

336

192



始



336-192

11-389



羅馬法學提要

帝國學士院會員
文學博士子爵 末松謙澄譯並註解

2. 12. 18
P1

帝國學士院

正誤

序	第四行	以てノ下「宗教の」三字脱	正
總註	四五頁	ボール	パウルス
第三頁	十五行	第二項	第一項
第一二頁	位地ノ字スベテ地位ノ顛倒他處ニ在ルモノモ同シ		女子
第三一頁	第四行	婦女	
第三四頁	第九行	「印不用	
第四六頁	第四行	パツリシ	パツリチ
第一九頁	第二行	其實	但し
第一二〇頁	第三行	及び	及び
第二二六頁	第十行	勝れる	勝れり
第二四七頁	末行	負債	負債
第三一四頁	第七行	チアン	チアヌス
同	第十一行	ヌス	ヌム
第三一五頁	第八行	使行	行使
第三一七頁	第七行	書面	文書
第三五六頁	第六行	Laolio	Laouler
第三五七頁	頭註	名なる	名なり
第三五九頁	頭註	普通	通例
第四二九頁	第十行	豐	跋

序

「羅馬は三たび世界に號令し、三たび國家を統一せり。其第一回は羅馬の武威隆盛なるの時に當り、萬民を征服して邦國の統一を成せるなり。其第二回は、帝國頽壞の後に於て仍ほ教法の權柄を執り、以て統一を成せるなり。其第三回は中世以降歐洲諸國に於ける羅馬法の繼受到依りて法律の統一を成せるなり」とは是れルードルフ、フォン、イエリングが其著「羅馬法の精神」の冒頭に掲げたる言なり。羅馬帝國は其兵力の衰頽と共に亡滅し、羅馬教法は法皇の權力の衰微と共に萎靡振はざるに至りたりと雖も、獨り羅馬法律に至りては永く帝國滅亡の後に遺存し、中世イルネリウスの徒注釋派の法曹がボロニヤ大學を興

し、羅馬法全典（コルプス、ジュリス、シヴィリス）を注解して羅馬法學の研究を復興したる以來、歐洲諸國に於ける諸大學は、相率ゐて注釋派の法曹を招聘して羅馬法を學生に教授し、其結果羅馬法は竟に近世諸國の法學及び立法の基礎と爲り、前世紀の始めザヴィニー等の歴史派法曹が羅馬法と近世法との關係を明かにするに及んで羅馬法の研究は倍々隆盛を極むるに至れり。而して羅馬法全典中法學及び立法に最も大なる影響を及ぼしたるものをインスチチュートオネスとす。第十八世紀以來の立法にしてフレデリック法典、ナポレオン法典の全く其模範を此書に取りしを始めとし、輒近歐米諸國に於ける私法法典にして多少之に據らざるもの鮮し。然るに羅馬法の世界的勢力は獨り泰西諸國に止まらずして遠く極東の帝國に及び、我邦に於ても近

時法學の勃興すると共に羅馬法の間接繼承を爲し、我私法法典は之が爲めに至大なる影響を受くるに至れり。サー、ヘンリー、メキン曾て云へることあり、曰く「余が羅馬法研究の必要を唱ふるは特り英國が從來羅馬法を繼承せるが爲めのみならず、他日兩國の法律必ず一に歸すべきを以てなり。余が羅馬法研究の必要を唱ふるは特り兩國の法律が一に歸すべきが爲めのみならず、萬國の法律は假令其幼稚の時代に於て如何程其性質を異にするも、其發達するに従ひて漸く其軌を一にするに至るべきを以てなり」と。余も亦た本邦に於ける羅馬法研究の必要に付て均しく此言をなさんと欲す。

斯の如く羅馬法の勢力は上下數千年に亘り、縱横數萬里に及ぶものにして、コルプス、ジュリス、シヴィリスは、千載を経て

尙ほ生命ある古典なり。此を以て泰西諸國に於ては皆な各之を其邦語に翻譯し以て其國の學者に便するを常とす。

末松博士是に見る所あり、往年帝國學士院に提議して羅馬法律書を邦譯するの必要を説く、院議之を容れて羅馬法を專攻せる法學博士春木一郎君にインスチチュートオネスの試譯を囑託す、後ち末松博士も亦た自ら筆を執りて刻苦勵精同書を翻譯し、且つ博く先賢の書を參考して、加ふるに注解を以てす。二書其行文及び體裁を異にし、素より其價值を甲乙し易からずと雖も、帝國學士院は姑く末松博士の稿本を採りて之を公刊し、ジュスチニヤヌス帝が此法典を編纂せる原意に従ひて講學の徒に便せんとすること、爲れり。

回顧すれば明治十一二年の交、余は末松博士と共に英國に留

學し、博士はケムブリッジ大學に在り、余はミッドルテムブルに在りて同時に羅馬法を講習せり。爾來星霜を経ること三十有餘年、今や帝國學士院に於て博士多年研究の結果を公にするに當り、余適く乏を其職員に承けて其事に與かり、且つ博士と舊あるの故を以て敢て數言を卷首に弁し、本書刊行の趣旨を明かにす。

帝國學士院第一部部长 法學博士 穂積 陳重 撰

大正二年十一月上浣

ユスチニアース帝欽定法學提要

緒言

- 一 本書の標題は原本に因り小異あれども最も普通なるを「ユスチニアース帝のインスチチウチヨネス」とす今便宜ユスチニアース帝欽定羅馬法學提要と譯す
- 一 譯文は原文に接近することを力めたりと雖ども全然直譯すれば反て意義の明瞭を失ふ部分の如きは稍意譯を交へ且つ往々甲乙丙丁等の字を用ひて觀覽に便にす又文理に關係なき形容語にして邦文としては却て簡潔を缺くもの例へば「尊敬すべき紀念の某帝の勅法」と云ふの類は往々簡省に従ふ
- 一 予が主として用ひたる原書は予が嘗て英國ケンブリヂ大學に於て研鑽したるサンダルス本とアプヂー、エンド、ウオルカル本にして傍らモイ

ル本をも参照せり此數書は若干の差異あるも元來共に佛獨等の諸大家の校訂本をも参照して成れるものなれば大體は同一なり

- 一 註解は前掲數書の脚註を基礎とし廣く諸書を參考して其要を摘示したるものとす隨て譯字に付ての解説の類にして予の私見たること一目明白なるものを除くの外は假令特に古人の註釋と記せざるも悉く出處あるものとす

- 一 註釋は欄外に記するを常例とし欄外に收むるに便ならざるものを行間に挿入す別に輕重の意なし

- 一 譯文中句讀及びオクッ假名は劃一を失せるものあり他日を待て訂正せんとす讀者之を恕せよ

- 一 明治四十二年一月帝國學士院は予の提議を容れ羅馬法律書翻譯出版の議を決し而して遂に學士院會員法學博士宮崎道三郎君と予とを委員とし其事業の擔任を囑託せり之に付ては學士院第一部部長法學博士穂積

陳重君の幹旋多かりき唯予は勿論宮崎君亦自から筆を執るの暇なかりしを以て同僚協議の餘同年七月羅馬法學に令名ある法學博士春木一郎君を補助とし之に執筆を囑託し試に此法學提要より手を着く是れ羅馬法律書中最も簡明嚴正にして能く羅馬法の綱領を悉すこと此書の右に出づるものなきを以てなり是に於て乎博士黽勉事に當り明治四十四年七月に至り其草稿成る予等固より其勞を多とし且つ其學殖の淺からざるに感ず然りと雖ども本書原本は今を距ること一千三百八十年前に成るもの固より奇古難解の書たり其行文意義に於て兩つながら最も慎重精確の用意を要す之が爲め同僚予に慫慂するに之が校訂添削を以てす予乃ち已むことを得ず非常の勉勵を以て大正二年春より夏に涉り其事に従ひ春木博士の稿本を基礎とし改善に加ふるに改善を以てし稿を更むること數回或る部分の如き五回の多きに及び活版植字に際して猶潤飾に怠らず遂に全編を通して別翻譯の狀を爲し以て之を大成し且つ細

四
かに註釋を施し以て言外の意義と事項の沿革との概要を明にせり本書
即ち是れなり顧ふに予研鑽考證敢て忽にする所なかりしと雖ども未だ
及ばざる所なきを保せず仍識者の補正を待つ

一
本書脱稿に際し穂積博士身大患に罹るの故を以て未だ詳細に其教を受
くることを得ざるは遺憾なりと雖ども其印刷に臨み宮崎博士の精確周
密なる校閲を得て裨益する所尠からず茲に之を鳴謝す

大正二年

帝國學士院會員 文學博士英國マスタル、イン、ロース
監バツチエノル、オフ、アーツ 子爵 末松 謙 澄記

目次

一勅 詔

第一卷

第一、正義及び法に付て……………	第一頁
第二、自然法、萬民法及び國民法に付て……………	第四頁
第三、人に關する法に付て……………	第一頁
第四、生來の自由人に付て……………	第一四頁
第五、解放に因る自由人に付て……………	第一五頁
第六、如何なる者は如何なる理由に依りて解放し得 ざるか……………	第一九頁
第七、フユウリア、カニニア法の廢止に付て……………	第二三頁
第八、自權者及び他權者に付て……………	第二四頁
第九、家長權に付て……………	第二六頁

第十、婚姻に付て	第二七頁
第十一、養子縁組に付て	第三六頁
第十二、家長権の消滅に就て	第四四頁
第十三、後見に付て	第五〇頁
第十四、遺言を以て後見人に指定し得べき者	第五二頁
第十五、宗族の法定後見に付て	第五五頁
第十六、頭格喪失に付て	第五六頁
第十七、保護者の法定後見に付て	第五八頁
第十八、尊屬親の法定後見に付て	第五九頁
第十九、信託後見に付て	同上
第二十、アチリア法の後見人及びユリア、エト、チチア法の後見人に付て	第六一頁
第二十一、後見人の助成に付て	第六三頁

第二十二、後見終了の規定に就て	第六五頁
第二十三、保佐人に付て	第六七頁
第二十四、後見人又は保佐人の保證設定に付て	第六九頁
第二十五、後見人又は保佐人の免除に付て	第七二頁
第二十六、嫌疑を受けたる後見人及び保佐人に付て	第七八頁

第二卷

第一、物の分類に付て	第八三頁
第二、無體物に付て	第一一〇頁
第三、地役權に付て	第一一二頁
第四、用益權に付て	第一一五頁
第五、使用權及び住居權に付て	第一一八頁
第六、時効取得及び長期占有に付て	第一二一頁
第七、贈與に付て	第一三一頁

八

第八、處分し得べき者と得べからざる者……………第一三七頁

第九、吾人は何人に由りて取得するか……………第一四〇頁

第十、遺言の作成に付て……………第一四七頁

第十一、兵士の遺言に付て……………第一五五頁

第十二、遺言を許さざる者に付て……………第一五九頁

第十三、子の相續廢除に付て……………第一六二頁

第十四、相續人の指定に付て……………第一六九頁

第十五、通常の補充指定に付て……………第一七七頁

第十六、未成熟者の補充指定に付て……………第一八〇頁

第十七、遺言は如何にして無効に歸するか……………第一八四頁

第十八、不倫の遺言に付て……………第一八九頁

第十九、相續人の種類及び區別に付て……………第一九三頁

第二十、遺贈に付て……………第二〇一頁

第廿一、遺贈の取消に付て……………第二二五頁

第廿二、フワルチヂア法に付て……………第二二六頁

第廿三、信託遺産に付て……………第二二九頁

第廿四、特定物信託に付て……………第二四〇頁

第廿五、小書付に付て……………第二四三頁

第三卷

第一、無遺言相續に付て……………第二四七頁

第二、宗族の法定相續に付て……………第二六二頁

第三、テルツルリアーム元老院議決に付て……………第二七三頁

第四、オルフィチアーム元老院議決に付て……………第二七八頁

第五、血族の相續に付て……………第二八一頁

第六、血族の親等に付て……………第二八三頁

第七、被解放者の相續に付て……………第二八九頁

第八、被解放者の指屬に付て……………第二九五頁

第九、遺産占有に付て……………第二九六頁

第十、自權者養子縁組に因る取得に付て……………第三〇六頁

第十一、自由權保護の爲め遺産の歸屬を受くる者に付て……………第三〇八頁

第十二、總財産買占及びクラウチアーヌム元老院議決に依る相續の廢止に付て……………第三一二頁

第十三、債務關係に付て……………第三一五頁

第十四、物に因る債務關係は如何にして發生するか……………第三一七頁

第十五、口頭契約の債務關係に付て……………第三二一頁

第十六、二名の要約者及び諾約者に付て……………第三二六頁

第十七、奴隸の口頭契約に付て……………第三二八頁

第十八、口頭契約の區別に付て……………第三二九頁

第十九、無効の口頭契約に付て……………第三三一頁

第二十、保證人に付て……………第三四二頁

第二十一、文書債務に付て……………第三四六頁

第二十二、合意に因る債務關係に付て……………第三四九頁

第二十三、賣買に付て……………第三五〇頁

第二十四、貸貸借に付て……………第三五五頁

第二十五、組合契約に付て……………第三六〇頁

第二十六、委任に付て……………第三六四頁

第二十七、準契約上の債務關係に付て……………第三七二頁

第二十八、如何なる人に依りて債權を取得するか……………第三七七頁

第二十九、債務關係は如何にして消滅するか……………第三七九頁

第四卷

第一、不法行爲より生ずる債務關係に付て……………第三八五頁

第二、強盗……………第三九七頁

第三、アックウキリアナ法に付て……………第四〇〇頁

第四、身分權損害に付て……………第四〇八頁

第五、準不法行為に因り發生する債務關係に付て……………第四一五頁

第六、訴權に付て……………第四一八頁

第七、他權者との取引に於て拘束の効力ありと認むべきものに付て……………第四四六頁

第八、非行者交付の訴權に付て……………第四五四頁

第九、四足動物の傷害に付て……………第四五七頁

第十、他人に代りて出訴し得べき者に付て……………第四五九頁

第十一、保證に付て……………第四六一頁

第十二、永久又は期限附の訴權及び相續人に移轉し又は相續人に對して効力ある訴權に付て……………第四六五頁

第十三、抗辯に付て……………第四六八頁

第十四、反抗辯に付て……………第四七六頁

第十五、大判官の特示命令に付て……………第四七九頁

第十六、濫爭者の處罰に付て……………第四八八頁

第十七、審判官の職務に付て……………第四九一頁

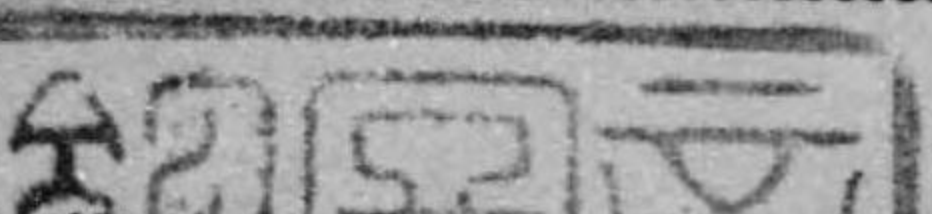
第十八、公訴に付て……………第四九六頁

目次終

ア¹ラマンニクは
以下八種の民
本各名を以て
族の名稱を取
りて此帝の美
稱とせしもの
なり此諸民族
は帝之を征服
せしより此事
ありしなり

ユスチニアヌス帝欽定法學提要公布の勅諭

吾人の主耶蘇基督の名に於て


 恭虔多福顯榮にして勝利者たり凱戦者たり而して永久に尊嚴
 なる皇帝チエーザル、フラヴキウス、ユスチニアヌス、¹アラ
 マンニクス、ゴスイツクス、フランチクス、ゲルマニクス、アン
 チクス、アラニクス、ヴワンドリクス、アフリカーヌス、朕は法
 學志望の學生に宣示す

帝威は獨り武器を以て赫々たらしむべきのみならず亦宜く法律
 を武装とし以て戦時と平時とを問はず正々堂々の治化を敷き而
 して羅馬皇帝は獨り戦場の大勝者たるのみならず亦公明正大の
 法律に依りて凶類の非行を制壓し以て武光の宣揚者と同時に最

發送すること
を掌る

5 サンドルス本
1 據るアブカ
1 本モイルカ
ル本モイルカ
には四年に作
るユスチニア
1 ヌスチニアの
法に據れば其
以前は四年に
間は三年に習
て三年を習の
後一年を温習
且つ細目の研
究に充てたる
を五ヶ年と全
りを改めたる
原語はius 即
ち廣き意味に
於ての法律の
意なるも其實
此處にては直
ちに見て可なり
且つ上の法律

令聞の名士の盡瘁に因りて古來一切の法律學說⁶を蒐集せる五
十卷の學說彙纂⁷一名會典⁸を完成したる後ち更に彼等に命じ
て此法學提要进行を編纂し之を四卷に分ち之に法學全斑の綱要を包
含せしめたり。

五 朕は此書中に於て往時に行はれたる法制及び嘗て不使用
の爲めに埋没し朕の更新に因りて再び光彩を復したる諸法律に
關し簡明なる解説を叙列したり。

六 此法學提要⁹の四卷は前掲三名の博士が古來諸種の法學
提要及び主としてガイウスの法學註解（其提要及び其法學實用
書）及び其他の多數の註釋書を資料として編纂し朕の閱覽に供
したるものにして朕は通讀精査の後之に付するに最も完全なる
勅法の効力を以てしたり。

七 汝等其れ善く熱心凝思此書を受け他日法學全科卒業の後
ち各々選抜派遣を命ぜらる、地方に於て帝國の經綸に任ずべき
志望を鼓吹するに足る學識を煥發せよ。

永久尊嚴なるユスチニア¹⁰ヌスチニア¹⁰帝執政第三年¹⁰十一月二十一
日コンスタンチノ¹⁰ーホリスに於て賜ふ

彙纂と區別す
る爲め姑く法
律學說と譯す
7 Digesta ヲ
ダ
8 Pandectae
ンデクテ
9 本書は五百三
十三年十一月
成る本書及び
法律彙纂學說
此後ユスチ
ニアヌスチ
の發したる諸
勅法を後人の
編纂し新勅法
彙纂と稱する
も併せて四書
大注と稱す仍
詳にす
10 西曆紀元五百
三十三年

ユスチニアース帝欽定法學提要總註

一句一項乃至一章に關し説明を要するものは本文各處に註解したりと雖とも仍大體に涉り説明すべきもの少からず茲に其要領若干を摘出して此總註を作る。

第一 羅馬の沿革

羅馬建國の創始は今の伊太利の羅馬市の周圍僅少の地域に在り有史前の移民狀態等は種々の推定あれども今之を省く有史時代は既に王政の世たり有史と云ふも猶甚だ不明確なり當時の羅馬人は主として三種族の混合なりと云ふも要するに羅匈人種に外ならず王は終身の任期として「キエウリア」會之を選擧す此政體の期間は詳かならざるも數百年に涉れること疑なし此政體破れて共和政となりたり是れ紀元前五百九年のことな

りて傳ふ共和政府の首長をコンスルと稱す今執政官と譯す變亂の際など一時他の名稱を用ひたること無きに非ざるも通例はコンスルなりコンスルは二人を選擧して合議體となし毎年改選せり共和政時代に國土は大に膨脹し獨り伊太利全國のみならず今の歐羅巴も大部分其版圖に歸したり此時代より大判官の設置あり衡平主義に依り舊法の不備を補ひ正面よりは法律を改めざるも實際は大改正を施し國民法外に大判官法即ち所謂名譽法現出したり其後共和政變して帝政時代となれり史家は紀元前八年即ちオージェス帝初政時代を以て帝政の始めとす帝政の繼續すること數百年を経て國土は益々膨脹し亞弗利加亞細亞の幾分も版圖に歸したり遂に西曆紀元二百八十四年に踐祚したるデオクレチャヌス帝の世に領土過大にして政治を施すに便ならずとて版圖を二分し東西二帝國とし東帝國は帝の名代をして政事を司らしめ紀元三百二十四年に踐祚のコンスタンチヌス帝は遂に帝國の第二首府即ち東帝國の首府ビザンチウムに移りて

之に居り其名をもコンスタンチノールと改めたり即ち今の土耳其の首府なり此帝は明主なりしも羅馬の最盛時代は經過し其後西帝國は遂に一旦滅亡せしが紀元五百二十七年に踐祚したるユスチニアヌス帝の世に國運再び大に興り西帝國の舊版圖を悉く回復し外に向ひて武威赫々たりしのみならず内に於ては法律制度上大改革を施したり其事は下の第二十に詳悉すユスチニアヌス帝が西帝國恢復後コンスタンチノール政府より之を管轄せしが凡そ二百年を経て動搖を始め三四百年の間に漸次四分五裂して各々獨立國となりコンスタンチノールの羅馬帝は全く其主權を失ひたるも東帝國はユスチニアヌス帝後仍九百年餘を経てマホメット人の爲め全く滅亡せしは紀元千四百五十三年なりユスチニアヌス帝以後無論法制の改廢沿革ありしも羅馬法の骨子に至りては帝國滅亡後も猶盛に行はれ殊に歐洲方面に於ては其精神常に活躍し今日に至るも猶其勢力を維持し歐洲の文明は羅馬法に負ふ所多しとすとは學者の均しく

認むる所なり。

二四

第二 貴族と平民

羅馬に於ては建國の始めよりパトリチーとプレブスとの二大階級ありたり。パトリチーは上流者の總稱にして其語源は父の語源と同じ本邦の封建時代の士族以上の身分ある者の如し。政權は此階級の獨占たるのみならず、其他民事上にも種々の特權あり。姑く之を貴族と譯す。プレブスは群衆の意なり。政權は勿論社交上にも貴族と同一の權利を有せざる者なり。姑く之を平民と譯す。其起源詳かならざれども、蓋し往古の被征服者（其後の被征服者と混同すべからず）が主たるものにて之に被解放の奴隸などが加はりて次第に増加したる者なり。羅馬は一小國より世界有數の大國となりし程ありて其歴史は外征史に富めるも内政史も亦極めて多端なり。而して内政史の主要なるものは常に此兩階級の軋轢にして平民族が漸次に發展し

て貴族と同等の權力を獲得するに在りたり。

第三 ゲンスと家族

パトリチー即ち貴族の家柄の者にして祖先を同じくしたる者の集合をゲンスと稱したり。同族團と譯して可なるものなり。之に付ては明確の沿革を缺くを以て種々の傳説もあれども、概言すれば之に屬する家柄は系統最も正しくして他國人や下級人の血を混ぜざるものとす。而して一の同族團毎に各々其尊信する神あり、其祭祀に格段なる方式あり、各家の利害は互に之を共にし、財産も共同のもの多くして、自權相續者缺亡の場合には遺産は之に歸屬するの古制たり。元來羅馬の社會組織の單位は家族制に在り、而して家長ありて一家族を代表す。其状態は本邦の封建時代に似たるも、家長の權力は遙に強大なりしに似たり。併し一面に於ては家長は一家族なる集合體の代表者と見る氣味あり。故に一家の財産は家族全體の共產の如き状を

二五

なして唯家長が管理の全權を有したりと云ふ趣旨を取れるものゝ如し本書中に自權相續人とは自己の財産を自己が相續すと云ふが如き解釋を下せるも之が爲めなり羅馬には嫡長相續の制なかりし爲め家長が死亡すれば其子は各自一家を爲す故に女子の家長もあるなり但し女子の家長は男子と異にして殆んど有名無實なることは他處に註せり右の如く家長死亡後の子女は各自一家を爲すに因り同族者の漸次増加するは自然の勢なり而して貴族社會に在りては家族制の觀念殊に深くして之に伴ふ祭祀の儀式等も嚴格にして自然同族團も成立し易かりしなり然れども時運の進むに從ひ純血統を誇り得る者の數は次第に減じ同族團は次第に勢力なきものと爲り遺産相續の權利も何時となく消滅し羅馬時代の古學者既に同族團を稱して上世の遺稱とするに至れり本邦の姓氏沿革は其詳を知るべからざるも是も上世は羅馬の古代と髣髴たる所ありしならん氏神氏長者などの名稱の後世に残れるを見ても略想像し得べし之を推して考ふれば羅

馬の同族制度の沿革も思ひ半に過ぐる所あるべし。

第四 上世の諸會議

羅馬の最舊の會議體をキュウリアタ會議(Comitia Curiata)と稱す其基礎は貴族團體とすキュウリアとは羅馬人を三十に分ち其一をキュウリアと稱したり此起原詳かならず種々の説あれども今略す此會員は即ち貴族とす平民は之に附屬したるものに過ぎざるに似たり此三十のキュウリアの會合をキュウリアタ會議と稱したるなり次に平民會議あり平民間のことなれば部落を基礎とす因て原語に Comitia tributa と稱す貴族議會に反抗して起りたるものなり其他に又一種の會議起れり是れ貴族と平民と混合せるものなれども富と齡とを基礎としたるものと謂ふべし其起原は兵賦と租税との擴張を謀るに出たるものにて貴族と平民とを問はず財産の多少と年齢の長少とに因りて幾多の組合の如きものを編制し之を隊伍とし

壯年隊は外征に従ひ老年隊は守備に任ずるものとしたり其制度は古史に詳かなり此一組をチエンチユリアと稱すチエンチユリアは一百の義なり蓋し元來一百人を一隊とせしに出づるならんと云ふ此分類を又租稅徵收の手段にも應用したり此各チエンチユリアを集合したる會議を *Comitia Centuriata* と稱し漸次に勢を振ふに至れり右三種とも會議と云ふも代議政に非らず會議の資格ある者が廣野の如き處に群集して議決するものなりしにより各人一人に投票するにはあらず一キユウリア又は一チエンチユリアが銘々に議決し其團體の代表的投票一箇を出せし制度なりしもの如し。

第五 元 老 院

Senatus セナチウスは太古の世より存在す長老會の意なり王政時代には王が其會員を勅選したるものにて其人員は三百なりしを通例とするに

似たり最初は之よりも少かりしとの説あり又共和政の末には種々の事情の爲め其倍數に上りしことありと云ふ會員の任期は終身とす王政時代には王が其顧問府としたるものにて何等執行力を有せず共和政時代に及んでも制度上は大差なかりしも執政官は一年の任期にして此會員は否らざる爲め次第に權力を占め執政官も其議決をば排斥する能はざる實勢と爲り其議決を執政官が貴族會に附議し更に元老會の確認を経れば法律の効力を有すること、なれり帝政の世に至りても其組織權限大差なし當時立法權は皇帝に在り然れども皇帝は往々自家の專斷にて法律を制定せしに非らざる外形を装ふ爲め特に制定せんとする法律の趣旨を此會に下して議決せしむることあり但し皇帝の權力旺盛にして此會の勢力は微弱となり法律案の趣旨を下附すれば此會は實際何等の異議なく其趣旨に従て法律案を起草して可決したりと云ふ此趣旨を記し理由を叙したる勅語を *Oratio* と稱したり今此會を元老院と譯し會員を元老院議員と譯するは單

に無定制時代の上世の長老會議と別異するに過ぎず。

三〇

第六 地方制度

羅馬は一小國より起りて先づ伊多利を一統し漸次古今有数の大國となりしこと前註に記せし通りなり隨て征服地の處理法も一定せざれとも今其概要を云へば先づ伊多利國內には従前より同じ羅匈人種や之に類似のもの、設立したる小共和國が處々に存在し之を羅馬が征服したる後も矢張其存立を舊態の通りに認め羅馬の主權下に置きたるものにて従前の制度法律は其儘とし追々に羅馬に倣ひたるものなり概して云へば首府なる羅馬の制度の小なるものと見て可なり何れも自治にして中央政府派遣の官なし其人民には自由權を存續せしめたるも所謂羅匈人の權利にして純然たる羅馬市民の權利に比すれば幾分の差あり且つ此等の市街にも種類によりては中央政府より知事を派出したるもあり伊多利外の領土を得る

