテ加工者ニ屬スヘキモノナリトセリ然ルニザピヌス派ノ説ハ之ヲ材料ノ所有主ニ歸スヘシト爲ス其後ユスチニアノ時ニ及ヒテ此二派ノ説ヲ折衷シ若シモ其物件ニシテ舊狀ニ復スルコトヲ得ハ則チ材料ノ所有主ニ屬スヘク之ニ反シテ舊狀ニ復スルコトヲ得サレハ則チ加工者ニ屬スヘシトセリ即チ前例ニ於テ葡萄酒ハ再ヒ變シテ葡萄ト爲スコトヲ得サルカ故ニ乙ノ所有ニ歸スヘク又鉢ハ之ヲ溶解シテ銅ト爲スコトヲ得ルヲ以テ甲ニ屬スヘキナリ又加工者カ自己ノ材料ト他人ノ材料トヲ用ヒテ新ナル物件ヲ製作スルトキハ加工者ノ所有ニ屬スト爲セリ

第四 混同(Confusio)

羅馬法ニ於テハ一人ノ材料ト他ノ一人ノ材料トニ付キ雙方ノ同意ヲ以テ混同ヲ行フトキハ其混同物ハ二人ノ共有ト爲スモノニシテ例ヘハ酒、金屬ノ類ヲ合セタルカ如キ場合ニハ即チ此原則ヲ適用スルナリ又二人ノ材料ヲ取り二人ノ同意ヲ以テ一ノ異リタル物件ヲ製作シタルカ如キ場合ニモ同一ノ原則ヲ適用

スルモノトス例ヘハ金銀ヲ取リテ之ヲ混合シ以テ一種異リタル物ヲ作りタリトセハ則チ其物ハ共有物ト爲ル又二人ノ同意ニ依ラスシテ不慮ノ事件ニ依リ二人ノ物件カ混同シタル場合ニモ同一ノ原則ヲ適用スルモノトス

第五 混合(Commixtio)

混合ハ混同ト少シク異ル所アリ混同ハ既ニ述ヘタル如ク酒、金屬ノ類ニ關係スト雖モ混合ハ穀類ニ關係ス羅馬ニ於テハ實ニ此二者間ニ區別ヲ立テタルナリ今兩人ニ屬スル穀物ヲ其兩人ノ同意ヲ以テ相混合スルトキハ其穀物ハ固ヨリ共有ト爲ルヘシ若シ其兩人ノ同意ニ依ラスシテ一人ノ專斷又ハ不慮ノ事件ニ因テ相混合スルトキハ其穀物ハ二人ノ共有ト爲ラス而シテ其分配ノ方法ノ如キハ之ヲ裁判官ニ一任スルモノトス是レ即チ混同ト混合ト差異アル所ナリ但シ其規則ノ得失ハ別問題ニ屬スルコトヲ知ルヘシ

第六 收益ノ獲得(Fructuum perceptio)

用益權ヲ有スル者カ收益ヲ獲得スルノ權利アルコトハ前章ニ之ヲ説明セリ然ルニ用益權者ノ外尙ホ物件ノ所有主ニアラスシテ收益ヲ獲得スルモノアリ例

へハ他人ノ物件ヲ善意ニテ占有セル者ノ如キ是ナリ善意ニテ他人ノ物件ヲ占有セル間ニ獲得シタル收益ハ縱令之ヲ消費スルモ眞ノ所有主ニ對シテ賠償スルヲ要セス唯現ニ有スル所ノ收益ヲ返還スレハ則チ可ナリ然レトモ其所有主カ既ニ訴ヲ提起シテ物件ノ返還ヲ請求シ而シテ争訟期(Litis contestatio)ニ達シタルトキハ其後ニ占有者ノ獲得シタル收益ハ之ヲ所有主ニ返還セサルヘカラス故ニ若シ之ヲ消費スレハ損害ヲ賠償セサルヘカラスナルノ義務ヲ生スルモノナリ加之占有者ハ相當ノ注意ヲ加ヘシナラハ獲得スルコトヲ得ヘカリシ收益ノ代價ヲモ所有主ニ對シテ支拂ハサルヘカラス收益ノ獲得ニ付テハ羅馬法律ノ規則明晰ヲ缺クカ故ニ學者間議論多シ余ハ今最モ正當ト信スル所ヲ説明セルノミ

第七、マンチバチオン方式

第八、擬訴棄權ノ方式

擬訴棄權ノ方式トマンチバチオン方式トニ付テハ前章ニ之ヲ詳述セリ茲ニハ唯物權獲得ノ一方法トシテ之ヲ數フルニ過キス

第九 引渡(Traditio)

引渡トハ所有權ヲ移轉スルノ意思ヲ以テ占有ヲ與フルコトヲ謂フ凡ソ引渡ヲ爲スニ付テハ必スシモ手ヨリ手ニ物件ヲ引渡スヲ要セス稍遠方ニ在ル物件ト雖モ其占有ヲ一人ヨリ他ノ一人ニ對シテ與フルコトヲ得ヘシ要スルニ所有主タラントスル者ヲシテ占有ヲ獲得セシムレハ即チ足レリ又物件ノ貸借主カ其物件ヲ買受ケタルトキハ賣主ハ別ニ引渡ノ手續ヲ爲サストモ之ヲ賣渡サントスル意思ヲ明カニスレハ則チ引渡ハ完了ス之ヲ稱シテ略式ノ引渡(Brevi manu traditio)ト云フ又倉庫中ニ在ル物ヲ賣ラントスル場合ニ於テハ單ニ其鍵ヲ引渡セハ之ヲ以テ物件全體ノ引渡トスルナリ

第十 分配ノ言渡(Adjudicatio)

所謂分配ノ言渡トハ即チ共有物分配ノ訴訟ニ於ケル分配ノ言渡ナリ若シ其共有ノ物件カ容易ニ分配スルコトヲ得ルモノナランニハ裁判官ハ之ヲ訴訟人各自ニ分配シ又其分配シ難キモノハ之ヲ平等ニ分配セスシテ一方ニ多ク他ノ一方ニ少ク與フルコトアリ例ヘハ共有地ヲ分配スルニ當リ其中ヲ貫流スル川ヲ

境界トシ右ヲ甲ニ與ヘ左ヲ乙ニ與フト云フ場合ノ如キ殊ニ然リト爲ス然リト雖モ多量ノ分配ヲ受ケタル者ハ少量ノ分配ヲ受ケタル者ニ對シ割合ニ應シテ償金ヲ拂ハサルヘカラス是レ其權衡ヲ保タシムル所以ナリ又絶對的ニ分割スルコトヲ得サル物件ハ斷然之ヲ訴訟人ノ一方ニ與ヘ而シテ他ノ一方ニ對シテ償金ヲ拂ハシム例ヘハ共有ニ係ル所ノ金剛石ヲ分配セントスル場合ノ如シ斯クノ如ク分配ノ言渡ハ通常一般ノ場合ニ於ケル裁判ト異レリ通常ノ裁判ハ原告ヲシテ勝訴セシムルモ將タ又被告ヲシテ勝訴セシムルモ俱ニ既ニ存在セル權利ヲ確認スルニ過キスシテ始メテ權利ヲ設定スルモノニアラスト雖モ分配ノ言渡ハ共有權ヲ廢シテ一個獨立ノ權利ヲ以テ之ニ代フルモノナリ

第十一 時効

羅馬ノ時効ニハ「ウイズカビオ」(Usucapio)ト「プレスクリプチオ」(Prescriptio)トノ二アリ就中「ウイズカビオ」ヲ古シトス今其文字ヲ分析セハ「ウイズカビオ」ノ「ウイズ」ハ英語「ユース」(Use)ト同シク「使用スル」ノ意ナリ又「カビオ」ハ「カイベレ」ヨリ脱化シ來リタルモノニシテ「取ル」ノ義ナリ「プレスクリプチオ」ナル語モ亦二字ヨリ成ル即

チ「プレ」ハ「前」ニシテ「スクリプチオ」ハ「書ク」ナリ故ニ之ヲ「前書」ト譯シテ可ナランカ此前書ナル制度ハ如何ニシテ發達シタルモノナルヤハ後ニ訴訟ノ編ニ詳説スヘシト雖モ茲ニ之ヲ約言スレハ古代羅馬ニ於テハ訴訟ノ方式即チ「フォルムラ」(Formula)ナルモノアリ「フォルムラ」ニハ種々ナル事項ヲ悉ク短文ニテ記載スルヲ常トス曰ク事實ノ概綱曰ク原告ノ請求ノ要領曰ク被告ノ答辯ノ要旨曰ク事實審理人カ調査シ且ツ判決スヘキ事項等一トシテ之ヲ掲ケサルナシ而シテ所謂事實審理人トハ官吏ニアラスシテ事實ノ點ニ付キ裁判スル者ナリ法律ニ付キ裁判ヲ下ス者ハ裁判官ニシテ羅馬ニ於テハ高等ナル官吏ナリトス而シテ一般ニ曰ヘハ答辯ノ要旨ハ請求ノ要領ノ次ニ書ス然ルニ時効ノ抗辯ニ限リテハ必ス原告ノ請求ノ要領ノ前ニ之ヲ書クヘキモノトセリ爰ニ於テ乎遂ニ時効其モノヲ稱シテ前書ト云フノ慣習ヲ生シタリ故ニ前書トハ原告ノ請求ノ前ニ書ク事項ト云フ意味ニシテ元來時効ナル義ヲ有シタルニアラス今日佛蘭西語ノ「プレスクリプション」(Prescription)英語ノ「プレスクリプション」(Prescription)ハ皆羅馬ノ「プレスクリプチオ」ヨリ來リタルモノナリ

是ヨリ時効ノ規則ニ關スル沿革ヲ略述センニ古代羅馬ニ於ケル「ウイズカビオ」ニハ二個ノ目的アリ第一ハ不確定ナル所有權ヲ確定セシムルニアリ是レ近世ニ於ケル時効ノ目的ト異ル所ナシ第二ハ大官法ノ所謂所有權ヲ變シテ市民法ノ所有權トスルニアリ嘗テ説明セシ如ク「マンチバチオ」ノ方式ニ依ラス單ニ引渡ニ依リテ「レリス、マンチビ」ヲ人ニ與フルトキハ市民法ノ所謂所有權ヲ移轉スルコト能ハス故ニ斯クノ如キ場合ニ於テハ法律ニ定メタル年限ノ間其物件ヲ占有スルハ即チ市民法上ノ所有權ヲ獲得スルモノトセリ而シテ「ウイズカビオ」ノ年限ハ甚々短期ニシテ動産ニ關シテハ一年、不動産ニ關シテハ二年トス「ウイズカビオ」ハ始メ第一ノ目的ノミヲ有シタルニ過キス此時代ニ於テハ羅馬ハ一小市府ナリシカ故ニ「ウイズカビオ」ノ年限モ亦短期ニシテ適當ナリシモ此後ニ至リ羅馬ノ版圖漸ク廣大トナリ一年若クハ二年ノ年限ハ頗ル短キヲ感シタリ然ルニ其之ヲ感シタル時代ニハ「ウイズカビオ」ハ既ニ第二ノ目的ヲ有スルニ至リシナリ而シテ第二ノ目的ヲ達スルニハ實ニ年限ヲ永クスルノ不便ニ堪ヘス是レ「ウイズカビオ」ノ年限ヲ終始改メナリシ所以ナリ

「ウイズカビオ」ニ依リテ所有權ヲ獲得スルニ付テハ善意ノ占有ヲ必要トスルヤ否ヤハ學者間ノ議論紛然トシテ未タ一定セスプリンツ(Brunn)ノ説ニ依レハ善意ヲ必要トスト云フ然レトモスチンチング(Stinzing)ノ説ニ從ヘハ善意ヲ必要トスルコトナシ抑モ此二説ハ孰レカ最も肯綮ニ中レルヤト云フニ極メテ古代ニ於ケル善意ヲ必要トセルノ跡ヲ見ス想フニ善意、惡意ナル語ハ比較的ニ斬新ナル語ニシテ古代ノ法律ニ於テハ「ウイズカビオ」ニモ亦敢テ善意ヲ必要トシタルニアラサルヲ知ルヘシ唯夫レ後世ニ至リ法律上始メテ之ヲ必要ト爲スニ至リタルモノナラン

古代羅馬ノ法律ハ「ウイズカビオ」ノ規則ノミヲ用ヒタルニ過キサリシカトモ後世ニ及ヒテ「プレスクリプチオ」ノ制度ヲ生シ「ウイズカビオ」ト並ヒ適用セラレタリ「プレスクリプチオ」ニハ頗ル長期ノ年限ヲ定メ不動産ニ付テハ訴訟人カ雙方共ニ同一ノ州内ニ住スルトキハ十年ナレトモ異州ニ住スル者ナルトキハ二十年トセリ

「ウイズカビオ」ト「プレスクリプチオ」トヲ比較スルニ「ウイズカビオ」ハ市民法ノ時

效アリ故ニ羅馬ノ市民ノミニ適用セシナリ且ツ市民法ノ所有權ノ目的物ト爲
ラサルモノニハ之ヲ適用セザリシモノトス故ニ「ウイヅカビオ」ノ規則ハ伊太利
ニ在ル土地ニ適用セラレタレトモ伊太利以外ノ土地ニハ之ヲ適用セラレサル
モノト謂フヘシ然ルニ之ニ反シテ「プレスクリプチオ」ノ規則ハ廣ク伊太利以外
ノ土地ニマテモ適用セラレタリ

「ユスチニアン」ノ時ニ至リ「ウイヅカビオ」ト「プレスクリプチオ」トノ區別ヲ廢シ之
ヲ折衷シテ特別ノ規則ヲ設ケタリ即チ不動産ニ關シテハ原被兩造同州ニ住ス
ル者ナルトキハ十年トシ異州ニ住スルトキハ二十年トス又動産ニ關シテハ年
限ヲ三年トセリ而シテ此規則ハ羅馬帝國一般ニ效力ヲ有シタルカ故ニ占有者
カ善意ニシテ且ツ正當ノ原由ニ基キ右ノ年限間占有スレハ完全ナル所有權ヲ
獲得シタルナリ

ユスチニアン「ウイヅカビオ」ト「プレスクリプチオ」トノ區別ヲ廢止シタルニ付
テハ後世學者ノ解釋一定セス或ハユスチニアンヲ以テ「ウイヅカビオ」ニ重キヲ
置キタリト爲シ或ハ「プレスクリプチオ」ニ重キヲ置キタリト爲ス等其説ク所甚

タ多岐ニ亘ルト雖モ余ハ其何レニモ重キヲ置タキタルニアラシテ二者ヲ折衷
シテ以テ一新機軸ヲ出シタルモノト謂フヲ可ナリト信ス

前ニ一言セルカ如ク占有者カ善意ニシテ且ツ正當ノ原由ニ基キテ物件ヲ占有
スルトキハ縱令法定ノ年限間占有ヲ繼續スルモ自己ノ所有物ト爲ルナリ然リ
ト雖モ自由人又ハ神社ノ敷地墓地等ハ善意ニテ之ヲ占有スルモ其上ニ所有權
ヲ獲得スルコト能ハス又竊取シタル物件ハ法定ノ年限間占有スルモ所有權ヲ
獲得スルコト能ハス是レ蓋シユスチニアンノ時ニ創マリタルニアラス彼ノ十
二標ノ法律ニ於テ既ニ定マリタル所ナリ但シ竊取シタル物即チ盜品ノ占有ト
雖モ亦「インテルディクツム」(Interdictum)ニ依リテ或程度マテ之ヲ保護シタリ然レ
トモ適當ノ時効ニ因テ所有權ヲ獲得スルノ原因トナラス暴力ニ因リテ獲得シ
タル物件ノ占有モ通常ノ時効ニ因リテ其所有權ヲ得ルノ基トナラサルナリ
元來時効ニハ通常時効ト非常時効トノ二種類アリ而シテ以上説明シタル所ハ
實ニ通常時効ニ關ス非常時効ハ「ユスチニアン」法典ニ於テ「ロンギッシミ、テンボリ
ス、プレスクリプチオ」(Longissimi temporis praescriptio)ト云ヘリ譯シテ最長期時効ト

云フモ亦可ナランカ而シテ盜品其他暴力ニ因テ獲得シタル物ヲ非常時効ノ年限間占有スレハ其所有權ヲ得ルヤ否ヤハ議論喧シキ所ナレトモ余ハ其所有權ヲ得ト爲スヲ正當ナリト信ス

非常時効ノ年限ハ概ネ三十年ニシテ長キハ四十年甚シキニ至テハ五十年ナルコトアリ即チ羅馬ニ於テハ賭博ニ依テ贏得シタル金額ハ之ヲ返還スルノ義務アリトシ而シテ其時効年限ハ之ヲ五十年トセリ

通常時効ニ因リテ獲得スルコト能ハサル物件ハ概ネ非常時効ノ規則ニ支配セラル非常時効ノ場合ニ於テモ亦尙ホ占有權ハ善意ナラサルヘカラス然レトモ果シテ正當ノ原由ニ基キテ之ヲ占有シタルモノナルコトヲ要スルヤ否ヤハ學說一定セサル所ナリブリントノ說ニ依レハ正當ノ原因ト善意トハ常ニ必ス相伴フモノナリト云ヘリ然ルニ多數學者ノ說ク所ハ之ト異リ非常時効ハ善意ノミヲ必要トスルニ止マリ正當ノ原由ニ基クコトハ不必要ナリトセリ此設ニ從フモ其善意ノ程度ニ付テ議論アリウヒター(Wächter)デルンブルヒ等ノ說ヲ聞クニ非常時効ノ場合ニ於テハ縱令占有者ニ非常ノ錯誤アルモ苟クモ善意ナレ

ハ則チ占有ハ有效ニシテ時効ノ原因ト爲ルコトヲ得ト言ヒブリントツハ之ニ反對シ非常ノ錯誤アル場合ハ之ヲ純然タル善意ト云フコトヲ得スト言ヘリ

地役權ニ關シテハ昔時ハ「ウーズカビオ」ノ規則ヲ適用セシト雖モ紀元前三十四年頃ニ至リテ之ヲ廢止シタリ然レトモ之ニ拘ラス裁判官ハ地役權ニ關スル長期ノ準占有ヲ保護セリ而シテ其年限ハ原被兩造カ同州ニ住居スルトキハ十年異州ナルトキハ二十年トス「エスチニアン」法典モ亦同一ノ規則ヲ採用シタリ不動産ニ關スル十年及二十年ノ時効、動産ニ關スル三年ノ時効ハ用益權ニモ亦之ヲ適用セリ

上來説明シタル所ノ時効ハ取得時効ナリ若シ夫レ消滅時効即チ免責時効ニ至リテハ請フ之ヲ次編ニ論述セン

第三編ノ下 債權法

第一章 法律行爲

第一節 法律行爲ノ意義

法律行爲トハ法律上ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ目的トスル行爲ヲ謂フ或學者ノ

說ニ從ヘハ法律行為トハ權利關係ヲ生セシムルヲ目的トスル所ノ行為ナリトス
 蓋シ法律行為ノ觀念ハ軌近ニ至リ發達シタルモノニシテ之ニ關スル議論ハ學者
 間未タ一定セサルナリ故ニ其定義ヲ與フルニ付テモ亦種々ナル見解ナキヲ得ス
 我國ノ民法ニ於ケル法律行為ナル語ハ獨逸語ノ「レヒツゲセフト」(Rechtsgeschäft)ヲ
 翻譯セルモノナリ佛國西語ニテハ之ヲ「アクト」(Acte juridique)ト云フ英
 國ニ於テハ昔ハ之ヲ「トランスアクション」(Transaction)ト云ヒシカ近來「ジュリスチック」
 「アクト」(Jurisic act)ナル文字ヲ用フルモノ多シ抑モ此等ノ熟語ノ起源如何ニ付テハ
 學者間ノ議論少カラス獨逸ニ於テ始メテ「レヒツゲセフト」ナル名稱ヲ用ヒ世人ノ
 注意ヲ促シタルハ千八百五年ニ公ニセラレタルフーゴー(Hugo)ノ「パンデクテン」
 第三版ナリ佛蘭西及英國ニ於テ或ハ「アクト」(Act)「ジュリディック」ナル名稱ヲ用ヒ或ハ「ジュリ
 スチック」(Jurisic)ナル文字ヲ用フルニ至リタルハ皆其以後ニ在リ
 羅馬ニ於テハ法律行為ノ實質ハ固ヨリ存在セシト雖モ「レヒツゲセフト」ト雖モ之ニ相當
 スル名稱ニ至リテハ普通一般ニ用ヒラレタルモノナク唯各種ノ法律行為カ各別
 ニ其名稱ヲ有シタルノミ例ヘハ要式口約使用貸借又ハ消費貸借等ノ名稱アリシ

モ此等ヲ總括シタル名稱ハ一般ニ行ハレサリシナリ今強テ之ヲ索ムレハ「ネゴチ
 ム」(Negotium)ナル語略ホ之ニ相當スト謂フヲ得ヘキカ然レトモ法律行為ナル語
 ニ比較スレハ或點ニ於テ意味廣キニ過キ又他ノ點ニ於テ狭キニ過クルコトアリ
 「ユスチニアン」(Ius)「法典中ニハ」(Ius)「アクト」(Actus)「レギチミ」(Actus legitimus)ナル語アリ是レ亦法律行
 爲ト同一ノ意義ヲ有ス然レトモ一派ノ學者ノ說ニ依レハ單ニ市民法ニ於テ認ム
 ル法律行為ニ限ルト云フ孰レニスルモ此語ハ普通一般ニ使用セラレタルニアラ
 スシテ法典中ノ一條文中ニ存スルニ過キス降テ前世紀ニ至リ羅馬法律ヲ註解セ
 シ學者ハ「アクト」(Actus)「ユリディク」(Ius)「アクト」(Actus)「レギチミ」(Actus legitimus)ナル熟字ヲ用ヒタリ想フニ今日ノ所
 謂法律行為ナル文字ハ即チ之ヨリ胚胎シ來リタルモノナランカ
 羅馬法律ニ於テハ法律行為ニ關スル理論十分ニ發達セス故ニ余ハ茲ニ近世ノ法
 律行為ト羅馬法トノ關係ニ付テ一言シタルノミ
 羅馬法ノ規則ヲ註解スル學者ハ法律行為ヲ區別シテ幾多ノ種類ニ分テリ然レト
 モ要スルニ近世ノ法律ニ於ケル區別ト異ラス唯其名稱カ羅甸語タルニ止マルヲ
 以テ今ハ之ヲ略ス

