

ニアン帝ノ新勅令第十七號ハ離婚ニ關シ多少ノ制限ヲ設ケタリシカ、當時ノ人意ニ適セザリシヲ以テ帝ヲ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、爲リタリ

二、當事者一方ノ意思ニ因ル離婚 此ノ規則ハ古昔ヨリ羅馬ニ存在シタリ、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羅馬ニテハ家々必ス一ノ神ヲ祭り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、ルノ風習アリシヨリシテ姦通ヲ以テ最モ重大ナル罪惡トシテ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爲シタルモノナラン我日本ノ戶令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、アウルス、ゲリユース(Aulus Gellius)氏ノ著書ヲ見レハ羅馬ニ於テモ古代ハ此ノ如キ規則アリタルモノノ如シ、是レ家族制度ヲ重ニ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ニ婚姻スル旨ヲ述フルヲ通常トセシカ故ニ婚姻後妻カ子ヲ生マ

サルトキハ之ヲ去ルコト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リト見エ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ニ其所有財産ノ一半ハ之ヲツエレトス神ニ獻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爲シタリシカ、ユスチニアン帝ノ時ニ至リ新勅令第十七號ヲ以テ舊來ノ法律ヲ全廢シ新タ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テ濫リニ一方ヨリ他ノ一方ニ對シテ離婚ヲ爲ス時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者トセリ古昔ニ在テハ一方ノ過失ニ由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管ニ財産ノ幾分ヲ喪フノミナラス軀刑ヲ蒙ムルヘキコト、爲レリ又ユスチニアシ「帝ノ法律ニ依レハ豫テ嫁時資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一ヲ他ノ一方ニ與フヘキモノトシ、若シ夫婦ノ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ハ種々アリ、或ハ財産ノ幾分ヲ失ヒ或ハ躰刑ヲ受ケ或ハ躰刑ト同時ニ財産ヲ失フノ結果ヲ見タリシト雖モ之カ爲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レナリ

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尙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、ヒウス」帝(百三十八年ヨリ百六十一年マテ皇帝)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マデ皇帝)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

限り家父ハ女ノ意ニ反スルモ尙ホ能ク婚姻ヲ爲サシムコトヲ得ヘシト爲シタリ

第二項 離婚ノ手續

共食式ニ依テ結婚シタル場合ニ在テハ「デフレアナヨ」(Diffarreatio)ノ手續ヲ行フニアラ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説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神事ヲ司ル神官ハ離婚ニ對シ必ス之カ同意ヲ要スル者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キニ爲シタルト同一ノ行爲ヲ爲スニアラ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當テハ亦結婚ノ當時ニ行ヒタルト殆ン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テハ奴隸ノ賣買及解放ノ手續ヲ行フニアラ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、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レ、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
「エヒテル」ノ神官ノ妻ハ結婚方式ノ如何ニ拘ハラズ絶對的ニ之ヲ離婚スルコトヲ得サルモノトス

萬性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「チチエロ」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「アウグスス」帝ノ時代以來十四歲以上ノ市民七名ヲ證人ト爲シ且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、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、ルヘカラスト爲セリ前ニ述ヘタルカ如ク賣買式及ヒ使用

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サルカ故ニ妻ハ離婚ノ當事者ニアラスト雖モ萬性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

第三項 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資資及娶故贈與ノ處分ニ關シテハ既ニ詳述シタルヲ以テ茲ニ再說スルノ必要ナカルヘシ然レトモ此他尙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説明スヘシ

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「ラ」ス、結局事實審理官ノ定ムル所ニ一任シタル有機ニラ「ラ」シ、ナノヌヘ「ラ」キシミアヌス「二百八十六年ヨリ三百五年マテ皇帝」二帝ノ頃ニ至リ特ニ正文ヲ以テ斯ノ如キ規則ナキコトヲ明言セル程ナリキ「ユスチニアン」帝ノ時始メテ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り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セシメ若シ父貧クシテ母富ミタルトキハ母ハ子女ヲ引取り之ヲ養育スルノ義務アリト爲セリ

「ユスチニア」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ヶ月即チ一年ト爲セシカ「ユスチニア」帝ノ時ニ至リ十二ヶ月ヲ以テ一年ト爲セシカ故ニ喪期モ亦十二ヶ月ト爲レリ何故ニ一ケ年間ニ再婚ヲ許サ、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耻ト爲シタリ又配偶者ノ一方ノ死後子アルニ拘ハラス再婚スルトキハ其者ノ財産中前妻又ハ前夫ノ贈與遺贈嫁時資資若クハ娶故贈與ノ名

義ヲ以テ受取リタル財産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産ノ畢生間用益權ヲ有スルニ止マルト爲セリ

第九款 獨身者及無子者

希臘ノ「リクルグス」(Lycurgus)(紀元前第九世期スバルタ王)ノ法律ニ依レハ獨身者即チ相當ノ年齢ニ達スルニ拘ハ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尙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、例ヘハ妻ヲ娶ラサル者ハ相續物ヲ受取ルコトヲ得ザ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レナリ

然レトモ右ニ述ヘタル獨身者及ヒ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

第十款 親族

奴隸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步ヲ進メ家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壽長カラシ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レ、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」ノ方式ニ依リ家ヲ去リ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ノ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)

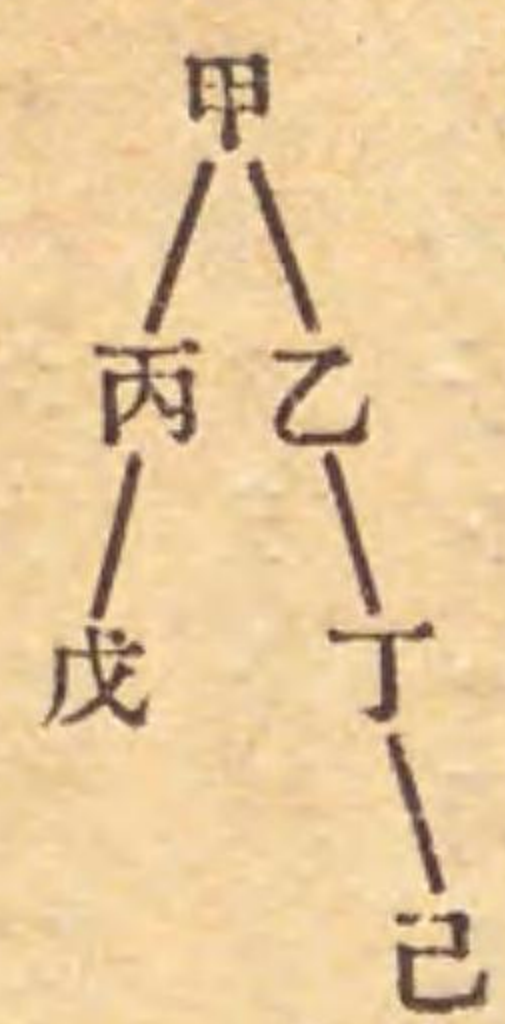
宗族ニ對シテ血族ナルモノアリ一人ト其姉妹ノ子トハ互ニ血族ニシテ又父方ノ血族及母方ノ血族ハ皆其人ト血族關係アルモノトス而シテ宗族關係ノ標準ハ同一家父權ノ下ニ在ルト否トニ在ルカ故ニ人々ノ意思ニ因リ勝手ニ其關係ヲ破壞スルコトヲ得ト雖モ血族關係ノ標準ハ血統ニ在ルカ故ニ人々ノ意思ニ

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シク後世ニ至テハ血族關係ヲ重シク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

以下親族關係ニ付テ重要ナル羅馬法ノ規則ヲ追次概説セシ

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ユ

即チ上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之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説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親等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ナル即チ丁ハ甲ト二等隔リ甲ハ丙ト一等ヲ隔ツレモ其近キモノハ之ヲ隔テ單ニ其遠キモノニ付テ之ヲ算スルカ故ニ丙ト丁ト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ハナシ我日本ニ於テモ亦之ニ從フニ至レリ

二、同姓人 (Cognates) ト宗族トノ關係

姓 (Cognate) 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點甚々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教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

テ異ナルノミ而シテ貴族ハ其屬籍系統甚々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ナシ古代ニ在テハ同姓人ハ相續權ヲ有シ夫ノ有名ナル「チチエロ」ノ時代マテハ此規則行ハレタリシガ「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第二編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ナ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キ

第十一款 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「ウキン」ドシヤイド「氏」ハ半ハ之ヲ債權法中ニ半ハ親族法中ニ編入シタリ然レトモ古代ニ在テハ後見ニ關スル規則ハ主トシテ親族法ニ屬スルモノト爲シタリキ即チ羅馬法ニ在テハ之ヲ人ノ法中ニ編入シタリキ
羅馬ノ後見ニハ二種アリ後見 (Tutela) 及財産管理 (Cura) 即チ是レナリ節ヲ分テ之ヲ説明スヘシ

第一項 後見

後見ニ種々ノ區別アリ左ニ逐次之ヲ略説スヘシ

(甲) 未婚者即チ十四歳未滿ノ者ノ後見

或一派ノ説ニ依レハ十四歳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云ヒ難キニ似タリ蓋シ家父ノ家子ニ對スル權力ハ甚々強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
後見人ノ職掌ヲ區別スレハ二アリー「管財行爲 (Custodia)」ト云ヒ他ヲ能「力」

補充(Auctoritatis interpositio)ト云フ而シテ能力補充トハ十四歳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ノ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歳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其他法律上必要ノ行爲ヲ爲サハルヘカラス若シ被後見人カ七歳以上十四歳未滿ナルトキハ其者ハ後見人ノ助力ヲ俟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其土地カ相續物ニ係リ而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効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歳以上ニ達シタル後法定ノ期間内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産ヲ保存シ且之ヲ増加スルコトヲ計畫セサルヘカラス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ハルヘカラサルカ如シ

後見人ハ被後見人ノ財産ニ對シテハ自己ノ財産ニ於ケルト同一程度ノ注意ヲ加エサルヘカラス反言スレハ後見人ハ被後見人ノ財産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ノ如キ義務ヲ有スルモノナルカ故ニ之ヲ確保スル爲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産ヲ擔保トシテ差入ル、カノ方法ヲ取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産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産ヲ以テ之ヲ賠償セサルヘカラス後見人モ保證人ヲ立テタル場合ニ在テハ保證人カ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方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近キ者ハ法律上當然後見人ト爲ルモノトス而シテ

國法ノ規定ニ從テ使用セザルベカラザルモノナレドモ是レ國家ノ所有ナルカ故ニアラスシテ國家カ至高權ヲ掌握スルヲ以テナリト云ヘリ然レトモ余ノ信スル所ニ據レハ苟クモ公有物タルモノハ國家ノ所有ニ係ルモノトス

元來河川ニシテ公有物タルモノハ國有ナルカ故ニ政府ハ之ヲ使用スルノ特權ヲ私人ニ附與シテ以テ其賃ヲ徵收スルコトヲ得然レドモ政府ガ斯ノ如キ方法ニ依リテ公衆ノ使用ヲ禁セサル以上ハ公衆ハ隨意ニ河川ヲ使用スルコトヲ得ヘシ即チ或ハ自由ニ水面ヲ航行シ或ハ舟筏ヲ沿岸ニ繫ギ或ハ積荷ヲ卸スコトヲ得ルナリ羅馬ニテハ河川海洋ニ於テ漁業ヲ爲スハ各人ノ自由ナリ是レユスチニアン法典ニ明言セル所トス近世諸國ノ法律ハ大ニ之ト異ナリ概ネ漁業ノ權利ニ制限ヲ加ヘザルハナシ特ニ獨逸ノ如キハ公ノ河川ニ於テ魚介ヲ捕フルノ權利ハ政府ニ專屬セリ但政府ノ特許ヲ得又ハ舊來ノ慣習ニ從テ漁業ヲ營ムハ此限ニアラサルナリ

河川ニシテ公有物ニアラサルモノハ即チ個人ノ私有財産ナリ概シテ言ヘ

ハ此種類ノ水流ハ沿岸ノ所有主ニ屬セリ若シ左岸ノ所有主ト右岸ノ所有主ト異ナルトキハ之ヲ二分シ右ハ即チ右岸ノ所有主ニ屬シ、左ハ即チ左岸ノ所有主ニ屬ス蓋シ羅馬法ニ於テハ河川ノ所有權ハ他ノ物件ノ上ニ有スル所有權ト格別差異アラズ即チ自己ノ欲スル方法ニ從テ自由ニ之ヲ使用スルコトヲ得タリ然ルニ近世諸國ノ法律ハ其趣ヲ同フセス例ヘハ獨逸ニテハ私有ノ水流ト雖モ多少公衆ノ使用ニモ供セラル、モノトス、且其上流ヲ使用スル者ハ水量ヲ減シテ以テ下流ヲ使用スル者ノ妨害ヲナスヲ得ス、必スヤ其水ヲ下流ニ通シテ以テ下流ノ便ヲ謀ラサルベカラザルナリ池沼ハ大抵私有財産ナレトモ又時トシテ公有物タルモノアリ湖水運河ハ公有物タルモノ多シト雖モ往々私有財産タルモノナキニアラス顧ルニ我國ニ於テハ河川其他ニ關シテ細密ナル規則ヲ制定シタルコトナシ、然レトモ余ハ今後之ヲ設クルノ必要アルヲ信シテ疑ハサルナリ何トナレハ我國ハ從來農業國ナリシカ故ニ事細大トナク農業ノ便利ヲ謀ルヲ以テ主眼ト爲セリト雖モ工業漸ク進歩シテ隆盛ニ赴クハ現ニ吾人ノ目撃ス

ル所ナリ而シテ工業隆盛ナレハ水力ヲ利用スルコトモ亦起ルヤ必セリ、是ニ於テ水流ヲ濁シ水量ヲ減スル等ノ弊害ハ續々トシテ現ハル、ニ至ルヘク是等ノ事情ニ應スル法律規則ハ日ヲ追フテ制定セラルヘキナリ公衆ノ用ユル道路ニハ國道ト市道トノ別アリ國道ハ即チ國家ノ所有物ニシテ市道ハ即チ市府ノ所有物ナリ

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

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

無主物 (Res nullius) トハ何ソヤ、今例ヲ舉グテ之ヲ示セハ山野ノ禽獸、海中ノ

魚介ノ如キ總テ人ノ所有ニ係ラサルモノヲ云フ「ガイユス」ノ法學階梯ニハ
 神法物モ亦無主物ノ一種ナリトセリ、然レトモ嚴格ニ解釋スルトキハ無主
 物トハ恐クハ斯ノ如キモノヲ指スニアラスシテ單ニ動産中ノ無主物ノミ
 ヲ指スモノナリト信セラル抑モ神法物ノ中ニハ墓地等ヲ含ムト雖モ是蓋
 シ村邑共産制ノ遺風ニ過ギス、而シテ村邑共産制ノ行ハル、時代ニ於テハ
 土地ハ人民ノ共有物ニシテ無主物ニアラザルナリ「ガイユス」ノ法學階梯ヲ
 見レハ死人ノ遺留財産モ無主物ナリトセリ然レトモ羅馬ニ於ケル他ノ學
 者ノ說ニ據レバ眞ノ無主物ニアラス若シ死人ノ相續者ニシテ定ラハ先代
 死去ノ當時ニ相續シタルモノト看做スノ規則アリ、即チ其效力既往ニ遡ルガ
 故ニ法律ノ結果ヨリ言ヘハ遺留財産ヲ以テ無主物ト爲スコトヲ得サルナリ