に至りて征服地の所有權は降服の條件として總て羅馬の主權者に屬するものとし其局部の所有者には恩惠的所有權を與へ實際は依然占有を維持することを得しめ行政も多くは自治を許したるも適宜の區劃を設けて之を縣とし中央政府より知事を派遣して地方行政の大體を統轄せしめ且つ主として聽訟事務を執らしめたり其間には伊多利外の地に羅馬人が移植して市街地を開ける所もあり此等に對しては往々伊多利内地の市街と同様の權利を與へ土地の所有權を内地同様に認めたる所あり此等は即ち本書中にも「伊多利土地」との名稱ある中に包含せるものなり共和の中頃以後は前執政官が縣地に出て縣知事の職務を行ふこと多し其起源はハンニバル攻入の際執政官たりし「スチピオ」が出陣して十年間も戰爭を續けたるが其任期は固より夙に終了したるも猶現任在國の執政官の爲め外に在りて其軍事方面の職務を行はしめたり「執政官の爲め」の原語は Proconsul なり遂に此二語を纏めて一語とし Proconsul 即ち前執政官と云ふ

名稱が出来たるなりとの説あり帝政の中頃に至り伊多利全國も亦之を分て縣となし中央政府より知事を置いて之を統轄せしめたり其年代詳ならざるもマルクス、アントニウス帝時代なるべし少くともコンスタンチヌス帝時代には既に全く置縣制度なりしと云ふ。

第七 保安官

マギスツラチウス即ち保安官と譯せるものには段々の沿革あり上世は唯、王一人のみを斯く稱したり當時の意義は法律施行者と云ふに在りたり其後追々多くの行政官が出来て之を保安官と總稱したり但し何處迄も安寧秩序に着眼して警察司法の職務を執行するの意味を離れざりしなり故に武官や宗教官などは此外たり保安官の新設の年代及び地位権限は種々なり故に大保安官小保安官の區別あり但し其精確の分界は古來明白ならず唯大都統執政官大判官其他三四の顯官は大保安官の部類たりしこと

疑なし保安官の稱は廣き意義に於ては帝政時代の皇帝も亦其一なりしも通例は執政官以下の官吏を指したるものなり又他の一區別として定例保安官非常保安官の稱あり保安官は國民の選舉するを通例とし其任期は一ケ年なり此等は大概定期に選舉したり之を定例保安官と稱す併し臨時に一時選舉のものあり大都統の如き是れなり之を非常保安官と稱したり又他の一區別としてキウリウレス的保安官と非キウリウレス的保安官との稱あり此名稱は四五の大保安官は其職務の標章として象牙簞入のセルラ、キウリウリスと稱する一種の椅子を用ふるの特權ありしより起れり此標章は極めて世人の尊崇の目的物たりしものにて次の如き一逸話あり平民が大保安官たることを得るに至りし頃嘗て壯年の貴族等の集れる處に平民出身の一保安官が參會の事ありしに壯年貴族等は豫め申し合せ着座したる儘に迎へ特に起立の禮をなさざりしかば保安官は從者をして右に言ふ椅子を取寄せしめ之に坐せしかば壯年等は直ちに相當の禮をなせ

しと云ふ此種類の保安官は皆職務上元老院議員を兼ねたり平民的保安官又は平民の保安官と稱するは平民議會にて平民中より選舉せる保安官なり是れより貴族保安官平民保安官の別あり平民保安官の設置の最古なるは護民官にして次は按察官なり是れ貴族平民多年軋轢の末に平民が得たる特權なり年處を経るに隨ひ舊來の保安官にも平民出身の者あるに至りたれども舊來の保安官は矢張貴族保安官と稱し純粹の保安官と類別するに便にしたり元來保安官は全國民を代表して法律を執行する官吏の意味を有せり而るに護民官は貴族を監視して擅恣を矯正するを目的として新法非認の權を有する者にして從來の保安官の定義に適はず故に別註にも記せし如く最初は純然たる保安官に非らざりしも後に保安官に列したり帝政の世となりても政治機關は形式上何處までも共和時代の組織を其儘に存続したり故に舊來の保安官は皆其儘なりし上に別に類似の保安官を數多新設し舊保安官の職權を次第に蠶食したり是れ主として政略に出たり。

るものにて本邦にて朝廷の官職を其儘として別に武家の官職を置きたると同じ新舊保安官中には職務權限の頗る混雜せるものあるは是が爲めなり。

本書第一卷第壹章中に元老院的保安官の語あり其處に是れ元老院に列席の權を有する保安官を指すなるべし但し他にも一考なきに非らざる意を註し置きたり他の一考とは次の如し皇帝直轄の縣に對して其他の縣を國民の縣又は元老院の縣と稱する例あり英文の羅馬法關係の書中に國民の執政官元老院の前執政官等の語見ゆ此等の場合國民的と元老院的話は同一物に交、相用ひたることを見るべし蓋し羅馬にては後世の如き完全なる中央政府の組織なく元老院は即ち國を表示する如き觀あり共和時代は殊に然りとす故に羅馬人間にては國民的と云ひ元老院的と云ふは兩者殆んど同一の意味の如き場合ありしならん歟元來舊時の保安官は羅馬人民の保安官の稱あり因て其後に起りたる平民保安官に對し舊來の保安官

を國民的保安官と同意味にて一に元老院的保安官と稱せしに非らざる歟
 是亦或は一説となすべきに似たり。

第八 大判官

Praetor
 大判官(プレートル)は共和政時代に置く所に係る元老院が執政官の職
 權中司法事務に關するものを割き此官を置き之を管掌せしめしものなり
 其職掌は主として司法事務に在りしを以て大判官と譯す。執政官と均し
 く一年の任期を以て貴族議會之を選擧す此官保安官の要地を占め執政官
 の次位に居る其管轄區域は羅馬市なりしを以て市大判官の稱あり執政官
 の出陣中には大判官其事務を代理す元老院を召集し其議長となり又民會
 を召集し法案を提出す從來の司法制度に大變革を加へたるは此官なり名
 稱の語源は前行の意より來る一定の職名となりし以前にも歴史家は執政
 官を斯く稱したることあり蓋し諸人の上位を占むるより此名稱を有せる

如し其後外國人係の大判官の設置あり本文中の註を參看すべし。

第九 護民官

Tribunus (ツリブヌス)は共和政時代に貴族と平民と大軋轢の末置きたる
 職にして平民が之を選擧し元老院が之を承認するものとす其職務は平
 民の爲め貴族の抑壓を防禦し其非違を匡濟するに在り故に護民官と譯す
 元來大監察とも云ふべきものにして後來其權限次第に増大し武官護民官
 と稱する職も起り遂に執政官と相拮抗する職となり交々羅馬國民の主宰
 者となりし時代もありたり。

第十 審判官、仲裁官、外國人係の仲裁官

羅馬に大略同一の訴訟事件を處理したる者に三種類あり第一 *judex* 第
 二 *arbitrator* 第三 *recuperator* 孰れも裁判官の如き者にて現に第一の如き

近世の歐洲語の裁判官と云ふ語も之より轉訛せるものなり併し後世の裁判官と同じからざる故に今審判官と譯す其理由は別註に詳かにす第二も第一と殆んど同一なり此二つの名稱は十二表法にも見ゆ第一の起原時代は古くして知るべからず第二も亦然り而して二者の上世の區別の如何は文獻不足にして甚だ不分明なるも第二は第一に比すれば審問判決に稍廣き自由を有し必らずしも法文の細末に拘束せられざるが如き所古代よりはれありしもの、如し又第一は常に一事件一人なりしも第二は三人とすることを得たる迹見ゆとの説あり今之を仲裁官と譯す其實羅馬古代の裁判法は寧ろ仲裁の性質多かりしとは古人の説あり審判官の選拔區域は多少の變化あるも概して言へば古代は元老院議員又は騎士中より選び其後年々一定の人名簿の調製ありて其中より選びたるものなり仲裁官の選舉範圍も之と同じ第三は外國人間の訴訟若くは一方が外國人たる場合の仲裁官の名稱なり外國人掛仲裁官と譯す審判官は一人仲裁官は一人又は數

人たることを得るも外國人掛仲裁官は常に數人とす羅馬に於ては三人又は五人とす其選任範圍には制限なく何人をも選ぶことを得其審判も最も神速を主としたり元來外國人關係の訴訟の爲めなれば縣地にては第一第二なく此第三の種類ありしのみなりしと云ふ後世に及びては羅馬人間にも之を用ふるに至りたりと前人の書中に見ゆ審判官は原被兩造の合意を以て之を有資格者より選定す合意を得ざる時は大判官之を選定す。

第十一 訴訟手續の沿革

太古の世の訴訟法は何れの國民も粗雜奇怪のもの多く一定の制度として見るべきもの少く又文獻も甚だ不充分なり羅馬に於ても太古の訴訟の方法は未だ必らずしも大差なし其後の訴訟の手續は之を三時期に分つことを得後世の法學者の類別する所に依るに第一は所謂法律裁判手續時代なり (Legis Actio) 此名稱ある所以は或は曰く審判官の選定が法律に依る

故なり或は曰く裁判は總て法律の規定を嚴守したる故なりと云ふガイウスは其一例を擧げ十二表法に樹木盜伐の訴權とある場合に事實に基き葡萄盜伐として出訴せしに訴權なしとて敗訴せし者ありと記せり蓋し法文拘泥の甚しき一證なり此手續は王政時代より共和政の中頃まで行はれたり第二を方式裁判時代と謂ふ(Formula)是れ共和政時代に大判官が一定の方式ある指揮書を審判官に下して判決せしめし手續を謂ふ第三を非常訴訟手續時代とす即ち方式指揮書を廢し大判官自身が審問并に判決を下せし方法の時代を指す但し三者は必ずしも劃然たる時代の分界ありしと云ふには非らず何となれば方式裁判は法律裁判手續の存在中より既に行はれ又非常裁判手續は方式裁判手續の存在中より既に行はれたればなり事實審問と法律判決と其主任を分ちたる制度は羅馬にては餘程古代より存在せしものゝ如し故に法律裁判手續時代にも無論行はれたるが方式裁判手續の行はるゝに至りて其分界劃然と定まりたり事實を審問するは保

安官の職務なり羅馬市に於て保安官の最上は大判官なり訴訟の審問も大判官自から之に當るを常例とす大判官の職務は稍豫審判事の職務に似て實は之れよりも重大なり何となれば大判官は原告の申立を聞き被告に抗辯あれば之をも加へ事實を記し并に法律の適用を示したる指揮書を作り之を審判官に交附して若し此事實ありとすれば此の如く判決せよと命ず事件が始めより事實の争ひなく單に法律問題なれば大判官が自から判決をもなしたり審判官の權限は甚だ狭し概して云へば即ち指揮書的事實を是認するや否に因り大判官の指揮の儘に判決するか若くは排棄するかの外に出づること能はず或る種類の事件に因り審問判決の區域稍廣かりしのみ(第四卷に詳なり)此指揮書には一定の方式あり故に此稱あるなり羅馬の審判官は後世の陪審官とは同じからず決定の判決を與ふる點に於て最も然りとす然れども羅馬の審判官も通常人より取り本職の法學者に非らざる點并に大判官の指揮の下に判決する點に於ては殆んど相似たり然

れども決定の判決を與ふるが故に判決を誤れば其責重し然る代りに本職の法學者を顧問とする制度あり最初は單に知人間の助言の如きものに過ぎざりしも後には一定の制度となれり之に依らずして錯誤の判決を爲せば嚴罰に處せられしなり方式裁判法は元來法律裁判法の範圍の狹隘にして且つ面倒なる爲め起りたるものなれども是亦次第に面倒となり遂に世人の爲めに厭はれ元來特別の制度なりし非常裁判手續が全く通常の裁判法となりたるなり猶別註を參看すべし此外にチエンツムヴキリー裁判所と稱するものありたり其起原詳かならざるも紀元前三世紀の央以前の創置にはあらざるに似たり其組織權限も詳かならざれども一事件毎に選定する審判官と違ひ永久に設備したるものゝ如しチエンツムヴキリーとは一百人の意なれば其會員は元來一百人なりしものか且つ其職員は矢張他の共和政の諸員と均しく毎年改選せしものならん歟と云ふ審判官は往時數百年間は貴族社會の者のみを選任したるも此裁判所の職員は平民社會

のみより選舉したるものなりと云ふ其職務の大體は審判官と略同じくして一層後世の陪審官に近かりしならんと云ふチエローの著書中には此裁判所に對して判決せしむる事件を列舉し純然たる羅馬市民法の所有權并に地役權の訴訟、遺言訴訟、無遺言訴訟、後見及び身分權の數種なるも是にて全部を盡せるや否や知るべからず又刑事に付て何等の擧示なきは蓋し遺漏なるべし但し裁判の手續に付ては文獻全く缺亡せる爲め審判官に付すべき場合と此裁判所に付すべき場合の區別明白ならず或は原告の選ぶ所に任せしものかガイウス時代には唯相續事件に付て審判せしのみにて其他には關係せざりし如しと云ふ。

第十一 上 訴

羅馬に於ても保安官には自から高下大小の別なきには非ざりしも其裁判權は直ちに主權の代表と云ふ點に重きを置きたり故に後世の立法の如

く大審院の下に控訴院あり其下に地方裁判所ありて互に管轄聯續の關係を定むる如きものなし隨て上告控訴の順序もなし初審即ち終審の主義なりしも後に不完全ながら上訴 *appeal* の方法起りたりチチエローの言ふ所に依れば王政時代より此制ありしとあれどボンボニウスの著書に依れば王政廢止の際に始めて起れりと云ふ即ち頭格喪失の終決權を執政官に與へず國民に保留する趣旨に出づ換言すれば刑事の處罰を受くれば頭格を喪失する者多し此等は判決に不服なれば國民に上訴することを許したるなり即ち上訴は刑事に始まりたるなり其後刑事は大判官が國民中より選拔して永久の委員會を組織し之をして判決せしむるの制度としたる爲め國民に上訴する法は不使用に歸したり又各保安官が各自主權を代表すと云ふ制度よりして一奇例を生じたり即ち甲の保安官は乙の保安官の裁判執行を停止し得ること是れなり民事の上訴も之に依りて行はれたり甲の保安官の判決に不服の者は乙の保安官に其由を申立つ乙の保安官之を

理由ありとすれば甲の保安官の判決執行を停止せしなり此權は護民官は殊に之を用ひたり但し單に停止のみなるを以て制度は猶ほ不完全なりしも兎に角に不當の判決を制限する丈の効能はありしなり帝政の世に及び上訴受理者を統一する爲め總ての上訴は皇帝に提出することとし羅馬市のみならず地方の裁判にも均しく皇帝に上訴することを許し其他種々の細則を定め皇帝外に元老院に上訴するを許したるものもあり上訴し得るものと得ざるものとの區別を置き事件の性質に因り上訴し得ざるもの甚だ多し又濫訴を防ぐ爲め上訴して敗る者に罰金を課す法學者 *パルソ* の時代には對手の訴訟費用の四倍を課するの法なりしがヂオクレチアーヌス帝マキシミアヌス帝の勅法にて罰金の額は上訴受理者の裁量に一任することとせり之を要するに羅馬法に於ては法理論の發達に比し控訴上告の法規及び裁判所構成法は頗る不完全なりと謂ふことを得併し後世の如く初審二審の判決は殆んど形式同様となり之に服従するもの甚だ稀少

なるの風を馴致せるも亦誇りとするに足らざるものゝ如し。

第十三 法廷召換

羅馬人の私法上の權利義務の議論は甚だ發達して精微の點に進み反て其度を過ぎたる所ありしと云ふべき有様なりしも此權利義務を法廷にて主張し防禦する方法即ち訴訟手續の進歩は甚だ遅々たり概して云へば裁判は仲裁の性質なり原被告が保安官の前に來りて其言はんと欲する所を言ふを聞き保安官が之を仲裁して始末するの趣旨なり故に國家が被告を召喚し原被告の正否を正し國家の權力を以て司法制度の運用を完くするの趣旨に非らず故に被告を法廷に出すは原告か自から被告を法廷に連れ行くの手段を用ひたり勿論之を爲すには被告が拒めば腕力を用ひても妨げなきものとせり原物回収の訴に其實物を法廷に持出し若し土地家屋なれば芝又は樹枝などを持來り雙方之に手を觸れて腕力を以て相争ふの狀を

假裝せし如き又債務辨濟訴訟の原語は警告の意味より來り原告が自から被告に法廷出頭を通知したる如き皆右に云ふ沿革より出でたるものなり帝政の世に至りて始めて原告の申請により法廷より被告を召喚するの制度となりたり。

第十四 諸法の淵源

本書中國民法と譯せるは羅馬が猶極めて小國なりしときより用ひ來れる固有法を謂ふ元來は習慣法なり成文法は十二表法を始めとす共和政時代に紀元前四百六十二年の制定なり十二表法は羅馬人の非常に尊重賞讃する所なれども其斷編の後世に残れるものに依りて見れば格別の名法典とも思はれずとは學者の説もある所なるが羅馬人より見れば成文法なき時代に成文を以て人民の權利義務殊に平民の權利を確實にしたる點多しとて好評を得たるものゝ如し其後元老院議決及び勅法などを國民法の部

類に加へたること本書中にある所の如し萬民法とは羅馬の版圖が發展するに隨ひ新附の人民も段々増加し來り其相互間の争議もあり又彼等と羅馬人との間の争議もあり固より之を裁斷せざるを得ず然れども固有の羅馬人間に用ひ來りし法を適用することを得ず是に於てか大判官は其新附の人民間の風俗習慣を根據とし且つ衡平の道理を考へ告示を以て段々と此等の争議を判定する法規を定めたり而して其法規が羅馬人のみの間に於ても舊來狹隘の國民法の補足となりしものも少からず萬民法とは實は此の如きものを指すなり所謂名譽法一名大判官法の大部分は即ち之に外ならず別に自然法の名稱あり是れ法學者等が希臘のストイック派哲學の思想を借り來りて萬民法と同じ様なる事柄を解釋するに用ひたるに始まる羅馬の法制の實際に於ては所謂萬民法と殆んど區別すべからず實は特に法規の本領に哲學趣味のものあるには非らずと云ふ故に萬民法即ち自然法と解釋せるを通例とす唯奴隸制は自然法と見るべからざるは勿論なり

るにより別に萬民法の外に自然法の一種ありと考へし學者ありしに似たり後世の法理學に於ては道義と法律とを區別するが故に自然法萬民法の區別などの議論は法理學上には必要なこととなりたるも此區別は羅馬の法學者間には未だ明かならざりし爲め畢竟右の如き混雜をも生したるものと見て可なり。

第十五 刑法の不完全

羅馬に於ては民法に關する制度及び學問の非常に發達せしに似ず刑法は甚だ粗雜なりしは學者の認むる所なり殊に第四卷に擧ぐる所の不法行爲の罰金訴訟の如き後世の立法眼を以て見れば殆んど異様の感なき能はず例へば竊盜強盜の如き猶之を民事の訴訟として盜難物の價格二倍又は四倍を課し之を原告に與へ猶別に實物回收の訴訟の設定もある如き後世の立法にては刑事を主とし民事は反て之に附帶し又凡そ罰金科料と云へ

は皆國家の收入に歸し出訴者に與ふるものにあらざると甚だ殊なり是れ豫め了知すべきのことたり

第十六 奴 隸 制

歐羅巴人間には古來奴隸制行はれたり自然法に適せざることは古來已に定説ありしも萬民法に根基すと稱して之を是認し來りユスチニアヌス帝の大改革も之を破ること能はず近世に至りて初めて全廢に歸したり而して羅馬人のことなれば之に關する法規慣例甚だ綿密を極めたる爲め本書の如きも之に關する部分甚だ多し東洋にも稍類似のことなきにあらざりしも西洋の奴隸制の如きものは之なし歐洲にても近世の法律は此事なき爲め比較的に簡便となれり今や羅馬法の奴隸に關する部分は何等實際の參考に供すべきことなきも文化進歩の迹を見るには有益なり。

第十七 勅許法學者

羅馬の法學思想は夙に發達せしが隨て又法律の問題は常人には知了し易からざる状態となり其爲め共和政時代より既に法學の専門家出でたり最初は貴族などが一身の教育として研鑽するを常とするより起り既にして義俠的に他人の爲めに其學ぶ所を以て訴訟事件に其見解を與へたるが遂には之を以て職業同様にする者あるに至れり帝政の始めに當り大家には法律解釋の勅許を與ふるの制度起り勅許者は訴訟者の依頼に應じ意見を書して之に與ふるのみならず其意見を書したる書類に免許の印を捺したるものを直接に審判官に送付することを得勅許者の意見は直ちに法律の効力を有したりとの説あり又法律の効力を有する迄にはあらざれども實際は審判官は容易に之を排斥することを得ず唯數人の勅許者の説出來り一致せざる時は自から見る所を以て事件を判決したりとの説あれ

ども何れにしても裁判上に大効力を有したるには相違なし。

第十八 法學の二大派

羅馬の法學界にプロキユリアーニ派とサビニアーニ派との二派ありて帝政時代に數百年間兩々相對峙して勢力を振ひたり其根元は帝政の始めにカピトリー、ラビオの二大法學者あり二人の性行經歷は同じからざるも何れも名家にして其門流にも名家少からず學問上にて二人の主なる相違はカピトリーは重きを文字に置き寧ろ守舊の風あり之に反してラビオは進取の風ありたるに在りと云ふ此二人の門生并に其流を汲むもの各自類を以て集まり各々一派をなしたりカピトリーの門人にサビヌスありカシウスあり此派は此二人の名によりサビニアーニ派と稱し一にカシアニー派と稱すラビオの門流にプロキユルスあり又ベガススあり因て此派はプロキユルスに取りてプロキユリアーニ派と稱し一にベガーシアーニ派とも稱

す此二學派中より出たる諸大家中にもガイウス、バビニアース、ウルピヤヌス、パウルス、モデスチヌスの五人は殊に超越の大家として尊敬せらるゝ者にして紀元四百二十六年の勅法を以て法律の疑義に關しては此五人中の多數の取れる説は之に據り同數なればバビニアースの加はれる説に據り若しバビニアースの説なければ審判官は始めて諸説中に付て自己の所見に依りて判決すべしと定めたり其後百年にしてユスチニアース帝は學說彙纂の編纂を命し多數の如何に拘はらず編纂委員の最も適切なりと認むる所を取りて完全なる大部の一書を作ること命じ而して爾後何人も新説を唱ふることを禁ぜんとしたるも編纂の成迹は豫想の如く完全ならざりしと云ふ併し後世に於て羅馬法の源泉としては最も貴重の書たり此書中に其學説を擧げられたるもの三十九家にして而して全書の殆んど半分はウルピヤヌス、パウルス二家の著述より出づと云ふ。

法學校の濫觴を繹ぬるに最初は法學志願者が其師とする所の法學者の法廷などに入出入するに追隨して實地の見聞に因りて習業せしものなるが其後師たる者が一定の講義をなすこととなり一轉して私立學校の如きものが起り帝政の中頃認可學校の如きものとなりたり學課などを規定したる勅法もあれども委細の事は知るべからず右の如き學校は先づ羅馬に起れるもの、如し尋でコンスタンチノープルにも起りたり私立學校は他にもありユスチニアウス帝以前は認可學校の習學年數は四年なりユスチニアウス帝は紀元五百三十三年十二月學說彙纂公布と同日に勅法を發し之に改正を加へたり其勅法に依れば習學年數を五年とし各年の課程を定めたり其中の一項に法學の教授は羅馬、コンスタンチノープル及びベリチウスの三處のみに於てすべしアレキサンヅリア、及びチエーザリア

其他の市街にも叨りに自から法學者と稱し法學を教授し後進を感はす者ありと聞く自今之を禁ず犯す者は罰金及び追放に處すとの意味を記せり。

第二十 ユスチニアウス帝の事業

ユスチニアウス帝の人格に付ては幾分の世論ありと雖ども其事業の迹より見れば羅馬帝國中興の英主たること議論の餘地なし帝は西曆紀元四百八十二年頃を以て今のボルガリア國內に生る當時羅馬帝國は式微の極に達しさしにも廣大なりし西帝國は既に亡び東帝國の首府たる今のコンスタンチノープルに偏安せり帝は伯父なるユスチヌス帝の養子となり紀元五百二十七年に之と同治帝となり同年伯父帝の登遐に依りて單獨の帝となれり是れより勵精圖治偉業を建てられ凡そ古今の帝王中文武兩道に於て均しく大功を成せしもの帝の如きは我が最近の聖天子を除くの外

中外殆んど其類を見ず武事に於てはペリサリウス及びナルセスの如き名將あり帝は此等をして遠征に従事せしめ遂に伊多利の本國のみならず其他の歐羅巴諸國の大部分及び阿弗利加と亞細亞との幾部分の舊版圖を恢復し更に擴張せし處もあり文事に於ては流石に法學旺盛の羅馬帝國も年所の重積と共に却て繁文褥禮に陥り時勢の進運に伴はざる所多かりし爲め帝は明法の士を信任し續々舊法を改廢して法制事項の各方面に大改革を行へり而して又従前山積の諸法令は既に不使用に歸したる部分あり互に相矛盾する部分もあり又前置文の如きは概ね發布當時に有用にして後世に不用なり是れより先きスイオドシウス帝の法典其他一二種ありと雖ども亦皆既に陳腐に歸せり帝即ち之を根據とし爾後の諸勅法を併せ之を彙纂整理し適當の加除を爲し以て一大新法典となさんと欲し紀元五百二十八年法典調査會を置きツリボニア以下當時著名の明法の學者十人を擧げて委員とし勅詔を降して編纂の方針を示し専心其業に黽勉せし

め翌五百二十九年一大新法典成る題して *Codex* と謂ふ今法律彙纂と譯す實は勅法彙纂なるも右の勅詔中に法律を編纂せしむとの文字もあるを以て法律彙纂と譯す加之羅馬に於ては法學博士の學説は殆んど法律同様の効力を有し或る制限の下に明文を以て之を公認したるものなるに諸書山積して閲覽の便少なく且つ往々彼此撞着なきに非らず即ち要を摘み僻を捨て正を取り一部の學説彙纂を作らんと欲し五百二十九年冬ツリボニア一ノス以下十六人の博士を委員とせしが古來學者間に議論の一定せざる重要な問題猶數多あり乃ち先づ之を一定せんと欲し諸博士をして之を論決せしめ其論決に基き逐次勅法を發して之を決定し其數五十に達せり之を五十決定と稱す其事五百三十年に終る其間に於て學説蒐集の事業も意外に迅速の進歩をなし五百三十三年冬五十卷の一大編纂成る名けてデゲスタ一名バンデクテーと謂ふ今之を學説彙纂一名會典と譯す同時に又五百二十九年の法律彙纂は猶完全を缺く所ありしを以て此五十の勅法を併

せて訂正法典を作らしめ五百三十四年に十五卷の訂正法典成る是れ即ち今日現存せるユスチニアヌス帝の法律彙纂なり五百二十九年の法典は當時之を廢棄せしが殊に破滅に勉めたる結果なるべし後世には其影だも留めず且又法律彙纂と學說彙纂とは素より重要な書たりと雖ども元是れ尨然たる大冊子にして其要を洞看するに便ならず是を以て帝は學說彙纂編纂と同時に更に他の一書の編纂に着手せり爰に譯出せる法學提要即ち是れなり此書はガイウスの法學提要を基礎とし前二書の要を抜き加除訂正し現下の法制に符合せしめたるものなり五百三十年冬勅法を以て其計畫を示しツリボニアヌスとコンスタンチノープル法學校の教授スイオファイルス及びベリチウス法學校の教授ドロスイウスとを以て委員とし學說彙纂編輯と同時に之に従事せしめ五百三十三年冬成る此書も前二書と均しく法律の効力を附せられたるものなり本來は法學生の教科用の爲めに作る所と雖ども後世に最も重きを置かれ且つ最も廣く研學に用ひられ

