法學博士　戸水寛人君講述

羅馬法

完

日本大學發行

明治
43.11.2
製本

日本大學

羅馬法

目次

緒言

第一節　羅馬法研究ノ必要　一丁

第二節　羅馬法歴史ノ大要　同丁

第三節　中古以後羅馬法研究ノ略史　一三丁

本論　二〇丁

第一編　總論　二五丁

第一章　法律　同丁

第二章　法律ノ類別　同丁

第三章　法律ノ解釋　三二丁

第四章　權利　四九丁

五一丁

第二編　人ノ法
第一章　人　五三丁
第一節　人トハ何ソヤ　五四丁
第二節　人格　同　丁
第三節　行爲能力　五七丁
第四節　住所　六八丁
第二章　法人　七四丁
第三章　奴隷、土着農夫及自由人　七六丁
第一節　奴隷　八二丁
第二節　被解放者　同　丁
第三節　土着農夫　九八丁
第四節　自由人　一〇〇丁
第四章　羅馬ノ市民及外國人　一〇二丁
第五章　家父及家子　一〇三丁
第一節　家父ト家子トノ關係及家父權　一〇六丁
第二節　家父權ノ獲得　同　丁
第三節　家父權ノ喪失　一一四丁
第四節　家父ト奴隷トノ比較　一二八丁
第六章　婚姻　一三三丁
第七章　夫婦間ノ財産上ノ關係　一三五丁
第一節　嫁時賚資　一四六丁
第二節　妻故贈與　同　丁
第八章　婚姻ノ解除　一五四丁
第一節　離婚ノ原因　一五八丁
第二節　離婚ノ手續　同　丁
第三節　婚姻解除ノ後當事者ノ負擔スヘキ義務　一六二丁
第九章　獨身者及無子者　一六四丁
第十章　親族　一六五丁
　　一六六丁

第十一章　後見　一七一丁
第一節　後見　一七二丁
第二節　財産管理　一八一丁
第三編　物ノ法　一八四丁
第三編ノ上　相續法　同　丁
第一章　無遺言相續　一八五丁
第二章　相續人ノ種類　一八七丁
第三章　遺言　一八八丁
第四章　財産遺贈　一九三丁
第五章　信托　一九五丁
第六章　死因贈與　一九六丁
第三編ノ中　物權法　一九九丁
第一章　物　同　丁
第一節　物トハ何ソヤ　同　丁
第二節　物ノ類別　二〇〇丁
第二章　物權、債權ノ區別竝ニ所有權　二二二丁
第三章　占有　二三三丁
第一節　總說　同　丁
第二節　占有及握有ノ根本的性質　二三六丁
第三節　占有及握有ノ保護　二五九丁
第四節　占有及握有ニ關スル各別ノ場合　二六二丁
第四章　地役權　二六六丁
第五章　用益權、使用權及住居權　二六八丁
第六章　永借權、地上權　二七二丁
第七章　物權獲得ノ方法　二七六丁
第三編ノ下　債權法　二九三丁

第一章　法律行爲　二九三丁
第一節　法律行爲ノ意義　同　丁
第二節　意思表示　二九六丁
第三節　原因　二九八丁
第四項　强迫　三〇三丁
第五節　詐欺　三〇八丁
第六節　錯誤　三一〇丁
第七節　法律及事實ノ不知　三一五丁
第八節　無效及取消　三一七丁
第九節　代理　三二二丁
第十節　條件　三二六丁
第十一節　前定　三三四丁
第十二節　期限　三三八丁
第二章　期間　三四一丁
第三章　債權　三四五丁
第四章　契約　三四七丁
第一節　物約　三四九丁
第二節　口約　三五七丁
第三節　書約　三五九丁
第四節　合意約　同　丁
第五節　無名契約　三六九丁
第六節　自然債務　三七〇丁
第七節　「パクタ」　三七七丁
第八節　贈與　三八〇丁
第九節　和解、宣誓及仲裁　三八三丁
第十節　契約ノ歷史　三八七丁
第五章　準契約　三九一丁
第六章　私犯　三九四丁

第七章　準私犯　四〇〇丁
第八章　過失及注意　四〇一丁
第九章　連帶債務　四〇五丁
第十章　保證　四一一丁
第十一章　遲滯　四二一丁
第十二章　債務ノ消滅　四二四丁
第一節　辨濟　同　丁
第二節　相殺　四二八丁
第三節　免除　四三六丁
第四節　混同　四三九丁
第五節　更改　四四〇丁
第六節　消滅時效　四四三丁
第十三章　債權ノ讓與　四四八丁

羅馬法目次 終

第四編　訴訟　四五〇丁

羅馬法

法學博士、法學士
パリストル、アト、ロー　戸水寛人講述

緒言

羅馬法ヲ講スルニ當リテ先ツ説明セサルヘカラサルモノ三アリ第一、羅馬法研究ノ必要第二、羅馬法ノ歴史第三、羅馬法研究ノ歴史是ナリ余ハ之ヲ緒言ト題シ概略ノ説明ヲ試ミント欲ス

第一節　羅馬法研究ノ必要

羅馬法ヲ研究スルノ必要ハ果シテ何クニアルヤ曰ク第一ニ諸國ノ法律ヲ比較研究セント欲セハ必ス羅馬法ヲ知ラサルヘカラス第二ニ法律ノ歴史ヲ知ラント欲セハ必ス羅馬法ヲ知ラサルヘカラス第三ニ法律ノ原則ヲ學術的ニ究メント欲セハ必ス羅馬法ヲ知ラサルヘカラス以下此三點ヲ分説スヘシ

第一　諸國ノ法律制度ヲ比較シテ其利害得失ヲ研究シ之カ眞理ヲ發見セントスル學問ヲ稱シテ比較法學ト云フ近世比較法學ノ研究盛ナルニ至リ獨逸及佛蘭西ニ於テハ之ニ關スル雜誌ヲ發行スル者アリ英國ニ在テハ漸ク近時ニ至リ比較法學ニ關スルノ雜誌ヲ發行セリ我國ノ如キモ諸般法制ノ模範ヲ歐洲ニ採リタル以上ハ比較法學ノ研究モ亦從テ必要ナリト云ハサルヲ得ス元來歐洲人カ日本語ヲ學フハ其不便困難殆ト名狀スヘカラサルモノアリ然レトモ日本人カ歐洲ノ語學ヲ修ムルハ意外ニ容易ナルヲ以テ若シ日本人ニシテ比較法學ノ研究ヲ怠ラサランニハ余ハ其非常ノ好果ヲ奏スルコトヲ信シテ疑ハサルナリ而シテ羅馬法ハ比較法學ノ至重ナル材料ナリ故ニ苟モ比較法學ヲ研究セント欲セハ羅馬法ヲ度外ニ措クコト能ハサルナリ

羅馬法ハ其由來スル所甚タ遠ク固ヨリ一朝一夕ノ間ニ形成セラレタルモノニアラス即チ十二標ノ法律出テヽヨリ後ユスチニアン法典ノ大成ヲ見ルニ至ルマテ實ニ九百八十四年ノ星霜ヲ經タルモノナリ今之ヲ羅馬建國（紀元前七百十三年）ニ溯リテ起算スルトキハ千二百八十七年ノ長キニ亘ル斯クノ如キ法律ハ他ニ其比ヲ見サル所ナリ我國大寶令養老令ノ如キ貞永式目ノ如キ發布後幾クモナクシテ其命派ヲ絶テリ又彼ノ德川氏百个條ノ如キ僅ニ二百有餘年間ノ效力ヲ保チシニ過キス之ヲ支那ニ稽フルニ又殆ト朝令暮改ノ感ヲ免レス歐洲各國ノ法律歷史ニ徵スルモ皆然ラサルハナシ獨リ羅馬法ハ卓然トシテ九百八十四年ノ日月ヲ經尙ホ益〻其發達ヲ見ル是レ余カ比較法學ヲ研究セント欲セハ羅馬法ヲ知ラサルヘカラスト言フ所以ナリ

第二　法律ノ歷史ヲ討尋スルニ當リテ羅馬法ヲ知ラサルヘカラサルハ明白ニシテ詳述スルヲ要セス何トナレハ今日歐洲大陸諸國ハ勿論英米ニ行ハルヽ諸般ノ法律中一トシテ其源ヲ羅馬法ニ汲マサルモノナケレハナリ今歐米ノ法律ニ就キテ說明スルハ煩雜ヲ極ムルカ故ニ特ニ獨逸、佛蘭西及英國ノ法律カ羅馬法ト如何ナル關係ヲ有スルヤヲ示サントスル欲ス

獨逸ノ法制カ羅馬法ノ影響ヲ受ケタルハ實ニ中古時代ニ在リ是ヨリ先キ日耳曼ニ於テハ干戈相鬪キ兵亂弭ム時ナカリシカ社會漸ク鎭靜ナルニ及ヒ羅馬ノ文物ハ滔然國境ヲ踰エテ入リ來リ法律思想モ亦大ニ影響ヲ蒙リ羅馬法ハ遂ニ

獨逸ノ固有法ヲ壓倒スルニ至レリ其最モ盛ナリシハ第十五世紀ノ半ヨリ第十六世紀ノ半ニ至ルノ間ニシテ凡ソ百有餘年ナリトス歴史家ハ通常此時代ヲ「レツェプチオンスツァイト」(Rezeptionszeit)ト稱ス「ツァイト」(Zeit)トハ時ト云フノ義ニシテ「レチェプチオン」(Rezeption)ハ羅馬法ヲ採用スルト云フノ義ナリ故ニ之ヲ綴合スレハ羅馬法ヲ獨逸ニ採用シタル時代ト云フノ意味ヲ有ス蓋シ羅馬法カ獨逸ニ侵入シタル原因ハ如何ト云フニ當時獨逸人ハ飽クマテ羅馬皇帝ヲ相續シタルモノハ即チ獨逸皇帝ナリト信シタルヨリ其結果トシテ羅馬皇帝ノ發シタル法律カ獨逸ニ行ハルヽハ當然ナリトハ其腦裡ニ浮タル所ノ思想ナリ且羅馬法ハ其實質ヨリ謂フモ獨逸ノ固有法ニ據リタルニ依リ漸ヲ逐ヒ慣習法トシテ獨逸ニ用ヒラルヽニ至リシナリ千四百九十五年獨逸ノ高等法院カ羅馬法ノ採用ヲ奬勵シタルハ亦與ツテ力アリトス然レトモ羅馬法ノ侵入シタルハ決シテ斯カル一事件ノミニ基因シタルニアラスシテ廣ク獨逸人民間ニ慣習法トシテ之ヲ用ヒラレタルニ因ラスンハアラス而シテ獨逸ニ侵入シタル羅馬法ハ羅馬ニ於テ最モ發達シ最モ大成シタル「ユスチニアン」法典ニシテ伊太利ボロニアノ大學ニ

遊ヒタル註釋家ノ手ニ依リテ註釋ヲ加ヘラレタルモノナリ但此法典及註釋ハ直接ニ獨逸人間ニ研究セラレタルニアラスシテ所謂註釋家ノ後ニ出テタル後期註釋家ニ依テ紹介セラレタルモノトス

羅馬法カ獨逸ニ侵入シタルハ其全部同時ナリシカ將タ其各部カ時ヲ異ニシタルカ是レ獨逸法學者間ニ議論ノ存スル問題ナリ國粹派ノ學者ハ各部異時論ヲ主張シ羅馬派ハ之ニ反シテ全部同時論ヲ主張セリ而シテ此兩派ノ爭ハ一時頗ル激烈ヲ極メ今日ニ於テモ全ク消滅シタルニアラスト雖モ兎ニ角羅馬法カ獨逸ニ入リテ大ニ用ヒラレタルハ爭フヘカラサル一ノ事實ナリ又獨逸法學者ノ謂フ所ニ依レハ羅馬法ハ獨逸ニ入リシ以來一般ノ慣習法即チ普通法トシテ行ハレタルモノナリ普通法トハ獨逸帝國全體ニ行ハレシ法律ノ謂ニシテ獨逸固有ノ慣習ニ基クモノト羅馬法ヨリ出テタルモノトアリ前者ハ其一小部分ヲ占メ後者ハ其大部分ヲ占ムノ之ニ對シテ各聯邦ノ境域ニ於テノミ行ハレシモノアリ之ヲ特別法ト云フ而シテ一事件ニ關シテ特別法ノ規定アリタルトキハ之ヲ適用シ若シ之ナキトキハ普通法ノ規定ニ從ヒタリ斯クノ如ク普通法ノ大部分

ヲ占メタル羅馬法ハ特別法ノ規定ナキ場合ニ限リテ適用セラレタルモノナルヲ以テ獨逸ニ於テハ附屬ノ普通法ト呼ヘリデルンブルヒノ「バンデクテン」又ハウィンドシャイドノ「バンデクテン」等ヲ始トシテ「バンデクテン」ト題スル書籍ノ多キハ必ス諸子ノ知ラルヽ所ナラン此等ハ皆羅馬法ヨリ出テタル獨逸ノ普通法ヲ論シタルノ書ナリ

獨逸普通法カ羅馬法ノ精神ヲ採リシカ如ク特別法ノ規定モ亦主トシテ羅馬法ニ淵源ス普魯西ニ於テハ有名ナルフレデリッキ第三世千七百四十九年ヲ以テ法典編纂ニ着手シ千七百五十二年之ヲ中止シタリシカ千七百八十年再ヒ之ニ從事シ千七百八十四年ヨリ千七百八十八年ニ至ルノ間其草案ヲ公ニシ千七百九十四年二月五日成典トシテ之ヲ公布シ同六月一日ヨリ實施セリ所謂「ラントレヒト」即チ是ナリ但フレデリッキ第二世ハ千七百八十六年ニ死亡シタルカ故ニ法典ノ公布ノ見ルニ及ハサリキ此法典ハ普魯西以來ノ慣習及學者ノ理論ヲ採用シタルコト少カラス然レトモ其規定ノ大部分ハ羅馬法ニ出テタル法條ナリ又サクソン王國ニ於テハ千八百六十三年一月法典ヲ發布シ千八百六十五年三月ヨリ之ヲ實施セリ又來因河ノ西岸ニ於ケル獨逸領（ルサス、ロレン二州）及バーデン國ニ於テハ千八百九十九年十二月ニ至ルマテ佛國民法ヲ用ヒタリ此等ノ特別法ハ皆其淵源トスル所羅馬法ニ在リ千八百七十年普佛戰爭ノ結果トシテ益〻獨逸聯邦統一ノ得策ナルヲ感シ遂ニ各聯邦ヲ通シテ行ハルヘキ法典ヲ編纂セント企テ委員ヲ選定シテ獨逸民法草案ヲ作リ千八百九十六年七月一日獨逸帝國議會ヲ通過シ同八月二十日ヲ以テ獨逸皇帝ノ裁可ヲ經獨逸全體ニ通シテ效力ヲ有スルノ法典トシテ公布セラレ千九百年即チ明治三十三年一月一日ヨリ實施セラレタリ此法典ハ從來ノ法制ニ比スレハ新機軸ヲ出シタル點頗ル多シト雖モ其實羅馬法ニ基キタル規定少カラサルニ似タリ羅馬法ト獨逸法トノ關係ハ以上述ヘタル所ノ如クナルヲ以テ獨逸ノ法學者ニシテ羅馬法ヲ研究セサル者殆ト之ナシト云フモ可ナリ

佛蘭西ハ古昔全國ヲ分テ慣習法國ト成文法國トノ二ト爲ス慣習法國ニ於テハ一々舊來ノ慣習ヲ採テ之ヲ法律ト爲スモノナルカ故ニ其地方ノ異ルニ從ヒ其法律モ亦異ラザルヲ得ス（ヴォルテールカ之ヲ形容シテ佛國ヲ旅行スルニハ驛馬

ヲ代フル毎ニ異リタル法律ノ下ニ立ツト云ヘルハ簡潔ニシテ能ク其實況ヲ穿テリ又成文法國ニ於テハ周ク羅馬法ヲ行フモノトス要スルニ北部即チ獨逸ニ近キ處ハ慣習法國ニシテ南部即チ伊太利ニ近キ地方ハ成文法國ナリキ大革命以後各種ノ成文法種ヲ接シテ制定セラレタルカナポレオン政權ヲ握ルニ迨ヒ千八百年委員ヲ選ミテ法典編纂ニ着手シ後四年ヲ經テ之ヲ大成セリ爾來繼續シテ今日ニ至ル其間法典ノ名稱ハ屢之ヲ改メタリト雖モ離婚法ヲ除クノ外其實質ハ即チ同一ナリ而シテ此法典ノ規定スル所ハ固ヨリ舊法ニ依ルコト少カラスト雖モ羅馬法ニ基ケルモノ更ニ多キハ學者間ノ定評ナリ

佛國民法ハ廣ク歐洲大陸ニ用ヒラレ前ニ一言セル如ク獨逸ノ或部分（アルサス、ロールレン）ニ行ハルヽノミナラス尚ホ白耳義竝ニ瑞西ノベルン州ケンフ州及ヒ白耳義ノ東方ナルルクセンブルグニモ行ハレ又千八百六十五年ノ伊太利民法ハ主トシテ佛國民法ニ倣ヒタルカ故ニ羅馬法ノ系統ヲ引ケルヤ勿論ナリ千八百十一年ノ墺太利民法ノ如キモ亦羅馬法ニ基ク所多シトス現時名聲ノ高キ瑞西債權法ハ實ニ佛國民法ト羅馬法トノ折衷ニ出テタルモノニシテ獨逸新民法ヲ編纂セシ際ニモ我日本ノ新民法ヲ編纂セシ際ニモ大ニ之ヲ參考シタリ斯クノ如ク研究シ來レハ歐洲大陸諸國ノ法典ハ羅馬法ニ淵源セサルモノ蓋シ殆ト稀ナリ

若シ夫レ英國法カ羅馬法ノ影響ヲ受ケタル程度ニ至テハ學者ノ議論一定セススタッブス一派ノ人ハ曰ク英國法ハ全然古來ノ慣習ニ依ルモノニシテ毫末モ羅馬法ノ影響ヲ受クルコトナシトリーブスリーハ之ニ反對シテ曰ク英國法モ亦大陸諸國ノ法律ノ如ク羅馬法ノ影響ヲ受クルコト大ナリト今公平無私ニ考フレハ英國法カ佛獨ノ法律ニ比シテ羅馬法ノ影響ヲ受クルコト固ヨリ尠小ナリト雖モ全然之ナシト云フニ至テハ誤謬ノ甚シキモノトス例ヘハ契約、遺言ニ關スル原則ノ如キ信託法ノ如キ皆其外形ヲ異ニスト雖モ而モ其精神ノ羅馬法ニ胚胎セルコト歴々トシテ數フヘシ蓋シ英國カ佛獨諸國ト其國情ヲ異ニスルニ拘ラス亦均シク羅馬法ノ影響ヲ受ケシハ頗ル疑ハシキカ如キモ中古以來英國ノ法律書ハ益ヲ羅馬法ニ關スル載籍ニ受クルモノ多キニ依リテ判然タリ試ニブラクトンノ書ヲ繙キテ見ヨ伊太利ノ法學家アッオーノ著書ヲ摘抄シタル所アルニアラスヤ要スルニ英國法カ羅馬法ノ影響ヲ受ケスト云フハ誤謬ニシテ唯

其影響ヲ受ケタル程度カ大陸諸國ノ法律ヨリハ尠少ナリト云フニ止マルノミ。以上述ヘタル所ニ依リテ歐洲大陸及英國ノ法律カ羅馬法ノ精神ヲ承繼シタルコト明白ナリ我國ニ於テモ明治十三年刑法治罪法ノ制定ニ際シテ歐洲ニ於ケル法律思想ヲ輸入シテヨリ諸般ノ法律悉ク歐洲ノ原則ヲ採用シ特ニ新民法ノ如キハ獨逸民法草案瑞西債權法其他歐洲諸國ノ法律ヲ模範トセルモノナルヲ以テ苟モ日本法制ノ沿革ヲ知ラントスル者ハ羅馬法ノ研究ヲ度外視スルコトヲ得ス是レ余カ法律ノ歷史ヲ學ハント欲セハ必ス羅馬法ヲ知ラサルヘカラスト言フ所以ナリ

第三 法律ノ原則ヲ學術的ニ修メント欲セハ羅馬法ヲ研究セサルヘカラス往古哲學ヲ以テ有名ナル國ハ印度及希臘ニシテ羅馬ハ之ニ比スルトキハ秀拔ナル哲學家ヲ出シタルコトナシチチェロー、ゼネカ等アリト雖モ皆希臘人ノ糟粕ヲ嘗メタルニ過キス然ルニ羅馬ノ法律學ニ至テハ實ニ古今ニ冠絶シ東西ニ卓越スル所ナリ當時發出セル法律學者ノ議論ハ敢テ空想ニ走ラス專ラ實務ノ應用ニ着眼シテ而カモ亦能ク法理ニ適合セリ世人カ羅馬法學ヲ稱揚シテ已マサルハ蓋シ之ニ因ルナリ第十七世紀第十八世紀ノ間ニ起レル獨逸ノ哲學者ライプニッツカ曾テ羅馬法律ヲ以テ數學ニ比シタルハ妙喩ニシテ其原則カ數學ノ學理ニ髣髴タルモノアレハナリ故ヲ以テ英國實務家ハ英國法ヲ研究シテ之ヲ活用セント欲セハ須ラク羅馬法ヲ學ハサルヘカラサルコトヲ唱道シ又ケンブリッヂオクスフォルド等ノ大學ニ於テモ盛ニ羅馬法ノ研究ヲ奬勵セリ夫レ地理ヲ異ニシ風俗民情ヲ同ウセサル英國ニ於テスラ且ツ然リ況ンヤ其他ノ諸國ニ於テヲヤ是レ余カ法律ノ原則ヲ學術的ニ修メント欲セハ羅馬法ヲ知ラサルヘカラスト云フ所以ナリ

或ハ曰ク羅馬法ハ單ニ羅馬人ノ力ニ依リテ發達シタルモノナリ而シテ羅馬人ハ法律學ニ通曉スヘキ特性ヲ有セシモノニシテ他ノ企テ及ン能ハサル所ナリト余ノ見ル所ニ依レハ羅馬ニ於テ法學ノ發達シタルハ之ヲ羅馬人ノ特性ニノミ歸スヘカラス羅馬人カ應用ニ銳敏ナルト希臘人ノ高尚ナル理想トノ二者相投合シテ羅馬法ノ學術的發達ヲ促シタルモノナリト信ス見ヨ羅馬ニ於テ有名ナル法律家ヲ出シタルハ即チ希臘ト交通ヲ盛ニシタル後ニ在リ羅馬史ヲ一讀

シタル者ハ羅馬ノ開化カ希臘征服ノ後如何ニ希臘風ヲ帶ヒタルヤヲ知ルナラン羅馬ハ武ヲ以テ希臘ヲ征服シタリト雖モ希臘ハ却テ文ヲ以テ羅馬ヲ征服セリ蓋シ希臘ハ實ニ理想ニ富ミタルノ國ニシテ羅馬ノ爲メニ征服セラルヽト同時ニ其理想ハ漸次羅馬ニ侵入シ羅馬ノ制度文物ハ俄然其面目ヲ改ムルニ至リ法律學モ亦從テ學術的ノ發達ヲ始メタルナリ且ツ夫レ羅馬ノ法律學カ隆盛ヲ極メタルハ第二世紀ト第三世紀トノ交ニ在リ其間錚々ノ聞アル法律學者中一人トシテ希臘ニ關係セサルハナシ彼ノパピニアヌス、ウルピアヌス、パウルスノ如キ或ハ希臘ニ生レ或ハ希臘人ヲ師トセル者ナリ故ニ其說ク所ハ大ニ希臘風ニシテ皆多少羅馬ノ法律學ヲ進歩セシメタリ然ラハ即チ羅馬法カ實務ニ便ニシテ而カモ亦整然法理ヲ離レサル所以ノモノハ羅馬人ト希臘人トノ長所カ相投合シタルノ結果ニアラスシテ何ソヤ羅馬國既ニ滅亡シテ其隆盛ハ古昔一場ノ夢トナリシ今日ニ於テモ羅馬法カ法律學者ニ尊重セラレ諸國ノ法制上非常ノ勢力ヲ有スル所以ノモノハ他ナシ其實質ニ於テ他ノ法系ニ優ルモノアレハナリ獨逸法學ノ大家イエリング（千八百九十二年歿ス）カ羅馬法ノ研究ノ缺クヘカラサルコトヲ論スルニ方リ羅馬法ニ依リテ羅馬法ヲ凌駕スヘシト云ヒシハ眞ニ明言ト謂フヘシ吾人ハ徒ニ羅馬法ニ心醉スヘカラス然レトモ法律ニ關スル完全ノ智識ヲ求メント欲セハ宜シク羅馬法ノ研究ヲ經テ以テ彼岸ニ達スルコトヲ期セサルヘカラス

第一節　羅馬法歷史ノ大要

羅馬ノ建國ハ紀元前七百五十三年ニシテ神武天皇即位ニ先ツコト九十年餘支那ニ在テハ魯ノ隱公ノ時代ニ當レリ羅馬帝國カ東西ニ分レタルハ紀元後三百九十五年ニシテ西帝國ノ滅亡ハ紀元後四百七十六年東帝國カ土耳其ノ爲メニ首府コンスタンチノープルヲ陷落セラレタルハ紀元後千四百五十三年我國ニ在テハ恰モ足利義政ノ政柄ヲ執リシ時代ニ當リ支那ニ在テハ明ノ景帝ノ時代ニ當ル羅馬ノ政體ハ素ト王國ナリシカ紀元前五百九年ニ至リテ共和政治ト爲リ次テ同二十七年ヲ以テ帝政ト爲リテアウグスツス皇帝ノ位ニ即ケリ爾後東西羅馬帝國ノ滅亡ニ至ルマテ皇帝ノ權力ニハ消長アリシト雖モ政體帝政タリシナリ羅馬建國ノ時ヨリ三百年間ニ於ケル法律ノ大略ハ載籍ノ以テ徵スヘキモノナキ

カ故ニ之ヲ確知スルヲ得ス唯僅ニ想像シ得ルノミ紀元前四百五十年頃初メテ十二標ノ法律世ニ出テタリ此法律ハ十二ノ銅標ニ記載シ之ヲ裁判所ニ掲示シタルヲ以テ此名アリ之ヲ制定スルニ方テハ人ヲ希臘ニ派遣シ以テ同國ノ法律ヲ研究セシメタリト云フ者アレトモ其至モ希臘風ヲ存セスシテ純粋ナル羅馬固有ノ臭味ヲ帶フルヨリ見レハ甚タ信シ難キニ似タリ何レニモセヨ十二標ノ法律制定ノ時代ハ希臘ノソクラテスノ幼時ニ當ル十二標ノ法律ハ實ニ幼稚ノモノナルモ其後ニ制定セラレタル法律ハ皆之ヨリ出テタルモノト看做サレタルカ故ニ十二標ノ法律ハ歴史上極メテ重要視セラレ此法律ハ羅馬ノ滅亡ノ後散逸シタルカ故ニ人其全豹ヲ知ルヲ得サリシモ佛國ノヤコブス、ゴトフレヅスナル者第十七世紀ニ當リ十二標ノ原文ノ復舊事業ヲ企テ其結果ヲ公ニセシヨリ後世ノ學者ハ爲メニ大ニ便宜ヲ得ルニ至レリヤコブス、ゴトフレヅスノ蒐集シタル十二標ノ法律ハ今日尚ホ存在シ又英文ニモ飜譯セラレタルモノアリ

十二標ノ法律出テシ頃ヨリ羅馬ノ法律學ハ次第ニ盛大ノ兆候ヲ現ハシ其ミリ三百五十年ノ後即チチチエロー、チューザルノ時代ニ至リ大ニ進歩シ降テアウグスツス

帝ノ時ニ至テハラベオ、カピトーノ兩人大ニ門戸ヲ張リ互ニ下ラスラベオノ門下ニブロクルスアリカピトーノ門下ニサビヌスアリ故ニ世ラベオノ學派ヲ呼ヒテブロクルス派ト云ヒカピトーノ學派ヲ稱シテサビヌス派ト云フ兩派ノ爭論結ンテ解ケサルコト百六七十年ナリ之カ爲メ羅馬法律學ノ發達上ニ著シキ利益ヲ與ヘタリ而シテ最モ有名ナル學者輩出シ法律學ノ隆盛殆ト絶頂ニ達シタル時代ハ兩派ノ爭方ニ止ミタル頃ニシテ第二世紀ト第三世紀トノ交凡ソ百年ノ間ナリ此間ニ輩出セル學者中最モ名聲ヲ博シタル者五人アリ曰クガイユス曰クパピニアヌス曰クウルピアヌス曰クパウルス曰クモデスティヌス是ナリ此等五人ノ學者ハ名聲遙ニ前哲ヲ凌キ範ヲ千歲ノ下ニ遺シタリ就中パピニアヌスハ空前絶後ノ大法律家トシテ尊重セラル然レトモユヌチニアン帝カ法典ヲ編纂スルニ當テハウルピアヌスノ説ヲ主トシテ採用セリ

ガイユスノ著セル法學階梯(インスチツーチヨーネス(Institutiones))ハユスチニアン法典ノ一部タル法學階梯ノ模範タルノ點ニ於テ其名ハ豫テ世人ノ熟知スル所ナリシモ羅馬ノ滅亡後干戈相踵キ兵亂弭ム時ナカリシヲ以テ其實質ハ久シク人ノ

知ル所ト爲ラサリシカ千八百十六年獨逸ノ學者ニーブールノ爲メニ端ナク伊太利ノヴェロナニ於テ發見セラレタリ是レ近世ニ於ケル最モ有名且有益ナル發見ノ一タリ此發見ニ依リ羅馬ノ訴訟手續ハ大ニ分明トナリ羅馬法ノ研究上爲メニ一段ノ便宜ヲ與ヘタリニーブールカ始メテ此發見ヲ爲スヤ其何ノ書タルヲ知ル能ハサリシカハ之ヲサヴィニーニ質シタルニサヴィニーハ必定ガイユスノ法學階梯ナルヘシトノ答ヲ爲シタリト云ヽ而シテ其發見ノ始末ハ載セテサヴィニーノ編輯セル雜誌ニ在リ今其大要ヲ述ヘンニニーブールカヴェロナノ書籍館ニテ宗教ニ關スル古書ヲ渉獵スルニ當リ偶然皮紙ニ書シタル一ノ耶蘇經文ヲ發見シ讀ムニ從テ經文ノ下ニ尙ホ別行ノ文字アルコトヲ認メタリ是レ即チ有名ナル法學階梯ナリシナリ蓋シ昔時ニ在テハ今日使用セラルヽカ如キ紙ナク獸皮ヲ以テ文字ヲ書スルノ用ニ充テタリ從テ其價非常ニ貴カリシカ故ニ大抵一回ノ使用ヲ以テ之ヲ捨ツルコトヲ爲サス原字ヲ抹消シ再ヒ之ヲ使用スルヲ常トセリ而シテニーブールノ發見セル經文モ亦此慣例ニ依リガイユスノ法學階梯ノ文字ヲ抹消シテ更ニ之ヲ書シタルモノナレハ法學階梯ノ文字ハ處々大ニ磨滅シ殆ト其字體ヲ辨シ難ク古文字ノ鑑定ニ長シタル者ノ言ニ依レハ第六世紀ノ始メ頃ニ書キタルヘシト云フ加フルニ當時ニ於ケル羅馬語ハ字々接續シテ截然タル區別ナキヲ以テ多ク古文字ヲ讀ミ其意義ヲ解スルコトニ熟達シタル者ニアラサレハ容易ニ之ヲ解スル能ハサルナリ然レトモ獨逸ノ法學家ハ前後相踵テ伊太利ニ赴キ工夫ヲ凝シ研鑽ヲ重ネ遂ニ其全部ヲ讀了スルヲ得タリ特ニ化學上ノ藥品ヲ用ヒテ文字ヲ浮ヘタルカ如キ苦心ノ程想像スルニ餘アリ其最後ニ勞ヲ取リシ人ハ之ヲ寫眞版ニ撮影シ千八百七十四年寫眞版ヲ基礎トシ原文原字ノ儘之ヲ出版シテ世ニ紹介セリ而シテ今日ニ至テハ殆ト讀ム能ハサル個所ナキニ至レリ是レ獨逸法學家ノ學問研究ニ熱心ナルノ致ス所ニシテ其功豈ニ偉ナラストスヘケンヤ

五大法律家歿シテ後羅馬ニハ有名ナル學者極メテ稀ナリ概ネ五大法律家ノ說ヲ祖述スルニ止マリ自家ノ意見トシテ斬新ナル法理ヲ發表シタル者アラス法律ノ學問ハ頓ニ衰退ノ狀ヲ呈セリ然レトモ法律自身ノ發達ハ駸々トシテ底止スル所ナク當時頒布施行セラレタル一條一例ハ積ンテ山ノ如ク其極遂ニ法典編纂ノ氣運ヲ促スニ至リ東羅馬皇帝ユスチニアンノ時委員ヲ任命シテ法典編纂ニ着手シ

五百三十三年ヲ以テ之ヲ成就シタリ是レ實ニ有名ナルユスチニアン法典ニシテ後世ノ立法者學者等ノ仰テ以テ模範トスル所ノモノナリ今此年代ヲ我國ノ歷史ニ對照スレハ繼體、安閑、宣化、欽明、四帝ノ御宇ニ恰當シ支那ノ歷史ニ對照スレハ梁ノ武帝ノ朝ニ當リ昭明太子カ有名ナル文選ヲ纂輯シタルト略ホ其時ヲ同ウス

ユスチニアン法典ハ三部ヨリ成リ第一部ハ「インスチツチヨーネス」Institutiones 即チ法學階梯ニシテ四卷アリ第二部ハ「ディゲスツム」Digestum 即チ學說彙纂ニシテ五十卷アリ第三部ハ「コーデックス」Codex 即チ法令類典ニシテ十二卷アリ就中法學階梯ハ法典ノ一部タルト同時ニ初學ノ爲メニセル法律ノ敎科書ニシテ次ノ學說彙纂ハ五大法律家ノ學說ハ謂フニ及ハス著名ナル法學者ノ學說ヲ網羅シタルモノナリ而シテ法令類典ニハアウグスツス帝以後歷代皇帝ノ發シタル勅令其他一切ノ成文法律ヲ揭ケタリ

ユスチニアン法典ニハ右述ヘタルカ如クユスチニアン帝以前ニ於ケル學說勅令及成文法律ヲ網羅シテ遺ス所ナカリシト雖モ其後尙ホ必要ニ迫ラレ時々頒布シタル勅令尠カラス之ヲ新勅令（ノーベー、コンスチチューチオネス）ト稱シ以テユスチニアン法典ト區別ス是レ固ヨリ一ノ單行法タルニ過キスシテ法典ノ一部ヲ爲スモノニ非サルナリ新勅令中現今存スルモノ其ノ數合セテ百五十二アリ後世ノ學者ハユスチニアン法典ト新勅令トヲ總稱シテ民法（コルプス、コーリス、チビリス）大全ト云フ此名稱ハ中古時代ニ始メテ用ヒラレタルモノニシテ之ヲ世上ニ傳播セシメタル者ヲ佛國人デオネジュース、ゴトフレヅストヲ爲ス氏ハ第十六世紀ト第十七世紀トノ交ニ其名聲ヲ專ニシヤコブスゴトフレヅスノ父ナリ氏カ法學階梯、學說彙纂、法令類典及新勅令ノ四者ヲ合シ之ヲ民法大全ト名ケテ世ニ公ニシタルヨリ民法大全ナル標題ハ世間一般ニ行ハルヽニ至レリ」

ユスチニアンハ東羅馬ノ皇帝ナリシカ故ニ法律ノ編纂セラレタル場所ハ伊太利ノ羅馬ニアラスシテ現時土耳古ノ首府タルコンスタンチノープルナリ帝ハ性質粗放磊落ノ豪傑ナルヲ以テ其品行ニ付テハ議スヘキモノ少カラスト雖モ而カモ巧ニ人心ヲ收攬シテ頻ニ諸方ヲ征服シ曾テ羅馬ノ羈絆ヲ脫セシ伊太利ヲ回復シテ之ニ君臨セリ爰ニ於テ乎「ユスチニアン」法典ハ獨リ東羅馬ノミナラス伊太利ニモ亦行ハレタルナリ然ルニユスチニアンノ後東羅馬ニ於テハ「ユスチニアン」法典及新勅令ヲ希臘語ニ飜譯セシノミナラス或ハ希臘語ヲ以テセル法律ノ著書續々

世ニ出ツルアリテ遂ニハ法典ノ改正ヲ爲スアリ或ハ之カ廢止ヲ試ムルアリテ原文ノ儘ニハ行ハレサルニ至リ八百七十八年更ニ新法典ノ編纂ニ着手シ「バジリカ」法典世ニ公ニセラレタリ然レトモ此法典ハ後世ノ法律學並ニ立法例ニ著シテ影響ヲ與ヘスシテ却テ「ユスチニアン」法典ハ近世歐米諸國ノ立法例並ニ學說ノ模範ト爲リ遠ク我日本帝國ニモ亦輸入セラレタリ其法學社會ニ及ホセル功績實ニ著大ナリト謂ツヘシ

第三節　中古以後羅馬法研究ノ略史

中古伊太利ニ於テハ古文學再ヒ隆起シ第十二世紀ノ初イルネリーユナル者法律學校ヲボロニアニ設ケ多クノ秀才ヲ養成セリ或說ニ依レハイルネリュースハ獨逸人ヴェルネルノ名ヲ羅甸語ニ譯シタルモノナリト云フト雖モ是レ恐クハ獨逸ニ左袒スル者ノ說ニシテ何等ノ證左無シイルネリュースノ門弟ニシテ有名ナルモノ四人アリ曰クブルカールス曰クヤルチヌス曰クヤコブス曰クフーゴー是ナリ世稱シテ四博士ト云フボロニアノ法律學者ハ主トシテ「ユスチニアン」法典ノ正文ニ就キテ研究シ其重要ナル條項ハ悉ク之ヲ暗誦セサルナシ故ニ此等ノ學者カ羅馬法特ニ「ユスチニアン」法典ノ正文ニ精通シタルノ點ハ今日ノ學者ノ遠ク企及シ得ヘキ所ニアラサルナリ且ツ此等ノ學者ハ「グロッセー」ト稱スル一種ノ註釋ヲ書キタルヲ以テ世人ハ之ヲ稱シテ註釋家（グロッセートルス）ト云フアツオー、アックルチュースノ如キハ即チ其餘々タル者ナリ而シテ此註釋中現ニ殘存セルモノハ皆アックルチュースノ纂輯スル所ナリ