第二節 意思表示

意思表示ナル語ハ獨逸語「ウイレンスエルクレーレング」(Willenserklärung)ノ翻譯ナリ羅馬法ニ於テハ之ニ相當スヘキ文字ナク且ツ之ニ關スル理論モ亦發達セス然レトモ意思表示ナルモノ、現物ハ固ヨリ存在セシナリ法律行為ハ即チ意思表示ノ結果ナリ或ハ法律行為ヲ以テ意思表示自身ナリト云フ者アルモ余ハ寧ロ之ヲ意思表示ノ結果ナリト云フヲ穩當ト信ス夫レ意思ヲ表示スルニハ方式ヲ要スルモノト要セサルモノトアリ方式ヲ要スルノ場合ニ於テハ若シ其方式ヲ履踐スルニアラサレハ法律行為ヲ成立スル能ハス例ヘハ遺言ノ如キハ即チ然リ羅馬ノ市民法ニ於テハ法律行為ニハ概シテ方式ヲ必要トセリ蓋シ羅馬ノミナラス他國ニ於テモ亦古昔ハ方式ヲ重シタルハ明カナリ然レトモ制度文句ノ進化スルニ從ヒ漸ク當事者ノ意思ニ重キヲ置クニ至レリ即チ方式ハ意思ヲ表示スル爲メノ具ナリト雖モ而カモ之ニ拘泥スレハ却テ事ヲ誤ルノ恐アルカ故ニ後世ニ及ヒテ意思ニ重キヲ置クニ至リシモノトス英國ノ學者メイソ古代法中ニハ法律ノ沿革ハ方式ヨリ意思ニ移ルトノコトヲ論述セリ而シテ羅馬

ニ於テモ亦同様ニシテ大古ハ方式ヲ重シタルモ其後萬姓法ノ法律行為ハ概ネ方式ヲ要セス例ヘハ買賣ノ如キ其適例ナリ方式ヲ要セサル法律行為ニ付テハ意思表示ヲ爲スニ必スシモ言語ヲ以テスルヲ要セス言語以外ノ行為ニ依ルモ尙ホ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ要スルニ意思ヲ了解スルコトヲ得レハ則チ足レリトス又意思表示カ直ニ法律行為ヲ兼ヌル場合アリ例ヘハ物件ヲ占領スルカ如キ場合ニシテ占領ハ實ニ法律行為タルト同時ニ意思表示ヲ兼ネタルモノト謂フヘシ然ルニ雙面ノ法律行為例ヘハ雙務契約ノ場合ニ於テハ一方カ他方ノ意思ヲ知ルノ必要アリ即チ雙方ニ於テ意思表示ヲ爲シ其意思相合致スルニアラサレハ法律行為ハ決シテ成立セス故ニ法律行為ハ意思表示其モノナリト云フヨリハ寧ロ意思表示ノ結果ナリト云フヲ以テ正確ナリトス契約成立ノ要件タル申込及承諾ニ關シテハ近世ノ法律ハ非常ニ發達セリト雖モ羅馬ニ於テハ未タ之カ發達ヲ見サリキ蓋シ近世ニ於テハ郵便、電信、電話等交通機關ノ發達著シク社會ノ狀況ヲ一變シタルヲ以テ之ニ應スル法律上ノ學說モ亦從テ進步シタルモ羅馬ニ於テハ斯クノ如キ事情存セサリシヲ以テ申込及承諾ニ關

スル規則ハ未タ其必要ヲ感セサリシナリ

第三節 原因

原因トハ羅句語ニテ「カウザ」(Causa)ト稱スルモノ是ナリ此語ハ種々ナル意義ヲ有ス例ヘハ時効ニ關シテハ正當ノ原因ヲ要スルコトアリ又強迫ハ權利ヲ原狀ニ復スル正當ノ原因ナリト云フカ如シ然リ而シテ契約其他法律行為一般ニ關シテモ「カウザ」即チ原因ノ存スルモノアリ余カ茲ニ述ヘントスルハ即チ此最後ノ原因ニ在リトス

所謂原因トハ何故ニ法律行為ヲ爲シタルヤノ目的ヲ指シテ云フニ外ナラス之ヲ詳言スレハ原因ハ別テ之ヲ二ト爲ス一ハ即チ遠因ニシテ他ノ一ハ即チ近因ナリ遠因ハ佛蘭西ニテ「モチーフ」(Motif)ト云ヒ獨逸ニテモ亦「モチーフ」(Motiv)ト云フ羅句語ニ於テハ近因ニモ遠因ニモ共ニ「カウザ」ナル文字ヲ用ヒタリ

第一 先ツ遠因ニ付テ説明センニ遠因ハ法律行為ノ有效無効ニハ何等ノ關係ナキモノトス故ニ法律行為ノ有效無効ヲ決スルニ當テハ遠因ノ何タルヤハ之ヲ問フニ及ハサルナリ例ヘハ甲ナル者アリ其女某ヲ或人ニ嫁セシメントシ乙ナ

ル商店ニ至リテ種々ノ物品ヲ買受ケタリトセヨ此場合ニ於テ乙商店ノ主人ハ其結婚ノ準備ナルコトヲ知ルモ又甲カ之ニ對シテ其目的ヲ語リシトスルモ其法律行為ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナシ故ニ縱令其結婚ニシテ無効ナリトスルモ甲ト乙商店ノ主人トノ賣買ハ有效ニ成立ス然レトモ賣主カ婚姻ノ成立ヲ條件トシテ賣買契約ヲ結ヒタル場合ニ於テハ固ヨリ之ヲ同一ニ論スヘカラス斯カル場合ニ於テハ婚姻ハ法律行為ノ條件ニシテ單純ノ遠因ニアラサルナリ單純ノ遠因ハ法律行為ノ有效無効ニ影響ヲ及ホサル、ヲ原則トス古今ノ學者カ共ニ引用スル所ノ「虛偽ノ原因ハ害ヲ爲サス」(Falsa causa non nocet)テフ格言ハ即チ遠因ニ關スルモノニシテ遠因ノ眞否ハ決シテ法律行為ノ有效無効ニ直接ノ影響ヲ及ホサルコトヲ意味スルニ外ナラサルナリ
一般ニ遠因ハ法律行為ノ有效無効ニ影響ヲ及ホスコトナシト雖モ而カモ一ノ法律行為ヲ解釋スルニ方テ之ヲ參考ニ供スルコトハ往々之アル所ナリ且ツ又此大原則ニ對シテハ之ヲ制限スルモノナキニアラス強迫、詐欺及錯誤ニ關スル規則即チ是ナリ但シ之ニ付テハ後節ニ於テ別ニ説明スル所アルヘシ

第二 今日ノ獨逸人ハ「カウザ」ナル文字ヲ主トシテ近因ノ意義ニ用フ佛蘭西人モ亦然リ而シテ佛蘭西語ニテハ之ヲ「コーズ」(Cause)ト云フ英語ノ「コンシダレトシヨ」(Consideration)即チ約報モ其大體ニ於テ之ニ相當スルモノナリ

近因トハ何ソヤト云フニ例ヘハ甲カ乙ニ金千圓ヲ貸シタル場合ニ於テハ乙ハ甲ニ對シテ金千圓ヲ返済スルノ義務ヲ負擔スヘシ而シテ乙カ之ヲ負擔スルノ原因ハ即チ甲ヨリ金千圓ヲ借リタルコト是ナリ之ヲ「クレデンディカウザ」(Credentia causa)ト云フ又甲カ乙ニ對シテ金千圓ヲ貸シタルニ其後乙ハ之ヲ返済スルニ代ヘテ自己ノ所有スル地所ヲ甲ニ與フルノ約束ヲ爲シタリ即チ債務ノ更改ヲ爲シタリトセハ其債務更改ノ原因精確ニ云ヘハ乙カ甲ニ地所ヲ與フルノ義務ヲ負擔シタル原因ハ即チ舊債務ヲ免レントスルニアリ之ヲ「ゾルヴンディカウザ」(Solvendi causa)ト云ヒ又ハ「ノヴンディカウザ」(Novandi causa)トモ云フ又甲カ乙ニ對シテ金千圓ヲ與ヘタリトセンニ是レ即チ無償贈與ヲ爲サントノ意思ニ原因セルモノナリ之ヲ「ドナンディカウザ」(Donandi causa)ト云フ此場合ニ於テハ英國法ニ依レハ約報即チ「コンシダレトシヨ」ナシトスルモ羅馬法竝ニ之ヲ繼受セル

大陸諸國ノ法律ニ依レハ「カウザ」即チ原因アリト云フナリ

凡ソ吾人カ契約ヲ締結シ又ハ財産ヲ移轉スルニ當テヤ皆爲メニスル所アルニアラサルハナシ即チ必ス一定ノ目的ヲ有スルモノニシテ目的ナクシテ漫然之ヲ爲スカ如キハ殆ト想像スル能ハサル所ナリ而シテ此目的ヲ稱シテ「カウザ」即チ原因ト稱ス

結果ト相距ルコト遠キ原因ハ前ニ述ヘタルカ如ク法律行爲ノ有效無効ニ影響ヲ及ホサスト雖モ結果ト相距ルコト遠カラスシテ直接密着セル關係ヲ有スル原因即チ近因ハ其結果タル法律行爲ノ有效無効ニ影響ヲ及ホスコト甚ク大ナリ換言スレハ何等ノ近因ナクシテ爲シタル法律行爲ハ無効ナルヲ以テ近因ハ實ニ法律行爲ノ要素ヲ爲セルモノト謂フヘシ是レ固ヨリ羅馬法ノ説明ニ過キス羅馬法ヲ離レテ法理上近因カ法律行爲ノ要素ナルヤ否ヤハ別問題ニ屬ス而シテ余ハ此點ニ付テ少シク意見ヲ有スレトモ今茲ニ之ヲ述ヘス他日機會ヲ俟テ世ニ公ニスルコトアルヘシ

斯クノ如ク羅馬法ノ解釋トシテハ近因ハ法律行爲ノ要素ナリト雖モ或要式契

約ニ於テハ近因ヲ要素ト爲サ、ルモノアリ尙ホ詳細ニ羅馬人ノ思想ヲ分析スレハ近因ハ法律行爲ノ要素ナリト雖モ或ル特定ノ要式契約ニ關シテハ訴訟ヲ提起スル場合ニ於テハ近因ヲ證明スルコトヲ要セスト爲セリ夫ノ近因ハ要素ニアラストノ語ハ即チ此近因ヲ證明スルニ及ハサルノ場合アルニ基ツクモノナリ要スルニ羅馬法ニ於テハ表面上近因ヲ要スル法律行爲ト近因ヲ要セサル法律行爲トノ二種アルコトヲ知ルヘシ近世ノ獨逸人モ亦之ヲ區別シテ前者ヲ「カウザールレ、ゲセフテ」(Causale Geschiehe)ト云ヒ後者ヲ「アプストラクテ、ゲセフテ」(Abstrakte Geschiehe)ト云ヘリ例ヘハ爲替手形、約束手形ノ如キ流通證書ハ即チ「アプストラクテ、ゲセフテ」ノ中ニ入ルヘキモノトス英國ニ於テハ爲替手形ニハ約報即チ「コンシダレーション」ノ存スルコトヲ記載スヘシトノ規則アルカ故ニ恐ラクハ獨逸人ノ所謂「アプストラクテ、ゲセフテ」ニ全然符合スト謂フコトヲ得サルヘシ爾レ羅馬法律ニ付テ解釋スルニ使用貸借又ハ消費貸借ノ類ニハ近因ヲ以テ要素ト爲スモ「マンチバチオ」及擬訴棄權ノ方式ニ依リテ物件ヲ移轉スルニハ近因ヲ法律行爲ノ要素トセサルナリ

要式口約 (Stipulatio)ノ場合ニ於テ近因カ要素タルヤ否ヤニ付テハ學者間議論アリ(要式口約ノ何タルヤ)ゾームノ說ニ從ヘハ要式口約ニハ近因ハ要素ニアラスト云フニアリ然レトモ此一説ヲ以テシテハ到底古今ノ法理ヲ貫クコト能ハサルヤ明ケシ今沿革上ヨリ觀察スルニ古代ハ要式口約ノ場合ニハ近因ヲ要素トセサリシカ如シ故ニ原告ハ近因ヲ證明スルノ必要ナカリシト雖モ後世ニ及テ原告ハ近因ヲ證明セサルヘカラスナルニ至リ被告ニシテ若シ近因ナキコトヲ主張シ抗辯ヲ提出センカ原告ハ即チ進ミテ之ヲ證明セサルヘカラス例ヘハ甲カ乙ニ金若干圓ヲ貸スノ約束ヲ爲シ既ニ「スチブラチオ」即チ問答ノ方式ヲ終リタリト假定セヨ其後甲カ乙ニ對シテ負債ヲ辨濟スヘシトノ貸金催促ノ訴ヲ提起セルニ乙カ其無原因ナルコトヲ主張スルトキハ甲ハ則チ自ラ其原因ノ存スルコトヲ證明セサルヘカラス即チ眞ニ金若干圓ヲ貸與シタリトノ事實ヲ證明スルノ責任アリ之ヲ要スルニ古代ノ法律ニ於テハ方式ヲ終リタルコトヲ理由トシテ訴ヲ起スコトヲ許シタルモ漸ク變遷シテ遂ニ茲ニ至レルモノナリ

第四節 強迫

遠因カ一ノ法律行為ノ有效無效ニ關係ナキコトハ前節既ニ之ヲ説明セリ前レトモ亦之ヲ制限スル規則ナキニシモアラズ即チ強迫詐欺錯誤ニ關スル規則是ナリ本節ニ於テハ先ツ強迫ニ以テ述フル所アルヘシ

強迫ハ三個ノ要素ヨリ成立ス一ニ曰ク暴行ニ曰ク恐怖三ニ曰ク法律行為ニ從事スルコト是ナリ暴行ニ因テ恐怖ヲ生セシメ法律行為ニ從事セシムルトキハ即チ之ヲ強迫ト云フ羅馬法律ニ於テハ通常強迫ニ該當スル文字ヲ用ヒス今日獨逸語ニ「ツワング」(Zwang)ナル語アレトモ羅馬ニハ之ナカリキ然レトモ「ヴィス」(Vis)即チ暴行ナル文字ト「メーツス」(Metus)即チ恐怖ナル文字トヲ用ヒ遂ニハ「ヴィス、アク、メーツス」(暴行及恐怖)ナル文字ヲ生スルニ至レリ抑モ暴行ニハ二種類アリテ存ス其一ハ即チ人ノ心ニ對スルモノニシテ他ノ一ハ即チ人ノ身體ニ對スルモノナリ今例ヲ擧ケテ之ヲ示サンニ茲ニ甲ナル者アリ乙ノ手ヲ捉ヘテ證書ニ捺印セシメタルカ如キハ即チ身體ニ對スル暴行ナリ斯クノ如キ場合ニ於テハ其證書タルヤ反古同様ニシテ何等ノ效力ヲ有スルモノニアラス故ニ若シ其證書中ニ契約ノ文言ヲ記載セラレタリトスルモ契約ハ斷シテ成立スルコトナシ何トナレハ乙即

チ被強迫者ハ證書ニ捺印スルノ意思ナカリシモノナレハナリ而シテ余カ是ヨリ説明セントスルハ身體ニ對スル強迫ニアラスシテ人ノ心ニ對スル強迫ノコトナリ

羅馬ノ市民法ニ依レハ強迫ヲ受ケテ法律行為ヲ爲スモ尙ホ完全ナル效力ヲ有スト云フ然レトモ羅馬ノ裁判官ハ所謂大官法ニ於テ之ヲ多少ノ修正ヲ加ヘ以テ其被強迫者ニ對スル相當ノ救濟策ヲ講シタリ而シテ此救濟策ニ三アリ即チ左ノ如シ

第一 「イン、インテグラム、レス、チツチオ」(In integrum restitutio) 即チ被害者ヲ舊地位ニ復セシムルコトナリ是レ頗ル古ク行ハレタル救濟ノ方法ニシテ後世ノ法律ハ之ニ基クモノ少シトス

第二 強迫ニ關スル訴訟ニシテ被害者カ暴行者ニ對シテ物件ノ返還及損害ノ賠償ヲ求ムルヲ得ルコトナリ羅馬ノ訴訟手續ニ依レハ暴行者先ツ物件ノ返還ヲ命セラレ之ニ從ハサレハ即チ其物件ノ價額ノ四倍ヲ拂ハサルヘカラス然レトモ暴行ノ當時ヨリ一今年ヲ經過スレハ被害者ハ單純ノ價額ノミヲ請求スルコ

トヲ得ルニ止マレリ強迫ニ關スル訴訟ハ羅旬語ニテ「イン、レム、スクリプタ」(In rem remissa)ト稱シ即チ世界一般ニ對抗スルコトヲ得ヘキモノナリ換言スレハ被害者ハ單ニ加害者ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得ルノミナラス強迫ニ因リテ利益ヲ得タル第三者ニ對シテモ亦之ヲ提起スルコトヲ得ヘキナリ然リト雖モ強迫ニ何等ノ關係ナキ第三者ハ縱令此訴訟ヲ受クルモ被害者ニ對シテ損害ヲ賠償スルニ及ハサルヤ勿論ニシテ唯其獲得シタル物件ヲ返還スレハ即チ足レリトス

第三 強迫ヲ理由トスル抗辯ナリ若シ他人ノ爲メニ意思ヲ強迫セラレ契約ヲ結ビ而シテ其契約ニ付テ訴ヲ受クルトキハ被告ハ則チ強迫ヲ理由トスル抗辯ヲ提出シテ以テ原告ハ請求ヲ拒ムコトヲ得ヘシ此抗辯モ亦「イン、レム、スクリプタ」ニシテ何人ニモ對抗スルコトヲ得ルモノナリ凡ソ救済ハ如何ナル程度ノ暴行ニ對シテ與フルモノナリヤト云フニ重大ナル危険ヲ生スル虞アル場合ニ非サレハ裁判官ハ決シテ救済ヲ與フルコトナシ「ユスチニア」ン法典ニ明記スル所ニ依レハ生命、身體、自由ニ對シテ危険ヲ生スルコトアル

場合ニ限リテ之ヲ與ヘ或ハ名譽ヲ汚シ或ハ訴訟ヲ起ス等ノ強迫ニ對シテハ未タ以テ救済ヲ與フルニ足ラスト爲セルニ似タリ但シ其條文ヲ解釋スルニ方リテハ學者間議論アリ殊ニ財産ニ對シテ危険ヲ生スル虞アル場合ニハ果シテ救済ノ原由トスヘキモノナリヤ否ヤノ如キハ大ニ議論アル所トス「サヴィニ」ハ之ニ付キ斷案ヲ下シテ財産ニ對スル強迫ハ救済ノ原由トスル能ハスト云ヘリ「サヴィニ」ハ羅馬法ノ大家ニシテ一時雷名ヲ轟シタル者ナルカ故ニ其強迫ニ關スル解釋モ亦諸國法學者ノ議論ニ影響ヲ及ホシタルヤ言ヲ俟タス然レトモ近世ニ至テハ之ヲ陳腐ノ説トシテ排斥スル者多シ何トナレハ法典中ニハ縱令生命、身體、自由ニ對スル危険ヲ列擧シテ敢テ一言モ財産ニ對スル危険ニ及フコトナシト雖モ而カモ此三者ノ場合ニ限リテ救済スルノ理由ヲ發見セサレハナリ故ニ財産ニ對シテ危険ヲ生スルノ虞アル場合ニ於テモ亦之ヲ救済セストノ明文ナキ以上ハ救済ノ原由トスルコトヲ得ヘントノ説勝ヲ制スルニ至レリ又危険カ直チニ生スヘキモノ即チ目前ニ現ハル、場合ニ非サレハ救済ノ原由トナラス然リト雖モ其危険タルヤ必スシモ被強迫者自身ニ對スルノ危険ナルヲ要

セス例へハ汝ノ愛子ヲ殺スヘシト強迫セラレ其危険目前ニ逼リテ奈何トモスヘ
カラサルヲ以テ已ムナク強迫者ノ財産ヲ讓受ケタルカ如キ場合ニ於テハ裁判官
ハ之ニ救済ヲ與ヘ其契約ヲ以テ無効トスルニ躊躇セサルナリ
然レトモ羅馬ニ於テハ或特別ノ場合ニハ強迫ニ出テタル法律行為ハ之ヲ無効ト
爲シタルコトアリ例へハ強迫ヲ受ケテ結婚シタルトキハ其結婚ハ全然無効トナ
リテ最初ヨリ成立セサルト一般ナリ而シテ結婚ヲ好マサル者ヲシテ強テ結婚セ
シメタル場合ニ於テモ亦此規則ヲ適用ス然レトモ子カ父ノ命ニ從ヒテ自己ノ好
マサル婦女ト結婚スルハ之ヲ有效ナリトセリ

第五節 詐欺 (Dolus)

羅馬ノ裁判官ハ詐欺ヲ受ケタル者ニ對シテ又左ノ三種ノ救済ヲ與ヘセリ

第一、 被害者ヲ舊地位ニ復スルコト

第二、 詐欺ノ訴訟

第三、 詐欺ノ抗辯

被害者ハ詐欺ノ訴訟ニ於テ法律行為ノ取消及損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘ

シ而シテ其被告トナル者ハ詐欺者及ハ其相續人ナリ故ニ詐欺ニ關係ナキ第三者
ハ縱令詐欺ニ因テ利益ヲ受クルコトアルモ爲メニ訴訟ノ被告人ト爲ルコトナシ
此點ニ付テハ詐欺ト強迫ト相異レリト謂フヘシ即チ強迫ヲ理由トスル訴訟ハ「イ
ン、レム、スクリプタ」ニモ詐欺ニ關スル訴訟ハ「イン、レム、スクリプタ」ニアラス是
レ蓋シ法理上ヨリ論スルトキハ固ヨリ完全ナルモノニアラスト雖モ羅馬法ノ規
則ハ實ニ斯クノ如クナリシナリ