最も有名にして最も廣く後世を益し英主の一大紀念塔と稱せらるゝは此書なり此書編纂委員の一人なるスイオファイルスの希臘譯ありて當時より廣く世に行はる後世に至り羅句語本の疑義を尋繹するに有益の書なり以上諸書公布の後も帝は猶多く重要な勅法を發せり蓋し帝は新勅法彙纂編纂の意なりしと云ふも在世中には此事なかりし如し然れども後人が此等の新勅法を編纂したるものを新勅法彙纂（ノヴェリ、コンスタチウチヨネス）と題し其中に包含する所の勅法百六十五にして公布の最舊なるを五百三十五年とし最後なるを五百六十四年冬とす但しツリボニアヌス死亡の年即ち五百四十五年以後のものは甚だ少し以上四書を合稱して羅馬法大成（コルプス、ユールリス、チヴェリス）と稱す帝は是等文武の事業を大成したる後五百六十五年十一月崩せり。

ユスチニアヌス帝欽定羅馬法學提要

文學博士 子爵 末松謙澄 譯並註解

法學博士 宮崎道三郎 校閱

第一卷

第一 正義及び法に付て¹

正義とは各人をして其當然の權利を享有せしめんと欲する恒常不斷の意思を謂ふ。

- 一 法律學とは神事人事の知識²にして正不正に付ての了解を謂ふ。
- 二 是等の要旨を大體に於て知了したる上は最初に容易且つ簡單なる方法に依り後に至大の注意と精確とを以て各部分を漸次に説明するを羅馬國民の法制を解説する捷徑と認む。若し然らずして最初より煩多なる

¹Iustitia || ユスチチア || 正義法 || ユス ||

²上代は祭政一に關する諸法に關する他の諸法に關する互に相關して重きをなしたり故に神事人事の

第二 自然法、萬民法及び國民法に付て

自然法とは自然が一切の動物に教ふる所の法を謂ふ。何となれば此法は人類の特有に非らずして空中、地上、海中に發生するの別を問はず一切の動物に共通なればなり。此法に因りて雌雄間の結合あり人類に在りては之を婚姻と稱す此法に因りて子の生殖及び養育あり隨て人類外の動物も亦此法の知覺を有すと認めらるゝは吾人の知る所なり。

一 國民法及び萬民法の區別は次の如し。法律及び慣習の支配を受くる各國民は一部は自己に特有なる法を用ひ一部は一切の人類に共通なる法を用ふ。或る國民が自己の統治の爲めに制定する法は専ら其制定國に屬する法なり隨て其國の特有法として國民法と稱す。之に反して自然の道理が一切の人類間に定めたる法は如何なる國民間に在りても一様に遵守せられ一切の民族の用ふる所の法として萬民法の稱あり。故に羅馬國

後世の萬國公法は羅馬人の萬民法自然法とは異なれど

も其感化を受けしことは大なりメーアの古代法に詳なり

羅馬の法學者問には法の淵源を二個とする者三個とする者あり三説は本文に説ける如く自然法、萬民法及び國民法を指し二個とは自然法と萬民法とし之を國民法と併せて二個とせざるなりウルピウスは三個説を取れりガイウスは二個説を取れり本書は主として此二大家の著書を參照して其原文を

民も亦一部は自己特有の法を用ひ一部は一切の人類に共通の法を用ふ。我羅馬の法制に於て何れの規定が何れの法に屬するかは適當なる場所に於て之を示さんとす。

二 國民法には其國の名を附す例へば雅典國の法と謂ふが如し。何となれば、ソロン又はツラコの法を指して雅典人の國民法と謂ふは失當ならざればなり。故に羅馬國民の用ふる法も亦之を羅馬人の國民法と稱し、或は之をクウキリテス法と稱すクウキリテス人の用ふる國民法の謂なり是れ羅馬人はクウキリテス人の名を取り一に自らクウキリテスと稱するを以てなり。然れども何れの國たることを指さずして單に國民法と言ふときは吾人は我自國の法を指稱す。恰も名を附せずして詩人と謂へば希臘人中にては有名なるホメルスを指し吾人中にてはヴェルキリウスを指すが如し。萬民法とは一切の人類に共通なる法を謂ふ。各國民は人類生活上の經驗と必要とに應じて各自共通なる法則を設く。蓋し戦争起りて

も引用せり此
處はウルピア
ヌスを引用し
て此記述あり
然れども後文
にはガイウス
の説に依り萬
民法即ち自然
法としたる所
あり是れ本書
の一弱點なり
グウキリテス
は元サピン人
の神の名より
來る太古の世
羅馬人と併し
ン人と併し
たる後羅馬人
は軍事關係に
は仍舊名を用
ひたるも民事
に付ては自か
らグウキリテ
スと稱したり
詳にオルトラ
ンの羅馬法史
に見ゆ
原語の Loc.

to Conductio
は我國法の賃
貸借雇傭請負
を包含する總
名なり
此處原書には
希臘語を挿入
せり
保安官の沿革
に付ては猶卷
首の總註を見
るべし
ホルテンシア
法 Lex Horten-
siana は紀元
前二百八十六
年の制定に係
るホルテンシ
ウスの名に取
る此人はテグ
ラトル(大都
統)なり此官
は内亂後元老
院に於て制定
し當時「國民
の主長」とし

次に捕虜起り又次に奴隸制度起れり奴隸制度は自然法に反するものなり
(何となれば自然法に依れば如何なる人も當初は自由人として出生すれ
ばなり) 又契約は概ね皆其初め萬民法より發生せしものなり賣買、賃貸
借、組合、寄託、消費貸借其他數多の契約皆是れなり。

三 我羅馬人の法は成文法又は不文法より成る猶希臘人中に成文法と
不文法⁷とありしが如し。成文法は法律、平民法、元老院議決、勅法、保安
官の告示、法學者の解答とす。

四 法律とは元老院的保安官例へば執政官の提議に依りて羅馬國民が
制定したる法を謂ふ。平民法とは平民的保安官例へば護民官の提議に依
りて平民が制定したる法を謂ふ。國民と平民との差異は類と種との差異
の如し。何となれば國民なる名稱は總市民を意味し貴族及び元老院議員
をも包括す、平民なる名稱は貴族及び元老院議員を除く外の國民を意味
すればなり。但し平民法も亦ホルテンシア法⁹の通過に依り爾來法律と

同一の効力を有す。

保安官の原語はマギストラチウス magistratus なり國民の代表者として國家諸般の行政事
務を擔當する官吏の總稱なり主として警察司法等の職務を執る方面に着眼して言ふものな
るを以て今姑く保安官と譯す、元老院的保安官とは數多の參考書を涉獵したるも直接の解
説を發見せず併し史實に依りて之を考ふるに所謂大保安官中にて執政官大判官其他二三の
顯官は其官職に附隨して元老院に列席の權を有せり之に關してスミスの羅馬故事類苑に此
等の保安官が元老院に列席以後元老院に二種の議員を生じたり一は本來の議員にして一は
保安官の職務上の議員是れなりと記せり就中執政官大判官の如きは元老院を召集し并に其
議長となるの權を有せり而して又國民議會には發案權なく其議案は先づ元老院にて論決し
たるものを右に云ふ保安官の一人が提出するの制なり隨て元老院的保安官とは此等の保安
官を指すと見るべき歟他にも一考なきに非らざるも此解説適切なるに似たり其事は總註に
記すべし平民的保安官とは平民議會に於て平民中より選出せる保安官を謂ふ往古政權はパ
トリチー即ち貴族階級の專有にして官吏なども總て貴族階級より選出したりしが數百年間
貴族平民軋轢の後平民議會よりも所謂護民官按察官を選出するに至れり此等は嚴格に云へ
ば最初は保安官に非ざりしも後には遂に公文書中にも保安官の名稱を得るに至れり、本項中
國民と平民との區別はガイウスの文を其儘引用し之に元老院議員だけを挿入したるものな
り然るに同議員中には共和政時代よりして既に平民も多少混入したり故に此挿入の爲め反
て精確を失へりとの論あり又ニビュル等は國民(ポピュルス)の語中には古代は平民を包
含せずとの説なりオートランは反對の説を執れり併し孰れにしても貴族の勢力旺盛にして

て選舉したる
官名なり

10 是れ元首制定の
法律にして其
沿革極めて久
しく王政時代
より行はれた
るものにして
其名は一定
せず王政時
代には各王の
制に定むる
形は變りし
共和時代にも
之を行ひし
時代及び帝
各帝踐祚の

初めに制定し
たるものなり
此沿革は久し
く詳ならず
しも古文書の
發見に因りて
明白になり
り委しくオ
トランの羅馬
法史に見ゆ
勅法と稱する
もの三種類
あり第一、皇
帝が個人又は
團體に對して
發したる勅書
又は指揮を請
ふ者に與へた
る勅答、今之
を勅詔と譯す
格段なる官吏
に與ふるもの
にして命令と
稱するもの及
び保安官が疑
問の點に關し
て指揮を請ふ

國民と云ふも元老院と云ふも殆んど貴族の專有の如き形狀ありしことは疑ひなし詳細の議
論は今省く。

五 元老院議決とは元老院が命令し又は規定したるものを謂ふ。何となれば羅馬國民が増加し悉く一處に會同して法律を制定すること難きに至りたる時に當り元老院を置き之を以て國民一般の代表者として其意見を徴するを以て便宜と認められたればなり。

六 國家の元首即ち皇帝の可とする所も亦法律の効力を有す何となれば元首に大權を附與する爲めに制定する主權法¹⁰に依りて我國民は其全權全力を元首に附與したればなり。故に勅詔を以て決定し又は争訟事件を裁決し又は布告に依りて指揮したるものは悉く法律に外ならず之を總稱して勅法¹¹と謂ふ勅法中には明に個人的にして先例となすべからざるものあり是れ素より皇帝の意にあらざればなり之を例せば功勞者の賞典、犯罪人の特赦、又は先例に據らざる個人の救濟の如き其者以外に應用なきなり。其他の勅法に在りては一般的なるが故に各人を拘束すること

疑を容れず。

七 大判官¹²の告示も亦尋常ならざる程度に法律の効力を有す。吾人は常に是等を稱して名譽法¹³と謂ふ、此種類の法律に効力を與ふるは名譽の地位を有する者即ち保安官なればなり。

*Praetor は執政官に亞く大官にして保安官の一なり其職掌は警察官及檢事裁判官を兼ねたるもの、如きを以て今大判官と譯す其任期は一年とす大判官は就職の始めに於て自己が其任期内に法律を執行する方針の條項を列記したる覺書を告示したり其大部分は前任者の告示を踏襲せしむ往々自己の新案をも挿入したり大判官は直接法律に戻ることを得ざるも此告示に依り解釋上又は運用上重要な新案を出し法律の不備を補ひたり所謂衡平主義の發展は殆んど皆此告示より出たり大判官が就職の始めに出す告示は自己も之に違ふを得ず此告示を永久告示と稱したり、ハヅリアヌス帝の世に至り當時の大判官にして法學者なる、セルウキアス、ユリアヌス、從來の告示を審査編纂して一大告示を作る、ハヅリアヌス帝は之を嘉納し爾後一定不變のものとし是れより眞に永久告示となりたり大判官の創設は紀元前二百六十六年に在り之をプレイトル、アルバーヌス(市大判官)と稱す其後紀元前二百四十六年に至り、プレイトル、ペレグリヌス(外國人係大判官)を置き専ら外國人間の訴訟事務を處理せしめたり。仍卷首の總註を參看すべし。

按察官¹³も亦或る種類の事件に關して告示を發せり是亦後には名譽法の

15 *Jude* × 審判官
は後世の陪審
官に裁判官の
權力を加味し
たる如き者な
りしを以て裁
判官と譯せず
して審判官と
譯す卷首の總
註を見るべし
16 ハヅリアー
ス帝の勅法
17 スバルタ人
18 羅馬法か此二
國より淵源せ
りと言ふは想
像に過ぎずし
て歴史の徵證
なし蓋し羅馬
の文化は多く
希臘より傳來
せるを以て此
言あるならん
19 *Person*

身分等の如し而して又羅馬法は無生の事物即ち遺産或は團體等に擬人の資格を與ふる場合にも別に人格又は法人と云ふ如き名稱を用ひずして單にペルソナの語を用ふ元來此語は演藝に用ふる陶製又は木彫の假面の意あり轉訛して天然の人身をも指すの習となり法律家は右に云ふ如く無生物の擬人資格にも用ひたり之が爲め此語の定義に種々の學者論あれどもオースチン杯は左まで六ヶしく云はずとも天然の人間として見れば反て了解し易し此章の題目の如きは即ち是れなり其他は則ち便宜上よりして此天然の人間に模擬したるものと見れば簡明なりと論せり身格とは法律の眼中に自然の人體が或る段階をなせる位地に在る上に付て其格式即ち位地を指して云ふ例へば自由人たる位地又は市民たる位地の如し又別に家族權の語あり家族權とは一家の一員として權利を有し又權利に服するの權能を云ふ羅馬人の戸口組織は家族制にして個人主義に非らず隨て一家と云ふに甚だ重きを置きたり隨て又羅馬人の身分中には身格、自由、家族の三權利を包含す此三者を具備するを一人頭とせり今之を頭格と譯するなり羅馬の自由市民は即ち此「人頭」なるものを有する者を云ふ奴隸は身格あれども頭格を有せず但し身分身格頭格の差別は古來極めて難解の問題にして精確の分界を示すこと易からず殊に身格と頭格とは其差別誠に瑣細なるのみならず近世の歐羅巴語にも頭格の字なきより洋書にも此二者即ち *Status* と *Caput* とを混同せるものもあり第十六章の註解をも參看すべし。

人に關する法の第一の區別として知るべきは一切の人類は或は自由人

たり或は奴隸たるに在り

- 一 自由人の名稱の本源なる自由とは實力又は法律に依りて制限せらる、事項を除き何人も任意に其欲する所を爲し得べき權能を謂ふ。
- 二 奴隸制とは或る人類を自然に反して或る主人に服従せしむる所の萬民法の制度を謂ふ。

三 奴隸の名稱は軍將が敵の捕虜を賣却することを命じ隨て之を殺さずして保存したる慣習ありし事實より發生す。奴隸は元來腕力を以て敵中より捕獲せるものなるが故に又マンチピア²¹の稱あり。

四 奴隸は或は出生に因り或は他の事故に因りて然る者あり出生に因る奴隸とは女奴の生みたる者を謂ふ事故に因る奴隸とは其一は萬民法に依る者即ち捕獲の爲め奴隸となる者にして其二は國民法に依りて奴隸となる者例へば二十歳²²以上の自由人が自己の代金の分配を受けんが爲め他人をして自己の身體を賣らしめたる者を謂ふ。

20 奴隸の原語は
Sevius にて
「保存する」の
意義なり
21 *Mancipia* は
Mancapere
即ち「手を以
て捕ふる」の
義より來る
22 法律彙纂中に
同様の事を記
せる所に二十

五歳とせるあ
 り羅馬にては
 二十歳を以て
 丁年とせし
 に因り二十五
 歳を正しとす
 べきに似たり
 蓋し編纂の際
 否らざるば其
 後五の字を寫
 の際五の字を
 誤脱せしむる
 んと古人の註
 あり

五 奴隷の状態に關しては何等の區別なし。自由人に付ては多くの區別あり。何となれば自由人には生來の自由人と解放に因る自由人とあればなり。

第四 生來の自由人に付て

生來の自由人とは生れながら直ちに自由人たる者を謂ふ其父母が共に生來の自由人たると共に解放に因る自由人たると又は一方が生來の自由人にして一方が解放に因る自由人たるとを問はざるなり。又自由人たる母の生みたる子は父が奴隷なるも亦仍生來の自由人とす、自由人たる母と不分明の父との間の私生兒と雖ども亦然り。母が受胎の當時に女奴たるも苟も出産の時に於て自由人たれば則ち足れりとす。又反對に母が自由人として受胎し後に女奴に變じて出産したるときも出生兒は自由人として生れたる者と決定せり。是れ母の不幸は累を胎兒に及ぼすべからざ

マルツエルス²³
 はマルツエルス
 ヌス、ピウス
 帝(紀元百三
 十六年)乃至
 六十年間の
 法律顧問たり
 し法律學者なり
²⁴法律の結果に
 て一たび解放を
 とりたる者は
 受けたる者
 解放に因る
 由人の身分は
 故に此處に誤
 認に因り奴隷
 の境に在る者
 者が解放に在
 けたる後其受
 誤たる者を見
 了らざる者
 あり
²⁵解放の原語
 Manumissioは

ればなり。是を以て懐胎中の女奴が一たび解放を受け更に女奴となりて分娩したるときは出生兒は自由人なるか奴隷なるかの疑問を生じたり。マルツエルス²³は之を自由人とするの説を執る、是れ胎兒が胎内に在りたる間に一瞬時たりとも自由人たる母を有すれば足れりとしたるものなり此説是なり。一 生來の自由人が一たび奴隷の境遇に在りて後ち解放を受けたるときは猶生來の自由人たることを失はず是れ解放は出生に因る權利を阻害せずとは屢々勅定ありし所なればなり。²⁴

第五 解放に因る自由人に付て

解放に因る自由人とは法律上にて定まれる奴隷の境遇より解放せられたる者を謂ふ。解放とは自由を附與することを謂ふ、何となれば奴隷たる者は其間主人の「手中」に在て其權力に服従し解放せらるゝときは其權力より脱離すればなり²⁵ 此事や其源を萬民法に發す自然法は奴隷の制度

手中より放す
との意味の二
語より來れり
omo
寺に於てす
るものはコ
スタンチヌ
帝の定むる
なり
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

を知らず故に各人均しく自由人として生る隨て解放の制あるを聞かずと雖も萬民法に依て奴隸制度の侵入したる以後に解放の恩典發生したり。元來吾人は人²⁶と言ふ自然の一名稱を有したりと雖も萬民法は三種の區別を輸入したり他なし自由人あり、之に對する奴隸あり、第三に解放に依り奴隸の位置を離れたる自由人あること是れなり、一 解放は種々の方法に依りて行はる、何となれば解放は勅法に依り寺院に於てするもの²⁷又は棍棒の方式に依るもの²⁸又は友人の目前に於てするもの又は書面を以てするもの²⁹又は遺言若くは其他の終意表示を以てするものあればなり³⁰此他猶奴隸は從前の諸帝及び朕の勅法の規定に基き種々の方法に依りて自由人たることを得。二 主人は何時たりとも其奴隸を解放することを得るを常とす故に保安官が偶然道路を通行の際例へば大判官又は前執政官³¹又は縣知事が浴場若くは劇場に赴く途中に於て其面前に解放するも効力を有す。三 被解放者は從前之を三階級に分ちたり、何となれば

者は自由人なり
人主張し主
人が之を承
し奴隷を引
起はして其
方尙を轉せ
め立去らし
官が見て大
由が彼者自
告したる宣
本編纂の項
略にて足る
所と本文云
主人より奴
に與ふる書
往昔共和政
代には猶別
一年法あり
際奴隷が戸
役場に希望
主其名を自
人として登

被解放者は完全且つ正當なる自由を取得して羅馬市民となる者あり不完全なる自由を取得してユニア、ノルバナ法³²の規定する羅匈人と爲る者あり又或は猶劣等なる自由を取得しエーリア、センチア法³³の規定する降服者³⁴中に加へらるゝ者ありたればなり。然れども此最下等即ち降服者の種別は消滅に歸せしこと年既に久し又羅匈人の名稱の使用も甚だ稀なるに至りたり、元來朕の慈惠心は一切の事物の闕陥を増補し且つ良好の状態を生ぜしむることを欲す故に此事に關しても二つの勅法を以て改善を謀り被解放者を古代の状態に復せしめたり他なし羅馬國の創始時代に於て唯一つの自由ありて解放者も被解放者も相同じ其間唯生來の自由人と被解放の自由人との名稱ありしのみ是を以て朕は朕の裁決法中に公布せる勅法を以て降服者の制を全廢したること是れなり、是れ朕が朕の賢明なる司法大臣ツリボニアヌスの奏請を採納したるものにして因て以て古法律より發生せる數多の難問を解決することを得たり朕は又ユニア

を受くれば自由となりたり
由人となりたり
り此法は帝政
時代及び人
口調査の廢止
と共に廢止に
歸したり
前執政官とは
原語の Proco-
mulus にして一
度執政官たる
者は退官の後
縣知事となる
を通知す
知事は裁判權
を有す
32 ノルバナ法
Lex Junia
Norbana は紀
元十九年の制
定に係る此種
類をユニア法
前は此外猶舊
羅人とい稱す
るあり伊太利
市の舊羅人

街地の住民な
り又植民羅人
と稱するあり
り植民地に移
住り羅馬人な
り又大羅人稱
小羅人稱
あり此二者に
は異説あれど
も二説とも植
民羅人とし
て其市民權の
多きを因りて
其稱を殊にす
との説贊成者
多きに似たり
此各種の羅人
に省く要する
に純然たる私
馬市民と公異
あるものなる
もユスチニア
は既に廢止に
屬したるもの
あり同帝の改
革にて全然此

法の規定する羅人及び彼等に關する一切の規定をも同一の司法大臣ツ
リボニアアヌスの奏請に基き最も顯著なる他の一勅法を以て改正し何等
の被解放者を問はず其年齢、解放者の利益若くは解放の方法の如何に關
せず悉く之を羅馬市民となすの制を一定したり、朕は又奴隷に羅馬市民
權と共に自由權を併せて附與し得べき數多の新方法を設定したり而して
是れ實に現今に存在する所の唯一無二の自由權とす。*

*自由人は即ち羅馬市民たるを謂ふユスチニアアヌス帝は本書編纂後生來の自由人と被解放
の自由人との區別をも全廢し唯被解放者と保護者との間の道義的關係に起因せる權利義務
のみを保留したり即ち被解放者は場合に依り解放者の用辨を爲すこと例へば捕虜となり
たるときの賠償金又は女兒の嫁資を補助する如き是れなり又解放者は無遺言死亡の被解
放者の全遺産を相続せしめ遺言ありと雖も三分の一を取得せしむることは是れなり。ユスチ
ニアアヌス帝改革以前の解放方法は左の如し解放を有効にするには三要件あり第一
は解放者が純然たる所有權を有すること即ち寛恕的^{イニクシ}所有權のみを有する者を除くなり奴隷
に付寛恕的所有權とは例へば不正則に奴隷を他人に與ふれば其人は之を占有すること一ヶ
年に及べば時効に因り所有權を取得すれども其迄の間は此權を得るに過ぎず第二は假裝訴
訟又は人口調査の際の申請又は遺言處分の三者の一を以てすることは是れなり但し往古の遺

言は民會に於てしたることを忘るべからず往古は友人間にて不正式に爲したる解放は公然
の効力なく取消し得べきものなりしも其後大判官は被解放者を保護し之を在留外國人と同
視したり但し其財産は其者の終身其者に屬し死後は舊主人に歸屬せりエーリア、センチア
法は更に第三の條件を追加し特に相當の理由ありて委員會の承認を受くるに非ざれば解放
者は二十歳以上被解放者は三十歳以上なることを要するものとす同法は更に被解放自由人
の一階級を創定したり即ち奴隷に非行ありて主人より種々の苛責を受けたる後其主人又は
他の主人より解放せられたる者は羅馬人又は羅人となることを得ず之を被征服者の階級
に列したり苛責とは猛獸と闘はしめ又は眞劍を揮ふ者と闘はしめ又は擊劍場若くは牢獄に
投入せらるゝを云ふ其後紀元十九年に至りユニア、ノルバナ法の制定ありて更に一階級の
被解放自由人を創定し完全なる羅馬自由人と他の自由人との中間に置き之をラチニ、ユ
ニアニ、即ちユニア法に依る羅人^{ラチニ}と稱したり此階級は爾後法律上の保護を受くる者とな
りたり前に云ふエーリア、センチア法には不正式被解放者に正式の自由權を與ふる種々の
方法の設けあり而してユニア、ノルバナ法は又之をユニア法に依る羅人を完全なる自由
民に昇等する方法に適用したり但し年齢不足の爲め羅人たりし者を除けり其後紀元七十
五年の元老院議決を以て右の昇等に付ては解放者被解放者の年齢の不足に起因して羅人
たりし者にも同規則の恩典を與ふることにしたり此狀況なりしにユスチニアアヌス帝は大
改革を施したること本文に云ふ所の如し

第六 如何なる者は如何なる理由に因りて 解放することを得ざるか

等の區別を廢
したること本
文記する所の
如し

³³ エーリア、セ
ンチア法 Lex
Aelia Sentia
は紀元四年の
制定に係る

¹⁴ Dedimus 元
は戦争の未降
服して羅馬人
となりたる自
由人最下等の
一階級なり

³⁵ 之に關する時
効の規定を見
ざるも國庫に
對する詐偽な
ことを十年の
ことを記せる
より推せば私
人間にても長
ざればより長
から

³⁶ 奴隷は相續人
に指定せらる
れば遺產不足
の場合と雖も
之を辭するこ
とを得ざるの
法なりしによ
り此結果を生
ずる必要相續
の名稱も之が
爲めに起りた
るものなり

勅法は獨り無資力なる主人に付き規定するのみならず人道の新精神に基
き此の如き場合に於ては相續人とするの指定と同時に其者に自由を與へ
たるものと見做すを以てなり蓋し自由附與の明示なしと雖も奴隷を自己
の相續人に選定しながら其者をして依然奴隷たらしめ而して別に自由人
の相續人なきことを甘んぜんとは極めて信すべからざればなり、三 解
放を行ひたる時に當りて無資力なる者又は其解放の爲めに自ら無資力と
なりたる者は詐偽の解放者と見做す然れども若し解放者が詐偽の意思を
有したるに非れば假令其財産が債務の消却に不充分なりとも解放をば無
効とせず是れ既に一定の通説たり、何となれば人は自己が實際に所有す
るよりも多額の資産を有すと信すること屢之ればなり。故に債權者
が意思并に債務辨償財産の不足の事實に於て兩つながら詐偽の害を被り
たる場合を除くの外は自由附與を無効とせず、四 同一のエーリア、セ
ンチア法に依り二十年未滿の主人は委員會³⁷に於て正當なる理由ありと

解放は必ずしも希望者人々之を行ひ得るに非ず。何となれば債權者に
對する詐偽の解放はエーリア、センチア法に依り無効とすればなり³⁵
一 然れども無資力の主人と雖も遺言を以て奴隷を相續人に指定し且つ
同時に自由を附與することを得此場合に於て奴隷は自由人となり兼て主
人の單獨且つ必要相續人となる但し同一遺言に於て其奴隷以外別に相續
人なきときに限る即ち初めより別に他の相續人を記載せざる時又は記
載すと雖も其者が事故の爲め相續を繼承せざる時は是れなり、是れ同一
のエーリア、センチア法の規定にして甚だ適當なり何となれば他に相續
人なき無資力者は其指定する所の奴隷を其必要相續人となし之れをして
其債權者に辨濟を爲さしむるか若し又其必要相續人となりたる者が辨濟
を爲し得ざる時は死亡者は債權者の爲め自己の名義を以て遺產を賣却
せらるゝの不名譽を免るべければなり³⁶ 二 奴隷を相續人に指定し而も
自由を與ふるの明示なき場合も亦同一の規定を適用す。何となれば朕の