註釋家ニ繼テ起リタルハ後期註釋家ニシテ第十三世紀ヨリ第十五世記ニ跨レリ其中最モ有名ナルヲバルトールス及バルヅストヲ爲ス此等ノ學者ハ直チニ「ユスチニアン」法典ノ正文ヲ分析解釋シタルニアラス主トシテ註釋家ノ手ニ成レル書籍ニ就テ研究ヲ試ミタルモノナリ其著書ハ文字冗長ニ失シ無味淡泊恰モ蠟ヲ嚙ムカ如シ是ヲ以テ後世ノ學者ハ之ヲ貴重セス然レトモ後期註釋家ノ長所ハ最モ實務ニ通シタルニ在リ故ニ中古時代ニ於テ歐洲諸國カ羅馬法ヲ採用スルニ當テハ其說ニ基キタルモノ多シ

後期註釋家ニ繼テ起リタルハ佛國ノ學派ニシテ其盛ナリシハ千五百年ヨリ千六百五十年ニ至ル凡ソ百五十年間ナリフランシス一世カ伊太利ヨリアンドレアヽア

ルチャチーナル法學者ヲブルヂュニ招聘シ羅馬法ヲ講セシメタルヨリ佛國ニ於ケル羅馬法ノ研究ハ漸次盛大ト爲リ千五百五十五年ニ至リクーヤチュースナル者ブルヂュノ教師トシテ羅馬法ヲ講スルヤ名聲隆々トシテ前人ヲ凌駕シタリ而シテ其議論ハ主トシテ沿革的研究ヲ用ヒタルヨリ之ヲ沿革法理學派ノ鼻祖ナリト云フ者アレトモ亦今日ノ沿革法理學派ノ研究法トハ大ニ異ルモノアリクーヤチュースハ頗ル著述ニ富ミ其全集ハ頗ル浩瀚ニシテ獨逸ノ「バンデクテン」ニ引用セラレタル所極メテ少カラスクーヤチュースト同時ニドーネルスナル者亦ブルヂュニ教師タリ二人轡ヲ竝ヘテ羅馬法ノ講座ヲ馳驅シタリドーネルスノ研究法ハ專ラ羅馬法ノ原理原則ヲ討尋スルヲ以テ主眼トシ聲望敢テクーヤチュースニ讓ラス而シテ其ノ著述ハ今日ニ至ルマテ羅馬法ヲ講スル者ニ便利ヲ與ヘ獨逸ノベカーノ如キハ極力之ヲ賞揚シテ措カサルナリ千五百七十二年セントバルソロミューノ虐殺行ハルルヤドーネルスハ害ノ其身ニ及ハンコトヲ恐レ和蘭ノライデンニ逃レ尚ホ孜々トシテ羅馬法ヲ講シタリ當時デオネチュース、ゴトフレヅスモ難ヲ瑞西ノヂュネーブニ避ケ後更ニストラスブルグニ移リ此處ニ羅馬法ノ講演ヲ開ケリ是ヨリ後佛國ニ於ケル法學ノ研究ハ俄然衰運ニ赴キタリト云フデオネチュースノ子ヨヤコブス、ゴトフレヅスト曰フ博學精通ニシテ亦出藍ノ譽アリ

斯クノ如クトーネルス及デオネチュース皆去リテ後佛國ニ於テハ羅馬法ノ研究大ニ衰運ヲ來シ之ニ紹テ羅馬法ノ研究ニ從事シタルモノハ和蘭ノ學者ト爲ス同國ニ於テハ第十七世紀ヨリ第十八世紀ニ迨ヒピンニュース、ノート、ブネトエット等ノ學者彬々トシテ蜚出セリ彼ノ國際法ヲ以テ有名ナルグロチュースノ如キモ亦當時ノ學者ニシテ敎ヲ羅馬法ニ受ケタルヤ勿論ナリ

和蘭ニ於ケル羅馬法ノ研究衰ヘテ後羅馬法學ニ牛耳ヲ執リタルハ即チ獨逸ナリトス獨逸ハ第十五世紀ノ半ヨリ第十六世紀ノ半ニ於テ羅馬法ヲ輸入シハロアンダーノ如キ有名ナル學者ヲ出シタリ然レトモ獨逸ノ法學者カ其固有ノ特色ヲ帶フルニ至リシハ實ニ第十七世紀ニ始マル此時代ニ於ケル有名ノ學者ヲコンリング及カルプオフ等ト爲ス此等ノ學者ハ羅馬法ヲ研究スルト同時ニ獨逸固有法ノ研究ニ着眼シタリシカ故ニ羅馬法ニ沈溺スルカ如キ弊害ナク就中コンリングハ頗ル卓拔ノ識見ヲ有シ獨逸ハ獨逸語ノ法典ヲ編纂セサルヘカラスト唱道セリ是レ

實ニ千六百四十三年ノコトナリシカ千七百九十四年普魯西ニ於テ先ツ實行セラレ獨逸全國ニ於テハ千八百九十七年ニ及ンテ實行セラレタリコンリング九泉ノ下若シ之ヲ知ルアラハ必ス嫣然トシテ微笑ヲ漏スナランコンリングト同時ニ英國ニホッブスナル學者アリ又法典編纂ノ利益ヲ說キタレトモ該國ニ於テハ未カ此擧アルヲ聞カサルナリ思フニ英國人ハ保守ノ精神ニ富メルヲ以テ縱令其必要ヲ感スト雖モ容易ニ舊慣ヲ改ムルコト能ハサルナラン第十七世紀ノ末ニ「ナツルレヒト」學派即チ自然法學派起ル其泰斗ヲトーマジュースト爲ス是ヨリ先キ獨逸ノ學者概ネ羅馬法ニ心醉シ苟クモ羅馬法ノ規則ト云ヘハ自國ノ風俗民情ニ適スルト否トハ措テ問ハス悉ク之ヲ金科玉條トシテ尊重セリ故ニ其弊害亦少カラサリシカ一旦トーマジュース出テヽ自然法說ヲ主張スルニ及ヒ羅馬法ニ法理的ノ研究ヲ試ミ其研究ノ順序ヲ整頓シ且ツ其規則ノ取捨ニ論及セリ普魯西ノフレデリック第二世カ彼ノ「ランド、レヒト」法典ヲ編纂スルニ當テハ大ニ此學派ノ影響ヲ受ケタリト云フ降テ第十八世紀ニ至リ沿革法理ノ學派起レリ此學派ノ首唱者ハメーゼル及フーゴーノ二氏ナレトモ之ヲ大成シタルハ即チ有名ナルサヴィニーナリ此學派ノ勢力ハ實ニ非常ノモノニシテ一時ハ諸學派ヲ風靡シ學者爭フテ其後塵ヲ追フノ光景ヲ呈シ英佛ノ學者ト雖モサヴィニーノ議論ニ對シテハ敢テ一矢ヲ放ツモノナカリキ然レトモ今日ニ於テハサヴィニーノ勢力漸ク地ニ墜チイエリング、ウィンドシャイド等ノ學說最モ尊重セラル此二氏ハ千八百九十二年ニ長逝セリ若シ夫レ現ニ存スル學者ニシテ有名ナル者ヲ擧ケンカデルンブルヒ、ベッカー、レーゲルスベルガー等ノ如キ即チ是ナリ

佛國及和蘭ニ於テ曾テ羅馬法研究ノ盛ナリシコトハ既ニ述ヘタルカ如シ而シテ今日ニ於テモ尙ホ之カ研究ニ從事スル學者少カラスト雖モ爰ニ紹介スルニ足ルヘキ大家ナシ又英國ハ古來羅馬法ニ關シ一人ノ有名ナル學者ヲ出サス唯蘇格蘭ハ英倫ニ比スレハ其研究稍振フト雖モ茲ニ說明スルノ價値ナシ

本論

第一編　總論

第一章　法律

羅甸語ニ於テ法律ナル意義ヲ有スル文字二アリ曰ク「ユス」(Jus)曰ク「レックス」(Lex)是

ナリ

既ニ緒論ニ述ヘタルカ如ク古代羅馬ハ王國ナリ而シテ其王ノ制定シタル法律ヲ「レ・クス」ト曰ヘリ其後共和政治ト爲ルヤ貴族ト平民トヨリ成レル羅馬民會ノ議決シタル法律モ亦之ヲ「レ・クス」ト稱シテ以テ他ノ法律ト區別セリ即チ其意義始メハ狹隘ナリシカトモ漸ク變シテ一般ノ法律ヲモ指示スルニ至レリ「レックス」ノ語源ニ付テハ二論アリ一說ニ依レハ Ligare(結ヒ付ケルトノ意味ヲ有ス)ナル文字ヨリ出テタルモノナリト云ヒ他ノ一說ニ依レハ Legere(讀ムトノ意味ヲ有ス)ナル文字ヨリ來リタルモノナリト云フ此中余ハ後ノ說ヲ以テ正當ナリト信ス蓋シ古昔ニ在テハ文化開ケス紙筆具ラサルヲ以テ總テ法令ハ民會ニ於テ高聲ニ朗讀シタルヲ以テ一般遵由ノ效力アルモノト爲シタリ是レ即チ Legere ヨリ Lex ヲ生シタル所以ナリトス

羅甸語ニテ法律ナル意義ヲ現スニ最モ適切ナルハ「ユス」ナリ此字ハ時トシテハ權利ヲ指シ又時トキテハ法律ヲ指スニ用ヒラル然レトモ之レニ權利ナル意義ヲ有セシメタルハ恐ラク左マテ古キコトニアラスト信ス何トナレハ權利ナル思想ハ近ク人文既ニ發達シタル時代ニ於テ生シタルモノナレハナリ「ユス」ノ語源ニ付テモ亦二說アリ或人ハ Jubere(命ス又ハ命スルト云フ意味ヲ有ス)ナル文字ヨリ出テタリト謂ヘリ元來法律ハ主權者ノ命令ナル乎將タ人民間ニ自然ニ發達シタルモノナル乎ニ關シテハ法理學者間ニ爭論アル所ニシテ法律ハ主權者ノ命令ナリト主張スルオースチン一派ノ學者ハ其論據ヲ鞏固ニセント欲スルカ爲メ Jus ヽ Jubere 即チ命令ナル文字ヨリ出テタルモノナリト謂フヲ常トス然レトモ余ハ寧ロ古代印度ノ Yu (Ju)ナル梵字ニ關係アリトノ說ヲ信スル者ナリ Yu ハ固ト結着適合等ノ意味ヲ有スルモノナリシカ變シテ秩序ナル意味ヲモ含ムニ至リ終ニ Jus ナル文字ヲ生シタルモノトス

法律即チ Jus ナル文字ニ對シテ最モ有名ナル定義ヲ下シタル者ハチェルスス (Celsus) ナリ其定義ニ曰ク

法律ハ善及公正ノ術ナリ(Jus est ars boni et aequi)

ト古來羅馬ニ於テ法律ノ定義ヲ與ヘタル者其數幾人ナルヲ知ラス而カモチェルスノ定義ヲ以テ最モ有名ナリトス後世法理學ニ關スル著書ニシテ殆ト之ヲ引用セサルモノナク又往々ニシテ之ニ詳細ノ批評ヲ加ヘタルモノアリ此定義ノ中ニ

所謂善トハ德ニ關シ公正トハ正義ニ關スルモノナリ而シテ德ト云ヒ正義ト云ヒ皆希臘ノ「ストイック」哲學者カ熱心ニ研究シタル所ナリ故ニ此定義ト「ストイック」哲學トハ離ルヘカラサルノ關係ヲ有スルモノニシテ羅馬法カ「ストイック」哲學ノ大影響ヲ受ケタルコトハ言ヲ俟タサルナリ

「ストイック」哲學ト羅馬法トノ關係ニ付テハ余曾テ法理研究會ニ於テ之ヲ講話シタルコトアリ今初學者ノ便ヲ謀リ其概畧ヲ述ヘント欲ス若シ夫レ之ヲ精細ニ研究セントナラハ同會カ余ノ講話ヲ錄シテ出版シタル論文ヲ讀ムヘシ

「ストイック」哲學ハ希臘ニ於テ發生シタルモノニシテツェノー(Zeno)ノ始メテ唱道セル所ニ係ルツェノーハ紀元前三百四十二年頃ニ生レ二百七十年頃ニ歿シタル人ナリ之ヲ支那ノ歷史ニ對照スレハ秦ノ白起、齊ノ田單、趙ノ藺相如ト略ホ其年代ヲ同ウシ埃及ニ在テハ幾何學ヲ以テ有名ナルユークリッドト時ヲ同ウスツェノーノ後ニクリジップス(Chrysippus)アリ紀元前二百八十一年ニ生レ二百八年ニ歿シタル人ニシテ秦ノ始皇ト時ヲ同ウス洽聞達識頗ル著作ニ富ム之ヲ孔孟ノ學ニ譬フルニツェノーハ尙ホ孔子ノ如ククリジップスハ即チ孟軻ニ比スヘシ而シテクリジップスノ勢力ハ强盛ニシテ却テツェノーヲ凌駕セリ

「ストイック」哲學ヲ始メテ羅馬ニ輸入シタルハパネーチュス(Panaetius)ナリ其後ニ出テタルセネカ(Seneca)ムーソニュース(Musonius)ユピクテツス(Epictetus)マルクスアウレリユス(Marcus Aurelius)等ハ皆此學派ニ屬セルナリ

前ニ述ヘタルチェルズスハ第一世紀ト第二世紀ノ交ニ於ケル羅馬法ノ學者ニシテ「ストイック」哲學ノ流ヲ汲ムモノナリ故ニ其法律ニ下シタル定義モ亦「ストイック」ノ學風ヲ帶フルハ免ルヽ能ハサル所ナリ而シテ此定義ハ五大法律家ノ一人タルウルピアヌス之ヲ採用シ延テ「ユスチニアン」法典ノ一部タル學說彙纂ノ冒頭ニ掲ケラレタリ是レ此定義ノ有名ナル所以ニシテ今日ニ在テ之ヲ知ラサル者ハ法律家トシテ面目ヲ缺クモノトスルニ至レリ

チェルズスノ法律ノ定義中公正トハ正義ニ關スルモノナルコトハ既ニ之ヲ一言セリ然ラハ正義トハ何ソヤト云フニウルピアヌスハ之ニ答ヘテ曰ク正義トハ各人ヲシテ其所ヲ得セシムルカ爲メノ恒久ノ意思ナリト此定義ハ獨逸ノ哲學大家カントノ與ヘタル法律ノ定義ニ酷似スルモノアリカント曰ク法律ハ自由ノ一般的

法則ニ從テ一人ノ意思ト他人ノ意思トヲ調和セシムルコトヲ得ヘキ條件ノ集合ナリト試ニ之ヲ對照シテ考フルニウルピアヌスノ所謂「各人ヲシテ其所ヲ得セシム」ト云フカントノ所謂「一人ノ意思ト他人ノ意思ヲ調呼セシムルコトヲ得ヘキ」ト云フトハ其措辭ヲ異ニスト雖モ其意義ハ略ホ同一ナリ而シテ各人ヲシテ其所ヲ得セシムトハ「ストイック」哲學者ノ慣用スル語ニシテウルピアヌスハ之ヲ其法律格言ニ掲ケタリ而シテ其格言ハ左ノ如シ

正直ニ生活スルコト

他人ヲ害セサルコト

各人ヲシテ其所ヲ得セシムルコト

此等ノ語ハ總テ「ストイック」哲學ニ淵源スル所ノモノナリ

又法律學トハ何ソヤトノ問題ニ對シウルピアヌスハ定義シテ曰ク法律學ハ神事及人事ノ了知ニシテ正及不正ノ學ナリト此定義中ノ正及不正ノ學トハ前ニ述ヘタル正義ノ定義及法律ノ格言ト相應スルモノナリ而シテ神事及人事ノ了知ト云ヘルニ付テハ往々說ヲ爲ス者アリ曰ク古昔ハ宗教ト法律トノ間ニ區別ナシ故ニ法律學ノ定義ニ斯クノ如キ字句ヲ挿入シタルハ畢竟古昔ノ遺物タルニ過キスト是レ進化說ヲ唱フル社會學者ノ常ニ口ニスル所ナリ余ハ强チ之ヲ否定スル者ニアラス然レトモ斯クノ如キ粗漏ナル言ヲ以テ法律學ノ定義ヲ評スルハ蓋シ隔靴搔痒ノ感アルヲ免レスウルピアヌスノ與ヘタル法律學ノ定義ハ「ストイック」哲學トノ關係ヲ有スルカ故ニ其眞意ヲ知ラント欲セハ須ラク「ストイック」哲學ノ上ヨリ之ヲ觀察スルヲ要ス試ニ「ストイック」哲學ノ泰斗タルクリジップスノ與ヘタル法律ノ定義ヲ見ヨ法ハ總テ神事及人事ノ君ナリト云ヘルニアラスヤ而シテ此定義ハ「ユスチニアン」法典中ニ掲載セラレタルヨリ見レハ「ユスチニアン」法典ノ編纂者カ如何ニ「ストイック」哲學ヲ重ンシタルカヲ知ルニ足ラン又之ヲウルピアヌスノ法律學ノ定義ト比較セハウルピアヌスカ如何ニ「ストイック」哲學ヲ重ンシタルカヲ知ルニ足ラン加之神事及人事ノ了知ト云フカ如キ語ハ古來「ストイック」哲學者ノ慣用スル所ニシテ彼ノ「ストイック」哲學者ニシテ羅馬皇帝ノ位ニ即ケルマルクス、アウレリユスノ著書第三卷ニハ再三再四神事及人事ノ了知ナル語ヲ使用シタリ又遡テ考フルニ神事及人事ノ了知ナル語ハ遠クソクラテスノ哲學ニ基キタルモノナリ蓋シ「スト

イック哲學ハシニック(Cynic)ノ學派ヨリ分岐シタルモノニシテ而シテシニックノ學派ハ實ニソクラテスヨリ出テタルモノナレハナリ古來哲學者ハ敢テ法律書ヲ讀マス法律家モ亦哲學ヲ研究スル者稀ナリシカ故ニ羅馬法ト「ストイック」哲學トノ關係ノ甚タ明カナラサリシハ啻ニ我國ニ於テ然ルノミナラス歐洲ニ於テモ亦同一ノ狀況ニ在リ惜ムヘキノ至リナラスヤ

第一章　法律ノ類別

第一　公法、私法

ウルピアヌスノ言ニ曰ク法律ヲ分テ公法及私法ト爲ス公法ハ羅馬ノ事物ノ基礎ニ關シ私法ハ各人ノ利益ニ關ス凡ソ事物ハ或ハ公益ニ關シ或ハ私益ニ關スルヲ以テナリ公法ハ神事神官、政務官ヲ律シ私法ハ左ノ三者ヨリ成ル曰ク自然法ノ規定曰ク萬性法曰ク市民法ト

是ニ由テ之ヲ觀レハ羅馬ニ於テハ既ニ法律ヲ公法ト私法ニ分チ而シテウルピアヌスノ述ヘシ所稍明瞭ヲ缺クカ如シト雖モ要スルニ利益ノ公私ヲ以テ其區別ノ標準ト爲セシカ如シ

第二　自然法Jus Naturale)萬姓法(Jus gentium)市民法(Jus Civile)

此區別ハ錯雜至難ナリト雖モ羅馬法ニ於テハ實ニ重要ナルモノナリ左ニ少シク之ヲ說明セン

ウルピアヌスハ法律ヲ分テ前揭ノ三ト爲セリ然ルニガイユスハ自然法ト萬姓法(或ハ萬民法ト譯シ或ハ萬族通法ト譯スル者アリ)トヲ同一視シタルノ結果法律ヲ分テ市民法、萬姓法一名自然法ノ二ト爲シタリ此二分說ト三分說トニ付テハ學者間大ニ議論アリサヴィニーノ說ニ依レハ羅馬ノ法學者ハ多ク二分說ナリシト云ヒライプチヒノ大學長タリシユミッドハ羅馬ノ法學者ハ概ネ三分說ナリシト云ヘリ余ヲ之テ之ヲ見ルニ羅馬ニ於ケル古キ學者ハ二分說ヲ採ルモノ多カリシモ新シキ學者ハ三分說ヲ採ルモノ多キヲ占ムルカ如シ此事ニ付キテハ詳細ノ說明ヲ要スレトモ繁雜ニ過クルヲ以テ之ヲ省略スヘシ。

市民法ハ羅馬固有ノ法律ナリ其昔羅馬ノ市民カ獨リ此法律ノ支配ヲ受ケタリシヲ以テ之ヲ市民法ト命名シタルナリ前ニ述ヘタル十二標ノ法律ハ即チ市民法ヲ法典トシテ編制シタルモノナリ市民法ハ何事ニ關シテモ必ス方式ヲ貴ヘ

リ例ヘハ奴隷ノ賣買ニ付テハ「マンチパチオ」ノ方式ヲ履踐セサルヘカラス而シテ之ヲ履踐スルニ付テハ證人五名ヲ立會ハシムルコトヲ要ストセリ又物件ノ代價タル青銅ノ重量ヲ計ルカ爲メニ必ス衡器ヲ用フルコトヲ要シ且ツ賣買ニ關スル一定ノ言語ヲ發シテ問答スルヲ要セリ奴隷ノ賣買ノ如ク繁雜ヲ極メ而シテ之ヲ解放シテ自由人ト爲スニモ亦種々ナル手續ヲ經由セサルヘカラス養子緣組結婚ヲ爲スニ當テモ亦然リ此等ノ複雜ナル方式手續ハ矇昧ナル社會ニ在テハ事實證明ノ爲メ甚タ必要ヲ感シタリシナラン然レトモ社會漸ク進歩シ文字ヲ紙面ニ記シテ以テ後日ノ便ニ供スルノ時代ト爲リテハ毫モ其必要利益ナキノミナラス各人間ノ交際頻繁ト爲リ方式手續ノ如キハ却テ取引ヲ澁滯セシムルノ害アルヲ免レス加之市民法ハ羅馬ノ市民ノミヲ支配スル法律ニシテ外國人ハ一切其保護ヲ受クルコト能ハサリシヲ以テ羅馬ノ版圖廣大ト爲ルニ從ヒ諸方ノ外國人ハ續々羅馬ニ入リ來リ市民法ノ認メサル方法ニ依リ賣買其他一般ノ法律行爲ヲ爲スニ至レリ是ニ於テ已ムヲ得ス外國人ノ爲メニ外事係ノ裁判官ヲ設キ以テ羅馬人ト外國人トノ間ニ起リシ訴訟並ニ外國人間ニ於テ起リタル訴訟ノ裁判ヲ爲サシメタリ而シテ此裁判官カ裁判ヲ下スニハ敢テ市民法ニ拘泥セス自然ノ正義及公衆ノ利益ニ基キ一般人民ニ通シテ行ハルヘキ法律規則ニ依ルヲ以テ主眼トセリ是レ即チ萬姓法ノ生シタル起源ニシテ其名稱ハ蓋シ市民法ニ對シテ付シタルモノナリシュミッドノ說ニ曰ク萬姓法ハ比較法學ニ基キタル法律ナリト余ハ斯クノ如キ場合ニ於テ比較法學ナル文字ヲ用フルハ果シテ穩當ナルヤ否ヤヲ知ラスト雖モ要スルニ萬姓法ノ發達シタルハ市民法ト他ノ一般普通ニ適用セラルヽ法律トヲ比較シタル結果ナルヤ論ヲ俟タスシテ明カナリ而シテ萬姓法ハ曾ニ外國人ニ適用スルノミナラス羅馬市民モ亦其支配ヲ受ケタルカ故ニ之ヲ宇內人民ノ法律ト謂フモ恐クハ過言ニアラス

試ニ市民法ト萬姓法トヲ比較スレハ市民法ハ國家主義ノ法律ニシテ萬姓法ハ世界主義ニ基ケル法律ナリ一ハ羅馬市民ノ間ニノミ行ハレ一ハ世界人民ノ間ニ行ハレタリ今更ニ一歩ヲ進メテ考フルニ萬姓法ハ「ストイック」哲學ト密接ナル關係ヲ有セリ蓋シ「ストイック」哲學ハ世界主義ヲ採ルヲ以テ有名ナルモノニシテ

「ストイック」哲學者ハ往々我ハ世界ノ民ナリト曰ヘリ尤モ是レ「ストイック」哲學ニ始マリシニアラス「シニック」哲學者ノ如キモ亦之ニ類スル語ヲ用ヒタレトモ要スルニ羅馬ノ所謂萬姓法ハ世界主義ニ基クモノニシテ世界ノ人民間ニ行ハレタル法律ナリトス

羅馬ノ版圖尚ホ狹キ時代ニ在リテ羅馬市民ヲ支配シタルハ主トシテ市民法ナリト雖モ其後版圖ノ廣大トナルニ從ヒ萬姓法ヲ適用スル區域ハ次第ニ擴張セラレ而シテ市民法ヲ適用スル區域ハ次第ニ縮少セラレタリ彼ノチチェロノ時代ヨリ以來羅馬法學カ長足ノ進歩ヲ爲シタルコトハ曾テ之ヲ述ヘタリ然ラハ其長足ノ進歩ヲ爲シタルハ法律學ノ如何ナル部分ナルヤト云フニ實ニ萬姓法ナリトスチチェロ以前羅馬ハマセドニア、カルタゴー其他ノ諸處ヲ征服シテ版圖ヲ擴張シ世界ヲ併呑シテ一家ト爲サントスルノ抱負ヲ有シタルヲ以テ世界主義ニ基ク萬姓法ノ發達進歩ヲ爲シタルハ當然ニシテ怪ムニ足ラス蓋テ「ストイック」哲學ヲ見ルニチチェロノ師タルセーポラーノ頃ヨリ勢ヲ逞フシテ羅馬ニ侵入シタリ而シテ萬姓法ト「ストイック」哲學トハ同時ニ盛大ノ兆ヲ現ハシ之ト同時ニ萬姓法ト相對スル市民法ハ益〻其行ハルヽ範圍ヲ縮少セリ是ニ由テ之ヲ觀レハ羅馬法發達ノ歷史ハ萬姓法發達ノ歷史ニシテ萬姓法發達ノ歷史ハ又「ストイック」哲學ノ侵入ト相伴フモノト謂フコトヲ得ヘシ而シテ羅馬ノ五大法律家カ今日ニ至ルマテ賞揚セラルヽ所以ノモノハ即チ萬姓法ノ發達ニ全力ヲ注キタルノ功績アレハナリ又「ユスチニアン」法典カ何故ニ近世諸國ノ法律ニ影響ヲ及ホシタルヤト云フニ其基礎ト爲レル萬姓法カ世界的ノ性質ヲ有スレハナリ

羅馬ニ於テ有名ナル法典二アリ一ハ十二標ノ法律ニシテ二ハ「ユスチニアン」法典ナリ十二標ノ法律ハ市民法ノ法典ニシテ「ユスチニアン」法典ハ萬姓法ノ法典ナリ是レ羅馬法ヲ研究スル者ノ宜シク注意スヘキ所ナリ

自然法トハ何ソヤウルピアヌスハ之カ說明ヲ與ヘテ曰ク自然法トハ自然カ動物一般ニ對シテ敎ヘタル規則ナリ故ニ自然法ハ人ノミナラス一般ノ動物ニ對シテモ適用スヘキ法律ナリ夫ノ婚姻ノ如キ子弟ヲ養育スル如キ皆之ニ從ヘルモノナリト人或ハ之ヲ非難シテ是レ動物ノ本性ト法律トヲ混同シタルモノナリト謂フモ余ヲ以テ之ヲ觀レハウルピアヌスノ言ハ「ストイック」哲學ニ基キタル

ニ外ナラス即チ「ストイック」哲學者ノ說ニ凡ソ天下ノ事物ハ一トシテ自然法ノ規則ニ從ハサルハナシト蓋シ此等ノ說タルヤ希臘ノ哲學ニノミ存スルニアラス東洋ニ於ケル學說亦然リ老子有物混成ノ章ニ人法地地法天天法道道法自然トアリ莊子知北遊ノ篇ニ屎溺ノ中ニモ道アリト云ヒ又詩經蒸民ニ天生蒸民有物有則トアルハ皆其意義ヲ同ウス又「ストイック」哲學者ノ說ニ道德ノ大本ハ自然ニ在リ人ハ自然ニ從テ生活スヘキモノナリト云ヘルハ莊子ノ駢拇篇ニ性命ノ情ニ任スヘキコトヲ說キ馬蹄篇ニ之ヲ敷衍シタルト相似タリウルピアスハ羅馬ノ法律家中最モ「ストイック」哲學ノ感化ヲ受ケタル者ニシテ種々ノ點ニ於テ其說ヲ參酌セリ自然法ノ說明ノ如キモ又其一ナルヘシ蓋シ羅馬ノ法律家ハ固ヨリ悉ク「ストイック」哲學ニ心醉セリト謂フヲ得スト雖モ而カモ自然法ノ思想タルヤ實ニ希臘ヨリ輸入セラレタル哲學ニ基クモノニシテ其哲學中比較的ニ強大ノ勢力ヲ有シタルハ「ストイック」ノ學派ナリ羅馬法律家ノ自然法ノ觀念カ自ラ「ストイック」哲學ノ學風ヲ帶フルヽ亦故ナキニアラサルナリ

羅馬ノ法律家ハ一般ニ以爲ラク人類ハ一般ニ同樣ノ法則ニ支配セラルヽカ故ニ人ハ皆同樣ノ事ヲ爲ス傾向アルモノナリト從テ此等ノ法律家ハ自然法ヲ研究セントナラハ羅馬ノミナラス諸國ノ法律ヲモ比較シテ諸國ニ普通ナル法律ヲ求メサルヘカラス是レ即チ自然法ノ規則ナリトノ思想ヲ起セリ然ルニ此思想ハ萬姓法ト甚タ密接ナル關係ヲ有シタルヨリ古代ノ法律家ハ自然法ト萬姓法トヲ同一視セル者多シ羅馬法學ノ最モ發達シタル時代ニ於テモガイユスノ如キハ保守ノ人物ナルヲ以テ之ヲ同一視シ法律ヲ分テ市民法萬姓法一名自然法ノ二ト爲セリ之ニ反對シテ法律ヲ三分シ市民法萬姓法及自然法ト爲シタルハ即チウルピアヌスナリ今ウルピアヌスハ何故ニ法律ヲ三分シタルヤト問フニ其說ニ依レハ奴隸ハ萬國ノ共ニ有スル所ナリ故ニ奴隸ノ制度ハ萬姓法ノ一部分ナリ然レトモ自然ニ反スルコト甚シキヲ以テ自然法ノ一部分トスルヲ得ス斯クノ如ク萬姓法ト自然法トハ符合セサル點アルヲ以テ之ヲ三分スヘシト云フニ在リ而シテウルピアヌスノ說ハ此點ニ於テモ「ストイック」哲學ノ餘響ヲ受ケタルコトヲ知リ得ヘシ國家主義ヲ主張セルプラトー、アリストートル等ハ奴隸ノ制度ハ必スシモ自然ニ反スルモノニアラスシテ人世缺クヘカラサルモノ

ト爲シタレトモ「ストイック」哲學者ハ世界主義ヲ採ルヲ以テ奴隷制度ハ自然ニ反スルモノト論セリウルピアヌスノ三分說ハ即チ此觀念ニ基ケルモノナリ

ウルピアヌス以前ノ法律家ハ自然法ト萬姓法トヲ同一視シテ二者全ク異名同物ト爲セリ然レトモ其起源ニ遡テ考フレハ自然法ナル觀念ハ希臘ノ哲學殊ニ「ストイック」哲學ヨリ出テタルモノニシテ萬姓法ナル觀念ハ社會ノ事情ヨリ發シタルモノニ外ナラス前者ハ抽象的ニシテ後者ハ具體的ナリ一ハ主觀的ニシテ一ハ客觀的ナリ故ニ自然法ト萬姓法トハ其實同一物ナリト雖モ觀察ノ方面ヲ異ニシ自然法ト云ヒ又ハ萬姓法ト云フモノトス

羅馬カ希臘トノ交通頻繁ニナリシト外事係ノ裁判官ヲ置キタルトハ其時代相距ル遠カラス希臘トノ交通ハ即チ希臘哲學ヲ羅馬ニ輸入スルノ媒介ト爲リ從テ自然法ノ觀念ヲ擴張スルノ運命ヲ開キ外事係ノ裁判官ヲ置キタルコトハ羅馬ニ萬姓法ヲ實行スルノ機會ヲ與ヘタルモノナリ故ニ若シ羅馬人ノ自然法ノ觀念ナカリシナラハ萬姓法ハ斯クノ如ク發達セサリシナルヘク又萬姓法ヲ實行スルノ機會ナカリシナラハ自然法ノ觀念ハ斯クノ如キ發達ヲ見サリシナラン自然法ノ觀念ト萬姓法ノ觀念トハ各其起源ヲ異ニスレトモ殆ト同時代ニ發セルカ故ニ二個ノ觀念互ニ相合シテ一ト爲リ羅馬法ヲシテ長足ノ進歩ヲ爲スニ至ラシメタルナリ然ラハ則チ「ユスチニアン」法典ハ世界ノ法律ノ模範トナリシモノナレトモ其功績ノ大部分ハ之ヲ希臘哲學殊ニ「ストイック」學派ノ主張シタル自然法ノ觀念ニ歸セサルヲ得サルナリ歐洲人ノ著述中或ハ羅馬法ノ發達ハ自然法ノ觀念ニ毫末ノ關係ナシト論スル者アリ英國ノハンターノ羅馬法ノ如キ即チ是ナリ然リト雖モ是レ固ヨリ無稽ノ說ニシテ採ルニ足ラス

第三　市民法大官法(Jus honorarium)

市民法ニ對シテ大官法ナルモノアリ茲ニ所謂市民法ハ即チ前ニ述ヘタルモノニシテ民會ニ於テ定メタル法律並ニ舊慣習ナリトス大官法トハ國家ノ政務ヲ司リ且ツ裁判權ヲ有スル大官ノ作リタル法律ナリ大官ノ重ナル者ヲ「プレートル(Praetor)」ト云フ「プレートル」ノ在職期限ハ一个年ニシテ就職ノ初ニ法令ヲ發シ以テ其在職中ニ執行セント欲スル法律ヲ人民ニ豫告スルヲ恒例トス而シテ此等ノ法令ニ規定セル事項ハ毎年多クハ相類似セリ故ニ之ヲ恒久令ト云ヘリ恒

久令ノ内容ハ市民法ノ規定事項ト異リ社會ノ事情ニ從ヒ必要ニ應シテ發布セルモノナルカ故ニ往々外國人ニ關スル事項アリ恰モ萬姓法ヲ成文ト爲シタルカ如キモノトス萬姓法ト大官法トハ甚タ相似タリ唯萬姓法ハ大官法ニ比シテ其範圍廣濶ナリト雖モ大官法ニハ萬姓法ニ關係ナキ部分モ亦存スルナリ

第四　成文法、不文法

成文法ノ何タルヤハ之ヲ「ユスチニアン」法典ニ列記セリ即チ貴族及平民ノ集合セル國民會ニ於テ議定シタル法律、平民ノミノ會ニ於テ議定シタル法令、元老院ノ議決大官ノ發シタル命令即チ恒久令ノ類及法律學者ノ答案是ナリ此中法律學者ノ答案カ成文法ノ一部タルニ付テハ少シク説明ヲ要スルモノアリ羅馬ニ於テモ法律學者ハ直接ニ法律ヲ作ルノ權ナカリシハ勿論ナリ然レトモ若シ法律學者カ人ノ問ニ對シテ答ヲ爲シ而シテ其答カ裁判所ノ爲メニ採用セラルヽトキハ即チ法律ノ效力ヲ有ストセリ法律學者ハ最初ニ口頭ニテ答ヲ爲シタルモ後ニハ書面ヲ以テ答ヲ爲スノ慣習ヲ生セリ此書面ノ答カ法律ノ效力ヲ有スルモノナルカ故ニ今日我國ノ狀況ニ照シテ之ヲ説明スレハ訴訟ノ鑑定書カ法律ノ效力ヲ有スルト一般ナリ

羅馬ハ十二標ノ法律ヲ制定スル以前ニ在テハ主トシテ慣習法ニ從ヘリ十二標ノ法律ハ純然タル成文法ニシテ其後ニモ諸種ノ成文法出テタリト雖モ亦別ニ多少ノ慣習法ナキ能ハス且ツ羅馬ニ於テモ慣習ヲ以テ法律ヲ廢止スルコトアリ慣習ヲ以テ法律ヲ廢止スルハ慣習ニ依テ法律ヲ作ルト其道理ヲ同ウス唯一ハ消極的ニシテ一ハ積極的ナルノ差異アルノミ

是ヨリ慣習法ノ效力アル所以ニ付テ略述センニ羅馬人ノ所謂慣習法ハ近世ノ所謂慣習法ト性質ニ於テ異ナルモノアラス蓋シ何レノ國ニテモ慣習法カ法律ノ效力ヲ有スル所以ハ人民ノ同意ニ基クモノナリ即チ一般人民ノ是トスル所ノモノカ立法者ノ手ヲ經テ成文法トナルモノアリ又裁判所ノ爲メニ採用セラレテ法律トナルモノアリ又人民ノ慣用ニ依テ不知不識ノ間ニ法律トナルモノアリ第一ノモノハ即チ成文法ニシテ第三ノモノハ即チ慣習法ナリ故ニ慣習法ハ之ヲ大別スレハ裁判所ノ爲メニ法律トナルモノト人民ノ慣用ノ爲メニ法律タル效力ヲ有スルモノトノ二種アリトス獨逸ノ學者ハ前者ヲ稱シテ「ユー

リステンレヒト」(Juristenrecht)ト云ヒ後者ヲ稱シテ「フォルクスレヒト」(Volksrecht)ト云レリ英國ニハ之ニ相當スルノ文字ヲ用ヒス而シテ羅馬ニ於テモ亦之ヲ區別スルノ名稱ハ存セサルナリ然レトモ其實物ノ存セシヤ言ヲ俟タス要スルニ慣習法ハ人民ノ意向ニ基キテ發生スルモノナルコトヲ忘ルヘカラス

慣習法カ法律トシテ效果ヲ生スルニハ左ノ要素ヲ具備セサルヘカラス

一　同一ノ行爲ヲ幾回トナク繰返スコト即チ慣習アルコト　但シ幾回之ヲ繰返スコトヲ要スルヤ又幾回之ニ反スル行爲アルトキハ其慣習法ハ廢滅セラルヘキヤハ各事件ニ依テ異ナルカ故ニ一概ニ之ヲ斷言スルコト能ハス

二　永久ノ日月間其慣習ノ存スルコト　是レ亦幾年幾月ノ間存在シタルコトヲ要ストノ明白ナル規定ナシ即チ各事件ニ依テ異ナルヘキモノナリ

三　永久ノ慣習カ法律上ノ規則ニ關係スルコト法律上ノ規則ニ關係ナキ慣習ハ幾回之テ繰返スモ又永久ノ間存在スルモ決シテ法律タルコトヲ得ス例ヘハ物價ノ割引ヲ爲スカ如キハ法律トシテノ效力アル慣習ニアラサルナリ