被害者ハ詐欺ノ爲メニ成立シタル法律行為ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルハ勿論ナ
レトモ若シ其被害者ニシテ損害ノ賠償ヲ求メント欲セハ一方ニ於テハ物件ノ市
價ト一方ニ於テハ詐欺ヲ受ケテ支拂ヒタル金額トノ差ヲ請求スルコトヲ得ルモ
ノトス

詐欺ハ必スシモ言語ノミニ因リテ行ハル、モノニアラス言語以外ノ方法ニ因リ
テ之ヲ行フコトアリ甚シキニ至リテハ沈黙シテ詐欺ヲ行フコトヲ得ヘシ抑モ沈
黙ハ如何ナル場合ニ於テ詐欺トナルヤト尋ヌルニ普退一般ノ人カ沈黙ヲ守ラス
シテ事務ヲ取扱フ場合即チ事實ノ儘ニ告クル場合ニハ相手方ハ必ス之ヲ告ケラ

ル、ナラント豫想スルハ人情ノ然ラシムル所ナリ故ニ斯クノ如キ場合ニ於テ沈黙ヲ守リ之ヲ告ケナリシトキハ又稱シテ詐欺(Dolus)ト云フ例ヘハ或物件ヲ賣買スルニ當リ若シ其物件ニ瑕疵アリトセハ賣主ハ瑕疵ノ模様ニ依リ通常買主ニ之ヲ告クヘキナリ而シテ買主モ亦其模様ニ依リテハ之ヲ告ケラル、コトヲ信シテ疑ハサルヤ必セリ然ルニ賣主カ之ヲ告ケサルトキハ賣主ノ行爲ハ往々詐欺トナルコトアリ但シ賣主カ之ヲ告ケストモ買主ニ於テ其瑕疵ヲ知レルナラント思惟セラルヘキ相當ノ理由アリタルトキハ即チ之ヲ詐欺トスヘカラサルナリ試ニ之ヲ英國法ニ比シテ考フレハ賣主カ之ヲ告クヘキノ義務アルニ拘ラス沈黙ヲ守リシトキハ詐欺ナリト云フニアリ即チ義務ノ二字ヲ用ヒテ立論スルハ英國法學者ノ常トスル所ナレトモ羅馬法ハ古代ノ法律ナルヲ以テ斯クノ如キ精確ナル文字ヲ用ヒサリシナリ但シ其精神ハ同ナルコト言フ俟タス

第六節 錯誤(Error)

羅馬法學者カ錯誤ニ關スル種々ノ場合ニ付テ論斷ヲ與ヘタルハ「ユスチニアン」法典ノ學說彙纂第十八卷ニ依リテ明カナリ故ニ羅馬ニ於テハ如何ナル場合ニ如何

ナル判決ヲ下シタルヤハ今日容易ニ之ヲ推知スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ如何ナル大原則ニ從テ此等ノ判決ヲ下シタルヤハ之ヲ知ルコト實ニ難シ蓋シ羅馬ノ法律學者ハ哲學家ニ乏シク實際家ニ富ミタルカ故ニ抽象的ノ原則ヲ説明スル者ナカリシヲ以テナリ有名ナルサヴィーニハ種々ノ場合ヲ對照シテ羅馬ニ於テハ斯クノ原則ヲ立テタリトノ説ヲ世ニ發表シ一時非常ノ勢力ヲ逞ウシタリト雖モ未タ以テ完全無缺ナリト云フコトヲ得ス近世ニ及テ獨逸ノレオンハルド(Leonhard)チツテルマン(Zitelmann)等錯誤ニ關スル論文ヲ公ニセリ是レ亦學者間ノ輿論ヲ代表セルモノト云フコトヲ得ス之ヲ要スルニ錯誤ニ關スル羅馬法ノ規則果シテ如何ハ之ヲ確知スル能ハサルナリ故ニ今單ニ余ノ管見ニ依リテ羅馬法ノ原則トスル所ヲ説明セン

- 第一 羅馬ニ於テハ錯誤者ニ何等ノ過失ナキ場合ニ於テノミ法律ノ保護ヲ受ク即チ所謂過失ナキ錯誤(Error probablis)ニアラサレハ法律ノ保護ヲ受ケサルナリ
- 第二 羅馬ニ於テハ錯誤ヲ四種ニ區別セリ一ニ曰ク「エルロル、イン、ベルソナ」(Error in persona)二ニ曰ク「エルロル、イン、ネグチオ」(Error in negotio)三ニ曰ク「エルロル、

「イン、コルポレ」(Error in corpore)四ニ曰ク「エルロル、インズプスタンチア」(Error in substantia)是ナリ今此順ヲ逐フテ簡短ナル説明ヲ爲サン

「エルロル、イン、ベルツナ」ハ人ニ關スル錯誤ナリ例ヘハ甲ナル者乙ト法律行爲ニ從事スルノ意思アリ誤テ丙ト共ニ從事シタルカ如キ場合ニ於テハ其法律行爲タルヤ無効ナリ今日ニ於テハ此類ノ錯誤ハ法律行爲ノ不成立ノ原因トハナラス殊ニ現金賣買ノ場合ノ如キハ殆ント人ヲ誤ラサル場合ト同一ナリ

「エルロル、イン、ネゴチオ」ハ法律行爲ノ種類ニ關スル錯誤ナリ例ヘハ甲ナル者乙ノ土地ヲ買ハント欲シタルニ乙ハ之ヲ貸サント欲シタルカ如シ斯クノ傳キ場合ニ於テハ賣買ハ勿論貸借モ成立セス結局何等ノ法律行爲ヲモ生セサルナリ蓋シ法律行爲ノ要素タル合意カ雙方間ニ存在セサレハナリ

「エルロル、イン、コルポレ」ハ目的物其モノニ關シテ錯誤アル場合ナリ例ヘハ甲ノ意思ハ東京ニアル所ノ土地ヲ賣渡サントシタルニ乙ハ大阪ニアル所ノ土地ヲ買ハントシタルカ如シ此場合ニ於テモ亦雙方間ニ合意ナキヲ以テ賣買成立スルコトナキナリ或學者ハ「エルロル、オン、コルポレ」ナル文字ニ廣汎ナル趣味ヲ附

シ以上述ヘ來リタル三者ノ總稱トナセリ若シ此意味ニシテ正確ナリトセハ「エルロル、イン、コルポレ」ナル文字ニハ廣狹二様ノ意義アリト云フヘシ而シテ廣義ノ「エルロル、イン、コルポレ」ノ場合ニハ皆法律行爲カ始メヨリ成立セサルモノトス何トナレハ當事者ノ一方又ハ雙方ノ意思カ意思表示ト一致セサレハナリ最後ニ「エルロル、イン、ズプスタンチア」ハ物質ニ關スル錯誤ナリ例ヘハ鍍金シタル物品ヲ眞物ナリト誤認シ又男ノ奴隸ヲ以テ女ノ奴隸ト信シタルカ如キ場合ハ即チ是ナリ羅馬人ノ述ヘタル實例ヲ見レハ酢ト酒トヲ誤リタルカ如キモ亦此中ニ入ルトセリ今日我國ニ於テハ酢ト酒トヲ誤ルカ如キハ之ヲ物質ニ關スル錯誤ト云フ者ナカルヘシ物質ニ關スル錯誤ノ場合ニハ意思ト意思表示トカ一致セサルニアラスシテ意思表示ノ原因一步ヲ進メテ云ヘハ法律行爲ノ原因ニ付テ錯誤アルナリ例ヘハ甲カ乙ニ一個ノ花瓶ヲ賣渡シタリト假定セヨ此場合ニ於テハ意思ト意思表示トハ互ニ相一致セリ故ニ當事者雙方間ニ合意アリト云ハサルヲ得ス然レトモ乙ハ心ニ其花瓶ヲ以テ鈍金ナリト信シ甲ハ鍍金シタル物ナルコトヲ知り雙方其點ニ付テ沈黙シ敢テ一言ヲ發セス各自其信スル

所ニ基キテ買買シタルカ如キ場合ニ於テハ即チ法律行為ノ原因ニ付テ錯誤アリシモノト云フヘシ

物質ニ關スル錯誤ノ場合ニ於テハ當事者ノ一方カ時トシテ法律行為ヲ排斥スルコトヲ得並ニ時トシテト云フハ他ナシ如何ナル場合ニモ之ヲ許スニアラス羅馬ノ法律上善意ヲ要スル法律行為ニ限ルナリ所謂善意ヲ要スル法律行為トハ「ボネ、フイ、テイ、ネゴチア」(Bona fidei negotia)ニシテ之ヲ詳説セント欲セハ羅馬ノ訴訟手續ヨリ之ヲ爲サ、ルヘカラス故ニ今之ヲ略ス例ヘハ買買ノ如キハ即チ此善意ヲ要スル法律行為ノ中ニ入ルモノトス故ニ買買ニ於テ物質ニ關スル錯誤アリシトキハ當事者ハ之ヲ理由トシテ以テ買買ヲ取消スコトヲ得ヘキナリ蓋シ法律行為ニ從事シタル場合ニ當事者ノ一方カ錯誤ニ陥リシモ之カ取消ヲ許サ、ルモノトセハ其損害實ニ甚シク且ツ他ノ一方ハ注意ヲ缺キタル責アルモノニシテ之ヲ善意ナリト云フコトヲ得ス是レ即チ錯誤者ノ言ヲ容レテ法律行為ノ取消ヲ命スル所以ナリ而シテ其法律行為ハ始メヨリシテ無効ナルニアラス元來羅馬ノ民法ニ依レハ無効ナリトシタレトモ裁判官ハ其法律行為カ

善意ヲ要スル法律行為ナル場合ニノミ相當ノ救濟ヲ與フルノ目的ヲ以テ取消ヲ命シタルナリ之ヲ譬フルニ猶ホ強迫及詐欺ノ場合ニ相當ノ救濟ヲ與フルト同一ノ理由ニ基キテ救濟ヲ與フルモノトス裁判官カ救濟ヲ與フルニ付テハ其錯誤ハ貴重ナル錯誤ナラサルヘカラス即チ其錯誤ナカリセハ法律行為ニ從事セサリシナラント認ララル、錯誤ニ非サレハ裁判官ハ頑然トシテ救濟ヲ與ヘサルナリ前例ニ付テ之ヲ曰ハン平乙ニシテ若シ彼ノ花瓶ノ鍍金シタル物ナルコトヲ知リシナラハ恐ラクハ之ヲ買ハサリシナラント認メラル、場合ニアラサレハ裁判官ハ決シテ買買ノ取消ヲ命スルコトナキナリ

第七節 法律及事實ノ不知

前節ニ述ヘタルカ如ク錯誤者カ法律ノ保護ヲ受クルニハ何等ノ過失ナキコトヲ要ス爰ニ於テ問題ヲ生スルハ如何ナル場合ニ過失アリト認ムヘキカ又如何ナル場合ニ錯誤者ニ過失ナキカノ點是ナリ羅馬ノ法律家カ之ニ對シテ説ヲ爲セル所ヲ聞クニ曰ク法律ヲ知ラサルハ知ラサル者ノ過失ニシテ事實ヲ知ラサルハ知ラサル者ノ過失ニアラス故ニ法律ヲ知ラサルカ爲メニ錯誤ニ陥ルト雖モ裁判官ハ

之ヲ救済セス然レトモ事實ヲ知ラサルカ爲メニ錯誤ニ陥リタル場合ニ於テハ救済ヲ與フヘキモノトセリ然ラハ則チ何故ニ法律ノ錯誤カ裁判官ノ顧ミル所トナラサリシヤト云フニ羅馬ノ法律家ハ答ヘテ曰ク凡人ハ皆法律ヲ知ルコトヲ得ルモノナレハナリト然レトモ實際ノ有様ヲ見レハ羅馬ノ浩瀚ナル法律書ハ通常人ノ能ク知ル所ニアラス故ニ右ノ理由ハ單ニ表面上ノ理由タルニ過キサレナリ抑モ其真正ノ理由タルヤ若シ法律ヲ知ラサルノ故ヲ以テ責任ヲ問ハサルモノトセハ裁判官ハ一切ノ司法事務ニ執筆スルコトヲ得サルニ至ラン加之何某カ果シテ法律ヲ知ルヤ否ヤハ到底判定シ得ヘキ所ニアラサルナリ是ヲ以テ羅馬法ノミナラス大抵諸國ノ法律ハ法律ヲ知ラサル爲メニ錯誤ニ陥ルモ裁判官ハ之ニ救済ヲ與フヘキニアラストセサルハナシ然リト雖モ嚴正ニ之ヲ守ルトキハ又却テ弊害ヲ生スルノ恐アリ故ニ羅馬法ニ於テモ亦之ヲ嚴正ニ解セスシテ法律ヲ知ラサルカ爲メニ錯誤ニ陥リタル場合ニハ時トシテ之ヲ救済スルコトアリ又之ト同シク事實ヲ知ラサルカ爲メニ錯誤ニ陥リシ場合ト雖モ裁判官カ救済ヲ與ヘサルコトナキニアラス即チ當事者カ重大ナル懈怠ノ爲メニ事實ヲ知ルコト能ハサリシ

場合ニ於テハ縱令錯誤ニ陥リタリトスルモ裁判官ハ救済ヲ與ヘサルナリ之ニ反シテ當事者カ通常一般ノ注意ヲ用フルモ到底法律ヲ知ルコトヲ得サル場合ニハ裁判官ハ相當ノ救済ヲ與フルモノトス例ヘハ法律ノ解釋ニ付テ學者間ニ紛争アル場合ノ如キハ通常一般ノ人ハ十分ニ注意ヲ施スモ其孰レカ是ニシテ孰レカ非ナルヤハ容易ニ之ヲ判斷スル能ハス況ンヤ羅馬ニ於テハサピヌス派トフロクトルス派トノ間ニ往々議論ノ衝突ヲ生シ結ンテ解ケサルカ如キ事情アリテ法律上ノ學說ノ當否ヲ知ルハ頗ル難シトスル所偶一法律家ノ鑑定ヲ得ルモ之ヲ以テ直チニ確定不動ノ斷案ト爲スヲ得サルニ於テオヤ故ニ此等ノ場合ニ於テハ尋常一般ノ人カ法律ヲ知ラスシテ錯誤ニ陥リシトキハ裁判官ノ救済ヲ受クルヲ得タリ又或種類ノ人物ハ法律ヲ知ラサルカ爲メニ常ニ裁判官ノ保護ヲ受ケタリ例ヘハ婦女兵卒ノ如キ是ナリ

第八節 無效及取消

無效トハ法律行為カ外面上成立スルカ如ク見ユレトモ其實成立セサルヲ謂フ無効ノ法律行為ハ羅句語ニテネゴチウム、ヌルウム(Negotium nullum)ト稱ス抑モ法律

行為ニ初ヨリ無効ナルコトアリ又後ニ至リテ無効トナルコトアリ其成立ノ當時ヨリ要素ヲ缺キタル所ノ法律行為ハ即チ初メヨリ無効ナルモノトス例ヘハ契約ヲ結フ能力ナキ者カ契約ヲ結ビタル場合ノ如キ是ナリ又彼ノ要式^ロ約ノ場合ニ於テ其方式ヲ踐マシテ契約シタルトキハ初メヨリ無効ノモノトナル又法律行為成立ノ當時ハ要素ヲ缺カサレトモ後ニ至リテ要素ノ消滅スルコトナキニアルス此場合ニ於テハ法律行為ハ要素消滅ノ時ヨリ無効トナル例ヘハ遺言ヲ爲シタル者アリテ其遺言ハ固ヨリ有效ナルモノナリト雖モ其後ニ至リテ遺言者カ遺言能力ヲ失フトキハ其遺言ハ則チ無効トナルカ如シ

デルンブルヒ、ウインドシャイド等ノ説ニ依レハ無効ニハ有對(Relative Nichtigkeit)ト無對(Absolute Nichtigkeit)トノ二種類アリ而シテ無對無効ハ法律行為カ何人ノ眼ヨリ見ルモ成立セサル場合ニシテ如何ナル人ト雖モ其成立ヲ主張スルコト能ハサルナリ蓋シ其法律行為ノ無効ハ初メヨリ既ニ決定セルモノナレハナリ然レトモ有對無効ノ場合ニ於テ其無効ナルコトハ未タ決定セサルモノニシテ唯其利害關係人ニ於テ之カ無効ヲ主張スルトキニ於テ始メテ法律行為ノ無効ヲ致スモノナリ是

レ獨リ羅馬法ノミナラス他ニ於テモ亦往々之ヲ見ル近世獨逸天主教ノ寺院法規則ニ依レハ強迫ヲ受ケテ結婚シタルトキハ其結婚ハ無効ナリ然レトモ是レ實ニ有對無効ニシテ之ヲ主張スル當事者ハ無効ニ關スル訴訟(Nichtigkeitsklage)ヲ起ストトヲ必要トスルナリ獨逸ノブランデイス(Brandeis)此有對無効ノ説ヲ駁撃シタルヨリ以來之ヲ贊成スル者モ亦尠ナカラスト雖モ而カモ無効ニハ無對ト有對トノ二種類アリト云フノ説ハ今日尙ホ其勢力ヲ擅ニスル所ナリ

元來無効ニ斯クノ如キ區別アリヤ否ヤハ法理學上ヨリ觀察スレハ頗ル興味アル問題ナリ又之ヲ近世ノ法律ニ適用セントスルモ快活ナル理想ナリ然レトモ其説ヲ爲ス者動モスレハ即チ之ヲ羅馬法ニモ適用セントシ羅馬法ニモ亦此區別アリシトスル者多シ今如何ナル實例ニ付テ之ヲ説明スルヤト云フニ羅馬法ノ規則ニハ「スタツリベル(Staliber)ナルコトアリ」ユスチニアン法典ノ記スル所ニ據レハ條件又ハ期限ヲ附シテ奴隸ヲ解放スルトキハ其解放セラレヘキ者ヲ稱シテ「スタツリベル」ト云フ又負債者カ債主ノ迷惑トナルコトヲ願ミスシテ負債ヲ償却スルノ資力ナキニモ拘ラシ自己ノ奴隸ヲ解放スルトキハ其奴隸ハ「スタツリベル」トナル

然ルニ或學者ハ此法文ヲ讀ミテ以爲ヘラク若シ債主ニシテ其解放ノ無効ナルコトヲ主張セン乎其解放ハ忽チニシテ無効トナルヘシ是レ豈ニ有對無効ノ適例ニアラストセンヤト然レトモ此說ハ羅馬法ノ解釋トシテ大ニ謬レリ想フニ羅馬人ハ無効ニ有對無對ノ區別ヲ爲スノ考ナカリシヤ必セリ且右述ヘタリ場合ハ無効ニアラスシテ寧ロ取消ノ場合ナリト斷言スルヲ慣ラサルナリ

以上無効ニ付テ説明シタルヲ以テ是ヨリ取消ノコトヲ一言セン取消シ得ヘキ法律行爲ハ羅馬固有ノ市民法ニ從フトキハ大抵有效ナリト雖モ其法律行爲ニ缺點アルカ爲メニ裁判官カ之ヲ取消スニ至リタルモノトス例ヘハ他人ノ強迫ヲ受ケテ法律行爲ニ從事シタル者アリト假定セヨ被害者ハ其強迫ヲ理由トシテ法律行爲ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ又法律行爲ノ當事者以外ノ人ニテモ時ニ或ハ其法律行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合アリ例ヘハ「スタツリベル」ノ場合ニ於テ債主ハ何時ニテモ奴隸解放ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ又例ヘハ負債者カ資力ナキニモ拘ラス自己ノ財産ヲ他人ニ讓與スル場合ニ於テ債主タル者ハ其讓與ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ此取消ノ訴訟ヲ稱シテ「アクチオ、パウリアナ」

(Actio Pauliana) ト云ス蓋羅馬ノ五大法律家ノ一人タルパウルスカ之ヲ發明シタルモノナルカ故ニ斯クノ如キ名アリ譯シテ詐害行爲廢罷ノ訴訟ト云ハ、可ナラシカ羅馬時代ニ於テハ此訴訟ハ十分ニ發達セスシテ債主ノ權利ヲ保護スルコト稍薄キニ失シタリシカ近世ニ及ヒテ長足ノ進歩ヲ爲セリ

羅馬法律ノ所謂取消ハ近世法律ノ取消ト稍異ナル所アリ前ニモ一言シタルカ如ク法律行爲ハ市民法ニ於テハ完全ナル效力ヲ有スルモノトス故ニ今羅馬法律ノ區域内ニ於テ無効ト取消トヲ比較シテ據スルニ無効ハ法律行爲ノ成立ヲ打破スルモノニシテ取消ハ法律行爲ノ效力ヲ斷絶スルモノナリ若シ其效力ニシテ斷絶セハ縱令法律行爲ハ存在スルモ實効ナキヤ言フ俟タス然リト雖モ取消ハ單ニ裁判官ノ救済ニ止マルカ故ニ之カ爲メニ市民法ノ權利ヲ奈何トモスル能ハス故ニ市民法ニ於ケル效力ハ依然トシテ繼續スルモノト云フヘシ

無効ノ法律行爲ハ追認シテ之ヲ有效トスルヲ得ス或ハ羅馬法ハ追認ヲ許シタリト論スル者ナキニアラスト雖モ無稽ノ甚シキモノトス即チ原則トシテハ追認ヲ許サス若シモ無効ノ法律行爲ノ缺點ヲ知り之ヲ彌縫シテ追認セント欲セハ即チ

之ヲ新タナル法律行為トス

取消シ得ヘキ法律行為ハ追認スルコトヲ得而シテ之ヲ追認スルトキハ其效力既往ニ遡リ初メヨリ完全ニ成立シタルモノト看做シ又之ヲ取消スヘキ時期ニ取消サハルトキハ其法律行為ハ遂ニ有效トナルナリ羅馬法律ニ依レハ取消ノ方法三アリ第一抗辯ニ依ルコト第二訴訟ヲ起スコト第三インインテグルム、レスチツチオ即チ被害者ヲ舊地位ニ復シテ權利ヲ保護スルコト是ナリ此中第三ノ方法ハ後世之ヲ用フルコト少ナキニ至レリ