第四、動産、不動産

英國ノ「メイン」ノ說ク所ニ依レハ羅馬法ニテ動産、不動産ノ區別ト爲シタルハ左
 程古キコトニアラズ、昔者「レイス、マンチピート」ト「レイス、ネツク、マンチピート」ノ區
 別ヲ爲シタレトモ此區別ハ甚タ不便ナルガ故ニ漸ク動産、不動産ノ區別ヲ爲ス

ニ至リシト謂フニアリ此說ハ當ヲ得タリ、何トナレバ古代法ニハ之レニ當ル文
 字ナク只ダ「ユスチニアン」時代ノ法律ニ散見スルヲ以テナリ動産、不動産ノ區別
 ハ近世ノ法理ト徑庭ナキヲ以テ之ヲ略ス

第五、^{レ、ス、フ、ン、ギ、ビ、ル}代替物 (Res Fungibiles) (^{レ、ス、ノ、ン、ギ、ビ、ル}不代替物 (Res non Fungibiles))

穀物、酒、油等ハ代替物ニシテ若シ之ヲ借受ケタルトキハ同性質同分量ノ物ヲ以
 テ之ヲ返還スレバ則チ可ナルモノナリ、之ニ反シ馬、奴隸等ハ不代替物ニシテ若
 シ之ヲ借受ケタルトキハ必スヤ其借受ケタル物件ヲ返還セサルベカラズ蓋シ
 代替物ノ場合ニ於テハ借主ハ其物件ノ所有權ヲ得レトモ不代替物ノ場合ニハ
 決シテ所有權ヲ移轉セズ借主ハ唯其物件ヲ使用スル權利ヲ得ルニ過ギザルナ
 リ

第六、消費物、不消費物

凡ソ物ニハ之ヲ消費スルニアラサレハ使用スルコト能ハサル物件アリ又消費
 セスシテ使用スルコトヲ得ル物件アリ、一般ニ言ヘバ代替物ハ多ク消費物ナリ
 米、油、酒ノ如キハ即チ是ナリ然レトモ代替物ハ必ス消費物ナリト速斷スベカラ

ズ例へハ歐洲ニ於テ表装セサル書籍ハ書肆間ニ代替物トスルノ慣習アリト雖モ之ヲ以テ消費物ト爲ス能ハサルガ如シ、爲替手形ノ如キモ亦消費物ニアラスシテ代替物タリ

第七、主タル物件、從タル物件

羅馬ニ於テハ主タル物件ト從タル物件トノ區別ヲ認ム即チ附從 (Accessio) ニ關スルノ規則アリ、例へハ紫ノ絲ヲ織物ニ織込ムトキハ織物ハ即チ主タル物件ニシテ紫ノ絲ハ之ニ附從シテ從タル物件トナルモノトス附從ニ關スル規則ハ後ニ説明スル所アラント欲ス

第八、可分物、不可分物

今夫レ絶對的ニ分割スベカラザル物件ハ世間恐ラク絶無ナルヘシ、然レトモ之ヲ分割スレハ物件ノ本質ヲ毀損スルモノハ法律上之ヲ不可分物ト云フ例へハ畫伯ノ畫、奴隸牛馬ノ如キ是ナリ、又分割シテ大ニ價格ヲ減スルモノモ不可分物ナリ例へハ金剛石ノ如キ是ナリ

第九、羅馬法ニ於テハ物件ノ集合ニ三ノ區別アリ

一、單純ノ物件 例へハ奴隸材木、瓦石ノ如キモノヲ云ヒ

二、集合物件 種々ノ異ナリタル物件ヲ合シテ一ト爲セルモノニシテ例へハ家屋、船舶ノ如キモノヲ云フ

三、物件ノ集合 種々ノ物件ヲ集メテ一ノ名稱ノ下ニ立ツモノニシテ羊群、圖書館、書畫室ノ如キモノヲ云フ

物件ノ集合ノ場合ニ於テ物件ノ全體ヲ一個ト見ルベキモノナルカ將タ數個ノ物件ト見ルベキモノナルカハ從來學者間議論アル所ナリ羅馬ノ訴訟手續ニ據レハ羊群取戻ノ訴訟ニ於テハ羊群ヲ以テ一物ノ如クニ看做セリ夫レ既ニ助法ニシテ之ヲ一物トスル以上ハ主法モ亦之ヲ一物ト看做セル趣旨ナリト以ハサルヘカラス、然リト雖モ今羊一頭ツ、ニ付テ言フトキハ固ヨリ各別ノ所有權ガ同時ニ存在スルコトヲ得ヘシ

第二項 收益 (Fructus)

我民法第八十八條ニ果實ト稱スルモノ羅馬法ノ Fructus ニ當ル之ヲ收益ト譯セシ例へハ穀物、果實、秣、年々伐採スベキ樹枝等ノ如キハ土地ノ收益ニシテ粘土、金、銀

鑛物ノ如キ亦然リ不時ノ獲得タル物件ハ收益タル能ハス金塊ノ如キ鑛山ニアラサル場處ニ於テ不時ニ發見シタルモノナルトキハ收益タルヲ得ス又常ニ銃獵ノ行ハル、場處ニ於テ捕獲シタルモノニアラサレハ收益ト云フヲ得ス又獸類ニ關ル收益ハ毛乳及子ナリ乍併奴隸ノ子ハ收益ニアラス只奴隸ハ勞役ヲ以テ收益トス

收益ニ自然ノ收益ト法定ノ收益ノ二種アリ前ニ述ヘタルハ皆自然ノ收益ナリ法定ノ收益ノ例ハ船ヲ貸與シテ賃錢ヲ得ルカ如キ家屋ヲ賃貸シテ家賃ヲ得ルカ如キハ法定ノ收益ナリ

第二款 物權、債權ノ區別竝ニ所有權

羅馬ニ於テハ物權、債權ニ相當スル文字ナシ唯タ羅句語ニ「ユス、イン、レム」(Jus in rem)、「ユス、イン、ベルソナム」(Jus in personam)ナル文字アリト雖モ是レ中古時代ノ學者カ羅馬法律ヲ解釋スルニ方テ用非タルモノニシテ元來羅馬ノ時代ノ語ニアラス然リト雖トモ羅馬ニ於テハ固ヨリ物權、債權ノ區別ヲ認メタルコト疑ヲ容レズ、即チ物權ハ對物訴訟(Actio in rem)ニ依テ之ヲ保護シ、對人權即チ債權ハ對人訴訟(Actio

in personam)ニ依テ之ヲ保護シタルナリ、ユスチニア^ンノ法學階梯ニ物權債權ノ名稱ナカリシモ之ガ區別ヲ認メタリ、故ニ本章ニ於テハ物權中重大ナル所有權ニ就テ説明セント欲ス

羅馬法律ノ所有權ニ付キ說カントセハ須ラク諸國ニ於ケル財產法ノ歴史ヲ觀察スルヲ便宜トス古代個人ノ財產ハ割合ニ遲レテ發達シタルモノトス即チ太古時代ニ於テハ一村邑又ハ一部落ノ財產カ先ツ始メニ發達セリ而シテ其財產ハ多ク土地ニ關スルモノトス此村有時代ノ遺物トシテ見ルヘキ者ハコンモンズ(Commo^ニトス今日ニ及ンテモ尙ホ其遺物アリ、或ル場處ニ對スル共同使用權ヲ有スル者ヘハ共ニ漁業ヲ爲スノ權利、共ニ牧畜ヲ營ムノ權利(Common of Pasture)カ慣習トシテ存スルカ如キ是ナリ、又現ニ倫敦ノ市街ニ「コンモンズ」ト云フ公園アルハ其舊跡ナルコト問ハスシテ知ルヘシ獨逸ニアルメンド(Allmende)ナル語アリ、又佛蘭西ニ「ヴェーヌ」(Vaine pâture)ナル語アリ、皆英語ノ「コンモンズ」ニ相當スルモノニシテ歐羅巴到ル處ニ存在スルヲ見レハ太古ノ村邑共產制ノ遺物ナルコト疑ナシ從來我國ニモ入會^{イッパイ}ナルコトアリ、二村以上ノ人民カーノ山林ニ於テ共同ニ樹木ヲ伐採

シ、又ハ落葉ヲ拾取スルノ慣習アルモ亦村邑共産制ノ遺物ニ外ナラス昔時羅馬人カ村邑共産制ノ下ニ生活シタル證跡枚擧ニ違アラス、今其一斑ヲ擧レハ羅馬ニハ土地所有權ヲ指示スルノ文字ナシ、所謂財產權トハ單ニ奴隸、家畜等ニ關係アリシノミ羅馬ノ古語ニ「ファミリア、ベクニアクエ」(Familia pecuniague)アリ「ファミリア」ハ奴隸等ニ關シ「ベクニア」ハ家畜等ニ關ス「クエ」ハ及、ヒト云フ意味ナリ故ニ「ファミリヤ、ベクニア」クエトハ奴隸及ヒ家畜等ノ動產ヲ指示スルモノトス、子孫、奴隸ノ特有產ヲ「ベクリユム」(peculium)ト稱スルハ蓋シ之ヨリ脱化シタルモノナリ又財產ノ移轉ニ關スル方式ノ極メテ古キモノヲ「マンチバチヲ」(Mancipatio)ト爲ス「マンチバチヲ」ナル文字ヲ分析スレハ「マニス」(Mans)「カペレ」(Capere)ノ二字ヨリ來ル「マニス」ハ手ナル意味ヲ有シ「カペレ」ハ動詞ニシテ捕捉ナル意味ヲ有ス、故ニ「マンチバチヲ」ハ手ヲ以テ捕捉スルノ義ナリ、抑モ手ヲ以テ捕捉スルヲ得ルモノハ唯タ動產ノミ即チ「マンチバチヲ」ノ方式ハ始メ土地ニ關係ナク單ニ動產ニ關係セシモノナルコト推知スルニ足ラン

斯ノ如ク不動産ニ付テハ個人ノ所有權ヲ認メタル文字ナシ且ツ羅馬ニ於テハ公衆人民カ一所ニ會合シテ宴ヲ張リ飲食ヲ爲スノ慣習行ハレタリ、此等ノ慣習ハ魯ニ羅馬ノミナラス希臘ノ「スバルタ」ニモ亦行ハレタルコトハ歴史ニ依リテ明ナリ又瑞西ニハ現ニ之ヲ行フ處アリト云フ是亦村邑共産制ト密接ノ關係ヲ有スルナリ、今其次第ヲ語ランニ極メテ古キ時代ニ於テハ村邑人民ハ土地ヲ共有セリト雖モ敢テ土地ヲ分配スルコトナク唯其收穫ヲ分配スルニ過キサリキ其後ニ至リテ收穫ヲ分配スルコトヲ止メ土地ヲ分配スルノ制度ヲ生セリ、然トモ其ノ土地ヲ假ニ區劃シ而モ時ヲ定メテ分配セリ例ハ令義解中田令ノ條ニ班田ノ法アリ之ニ依レハ六年毎ニ田地ノ分配ヲ改正セル如キ、周公ノ井田法、唐ノ均田法等ハ皆ナ之ニ類似セル遺風ナリ(班田ノ法ニ付テハ令義解ニ詳ナリ就テ見ルベシ)露西亞ニ於テハ今日百姓ノ間ニ班田ノ法ヲ行ヘリ是ニ由テ之ヲ觀レハ太古ハ先ツ收穫分配ノ法ヲ用ヒ、後ニ及ンテ班田ノ法ニ移リタルモノト謂フヘシ、而シテ收穫分配ノ法ト云ヒ班田ノ法ト云ヒ共ニ村邑共産制ノ遺風ナリ、唯時ノ前後ニ付テ云ヘハ收穫分配ノ法ハ古クシテ班田ノ法ハ新キノミ羅馬ニ於テモ班田ノ法ヲ行ヒシ證跡無キニ非スト雖モ今煩雜ヲ避ケテ之ヲ省キ唯衆人一所ニ會食スル慣習ニ付テ一言スヘシ、蓋シ斯ノ如キ慣

習ハ收穫分配ノ法ニ胚胎セルモノナルヤヲ必セリ然ラハ即チ其村邑共産制ノ遺風ナルヤ論ヲ俟ス彼ノ羅馬ノ詩人ヴァルヂル(Virgil)ノ詩ヲ誦讀スル者ハ必ス羅馬ノ古代ニハ村民カ土地ヲ共有シタルモノタルコトヲ知ルナラン、又羅馬ニ於テハ「ザツルヌス(Saturnus)」ナル神ヲ祀レリ、而シテ口碑ノ傳フ所ニ依レバ「ザツルヌス」ノ時代ニハ人民皆ナ土地ヲ共有シテ奴隸等ノ制度ハ毫モナカリシト云フ想フニ此事ハ單獨ニテハ何等ノ證據トナラスト雖モ前ニ述ヘタル所ト對照スレハ多少參考トスヘキ所ナキニアラス、之ヲ要スルニ羅馬ノ人民ハ神代則チ歴史以前ニ於テ村邑共産制ヲ有セシコト十分的確ノ證據アルナリ

羅馬ニ於テハ古代既ニ家族ノ世襲財産ヲ認メタリ、羅句語ニテ之ヲ「ヘレジユーム(Heredium)」ト云フ則チ一家ハ必ス「ユーゲラ」(Jugera)ノ土地ヲ享有シ世襲トシテ之ヲ保存スヘク決シテ他家ニ讓渡スユトヲ得ザルナリ此制度ハ久シク行ハレ後世共和時代ノ終リニ至ルマデ人民ハ之ヲ賣却スルヲ以テ恥辱トナセリ、然リト雖モ「ユーゲラ」ノ土地ハ面積左程廣カラズ「ユーゲラ」ノ文字タル複數ニシテ單數ハ「ユーゲルム」(Jugerum)ナリ「ユーゲルム」ハ長サ二百四十「フイート」ニシテ幅百二十

「フイート」ナリ、故ニ今「フイート」ヲ以テ我國ノ一尺ト假定スレハ「ユーゲラ」ハ二百四十尺則チト四十間四方ニシテ概算千六百坪ニ過キス且羅馬ノ土地ハ確確ニシテ豐饒ナラサルヲ以テ之ヲ耕作スルハ隔年ナリ若シ之ヲ毎年耕作スルモノト見レハ僅々八百坪ニ止マレリ故ニ之ヲ以テ一家ヲ糊口スルハ頗ル困難ト云ハサルヲ得ス故ニ貴族ハ家毎アーゲルプブリクスニ公地(Ager publicus)ノ一部ヲ占領使用セリ