四　行爲ノ繰返カ法律ノ誤解ニ依ラサルコト　此點ニ付テハ學者間ニ議論ノ存スル所ニシテデルンブルヒノ說ニ依レハ法律ノ誤解行爲ニ依ルト雖モ幾回モ之ヲ繰返ストキハ法律ト爲ルコトアリ唯之ヲ類似ノ場合ニ推及スルコトヲ得サルノミト云フニ在リウィンドシャイドハ之ニ反對シテ曰ク凡ソ法律ノ誤解ニ依ル行爲ハ之ヲ繰返スコト幾回ノ多キニ達スルモ遂ニ法律ト爲ルヲ得サルモノナリト余ハ羅馬法ノ解釋トシテモウィントシャイドノ說ヲ正當ナリト信ス

五　慣習カ風紀ニ背反セサルコト　茲ニ一ノ問題アリ他ナシ成文法ヲ久シク適用セサルトキハ自ラ廢滅ニ歸スヘキモノナルヤ否ヤノ點是ナリ蓋シ成文法ヲ適用セスシテ放任スルトキハ他ニ慣習法ノ起ルコト通常ノ狀態ナリ故ニ此問題ハ慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得ルヤノ問題ニ同シ「ユスチニアン」法典ノ學說棄纂ニハ法律學者ユリアヌスノ學說ヲ掲ケタリ曰ク慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得ヘシト然ルニ同法典ノ法令類典ニハコンスタンチヌス皇帝ノ作リタル法令ヲ掲ケタリ曰ク慣習法ハ成文法ヲ取消スノ效力ナシト同シク「ユスチニアン」法典中ニ於テ斯クノ如ク抵觸スル二個ノ

法文ヲ掲クルハ頗ル奇怪ノ事ト謂フヘシ中古以來羅馬ノ法律學者ハ多ク左ノ說ヲ採ルモノヽ如シ

慣習法ハ成文法ヲ取消スノ力アレトモ而カモ特別ノ慣習ヲ以テ一般ノ成文法ヲ取消スコトヲ得ス故ニコンスタンチヌス皇帝ノ所謂慣習法カ成文法ヲ取消スコトヲ得ストハ特別ノ慣習カ一般ノ成文法ヲ取消スコトヲ得サルノ意味ナリ

此說ハ頗ル勢力ヲ有シタルモノナリ然レトモ法令類典ニハ特別ノ慣習ト明言セサルヲ觀レハ其所謂慣習ハ即チ一般ノ慣習法ヲ指スモノト解釋セサルヘカラス和蘭ノ學者フォーエ,ト(千七百十四年歿ス)曰ク共和政體ノ國ニ於テハ慣習法カ成文法ヲ取消スコトヲ得レトモ君主國ニ在テハ全ク之ニ反ス何トナレハ君主カ眞ニ主權ヲ掌握セルトキハ君主ノ同意ヲ得ルニアラサレハ法律ヲ取消スコトヲ得サレハナリ故ニ學說彙纂ニ載セタルユリアヌスノ說ハ君主國ニ之ヲ適用スヘカラスト余以爲ラク此說實ニ「ユスチニアン」法典ノ外面ノ牴觸タ調停スルニ足ルヘシ按スルニユリアヌスハハドリアヌス帝ノ時代ノ人ナリ而シテ此時代ニハ人民未タ共和政治ノ思想ヲ脫セス皇帝ハ唯人民ノ委託シタル權柄ヲ揮フニ止マルモノト信セリ此時代ニ生レタルユリアヌスカ慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得ヘシトシタルハ固ヨリ宜ナリト謂フヘシ然ルニコンスタンチヌス皇帝ハ君主專制ノ政治カ殆ント其絕頂ニ達シタル後帝位ニ即キタル人ナルカ故ニ君主ノ制定シタル法律ハ人民間ニ起レル慣習ヲ以テ取消スコトヲ得スト斷言シタルナラン是ニ由テ之レヲ觀レハ羅馬法律ノ沿革ニ照シ古昔ハ慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得タレトモコンスタンチヌス皇帝ノ頃ニ及ヒテハ慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得サリシヲ知ルヘシ之ヲ英國ノ法律ニ比較スレハ英國ニ於テハ古來慣習法ヲ以テ成文法ヲ廢止スルヲ許サストセリ爲メニ不便ヲ生シタルノ實例モ少カラス但シ蘇格蘭ニテハ國會ノ議定シタル法令ハ慣習法ヲ以テ取消スコトヲ得ルモノトセリ要スルニ慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ法理學上緊切ニシテ至難ナル問題ナリ

第五　人ノ法(Jus personarum)物ノ法(Jus rerum)

ガイユスノ法學階梯ト「ユスチニアン」法典ノ法學階梯トハ共ニ三段ヨリ成立セリ第一人ノ法第二物ノ法第三訴訟(Actiones)是ナリ此中訴訟トハ即チ近世ノ法律ニ於テ助法ト云フモノナリ元來羅馬ニ於テハ主法助法ニ該當スル名稱ナシ然レトモ其實物ノ存シタルヤ疑ヲ容レス而シテガイユスノ法學階梯モ「ユスチニアン」法典モ助法ヲ除キ主法ヲ分類シテ人ノ法及物ノ法ト爲セリ人ノ法トハ婚姻後見等ニ關スル法律ニシテ物ノ法トハ財産契約等ニ關スル法律ナリガイユスノ法學階梯並ニ「ユスチニアン」法典ニ於テハ人ノ法物ノ法ヲ先ニシテ訴訟ノコトハ之ヲ最後ニ載セタリ然ルニ十二標ノ法律ニテハ全ク之ニ反シ劈頭ニ訴訟手續ヲ記載シ主法ノ規定ハ之ヲ後ニセリ是ヲ以テ近世歐洲ノ法律家ハ社會ノ幼稚ナル間ハ助法ヲ先ニスルモ人文ノ漸ク進歩スルニ從ヒ主法ヲ先ニスルニ至ルト謂ヘリ此理論ハ歐洲ニ於テハ適用スルコトヲ得ヘシト雖モ之ヲ東洋諸國ニ適用スルハ余ノ躊躇スル所ナリ蓋シ我國及支那ニ於テハ公法ノ觀念夙ニ發達シタレトモ西洋諸國ハ私法ノ觀念先ツ發達シタリ是レ主トシテ歐洲人カ私權利ヲ重スルニ因ル夫レ私權利ヲ重スレハ先ツ其救濟ノ途發達スルコト自然ノ結果ナリ然ルニ十二標ノ法律發布ノ頃ハ社會尚ホ幼稚ニシテ私權利救濟ノ道完備セス人民ハ一般ニ訴訟手續ヲ知ルコトヲ得ス之ヲ知リタルハ貴族ノミナリ故ニ救濟ノ方法ニ付テハ毎ニ紛然タル紛擾ヲ起シタリ其後ガイユスユスチニアンノ時代ニハ人民ハ自由ニ訴訟手續ヲ知ルコトヲ得タルヲ以テ最早訴訟手續ニハ重キヲ置カス寧ロ訴訟手續ニ依テ實行セラルヘキ主タル權利ニ重キヲ置クノ傾向ヲ生セリ)

第三章　法律ノ解釋

近世ノ法理學者ハ法律ノ解釋方法ヲ二種ニ別テリ一ハ曰ク法律的解釋二ニ曰ク學理的解釋是ナリ法律的解釋トハ法律ヲ以テ法律ヲ解釋スルヲ謂フ又之ヲ別テ二ト爲ス第一ハ成文法的解釋ニシテ第二ハ慣習法的解釋ナリ若シ立法機關カ成文法ヲ發布シテ他ノ成文法ヲ解釋スルトキハ即チ之ヲ成文法的解釋ト云フ又慣習法ニ依リテ成文法ヲ解釋シ若クハ他ノ慣習法ヲ解釋スルトキハ即チ之ヲ慣習法的解釋ト云フ凡ソ此等ノ場合ニ於テハ解釋セラルヽ法律ノミナラス解釋ヲ爲ス法律モ亦法律ノ效力ヲ有ス故ニ一私人ノ爲セル解釋トハ其效力ヲ同ウセサル

ナリ學理的解釋トハ法機關以外ノ者ノ爲ス解釋ニシテ是レ亦別テ二ト爲スコトヲ得第一ヲ文字的解釋ト云ヒ第二ヲ論理的解釋ト云フ一ハ法文ノ解釋ニシテ一ハ法律ノ精神ノ解釋ナリ

羅馬時代ニ於テハ法律ノ解釋ニ關シ斯クノ如キ名稱ナシ然レトモ其實物ハ存在シタルコト言ヲ俟タス古代羅馬ニテハ文字的解釋ニ重ヲ置キ精神的解釋ハ之ヲ輕視シタルカ爲メ法律ノ適用上不便不利ナル結果ヲ生シタルコト尠シトセス例ヘハガイユスノ法學階梯ヲ見レハ十二標ノ法律ノ時代ニハ葡萄ヲ伐採シタル者ニ對シテ訴訟ヲ提起セントスルトキハ必ス十二標ノ法律ニ記載セル樹(Arbores)ト云フノ文字ヲ用ヒサルヘカラス若シ之ニ代フルニ葉(Vites)ト云フ文字ヲ以テシタルトキハ直チニ敗訴トナルコトヲ冷笑的ニ叙述セリ亦以テ古代羅馬ノ法律家カ如何ニ文字ノ末節ニ拘泥シタルヤヲ知ルニ足ラン然ルニ一轉シテ帝政ノ時代トナルヤ主トシテ法律ノ精神ヲ重スルニ至レリ學說彙纂ニ引用セルチェルズスノ言ニ依レハ羅馬ノ法律學カ最モ進歩シタル時代ニ於テハ法律ヲ解釋スルニハ文字ニ拘泥セス法律全體ノ精神ニ基キテ解釋シタルナリ

權利ハ羅甸語ニテ「ユス」(Jus)ト云フ今日ニ在テハ諸國ノ人民皆權利ノ思想ニ富ミ法典ニ於テ諸般ノ權利ヲ規定スレトモ羅馬時代ニ於テハ權利ノ思想充分ニ發達セス十二標ノ法律及「ユスチニアン」法典ノ如キ共ニ權利ノ思想ニ基キテ制定セラレタルモノト云フコトヲ得ス然ルニ近世歐洲人ノ有スル權利ノ思想ハ却テ羅馬法律ノ解釋ニ依リテ養成セラレタルハ頗ル奇ナリト云フヘシ既ニ述ヘタルカ如ク羅馬人ハ訴訟ニ重キヲ置キタレトモ中古時代ノ法律家カ羅馬法律ノ所謂訴訟ヲ解釋スルニ方テハ主トシテ權利ノ思想ニ基キテ之ヲ解釋シタリ蓋シ羅馬時代ニテハ權利ノ思想ハ未タ熟セサリシト雖モ絶無ナリト云フニアラス中古ノ學者漸々之ヲ擴張シ遂ニ今日ニ至リテハ歐洲到ル處トシテ權利ノ思想ノ普及セサルモノナシ然レトモ權利ナル思想ノ發達シタルハ單ニ之ヲ羅馬法學者ノ功勞ノミニ歸スヘカラス羅馬ニ代テ歐洲ノ覇權ヲ握リシ獨逸人種ハ權利ノ思想ニ付テ素因アリタルモノニシテ此素因カ羅馬法律ノ解釋ニ付キ與ヘタル所ノ影響モ亦少カラスト信ス

近世ノ法律ニハ物權、人權(一名債權)ノ區別アリ羅甸語ニテハ之ヲ「ユス、イン、レム」及「ユス、イン、ペルソナム」ト云フ其文字既ニ羅甸語ナルヲ以テ羅馬法律ニモ此區別アリタルヤノ感アレトモ決シテ然ラサルナリ但シ羅馬法ニハ對物訴訟(Actio in rem)對人訴訟(Actio in personam)ノ區別アリ而シテ中古時代ノ羅馬法學者カ之ヲ解釋スルニ方テ偶然物權人權ナル名稱ヲ生シタルナリ抑モ對物訴訟トハ物ノ所在ニ從ヒテ提起スルノ訴訟ニシテ例ヘハ甲者ノ物件カ乙者ノ手中ニ在ル場合ニハ甲者ハ乙者ニ對シテ物件取戻ノ訴ヲ起スヘク若シ其物件ハ既ニ乙者ヨリ丙者ニ移轉シタリトセハ丙者ニ對シテ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス故ニ其結果ヨリ論スレハ甲者ハ物件自身ニ對シテ訴ヲ起スト同樣ナルヲ以テ之ヲ對物訴訟ト稱シタルナリ次ニ對人訴訟トハ直チニ人ニ對シテ提起スル訴訟ナリ例ヘハ貸金請求ノ訴、損害賠償ノ訴ノ如キ皆是ナリ對物訴訟ニ依リテ保護セラルヽ權利ハ中古學者ノ所謂對物權即チ物權ナリ對人訴訟ニ依リテ保護セラルヽ權利ハ所謂對人權ニシテ人權即チ債權ナリ

現時歐洲諸國ノ法律ニ於ケル物權債權ノ區別ハ互ニ其標準ヲ同ウセス例ヘハ英國人ノ所謂「ライト、イン、レム」(Right in rem)ハ獨逸人ノ所謂「デングリヘス、レヒト」(Dinglihes recht)佛蘭西人ノ所謂「ドロア、レール」(Droit réel)ト異レリ法理上ヨリ推究スルトキハ皆同性質ノモノナリト云フコトヲ得ヘキモ諸國學者ノ說明ノ方法カ全ク相異レルナリ即チ佛獨ノ學者ハ物權ヲ以テ物ノ上ニ有スル權利ナリト爲スモ英國ノ學者ハ他ノ方面ヨリ觀察シテ世界全體ニ對スル權利ナリトセリ其標準ヲ異ニスルヤ斯クノ如シ然レトモ此等ノ名稱ハ一ニ羅馬法ノ訴訟ニ由來スルモノニシテ唯其末流ヲ異ニスルニ過キサルナリ而シテ物權ノ說明ニ付テ英國人ノ言ヲ採ルヘキヤ將タ大陸人ノ言ヲ採ルヘキヤニ關シテハ余別ニ論有リ法理論叢中物權ト債權ト題スル論文ニ於テ之ヲ述ヘタリ

第二編　人ノ法

ガイユスノ法學階梯及ユスチニアンノ法學階梯ニ於テハ第一ニ人ノ法ヲ說キ次ニ物ノ法ヲ說キ又其次ニ訴訟ヲ說キタリ

此順序ハ法理上必スシモ當ヲ得タルニ非サルヘシト雖モ羅馬時代ノ思想ニ基キ羅馬法ヲ說カハ或ハ初學ノ者ヲシテ羅馬法ヲ了解セシムルニ便利ナルヘシト信

スルカ故ニ姑ラク此順序ニ依ラント欲スルナリ唯相續ノ事ハユスチニアンノ法學階梯ニ物ノ法ノ中ニ之ヲ說ケトモ余ハ之ヲ分離シテ人ノ法ノ終ルヲ待チ物ノ法ノ始ニ說カン何トナレハ人ノ法ハ概ネ今ノ親族法ニ該當シ親族法ト相續法トハ互ニ密接ノ關係ヲ有スルヲ以テナリ

第一章　人(Persona)

第一節　人トハ何ソヤ

現今ノ歐洲諸國ノ法律ニ於テ「ペルソナー」(Persona)ナル文字ハ權利ノ主體即チ權利ヲ享有スルコトヲ得ル人ヲ意味シ多クノ場合ニハ天然人ヲ指稱ス英ニ在テハ「パルソン」(Person)ト云ヒ佛ニ在テハ「ペルソンヌ」(Personne)ト云ヒ獨ニ於テハ「ペルソン」(Person)ト云フ然レトモ羅馬法ニ在テハ「ペルソナー」ヲ以テ直チニ權利ノ主體ヲ意味スルモノト云フコト能ハス既ニ述ヘタルカ如ク羅馬ニハ甚タ權利ナル觀念ニ乏シカリシカ故ニ從テ權利ノ主體ナル觀念ニモ亦甚タ乏シカリキ固ヨリ權利ナル觀念ハ羅馬ニ於テ絕無ナリシト云フ能ハスト雖モ其觀念ノ充分ニ發達セサリシコトハ實ニ爭フヘカラサル所ナリ是レ羅馬ニ於テ權利ノ主體ヲ指示スヘキ

特別ノ文字ナカリシニ由テ證明シ得ヘキナリ

「ペルソナー」ナル文字ニ二義アリ一ハ「カプット」(Caput)ニ類似セル意味ニシテ即チ人格ト云フニ該當ス父死スルトキハ其「ペルソナー」ハ子ニ移ルトハ羅馬人ノ往々口ニスル所ナルカ是レ蓋シ父死スルトキハ其人格ハ子ニ移ルト云フニ同シ二ハ「ホーモー」(Homo)即チ世俗ノ所謂人テフ意味ヲ有ス其意味ニ從フトキハ奴隸モ亦「ペルソナー」ナリト云ハサルヘカラス元來羅馬法ニ在テハ奴隸ハ權利ノ主體ニアラスシテ其目的物ナレハ人ハ奴隸ヲ所有スルヲ得ルモ奴隸ハ私法上ノ權利ヲ享有スルコトヲ得ストセリ然レトモ奴隸ハ羅馬法ノ所謂人タルハ相違ナカリキ而シテ奴隸ヲ以テ人トスル文例ハガイユスノ法學階梯及「ユスチニアン」法典ノ法學階梯草案者タルテオフィルス(Theophilus)ノ著書ニ見ル所ナリ又「ユスニアン」法典ノ法學階梯ニ於テ見ル所ナリ要スルニ羅馬法ニ於テ「ペルソナー」ナル文字ハ人格ナル意義ト通常ハ單ニ人ナル意義トニ用ヒラレ權利ノ主體ナル意義ヲ有セサリシヤ明カナリ

斯クノ如ク「ペルソナー」ナル文字ハ現今歐洲諸國ノ法律ニ用ヒラルヽ意義ト羅馬

法ニ用ヒラレタル意義トハ大ニ異ル所アリト雖モ「ペルソナー」ヲ以テ權利ノ主體ヲ意味スルモノト爲シタルハ羅馬法ヲ解釋シツヽアル間ニ自然ニ發生シタルモノナリトス即チ前ニモ述ヘタルカ如ク羅馬法ニハ權利テフ觀念充分ニ發達セサリシカ後世ノ註釋家カ羅馬法ヲ解釋シツヽアル間ニ遂ニ權利ナル觀念ヲ充分ニ發達セシメ之ト同時ニ「ペルソナー」ナル文字モ亦權利ノ主體ナル意味ヲ有スルニ至レルモノトス而シテ中世時代ニハ奴隷制度次第ニ廢セラレタルカ故ニ人ト云フトキハ通常權利ノ主體ヲ意味シ權利ノ主體ト云フトキハ直チニ人ヲ指スコトトナリ終ニ「ペルソナー」ヲシテ權利ノ主體ト爲ス觀念ヲ牢固ナラシメタリ

羅馬法ヲ研究セントスルモノハ必ス上來述述シタル「ペルソナー」ナル文字ノ意義ノ沿革ヲ知ラサルヘカラス若シ之ヲ現今歐洲諸國ノ用フル意義ト同一ノモノト解釋スルトキハ大ナル誤謬ニ陷ヘシ現ニ歐洲諸國ノ法律家ニシテ此誤謬ニ陷リタル者尠少ナラサルナリ余カ斯クノ如ク「ペルソナー」ナル文字ニ付キ説明ヲ爲ストキハ人或ハ云ハン區々文字ノ末ニ拘泥スルコト何ソ夫レ甚タシキヤト是余カ微意ノ存スル所ヲ知ラサル者ノ言ノミ

之ヲ要スルニ「ペルソナー」ハ羅馬法ニ在テハ人ヲ意味スルモノナルヲ以テ「ユス、ペルソナト」ハ即チ人ノ法ニシテ奴隷ニ關スル制度モ亦此中ニ規定セラルヽモノトス

第二節　人格(Caput)

羅馬法ニ在テハ人カ權利ヲ享有スルニハ必ス「カプット」即チ人格ヲ有セサルヘカラストセリ獨逸ノ法律書ニ於テ常ニ見ル所ノ權利能力(Rechtsfähigkeit)ト云フ觀念ハ實ニ羅馬法ノ「カプット」ノ觀念ニ淵源スルモノトス我新民法カ權利能力ナル文字ヲ用ヒスシテ私權ノ享有ナル文字ヲ用ヒタルハ佛國法ノ流ヲ汲ミタルナリ

羅馬法ハ人格即チ人ノ權利能力ヲ分チテ三ト爲セリ即チ左ノ如シ

一　自由(Libertas)

二　市民權(Civitas)

三　家族權(Status hominis 一名 Status familiae)

第一　自由

自由トハ奴隷ニアラサルコトヲ云フ而シテ生レナカラニシテ自由ナルモノヲ

自由民(Ingenuus)ト云ヒ一タヒ奴隷ト爲リ其後解放セラレテ自由ヲ獲得シタル者ヲ被解放者(Libertus又ハLibertinus)ト云フ

第二　市民權

市民權トハ羅馬市民即チ「チーヴェス」(Cives)ノ特權ヲ云フ之ヲ列擧スレハ左ノ如シ

一　選擧權及名譽權(Suffragium et honores)選擧權トハ大官ヲ選擧スルノ權利ニシテ名譽權トハ即チ選ハレテ大官ト爲ルノ權ナリ

二　結婚權(Connubium)即チ民法ニ從テ婚姻ヲ爲スノ權利ナリ

三　財產權(Commercium)即チ市民法ニ從テ財產ヲ所有スル權利及契約ヲ爲スノ權利ナリ

四　遺囑能力(Testamenti factio)即チ市民法ニ從テ遺囑ヲ爲シ又遺囑ニ依テ財產ヲ受ケ及遺囑ノ證人ト爲ルノ能力ナリ

以上ノ市民權ハ分割シテ外國人ニ與フルコトアリ即チ一私人ニ對シテハ羅甸權(Jus Latinum)ヲ與ヘ又都府ニ對シテハ伊太利權(Jus Italicum)ヲ與フルカ如シ而シテ羅甸權ヲ一私人ニ與フルニ際シテハ市民權ノ全部ヲ與ヘスシテ唯其一部分ノミヲ與フルコトアリ例ヘハ結婚權及財產權ノミヲ與ヘ或ハ唯財產權ノミヲ與ヘ或ハ遺囑能力ノミヲ與フルカ如シ又伊太利權ヲ都府ニ與フルニ當リテ或ハ其都府ハ市民權ノ支配ヲ受クルコトヲ許スコトアリ或ハ唯租稅ヲ免スルコトアリ第三世紀ノ始ニ至リ羅馬市民ト外國人トノ區別ヲ廢シタレトモ尙ホ捕虜ハ完全ニ私權ヲ享有スルコト能ハスト爲セリ然ルニユスチニアン帝ノ時代ニ至リテハ最早之ヲ通常ノ外國人ト區別セス捕虜モ亦完全ニ私權ヲ享有スルコトヲ得ト爲シタリ

私權ノ享有ニ關シ羅馬法ノ沿革ヲ約言スレハ最モ古代ニ在テハ外國人ハ完全ナル私權ノ享有能力ナシトシタリシモ其後遂ニ外國人モ羅馬市民ト同樣ニ私權ヲ享有シ得ルヲ原則ト爲スニ至レルナリ我新民法第二條ニ付キ學者政論家ノ間ニ於テ之ヲ削除スヘシト論スル者アリ或ハ反對ノ原則ヲ採ルヘシト說ク者アリト雖モ余ヲ以テ之ヲ見レハ削除說ニ從ヒ第二條ヲ法典ヨリ取去ランカ外國人ノ私權ニ關スル原則ハ法理上ノ解釋ヨリシテ必スヤ現行條文ト同一ナ

ラサルヘカラス又若シ特ニ法文ニ於テ反對ノ原則ヲ規定スルトセンカ是レ羅馬法以來ノ沿革法理ニ反スルモノト云ハサルヘカラス

第三　家族權

家族權トハ例ヘハ子タル資格、父タル資格ノ如キヲ謂フ羅馬ニハ家父(Pater familias)ナル者アリテ一家ノ全權ヲ司リ且ツ外部ニ對シテハ一家ヲ代表シ日本ノ戸主ト甚タ類似ス唯戸主ニ比スレハ其有スル權利ノ分量頗ル大ナルモノアリタリキ羅馬ニ在テハ家父ハ獨立シテ何等ノ事項ト雖モ爲シ得サル所ナカリシト雖モ之ニ附屬スル其他ノ者ハ獨立ノ行爲ヲ爲スヲ得ストセリ故ニ家父ヲ稱シテ自權者(Sui juris)ト云ヒ其他ノ者ヲ稱シテ他權者(Alieni juris)ト云ヘリ

以上人格ノ如何ヲ概說シタレハ以下進ミテ人格ノ減等(Capitis Deminutio)ナルモノヲ說明セン

自由、市民權及家族權ノ三者中何レカ其一ヲ失フコトヲ人格ノ減等ト云フ之ニハ三個ノ階級アリ

第一　人格大減等(Capitis deminutio maxima)　即チ自由ヲ喪失シテ奴隸ト爲ルコトヲ云フ人若シ自由ヲ喪失スルトキハ他ノ市民權及家族權ヲモ併セテ喪失スルモノトセリ故ニ人格大減等ハ人格ノ消滅ニシテ自由、市民權、家族權ヲ悉ク喪失スルコトヲ云フナリ

第二　人格中減等(Capitis deminutio media)　即チ市民權ヲ失フコトヲ云フ例ヘハ古昔ノ所謂ラチン地方ニ住居スル者ハ羅馬市民ト同等ノ特權ヲ有セストセリ故ニ羅馬市民カ羅馬ヲ去テラチン地方ニ永住スルトキハ直チニ市民權ヲ失フニ至ル而シテ市民權ヲ失フ者ハ同時ニ亦家族權ヲモ失フモノトセリ但シ自由ヲ失ヒテ奴隸ト爲ルニハアラサリキ故ニ人格中減等トハ市民權、家族權ノ二者ヲ失フコトヲ云フナリ

第三　人格小減等(Capitis deminutio minima)　即チ單ニ家族權ヲ失フコトヲ云フ例ヘハ人若シ他家ノ養子ト爲ルトキハ之ト同時ニ實家ノ者タル資格ヲ有セス即チ全ク實家ニ於ケル地位ヲ失フ者トセリ故ニ舊法ニ依ルトキハ他家ノ養子ト爲ルトキハ人格小減等ヲ受クルモノナリ然レトモユスチニアン帝時代ノ法律ニ依レハ他家ノ養子ト爲ルモ之カ爲メニ實家ニ於ケル地位ヲ失フコトナシト

セリ故ニ他家ノ養子タル者ト雖モ若シ實家ノ人ニシテ死亡スルトキハ實家ヲ相續スルノ權利アリタリ其詳細ハ後章ニ於テ說ク所アルヘシ

ガイユスノ法學楷梯及「ユスチニアン」法典ノ法學楷梯ニハ人格減等ハ人格ノ變更ナリト記載スト雖モヘフナー(Höpfner)及サヴィニー(Savigny)ハ之ヲ評シテ曰ク人格ヲ變更スルモ必スシモ人格減等ヲ來スモノニアラス例ヘハ自權者カ他權者ト爲ルトキハ是レ人格ノ減等ナルヘケレトモ父死シタルニ因リ他權者カ家督ヲ相續シテ自權者ト爲リタル場合ニハ之ヲ人格ノ減等ト云フヘカラス故ニ人格ノ減等トハ舊來享有セル資格ヲ變シテ劣等ノモノト爲ス場合ヲ云フモノナリト此說蓋シ正鵠ヲ得タリト謂フヘシ

以下更ニ進ミテ令名ノ減少(Existimationis minutio)ニ付テ略述スル所アラン

日本ニ於テ人若シ或罪ヲ犯ストキハ公權ヲ停止セラレ或ハ全ク公權ヲ剝奪セラル是レ現行刑法ノ規定スル所ナルカ羅馬ニ於テモ亦之ニ類スルモノアリテ即チ羅馬ニ於テハ完全無缺ノ人格ヲ有スルコトヲ令名(Existimatio)ヲ全フスト云ヘリ令名トハ衆人ニ卓越スル名譽ヲ有スルノ謂ニアラスシテ通常人ノ有シ得ル名譽ヲ傷ケサルノ謂ナリ故ニ公權及私權ノ行使ニ付キ何等ノ制限ヲ受ケサルトキハ之ヲ稱シテ令名ヲ全フスト云フナリ之ニ反シテ令名全部ヲ喪失スルトキハ之ヲ令名ノ消滅ト云フ人格大減等ヲ受クル場合ノ如シ又令名ノ一部ヲ喪失スルトキハ之ヲ令名ノ減少ト云フ人格中減等ヲ受クル場合ノ如シ日本ノ公權剝奪ハ單ニ公權ノミニ關スト雖モ羅馬ノ所謂令名減少ハ公權及私權ニ關ス故ニ若シ令名減少ヲ受クルトキハ公權及私權ノ一部ヲ制限セラルヽナリ例ヘハ名譽權及選舉權ヲ喪失セルコトアリ時トシテハ結婚權ヲ制限セラルヽコトアリ又時トシテハ裁判所ニ於テ他人ノ爲メニ訴訟行爲ヲ爲スコトヲ禁止セラルヽコトアリ又時トシテハ裁判所ニ於テ人ノ爲メニ後見人タルコトヲ禁セラルヽ場合アリ又證人トシテ裁判所ニ出頭スルモ裁判所ハ往々其證言ヲ採用セサルコトアリ又遺囑ノ場合ニ於テ遺囑者カ若シ自己ノ兄弟姉妹ニ財產ヲ遺留セスシテ令名減少ヲ受ケタル者ニ之ヲ遺留スルトキハ裁判所ハ之ヲ理由トシテ其遺囑ヲ取消スコトアル等ノ如シ

令名減少ニ二種類アリ一ヲ破廉耻(Infamia)ト云フ二ヲ汚辱(Turpitudo)ト云フ羅馬

國民會ニ於テ制定シタル法律又ハ裁判官ノ法律ニ令名減少ヲ被ムルヘキ條件カ豫メ記載セラレタル場合ニ於テ其條件ニ基キテ令名減少ヲ受ケタルトキハ之ヲ破廉恥ト稱シ裁判所ノ自由權限內ニ於テ世人ノ接斥スル刑罰ヲ科シテ公權若クハ私權ヲ制限セラルヽトキハ之ヲ汚辱ト稱ス而シテ破廉恥ニ亦二種類アリ即チ一ヲ直接ノ破廉恥(Infamia Immediata)二ヲ間接ノ破廉恥(Infamia mediata)ト云フ直接ノ破廉恥トハ或種類ノ罪ヲ犯シタル場合ニ其結果當然隨伴スルモノヲ云フ例ヘハ卑怯ナル方法ヲ以テ兵役ヲ免カレンコトヲ企圖シタル者或ハ重婚ヲ爲シタル者ノ如キハ裁判所ニ於テ刑罰ノ宣告ヲ爲スヲ俟タス當然破廉恥ト看做サルヽナリ又間接ノ破廉恥トハ裁判所ノ宣告アリテ後始メテ破廉恥ト看做サルヽモノヲ云フ例ヘハ後見人ニシテ其職務ヲ盡サス之カ爲メニ訴訟ヲ起サレタル者或ハ會社員ニシテ會社ノ財產ヲ擅ニ消費シ或ハ他人ヨリ物件ノ寄託ヲ受ケタル者ニシテ自ラ之ヲ消費シテ訴訟ヲ起サレ或ハ他人ノ委任ヲ受ケテ或事項ニ從事シナカラ其責務ヲ盡サヽリシカ爲メニ訴訟ヲ起サレタル場合ノ如キハ裁判所ノ宣告ニ依リテ破廉恥ト爲ルモノトス

入ノ生死モ亦人格即チ權利能力ノ消長ニ關係スル所大ナリ抑モ人ハ生レテ人格ヲ得有シ死シテ之ヲ喪失シ或場合ニハ其一部ヲ喪失スルモノタリ今出生ニ關スル條件ヲ述フヘシ

第一 母ノ懷胎後少ナクトモ六个月ヲ經過シテ出生シタルコトヲ要ス

懷胎後六个月ヲ經過セスシテ出生シタル者ハ之ヲ不熟胎兒(Abortus)ト云フ縱令生キテ母體ヨリ離ルヽモ到底生育ノ見込ナキヲ以テ人格ヲ與ヘス之ヲ出生セサリシト同一ニ看做ス

不熟胎兒トハ何ソヤニ付テハ學者間ノ議論一致セス獨逸ノサヴィニーハ曰ク不熟胎兒トハ死シテ母體ヨリ分娩シタル子ヲ云フト然ルニウェヒターハ曰ク未タ成熟セスシテ母體ヨリ分娩シタル子ハ其生死如何ヲ問ハス不熟胎兒ニシテ斯クノ如キ者ハ人格ヲ得有スル能ハスト故ニサヴィニーノ說ニ依レハ懷胎シテ滿六个月ヲ經サルモ苟モ生レテ一分時タリトモ生命アルトキハ權利ノ主體タルコトヲ得ヘキモウェヒターノ說ニ依レハ出生カ滿六个月以前ナルトキハ縱令生兒カ生命ヲ有スルモ到底成育ノ見込ナキカ故ニ之ヲ不熟胎兒ト云ハサルヘカ

ラス從テ其者ハ權利ノ主體タルコトヲ得サルナリ今此二說中ウェヒターノ說ヲ以テ羅馬法ノ精神ニ適合セル解釋ナリトス然レトモ人格ヲ得ルニハ滿六个月後ニ生レタル其子カ必ス强壯ナルコトヲ要スルニハアラサルナリ

第二 母體ヨリ完全ニ分娩スルコトヲ要ス

分娩セントスルニ當リテ死スルトキハ人格ヲ得有スルコト能ハス故ニ縱令其出生ハ懷胎ヨリ滿六个月後ナルモ少時モ生命ヲ保タサリシ子ハ權利ノ主體タルコトヲ得サルナリ

第三 出生シタル子ハ人ノ身體ヲ具有スルコトヲ要ス

出生シタル子ニシテ苟モ人ノ身體ヲ具有スルトキハ縱令四肢ニ缺クル所アルモ尙ホ人格ヲ得有スルモノトス

羅馬法律學者多數ノ說ニ依レハ子カ出生スルニハ必ス聲ヲ發スルコトヲ要ス云フト雖モサビヌス一派ノ學者ハ之ニ反對シテ聲ヲ發スルコトハ出生ニ不必要ナリト云ヒ「ユスチニアン」法典ノ採用スル所トナレリ

以上ノ條件ヲ具備シテ出生シタル子ハ必ス人格ヲ得有スルモノトス故ニ出生ト同時ニ財產其他ノ相續權ヲ享有シ若シ出生後直チニ死亡スルトキハ相續權ハ其子ノ相續人タルヘキ者ニ移ル詳言スレハ子ノ出生後間モナク其父死亡スルトキハ父ノ人格ハ即時ニ子ニ移ルヘク從テ父ノ財產ヲ相續スヘシ若シ其子カ死亡スルトキハ其子ノ相續人タルヘキ者之ヲ相續スルコトヽナルモノトス總テ相續ノ場合ニ在テハ常ニ子ヲ標準トシテ相續ノ順位ヲ定メ父ヲ標準ト爲サヽルナリ

一般ニ論スレハ子ハ出生ニ依リテ始メテ人格ヲ得有スルモノナリト雖モ胎兒ニシテ人格者ト看做サルヽ場合ナキニアラス即チ相續ノ場合是ナリ父死亡シテ其子尙ホ胎內ニ在ルニ當リ其相續人ヲ定メントスル場合ニ於テハ其胎兒ノ受取ルヘキ分ヲ出生ノ時マテ保存シ其胎兒若シ前述セル條件ヲ具備シテ出生スルトキハ直チニ其部分ヲ相續スルモノトス之ニ反シテ出生セル胎兒若シ前述セル條件ヲ具備セサルトキハ當初ニ遡リ未タ曾テ其子カ胎內ニ在ラサリシト同一視シ嘗テ其部分トシテ保存セラレタル財產ノ相續權ハ父ノ相續人ニ移ルモノトス而シテ此胎兒カ人格者ト看做サルヽコトハ亦他ノ親戚ノ者カ死亡セル場合ニモ適用セラル右等ノ場合ニ於テハ胎兒ニ管財人ヲ附スルコトアリ今一言刑事規則ニ付

ヲ說明センニ羅馬ニテハ母ニシテ墮胎ヲ爲ストキハ之ヲ罰シ又懷姙ノ婦女ニシテ死刑ノ宣告ヲ受クルトキハ刑ノ執行ヲ猶豫スルコトヽセリ

人ノ生死ハ之ニ利害ノ關係ヲ有スル者ニ於テ證明セサルヘカラス例ヘハ子ノ生死未タ判然セサルニ當リテ其親戚ノ或者カ子ノ財產ヲ相續セント欲スレハ其者ハ子ノ死亡ヲ證明セサルヘカラサルナリ又近世諸國ノ法律ニ依レハ人若シ若干年間失踪スレハ之ヲ死亡ト推測ストヽ雖モ羅馬ニ在テハ失踪ニ原因スル死亡ノ推測ニ關シテ一定ノ年限ヲ設ケス唯人若シ久シク失踪スルトキハ事件ノ性質如何ニ因テ之ヲ死亡ト推測スルコトアリシノミ又同一事件ニ關シ數人同時ニ死亡シ其前後ヲ知ルコト能ハサル場合ニハ法律上ノ推測ヲ以テ死亡ノ前後ヲ定ムルコトアリ例ヘハ船舶カ航海中難破沈沒シタル爲メニ父子同時ニ死亡シタル場合ニ於テハ法律上十四歲未滿ノ子ハ父ニ先チテ死亡シタルモノト推測シ十四歲以上ノ子ハ父ニ後レテ死亡シタルモノト推測スルナリ

第三節　行爲能力

行爲能力ハ獨逸語ニ之ヲ「ハンドルングス、フェーヒヒカイト」(Handlungsfähigkeit)ト云ヒ前節ニ說明シタル權利能力ニ對スル語辭ナリ我新民法ハ權利能力ナル文字ヲ用ヒスシテ私權ノ享有ナル語辭ヲ用ヒタリ而シテ行爲能力ニ付テハ佛國民法ニ倣ヒ單ニ能力ナル語辭ヲ用ヒタリ余カ本節ニ於テ說カントスル所ハ即チ新民法ノ所謂能力ニ關スル羅馬法ノ規定ナリ

羅馬人ノ年齡ハ七歲ヲ以テ一ノ段落トシ男ハ十四歲女ハ十二歲ヲ以テ亦一ノ段落ト爲シ第二世紀ノ終ヨリ二十五歲ヲ以テ一ノ段落ト爲スニ至レリ而シテ此等年齡ノ段落ハ各特別ノ名稱ヲ有スト雖モ適當ノ譯語ヲ發見セス今ハ唯余ノ稍適當ト信スル所ニ從ヒ之ヲ譯出スヘシ

一　幼者(Infantes)　幼者トハ七歲以下ノ者ヲ云フ其爲シタル行爲ハ法律上何等ノ效力ヲ生セサルナリ但シ他人ヨリ物ヲ贈與セラレ之ヲ受取リタルトキハ例外トシテ效力ヲ生スルモノトス世ニ羅馬人ハ七ノ數ヲ好ミタリト傳唱スルモノアルハ果シテ信カ否カ余之ヲ知ラス