第九節 代理

羅馬ニ於テハ代理ニ關スル規則ノ發達シタル跡ヲ見ス唯其末造ニ及ヒ將ニ發達セントスル兆候ヲ現ハセシノミ然ラハ何故ニ羅馬法ニ於テハ代理ノ規則カ發達セザリシヤト尋ヌルニ其原因ニアリテ存ス

第一 往古羅馬ニ於テハ契約其他總テノ法律行為ニ從事スルニハ最モ嚴正ナル方式ヲ要シ若シ之ヲ履行セサルコトアレハ即チ其行為ハ無効トナル然リ而シテ其方式ヲ重ニスルノ極途ニ代理人ヲシテ其方式ニ從事セシムルコトヲ許サ

ス當事者自身之ヲ履行スヘキコトヲ要シタリ此思想ハ深ク羅馬人ノ腦裡ニ浸染シテ後世無方式ノ法律行為カ漸ク増加シタルニ拘ラス尙ホ代理ヲ用フヘカラストノ規則墨守シタルナリ

第二 往古羅馬ニハ奴隸ノ制度アリ此奴隸カ常ニ代理人ノ用ヲ辨シタルカ故ニ自由人ヲシテ代理セシムルノ必要ハ極メテ少ナカリシナリ抑モ奴隸ナルモノハ獨立ノ人格ヲ備ヘサルカ故ニ法律上ノ觀念トシテハ物件外擇フ所ナシ又羅馬ニ於テハ家子ノ獲得シタル物件ハ總テ家父ノ所有ニ歸セリユヌチニアンノ時代ニ於テスラ家子カ家父ノ財産ヲ使用シテ新タニ得タル財産ハ皆之ヲ家父ノ所有ト爲セリ是レ固ヨリ眞ノ代理ト云フコトヲ得ス何トナレハ縱令家父カ其事實ヲ知ラサルニセヨ又之ヲ望マサルニセヨ斯クノ如キ物件ハ法律ニ依テ悉ク家父ノ有トナルモノナレハナリ又縱令家子カ新タニ得タル物件ハ之ヲ自己ノ所有ト爲サントスルモ法律ハ尙ホ之ヲ家父ノ所有ニ歸スヘキモノトシタレハナリ此等ハ皆羅馬法ニ特別ナル規則ニシテ近世ノ所謂代理ノ規則ト異ナルモノトス然レトモ其結果ヨリ觀察スレハ眞ノ代理ニ類スルコト甚タ多シト

夫レ類スルコト多キカ故ニ却テ代理ノ規則ノ發達ヲ促サ、リノモノ、如シ
 ガイユスノ法學楷梯ニ依レハ自由人ヲ用ヒテ財産ヲ獲得スルコトヲ得スト云ヘ
 リ此所謂自由人トハ自己ノ奴隸又ハ其權下ニ在ル家子以外ノ者ヲ指スナリ而シ
 テガイユスノ説明セル所ハ即チ羅馬人ノ思想ヲ代表セルモノト云フヲ得ヘキカ
 故ニ羅馬人カ自由人ヲ代理人トスル精神ナカリシヤ明カナリ
 一般ノ原則トシテハ羅馬ニ於テハ代理ヲ認メサリシコト右ノ如シト雖モ稍後世
 ノ羅馬法律即チモデスツヌス時代ノ法律ニ依レハ此原則ニ對シテ例外ヲ設ケタ
 リ其例外トハ何ソヤト云フニ占有ハ自由人ノ商ヲ經テ獲得スルコトヲ得ルノ點
 ニアリエスチニアノ法令類典ニ徵スレニ是レ或時代ニ於テハ原則ニ對スル唯
 一ノ例外ナリシカ如シ然リ而シテ此原則ハ固ヨリ羅馬ノ滅亡ニ至ルマテ終始變
 スルコトナシト雖モ或ハ例外ノ規則ヲ設ケ或ハ代理ニ似タル規則ヲ設ケテ以テ
 其時ノ需要ニ應シタリ特ニ商業ノ頻繁隆盛ナル頃ニ在リテハ自由人ヲシテ代理
 セシムルコトヲ許サ、ルノ原則ハ實際上甚タ不適當ヲ感スル所ナルカ故ニ之ヨ
 リ生スル種々ノ弊害ヲ矯正スルノ目的ヨリシテ種々ナル規則ヲ發布セリ今其例

ヲ舉クレハ船舶所有主カ自己ノ奴隸若クハ自由人ヲ以テ船長ト爲シテ荷物ノ運
 搬ヲ委任スルトキハ其事項ニ關シテハ荷主ハ船舶ノ所有主ニ對シテ訴ヲ提起ス
 ルコトヲ得ヘシトシタルカ如キ又商業家カ支配人ヲ定メ之ニ商業ヲ委ネタル場
 合ニ於テハ之ヲ委ネタル所ノ商業家本人モ亦其支配人ノ所爲ニ關シテ責任ヲ負
 フ故ニ支那人ト取引ヲ爲シタル者ハ本人ニ對シテモ訴ヲ起スコトヲ得ヘシト爲
 シタルカ如キ皆此類ナリ惟フニ右船長ノ場合ニ於テモ將々又支配人ノ場合ニ於
 テモ共ニ本人カ訴ヲ受クルヲ以テ近世代理法ノ原則ト雖モ相似タル所アリ即チ
 相似タリト雖モ而カモ亦其裏面ヲ觀ルトキハ船長及支配人自身モ亦直接ニ責任
 ヲ免カル、能ハス何トナレハ船長又ハ支配人ト取引シタル荷主又ハ商人ハ船長
 又ハ支配人ニ對シテ訴ヲ起スコト自由ナレハナリ是レ近世代理法ノ規則ト大ニ
 異ナル所トス

要スルニ羅馬ニ於ケル代理ノ規則ハ十分ニ發達セスシテ原則ヨリ言ヘハ自由人
 ヲ以テ代理人ト爲スコト能ハサリシナリ然ルニ晩年ノ規則ニ據レハ或ハ例外ヲ
 設ケ或ハ代理ニ彷彿セル規則ヲ設ケテ代理ニ關スル原則ノ缺點ヲ補ヒタルモノ

ト謂フヘシ故ニ羅馬ニシテ尙ホ姑ク其滅亡ヲ免カレタランニハ代理規則ノ發達ヲ見ルニ至リシコト推シテ知ルヘキナリ

第十節 條件 (Conditio)

近世ノ法律ニ於テハ停止條件ト解除條件トノ區別ヲ認ム羅馬法律ニ於テハ之ニ相當スル用語ナカリシト雖モ其實質ノ存在セシコトハ疑ヲ容レサルナリ古代ノ羅馬法律ニ依レハ解除條件ヲ附シテ物件ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得サリキ然ルニ其後「レックス、コンミッソリア」(Lex commissoria)ノ場合及「アッディクチオ、イン、ディエム (Addictio in diem)」ノ場合ニ於テハ解除條件ヲ附シテ物件ヲ移轉スルコトヲ得トスルニ至レリ所謂「レックス、コンミッソリア」トハ賣買ノ場合ニ買主カ若シ代價ヲ支拂ハザルトキハ賣主ハ其賣買ヲ解除スルコトヲ得トノ附從ノ契約ナリ今日ノ法律ハ雙務契約ハ解除條件ヲ包含スルモノト爲ス即チ雙務契約ノ場合ニ於テハ約結者間ニ何等ノ特約ナシトスルモ苟クモ一方カ義務ヲ履行セサレハ他ノ一方ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルナリ然レトモ是レ近世ニ發達シタル規則ニシテ古代羅馬ノ法律ニ於テ認メサリシ所トス故ニ賣買ノ場合ニ結約者カ契約ヲ解除スル權利ヲ

得ント欲セハ豫メ「レックス、コンミッソリア」ヲ結フコトヲ要シタルナリ又次ニ「アッディクチオ、イン、ディエム」トハ如何ト云フニ例ヲ擧ケテ之ヲ説明セン茲ニ甲ヨリ乙ニ其土地ヲ賣渡シタリ當時乙ニ謂テ曰ク若シ一个月間ニ汝ヨリ多數ノ金額ヲ出サント言フ者アラハ余ト汝トノ契約ハ之ヲ解除セント是レ即チ「アッディクチオ、イン、ディエム」ナルカ故ニ乙ヨリ多數ノ金額ヲ出シテ買受ケント言フ者アルトキハ甲ハ其賣買ヲ解除スルコトヲ得ルヤ論ナシト雖モ解除ノ行ハレサル間ハ賣買タルノ效力ヲ有ス而シテ「レックス、コンミッソリア」ノ場合ト「アッディクチオ、イン、ディエム」ノ場合トハ之ヲ停止條件ト見タリ然レトモユスチニアンカ之ヲ以テ解除條件ト爲シタルヨリ以來法律家ハ擧ケテ其解除條件ナルコトヲ認メサルハナシ從テ物件ノ移轉ニ於テ解除條件ヲ附スルノ原因ヲモ亦之ヲ認ムルニ至レリ此原則ハ延テ今日ニ及ヒ尙ホ用ヒラル、所トス

「プフター」(Pacta)「デルンブルヒ」(Derenburg)「レーゲルスベルガー」(Regelsberger)等ノ說ニ依レハ條件ハ必ス未來ノ事ニ關係スルヲ要スト云フニ在リ然レトモ「ユスチニアン」法典ノ記スル所ニ據テ考フルニ條件ハ必スシモ未來ノ事實ニ關係スルコト

ヲ要セス現在ノ事實ナルモ將タ又過去ノ事實ナルモ不可ナルナシ例ヘハ若シモ其氣船カ海中ニ於テ沈没シタルナラハトノ條件ト附シテ契約ヲ結ヒタル者アリト假定センニ其契約ヲ結ヒタル當時其氣船ハ既ニ海中ニ沈没セシヤモ測ルヘカラス又現ニ沈没シツ、アルヤモ知ルヘカラサルコトアリ然レトモ此等ノ場合ニ於テモ尙ホ條件ハ有效ナリ故ニ其氣船ノ沈没カ縱令客觀的ニ確實ナリトスルモ契約當事者間ニ於テ主觀的ニ之ヲ知ラサルトモハ之ヲ條件トスルコトヲ得ヘシ然レトモ羅馬ニ於テハ過去又ハ現在ノ事實ヲ條件トスル場合ニ於テハ其效果既往ニ遡ラサルナリ法典ノ例ヲ舉ケテ之ヲ證スレハ若シモチ、ユカ(人カ)結婚スルナラハト云フカ如キ又メーヅユス(人カ)生存セルナラハト云フカ如キ條件ヲ附シテ契約ヲ結ヒタリトシ此事實ナクンハ則チ其約束ハ無効トナルモ之ニ反シテ其事實アリトセハ其約束ハ直ニ效力ヲ生ス但其效力ハ既往ニ遡ルコトハ斷シテ之アラサルナリ

羅馬法ニ於テハ「デイエス、チエディット」(Dies edicti)ト「デイエス、ヴェニット」(Dies venit)トノ區別アリ此區別ハ獨リ條件ノミナラス期限ニモ亦適用セラル、モノトス「デイエス、チエディット」

ト「ハ權利義務カ既ニ成立シタルコトヲ云ヒ「デイエス、ヴェニット」トハ義務ヲ履行スヘキ時期ノ到來シタルコトヲ云フ例ヲ舉ケテ之ヲ示セハ茲ニ甲ナル者アリ乙ニ約束シテ曰ク余ハ汝ニ金千圓ヲ與ヘント此場合ニ於テハ債權債務ノ關係既ニ成立セルモノニシテ乙ハ直ニ甲ニ對シ金千圓ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ即チ「デイエス、チエディット」ニシテ且「デイエス、ヴェニット」ヲ兼ネタルモノナリ又甲ナル者アリ乙ニ對シテ約束シテ曰ク余ハ今ヨリ二年以後ニ汝ニ金千圓ヲ與ヘント此場合ニ於テハ二個年ヲ經過スルニアラサレハ甲ハ乙ニ對シテ金千圓ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得サルナリ故ニ是レ「デイエス、ヴェニット」ニアラスシテ「デイエス、ノン、ヴェニット」(Dies non venit)ナリ然レトモ甲乙二人ノ間ニハ既ニ債權債務ヲ成立シタルヲ以テ之ヲ「デイエス、チエディット」ト謂フコトヲ得ヘシ又茲ニ甲ナル者アリ乙ニ約束シテ若シモ汽船カ到着スルナラハ余ハ汝ニ對シテ金千圓ヲ與フヘシト云ヘリ此場合ニハ其事件ノ發生セサル間ハ債權債務ノ關係ハ未タ成立セサルナリ故ニ是レ「デイエス、ノン、チエディット」(Dies non edicti)ナリ然レトモ若シ其事件ニシテ發生スレハ債權債務ノ關係ハ直ニ成立シ而シテ同時ニ其履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ至ルモノトス

即チ「ディエス、チエディット」ニシテ且「ディエス、ヴェニット」ヲ兼スルナリ按スルニ羅馬法ニ於ケル「ディエス、チエディット」「ディエス、ヴェニット」ノ區別ハ甚タ肝要ナルモノニシテ換言スレハ權利ノ成立ト權利ノ效力トノ區別ナリ即チ「ディエス、チエディット」ノ方ハ權利ノ存在ヲ示シ「ディエス、ヴェニット」ノ方ハ權利ノ效果ヲ示スモノトス

條件成就ノ效力ハ既往ニ遡ルヘキヤ否ヤニ付テハ古來學者間ノ議論一様ナラスレ第一説 ウィンドシャイド等ノ説ニ依レハ停止條件ノ場合ト解除條件ノ場合トヲ區別シ停止條件ノ成就シタル場合ニ於テハ其效力既往ニ遡ラスト雖モ解除條件ノ成就シタル場合ニ於テハ既往ニ遡ルト云ヘリ

先ツ停止條件ノ場合ニ付テ説明センニ若シモ汽船カ海中ニ沈没スルナラハト云フ條件ヲ附シタリトセハ其汽船ニシテ果シテ沈没セン乎何レノ時ヲ標準トシテ甲乙間ノ權利義務ヲ定ムヘキモノナルヤ即チ汽船ノ沈没シタル時ヲ以テ標準トスヘキヤ將タ又契約ヲ締結シタル時ヲ以テ標準トスヘキヤ尙ホ之ヲ約言スレハ汽船沈没ノ效力ハ結約ノ當初マテ遡ルヘキヤ否ヤト問フニウィンドシャイド等ノ説ニ依リテ推論スルトキハ汽船沈没ノ效力ハ結約ノ當初ニ遡ラサル

モノトス但ウィンドシャイドノ言ニ徴スルニ是レ蓋シ當事者ノ意思ニ關シテ疑ヒアル場合ニ適用スヘキ規則ニシテ結約者雙方間ニ反對ノ意思ヲ明示シタルトキハ其意思ニ從フヘキハ論ヲ俟タス

次ニ解除條件ニ付テ説明センニ例ヘハ甲カ一物件ヲ乙ニ賣渡シ且謂テ曰ク何月何日マテニ代價ヲ支拂ハサルニ於テハ此賣買契約ヲ取消スヘシト此場合ニ於テ乙カ若シ其期日マテニ代價ヲ支拂ハサルトキハウィンドシャイド等ノ説ニ依レハ其効力ハ契約締結ノ時ニ遡ルヲ以テ甲乙間ノ賣買ハ解除セラレ未タ曾テ成立セサリシト同一般ナリ

第二説 レトゲルスベルガー等ノ説ニ依レハ敢テ停止條件ノ場合ト解除條件ノ場合トヲ區別セスシテ唯漫然條件成就ノ效力ハ既往ニ遡ルトノ議論ヲ排斥セリ是レ蓋シ條件成就ノ效力ハ既往ニ遡ラストノ説ヲ固ク執テ動かサルモノト云フヘシ

第三説 プフター、デルンブルヒ及其他多數ノ學者ノ説ニ依レハ條件成就ノ效力ハ契約ヲ結ヒタル當時ニ遡ルト云ヘリ是レ最モ古ク最モ多クノ學者カ唱道シ

タル所ニシテ羅句語ハ格言ニモ亦之ヲ掲ケリ其格言ニ曰ク(Conditio existens retrahitur ad initium negotii)ト今之ヲ譯スレハ即チ「成就スル所ノ條件ハ法律行為ノ當初ニ遡ル」トノ意ナリトス

條件成就ノ效力ハ既往ニ遡ルヤ否ヤ之ニ答フル學者ノ說ハ千差萬別ナリト雖モ要スルニ右述ヘタル三說ニ歸スルモノトス而シテ余ハ此三說中羅馬法ノ解釋論トシテハウインドシャイド等ノ第一說ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト爲スナリ今夫レ純精ノ法理ヨリ論スルトキハ必スシモ當レリト云フヘカラス即チ解除條件ハ裏面ヨリ觀察シタル停止條件タルニ過キサカ故ニ條件成就ノ效力ハ既往ニ遡ルヤ否ヤノ問題ニ對シテハ停止條件ト解除條件トヲ區別スル答ナク二者常ニ同一ノ答ヲ爲サ、ルヘカラサルナリ然リト雖モ停止條件ハ必ス常ニ解除條件ナリト斷言スルコトヲ得スト云フ學說モ之ナキニアラス是レ實ニ一考ヲ費スノ價值アルモノナリ

次ニ不法條件(Purpura condicio)ニ付テ説明セント欲ス所謂不法條件トハ法律上許スヘカラサル所ノ條件ニシテ即チ世ノ風紀ニ背反スル條件ノ如キハ其一例ナリ斯

クノ如キ條件ヲ停止條件トシテ契約ニ附スルトキハ契約其モノヲ無効トス即チ初メヨリ成立セサルト同一一般ナリ又斯クノ如キ條件ヲ解除條件トシテ契約ニ附スルトキハ契約其モノヲ無効トセサルモ條件ハ效力ヲ有セス然レトモ斯クノ如キ條件ヲ遺贈ニ附シタルトキハ停止條件トシタルト解除條件トシタルトヲ問ハス條件ヲ無効トスルノニシテ之カ爲メニ遺言ヲ無効トスルコトナシ

不法條件ヲ停止條件トシテ契約ニ附シタル場合ニ於テハ契約其モノヲモ無効トスルニ拘ラス遺贈ニ此條件ヲ附シタル場合ニハ遺贈ヲ無効トセサルハ右ニ述ヘタル所ノ如シ是レ抑モ如何ナル理由ニ基クモノナルカ契約ト遺贈トノ間ニハ果シテ此區別ヲ立ツルノ必要アルヤト尋ヌルニ契約ノ場合ニ於テハ當事者雙方共ニ過失アルカ故ニ契約ヲ無効トスヘキモ遺贈ノ場合ニ在リテハ遺贈者ニノミ過失アリテ受贈者ニハ毫モ過失ナシ故ニ遺贈ハ無効ニアラスシテ單ニ條件ヲ無効トスルニ止マルノミ

最後ニ不能條件(Impossibilis condicio)ニ付テ一言センニ不能條件トハ到底遂クルコトヲ得サル條件ナリユスチニアン「法典ニ擧ケタル例ヲ示サハ汝カ天ニ昇ルナラ

ハ余ハ此時計ヲ汝ニ與ヘント云フカ如キハ即チ停止條件附ノ行爲ナレトモ其條件タルヤ不能ニ屬スルヲ以テ法律行爲ハ無効タリ

不能條件ノ效力ニ付テハプロクールス派トサビヌス派トノ間ニ爭論アリ而シテユスチニアンハサビヌス派ノ説ヲ採用シテ不能條件ノ場合ニモ亦不法條件ト同一ノ規則ヲ適用スヘキモノトセリ

第十一節 前定 (Modus)

「モーツス」即チ前定ハ獨逸語ニテ「フオルアウスムエツンク (Voraussetzung)」ト云ヒ人ニ物ヲ與フルニ當リ其財物ノ一部又ハ全部ヲ用ヒテ或事ヲ爲スヘキ旨ノ義務ヲ附スルヲ云フ例ヘハ甲カ乙ニ金一萬圓ヲ與ヘ且之ニ謂テ曰ク汝ハ余ニ對シテ年金五百圓ヲ支拂フヘシト是レ即チ前定ナリ又甲ナル者其死去ニ臨ミ乙ナル學校ニ金十萬圓ヲ寄附シ而シテ學校ノ存在スル限リハ毎年之ヲ以テ懸賞論文ヲ募ルヘシト云フカ如キ歐洲諸國ニ於テ實際往々目撃スル所ニシテ又前定ノ一例ナリ前定ハ條件ト酷ク相似タリ條件即チ「コンディチオナル」文字ヲ廣汎ニ解スルトキハ「モーツス」即チ前定ヲモ含ムヘシ故ニ近世ニ於テハ前定ヲ附シテ物ヲ贈與スル場

合ニモ亦時トシテ斯々ノ條件云々ト記スルコトアリ然レトモ法律家ノ用フル意義ニ從ヘハ條件ハ前定トノ間ニハ少シク相異ナルモノアリ即チ停止條件ヲ附シテ人ニ物ヲ贈與シタル場合ニ於テハ其條件ノ成就スルマテハ受贈者ハ物ヲ享有スルコトヲ得スト雖モ前定ヲ附シテ人ニ物ヲ贈與シタルトキハ之ニ反シ受贈者ハ唯或事ヲ爲スノ義務アルノミ又解除條件ヲ附シテ人ニ物ヲ與ヘタルトキハ其條件カ成就スルヤ否ヤ受贈者ハ當然其物ノ上ニ有シタル權利ヲ失フニ至ルト雖モ前定ヲ附シタル場合ニ於テハ然ラスシテ受贈者ハ必スシモ直ニ權利ヲ失フニ至ラス場合ニ依リテ其效果ヲ異ニス
法律行爲ニ前定ヲ附スルニ付テノ方式ハ法律上別ニ一定シタルモノナシト雖モ兎ニ角贈與者ノ意思ヲ明白ニ表示スルノ必要アリ若シモ其意思表示ニシテ確然タラサルトキハ財産ノ使用方法ニ關シテ忠告ヲ與ヘタルニ過キスト解釋セラルルノ虞レアリ