たり
 此項舊本原文は
 二文の意なり
 乙は認定せら
 れ且つ根棒を
 以てするに非
 らざれば許さ
 らざるなり原
 文の意に此差
 を生ず然れど
 根棒を以て
 せざる解放も
 あれば甲を可
 とすとの古人
 の説あり因て
 スくの如く譯
 送迎し家庭に
 幼兒を學校に
 在りては之を
 教訓看護する
 奴隷ユスチニア
 40

認定せられたる場合の外は棍棒を以てする方式の解放を行ふことを得ず
 38 解放の正當なる理由を例示すれば被解放者が解放者の父又は母たるこ
 と男兒又は女兒たること又は兄弟姉妹たること又は家庭教師³⁹たること
 又は乳母若くは乳父たること又は乳兄弟たること又は自己の乳兒たるこ
 との如き是れなり又現に奴隷たる者を解放して自己の代理人とせんとす
 ること又は自ら結婚の目的を以て女奴を解放すること亦是れなり但し結
 婚の場合には適法の理由なき以上は六ヶ月内に其式を擧ぐることに代理人
 の場合には被解放者が滿十七年以上たることを要す。六 解放に付ては
 一旦認定せられたる事由は其眞實たるものと否とを問はず之を取消すこと
 得ず。七 右の如くエーリア、センチア法は二十年未滿の主人に對し解
 放に關する若干の制限を設く之が爲め滿十四年に達したる者は遺言を作
 成し遺言を以て自己の相續人を指定し又遺贈をなし得るに拘はらず獨り
 奴隷解放の一事は滿二十年に達せざるときは之を行ふことを得ざるの結

ヌス帝は本年此
 編纂後九年十
 區別を廢し十
 七年未滿者と
 雖も遺言作成
 の權能を有す
 る以上遺言を
 以て奴隷を解
 放することと
 許したり
 紀元八年此制
 定に依り遺言
 には一人又全
 放する者の奴
 數三人以上十
 一人迄は半數
 一人迄は三分
 上百人迄は四
 分五の其一以
 して何人の一
 合も百人を超
 過すべからず
 此制限を設け

果を生じたり。遺言を以て自己の總財産を處分するの權利を有する者に
 して一人の奴隷をも解放することを得ざるは甚だ不條理と言はざるべか
 らず。故に朕は遺言者に與ふるに其奴隷を處分し得ること恰も他の諸物
 を處分すると同様の權利を以てしたり隨て之を隨意に解放し得るものと
 せり唯自由の價値は算定し得べからざるものなり此理由に據り往時は二
 十年未滿者には解放を行ふことを禁じたるも朕は一の折衷法を案出し十
 七年を経過し十八年に入りたる者は二十年未滿者と雖も遺言を以て解放
 を行ふことを得るものとせり是れ古法に依れば此年齢者は他人の爲めに
 も辯論を爲すことを得るを以て自己の奴隷に自由を與ふるの可否を決定
 するにも充分なる判斷力を有せずと謂ふことを得ざればなり⁴⁰

第七 フユウリア、カニニア法*の廢止に付て

*Lex Furia Caninia 別本中には Furia を Fulia 又は Fusia に作れるもあり
 フユウリア、カニニア法⁴¹は遺言を以てする奴隷の解放に員數の制限

たるは當時富
裕なる死者が
虚榮心に驅ら
れ葬儀行列に
此等の者の群
加するの盛を
示すの時弊を
撓むるにあり
たりと云ふ
ウルピアヌス
の法則に自權
者の定義を自
長たる者一家
權者云ふ即
家父又は家母
也一と云へ古
羅馬にては古
代より家長が
死亡すれば其
子は男女の別
なく均しく自
權者となる即
各自一家を成
す邦にて女子
本邦にて女子
なるなり故主
と

を附せり。朕は此の如く自由を障碍し嫌厭すべき法律をば廢止するを以て適當としたり何となれば生存者は他の原因に因りて自由附與の權能を失ふに非ざる以上は自己の奴隸を悉皆解放し得るに拘はらず獨り瀕死者に限り其權能なしとするは甚だ人道に戻ればなり

第八 自權者及び他權者に付て

人に關する法に第二の區別あり。自權者と⁴²他人の權力に服従する者と是れなり、又他人の權力に服従する者は或は尊屬親の權力に服従し或は主人の權力に服従す。今先づ他人の權力に服従する者に付て觀察せん、何となれば彼等の性質を了解すれば同時に自權者を了解し得べければなり。就中先づ主人の權力に服従する者に付て説かん。一 奴隸は主人の權力に服従す此權力は萬民法より來れるものなり、何となれば何れの國民中に於ても主人は奴隸に對して生殺の權力を有することは吾人の見る

家父もあり家
母もありなり
但し他の方面
質上法律上種
より制限ある
爲め實際家父
同様の全權を
振ふことなき
も如し且
嫁しても嫁せ
ずとも子に對
して親權を爲
ふ場合なき爲
め女子の終り
權は始の古語
なりと隨て家
母に關する法
制は殆どなき
に似たり又家
母の稱は家長
の意味以外に
も用ゐる事あり
家長の稱は家
父の稱に異な
らずに對して
原語にては主

所なればなり加之奴隸の取得するものは一切主人の取得に歸するものとす。二 然れども現時朕が治下に在る者は法律の認むる所の理由なく又常に殘酷なる所爲を以て奴隸を虐待することを得ず。何となればアントニヌス、ピウス帝の勅法に依りて理由なく自己の奴隸を殺したる者は他人の奴隸を殺したる者と同一の處罰に付せらるればなり。⁴³又同帝の他の一勅法は主人の非常に殘酷なる所爲をも禁ぜり。何となれば同帝は神社又は皇帝の肖像を安置せる建築物内に逃れたる奴隸に關する縣知事等の稟申に對して主人の殘酷を忍ぶ能はざるものと認む可きときは其主人をして相當の代價を以て其奴隸を賣却せしめ其代金を主人に與ふべしと勅裁したればなり。此勅裁は正當とす。何となれば是れエーリウス、マルチリアーヌスに與へたるものにして其文言次の如し、「奴隸に對する主人の權力は滅殺すべからず其實何人の權利たりとも剝奪すべきものに非ず。然れども虐待を受け或は飢餓に瀕し或は堪ふべからざる侵害を受く

人と稱するも其語一なり譯語として多語の場合家長と云ふを便利とするのみ原語の意味も家父家兒は必ずしも實際の父子にあらざるにば祖父の家父に祖孫の家父に父なる父又は子と譯せる所解すべき意味に少からずと知るべし

るが故に正當に救助を要求する者には救助を拒むべからず是れ反て主人たる者の利益なり、故にユリウス、サビーヌスの家中より逃れて皇帝の肖像ある建築物内に入りたる奴隷等の愁訴を考察せよ若し彼等は苛酷に待遇せられ亂暴に侮辱せられたりと認むるに於ては汝は彼等をして強て其主人の權力内に復歸せしめざるが爲め彼等の賣却を命ぜよ。若しサビーヌスにして偽て此勅命を回避せんとせば朕に嚴重なる制裁あることを知らしむべし。

第九 家長權パツリア、ホラスダスに付て

正當なる婚姻より得たる吾人の子は吾人の權力に服す。^{*}

^{*}子に對する家長權は往古に在りては奴隷に對するものと殆んど差異なし父は子の生殺賣却の權を有したる然れども時勢の進化に従ひ子の位地は次第に變じ父は適宜穩當の譴責を加へ及び非常の困迫に陥りたるときは出生の際賣却するの權を有するに過ぎざるに至れりコンスタンチヌス帝は子を殺す者は殺親罪を以て論ずるものとしたり其後も子を賣ることは久しく行はれたりと雖ども是れ其實は親權を脱せしむる爲めの假裝賣買に過ぎずして眞の

制定したるベツロニア法にて猛獸に付する紀元前八十二人罪に關するコルネリア法は他人の奴隷を殺す者は殺罪に處す遠流に處すアントニヌス帝の勅法は此規定を自己の奴隷を殺す者に適用せらるなりハツリアヌス帝は總て人を死に致す者は豫め保安官の認許を受くべきものとしたり即ち自己の奴隷に非行ありたりとも主人は擯に之を殺すを得ざるなりユ

人身賣買には非らず子の財産は奴隷と均しく其特有財産に限れり子は父の財産を減損することを得ず隨て父は子の債務に責任を有せず之に反し子の取得したるものは特有財産の外は一切父に歸屬したり特有財産と雖も未だ子の所有物ならず其後段々改正ありて軍事特有財産に付ては子に純然たる所有權を與へ次で宮中官や地方官に準軍事特有財産の制を設けて所有權を與へユスチニアヌス帝に至り子の取得したるものに付ては父より傳來のもの外即ち外來特有財産は何等の物にても一體に子に所有權を與へ父には終身利益權のみを與ふることにしたり

- 一 婚姻とは永久の共同生活を包含する所の一男一女の結合を謂ふ。⁴⁵
- 二 子に對して有する吾人の權力は羅馬國民に特有のものとする、何となれば吾人が有するが如き權力を子に對して有する人類は他に存在せざればなり。⁴⁶
- 三 故に汝及び汝の妻との間に生れたる者は汝の權力内に在り又汝の子及び其妻との間に生れたる者即ち汝の男女孫も均しく汝の權力内に在り男女曾孫其他の卑屬親も亦皆然り。然れども他人に嫁したる汝の女兒の生みたる子は汝の權力内に在らずして其父の權力内に在り。

第十 婚姻に付て

スチニアア
を法律彙纂中
に收めたり
Patris Potestas
の家父の権力
の意なり時と
して親權と譯
するも全く同
一物なり
45 同様し及び地
位名譽を共受
する等の意な
るも財産は自
から別なり猶
次章の註を見
るべし
46 ガイウスの法
學提要に一家
長權は羅馬人
の特有にして
殆んど他に比
類を見ずハッ
リアアヌス帝
は其告示中に
此事を宣へり

然れどもガ
チアン人種間
には子孫は彼
等の尊屬の權
力内に在りと
信する事實を
予は知らざる
に非らずと
記せりセント
ポールの書翰
中にも類例の
記事ありと云
ふ東洋の舊時
代の家長權も
羅馬の家長權
に髣髴たる所
なきにしもあ
らざる如し
47 男子十四年女
子十二年
48 此見解を異に
せしは女子に
付ては父の家
を離れ父なき
將來負擔なき
に因り結婚す
るも妨なきも

羅馬市民が法律の規定に従て結合するときは「合法の婚姻」をなしたるものとする男子は成熟期に女子は結婚期に達したるときは⁴⁷家長たると家族たるを問はざるなり唯家族は其家長たる尊屬親の同意を得ることを要す。何となれば同意は國民法竝に自然法の要求する所なるのみならず其實結婚前に之を得ざるべからざればなり。之が爲めに精神錯亂者の女兒が嫁し男兒が娶り得るや否やの疑問を生じ男兒に付ては見解一ならず⁴⁸故に朕は男兒も女兒も均しく精神錯亂者たる父の同意を待たずして勅法の規定する方法に準據して結婚することを得べきものと勅裁したり。^{*}

* 茲に羅馬の婚姻法の概略を記して本文の了解に便せんとす往古羅馬人間に互に相結婚することを得る範圍の定めありたり貴族は貴族間、平民は平民間と云ふが如し是れ夫婦は同等の出身なるを要したるなり此範圍の男と女との間に存在する結婚權能に特別の名稱ありて之をコヌビウムと稱したり生來の自由人と解放に因る自由人との間にはコヌビウムなし此權能は元來羅馬人間のみ存在し羅馬人間の結婚には下に記する所の方法に従ひ夫は妻に對し家長權を取得す此範圍内の結婚を合法結婚と稱す羅馬人間の結婚、外國人間の結婚、羅馬人と外國人との間の結婚は法律上にて均しく効力を有したりと雖も之を不合法結婚と

稱したり羅馬の國民法の結婚方法に従ふものと否らざるものととの區別を指すに過ぎず故に此場合の合法不合法は通例の場合に適法不適法と稱するものとは一種特別の意味を有するものとす又野合的结合は自ら別事なりと知るべし不合法の結婚は家長權其他民法上の重要な權利の増減を伴はずコヌビウムの範圍は時勢と共に漸次に擴張せられユスチニアヌス帝時代に及びては殆ど其形を留めざるに至れり法律の眼中に於ては結婚は契約の一種にして雙方の合意と妻たる者の身體の歸嫁とを以て成立す何れの國にも有る如く結婚の儀式は種々あるも是れ要件の部分にあらず右の合法的結婚にはコンヴェンチョー、イン、マーム「手中に歸する約束」と云ふ結婚法あり妻が全く夫の家族の一人となり實家尊信の神明を棄てて夫の神明を尊信して家祭に與り夫に對しては其娘と同様になり夫は之に對して家長權を有し妻の財産は悉く夫の所有に轉屬するを云ふ此状態を得るには三方法あり其一は寺院にて結婚の儀式を壯嚴に行ふに在り其結婚法は十人の證人の面前にて一牡牛を犠牲に供し僧侶が麵麩を偕老の章として新夫婦間に分つを要件とす此結婚式を「コンフアルリエーチョー」と稱す麵麩を共にするの意より來る名稱なり其二は假裝賣買の法に依り「銅と衡器」とを以て婦の引渡をなすに在り銅は即ち銅貨にして全く物品賣買の一方方法なり第二卷に詳なり其三は滿一年間夫の家に同棲するに在り第一は貴族間の結婚に行はれ第二第二は下流社會に行はれたるものなり此三者の一あるときは婦は全く夫の手中に歸す右に云ふ第三は物件の取得時効と其類を同じくせるものなり隨て一年に三夜引續き外泊するとき

は手中歸入の効力を中斷し婦は婦たるに相違なきも依然實家の一員にして實父あれば其親

へ一代を一親
等とし之を合
算するなり此
場合の如き己
と父との間一
と父と玄孫女
の間に三世な
れば合せて四
世即ち四親等
なり他之に準
す
女は其子に對
して親權を有
せず故に甲が
乙なる女子を
子として養ふ
も甲は乙の女
兒なる丙に對
して尊屬たる
權利を發生せ
ず故に甲の男
兒丁は之と何
等の關係なし
然れども男子
なる乙を養子
とするれば其
兒なる丙は父
なる乙と共に

甲の家族内に
入る故に甲の
實男兒なる丁
は之を妻とす
ることを得ず
但し丙が乙の
養子となりし
前に生れ實祖
父の親權内に
殘れるときは
此限にあらざ
るを謂ふ
52
此處に記載な
きものにて母
と其前夫との
間に生れたる
女兒との結婚
はコンスタ
チヌス帝以後
は禁せられた
り
53
血統關係も養
子關係もなけ
ればなり
54
ユリアヌス
はハヅリア

の姉妹の子又は一兄一妹若くは一姉一弟の子(從兄弟姉妹なり)は互に結婚するも妨なし。五 父方の伯叔母は假令養子縁組に依りて此關係を生ぜる者と雖も之を妻となすことを得ず母方の伯叔母に對しても亦同じ是れ其者は尊屬の地位にあればなり。同一の理由に因り祖父又は祖母の姉妹と結婚することを得ざるは當然なり。六 姻族關係に對する尊敬心に因りても亦結婚の禁止あり。何人も其妻の女兒又は子の妻と結婚することを得ざる如きは是れなり是れ其女は均しく自己の女子の地位に在ればなり。但し此原則は嘗て自己の子の妻たりし者又は嘗て自己の妻たりし者の女兒に付て云ふものと解することを要す、何となれば現に自己の子の妻たるもの、如きは他の理由に因りて之と結婚することを得ず即ち同一婦女は同時に二人の妻たることを得ず。又母が仍汝の妻たるときは其女兒と結婚して同時に二人の妻を有することを得ざるは明白なればなり。七 何人も其外姑又は繼母をも妻と爲すことを得ず何となれば是等は均

しく母の地位に在ればなり、但し此規定は姻族關係解消の後に至りて始めて適用あるものと知るべし、何となれば現在の繼母即ち父と婚姻中の者は同一婦女は同時に二人と結婚することを得ざる普通の法則に依りて之と結婚することを得ず、又若し現に妻たる者の母たるときは之と結婚して二人の妻を有することを得ざればなり。八 然れども甲乙の夫婦間に於て甲と其前妻との間の男子と乙と其前夫との間の女子とは互に有効なる結婚を爲すことを得男女反對の場合も亦同じ父母たる甲乙の再婚に因り異父又は異母の兄弟姉妹ある場合と雖も異なる所なし。九 汝の妻が離婚の後再婚して生みたる女兒は汝の繼子に非ず。然れども猶ユリアヌス⁵⁴は此等の女子との結婚は吾人の宜しく避く可き所なりと言へり隨て汝の子の許嫁女は其婦に非ず汝の父の許嫁女は汝の繼母に非ずと雖も此の如き女との結婚は力めて之を避くるを美風且つ法律の精神にも適へるものとす。十 奴隸間の血族關係も亦父及び其女兒又は兄弟及び其

ヌス帝時代
(紀元百七十
八年)の大法
學者にして有
名なる永久告
示書の編纂者
なり
55 奴隸間に於て
は法律の眼中
に自由人とな
るや否直ちに
天然の血族關
係を認むるの
制度なり
56 貴族と平民と
の間、生來の
自由人と解放
に因る自由人
との間、元老
院議員と解放
に因る自由女
との間、生來
の自由人と女
優又は醜業女
との間

者と卑賤女と
の間、後見人
と二十六人
下の被後見女
との間、地方
知事と其治下
の人民の女と
の間、強姦者
と被姦者との
間、姦夫と姦
婦との間の結
婚の類を指す
是中には本書
編纂時代には
既に久く廢止
せられしもの
もありしもの
べし
57 Sine (無) Partii
(父)をつめた
る語との意
58 キウリア即ち
玆に地方市會
と譯するもの
に付ては上代
以來種々淵源
も沿革もあれ

姉妹が解放せられたる場合に於ては均しく婚姻の障碍たるべきは明白な
りとす。十一 此他の者も亦種々の理由に依りて結婚の禁あり朕は古法
律中より蒐集したる會典(學說彙纂)中に之を列擧せしめたり。十二 以
上に説きたる法律に違反して同棲する者あるときは其夫たり妻たるの身
分、結婚儀式、婚姻關係及び嫁資設定の存在を認めず。故に其同棲關係
より生れたる子女は父の親權に服することなし親權に關しては遊女の私
生兒と同一とす。何となれば是等の男女兒も亦其父は不確實と見做すが
故に父を有せざる者と認めらるればなり、此等の男女兒は希臘語にて偶
中を意味する「スポラデー」の轉訛若くは羅句語の無父の意味⁵⁷にて通
常スプリーと稱す隨つて此の如き同棲情態の解消ありたる時に於ても嫁
資返還を請求することを得ず、禁止せられたる婚姻の締結者は仍別に勅
法規定の刑罰をも受く。十三 時としては出生の際には父の權力に服せ
ざる自由人が後に之に服することあり。例へば婚姻外の關係に生れ後に

地方市會議員の資格を與へられたる者は父の權力に服するが如し。⁵⁸ 又自
由人たる女子が初めより結婚の禁なき男子と同棲して私生兒を擧げ其男
子が後日朕の勅法の規定に依りて嫁資設定證書を作成し因て其子女をし
て父の親權に服せしむる場合亦之に同也。此勅法の恩典は其男女の結婚
後に他の子女の出生あるも仍同一なり。⁵⁹

*是れ婚姻を以て庶子を正出に追認することを許す規定を指す但し此末文の意味は甚だ不
明にして註釋家中異說紛々たり脱字あるべしと云ふ者さへあり今諸說の一に從ひて譯した
るも未だ完全なる解決と云ふべからず
△婚姻に因り庶出を正出とする法はコンスタンチヌス帝の創定する所にしてユスチニア⁶⁰ム
ス帝は猶之に二回の改正増補を加へたるものなり第二回は本書編纂後に在り其結果は次の
如し受胎の當時父母共に互に結婚の資格を有すること嫁資設定證書少くも結婚證書を作成
すること及び其庶子が自ら正出となることを承諾せしことを要す又妾が死亡して結婚の道
なき場合に他に正出の子なきに於ては特に勅裁を請ひ庶子を正出とすることを得父が生前
に之を爲さざるも遺言に其意を明記するに於ては猶其子に此勅許を與ふることあるべしと
規定せり庶子を正出とするは古來同棲の妾腹の子に限り野合の私生兒には之を許さずユ
スチニア⁶⁰ムス帝以前に在りては妾が生來の自由人たること又父が他に正出の子なきとき
に限り庶子を正出とすることを許したるもユスチニア⁶⁰ムス帝は妾が生來の自由人なる

とも此處にては地方にある市街地の議政機關と見て可なり其地の保安官も此會員中より選出す始めは其土地に於て名譽の職なりしも後に中央政府の賦課金なども重に此會員の負擔となる等多費に堪へざるものとなりたり是に於てか富有者と雖も百方其職を忌避するに至れり又百方就職を奨励せり本文云ふ所は即ち其一法なり之に由りて私生兒に正出の資格を與へ

入會金をも出さしめしものにして富裕者にあらざれば之に應ずること能はざるものなり

解放の自由人なるとの區別は之を廢止し又父に他の正出の子あると否とを問はざることにしたり但し妾の死亡の故を以て特に勅許を受くる場合は上に云ふ如く正出の子なきときに限る羅馬人は古來一夫一婦制なりしも善妾は嘗て法律の公認する所たり但し妾を置くは一人に限り又別に正妻なき者に限る基督教に於ても最初は僧侶に公然善妾ありし位なれども大體より云へば基督教の發展と共に善妾の風習は排斥を受け遂に法律を以て之を廢止したり羅甸語にては婚姻を「ナブチエー」又は「マツリモヌム」と稱す二語共に同意味なり此語を用ふるは自由人の結婚に限る男女奴隸の結合は之を「コンチュベルニウム」と稱す同居の意に過ぎず殆んど法律の眼中に置かざるものたり

第十一 養子縁組に付て*

*茲に本文に入る前に羅馬の養子制度を略述するも一興味あり文獻不足の爲め其詳を知るべからざるも養子は上代より行はれたること明なり原語にて自權者養子をアルロガチヨ（Arrogatio）と稱す推問の意を有する語源より出づガイウスの法學提要に記する所に依れば自權者養子は法律制定と同様の手續を要したる時代に養親たるべき者に向ひ「果して其養はんとする者を以て自己の適法の子として養ふことを企望する乎」と推問し將に養はれんとする者に向ひ「果して之を承服するや」と推問し會衆に向ひ「果して右の如くすること命すべきや」と推問せしを以て此名稱を生じたりと云ふ普通の養子をアドプチヨ（Adoptio）と稱し二者全く別にせり自權者養子は専ら貴族者間（パツリチウス）に行はれ貴族

議會に於て之を議定したるもの、如し自權者養子縁組は羅馬人の頗る重要したる事件なり其故は第一には一家を廢し其家の宗教上の儀式を絶つは宗教の利害に關し隨て國家の盛衰にも關するものと見做し第二には貴族團體は往古の同氏同姓者の團體を代表し所謂「諸人の父」と云ふ趣旨に依り相續人曠缺の遺産を得たる權利を失ふべく第三には養子となれば頭格喪失を來す頭格は十二表法に衆議に依るにあらざれば滅失せしむべからずとの古制ありて之を履行するの意に出しなりと云ふ貴族議會の勢力衰微するに及び養子に付ての議決も殆んど形式のみに歸し帝政の世に至り立法全權を皇帝に委任するに及び自權養子の許可は勅裁を以てすることとなりたるも其形式は數代の間仍「衆議に依りて」との文句を用ひたり古文書に依れば自權者養子には大教正が干與したるもの、如し養親たるべき者は果して相當の年齢なるや果して實子を得べき期待なきや養子をなすに相當の理由ありや等は是を大教正をして相當の吏員の調査に基き之を議會に報告せしめしものに似たり稀少の文獻に依り推測する所にては自權者養子の法則は左の諸項の如しと云ふ

- 第一 羅馬人以外には自權者養子を許さず何となれば貴族議會の會員は羅馬人のみなればなり
- 第二 養子を許るすは結婚して子なき者に限る養子は自然を模擬すとの格言あり隨て不結婚者には許さず
- 第三 六十歳以下の者には養子を許さず
- 第四 啞者聾者は推問に應答すること能はざるを以て養子をなし又は養子となるを許さず

第五 婦女は養子を許さず何となれば婦女は議會に出席することを得ず且つ親權を有せざればなり

第六 被後見人は養子となることを得ず是れ被後見人は自己の意思を表示することを得ず而して後見人をして代表せしむれば弊害あるべきを以てなり

第七 自權者養子は羅馬市に於てのみ決定することを得是れ貴族議會は羅馬市に於て開會するに因るべし

右の内第一は始終變更なし第二第三第四第五は勅許時代に及びては頗る寛大となれり第六の被後見人の事に付ても同様なりしも之に付ては弊害豫防の爲め種々の規定を設けたること本文中に見ゆ其外に本文中に見えざる一規定あり即ち此場合に於ては養親は養子の財産に付ては利益權のみを取得す且つ此場合の養子は成熟年に達すれば養子縁組を解消することを得ること是れなり普通の養子は一家を廢絶するにあらざるを以て共和時代も帝政時代も差したる面倒なく申請次第保安官の手にて之を許可したり但し大教正の報告をば要したり普通の養子は中古以後は大判官の面前に於て假裝賣買を以てするを通例とせり其方法は詳にガイウスの法學提要に左の如く見ゆ

子を他人の養子となすには家長權を免除して自權者とする方式と同様に三回の假裝賣買と中間二回の免除とを以て之を行ふ此の如くしたる後ち養はんとする者が其者を實父に賣戻し養はんとする者が更に大判官の面前に於て是れ我子なりと請求し實父が異議を申立ざるに於ては大判官は請求者に附屬せしむるか又は實父に賣戻さずして第三回の賣却後養はんとする者が買得者に向ひ是れ我子なりと主張し買得者が「法廷引渡」に依り之

を其者に引渡すかの二法あり併し最も簡便なるは前者とす男兒の外の子孫に付ては一回の賣却を以て足れりとす此養子手續は縣に於ては知事の面前に於て之を行ふ

右の内賣却に因り親權を失ふまでは家長權免除のときの手續と異ならず其方法は男兒の場合に於ては一回之を賣却したる後ち其者が父の家に歸り父の親權に復歸す父更に之を賣却す此の如くすること三回に及べば最早親權を回復すべからざるものと認む是に於て之を養はんとする者が假裝訴訟を起し自己の子なりと主張し實父が之に承服すれば大判官は原告の請求を容れ之を原告に引渡すなり男兒以外なれば一回の賣却後此手續を行ふなりユスチニアヌス帝の世に至るまで普通の養子も自權者養子と均しく全く養父の家族内に入り總ての關係に於て實子と異ならず而して實家に對しては唯血族としての權利を保留するに過ぎずユスチニアヌス帝は養子制度に大改革を施し帝の新制度に因り普通の養子は分れて二種類となれり一は尊屬親の養子となるもの一は他の普通の養子とす後者を「不完全養子」と稱し之に對して前者を「完全養子」と稱せり完全養子は従前の如く一身を擧げて全く養親の家に歸入するも不完全養子は其者の實家に對する權利は毫も變更する所なく養家に對しては殆んど名のみの養子にして單に養父が無遺言死亡の場合にのみ其相續人となるに止まれり自權者養子に關しては帝は何等の改廢をなさず此養子は他人たると卑屬たるを問はずして全く養父の家に歸入し養父の他の子孫と共に其親權に服す