二　未婚年者(Impuberes)　未婚年者トハ結婚ノ年齡(Puberlas)ニ達セサル者ヲ云フ

ザビヌス派ノ說ニ依レハ結婚スヘキ年齡ハ各人ニ由リテ相異リ法律上萬人ニ

共通スル年齢ヲ一定シ得ヘキモノニアラスト主張シタレトモプロクールス派ハ之ニ反對シ人ヲ裸體ニシテ其果シテ結婚ニ適當ナリヤ否ヤヲ檢査スルハ到底爲シ得ヘキ所ニアラサルヲ以テ法律上結婚年齢ヲ一定スルノ必要アリ即チ男ハ十四歳女ハ十二歳ヲ以テ結婚年齢ト定ムルヲ可トスト論シ此說遂ニ「ユスチニアン」法典ノ採用スル所トナレリ故ニ「ユスチニアン」法典ニ依レハ未婚年者トハ十四歳以下ノ男子ト十二歳以下ノ女子ヲ云フモノトス而シテ未婚年者ハ遺言ヲ爲スノ能力ヲ有セス又自己ノ財產ヲ減少スルカ如キ行爲ハ後見人ノ同意ヲ得ルニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

未婚年者ハ更ニ之ヲ區別シテ幼若ニ近キ未婚年者ト婚年ニ近キ未婚年者ト爲ス此點ニ付テハ學說一致セス或說ニ依レハ男ニ在リテハ七歳以上十歳半ニ至ルマテ女ニ在テハ七歳以上九歳半ニ至ルマテヲ幼年ニ近キ未婚年者ト爲シ男ニ在テハ十歳半以上十四歳以下女ニ在リテハ九歳半以上十二歳以下ヲ婚年ニ近キ未婚年者ト爲シ又他ノ說ニ依レハ極メテ幼者ニ接近セル年齢即チ七歳ヨリ八歳マテヲ幼年ニ近キ未婚年者ト爲シ將ニ婚年ニ達セントスル者即チ男ニ在テハ十三歳ヨリ十四歳女ニ在テハ十一歳ヨリ十二歳マテヲ婚年ニ近キ未婚年者ト爲スト云フト雖モ此等ノ兩說ハ共ニ穩當ナラス畢竟此區別ハ一ニ裁判官ノ認定ニ從フテ之ヲ決スルヲ可ナリト信ス婚年ニ近キ未婚年者ハハドリアヌス皇帝ノ時代以來私犯ニ關シテハ責任ヲ負フヘキコトヽナレルモ幼年ニ近キ未婚年者ハ斯カル責任ヲ負フコトナシトセリ

茲ニ注意スヘキハ單ニ未婚年者ト云フトキハ出生シテヨリ十四歳(男)若クハ十二歳(女)以下ノ者全體ヲ包含シ七歳以上十四歳若クハ十二歳以下ノ者ハ特ニ之ヲ幼年ヨリ長シタル未婚年者ト稱シ自己ノ財產ヲ減少スルカ如キ行爲ヲ除ク外後見人ノ助力ヲ俟タスシテ總般ノ法律行爲ヲ爲スノ能力アルモノトス

三　成年者(Majores)　未成年者(Minores)　成年者トハ年齢滿二十五歳ニ達セサル者ヲ云フ古代ニ在テハ此區別ナクヒ未成年者トハ年齢滿二十五歳以上ノ者モ二十五歳以下ノ者モ共ニ同一ノ能力ヲ有スルモノト爲セシカ第二ピュニック戰爭以後二十五歳以下ノ者ハ管財人ノ保護ヲ受クルコトヲ得ト爲シ其後更ニ一歩ヲ進メテ必ス管財人ノ保護ヲ受ケサルヘカラサルコトト

ナレヲ

以上羅馬法ニ於ケル年齢ニ關スル行爲能力ニ付テ略述シタレハ是ヨリ更ニ心神錯亂者竝ニ浪費者ノ行爲能力ヲ說クヘシ

一　心神錯亂者　古羅馬法ニ於テハ心神錯亂者ヲ二種ニ區別シタリ心神喪失者心神耗弱者即チ是ナリ心神喪失者トハ心神ノ錯亂カ到底平癒ノ見込ナキ者ヲ云ヒ心神耗弱者トハ一時心神ノ錯亂ヲ致スモ後日平癒ノ見込アル者ヲ云フ人或ハユスチニアン帝ノ時代以後此區別ハ存在セスト說ク者アレトモ今其當否ハ措テ之ヲ論セス心神錯亂者ハ必ス管財人ノ保護ヲ要スルモノトシ心神錯亂中管財人ノ助力ニ依ラサル總般ノ法律行爲ハ全然之ヲ無效ナルモノトシ唯一時平癒スルコトアリテ其間ニ爲セル法律行爲ハ管財人縱令之ニ干與セサルモ有效ナリトセリ

二　浪費者　浪費者トハ何等ノ思慮ナクシテ濫ニ財產ヲ消費スル者ヲ云ヒ裁判所ノ決議ニ依テ治產ヲ禁セラル然レトモ其現ニ治產ヲ禁セラルヽマテノ行爲ハ有效ノモノナルヲ以テ之ニ對シテ責任ヲ負フヘキハ論ナキ所ナリ浪費者ニシテ治產ヲ禁セラレタルトキハ之ニ管財人ヲ附スルモノトス此點ハ七歲以上ノ未婚年者ト酷似スル所アリ浪費者ニ對シテ治產ヲ禁スルハ羅馬ノ慣習法ニ基キタルモノニシテ財產ヲ濫ニ消費スルノ點ヨリ之ヲ心神錯亂者ト同一視シタルカ故ナリ其心神錯亂者ト異ル點ヲ擧クレハ浪費者ハ自己ノ財產ヲ減少スル行爲能力ヲ有セサルモ之ヲ增加スル行爲能力ヲ有シ心神錯亂者ハ財產ヲ減少スルト增加スルトニ由テ行爲能力ニ差異ナク一時平癒シタル間ノ外總般ノ行爲ハ全然無效ナルニ在リ

終ニ行爲能力ニ關スル男女ノ區別ヲ略述センニ女ハ男ニ比スレハ法律行爲ヲ爲スヿ能力ヲ欠缺スル場合多シ例ヘハ女ハ自己ノ子孫ノ後見人ト爲ルコトヲ得ルモ其他ノ公務ニ從事スルコト即チ官吏ト爲ルコトヲ得ス他人ノ保證人ト爲ルコトヲ得ス遺言ノ證人ト爲ルコトヲ得サルカ如キ又家父權ヲ有セサルカ故モ從テ養子ヲ爲スコトヲ得サルカ如キ其他女カ法律行爲ノ能力ヲ缺ク場合頗ル多シ今一々之ヲ列擧セサルヘシ

男ハ完全ニ行爲能力ヲ有シ生殖器ノ不具ナル場合ニ於テハ其生レテカラノ不具

ナルト否ラサルトニ由リ行爲能力ニ制限ヲ受クルノ程度ヲ異ニス即チ生レナカラニシテ生殖器ノ不具ナル者ハ後日治癒スルコトアルヘキヲ理由トシテ遺言、結婚、養子ヲ爲スコトヲ得ト爲セトモ出生後人爲又ハ天災ニ由リ生殖器ノ不具ト爲リタル者ハ遺言ヲ爲スコトヲ得ルモ結婚ノ約束ヲ爲スコトヲ得ス從テ養子ヲ爲スコトヲ得ストセリ而シテ男女兩性ノ生殖器ヲ有スル者ハ男ニ近キトキハ之ヲ男トシ女ニ近キトキハ之ヲ女トシ其疑ハシキトキハ之ヲ男トシ以テ法律行爲ノ能力ヲ決定スルモノトス

第四節　住所(Domicilium)

住所ナル文字ハ家屋(Domus)ナル文字ヨリ出ツ古來住所ハ二個ノ意義ヲ有ス即チ一ハ客觀的ニシテ他ハ主觀的ナリ客觀的意義ニ依レハ住所ハ人カ權利ヲ享有シ之ヲ行使スルニ付キ主タル關係ヲ有スル場所ヲ云フ故ニ人若シ一ノ場所ニ於テ財產ヲ有シ且ツ主タル職業ヲ有スルトキハ其場所ハ即チ住所タリ又主觀的意義ニ依レハ住所ナル語ハ場所其モノヲ指スニアラスシテ其人ノ有スル主タル關係ヲ指スナリ佛蘭西民法第百二條、獨逸民法第七條ハ皆主觀的意義ニ從テ住所ヲ規定シ我新民法第二十一條モ亦同シ要スルニ近世ノ學說、法制ハ殆ント主觀的意義ニ從フニ於テ一致セリト云フヘシ然レトモ沿革ヨリ云フトキハ羅馬ノ古代ハ住所即チ「ドミチリウム」ハ客觀的意義ヲ有シ其後主觀的意義ヲモ有スルニ至リタルモノナリ

人ハ必スシモ常ニ住所ノ存スル場所ニ居住スルヲ要トセス唯一定ノ時來リテ住スルモ敢テ差支ナシ又同時ニ一人カ二個以上ノ住所ヲ有スルヲ妨ケサルナリ其果シテ主タル關係ヲ有スルヤ否ヤハ一般ノ情況ニ由テ之ヲ決定スヘキモノニシテ唯或場合ニ限リ法律ノ規定ニ依リ住所ヲ定ムルコトアルノミ法律ヲ以テ住所ヲ定ムルトハ妻ノ住所ハ夫ト住所ハ同一ナリト爲セルカ如キヲ云ヒ此場合ニハ當事者ノ意思如何ヲ問フヲ須キサルナリ然レトモ其他ノ場合ニ在テハ人ノ意思ハ住所ヲ定ムルニ至大ノ關係ヲ有スルモノトス故ニ人若シ住所ヲ變更セント欲スルトキハ單ニ事實トシテ外部ニ發表スル外變更ノ意思アルコトヲ必要トス又他ノ一方ヨリ見レハ單ニ意思アルヲ以テ足レリトセス之ヲ變更シタル事實アルコトヲ必要トスルモノナリ故ニ住所ヲ定ムルニハ意思ト事實トヲ具備セサルヘ

カラサルモノトス彼ノ占有ニハ心的要素ト體的要素トヲ要スルコトハ人ノ能ク知ルナリ而シテ住所モ亦斯クノ如ク心的要素ト體的要素トヲ要ス

第一章　法人

法人トハ人體ヲ具有セスシテ權利義務ノ主體タルモノヲ云フ近世ノ法律ニハ法人ナル名稱アリト雖モ羅馬ニハ唯之ニ類似セル名稱アリタルノミ而シテ其名稱モ亦僅ニ法人ノ一部分ヲ指スニ止マリ法人ノ全體ヲ總括スルモノニハアラサリキ然レトモ其實體ノ早ク既ニ存在セシコトハ多言ヲ俟タサル所ナリ故ニ余ハ法人テフ名稱ノ有無如何ニ拘泥セス以下羅馬法ニ於ケル法人ノ實體如何ヲ說クヘシ

羅馬法ニ於ケル法人ニ數多ノ種類アリ

第一　國庫

共和政府ノ頃ニハ國庫ハ之ヲ「エーラリューム」(Aerarium)ト稱シ他人ト對シテ權利ヲ有シ義務ヲ負フコトヲ得ルモノトセリ其後政體一變シテ帝政ト爲ルニ迨ヒテ州ヲ分テ二種類ト爲シ一ヲ帝有州ト稱シ他ヲ民有州ト稱ス民有州ハ元老院ノ管轄ノ下ニ在リ帝有州ハ直接ニ羅馬皇帝ニ隸屬ス此他尙ホ皇帝ノ私有財產ナルモノアリ而シテ民有州ヨリスル歲入ハ尙ホ之ヲ「エーラリューム」ト稱シ帝有州ヨリスル皇帝ノ歲入ハ之ヲ「フィスクス」(Fiscus)ト稱セリ然ルニハ[illegible]リアタス皇帝ノ時代ヨリ皇帝ノ權力頓ニ盛大ト爲リ從テ元老院ノ權力大ニ衰頽セシカハ共和政治ノ遺物タル「エーラリューム」ハ次第ニ減少シ遂ニ「フィスクス」ニ合併セラレ皇帝ノ倉庫即チ國庫ハ或ハ「エーラリューム」ト呼ハレ或ハ「フィスクス」ト唱ヘラレタルカ多數ノ人ハ「フィスクス」ナル語ヲ用ヒタリ「フィスクス」ノ語源ヲ考フルニ籠ナル意味ニ出テタルカ如シ蓋シ古代ノ羅馬人カ金錢ヲ入置クニ常ニ籠ヲ用ヒタルヨリ轉シテ國庫ナル意味ヲ有スルニ至レルモノナリ

「フィスクス」ハ亦一ノ法人ニシテ權利義務ノ主體ト爲ルコトヲ得又種々ノ特權ヲ有シタリキ例ヘハ「フィスクス」ニ對スル出訴期限ハ通常人ニ對スル出訴期限ヨリモ短カリシカ如シ而シテ此等ノ特權ハ後ニ至リテハ皇帝及皇后ノ私有財產ニモ亦適用セラルヽコトヽナレリ

第二　地方自治體

地方自治體モ亦法人ノ一種ニシテ其權利義務ハ之ヲ組織スル人民各自ノ權利義務ト異ルモノトス而シテ之ヲ法人トスル觀念ハ共和政治ノ將ニ畢ラントスル頃ヨリ俄然發達シタルモノナリ地方自治體ノ主要ナルモノヲ市府ト爲ス其制度ハ一ニ羅馬府ニ則レリ又殖民地ナルモノアリ是レ亦自治體ノ一種タリ

第三　寺院

寺院モ亦法人ノ一ニシテ寺院ノ資格ヲ以テ財産ヲ所有スルコトヲ得其始メハ耶蘇教以外ノ寺院ニ限リ法人タリシカ其後耶蘇教ノ盛ニ傳播スルニ迨ヒ其寺院モ亦法人タル資格ヲ得ルコトヽナレリ

第四　組合

法人タル組合ニ二種類アリ一ハ即チ十人組ト稱スルモノニシテ他ハ即チ會社ナリ十人組ハ多少政府ニ關係ヲ有シ且ツ特種ノ職業ヲ營ム者ノ結合ナリ例ヘハ公證人組合ノ如シ會社ニハ法人タラサルモノト法人タルモノトノ二種類アリ其法人タラサルモノハ後章契約ヲ論スルニ際シ之ヲ詳說スヘク今ハ唯法人タル會社ニ付キ一言センニ羅馬ニハ鍛治職ヲ業トスル者相合シテ法人ヲ組成シ又麵包ノ製造販賣ヲ業トスル者相合シテ法人ヲ組成シ船舶ノ所有者亦相合シテ法人ヲ組成スルヲ常トス而シテ此等ノ法人ヲ組成スルニハ何レノ場合ニ在テモ政府ノ允許アルヲ必要トセリ

死亡人ノ遺留財産ハ法人ナリヤ否ヤ則チ甲ナル人死亡シ未タ相續人ノ確定セサルトキハ其遺留財産ヲ總括シテ之ヲ法人ト云フコトヲ得ルヤ否ヤ是レ羅馬法學者間ニ於テ論議ノ紛々タリシ所ナリ

第一說　ウヰンドシャイド等ノ說ニ依レハ遺留財産ハ獨立ノ法人ニシテ其有スル所ノ權利義務ハ死者ノ有シタル權利義務トハ異ルモノナリ例ヘハ遺留財産中ノ樹木カ果實ヲ結ヒタルトキハ其ハ死者ノ所有ニ屬スル果實ニアラサルヘシ何トナレハ死後ニ於テ果實ヲ所有シ得ヘキ道理ナケレハナリ然ラハ其ハ何人ノ所有ニ歸スヘキヤト云フニ此場合ニ於テハ死者ノ遺留財産相合シテ組成シタル法人ノ所有ナリト云フノ外ナカルヘシ蓋シ遺留財産中ニハ權利即チ積極ノモノト義務即チ消極ノモノトアルヘク而シテ此等ノ權利義務相合シテ法律上人格ヲ保有スルモノトス故ニ遺留財産中ニ在ル奴隸カ他人ニ對シテ損害ヲ加

フルトキハ遺留財産ハ賠償ノ責ニ任セサルヘカラス又若シ奴隷カ他人ヨリ物件ヲ贈與セラレタルトキハ其物件ハ遺留財産ノ所有ニ歸スルモノナリ又遺留財産中ニ在ル家屋其他ノ建造物カ破損スルニ當テ之ヲ修繕スル人アルトキハ遺留財産ニ於テ報酬ヲ爲ス義務ヲ負擔スルモノナリ要スルニ死者ノ遺留財産ハ合シテ法人ヲ組成シ離レテ財産ト爲ルモノナリト云フニ在リ

第二說　チーラーツ等ノ說ニ依レハ遺留財産ハ獨立ノ法人ニアラスシテ死者ヲ代表ス故ニ人若シ債權ヲ遺留シテ死亡シタリトセハ遺留財産ハ債權者ノ地位ニ立ツヘシ之ニ反シテ人若シ債務ヲ遺留シテ死亡シタリトセハ遺留財産ハ債務者ノ地位ニ立ツヘシ其狀恰モ遺留財産カ死者ノ生命ヲ繼續スルト同一ナリト云フニ在リ

第三說　ゾーム等ノ說ニ依レハ遺留財産ハ單ニ物件タルニ止マリ法人ニモアラス亦死者ヲ代表スルモノニモアラス其所有者トシテ權利ヲ有シ義務ヲ負フ者ハ死者ノ相續人ニ外ナラス蓋シ先代ノ人死亡シタルトキハ其相續人直ニ遺留財産ヲ相續スルコトヲ當然トスト雖モ相續人ノ未定ナル間ハ事實上之ヲ相續スルコト能ハサルヤ論ナシ然レトモ此場合ニ於テ十數年後ニ至リ相續人定マリ之ヲ相續シタルトキハ其人ハ先代死亡ノ當時ニ遡リ先代ノ有シタル一切ノ權利義務ヲ承繼シタルモノト看做スモノナルカ故ニ先代ノ死亡ト相續トノ間ニ於テ遺留財産ハ一分時タリトモ他人ノ所有ニ歸シタルコトナシトス左レハ死者ノ相續人ニ縱令客觀的ニ定マラサルコトアルモ遺留財産ノ相續人ニ歸スヘキコトハ總般ノ場合ニ於テ常ニ主觀的ニ定マルモノト謂フヘシ從テ遺留財産ヲ所有スル主體ノ存スヘキハ先代死亡ノ當時ヨリ確實ニシテ遺留財産ノ法人ヲ組成セサルヤ明カナリト云フニ在リ

余ハ右三說中ゾームノ所論ヲ以テ最モ正當ナリト信ス「ユスチニアン」法典ノ學說彙纂ニハ相續人ハ先代ノ死亡ノ時之ヲ相續シタリト看做ストアリ是ニ由テ之ヲ觀ルモ財産ノ主體タルモノハ必ス先代ト相續人トノミニ止マリ其間敢テ他人ノ之ヲ所有スルコトアルナク遺留財産ハ一時相續人ヲ代表スルコトアルモ決シテ法人ヲ組成セス終始權利義務ノ目的タルコト昭々タリト云フヘシ然ラハ遺留財産ニ關シテ遂ニ法律上何等ノ擬制ナキ乎ト云フニ余ハ否ト答フルニ躊躇セス何

トナレハ相續人カ先代ノ死後幾年ヲ經過シテ之ヲ相續スルモ之ヲ既往ニ遡ラシメ死亡ノ當時ニ相續シタルモノト看做スハ是レ即チ法律ノ擬制ニ外ナラサレハナリ而シテ此擬制アルハ偶々以テ遺留財産ノ法人タラサル一證ナリ

第三章　奴隷、土着農夫及自由人

既ニ講述シタルカ如ク羅馬法ニテハ三種ノ人格ニ基キ人ヲ區別セリ而シテ余カ本章ニ於テ説明セントスル所ハ即チ自由ニ基ク人ノ區別ナリ

第一節　奴隷

古昔ニ於ケル羅馬人ノ風俗ハ質朴ヲ尚ヒタリシカ後世土ヲ拓キ境ヲ廣メ國威隆隆タルニ從ヒ風俗變シテ華美ニ流レ遂ニ奢侈ヲ是レ事トスルニ至レリ羅馬史ヲ繙ク者ハ必ス知ラン紀元前三百年ノ頃羅馬人トザムニテス人トノ戰爭ノ終ニ於テザムニテスヨリ派遣セラレタル媾和使カ羅馬ノ大將ノ膳羞ノ蕪菁ノミナルヲ見テ大ニ其粗食ニ驚ケリトノコト及其媾和使カ巨額ノ黄金ヲ大將ニ贈遺シタルモ其人ハ之ヲ見ルコト土芥ノ如ク一切媾和使ニ返付シタリトノ美譚アルヲ亦以テ此時代ニ於ケル羅馬人ノ如何ニ質朴ナリシカヲ知ルニ足ラン然ルニ降テチエーザー既ニ死シテマークスアントニウス及オクタビユス等カ一時政權ヲ掌握シタルノ時代ニ至テハ全ク豪奢ヲ競フノ風ヲ馴致シアントニウスノ如キハ車ヲ率カシムルニ馬ヲ以テスルニ滿足セス之ニ代ユルニ猛獅ヲ以テシタリト云フ又同人ハオクタビユスノ妹ナルオクタビアヲ妻トセシカ其妻ヲ離別シタル後艶麗花ノ如クナル埃及女王クレオパトラヲ妻トシ互ニ豪奢ヲ競ヒ一食萬金ヲ擲テ土ノ如ク膳ニ上ルノ羞唯其價ノ高カラサランコトヲ恐ルヽノ餘女王ハ平素秘藏セル眞珠ヲ醋漬トシテ之ヲ食ヒタルノ笑話サヘアリ亦以テ此時代ニ於ケル羅馬士民ノ如何ニ驕奢ナリシカヲ知ルニ足ラン而シテ羅馬ニ於ケル奴隷ノ數ノ多少ハ實ニ此風俗ノ變遷ニ伴ヒタルモノナリキ即チ昔時ニ在テハ奴隷ノ數甚タ多カラス有名ナルカートー（紀元前二百三十四年ニ生レ同百四十五年ニ死ス）ノ時代ニ在テハ高位高官ノ士ト雖モ一家三人ノ奴隷ヲ有スルニ過キサリシカアウグスツス帝ノ時代ニ至テハ社會ノ中位ニ在ル人士ニシテ一家ニ於ケル奴隷ノ數、十人ニ下ラス世ヲ降ルニ從ヒ奴隷ノ數ハ層一層增加シ一家ノ貧富ハ奴隷ノ多少ヲ以テ之ヲト知シ得ヘキ程ニテ富豪ノ家ニハ一萬二萬ノ奴隷ヲ有スルヲ常トセリ是レ皆驕奢ノ風俗ノ結果ニ外ナ

ラサルナリ

奴隷ノ職業ハ種々ニシテ稍學問アル者ハ主人ノ子弟ノ教育ヲ司ルアリ醫藥ニ明カナル者ハ主家ノ醫師トナルアリ商業ニ於ケル奴隷ハ其店ノ大番頭ト爲ルアリ其他一技一能アル者ハ各其技能ニ從ヒ主人ノ用ヲ爲ス故ニ奴隷ノ職業ハ茲ニ一言以テ區別スルコトヲ得サルナリ夫レ斯クノ如ク奴隷ハ種々ノ職業ニ從事スルヲ以テ其數ノ增加スルニ從ヒ爲メニ自由人ノ職業ヲ失フモノ多ク餓テ自由人タランヨリハ寧ロ他テ奴隷タラント欲スル者アルニ至レリ是ヲ以テ爲政者ハ遂ニ自由人ヲ保護スル爲メニ諸種ノ法令ヲ發スルノ已ムヲ得サルニ至レリ

奴隷カ諸種ノ職業ニ勢力アルコト前述ノ如クナルモ而カモ主人ノ爲メニハ好遇セラレタリシニハアラス古昔奴隷ノ數甚タ少カリシ時代ニ在テハ羅馬人ノ氣質ノ殺伐ナリシニ反シ奴隷ハ頗ル優待セラレタルモ其後益〻增加スルニ從ヒ其待遇非常ニ殘酷ト爲リ羅馬ノ極盛時代ニ於テハ奴隷ハ恰モ犬ノ如ク馬ノ如ク待遇セラレタリ是レ羅馬ノ歷史ノ然ラシムル所ニシテ古昔ノ印度、支那及我日本ニ於テ奴隷ノ虐待セラレサリシト大ニ其趣ヲ異ニスル所ナリ蓋シ羅馬ハ諸國ヲ征服シテ敵人ヲ捕獲スルトキハ皆之ヲ以テ奴隷ト爲シタルカ故ニ奴隷ノ中ニハ亞非利加人アリ「ケルツ」人アリ猶太人アリ西歐諸國ノ人アリテ羅馬人トハ其人種ヲ異ニシ其言語ヲ同ウセサルヨリシテ羅馬人ニ比スレハ下等ノ人種トシ大ニ虐待セラレタルハ毫モ怪シムニ足ラス今其虐待ノ一般ヲ云ヘハ敵ノ捕虜ニシテ女ナルトキハ賣春ノ妓トセラレ男ナルトキハ體力ノ堪エサル勞役ヲ强ヒラレ而シテ老テ全ク勞役ニ堪エサル者ハ殆ント食ヲ與ヘラレサルハ其常ナリ加之奴隷生殺ノ權ハ一ニ主人ノ手ニ在リタルカ故ニ些ノ過失ノ爲メニ殺戮セラレタル者モ亦頗ル多カリキアウグスツスノ時或奴隷カ其主人ノ鍾愛スル水晶杯ヲ破碎シタルカ爲メ主人ノ激怒ヲ買ヒ池中ニ投セラレ魚鼈ノ餌ニ供セラレタル殘酷ノ一話アリ是レ頗ル極端ノ事例ナレトモ兎ニ角羅馬人カ奴隷ヲ虐待シタルハ爭フヘカラサルコトナリトス然レトモ帝政時代ト爲ルニ迨ヒ奴隷ヲ保護スル所ノ法律發布セラレ奴隷ノ待遇一變シクラウデュス帝ノ時ニ至テハ奴隷ヲ殺シタル主人モ普通ノ謀殺罪ヲ以テ問ハルヽコトヽナリ紀元後六十一年ニ發布セラレタル法律ニ依レハ主人カ自己ノ奴隷ヲシテ猛獸ト格鬪セシムルコトヲ禁シ若シ鬪獸ノ目的ヲ以テ

奴隷ヲ賣買シタルトキハ當事者雙方ヲ罰スルコトヽセリ又ハドリアヌス帝ノ時代ニ至リテハ主人カ私ニ奴隷ヲ投獄スルコトヲ禁シタリ其後之ニ類スル法律ノ發布セラレタルモノ頗ル多シ從テ後世ノ學者ニシテ羅馬ニ於ケル奴隷ハ權利義務ノ主體タリト論スル者ナキニアラスト雖モ右ニ說明セル諸種ノ法律ハ奴隷ニ與フルニ權利ヲ以テシタルニアラス唯之ヲ虐待スルコトヲ禁シタルニ止マルノミ若シ奴隷ヲ虐待スヘカラスト云フ法律ノ結果トシテ奴隷ハ權義ノ主體ナリト論スルコトヲ得トセハ我日本ニ於テ發布セラレタル狩獵規則ノ結果トシテ四十雀五十雀等ノ小鳥ハ吾人ト同シク權利義務ノ主體ナリト謂ハサルヘカラス又英國ニ牛馬ヲ虐待スヘカラストノ法律アルカ爲メニ牛馬ハ同シク權利義務ノ主體ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ我狩獵規則並ニ英國ノ法律ハ四十雀等ノ小鳥並ニ牛馬ヲ銃殺又ハ虐待スルヲ禁スルニ止マリ敢テ此等ノ者ニ權利ヲ與ヘタルモノニアラス羅馬ニ於ケル奴隷ノ虐待ヲ禁止スル法律モ亦之ニ同シトス既ニ說述セルカ如ク奴隷ハ羅馬法律ノ所謂「ペルソナー」即チ人タルニ相違ナキモ決シテ「カプット」即チ人格ヲ有スルモノニアラサルナリ故ニ今日ノ法律ニ比較シテ論スル

トキハ羅馬ニ於ケル奴隷ハ決シテ權利義務ノ主體タリシニハアラサルナリ

羅馬法ニ於テ奴隷カ家族權ヲ有セサルコトハ既ニ述ヘタルカ如シ然レトモ家族ナル語ハ時トシテハ奴隷ヲ包含スルコトアリ此場合ニ於テ主人カ奴隷ニ對シテ有スル權力ハ之ヲ家父カ家子ニ對シテ有スル家父權ニ準シテ家主權ト稱ス今家父權ト家主權ト相酷似セル點ヲ例說センニ家子ノ獲得セル財產ハ家父ノ有ニ歸スルト同シテ奴隷ノ獲得セル財產ハ主人ノ有ニ歸スルモノトセルカ如キハ其著シキモノナリ斯クノ如ク奴隷ハ家族ノ中ニ包含セラルヽカ故ニ其家ノ宗敎上ノ儀式ニ干與スルコトヲ得タリ蓋シ羅馬ニテ家族制度ノ未タ紊亂セサル時代ニ在テハ一家ニハ必ス特別ナル宗敎上ノ儀式アリテ祖先ヲ祭祀ス而シテ其祭祀ノ儀式ハ家外ノ務ニ對シテハ秘密ヲ旨トスルモ家族ハ皆其儀式ニ與ルヘキモノナリシヲ以テナリ又一國ノ宗敎上ノ儀式ニ付テ之ヲ云ヘハ奴隷ハ或程度マテハ自由人ト同等ノ待遇ヲ受ケタリ例ヘハ羅馬ノ古代ニ在テハ一國擧テ天ヲ父トシ地ヲ母トシタルモノニシテ而カモ「ユピテル」(Jupiter)ノ父ナル「ザツルヌス」(Saturnus)ノ神ヲ祭レリ其祭日ハ毎年十二月ノ中七日間繼續ス此祭日ニハ人々互ニ贈物ヲ爲シ

歡樂ヲ盡セシコト猶ホ英米ニ於ケル「クリスマス」ノ如ク日本ニ於ケル正月ノ如シ

奴隷ハ此祭日ニ當テハ自由人ト歡樂ヲ共ニシ主人カ一家ヲ饗應スルニ當テハ奴隷モ亦客人トシテ自由人ト同一ノ待遇ヲ受クルヲ常トセリ

是レ蓋シ古代ノ遺俗トシテ此祭日ノ間ハ奴隷モ自由人モ皆平等ナリトノ考アルニ由ルモノナリ奴隷ノ死スルヤ之ヲ埋葬スル儀式ハ敢テ自由人ト異ルコトナク之ヲ埋葬シタル地ヲ名ケテ安魂地(Locus religiosus)ト云フ

奴隷ハ自由人ト同シク財産ヲ所有スルコトヲ得ルヤ是レ頗ル重要ナル疑問ナリ羅馬ニテハ家父權ノ下ニ在ル家子カ武功文勳以外ニ於テ獲得シタル財産ハ家父ノ有ニ歸スルト同シク家主權ノ下ニ在ル奴隷カ獲得シタル財産ハ皆家主ノ有ニ歸スヘキモノトセリ故ニ法律ノ原則トシテハ奴隷ハ財産ヲ所有スルヲ得スト云ハサルヘカラス然レトモ經驗ニ富ム家主ハ奴隷ノ獲得セル財産ノ幾分ヲ奴隷ニ與ヘ以テ業務ノ勤勉ヲ奬勵スルヲ常トシ又盛大ニ商業ヲ營ム店舗ノ番頭等ハ家主ヨリ巨額ノ賞金ヲ授ケラルヽコト多シ斯クノ如ク奴隷カ家主ノ許諾ヲ得テ所有スル財産ヲ特有産(Peculium)ト稱セリ然ルニ法律上正當ニ云ヘハ此特有産モ亦

畢竟家主ノ財産ノ一部ニ外ナラサルヲ以テ家主ニシテ破産スルトキハ奴隷竝ニ其所有スル特有産ハ共ニ債主ニ分配セラルヽヲ免カレサリキ加之家主ハ何時ニテモ意ノ欲スル所ニ從ヒ奴隷ノ持有産ヲ取上クルコトヲ得ルモノトセリ又奴隷カ特有産ノ一部ヲ家主ニ貸與スルコトアルモ法律上完全ナル效力ヲ生スルコトナカリキ蓋シ奴隷ハ之ヲ取戻ス爲メニ家主ニ對シテ訴訟ヲ提起スルコトヲ得サレハナリ然レトモ奴隷ノ待有産ヲ借受ケタル家主ハ自然義務(Naturalis obligatio)ヲ負擔スルモノトス又奴隷ハ自己ノ特有産ノ額ニ達スルマテハ他人ヨリ有效ニ金錢ヲ借受クルコトヲ得而シテ若シ奴隷ニシテ死亡スルカ又ハ解放セラレテ自由人ト爲リタルトキハ其後一个年内ニ債主ハ家主ニ對シ訴訟ヲ提起シ之カ返還ヲ請求スルヲ得而シテ此場合ニ於テハ家主ハ奴隷ノ特有産ヲ以テ之ヲ償却セサルヘカラス然レトモ家主カ既ニ奴隷ニ對シ債權ヲ有スルトキハ家主ハ常ニ他ノ債主ニ對シテ優先權アルモノトシ唯家主カ奴隷ニ其特有産ヲ以テ商業ニ從事スルコトヲ許シタル場合ニ限リ他ノ債主ト平等ノ分配ヲ得ル權利アルニ過キサルモノトセリ奴隷ノ特有産ハ時トシテ奴隷ヨリ組成セラルヽコトアリ

我日本ノ田令ニ奴婢ニシテ口分田ヲ所有スルコトヲ得トノ條項アリ羅馬ニ於ケル奴隷ノ特有産ノ規則ハ之ト對比研究セハ聊カ趣味アルヘシ

奴隷ハ斯クノ如ク特有産ヲ有スル場合アリト雖モ之カ爲メニ法律上權利義務ノ主體タルコトヲ得ルモノニアラスシテ權利ノ目的物タリ故ヲ以テ家主ハ奴隷ヲ賣買讓與スルヲ常トセリ夫ノ「ユスチニアン」法典カ奴隷ノ等級ヲ分チ以テ其價格ヲ一定シタルハ是レ羅馬ニ於テ一時奴隷ノ使用非常ニ盛ニシテ其價格爲メニ大ニ騰貴シタルカ故ニ其弊ヲ矯正セントスル目的ニ外ナラサリシナリ

奴隷ノ行爲ニ關スル家主ノ責任如何是レ亦一言ノ説明ヲ要ス家主カ若シ奴隷ヲ自己ノ代理人ト定メテ商業ニ從事セシムルトキハ家主ハ奴隷ノ行爲ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラス又縱令奴隷カ豫メ家主ノ許諾ヲ得スシテ商業ニ從事スルモ之カ爲メニ主人カ利益ヲ得ルトキハ家主ハ其得タル利益ノ限度ニ應シテ奴隷ノ行爲ニ付キ責任ヲ負フヘキモノトス此等ノ家主ト奴隷間ノ關係ニ付テノ羅馬法ノ規則ハ實ニ今日ノ代理法ノ原則ニ類似スル所多シトス又家主ハ奴隷ノ非行ニ付テハ他人ニ對シテ責任ヲ負ハサルヘカラサルモノトス例ヘハ奴隷カ他人ヲ毆打シタルトキハ家主ハ其責任トシテ損害ヲ賠償スルカ若クハ奴隷ヲ被害者ニ引渡サヽルヘカラス加害ノ奴隷ヲ被害者ニ引渡スヲ「ノキザーリス、デディチオ」(Noxalis deditio)ト云フ

奴隷間ノ婚姻ヲ「コンツーベルニューム」(Contuzernium)ト稱シ眞正ノ婚姻ト看做スコトナシト雖モ若シ子ヲ産ミテ解放セラレ自由ヲ獲得スルトキハ子ト其父母トノ間ニハ血族親ノ關係アルモノトセリ

奴隷ニハ二ノ種類アリ即チ私人ノ奴隷ト官署ノ奴隷是ナリ官署ノ奴隷ノ地位ハ私人ノ奴隷ノ上ニ在リテ官署ノ小使又ハ相當ノ職務ヲ有シ特有産ノ二分ノ一以下ニ付テハ遺言ヲ爲スノ權利ヲ有シ且ツ私人ノ奴隷ニ比スレハ解放セラルヽノ機會甚タ多シトス

人カ此二種ノ奴隷ト爲ルハ左ノ事實ニ基ク

第一　母カ奴隷ナルトキハ其子モ亦奴隷タルモノトス然レトモ懷胎ヨリ出生ノ間ニ於テ少時タリトモ母カ自由人タリシトキハ其子ハ奴隷タラサルナリ

第二　古昔ノ戰爭ニ於テハ敵人ヲ虜ニスルトキハ之ヲ殺戮スルヲ常トセシカ之

ヲ奴隷トスルノ却テ利益ナルヨリ其後ニ至テハ敵ノ捕虜ハ皆之ヲ奴隷ト爲ス
ノ風ヲ生シタリ羅馬ニ於ケル奴隷ハ此種ノモノ多シ

第三 債主ハ負債主ヲ奴隷トシテ之ヲ他國ニ賣却シタリ

第四 罪ヲ犯シタルカ爲メ奴隷トセラレ採鑛ニ從事セシメラルヽコトアリ是レ亦一種ノ奴隷ト稱スレトモ實ハ懲役ニシテ眞ノ奴隷トハ大ニ異レリ

以上奴隷ニ關シ種々ノ事項ヲ說明シタレハ是ヨリ奴隷ハ如何ニシテ解放セラルルヤヲ說明シ以テ本節ヲ畢ラン

第一 棍棒ニ依ル解放

棍棒ニ依ル解放トハ擬訴棄權ニ基ク解放ノ方法ニシテ擬訴棄權ハ羅甸語ニ「イン、ユーレ、チエスシオ」(In jure cessio)ト云フ「イン、ユーレ」ハ法律ニ於テト云フノ義ニシテ「チエスシオ」ハ棄權ノ義ナリ即チ原告ハ被告ニ對シテ訴訟ヲ提起シタルモノヽ如ク擬似シ而シテ被告ハ原告ノ請求ニ應シタルモノヽ如ク假裝シテ以テ權利ヲ拋棄スルノ謂ナリ擬訴棄權ノ方法ハ物ノ讓與等ニ於テ最モ其適用ヲ見ルモノナルカ故ニ物權ノ編ニ於テ既ニ之ヲ詳說セリ奴隷ヲ解放スルニ棍棒ヲ以テスル方法ハ即チ此擬訴棄權ノ一種ニシテ原告タル第三者カ裁判官ノ面前ニ於テ棍棒ヲ奴隷ニ接觸セシメ其自由人ナルコトヲ主張スルトキハ奴隷ノ主人ハ原告ノ主張ヲ爭フコトナク直チニ其奴隷ナラサルコトヲ是認ス而シテ裁判官ハ原被兩造ノ間ニ爭ナキヲ以テ即時ニ其自由人ナル旨ノ判決ヲ與フルモノトス是ニ於テ奴隷ハ全ク自由人ト爲ルナリ然ルニ後世ニ至リテハ訴訟ニ擬スルノ手續ヲ省略シ奴隷、主人及第三者カ單ニ解放ノ申立ヲ爲スヲ以テ奴隷ハ直チニ自由人タルコトヲ得ト爲スヲ常トシタリ