右述ベタル世襲財産以外ノ土地ハ之ヲ公地ト稱シ、貴族ハ占領ノ規則ヲ遵守スルニ於テハ何時ニテモ之ヲ占領スルコトヲ得タリ然レトモ貴族カ如何ニ永久ノ期間之ヲ占領スルモ變シテ市民法ノ所謂所有權ヲ獲得スルヲ得ス、唯法律ノ保護ヲ受ケテ占領シタルモノナルカ故ニ結果ヨリ見レハ恰モ所有權ト同様ノ状態ナルノミスノ如クニシテ貴族カ占領シタル土地ハ甚タ廣シ從テ貴族自ラ之ヲ耕作スルコト能ハザルナリ、是ニ於テ貴族ハ之ヲ其配下ニ屬セル一種ノ「賊民」(Olerates)ニ貸與シテ之ヲ耕作セシムルニ至レリ彼ノ「容假」ノ占有(Precarium)ナルモノハ即チ茲ニ生シタルモノトス、詳言スレハ貴族ニハ何時ナリトモ隨意ニ貸與シタル土地ヲ取上クルノ權利アリ、賤民ノ占有ハ十分鞏固ナラサルヲ以テ之ヲ容假ノ占有ト

稱シタルナリ加之羅馬ノ貴族ハ其公地ヲ牧畜ノ用ニ供シタリ稱シテ公共牧場(Ascua publica)ト云フ之ヲ使用スル者ハ相當ノ使用料ヲ政府ニ支拂ハサルヘカラス、貴族ハ斯ノ如ク特權ヲ有シタレトモ醜テ平民ノ地位ヲ視レハ實ニ憐ムヘキ境遇ニ在リ、即チ公共牧場ヲ使用スルコトヲ得サルノミナラス總テ公地ヲ占領シテ耕作ノ用ニ供スルコトヲ得ス、之カ爲メニ貴族ト平民トノ間ニハ激烈ナル爭論ヲ絶エシコナク延テ外侮ヲ禦クノ餘裕ヲ存セサリシナリ且夫レ貧富ノ不平均ハ年々其度ヲ高メリタシヲ以テ羅馬カ將サニ崛起シテ南方歐洲ノ霸權ヲ握ラントシタル時代ニ於テモ其内部ノ有様ハ腐敗セルコト甚シ、故ニ「スプリユース、カッシユース」(Spurius Cassius)「チヰリユース、グラクス」(Tiberius Gracchus)等ノ慷慨ナル人傑ハ身ヲ挺シテ起チ公地使用ノ權利ハ貴族ノミナラス平民ニモ亦附與セサルヘカラサルコトヲ主張セリ然レトモ此主張ハ遂ニ其目的ヲ達スル能ハスシテ止ミ遂ニ羅馬ノ滅亡ヲ見ルニ至レリ、想フニ貧富ノ不平均ト貴族平民ノ爭論トハ羅馬ノ爲メニ一大病根タリシモノト謂フヘシ

羅馬ニ於テハ凡ソ財產ハ家族全體ニ屬スル者ニシテ個人ニ屬スル者ニアラスト

ノ思想カ古代人民ノ腦髓ヲ支配セリ十二標ノ法律ニ據レハ宗族(Agnati)及ヒ同姓人(Gentiles)カ相續權ヲ有シタリ是亦村邑共產制ニ關係スルモノトス概言スレハ村邑共產制ヨリ一躍シテ個人主義ニ移ルモノニアラスシテ大抵其間ニ家族制度ノ時代ヲ經過セサルハナシ、而シテ羅馬ノ財產ニ關スル規則モ亦此順序ニ從テ發達シタルモノトス、即チ宗族又ハ同姓人カ相續權ヲ有スルハ家族制度ニ外ナラサルナリ

個人制度ハ羅馬ニ於テ未タ全ク完備シタリト云フコトヲ得サレトモ子孫ノ特有產ニ關シテハ個人ノ所有權ヲ認メタルナリ又家父(則チ)ハ家族ノ財產ヲ支配シテ殆ント自己一人ニ專屬スルモノ、如ク取扱ヘリト雖モ羅馬末代ノ法律ニ據レハ家父ハ他ノ家族ニ對シテ財產ノ遺贈ヲ爲スヲ得タルハ遺贈ニ付テ説明セシガ如シ

古昔羅馬ニ於テハ所有權移轉ノ方法頗ル煩雜ナリシカ爲メ奇怪ナル結果ヲ生シタリ、何ソヤ、曰ク二種ノ所有權カ發達シタルコト是ナリ前章ニ述ヘタルカ如ク羅馬法ハ物ヲ「レースマンチピート」(レース、ネツク、マンチピート)ノ二種類ニ別テリ、レ

「ス、ネグ、マンチピー」ハ何等ノ方式ヲ用キスシテ單ニ引渡ニ依リテ其所有權ヲ移轉スルコトヲ得タリ、故ニ其事實極メテ簡單ナリト雖モ「レース、マンチピー」ニ至テハ或ハ「マンチパチヲ」ノ賣買式ニ依リ或ハ擬訴棄權ノ方式ヲ履ムニアラサレハ到底其所有權ヲ移轉スルコトヲ得ス蓋シ引換ハ自然獲得(Acquisitiones naturales)ノ一種ナリ即チ萬姓法ニ基ケル獲得方法ナリ「マンチパチヲ」ノ賣買式及ヒ擬訴棄權ノ方式ハ之ニ反シ市民法ニ基ツケル獲得方法ノ一種ナリ、故ニ「レース、マンチピー」ハ市民法ノ獲得方法ニ依ラサレハ完全ナル所有權即チ市民法ノ所有權ヲ移轉スルコトヲ得ス然ルニ「マンチパチヲ」ノ賣買式及ヒ擬訴棄權ノ方式ハ共ニ煩雜ノ手續ナルヲ以テ往々之ヲ避ケ單ニ引渡ニ依リテ所有權ヲ移轉セント試ムル者アリ、然レトモ引渡ノミニテハ真正ノ所有權ヲ移轉スルコト能ハス是ニ於テ乎法律ノ定メタル期間之ヲ占有スレハ所有權ヲ獲得スルコトヲ許セリ古代ノ羅馬法律ニ據レハ其時効(Ducapio)ノ年限ハ不動産ニ關シテハ二年動産ニシ關シテハ一年ナリ(「ウヰカピチ」ノ字義ヲ尋ヌルニ「ウヰ」ハ用ユルノ意ニシテ「ガヒチ」ハ前ニ述ヘタル「カ」ニ「ベ」ヨリ捕捉スルノ意ナリ)抑モ時効ノ規則ヲ「レース、マンチピー」ノ賣買ニ利用シタルハ奇ナリト謂フベシ、近世ノ法律ニ於テハ所有權

ノ不確定ナル場合ニ之ヲ確定センガ爲メ時効ノ規則ヲ用ユルモノトス我國ニモ中古以來時効ノ制度アリ、即チ北條泰時ノ貞永式目ニ據レハ不動産ニ關スル時効ノ規則アリ、其期間ハ二十年ナリ而シテ其目的トスル所ハ近世諸國ノ時効ト異ルナシ然ルニ古代羅馬ノ時効ハ一方ニ於テハ近世ノ時効ト同様ノ目的ヲ有シタルトモ他ノ一方ニ於テハ之ニ異レル目的ヲ有セシナリ、即チ時効ノ規則ヲ賣買ノ道具ニ用キタルモノトス、約言スレハ「レース、マンチピー」ノ所有權ヲ移轉スルニ付テ「マンチパチヲ」ノ賣買式又ハ擬訴棄權ノ方式ヲ履行スルハ煩雜ナルヲ以テ引渡ト時効ノ規則トヲ合セ用キタルハ前ニ婚姻ノ場合ニ於ケルカ如シ「レース、マンチピー」ノ賣買ニ於テ時効ノ年限經過スル以前賣主カ買主ニ對シテ物件取戻ノ請求ヲ爲シタルトキハ如何、蓋シ此場合ニハ買主ハ物件ノ引渡ヲ受ケタリト雖モ時効ノ年限ハ經過セサルヲ以テ未タ市民法上ノ所有權ヲ得ルコト能ハス賣主カ却テ真正ノ所有權ヲ有スルモノナリ、故ニ市民法上ヨリ論スルトキハ其物件ハ之ヲ賣主ニ返還セサルヘカラス然レトモ羅馬ノ裁判官ハ市民法ノ缺點ヲ補ヒ買主ハ抗辯ヲ提出シテ以テ賣主ノ請求ヲ拒ムコトヲ得トセリ然ラハ即チ「ウ

「ズカビラ」ノ年限カ未タ繼過セサルニ當テ第三者ノ爲メニ物件ヲ奪取セラレタルトキハ之ヲ如何ニスヘキヤ、市民法ニ依レハ買主ハ未タ所有權ヲ得サルヲ以テ堂々トシテ所有權取戻ノ訴訟ヲ起スコトヲ得ス左レハトテ賣主ニ依頼シテ訴訟ヲ起サントセハ第三者ト共謀シテ之ニ應セサルノ恐アリ、是ニ於テ羅馬ノ裁判官ハ再ヒ買主ヲ保護セントシ買主ノ名義ヲ以テ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ト爲シ買主ハ時効ノ年限ヲ經過セサルニ拘ラス恰モ經過シタルモノ、如ク裝ヒテ訴訟ヲ提起スルコトヲ得ルニ至レリ

以上説明セル所ヲ要スルニ「レリス、マンチピー」ヲ移轉スルニハ引渡ト時効ノ規則トヲ併セ用ユルモ未タ以テ完全ナリト云フヲ得ス、故ニ裁判官カ其缺點ヲ補ヒタルモノナリ羅馬ニ於テ所有權ニ二種類ノ別ヲ生シタルハ之ニ依ルモノトス、一ハ市民法ノ所有權ニシテ他ノ一ハ裁判官ノ作りタル法律即チ大官法ノ所有權ナリ而シテ若シ此二個ノ所有權カ相抵觸スルトキハ大官法ノ所有權カ勝ヲ制シタルナリ之ヲ英國法ニ比較スレハ恰モ普通法(Common Law)ノ所有權(衡平法(Equity))ノ所有權ノ區別ニ似タリ英國ニ於テ普通法ト衡平法トノ衝突ヲ見ルトキハ必ス衡平

法ノ勝ニ歸ス、此區別ハ既ニ廢止セラレタリト雖モ實際ハ尙ホ存在スルナリ羅馬ニ於ケル市民法ノ所有權ト大官法ノ所有權トノ區別モ亦斯ノ如シ但此區別ハ「ユスチニア」ノ時代ニ及ンテ公然廢止セラレタリ

第三款 占有 (Possessio)

第一項 總論

法理學ニテモ羅馬法ニテモ占有ノ問題ハ最モ困難ヲ感スル所ニシテ之ニ關スル著書及ヒ論文モ亦少カラスト雖モ其是非得失ハ未タ遽ニ論定スヘカラサルモノアリ獨逸ニ於テハ有名ナル「ザヴィニー」ノ占有論アリ、千八百三年第一版出テシヨリ一八六四年第七版ノ出ツルマテ六十年ノ間之ニ對抗スル論文ハ殆ント絶無ナリ稍之ト雁行シ得ヘキモノハ唯「ブルンス」(Brunns)ノ論文アルノミ(千八百四十)其他ハ概ネ皆「サヴィニー」ノ糟粕ヲ嘗ムルニ過キスシテ敢テ一機軸ヲ出シタルモノナシ近世ニ至リテ占有ニ關スル論文ハ一時流行トナリ甲論乙駁名說輩出數フルニ違アラズ就中有名ナルモノハ「ランダ」(Randa)ノ占有論及ヒ「マイシヤイダ」(Meischerder)「ベカー」(Bekker)「イェリシグ」(Ihering)等ノ論文ナリトス「イェリシグ」ハ三種ノ論文ヲ

出シ皆ナ好評ヲ博セリ而シテ「ブルンス」モ亦第二ノ論文ヲ著ハシタリ
 「サヴィニー」ノ占有論ハ佛蘭西語ニ翻譯セラレタルコト二度ニシテ英語ニモ亦再三
 翻譯セラレタリ故ニ其勢力ハ頗ル強大ニシテ英佛其他ノ諸國ニ瀰蔓シ占有ニ關
 シテハ「サヴィニー」ノ占有論ヲ讀ムニアラサレハ議論ヲ爲ス能ハサルカ如キ偉觀ヲ
 呈セリ然ルニ近年ニ及ンテ斬新奇拔ノ議論ヲ以テ世上ヲ震蕩シ「サヴィニー」ノ勢力
 ヲ壓倒シタルモノハ即チ「イェリシグ」其人ナリ「イェリシグ」ハ占有ニ關シテ三種ノ
 論文ヲ公ニシ其中二種ハ特ニ有名ナリ一ハ即チ占有ノ保護ニ關係スル論文ニシ
 テ他ノ一ハ占有ノ意思ニ關係スル論文ナリ意思ニ關係スル論文ハ千八百八十九
 年ノ出版ニ係リ之ヲ書シテ後三年遂ニ死セリ此他「コンラット」ノ作ナル國家學ノ「ハ
 ンドブック」中ニ單篇ノ占有論ヲ草セリト雖モ有名ナリト云フニ非ス
 占有ノ事ヲ詳説スルニ先チ二三ノ實例ヲ舉示センニ羅馬ノ法律ニ於テハ質取主
 ヲ以テ占有者ナリトセリ又一ノ物件ニ關シテ甲乙間ニ爭アルトキハ其爭ノ結局
 ニ至ルマテ丙ヲシテ物件ヲ保管セシム之ヲ係爭物保管(Sequestratio)ト稱セリ此場
 合ニ於テ丙即チ保管者ハ占有者ナリトス然リト雖モ羅馬法律ニ依レバ使用貸借