實子が前に既に説きたる規定に因りて吾人の親權に服するのみならず養子も亦吾人の親權に服す。一 養子を爲すに二方法あり勅裁に依るも

59 アナスタシウ
ス帝の世より
勅裁を以てす
るの制起れり
ユスチニア
ヌス帝以前は
如何なる養子
も悉く養家
に入り養父の
力に服したる
も同帝は養子
制度に大改革
を施し他人を
養子とする場
合は殆んど名
のみの養子に
して本文記す
る如く其養子
は養父と法律
上の關係は極
めて薄く實父
に對する權利
義務は依然と
續したり
61 即ち實父の父

又は祖父なり
62 即ち實父の身
なり
63 家長權免除を
受けたる子が
免除後に生み
たる子は子の
家族たり故に
祖父が之を養
子とせんと欲
するに於て
生れたる孫は
祖父の家族に
り故に免除の
とき孫をも免
除せざるに於
ては父の家族
に入らず因て
免除後父が其
子を養子とし
て自己の家に
入るゝことを
欲する場合は
あるべし是れ
皆本項の規定
中に含む

のと保安官の職權に依るものと即ち是れなり、⁶⁰吾人は勅裁を受け自權者たる男子又は女子を養子と爲すことを得。之を稱して自權者養子縁組と謂ふ。吾人は又保安官の認許を受けて親權者を有する男子又は女子を養子と爲すことを得但し親權者の一親等なる男女兒たると遠親等なる男女孫若くは男女曾孫たるとの別を問はざるなり。二 然れども現時に於ては朕の勅法あり總て家族者を他人の養子と爲すときは實父の親權は減少せず何等の權利も養父に移轉せず又養子は養父の親權に服することなし唯其養父の無遺言死亡の場合に於て養子に相續權を與ふるのみ。⁶⁰然れども實父が其子を全くの他人の養子と爲すに非ずして其子の母系の祖父の養子と爲し又は實父自身が前に家長權の免除を受けたる尊屬親ある場合に於て其子を其子の父方の祖父若くは曾祖父⁶¹の養子と爲し又は實父が其子を其子の母方の祖父⁶²の養子と爲したりとせよ、此等の場合に於ては自然の權利と養子縁組に因る權利と同一人に歸合するが故に養父の威

權は自然の關係に因りて連鎖し養子縁組の法律上の關係に因りて伸張し嚴然として父たるの舊態を存續し養子は養父の家に入り且つ其親權に服す。⁶³三 未成熟者⁶⁴を勅裁に因りて自權者養子と爲すは其事情を審判の後に於てのみ之を許す先づ其縁組は何等の動機に因りて發生せしや又果して其者の爲めに公平にして利益なるやを見るを要す加之其縁組は常に一定の條件の下に許可せらるゝものとす例へば養父は若し其養子が未成熟中に死亡する場合には若し養子と爲らざりせば其者が相續者となりて受領すべき財産を其者に返還すべきことを約し其保證を公吏又は公證人に與ふることを要することは是れなり。又一旦養子と爲したる後は養父は養子に對し家長權免除を行ふことを許さず但し事情審判の上相當の理由ありと認むるときは別段とす⁶⁵且つ又免除を行ふときは養子に屬する財産は之を返還せざるべからず。又養父が死亡に瀕して養子の相續權を剝奪するか又は生存中正當の理由なくして家長權免除を行ひたるときは自

⁶⁴男は十四年女は十二年
⁶⁵家長権免除を受けたる養子は養父に對し相續權を失ふ爲め容易に免除を許さざるなり
⁶⁶是れアントニウス帝の定むる所なるを以てアントニウス帝の四分の一と稱す
⁶⁷女子ありて男子なき者が其女子の生みたる孫を養孫とする如き場合を云ふ又子とすとの差は婚姻資として

己の總財産の四分の一⁶⁶竝に養子縁組の際に養子が持參し或は縁組後養子を通じて取得したる財産を悉皆養子に與ふことを要する是れなり。

四 年少者は年長者を養子と爲すことを得ず、何となれば養子縁組は自然を模倣するものにして子が父より年長なるは自然に反すればなり。故に養子を爲す者は渾て完全なる成熟齡即ち十八年以上の年長者たることを要す。五 男兒を有せざる者と雖も男孫又は女孫又は男曾孫又は女曾孫等として養子を爲すことを得⁶⁷。六 人の子たる者を我孫として養ひ若くは人の孫たる者を我子として養ふも妨げなし。七 既に養子あり又は自己の親權内に在る實子ある者が其養子又は實子の子として更に孫養子を爲さんとするときは先づ其養子又は實子の同意を得ることを要す是れ其養子又は實子の意に反して自權相續人⁶⁸を加生せしめざるが爲めなり。之に反して祖父が孫を他家の養子と爲すには子の同意を必要とせず。八 多くの關係に於て他權者養子自權者養子とも兩つながら正出の實子と

格に關係することあり例へば甲乙なる外孫女ありとせよ丙を子とすは養へば叔姪の關係を生ずる爲め乙丙は結婚するを得ざれども孫として養へば從兄弟姉妹の關係となるを以て結婚するも妨なき如きはれなり
⁶⁸無遺言死亡者あれば法律上直ちに相續人となる者を謂ふ後章に詳なり
⁶⁹全く他人ならざるもの云々とは自己の卑屬親を養子としたる場合を

同視す。故に勅許に因り大判官若くは縣知事の目前に於て全くの他人ならざる者を養子と爲したる者に在りては後日に至り其養子を更に他人の養子と爲すも妨げなし。九 生殖し能はざる者即ち自然の生殖機不完全者も養子を爲すことを得去勢者は否らず是れ二種の養子縁組に共通の規定なり。十 婦女も亦養子を爲すことを得ず何となれば婦女は其實子に對してすら親權を有せざればなり。然れども實子を喪失したる婦女には慰藉の爲め皇帝の特旨を以て養子を許すことあり。十一 勅許に由る養子縁組には一特色あり他なし自己の親權内に在る所の子ある者が養子と爲りたるときは自己が養父の親權に服するのみならず其子も亦孫として養祖父の親權内に移屬すること是なりチベリウスがゲルマニクスを養子と爲したるを待ちてアウグスツス帝がチベリウスを養子と爲せしは之が爲めなり、他なし斯くの如くすればチベリウスを養子となすと同時にゲルマニクスはアウグスツス帝の孫となるを以てなり、十二 古人の傳ふ

指すユスチニアス帝の
立法以前は養子
父は總て親權
に對して親權
を有したる爲
に他人の養子
と爲すことを
得たるも同帝
は他人を養子
としたると卑
屬親を養子と
したるとの間
に區別を付け
他人を養子と
したる場合即
ち所謂「不完
全養子」には
親權は仍其實
父に存留する
ことを以て其
養子となすこ
とを更にして
養子となすこ
とを得ず卑屬
親を養子とし
たる場合即ち
所謂「完全養

子一に在りて
は則ち否らず
ユスチニアス
帝が他人
養子の舊制を
改めたるは一
面には養子と
爲るため實家
の相續權を失
ひ一面には養
父より家長權
を免除せられ
て養家の相續
權を失ひ不幸
の境遇に陥る
者少からざり
しを以て之を
救濟したるを
主因とすと云
ふ⁷⁰
此區別の理由
は蓋し次の如
し蓋し器の不
完全者には回
復の時期なし
と保す可らず
養子は自然を
模倣すと養

る所に據ればカートは奴隷が其主人の養子となりたるときは之が爲め直ちに自由人となると記述したりと。朕も亦此説を容れて朕の勅法中に於て主人が嚴正なる證書中に其奴隷を自己の子と指名したるときは之が爲め直ちに自由人となるものと決せり但し未だ之を以て直ちに子たるの權利をも得たりとはなさず。

第十二 家長權は如何にして消滅するか

是れより他人の權力に服する者が如何にして其權力を脱するかを説かんとす。
奴隷が如何にして主人の權力を脱するかは奴隷の解放に付て前に説明したる所を以て理解するとを得べし。尊屬親の權力に服する者は其尊屬親の死亡に因りて自權者となる。然れども此原則には異例あり。父の死亡は常に其男女兒をして自權者たらしむ祖父の死亡は必ずしも其男女孫

をして自權者たらしめず唯祖父の死亡後に於て孫が其父の親權に服せざるときに於てのみ然りとす。故に祖父の死亡の時に孫の父が生存し且つ父は祖父の家長權に服せし者なるときは祖父の死亡の際より孫は父の親權に服す。若し祖父の死亡の時に於て父既に先づ死亡したるか又は父は既に祖父の親權を脱したる者なるときは孫は其父の親權内に歸屬することを得ざるが故に自權者となる。一 犯罪に因り重き流刑に處せられたる者は市民權を喪失す隨て其者は羅馬市民より脱離するが故に死亡者と同じにして其子は其家長權を脱離す。父の親權に服する者が自ら流刑⁷²に處せられたるときも亦同一の理由に因り父の親權外に置かる。但し特赦を受けたるときは總て従前の身分を回復す。二 之に反し輕き流刑に處せられたる父は子に對する權利を喪失せず、又輕き流刑に處せられたる子は依然として父の親權に服す、三「刑罰の奴隷」⁷³となりたる者は子に對する權力を喪失す、採鑛の懲役に服從する者又は猛獸に放擲せらるゝ

子の原則なり故に此場合に去勢者は既に全く生殖機能に其者には横倣すべき自然な許さず是れ註釋者の説なりウルのビヤヌスの法則及びガイウスの法學提要にも自然の生殖機能不全の事見ゆれども去勢者の事は未だ問題に上らざりし乎

71 カート(Cart)なる法學者は父子二人あり父は紀元前二百年同百四十

者は「刑罰の奴隸」とす。四 家族たる者は兵士となり又は元老院議員若くは執政官となりたる時も依然父の親權に服す。何となれば兵籍に入り若くは執政官の名譽を荷ふことは子をして家長權を免かれしむることなければなり。朕は勅法を以て「パツリシアチウイス」⁷⁴の榮稱を賜はりたる者は直ちに家長權を免るゝものとせり。何となれば父たる者は其子に對して家長權免除の手段を以て其子を其權力の拘束より免れしめ得るに拘らず帝者は其師父として推舉したる者を他人の權力より有効に免れしむること能はずとは何人も首肯すること能はざる所なればなり。尊屬親が敵の捕虜となりたる時縦令敵の奴隸と爲るも尙歸國權⁷⁵あるが爲め其卑屬親に對する權利は停止の状態に在りとす、何となれば捕虜となりたる者が歸國するときは從前の權利を一切回復すればなり。故に歸國したる父は其子に對しても親權を回復するものとす、何となれば歸國權は捕へられたる者を常に自國に在る者と見做せばなり。之に反して若し

九年に死す子は同五十二年に死したるに其何れなるかを詳しせざるも多分は子なる蓋し法律は多數の法と傳へらるゝか故なり

72 カイウス時代の水火の禁に代へたる刑なり

73 重大の犯罪に因り本云ふ所の如き刑罰を受けたる者は法律上其者を別主とするべき刑罰を別主たる奴隸と稱し

父が捕虜中に他國に於て死亡するときは其捕へられたる時に於て子は自權者なりし者と見做す。又子若くは孫が敵の捕虜となりたる時も亦均しく歸國權の趣旨に因り父の家長權は停止の状態に在りとす、Postliminiumなる語は「Post」及び「Timent」なる二語より來る故に敵の捕虜となり「後」に再び吾人の「國境内」に歸來する者を歸國權に依りて歸來したりと謂ふは當れり。何となれば住時の法學者は閩を以て人家の限界と爲すが如く國境を以て國權の限界を爲すものと思考したり。之が爲め「Times」なる語は境界及び終局の意義に使用せらるゝの習となれり。而して捕虜が前に亡失したる同一の境界内に後に再び歸りたる故を以て「Postliminium」なる語を生じたればなり。敵國を破りて奪還したる捕虜も亦均しく歸國權に因りて歸國したる者と看做す。六 此外又子たる者は家長權免除に因りても父の權力を脱す、家長權免除は從前は古代の法定の方式なる假裝の賣買に解放の意味を包含せしめたる手續を以てするか又は勅裁を以て⁷⁸

原語 Aedius⁸⁵ 社守は Aedus 社殿より出づ
本來は尊屬の⁸⁶ 死亡後に生れ
たる者を云ふ
も時として
遺言作成後に
生れたる者と
解すべき所あ
り
嚴正なる法律⁸⁷
上にては父は
其親權外の子
に遺言を以て
後見人を附す
ることを得ず
然れ共子の利
害を見るは父
に過ぎたる者
なきを以て衡
平主義に因り
之を是認す且
つ實際は概ね
認可を與ふ但
し法律彙纂中

の子が汝の死亡の時に於て汝の親權に服する者なるときは汝の子の生み
たる孫は汝の生前には汝の親權に服すと雖ども汝は遺言を以て之に後見
人を附することを得ず、何となれば汝の死亡後に於ては其者は其父の親
權に服すればなり。四 多くの場合に於て後生兒⁸⁶は既生者と見做すが
故に後見の場合に於ても既生兒に對すると均しく後生兒に對して遺言を
以て後見人を附することを得但し若し其遺言者たる尊屬親の生存中に
生すれば其尊屬親の自權相續人たるべく且つ其親權に服すべき者たるを
要す。五 若し父が既に家長權を免除したる子に對して遺言を以て後見
人を附したるときは其後見人の任命は如何なる場合に於ても縣知事に於
て審問を用ひずして之を認可すべきものとす。⁸⁷

第十四 遺言を以て後見人に指定し得

べき者

に保安官は遺
言者が二十五
歳以下の場合
又は後見人た
るべき者の性
行に甚しき墮
落を見る場合
等には時とし
ては認可せざ
ることを記せ
り隨て此處如
何なる場合に
於てもと言へ
るは語弊あり
と前人の説あ
り
⁸⁸ 家族は一家内
の事に付ては
家長權に服す
るも政治上の
事は否らず後
見職は公職と
も半公職とも
云ふべきもの
なれば家族も
後見人となり
得るなりと古
人の説あり

獨り家長のみならず家族たる者も亦後見人たることを得。⁸⁸一 自由人
は自己の奴隸をも亦遺言を以て解放すると共に有効に之を後見人に指定
することを得。其れのみならず自由附與を明示せずして奴隸を後見人に
指定したるときと雖も後見人に指定したる事實に因り黙止の中に直接に
自由を附與したるものと見做す隨て其被指定者は有効に後見人たるもの
とす。但し若し奴隸を自由人と誤認して指定したるときは此限に非ざる
こと勿論なり。⁸⁹遺言を以て他人の奴隸を無條件にて後見人に指定するは
無効とす。然れども「自由人となりたるときは」との條件を附するときは
有効とす。之に反して此の如き條件を附して自己の奴隸を後見人に指定
するは無効とす。二 精神錯亂者又は二十五年未滿者を遺言を以て後見
人に指定したるときは其者が常態に回復したる時又は二十五年に達した
る時に至りて始めて後見人たるべきものとす。⁹⁰三 「何れの時まで」とし
又は「何れの時より」とし又は條件を附し又は相續人指定前に⁹¹後見人

舊法律にては婦人の後見人も認めざりしなりては遺言中に母を以て其子の後見人としたるときは皇帝は之を認容したり又奴隷は法律的職務に任ずることを得ず故に後見人とす放するを要したり
其迄の間大判官が臨時に後見人を選定するを例とせり
遺言書中に相續人指定の文句の前部にとの意なり以前

には斯る後見人ば無効としたり其故は遺贈其他總て相續人ありて始めて効力を發するものなれば相續人指定を第一の意なくべしとの意なり但しガイウス時代には後見人に付ては前部に書くも有効なり何となれば後見人設定には何等の負擔を伴はざればなり一派の學說ありたり
遠隔地に別個の財産あるとき別個の後見人を置くことを得

五四
を指定するは何れも有効なること疑を容れず。四 後見人は一定の物件又は事件を限りて之を指定することを得ず何となれば後見人は人の爲めに設定せらるゝものにして事件又は物件の爲めに設定せらるゝものに非ざればなり。五 若し汎く男女兒の爲めに後見人を指定したるときは後生の男女兒をも包含して指定したるものと認む何となれば男兒又は女兒なる語中には後生の男女兒をも包含すればなり。若し孫ある者が子の爲めに後見人を指定したるときは其文中に孫をも包含して指定したるものなりや否やの疑問あり朕は之に答へて曰く若し「子」と言ふ語を以て指定したるときは孫をも包含すべし然れども明白に男兒と言ふ語を以て指定したるときは孫をば包含せざるものとす。何となれば男兒と孫とは全く別語なればなり。若し汎く後生兒の爲めに後見人を指定したるときは子たる孫とを問はず總ての後生兒孫を包含するものと見るべし。

第十五 宗族^{アレンチ}の法定後見に付て

遺言を以て指定したる後見人なき者に對しては十二表法の規定に依り宗族を以て後見人とす之を稱して法定後見人と謂ふ。一 宗族とは男子の親族關係即ち父を通じて連鎖する者を謂ふ例へば同一の父より生れたる兄弟又は其子(甥)若くは孫又は父の兄弟(伯叔父)又は其子(從兄弟姉妹)若くは孫の如し。女子を通じて親族關係に在る者は自然法に依るものにして別に自ら一種類を爲す之を血族^{コネチ}と稱す無論宗族と異なり。故に汝の父の姉妹(伯叔母)の子は汝に對して宗族に非ずして血族なり汝より彼等に對して言ふも亦之に同じ。是れ子は父の家を追ひ母の家を追はざるの故を以てなり。二「法は無遺言の場合に於て宗族を後見人に召換す」との格言は死亡者が全然遺言を爲さざりし場合のみを指すに非ずして唯後見に關してのみ無遺言なりし場合をも包含す。隨て後見人に指定せら

93 羅甸語の「
子孫を指すこ
と少からず

94 本書に宗族と
の男系親族に
して且其意
味に限定あり
即ち祖先たる
尊屬親が生存
すれば共に其
親權に服すべ
き者のみを指
す隨て頭格喪
失者なる委し
族となる第三
二章を見るべ
し

95 ユスチニア
ヌス帝は本書
編纂後相續法
の大改革にて

宗族と血族と
の區別を廢し
た、爾後何れ
の系統たるを
問はず若し其
幼兒が生存せ
ざればならん
法定相続人た
るべき近親あ
るに於ては其
近親を以て法
定後見人とす
たり又婦人な
は通例後見人
たることを得
たりしも此改
正に依り婦人
も後見者たる
ことを得るに
至れり

96 此項原文語弊
あり一國民法
は血縁より生
ずる諸權利は
國民法上のも
のにて自然
法上のものを
破棄

れたる者が遺言者の存命中に死亡せし場合をも包含す。三 宗族の權利*は頭格喪失と共に總て消滅するを通例とす。何となれば宗族は國民法上の名目なればなり。之に反して血族の權利は總て變更するものに非ず何となれば國民法の理由は國民法上の諸權利を破壊し得るも自然上の諸權利を破壊すること能はざればなり。96

*宗族の權利血族の權利と譯せる權利の原語「consanguinitas」は此場合關係又は連鎖の意に軽く解する學者多し

第十六 頭格喪失⁹⁷ に付て

頭格喪失とは従前の身格の變更を謂ふ。頭格喪失は三つの原因に因りて發生す、何となれば頭格喪失には大喪失又は小喪失一名中喪失及び最小喪失の三種類あればなり。一 頭格の大喪失は市民權及び自由權を同時に喪失するときに發生す。此事實は峻嚴なる判決に依りて「刑罰の奴隸」とせられたる者又は舊主に對し忘恩者として處罰せられたる被解放

者又は代金の分配に與かる爲め自己を賣却せしめたる者に付て發生す。

二 頭格の小喪失即ち所謂中喪失は市民權を喪失するも自由權をば保留するときに發生す。此事實は水火の禁⁹⁸に處せられたる者又は重流刑に處せられたる者に付て發生す。三 頭格の最小喪失は市民權も自由權も喪失せず唯其者の身格に變更ありたるときに發生す。此事實は自權者が他權者となり又は他權者が自權者となるときに發生す。四 奴隸の解放には頭格喪失の名稱なし何となれば奴隸は何等の頭格を有せざればなり。99 五 身格の變動と言はんよりは寧ろ班位の異同と目すべきものは頭格喪失を發生せず。例へば元老院議員より除かれたる事實は頭格喪失に何等の關係を有せざるが如し。六 頭格喪失の後に於ても血族關係の權利は尙存在すと上に説きしは頭格最小喪失の場合に付てのみ言へるなり。此場合に於ては血族關係は正しく存續す。頭格大喪失の發生したるとき例へば血族の一人が奴隸となりたる場合の如きは血族關係の諸權利も亦

するも血縁を得
棄することを得
得ずと云ふ
が適當なりと
古人の註あり
別格身格の區
別は第三章の
註を見ればし
玆に喪失と譯
せる原語は減
少の意なり頭
格減少に付て
は羅馬時代に
異説あり種々
り既なり或は
頭格變更の意
に外ならずと
なし又或は降
等の意なりと
なせり其變更
の範圍も亦身
分上も格上も
何なる細微の
變化迄も包含
する如く見ゆ
析し去れば遂

消滅す假令後日解放を受くるも之を回復せざるなり。又重流刑に處せられたるときも血族關係の諸權利は消滅す。七 宗族の關係に因り後見人たるべきの權利は同時に同關係者の總員に屬するに非ず唯最近の親等に在る者に屬す但し同親等者數人あるときは其同親等の總員に屬す。

第十七 保護者の法定後見に付て

解放せられたる男又は女の後見の權利も亦十二表法の規定に依りて保護者又は其子に屬す此種の後見も亦法定後見と稱す、但し此事は同法中に明文の規定あるに非ずと雖も其主義は既に解釋に依りて確定し明文の規定あると異ならざるに至れり。何となれば十二表法は解放せられたる男又は女が無遺言に死亡したるときは其遺産は之を其保護者又は其子に歸屬せしむるが故に古の法學者は後見の權利をも亦是等の者に屬せしむるを法の精神に適せりと信じたればなり、宗族を以て相續人となしたる

に自由權市民
權の喪失に外
ならざるは學
者なり因て今
所格喪失と譯
す
水火の禁は刑
の一に於て水
に於て火を内
利用する謂也
を禁ずる謂也
故に實際より
言へば追放也
99
身格は義務に
服せざる者
も存在する
の奴隷は權利
の有せざるに
も此意味に於
て身格は否ら
ず

法律は其者をして又均しく後見人の職務を擔任せしむ是れ多くの場合に於て相續の利益の在る所には後見の負擔も亦之に従ふべしとするの理由あるが爲めなり朕は「多くの場合に於て」と言へり何となれば未成熟の奴隸が女主人の爲めに解放せられたる場合には遺産は其女主人に歸屬し而して別人が後見人となればなり

第十八 尊屬親の法定後見に付て

保護者の後見の例に倣ひて別に一種の後見あり是れ亦法定後見の稱あり、甲あり其男兒又は女兒若しくは其男兒の生みたる子(孫)又は其他の卑屬親の未成熟者に對し家長權免除を行ひたるときは甲は此等の被免除者の法定後見人たること即ち是れなり。

第十九 信託後見に付て

ビス我東京の警視總監と似たる者なり羅馬市の警察權を有し民事の訴訟をも處理し其權限は羅馬市より及べり帝政の初めに設置したるものなり勅任なるを以て次第に大判官の權限をも蠶食したり

被後見人の行爲は後見人の助成¹¹⁰を必要とするものと必要とせざるものとあり。例へば被後見人が他人より自己に或る物件を與へらるべきことを約束するには助成を要せず、之に反して他人に與ふることを約束するには之を要す、何となれば被後見人は後見人の助成なきも其利益を増加することを得ると雖も助成なくして之を減少することを得ずとは一定の法則なればなり。隨て當事者相互に債務の發生する行爲例へば賣買、貸借、委任、寄託に關して後見人の助成なくして未成熟者と契約を結ぶときは一方の契約者は債務を負擔すと雖も一方の未成熟者は負擔せず¹¹²。一 未成熟者が利益を受くるのみにして何等の損失を受くべき虞なき場合と雖も相續を繼承し又は遺産占有の申請を爲し又は信託遺産を受納するには後見人の助成を要す。二 後見人に於て未成熟者に利益ありと思考し之に助成を與へんと欲するときはその當該事件の出現中直ちに且つ躬親から之を與ふべし。事後に至り又は書面を以て與へたる助成は無効と

(Soldi)は金貨なり凡我十圓餘に當る

¹¹⁰Defensor 目付又は監察是れにも段々沿革あり最初は縣知事が臨時に使用せざる小吏に過ぎざりし體より選舉する一職員とななり其職責の重なるものは知事又は市會議員の擅權を監視するに在り小細の民刑事件にも關係するものなり後見人選定の權限をも與へられ後には市會議長の職を兼るに至れり

す。三 後見人と未成熟者との間に於て訴訟を始むべきことあるとき元來後見人は自己の利害に關係ある事務に付て被後見人の助成者たることを得ざるが故に従前は「大判官後見人」¹¹³現今は保佐人を選任し其助成を以て訴訟を進行せしむ訴訟終結すれば保佐は終了す。

第二十二 後見は如何にして終了するか

男子たると女子たるとを問はず未成熟者が成熟者となりたるときは後見は終了す。¹¹⁴古代の學者は男子の成熟期を測定するに獨り年齢を以てせず身體の狀況にも依るべきものとしたり。然れども朕は古代の人にも婦女に關しては恥づべしと思考したる身體検査は男子に關しても現代の良俗に適せずと思考したり是故に朕は勅法を公布し男子も亦年齢に依り其滿十四年に達したる時を以て成熟期に入りたるものと規定し而して婦女に關しては滿十二年を以て結婚に適する年齢と爲したる古制を維持せり

助成の原語は Auctoritas なり此語は「増す」の意義なる Angelos なる動詞より轉訛す蓋し未成熟者の意志が故に全なるが意思を以て之を完全に増加するの意也我民法に於ては同意の語を使用せり

112 一個の契約に付ては後見人は全然是非認するかの要す利益の部分を取らざるを以て之を利益の部分を捨てるを得ず又現に取得の物が存在し又利益が繼續するときは

一 未成熟者が自權者養子となるか又は重流刑に處せられたるときは後見は終了す。保護者の要求により忘恩者として再び奴隸とせらるゝか又は敵の捕虜となりたるるとき亦同じ。二 遺言を以て一定の條件の成就するまで設定する後見は條件の成就に因りて終了す。三 後見は又後見人又は被後見人の死亡に因りて終了す。四 後見人が頭格喪失に因りて自由權又は市民權を喪失するときは後見は總て終了す。但し最小喪失なる場合例へば養子となりたるときは法定後見のみ終了す他の種類の後見は否らず、然れども男子たる女子たるを問はず被後見人に頭格喪失ありたるときは假令最小喪失と雖ども後見は總て終了す。五 其他遺言を以て期限を附して指定したる後見は期限の到來に因りて終了す。又嫌疑に因り後見職を免ぜらるゝときは其人の後見は終了す。正當なる理由を具して後見職の擔任を辭し其免除を得たる者の後見亦同じ其理由の規定は後に詳なり。

は相當の報酬を與へざる以て上一方の契約を求むることを得ず已に消費したるものを請求するは復すべし

113 從前は斯る場合に見たり大判官當りたる事稱する者其事に當りたる大判官が臨時にこれを以て此名稱あり然れ共是れ事件の爲めに選任するの原則に適合するが爲め名稱を改めたるに過ぎず事實は同一也

第二十三 保佐人に付て

成熟期に達したる男子及び結婚適齡に達したる女子には滿二十五年に達するまで保佐人を附す是等は既に成熟者たりと雖ども未だ自己の事務を處理するに足らざる年齢なればなり¹¹⁶ 一 保佐人は後見人を設定すると同一の保安官之を設定す保佐人は遺言を以て設定するものに非らず然れども若し遺言を以て設定したる者あるときは大判官又は知事に於て命令を以て之を認定す¹¹⁷ 二 成熟者は其意思に反して保佐人の設定を受くることを要せず但し訴訟事件に付ては其設定を拒むことを得ず是れ保佐人は一定の事項を限りても亦設定し得ればなり¹¹⁸ *