第二 人別帳ニ依ル解放

古昔羅馬ハ五年毎ニ人口ヲ調査シ之ヲ人別帳ニ記入スルノ慣例アリタリ此人口調査ニ際シ奴隷ノ主人カ其奴隷ノ既ニ解放セラレテ自由人タルコトヲ人別帳ニ記入セシムルトキハ其奴隷ハ即時ニ自由ヲ獲得スルモノトス而シテ此方法ニ由リ奴隷ヲ解放スルニ當テハ別ニ宗教上ノ儀式ニ依テ奴隷ノ身體ヲ淸ムルコトヲ必要ト爲セリ加フルニ主人カ此方法ニ依テ奴隷ヲ解放センニハ其人ハ必ス市民法ノ所謂所有主タルコトヲ要スルモノトセリ然ルニ人別帳ニ人口

ヲ記入スル方法ハヴュスパシヤヌス帝(紀元後六十九年ヨリ七十九年マテ君臨セリ)以來殆ント廢滅ニ歸シタルヲ以テ人別帳ニ依ル奴隷ノ解放ハ同時ニ行フコト能ハサルニ至リタリ

第三　遺言ニ依ル解放

羅馬ノ法律ニ於テハ奴隷ヲ解放シタル者ヲ稱シテ庇護人ト云ヒ被解放者ニ對シテ多少ノ特權ヲ有スルモノトセリ例ヘハ被解放者ノ解放者ニ對シテ訴訟ヲ提出センニハ豫メ裁判官ノ允許ヲ要ストシタルカ如キハ其著シキモノトス然ルニ遺言ニ依テ奴隷ヲ解放スル場合ニ在テハ遺言者ノ死後ニ非サレハ其效果ヲ發生セサルモノナルヲ以テ遺言者ハ庇護人ノ地位ニ立ツコトヲ得ス從テ庇護人ヲ有セサル被解放者ヲ生ス是ヲ以テ遺言ニ依リ奴隷ヲ解放スルニ間接ノ方法ヲ以テスル者アルニ至レリ即チ主人ハ自己ノ相續人ニ對シ奴隷ノ解放ヲ依賴ス(此依賴ハ羅甸語ニテ「フィデ、コムミッサ」(Fidei Commisson)ト云ヒ通常之ヲ信託ト譯ス而シテ此信託ハ單ニ奴隷解放ノ場合ニノミ用ヒラレタルモノニアラス其用極メテ廣ク英法ノ信託(ツ)ハ實ニ此語ニ淵源ス)然ルトキハ相續人カ其依賴ニ應シ奴隷ヲ解放シ己レ庇護人ノ地位ニ立ツモノトス而シテ相續人カ先代ノ依賴ニ應シ奴隷ノ解放ヲ實行スルニハ必ス棍棒ニ依ル解放ノ方法、人別帳ニ依ル解放ノ方法若クハ其他ノ手續ヲ爲サヽルヘカラサルモノトス夫レ然リ故ニ此場合ニ於テハ奴隷ハ直接ニ遺言ニ依テ解放セラルヽニアラス遺言ノ間接ノ結果トシテ解放セラルヽモノナリ從テ其解放ハ遺囑ノ效力ヲ生スルト同時ニ效力ヲ生セスシテ相續人カ信託ノ事ヲ實行シタルトキ即チ棍棒ニ依ル解放ノ方法若クハ其他ノ解放ノ方法ヲ行ヒタル時ニ效力ヲ生スルモノタリ

以上三個ノ方法ハ奴隷ヲ解放スルニ付キ一般ニ行ハレタルモノナルカ此他尚ホ種々ノ解放方法アリタリ即チコンスタンチヌス帝ノ勅令ニ依レハ主人カ若シエ寺院ニ於テ相當ノ手續ヲ爲シ奴隷ヲ解放スルトキハ其解放ハ法律上有效ナリトセリ又共和政治ノ時代以來漸次發生シタル無式ノ解放方法アリ即チ主人カ證人ノ面前ニ於テ奴隷ヲ解放スヘキコトヲ宣言スルトキハ其奴隷ハ即時ニ自由ヲ獲得スルモノトセリ而シテ「ユスチニアン」法典ハ此場合ニ在テハ證人ノ數ハ五人以上ヲ要シ且ツ解放ノ書面ノ作成ヲ必要トスト爲セリ又此外ニ解放ノ當初書面ヲ作成シテ以テ有效ニ奴隷ヲ解放スルノ方法アリ此場合ニ於テ「ユスチニアン」法典

ハ亦證人五名以上ノ署名ヲ必要トスト爲セリ又奴隷カ若シ死者ノ遺命ニ依リ若クハ相續人ノ同意ニ基キ死者ヲ埋葬スル時ニ當リ自由人ノ平常用フル帽子ヲ戴クコトヲ許サルヽトキハ之ニ由テ奴隷ハ自由ヲ獲得シタルモノト看做サレタリ」

市民法ニ依レハ無式ノ解放ハ無效ノモノナレトモ裁判官ハ之ヲ保護シテ縱令無式ノ方法ニ由ル解放ナルモ猶ホ之ヲ正當ノ方法ニ依リ解放セラレタルモノヽ如ク取扱ヒタリ然ルニ紀元後十九年ノ法律ニ依レハ無式ノ方法ニ由テ解放セラレ裁判官ノ保護ノ下ニ立ツ者ハ自由ヲ獲得スルモ市民權ヲ獲得セス羅甸殖民地人民カ享有セルモノト同一ノ特權ヲ享有スルニ止マルモノトセリ而シテ「ユスチニアン」法典ハ此種ノ者ト雖モ完全ナル市民權ヲ獲得スルモノト規定セリ而シテ又紀元後四年ノ法律ハ先ニ重大ナル罪ヲ犯シタル奴隷ハ縱令解放セラルヽモ決シテ市民權ヲ獲得スル能ハス唯捕虜ト同一ノ待遇ヲ受クヘキモノトシ且ツ年齡二十歲以上ノ者ニアラサレハ奴隷ヲ解放スルコトヲ得ス二十歲以下ノ者ハ唯裁判所ノ顧問役ノ同意ヲ得テ棍棒ニ由ル解放ノ方法ニ依リ奴隷ヲ解放スルコトヲ得トシ而シテ又奴隷ノ年齡三十歲ニ達セサルトキハ完全ノ解放ヲ受クルコトヲ得ス縱令如何ナル方法ニ依リテ解放スルモ僅ニ羅甸殖民地ノ人民ト同一ノ權利ヲ獲得スルニ止マルトセリ然ルニ「ユスチニアン」法典ハ此等ノ規定ヲ廢シ解放セラレタル奴隷ハ先ニ其重大ナル罪ヲ犯シタル者ナルト其年齡三十歲以下ノ者ナルトヲ區別セス皆完全ニ市民權ヲ獲得スヘク且ツ滿十八歲以上ノ者ハ遺言ニ依リテ奴隷ヲ解放スルコトヲ得トシ新勅令ハ更ニ十四歲以上ノ者ハ皆奴隷ヲ解放シ得ヘキモノト改メタリ然レトモ紀元後四年ノ法律ニ於ケル負債主カ債主ヲ欺クノ目的ヲ以テ奴隷ヲ解放スルコトヲ得ストノ規定ハ「ユスチニアン」法典ノ採用スル所トナリタリ又紀元後八年ノ法律ニ依レハ遺言ニ依テ奴隷ヲ解放スルノ權ハ其人ノ有スル所ノ奴隷ノ數ニ因テ異同アルコトヲ規定セシカ是レ亦「エスチニアン」法典ノ爲メニ廢止セラレタリ概言スルニ此時代ニ於ケル羅馬ノ法律ハ一般ニ奴隷ノ解放ヲ奬勵スル傾向ヲ有シタルモ時トシテハ之ニ反スル法律アリタリ即チ前掲ノ紀元後四年八年ノ法律ノ如キ是ナリ蓋シ羅馬カ諸所ヲ征服スルニ捕虜極メテ多カリシカ故ニ奴隷ノ數モ亦大ニ增加シ加フルニ奢侈ノ風ヲ生シテ爲メニ奴隷ノ數益〻增加スルニ至リタルニ而カモ其奴隷ノ大半ハシヽリー、フィニシア、希

臘亞非利加等ノ人民ニシテ縱令此等ノ者ヲ解放スルモ到底價値アル尊敬スヘキ國民タル能ハサルモノト信シ斯クハ奴隷ノ解放ニ多少ノ制限ヲ設ケタリシナリ

第二節　被解放者

羅馬ニテハ奴隷ヲ解放シタル主人ヲ庇護人(Patronus)ト稱シ被解放者(Libertus)ニ對シテ多少ノ特權ヲ有シタリ即チ被解放者ハ裁判官ノ認許アルニ非サレハ庇護人ニ對シテ訴訟ヲ提起スルヲ得サルコト庇護人ニシテ貧困ニ陷リタルトキハ被解放者ハ之ヲ扶養スルノ義務アルコト被解放者ニ子ナキトキハ死後其財產ハ庇護人ノ所有ニ歸スルコト又被解放者ニ後見人ヲ附スルノ必要アルトキハ庇護人之カ後見人ト爲ルノ權利アルコト(羅馬ニテハ相續權ト後見ヲ爲スノ權トハ相伴ヒ相續權ヲ有スル者ハ後見ヲ爲スノ權ヲ有スルモノニシテ庇護人ハ被解放者ノ相續ヲ爲スノ權アルカ故ニ之カ後見人ト爲ルノ權ヲ有スルナリ)其他主人カ奴隷ヲ解放スルニ當テ自己ノ爲メニ或業務ニ從事スヘキ義務ヲ負擔セシムルコトヲ約シタル場合ニハ被解放者ハ庇護人ノ爲メニ其業務ニ從事セサルヘカラサルコト等是ナリ而シテ庇護人ニシテ死亡スルトキハ此等ノ特權ハ其相續人ニ移轉スルモノトス然レトモ被解放者ノ子ハ純然タル自由人ニシテ父ノ舊主人ニ對シテ何等ノ義務ヲ負擔スルコトナシ

被解放者ハ羅馬市民タルニ相違ナシト雖モ完全ノ市民權ヲ有セサリキ即チ被解放者ハ其選擧權ニ於テ多少ノ制限ヲ受クルノミナラス名譽權ヲ有スルコトヲ得サルヲ以テ大官ニ任セラルヽコトナク又元老院ノ議員及其子女ト結婚スルコトヲ得サル等純然タル自由人ノ權利トハ大ニ異ル所アリタリ然レトモ皇帝ノ勅令ヲ以テ被解放者ヲ生レナカラノ自由人ト同視スルコトナキニアラス被解放者ニシテ若シ此恩典ヲ得ルトキハ凡百ノ點ニ於テ純然タル自由人ト同一ノ權利ヲ有シ從テ庇護人ニ對シテ法律上何等ノ義務ヲ負擔セサルモノトス此場合ニ於テハ庇護人ハ之カ爲メニ被解放者ニ對スル特權ヲ喪失シ爲メニ損害ヲ蒙ルヘキヲ以テ國庫ハ之カ賠償ノ責ニ任スルモノトセリ又皇帝ハ奴隷ニ黃金ノ指環ヲ穿ツノ權ヲ與フルコトアリ蓋シ共和政變シテ帝政ト爲ルニ迨ヒ生レナカラノ自由人ハ黃金ノ指環ヲ穿ツヲ常慣トセシカ故ニ奴隷ニ對シ黃金ノ指環ヲ穿ツノ權ヲ與フルハ即チ生レナカラノ自由人タル權利ヲ奴隷ニ與フルモノナリ然レトモ庇護人ハ之カ爲メニ其特權ヲ喪失セサルモノトセリ其後ユスチニアン帝ハ新勅令ヲ以

テ總般ノ被解放者ニ黄金ノ指環ヲ穿ツノ權利ヲ與フルニ至レリ又庇護人ニシテ被解放者ニ對スル特權ヲ拋棄シタル場合ニ於テハ被解放者ハ凡百ノ點ニ於テ生レナカラノ自由人ト同一ノ權利ヲ得有スルモノトス

第三節　土着農夫(Colonus.)

「コロヌス」ハ「コロ」(Colo)ナル文字ニ出テ「コロ」ハ吾ハ耕スト云フ意味ニシテ「コロヌス」ハ單ニ農夫ト云フ意味ヲ有スルニ過キサリシカ後ニハ農夫中ノ或特別ノ者即チ土着農夫ヲ指稱スルニ至レリヂオクレチアルス帝(紀元後二百八十四年ヨリ三百四十五年マテ君臨セリ)ノ時代以後羅馬ニハ土着農夫ノ數漸次增加シタリ然ルニ此土着農夫ハ身體ノ拘束ヲ受クルコトナキカ故ニ奴隷トハ大ニ其性質ヲ異ニスル所アリタリ然レトモ土着農夫ハ常ニ土地ニ附着シテ其一部分ト看做サルヽカ故ニ自己ノ自由ニ其土地ヲ離レテ他ニ移住スルコトヲ得ス若シ其地ノ所有者カ之ヲ他ニ賣渡シタルトキハ土着農夫ハ新所有者ノ支配ヲ受クルモノトス此點ヨリ之ヲ論スレハ土着農夫ハ土地ニ附着スル一種ノ奴隷ナリト云フモ不可ナキカ如シ之ヲ要スルニ土着農夫ノ地位ハ自由人ト奴隷ノ中間ニ位スルモノナリ

土着農夫ノ起源ニ付テハ學者ノ說一定セス其何レカ果シテ正當ナルヤハ未タ容易ニ斷言スヘカラス或一派ノ說ニ依レハ土着農夫ハ奴隷ノ有樣ヨリ轉化セルモノナリ即チ古昔奴隷ヲ解放スルニ當リ從前耕作シ來リタル土地ヲ離レサルコトヲ條件トシタルカ故ニ遂ニ一種ノ土着農夫ナル者ヲ生スルニ至レリト說明スレトモザヴィニーノ說ニ依レハ羅馬ノ國境ニ他國人ニ移住スル者多ク遂ニ一種ノ農夫ヲ產スルニ至レリト云ヘリ余ヲ以テ之ヲ見ルニ二說共ニ正當ナリト云ヒ難キニ似タリ蓋シ埃及ノ如キハ羅馬ニ征服セラルヽ以前ニ於テ既ニ土着農夫ニ類スル一種ノ農民アリタルノミナラス羅馬カ征服シタル諸多ノ地方ニ於テモ亦往々之ニ類スル農民アリテ其慣習ハ必ススシモ同一ナラサリキ而シテ羅馬帝國一般ニ適用スヘキ法律ノ發布セラレタルハ頗ル新シキ時代ニ屬スザヴィニーハヂオクレヂアヌス帝以前ニハ土着農夫ニ類シタルモノナシト說クモ是レ其謬見ニシテ古代土着農夫ニ類シタル一種ノ農民ノ在存セシコトハ古代法律家ノ著書ニ散見スル所ナリ要スルニ土着農夫ノ起源如何ハ其詳カナラサルコト斯クノ如シト雖モ其古代ヨリ在存シタルコトハ決シテ疑ヲ容ルヘキニアラサルナリ其後羅馬人ト

獨逸人トノ交通頻繁ナルニ從ヒ獨逸人ハ漸次羅馬ノ國家ニ移住シ來ル者多ク羅馬人ハ之ト和睦シ土地ヲ開拓スルノ自由ト便利トヲ與ヘタルヲ以テ土地ノ耕作ニ從事スル獨逸人等ハ遂ニ一種ノ土着農夫ト爲レリ而シテ其數ノ最モ增加シタルハ實ニヂオクレヂアヌス帝以後ニ在リシカ如シ

第四節　自由人

自由人トハ生レナカラノ自由人ヲ謂フナリ父母共ニ生レナカラノ自由人ナルカ若クハ被解放者ナルトキハ其子ハ自由人ナリ又父若クハ母ノ何レカ自由人ニシテ他カ被解放者ナルトキハ其子モ自由人ナリ又父ハ奴隷ナルモ母ニシテ自由人ナルカ若クハ被解放者ナルトキハ其子モ亦自由人ナリ又母ニシテ自由人ナルカ若クハ被解放者ナルコト明確ナルトキハ其父ノ誰ナルヤ知ルヘカラサルモ其子ハ尙ホ自由人タルヲ失ハス而シテ又懷胎ノ當時母カ奴隷タリシセ分娩ノ當時母カ自由人タルトキハ其子ハ自由人ニシテ又母カ懷胎ノ當時自由人ナリシトキハ縱令分娩ノ當時奴隷タルモ其子ハ爲メニ自由人タルヲ失ハサルモノトス然ルニ母カ懷胎ノ當時奴隷ニシテ其後自由人ト爲リ尋テ再ヒ奴隷ト爲リテ分娩シタルトキハ其子ハ自由人ナルヘキヤ將タ奴隷ナルヘキヤニ付テハ羅馬ノ法律家ノ或者ハ自由人ナリト云ヒ或者ハ奴隷ナリト說キ其議論一定セスマルツェルス(Marcelus)ノ說ハ「ユスチニアン」法典ノ採用スル所ト爲リタルカ其說ニ依レハ子カ母ノ胎內ニ在ルニ當テ其母カ一度タリトモ自由人タルコトヲ得タルトキハ分娩ノ當時再ヒ奴隷タルモ其子ハ生レナカラ自由人タラサルヲ得スト云フニ在リ此說ノ果シテ論理上正當ナリヤ否ヤハ頗ル疑アリト雖モ今措テ論セス羅馬人ハ可成的自由人ヲ多カラシムルノ傾向アリタルヲ以テ此說大ニ勢力ヲ得ルニ至レリ又「ユスチニアン」法典ハ人若シ生レナカラノ自由人ナルトキハ縱令一タヒ奴隷ト爲ルモ一旦解放セラレタルトキハ再ヒ完全ナル自由人ト爲ルモノト規定シタリ

第四章　羅馬ノ市民及外國人

羅馬ニテハ市民權ノ存否ニ基キ人ヲ羅馬市民ト外國人トニ區別シ其法律關係ニ付テ之ヲ保護スル法律ヲ異ニセリ即チ羅馬市民ハ市民權ヲ有シ外國人ハ之ヲ有セサルモノトセリ故ニ羅馬市民ハ結婚、遺言其他財產ノ所有等一ニ市民法ノ保護ヲ受クルコトヲ得ト雖モ外國人ハ然ラス從テ外國人ハ其妻ニ對シテ市民法ノ所

謂夫權ヲ有セス又外國人ハ其子ニ對シテ市民法ノ所謂家父權ヲ有セス又市民法ノ後見制度ニ依ルコトヲ得サルナリ然レトモ外國人ハ萬姓法ノ保護ヲ受クルノミナラス各其本國ノ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得タリ而シテ外國人カ本國法ノ保護ノ下ニ立ツコトニ付テハ聊カ說明ヲ要スルヲ以テ之ヲ略說スヘシ

古昔ニ在テハ希獵人ニテモ羅馬人ニテモ皆祖先敎ヲ奉シ宗敎ト政治トハ甚タ緊密ノ關係アリタリ抑モ羅馬ニハ「ヴェスタ」(Vesta)ナル神アリ此神ハ「ザツルヌス」神ノ娘ニシテヌーマー王ノ時代ニハ既ニ社殿ヲ建築シテ之ヲ祭祀シ此社殿ニ限リテ像ヲ安置セス絕エス點火シ女神官之ヲ護ルヲ職トセリ女神官ノ數其始ハ四人ニシテ「タチエンゼス」族ヨリ二人「ラムネス」族ヨリ二人ヲ採リタリシカ後ニ至リ「ルツェレス」族ヨリ亦二人ヲ採用シ其數增シテ六人ト爲リタリ而シテ若シ此女神官カ誤テ火ヲ消ストキハ嚴罰ヲ科ス是レ蓋シ其火ハ羅馬人ノ祖先ノ靈魂ノ寓スル所ト想ヒタルカ爲メナリ之ニ類スル事跡ハ希獵其他ノ諸國ニモ多ク之アル所トス而シテ古昔ハ同一宗敎ヲ奉シ同一祖先ヲ祭禮スル者ハ同一法律ノ保護ヲ受クヘキモノトセリ夫レ斯クノ如ク共通ノ宗敎アリテ後共通ノ法律ノ保護ノ下ニ立ツノ事實ハ宗敎ト政治トノ關係カ如何ニ緊密ノモノナリシカヲ知ルニ足ルヘシト信ス此故ニ羅馬ノ市民法ハ羅馬市民ノミ之カ保護ヲ受クヘキモノトスル以上ハ羅馬以外ノ諸國モ亦其社會ニ固有ナル法律即チ市民法ニ相當スル法律アリテ其社會ノ人民ノミヲ保護シタルコト決シテ疑ヲ容ルヘキニアラス例ヘハ希臘ノ雅典府ニハ雅典固有ノ法律アリテ希臘人ヲ保護スレトモ決シテ羅馬人ニ之ヲ適用スルヲ許サヽリシカ如シ而シテ羅馬ノ極メテ隆盛ナル時代ニ在テハ他ノ地方ノ人民ヲ壓抑スルコト甚シク羅馬市民ノ權力ハ他ノ社會人民ニ比スレハ甚タ重大ナリシカハ羅馬人ノ所謂外國人ハ各其本國法ニ從ヒ結婚、遺言ヲ爲シ其他財產ヲ所有スルコトヲ得ルニ止マリ所謂市民法ノ保護ヲ受クルコトヲ得サリキ但シ萬姓法ハ諸國人民ニ共通ノ法律ナルヲ以テ外國人ト雖モ之カ保護ヲ受クルコトヲ得タリシハ勿論ナリトス而シテ公法ノ區域內ニ於テハ外國人ハ選擧權及名譽權ヲ有スルコトナカリキ

羅馬市民ト外國人トノ區別ハカラカラ帝(紀元後二百十一年ヨリ二百十七年マテ君臨セリ)ノ時ニ廢セラレ唯捕虜ノミカ私權ヲ享有スル分量稍ヽ少ナカリシ外一般ノ外國人ハ羅馬市民ト

同一ノ權利ヲ有スルコトヽ爲リユスチニアン帝ノ時ニ至リテハ更ニ進テ如何ナル外國人モ羅馬市民ト同一ノ私權ヲ享有スルヲ原則ト爲セリ

古昔ノ羅馬ノ法律ニ依レハ羅馬市民ト外國人トノ中間ニ羅典人民ナルモノアリ是レ即チ羅馬ト同盟シタル國ノ人民ノ謂ニシテ普通ノ外國人ト異リテ市民法ニ從ヒ結婚、遺言ヲ爲シ其他財產ヲ所有スルコトヲ得タリト雖モ其選擧權、名譽權ヲ有セサリシハ猶ホ普通ノ外國人ニ同シカリキ然ルニ共和政ノ末年ニ至リ此羅典人ハ羅馬市民タルノ特權ヲ全然獲得シタリ

第五章　家父及家子

人格ハ自由、市民權、家族權ノ三ヲ以テ組成セラルヽコトハ人格ノ章ニ於テ詳說シタル所ナリ而シテ自由ニ基ク人ノ區別ハ第三章ニ於テ之ヲ詳說シ市民權ニ基ク人ノ區別ハ第四章ニ於テ亦之ヲ詳說シタレハ余ハ本章ニ於テ家族權ニ關シテ家父ト家子トノ區別如何ヲ詳說セントス

第一節　家父ト家子トノ關係及家父權

家父ハ一家ノ長ニシテ其權力ヲ家父權ト稱シ其權力ノ下ニ在ル者ヲ總稱シテ家子ト云フ是故ニ祖父死亡シテ父存スルトキハ父ハ即チ家父ニシテ其子ハ即チ皆家子タリ而シテ祖父尙ホ存スル場合ニ於テハ其子及孫ハ皆其權力ノ下ニ在リテ家子タルモノトス左レハ祖父壽ニシテ子アリ孫アリ曾孫アリ玄孫アルトキハ此等ノ者ハ其年齡ノ老幼如何ニ拘ラス均シク皆家子トシテ祖父ノ權力ノ下ニ立タサルヘカラス而シテ若シ家父ニシテ死亡スルトキハ其子襲テ家父ト爲ルモノトス然レトモ羅馬ニ於ケル相續ハ財產平分ノ主義ヲ原則トスルカ故ニ家父死亡シタル場合ニ於テ其長子ノミカ家父ト爲ルニアラス其子ハ皆同時ニ家父ト爲リ其子孫ハ亦之カ家子トシテ家父權ノ下ニ立タサルヘカラサルモノトス

羅馬法ニハ自權者、他權者ナル區別アリテ存シ自權者トハ獨立シテ自己ノ權利ヲ行使スルヲ得ル者ヲ謂ヒ他權者トハ他人ノ權力ノ下ニ在ル者ヲ謂フ本章ニ於テ余カ家父ト稱スル者ハ即チ自權者ニシテ家子ト稱スル者ハ即チ他權者ナリトス」羅馬法ノ所謂家父ハ日本ノ戶主ニ該當シ羅甸語ニテハ「パーテル」、「ファミリアス」(Paterfamilias)ト云フ「パーテル」ハ即チ英語ノ「ファザー」(Father)ニ該當シ「ファミリアー」(Family)ニ該當ス元來「パーテル」ナル文字ハ希臘語ニテモ「パーテール」ト云ヒ古代ノ

梵語「サンスクリット」ニテハ「ピタール」ト云ヒ現時ノ英、佛、獨ニ語ニテモ其音甚タ相似タリ此文字本來ノ意義ハ子供アル人ト云フノ意味ニアラス「子供アル人」トハ羅甸語ニテハ別ニ「ゲニトル」(Genitor)ナル文字アリテ希臘ノ「ゲンネテル」及梵語ノ「ジャニタール」ニ該當ス然ラハ「パーテル」ナル文字ノ意義如何ト云フニ有權者ナル意義ヲ有スルモノトス希臘及羅馬ニテハ一家ニ家父ノ存スルハ猶ホ一國ニ王アルカ如シトノ觀念ヲ有シタリ今先ツ宗教ノ事ニ關シテ說明センニ羅馬ニ在テハ一ノ家族ハ必ス其家ノ神ヲ祭ルヘキモノトシ所謂家ノ神ハ即チ其家ノ祖先ト「ユピテル」等ノ神ニシテ「ユピテル」神ハ一國ノ神タルト同時ニ亦一家ノ神タルナリ而シテ此祭祀ニハ他ノ家族ヲシテ決シテ參與セシメサルモノトス此事頗ル支那古代ノ風習ト酷似セリ論語ノ爲政編ニ非其鬼而祭之諂也トアリ又左傳ノ僖公三十一年ニ嫁武子不可曰鬼神非其族類不歆其祀トアル皆羅馬人ノ思想ト一致スルヲ見ル又希臘人及羅馬人ハ以爲ラク人若シ死スルトキハ其魂魄必ス墓所ニ止マリ事變ニ際シテハ出現シテ子孫ヲ保護スル者ナリト此事亦支那古代ノ思想ト相似タリ左傳ノ成公十年ニ晉侯夢大厲被髮及地搏膺而踊曰殺余孫不義余得請於帝矣壞大門及寢門而入公懼入于室又壞戶公覺中略公疾病求醫於秦秦伯使醫緩爲之來至公夢疾爲二豎子曰役良醫也懼傷我焉逃之其一曰居肓之上膏之下若我何醫至曰疾不可爲也在肓之上膏之下攻之不可達之不及藥不至焉可不爲也云々而シテ景公遂ニ死セル事ヲ記セリ之ヲ解スル者曰ク晉ノ景公前ニ趙同趙括ヲ殺シタルヲ之テ其祖先之ヲ怒リ侯ノ夢ニ入リ以テ其仇ヲ報シタルナリト又周書ノ金縢ニ武王病アリ周公其祖太王王季文王ニ告ケ以テ武王ノ身ニ代ランコトヲ祈ルノ記事アリ此二事以テ支那古代ノ人民ハ祖先ハ必ス其子孫ヲ冥助スルモノナリトノ思想ヲ有シタルコトヲ論スルニ足ル而シテ此思想ハ亦羅馬人ニモ存シタル所ニシテ祖先ノ祭祀ニハ特ニ愼重ヲ加フルヲ常トセリ又周禮ノ地官ノ大司徒ノ章ニ依レハ五家ヲ合シテ比ト爲シ五比ヲ閭ト爲シ四閭ヲ族ト爲ストアリ羅馬ニ於テモ亦殆ト之ト同シク數家ヲ合シテ「クーリヤ」(Curia)ト爲シ數「クーリヤ」ヲ合シテ「ツリブス」(Tribus)即チ族ト爲シ三族合シテ「ウルブス」(Urbus)即チ市ヲ爲シ此等ノモノ皆神アリテ人臣ヲ保護スルモノトセリ元來羅馬ノ神ニハ二種類アリ一ハ羅馬人ノ祖先ニシテ即チ支那ノ所謂社稷宗廟ニ該當シ他ハ「ユピテル」「ユーノー」「アポロー」等ノ神ニ

シテ天然ノ力ヲ代表スルモノトシ古ハ國王高僧ノ職ヲ兼ネ此等ノ神ノ祭祀ヲ司レリ從テ政治ト祭祀トハ甚タ密接ナル關係ヲ有セリ而シテ周禮ニ族師ハ族ニ於ケル神ノ祭祀ヲ司リ閭ニテハ閭胥之ヲ司ルト同シク羅馬ニ在テモ「ツリブス」ニテハ其長祭祀ヲ司リ「クーリヤ」ニテモ亦長アリテ其神ヲ祭リ一家ニ在テハ家父ハ一家ノ長トシテ家族ヲ率キ以テ其家ノ神即チ祖先竝ニ「ユピテル」等ヲ祭祀セリ是ニ由テ之ヲ觀レハ羅馬ノ「ウルブス」即チ市ヨリ一家ニ至ルマテ大小ノ區別コソアレ其祭神組織ニ至テハ皆相同シク一家ニ父アルハ恰モ國ニ王アルカ如ク家政若クハ國政ヲ治ムルト同時ニ祭祀ノ事ヲ司リタリ啻ニ宗教ノ事ニ關シテノミ然ルノミナラス裁判ニ關シテモ亦殆ト之ト同樣ニシテ國王ハ同時ニ裁判官ヲ兼ネ家父ハ一家ノ裁判官ノ地位ニ立チ其家ニ關シテ生スル萬般ノ事件ニ付キ子孫ニ對シテ裁判ヲ爲スヲ常トセリ是レ獨逸人ノ祖先モ同一ナル所ナリ斯クノ如ク家父ハ一家ノ裁判官ヲ兼ヌルカ故ニ家子ニシテ若シ罪惡ヲ犯ストキハ直チニ之ヲ罰シタリ羅馬法ニ家父ハ其子孫ニ對シテハ生殺ノ權アリト云ヒタルハ蓋シ家父ノ裁判權ニ付テノ謂ナラン事理ニ通セサル家父ハ時トシテ其子孫ヲ殺傷スルコトナキニアラサルモ普通人ハ之ヲ敢テセサリキ若シ家父ニシテ濫ニ其子孫ヲ虐待スルトキハ親族會議ハ之ニ對シテ故障ヲ爲スコトヲ得タルノミナラス而モ祖先ノ激怒ニ觸ルヽ恐アルヨリシテ子孫ヲ虐待スルノ弊ハ大ニ制限セラルヽ所アリタリ

古昔ハ希臘羅馬共ニ家父ハ其子ヲ賣却スル權アリト爲セシカ子ノ賣却ハ祖先ノ祭祀ヲ絶ツノ恐アリ且ツ己ノ死後之ヲ祭祀スル者ナキトキハ其魂魄餓死スルノ恐アルヨリシテ子ヲ賣却スルコトハ實際甚タ稀ナリキ

希臘ニテハ家父ノ權力ハ早ク衰エ且ツ羅馬ニ於ケルカ如ク强大ト爲リタルコトナキモ羅馬ニテハ家父ノ權力ハ大ニ擴張セラレ十二表ノ法律ニ依レハ此時代ニハ家父權ハ最早强大ナラサリシモ其以前ハ頗ル甚シキモノアリシカ如シ沿革トシテ約言スレハ家父權ハ古昔ニ强大ニシテ後世ニ至ルニ從ヒ漸次衰退シ共和政ノ時代ニ至テハ家父ハ濫ニ子ヲ殺スコトヲ得サルモノトシ若シ子ヲ殺ストキハ重罰ヲ科セラルヽコトヽ爲レリ又家父カ子ヲ賣却スルノ風習モ漸次ニ廢滅ニ歸シ後世ニ至テハ全然之ヲ禁止スルコトヽ爲レリ十二表ノ法律ニ依レハ家父カ子

ヲ賣ルコト三回ニ達スルトキハ子ハ家父權ヲ脫スルコトヲ得ルモノトセリ之ヲ以前ノ風習ニ比スレハ著シキ改正進歩ト云ハサルヲ得ス

一家ノ子孫カ若シ他人ニ損害ヲ加フルトキハ家父ハ之カ爲メニ賠償ノ責ニ任スヘキモノトス昔時ニ在テハ家父ハ其子ヲ被害者ニ與ヘテ以テ其責ヲ免脫シ得ルモノトセリ此點ニ於テ家父權ノ下ニ在ル家子ハ家主權ノ下ニ在ル奴隷ト同一ノ境遇ニ在ルモノト云フヘシ然レトモ後世ニ至テハ之ヲ禁止シタリ

羅馬ニ於テハ一家ノ財產ハ其家族全體ノ所有ニ屬ス然レトモ之カ支配權ハ家父ノ掌握スル所ニシテ家子之ニ容喙スルノ權ナシ加之家子カ獲得セル財產ニ付テモ古昔ハ家父ノ支配ヲ受クルカ故ニ外形上恰モ家父一人ノ所有ニ歸スルモノヽ如シ然レトモ家子カ負債ヲ爲ストキハ其債務ハ家子自ラ之ヲ負擔セサルヘカラス家父ハ之ニ對シテ何等ノ責ニ任セサルナリ換言スレハ家子ハ財產ニ付テハ積極的能力ヲ有セス唯消極的能力ヲ有スルノミ斯クノ如ク家子ハ財產上ニ於テハ非常ニ不利益ノ地位ニ立ツヲ以テ後ニ至リ自己ノ特有產ニ對シテハ直接ニ支配權ヲ有スルニ至レリ家子ノ特有產トハ羅甸語「ペクーリウム」ト稱シ奴隷ノ特有產ト恰モ其性質ヲ同ウス然レトモ其特有產ノ上ニ有スル權力ニ至テハ日ヲ同ウシテ語ルヘカラサルモノアリ而シテ家子ノ特有產ト稱スルモノハ左ノ四種ニ限ル

第一、武功ニ依テ得タル財產

第二、文勳ニ依テ得タル財產

右二種ノ財產ニ付テハ家子ハ完全ナル處分權ヲ有ス

第三、家子カ家父ノ支配スル財產ヲ使用シ依テ得タル財產

此種ノ財產ハ縱令家子ノ掌中ニ在ルモ其處分權ハ家父ニ屬ス

第四、家子カ父以外ノ人即チ外祖等ヨリ得タル財產

古代ニ於テハ此種ノ財產ハ專ラ家父ニ屬セシム後世ニ至リ父ハ之ニ對シ用益權ヲ有スルニ止マレリ故ニ父ハ其財產ヲ處分スルコトヲ得サルモ自己畢生間ハ之ヨリ生スル利益ヲ獲得シ且ツ之ヲ使用スルノ權ヲ有ス

羅馬ノ私法ニ於テハ家父ト家子トヲ區別スルノ必要アリシモ公法ニ於テハ敢テ其必要ヲ見ス何トナレハ家子ト雖モ羅馬ノ市民ナル以上ハ選擧權及名譽權ヲ有スルカ故ニ大官トナルコトヲ得ヘケレハナリ

以上述ヘ來リタル所ヲ要約スルニ古代ニ於テハ羅馬私法ノ區域内ニ於テ家父權ノ勢力非常ニ大ナリシモ後世ニ至リテハ稍微弱ニ赴ク傾向ヲ有シ共和政一變シテ帝政トナルヤ益其勢力ヲ減縮セリ今試ニユスチニアン時代ノ規定ニ以テ十二表ノ法律規則ト對照スルニユスチニアン法典ノ家父權ニ關シテハ古昔市民法ノ規則僅ニ其片影ヲ止ムルノミニシテ羅馬ノ家族制度ハ今ヤ殆ト廢滅ノ境涯ニ在ルモノト云フヘシ更ニ家族制度ニ關スル歐洲ノ法律歴史ヲ按スルニ古昔ニ在テハ家族ヲ組織スル者ノ單位ハ概シテ家族ナリシモ後世ニ至リ變シテ個人之カ組織分子タルモノヽ如シ即チ家族制度漸ク變シテ個人制度トナリタルモノ是ナリ我邦ニ於テ家族制度ヲ廢スルノ利害ニ付テハ別ニ論議ヲ要スヘキモノアルモ羅馬法ノ講義ニ於テ之ヲ述フルノ必要ナシ之ヲ要スルニ歐洲ニ於テハ家族制度一變シテ個人制度トナリシハ爭フヘカラサル事實ニシテ之ヲ羅馬ニ就テ見ルトキハユスチニアン時代ニ於テハ未タ個人制度ノ組織ニ至ラサルモ古代ノ殿格ナル家族制度ハ當時既ニ廢滅ニ歸シタルコト明カナリトス

第二節　家父權ノ獲得

家父權ヲ獲得スルノ方法ハ種々ナリト雖モ今其重ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　子ノ出生

出生シタル子ニ對シ家父カ自己ノ子ニアラサルコトヲ信スルニ足ルヘキ相當ノ理由アルトキハ之ヲ否認スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ其子ハ同一家族ニアラサルカ故ニ其祖先ノ祭祀ニ與ルコトヲ得ス然レトモ子ノ出生スルヤ家父之ヲ認メテ子ト爲ストキハ茲ニ家父權ヲ獲得ス

羅甸同盟ノ者ハ純然タル羅馬ノ市民ニアラサルカ故ニ羅馬法ノ所謂家父權ヲ保有スルヲ得ス然レトモ相當ノ理由ニ基キ羅馬ノ市民權ヲ獲得スルトキハ其當時ヨリ自己ノ子ノ上ニ家父權ヲ獲得ス又羅馬人ト雖モ羅甸人又ハ外國人ノ女子ト結婚シテ子ヲ生ムトキハ其子ノ上ニ家父權ヲ獲得スルコトヲ得ス然レトモ其結婚ニシテ錯誤ニ基キタルトキハ之ヲ理由トシテ子ノ上ニ家父權ヲ獲得スルヲ得ヘシ