前定ハ之ヲ遺贈ニ附加スルコトアリ又生存間ノ贈與ニ附加スルコトアリ
第一、先ツ遺贈ニ附加スル前定ニ付テ説明スヘシ抑モ遺贈ニ前定ヲ附シタル場

合ニ於テハ財産ノ遺贈ヲ受ケタル者ハ或事ヲ爲スノ義務ヲ負擔シ若シ其義務ヲ盡サ、ルニ於テハ其受ケタル財産ノ一部又ハ全部ヲ遺贈者ノ相續人ニ與ヘサルヘカラス然リト雖モ財産遺贈ヲ受ケタル者カ若シ或事情ノ爲メニ遺言者ノ命シタル事ヲ爲ス能ハサリシモノナルトキハ時トシテ受贈者ハ其財産ヲ自己ノ許ニ留ムルコトヲ得ヘキナリ

不法ノ前定ヲ附シタル場合ニハ前定ヲ附セサルモノト看做ス此點ニ付テハ前定ト條件トハ其趣ヲ同ウスト謂フヘシ但遺言者カ指定シタル方法ニ依リテ其旨趣ヲ遂クルコトヲ得サルモ若シ相似タル方法ニ依テ遂クルコトヲ得ヘキトキハ其方法ニ從フコトヲ得例ヘハ遺言者カ或市府ニ土地ヲ遺贈シテ曰ク此土地ヨリ生スル所ノ收益ヲ以テ遺言者ノ紀念ノ爲メニ斯々ノ遊戯ヲ演スヘシト然ルニ其遊戯ハ市府ニ於テ演スルコトヲ法律上禁セラレ到底實行スルコトヲ得ストセハ如何此場合ニ關シテ五大法律家ノ一人タルモデスチヌスハ説ヲ述ヘテ曰ク其土地ヲ相續人ニ與フルハ蓋シ遺言者ノ本意ニアラス故ニ市府ノ重役ヲ會シテ別ニ方法ヲ設ケ以テ遺言者ノ紀念ノ爲メニ土地ノ收益ヲ用フルノ

勝レルニ如カサルナリト彼英國衡平法ニ於ケル慈善的信託(Charitable trust)ノ規則ハ甚タ前定ノ規則ニ類似セリ而シテ其中「ドクトリン、オブ、サイプレス」(Doctrine of cypres)ナルモノアリテ寄附者即チ慈善スル人ノ指定ニシテ執行スル能ハサルトキハ其執行ノ任ニ當ル者ハ別ニ寄附者ノ真意ニ近キ所ノ方法ヲ求メテ之ヲ遂クヘキモノトス是レ悉クハ羅馬法ノ前定ニ關スル規則ヨリ換骨脱胎シタルモノナラン歟

羅馬ノ古代法ニ於テハ財産遺贈ヲ受ケタル者ニ對シテ前定ノ義務ヲ盡サシムルノ權利ヲ有スル者ハ死者ノ相續人ナリシカ其後發布セラレタル規則ニ據レハ前定ノ義務ノ履行ニ關シテ利害ノ關係アル者ハ何人ト雖モ履行ヲ求ムルノ權利アリト云フニ至レリ近世獨逸其他ノ法律ニ於テハ前定ヲ附シタル場合ニハ遺言ヲ執行スル人カ往々其監督ノ權ヲ委任セラレ、コトアリ

第二 是ヨリ生存間ノ贈與ニ附加シタル前定ニ付テ簡短ニ説明セン此場合ニ於テハ贈與者故ニ其相續人ハ受贈者ニ對シテ義務ノ履行ヲ求ムルノ權利アリ故ニ若シ受贈者カ義務ヲ遂ケサル場合ニハ或ハ贈與シタル物權ヲ取戻スコトヲ

得ヘク又或ハ義務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ之ヲ解除條件成就ノ場合ニ
比スレハ彼ハ解除條件成就スレハ當然行爲ヲ無効トスルモ此ハ贈與者又ハ其
相續人カ物件取戻ノ手續ヲ爲スコトヲ要スルナリ
羅馬ニ於テハ第三者ノ利益ノ爲メニ合意スルモ其第三者ハ訴權ヲ有セサルヲ
原則トス然レトモ第三者ノ利益ノ爲メニ前定ヲ附シタル場合ニ於テハ其第三
者ニ訴權アリトセリ

第十二節 期限 (Dies)

「デイエス」ナル語ハ通俗ニ日ト云フ意味ヲ有スルモノナレトモ法律上之ヲ期限ノ義
ニ用ヒタルナリ期限トハ例ヘハ二月十五日ニ物品ヲ引渡スヘシト云フカ如キ又
二月十五日ニ金銭ヲ支拂フヘシト云フカ如キ是ナリ
「デイエス」即チ期限ト「コンデイチオ」即チ條件トハ固ヨリ相異ナル所アリ即チ條件トシ
タル事實ハ果シテ發生スヘキヤ否ヤ未必ニ屬スト雖モ期限ハ決シテ未必ニアラ
スシテ事實ノ發生スルコトヲ豫メ知ルヲ得ルモノトス
期限ニハ「チエルツス」(Certus)即チ確定ト「インチエルツス」(Incertus)即チ不確定トノ別ア

リ是レ蓋シ今日ノ法理ニ於テモ相同シト雖モ今參考ノ爲メ之ヲ略述セントス例
ヘハ二月十五日ニ云々スヘシト云フハ確定ノ期限ナリ又二月十五日ヨリ數ヘテ
何日目ニ云々スヘシト云フカ如キモ亦確定ノ期限ナリ
不確定ノ期限ハ更ニ其種類ヲ分テ二ト爲ス一ニ曰ク「デイエス、インチエルツス、グアン
ド」(Dies incertus quando)ニ曰ク「デイエス、インチエルツス、アン」(Dies incertus an)是ナリ「デイ
エス、インチエルツス、グアンド」トハ事實ノ發生スルコトヲ確知スルヲ得ルモ而カ
モ其事實カ果シテ何時發生スヘキヤ確定セサルヲ云フ例ヘハ某ノ死亡ノ日ト云
フカ如キ場合ニ於テハ其死亡スルコトハ豫知シ得ヘキモ何時死亡スルヤ確定ス
ル能ハサルカ如シ

「デイエス、インチエルツス、アン」トハ事實カ發生スルヤ否ヤ豫メ確知スルコトヲ得サル
場合ヲ云フ例ヘハ何某カ成年ニ達シタルトキト云フカ如キ場合ニ於テハ其人ニ
シテ生存スレハ成年ニ達スル時期ハ豫知スルコトヲ得ヘシト雖モ果シテ生存ス
ルヤ否ヤハ得テ之ヲ測ルヘカラス或ハ幾クモナクシテ死亡スルヤモ亦未タ知ル
ヘカラサルカ如シ又例ヘハ何某ノ結婚ノ日ト云フカ如キモ果シテ結婚スルヤ否

ヤ何時結婚スルヤ否ヤヲ確知スヘカラサルカ如シ元來「ダイエス、インチェルツス、アン」ハ果シテ期限ト稱スヘキモノナル乎將タ條件タルニ外ナラサルモノナル乎ニ付テハ學者間多少ノ議論アル所ニシテ甲ハ之ヲ期限ナリト云ヒ乙ハ之ヲ條件ナリト云ヒ兩者相對シテ下ラサルナリ然レトモ余ハ之ヲ以テ期限ト條件トヲ兼ネタルモノト爲ス即チ期限ノ方ヨリ觀察スレハ期限ニシテ條件ノ方ヨリ觀察スレハ條件ナリト云フヘシ前例ニ付テ考フレハ何某カ成年ニ達スルヲテ生存スルヤ否ヤ又結婚スルヤ否ヤハ到底之ヲ確知スルコトヲ得ス此點ヨリ見レハ條件ノ性質ヲ帶フルモノナリ然レトモ其事實ニシテ發生スルトキハ確定シ得ルモノニシテ唯結婚ノ場合ニハ豫メ之ヲ知ルコトヲ得サルノミ故ニ此點ヨリ見レハ期限ナリ要スルニ此等ノ場合ハ皆期限ト條件トノ性質ヲ兼ネ備フルモノトセハ毫モ議論ヲ容ル、ノ餘地ナキニ似タリ

最後ニ始期ト終期ニ付テ一言セント欲ス始期トハ何月何日ヨリト云フ如キ是ナリ終期トハ何月何日マテト云フ如キ是ナリ此始期ニ付テ一問題アリ即チ始期ヲ附セル法律行爲ニ於テハ當事者間ノ權利義務ハ何時ヨリ生スヘキモノナルヤ例

ヘハ三月十五日ニ金若干圓ヲ拂ハントスル契約アリトセハ其日マテハ當事者間ニ債務關係ヲ生セサルヤ又ハ其契約ヲ締結シタル時既ニ權利義務ヲ生スヘキヤト云フニ此點ニ付テモ亦學者間議論ナキニアラス然レトモ余ハ羅馬法ノ解釋上ヨリ云ヘハ雙方間ノ權利義務ハ契約ヲ締結シタルトキ既ニ成立スルモ其效果ハ履行ノ爲メニ指定シタル日ニ生スルモノト信ス嘗テ條件ノ節ニ於テ述ヘタルカ如ク羅馬法ニハ「ダイエス、ヂエット」(Dies cedet)「ダイエス、ヴェニット」(Dies venit)トノ區別アリ今即チ契約ヲ締結シタルトキニ「ダイエス、ヂエット」トナルモ履行ノ爲メニ設ケタル日カ到來スルニアラサレハ「ダイエス、ヴェニット」トナラサルナリ

第二章 期間 (Tempus)

「テンプス即チ期間」ハ佛蘭西語ニ之ヲ「タン」ト云ヒ英語ニ「タイム」(Time)ト云フ之ニ關スル羅馬法ノ規定ヲ説クニ方リ先ツ羅馬ノ曆ニ付テ一言セサルヘヌテス曆ノ最モ古キモノハ「ロームルス」(Romulus)曆ト稱ス此曆ニ依レハ十ヶ月ヲ以テ一年トシ而シテ其一年ノ日數ハ甚々短クシテ僅カニ三百四日ナリトス

次ニ行ハレタルハ「ヌーマー」(Numa)曆ト云フ此曆ハ頗ル進歩シタルモノニシテ三

百五十五日ヲ以テ一ケ年ト爲シ一ケ年ヲ分チテ十二ケ月トセリ然レトモ是レ實ニ太陽ノ運行ト抵觸スルノ不便アリ是ニ於テ別ニ閏月ヲ設ケテ以テ其缺點ヲ補ヒタリ故ニ此曆ハ恰モ我國維新前マテ行ハレタル太陰曆ト相似タリ共和政ノ末造ニ迨ヒテ曆法ヲ改正シ之ヲ實行シタリシカ間モナクユーリュエスツエーザル(Julius Caesar)ノ時ニ至リ又之ヲ改正シ所謂ユーリュエス(Julius)曆ナルモノヲ作レリ是レ即チ純然タル太陽曆ニシテ紀元前四十五年ヨリ之ヲ行ヒタリ抑モ此曆ニ從ヘハ三百六十五日ト六時間ヲ以テ一年ト爲ス而シテ通常ハ三百六十五日ヲ以テ一年トスレトモ四年ニ一度ノ閏日ヲ設ケタリ但此閏日ハ今ノ太陽曆ト異リテ之ヲ二月二十四日ノ後ニ附加セリ或一説ニ依レハ二月二十三日ト二十四日トノ間ニ之ヲ附加シタリト云フモ二十四日ノ後ニ附加シタリトノ説正シキカ如シ然リ而シテ之ヲ二十四日ノ後ニ附加セシモ名義上ヨリ云ヘハ之ヲ二十四日ノ一部分トシタルモノトス即チ二十四日ト閏日トノ二ヲ合セ四十八時間ヲ以テ一日ト看做シ初メノ二十四時間ハ之ヲ前日(Dies prior)ト稱シ終リノ二十四時間ハ之ヲ後日(Dies posterior)ト稱セリ

ユーリュエス曆ハ久シク歐洲ニ行ハレ中古時代ニ至リテモ亦依然タリシカ羅馬法王グレゴリー(Gregory)第十三世ノ時即チ千五百八十二年(我國明ノ成化二十年)ニ之ヲ改メ所謂グレゴリー曆ヲ作レリ此曆ハカトリック宗ノ人ハ直ニ之ヲ用ヒタリト雖モ「プロテスタント」宗ノ人ハ久シク之ヲ用ヒサリキ然レトモ今日ニ於テハ便利ナルヲ以テ一般ニ用ヒラレ現ニ我國ニ行ハル、モノモ亦此「グレゴリー」曆ナリ唯希臘教一名露西亞教ノ信徒ハ今日ト雖モ之ヲ用ヒス

羅馬ニ行ハレタル曆法ハ右述ヘタル所ノ如シ而シテ羅馬ノ隆盛ナル時代ニ於テハ一年ヲ三百六十五日トシ人ノ年齢ヲ算スルニモ時效ノ年限ヲ數フルニモ皆三百六十五日ヲ以テ標準ト爲セリ即チ何月何日ヨリ向フ一ケ年ト云ヘハ三百六十有五日ヲ指シタルモノトス若シ閏年ニ當ルトキハ前述シタル例ニ倣ヒ二月二十四日ト閏日トヲ合セテ一日トスルカ故ニ閏日ハ別ニ之ヲ算入セサルナリ又何月何日ヨリ向フ一ケ月ト云ヘハ三十日ナリトス曆ニ依レハ月ハ大小アレトモ之ニ拘ハラヌ三十日ヲ以テ一ケ月ト看做セリ又一日トハ二十四時間ナリ即チ何年何月何日ノ何時ニ於テ將來一ケ年ヲ計算セント欲セハ一般ノ原則ニ從ヘハ最初ノ

一日ハ必スシモ二十四時間ニ滿ソルコトヲ要セス其時間ヨリ其日ノ夜半マテヲ一日ト看做シテ計算中ニ加ヘタリ然レトモ最終ノ一日ヲ計算スルノ方法ニ至リテハ二種アリ人ノ遺言能力ニ關スル年齢即チ男子ナレハ滿十四歳ヲ計算スルニハ最終ノ一日ハ殆ト之ヲ算入セス其日ノ來ルヤ否ヤ直ニ十四歳ノ年齢ニ達シタルモノト看做ス例ヘハ明治三十四年一月一日ニ出生シタル者ハ何時十四歳トナルヤト云フニ明治四十七年十二月三十一日ニ至ルヤ否ヤ其一瞬間ニ於テ滿十四歳トナリ茲ニ忽チ遺言能力ヲ得ルモノトス然レトモ「プレスクリプチオ」ノ時効期間ヲ計算スルニハ最終ノ一日ヲ計算中ニ加ヘ其日ノ終ルマテ原告ハ被告ニ對シテ訴訟ヲ起スコトヲ得タリ

次ニ繼續期間(Tempus continuum)ト有用期間(Tempus utile)トノ別ヲ説明セン繼續期間トハ一ノ時ヨリ他ノ時ニ至ルマテ繼續スル期間ヲ云ヒ其期間ヲ計算スルニハ一日モ之ヲ省クコトナシ之ニ反シテ有用期間トハ有用ナル日ノミヲ計算シテ無用ノ日ハ敢テ之ヲ顧ミサル期間ヲ云フ例ヘハ裁判所ニ於テ事務ヲ執ラサル日ノ如キハ之ヲ計算中ニ加ヘサルナリ一般ノ原則ヨリ云ヘハ繼續期間ノ計算方法ヲ用

ヒタレトモ若シ法律カ有用期間ノ計算方法ヲ用フヘキ旨ヲ命シタル場合ニ於テハ之ニ從ハサルヘカラス即チ法律ノ規定ニ「アンヌス、ウチレ」(Annus utile)トアル場合ニハ有用期間ノ計算ヲ行ヒ有用ノ日ノミヲ數ヘ三百六十五日ヲ以テ一年ト爲ス故ニ其名ハ一年ト云フト雖モ實際ハ一年半位ニ當ルモノトス

第三章 債權

羅馬法ニ於テハ債權ニ該當スル文字ヲ見ス強テ之ヲ求ムレハ「オブリガチオ」(Obligatio)ナラン然レトモ此「オブリガチオ」ナル文字ハ時トシテハ債權ヲ指シ時トシテハ債務ヲ指シ又時トシテハ債務關係ヲ意味スルコトアリ今其字源ヲ探究スルニ蓋シ「結著ケル」ト云フ意味ノ文字ヲ名詞ト爲シタルモノナリ故ニ從來之ヲ法鎖ト譯シタルハ寧ろ適切ト謂フヘシ

「ユスチニアン」(法典ノ與ヘタル定義ニ依レハ「オブリガチオ」トハ國法ニ從ヒテ或事ヲ遂クルカ爲メノ法鎖(Juris vinculum)ナリト云ヘリ然ラハ所謂或事ヲ遂クルトハ何ソヤト尋ヌルニユスチニアンヨリ以前ノ時代ノ人バウルスノ言ニ曰ク

一、「デーレ」(Dare)

二、「ファイトエン」(Facere)
 三、「プレスタール」(Praestare)
 ノ三者ヲ包含スト而シテ此中「ダール」トハ即チ與フルコトニシテ所有權ヲ移轉スルヲ云フ「ファイトチェレ」ト「プレスタール」トノ解釋ニ付テハ學者間議論アリ或一派ノ學者ノ說ニ依レハ「ファイトチェレ」ハ爲スト云フ語ナルカ故ニ所有權移轉以外ノ事ヲ指シ「プレスタール」ハ損害ノ賠償ニ關係スト云フニアリ又他ノ一派ノ說ニ依レハ「ファイトチェレ」ハ有體物ニ關スル所有權移轉以外ノ事ヲ指スモノニシテ「プレスタール」ハ債務者自ラ爲スヘキ事ヲ指スト云フニアリ今此等ノ說ハ孰レカ果シテ正シキヤ容易ニ斷言スヘカラスト雖モ而カモ近世ノ法律カ往々羅馬ノ法律ノ影響ヲ受ケタルハ争フヘカラサル所ナリ即チ佛蘭西民法第千二百二十六條ハ契約ノ解釋ヲ與ヘ契約ハ

- 一、「アドンネ」(à donner)
- 二、「ア、フェール」(à faire)
- 三、「ア、ヌ、バ、フェール」(à ne pas faire)

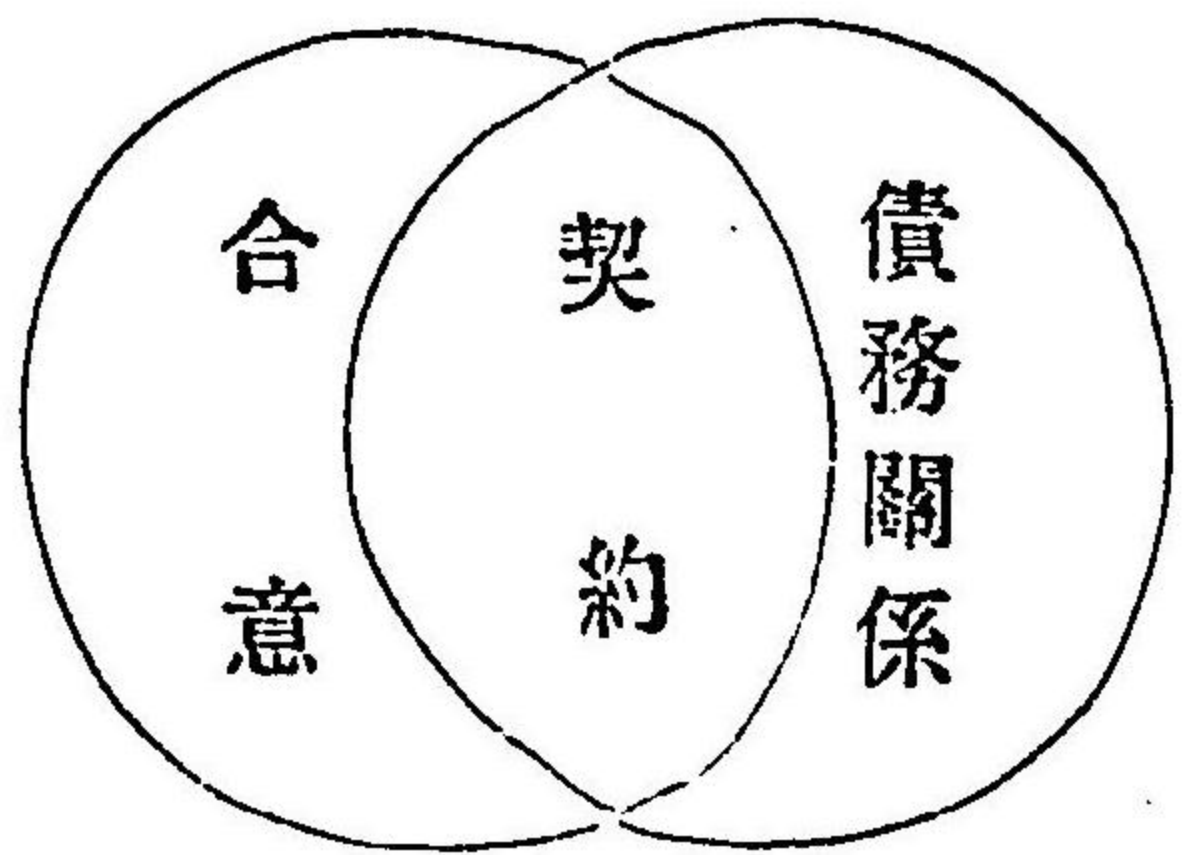
ノ義務ヲ目的トスルモノトセリ「アドンネ」ハ恰モ羅馬法ノ「ダール」ニ當リ所有權ヲ移轉スルヲ云フ「ア、フェール」ハ「ファイトチェレ」ニ當リ爲スト云フ意ナリ又「ア、ヌ、バ、フェール」ハ「ア、フェール」ノ裏面ナリ元來「プレスタール」ノ語ハ意義曖昧ナルヲ以テ之ヲ取ラスシテ「ア、フェール」ノ裏面ヲ取リタルナリ「ア、ヌ、バ、フェール」ハ即チ爲サ、ルト云フ意ヲ寓ス之ヲ要スルニ佛蘭西民法ノ此規定ハ羅馬法ノ影響ヲ受ケタルコト疑ナシ獨逸ノ新民法(千九百年コリ實)ニハ新クノ如キ法文ナシト雖モ現ニ聯邦中ニ行ハルル法典ニ於テハ往々ニシテ「ダール」「ファイトチェレ」「プレスタール」ニ當ル文字ヲ用ヒタリ