ノ場合ニ於テ貸主ハ通常物件ノ所有者ニシテ且占有者ナリ借主ハ唯之ヲ握有ス
 ルノミ握有トハ近世用ユル羅甸語ニテ「デテンチヲ」(Detentio)ト云フ「デテンチヲ」ナ
 ル文字ハ羅甸語ナリト雖モ往古羅馬人ノ用ヒタルモノニアラズ畢竟其ノ外形ヨ
 リ讀ンデ羅甸語ナリト云フニ止マルナリ今參考ノ爲メニ羅馬人ノ用ヒタル古語
 ヲ謂ヘハ「ナトラリス、ボッセシヲ」(Naturalis possessio)ナル文字アリ是レ名詞ニシテ直譯
 スレハ自然ノ占有ト云フ意ナリ之レヲ動詞トスレハ即チ「ナトラリテル、ボッシデー
 レ」(Naturaliter possidere)ナリ又「イン、ボッセシヲネ、ハッセ」(In possessione esse)ナル文字アリ
 然レトモ此等ノ文字ハ煩雜ニシテ曖昧ナルカ故ニ近世ノ學者ハ「デテンチヲ」ナル
 語ヲ用フルニ至リシナリ又羅馬法律ニ於テハ寄託ノ場合ニハ物件ノ受寄者ハ占
 有ヲ有スルニアラスシテ唯々握有スルノミトセリ又質貸借ノ場合ニ於テモ質貸
 主カ占有者ニシテ借主ハ物件ヲ握有スルニ過キス尙ホ之ニ似タル場合多シト雖
 モ今一々之ヲ舉ケス宜シク類推シテ考フヘキナリ此等ノ實例ハ我新民法ニ比較
 スルトキハ適合セサルモノアルヘシ
 占有ハ一方ニ於テハ所有ト異ルコト勿論ニシテ他ノ一方ニ於テハ握有ト異ナレ

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

第二項 占有及握有ノ根本的性質

占有ト握有トノ根本的性質ヲ釋明スルニ方テハ須ラク先ツ占有ニハ如何ナル意

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

占有ノ意思ニ關スル學說ハ大別シテ二ト爲ス、第一ハ即チ主觀說 (Subjectivitätstheorie)ニシテ又之ヲ意思說 (Willenstheorie)トモ云フ第二ハ即チ客觀的 (Objektivitätstheorie)ナリ、主觀說ノ極端ニ在ル者ハ「サヴィニー」ノ議論ニシテ之ニ正反對ナル客觀說ヲ唱ヘタル者ハ「イェリング」ナリ以下主觀說、客觀說ノ論旨ヲ述ヘン

第一、「サヴィニー」ノ說 「サヴィニー」派ノ說ニ據レハ占有ニ必要ナル意思ハ「アニムス、ドミニニー」(Animus domini)即チ所有者ノ意思ナリト爲ス、詳言スレハ所有者トシテ

物件ヲ占有セント欲スルノ意思ナリト云フニ在リ然レトモ羅馬法ノ正文中ニ「アニムス、ドミニー」ナル熟字ナシ、時トシテハ單ニ「アニムス」ナル文字ヲ用ヒ又時トシテハ「アニムス、ポッシテンチス」(Animus possidentis)、「アニムス、ポッシデンデー」(Animus possidendi)、「ポッシデンデー、アッフエクツス」(possidendi Affectus)等ノ熟字ヲ用フルノミニシテ未タ曾テ「アニムス、ドミニー」ナル語ヲ用キサルナリ然ルニ「サヴィニー」ノ説ニ據レバ此等ノ文字ハ皆「アニムス、ドミニー」ヲ指シタルモノニシテ即チ所有者ノ意思ト云フ義ナリトス、蓋シ「サヴィニー」カ何故ニ此「アニムス、ドミニー」ナル語ヲ用キタルヤト云フニ第十六世紀ニ於テコンスタンチノーブルノ法學校ノ教授タリシ「テオフィルス」(Theophilus)カ「ユスチニアン」法典ノ法學階梯ヲ註釋スルニ當テ「ブスケー、デスポーツオントス」(πυχη δεσποτικός)ナル希臘語ヲ用キタリ而シテ「サヴィニー」ハ之ヲ羅甸語ニ翻譯シテ「アニムス、ドミニー」ト爲シタルナリ然レトモ元來此譯語タルヤ敢テ「サヴィニー」ニ創マリシニアラズ有名ナル佛國ノ學者「クーヤチユース」(Cujacius)ノ頃ヨリ人ノ往々用キタル所ナリ、然リト雖モ「クーヤチユース」ハ此文字ノ意味ヲ誤解セリ、即チ「クーヤチユース」ハ「アニムス、ドミニー」

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

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

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

ルヤト問フニ「サヴィニー」派ノ學者ハ漫然之ニ答ヘテ曰ク是レ原則ノ例外ナリ即チ本來ノ原則ヨリスレハ占有ニハ所有者タルノ意思ヲ必要トスルモ典質契約係爭物保管ノ場合ハ偶々原則ノ例外ヲ爲スモノナリ抑モ羅馬法ノ正文ニハ所有者ノ意思ナル語ヲ見ル能ハサルハ前ニ述ヘタル所ノ如シ「サヴィニー」ハ擅ニ之ヲ假想シテ以テ其立論ノ根據トセルナリ故ニ其說ヲ適用スルコトヲ得サル實例ニ遭遇スレハ直ニ以テ原則ノ例外ナリトシ以テ遁辭ヲ作レリ

「サヴィニー」派ノ說ハ一時非常ノ勢力ヲ以テ歐洲ノ法曹ヲ震動セリ獨逸ニ於テモ有名ナル學者ニシテ之ヲ贊稱シタルモノ數ヲ知ラス英佛ノ學者モ亦多ク之ニ從ヘリ試ニ英國ノ書ヲ繙閱セヨ萬調一律羅馬法ノ占有ニハ「アニムス、ドミニー」ヲ必要トスト曰ハサルハナシ然ルニ現今ニ於テハ「サヴィニー」派ノ勢力ハ殆ント地ニ墜チ其說陳腐ニシテ取ルニ足ラスト評セラル、ニ至レリ今其原因ヲ尋ヌレハ次ニ述フル二三ノ學說カ勢力ヲ得タルニ依ラスンハアラス

第二、「ウインドシャイド」ノ說 「ウインドシャイド」(Windscheid)等ノ學者ハ「アニムス、ドミニンデイ」(Animus dominandi)ナル文字ヲ用キタリ「ウインドシャイド」自身

ハ「バンデクテン」ノ本文中「アンアイグスングスウキレ」(獨語 Aneignungswille)ナル文字ヲ用キ而シテ此文字ハ「アニムス、ドミニンデイ」ナル羅匈語ニ當ルト註シタリ「アニムス、ドミニンデイ」ハ所有スルノ意思即チ所有權ヲ行フノ意思ヲ云フ「アニムス、ドミニンデイ」モ「アンアイグスングスウキレ」モ共ニ前ニ述ヘタル希臘語「プスケー、デス、ポーツオントス」ヲ翻譯シタルモノニシテ希臘語ノ翻譯トシテハ恐ラク「サヴィニー」ノ譯字ニ勝レルナラン今彼ノ希臘語ハ「アニムス、ドミニンデ」ト譯スヘキモノナルカ又ハ他ニ適當ノ譯字アルカハ論外トシテ之ヲ措キ「サヴィニー」ノ使用シタル「アニムス、ドミニー」ノ誤レルコトハ現今有力ナル學者ノ一般ニ認ムル所ナリ故ニ「サヴィニー」派ノ學說ハ既ニ全ク破レタルモノト謂フヘシ
「ウインドシャイド」等ノ說ハ固ヨリ「サヴィニー」派ノ說ヲ改良シタルモノナリト雖モ其說ノ實質ヨリ觀察スレハ「サヴィニー」派ノ說ト大ニ相類似セリ是故ニ「サヴィニー」ノ說カ實質ヨリ誤レルコトヲ論スレハ即チ「ウインドシャイド」ノ說ハ自ラ倒ル、ニ至ラン「サヴィニー」ト云ヒ「ウインドシャイド」ト云ヒ占有ト握有トヲ區別スルニ意思ヲ標準トシタルハ一ナリ即チ占有ノ場合ニ於テハ「アニムス、ドミニー」

又ハ「アニムス、ドミナンディ」カ必要ナリトシ握有ノ場合ニハ斯ノ如キ意思ヲ必要トセスト曰ヘリ是レ主觀說ノアル所以ナリ

第三、「デルンブルヒ」ノ說 「デルンブルヒ」(Demburg)ノ說ニ據レハ羅馬法律ノ所謂意思トハ「アニムス、ドミニ」ニアラスシテ自己ノ爲メニ隨意ニ物件ヲ支配スルノ意思(獨語 *Der wille die Sache für uns zu beherrschen*)ナリト云フニ在リ「ベッキンダ」(Böcking)ノ「バンデクテン」ヲ見ルニ其用語ハ「デルンブルヒ」ト異ナリト雖モ其意義ハ酷ク相似タリ、因テ想フニ「デルンブルヒ」ノ說ハ恐ラク「ベッキンダ」(Böcking)ノ說ノ影響ヲ受ケタルモノナラン尙ホ一步ヲ進メテ謂ヘハ「デルンブルヒ」ノ用キタル語ハ「アニムス、レム、ジビ、ハベンデ」(Animus rem sibi habendi)ナル語ヨリ轉訛シ來タルモノ、如シ「デルンブルヒ」ハ曰ク占有ニ要スル意思ハ所有者タルノ意思ニアラス又所有權ヲ行フノ意思ニアラズ自己ノ爲メニ物件ヲ支配スルノ意思ナリ、而シテ占有ノ場合ニハ之ヲ必要トスルモ握有ノ場合ニハ之ヲ必要トセスト、故ニ若シ他人ノ爲メニ物件ヲ支配スルノ意思ヲ有スル者アリトセハ「デルンブルヒ」ノ言ニ從フトキハ握有者ニシテ占有者ニアラサルナリ、此說モ亦一種ノ主觀

說ニシテ占有ト握有トヲ區別スルニ意思ヲ標準トセルモノトス然リト雖モ此說ハ「サヴィニー」及ヒ「ウインドシヤイド」ト適用ニ於テ異ル所アリ、即チ「サヴィニー」「ウインドシヤイド」カ原則ノ例外ナリトスル場合ハ「デルンブルヒ」ノ說ニ據レハ概ネ原則ノ例外ニアラス試ニ質取主ノ例ニ付テ曰ヘハ質取主ハ所有者タルノ意思ヲ有セス又所有權ヲ行フノ意思ヲ有セス而カモ質取主カ質物ヲ保持スルハ他人ノ爲メト云フヨリハ寧ロ自己ノ爲メナリ即チ若質入主カ貸金ノ返済ヲナサズルヲ恐レテ之ヲ保管スルニ過キス故ニ質取主ヲ以テ占有者ト爲スハ「デルンブルヒ」ノ說ニ據レハ固ヨリ原則ニ從ヒタルモノニシテ例外ニアラス是ニ由テ之ヲ觀レハ「デルンブルヒ」ノ說ハ「サヴィニー」「ウインドシヤイド」等ノ說ニ比スレハ稍、客觀說ニ近ツカントスルモノナリ

第四、「イエリング」ノ說 「イエリング」(Mering)ノ客觀說ハ「デルンブルヒ」ノ說ニ一歩ヲ進メタルモノナリ「デルンブルヒ」ノ說ニ據レハ占有ニ必要ナル意思ハ自己ノ爲メニ自由ニ物件ヲ支配スルノ意思ナリトス然ルニ「イエリング」ハ之ニ反對シテ自己ノ爲メト云フヲ必要ナラストシ何人ノ爲メタルヲ問ハス苟クモ物件

ヲ支配スルノ意思ニシテアラハ即チ足レリトス、詳言スレハ「イエリング」ハ占有 (possessio) 握有 (Detentio) ラウムフェルヘールトニス、ツル、ザー (Rannverhältniss Zur Sache) ノ三者間ノ區別ヲ立テタルナリ、ラウムフェルヘールトニス、ツル、ザーヘトハ單ニ身體ヲ以テ物件ニ觸ル、コトヲ得ル地位ニ在ルヲ云フ即チ何等ノ意思ナキ場合ナリ蓋シ「ラウムフェルヘールトニス、ツル、ザーヘ」ノ場合ニハ唯體的要素アルノミニシテ心的要素ナシ是レ其占有及ヒ握有ト異ナル燒點ナリ、占有ノ場合ニ於テモ握有ノ場合ニ於テモ共ニ體的要素ト心的要素トヲ有スレトモ「ラウムフェルヘールニス、ツル、ザーヘ」ノ場合ニハ體的要素ヲ具有スルニ過キサリナリ「イエリング」ハ握有ヲ相對的握有絕對的握有ノ二者ニ區別セリ

絕對的握有トハ他人ノ占有ヲ認メスシテ一ノ物件ヲ保有スル場合ナリ、例ヘハ神社ノ敷地又ハ墓地等ヲ占領スルカ如キ是レナリ神社ノ敷地又ハ墓地等ハ法律上賣買スルコトヲ得サルモノニシテ即チ不融通物ナリ唯夫レ不融通物ナルカ故ニ縱令之レヲ占領スルモ法律上ノ保護ヲ受ケス、法律上ヨリ之ヲ觀ルトキハ物件ヲ握有スルニ止マルノミ相對的握有トハ一ノ物件ニ關シテ他ニ真正ナル占有者アルコトヲ認メツ、之ヲ握有スル場合ナリ、例ヘハ他人ノ物件ヲ借用スル者ハ握有者ナリ何トナレハ他ニ真正ノ占有者アルコトヲ認ムレハナリ、即チ物件ノ貸主ハ真正ノ占有者ナリトス「イエリング」ノ說ニ據レハ握有モ亦體素ト心素トヨリ組成ス、而シテ握有ノ場合ニ於ケル意思ト占有ノ場合ニ於ル意思トハ同一ナリ、形而上ノ原素即チ主觀的原素ニ於テハ二者毫末モ差異アルコトナシト云フニ在リ然ラハ一方カ占有ニシテ一方カ握有ナル所以ハ如何ト尋ヌルニ他ナシ握有ハ外部ノ故障ノ爲メニ制セラレ終ニ占有トナルコト能ハサルナリ、占有ト握有トノ區別ハ客觀的原素即チ事實ヲ標準トセサルヘカラス、前ニ述ヘタルカ如ク「サヴィニー」ハ占有ト握有トノ區別ノ標準ハ意思ニアルコトヲ主張シタレトモ「イエリング」ノ說ハ全ク之ニ反シ二者區別ノ標準ハ事實即チ客觀的事實ニ在リトシ占有モ握有モ意思ニ於テハ異ナル所ナシト云フニ在リ世人或ハ「イエリング」ノ說ヲ以テ法理上ノ議論ニ過キスシテ羅馬法ニ關係ナシト誤認スルモノアリ、然レトモ「イエリング」ハ羅馬法ヲ解釋スルニ方テ之ヲ唱道シタルモノニシテ且自ラ其事ヲ明言セリ今試ニ「イエリング」自身ノ用キタル代數式