第二　準嫡 (Legitimatio)

準嫡ニ因テ父ハ私生ノ子ノ上ニ家父權ヲ獲得スルコトヲ得今準嫡ノ重ナルモ

ノ二個ヲ説明スヘシ

(甲) 後日ノ結婚ニ因ル準嫡

父カ若シ一人ノ婦女ト同居シテ子ヲ生ミ後日其女ト結婚スルトキハ父ハ結婚前ノ子ニ對シ家父權ヲ獲得ス斯クノ如キ法律ヲ始メテ制定シタルハコンスタンチヌス皇帝ニシテ實ニ紀元後三百三十五年ナリ其後百四十一年間之ヲ實行セシカ四百七十六年ニ至テチェノー皇帝之ヲ廢止セリ然ルニ五十三年ヲ經テユスチニアン帝ノ時代即チ五百二十九年ヲ以テ再ヒコンスタンチヌス帝ノ法律ヲ復活シ父ハ後日ノ結婚ニ因リ結婚前ノ子ノ上ニ家父權ヲ獲得スルコトヲ許セリ今コンスタンチヌスノユスチアンカ斯カル法規ヲ設ケタル理由ヲ繹スルニ蓋シ此等ノ父母ニシテ後日更ニ子ヲ生ムトキハ其子ハ嫡出ノ子ト看做サレ完全ニ父ノ權利ヲ相續スルコトヲ得ヘシ然ルニ其兄タル結婚前ニ生レタル子ハ私生子ニ過キスシテ何等ノ權ナシトセハ彼此權衡ヲ失スト云ハサルヘカラス故ニ父ヲシテ其私生子ノ上ニ家父權ヲ獲得セシメ以テ此等ノ不都合ヲ避ケントシタルニアルモノナラン然レトモ此準嫡ノ有效ナルカ爲メニハ種々ノ條件ヲ要ス今其重ナル二三ヲ擧クレハ父ハ婦女ト結婚前ニ於テモ夫婦同樣ニ住居セルノ事實アルコトヲ要ス又其同居セル男女ハ何時ニテモ任意ニ結婚ノ式ヲ擧行シ得ヘキ狀態ニ在ルヲ要ス若シ此等ノ事項ニ付キ法律上ノ故障アルトキハ其當時生レタル子ハ父母ノ後日ノ結婚ニ因テ家父權ノ下ニ立ツコトヲ得ス

右後日ノ結婚ニ因ル準嫡ハ重ニ歐洲大陸ニ認メラルヽ所ニシテ今日尙ホ之ヲ現行セリ然レトモ英國ニ於テハ古ヨリ之ヲ認メス後千二百三十五年同國々會ニ於テ之ヲ採用セントノ建議起リシカ貴族議員ハ激烈ナル言語ヲ以テ痛ク之ヲ排斥セリ

(乙) 皇帝ノ指令ニ因ル準嫡

父カ嫡出ノ子ヲ有セス唯私生子ノミヲ有スル場合ニ其私生子ノ母死亡スルカ又ハ結婚ノ價値ナキモノナルトキハ父ハ其私生子ヲ嫡出ノ子ト認メテ之ニ對シ家父權獲得ノ許可ヲ得ンコトヲ請願スルコトヲ得此場合ニ於テハ皇帝ハ指令ヲ與ヘテ之ヲ許可スルコトアリ又父カ右ノ手續ヲ履行セスシテ死

亡シタルトキハ其遺族ハ死亡シタル父カ其私生子ヲ子トシテ承認スルノ遺言ニ基キ同シク皇帝ニ請願シテ準嫡ノ許可ヲ受クルコトヲ得ヘシ

右ノ外準嫡ノ方法ハ尚ホ幾多ノ種類アルモ概ネ重要ナラサルカ故ニ煩ヲ恐レテ玆ニ之ヲ省略ス

第三　養子

羅馬人ハ古來祖先敎ヲ奉シテ家族制度ヲ成シ若シ一家斷絶シテ祖先ノ祭祀ニ當ル者ナキトキハ祖先ノ魂魄ハ饑餓スルコトヲ信セリ死シテ祀ラストハ支那人ノ最モ忌ム所東西其軌ヲ一ニスト云フヘシ從テ若シ一家ニ子女ヲ有セサルトキハ必ス他家ヨリ養子ヲ迎ヘ以テ我家ヲ相續セシム是ニ由テ之ヲ觀レハ羅馬ニ於ケル養子制度ハ單ニ子ヲ養育シテ以テ老後ノ娛樂ニ供セントノ旨趣ニ基クモノニアラスシテ全ク宗敎上ノ觀念ニ由來セルモノナルコトヲ知ルニ足ルヘシ

養子ノ制度ハ羅馬人ニ始マルモノニアラス之ト人種ヲ同フスル所ノ印度人及希臘人ノ如キモ右ト同一ノ理由ニ基キ早ク既ニ養子ノ制度ヲ認メタリ即チ印度「マヌー」(Manu)ノ法律ニ依レハ子ヲ有セサル者ニ限リ他家ノ子ヲ養テ子ト爲スコトヲ得ト規定シ又希臘第一流ノ演說家デモステネス(紀元前三百八十五年ニ生レ三百二十二年ニ死セリ)ノ演說ニ依レハ亞善ニ於テモ子ヲ有スル者ハ他家ノ子ヲ養子ト爲スコトヲ得サルカ如シ蓋シ養子ニ對シ斯カル法規ヲ設ケタル所以ノモノハ養子ノ制度ハ一家ノ斷絶ヲ防クニ在ルカ故ニ其虞ナキ場合ニ於テハ之ヲ認ムルノ必要ナケレハナリ羅馬ニ於テハガイユスノ生時ハ實子アル者ト雖モ尚ホ養子ヲ爲スコトヲ許セルカ如シ然レトモチチェローノ著書ニ依レハ同氏ノ時代ニ於テハ實子アル者ハ養子ヲ許サヽルモノヽ如シ次ニ自權者即チ戸主ヲ養子ト爲ス場合ニ付キ說明センニ羅馬ニ爲テハ正當ノ子ヲ有スル者ハ自權者ヲ養子ト爲スコトヲ許サス此趣意ヨリ考フルトキハ古昔ハ獨リ自權者ノミナラス一般ノ養子ニ付キ期クノ如キ制限ヲ認メラレタルモ中途此規則ヲ一變シテ前ニ述ヘタル如ク實子アルモノト雖モ尚ホ養子ヲ爲スコトヲ得ト爲シタルモノヽ如シ

又東羅馬ニ於テハアナスタジュース皇帝(四百九十一年ヨリ五百十八年マテ皇帝ノ位ニ在リタリ)ノ時代ニ父ハ自己ノ私生子ヲ以テ養子ト爲スコトヲ得ル法律ヲ制定セリ其精神タルヤ蓋

シ一家ノ斷絶ヲ防クカ爲メニアラスシテ全ク親子間ノ愛情ニ基因シタルニ外ナラス此規則ハ羅馬ニ在リテハ廢止セラレタルニ拘ラス現今佛國ニ於テハ盛ニ此手段ヲ實行セリ其理由タル巴里ノ如キハ私生兒ノ數甚タ多クシテ母姓ノミヲ襲フトキハ不都合ヲ生スルニ在リトス

父ノ姓ヲモ襲用セシメントスルニ在リトス

羅馬法ノ所謂養子ニ二種アリ一ヲ「アロガチオ」(Arrogatio)ト云ヒ一ヲ「アドプチオ」(Adoptio)ト云フ「アロガチオ」トハ自權者即チ戶主ヲ養子ト爲スモノニシテ「アドプチオ」トハ他權者即チ非戶主ヲ養子ト爲スモノヲ云フ羅馬古代ノ法律ニ依レハ何レノ種類ニ依ル養子ト雖モ他家ノ養子トナル以上ハ當然實家ヲ脫離ス何トナレハ古昔羅馬ノ宗教ニ於テハ祖先ノ祭祀ハ唯其家族ノミ之カ儀式ニ與ルコトヲ得ヘク他家ノ者ハ之ニ與ルコトヲ許サヽルカ故ニ一人ニシテ二家ニ屬スルコトヲ得サレハナリ而シテ既ニ他家ノ養子トナリテ實家ヲ脫スル以上ハ實家ニ於ケル家族權ヲ失フカ故ニ自權者ノ場合ナルト他權者ノ場合ナルトヲ問ハス共ニ人格小減等ヲ受クルノ結果ヲ生ス

右「アロガチオ」ト「アドプチオ」トノ間ニ於テハ其規則ヲ異ニスル點甚タ多シ故ニ先ツ「アロガチオ」ヲ說明シ次テ「アドプチオ」ニ及ハントス

「アロガチオ」ヲ爲サントスルトキハ先ツ羅馬國民會ニ於テ訊問ハ手續ヲ遂ケサルヘカラス今其手續ノ大要ヲ述フレハ國民會ハ養子ヲ迎ヘントスル者ニ對シテ果シテ他家ノ者ヲ自家ノ子ト爲サント欲スルノ意思アリヤ否ヤヲ訊問シ次ニ又養子トナラントスル者ニ對シテハ果シテ養子トナリテ生殺ノ權ヲ養父ニ委ネント欲スルノ意思アリヤ否ヤヲ訊問ス終リニ又國民會ニ會スル人民ニ對シテ果シテ右養子ノ件ヲ許可スルヤ否ヤヲ訊問ス斯クノ如ク國民會訊問ノ手續ノ外ニ僧侶ノ認諾ヲ要ス而シテ斯ク自權者ヲ養子ト爲スニ付キ繁雜ナル手續ヲ要スルハ果シテ如何ナル理由ニ出ルヤト云フニ若シ自權者カ他家ノ養子トナルトキハ祖先ノ祭祀ヲ繼續スル者ナク其魂魄餓ヱンコトヲ恐ルヽニ外ナラス故ニ其養子タラントスル自權者ニ兄弟アリテ祖先ノ祭祀ヲ斷絶スルノ憂ナキトキハ其自權者ハ他家ノ養子トナルモ不可ナキカ故ニ僧侶モ亦其養子タルコトヲ拒マス加之一家族ヲ繼續センカ爲メニ他ノ家族ノ消滅ヲ敢テスル

ハ事重大ナルカ故ニ自權者ヲ養子ト爲サント欲セハ必ス國民會ニ於テ訊問ノ手續ヲ要スト爲シタルモノナリ故ニ「アロガチオ」ハ一家ノ私事ニアラスシテ一國ノ公事ニ屬スルモノト云ハザルヘカラス而シテ此手續ヲ履テ養子ヲ爲スコトハ共和時代ニ專ラ行ハレタリシカ帝政以後ニ於テハ暫時ニシテ廢滅シ自權者ヲ養子ト爲スニ付テハ專ラ皇帝ノ許可ヲ得ルノ方法ヲ採ルニ至レリ

「アロガチオ」ヲ爲サントスルトキハ古代ヨリ養子トナラントスル者ノ同意ヲ經ルコトヲ必要トス而シテ其同意ハ前ニ述ヘタルカ如ク國民會ニ於テ之ヲ爲スモノトス然ルニ古昔ノ法律ニ依レハ女子ハ其國民會ニ出席スルコトヲ得サリシヲ以テ右ノ如キ訊問ノ手續ニ依テ養女トナルコトヲ得ス又婚姻年齡タル十四歲未滿ノ者ハ同意ヲ與フル能力ナキカ故ニ是レ亦「アロガチオ」ノ手續ニ依テ養子トナルコトヲ得ス然ルニアントニヌス、ピュス皇帝(百三十八年ヨリ百六十一年マテ君臨)ノ時ニ至リ十四歲未滿ノ者ト雖モ亦「アロガチオ」ノ手續ニ依テ養子トナルコトヲ認ムルニ至レリ然レトモ狡慧ノ徒或ハ此規則ヲ利用シテ資產アル幼者ヲ養子ト爲シ其資產ヲ奪取スル者アランコトヲ恐レ特ニ之カ豫防ノ途ヲ開ケリ其規定ノ

如キハ繁ニ涉ルヲ以テ茲ニ之ヲ說明セス

以上余ハ「アロガチオ」ノ規則ヲ說了セルヲ以テ進テ「アドプチオ」即チ他權者養子ノ規則ニ付キ說明スル所アラントス

「アドプチオ」ハ賣買ノ方式ニ依テ行ハル抑モ羅馬法ニ依レハ家子ハ家族權ヲ有スルモノニシテ此點ニ於テハ奴隸ト其性質ヲ異ニス又古代ニ於テハ家父ハ家子ヲ賣却スルコトヲ得此點ニ於テニ家子ハ奴隸ト最モ酷似スルモノナリ而シテ奴隸其他總テ「レス、マンチピー」(Res mancipi)ト稱スル物件ヲ賣買スルニ方テハ「マンチパチオ」(Mancipatio)ノ方式ヲ履行セサルヘカラス

養子ノ方式制度ヲ述ヘンニハ先ツ「マンチパチオ」ノ方式ヲ明カニセサルヘカラス蓋シ養子ハ「レス、マンチピー」ノ一種ナレハナリ今其方式ヲ述フレハ婚姻年齡(十四歲)以上ノ羅馬市民五名以上ヲ以テ證據人ト爲シ外ニ同一資格ヲ有スル者一人ヲ以テ携秤人「リブリペンス」ト爲ス而シテ此携秤人ニ靑銅ノ塊ヲ持タシメ買主其前ニ立チテ目的物件ヲ持テ曰ク此物件ハ羅馬市民法ニ於テ自己ノ物タランコトヲ陳述ス余ハ此靑銅塊並ニ秤量ニ依テ之ヲ買ハントスト是ニ於テ買主

ハ青銅ノ塊ヲ以テ秤ヲ撃チ之ヲ物件ノ代價トシテ賣主ニ付與スルモノナリ此方式ハ古代ノ慣習ニ基クモノニシテ蓋シ當時ハ未タ鑄錢存在セサリシヲ以テ青銅塊ヲ以テ賣買ノ仲介ト爲シタルモノナリ其量秤ヲ使用スルハ之カ秤目ヲ量ランカ爲メニ外ナラス

羅馬ニ於テ「アドプチオ」ヲ爲スニ付テハ右賣買ノ方式及奴隷解放ノ方法ヲ併用スルモノニシテ其手續條規ノ繁雜ナルハ全ク十二表ノ法律ニ基ク即チ十二表ノ法律ニ依レハ父若シ其男子ヲ三タヒ賣却スルトキハ家父權ヲ喪失スルモノトス(第四表)故ニ子ヲ買却スルノ度數ニシテ三回ニ滿タサルトキハ父ハ家父權ヲ失フコトナシ然ルニ養子ヲ授受スルニ付テハ實父ヲシテ家父權ヲ失ハシムル必要アルカ故ニ右十二表ノ法律ニ從ヒ完全ニ養子ヲ爲サントスルトキハ賣買ノ方式ヲ三タヒ反覆セサルヘカラス以下其手續ノ概略ヲ例說スヘシ

養子授受ノ方式ニ二種アリ即チ左ノ如シ

第一ノ方式ハ實父ヲ甲養子トナラントスル者ヲ乙養父ヲ丙ト假定センニ甲カ「マンチパチオ」ノ方式ニ依テ乙ヲ丙ニ賣却シタルトキハ丙ハ棍棒ニ依ル解放ノ手續ヲ履テ乙ヲ解放ス此場合ニ於テハ乙ハ當然甲ノ家父權ノ下ニ立ツモノナリ依テ甲ハ第二回ノ賣却ヲ行ヒ乙ヲ再ヒ丙ニ賣却シ丙ハ前ノ手續ニ依リ再ヒ乙ヲ解放ス其結果乙ハ更ニ甲ノ家父權ノ下ニ立ツ次ニ甲ハ第三回ノ賣却ヲ行ヒ乙ヲ丙ニ引渡ス是ニ於テ甲ノ家父權ハ十二表ノ法律ニ依リ全ク消滅ニ歸スルモノトス然レトモ養子授受ノ手續ハ茲ニ終了スルモノニアラスシテ更ニ一層ノ手續ヲ爲スコトヲ要ス即チ丙ハ「マンチパチオ」ノ手續ニ依リ乙ヲ甲ニ賣戻ス此場合ニ於テ丙ハ別ニ甲ニ對シテ物件取戻ノ訴訟ヲ提起シ乙ハ丙ノ子ナルコトヲ主張ス而シテ此訴訟ハ單ニ儀式ニ止マルヲ以テ甲ハ丙ノ主張ヲ爭ハスシテ裁判官ハ丙ノ子ナリトノ裁判ヲ與ヘ茲ニ全ク養子ノ手續ヲ終結スルモノトス

第二ノ方式ハ奴隷ノ賣買ト解放トノ方法ヲ併用シ第一ノ方式ニ酷似スル點多ク第一ノ方式ヲ類推シテ之ヲ知リ得ヘキカ故ニ之カ說明ヲ省ク

十二表ノ法律ニ於ケル家父カ子ヲ三回賣買スルトキハ其子ハ爲メニ家父權ヲ離脫スルコトヲ得トノ規定ハ男子ノミニ關シテ設ケラレタルモノニシテ女子及孫

ニハ何等ノ關係ナキモノトス從テ女子及孫ヲ他家ヘ養子トシテ與フルニハ一回賣買ノ手續ヲ行フトキハ家父權ハ忽チ破壞スルカ故ニ此場合ニ於テハ解放ノ方法ニ依ラス擬訴ノ方法ヲ以テ養子ノ授受手續ヲ完了スルナリ

古昔ノ羅馬ニ在テハ養子ノ授受ニハ上來説述シタル如キ煩雜ノ手續ヲ要セシカ其後ニ至リテハ全ク之ヲ廢止シテオクレチアヌス帝(二百八十四年ヨリ三百五年マテ在位)ノ法律ニ依レハ實子ト養父トカ養子ト爲サントスル者ヲ携ヘテ裁判所ニ出頭シ養子ト爲ス旨ヲ告クルヲ以テ足レリトシユスチニアン帝ノ法律ニ依レハ單ニ裁判所ニ屆出ヲ爲スヲ以テ足レリト爲スニ至レリ

自權者ヲ養子ト爲ス場合ニ在テハ養子タル者ハ國民會ニ出テヽ訊問ヲ受クルカ故ニ自己ノ意見ヲ吐露スルコトヲ得タリト雖モ他權者カ養子ト爲ル場合ニ在テハ決シテ然ラサリキ又古昔ハ養子ト爲ル者ハ賣買ノ目的物タルニ過キサリシカ故ニ全然自己ノ意見ヲ發表スルコトヲ得ス從テ十四歲未滿ノ者並ニ女子ト雖モ皆他家ノ養子ト爲ルコトヲ得トセリ然レトモ其後ノ法律ニ依レハ遺言ヲ爲ス資格ヲ有スル者ハ其年齡ノ幼少ヲ問ハス意見ヲ發表スルヲ得若シ養子ニ關シテ異議ヲ唱ヘタルトキハ其意ニ反シテ之ヲ養子ト爲スコトヲ得サルモノトセリ又古昔ハ女子ハ全然家父權ヲ有セス從テ養子ヲ爲スコトヲ得サリシカデオクレチアヌス帝以來女子ト雖モ其實子ヲ失ヒタル者ニシテ皇帝ノ允許ヲ得タルトキハ養子ヲ爲スコトヲ得ルニ至レリ然レトモ其法律上ノ效果ハ養母ト養子トノ間ニ相續權ヲ獲得スルニ止マリ養母ハ養子ヲ爲シタレハトテ家父權ヲ得ル能ハサリキ」ユスチニアン帝ノ法律ニ依レハ養子ヲ爲サントスル者ハ養子ヨリ長スルコト十八歲以上ナルコトヲ必要トセリ是レ蓋シ養子ヲ爲スハ一ニ天然ノ事實ヲ假擬スルモノナレハ養親ト養子トハ殆ト實親子ト看做シ得ヘキ程度ニ於ケル年齡ノ相違ナカルヘカラスト云フノ旨意ナルカ如シ

遺言ニ因リテ養子ヲ爲シ得ルヤ否ヤハ古昔ノ羅馬法ニ於ケル一ノ疑問ナリシカ後世ニ至リ法律ヲ以テ遺言ニ因リテハ養子ヲ爲スコトヲ得スト定メ以テ此點ニ關スル疑問ヲ一掃セリ

ユスチニアン帝ノ時代ニハ羅馬ノ家族制度大ニ廢頽シ養子ヲ爲ス旨趣モ亦大ニ昔日ト其面目ヲ異ニスルニ至レリ太古ノ時代ニ於ケル養子制度ハ專ラ宗教ニ關

係シ養子ヲ爲スノ目的ハ祖先ノ系統ヲ繼續セシメ以テ其祭祀ヲ絶タサラシムルニ在リタリ故ニ養子ハ必ス養父ノ家父權ノ下ニ立チ實父ノ家父權ヲ脫スヘキモノト爲セリ然ルニ降テユスチニアン帝ノ時代ニ至テハ養子制度ハ一ニ愛情ニ基クコトヽ爲レリ即チ養父カ他人ノ子ヲ養ヒ之ヲ實子ト同視シ以テ老後ノ樂ト爲スコト養子制度ノ唯一ノ目的ナリト云フニ在リタリ故ニユスチニアン法典ニ依レハ養子ハ必スシモ養父ノ家父權ノ下ニ立ツヲ要セス唯其死亡ノ際之ヲ相續スル權利ヲ有スルニ過キス尊屬親ノ養子ト爲リタル場合ニハ例外トシテ養子ハ必ス養父ノ家父權ノ下ニ立タサルヘカラストセリ但シ上述セル所ハ自權者カ養子タル場合ニハ之ヲ適用セサルモノトス

第三節　家父權ノ喪失

家父權ハ如何ニシテ喪失スヘキ乎之ニハ種々ノ方法アリ今順次說述スヘシ

第一　家ヲ去ラシムルコト(Emancipatio)

家父カ自己ノ家族中ヨリ家子ヲ去ラシムルトキハ家父ハ其家子ニ對シテ家父權ヲ喪失ス而シテ家父カ家子ヲ去ラシムル手續ハ頗ル養子授受ノ手續ニ類似ス十二表ノ法律ニ依レハ父カ其子ヲ賣却スルコト三回ニ及フトキハ父ハ其子ニ對スル家父權ヲ喪失スルモノト爲セリ家父カ家子ヲシテ家ヲ去ラシムル手續モ亦此方法ヲ利用シテ其家子ヲ三回賣却スルヲ常トス例ヘハ甲ナル家父カ乙ナル家子ヲ自己ノ家ヨリ去ラシメントスルトキハ甲ハ丙ナル第三者ニ乙ヲ賣却シ丙ハ奴隸解放ノ方法ニ依リテ乙ヲ解放ス然ルトキハ乙ハ再ヒ甲ノ家父權ノ下ニ立ツ因テ甲ハ更ニ丙ニ第二回ノ賣却ヲ爲シ丙ハ亦第二回ノ解放ヲ爲ス是ニ於テ乙ハ三タヒ甲ノ家父權ノ下ニ立ツコトヽ爲ル而シテ甲ハ尋テ丙ニ第三回ノ賣却ヲ爲ス然ルニ此時丙ハ解放ノ手續ヲ爲サスシテ之ヲ甲ニ賣戻シ甲ハ茲ニ解放ノ手續ヲ爲ス斯クノ如クシテ第三回ノ賣却ヲ終了スルトキハ乙ハ爲メニ甲家ヲ脫シ其家父權ノ下ニ立タサルニ至ルナリ而シテ最後ニ乙ヲ解放シタル者ハ甲ナルヲ以テ甲ハ乙ニ對シテ庇護人ノ地位ニ立ツモノトス若シ丙ニシテ最後ノ解放ヲ爲ストキハ丙ハ乙ニ對スル庇護人ト爲ルヘシ然レトモ父カ其子ノ庇護人ト爲ルハ實際ニ於テ便利ナルカ故ニ前例ニ於ケルカ如ク甲ハ丙ヨリ乙ヲ買戻シ以テ第三回ノ解放ヲ行フヲ常トセリ若シ家ヲ去ル者カ女

子ナルトキハ敢テ三回ノ賣却ヲ必要トセス唯僅ニ一回賣買ノ手續ヲ行フヲ以テ足レリトス即チ甲ナル家父カ乙ナル女子ヲ丙ナル第三者ニ賣却シ甲ハ更ニ之ヲ丙ヨリ買戻シ解放ノ手續ヲ爲シ以テ其手續ヲ終了ス而シテ此等ノ場合ニ於ケル解放ノ方法ハ奴隷解放ノ方法ニ擬スルカ故ニ庇護人ハ家ヲ去リタル者ニ對シテ奴隷解放者カ被解放者ニ對スルト同一ノ特權ヲ有スルモノトス

古昔ニ在テハ家父カ其家子ヲ其家ヨリ去ラシメントセハ上述セル如キ頗ル煩雜ナル手續ヲ要セシカ紀元後五百三年ニ至リ自己ノ家ヨリ子女ヲ去ラシメントスル者ハ皇帝ノ允可ヲ得ルヲ以テ足ルコトヽ爲リ續テユスチニアン帝ノ時ニ至リ一層其手續ヲ簡易ニシ家父カ其去ラシメシトスル子女ヲ携ヘテ裁判所ニ出頭シ家ヲ去ラシムル旨ヲ陳述スルトキハ裁判所ハ之ヲ帳簿ニ記入シ以テ其手續ヲ終了スルモノト爲セリ又古昔ニ在テハ子女ヲシテ家ヲ去ラシムルニ敢テ其子女ノ同意ヲ必要トセサリシカユスチニアン帝ノ時ニ至リ若シ家ヲ去ラントスル子女ニシテ故障ヲ申立ツルトキハ強テ家ヲ去ラシムルコト能ハス又子若クハ孫ハ家父ノ意ニ反シテ家ヲ去ルコトヲ得サルモノトセリ

羅馬ニ在テ上來說述シタル手續ニ依リ家ヲ去ラシメラレタル子女ハ實家ニ於ケル家族權ヲ喪失ス從テ人格少減等ヲ受クルモノトス

第二　家父ノ死亡

家父死亡スルヤ家父權ハ茲ニ消滅シテ其子女ハ直チニ自權者ト爲ル然レトモ孫ニ至テハ必スシモ然ラス蓋シ家父タル祖父死亡スルモ其父ニシテ生存スルトキハ孫ハ當然其父ノ家父權ノ下ニ立タサルヲ得サレハナリ

第三　人格大減等及中減等

(甲)　人格大減等

父若クハ子又ハ孫カ奴隷トナルトキハ家父權ハ爲メニ消滅ス但シ父カ敵ノ爲メニ捕ヘラレテ奴隷ト爲ルモ之カ爲メニ當然家父權ヲ喪失スルモノニアラス詳言スレハ父カ敵ノ爲メニ捕ヘラレ奴隷トセラルヽモ若シ後日羅馬ニ歸來スルトキハ依然家父權ヲ有シ絕ヘス羅馬ニ在リタルト看做サルヽナリ是レ素ヨリ法律ノ擬制ニシテ羅甸語ニ之ヲ「ユス、ポスチリミニー」(Jus Postiliminii)ト稱ス然レトモ敵ニ捕ヘラレタル父カ敵地ニ死亡スルトキハ敵國ニ生

存スル子女ハ父カ敵ニ捕ヘラレタル既往ニ遡リテ當然自權者ト爲ルモノトス子カ敵ニ捕ヘラレタル場合ニ於ケル家父權ノ消長ハ父ノ敵ニ捕ヘラレタル場合ニ於ケルト同一ナリ

(乙) 人格中減等

終身流刑ニ處セラレタル者ハ人格大減等ヲ受クヘキヤ將タ人格中減等ニ止マルヘキヤニ付テハ學者間ニ議論ノ存シタル所ナリシカユスチニアン帝ハ之ヲ人格中減等ト決定シタリ家父ニシテ此刑ニ處セラルヽトキハ子ハ爲メニ家父權ヲ脫スルモノトス然レトモ其家父カ皇帝ノ赦ニ遇ヒテ羅馬ニ歸來スルトキハ父ハ再ヒ家父權ヲ得ルモノトセリ又羅馬ニハ我德川時代ニ所謂「所構ヒ」又ハ今日ノ所謂退去ニ似タル刑罰アリ即チ或罪ヲ犯ストキハ特定ノ場所ニ出入スルコトヲ禁セラレ其期限ハ終身ナルコトアリ又僅ニ一時ニ止マルコトアリ然レトモ父カ此刑ニ處セラルヽモ又子カ此刑ニ處セラルヽモ之カ爲メニ敢テ家父權ニ消長ヲ來サヽルモノトセリ

第四　家父カ家子ニ對シテ重大ナル不都合ノ所爲ヲ爲ストキ

家父カ其家子ニ對シテ重大ナル不都合ノ所爲アルトキハ家父ハ當然其家父權ヲ喪失ス例ヘハ家父カ家子ヲシテ猛獸ト搏鬪セシメ以テ公衆ノ觀覽ニ供スルカ如キ又家父カ其女子ヲ鬻テ娼妓ト爲スカ若クハ私ニ春ヲ賣ラシムルカ如キ所爲ヲ爲ストキハ其家父ハ爲メニ家父權ヲ喪失スルモノトス

第五　家子カ或種ノ官職ヲ得タルトキ

家子ニシテ或種ノ官職ニ就キタルトキハ家父ハ其者ニ對シテ家父權ヲ喪失ス例ヘハ家子タル男子カ「ユピテル」ノ神官ト爲リタルトキノ如シ古昔ノ法律ニ依レハ家子ハ如何ナル高位大官ニ任セラルヽモ依然家父權ノ下ニ在ルモノトセリ即チ共和時代ニハ家子ハ其身縱令「コンズル」ノ職ニ就キ天下ノ政令ヲ左右スルモ尙ホ且ツ家父權ヲ脫スルコトヲ得サリキ然ルニユスチニアン帝ノ時代ニ至リ家子ニシテ或種ノ大官即チ僧侶知事陸軍將官等ニ任セラレタルトキハ當然家父權ヲ脫スルコトヽ爲レリ

第四節　家子ト奴隸トノ比較

古昔ハ家子ハ奴隸ト同一法律ノ支配スル所ナリシカ世ヲ降ルニ從ヒ二者ニ關ス

ル法律ハ次第ニ相遠カルニ至レリ今其沿革ヲ一言セン

第一期 此時代ニ於テハ羅馬人ノ法律思想幼稚ニシテ人格ニ關スル觀念未タ發生セス家子モ奴隷モ家父ノ家族中ニ伍シ共ニ祖先ノ祭禮ニ與カルコトヲ得タリキ而シテ一方ニ於テハ家父ハ家子及奴隷ニ對シテ生殺與奪ノ權ヲ有シ且ツ之ヲ他人ニ賣却スルノ權利ヲモ有シ二者ノ待遇ハ殆ント區別アラサリキ

第二期 此時代ニ在テハ人格ニ關スル觀念稍〻發達シ來リ家子ハ家族權ヲ有スルモ奴隷ハ之ヲ有セサルモノトシ家子ト奴隷トハ其區別生スルニ至レリ羅馬人ノ語ヲ藉リテ之ヲ云ヘハ二者同シク是レ人タリト雖モ一ハ人格ヲ有シ他ハ之ヲ有セサリキ故ニ一ハ權利ノ主體タリト雖モ他ハ否ラサリキ然レトモ家子ヲ養子トシテ他ニ與フルニモ亦其家ヲ去ラシムルニモ賣買ノ方法ト奴隷解放ノ方法ヲ用フルコトヽセリ又家子カ他人ニ害ヲ加ヘタル場合ニハ父ハ之ヲ被害者ニ引渡シ以テ自己ノ責任ヲ免カルヽコトヲ得ヘキモノトセリ蓋シ第一期ノ遺物ナリ

第三期 此時代ニ在テハ第一期ノ遺物全ク消盡シテ家子ヲ養子トシテ他ニ與フルニモ亦家ヨリ去ラシムルニモ敢テ賣買ノ方法ヲ用ヒス亦決シテ奴隷解放ノ方法ヲモ用フルコトヲ爲サス且シ家子カ他人ニ害ヲ加ヘタル場合ニ父ハ之ヲ引渡シテ以テ其責任ヲ免ルヽコトヲ得サルニ至レリ是ニ於テ乎家子ト奴隷ニ關スル法律トハ愈〻益〻相遠カリタリ

右第一期ヨリ第二期第二期ヨリ第三期ニ至ル三段ノ變遷ハ日進月歩漸次ニ成リタルモノニシテ何年ヨリ何年ニ至ルマテヲ第一期ト爲スト云フカ如ク明確ニ之カ區劃ヲ立ツルコト能ハサルモ而カモ右述ヘタル三段ノ變遷アリタルハ決シテ疑フヘキニアラス

第六章 婚姻

羅馬市民法ニ依レハ結婚ノ方法三アリ第一、共食式第二、賣買式第三、使用式即チ是ナリ

第一 共食式 (Confarreatio)

羅馬ニ「ファルレウム」(Farreum)ト稱スル麥ニテ製シタル一種ノ食物アリ此方式ノ最後ノ手續トシテ夫婦共ニ此食物ヲ喫スルノ慣習アリ爲メニ此結婚ヲ名ケテ

共食式ト云フ

此結婚ノ方式ハ之ヲ三段ニ分チ父ハ其女ヲ他ノ男子ニ引渡ス手續ヲ爲シ第二段ニ於テ男子ハ女子ヲ自己ノ家ニ誘引スルノ手續ヲ爲シ最後ニ夫婦共ニ「ファルレウム」ヲ食スルノ手續ヲ爲シ以テ結婚ノ儀式ヲ完了スルモノトス今順次ニ此三段ノ手續ヲ說クヘシ

第一段ノ手續ハ之ヲ父ノ家ニ於テ途行ス即チ父ハ夫タル男子ノ面前ニ於テ祖先ノ靈並ニ「ユピテル」ヲ祭レル家ノ神ニ供物ヲ爲シ而シテ女ヲ何某ニ妻トシテ與フルコトヲ告クルモノトス蓋シ婚嫁ハ其事極メテ重大ナリト思考セシノミナラス之ヲ家ノ神ニ告クルニアラサレハ女ト其祖先トノ血緣ヲ絕ツコト能ハス然ルトキハ女ハ夫ノ家ニ歸クモ其家ノ祭祀ニ與カルコトヲ得サルモノト思考セシカ故ナリ是レ古來羅馬ニハ一身ニテ兩家ノ祭祀ニ與カルコトヲ得ストノ慣習アリシカ爲メナリトス結婚ノ事實ヲ祖先ノ靈ニ告クルハ獨リ羅馬ニノミ行ハレタル慣習ニアラス支那ノ古代ニモ亦行ハレタルコトハ左傳ノ一書之ヲ證スル所ナリ

第二段ノ手續ニ於テハ夫タル男子ハ自ラ其女ヲ自己ノ家ニ伴フモノトス但シ時トシテ他人ヲシテ女ヲ家ニ誘引セシムルコトアリ而シテ其誘引ノ途ニ在テハ宗教ニ關スル唱歌ヲ爲シ其夫家ニ達スルヤ女ハ直チニ家ニ入ラス夫タル男子ハ女ヲ捕ヘテ之ヲ自家ニ奪取スルカ如ク擬似シ而シテ女ニ伴隨シ來リタル奴婢等ハ之ヲ妨止スル狀ヲ假裝スルモノトス

第三段ノ手續ニ於テ夫既ニ女ヲ奪フテ之ヲ家ニ入レタル後ハ自ラ女ヲ家ノ神ノ前ニ誘致シ水ヲ以テ清淨ニスルノ手續ヲ行ヒ且ツ女ヲシテ神火ニ觸レシム蓋シ神火ハ即チ人ノ靈魂ヲ代表スルモノトセリ人ノ靈魂ト火トノ關係アルコトハ羅馬人ノミナラス希臘人モ亦有シタル思想ニシテ哲學者ノ說ヲ視ルニ概シテ火ト靈魂トヲ以テ同一視セシニ似タリ偖テ斯クノ如キ手續ヲ行ヒタル後ハ其家ニ於ケル拜神ノ句ヲ誦シ然ル後夫婦ハ「ウェスター」神ノ祠官ノ手ニ製造セラレタル「ファルレウム」ヲ分チ共ニ之ヲ食ヒ以テ茲ニ結婚ノ式ヲ終了スルモノトス

此方式ニ從ヒテ結婚ヲ爲スハ必ス吉月吉日ヲ擇ミ六月ヲ以テ最吉ノ月ト爲シ

五月ヲ以テ最凶ノ月ナリトシ其吉日ヲ擇ムニハト筮ヲ用ヒテ之ヲ定ムルノ慣習ナリキ

第二　賣買式(Coemptio)

此方式ニ從ヒ結婚ヲ爲スニハ夫ハ「マンチパチオ」ノ方式ニ依テ女子ヲ買收スル手續ヲ行フモノトス或一派ノ說ニ依レハ男子獨リ女子ヲ買收スルノ手續ヲ行フノミナラス女子モ亦男子ヲ買收シ結婚スルコトヲ得タリト云フ然レトモ此說恐クハ誤謬ニシテ獨逸ノヘルダー(Hölder)ノ云ヘルカ如ク唯男子ノミ女子ヲ買收シ結婚ヲ爲スコトヲ得タリトスルヲ以テ正當トス

第三　使用式(Usus)

男子ニシテ女子ヲ自家ニ誘致シ一年間妻トシテ之ヲ待遇スルトキハ女子ハ法律上妻タル身分ヲ獲得ス此規則ハ市民法ニ於ケル「ウズカピオ」(Usucapio)ト稱スル時效ノ規則ニ人若シ他人ノ不動產ヲ二年間自己ノ物トシテ使用シ動產ヲ一年間自己ノ物トシテ使用スルトキハ其物ノ所有權ヲ獲得ストセルニ基キ女子ヲ動產ト看做シ一年間男子ノ爲メニ妻トシテ使用セラルヽトキハ法律上ノ妻ト爲ルト云フニ在リ然レトモ女子ニシテ一年ノ經過前ニ三連夜夫家ニ在ラサルトキハ市民法上ノ妻タル身分ヲ獲得セスシテ萬姓法上ノ妻タルニ過キストス

要スルニ羅馬市民法ニ依レハ結婚ヲ爲スニハ以上略述セル三個ノ方式アリ此中ニ付キ共食式ハ貴族ニ限リ適用セラレ其他ハ貴族タルト平民タルトヲ問ハス所謂羅馬市民ニ通シテ行ハレタル所ナリ