羅馬法ニ於テハ「オブリガチオ」ヲ分チテ四種ト爲セリ一ニ曰ク契約ヨリ生スルモノ(Obligations ex contractu)二ニ曰ク准契約ヨリ生スルモノ(Obligations quasi ex contractu)三ニ曰ク私犯ヨリ生スルモノ(Obligations ex maleficio)四ニ曰ク准私犯ヨリ生スルモノ(Obligations quasi ex maleficio)是ナリ請フ次章以下順次之ヲ説明セン

第四章 契約

契約即チ「コントラクトス」(Contractus)ナル文字ヲ分析スレハ「コント」「トラクトス」ト

ノ二トナルヘシ「コン」ハ「クム」(「ミ」ヨリ來リシモノニシテ「共」ト云フ字義ナリ「トラクツス」ハ「引ク」ト云フ字義ナリ故ニ「コン」トラクツス「ハ」共ニ相引ク「ノ」意ニシテ之ヲ契約ト稱ス即チ契約トハ何ソヤト云ヘハ當事者雙方間ニ債務關係ヲ生スルノ合意ナリ今試ニ之ヲ圖解スレハ即チ左ノ如シ



契約ハ大別シテ四種ト爲ス物ニ因ル契約 (Contractus re) 即チ物約、言語ニ因ル契約 (Contractus verbis) 即チ口約、書類ニ因ル契約 (Contractus litteris) 即チ書約、合意ニ因ル

契約 (Contractus consensu) 即チ合意約是ナリ

第一款 物約

第一、消費貸借 (Mutuum) 羅馬法ニ於テハ例ヘハ酒、麥等ノ代替物ノ貸借ハ皆之ヲ消費貸借ト稱ス借主ハ之ヲ消費スルノ意思ヲ以テ借受ケ敢テ其物件自身ヲ貸主ニ返還スルニ及ハス唯分量、品等ノ相似タルモノヲ以テ返還スレハ則チ可ナリ所有權ニ付テ云ヘハ物品ノ所有權ハ貸主ヨリ借主ニ移轉スルモノトス故ニ借主ハ之ヲ消費スルコトヲ得ルナリ若シ所有權ニシテ移轉セザランニハ之ヲ消費スルコトヲ得サルヘシ
消費貸借ハ無償ノ貸借ナリ金錢ノ貸借ニテモ亦性質上之ヲ無償トセリ然リト雖モ貸主ハ要式口約ノ方法ニ依テ之ニ利子ヲ附スルコトヲ得羅馬ニ於テハ利子ノ約束ニハ必ス要式口約ノ方式ヲ用ヒサルヘカラストセリ又羅馬ニ於テハ利子ヲ先取スルコトアリ此場合ニハ返濟ノ期限ニ暗黙ノ約束アルモノトス元老院ノ議決ニ依レハ家父權ノ下ニ在ル者即チ家子ニハ金ヲ貸スコトヲ禁シ若シ其家子ニ金ヲ貸ス者アルモ家父ニ對シテ訴ヲ起スコトヲ得ス又家子ニ對シ

シテモ訴ヲ起スコトヲ得ストセリ故ニ元老院ノ議決ニ依レハ家子ハ金ヲ借用スルノ資格ヲ具ヘサルモノト謂フヘシ抑モ如何ナル理由ニ依リ斯クノ如キ規則ヲ生シタルヤヲ釋スルニ嘗テマツエド(Maecio)ナル家子カ莫大ナル負債ヲ爲シテ返済ニ窮シ父ノ財産ヲ以テ返済ニ充テント欲ス遂ニ父ヲ殺サントシテ事發覺シタリ是ニ於テ羅馬ノ元老院ハ議決シテ家子ニ金ヲ貸スコトヲ禁シタルナリト云フ此マツエド(Maecio)ナル人ハ家子ノ名ニアラスシテ金ヲ貸シタル者ノ名ナリト主張スル學者ナキニアラス然レトモ此說恐クハ誤謬ナラン斯クノ如ク家子ハ金ヲ借用スル能力ナカリシト雖モ而カモ其契約ハ全ク無効ト云フニアラスシテ唯抗辯ヲ提出シ以テ貸主ノ請求ヲ拒ムコトヲ得タルニ過キス故ニ家子カ法律上完全ナル債務ヲ負擔セルニアラサルモ所謂自然債務(Naturalis obligatio)ヲ負擔セルナリ自然債務ニ付テハ債權者ハ訴訟ヲ起スコトヲ得スト雖モ若シ訴訟以外ノ方法ニ依テ債權ヲ行使スルノ途アリシナラハ之ヲ行使スルモ亦不可ナシ例ヘハ家子カ若シモ抗辯ヲ提出セスシテ全ク返済シタルトキハ其返済ハ之ヲ有效ト認ムルカ如シ

第二、使用貸借 (Commodatum) 使用貸借トハ借主カ物件ヲ使用スル爲メニ之ヲ借受クル契約ナリ貸主ハ物件返還等ニ付テ借主ニ對シ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘク借主モ亦物件保存ノ爲メニ非常ノ入費ヲ要シタルトキ又ハ貸主ノ過失ノ爲メニ損害ヲ受ケタルトキハ其入費又ハ損害ノ賠償ノ爲メ貸主ニ對シテ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘシ

羅馬法ニ於ケル使用貸借ハ無償ノ契約ナリ借主ハ貸主ニ對シテ報酬ヲ拂フコトナシ若シ貸主カ其報酬ヲ受クルトキハ之ヲ貸賃借 (Locatio conductio rei) ト云フ賃賃借ト使用貸借トノ間ニハ固ヨリ區別アリ即チ賃賃借ハ物約ノ中ニ加ハラズシテ合意約ノ一種ナリトス

第三、寄託 (Depositum) 是レ亦無償ノ契約ナリ寄託者ハ物件返還等ニ關シ受寄者ニ對シテ訴ヲ提起スルコトヲ得受寄者モ亦物件保管ノ爲メニ費用ヲ要シタルトキハ其費用ノ償却ヲ理由トシテ預ケ主ニ對シ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ又寄託者ノ過失ニ因リテ受寄者ニ損害ヲ生スルトキハ受寄者ハ訴訟ヲ起スコトヲ得

使用貸借、及寄託及委任(Mandatum)等ハ皆無償ノ契約ナリ故ニ契約ヲ片務ト雙務トニ區別スル學者ハ此等ノ無償ノ契約ハ之ヲ片務契約ノ中ニ入ル、モノ多シ例ヘハプフター、ウインドンシャイド等ノ如シ又佛蘭西民法ヲ註釋シタル白耳義ノローラン(Laurent)モ契約ヲ片務ト雙務トニ分チ而シテ使用貸借、寄託、委任等ヲ片務契約ノ一トシテ數ヘタリ然レトモ此等ノ契約タルヤ當事者雙方ニ於テ訴權ヲ有ス例ヘハ寄託ニ付テ考フルニ寄託者モ訴權ヲ有シ受寄者モ亦訴權ヲ有スルカ如シ故ニ或ハ之ヲ以テ不十分雙務ト稱スル者少ナカラス彼ノ佛蘭西民法ヲ起草シテ有名ナルポチエー(Pothier)ノ如キハ實ニ此說ヲ主張セル者ナリ然レトモ余ハローラン、ウインドンシャイド等ノ說ヲ可ナリト信ス何トナンハ一ノ契約カ雙務ナルヤ將タ片務ナルヤハ契約ヲ締結シタル當時ヲ標準トセサルヘカラサレハナリ今例ヲ擧ケテ之ヲ證センニ寄託ノ場合ニ於テハ受寄者即チ預リ主ノ方カ物件ヲ保管スルノ義務ヲ負擔シ而シテ其契約ヲ結ヒタル時ニ於テハ寄託者ハ何等ノ義務ヲ負擔セス唯之ヲ保管スルニ付テ別段ノ入費ヲ要シタルカ或ハ又受寄者ニ損害ヲ及ホシテ寄託者ニ義務ヲ生スルハ皆契約締結以後ノ

事實ナリトス是ニ由テ之ヲ觀レハ斯クノ如キ契約ハ之ヲ片務ノ契約ナリト云フヲ正當ナリト信ス

第四、質入契約(Pignus) 質入契約ノ場合ニ於テハ質取主ハ質物ノ上ニ占有ヲ有ス是レ蓋シ質入契約カ寄託、使用貸借ト大ニ異ナル所ナリ寄託ノ場合ニ於テハ受寄者ハ其預リタル物件ノ上ニ占有權ヲ有セス使用貸借ノ場合ニ於テモ亦然リ即チ借主ハ占有者タラスシテ單ニ握有者タルニ過キサルナリ然ルニ獨リ質入契約ノ場合ニハ質取主ハ占有ヲ獲得ス元來質入契約ナルモノハ債權擔保ノ爲メニ締結シタル契約ナルカ故ニ負債者カ負債ヲ償却スルトキハ質取主ハ質物ヲ質入主ニ返還セサルヘカラサルナリ又質入主ト負債者トハ概ネ同一人ナレトモ法律上必スシモ同一人ナルコトヲ要セス例ヘハ甲カ乙ヨリ金ヲ借り丙ノ承諾ヲ得テ其所有物ヲ質入レシタルカ如キ場合ニハ質取主乙カ貸金ノ辨濟ヲ受ケタルニ拘ハラズ質物ヲ返還セサルトキハ丙即チ質入主ハ訴ヲ提起シテ以テ其返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ

質取主カ質物ヲ賣拂ヒ其代金中ヨリ貸金ヲ引去リ尙ホ剩餘ヲ生シタルトキハ

之ヲ質入主ニ返還セサルヘカラス故ニ質入主ハ其剩餘金ヲ請求スルコトヲ得ルナリ又質取主カ質物ニ損害ヲ加ヘタルトキハ質入主ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得然レトモ他ノ一方ニ於テハ質取主カ質入主ニ對シテ訴訟ヲ起ス場合ナキニアラス例ヘハ質取主カ質物保存ノ爲メニ別段ノ費用ヲ辨濟シタルトキハ之ヲ請求スル爲メニ訴ヲ提起スルカ如シ又例ヘハ質入主ノ過失ニ基キテ其質物カ質取主ニ損害ヲ及ホストキハ質取主ハ損害ノ賠償ヲ請求スル爲メニ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキナリ

「ビグヌス」即チ通常質入契約ト稱スルモノハ以上述ヘタル所ノ如ク質取主カ物件ノ占有ヲ得ル場合ナリ然ルニ此他尙ホ書入質(Hypotheca)及「フィズーチア」(Fiduciarium)ト稱スルモノアリ

「フィズーチア」ハ強テ之ヲ譯スレハ信任質入トモ云フヘキカ其性質ハ即チ物件ヲ抵當ニ差入レンカ爲メニ一旦所有權ヲ質取主ニ移轉シ然ル後返還ノ約束ヲ附加スルモノナリ是レ恰モ我新民法ニ於ケル買戻契約ニ似タリ我新民法ニ於テモ其性質ハ質入契約ナルニ拘ハラズ法律上ハ之ヲ質ト爲サス然レトモ羅馬ニ

於テハ之ヲ質入契約ノ一種ト看做シタルナリ抑モ羅馬ノ古代ニハ物件ヲ寄託スルニモ或ハ之ヲ無償ニテ貸附スルニモ又或ハ質入スルニモ一旦所有權ヲ移轉セサルヘカラストシ苟モ所有權ヲ移轉セサル以上ハ寄託貸借質入等ハ一切之ヲ無効トセリ而シテ所有權ヲ移轉スルニハ「マンチバチオ」方式ヲ要シタルハ前編既ニ之ヲ述ハタリ斯クノ如クニシテ所有權ヲ移轉シ然ル後信任契約ニ因テ質取主カ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シタルナリ然レトモ此方法ニ依テ物件ヲ質入スルトキハ質入主ニ取リテ其不便少ナカラス何トナレハ縱令質入主ハ負債ヲ償却スルモ果シテ其所有權ヲ回復スルコトヲ得ルヤ否ヤハ豫メ期スル所ニアラス法律及社交上ノ制裁ヨリ見レハ質取主ハ必ス之ヲ返還セサルヘカラスト雖モ質取主ニモ時トシテハ破廉恥ノ人物ナキニアラス故ニ質入主ハ安ンシテ所有權ヲ質取主ニ移轉スルコトヲ得サルナリ是ニ於テ「ビグヌス」即チ普通ニ所謂質入契約ナルミノ、發生ヲ見ルニ至リタルナリ之ヲ要スルニ沿革ニ依テ按スルトキハ古代ニ於テハ所有權ヲ移轉スルヲ以テ質ノ性質トシタルトモ後漸ク占有ヲ移スニ過キスト云フニ至レルモノト謂フヘシ

次ニ書入質ニ付テ一言スヘシ書入質ハ最モ新シキ方法ナリ羅馬ニ於テハ信任質入普通ノ質入契約及書入質ノ三者一時並ヒ行ハレタルコトアリシカ信任契約ハ自ラ其跡ヲ絶チ其隆盛ナル時代ニハ質入契約書入質カ主トシテ行ハレタルカ如シ抑モ書入質ノ場合ニ於テハ抵當入主カ物件ノ占有ヲ有シ抵當取主ハ占有權ナク且其所有權ヲモ有セサリシナリ然レトモ負債者カ若シモ負債ヲ償却セサルトキハ抵當取主ハ物件ヲ賣却セシメテ以テ其負債ノ償却ヲ受クルコトヲ得ヘシ

ヒボテ「カ」ナル羅句語ハ其字ニ付テ觀ルトキハ宛然希臘風ヲ帶フ故ニ學者往々書入質ニ關スル規則ハ希臘ヨリ傳來シタルモノナリト論スレトモ實際大ニ然ラス羅馬ニ獨立シテ生シタルヤ疑ヲ容レヌ唯羅馬法律ハ當時尙ホ幼稚ニシテ希臘法ノ比ニアラサリシ故ニ恐ラクハ其影響ヲ受ケタルナラント思ハルノ跡アルノミ

最後ニ書入質ノ沿革ニ付テ略述センニ羅馬ニ於テハ百姓カ土地ヲ借受ケ小作ヲ爲スニ方テ小作料支拂ノ抵當トシテ農具ヲ差入ル、ヲ常トセリ然レトモ其

占有ヲ地主ニ引渡ストキハ土地ヲ耕スコトヲ得サルカ故ニ單ニ之ヲ抵當トスルコトヲ約シテ依然農具ヲ使用セリ而シテ地主ハ其抵當權ヲ行使セントスルトキハ訴ヲ提起スルコトヲ得又占有ヲ得ントセハ相當ノ手續ヲ經テ農具ノ占有ヲ獲得スルコトヲ得ヘシ然リ而シテ此農具ノ書入ハ漸ク其範圍ヲ擴張シテ終ニハ農具以外ノ物件ヲ抵當ニ差入レ其占有ヲ抵當取主ニ引渡サ、ル場合ニ於テモ尙ホ抵當取主ハ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルニ至レリ

(附言) 信任質入及書入質ノ沿革ニ付テハ學者間ノ議論紛然トシテ歸スル所ナシ然レトモ余ハ其冗長ニ亘ルコトヲ恐レ唯余ノ正當ト信スル說ヲ述ヘタルノミ

第二節 口約

口約ハ唯一ノ要式口約(Stipulatio)アルノミ要式口約ヲ結フニ付テハ當事者カ一定ノ方式ニ從テ問答ヲ爲スモノトス例ヘハ債主トナラントスル者即チ要約者カ問ヲ發シ汝ハ余ニ金百圓ヲ支拂フコトヲ約束スルヤト云ヘハ負債者タラントスル者即チ諾約者カ余ハ之ヲ約束スト答フ是ニ於テ契約ハ完結シテ要約者ハ權利ヲ

得諾約者ハ債務ヲ負擔スルナリ此方式ハ固ヨリ羅馬ニ於テ行ハレタルモノニシテ近世ニ行ハレサル所ナリト雖モ而カモ近世尙ホ此要式口約ヨリ出テタル文字ヲ用フルノ慣習ヲ遺セリ例ヘハ佛蘭西民法ノ法文ニアル要約 (Supplet) スル諾約 (Promette) スル等ノ文字ハ今日ニ於テモ佛蘭西法律家ノ慣用スル所ナリ

羅馬ノ太古ニ於テハ要式口約ヲ結フニハ必ス一定ノ文字ヲ用フルコトヲ要シタリシカ其後羅馬ノ版圖廣大トナルニ從ヒ羅匈語ヲ知ラサル外國人カ陸續羅馬ニ入り來リ而シテ羅馬人モ亦出テ、諸方ニ遠征スルニ至リ遂ニ法律上一定ノ羅匈語ヲ用ヒテ約束スルコトヲ強ユルモ實際言フヘクシテ行フヘカラサルノ狀況トナレリ是ニ於テ要式口約ヲ結フニ付テハ必ス方式ヲ履ムコトヲ要スルモ其使用スル所ノ言語ハ羅匈語ナルト否トヲ問ハサルニ至リ當事者ノ一方カ羅匈語ヲ用ヒ他ノ一方ハ希臘語ヲ用フルモ其問ト答トカ相應スレハ則チ可ナリトセリ

要式口約ニハ羅馬人ハ殊ニ重キヲ置キタルカ故ニ羅馬ニ於テハ要式口約ノ用甚タ廣クシテ種々ノ場合ニ之ヲ用ヒタリ例ヘハ羅馬人カ金錢ノ貸借ヲ爲スニ方リ利子ノ契約ヲ結フニ付テハ必ス要式口約ニ依リ又債務ノ更改ヲ爲スニモ保證ノ

契約ヲ結フニモ往々此方法ニ依リタルカ如シ此要式口約ハ性質上片務契約ナリトス何トナレハ一人カ問ヲ發シテ他ノ一人カ答ヘ而シテ其答ヘタル者カ義務ヲ負擔スルニアレハナリ沿革上ヨリ云ヘハ要式口約最モ古ク又一般ニ云ヘハ片務契約カ古クシテ雙務契約ハ比較的新シキナリ尙ホ要式口約ニ付テハ後章別ニ説明スル所アルヘシ

第三節 書約

古昔羅馬人キ各其家ニ金錢ノ出納帳ヲ具有セリ而シテ債主カ若シ負債者ノ同意ヲ得テ其金錢出納帳ニ債權ヲ記入スルトキハ茲ニ書約ヲ成立ス債主ハ此書約ニ因テ債權ヲ得負債者ハ之ニ因リテ債務ヲ負フニ至ル書約ハ共和政ノ時代ニハ盛ニ用ヒラレタレトモ帝政トナリシ頃ニハ廢止セラレタリ

第四節 合意約

合意約ニハ四種類アリ一ニ曰ク賣買二ニ曰ク、ロカチオ、コンツクチオ、Locatio conductio (此種名ノ下ニハ買取) 三ニ曰ク組合四ニ曰ク委任是ナリ乞フ左ニ順ヲ逐フテ之ヲ説明セン

第一 賣買 (Emptio-venditio) 前節ニ説キタル物約、口約、書約ノ場合ニ於テハ或ハ方式ヲ要シ或ハ物件ノ引渡ヲ要ストセリ獨リ合意約ニ至リテハ即チ合意ノミニ因リテ契約ヲ成立ス然リ而シテ賣買モ亦合意約ノ一種類ナルカ故ニ合意ノミニ因テ完全ニ成立スルモノトス詳カニ之ヲ言ヘハ賣買ノ目的物及代價ニ付テ金額カ確定スレハ則チ賣買ハ成立ス此賣買ハ交換 (Permutatio) ト異ナレリ交換ノ場合ニ於テハ一方カ物件ヲ引渡セハ其時始メテ相手方ヲシテ其物件ニ對スル物件ヲ引渡サシムル爲メニ訴ヲ提起スルコトヲ得然レトモ未タ何レノ一方ニ於テモ物件ヲ引渡サ、ル場合ニハ交換ハ法律上有效ノモノトナラサルナリ是レ固ヨリ羅馬ニ特別ナル規則ニシテ交換カ無名契約ノ一種類ナルニ依ルモノトス此無名契約ニ付テハ後ニ之ヲ説明スヘシ兎ニ角交換ハ右ノ如キ性質ヲ有スレトモ賣買ハ大ニ之ニ反シ合意ノミニ依テ有效ナル賣買カ成立ス即チ未タ何レノ一方モ代價ヲ支拂ハサル間ニ於テモ契約ハ有效ニ存在スルコトヲ得ヘシ然レトモユスチニアン時代ノ法律ニ依レハ賣買ニ關シテ證書ヲ作ル約束アル場合ニハ其證書ヲ完成スルニアラサレハ賣買ハ完全ニ成立スルモノニアラ