羅馬法 本論 第二章 各論

二三二

ヲ以テ客觀說ト主觀說トノ區別ヲ示セハ左ノ如シ
主觀說ニ依レバ

$$X = a + A + c$$

$$Y = a + c$$

$$X = \text{占有}$$

$$Y = \text{握有}$$

$$a = \text{心的要素}$$

$$A = \text{深キ意思}$$

$$c = \text{體的要素}$$

即チ占有ト握有トノ異ナル所ハ深キ意思ノ加ハルト否トニアリテ存スルナリ
客觀說ニ依レバ

$$X = a + c$$

$$Y = a + c - n$$

$$n = \text{外部ノ故障ニシテ打消ノ意ナリ}$$

即チ占有、握有ノ區別ノ標準ハ外部ノ故障ヲ受ケサルト否トノ點ニアリ、占有、握有ノ二者ハ心的要素ニ付テモ體的要素ニ付テモ異ナラス唯異ナル所ハ占有ニ於テハ外部ノ故障ナキモ握有ノ場合ニハ之レアルノ點ナルノミ

主觀說ニ從フトキハ $a + c$ ヲ證明シタルノミニテハ未タ以テ真正ノ占有トナルコトヲ得ス單ニ握有タルニ過キサレナリ、若シ夫レ占有ヲ主張セントセハ $a + c$ ノ外尙ホ一層深キ意思即チ A ヲ證明セサルヘカラス然レトモ客觀說ニ從フトキハ占有ヲ主張スルニハ $a + c$ ヲ證明スレハ即チ足レリ、若シ其反對當事者ニ於テ占有ニアラスシテ握有ナルコトヲ主張セントナラハ自ラ進ンデ外部ノ故障即チ $(-n)$ ヲ證明スヘキ責任アリ、果シテ然ラハ所謂外部ノ故障トハ如何ナルモノナルヤ曰ク是レ握有ノ場合ニ依リテ異ルナリ
今先ソ絶對的握有ノ場合ニ付テ言ハシ茲ニ神社ノ敷地又ハ墓地ヲ占有セントスル者アリ其意思ヲ付度スレハ單純ナル $a + c$ ニハアラスシテ $a + A + c$ ナリト假定セヨ、即チ其土地ノ真正ナル占有者トナリ遂ニハ所有者トモナラントスル意思ナリトセハ果シテ占有ヲ獲得シタルヤト云フニ法律上決シテ占有ヲ獲得セザルナリ、如何トナレハ神社ノ敷地又ハ墓地ハ不融通物ニシテ賣買ノ目的物トスルコトヲ得ス且其上ニ一私人ハ所有權ヲ行フコト能ハス從テ之ヲ占用ノ目的物トスルコトヲ得サルモノナレハナリ故ニ此場合ニ於ケル外部ノ故障ハ其土

地カ不融通物ナリトノ事實ナリ又茲ニ不在者ノ土地ヲ占領シタル者アリ「イエ
 リング」ノ説ニ依レハ是亦絕對的握有ヲ得タルモノトス蓋シ不在者ハ必シモ忽
 チ占有ヲ失フモノニアラス而シテ二人以上ノ者カ共同シテ占有スルハ法律上
 認メサル所ナリ故ニ占有者ハ占有ヲ獲得スルコト能ハスシテ唯握有ヲ得タル
 ノミ且占領者ハ不在者ノ爲メニ之ヲ占領スルニアラサルヲ以テ其握有ハ絕對
 的握有ナリ即チ縱令占領者ハ所有者タルノ意思アルモ尙ホ法律上ノ占有ヲ獲
 得スル能ハス此場合ニ於ケル外部ノ故障ハ二人以上ノ者カ共同シテ占有スル
 コトヲ得サル事實是ナリ

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

スシテ外部ノ故障アルカ爲ナリ

「イエリング」ハ相對的握有ニハ家族制度ニ基クモノト契約ニ基クモノトノ二ア
 ルコトヲ言ヘリ而シテ古ニ述ヘタル所ハ即チ家族制度ニ基クモノトス羅馬ノ
 家族制度ニ依レハ家子ハ占有ヲ獲得スルコト能ハスシテ單ニ握有ヲ得ルノミ
 又契約ニ基ク相對的握有ノ例ヲ舉クレハ賃貸借ノ場合ニハ賃貸主ハ占有ヲ有
 セスシテ相對的握有ヲ有スルニ過キス物件ノ占有ハ賃貸主ノ手ニ在ルナリ此
 場合ニ於テ客觀說ニ據レハ賃貸主カ占有ヲ有スル能ハサル所以ハ賃貸主ノ意
 思ニ缺クル所アルニ非スシテ外部ノ故障即チロアルカ故ナリト云フニ在リ一
 歩ヲ進メテ言ヘハ賃貸主ト賃借主トハ二重ニ占有スルコトヲ得サルヲ以テ賃
 借主ハ法律上握有ヲ有スルニ止マルモノトス換言スレハ賃貸主ガ占有ヲ有ス
 ルノ故ヲ以テ賃借主ハ握有ニ止マルナリ即チ此場合ニ於ケル外部ノ故障ハ賃
 貸主ノ占有ナリト謂ハサルヘカラス

「イエリング」ハ又立論シテ曰ヘラク握有ト占有トノ差異ハ握有ニハ外部ノ故障
 即チロヲ受クルノ點ニ在リ故ニロニシテナクンハ即チ占有ナリ例ヘハ家父カ

外國ニ於テ死亡シタルニ拘ラス家子ハ未タ其事實ヲ知ラスシテ家ノ財産ヲ保管シタリトセヨ此場合ニ於テ家子ハ占有ヲ有スルヤ否ヤト云フニ主觀說ヲ根據トシテ推論スルトキハ家子ハ占有ヲ有セスト論結セサルヘカラス何トナレハ家子ノ意思タルヤ家父ノ爲メニ其物件ヲ保有セントスルニ在リ即チ所有者タラントスル意思ナク左レハトテ又自己ノ利益ノ爲メニ保管スルノ意思モアルニアラサレハナリ然ルニ羅馬法ノ正文ヲ觀ルトキハ斯ノ如キ家子ハ占有ヲ有スルコトヲ明言セリ蓋シ其理由ヲ案スルニ家子ハ所有者タルノ意思ナキニセヨ又自己ノ爲メニ物件ヲ支配スルノ意思ナキニセヨ最早家父權ノ下ニ居ラサルカ故ナリ語ヲ換ヘテ曰ヘハ此場合ニ於ケル家子ハ^①ト有セスシテ單ニ^②ノミヲ有スルニ過キスト雖モ而モ^③ト伴ハサルニ因ルナリ

「イエリング」ハ更ニ一例ヲ擧ケテ主觀說ヲ攻撃シテ曰ク或人カーノ地所ノ所有主ナルニモ拘ラス之ヲ他人ノ所有地ト誤認シテ他人ヨリ借用シタリトセヨ斯ノ如キ場合ニ於テ若シ主觀說ヲ採用スルトキハ其人ハ握有者タルニ過キサルヘシ何トナレハ其意思ハ自己ノ爲メニ占有スルモノニアラサレハナリ然レト

モ羅馬法ノ正文ニハ之ヲ占有者ナリト明言セルニアラサヤ要スルニ主觀說ハ羅馬法ノ正文ト相背馳スルヲ知ルニ足ラン

「イエリング」ハ尙ホ進ミテ歴史ニ基キテ客觀說ヲ主張シテ曰ク羅馬人ノ握有ニ關スル觀念ハ其淵源ヲ家族制度ニ發スルモノナリ羅馬ノ家族制度ニ於テハ家父ハ家族全躰ノ上ニ立チ家子ハ其配下ニ屬スル所ノ一族タリ而シテ家子ハ財産ヲ有セザルコトヲ以テ原則トス其例外トシテ特ニ之ヲ有スルコトヲ許サレタル場合ニハ之ヲ特有產^{ベリニウム}ト稱ス特有產ヲ除キテハ家子ハ家ノ財産ニ對シテハ完全ナル占有ヲモ有スルコト能ハス家父若シ故アリテ旅行スルトキハ家子ハ代リテ家ノ財産ヲ保管ス然レトモ此レ法律上ノ占有ニアラスシテ自然^{ナラリス}ノ占有(Naturalis possessio)則チ其家限りニ於テ認メタル占有ナリト云フニ在リ自然ノ占有ハ此點ニ付テ甚タ自然義務^{ナラガチオナトラウス}(Obligatio naturalis)ニ類似セリ今自然義務ノ例ヲ擧クレハ家子ト家父トノ間ニ生シタル貸借契約ニ因リ一方カ他ノ一方ニ對シテ義務ヲ負擔セリト假定スレハ是レ即チ自然義務ナリトス自然義務ハ今日諸國ノ法律ニ於テモ之ヲ認ムルモノ多シト雖モ皆羅馬法律ノ規則ト同様ノ趣旨ニ

基クモノニシテ唯其實質ヲ異ニスルアルノミ羅馬法ニ於テモ亦自然義務ノ執
行ヲ求ムルカ爲メニ法廷ニ訴訟ヲ起スコトヲ許サス、彼ノ自然ノ占有モ同一ノ
理ニ依リ裁判所ニ於テハ之ヲ真正ノ占有ト看做サ、ルナリ、要スルニ自然義務
ノ自然ナル文字ト自然ノ占有ニ於ケル自然ナル文字トハ共ニ同一ノ思想ニ基
クモノニシテ家族制度ノ末流ヲ汲ムモノト謂フヘシ而シテ家族中ニ於テ一旦
自然ノ占有即チ今日ノ所謂握有ヲ生シタル以上ハ其規則ヲ一般ノ握有ニ適用
スルコトセリ要スルニ「イエリング」氏ノ説ニ依レハ家子ノ占有ハ真正ノ占有
ニアラスシテ其上ニ自然ナル文字ヲ冠スルヤト云フニ是レ他ナシ外部ノ故障
ニ基クモノナリ、家父ト家子トノ間ニ生シタル債務モ其上ニ冠スルニ自然ナル
文字ヲ以テスルハ亦外部ノ故障ニ基クモノニ外ナラス
「イエリング」ハ又尙ホ主觀說ノ弱點ヲ指摘シテ曰ヘリ若シ果シテ意思即チ形而
上ノ原素ニ基キテ握有ト占有トヲ區別スヘキモノトセハ頗ル奇妙ナル結果ヲ
生セントス例ヘハ一ノ物件ヲ拾得シタル者アリト假定セヨ初メ其ノ人ノ考ニ
依レハ其ノ物件ヲ以テ遺失物ナリトシ自己ノ所有トナサントセリ、然ルニ翌日

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

上來説明シタル所ハ「イエリング」ノ客觀說ノ梗概ナリ又其詳細ヲ知ラント欲セ
ハ其ノ著「イエリングス、ベジツウ、イン」(Herings Besitzwille)ナル論文ヲ讀ムヘシ

「イエリソグ」カ「サヴィニ」ノ「アニムス」ドミニ「ノ」説ヲ公然駁撃シタルハ實ニ千八百四十六年(弘化三年)ヲ以テ始メトス但シ其ノ著述ヲ出シタルハ千八百八十九年(明治二年)即チ殆ント四十有餘年後ニアリ近來ニ至リテハ「サヴィニ」ノ説ハ日ニ衰頹シテ「イエリソグ」ノ説益々隆盛ナリ「イエリソグ」ハ「ケッチンゲン」大學ノ教授タリシガ其抱負ハ頗ル大ニシテ常ニ「サヴィニ」ノ後一學派ヲ起シタル者ハ我ヲ措テ他ニ求ムヘカラスト誇レリ蓋シ「サヴィニ」ト云ヒ「イエリソグ」ト云ヒ共ニ學者社會ノ英傑トシテ卓然樹立スルモノナリ

占有ノ意思ノミニ付テ云ヘハ始メハ「サヴィニ」ノ説世界ヲ風靡シタリシカ近來ニ及ンテハ「イエリソグ」ノ説漸ク勢力ヲ逞フセントスルノ傾アリ然レトモ客觀説カ果シテ羅馬法ノ精神ニ適合シ且其正文ニ背戾セサルヤ將タ主觀説ガ之レニ反スルヤハ十分ニ研究ヲ要スヘキ問題ナリ又縱令主觀説ヲ善シトスルモ「ウインドシヤイド」ノ説ヲ採ルヘキ乎「デルンブルヒ」ノ説ヲ採ルベキ乎モ亦深ク研究ヲ要スルノ問題ナリ

羅馬法ノ實例ニ照シテ按スルニ客觀説ハ蓋シ主觀説ニ勝レリト云フヘシ即チ占

有ノ實例ト握有ノ實例トヲ掲ケテ之ヲ比較推考スルトキハ主觀説ヲ以テシテハ到底貫徹セス客觀説ニ依リテ僅ニ之ヲ解釋スルコトヲ得ル場合アリ元來羅馬人ハ實務的ノ才ニ富ムト雖モ學理的ノ才ニ乏シ故ニ往古ニ於テハ抽象的ニ占有ハ如何ナル意思ヲ必要トスルヤヲ研究シテ説明シタル者ナシ唯爭ノ生スル毎ニ其占有ノ場合ナルヤ否ヤヲ判斷シ占有ノ場合ハ之ヲ保護シタルニ過キササルノ思想フニ古ヘノ羅馬人ハ客觀説ヲ理解シタルニアラスト雖モ而モ暗々ノ裏ニ之ヲ實行シタルモノ、如シ然ルニ第二世紀ト第三世紀トニ跨リテ名聲ヲ轟シタル五大法律家ノ一人「パウルス」ハ始メテ主觀説ヲ唱道セリ其言ニ依レハ占有ニハ占有者^{プロピエタ}タルノ意思(Animus possidentis)ヲ要ス而シテ代理人又ハ他人ノ土地ヲ耕作スル農夫^{プロピエタ}ハ斯ノ如キ意思ヲ有セサルヲ以テ占有者ニアラスト云フニ在リ然レトモ所謂占有者タルノ意思トハ果シテ如何ナルモノナル乎ニ至テハ「パウルス」自身モ説明セサル所ニ屬ス「パウルス」ノ存命セル間ニハ或ハ之ヲ説明シタルコトアルヤモ知レスト雖モ惜ムラクハ載籍ノ之ヲ徵スルナク且此時代ニハ他ニ占有ノ意思ニ付テ説明シタルモノナキカ故ニ今日ニ於テハ學說紛然トシテ一定セサルナリ占有ニ

ハ如何ナル意思カ必要ナルヤノ問題ニ對シテ占有者タルノ意思ナリト答フルノ
 ミニテハ毫モ其要領ヲ得ス論理學上問ヲ以テ問ニ答フルノ誤謬ニ陷レルモノナ
 リ「パウルス」ノ世ニ在ルニ當テヤ此誤謬ニ陷ラザリシヤ否ヤハ暫ク之ヲ措キ其所
 有者タルノ意思ト云ヘルハ如何ナル義ナルヤハ今日之ヲ尋ヌルニ由ナシ然レト
 モ「パウルス」カ或一定ノ意思ノ有無ニ依テ占有ナルカ將タ握有ナルカヲ決スヘキ
 モノト爲シタルハ疑ヲ容レス之ヲ要スルニ「パウルス」ハ主觀說ヲ唱道シタル人ナ
 リ故ニ現時主觀說ヲ贊成スル學者ハ「パウルス」ノ言ヲ援用シテ以テ客觀說ヲ攻撃
 スルノ材料ト爲ス