古昔ニ在テ羅馬ハ貴族ト平民トハ婚嫁ヲ通スルコトヲ許サス十二表ノ法律ヲ制定スルニ際シ此禁ヲ解カントスル議アリタレトモ貴族ノ勢力盛大ナリシカ爲メ遂ニ反對ノ議決ヲ爲シ其第十一表ニ之ヲ記載セリ其後カヌレーユスナル者此禁ヲ解カントスル議ヲ提出シタルニ貴族ノ輩ハ之ニ抗議シテ曰ク平民ハ共食式ニ依テ結婚スルモノニアラス彼等ノ所謂夫婦ハ一ノ野合タルニ過キサルカ故ニ貴族カ平民ト婚嫁ヲ通スルハ即チ貴族ノ品位ヲ汚スモノナリト此抗議アリタルニ拘ラス氏ノ意見ハ遂ニ實行セラレタリ是レ實ニ紀元前四百四十三年ノコトナリ此法律出テヽ平民モ亦完全ナル結婚權ヲ有スルコトヽナレリ然レトモ平民ハ此

法律ノ爲メニ共食式ニ依ル結婚ヲ行フコトヲ許サレタルニアラス共食式ニ依ル結婚ハ依然貴族ノ間ニノミ行ハレタリ現今社會學者ノ說ニ依レハ曰ク社會ノ極メテ幼稚ナル間ハ結婚ハ平和ノ方法ニ依ラスシテ專ラ掠奪ノ方法ニ依リタルモノニシテ其稍〻開明ニ赴クニ從ヒ平和ノ方法即チ賣買ノ方式ニ從フコト、ナリ遂ニ今日ニ於ケル結婚ノ方法ト爲レルモノナリト是レ社會學者ノ殆ト一致唱道スル所ニシテ法理學ノ著書ニ記載セラル、所ノモノタリ今試ニ羅馬ニ於ケル結婚方法ノ沿革ヲ討尋スルニ此議論ト相一致スルニ似タリ即チ共食式ノ第二段ノ手續ニ於テ夫カ自家ニ女子ヲ奪取スルコトヲ擬似スルハ其掠奪婚ノ遺風ニ出テタルモノニシテ賣買式ノ普通物品ノ賣買ニ出テタルモノナルコト更ニ疑ヲ容ルヘキ餘地ナシトス獨逸ノ學者コーラー(Kohler)ノ如キハ使用式モ亦掠奪婚ノ遺風ニ出ツルコトヲ主張セリ其說ノ當否ニ付テハ未タ容易ニ是非ヲ斷言スルコトヲ得スト雖モ余ハ氏ノ說ニ反對スルモノナリ之ヲ要スルニ羅馬人ノ祖先ノ結婚ハ掠奪婚賣買婚ヲ用ヒ後世ニ至テモ尙ホ此遺風ヲ結婚ノ方式中ニ存セシヤ決シテ疑フヘキニアラサルナリ

共食賣買使用ノ三式ハ羅馬市民法ニ於テ正當ノ結婚方法ト認メタル所ノモノナリ故ニ此等ノ方式ニ從ヒテ結婚スルトキハ妻ハ市民法ノ所謂夫權(Manus)ノ下ニ立ツモノトス而シテ此夫權ナルモノハ家父權ト酷似スル所アリ即チ妻カ夫權ノ下ニ立ツトキハ其妻ハ夫ノ子ト同視セラル詳言スレハ妻カ夫ノ家族中ニ在ル間ハ其地位權力家子ニ類スル所多シトス例ヘハ祖先ヲ祭祀スルニ付テ妻ハ家子ト共ニ夫ニ從ヒ之ニ與カルコトヲ得ルカ如キ又一家ニ在テハ夫ハ裁判官ノ地位ニ在ルカ故ニ若シ妻ニシテ罪ヲ犯ストキハ夫ハ之ヲ責罰スルコトヲ得而シテ其責罰若シ酷ニ失スルトキハ親族會之ニ干涉スルコトヲ得トセリ又妻若シ財產ヲ他ヨリ得ルトキハ夫ノ支配ニ屬カル、モノトス而シテ夫カ死亡スルトキハ妻ハ其家子ト同樣ニ之ヲ相續スル權利アルナリ此等ノ點ニ於テ妻ノ地位ハ家子ニ類似スル所アリ又女子カ家父權ヲ脫シテ夫權ノ下ニ立ツトキハ養子ノ場合ト等シク人格ノ少減等ヲ受クルモノトス又妻カ結婚前ニ有シタル財產ハ結婚ノ時ヨリ夫ニ屬スルヲ原則トス又古昔ハ妻カ他人ニ對シテ害ヲ加フルトキハ夫ハ妻ヲ他人ニ引渡シテ以テ自己ノ責任ヲ免カル、コトヲ得タリシカ羅馬建國ノ時即チロー

ムルス王ノ時代ヨリ既ニ夫ハ自由ニ妻ヲ賣却スルコトヲ得サリキ

共食、賣買、使用ノ三方式ノ一ニ從ヒ結婚ヲ爲シタル場合ニハ前述セルカ如ク市民法ノ所謂夫權ノ下ニ立ツト雖モ萬姓法ニ於ケル結婚ノ方式ニ從ヒ結婚スルトキハ妻ハ夫權ノ下ニ立タサルモノトス是レ十二表ノ法律ヲ制定シタル時代ニ既ニ存在セシ所ニシテ十二表ノ法律ニ夫妻ノ同居カ一年間繼續スルトキハ夫ハ妻ニ對シテ夫權ヲ獲得スルモ一年中ニ三連夜妻カ夫家ニ在ラサルトキハ夫ハ妻ニ對シテ夫權ヲ獲得スル能ハサルモノトセリ是レ時效中斷ノ規則ニ基キテ生シタル規則ナリ既ニ十二表ノ法律ニ斯クノ如キ規定存スル以上ハ妻ハ三連夜ノ不在ヲ口實トシテ夫權ノ下ニ立タサルコトヲ得ルト雖モ一年間同居ノ事實ハ結婚ノ意思ヲ推定スルニ充分ナルカ故ニ法律ノ明文如何ニ拘ラス事實ニ於テ結婚シタルモノト認ムルヲ以テ一般ノ慣行ト爲スニ至レリ從テ十二表ノ法律ノ時代ニ於ケル羅馬ノ結婚ニハ二種アリ一ハ法定ノ方式ヲ履踐シテ妻ハ夫權ノ下ニ立ツ結婚ニシテ後世學者ノ所謂嚴正的結婚ナルモノ他ハ法定ノ方式ヲ履踐セス從テ妻ハ夫權ノ下ニ立タサル結婚ニシテ後世學者ノ所謂自由的結婚ナルモノ即チ是ナリ

而シテ前者ハ市民法ノ保護スル所ニシテ後者ハ萬姓法ノ保護スル所又前者ハ羅馬市民ノミ之ヲ用フルコトヲ得タレトモ後者ハ羅馬市民ノミナラス外國人ニモ通シテ之ヲ用フルコトヲ得タリキ古昔ハ市民法ノ所謂結婚盛ニ行レタリト雖モ共和政變シテ帝政ト爲リタル時代ヨリ共食式、賣買式ニ依ル結婚漸次衰滅ニ歸シ使用式モ亦次第ニ其勢力ヲ失ヒ三連夜云々ノ規則モ嚴格ニ之ヲ適用セサルコトト爲リ萬姓法ノ所謂結婚ノミ專ラ世ニ行ハルヽコトヽナリユスチニアン帝時代ニ在テハ市民法ノ所謂結婚ハ全ク其跡ヲ絕テリ從テ妻ハ此時代ニ於テハ夫權ノ下ニ屈スルコトナシ然ラハ夫妻ハ全然同權ナリシヤト云フニ敢テ然ラス男子ノ權ハ尙ホ女子ノ權ニ優リタリキ何トナレハ萬姓法ノ規則ニ依ルモ妻ハ必ス夫ニ隨伴スヘキノ義務ヲ有シタレハナリ又妻ノ住所ハ必ス夫ノ住所ト同一ナラサルヘカラスト爲セシカ故ニ現住ノ場所ヲ選定スルニ夫ノ意見ヲ以テ自由ニ之ヲ定ムルコトヲ得タリ又子女ノ敎育ヲ司ルハ一ニ夫ノ責任ニシテ妻ハ唯夫ノ指揮ニ從フヘキモノト爲シタリ然レトモ夫權ノ下ニ在ラサル妻ハ獨立シテ所謂特有產(Bona paraphernalia)ナルモノヲ所有シ獲得スルコトヲ得又之ヲ自己ノ隨意ニ處分ス

ルコトヲ得ト爲セリ夫ハ妻ノ依賴ニ依リ妻ノ財産ヲ管理スルコトアリタレトモ而カモ夫ハ強テ其管理權ヲ自己ニ委任セシムルコトヲ得サリキ而シテ夫カ妻ノ財産ヲ管理スルニ當テハ普通委任ノ原則ニ依ラス常ニ具體的輕過失ノ責ニ任スヘキモノ換言スレハ夫ハ自己ノ財産ニ對スル注意ト同一程度ノ注意ヲ妻ノ財産ニ加ヘサルヘカラサルナリ又夫ノ財産ト妻ノ財産トカ混同シテ其何レノ所有ニ屬スルカ判明ナラサルトキハ常ニ夫ノ財産ト看做セリ從テ妻ニシテ其自己ノ財産ナルコトヲ主張セントスレハ妻ハ立證ノ責任ヲ有スルナリ又一家ノ生活ニ必要ナル費用ハ夫ニ於テ之ヲ負擔セサルヘカラス又夫妻間ノ贈與ハ法律上全然無效ニシテ贈與者ハ何時ニテモ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得而シテ其取戻ノ權ハ必ス贈與者ノ一身ニ專屬シ相續人ニ屬セサルモノナルカ故ニ贈與者ニシテ此權ヲ實行セスシテ死亡スルトキハ贈與ハ其當初ニ遡リテ有效ト爲ルモノトス何故ニ夫妻間ノ贈與ハ無效ナリヤト云フニ羅馬ニテハ離婚ヲ爲スコト極メテ自由ナリシヲ以テ結婚者ノ一方カ富ミ而シテ一方カ貧シキトキハ貧者ハ富者ニ對シテ贈與ヲ强ユルノ恐アルカ爲メナリ佛國民法ニテハ夫妻間ノ賣買ヲモ無效ト爲シタレトモ其精神ハ第三者ヲ保護スルニ在リテ羅馬法カ夫妻間ノ贈與ヲ無效トセルトハ同シカラス

以上ノ所說ヲ約言スレハ羅馬ニ於ケル結婚ノ方法ハ四種アリ即チ第一ハ共食式ニ依ル結婚第二ハ賣買式ニ依ル結婚第三ハ使用式ニ依ル結婚ニシテ第四ハ萬姓法ノ認ムル結婚是ナリ第一、第二、第三ノ方式ニ依ル結婚ハ市民法ノ認ムル所ニシテ之ニ從ヒテ結婚シタルトキハ妻ハ市民法ニ所謂夫權ノ下ニ立ツト雖モ第四ノ方法即チ萬姓法ニ從ヒ結婚スルモ妻ハ夫權ノ下ニ立タサルモノトス而シテ市民法ニ於ケル夫妻間ノ關係ニ付テノ規則ハ家子ト家父トニ關係スル規則ト略ホ同一ナレトモ萬姓法ハ此點ニ關シテ何等ノ規則ヲ設ケサルナリ又古昔ハ市民法ノ結婚盛ニ行ハレタリト雖モ後世ニ至リテハ萬姓法ノ結婚ノミ行ハレタリ又古昔ハ妻ト家子ト奴隸ハ殆ト同一ノ規則ヲ以テ支配セラレタリシカ後世ニ至リ此三者ニ關スル規定ハ自ラ相違サカリタリ

終ニ茲ミ妾ニ關スル羅馬法ノ規定如何ヲ說述センニ羅馬ニテハ男子ト其妾トノ關係ヲ「コンクビーナーツス」(Concubinatus)ト稱シ上來說述シタル諸種ノ結婚トハ大

ニ異ナルモノアリ昔時法律上ニハ妾ナル制度ノ存在ヲ認メサリシカ帝政時代ニ迨ヒ漸次之ヲ認ムルコトヽ爲リタリ妾腹ニ出生シタル子女ハ之ヲ「リブリ、ナツラーレス」(Libri naturales)即チ自然兒ト稱シ父權ノ下ニ立タサルモノトセリ然レトモ妾ノ制度ハ法律上結婚ニ準スルモノナルカ故ニ概言スレハ妻アル者ハ妾ヲ有スルコトヲ得ス妾アル者ハ妻ヲ娶ラサルヲ常例トシタリ之ヲ支那ノ慣習ニ於テ一夫ニシテ妻ノ外ニ多數ノ妾ヲ有シタルトハ大ニ異ル所アリト云ハサルヘカラス然レトモ羅馬帝國ノ版圖ハ極メテ廣大ナルヲ以テ一夫多妻ノ慣習アル所ナキニアラサルハ勿論ナリ又嘗テ述ヘタルカ如ク奴隷間ノ婚姻ハ法律上之ヲ婚姻トシテ認メサリキ

第七章　夫婦間ノ財産上ノ關係

第一節　嫁時賚資(Dos)

羅馬法ニ於テハ男子ニシテ妻ヲ娶ルトキハ一家ノ會計、子女ノ教育等一切擧ケテ夫ノ責任ニ屬スヘキモノト爲セリ故ニ結婚ニ際シ妻若クハ其親族等ヨリ幾分ノ財産ヲ持參スルヲ普通トス所謂嫁時賚資ナルモノ即チ是ナリ此制度ハ古昔ヨリ行ハレタルモノニシテ萬姓法ニ依ル結婚ノ場合ニモ亦行ハレタル所ナリ

嫁時賚資ナル制度ノ起源ニ付キ異說アレトモ概シテ想像的ノモノニシテ殆ト信憑スルヲ得ス獨リ獨逸ノイエリング(Ihering)氏ノ所說最モ其實ニ近キカ如シ氏ハ其著「羅馬法ノ精神」ニ於テ說テ曰ク古代ノ羅馬ニ於テハ原則ヨリ言ハヽ家子ノ法ニ關シテハ男女ニ由テ差等ナカリシト雖モ婚姻ノ場合ニ於テハ男女大ニ其權利ヲ異ニセル點アリ即チ女子カ結婚スル場合ニハ其父ハ嫁時賚資トシテ幾分ノ財産ヲ與フルモ男子カ結婚スル場合ニハ斯クノ如キコトナカリキ何故ニ男女ノ間ニ此區別アリヤト云フニ父ノ死亡シタル場合ニ於テ男子ハ之ヲ相續スル權利アレトモ他家ニ嫁シタル女子ハ此權利ヲ有セサルカ故ニ男女ノ間ニ權衡ヲ得セシメンカ爲メニ女子ノ結婚スル場合ニ父ハ之ニ幾分ノ財産ヲ與フヘキモノトシタルナリト要スルニ此說ニ依レハ嫁時賚資ナルモノハ他家ニ嫁スル女子ハ相續權ノ代リニ嫁時ニ財産ヲ授ケラルヽモノナリト云フニ在リ

多數ノ場合ニハ妻ノ父ヨリ嫁時賚資ヲ差入ルヽモ時トシテハ妻ノ母又ハ第三者

ヨリ之ヲ差入ルヽコトアリ後世ニ至リテハ妻自己ニ於テ之ヲ差入ルヽコトアルニ至レリ而シテ此嫁時資資ナルモノハ夫ヨリ之ヲ妻又ハ其父ニ對シテ請求スルノ權利アルニアラス唯社交上ノ德義トシテ妻カ嫁時ニ之ヲ持參スルニ過キサルモノトス然レトモ妻ハ自己ノ父ニ對シテハ之カ設定ヲ請求スルコトヲ得又時トシテハ母ニ對シテモ之カ設定ヲ請求スルコトヲ得タリ但シ嫁時資資ノ設定ニ關シ夫ト妻ノ父トノ間ニ特約ノ存スルトキハ特約ノ旨趣ニ因リ夫ハ之カ設定ヲ主張スルノ權利アルハ勿論ナリ又嫁時資資ハ夫ニシテ家父ナルトキハ之ヲ夫ニ差入ルヽモ夫カ家子ナルトキハ家父ハ之ニ代テ物ヲ管理シ且ツ其上ニ用益權ヲ有シ夫タル家子及其妻ヲ養育スルノ義務アルモノトス

嫁時資資設定ノ目的ハ婚姻ノ生活ヨリ生スル費用ヲ補足スルニ在リ是レ一般ニ公認セラレタル所ニシテ羅馬法ノ精神ニ適合シタル解釋ナリ然ルニ學者ノ中ニハ異說ヲ唱ヘ婚姻ノ生活ヨリ生スル費用ヲ補足スルハ嫁時資資設定ノ目的ニアラストシテ曰ク嫁時資資差入ノ約束ヲ結フニ當リ婚姻ノ繼續スル間ハ夫ハ妻ノ父又ハ母等ニ對シ嫁時資資ノ差入ヲ訴求セサルヘシトノコトヲ附約スルコト往往之アリ若シ嫁時資資ノ目的カ果シテ婚姻ノ生活ヲ補足スルニ在ラハ斯クノ如キ約束ヲ結フコトアルヲ以テ見レハ嫁時資資ノ目的ハ必スシモ婚姻ノ生活ヲ補足スルニ在ラサルコト知ルヘシト然レトモ此說恐ラクハ誤謬ナラン何トナレハ夫カ嫁時資資ヲ訴求セストノ約束ヲ結フハ婚姻ノ繼續中夫ト妻ノ父トカ法廷ニ爭ヲ爲スハ極メテ不快ノ事ニ屬スルカ故ニ豫シメ斯カル紛爭ヲ生セサラシメンカ爲メニ外ナラス縱令婚姻ノ當時斯クノ如キ約束ヲ結フモ妻ノ父又ハ母ノ絕對的ニ嫁時資資差入ノ義務ヲ免カルヽモノニアラスシテ尙ホ之ヲ差入ルヘキ自然義務ヲ負フモノナレハナリ而シテ此嫁時資資ハ妻ノ過失ニ因リ離婚セラレタル場合ニハ夫ハ之ヲ返還スルコトヲ要セサルモノトス

嫁時資資ハ結婚ノ當時直チニ之ヲ差入ルヽモ結婚後之ヲ差入ルヘキコトヲ約束スルモ敢テ差支ナシ古昔ニ在テハ斯カル契約ハ必ス要式口約(Stipulatio)ニ依ルコトヲ要ストセシカ後世ニ至リテハ必スシモ要式口約タルヲ要セサルコトヽ爲レリ

嫁時資資ハ如何ナル場合ニ於テ夫ヨリ之ヲ返還スル義務アリヤヲ沿革的ニ略說センニ(第一)古昔ノ法律ニ依レハ婚姻ヲ解除スルモ夫ハ嫁時資資ヲ返還スルノ義務ナカリシカ其後ニ至リ夫ハ妻ヲ離婚スル場合ニハ嫁時資資ヲ妻ノ生家ニ返還スルコトヽナリタリ然レトモ是レ法律上夫ニ屬スル義務ニハアラサリキ(第二)羅馬建國ヨリ起算シテ六百年頃ニ至リ風俗大ニ頹敗シ爲メニ理由ナクシテ妻ヲ離婚スルコト頻々ナリシカ故ニ豫メ要式口約ヲ以テ離婚ノ場合ニハ嫁時資資ハ必ス之ヲ妻ノ生家ニ返還スヘキコトヲ約束スルヲ通常ト爲スニ至リタリ又縱令斯クノ如キ口約ナカリシトスルモ裁判官ハ妻ヲ保護シ離婚ノ場合竝ニ夫カ妻ニ先チテ死亡シタル場合ニハ妻ハ嫁時資資ノ返還ヲ求メ得ヘシトセリ然レトモ若シ妻カ夫ニ先テ死亡シタル場合ニハ夫ハ嫁時資資ヲ妻ノ生家ニ返還スルヲ要セス又夫婦ノ間ニ子女アルトキハ離婚ノ原因如何ヲ問ハス夫ハ嫁時資資ノ幾分ヲ留置スルコトヲ得又妻ノ過失ニ因リ離婚トナリタルトキハ夫ハ常ニ嫁時資資ノ幾分ヲ留置スルコトヲ得トシ又嫁時資資保存ノ爲メニ夫カ立替ヘタル費用アルトキハ夫ハ嫁時資資ノ幾分ヲ留置スルコトヲ得トシ又婚姻ヲ解除シタル場合ニ於テハ常ニ夫ハ嫁時資資ノ全部ヲ返還スルヲ要セサルモノトセリ而シテ夫ハ嫁時資資ヲ返還スル場合ニハ不動產ハ即時ニ動產即チ金錢其他ノ代替物ハ年賦ニテ之ヲ返還スルヲ得トセリ之ヲ要スルニ建國ヨリ起算シテ六百年以降ニ發布セラレタル法律ニ依レハ嫁時資資ノ返還ニ付キ豫メ要式口約ヲ取結ヒタルトキハ妻ハ此約束ニ基キ常ニ嫁時資資ノ返還ヲ請求スル權利ヲ有シ此訴權ハ其相續人ニ移轉スルモノトセリ(第三)ユスチニアン帝ノ時代ニ於ケル法律ニ依レハ縱令妻カ豫メ要式口約ヲ以テ嫁時資資ノ返還ニ付キ約束スル所アラサルモ妻ハ離婚ノ場合竝ニ婚姻解除ノ場合ニ於テ嫁時資資ノ返還ヲ求ムルノ權利ヲ有シ且ツ其訴權ハ相續人ニ移轉スヘキモノトセリ又同法律ニ依レハ夫ノ嫁時資資ニ對スル留置權モ大ニ異ル所アルニ至レリ例ヘハ妻ノ過失ニ基ク離婚ノ場合ニハ夫ハ其全部ヲ留置スルノ權アリ又之ヲ返還スルニ當テ不動產ハ即時ニ動產ハ一个年以內ニ必ス返還セサルヘカラス若シ夫カ妻ノ請求ニ應セサルトキハ妻ハ所有主ノ名ヲ以テ之カ取戻ヲ訴求スルコトヲ得トセルカ如シ

一般ノ場合ニ於テハ妻及其相續人ハ嫁時資資ノ返還ヲ訴求スル權利ヲ有スト雖

モ妻カ家子タルトキハ妻ハ其父ト共同ニテ訴權ヲ有スルモノトス是レ羅馬ニ於ケル家族制度ノ結果ナリ而シテ若シ妻ノ父カ嫁時資資ヲ差入レタルモノナルトキハ妻ノ死後ハ父ニ於テ之カ返還ヲ訴求スルノ權利ヲ有スルモノトス

嫁時資資ハ何人ノ所有ニ屬スルモノナリヤニ付テ或一派ノ學者ハ說ヲ爲シテ曰ク嫁時資資ノ所有主ハ二人ナリ即チ夫モ之カ所有主ニシテ妻モ亦其所有主タリト此說ハ古代ニ在テハ頗ル勢力アリタレトモ現今ニ在テハ殆ト無勢力ナル陳腐ノ說タルヲ免レス又他ノ學者ノ說ニ依レハ嫁時資資ノ所有權ハ妻ニ屬シ夫ハ單ニ用益權ヲ有スルノミト此說大ニ謬レリ何トナレハ嫁時資資ノ所有權ハ夫ニ屬スルコト「ユスチニアン」法典ノ明言スル所ナレハナリ然レトモ嫁時資資ニ對スル夫ノ所有權ハ大ニ制限セラルヽヲ以テ結果ヨリ云フトキハ夫ノ所有權ハ用益權ト殆ト大差ナシトス然ラハ夫ノ所有權ハ何レノ點ニ於テ制限セラルヽヤト云フニ既ニ述ヘタルカ如ク夫ハ婚姻ノ解消ノ後ハ嫁時資資返還ノ義務ヲ有シ又紀元前十八年ノ法律ニ依レハ夫ハ妻ノ意ニ反シテ嫁時資資中ニ存スル伊太利ニ屬スル土地ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ス又縱令妻ノ同意アルモ抵當トシテ之ヲ他人ニ差入ルヽコトヲ得ストセリ然ルニ「ユスチニアン」帝ハ此法律ヲ改正シテ嫁時資資中ニ存スル不動產ハ其伊太利ニ屬スル土地ナルト否トニ拘ラス妻ノ同意アルモ尙ホ且ツ之ヲ他人ニ讓與シ若クハ抵當トシテ差入ルヽコトヲ得ストセリ而シテ又夫ハ嫁時資資ノ所有主ナリトハ云ヘ婚姻解消ノ場合ニハ之ヲ返還スル義務ヲ負擔スルカ故ニ嫁時資資カ自己ノ手裡ニ存スル間ハ之ニ對シテ自己ノ財產ニ於ケルト同一程度ノ注意ヲ加ヘサルヘカラス反言スレハ夫ハ嫁時資資ニ對シテ具體的輕過失ノ責ニ任セサルヘカラサルモノトス要スルニ法律上夫ハ嫁時資資ノ所有主タリト雖モ其所有權ハ種々ノ制限ヲ受クルカ故ニ其結果夫ハ單ニ用益權ヲ有スルト大差ナク妻ハ法律上ノ有主タラスト雖モ事實上ニ於テハ所有主タル權利ヲ有スルモノトス

本節ヲ畢ルニ臨ミ嫁時資資ト妻ノ特有產トノ關係如何ヲ說クヘシ妻ノ特有產ハ即チ市民法ノ所謂夫權ノ下ニ立タサル妻ノ有スル財產ナリ或說ニ依レハ妻カ婚姻ノ時ニ夫ノ家ニ持參シタル財產ハ一應之ヲ嫁時資資ト看做スヘシト云ヘリ然レトモ此說ハ誤謬ニシテ萬姓法ニ於テハ寧ロ反對ノ原則ヲ採ルモノヽ如シ即チ

夫ト妻トハ其財産ヲ別異スルヲ原則トシ妻ノ持參セル財産ハ一應之ヲ特有産ト看做シ唯妻カ嫁時賚資トシテ差入レタルモノヽミヲ嫁時賚資トスモノトス而シテ此區別ハ實際上極メテ大切ナル結果ヲ生ス即チ若シ妻ノ持參シタル財産全部ヲ擧ケテ嫁時賚資トスストキハ妻ノ過失ニ因テ離婚トナル場合ハ妻ハ其財産ノ全部ヲ失フニ至ルヘシ然レトモ持參セル財産カ特有産ナルトキハ決シテ斯クノ如キ結果ヲ生スルコトナキナリ

第二節　娶故贈與 (Donatio propter nuptias)

娶故贈與ハ夫カ妻ニ對シテ爲ス贈與ノ謂ニシテ此名稱ハユスチニアン帝ノ時代ニ始メテ用ヒラレ其以前ニ在テハ婚姻前ノ贈與ト稱シタリ羅馬法ニ依レハ夫婦間ノ贈與ハ法律上之ヲ無效ト爲セトモ婚姻前ニ夫ト爲ルヘキ男子ヨリ妻ト爲ルヘキ女子ニ對シテ爲シタル贈與ハ之ヲ有效ト認メタリ何故ニ夫ト爲ルヘキ男子ハ妻ト爲ルヘキ女子ニ對シテ贈與ヲ爲スヤト云フニ是レ一ニ離婚ヲ防クノ方便ナルカ如シ蓋シ羅馬ノ版圖次第ニ廣大ト爲ルニ從ヒ風俗大ニ頽敗ニ赴キ特ニ希臘カルタゴヲ滅シタル以後ニ至リテハ殆ト其極點ニ達シ離婚ノ數モ亦大ニ增加シタリ於是前節ニ說明セル嫁時賚資返還ニ關スル法律ノ發布ヲ見ルニ至リタレトモ此等ノ法律ハ未タ以テ妻ノ地位ヲ充分ニ保護スルニ足ラサリシカハ遂ニ婚姻前ニ夫ト爲ルヘキ男子ヨリ妻ト爲ルヘキ女子ニ贈與ヲ爲スノ習慣ヲ生スルニ至リタルモノナリ而シテ此婚姻前ノ贈與ノ額ハ必スシモ一定セス東羅馬帝國ニテハ嫁時賚資ノ半額ヲ婚姻前ノ贈與ト爲シ西羅馬帝國ニテハ嫁時賚資ノ全額ヲ婚姻前ノ贈與ト爲ス習慣ナリキ又嫁時賚資ハ其設定アレハ直チニ之ヲ夫ニ引渡スコトヲ普通トスレトモ婚姻前ノ贈與ハ單ニ約束ニ止マリ即時ニ妻ト爲ルヘキ女子ニ引渡サヽルヲ普通トセリ要スルニ娶故贈與即チ婚姻前ノ贈與ハ夫ト爲ルヘキ男子ヨリ妻ト爲ルヘキ女子ニ對シテ爲ス贈與ニシテ之ヲ設定スル者ハ夫ト爲ルヘキ男子タルヲ通常トスレトモ若シ其男子ニシテ家父權ノ下ニ在ルトキハ家父之ニ代リテ設定スルモノトス

嫁時賚資ト婚姻前ノ贈與トハ兩々相對スルモノナレハ東羅馬帝國ニテハ婚姻ノ際ニ此二者ヲ一個ノ證書ニ記載シ以テ婚姻財産契約ハ之ニ基キテ發生シタルモノトスユスチニアン帝ノ新勅令第九十七號ニ

依レハ妻ノ過失ニ因ラスシテ離婚ヲ爲ス場合ニハ妻ハ娶故贈與ニ依ル財產ノ全部ヲ受取ル權アリトセリ此點ニ於テハ嫁時賚資ト一致セリト云フヘシ又夫ノ死亡セル場合ニ於テハ娶故贈與ニ係ル財產ハ何人ノ有ニ歸スヘキヤニ於テハ二說アリ甲說ハ妻ノ所有ニ歸スト云ヒ乙說ハ妻ノ所有ニ歸セスト云フ羅馬法ノ解釋トシテハ乙說恐ラクハ正當ナラン尤モ夫ノ死後娶故贈與ニ係ル財產ハ妻ノ所有ニ歸スヘシトノ特約ノ存スル場合ハ此限ニ在ラサルコト論ナシ

娶故贈與ハ夫ヨリ妻ニ對シテ爲ス贈與ナルモ實際ニ於テハ贈與シタル財產ノ所有權ハ婚姻ノ繼續中ハ夫ニ屬スルモノトス然レトモ贈與財產中ニ土地アリシトキハ夫ハ之ヲ他人ニ讓與シ若クハ抵當ト爲スコトヲ得サルナリ

ユスチヌス（ユスチニアンノ先代）帝ノ時代ニ婚姻前ノ贈與ハ結婚ノ儀式ヲ行ヒタル後ト雖モ尙ホ之ヲ增加スルコトヲ得ヘシト爲シユスチニアン帝ノ時ニ至リ更ニ一歩ヲ進メテ結婚ノ儀式ヲ行ヒタル後ト雖モ新ニ此贈與ヲ爲スコトヲ得ト爲シタルヨリシテ婚姻前ノ贈與テフ名稱ハ其實ニ伴ハサルコトヽナリ遂ニ娶故贈與テフ名稱ヲ用フルニ至リタリ序次嫁時賚資ノ制度ト婚姻前ノ贈與ノ制度トノ起源何レカ古キヤヲ一言セン獨逸法ニ「ウヰツム」(Withum)ト名クル制度アリ是レ夫ヨリ妻ニ對スル贈與ノ謂ニシテ羅馬法ノ娶故贈與ト酷似セルモノナリ而シテ獨逸法律史家ノ說ニ依レハ「ウヰツム」ハ賣買婚ノ遺物ナリ即チ獨逸ニ在テハ古昔ハ妻ヲ娶ルニハ他人ヨリ之ヲ買受クルノ習慣アリ其代價一變シテ後世ノ所謂「ウヰツム」ト爲リタルモノナリト云ヒブルンナー(Brunner)氏ノ如キモ亦此說ヲ主張ス然レトモ羅馬ニ在テハ娶故贈與ハ古代ニ行ハレタル賣買婚ノ遺物ナリヤ否ヤ別ニ明確ノ徵證ナキヲ以テ玆ニ斷言スルヲ得サルノミナラス「ユスチニアン」法典ハ却テ娶故贈與ノ新制度ナルコトヲ明言シ而カモ法律史家ノ疑ヲ容レサル所ナルヨリシテ之ヲ見レハ娶故贈與ノ制度カ左程古代ヨリ行ハレタルモノナラサルコトヲ知ルヘシ之ニ反シテ嫁時賚資ノ制度ノ古代ヨリ行ハレタルコトハ疑ヒナキニ似タリ

現今歐洲諸國ニ行ハルヽ夫婦間ノ財產上ノ制度ハ必スシモ同一ナラス即チ英ハ佛ト異ナリ佛ハ獨ト同シカラス獨逸ノ如キハ各聯邦ニ於テスラ異ル所アリト雖モ諸國ノ制度ハ或程度マテハ互ニ類似ノ點ナキニアラス是レ皆其制度ノ淵源ヲ羅馬法ニ於ケル婚姻財產ノ制度ニ發スルカ爲メナリトス是ヲ以テ羅馬法ニ於ケ

ル夫婦間ノ財産制度ヲ探究スルハ現今歐洲諸國ニ於ケル夫婦間ノ財産制度ヲ知ルニ甚タ便利ナリ是レ余カ前節並ニ本節ニ於テ嫁時賚資及娶故贈與ノ制度ニ關シ詳說セシ所以ナリ

第八章　婚姻ノ解除

婚姻解除ノ原因二アリ曰ク結婚者ノ死亡曰ク離婚而シテ結婚者ノ死亡カ婚姻解除ノ原因タルヘキハ極メテ明白ナレハ固ヨリ說明スルノ必要ナシト雖モ離婚ニ關シテハ其原因並ニ方法ヲ區別シテ說明セン

第一節　離婚ノ原因

離婚ハ當事者雙方ノ意思ニ因ルモノト單ニ一方ノ意思ノミニ因ルモノトアリ先ツ當事者雙方ノ意思ニ因ル離婚ニ付テ說明スヘシ

當事者雙方ノ意思ニ基キ離婚ヲ爲スニ付テハ法律ハ何等ノ制限ヲ加ヘサルヲ以テ苟クモ雙方ノ意思合致スルトキハ何時ニテモ離婚ヲ爲スコトヲ得ユスチニアン帝ノ新勅令第百十七號ハ離婚ニ關シ多少ノ制限ヲ設ケタリシカ當時ノ人情ニ適セサリシヲ以テ帝ノ死後直チニ其制限ハ廢止セラレ再ヒ當事者雙方ノ合意ヲ以テ離婚ヲ爲シ得ルコトヽナリタリ

當事者一方ノ意思ニ因リ離婚ヲ爲シ得ヘシトノ規則ハ古昔ヨリ羅馬ニ存在シタリ

リロームルス(Romulus)王ノ頃既ニ夫ハ妻ノ姦通其他二三ノ重要ナル事項ヲ原因トシテ妻ヲ離婚シ得タリシコトハ史家ノ傳フル所ナリ思フニ嘗テ論述シタルカ如ク羅馬ニテハ家々必ス一ノ神ヲ祭リ其祭祀ニハ他家ノ人ノ與カルヲ許サス又墓地ニハ他家ノ人ノ骨ヲ埋ムルコトヲ許サヽルノ風習アリショリシテ姦通ヲ以テ最モ重大ナル罪惡トシ夫ハ姦通シタル妻ヲ殺スコトヲ得又少ナクトモ其家ヨリ去ラシメサルヘカラサルモノトシタルモノナラン我日本ノ戸令ノ七去三不去ノ規則ノ中ニ子ナケレハ去ルト云ヘル箇條アリ印度希臘ニモ亦之ト同一ノ規則アリシカ羅馬人アウルス、ゲリユース(Aulus Gellius)ノ著書ヲ見レハ羅馬ニ於テモ古代ハ斯クノ如キ規則アリタルモノヽ如シ惟フニ是レ家族制度ヲ重ンスル結果トシテ婚姻ノ儀式中ニ神ニ告クル誓詞ニ於テ子ヲ生ムカ爲メニ婚姻スル旨ヲ述フルヲ常例トセシカ故ニ婚姻後妻カ子ヲ生マサルトキハ之ヲ去ルヲ得ト爲セシモノナランカ然レトモ羅馬ニ於テハ此規則ハ速ニ消滅シタルモノヽ如ク紀元前

二百三十四年ノコトナリキ或人子ナキノ故ヲ以テ其妻ヲ去リタルニ大ニ世上ノ物議ヲ受ケ爲メニ其所有財産ノ一半ハ之ヲ「ツエレス」神ニ献シ他ノ一半ハ之ヲ其婦ニ與フヘシトノ罰ヲ受ケタル事實アリ降テ紀元後九年ニ至リ一ノ法律ヲ以テ離婚ニ關シ多少ノ制限ヲ設ケ數度ノ改正ヲ經タリシカユスチニアン帝ノ時ニ至リ新勅令第百十七號ヲ以テ舊來ノ法律ヲ全廢シ新ニ離婚ニ關スル制限ヲ定メタリ此法律ニ依レハ法定ノ理由ニ基カス濫リニ一方ヨリ他ノ一方ニ對シテ離婚ヲ爲ストキハ之ヲ罰スヘシト爲シ又法定ノ理由ニ基キ離婚ヲ爲ス場合ニ於テ過失アル當事者ハ之ヲ罰スヘキモノトセリ古昔ニ在テハ一方ノ過失ニ因テ離婚ヲ爲ス場合ニハ過失アル者ノ財産ノ幾分ヲ他ノ一方ニ分與スヘキモノトセシコトハ既ニ前章ニ於テ説明シタル所ノ如シ然ルニ後世ニ至リ耶蘇教ノ傳播ハ大ニ法律ニ影響ヲ及ホシ離婚ノ場合ニ於ケル過失者ハ啻ニ財産ノ幾分ヲ喪フノミナラス體刑ヲ受クルコトハナレリ又ユスチニアン帝ノ法律ニ依レハ豫テ嫁時賚資若クハ娶故贈與ヲ設定シアラサル場合ニハ離婚ニ付キ過失アル者ハ其財産ノ四分ノ一ヲ他ノ一方ニ與フヘキモノトシ若シ夫婦間ニ子女アルトキハ之ヲ其子女ニ與ヘ過失ナキ父又ハ母ハ之ニ對シテ用益權ヲ獲得スヘキモノト定メタリ茲ニ注意スヘキハ離婚ノ場合ニ於ケル法律ノ制限ニシテ此制限ニ種々アリ或ハ財産ノ幾分ヲ失ヒ或ハ體刑ヲ受ケ或ハ體刑ト同時ニ財産ヲ失フノ結果ヲ見タリシト雖モ之カ爲メニ一旦爲シタル離婚ハ效力ヲ失フモノニアラサルコト及ヒ共食式ニ依リ結婚シタル者ハ容易ニ離婚ヲ爲ス能ハス必ス或手續ヲ行フヲ要セシコト是ナリ

古昔ニ在テハ妻カ既ニ家父權ヲ脱シテ市民法ノ所謂夫權ノ下ニ在ルカ又ハ夫權ノ下ニ在ラサルモ既ニ父ノ家ヲ去リタル者ナルトキハ家父ハ其意ニ反シテ離婚ヲ爲サシムルコトヲ得サリシト雖モ女カ尚ホ家父權ノ下ニ在ルトキハ家父ハ自己ノ意思ニ因リ離婚ヲ爲サシムルコトヲ得タリキ然ルニアントニヌス、ピウス帝（百三十八年ヨリ百六十一年マテ在帝）ノ時ニ至リ家父ハ女ノ意ニ反シテ離婚ヲ爲サシムルコトヲ得サル旨ヲ規定シタリシカマルクスアウレユース帝（百六十一年ヨリ百八十年マテ在帝）ノ時ニ至リ例外ヲ設ケ極メテ重要ナル理由ノ存スルトキニ限リ家父ハ女ノ意ニ反スルモ尚ホ能ク離婚ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシト爲シタリ