ス故ニ證書ノ完成以前ニハ結約者ハ何時ニテモ其契約ヲ取消スコトヲ得タリ但其證書ヲ調製スルニ方リテハ結約者ハ自ラ之ヲ調製スルカ又ハ少ナクトモ自ラ署名セサルヘカラス我國ノ法律ニ於テハ署名ノ外尙ホ調印ヲ必要トスルヲ常トスレトモ歐洲ニ於テハ一般ニ調印ヲ重ンセス或時代ニハ之ヲ要セシコトアリト雖モ後世漸ク衰ヘ今日英國ノ如キハ僅ニ其痕跡ヲ留ムルノミニシテ殆ント有名無實タリ又羅馬ニ於テハ公證人ヲシテ證書ヲ調製セシムル場合ハ其調製以前ニハ結約者ハ契約ヲ取消スコトヲ得タリ是ヨリ手附ニ付テ一言センニ既ニ手附ヲ拂ヒタル者カ契約ヲ取消ストキハ手附流レトナリテ其返還ヲ求ムルコトヲ得ス又手附ヲ受取リタル者カ契約ヲ取消ストキハ手附ノ倍額ヲ相手方ニ支拂ハサルヘカラス賣買ニシテ一旦成立スルトキハ買主ハ代價ヲ支拂フノ義務アリ故ニ若シ約束ノ期限ニ至リテ之ヲ支拂ハサルトキハ賣主ハ損害賠償トシテ利息ヲ請求スルコトヲ得ヘシ又賣主ハ其物件ノ占有ヲ引渡スノ義務アリ元來羅馬人ハ賣買ノ場合ニ於テ非常ニ占有ニ重キヲ置キテ所有權ニハ左マテ重キヲ置カサリシナ

リ近世ノ法律ニ依レハ賣主ハ即チ其目的物ノ所有權ヲ移轉スルノ義務アリトシテ嚴正ニ論スル者アレトモ羅馬ノ法律家ハ敢テ之ヲ必要トセス唯偏ニ物件ノ占有ヲ引渡スコトニノミ注目シタリ故ニ若シ第三者アリテ賣主ノ權利ヨリハ優等ナル權利ヲ有スルコトヲ名トシテ其物件ヲ買主ノ手ヨリ奪取シ去リタルトキハ賣主ハ買主ニ對シテ損害賠償ノ責ニ任ス又其物件自身ニ缺點アルカ爲メニ買主ヲシテ満足セシムルコト能ハサルトキハ賣主ハ之ニ付テ責任ヲ負フモノトス而シテ其缺點カ重大ナルトキハ買主ハ賣買ノ解除ヲ請求スルコトヲ得ヘク又場合ニ依リテハ買主カ代價ノ減少ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ物件ノ引渡以前ト雖モ買賣契約カ既ニ成立スルトキハ物件ノ危險カ買主ニ移ルヲ以テ賣主ノ過失ニ因ラスシテ物件カ消滅スルトキハ買主ノ損失ニ歸スヘキモノトス是故ニ其物件ヨリ生スル所ノ利益モ亦買主ノ所有トナル今ユスチニア^ニアン^注典ノ擧ケタル例ヲ示セハ買受ケタル土地カ水ニ瀕スル場合ニ於テ水ノ退クニ從ヒ土地ノ面積ヲ増加スルトキハ其利益ハ買主ニ歸ス蓋シ此買主カ危險ヲ負擔スル理由ニ付テハ近世ノ學者間種々ナル議論アリ然レトモ主トシ

テ法理ニ關係スルモノナルカ故ニ今ハ之ヲ略セントス

又羅馬ノ「ディオクレチアヌス」(Diocletianus)ナル皇帝ノ作りタル法律ニ依レハ賣主カ通常ノ市價ノ半額以下ニテ品物ヲ賣渡シタルトキハ買主ニ對シテ賣買ノ解除ヲ請求スルコトヲ得之ヲ「レエジオ、エノルミス」(Lesio enormis)即チ非常ノ損失ニ關スル規則ト稱ス近世歐洲ノ諸國ニ於テモ之ニ類スル規則ヲ用ヒタルモノアリ例ヘハ佛蘭西ニ於テ不動産ニ關シテ斯クノ如キ規則ヲ定メタルカ如シ但佛蘭西ノ法律ハ市價ノ半額以下ト爲サスシテ十二分ノ七以下ト云フ標準ヲ立テタリ抑モ「ディオクレチアヌス」カ此規則ヲ設クルニ至リタル理由ニ付テハ學者間議論アリ然レトモ法典ノ正文ニ記スル所ニ據レハ此規則ハ人道ニ基クコトヲ知ルニ足ル即チ若シ斯クノ如キ賣買ヲ取消スコトヲ得ストセハ賣主タル者ハ實ニ憐ムヘキノ淵ニ沈淪スヘシトシテ之ヲ設ケタルモノ、如シ法理上ノ價值ハ固ヨリ無シト雖モ當時ノ理由トシタル所ハ實ニ之ニ外ナラサルナリ

第二、「ロカチオ、コンヅクチオ」(Locatio-conductio)「ロカチオ、コンデクチオ」ハ之ヲ何ト譯スヘキカハ頗ル難シトスル所ニシテ假リニ之ヲ廣義ノ賃貸借ト見レハ誤

ナキニ庶幾シ今之ヲ分チテ三種類ト爲ス

一 ニハ物ノ貸借(Locatio-conductio rei)ニシテ我新民法ニ於ケル貸借ニ該當ス之ニ付テハ格別詳説スルノ必要ナシ唯貸主カ貸ヲ取り借主カ貸ヲ拂フヘキノミ

二 ヨハ勞力全部ノ貸借即チ雇傭契約(Locatio-conductio operarum)ナリ蓋シ勞力ノ貸借ニ二種類アリ一ハ即チ一人ノ勞力全部ノ貸借ニシテ之ヲ雇傭契約ト云フ雇主ハ金ヲ拂ヒ雇ハレタル者カ給金ヲ受取ルノ權利ヲ有スルモノトス

三 ニハ請負契約(Locatio-conductio operis)ニシテ所謂勞力ノ貸借ノ一ナリト雖モ一人ノ勞力全部ノ貸借ニアラスシテ其一部分ノ貸借ナリ近世ノ法律ニ於テハ以上ノ三者皆別物ニシテ互ニ相關係ナシ然レトモ羅馬法ノ規則ニ於テハ此三者ハ一括シテロカチオ、コンデクチオナル總名ノ下ニ在リタルナリ今精細ナルコトハ暫ク之ヲ措キ雇傭契約ト請負契約トノ二者ノ區別ニ付テ一言セント欲ス抑モ請負契約ニ於テハ仕事ヲ爲ス者ハ往々獨立ノ職業

ニ從事スルコトアリテ必スシモ依頼人ノ命ヲ受クルノ要ナシ是レ即チ雇傭契約ト異ナルノ點ナリ又雇傭契約ニ於テハ雇ハレタル者カ雇主ノ爲メニ自ラ仕事ヲ爲サ、ルヘカラス然ルニ請負契約ノ場合ニハ仕事ヲ請負ヒタル者カ自ラ之ヲ爲サ、ルヘカラスヤ否ヤニ付テ多少ノ議論アリ而シテ余ハ仕事ノ性質ニ因テ相異なるモノアリト信ス是レ亦請負ト雇傭トノ同シカラサル點ナリ

第三 組合(Societas) 組合ニ二種アリ一ハ全部ノ財産ノ組合ニシテ之ヲ全産組合(Societas totorum bonorum)ト名ケ二ハ特別ノ事業ノ組合ニシテ之ヲ特産組合(Societas unius alicujus negotii)ト名ケ第一種ハ即チ財産ノ全部ヲ合併スルモノニシテ第二種ハ或特別ノ事項ニ付テ組合ヲ成スモノナリ例ヘハ奴隸ヲ賣買スルコトニ付テ組合事業ヲ營ムカ如キハ第二種ニ屬スルヤ言フ俟タス然リ而シテ第二種ノ組合ハ主トシテ商業ニ關係シ第一種ノ全産組合モ亦往々ニシテ商業ニ關係スルモノナリ故ニ人或ハ曰ク商業ニ關スル組合ハ歴史上古クシテ其他ハ皆後ニ生シタルモノナリト是レ實ニ誤レリ組合ノ中最モ古キモノハ商業ニ關スル組合ニアラスシテ却テ農業ニ關係スルモノナリ之ヲ説明スルニ方テハ家族ノ狀

態ヨリセサルヘカラス按スルニ古ノ家族ハ今ノ家族トハ大ニ其状態ヲ異ニシ
 社會學者ノ所謂「ハウス・コミュニティ」(House community)ニシテ一ノ場合ニ於テ家
 族全體カ參集住居スルナリ即チ親モ祖父モ曾祖父モ從兄弟モ皆共ニ住スルノ
 習慣ナリキ但此等ノ人々ハ必スシモ一ノ建物ニ住スルニアラス唯一村邑ニ據
 ルノミ然レトモ或種族ニ於テハ多數ノ者群ヲ成シテ一箇ノ建物ニ住ス例ヘハ
 昔者亞米利加ニ「イロクワイニス」(Iroquois)ナル土蠻アリ其土蠻ノ居住スル家屋甚タ
 長クシテ一族皆之ニ住セリト云フ是ニ由テ之ヲ觀レハ昔時ノ家族ハ今日ノ家
 族ト異ナリ昔時ノ家族ハ大ニシテ今日ノ家族ハ小ナリ昔時ニ在リテハ一族一
 處ニ群集シテ住シタルモノアルヤ疑ナシ
 羅馬ニ於テモ書紀以後ハ斯クノ如キ習慣ナシト雖モ古代ハ一族一所ニ住セシ
 コトアルヤ必セリ而シテ古代ノ人民ハ概ネ農業ニ從事シタリ彼ノ水草ヲ逐フ
 テ移住スルノ時代ハ暫ク措キ苟モ居ヲ定メテ一族群集セル時代ニ於テハ大抵
 農業ヲ勉メテ以テ財産ヲ共有セル所謂全産組合ハ此等ノ状態ヨリ變遷シテ發
 達シタルモノナリト思ハル故ニ羅馬ニ於テモ全産組合ノ最モ古キモノハ農業

ニ關係セルナリ羅馬ノ全産組合ニ似タルモノ獨逸ニモ亦之アリ即チ「カンエル
 ブシヤンテン」(Ganerbschaften)是ナリ譯シテ共同相続ト云ヘハ可ナラン獨逸私
 法ノ書(Deutsches Privatrecht)ニハ詳ニ之ヲ論セリ

羅馬法ニ據レハ組合員ハ利益ノ分配ニ與リ且其損失ヲ分擔スヘキモノナリ一
 組合員カ利益ノ分配ヲ受クヘカラストノ約束ハ無効ニシテ此類ノ契約ニ基キ
 タル組合ハ之ヲ獅子ノ組合ト稱セリ是レ蓋シ昔譚ト關係スルモノニシテ獅子
 ハ他ノ獸ト同伴シテ出獵シ其獲物ヲ分配セスシテ己レ獨リ之ヲ食ルトノ譚アル
 ニ由リ一組合員ノ利益ヲ殺クノ組合ヲ稱シテ獅子ノ組合ト云ヒ以テ法律上
 ノ效力ナキモノトシタルナリ然レトモ組合員ノ一人ハ三分ノ二ノ利益ヲ得テ
 三分ノ一ノ損失ヲ負擔シ他ノ一人ハ三分ノ二ノ損失ヲ負擔シテ三分ノ一ノ利
 益ヲ得ルトノ契約ハ有效ナリヤ否ヤニ付テハ古來羅馬ノ學者間ニ議論アリシ
 所ニシテ遂ニズルピチユス(Sulpicians)ノ説ヲ採用シテ之ヲ有效ト決スルニ至レ
 リズルピチユスハ法律學者ニシテ且大演說家トシテ雷名アル人ナリ利益及損
 失ノ分配ニ付テ別段ノ契約ナキトキハ之ヲ平分スヘキモノトス又利益ノミニ

付テ約束アリテ損失ニ付テハ約束ナキトキハ利益ト同一ノ割合ヲ以テ損失ヲ分擔スヘシトセリ即チ三分ノ二ノ利益ヲ得ル約束ナリシトキハ損失モ亦三分ノ二ヲ分擔ス損失ノミニ付テ約束アリテ利益ニ付テ約束ナカシトキモ亦同一ノ定則ニ從フ

第四 委任(Mandatum) 委任ハ無償契約ノ一種ナリ受任者カ其委任セラレタル事項ヲ遂行セサルトキハ委任者ハ之ニ對シテ訴權ヲ有ス受任者モ亦依頼セラレタル事項ノ爲メニ費用ヲ出シタルトキハ其費用ノ辨償ヲ請求スル爲メニ訴權ヲ有ス委任ノ實例ハユスチニア^ン法典ニ多ク之ヲ掲ケタリ今其中ノ一二ヲ言ハジニ甲カ乙ノ爲メニ丙ヨリ土地ヲ買受クルカ如キ場合ハ委任ナリ又甲カ乙ノ事務ヲ取扱フモ委任ノ一場合ナリトス委任ハ性質上無償ノ契約ナレトモ羅馬一般ノ習慣ニ依レハ委任者ハ受任者ニ對シテ謝金(Honorarium)ヲ拂フヘキナリ而シテ委任者カ謝金ヲ請求スルニ付テハ尋常一般ノ訴訟手續ニ依ラスシテ非常手續ニ依ラサルヘカラス英國ニ於テ「パリスター」ハ謝金ヲ受クルノ慣習アレトモ之ニ付テ訴訟ヲ起スコトヲ得ストセルハ蓋シ羅馬法ノ「マンダツム」ノ規

則ノ影響ヲ受ケタルモノナランカ英國ニ於テハ先年ニ至ルマテ醫士モ亦同シノ診察料ニ付テ訴ヲ提起スルコトヲ得ストセリ然レトモ今日ハ醫士ニ付テハ此訴權ヲ認ム

第五節 無名契約

前數節ニ於テ述ヘタル所ハ皆特別ノ名稱ヲ有スル契約ナリ然レトモ其他尙ホ特別ノ名稱ヲ有セスシテ法律ノ保護ヲ受クルモノアリ後世ノ註釋家ハ之ヲ呼ビテ無名契約ト云ヘリパウ^ルスノ言ニ據レハ無名契約ニハ四種類アリ第一ニ贈與ト贈與トノ交換第二ニ贈與ト勞力トノ交換第三ニ勞力ト贈與トノ交換第四ニ勞力ト勞力トノ交換是ナリ以上四個ノ場合ニ於テハ締結者ノ一方カ自己ノ債權ヲ遂行シタルトキ始メテ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ヘシ例ヘハ贈與ト贈與トノ交換即チ所謂「ペルムタチオ」(Permutatio)ノ場合ニ於テハ一方カ他ノ一方ニ對シテ物ヲ引渡スニ因テ始メテ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得相手方ニ對シテ報酬ヲ求ムル爲メニ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘキナリ是故ニ單ニ物ヲ交換スルコトヲ約束シタルノミニテハ法律ノ保護ヲ受クルコト能ハス此點ハ實ニ今日ノ法律ト異ナル所

ナリ
羅馬法ノ所謂無名契約ハ近世法律ニ於ケル無名契約ト區域ヲ同ウセス例ヘハ彼ノ交換ノ如キハ近世ノ法律ニ於テハ有名契約ノ一種類ナリ然ルニ羅馬法ニ於テハ之ヲ無名契約ト爲セリ羅馬ニ於テモ亦交換ナル文字ヲ用ヒサルニアラス而シテ之ヲ無名契約ナリトセルハ何ソヤト云フニ之ニ付テハ少シク説明ヲ要スルモノアリ法律ニハ主法助法ノ別アリ而シテ羅馬ニ於テハ助法即チ訴訟手續法ニ重キヲ置ケリ今彼ノ有名契約ノ場合ニハ訴訟ニ付テ各其名稱ヲ有ス例ヘハ賈買ニ付テ訴ヲ起スニハ必ス賈主ノ訴買主ノ訴ト云フカ如キ又使用貸借ニ付テ訴ヲ起スニモ特別ノ名稱ヲ用ヒサルヘカラサルカ如シ然ルニ獨リ無名契約ニハ之ニ要スル特別ノ訴訟手續ナク他ノ場合ニ適用スル訴訟手續ニ依リテ訴ヲ起サハルヘカラス是レ之ヲ無名契約ト名ケタル所以ナリ故ニ所謂有名契約無名契約ハ訴訟ノ有名無名ニシテ契約自身ノ有名無名ニアラサルナリ

第六節 自然債務

自然債務(Obligatio naturalis)トハ何ソヤト云フニ例ヲ舉ゲテ之ヲ説明セン羅馬ニ於

テハ後見人ノ承諾ヲ經スシテ被後見人ノ爲シタル行爲ハ自然債務ヲ生スト云フニアリ故ニ相手ノ當事者ハ被後見人ニ對シテ直チニ訴ヲ起スコトヲ得ス然レトモ其後ニ至リテ辨濟ヲ受クルトキハ之ヲ返却セスシテ可ナリ又元老院ノ議決ニ據レハ家子ニ金ヲ貸シタル者ハ其返却ヲ請求スル爲メニ訴ヲ起スコトヲ得ス然レトモ若シ其家子カ金ヲ返却シタルトキハ債主ハ之ヲ自己ノ手ニ留ムルコトヲ得ヘシ故ニ家子ニ金ヲ貸ストキハ自然債務ヲ生スト云ヘリ又同院ノ議決ニ婦女ヲシテ人ノ負債ヲ引受ケシムルコトヲ得スト爲セリ例ヘハ婦女カ他人ノ爲メニ保證人トナルモ無効ナリ而シテ其結果ハ何等ノ債務ヲモ生セサルナリ即チ自然債務ヲモ亦生スルコトナシ故ニ此場合ハ家子ニ金ヲ貸シタル場合ト自ラ異ナレリト謂フヘシ
右述ヘタル外自然債務ハ種々ノ場合ニ生ス抑モ今日諸國ニ於ケル社會組織ハ羅馬ト大ニ異ナルモノアリ即チ女子ト離モ時トシテ保證人トナルコトヲ得ヘク又家子ノ如キ特別ノ階級ヲ存セス故ニ今日ノ自然債務ト羅馬ノ自然債務トハ其實質相同シカラス然リト雖モ自然債務ノ本性ニ至リテハ古今其軌ヲ一ニス蓋シ今

日債務ノ規則ハ羅馬法律ヨリ傳來シタルモノナレハナリ今羅馬法律ニ於テハ如何ニシテ自然債務ヲ保護スルニ至リタルヤヲ論述セン

羅馬ニ於テ法律上自然債務ヲ保護スルニ至リタルハ其社會ノ組織カ然ラシメタルニ外ナラス古代羅馬ニ於テハ家父カ一家ノ全權ヲ握リ家子ノ所爲ノ曲直ハ家父之ヲ判定シ曲ナルモノハ即チ之ヲ罰シ直ナルモノハ即チ之ヲ賞スルコトヲ得タリ之ト同時ニ家父ハ家子ノ所爲ニ付テ外部ニ對スルノ責任ヲ負フコト頗ル大ナリ家父ハ實ニ斯クノ如キ地位ニ居ルカ故ニ家子ニ對シテ金ヲ貸スモ又家子ヨリ金ヲ借ルモ而カモ此二人間ニハ何等ノ訴權ヲ生セス其負債ハ單ニ内部ノ關係タリシニ過キス其償却ニ關シテハ唯德義上ノ義務アリシノミ主人カ奴隸ニ金ヲ貸スモ奴隸カ主人ニ金ヲ貸スモ亦同シク法律上ノ義務ヲ生セスシテ德義上ノ義務ヲ生スルニ過キサルナリ家子ト家子トカ互ニ相貸借シタル場合モ亦同シ然レトモ法律カ單ニ之ヲ德義上ノ義務トシ捨テ、願ミサルトキハ社會ノ道德ヲ維持スルコトヲ得ス或ハ家子カ家父ノ金ヲ借り或ハ主人カ奴隸ノ金ヲ借りテ返濟ヲ怠ル者ヲ生シ社會ノ道德ハ地ニ落チテ秩序紊亂スルノ虞アリ是レ漸ク自然債務

ヲ認メ其債務ニ付テハ債主ハ訴ヲ起スコトヲ得サレトモ若シ訴訟以外ノ方法ニ依テ辨濟ヲ受クルトキハ之ヲ負擔者ニ返還スルニ及ハストシタル所以ナリ例ヘハ家子カ家父ニ對シテ金圓ヲ貸與シ其後正當ノ手續ヲ經テ別戶シタルトスルモ其子ハ父ニ對シテ金圓ノ返濟ヲ受クルカ爲メニ訴ヲ起スコトヲ得ス然レトモ若シ辨濟ヲ受ケタルトキハ父ハ子ニ對シテ再ヒ其返還ヲ請求スルノ權利ナシ奴隸カ主人ニ金ヲ貸シ其後解放セラレタル場合ニ於テモ亦同一ノ規則ヲ適用ス故ニ沿革ヨリ謂フトキハ羅馬法ノ自然債務ハ羅馬ノ家族内ニ發達シタルモノナリ而シテ此點ニ付テ自然債務ハ自然ノ占有(即チ)ト甚タ相似タリ學者宜シク注目スヘキ所ナリトス又羅馬ニ於テモ後ニ至リテ家族以外ニ自然債務ノ原則ヲ用フルニ至レリ是レ亦自然ノ占有ニ關スル沿革ト酷似セリ然レトモ自然ノ占有ノコトハ今茲ニ之ヲ論スルノ要ナシ

自然債務ノ根據ハ果シテ何レニアルヤト尋ヌルニ沿革ヨリ云ヘハ社會ノ道德ヲ維持シ秩序ヲ保護セントスルニ出テタルナリ然ルニ晩年ニ至リ自然債務ノ根據ニ付テ學者間ニ種々ノ説ヲ爲ス者アリ

今其主要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 サヴィニ、フタ等ノ説ニ依レハ自然債務ハ萬姓法ニ基クモノナリトセリ而シテ此説頗ル有力ナリ

第二 ヴェバ等ノ説ニ依レハ自然債務ノ根據ハ自然法ニアリト云クニアリ

第三 シヨイルルカ嘗テ唱道シタル説ニ依レハ自然債務ヲ棄テ、顧ミサルハ穩當ニアラサルヲ以テ法律上之ヲ保護スルニアリト云フニアリ又佛蘭西ノポードリ、ラカンチヌリ、竝ニボチエー等ノ説ニ依レハ自然債務ノ根據ハ正義良心ナリト云フニアリ二者其旨趣トスル所ヲ同ウスト謂フヘシ

第四 デルンブルヒ等ノ説ニ依レハ諸種ノ債務ノ中ニ付キ政府カ執行ヲ強制スルコトヲ得シテ或ハ商人間ノ信用、評判等ニ基キ或ハ社會道德ノ爲メニ迫マラレ自ラ社會ニ行ハル、債務アリ斯克ノ如キ債務カ政府ノ認容ヲ受ケ或程度マテ法律ノ保護ヲ受クルニ至リテ自然債務トナルモノナリトセリ