羅馬時代ニ於テ主觀說ヲ唱道シタル者ハ「パウルス」以外ニアリシヤ否ヤハ一ノ疑
 問ナリ今日ニ殘存セル書籍ヲ讀ムニ「パウルス」以外ノ主觀說ハ殆ント之ヲ發見ス
 ル能ハス故ニ主觀說ハ畢竟羅馬ニ行ハレタル輿論ニアラズ「パウルス」一家ノ私見
 ニ止ルモノ、如シ而シテ其說ハ曖昧ニシテ明瞭ヲ缺ケリ是ニ由テ之ヲ觀レハ主
 觀說ハ當時未タ十分ニ發達シタルニアラサルヤ必セリ即チ所謂主觀說ハ羅馬ノ
 滅亡セシヨリ中古時代ニ至リテ始メテ發達シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ而シ

テ客觀說ハ如何ト言フニ十九世紀ノ中頃(千八百四十六年)ニ及ンテ「イエリング」ノ主張シ
 タル所ナリ「パウルス」ノ主觀說ハ「ザヴィニー」「ウインドシヤイド」「デルンブルヒ」其他
 近世ニ於ケル多數學者ノ手ヲ經テ大ニ發達シ又往古羅馬ニ於ケル實例ハ「イエリ
 ング」ノ客觀說ヲ俟テ其餘光ヲ放テリ

羅馬法律ニ關スル理論ハ羅馬ノ滅亡シタル後幾多ノ歲月ヲ經過シ近世ニ至リテ
 漸ク發達シタルモノ甚タ多シ而シテ占有ニ關スル法理ノ如キモ亦其一例ナリ獨
 逸ノ新民法第八百五十四條ヲ見ルニ「イエリング」ノ說ヲ採用シタルモノ、如シ第
 二草案第七百七十七條モ略ホ文面ヲ同フセリ然レトモ第一草案(千八百八十八年)ノ第七
 百九十七條ハ稍々「デルンブルヒ」ノ說ニ類似セリ即チ占有ニハ自己ノ爲メニ物件
 ヲ支配スルノ意思ヲ必要トスル精神ノ法文ナリ我國ノ新民法第八十條ヲ見レ
 ハ獨逸新民法ノ主義ヲ採用セズ却テ第一草案ノ規定ニ基キタルモノ、如シ是レ
 立法上學術上ノ議論最モ喧シキ所ニシテ又宜シク注目スヘキ點ナリト信ス占有
 ト握有トノ區別ハ上來之ヲ述ヘ終レリ尙ホ進ンテ代理人ノ占有及ヒ準占有ニ付
 テ一言セント欲ス

自己ノ權下ニ居ラサル代理人ニ依テ占有ヲ獲得スルコトヲ得ルヤ否ヤ此問題ニ付テハ羅馬ノ共和政體一變シテ帝政ト爲リタル後ハ代理人ノ手ヲ經テ占有ヲ獲得スルヲ得ト爲セリ然レトモ其以前ニ於テハ代理ノ規則發達セサリシヲ以テ代理人ノ占有モ亦行ハル、ニ至ラサリシナリ代理人カ本人ノ爲メニ占有スルコトヲ羅甸語ニテ「アリエノ、ノミネ、ボッシデーレ」(Alieno nomine possidere)ト稱シ單ニ握有タルニ過キササルナリ而シテ占有ハ依然トシテ本人ニ在ルモノトス又彼ノ奴隸ノ如キハ始メヨリ主人ノ用ヲ爲スノ方便ナリ故ニ主人カ占有ヲ獲得スルニ方テ之ヲ道具トシテ使用スルコトヲ得ヘシ即チ物件カ他ノ物件ト接觸シタルノミ故ニ實際物件ヲ掌握スルモノハ奴隸ナルモ主人ハ其占有者ナリ

準占有(Quasi possessio)一名權利ノ占有(Juris possessio)ニ付テ一言センニ羅馬法律ノ正文ニ據レハ此等ノ語ヲ用キタリ抑モ此準占有ハ用益權(ususfructus)ニ關係スルモノトス Quasi et Qua-Si ノ二字ヨリ成立シ英語ノ As if ト同義ニシテ即チ占有ニ準スルノ義ナリ羅馬カ尙ホ共和政ノ下ニアル頃ニ於テハ用益權ヲ有スルモノヲ物件ノ占有者トセシカ帝政トナリシ以來用益權者ハ物件ノ握有者ニシテ權利ノ

占有者ナリトスルニ至レリ

第三項 占有及握有ノ保護

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

占有ハ何故ニ之ヲ保護スルヤノ理由ニ付テ説明スレハ羅馬法ニ於テハ占有ヲ保護スルノ目的ニアリ

第一、羅馬ニ於テハ社會ノ秩序ヲ維持センカ爲メニ占有ヲ保護セリ元來「インテルデクツム」ノ目的ハ社會ノ秩序ヲ維持スルニアリ故ニ法律上占有ヲ保護スルノ目的モ亦秩序ヲ維持スルニアリト謂ハサルヲ得ス「デルンブルヒ」ノ「パンデクテン」ニ占有ヲ保護スル所以ヲ述ヘテ曰ク占有ヲ保護スルハ社會ノ秩序ヲ維

持スルヲ目的トスト其言固ヨリ十分ナラスト雖モ「デルンブルヒ」ハ羅馬法ノ規則ヨリモ寧ロ法理學上ノ議論トシテ主張シタルニ似タリ而シテ余ハ羅馬法ノ解釋トシテモ亦「インテルデクツム」ノ規則ニ基キテ嚴格ニ論スルトキハ秩序ノ維持ヲ目的トシタル者ト信ス且又此事ハ敢テ「デルンブルヒ」ノ創見トスルニ足ラス「サヴニ」ノ崇拜者タル「ルドルフ」(Rudolf)ノ如キモ既ニ他ノ理由ト共ニ之ヲ唱ヘタリ握有ノ場合ハ「インテルデクツム」ノ保護ナシ只タ公ケノ川ヲ握有スル場合ハ特別ニ此ノ保護アリ亦社會ノ秩序ヲ保護スル爲ニ外ナラス

第二、占有モ握有モ對身私犯ヲ受ケサラシメンカ爲メニ占有ヲ保護セリ故ニ占有ヲ侵害セラレタル者ハ對身私犯ニ對スルノ訴訟ヲ起スコトヲ得タルナリ獨逸ノ哲學者「カント」ハ占有保護ノ目的ヲ論シテ曰ク占有ヲ保護スルハ自由意思ヲ保護スル所以ナリ凡ソ人ハ自由意思ヲ有シ又之ヲ物件ノ上ニ及ホスコト多シ而シテ法律ハ人ノ自由意思ヲ保護スルノ結果遂ニ其物件ノ占有ヲモ保護セサルヘカラサルニ至ルト是レ固ヨリ純然タル法理上ノ議論ナリト雖モ羅馬法ニ於テ對身私犯ヲ受ケサラシメンカ爲メ占有ヲ保護スルモ亦之ニ外ナラサル

ナリ其詳細ハ契約ノ條下ニ於テ之ヲ述ベシ

余ノ見ル所ヲ以テスレハ羅馬法ニ於テ占有ヲ保護シタル理由ハ右ノ二ナルカ如シ然レトモ古來之ニ異リタル說ヲ爲シタルモノナキニアラス中古時代「ポロニア」ニ起リシ註釋家ノ一人タル「ブラーウツェンチヌス」(Placentinus) (千九百九十年歿ス)ノ說ニ據ルニ占有者ハ一應所有者ト看做サル、ガ爲ニ法律ノ保護ヲ受クト云フニ在リ近世ニ至リテ「ヘーゲル」ノ亞流ヲ汲メル「ガーンズ」(Gans)及ヒ「イェリシグ」(Thering)モ亦之ヲ唱フ然レトモ此說ハ或種類ノ占有ニ適用スルコトヲ得ルニ止マリ係争物保管等ノ場合ニハ適用スルヲ得サルナリ故ニ之ヲ羅馬法ノ精神ニ合スルモノト謂フコト能ハス

「サヴニ」ノ說ニ依レハ暴力ヲ用キテ物件ヲ奪取セントスル者ヲ制スルカ爲メニ占有ヲ保護シタルナリト云フ然レトモ是亦誤謬ト云ハサルヲ得ス何トナレハ占有ヲ侵害スルモノハ必スシモ暴力ヲ用ユル場合ノミナラス詐欺ニ依ル場合少カラサレハナリ故ニ「サヴニ」ノ說モ一般ノ占有ニ適用スルコトヲ得ス此他占有ノ保護ニ關スル學說ハ枚舉ニ遑アララスト雖モ大抵法理上ノ議論タルニ過キスシテ

羅馬法ノ研究トシテ一々之ヲ論評スルヲ要セサルナリ

第四項 占有及ビ握有ニ關スル各別ノ場合

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

第一、占有ノ場合

一「プレカリウム」(Precarium)即チ容假ノ占有ナリ容假ノ占有トハ請求次第物件ヲ引渡スノ約束ヲ以テ之ヲ占有スル場合ヲ謂フ例ヘハ羅馬ノ貴族カ其ノ所有ノ土地ヲ「クリエンテス」ト稱スル一種ノ賤民ニ貸與シタルトキノ如シ昔時羅馬ノ貴族ハ公地ノ一部ヲ占領シ自カラ之ヲ耕作セスシテ其ノ家ニ出入スル賤民ニ無報酬ニテ貸與セリ而シテ貴族ハ何時ニテモ隨意ニ之ヲ取上クルコトヲ得然リト雖モ賤民カ斯ノ如キ土地ヲ耕作スルハ法律上容假ノ占有ト名ケ之ヲ占有ノ一種ナリトセリ夫レ容假ノ占有タルヤ羅馬ノ貴族ト賤民トノ關係ヨリ生シタルモノナルカ故ニ古代羅馬ニ於ケル特別ノ狀態ニ因ルモノニシテ現今ノ法律ニ於テハ頗ル縁遠キモノト謂フベシ然ルニ學者動モスレバ此等ノ沿革

ニ鑑ミスシテ之レヲ今日ノ民法ニ編入セントスルハ愚ノ至ナリ

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

三、一ノ物件ニ關シテ甲乙爭論アル場合ニハ其ノ結局マテ丙ヲシテ之ヲ保管セシムルコトアリ之ヲ係爭物保管(Sequestratio)ト云フ此場合ニ於テ占有者ハ則チ丙ニシテ而シテ又所有者タルノ意思ナク所有權ヲ行フノ意ナキナリ

以上三個ノ場合ハ占有者カ所有者タルノ意思ヲ有セス又所有權ヲ行フノ意思ヲモ有セス故ニ「ウインドシヤイド」等ハ之ヲ以テ原則ノ例外トセリ然レトモ何故ニ此等ノ例外ヲ設ケタルヤト問ハハ闕然トシテ之ニ答フルナシ「デルンブルヒ」ハ占有ニ必要ナル意思ハ自己ノ爲メニ物件ヲ支配スルノ意思ナリト云ヘリ此說ヨリ見ルトキハ以上三個ノ場合ハ原則ノ例外トナラスシテ聊カ非難ヲ免ル、コトヲ得ヘシ

四、永借權者ハ占有ヲ有スルヤ否ヤ此點ニ付テハ學者間議論アリト雖モ多數ノ

羅馬法學者ハ占有ヲ有ストス然レトモ「ウインドシヤイド」等一派ノ學者ハ之ヲ占有者トセサルナリ

五、地上權者ハ占有ヲ有スルヤ否ヤ「デルンブルヒ」ノ説ニ依レハ占有ヲ有スル者ナレトモ「ウインドシヤイド」ノ説ニヨレハ占有者ニアラサルナリ又「イエリシグ」ノ説ニヨルトキハ地上權者ハ或ル「場合」ニ於テハ物件ノ占有者ニシテ他ノ或場合ニ於テハ權利ノ占有者ナリト云フニ在リ

六、所有者タルノ意思則チ純然タル「アニムス・ドミニー」(animus domini)ヲ有シテ他人ノ物件ヲ我物同様ニ取扱フ者モ亦タ占有者ナリ世間此種ノ占有者甚タ多シ然ルニ此種ノ占有ニ於テハ自ラ真正ノ所有主ナリト信スルコト則チ「オピニョ・ドミニー」(Opinio domini)ヲ要素トセス例ヘハ盜賊ノ如キハ他人ノ所有物ヲ我物同様ニ取扱ヘル者ナリト雖モ自ラ法律上真正ノ所有者ナリト信セサルヘシ而モ尙ホ占有者ト云フコトヲ得ヘキナリ

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

ク如キ意思カ現存セルニ止マルノミ

第二、握有ノ場合

一、ニ使用貸借ノ場合ニ於テハ貸主カ所有者ニシテ且占有者タルコト通常ノ狀態ナリ而シテ借主ハ握有者タルニ過キササルモノトス

二、ハ寄託ノ場合ニシテ是亦同シク物件ノ受託者ハ握有者タルニ過キササルナリ
三、ニハ貸貸借ノ場合ナリ此場合ニ於ケル占有者ハ貸貸主ニシテ賃借主ハ即チ物件ノ握有者タリ

右ノ中使用貸借及ヒ寄託ノ場合ニ於テハ物件ノ握有者ハ貸主又ハ寄託者以外ノ人ヲ排斥スルノ意思ヲ有スレトモ羅馬法律ニテハ之ヲ占有者ト看做サス又賃貸借ノ場合ニ於テハ賃貸主カ時トシテ所有主ヲモ排斥スルノ意思ヲ有スルコトアリト雖モ法律ハ之ヲ以テ占有者トセサルナリ但此等ノ規則タル之ヲ容假ノ占有者及ヒ係爭物保管ノ場合ニ比シテ能ク權衡ヲ得ルヤ否ヤハ別問題ニシテ茲ニ論スルノ限ニアラス

四、家子及ヒ奴隸カ物件ヲ保管スル場合ハ法律上完全ナル占有者ニアラス自然

ノ占有則チ握有ニスギサルナリ
五、ニ神社ノ敷地及墓地ヲ占領スルモ法律上占有者ニアラスシテ單ニ握有者タルニ止マルモノトス

第四款 地役權 (Servitudes.)