第二節　離婚ノ手續

共食式ニ依テ結婚シタル場合ニ在テハ「ディフ、レアチオ」(Diffarreatio)ノ手續ヲ行フニ非サレハ離婚ヲ爲スコトヲ得サリキ其手續ノ詳細ハ史籍ノ以テ徵スヘキモノナキカ故ニ今之ヲ說クコト能ハスト雖モ其大要ハ結婚ノ場合ニ於ケルト同シク麥ニテ製シタル餅ヲ夫婦ノ前ニ出スモ而カモ之ヲ食フコトヲ爲サス神前ニ於テ離婚ノ旨ヲ告ケ以テ結婚ヲ解除スルモノトス又羅馬ノ僧正ハ神事ヲ司ルカ故ニ離婚ハ必ス之カ同意ヲ要スルモノトセリ蓋シ古昔ノ羅馬ノ法律思想ニテハ或行爲ハ必ス先ニ爲シタルト同一ノ行爲ヲ爲スニ非サレハ之ヲ取消スコトヲ得サルモノト信シタリシカ故ニ共食式ニ依レル結婚ヲ取消スニ於テモ亦結婚ノ當時ニ行ヒタルト殆ト類似ノ手續即チ麥ニテ製シタル餅ヲ夫婦ノ前ニ出スヘキモノト爲シタルナラン

賣買式使用式ニ依テ結婚シタル場合ニ在リテハ奴隸ノ賣買解放ノ手續ヲ行フニ非サレハ婚姻ノ效果ヲ取消スコトヲ得ス詳言スレハ離婚ヲ爲スニハ夫ハ妻ヲ他人ニ賣渡シ買主ニ於テ解放ノ手續ヲ爲サヽルヘカラストセリ是レ羅馬ノ市民法ニ於テハ妻ハ家子ト同一視セラルヽモノナレハ之ヲ去ルノ方法モ亦家子ト同一ナラサルヘカラストセシニ由ル而シテ家子ヲ去ル場合ニ於テ家子ハ賣買ノ目的物ニシテ其當事者ニアラサルヲ以テ家子ノ同意ヲ要セサリシト同シク夫ハ妻ヲ去ルニ付キ敢テ妻ノ同意ヲ要セサルモノトス

「ユピテル」ノ神官ノ妻ハ結婚方式ノ如何ニ拘ラス絕對的ニ之ヲ離婚スルコトヲ得サルモノトス

萬姓法ニ從ヒ結婚セル場合ニ在テハ離婚ニ付キ何等ノ方式ヲ爲スヲ要セス一方ヨリ他方ニ離婚ノ通知ヲ發スルヲ以テ足レリトシ又必スシモ妻ノ面前ニ於テ之ヲ通知スルコトヲ要セストセリ有名ナル「チチェロ」ノ如キハ其妻ヲ去ルニ一片ノ書面ヲ以テセリト云フ然レトモ羅馬ノ始皇帝タル「アウグスツス」帝ノ時代以來十四歲以上ノ市民七名ヲ證人トシ且ツ其面前ニ於テ離婚證書ヲ作成シ以テ離婚ヲ行フヘキコトヽ爲リ加フルニ夫カ其妻ヲ去リタルトキハ公ノ帳簿ニ之ヲ記入シテ結婚ノ記入ヲ取消サヽルヘカラスト爲セリ前ニ述ヘタルカ如ク賣買式及使用式ニ依リ結婚シタル場合ニ於テハ其妻ハ賣買ノ目的物タルニ過キサルカ故ニ妻ハ

離婚ノ當事者ニアラスト雖モ萬姓法ニ從ヒ結婚シタル者カ其妻ヲ去ル場合ニ於テハ妻ハ離婚ノ當事者タリトス

第三節　婚姻解除ノ後當事者ノ負擔スヘキ義務

婚姻解除ノ場合ニ於ケル嫁時費資及娶故贈與ノ處分ニ關シテハ既ニ詳述セルヲ以テ茲ニ再說スルノ必要ナカルヘシ然レトモ此他尚ホ婚姻解除ノ後當事者ノ負擔スヘキ諸種ノ義務アルヲ以テ本節ニ於テ之ヲ說明スヘシ

離婚後子女ハ何人ニ於テ之ヲ引取ルヘキヤト云フニ古昔ハ夫婦間ニ生シタル子ニシテ男子ナルトキハ父ニ屬セシメ女子ナルトキハ母ニ屬セシメタルカ如シ然レトモ法律上斯ク爲スヘシトノ規定アリタルニアラス終局事實審理官ノ定ムル所ニ一任シタル有樣ニテヂオクレチアヌス、マキシミアヌス（二百八十六年ロリ三百五年マデ皇帝）二帝ノ頃ニ至リ特ニ正文ヲ以テ斯クノ如キ規則ナキコトヲ明言セル程ナリキユスチニアン帝ノ時此點ニ關スル法律ヲ發布セリ其法律ニ依レハ父ノ過失ニ因リ離婚ト爲リ母カ其後再ヒ他家ニ嫁セサリシトキハ子ハ其男子タルト女子タルトヲ問ハス之ヲ母ノ手元ニ引取リ父ハ其養育費ヲ支辨スヘク又母ノ過失ニ因リ離婚ト爲リタルトキハ其子女ハ之ヲ父ノ手元ニ引取ルコトヲ得キシメ若シ父貧クシテ母富ミタルトキハ母ハ子女ヲ引取リ之ヲ養育スルノ義務アリト爲セリ

ユスチニアン帝ノ時或場合ニハ離婚セラレタル妻ハ再婚スルコトヲ禁スル法律アリシカ帝ノ死後直チニ廢止セラレ唯妻ハ夫ノ死後喪期中ハ再婚スルコトヲ得サルニ止マレリ而シテ古昔ノ法律ハ喪期ヲ十个月即チ一年ト爲セシカユスチニアン帝ノ時ニ至リ十二个月ヲ以テ一年ト爲セシカ故ニ喪期モ亦十二个月ト爲レリ何故ニ一个年間ハ再婚ヲ許サヽルヤト云フニ若シ夫ノ死後直チニ再婚ヲ許ストキハ子ノ生マレタル場合ニ於テ前夫ノ子ナルヤ又ハ後夫ノ子ナルヤヲ辨別シ難キカ爲メニ外ナラサルナリ從テ妻ニシテ若シ喪期中ニ再婚スルトキハ之ヲ破廉恥ト爲シタリ又配偶者ノ一方ノ死後子アルニ拘ラス再婚スルトキハ其者ノ財產中前妻又ハ前夫ヨリ贈與、遺贈、嫁時費資若クハ娶故贈與ノ名義ヲ以テ受取リタル財產ハ悉ク前妻又ハ前夫ノ子ノ所有ニ歸スヘキモノトシ再婚シタル親ハ唯其財產ノ上ニ畢生間用益權ヲ有スルニ止マルモノト爲セリ

第九章　獨身者及無子者

希臘ノリクルグス(Lycurgus)(紀元前第九世紀頃ノ人立法者)ノ法律ニ依レハ獨身者即チ相當ノ年齢ニ達スルニ拘ラス妻ヲ娶ラサル者ハ之ヲ罰スルノ規則ナリシカ羅馬ノ法律ニ於テモ相當ノ年齢ニ達シ未タ妻ヲ娶ラサル者ハ種々ノ不利益ヲ受クヘキコトヲ定メタリ是レ古昔ヨリ家名ヲ斷絶スヘカラストノ宗教的思想アリシカ故ニ外ナラサルナリ後世ニ至テハ宗教的思想大ニ冷却シタリト雖モ尚ホ良民ヲ繁殖セシムルノ政略ヨリシテ依然獨身者ニ對スル不利益ノ法律ヲ設ケタリ例ヘハ妻ヲ娶ラサル者ハ相續物ヲ受取ルコトヲ得サルカ如キ又遺言ニ依テ物ヲ受取ルコトヲ得サルカ如キノ類ナリ

又羅馬ニ於テハ無子者ニ對シ不利益ナル種々ノ法律アリタリ即チ子ナキ者ハ遺言ノ有無ニ拘ハラス相續物ノ半額ヲ受取ルコトヲ得レトモ其全額ヲ受取ルノ權利ナシト云ヘル法律ノ如キ是ナリ

然レトモ右ニ述ヘタル獨身者及無子者ニ對スル諸種ノ法律ハコンスタンチヌス帝以後續テ廢止セラレタリ

第十章　親族

奴隷、家父、家子及婚姻ニ關スル規則ヲ研究スレハ羅馬ニ於ケル親族關係ハ略ホ之ヲ知了シ得ヘシト雖モ余ハ本章ニ於テ一歩ヲ進メ宗族、血族等ニ付テ聊カ説明スル所アラント欲ス

(甲)　宗族(Agnati)

宗族ハ男系即チ父方ノ親族ニシテ同一家父權ノ下ニ在ル者又ハ家父ノ嗣長カランニハ必ス其權力ノ下ニ立タサルヘカラサル者ヲ云フ故ニ父ヲ同シクスル者ハ宗族ニシテ祖父、曾祖父ヲ同シクスル者モ亦然リトス他ハ類推シテ之ヲ知ルヘシ

市民法ノ所謂夫權ノ下ニ在ル妻ハ家子ト同一視セラルヽカ故ニ其腹ニ出生セル子ハ母ト共ニ宗族タリトス然レトモ其妻ニシテ夫權ノ下ニ在ラサルトキハ母子互ニ宗族タラサルナリ又他家ノ養子ト爲リタル者ハ其家ニ生マレタル者ト同一視セラルヽカ故ニ其家ノ尊屬親トハ宗族關係アリ然レトモ「マンチパチオ」ノ方式ニ依リ家ヲ去リタル者即チ分家シタル者ト其家ノ尊屬親トハ宗族關係アルコトナシ又人格ノ減等ヲ受ケタル者ハ縱令少減等ノ場合ト雖モ既ニ其

家族ヲ脱シタル者ナルカ故ニ實父若クハ實兄弟ト宗族關係ヲ有セス又一人ト兄弟ノ子トハ互ニ宗族タリト雖モ姉妹ノ子トハ互ニ宗族タラサルモノトス何トナレハ其人ト姉妹ノ子トハ同家族中ニ在ラサレハナリ即チ同一家父權ノ下ニ立タサレハナリ加之姉妹其人ト雖モ市民法ノ方式ニ從ヒ結婚シタルトキハ兄弟ト同一家父權ノ下ニ立タサルカ故ニ亦互ニ宗族タラサルナリ又他家ニ嫁シタル女子ノ腹ニ生マレタル子ハ其母方ノ尊屬親トハ互ニ宗族タラサルモノトス

乙) 血族(Cognati)

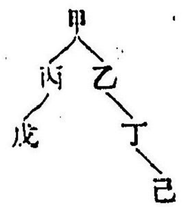
宗族ニ對シテ血族ナルモノアリ一人ト其姉妹ノ子トハ互ニ血族ニシテ又父方ノ血族及母方ノ血族ハ皆其人ト血族關係アルモノトス而シテ宗族關係ノ標準ハ同一家父權ノ下ニ在ルト否トニ在ルカ故ニ人々ノ意思ニ因リ自由ニ其關係ヲ破壞スルコトヲ得ト雖モ血族關係ノ標準ハ血統ニ在ルカ故ニ人々ノ意思ニ因リ其關係ヲ破壞スルコトヲ得サルナリ

宗族關係ハ市民法ノ認ムル所ニシテ血族關係ハ萬姓法ノ認ムル所ナリ故ニ市民法ノ盛ニ行ハレタル時代ニハ重キヲ宗族關係ニ置キタリシカ萬姓法ノ盛ニ行ハレタル時代ニハ重キヲ血族關係ニ置キタリ即チ古代ニ在テハ宗族關係ヲ重ンシ後世ニ於テハ血族關係ヲ重ンシタリ是レ羅馬法制ノ變遷ニ伴フ所ノ親族關係ノ沿革ナリ

以下親族ニ付テ重要ナル羅馬法ノ規則ヲ追次概說セン

一　親族等級ノ計算法

宗族關係及血族關係ノ遠近ヲ定ムルニハ同一方法ヲ用フ即チ左圖ニ於テ親族關係ノ遠近ヲ知ラント欲セハ各人間ノ線ヲ數フルヲ捷徑トス例ヘハ甲ノ子ヲ乙丙トシ丙ノ子ヲ戊トシ乙ノ子ヲ丁トシ丁ノ子ヲ己トセンニ甲ト乙丙ハ一等親甲ト丁戊ハ二等親ニシテ甲ト己トハ三等親ナリ而シテ丙ト丁トハ亦同シク三等親ニシテ丙ト己トハ四等親ナリト云フカ如ク計算スルモノトス



親族等級ノ計算法ニ付キ獨逸ノ寺法ト英國ノ舊法トハ互ニ相同シ前圖ニ就テ之ヲ說明センニ共通ノ先祖甲ヲ距ルノ遠近ヲ比較シ其遠キモノニ由テ親族關

係ノ遠近ヲ定ムルモノトス今丙ト丁トノ等親如何ト云フトキニ於テ獨逸ノ寺法ニ從フトキハ二等親ト爲ル即チ丁ハ甲ト二等隔リ甲ハ丙ト一等ヲ隔ツレトモ其近キモノハ之ヲ棄テ單ニ其遠キモノニ就テ之ヲ算スルカ故ニ丙ト丁ハ二等親ト爲ルナリ甲ト丁トノ間モ二等親ニシテ戊ト丁トノ間モ亦同シク二等親ナリトス之ヲ羅馬法ニ於ケル親等計算法ニ比較スルトキハ羅馬法ノ計算法最モ正當ナリトス是ヲ以テ現今ニ於テハ獨英共ニ羅馬法ノ計算法ニ依リ親等ノ遠近ヲ定ムルコトヽ爲シ我日本ニ於テモ亦之ニ從フニ至レリ

二　同姓人 (Gentiles) ト宗族トノ關係

姓 (Gens) ヲ同シクスル者ヲ同姓人ト稱シ宗教上ノ儀式ヲ同シクスルノ點甚タ多シ實際ニ於テハ種々ノ擬制混淆シアレトモ理論上ヨリ云ヘハ同姓人トハ父方ノ先祖ヲ同シクスル者ノ謂ナリ此點ニ付テハ同姓人ハ宗族ニ酷似ス唯宗族ノ系統ハ之ヲ明知スルコトヲ得レトモ同姓人ノ系統ハ大ニ明瞭ヲ缺クノ點ニ於テ異ルノミ而シテ貴族ハ其屬籍系統甚タ明カナルカ故ニ同姓人ヲ有スルコト多シト雖モ之ニ反シテ平民ハ諸地方ヨリ集合シタル者多キカ故ニ同姓人ヲ有スルコト少シ古代ニ在テハ同姓人ハ相續權ヲ有シ夫ノ有名ナルチチェロノ時代マテハ此規則行ハレタリシカガイユスノ時代ニハ此規則ハ既ニ全ク消滅ニ歸シタリ尙ホ同姓人ト宗族トノ相續ニ於ケル關係ニ付テハ相續法ヲ講スルニ際シ一言スル所アルヘシ

三　姻戚 (Affines or Affines)

甲ナル者カ乙ナル者ノ妹ヲ娶リテ妻ト爲シタルトキハ甲ト乙トハ姻戚ト爲ルモノトス

四　親族會議 (Concilium domesticum

羅馬ノ古代ニハ親族會議ナル制度アリ家父ニシテ其家父權ヲ濫用スル場合ニ於テ親族會議ハ之ニ干涉スルコトヲ得タリ

第十一章　後見

近世ノ法律ニ於テハ後見ニ關スル規則ハ之ヲ純粹ニ親族法ノ部門ニ入ルヘキモノニアラストノ見解ヲ生シ獨逸ノプフター氏ノ如キハ之ヲ債權法ニ編入シウ(ガン)ドシ、イド氏ハ半ハ債權法中ニ半ハ親族法中ニ之ヲ編入シタリ然レトモ古代ニ在

ヲハ後見ニ關スル法則ハ主トシテ親族法ニ屬スルモノト爲シ即チ羅馬法ニ在テハ之ヲ人ノ法中ニ編入シタリ

羅馬ノ後見ニハ二種アリ後見(Tutela)及財産管理(Cura)即チ是ナリ今節ヲ分テ之ヲ説明スヘシ

第一節　後見

後見ニ種々ノ區別アリ左ニ逐次之ヲ略説スヘシ

甲　未婚年者即チ十四歲未滿ノ者ノ後見

或一派ノ説ニ依レハ十四歲未滿ノ者ノ後見ハ家父權ヲ繼續シタルモノニ過キスト云フ此説全然誤謬ナリトハ斷言スルヲ得サレトモ亦正當ノモノトハ云ヒ難キニ似タリ蓋シ家父ノ家子ニ對スル權力ハ甚タ强大ナレトモ後見人ノ被後見人ニ對スル權力ハ極メテ弱小ナレハナリ

後見人ノ權力ハ一ヲ管財行爲(Gestio)ト云ヒテ他ヲ能力補充(Auctoritis interpositio)ト云フ而シテ能力補充トハ十四歲未滿ノ者ハ能力未タ完全ニ發達セサルカ爲ニ後見人ニ於テ之カ欠缺ヲ補充スト云フ義ナリトス尙ホ後見人ノ有スル此二個ノ職掌ヲ詳説センニ被後見人カ七歲未滿ナルトキハ後見人ハ之ニ代リテ一切ノ財産ヲ管理シ且ツ其他法律上必要ノ行爲ヲ爲サヽルヘカラス若シ被後見人カ七歲以上十四歲未滿ナルトキハ其者ハ後見人ノ助力ヲ待タス獨自ニテ法律上必要ナル行爲ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ財産ヲ減少スル行爲ハ一切之ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ被後見人ノ財産ヲ移轉スルカ若クハ被後見人カ責任ヲ負フヘキ行爲ニ付テハ必ス後見人ノ同意アルコトヲ要シ又他ノ相續人ト爲リ相續物ヲ引受クルカ如キ重要ナル事件ニハ亦必ス後見人ノ贊助ヲ要スルモノトス

後見人ハ右ニ述ヘタル二個ノ職掌ヲ有スルヲ以テ苟クモ被後見人ノ利益タルヘキ事項ナランニハ總テ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ例ヘハ財産ヲ移轉スルコト被後見人ノ爲メニ利益ナルトキハ後見人ハ之ヲ助ケテ財産ヲ移轉セシムルコトヲ得否時トシテハ却テ之ヲ爲スノ義務タルコトモアルナリ然レトモ不動産ニ付テハ後見人ヲ制限スル規則アリ即チ紀元後百九十五年ノ法律ニ依レハ後見人ハ其自由意思ヲ以テ被後見人ノ土地ヲ賣却スルコトヲ得ス但シ其土地カ相

續物ニ係リ而カモ被相續人カ遺言ヲ以テ後見人ニ之ヲ賣却スルノ權ヲ與ヘタルトキハ此限ニ在ラストセリ故ニ此規則ニ反スル後見人ノ爲シタル賣却讓與等ハ全ク無效ナルモノトス然レトモ此場合ニ於テモ被後見人カ滿十四歲以上ニ達シタル後法定ノ期間內ニ後見人ノ爲シタル賣却讓與ニ同意ヲ表シタルトキハ其移轉行爲ハ既往ニ遡リテ有效トナルモノトス近世ノ法律ニテハ後見人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ被後見人ノ土地ヲ移轉シ得ヘシトスルモ羅馬法ニハ斯クノ如キ規定ナカリキ又後見人ハ相當ノ方法ヲ以テ被後見人ノ財產ヲ保存シ且ツ之ヲ增加スルコトヲ計畫セサルヘカラサルモノトス例ヘハ被後見人カ巨額ノ金錢ヲ所有シタル場合ニ在テハ後見人ハ之ヲ相當ノ場所ニ預ケ收利ヲ爲サヽルヘカラサルカ如シ

後見人ハ被後見人ノ財產ニ對シテハ自己ノ財產ニ於ケルト同一程度ノ注意ヲ加ヘサルヘカラス反言スレハ後見人ハ被後見人ノ財產ノ保管ニ付キ具體的輕過失ノ責ニ任スヘキモノトス後見人ハ斯クノ如キ責務ヲ有スルモノナルカ故ニ之ヲ確保スル爲メニ或特別ノ場合ノ外ハ後見人ハ被後見人ニ對シテ保證ヲ立テサルヘカラス即チ適當ノ保證人ヲ立ツルカ若クハ自己ノ財產ヲ擔保トシテ差入ルヽカノ方法ヲ採ラサルヘカラサルモノトス羅馬ノ中世以後ニ發セラレタル法律ニ依レハ右ニ述ヘタルカ如キ保證ヲ立テサルモ被後見人ハ後見人ノ財產全部ニ對シテ抵當權ヲ有スト爲シタルヲ以テ後見人ニ過失アリテ爲メニ被後見人ニ損害ヲ生セシメタルトキハ後見人ハ自己ノ財產ヲ以テ之ヲ賠償セサルヘカラス後見人カ保證人ヲ立テタル場合ニ在テハ保證人モ亦其責ニ任スヘキハ論ナキ所ナリ之ニ反シテ後見人カ其職務執行中ニ被後見人ノ爲メニ出費ヲ爲シタル場合ニ在テハ後見人ハ被後見人ニ對シテ其賠償ヲ求メ得ヘキモノトス

後見人ハ其設定法ノ如何ニ依テ三種類アリ

第一　法定ノ後見人

市民法ニ依レハ被後見人ノ相續人ト爲ルヘキ者ハ當然後見ヲ爲ス權利アリトセリ故ニ宗族關係ノ最モ近キ者ハ法律上當然後見人ト爲ルモノトス而シテ若シ宗族アラサルトキハ同姓人ハ當然後見人ト爲ルモノトス是レ即チ法

定後見人ナルモノナリ然ルニユスチニアン帝時代ニハ血族關係ノ最モ近キ者後見人ト爲ルノ權利アリト爲セリ而シテ被解放者ニシテ滿十四歲以下ナルトキハ舊主人即チ庇護人之カ後見人タル權利アリ家ヲ去リタル者ニシテ滿十四歲以下ナルトキハ之ト同一ノ規則ヲ適用シ奴隸解放ノ手續ヲ爲シタル家父之カ後見人タル權利ヲ有スルモノトス

何故ニ宗族及庇護人ハ法律上當然後見人ト爲ルノ權利ヲ有スルヤト云フニ此等ノ者ハ被後見人ノ死亡ト共ニ其財產ヲ相續スル權利ヲ有スル者ナレハ十四歲未滿ノ者ノ有スル財產ニ付テハ尠少ナラサル利害關係アルカ故ニ外ナラス後見ノ權ト相續權トハ互ニ密接ノ關係アルコトハ既ニ一言セリ

第二 遺言ニ因ル後見人

家父ハ家子ノ爲メニ遺言ヲ以テ後見人ヲ定ムルコトヲ得此場合ニハ遺言ニテ指定セラレタル者後見ヲ行フモノナルヲ以テ法定後見人タルヘキ者ハ後見人ト爲ルコトヲ得ス若シ十四歲未滿ノ者ノ母カ後見人ヲ定メントスル場合ニハ裁判所ノ確認ヲ要スルモノトス家父カ之ヲ定ムル場合ニテモ略式ノ遺言ナルトキハ亦裁判所ノ確認ヲ要スルナリ家ヲ去リタル者ノ爲メニ後見人ヲ定ムル場合亦同シ

第三 裁判所ノ設定ニ因ル後見人

家父ニシテ遺言ヲ以テ後見人ヲ定メス又法定後見人タルヘキ者之ナキ場合ニ在テハ裁判所ニ於テ之ヲ設定スルモノトス

以下後見ニ關スル各種ノ規則ニ付キ略說スヘシ

一 後見人タル資格

羅馬ノ法律ニ依レハ外國人及ヒ自ラ後見若クハ財產管理ノ下ニ立タサルヘカラサル者即チ滿二十五歲以下ノ者ハ後見人タル資格ナシトス又一般ノ原則ヲ云ヘハ女子ハ十四歲未滿ノ者ノ後見人タルコトヲ得サレトモ其者ノ母又ハ祖母ハ後見人タルコトヲ得但シ他家ニ嫁シタル母ハ後見人タル資格ヲ喪失スルモノトス元來後見ノ制度ハ半ハ公ノ性質ヲ有スルカ故ニ家父權ノ下ニ左ル家子ト雖モ尙ホ後見ノ職ニ就クコトヲ得ルモノトス

二 後見人ノ辭職

古昔ニ在テハ後見ヲ爲スハ後見人ノ權利ナリシカ帝政時代ヨリ後見ヲ爲スハ後見人ノ義務ト爲リタリ故ニ遺言ヲ以テ後見人ヲ定メタル場合ニ於テ後見人ニ指定セラレタル者ハ辭職スルコトヲ得ルモ他ノ後見人就中裁判上ノ後見人ハ相當ノ理由アルニアラサレハ之ヲ辭スルコトヲ得サル事ト爲リタリ又「ユスチニアン」法典ニ依レハ遺言ヲ以テ後見人ヲ定メタル場合ニ在テモ一旦就職セシ上ハ相當ノ理由アルニアラサレハ之ヲ辭スルコトヲ得スト規定シタリ

三　二人以上ノ後見人アル場合

同時ニ二人以上ノ後見人設定セラレタル場合ニハ其中ノ一人ヲ以テ主トシテ管財行爲ニ從フヘキコトヲ定ムルコトアリ此場合ニ於テハ其後見人ハ管ニ管財行爲ノミナラス當然能力補充ノ權ヲモ有スルモノトス而シテ管財行爲ニ從事セサル其他ノ後見人ハ單ニ能力補充ノ權ヲ有スルモノトス故ニ若シ被後見人カ自ラ法律行爲ヲ爲サントスル場合ニハ何レノ後見人ニテモ被後見人ヲ補助スルコトヲ得ルハ論ナキ所ナリ然レトモ此種ノ後見人ハ單獨ニテハ被後見人ノ爲ニ何等ノ行爲ヲモ爲ス能ハサルナリ

四　後見ノ終了

十四歳未滿ノ者ノ爲メニ後見人ヲ定メタル場合ニハ被後見人カ滿十四歳ニ達シタル時ハ後見ハ當然消滅ス又後見人タル者ニ後見ノ職ヲ繼續スルコト能ハサル事情生スルトキハ後見人ハ裁判所ノ許可ヲ得テ其職ヲ辭スルコトヲ得又後見人ニ不正ノ行爲アリタルトキハ裁判所ハ之ヲ罷免スルコトヲ得而シテ後見人ノ不正行爲ハ何人ト雖モ之ヲ攻擊スルコトヲ得ルモノトス何トナレハ後見ハ半ハ公ノ性質ヲ有スルモノナレハナリ不正ノ行爲アリタルニ因リテ後見ノ職ヲ罷免セラレタル者ハ破廉恥トシテ之ヲ罰ス

五　代理後見人 (Protutores)

羅馬法ニテハ現ニ後見ノ實務ヲ執ルモ而カモ法律上眞ノ後見人ナラサルトキハ之ヲ代理後見人ト稱ス例ヘハ遺言アリタル場合ニ於テ遺言ノ效力ノ有無未タ判明セサル間ハ眞ノ後見人定マラサルヘシ此間ニ於テ現ニ後見ノ職務ヲ行フ者ハ即チ所謂代理後見人ナリ又後見人タルヘキ資格ノ有無未タ決

定セサルニ當リ現ニ後見ノ職務ヲ行フ者亦所謂代理後見人タリトス若シ此種ノ後見人ニシテ裁判ニ依テ眞ノ後見人ト爲リタル場合ニハ別ニ議論スルノ餘地ナシ良シヤ法律上後見人タラスト決定スルモ之カ爲メニ代理後見人タリシコトヲ失ハサルモノトス此種ノ後見人ニシテ職務ニ關シ詐僞ニ類スル行爲アルトキハ訴ヲ受クルモ若シ善意ニテ被後見人ノ爲メニ出費ヲ爲シタルトキハ辨償ヲ受クル爲メニ出訴スルコトヲ得ルハ勿論ナリ

乙　婦女ノ後見

婦女ハ其年齡ノ幾歲ニ達スルモ必ス後見ノ下ニ立タサルヘカラス但シ此場合ニ於テハ後見人ハ管財行爲ニ關スル權ナク唯能力補充ノ權ヲ有スルノミナリトス故ニ婦女ハ自ヲ財產ヲ管理スルコトヲ得タリト雖モ市民法ノ規定スル法律行爲例ヘハ「マンチパチオ」「インユーレツェシオ」及遺言ヲ爲サントスルトキハ後見人ノ同意ヲ要スルナリ古代ニ在テハ後見人ハ被後見人タル姉女ノ求ニ應シ同意ヲ與フルト否トハ一ニ其自由ナリトセシカ後世ニ至リテ後見人ノ同意ハ單ニ方式ニ止マルコトヽ爲リタルカ故ニ婦女ハ後見人ノ同意ヲ强ユルコトヲ得ルニ至レリ但シ宗族等ノ法律上附與セラレタル權利ニ基キ後見ヲ爲ス場合ニハ婦女ノ要求ヲ拒絕スルコトヲ得タルコト尙ホ古代ニ於ケルト同シカリキ然ルニ宗族カ後見人ト爲ル規則ハ紀元後四十五年ニ廢止セラレタリ

第二節　財產管理

財產管理ト後見トノ區別如何ト云フニ後見ハ被後見人ノ身體(Persona)ノ保護ノ爲メニ設ケラレタルモノニシテ財產管理ハ財產ノ保護ノ爲メニ設ケラレタルモノナリ又後見ノ主タル職務ハ能力補充ニシテ管財行爲ハ時トシテ之ニ伴フコトアルニ過キサレトモ財產管理ノ場合ニ於ケル管財人ノ職務ハ單ニ管財行爲ニ止マルモノナリ然レトモ實際ニ就テ之ヲ見レハ二個ノ職務ハ判然區別シ難キ場合ナキニアラストス

一　財產管理ノ起源

多數學者ノ說ニ依レハ財產管理ノ制度ハ裁判官ノ創設ニ係リ其起源ハ後見ニ比スレハ後年ノコトニシテ其始メニ在テハ管財行爲ハ管財人ノ權利ニアラスシテ寧ロ其義務ニ屬シタリト云フ然ルニ或一派ノ說ニ依レハ財產管理ノ制度

モ亦管財人ノ私益ヲ主タル目的ト爲シタルモノニシテ此點ニ付テハ後見人ト毫モ異ルコトナシト云ヘリ後説恐ラクハ正當ナルヘキモ惜ムヘシ之ヲ確ムル材料ニ乏シ

二　財産管理ノ種類

イ　未成年者ノ財産管理

紀元前百八十六年ノ法律ニ依レハ二十五歳以下ノ者ニシテ父ヲ喪フトキハ其特別事情ヲ裁判所ニ申立テ管財人ノ任命ヲ請願スルコトヲ得トシ其後二十五歳以下ノ者ハ當然財産管理ノ下ニ立ツヘキコトヲ原則トスルニ至レリ即チ通常一般ノ事ニ關シテハ必スシモ財産管理ノ下ニ立ツコトヲ要セサレトモ訴訟ヲ提起スルカ爲メニハ常ニ必ス管財人ノ補助ヲ要スルモノトセリ未成年者ハ自己ノ利益ト爲ルヘキ行爲ハ單獨ニテ之ヲ爲スコトヲ得ルモ財産ヲ移轉シ又ハ責任ヲ負擔スルニハ必ス管財人ノ同意アルコトヲ要スルモノトス

ロ　心神錯亂者及浪費者ノ財産管理

心神錯亂者及禁治産ノ命令ヲ受ケタル浪費者ハ皆財産管理ノ下ニ立ツモノトス而シテ此種ノ浪費者ハ自己ノ利益ト爲ルヘキ行爲ハ單獨ニテ爲スコトヲ得ルモ財産ヲ移轉シ若クハ責任ヲ負擔スヘキ行爲ハ管財人ノ同意ヲ要スルモノトス然レトモ裁判所ニ於テ禁治産ノ命令ヲ取消シタルトキハ浪費者ノ財産管理ハ茲ニ消滅ス

以上ノ外老者、病者等ノ爲メニ管財人ヲ設定スルコトアリ又後見人ノ補助ヲ爲サシムル爲メニ管財人ヲ設定スルコトアリト雖モ以上ニ説明シタル所ト大同小異ナレハ之ヲ省ク

管財人ハ裁判所ノ設定スル所ニシテ遺言ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ許サス去レハ心神錯亂者、浪費者其他ノ者ノ爲メニ管財人ヲ設定セントセハ裁判所ノ同意ヲ得サルヘカラス最近ノ宗族カ財産ヲ管理スル場合ト雖モ亦同シ而シテ裁判所カ管財人ヲ命シタルトキハ任命セラレタル者ハ決シテ之ヲ辭スルコトヲ得サルナリ但シ法律ニ規定シタル特別ノ理由アルトキハ此限ニアラス

管財人ノ保證ニ關シテハ後見人ト全ク同一ナリ前節ヲ參照スヘシ

管財人カ其職務上不正ノ行爲アルトキハ裁判所ハ之ヲ罷免ス其之ヲ攻擊スルハ其何人タルヲ問ハサルコト亦後見人ノ場合ニ同シ何トナレハ管財人ノ職務モ亦半ハ公ノ性質ヲ有スルモノナレハナリ

第三編　物ノ法

物ノ法ノ中ニハ物權法債權法相續法以上三者ヲ含ム物權法ヲ物ノ法ノ中ニ列スルモ人之ヲ怪シムコト無カルヘシ然ルニ債權法ト相續法トヲ物ノ中ニ列スルトキハ人或ハ之ヲ怪マン故ヲ以テ余ハ之ニ付テ單簡ナル說明ヲ爲サン羅馬法ニテハ物ヲ分テ有體物無體物ノ二ト爲シ而シテ相續物(Hereditas)及債權ヲ以テ無體物ト爲セリ故ニユスチニアン法典ニハ相續物ニ關スル法則即チ相續法モ債權ニ關スル法則即チ債權法モ共ニ物ノ法ノ中ニ列セリ余ハ第一編ニ於テ總論ヲ述ヘ第二編ニ於テ人ノ法ヲ說キタリ而シテ物ノ法ノ中、相續法ハ人ノ法ニ密接ノ關係ヲ有スルヲ以テ第三編ノ上ニ於テ先ツ相續法ヲ述ヘ然ル後第三編ノ中ニ於テ物權法ヲ述ヘ第三編ノ下ニ於テ債權法ヲ說カント欲ス

第三編ノ上　相續法

第一章　無遺言相續

無遺言相續ノ變遷ハ之ヲ三期ニ分ツコトヲ得

第一期　十二表ノ法律ニ依ル無遺言相續

十二表ノ法律ニ於ケル無遺言相續ニ關スル規定ハ左ノ如シ

一　正流ノ相續人(Sui heredes)

正流ノ相續人トハ同一家父權ノ下ニ在ル自權者ノ候補者ナリ即チ家父死亡スルトキハ直チニ獨立シテ自權者(即チ戶主)ト爲ルヘキ地位ニ在ル者ノ謂ナリ彼ノ先代ノ養子ハ正流相續人トシテ相續權ヲ有スルハ云フマテモナキコトナルカ家ヲ去リタル者即チ別戶シタル者並ニ婚姻ニ因テ他家ノ夫權ノ下ニ立ツ女子ハ實父ヲ相續スルコトヲ得サルモノトス

死亡者ノ財產ハ相續權ヲ有スル家子ノ間ニ之ヲ平分ス或說ニ依レハ羅馬人ハ此種ノ相續制度ヲ用フルニ先チ長子相續ノ制度ヲ採用シタルモノナリト是レ世界全體ニ於ケル相續法ヲ見ルニ長子相續ノ制度ハ平分相續ノ制度ニ比シテ其行ハレタルコト古シト云フヲ論據ト爲スモノナリ此說或ハ正當ナ

ルヘキモ羅馬ニ於ケル最モ古代ノ相續制度カ果シテ長子相續ナリシヤハ事實上之ヲ說明スルコトヲ得サル所ナリ然レトモ十二表ノ法律ニ規定スル所ヲ見レハ此時代ニ於ケル相續ノ制度カ平分相續ナリシコト炳焉タリ

二　正流相續人ナキトキハ宗族ノ最モ近キ者相續人タリ

羅馬ノ昔時ハ家族制度行ハレ一家ノ財產ハ一家ノ共有物ナリトノ思想ヲ有シタリシカ正流相續人ナキ場合ニ於テ宗族ノ最モ近キ者相續權ヲ有スト云フハ實ニ此思想ニ基クモノトス

三　宗族ナキトキハ同姓人死者ノ相續人タリ

第二期　十二表ノ法律以後ユスチニアン帝ノ時ニ至ルマテノ無遺言相續

十二表ノ法律ハ常ニ裁判官ノ爲メニ變更セラレ裁判官ノ改正シタル法律モ亦絕エス多少ノ變更、改正ヲ受ケタリト雖モ其變更改正ノ方針ハ終始同一ニシテ血族ニ重キヲ置クニ在リタリ故ニ十二表法律以後ユスチニアン帝ノ時ニ至ルマテノ相續法ヲ約言スレハ家ヲ去リテ別戸シタル者ト雖モ實父ヲ相續スル權ヲ有シ又古代ノ法律ニ依レハ宗族ナラサルカ爲メニ相續權ヲ有セサリシ者トハ雖モ苟クモ血族關係アルトキハ法律上當然相續權ヲ有スト云フニ在リ

第三期　ユスチニアン帝ノ定メタル無遺言相續

ユスチニアン帝ノ法律中最新ノモノト稱セラルヽ新勅令第百十八號並ニ第百二十七號ニ記載スル所ニ依レハ第一ニ死者ヲ相續スル者ヲ其卑屬親トス家子ハ平分ニ相續物ヲ相續シ孫以下ノ卑屬親ハ自己ノ父ノ當ニ相續スヘキ部分ヲ相續スルモノトス而シテ死者ヲ相續スヘキ卑屬親ナキ場合ニハ尊屬親ト死者ノ兄弟姉妹ト平分ニテ之ヲ相續シ兄弟姉妹之ナキトキハ尊屬親獨リ之ヲ相續ス又若シ尊屬親モ之ナキ場合ニ於テハ血族ノ最モ近キ者之カ相續人ト爲ルモノトス

第二章　相續人ノ種類

相續人ニ三種類アリ左ノ如シ

第一　必然ノ相續人(Necessarii heredes)

必然ノ相續人タル者ハ奴隸ナリ之ニハ頗ル理由ノアルコトナリ其ハ主人若シ無資力ニシテ債主ニ辨濟スルコトヲ得スシテ死スルトキハ死後ノ名譽ヲ汚損