* 本項は古來頗る疑團ある所なり先づ保佐人の沿革に付き最も信すべきものを述べれば十二表法には精神錯亂者及び浪費者には保佐人を附すべき規定あれども若年者(十四年より二十五年の間の者)には何等の規定なし其後紀元前凡そ三百十四年に制定のプレトリア法に依り審査の上必要あれば若年者に保佐人を附するものとしたり更に其後に至り大判官は

古代に在りては婦女に對する後見は其終身繼續したり¹¹⁴
 成熱期接近者ある者との責任ある者として認めらるる者¹¹⁵
 處せられ得べし又忘恩の事由にて再び奴隷となる者あり¹¹⁶
 以下十五字の原語なき原書もあり¹¹⁷
 後見人は人及び財産の爲めに任じ保佐人は財産の爲に任ずるの趣意なり¹¹⁸
 調査して適當の人物なれば認可するの意¹¹⁹

申請あれば保佐人を附するの慣例を生じ審査は不必要に歸したるを以て保佐人を附せられても其以前の如く不名譽ならざるに至れり其後マルクス、アントニウス帝の世に若年者には必ず保佐人を附すべしとしたる徴證あり果して然りとすれば本項の記する所は事實に違へりと云はざるべからず一説に曰く古書にマルクス、アントニウス帝は直接に必ず保佐人を附すべしとしたるに非らず訴訟は必ず保佐人を要すとしたるが故に事實上保佐人を置かざるべからず右に云ふ古書の意は此事の謬傳なるべしと一説に曰く本項の意は單に左の如きに過ぎざるべし若年者には保佐人を附するを要するも其者は自から選定して保安官の認定を請ふことを得保安官は十分の理由なくして其者の意思に反し其選定を拒まざるべきものとせるの意ならんと姑待後考

三 精神錯亂者及び浪費者は二十五年に達すと雖も十二表法に依りて宗族の保佐に附す。然れども羅馬に在りては警視總監又は大判官又地方に在りては知事に於て先づ事實審査を行ひ而る後之を設定するを通例とす¹²⁰
 四 心神衰弱者、聾者、啞者及び不治の病に罹れる者は自己の事務を管理するに堪へざるを以て之に保佐人を附することを要す。五 時としては被後見人にも亦同時に更に保佐人を附することあり例へば法定後見人が其職務に不適當なるときの如し何となれば後見人を有する者に對し

なりと云ふ¹²¹
 此外未だ丁年者に負債を辨濟せんと欲する者又は後見中の計算を完結せんと欲する後見人は臨時に其人の爲め保佐人の設定を申請するを得此の如くして行ひたる確證と併計するなり此二つの場合の保佐人を設定は之れを得ず拒むことを得¹²²
 十二表法に依る法定保佐人の市長、大判官、知事、選任官、多し行はるゝに至しを云ふ

ては更に後見人を附することを得ざればなり。又遺言に依り又は大判官若くは知事に於て設定したる後見人が被後見人の事務を管理するに詐偽の行爲に非すと雖も不適當の事實あるときは後見人の外更に保佐人を附加するを通例とす又後見人が一時事故ありて執務すること能はず其事永久に涉らざるとき後見人の代りに保佐人を置くを常とす¹²⁰
 六 後見人が健康不良其他避くべからざる事故に因り後見事務を管理すること能はず且つ被後見人が不在なるか若くは幼者なるときは大判官又は縣知事は後見人の推舉する所に隨ひ臨時事務管理者を任命することを得但し其責任は後見人自から之を負ふべきものとす¹²¹

第二十四 後見人又は保佐人の保證設定¹²² に 付て

後見人又は保佐人の爲めに被後見人又は被保佐人の財産の濫費又は減

被¹²⁰後見人が在
宅上なるに於
ては後見人の
同意を以て代
理人を選任す
ることを得る
を以て保安官
の仲介を要せ
ず浪費者又は
未成年者は保
佐人の同意を
待たずして法
律行為をなす
ことを得るも
若し不利益の
行為をなした
るときは大判
官の救済を受
くるとを要す
るに同意を要
すると同様なり
一たび設定し
たる保佐人は
被保佐人が二

少せらるゝを豫防する爲め大判官は後見人及び保佐人をして保證を設定せしむることに力む但し是れ常規に非ず。何となれば遺言を以て設定したる後見人に付ては遺言者に於て自から既に其者の誠實にして注意深きことを認めたるものと見做すべきを以て強て保證を設定せしめず又事情審査後指定したる後見人又は保佐人に付ては既に適任なりとして選出せられたるを以て是亦強て保證を設定せしむることなければなり。¹²³一 然れども若し二名若くは二名以上の後見人又は保佐人を遺言に依り又は保安官が事情審査後設定したる場合に於て其一名が自から單獨に事務を執行するか又は他の共同後見人又は共同保佐人をして保證を設定して單獨に事務を管理せしめんと欲するときは先づ自から保證を提供することを得先づ自から提供せずして同僚の提供を要求することを得ず先づ自から提供して其同僚をして其保證を承諾するか又は己れ亦保證を提供するか
の二者の一を選択せしめざるべからず若し全く提供する者なきときは若

十五歳の丁年
に達するまで
繼續する被
保佐人が二十
歳以上を達し
たる男子又は
十八歳に達し
たる女子に達
したる皇帝の
特許を得ると
免許を得ると
きは別段とす
保佐人は保證
人を以てする
常とす
此外コンスタ
ンチヌス帝は
勅法にて後見
人保佐人の財
産は法律上其
管理事務の爲
め抵當權を設
置したるもの
と見做すの制
あり
¹²⁴下級の保安官
は保證を設定

し遺言者が自から豫定したる者あるときは其者をして管理せしむ若し右の豫定なきときは大判官の告示に準由し同僚多數の選定する者をして管理せしむ若し又後見人又は保佐人が一名又は數人の専務者の選定を決定すること能はざるときは大判官の干與を以て之を定む保安官が事情審査後に設定したる後見人保佐人の數名ある場合も亦之と同じく事務執行の専任者は同僚多數の選定に依る。二 獨り後見人又は保佐人が被後見人又は被保佐人に對し事務管理上の責任を負ふのみならず保護の最終の手段としては當該の保安官に對しても保證不足の附加訴訟を提起することを得而して此訴訟は全く保證の設定を怠りたる者又は不充分的保證を承諾したる者に對して均しく之を提起することを得。¹²⁴此訴訟に對する責任は法學者の解答及び勅法に依れば其保安官の相續人にも及ぶものとす。¹²⁵
三 是等の勅法は又特に規定して後見人又は保佐人が保證を設定せざるときは其者の財産を擔保品として之を強制することを得となせり。四

せしむるの職
務を負ふ故に
之を完全にな
さざれば其責
を負ふなり因
て此に保安官
と云ふは下級
保安官と云ふ
に同じと古人
の註あり
學說彙纂中に
相續人に及ぶ
は特に事情重
大なるときに
限るとの規定
もあり
上の第二十章
第五にても法
定の保護の一
端をば見るべ
きも此處何人
が果して保證
設定の責任あ
るや未だ詳な
らず
第一章第二の頭

註を參觀せよ
マルクス帝は
百六十年乃
至百八十年の
皇帝なり
毎六ヶ月に勅
裁を集めて公
布したるものと
も云ひ或は帝
政の始めに六
ヶ月毎に元老
院議員を集め
て國事を議し
たるとありマ
ルクス帝亦之
に倣ひて六ヶ
月毎に會議を
開き其會議の
記録を公布せ
しならんとも
云ふ其詳を知
るべからざる
も今の官報の
如き者ならん
民選の保安官

然れども警視總監、大判官、縣知事又は其他總て後見人設定權を有する者は一體に此訴訟に對する責任を負ふには非ず保證設定を命ずるを通例の職務とする者のみ之を負ふ¹²⁶

第二十五 後見人又は保佐人の免除に付て

後見人又は保佐人は種々の理由に因りて之を辭することを得。其最も多きは自己に多數の子ある場合に在り。但し其子が現に自己の親權内に在ると既に家長權免除を受けたるとを問はざるなり。羅馬市中の居住者は三人の子を有する者伊太利に於ては四人又縣に於ては五人の子を有する者は他の公職の例に均しく後見又は保佐の擔任を免除せらるゝことを得是れ後見及び保佐の任も亦公職と決定せられたるを以てなり。然れども養子は養父の爲めには免除の理由とならず反て實父の爲めには免除の理由中に計算することを得¹²⁷ 男兒の生みたる孫は父の地位に代れる者に

在りては之を計算することを得。女兒の生みたる孫は然らず。免除の理由としては現存者のみを計算し死亡者を計算せざるは勿論とす。然れども戦死者も亦其數中に計算し得ざるや否やの問題起り戦死者のみは計算し得ることに確定したり。是れ國の爲めに戦死したる者は永久に名譽を負ひ之をして不死者たらしむと見做さるればなり。一 又マルクス帝¹²⁸は「半歳報」¹²⁹中に記載せる勅裁を以て國庫の財産の管理者は管理繼續中後見又は保佐の職務を免除することを規定せり。二 國務の爲めの旅行者も亦後見及び保佐の職務を免除す。然れども現に後見人又は保佐人たる者が國務の爲めに旅行するときは其不在の間のみ之を免除し其間別に保佐人を設定す而して其旅行者は歸國と共に再び前職を擔任す此場合に於てはバビニアアヌスが其解答録第五卷に記したる說に依れば一ヶ年休息の特典を與ふること無し但し歸國者が新に後見の職を擔任せしめらるる場合に於ては此期間の猶豫を與ふ。三 官職を有する者¹³⁰は總てマル

をも包含す

¹³¹ ヌスチニア
ヌスチニア
編纂後被後見
人の債權者又
は債務者たる
者は後見人又
は保佐人たる
を許さずとし
たり

¹³² 「兄弟同治帝」
とはアントニ
ウス、スピウス
帝の養子マル
クス、アント
ニウス及び
ルチウスウエ
ルス兩帝を謂
ふ紀元百六十
九年迄共同し
て帝位に在り
たり羅馬の法
律者の著書に
は別に名を記
せずして單に

「兄弟帝」と記
せるを常とす

¹³³ 後見職は義務
的職掌にして
甚だ迷惑なる
こと多し因て
其人を苦しむ
る爲め之を後
見人に指定す
ることなしと
保すべからず
本文は此事を
指すなり
¹³⁴ アントニウス
地方市街地の
此等の免許大
數を制限し十
市にて醫師十
人修辭學者五
人語學者五人
としたり
¹³⁵ 總て公職を辭
せんとする者
は一旦之を受
け更に選任者

クス帝の勅裁の示すが如く免除を受くることを得然れども既に開始したる後見の職務は之を抛棄することを得ず。四 又後見人又は保佐人は其被後見人又は被保佐人に對して訴訟を爲すの故を以て其職務を辭することを得ず但し總財産を包含する訴訟又は遺産に關する訴訟なるときは別段とす。五 現に三個の後見又は保佐の職を擔任し而して其擔任は自己の希望に因りて得たるものに非ざるに於ては其職務執行中に在りては別個の後見又は保佐の擔任を辭することを得、然れども數人の未成熟者を一括しての後見又は數人共有の財産の保佐例へば被後見人又は被保佐人が數人の兄弟なるが如き場合には之を一個として計算す。六 兄弟同治帝¹³²及びマルクス帝の勅裁に依れば貧困も亦其職務の擔任に堪へ難き程度なることを證明するときは免除の理由と爲すことを得。七 自己の事務を管理するに堪へざる状態の疾病は免除の一理由となる。八 又ピウス帝の勅裁に依れば文字を知らざる者は免除せらるべきものとす、然れ

ども文字を知らざる者たりとも事務管理に堪ふと認めらるゝことあり。^{*}

^{*} 本項の原文稍明晰を缺く隨て(第一)文字を知らざる者も事務管理に堪ふる者ある爲め一般には許さるも特別として許したりとする説(第二)管理に堪ふる者ある爲めに疾病の爲めに許す如き一般の理由と爲し難きに拘はらず一般に之を許したりとの説(第三)一般には許さず鄙賤にして財産多からざる者の事務管理は文字を知らざる者も其任に堪ふることをあるを以て保安官が其適否を判斷し適任と決定することありとの意なりとする三説あり今姑く第三説に従ひて譯す

九 被後見人たるべき者の父が仇敵心より遺言を以て後見人を指定したるときは¹³³ 此事實は其被指定者の爲め免除の理由となる、之に反して被後見人たるべき者の父に向て後見人たるべきことを約したる者は免除を請ふことを得ず。十 被後見人の父と面識なきの事實は免除を與ふるの理由と爲すに足らずと兄弟同治帝は勅裁したり。十一 被後見人の父と不和にして仇敵の狀あり調和に至らざる者は免除を受け得るを通例とす十二 被後見人の父より自己の身格に關する争訟を受けたる者は免除を許す。十三 七十年以上の者は免除せらるゝことを得。二十五年未滿の

の上級有司に
免除を申請す
るを例とす
訴とは之を指
す但し後見人
保佐人の選任
に付ては直に
其選任者に申
立るを要す若
し選任者が申
請を非認した
るときは始め
て上級有司に
上訴すること
を得と學說彙
纂に見ゆ
羅馬法に於て
は期間に二種
あり一を實用
期間とし(Ter-
minus Utiles)一を
繼續期間とす
(I tempus Co-
ntinuum Dies
Continuum)實
用期間とは或
法律上の行為

者は従前免除を受くることを得たるも朕は勅法を以て是等の者の後見人
又は保佐人たる道を斷ちたり隨て免除の必要を生ぜず。右の勅法は未成
熟者又は二十五年未滿の成熟者は法定後見に召喚せらるゝことなしと規
定せり、是れ自己の事務の處理に付き他人の保助を要すと認められ且つ
實際他人の支配を受くる者が己れ却て他人の後見又は保佐を爲すは不條
理なればなり。十四 兵士に付ても同一の規定を適用し兵士たる者は假
令自から之を欲するも全然後見の職務に就かしめず。十五 羅馬に於て
語學者修辭學者又は醫師たる者及び郷國に於て是等の業務に従事し且つ
特許者中に列する者は後見又は保佐の職務を免除す。十六 免除を受け
んと欲し多數の理由を有する場合に於て其中若干を提出し是認を受けず
と雖も一定の期間内に於ては更に他の理由を提起して申請することを妨
げず。免除申請には上訴なし。135 免除申請は何種類の選任に限らず選任地
より百哩以内の居住者は其選任を知りたる日より引續き五十日の期間¹³⁶

が法律上又は
事實上爲し得
べかりし日の
み計算す日繼
續期間とは日
數を連續して
計算するもの
を謂ふ此處は
繼續期間なり
相當の期日内
に免除を請は
ざる者は總財
産に付設定し
たるものと見
たるも無論な
るも若し最初
より事情を陳
述する者に對
して八百里以
外の財産に付
ては別箇の後
見人を置くこ
とを得ること
を學說彙纂に
見ゆ
Deverus Anto-
nimus 紀元二

内に之を提出することを要す、若し百哩以外に居住するときは毎二十哩
を一日とし之に三十日を加算す。但しステエヴオラの説の如く加算して
五十日に足らざるときは仍五十日として計算するを要す。十七 後見人
は被後見人の總財産に付て設定せられたるものとす¹³⁷ 十八 後見人は其
意に反して更に同一人の保佐人たることを要せず隨て遺言を以て後見人
を指定したる父が更に同一人を同一人の保佐人に指定することを附加し
たる如き場合と雖も其後見人は其意に反して更に保佐の職を兼ねること
を要せず是れセヴェルス、アントニヌス¹³⁸ 兩帝の勅裁したる所なり。
十九 右の兩帝は又夫たる者にして自己の妻に保佐人として設定せられ
たるときは妻の事務管理に關與すと雖も尙保佐の免除を申請することを
得べしと勅裁せり¹³⁹ 二十 詐偽の申請を爲して後見職の免除を得たる者
は其擔任を遁るゝことを得ず。

百十七年帝より
此勅裁今散
逸す

被後見人又は
被保佐人たる
べき者の事務
に關係したる
者は後見人又
は保佐人を辭
することを得
ざることを許
しを以て此説
明ありユスチ
ニアス帝
ニアーヌス
は本編纂後
夫を妻の保佐
人とするとを
禁じ又保佐人
が被保佐人を
妻とすること
を禁じたり
保佐者に付て
は直ちに嫌疑
者として訴へ
汚穢の瑕疵を
與ふるを得ざ

第二十六

嫌疑を受けたる後見人及び
保佐人に付て

嫌疑者を告訴するの権利は十二表法より傳來す。一 嫌疑を受けたる後見人の免黜權を付與せられたる者は羅馬に於ては大判官にして縣に於ては其知事及び知事代理なり。二 何人が嫌疑者を處分し得るかは既に示す所の如し、是れよりして何人が嫌疑者たるべきかを説かんとす。遺言後見人たるると他の種類の後見人たるを問はず後見人は總て嫌疑者とせらるゝことを得。故に法定後見人と雖も告訴を免るゝこと能はず然らば保護者は如何是亦告訴を受くべき者たりと云はざるべからず¹⁴⁰唯保護者は假令嫌疑者として之を免黜する場合と雖も其名譽をば毀損せざることに注意するを要す。三次に何人が此訴訟を提起し得べきかを説かんとす。此種類の訴訟は準公訴とす即ち何人も之を提起し得べきことを知

れ共財産保護
に付ては他に
之と同様の効
能を有する方
法の訴訟即ち
事實訴訟を用
ゆるなり
此訴訟は大判
官の告示に起
源す故に公訴
に非らず然れ
ども刑事の訴
訟に外ならず
故に公訴と同
じく何人も告
訴するを得
訴と云ふなり
婦人は公事に
關與するを得
ざるを原則と
す故に公訴を
提起者たるを
許さざるを原
則とし若干の
例外あるのみ

るべし¹⁴¹其實セヴェルス、アントニヌス二帝の勅裁は婦女と雖も訴人たることを許す¹⁴²唯婦女に付ては眞實親愛の心より出る者に限る即ち母の如し乳母、祖母、姉妹も亦同じ、然れども其他の婦女に付ても其者が専ら人道の遂行に熱心にして敢て貞淑の境を超越せざるの性行を有し眞に義務的信念より發生して未成熟者の不幸を傍觀坐視するに忍びざるが爲めに遂に訴人たるに至りし實情を明認したる場合に於てのみ大判官は其告訴を許す。四 未成熟者は自から其後見人を嫌疑者として訴ふることを得ず。然れども成熟者は其近親の助言に基き自己の保佐人を嫌疑者として告訴することを得。是れセヴェルス、アントニヌス二帝の勅裁にて決定せる所なり。五 嫌疑を受けたる者とはユリアヌスの記述せる書中に見ゆる如く資力ありと雖も誠實に其擔任事務を執行せざる者を謂ふ。同一のユリアヌスの説に依れば後見人は其職務執行の開始以前に於ても準嫌疑者として之を免黜することを得となせり其後此説を取り

¹⁴³ ウルビニアヌスは後見人は職務開始前に嫌疑者とすべからず若し不適任と認めれば大官は其就職を止むべしと云へりユスチニアリヌスはユスチヌスは法の取らせし法を發せし也

¹⁴⁴ 汚穢者は名譽の職務に就き又は證人又は資格を奪はるる事前に註せし如し

¹⁴⁵ 罷免の訴訟は消滅するも計算請求は猶相續人に對して提起すること

を得此外に嫌疑と相伴ふも職務するを以て職務を去りたる時は死亡に非ずと雖も訴訟は消滅す

¹⁴⁶ 遺言中に扶養料の定めなきときは保安官は後見人を召喚して之を定むるの例たり

¹⁴⁷ 大判官は刑罰執行の權なし故に警視總監に交付す縣知事に免黜す并に處罰の權を有す

八〇

て一勅法の發布ありたり。¹⁴³ 六 詐偽の爲め免黜を受けたる嫌疑者は「汚穢者」¹⁴⁴とす。若し怠慢のみの爲めなるときは則ち否らず。七 パビニアヌスの見解に依れば嫌疑者として訴へられたるときは訴訟の終局に至るまで後見事務の執行を停止すべきものとす。八 嫌疑訴訟開始の後に後見人又は保佐人が死亡したるときは嫌疑訴訟は消滅す。¹⁴⁵ 九 後見人をして未成熟者の爲めに扶養料を定めしめんとするに其者か出頭せざるべきは¹⁴⁶ 其未成熟者をして其者の財産を占有せしめ而して其中に遲滞に因りて損害を生すべき部分あれば特に保佐人を設定し之を賣却せしむ。是れセヴェルス、アントニーヌス兩帝の勅裁にて定むる所なり而して扶養料を定めざる後見人は嫌疑者として之を免黜することを得。十 若し後見人か出頭して其被後見人の財産か寡少にして扶養料を定め難しと稱し詐偽の申立をなしたるときは賄賂を以て後見職を買ひたる者と均しく之を警視總監に引渡して處罰に附す。¹⁴⁷ 十一 被解放者にして保護者の子又

は孫の後見人と爲り詐偽の罪狀あること證明せられたるときは處罰の爲め之を警視總監に引渡す。十二 茲に最終に記憶すべき一事あり他なし後見人又は保佐人にして其事務管理に詐偽の罪狀あるときは假令保證の提供ある者と雖も之を免黜すべきものとす何となれば保證の有無は惡意を輕重する所なし保證ありとて之を恕すれば徒に其非行を逞くするの時期を延長するに過ぎざればなり。十三 如何にしても嫌疑せざるを得ざる行爲ある者は之を嫌疑者とせざるべからず之に反して假令貧困なるも誠實且つ勤勉なる後見人又は保佐人は貧困の一事を以て之を嫌疑者として免黜すべきものに非ず。

解説なり

原語は種々の
法人の意義を
有するものと
市町などの公
共團體を指す
と知るべし
此處原文は萬
民法のものに
を以て下の如
く譯す然れど
も人類の共有
物に非らずと
語の意なり希
語の古譯本に
も此の如く註
あり果して然
らば一人類の
共有に非ざれ
ばなりと譯す
べき歟
海洋は無論世

通なり。

- 三 海岸とは冬期の最高潮の到達する迄の限界を謂ふ。
- 四 河岸の公共使用も亦河川の使用と均しく萬民法の一部分とす隨て船舶を河岸に進め河岸に生長せる樹木に繩を結びて之を繫留し而して河岸に貨物を置くは河流を航行すると均しく何人にも自由なりとす。然れども河岸の所有權は接續地の所有者に屬す。隨て河岸に生ずる樹木も其所有者に屬す。
- 五 海岸の使用も亦海洋の使用と均しく萬民法の一部分とす。故に自己の退休場として海岸に小屋を設くるは網を乾し又は海中より之を引き揚ぐると均しく何人にも自由なりとす。何となれば海岸は元來何人の所有にも屬せずと謂ふべきものなりと雖も海及び海底の土地又は土砂と同一の法則の支配を受くればなり。
- 六 公共團體に屬し一個人に屬せざる物は例へば市に存在する建築物

界共通なれど
も海岸河川道
路等は一國內
の公有なり故
に一切の格に
謂ふも厳格に
言へば一國內
の衆人と解す
べし
此場合所有者
は收益するこ
とを得るも公
衆の使用を妨
害する行為を
へば其樹木を
伐ることを得
ず違はんとな
る者は大判官
の指示命令を
以て之を制止
することを得
るなり
神聖物とは天
上の神明に關
する物を謂ひ
宗教物とは地
下の魔神に關

- 即ち劇場、競馬場の類其他市民全體に共通の物件を指稱す。
- 七 神聖物、宗教物。及び神護物は何人の所有にも屬せざるものとす。何となれば神法の支配を受くる物は何人の財産にも屬せざればなり。
- 八 神聖物とは方式に従ひ大教正の手を経て神明に寄進したる物を謂ふ例へば適正に神事の使用に供する社殿及び獻納物の如し是等の物は朕は捕虜買還の爲めにするより外は處分し又は抵當物となすことを勅法を以て禁じたり。若し人あり擅に自から或る物件を神聖物となさんと欲すと雖も是れ眞の神聖物に非ずして却て汚瀆物なり。神社の建立地は其建築物の廢棄後と雖も依然として神聖物とす是れパビニアマスも亦論述せる所なり。
- 九 自己の土地に死體を埋葬する者は自己の意思に因りて宗教地を作成す。共有地と雖も不淨地とせるもの、外は共有者の意思に反して埋葬することを得ず。然れども共有墓穴の共有者は他の共有者全部の意思に

する物例へば
墓地の如きを
謂ふ

此外饑饉救助
の爲め又は寺
院負債償却の
爲めに許すこ
とあるも如何
なる場合にて
も不動産のみ
て不動産の處
分を許さず

本書中寺院社
殿等前後の文
章の都合上不
一定の譯語を
用ひたるも本
邦にて神佛兩
教の差に依り
名稱上劃然た
る區別ある如
き意義あるに
非らざること
勿論と知るべ
し
9
サンクチュウ

Sanctus 神護
サンクチュウ
Sanctio 制裁
共に神聖の意
なる同一語源
より來る

10
人類外生命あ
りて行動する
者を總稱す

反しても埋葬することを得。土地の所有者は其土地に用益権者あるに於ては其同意なくして之を宗教地と爲すことを得ず。所有者の承諾を受くるときは他人の土地に埋葬するも妨げなし。且つ其承諾は埋葬後追認に係る場合と雖も其土地は仍宗教地を作成す。

十 神護物即ち城壁及び城門の如きも亦或る意義に於ては神法の支配を受くるが故に何人の財産にも屬せざるものとす。城壁に損害を加へたる者は殛刑に處す因て城壁を稱して神護物と云ふ同一の道理に基き法律中違犯者に對して刑罰を科する部分を稱して制裁。と謂ふ*。

*物の區別を表にすれば左の如し但し後世の法學論よりすれば議論の餘地ありと知るべし

(人法) (甲) 個人の財産に屬する物

(乙) 個人の財産外の物

(一) 共通物、人類の共通物にして何人にも所有權なし

(二) 公共物、一國民の總員の共用に屬し所有權は國家に在り

(三) 公共團體物(市町の類)、公共團體の所有に屬するもの但し其團體員の公共使用に供するものと否らざるものとあり

(神法)

(四) 無主物、宗教又は公益上の格段なる目的の爲め個人の使用に供すと雖も人間としての所有權は何人にも存在せざるもの

(イ) 神聖物

(ロ) 宗教物

(ハ) 神護物

十一 物は種々の方法に依りて個人の財産となる。何となれば吾人は或は自然法即ち前に云ひたるが如く一に萬民法と稱する法に依り或は國民法に依りて物の所有權を取得すればなり。今先づ古代の法より研究を開始するを以て便宜とす。自然法は人類の創始時代に於て自然が創定したるものなれば最古の法たること明なり。何となれば國法は國家の創立あり保安官の設置あり成文法の制定ありたるときに於て始めて發生すればなり。

十二 野獸、鳥魚即ち地上海中又は空中に生存する一切の動物¹⁰は捕獲と同時に萬民法に基き捕獲者の所有に屬す。何となれば以前何人の所

有にも屬せざる物は自然の道理に依りて先占者に屬すればなり。捕獲は自己の土地に於てすると他人の土地に於てすると何等の區別なし。但し獵漁の爲め他人の土地に侵入せんとする者が所有者より侵入の禁止を受くることあるべきは明白なり故に汝の捕獲したる禽獸類は汝の保管内に維持する間は汝の所有物とす。然れども若し汝の保管を脱して自然の自由の舊態に復歸したるときは汝の所有權は消滅して再び先占者の所有物となる。禽獸類が捕獲者の視界を脱し又は捕獲者の視界に在るも追及し難き状態に逸出したるときは自然の自由を回復したるものと認む。