羅馬法律ニ於テハ地役權ヲ無體物ノ中ニ數ヘタリ近世ノ羅馬法學家ハ之ヲ「ユーラ、イン、レー、アリエナ」(Jura in re aliena)ノ一ト爲ス即チ譯シテ「他人ノ物件ニ於ケル權利」ト云フコトヲ得ヘシ然レトモ此語ハ所謂註釋家ノ作リタル文字ニシテ古代羅馬人ノ用キタル言語ニアラス學者往々之ヲ略シテ「ユーラ、イン、レー」ト曰フモノアリ又之ヲ單數ニテ謂フトキハ「ユス、イン、レー」(Jus in re)ナリトス然ルニ前章ニ於テ説明シタルカ如ク物權ニ相當スル羅甸語ハ「ユス、イン、レム」(Jus in rem)ト曰フ「ユス、イン、レム」ト「ユス、イン、レー」トハ字體酷々相肖タルヲ以テ學者或ハ之ヲ混同シ殊ニ佛蘭西ニ於ケル通常一般ノ學者ハ此二者ヲ混同シ物權ニ相當スル羅甸語ヲ尋ヌレハ則チ「ユス、イン、レー」ナリト答フルモノ比々皆是ナリ

地役權ニ關スル羅馬法ノ規定ハ近世ノ法律ト格別異ナル所ナシ故ニ之カ詳細ノ

説明ヲ爲スノ必要ナシト信ス然レトモ其性質ニ付テ一言スレハ地役權ハ所有權ノ支分權ニアラスシテ一種獨特ノ物權ナリ譬ヘハ茲ニ一蛇アリ其尾ヲ抑ユルニ石ヲ以テスレハ則チ之ヲ振フコト能ハサルヘシ而カモ之ヲ以テ其蛇ハ尾ナシト爲スコトヲ得ス蛇ハ唯尾ヲ動スコト能ハサルノミ所有權モ亦猶ホ斯ノ如シ自己ノ所有物ノ上ニ他人カ地役權ヲ有スレハ所有權ハ多少ノ制限ヲ受ケ完全ニ之ヲ行使スルニトヲ得ス故ニ地役權ナルモノハ所有權ノ支分權ニアラスシテ他人ノ所有權ノ行使ヲ制限スル一種ノ物權ナリ

羅馬法カ認メタル地役權ニ二種アリ一ヲ田舎ノ地役權ト云ヒ他ヲ市府ノ地役權ト云フ田舎ノ地役權トハ通常田舎ニ存在スルモノニシテ例ヘハ土地ノ通行權ノ如キ市府ノ地役權トハ通常市府ニ見ルモノナリ然レトモ此等ハ單ニ地役權ノ名稱タルニ過キスシテ何レニモ存在スルコト無キニ非ス

地役權ノコトハ近世ノ法律ト異ル所鮮シ又時ニ異ル所アルモ趣味ナク必要ナキヲ以テ茲ニ之ヲ述ヘス

第五款 用益權使用權及住居權

用益權ハ羅旬語ニテ「ウーズフルクツス」(usufructus)ト云ヒ使用權ハ「ウーズス」(usus)ト云ヒ住居權ハ「ハビタチヲ」(Habitatio)ト云フ

五大法律家ノ一人タル「パウルス」ハ用益權ノ定義ヲ與ヘテ曰ク「用益權トハ物件ノ本質ヲ害セスシテ之ヲ使用シ且收益ヲ得ルノ權利ナリ」ト以テ其性質ヲ知ルコトヲ得ヘシ用益權ト所有權トハ互ニ分離スルコトヲ得ル權利ナリ例ヘハ甲者カ所有權ヲ有シ乙者カ用益權ヲ有スルコトアリトセン此ノ場合ニ乙者ハ之ヲ使用收益スルコトヲ得ルモ甲者ハ所有權ヲ有シナカラ使用收益スルコトヲ得ズ而シテ此場合ニ於ケル甲者ノ所有權ハ之ヲ虛有權ヌーダープロプリエタス(nuda proprietas)ト稱ス蓋シ丙者ハ所有權ヲ有スルモ是レ其名ノミニシテ實ハ之ヲ行使スルコト能ハサレハナリ我國ニ於テ虛有權ナル文字ヲ濫用スルノ慣習アレトモ羅馬法ノ解釋トシテハ斯ノ如キ場合ニ限ルヘキモノトス

用益權ハ遺言ニ因テ設定スルコトヲ得ルノミナラス約束ニ因テモ亦之ヲ設定スルコトヲ得又獨リ土地建物ノ上ニ設定スルヲ得ルノミナラスシテ奴隸又ハ獸類ノ上ニモ尙ホ之ヲ設定スルコトヲ得ヘキナリ奴隸ニ關シテ用益權ヲ設定シタル

ニ於テ奴隸カ子ヲ生ミタルトキハ其子ハ收益ト云フコトヲ得サルヲ以テ奴隸ノ所有主ニ歸シテ用益權者ニ屬セサルナリ然レトモ獸類ノ場合ニ於テハ其子ヲ以テ收益ノ中ニ入ルトシ用益權者ノ物ト爲サシム例ヘハ一頭ノ牝牛ニ付テ用益權ヲ有シタルニ其牝牛カ犢ヲ産スルトキハ之ヲ用益權者ノ所有トスルカ如シ往古ノ法律ニ依レハ金錢ノ上ニ用益權ヲ設定スルコトヲ許サ、リシカ後ニ至リ元老院ノ決議ヲ以テ之ヲ設定スルコトヲ得ト爲セリ但此場合ニ於テハ用益權ト稱セスクワシヌスフクトスシテ準用益權(quasi usufructus)ト稱ス金錢ニ關シテ準用益權ヲ設定スルニ必スシモ現金ヲ引渡スニ及ハス債權ヲ讓渡シテ以テ準用益權ヲ設定スルコトヲ得ヘシ例ヘハ甲ナル者アリ乙ヨリ保證ヲ取リテ自己ノ債權ヲ讓渡シ約束ノ期限ヲ經過スレハ直チニ債權ヲ返還セシムルカ如キ場合ニ乙ハ其期限内ハ負債者ニ對シテ利息ヲ請求スルコトヲ得然レトモ乙ハ元來甲ニ保證ヲ差入レテ債權ヲ返還スルノ義務ヲ負擔セル者ナリ故ニ乙ノ債權ハ永續スルモノニアラス即チ乙ハ純粹ノ所有者ニアラスシテ唯々準用益權ヲ有スル者ニ外ナラサルナリ
以上述ヘタル所ヲ要約スルニ用益權トハ物件ヲ使用シ且其收益ヲ得ルノ權利ナ

リ然ルニ又單ニ物件ヲ使用スルノ權利アリ之ヲ使用權ト云フ然レトモ土地ノ使用權ヲ有スル者ハ其土地ヨリ生スル果實花卉草木ニ付テ自己家族並ニ賓客ノ用ニ供スル分量ニ限り之ヲ收得スルコトヲ得ヘシ唯夫レ此場合ニ於テハ勿論收益ノ權ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ果實花卉ヲ取テ之ヲ賣却スルコトヲ得サルナリ

使用權者ハ其權利ヲ舉ゲテ之ヲ他人ニ賣却シ又ハ讓與スルコトヲ許サス是レ實ニ法律ノ禁シタル所ナリ

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

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

使用權ト云ヒ住居權ト云ヒ皆ナ羅馬ノ習慣ヨリ出テタルモノニシテ歐洲大陸ニ於テモ亦之ニ關スル規則ヲ襲用セリ我國ニ於テハ敢テ其擧ニ倣フノ必要ナキカ如シ然レトモ用益權ニ付テハ一概ニ之ヲ無用ノ長物トシテ斥クルコトヲ得ス立法上之ヲ認ムルヤ否ヤハ大ニ考慮スヘキモノアリ時ニ我國法律ノ歴史ヲ按スレハ足利氏ノ末ニ一期ノ分ナル制度アリ即チ妻ノ一期ノ分ト云フトキハ妻ノ生存セル間使用收益スルコトヲ得ルモノニシテ其性質蓋シ一種ノ用益權ナリト謂フヘシ故ニ今日之ヲ全廢シタルハ未タ其可否如何ヲ知ラサルナリ

第六款 永借權(Emphyteusis) 地丁權(Superficies)

永借權ハ無期永久ニ又ハ長久ノ期限ヲ附シテ土地家屋ヲ借ルノ權利ナリ借主ハ毎年借料ヲ拂フモノナリ永借權ノ區域ハ甚タ廣大ニシテ所有權ニ髣髴タリ然レトモ借用セル家屋ヲ破壞シ又ハ土地ヲ賣却スルカ如キ權利ナキヤ言テ俟タス此點ヲ除キテハ殆ント其權利ノ行使ニ制限ナシ

永借權者ハ斯ノ如ク一方ニ於テハ廣大ナル權利ヲ有スレトモ亦他ノ一方ニ於テハ所有主ニ對シテ借料ヲ支拂ハサルヘカラス且又其權利ヲ他人ニ賣渡サントス

ルトキハ一應之ヲ所有主ニ通知セサルヘカラス此通知ヲ受ケタル所有主ハ他人ニ先チテ之ヲ買受クルノ權利ヲ有ス故ニ所有主カ之ヲ買受ケサルトキニ於テ始メテ永借權者ハ其權利ヲ他人ニ賣渡スコトヲ得此ノ場合ニ於テモ尙ホ所有主ハ代價ノ百分ノ二ヲ受取ルノ權利アリ而シテ通常買主ヨリ之ヲ支拂フモノトス之ヲ稱シテ「ラウデミウム」(Laudemium)ト云フ又若シ永借權者カ三箇年間借料ヲ支拂ハサルトキハ所有主ハ其權利ヲ沒收スルコトヲ得ヘシ然レトモ羅馬法律ノ所謂永借權ハ主トシテ土地ニ關スト雖モ亦家屋ニ關スルコトヲ得ルナリ故ニ此點ニ付テハ我國ノ永小作權ト異ナレリト謂フヘシ

是レヨリ永借權ノ沿革ヲ略言センニ古代羅馬カ諸方ヲ征服スルヤ其敵ヨリ掠奪シタル土地ヲ以テ永年人ニ貸附シ相當ノ借料ヲ取レリ此借料ヲ稱シテ「ヴェクチガ」(Vectigal)ト云ヒ又土地ヲ稱シテ「アーゲルヴェクチガリス」(Agervechigalis)ト云ヘリ其後市府及ヒ寺院モ亦同様ノ方法ヲ以テ其所有ノ土地ヲ人ニ貸附シ借主ハ毎年地代ヲ拂ヒタルコトアリ而シテ此貸借ノ期間ハ頗ル永年ニ亘リシモノアリ故ニ羅馬ノ裁判官ハ借主ノ權利ヲ保護スルコト殆ント所有權ノ如クナリシト云フ之

ニ類スル慣習ハ希臘ニ於テモ亦均シク發達シタルカ如シ即チ希臘ニハ古來森林又ハ葡萄園ヲ作ルカ爲メニ永年人ノ土地ヲ借受クルノ慣習アリ而シテ其草木ヲ播植スルコトヲ稱シテ「エンフートエウ」(epourten)ト云フ羅甸語ノ所謂「エムフィットイジス」(Emphyteusis)是レナリ故ニ土地ノ永年ノ貸借ハ羅馬ニモ發達シ之ト關係ナク希臘ニモ發達シタルコトヲ知ル其後羅馬カ希臘ヲ征服シ「アーゲルヴェクチガリス」ノ貸借ト「エムフィットイジス」トノ區別ヲ廢シ畫一ノ制度ヲ設ケ皆チ之ヲ「エムフィットイジス」ト稱セリ要スルニ「エムフィットイジス」ナル文字ハ今述ヘタル如ク希臘語ヨリ膨脹シ來リシコトハ明白ナルモ而モ之ヲ以テ其習慣マテモ希臘ヨリ傳ハリタルモノトスルハ無稽ノ説ト云ハサルヲ得ス

羅馬帝國カ耶蘇教ヲ輸入シテヨリ以來耶蘇教ノ寺院ハ右ノ方法ヲ以テ土地ヲ永年人ニ貸渡セリ然レトモ一私人カ此方法ヲ用キタルハ至テ後世ノコトニ屬ス「エムフィットイジス」ハ封建制度ト親密ナル關係ヲ有スト爲ス者多シ其ノ説ニ曰ク封建制度ハ「フェーダルシステム」(feudal System)ト云フ而シテ「フェーダル」ノ「フェー」(fe)ハ「エムフィットイジス」ノ「フィ」(phy)ト關係スルモノナリト然レトモ此説ハ言語ノ上ヨリ

シテ既ニ誤謬アリ「フュー」ハ獨逸語「フイー」(Feld)即チ家畜ナル語ト其源ヲ同シフ
 スルモノナリ而シテ種々ノ意義ヲ有スル英語ノ「フイー」(Fee)モ亦其語源ヲ同ウス
 故ニ封建制度ノ「フュー」ハ家畜ナル觀念ニ基クモノナリ即チ家來カ主人ヨリ貰ヒ
 受ケタル家畜ヲ稱シテ「フュー」ト云ヒ延テ之ヲ封建制度ニ使用スルニ至リシナリ
 然ラハ封建制度ニ於ケル「フュー」ト「エムフイ」ト「イズス」ト「フイ」トハ何等ノ關係タモナ
 キヤ疑ヲ容レス今又制度其者ニ付テ云フモ封建制度時代ノ人民ハ或ハ永借權ノ
 規則ヲ多少參考シタルヤモ知レスト雖モ而モ封建制度ノ起リタルハ永借權ノ規
 則ニ基クニアラスシテ親分ト乾兒トノ關係ニ基キタルナリ即チ親分カ乾兒ヲ率
 キテ敵地ヲ占領スルトキハ必ス其地ヲ衆乾兒ニ分與ス羅馬ノ學者「タチツス」(Tacit
 us)ノ遺編ヲ讀ムニ古代獨逸人間ニハ親分ト乾兒トノ關係アリシコトヲ叙述セ
 リ故ニ其關係ノ存在シタルコトハ疑フヘカラス彼ノ封建制度ナルモノハ實ニ此
 關係ヨリ變遷シテ發生シタルモノニシテ直接ニ永借權ニ關係スルニアラサルナ
 リ

地上權ハ主トシテ家屋ニ關係ス羅馬ニ於テハ自身ニ土地ヲ有セスシテ一家ヲ建

築セントスルトキハ先ヅ借料ヲ支拂フテ其敷地ヲ人ヨリ借受クルコトヲ要ス此
 場合ニ於テハ家屋ハ其敷地ノ一部分ナルカ故ニ敷地ノ所有主ニ歸スルナリ然レ
 トモ敷地ノ借主ハ固ヨリ其ノ家屋ニ居住シ且ツ殆ト所有主同様ノ權利ヲ有ス此
 權利ヲ稱シテ地上權ト云フ地上權ノコトハ冗繁ニ涉ルヲ厭ヒ茲ニ之レヲ詳説セ
 ス日本ノ民法ニ於テ地上權アルモ不當ナリ何トナレハ羅馬法ノ所謂地上權ハ常
 ニ分離スルコトヲ得サレハナリ又竹木ヲ植付クレハ之ヲ永借權ト稱セサル可ラ
 ズ居留地ニ於ケル特別法中永借權アル者アリ之レハ地上權ト同一ナルモ外人之
 ヲ解セスシテ永借權トナセシノミ新民法ニ永小作權ニ期限ヲ付セシハ不可ナリ
 此ノ點ニ付テハ拙著阿蘇ノ小作ヲ參觀セラレタシ