以上ノ四説中余ハデルンブルヒノ説ヲ以テ最モ發達シタル羅馬法ノ精神ニ符合スルモノナリト信スデルンブルヒハ固ヨリ自然債務ノ沿革ニ基キテ其説ヲ主張

スルニアラス然リト雖モ余カ前ニ述ヘタル沿革ヨリ考フレハ其説ノ正鵠ヲ得タルコト明カナリ但他ノ三説モ亦皆謬レリト斷言スルコトヲ得シテ共ニ眞理ノ一部分ヲ包含セルモノナリ何トナレハ羅馬法ニ於テ「ナチュラリス」(自然)ト「チピリス」(法定)トヲ相對セシムルハ實ニ債務關係ノミニ限ラス彼ノ占有ノ如キニ付テモ亦此區別アリ即チ「ナチュラリス、ボッセッシオ」(自然)ト「チピリス、ボッセッシオ」(完全)トノ區別是ナリ又果實ニ付テモ同一ニシテ自然ノ果實、法定ノ果實ノ區別アリ自然ノ果實、法定ノ果實ノ區別ニ付テハ前ニ之ヲ説明セサリシカ例ヘハ土地ノ收益ノ如キハ即チ自然ノ果實ニシテ又家屋ヲ貸附シ家賃ヲ取ルカ如キハ即チ法定ノ果實ナリトス此他自然ト法定トノ區別ヲ認ムル場合尙ホ少ナカラス故ニ之ヲ相對セシムルハ單ニ債務關係ノミニ限ラサルナリ

更ニ自然及法定ナル文字ノ本源ニ遡リテ之ヲ按スルニ自然法ト市民法トニ關係ヲ有ス即チ市民法ハ之ヲ「ユス、チヴィレ」ト云ヒ自然法ハ之ヲ「ユス、ナチュラレ」ト云ヒ「チヴィレ」(法定)ト「ナチュラレ」(自然)トヲ相對セシメタリ此點ヨリ觀レハ自然債務ノ根據ハ全ク自然法ニ關係ナシト云フコトヲ得ス夫レ既ニ自然法ニ關係アルモノトセン

乎即チ萬姓法ニモ亦大ニ關係スルコト明カナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ自然債務ヲ棄テ、願ミサルハ穩當ニアラストノ説モ亦必スシモ謬レリト云フコトヲ得ス即チ正義良心ニ基ケリトノ説ハ必スシモ一概ニ之ヲ排斥スルヲ許サ、ルナリ何トナレハ是レ亦自然法ト密接ノ關係アレハナリ之ヲ要スルニ自然債務ノ根據ニ關スル第一乃至第三ノ説ハ皆各眞理ノ一部分ヲ得タルモノト云フヲ得ヘシ

自然債務ノ效果ヲ列擧スレハ則チ左ノ如シ
第一、錯誤ニ因リテ自然債務ヲ履行シタル場合ニハ其返還ヲ訴求スルコトヲ得ス此點ニ於テハ羅馬法ト佛蘭西民法ト其規定ヲ異ニセリ即チ佛蘭西民法第一千二百三十五條第二項ニハ任意ニテ自然債務ヲ履行スルトキハ其返還ヲ求ムルコトヲ得ストシ羅馬法ニ於テハ之ヲ任意ト云ハスシテ錯誤ト云ヘリ然レトモ此羅馬法ノ規定ニハ亦多少ノ例外ナキニアラス

第二、自然債務ト法律上完全ナル債務トハ互ニ之ヲ相殺スルコトヲ得

第三、主人カ奴隷ニ金錢ヲ貸附シタル場合ニ於テ主人カ奴隷ヲ解放スルニ際シテ若シ其奴隷カ特有財産ヲ有スルトキハ其特有財産中ヨリ貸金ヲ控除シテ奴

隷ニ渡スコトヲ得又若シ主人カ奴隷ヨリ金錢ヲ借受ケタルトキハ之ヲ奴隷ノ特有財産ニ添加シテ與フルモ亦可ナリ

第四 自然債務ヲ履行スルカ爲メニ豫メ保證人ヲ立テタルトキハ保證人タル者ハ法律上完全ナル債務ヲ負擔スヘシ故ニ貸主ハ自然債務ヲ負フ者ニ對シテハ訴訟ヲ起スコトヲ得スト雖モ其保證人ニ對シテハ訴訟ヲ起スコトヲ得ルモノトス

第五 現ニ存在セル自然債務ノ履行ヲ後日ニ遂クルノ約束ヲ特別ニ爲シタルトキハ其約束ハ有效ナリ故ニ其約束ニ付テハ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘシ

第六 自然債務ノ履行ノ爲メ物件ヲ抵當ニ入レタリトセハ其質入契約ハ固ヨリ有效ナリ

第七 自然債務ヲ更改シテ法律上完全ナル債務ト爲スコトヲ得

第五節 「パクター」(Pacta.)

「パクター」ハ複數ニシテ其單數ハ「パクタム」(Pactum)ナリ又「パクチオ」(Pactio)ナル字モ其意味ヲ同ウスルモノニシテ合意若クハ約束ト云フカ如シ然レトモ此「パクター」

ハ羅馬法律上特別ノ意味ヲ有シ近世ノ法律思想ヲ以テシテハ到底之ヲ説クコト
 ヲ得サル所ニシテ是レ羅馬ニ於テハ法律ノ沿革上ヨリ生シタルモノナリトスバ
 クターニハ許多ノ種類アリト雖モ概ネ訴訟ノ原因トナラス即チ當事者ハ「バク
 ター」ヲ結フモ之ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得サルナリ然レトモ若シ相手方ノ爲メ
 ニ訴ヘラレタルトキハ「バクター」ヲ結ビタルコトヲ抗辯トシテ其請求ヲ拒ムコト
 ヲ得ヘキナリ例ヘハ債主カ相當ノ手續ヲ履ミ負債主ヲ免除セスシテ單ニ貸金ノ
 催促ヲセサルヘシトノ約束(Pactum de non petendo)ヲ爲シタル場合ノ如キハ債主ニ
 シテ若シ負債主ヲ訴フルコトアラン乎即チ負債主ハ抗辯ヲ提出シテ債主ノ請求
 ヲ拒ムコトヲ得ヘシ斯クノ如ク一般ニ言ヘハ「バクター」ハ訴訟ノ原由トナラス即
 チ之ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得サルヲ原則トスルカ故ニ人之ヲ呼ビテ裸體ノ
 約束(Nuda pacta)ト云フ茲ニ注意スヘキハ英國法ニ於テモ亦「スーダア、バクター」ナル
 モノアリト雖モ是レ羅馬法ニ所謂「スーダア、バクター」ト其意味ヲ異ニシ「コンシダ
 レーション」(契約)ナキ約束ト云フ義ナリ
 「バクター」ハ一般ニ云ヘハ訴訟ノ原由トナラスト雖モ時トシテ又訴訟ノ原由トナ

ルモノナキニアラス之ヲ着裝ノ約束(Pacta vestitia)ト云ヘリ彼ノ附加ノ約束(Caetera
 adiecta)ノ如キハ即チ是ナリ附加ノ約束トハ例ヘハ買賣契約ヲ結フニ方リテ賣主
 カ買主ニ約束シテ若シ何月何日マテニ物ヲ引渡サ、ルナラハ金何圓ノ罰金ヲ拂
 フヘシト云ヘルカ如キモノニシテ此種ノ約束ヲ爲ストキハ買主ハ之ニ依テ訴訟
 ヲ起スコトヲ得タリ然レトモ主タル契約ヲ結ビタル後ニ於テ斯クノ如キ附加ノ
 約束ヲ爲スモ訴訟ノ原由トナラスシテ結約者ハ唯之ヲ抗辯ノ理由ト爲スコトヲ
 得ルニ止マルノミ羅馬ノ裁判官ノ作リタル法律ニ依レハ既ニ存在スル所ノ負債
 ヲ或特定シタル時ニ支拂フヘシト「バクター」ハ有效ナリトセリ故ニ結約者ハ之
 ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得タルモノトス又古昔ノ市民法ニ依レハ要式口約ノ
 手續ニ依テ此種ノ約束ヲ爲シタルトキハ結約者ハ之ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ
 得タリ然レトモ後年裁判官ノ作リタル法律ニ依レハ此種ノ約束ハ之ヲ結フニ縱
 令要式口約ノ手續ヲ經スト雖モ亦之ヲ以テ有效ナル訴訟ノ原由ト爲シタリ又テ
 オドシニス皇帝及ヴレレンチニアヌス皇帝ノ作リタル法律ニ依レハ人カ結婚ヲ爲
 スニ方リテ第三者ヨリ財産(嫁奩)ヲ與フルノ「バクター」ヲ結ビタルトキハ之ヲ

訴訟ノ原由トスルコトヲ得ルモノト爲セリ蓋シ此法律ノ制定以前ニアリテハ斯クノ如キ約束ヲ爲スニハ主トシテ要式口約ノ手續ヲ履ミタルモノ、如シ又「ユスチニア」法典ニ依レハ物ヲ贈與スルノ約束ニ付テハ「バクツム」ヲ結フコトヲ得トセリ然レトモ此規則ニハ種々ノ制限アレハ次節ニ於テ之ヲ説明セン。

第八節 贈與 (Donatio inter vivos)

茲ニ所謂贈與トハ生間ノ贈與ナリ羅馬ノ法律ニ據レハ古昔ハ贈與ヲ爲サントノ約束ヲ結フニハ要式口約ノ手續ヲ經サルヘカラス然ルニ其後「バクツム」ノミニ依リテ贈與ヲ爲スコトヲ得ルニ至レリ前節ニ述ヘタルカ如ク羅馬ニ於テハ「バクツム」ハ訴訟ノ原由トナラサルヲ原則トス即チ當事者ハ之ヲ結フモ之ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得サルナリ唯相手方ノ爲メニ訴ヘラレタル場合ニハ之ヲ抗辯トシテ相手方ノ請求ヲ拒ムコトヲ得タルノミ然レトモ其例外ノ一トシア贈與ノ「バクツム」ハ訴訟ノ原由トナレリ而シテ此規則ヲ定メタル者ハ他人ニアラス即チ「ユスチニア」ナリ但五百「ソリディ」(Solidi)以上ノ贈與ニ付テハ單ニ「バクツム」ヲ結ビタルノミニテハ足レリトセス必ス裁判所ニ於テ公ノ手續ヲ經サルヘカラス即チ贈與

者ハ或ハ裁判所ニ出頭シテ贈與スルノ申立ヲ爲シ裁判所ノ帳簿ニ之ヲ記入シ或ハ書類ヲ作製シテ之ヲ裁判所ニ提出セサルヘカラサリシナリ此手續ヲ稱シテ「インジヌアチヲ」(Insinuatio)ト云フ獨逸ニ於テ羅馬法律ヲ採用シタルトキ「ソリツス」(Solidus)ヲ「ライヒス」ツカテン「Reichs Quenten」トセリ今日我國ノ貨幣ニ比較シテ算スレハ五百「ソリディ」ハ蓋シ二千三百三十三圓餘ニ當ル是ヨリ如何ナル贈與カ無効ナルヤヲ説明セント欲ス

第一 贈與者カ現在並ニ未來ニ所有スヘキ財處全部ハ之ヲ贈與スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ「ソラヴィ」ニ「ハ羅馬法律上之ヲ無効ナリト云ヘリ然レトモウインド」シャイド等ノ説ニ據レハ有效ナリトス

第二 羅馬法律ニ據レハ夫婦間ノ贈與ハ之ヲ無効トセリ何カ故ニ夫婦間ノ贈與ハ之ヲ無効トシタルヤト問フニ羅馬ニ於テハ離婚カ自由ナリシヲ以テ結婚セテ後夫婦ノ一方カ富ミテ一方カ貧ナルトキハ貧者ハ富者ニ對シテ離婚ヲ脅迫ノ材料トシテ贈與セシムル虞アリ又富者ハ離婚ヲ畏レテ贈與ヲ爲スノ虞アリ是レ即チ夫婦間ノ贈與ヲ無効トシタル所以ナリ然レトモ亦妻カ夫ニ先チテ死

亡スルトキハ其以前ニ爲シタル妻ヨリ夫ニ對スル贈與ハ有效ナリトス
如何ナル贈與ハ第三者ニ於テ取消ヲ求ムルコトヲ得ルヤト云フニ

第一 無償贈與ノ爲メニ贈與者ノ債主カ損害ヲ被ムルトキハ債主ハ贈與ノ取消
ヲ求ムルコトヲ得

第二 羅馬法律ニ據レハ先代カ無償贈與ヲ爲シタル爲メニ相續人カ損害ヲ被ム
ルトキハ相續人ハ無償贈與ノ取消ヲ求ムルコトヲ得

贈與者ハ贈與ヲ取消スコトヲ得ルヤト云フニ一般ニ云ヘハ取消スコトヲ得ス但
之ニハ例外アリテ第一ニハ受贈者カ贈與者ニ對シテ忘恩ノ舉動アルトキハ之ヲ
取消スコトヲ得ヘシ例ヘハ贈與ヲ爲シタルニ拘ラス受贈者カ贈與者ヲ殺サント
シタルコト發覺シタル場合ノ如キ是ナリ然レトモ此權利ハ贈與者ノ一身ニ專屬
スルモノニシテ他人カ代リテ之ヲ取消スコトヲ得サルナリ第二ニハ贈與者カ子
ナキヲ以テ其財産ヲ他人ニ贈與シタルニ其後子ヲ生ミタルトキハ前ノ贈與ヲ取
消スコトヲ得ヘシ

贈與者ノ責任ニ付テ一言スレハ贈與者カ重大ナル過失又ハ詐欺ヲ以テ第三者ノ

物件ヲ與ヘ之カ爲メ第三者カ受贈者ヨリ其物件ヲ追奪シタルトキハ贈與者ハ受
贈者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ爲スノ責任アリ然レトモ贈與者ハ一般ニ云ヘハ引渡
遲滯ノ責ニ任セサルナリ

第九節 和解、宣誓及仲裁

第一 和解 和解(Transactio)トハ當事者雙方間ニ争アリテ其結着ヲ豫知スルコト
能ハサル場合ニ於テ雙方ヨリ讓歩ヲ爲シテ以テ其争ヲ止ムルヲ云フ故ニ若シ
一方カ他ノ一方ニ對シテ完全ナル權利ヲ有シ最早之ヲ争フコトヲ得サル場合
ニハ和解ノ規則ヲ適用セサルナリ例ヘハ既ニ裁判ヲ經テ確定シタル事件ハ敗
訴者カ之ヲ争フモ何ノ效ナシ故ニ此等ノ事件ニ關シテ和解アルモ和解ノ規則
ヲ適用スルコト能ハサルナリ畢竟和解ノ原則ハ何レノ一方カ勝ツヤ不確定ナ
ル場合ニ適用スヘキモノトス然レトモ如何ナル事件ニ關シテ争アルモ和解ノ
原則ハ之ヲ適用スルコトヲ得當事者ノ一方ノミカ自己ノ權利ヲ主張スルヲ止
ムルトキハ和解ニアラス是レ寧ろ權利ノ拋棄ニシテ贈與ニ近キ性質ナリ和解
ハ即チ雙方ニ於テ讓合ヲ爲スナリ故ニ讓歩ト讓歩トノ交換ナリ

和解ヲ爲スニハ種々ノ方法アリ或ハ動産ヲ贈與シ或ハ金圓ヲ支拂ヒ或ハ又別ニ契約書ヲ作製スルモアリ和解ノ結果トシテ物件ヲ讓渡シタル場合ニ於テ若シ其物件カ第三者ノ爲メニ追奪セラレ或ハ其物件ニ缺點アルコトヲ發見シタルトキハ讓渡シタル者ハ其責任ヲ負擔スヘシ是レ恰モ賣買ノ場合ト相似タリ又和解ヲ爲スニ付テ「バクツム」ノミヲ爲スモ訴訟ノ原由トナラサルヲ以テ之ニ依リ訴訟ヲ起スコトヲ得サルナリ然レトモ當事者ノ一方カ「バクツム」ヲ實行スルトキハ無名契約ノ原則ヲ適用シテ訴訟ヲ起スコトヲ得タリ和解ノ結果トシテハ單純ナル「バクツム」ヲ結ハスシテ要式口約ヲ結フコトアリ此場合ニ於テハ要式口約ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘシ又賣買契約若クハ消費貸借ノ契約ヲ結フトキハ之ニ依テ訴訟ヲ起スコトヲ得タリ

和解ヲ爲スコトキハ其和解ニ依テ訴訟ヲ起スコトヲ得ルノミナラス之ニ依リテ抗辯ヲ爲スコトヲ得ヘシ即チ若シ其争ニ關シテ和解アリシニ拘ラス尙ホ其争ニ付キ訴訟ヲ起シタルトキハ被告ハ應訴ヲ拒ムコトヲ得ルナリ又養育料ニ關スル和解ハ時トシテ裁判所ノ確認ヲ要スルコトアリ此場合ニ於テ確認ヲ經サ

ルトキハ和解ハ效力ナシトス

右ノ如キ特別ノ場合ヲ除クノ外和解ノ有效無効ヲ決スルニハ一般ノ原則ニ從フモノトス故ニ詐欺暴行等ニ基キテ和解ヲ爲シタルトキハ之ヲ取消スコトヲ得然レトモ斯クノ如キ原因ナクシテ當事者カ自己ノ任意ニテ和解ヲ爲シタルトキハ縱令其後證書ヲ發見シ若クハ其他ノ理由ニ依リ前ニ争ヒタル事項ノ曲直判明トナルモ之カ爲メニ和解ハ無効トナルヘキモノニアラサルナリ

第二 宣誓 當事者雙方ノ間ニ争アル場合ニ於テ宣誓ヲ爲シテ以テ其争ヲ止ムルコトアリ即チ其一方カ自己ノ權利ノ正當ナルコトヲ誓ヒ相手方カ之ヲ承諾スルヲ謂フ是レ歐洲ニ於テ古代往々行ハレタル所ニシテ羅旬語ニ之ヲ「ユスユランツム」(Jurandum)ト云フ

宣誓ハ前ニ述ヘタル和解ト甚ク相似タリ宣誓ニ因テ争ヲ止メタルニモ拘ラス尙ホ訴訟ヲ起シタルトキハ被告即チ先キニ宣誓ヲ爲シタル者ハ抗辯ヲ提出シテ以テ原告ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ヘシ又宣誓ニ因テ權利アルコトヲ確メ相手方ノ承諾ヲ得タル場合ニハ之ニ依テ訴訟ヲ起スコトヲ得今日ニ於テハ斯クノ

如キ方法ハ之ヲ認メスト雖モ當時ハ大ニ當事者ニ便利ヲ與ヘタルナリ

第三 仲裁 (Compromissum) 仲裁モ亦和解ニ似タリ當事者雙方間ニ争アル場合ニ於テ自ラ讓合ノ條項ヲ定メスシテ別ニ仲裁人トシテ第三者ヲ選定シ之ニ係争ノ事項ヲ判定セシムルコトアリ之ヲ稱シテ仲裁ト云フナリ而シテ此第三者トハ公ノ裁判官ニアラスシテ一私人ナリ又其數ハ一人ニ限ラスシテ二人三人皆可ナラサルナシ仲裁ノ效力モ亦能ク和解ト相似タリ即チ當事者ハ仲裁人ノ判定ニ從ハサルヘカラサルナリ

(附言) 仲裁ノ規則ハ近來ニ至リ大ニ其發達ヲ見ル例ヘハ英國等ニ於テハ別ニ商事裁判所ノ設ケナシ夫レ英國ノ如キ商工業ノ盛ナル國ニ於テ大陸諸國ニ於ケルカ如ク商事裁判所ノ設ケナキハ蓋シ仲裁ノ方法ニ依ルコト多キヲ以テナリ近來ニ及ヒテ英國ノ商人間ニ於テハ一々仲裁人ヲ定ムルノ煩累ヲ厭ヒ民間ニ於テ自ラ仲裁々判所ナルモノヲ設クルニ至レリ
仲裁人ノ爲シタル判定カ若シモ風紀ニ背反セルトキハ當事者ハ之ニ從フコトヲ要セサルナリ其他仲裁人カ不正ナル行爲ナリシ場合ニモ亦然リ例ヘハ仲裁人カ

當事者ノ一方ト通謀シテ判定ヲ下シタルカ如キトキハ之ニ從フノ必要ナシ

第十節 契約ノ歴史

ユスチニアノ法典ニ規定セル十種ノ契約並ニ無名契約ニ付テハ既ニ之ヲ説盡セリ仍テ本節ニ於テハ契約ノ歴史ノ大要ヲ説明シ以テ如何ナル契約カ最早ク發達シ如何ナル契約カ之ニ後レタル乎ヲ知ラシメント欲ス

ユスチニアノ時代ニハ契約ヲ以テ債務關係ヲ發生セシムル合意ト爲スノ思想ハ既ニ十分ニ發達セリ然レトモ今其以前ニ遡テ諸種ノ契約ノ歴史ヲ釋スルニ極メテ古キ時代ニ於テハ契約ハ蓋シ獨立ノ法律行爲トシテ法律ノ保護ヲ受ケス全ク所有權ノ移轉ト同一ノ保護ヲ受ケタルモノ、如シ即チ契約ト所有權ノ移轉トハ殆ト之ヲ區別セサリシナリ昔時所有權ノ移轉ニ付テ「マンチバチオ」ノ方式アリシコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ即チ所有權ノ移轉ニハ青銅ノ衡器ト又其目的物ノ代價ヲ代表スル青銅ノ塊片トヲ携ヘ來ラサルヘカラス此方式ヲ羅旬語ニテ「ベル、エイヌ、エトリブム」(Per aes et libram) ト云ヘリ譯シテ青銅及衡器ニ依ルノ方式ト云ヘハ可ナルニ庶幾カラシ然ルニ此方式ノ外尙ホ「ネキズム」(Nexum) ナル方式アリテ