十三 汝若し野獸を容易に捕獲し得べき程度に傷けたるときは直ちに之を汝の所有物と認むべきや否やに關し嘗て疑問あり。甲説に依れば直ちに汝の所有物となる而して汝が之を追跡する間は汝の所有權は繼續し若し追跡を止めたるときは汝の所有物たるの状態を離れて再び先占者の所有物となる。乙説に依れば實際捕獲し得たるときに於て始めて汝の所

有に屬すとせり。朕は乙説を是認す其故は此等負傷の野獸は故障の爲め竟に捕獲に至らざること屢々之あればなり。

十四 蜜蜂も亦其性質上野生とす。故に汝の樹木に群集したる蜂群も之を蜂房中に捕入する以前に在りては猶汝の樹木に巢を營む鳥と均しく未だ汝の所有に屬すと認むべからず。故に若し他人が之を自己の蜂房中に捕入したるときは其人が其所有者となるものとす。隨て又前述の如き蜂群の造りたる蜜は何人も之を取り去ることを得。但し汝は汝の土地に侵入せんとする者を見たるとき其侵入を禁止し得べきは勿論とす。汝の蜂房を脱したる蜂群は汝の視界に在りて之を追及すること難からざる間は仍汝の所有物なりと認むるも若し否らざるときは先占者の所有に歸す

十五 孔雀及び鳩の性質は野生とす。其飛去飛來の慣習は其性質の如何に何等の關係を有せず。何となれば性質上野生なること明白なる蜜蜂も亦同一の慣習あればなり、鹿も亦森林に往返する一定の慣習を有する

既¹¹に其蜂群を以て捕獲したる以上は蜂群は捕獲者に對する訴權を有するのみならず

戦利品は國家に屬するを原

の程度に馴養せられたるものあり而も其性質の野生たることを否認する者なし。總て出行歸來の常習を有する動物に關しては其物が歸來の意思を有する間は其飼養者の所有物なりと認むるを一定の原則とす。若し歸來心を有せざるに至りたるときは同時に飼養者の所有物たるの状態を離れて先占者の所有に歸す。是れ歸來の常習を失ひたるときは歸來の意思を失ひたるものと見做すを以てなり。

十六 鷄及び鶯鳥は性質上野生に非ず或る種類の鷄は之を野鷄と稱し或る種類の鶯鳥は之を野鶯と稱するを以て之を知るべし。故に汝の鷄又は鶯鳥は假令偶然驚怖に因りて飛去し汝の視界を脱し何等の處に在りても猶汝の所有物なりと認む、隨て若し人あり利益の目的を以て之を抑留したるときは其人は盜罪を犯したりと認むるものとす。

十七 吾人が敵より略取したる物は萬民法に依りて即時に吾人の所有に屬す¹² 自由人と雖も亦捕獲に因て吾人の奴隷と爲る但し若し後日彼等

則とす但し細
微の物品は軍
隊の自用を認
容したり其他
敵國の戦利品
とならざるも
のを再び獲得
したるものは
原則として軍
國家に屬す但
し土地、奴隷、
馬、船、及軍
用船は本主に
還付すと古書
に見ゆ

が脱走して其自國民中に復歸するときは従前の状態を回復す。

十八 海岸に於て發見する所の寶石及び其他の物も自然法に依りて直ちに發見者の所有に歸す

十九 汝の所有に屬する禽獸の生みたるものも同一の法に依りて汝の取得に屬す

二十 土砂の寄洲的作用に因りて汝の所有する河岸の土地が増加したるときは萬民法に依りて汝の所有に屬す。寄洲的作用とは目撃すべからざる増加を謂ふ。何れの瞬間に於て幾許か添附したるかを知るべからずして漸次に土地の添附ありたるときは寄洲的作用に因りて添附したるものと認む

二十一 之に反して汝の土地の一部分が河流の一時の激勢に因りて分離し隣地に附着したるときは其部分は依然として汝の所有權内に在ると明白とす。然れども若し其部分が久しく隣人の土地に附着し且つ分離

開して意見を
異にして大に
争したる大に
より云へば前
者は法文に重
きを置きたる
守者は文字に
後者は文字に
拘泥せざるに
歩派なり巻首
總註を参看す

に数回の論争ありたる後に若し加工物が其原料に復舊せられ得べきときは加工物は前に材料の所有者たりし者の所有物と認められ若し復舊せられ得べからざるときは加工者を以て所有者と認むべしとの折衷説に決したり。例へば鑄造したる瓶は銅又は銀又は金の原塊に復舊することを得べきも葡萄酒又は橄欖油又は精麥は葡萄又は橄欖又は禾把に復舊することを得ず。又蜂蜜酒も葡萄酒及び蜂蜜に復舊することを得ざるが如し。若し一部分は自己の材料を以て一部分は他人の材料を以て新物品を作成したる者あるときは例へば自己の葡萄酒と他人の蜂蜜とを以て蜂蜜酒を作り又は自己及び他人の藥劑を以て膏藥又は眼藥を作り又は自己及び他人の羊毛を混用して衣服を作りたるときは加工者を所有者とすべきこと疑を容れず、何となれば加工者は自己の勞務を加へたるのみならず又一部の原料の供給者なればなり。

二十六 然れども若し人あり他人の紫絲を以て自己の衣服に刺繡した

盜訴は罰金訴
認に於て二倍
に從ひて倍又
は四倍を課す
第四卷に詳な
り辨濟訴は
原價の請求訴
訟なり又一或
る他の占有者
物占有の第三
者に非ざるも
辨濟の責任を
或る他の占有
者とは或る種
類の占有者善
意の占有者占
除き惡意の占
有者を指すの
意なるべしと
の說蓋し當れ
り然れども
「或る他の占
有者」と譯す
べき原語を

るときは紫絲は比較的に高價なりと雖も附合物と爲りて衣服の一部をなすものとす故に紫絲の原所有者は之を竊取したる者に對して竊盜訴權及び辨濟訴權を有す盜人自身が其衣服を作りたると他人が之を作りたるとは問ふ所に非らず。何となれば此場合に於て既に滅失したる紫絲に關しては現物回収の訴をなすことを得ずと雖も辨濟請求の訴は竊取者及び「或る他の占有者」に對して提起することを得ればなり。¹⁵

二十七 二人の所有原料を相互の協諾を以て混合したるときは混化物は全部とも二人の共有に屬す例へば二人所有の葡萄酒を混合し又は銀塊若くは金塊を一團に溶解したるとき如し。二人所有の異種の原料を混化して特種の物品を作成したるとき例へば甲の葡萄酒と乙の蜂蜜とを以て蜂蜜酒を作り又は甲の金と乙の銀とを以て琥珀金を作りたるときに於ても同一の規定に従ふ。何となれば此場合に於ても新物品は二人の共有たること疑を容れざればなり、獨り是れのみならず雙方の所有者の意思

「何等の占有者」と譯すべし。原語に作る古本もあり、且つ善意なる第三者と雖も他人を害し、自から利益すべき理由なしとして、張善意の第三者に其責任を負はしむるの意なりとする説もあり、姑く後考を待つ。

¹⁶ 此處對物訴權は即ち原物回収の訴なり然

に因るに非らずして偶然に二人所有の異種又は同種の原料の混同したるときも猶同一の規定を適用す。

二十八 甲の穀物と乙の穀物とを甲乙の協諾に依りて混合したるときも之を共有物とす是れ各人の獨有たりし物體即ち各個の穀粒は猶原形を存すと雖も相互の合意に因りて全部が一齊に共有に歸するを以てなり。若し是等の穀物が偶然に混合せられ又は一方が他の一方の同意を受けずして混合したるときは共有物を生じたものと認めず何となれば各個の原物は猶其原形を存す而して此の如き場合に於ては甲乙二人の羊群が混淆したる場合と均しく原穀物は共有とはならざればなり、隨て甲乙中の一人が其混合したる穀物全體を横領するに於ては他の一人は原所有の穀物の分量に應じて對物訴權を有す但し其請求する所の穀物の格位の如何は審判官の裁量に依る¹⁶。

二十九 自己の所有地に他人の材料を以て建築したる者は其建築物の

れども實際の結局は審判官が格位を定め損害の賠償を命ずるなり¹⁷。現物提出の訴は對物訴の訴一にして現物の回収の訴の訴の備となる訴の備り即ち先づ現物の提出を請求せしめ果して現存せるや又如何なる状態に見て更なるや見れば訴をなす手段を訴取するものとす。若し被告が提出の訴を受けることと能はざることを賠償の損害を制する¹⁸。

所有者と認めらる是れ地上に建設せられたるものは總て土地に附着したるものとすればなり。然れども材料の所有者は之が爲めに其材料の所有權を失ふに非らず唯十二表法の規定あるが爲め建築物の現状の存在する間は其材料の現物回収又は現物提出の訴¹⁷を起すことを得ざるものとす。十二表法の規定に依れば何人も他人のチグヌム¹⁸にして自己の建築物中に加入せるもの、提出を強要せらるゝことなし唯「混用チグヌム」と稱する訴訟に依り其實物の代價の二倍額を賠償すべきものとせり、チグヌムとは建築を構成する各種の材料を包含せる名稱なり此規定は徒に建築物を破壊する必要を生ぜしめざるが爲めに設けたるものとす。然れども若し其建築物が他の原因に因りて崩壊したる場合に於ては材料の所有者は對物の訴訟を起し現物の提出を請求することを得但し既に二倍額の賠償を受けたる者は此限に非らず¹⁹。

三十 之に反して若し甲あり乙の土地に於て自己の材料を以て家屋を

本項に云ふ所は善意にして誤て他人の材料を用ひたる場合を指す若し悪意ありしときは混用チグナム訴訟の外仍現物提出の訴を起すことを得而して審判官は罰金の意味を以て賠償を命ず

被告が原告の請求は詐偽なりとの理由を以て對抗するを云ふ事實詐偽に非らずと雖も其意思は全く詐偽と見做すべしとするなり羅馬法の詐偽の意義は斯る場合に適用すること

建築したるときは乙を以て家屋の所有者とす。此場合に於て甲は其材料の所有權を失ふ是れ自から好て其材料を抛ちたる者と見做すを以てなり自己の所有地に非らざることを知れる場合には無論然りとす、隨て其家屋か崩壊するとも材料の返還を請求することを得ず。若又甲は其土地の占有者たる場合に於ては乙にして其家屋を取得せんと欲すれば材料の價額及び工事の賃金を辨償するを要す若し然らざれば甲は詐偽の請求なりとの抗辨²⁰を以て乙の請求を排斥し得ること明なり但し此場合と雖も善意の占有なりしときに限る何となれば甲にして若し自己の所有地に非らざることを知りながら建築したるに於ては自己の過失の爲め抗辯の道を失へばなり是れ他人の土地たることを知りつゝ、其上に建築するは自己の粗漏に外ならざるを以てなり。

三十一 甲あり乙の植物を自己の土地に栽植したるときは其植物は甲の所有となる、之に反し自己の植物を乙の土地に栽植したるときは其植

多しと知るべし

法學者は此類を混合添附と稱す人工と天然との混淆したる添附の意なり

其根が悉く甲の土地に移生したる場合を指す若し乙の土地にも存在するときは共有物となると見ゆ

古人の註に見

物は乙の所有となる但し二つの場合とも植物が地中に根を下したるときに限る。²¹植物が根を下す以前に在りては植物の所有權は依然として舊所有者に在り。根を下したる以後は所有權の移轉を生ず。隨て甲の土地が隣人なる乙の樹木を壓迫し之が爲めに其樹木が遂に其根を甲の土地に移生したる場合には其樹木は甲の所有に屬すと謂はざるを得ず²²何となれば樹木が其根を有する土地の所有者の所有物に非らずして他人の所有物なりと謂ふは道理の許さざる所なればなり。故に境界の附近に栽植したる樹木が隣人の土地にも其根を蔓延したるときは其樹木は共有物と爲る。

三十二 地中に根を有する植物が土地に屬すると同一の道理に依りて地上に蒔たる穀物も亦其土地に附着するものと認めらる。然れども他人の土地に於て建築したる者が其土地の所有者より建築物取得の請求を受けたるときは上に云ひたる條件の範圍内に於て詐偽請求の抗辯を以て自己を防禦し得るが如く、他人の土地に自己の費用を以て善意に穀物の培

23 建築者も種穀
地を占有し特
に諒恕すべき
事情ある場合
にあらざれば
此防禦は成功
し難きものと
知るべし

24 法學者パウ
ルは前説なり
はガウスは
後説を取り
書の特重し
此特別の区
を立たり平
面物と譯せ
原語とビユ
ラは繪畫を
或は文字を
する地盤を
す主として
にて造れる
のを謂ふ

25 亞歷山大王
代の希臘の
畫工なり
26 希臘の名
畫工なり
27 準訴權とは
正なる法律
規定なきも
平主として
官と此大判
權なり此合
平面物が書
附屬すれ
ば所有物に
所有權を失
故に民法上
の權利を同
故に民法上
の權利を同
の奪はるも
亦實際に公
訴權を與ふ

養を爲したる者は同一の抗辯に依りて自己を防禦することを得²³

三十三 文字は假令金泥たりとも猶建築物又は培養せられたる穀物が常に土地に附着するが如く紙又は羊皮に附着す、故に甲あり乙の紙又は羊皮に詩又は歴史又は演説を書寫したるときは其紙又は羊皮の所有者は甲に非らず乙なりとす。然れども若し乙が甲の書寫の費用を提供せずして其紙又は羊皮を請求するときは甲は詐偽請求の抗辯を以て乙の請求を拒むことを得べし。但し此抗辯は甲が其紙又は羊皮の善意の占有者たる場合に限る。

三十四 甲あり若し乙の所有に屬する平面物に繪畫を作りたるときは或は其平面物が繪畫に附屬すと爲し、或は縱令如何なる名畫たりとも繪畫が平面物に附屬すと爲す。然れども朕は平面物が繪畫に附屬すとの説を是認す²⁴。何となればアヘルレス²⁵ 又はバルハシウス²⁶ 其人の如き名手の繪畫が殆んど價值なき平面物の従物として之に附屬すと爲すは沒常識

の至りなればなり。然れども若し平面物の所有主が既に其繪畫を占有せる場合に於て畫工が其回復を請求し而も平面物の代價を辨償することを拒むときは平面物の所有者は詐偽請求の抗辯を以て繪畫の引渡を拒むことを得之に反し畫工が現に其繪畫を占有せるときは平面物の所有者は畫工に對して準訴權に依り平面物回収の訴訟を提起することを得²⁷。但し若し作畫の費用を辨償せざるに於ては畫工は詐偽請求の抗辯を以て之を拒むことを得、然れども抗辯提出は畫工の占有の善意なりしことを要す何となれば平面物か盗品なるに於ては竊取者が畫者自身たると他の者たるを問はず平面物の所有者は竊取者に對して竊盜の訴訟を提起し得ると明白なればなり。

三十五 甲あり眞の所有者に非らざる乙を所有者と誤信して善意に其占有の土地を買ひ取り又は贈與其他の正當なる原因に依りて善意に受け取りたるときは其土地の果實にして甲の既に收取したるものは耕作及び

なり準訴權の原語アクチヨ(Actio utilis)とは民法の訴權に類する意なり故に斯く譯す

未だ收取せざる果實は眞實の地主に屬す已に收取し未だ消費せざるものは善意の占有者に於ては占有者に屬す

管理の對價として甲の所有に歸す是れ自然の道理に適せり²⁸ 故に後日若し眞の所有者現出して土地回収の訴を起すも既に消費したる果實の返還を請求することを得ず。然れども事實を知りながら他人の土地を占有したる者には右の如き寛恕を與へず。隨て其土地のみならず其既に消費したる果實をも返還せざるべからず。

三十六 用益地の果實は用益者が自から之を收取したる後に非ざれば其所有に屬せず。故に既に成熟せる果實と雖ども收取前に用益者が死亡するときは其相續人に屬せずして地主の所有に屬す。小作人*に關しても其規定殆んど同一なりとす。

* colonus ロマス即ち羅馬の小作人は土地に附屬したる奴隸の如き者にして二種類あり一は蓋し本來奴隸なりし者を地主が其土地に永住の約束を以て自由を與へし者他の一は本來自由人なりし者をして生活の爲め其土地に永住して耕作に従事せしめし者なり兩者とも擅に其土地を去ることを得ず前者は特有財産を所持することを得るに過ぎず後者は動産を所有することを得或は別に自己の土地をも所有することを得しならん兩者とも小作料を納めたる以上の利益は自己に收入することを得後者は年々の小作料を納むる以上は果實を收

取するの自由を有し其相續人は死亡者の既に收取したる果實を保有するの權を有したるも用益者の相續人は此等の權なし又用益權設定の土地を買ふときは用益權は依然土地に附屬すれども小作人の附屬せる土地を買ふときは其小作人を存續するも之を放棄するも新地主の任意とす此二點は全く用益者と異なるが故に本文に「殆んど同一」と云へるなり

三十七 家畜の果實中には其乳、皮及び毛と均しく其子をも算入す、故に羊兒、山羊兒、犢及び駒は自然法に依りて直ちに用益者の所有物と爲る。然れども女奴の子は果實中に算入せず故に用益中の女奴の子は其本主の所有に屬す、何となれば自然は一切の物の果實を人類の爲めに用意したるものなれば人類を果實中に算入するは愚の至りと考定せられたればなり。

三十八 然れども畜群中に死亡あるときは畜群の用益者は繁殖したる子を以て其頭數を補足することを要すユリアーヌスの見解も亦然り用益の葡萄又は樹木に附ても用益者は其枯死せるものを補足することを要す何となれば用益者は其用益物を使用すること正當に且つ善良なる家長と

所有權移轉の如し引渡る人
 如し引渡る人
 所引渡る人
 受取人を以て
 適法に占有し
 せしむること
 第三所有權を以て
 轉引渡すこと
 第四受取人が
 自から所有する
 となす意思を以て
 受取る意思

均しきことを要すればなり。

三十九 自己の土地内に於て發見する貴重品に付てはハヅリアーヌス帝は自然の衡平主義に従ひて之を發見者に與へたり。神聖地若くは宗教地に於て偶然に發見したる場合に關しても同一の規定に従ふ。然れども若し他人の土地に於て特に探索せず偶然に發見したるときは同帝は其半分を發見者に半分を地主に與へたり、又同帝は此原則に準し皇帝に屬する土地に於て發見したる者あるとき其半分は之を發見者に與へ半分は皇帝に屬することを定めたり。此規定に準依して國有地又は市有地に於ての發見物に付ては半分は發見者に屬し半分は國庫又は市に屬す

四十 吾人は又引渡に依りても自然法に基き物を取す²⁹何となれば自己の物を他人に移轉せんと欲する所有者の意思を有効と爲すは最も自然の衡平に適すればなり。故に有體物は如何なる種類たるを問はず所有者なる甲より乙に引渡さるゝことを得而して既に引渡されるときは乙

の所有物となる。上納地及び貢獻地は從來此法に依りて處分せらる而して今や朕の勅法に基き此等地方所在の土地と伊太利國內の土地とは何等の區別を存せず*

*羅馬の物權引渡しに古風なる一方法ありたり之を「マンチパチョー」と稱す手を以て握るの意より來る或は之を「銅及び衡器の方法」とも稱す全體羅馬の此類の術語は手の字より出るもの多し奴隸解放の原語「マヌミツシヨ」は手より送り出すの意、家長權免除の原語「エマンチパチョー」も矢張手より送り出すの意に濫觴す邦語にも「手放す」「手に入る」等あると同様なり銅及び衡器の方法とは成熟期以上の羅馬市民の五人以上と同資格の持衡者一人との立會の上にて讓受人が銅貨を手にして「予は此品がクウキリテス權に依り予の所有物たることを言明す予は此貨幣と衡器とを以て正に此品を買取りたり」と言ひつゝ銅貨を以て衡器を打ち其銅貨を代價の印として讓渡人に渡すなりクウキリテス權は即ち羅馬市民權の意なり凡そ牛馬類にても奴隸及び自由人の賣買にても此方法を用ひて所有權を移轉すことを得るのみならず土地も同様なり但し牛馬類及び奴隸等は現場に在るを要し土地は其地の芝士の小片の如きものを以て代表物とす但し此方法は羅馬市民に限り又伊太利内の土地及び之に準する特許あるもの其他一定の定めある品目に限るウルピアヌスの法則に依れば此品目は伊太利土地の不動産に屬するもの即ち耕作地家屋及び田舎地役權奴隸及び駄乘又は牽車用をなす馴養四足獸とす即ち牛馬驢騾なり象及び駱駝は此外とす蓋し象と駱駝とは假令馴養したりとも本來野性獸の部類なればなりと見ゆメーンの古代法中に

論ずる所に依れば此二物は蓋し右に擧ぐる所の品目の一定せし頃には羅馬人は未だ之を知らざりしに因るならん文化幼稚にして而も文字なき時代には當時重要と認められたる物件の取引には綿密なる方法を以て引渡を確實にしたるなるべし爾後次第に取引品々増加し社會の狀態も變化するに隨ひ新物品は成る丈面倒なる取引方法を避けたるなるべしと此說蓋し眞なり此品目外の動産にして接觸し得べく移轉し得べきものは前文の形式を踏まず單に引渡しのみを以て所有權を移轉す衣服什器の如き皆是れなり縣所在の土地も亦之に同じ羅馬の制度にては伊太利國外の征服地を分ちて縣とす帝政時代に及び縣の土地に二種あり一は特に羅馬國民の所領と目せらるゝ縣（國民の縣又は元老院の縣と稱す）に在るもの之を「ステベンダリア」と稱す上納地の意なり一は特に羅馬皇帝の直轄に屬する縣（皇帝の縣と稱す）に在るもの之を「ツリビユタリア」と稱す貢獻地の意なり此等の土地の所有權は一は羅馬國民に在りとし一は皇帝に在りとし之を所持する者は恩惠的占有權を有するのみなり其各人間の移轉も動産同様の方法を用ひたり又別に假裝賣買を以てする一種の移轉方法ありたり之を「セツチヨ、イン、ユレ」と稱す法廷移轉の意なり凡そ裁判に依り授受するもの孰れか法廷移轉にあらざらん然れども特に假裝賣買の方法を以てするものに此名稱を付したり其方法は引渡を受くる者が一保安官の面前に於て其物品に手を觸れ「予は此品がクウキリテス權に依り予の所有物たることを言明す」と申告す是に於て保安官は引渡さんとする者に向ひ異議ありやと問ふ其者が異議なしと答ふれば保安官は其物を要求者の所有物と宣告するなり此方法は縣に於ても縣知事の面前にて之を行ふものとす適用の目的物は銅及び衡器を以てするものと同じ但しガイウスの法學提要に「吾人は此方法よりもマン

チビウムを多く用ゆ」と記せり以上二方法は孰れもユスチニアヌス帝の世に之を全廢したり。元來伊太利内地の土地と縣の土地とは上に云ふ如く所持の權利にも移轉方法にも差違あり移轉の方法に差違あるのみならず伊太利土地には地租の賦課なし縣の土地には之あり上納と云ひ貢獻と云ふは即ち是れなり縣は羅馬より派遣の知事之を支配し伊太利内地は地方々々にて人民の選舉する保安官之を支配す伊太利内地に於ては羅馬故有の民法が多く行はれたり土地に關して殊に然りとす内地の土地の移轉には上文に云ふ所の二方法を用ふるを要したるも之が爲めなりユスチニアヌス帝以前より内地縣地の差別は漸次薄弱となり帝は遂に大改革を施し兩者を全く同一にしたは是れ本邦維新後の地租改正及び之に伴へる大改革と相似たる大事業なり此改革に因り縣の土地にも所有權を認め而して不動産にも動産にも「銅と衡器」及び假裝訴訟の方式は全廢し又故有の羅馬人その他の臣民との區別を全廢し國民法上の所有權と大判官法上の恩惠的所有權との區別をも廢止したるを以て之が爲め内地の土地にも縣の土地と同様通常の移轉法を用ひらるゝこととなり又從來マンチパチヨ一即ち銅と衡器との取引又は假裝訴訟の方法を用ひたる他の諸物も皆均しく普通の引渡方法を用ふることとなりたり是に於て平凡を法律上にて正當と認めたる原因を以てすれば自由に所有權を移轉し得るものとなりたり本項云ふ所は即ち之を指すなり

四十一 贈與又は嫁資設定其他の原因に依りて物の引渡ありたるときは之と共に所有權の移轉を生ずること疑を容れず、然れども物の賣買に付ては縱令其實物は既に引渡されたりとするも買主が賣主に代金を辨濟

したるか又は其他の方法に依りて例へば保證人を設け若くは擔保品を與ふるに依りて賣主に満足を與へたる後に非ざれば買主は未だ其物の所有權を取得せず、此規定は十二表法中にも存在すと雖も萬民法即ち自然法に起因せりと云ふも亦可なり。然れども賣主が買主の信用を認諾したるときは其物件は直ちに買主の所有に屬すと謂はざるべからず。

四十二 物の引渡は所有者自身が之を爲すも他人が其意思を承けて之を爲すも毫も區別なし。

四十三 此理由に依り所有者が財産の全部管理を委任したる場合に於て其管理者が其管理の財産を賣り且つ引渡したるとき其物件の所有權は引渡を受けたる者に移屬す。³⁰

四十四 時としては引渡なきも所有者の意思のみに因りて物の所有權が移轉することあり例へば茲に甲あり汝に貸し又は寄託せる物を汝に賣り又は贈與したるときの如し。何となれば甲は其賣却又は贈與の爲め特

³⁰ 遺言執行者の如き即ち是なり

³¹ 此例は祭禮の時など蓋し此物謂ふ蓋し遺棄物は一且無主物となり先占者が其所有權を得たるなり主權の擴張の移り

に其實物を汝に引渡さずとも其物を汝に屬せしむるの意思を發表したるときは汝は其時新に其實物の引渡を受けたると均しく直ちに其物の所有權を取得すればなり。

四十五 倉庫中に貯藏したる貨物を賣りたる場合に於ても倉庫の鍵を買主に交付すると同時に貨物の所有權は買主に移轉す。

四十六 啻に然るのみならず時としては不確定人に對する所有者の意思も亦物の所有權を移轉することあり、例へば大判官又は執政官が群衆に向て投施物を投與する如き是れなり群衆中の何人が何物を得るかを豫知せずと雖も何物をか拾得したる者をして直ちに其拾得物を所有せしむるの意思なるが故に拾得者は直ちに其所有者と爲る。³¹

四十七 是故に遺棄物の拾得者は直ちに所有者と爲ると云ふは當れり所有者が所有を抛つ意思を以て抛擲したる物は遺棄物と認めらる隨て所有者は直ちに所有者の地位を失ふ。

33 Servitus

34 牛馬類を謂ふ

35 此權利は歩行のみならず乗馬又は擔架通行を包含すとの説あり

36 前二者と性質は同じきも其大なるものに道幅八尺曲角にては十六尺もあるべく材料を引き或は石を運搬するを得と學說眞纂に見ゆ

之に準ず第三項は地役權は無體物の一種なりとして次章の前提とせるなり地役權は所有權の中より一部分の原素を分割して別に一種の權利を設立したるものと謂ふべきものなり蓋し所有權は一個人が實物に對して享有する權利の最大なるものにして之を細分すれば種々の方面の用法を有す之を原素とも稱し得べし此原素を分割して所有權者以外の人の享有する特立の權利となすことを得地役權、用益權、抵當權の如き是れなり此等の權利は無體物と稱す相續權も亦其理は之と相均しきなり

第三 地役權³³に付て

田舎地役權は以下の如し、通行權、車行權、大通行權、引水權。通行權は人類が往來するの權利にして駄畜³⁴又は車輛の通過を許さざるものなり³⁵。車行權は駄畜又は車輛を通過するの權利なり。故に通行權のみを有する者は車行權を有せず。車行權を有する者は通行權を兼有す隨て駄畜を伴はざるも通行の權利を行使することを得。大通行權は徒歩往來し又は駄畜若くは車輛を通過するの權利なり、何となれば大通行權は通行權及び車行權を包含すればなり³⁶。引水權は他人の土地を經過して水を引くの

37 點滴又は流水を受けざる地役權の意義詳ならず一説に従來之を受くひの義務を負其免除を得たることを謂ふるに過ぎずとあり

權利なり。一 市街地役權は建築物に負擔せしむる役權なり建築物は假令田舎に於て建築せらるゝと雖も總て市街不動産の稱あるが故に市街地役權の名稱あり。市街地役權は略以下の如し、一方の隣人が他の隣人の家屋の重壓を受忍すること、隣人をして自己の壁中に梁木を貫通せしむること、自己の家屋又は庭内に隣人の點滴又は流水を受け若くは受けざること³⁷。隣家の光線を妨害せざる爲め高さ建築物を設け得ざること。二 或る正當の見解に依れば田舎地役權中には汲水權、家畜に水を與ふる權³⁸。家畜放牧の權、石灰燒製の權、及び土砂採掘の權を算入すべきものとす。三 是等の權利は之に關係の不動産なくして設定することを得ざるものなるが故に地役權の稱あり。何となれば要役の不動産を所有せざる者は地役の權利を取得することを得ず承役の不動産を所有せざる者は地役を負擔することなければなり。四 隣人の爲めに新に此の如き地役權を設定せんと欲する者は契約及び口頭契約を以て之を爲すことを要す。

地役権は時効
に因りても取
得す其期間明
文を缺くも現
在者にありて
は十年間不在
者間ありて
は二十年間の
規定と同一な
るに似たり亦
要役者が長期
間使用せざる
の爲め時効
の爲めに消滅
す其期間も亦
十年と二十年
となり第六十
年を参看すべし

以下第二章に舉
ぐる用益權使
用權住居權を
地役權に對し
て對人役權と
稱す
此一句物體の
現狀を毀損せ
ずしてとの意
に解する説と
此處は下文の
聯續上物體が
引續存在する
間との意に解
するを妥當と
すとの説とあ
り今後説に従
ふ
此處も矢張二
種の契約を並
び行ふを通例
とす
自然法の主義

一一四
*「バグツム」とは總て普通約束の總稱なり元來は之に關する訴權なかりしも大判官は概ね
之に訴權を與へたり「スチビユラーチョー」は國民法上の契約の一種にして口頭とは云へ
頗る壯重の方式を具し羅馬人は書面契約以上に重きを置きたるものとす無論法律上の訴權
あり其方式は第三卷に詳なり此處に云ふ所は普通の契約に引續き口頭契約を行ふを通例と
す且つ此處に特に之を記載せるは以前伊多利内地に於ては市街地役權及び個人役權の設定
は假裝賣買の方法を以てするを要し田舎地役權の設定は銅及び衡器の方法を以てするを要
したるもユスチニアヌス帝の改革に因り伊多利内地の地役も市街田舎の區別なく總て縣地
と同様に契約の方法を用ふることとなしたるを以てなり但し遺言を以ても地役權を設定し
得ることは勿論とす

何人も遺言を以て高さ建築を爲さず又は隣家の光線に妨害を加へざるの
義務を自己の相續人に負はしむることを得、又同一の方法を以て相續人
をして隣家の梁木を壁中に貫通することを忍容せしめ又は點滴を受くる
の義務を負はしめ又は自己の土地を徒歩にて通行し駄畜及び車輛を通過
し又は自己の土地を経て水を引く權利を隣人に與ふるの義務を負擔せし
むることを得³⁹

第四 用益權に付て⁴⁰

用益權とは物體が現存する限り⁴¹他人の物を使用し且つ收益するの權
利を謂ふ。何となれば用益權は有體物に付て有する一種の權利にして其
物の消滅と共に其權利も亦消滅すればなり。一 用益權は所有權より分
割して設定することを得而して此分割の事實は種々の方法に因りて發生
す。例へば甲あり乙に用益權を遺贈したるとき如し、何となれば相續
人は空虚ながら所有權を有し受遺者は別に用益權を有すればなり、之に
反して甲が用益權を控除して土地を乙に遺贈したるときは乙は空虚の所
有權を有し甲の相續人は用益權を有す、甲は乙に對しては土地の用益權
を遺贈し丙に對しては用益權を控除して所有權を遺贈することを得。然
れども若し甲にして遺言を以てせずして乙に用益權を設定せんと欲する
ときは契約及び口頭契約を以て之を爲すことを要す⁴²然れども所有權を

にては使用と
消費とは反
の思想なり又
國民法の主義
も自己の何人
上に服役を有
せしむるの格
言もあり而し
て消費の權一
は所有權の一
要素なるを以
て消費の權能
を有する物件
に用益を有す
るは自己の所
有物に自所有
がの上の所有
物の上に所有
るに當れば有
らざるべきな
り

一一六
して永久に用益權の制限を受け全く虚器たらしむるに至ることを豫防す
るが爲め用益權を消滅せしめ完全なる所有權を復活せしむべき方法は自
から定められり。二 用益權は土地又は建物に於てのみならず又奴隷馱畜
其他の諸物に付ても設定することを得但し使用に因りて消費する物は之
を除く何となれば消費物は自然法の主義に依るも國民法の趣旨に依るも
用益權の設定を受けざればなり。⁴³ 葡萄酒、油、穀物、衣服⁴⁴は消費物中に
算入す。通貨も亦近似の性質を有す、何となれば通貨は用法に於て既に轉
々出沒するを以て或る意義に於て消費物と同視すべければなり。然れど
も元老院は一般の便宜を考へ是等の物と雖も相續人に充分なる保證を提
供するに於ては之に用益權を設定し得ることに決定したり。故に例へば
金錢の用益權を遺贈として與へたる者あるときは其金錢は完全なる所有
權を付して受遺者に與へられたるものと見做す但し受遺者自身が死亡し
若くは頭格を喪失するときは遺贈と同一金額を返還すべき保證を遺贈者

あり要するに
所有者が最初
手放すときは
意思又は物質
等に因りて何
れにもなるべ
し知るべし
以前は頭格小
喪失の場合も
同様なりしも
是れ常識に反
する法則とし
てユスチニア
ス帝之を
廢し大中の二
喪失に止めた
見ゆ

の相續人に提供することを要す。⁴⁵ 其他同一性質の物に付ては皆之と同じ
其實物は受遺者に引渡さるゝと同時に受遺者の所有物と爲る唯豫め之を
評價し受遺者の死亡又は頭格喪失の場合に於て評價額を返還すべき保證
を提供するを要す、嚴正に言へば元老院は是等の物に付て用益法を制定
したるに非らず是れ物の性質上不可能なればなり、唯保證提供の手段に
依りて準用益權を創設したりと謂ふべきなり、三 用益權とは用益者の
死亡又は二種の頭格喪失即ち大中喪失に因り又は豫定の用法に従ひ若く
は豫定の時期に於て利用せざる事實に因り又は時効に因りて消滅す是等
は總て朕が勅法を以て決定せる所なり。⁴⁶ 又用益權は所有者が用益者より
其用益權を譲受けたるときは消滅す（所有者以外に對しての讓渡は何等
の影響を生ぜず）或は反對に用益者が其物の所有權を取得したるとき亦
同じ此消滅方法を混同と稱す。啻に然るのみならず建築物が火災に罹り
て滅失し又は地震若くは朽廢の爲めに崩壞するときは建築物の用益權は

消滅す而して其地盤は其用益権の負擔を繼續せざることは明なり。四
用益権終了するときは其時より其物の所有權は舊態に復歸し空虛の所有
權者が更に完全なる權力を有す。⁴⁷

第五 使用權及び住居權に付て

單純なる使用權は用益權と同一の方法に依りて設定せられ又同一の方
法に依りて消滅す。一 使用權の能力は用益權の能力より狭少とす。何
となれば例へば土地に付て使用權のみを有する者は其上に生ずる野菜、
菓物、花、枯草、藁、材木を採りて日常の用に供することを得ると雖も其以
外の權能を有せざればなり、土地の使用權者は所有者にも不便を與へず
農作人も妨害せざる範圍内に於て其土地に留まることを得、使用權者
は自己の權利を他人に賣却し又は賃貸し又は無償にて行使せしむること
を得ず然れども用益者は總て是等の事を爲すことを得。⁴⁸ 二 家屋の使用

れの通貨を以てするも支拂
者の勝手とす
故に物とす
項に云ふ所は
此等に代物を
許す物の代付
に用益の便法
を許したるに
外ならず
時期に於てと
は夏期使用の
豫定を春期に
用ふるの類な
り其他の類に
は年限を定め
又は條件を附
して設定する
ことを得其場
合には年限の
終了又は條件
の成就と共に
消滅す奴隷又
は家族者を通
して主人又は
父が得たる用
益權は奴隷用

權者は自己のみ居住することを得るものと認めらる其權利を他人に移轉
することを得ず。其實客人を其家屋内に於て接待し又は自己の妻子又は
被解放者又は自己の奴隷同様に日常使役する自由人と共に居住するの權
利を有す、妻が家屋の使用權者たるときは其夫と同居することを得此等
は最初は稍躊躇して決定したる所なり、三 奴隷の使用權を有する者は
自己のみ之をして勞務を取り給仕に服せしむることを得、如何なる方法
に依るも他人に其權利を移轉することを得ず。駄畜に關しても亦同一
とす。四 遺贈に因り家畜又は羊群の使用權を得たる者は其乳、子、又
は毛を利用することを得ず是れ此等は果實の部に屬するを以てなり。⁴⁹ 然
れども自己の土地の肥料を得る爲め此等の家畜を使用し得るは明なり。⁵¹
五 遺贈其他の方法に依りて住居の權利を得たる者あるとき其權利は使
用權に非ず又用益權にも非ず之を特種の一權利と見做す、朕は便宜上の
理由に依り且つマルチエルス⁵²の見解を取りて決定を發し住居權者は

は家兒の死亡
に因り消滅す
るや又は主人
若くは父の死
亡に因りて消
滅するやは疑
問なりしをユ
スチニア⁵³ノ
スは左の如く
決定したり主
人又は父の死
亡まで繼續す
るに家族者合
死に父が先づ
死すれば家
繼承す
用益權は分割
を許す地役權
は然らず
此處の「留ま
る」は殆んど
居住の意と解
して可なり
果實⁴⁹と民法的

自から其家屋に住居し得るのみならず又之を賃貸することを得るものとしたり、⁵³六 地役権用益權使用權及び住居權に關しては以上の解説を以て足る、相續財産及び債務關係に關しては各適當の場所に於て説明する所あらんとす、朕は既に如何なる方法に依りて萬民法上⁵⁴物を取得するかを約説したり、是れより進で如何なる方法に依りて成文法上及び國民法上⁵⁵物を取得するかを説かんとす。

果實との二種あり前者は其物件より直接に得る收益を總稱し後者は民法的作用に依りて生ずるもの即ち賃貸料の如きものを云ふ使用權者は前者の收益あるも後者の收益なきなり

⁵⁰使用權者は元來純然たる使用の權のみならず解釋上より少しく之を寛し第一項の收益を許容したるも仍本項の如き純然たる果實の收益を許容せざるなり

*以上の外に仍三種の物權あり本書には特に章を設けて之を詳記せざれども其事重要なのみならず後文中時々之に言及することあるを以て茲に其概略を述べんとす其第一は頗る地役權に似たるも特に「エンフイチウシス」(永借權)の名稱を有するものとす第二は地上權第三は擔保權なり第一に付ては地主は地主の空名を存留し年々若干の地代を受くるのみにて長期に涉り(實際永代のもの多し)一切の權利を擧て他人に引渡し之を他人に轉貸するも自由なりしものを云ふ往昔國有又は寺院有の土地を長期間に涉りて貸付けたる慣習ありて殆んど永小作とも稱すべきものありたり之を稱して「アグリヴェクテガリー」と云ふ其後民間の土地も同じ方法にて貸借あり既にして又帝室御料の地を類似の方法にて貸與し之を「エンフイチウチカリー」と稱したり此二者が混淆して一種特別の貸借法となりたるものが即ち「エンフイチウシス」なり之に關しては一時は賣買なりや貸借なりやとの爭論も

家畜の糞溺を肥料とする意

⁵²マルチエルルスはアントニウス(紀元後百三十八年乃至百六十年)及びマルクス・アウレリウス・セプティミウス(百六十年乃至百八十一年)の時代の法學者なり

⁵³家屋使用權と住居權とは區別稍明確を缺きしも住居權者には賃貸して民法的果實の收益を許すに至りて明確なる區別を生じたり

⁵⁴必らずしも嚴格の意味にて

ありたるがツエノ帝の時代に法律を以て賣買にも非らず貸借にも非らず特種の契約なりと定めたることあり借主は地代を三年間不納すれば退去せしめらる第二即ち地上權に付ては借主は其地上に自由の使用權を有すること我地上權と同一と見て不可なし第三即ち擔保權は借權擔保に物件を提供するものなり其物件の占有を債主に移すときは債權者の權利を「ピグナス」(質權)と稱し占有を移さるときは「ヒポテカ」(抵當權)と稱す擔保は財産全部を以てするあり又は或る物件のみを以てするあり故に動産不動産も此權を設定することを得大體我民法の抵當權質權と同一なりと見て可なり

第六 時効取得及び長期占有に付て*

*羅馬法の時効も後世各國の立法の時効も結果に於ては同一なるも起源は頗る異なり後世の時効は長期時効と短期時効とは主として事物の性質に因て區別せるものなれども羅馬法は大に其趣を異にせ、爰に其要點を説明するの必要あり先づ名稱に付ても羅馬法の短期時効は之を usucapio ユウシウカピオと稱す「使用に因て」捕獲するの二語を連結して製造したる語なり或る時期間使用するに因りて取得するの意に外ならざるも所有權取得と云ふ如き場合に慣用する取得の原語とは別語を使用せり故に直譯すれば「使用捕獲」とするが當然なり又長期時効は長期間の占有と譯するが當然なれども便宜の爲め二者を時効取得及び長期占有と譯す使用捕獲は動産不動産の別なく元來羅馬市民權に依り財産を所有し得る者にのみ適用し其目的は國民法に基く融通物即ち動産及び所謂伊太利土地にのみ限れり羅馬

萬民法のみを
擧げしにあら
ずと知るべし
此處成文法國
民法の二つを
併べ擧ぐるも
實は同一物に
過ぎず特に區
別ある趣意に
はあらずと云
ふ

東帝國はユスチニアヌス帝が再び一統するに至るまで久しく伊太利を失ひし爲め元來不
動産動産の兩者に適用のものなるも實際動産にのみ適用あるの結果を來せり使用捕獲は後
世謂ふ所の時効にして其期間を過ぐれば占有者は純然たる所有權を取得す故に若し第三者
の爲めに其物權を奪はるれば實物回收の對物訴權を取得したり長期占有も亦均しく動産不
動産に適用せしものなり然れども其趣は使用捕獲と大に異なり長期占有は一定の長期間を
過ぎたる占有者に恩惠占有即ち準所有權を與へしものなり恩惠占有とは大判官法の規定に
依る占有なり元來縣所在の土地には純然たる所有權なし故に時効に因る所有權を與へんと
するも得べからず右の結果として右の長期後に至り他人より返還の請求を受けたるとき抗
辯の權利を有するも純粹の所有權を得たるに非らざるが故に若し第三者が詐僞又は暴力に
因らずして其物件を占有したるとき舊占有者は新占有者に對して對物訴訟を提起すること
を得ず且つ長期占有の規定は元來外國人保護の爲め設けたる者にして萬民法に依る融通物
即ち動産及び帝國の領土にして所謂伊太利土地に非らざるもの即ち縣所在の物件（殊に土
地）に適用したり使用捕獲は十二表法時代よりの法制なるも長期占有は紀元二百年頃より
の法制なるべしと云ふ此他にも猶兩者差異の點ありユスチニアヌス帝は伊太利回復後所
謂伊太利土地と他の土地との區別を全廢し時効の法則を改正したり其結果は本文に示す
如く動産は三年の占有不動産は長期の占有に因りて總て純然たる所有權を取得するものと
したり是に於て乎使用捕獲と長期占有と全く同質性となり後世の立法の取得時効規定と同
一なるに至れり猶羅馬の取得時効に付き一事の注意すべきは盜品及び暴力占有品の占有の
規定なり羅馬法にては此等の物件は占有に因り所有權を得ること殆んど稀なり此點に付て

は殆んど不融通物同様なり本章第二章は即ち之に關する記述なり時効取得は原則として有
體物に限る但し地役權と相續財産とは別段とす地役權は有體物に非らざること勿論なれど
も長期の使用に依りて之を取得し又相續財産は相續の權利の上より見れば無體物なれども
其中に包含する物件の占有は時効に依り所有權を與ふガイウスの法學提要に詳記あり其要
を示せば「古代に於ては相續者なき遺産は何人にも之を占領することを許したり是れ一
には祭祀の荒廢を防ぐ爲めにして一には所有者をして長く不確定ならざらしむるが爲めな
り此占有は一年間繼續すれば時効に因り所有權を與へたり是れ十二表法に土地に關する物
は二年を以て取得す其他の物は一年とすとあるに因る」とあり相續權は土地に附着せず故
に其他の物と云ふに當る因て一年を以て取得の部に屬すと解釋したるものなり但し此に付
てもユスチニアヌス帝は改正を施し相續人が現出するときは之を返還せしむることを得
となしたる爲め實際本文中にも云ふ如き過速の移轉を避け得るに至れり學者論として時効
に取得時効の外仍消滅時効あり近世進歩の立法は此主義に則り時効の總則中に取得時効消
滅時効の二種を置く我民法の如き即是れなり消滅時効は主として訴權の消長に着目して言
へるものにして實地の應用は重に各種の債權に在り換言すれば消滅時効は出訟期限の終了
を言ふ債務者の方面より云へば所謂期滿免除なり故に羅馬法に於ては之を訴訟法の規定中
に包含するものとして本書に於ても第四卷訴訟の部に記述せり隨て之を時効の部に置か
ず又地役權は前に註せし如く要役權者の其權を使用せざるに因りて消滅すれども是亦特に
本章に掲ぐる如き時効の部分に算入せず又學術上にて時効の總稱を通例プレースクリプチ
ヨ一と謂ふ此原語は「前部に書する」の意なり其根源は羅馬の訴訟法より來る往昔羅馬の

訴訟には極めて面倒なる方式ありたり而して大判官の審判官に與ふる指揮の方式書にプレ
 スクリプチョー即ち前部に書すると稱する部分ありたり是れ事件の本問題の可否に入る
 前に先づ以て原告に訴権なきことを申立つるものにして其事を大判官の指揮書前部に書す
 るに因り此名あり此法並に名稱は主として大判官の與へたる名譽占有即ち主として地方土
 地の占有者が原告に對する答辯に用ひたり換言すれば被告は既に現に長期間占有せる爲め
 原告は出訴の權利を失へりと主張したるなりユスチニア・メスの改革後は地方土地の占有
 も國民法の規定に依ることになりたる爲め此方法は名稱と共に自然に消滅したるも爾後遂
 に學者間にて之を一切の時効を總稱する術語として使用することになりたるなり序ながら
 玆に之を述べ

ユスチニア⁵⁶も伊太利國境
 外なる殖民土地
 に國境内の土地
 地と同格の特
 許を與へたる
 處あり之をも
 包合す大部分
 は無論國境内
 の土地と知る
 べし

國民法の規定に依れば所有者なりと誤信して所有者に非らざる者より
 賣買、贈與其他適法の原因に因りて善意にて物を受領したる者あるとき
 は其物件が動産なれば何地に在るも一年又不動産なれば伊太利の土地⁵⁶
 に限り二年を経過すれば其者を其所有者となす是れ物の所有權をして
 久しく不確定の状態に在らざらしめんが爲めなり。蓋し古の識者は物件
 の所有者が其喪失したる物件を搜索するには前述の期間を以て足れりと
 認めたるより此制限を見るに至りしなり、然れども朕は更に見る所あ

現在者間不在⁵⁷
 者間には異説
 あれども現在
 者とは同一縣
 内に住居する
 者を指し不在
 者とは異なり
 たる縣に住居
 する者を指す
 ならずと云ふ
 現在と不在と
 の期間の相違
 現るるときは
 在の二年を以
 て計算す是れ
 ユスチニア⁵⁸
 編纂後に定め
 し所
 アチニア⁵⁸法紀
 元前百九十七
 年の制定に係
 る
 エリウア⁵⁹ブラ
 ウチア法は紀

り一面には所有者をして過速に其所有權を喪失せしめず一面には占有者
 の保護を一定の境域内に限界せざらんが爲め一層適切なる制度を設けた
 り。他なし朕は之に關する勅法を發し動産は三年間の使用に因り其所有
 權を取得し不動産は長期間即ち現在者間⁵⁷には十年不在者間には二十年
 の占有に因りて之を取得するものとし而して伊太利國內のみならず朕の
 版圖内に於ては渾て此法則に依りて所有權を取得すべきものとなしたる
 こと是れなり但し最初より正當の原因に依る占有者に限るは勿論なりと
 す。一 然れども當初より全く善意に占有し而して何等の長年月を経過
 するも時効取得を許さざる者あり例へば自由人、神聖物、宗教物又は逃走
 奴隷の占有の如きは是れなり。二 盜品及び暴力に依る占有物も亦善意に
 占有し前記の期間に涉ると雖も時効取得を許さず、何となれば十二表法
 及びアチニア⁵⁸法は全く盜品の時効取得を禁じユリス及びブラウチア
 法⁵⁹は暴力に依る占有物の時効取得を禁ずればなり。三 然れども此

元前九十年の
制定に係る

60 盗人との授受
には「正當原
因なし」故に
無効力なり

61 本項の意は左
の如し何人に
ても自己が或
物件の所有者
に非らざるこ
とを知らずつ
其物件を他人
に賣却すれば
之を盗と認む
盗品は何處ま
でも時効取得
を許さず而し
て實際に於て
動産の所有者
に非らざる者
が自から所有
者と誤信して
他人に賣却す
ることには甚だ
稀なり故に動
産の時効取得

等の法律中に盗品及び暴力に依り占有する物件には時効に依る取得を許さずと言ふ趣旨は盗人又は暴力者自身が占有者たる場合を指すに非ず、(何となれば盗人又は暴力者は他の理由に依りて時効の利益を受けざればなり他なし盗人及び暴力者は悪意の占有者なればなり) 第三者が善意に賣買其他適法の原因に依りて盗人又は暴力者より其物を受領したる場合と雖も猶時効に因りて之を取得すること能はざるを謂ふなり。故に動産に付ては善意の占有者と雖も時効の利益を受くべき場合は容易に生ぜず。60 何となれば何人たりとも他人の所有物を第三者に賣り又は其他の原因に依りて引渡すときは其人を竊盜と見做せばなり。四 然れども時としては然らざるものあり、即ち甲あり使用貸借又は賃貸借に因りて乙に物件を貸し又は寄託したりとせよ而して又乙の死亡後に至り乙の相續人丙が其物件を遺産の一部と誤信して賣買又は贈與に因り又は嫁資として丁に引渡し又は與へ丁は善意に之を受領したりとせよ丁は時効に因りて

は稀なりとの
論理とす遺贈
其他に付ても
同様なり此論
理を生ずる理
由は仍章首の
註を参照すべ

62 此の如き場合
には相續人が
其儘其物件を
持したりと
すれば相續人
自身も時効に
因り此の如き
物件を取
得す

を取得すること疑を容れず何となれば相續人丙は善意に自己の物と誤信して處分を爲したる者なれば盜を爲したる者に非ざるが故に其物件には竊盜の瑕疵附着せざればなり。五 女奴の用益權を有する者が其女奴の子を自己の所有物なりと誤信して之を賣り又は贈與したるときは竊盜とならず、何となれば竊盜罪は竊盜の意思なくして犯すこと無ければなり。63 六 此他にも竊盜の瑕疵なくして他人の物を第三者に移轉し而して其占有者をして時効の利益を受けしむる場合なきに非らず。七 然れども時効に因りての取得は土地に屬するものに付て生ずることを多しとす例へば所有者の不在又は懈怠に因り又は所有者が相續人なくして死亡したるに因り所有者なき土地を暴力に依らずして占有したるときは如き即ち是れなり。此の如き者は自から他人の土地を占有したることを知れるを以て其占有は悪意なりと雖も之を善意にて受取る所の第三者に引渡たるときは第三者に在りては竊盜又は暴力に依りて占有したる物を受取たる

贈與するも竊盜の瑕疵を生ぜずと云ふに在り然れども元來女奴の子の益權者の所有物に非らずとすは首尾一貫せざるの論なりとは近世學者の定論なり

に非らず故に長期間の占有に因りて其土地の所有權を取得すべし、何となれば古法律家中には土地又は一定の場所に付ても竊盜あることを得との意見を執りたる者ありしと雖も其意見は今や地に墜ち勅法の規定に依り土地占有者の利益を保護し長期に涉り且つ爭論なき占有は之を剝奪せざるものとしたればなり。八 時としては盜品又は暴力に依る占有物にも亦時効に因りて所有權を取得することあり、例へば是等の物が原所有者の權力内に復歸したるときは如し。何となれば此の如き場合には其物に附着の瑕疵は消滅して時効の利益を受得すればなり。九 國庫の物は時効に罹らず。然れどもバビニアヌスは相續人の曠缺し未だ國庫に通告あらざる所の相續財産中の物件が善意の買主に引渡されるときは買主は時効に因りて所有權を取得すとの見解を下し、ピウス帝及びセヴェルス、アントニヌスの兩帝は此見解を取れる勅裁を發せり。十 仍知るを要するは善意の買主又は其他の正當なる原因の占有者が時効に依り

此⁶⁴勅法今散逸す

此⁶⁵處瑕疵とは汎く要件を具備せざるを謂ふ章末の註を見るべし
本項に關しては時として事情酌量を與ふることあり學說彙纂に見ゆ
當事者双方の間に意思の合一なき爲め正當原因を缺く爲めなり
⁶⁸即ち大判官法の相續人なり
後章に詳なり
三年時効にも此規定を適用するを謂ふ

所有權を取得すと云ふには其物件が初めより瑕疵⁶⁵を有せざること是れなり⁶⁶ 十一 錯誤の原因を正當と誤信したる者は時効の利益を受得せず例へば買はざる物を買ひたりと誤信して占有するとき又は贈與を受けざる物を贈與を受けたりと誤信して占有するときの如し⁶⁷ 十二 死亡者の利益の爲めに開始したる長期占有の期間は假令相續人又は遺産占有者⁶⁸が他人の不動産たることを知れる場合と雖も相續人又は遺産占有者の爲めに繼續す。之に反して死亡者の占有の開始が適法ならざるときは相續人又は遺産占有者は善意にして其事實を知らずと雖も其既に開始したる占有は其相續人又は遺産占有者の利益とならざるものとす。動産の取得時効に關しても朕の勅法は同一の規定を設け以て占有期間の繼續を認む⁶⁹ 十三 セヴェルス、アントニヌス兩帝は賣主及び買主間に於ても亦占有期間を通算すべしと勅裁せり、十四 マルクス帝の布告に依れば他人の所有に屬する物を國庫より拂下を受けたる者は五ヶ年經過の後に至