第七款 物權獲得ノ方法

第一 先占 (Occupatio)

先占ハ無主物ニ適用スル獲得方法ナリ凡ソ人カ無主物ヲ自己ニ所有スルノ意
 思ヲ以テ先占スレハ即チ其物ノ所有主タリ馴養セル鳥獸ハ概シテ無主物ニア
 ラス故ニ之ヲ捕獲スルモ所有主トナルヲ得ス雖然山野ノ鳥獸及ヒ海中ノ魚介

ノ類ハ捕獲者ノ所有物トスルコトヲ得ヘシ
 土地ノ所有主ハ其土地ニ他人ノ出入ヲ禁スルコトヲ得ト雖モ若シ之ヲ禁シタルニ拘ラス其内ニ侵入シテ鳥獸ヲ捕獲シタル者ハ之ヲ所有物ト爲スコトヲ得然レトモ此規則ハ埋藏物(Treasuries)ニ適用スヘカラサルナリ抑モ埋藏物トハ寶王金銀ノ類ニシテ嘗テ人ノ所有ニ屬セシモ久シク土地内ニ埋藏セシ爲メニ所有主ノ不明ナルニ至リタル物ヲ謂フ羅馬古昔ノ法律ニ依レハ埋藏物ハ所有主ニ附屬スルモノトセリ然ルニ其後ハトリヤヌス皇帝ノ時ニ至リ之ヲ改メ人若シ埋藏物ヲ自己ノ所有地ニテ發見スレハ即チ其所有主タルヘシトセリ又神社ノ境内又ハ墓地ニ於テ埋藏物ヲ發見シタルトキモ亦同シ然レトモ若シ他人ノ所有地内ニ於テ之ヲ發見シタルトキハ其一部ハ發見者ノ所有トナリ他ノ一半ハ土地所有主ニ歸スルモノトス又若シ羅馬皇帝ニ屬スル土地又ハ市府ニ屬スル土地ニ於テ之ヲ發見スルトキモ亦同一ノ理ニ依リ半ハ皇帝又ハ市府ニ屬シ半ハ發見者ノ所有ニ歸スルナリ
 未タ人ノ所有ニ屬シタルコトナキ寶玉ノ類ハ之ヲ埋藏物ト稱セス人若シ此等

ノ物件ヲ海岸等ニ於テ發見スルトキハ即チ發見者ノ所有タルヘシ又羅馬法律ニ依レハ敵人ニ屬スル物件ハ總テ之ヲ無主物ト爲セリ故ニ羅馬人カ之ヲ分捕スレハ其分捕者ノ所有トス是レ中古ニ至ルマデ分捕ヲ以テ盜賊ト爲サ、リシ所以ナリ又海中ニ新タニ生シタル島嶼ハ先占者ニ屬ス國際法ニ於テモ又此規則ヲ採用セリ又人カ遺棄シタル物件ハ無主物ナルカ故ニ先占者ニ屬スルモノトス然レトモ暴風雨ニ際シテ船舶ヲ輕クセンカ爲メニ海中ニ投棄シタル物件ハ遺棄物ト異ナルヲ以テ舊所有主ニ屬スヘキヲ原則トス今日歐洲諸國ノ海上法ハ即チ此等ノ規則ヲ採用セルニ外ナラス

第二 附隨 (Accessio)

例ヘハ河岸ノ地カ土壤ノ積ムニ從テ漸ク面積ヲ増加スルカ如キハ即チ附隨ノ一種類ナリ然レトモ急激ナル洪水ノ爲メニ一ノ地面カ漂流シテ他ノ地面ニ附着シタルトキハ之ヲ適用セサルナリ又河中ニ洲ヲ生シタルトキハ其洲地ハ即チ兩岸ノ所有主ニ分屬ス然レトモ殊ニ其一方ノ河岸ニ近ク生シタル場合ニ於テハ專ラ近岸ノ所有主ニ屬スルナリ又河流カ分レテ二トナリ下流ニ至リ再ヒ

合スル場合ニ於テハ其中間ノ土地ニ之ヲ適用セス即チ其中間ノ土地ハ依然トシテ舊所有生ニ屬スルモノトス又河水カ其河底ヲ脱シテ他ノ土地ニ流ル、トキハ舊河底ハ兩岸ノ所有主ニ屬シ新河底ハ河川ニ關スル規定ノ支配ヲ受ケサルヲ得ス然レトモ其河水カ舊ニ復シ新河底ヲ去リテ舊河底ニ就テ流ル、トキハ新河底ハ兩岸ノ所有主ニ屬スルモノトス
 他人ノ材料ヲ以テ自己ノ土地ニ家屋ヲ建設シタルトキハ其家屋ハ土地ノ所有主ニ屬スヘシ然リト雖モ材料ノ所有主ハ決シテ其所有權ヲ失ハス故ニ其家屋ノ破壊シタル場合ニハ材料ヲ取戻スコトヲ得但其家屋ノ現ニ存在スル間ニハ之ヲ破壊シテ材料ヲ返還センコトヲ請求スルコト能ハサルナリ然レトモ其材料ノ價額ノ二倍ヲ請求スルコトヲ得ヘシ但此場合ニハ材料ノ所有權ヲ失フヤ勿論ナリ
 若シ夫レ自己ノ材料ヲ以テ他人ノ土地ニ家屋ヲ建設シタルトキハ其土地カ他人ニ屬スルコトヲ知リタルヤ否ヤヲ問ハサルヘカラス故ニ知テ之ヲ爲シタル場合ニ於テハ家屋ハ土地ノ所有主ニ屬シ材料ノ所有主ハ其所有權ヲ失フモノ

トス然レトモ其土地ヲ占有シ自己ノ物ト信シ善意ニテ自己ノ材料ヲ以テ家屋ヲ建設シタル場合ニ於テハ土地ノ所有主ハ材料ノ代價並ニ家作賃ヲ支拂フニアラサレハ土地ノ引渡ヲ請求スルコト能ハサルナリ元來家屋ト土地トノ關係ニ付テハ特ニ注意スヘキ點アリ即チ羅馬ニ於テハ土地ハ主ニシテ家屋ハ從タル物件ナリ故ニ家屋ハ必ス土地ノ所有主ニ屬ス家屋ノ所有權ト土地ノ所有權トハ常ニ相合シテ分離スヘカラサル性質ノモノナリ我國ノ慣習殊ニ東京ニ於ケル慣習ハ全ク之ニ異レリ思フニ其制度ノ是非得失ハ多少ノ研究ヲ要スル所ナランカ
 又草木ハ土地ニ附隨ス若シ甲地ノ草木ヲ以テ乙ノ地面ニ移植シ既ニ其根蒂ヲ生シタルトキハ即チ乙者ノ所有物トナル又甲ノ有スル種子ヲ以テ乙ノ土地ニ播キタル場合ニモ亦同一ノ規則ヲ適用スヘキナリ然レトモ若シ甲者ニシテ善意ニテ其土地ヲ占有シ種子ヲ播キタルモノトセハ乙者ハ代價ヲ支拂フニアラサレハ穀物ヲ收得スルコト能ハス
 又動産ニ關シテモ附隨ノ規則ヲ適用ス例ヘハ甲カ乙ノ有スル紫色ノ糸ヲ自己

ノ衣服ニ縫込ムトキハ紫色ノ糸ハ附隨ノ規則ニ從テ衣服ノ一部分トナルナリ
然レトモ乙ハ甲ニ對シテ竊盜ニ關スル訴訟ヲ提起シ又ハ損害賠償ヲ請求スル
コトヲ得ヘシ竊盜ニ付テハ後ニ説明スヘシト雖モ羅馬ニ於テハ之ヲ私犯ノ一
トシ民法上ノ支配ヲ受ケシメタルナリ又紙上ニ金文字ヲ記スルトキハ金文字
ハ則チ紙ニ附隨スルモノトス然レトモ畫布ニ畫ヲ描クトキハ畫ヲ主物トシ畫
布ヲ從物トス是レ法律上特別ノ規定ナルコト羅馬法律家ノ述フル所ナリ

第三、加工 (Specification)

加工トハ他人ノ財産ノ上ニ仕事ヲ加ヘテ別ニ新タナル財産ヲ作出スル場合ナ
リ此場合ニ於テ其作出セラレタル財産ハ材料ノ所有主ニ屬スヘキヤ又ハ加工
者ノ所有ニ歸スヘキヤ之ニ關スル法律ノ當否ニ付テハ法理學者間議論アリ元
來天下ノ富ハ人ノ仕事ニ基クモノナルカ將又物ノ原料ニ基クモノナルカニ付
テ經濟學上ノ問題一定セス故ニ仕事ニ重キヲ置ク人ハ其作出セラレタル財産
ヲ加工者ニ歸スヘキモノナリトシ之ニ反シテ原料ニ重キヲ置ク者ハ材料ノ所
有主ニ屬スヘキモノナリト主張スルヲ常トス羅馬ノ法律ハ此點ニ付テ如何ト

尋ヌルニ例ヘハ甲ノ所有スル銅ニ乙カ仕事ヲ加ヘテ鉢ヲ製スルカ如キ又甲ノ
葡萄ニ乙カ加工シテ葡萄酒ヲ製スルカ如キ場合ニ於テ其鉢又ハ葡萄酒ハ甲ニ
屬スヘキヤ乙ニ屬スヘキヤ曾テ羅馬法ノ歴史ニ於テ述ヘタルカ如ク羅馬ニハ
夙ニ二派ノ學者アリ一ハ即チ「プロクルス」派ト云ヒ二ハ即チ「サピヌス」派ト云フ
而シテ「プロクルス」派ノ說ニ依レハ斯ノ如キ物ハ材料ノ所有主ニ屬スヘキモノ
ニアラスシテ加工者ニ屬スヘキモノナリトス然ルニ「サピヌス」派ノ說ハ之ヲ材
料ノ所有主ニ屬スヘシトナス其後「ユスチニア」ノ時ニ及ンテ二派ノ說ヲ折衷
シ若シモ其物件ニシテ舊狀ニ復スルコトヲ得ハ則チ材料ノ所有主ニ屬スヘシ
然レトモ舊狀ニ復スルコトヲ得サレハ則チ加工者ニ屬スヘシトセリ前例ニ於
テ葡萄酒ハ再ヒ變シテ葡萄ト爲スコトヲ得サルカ故ニ乙ノ所有ニ歸スヘク又
鉢ハ之ヲ融解シテ銅ト爲スコトヲ得ルヲ以テ甲ニ屬スヘキナリ又加工者カ自
己ノ材料ト他人ノ材料トヲ用キテ新タナル物件ヲ製作スルトキハ加工者ノ所
有ニ屬ストセリ

第四、混同 (Confusio)

羅馬法 本論 第二章 各論

羅馬法ニ於テハ一人ノ材料ト他ノ一人ノ材料トニ付テ雙方ノ同意ヲ以テ混同ヲ行フトキハ其混同物ハ二人ノ共有ト爲スト云フニアリ、例ヘハ酒金屬ノ類ヲ合セタルカ如キ場合ニハ即チ此原則ヲ適用ス又二人ノ材料ヲ取り二人ノ同意ヲ以テ一ノ異リタル物件ヲ製作シタルカ如キ場合ニモ同一ノ原則ヲ適用スルモノトス、例ヘハ金銀ヲ取りテ之ヲ混合シ以テ一種異リタル物ヲ作りタリトセハ即チ共有物ト爲ル又二人ノ同意ニ依ラスシテ不慮ノ事件ニ依リ二人ノ物件カ混同シタル場合ニモ同一ノ原則ヲ適用スヘシ

第五、^{コンミキステナ}混 合 (Commixtio)

混合ハ混同ト少シク異ル所アリ混同ハ既ニ述ヘタル如ク酒、金屬ノ類ニ關係スト雖混合ハ穀類ニ關係ス、羅馬ニ於テハ實ニ此二者間ニ區別ヲ立テタルナリ今兩人ニ屬スル穀物ヲ同意ヲ以テ相混合スルトキハ其穀物ハ固ヨリ兩人ノ共有ト爲ルヘシ若シ其兩人ノ同意ニ依ラスシテ一人ノ專斷又ハ不慮ノ事件ニ因テ相混合スルトキハ其穀物ハ二人ノ共有ト爲ラス、而シテ其分配ノ方法ハ裁判官ニ一任ス是即チ混同ト混合ト差異アル所ナリ但其規則ノ得失ハ別問題ニ屬ス

第六、^{フルクツム、ペレプティオ}收 益ノ 獲 得 (Fructuum perceptio)

用益權ヲ有スル者カ收益ヲ獲得スルノ權利アルコトハ前章ニ之ヲ説明セリ、然ルニ用益權者ノ外尙物件ノ所有主ニアラスシテ收益ヲ獲得スルモノアリ、例ヘハ他人ノ物件ヲ善意ニテ占有セル者ノ如キ是ナリ善意ニテ他人ノ物件ヲ占有セル間ニ獲得シタル收益ハ縱令之ヲ消費スルモ眞ノ所有主ニ對シテ賠償スルニ及ハス、唯現ニ有スル所ノ收益ヲ返還スレハ則チ可ナリ然レトモ其所有主カ既ニ訴ヲ提起シテ物件ノ返還ヲ請求シ而シテ^{リテス、コンテストナ}爭訟期 (Litis Contestatio)ニ達シタルトキハ其後ニ占有者ノ獲得シタル收益ハ之ヲ所有主ニ返還セサルヘカラス、故ニ若シ之ヲ消費スレハ損害ヲ賠償セサルヘカラサルノ義務ヲ生スルモノナリ加之占有者カ相當ノ注意ヲ加ヘシナラハ獲得スルコトヲ得タル收益ノ代價ヲモ所有主ニ對シテ支拂ハサルヘカラス、收益ノ獲得ニ付テハ羅馬法律ノ規則明晰ヲ缺タカ故ニ學者間議論多シ余ハ今最モ正當ト信スル所ヲ説明セルノミ

第七、賣買 (mancipatio)ノ方式

第八、擬訴棄權 (In iure cessio)ノ方式

擬訴棄權ノ方式ト「マンチバチヲ」ノ方式トニ付テハ前章ニ之ヲ詳述セリ、今唯之ヲ物權獲得ノ一方法トシテ數フルニ過キス

第九、引渡トラガチ(Traditio)

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

第十、分配アッヂンカチノ言渡 (Adjudicatio)

所謂分配ノ言渡トハ即チ共有物分配ノ訴訟ニ於ケル分配ノ言渡ナリ、若シ其共有ノ物件カ容易ニ分配スルコトヲ得ルモノナランニハ裁判官ハ之ヲ訴訟人各

自ニ分配シ、又分配シ難キモノハ之ヲ平等ニ分配セスシテ一方ニ多ク他ノ一方ニ少ク與フルコトアリ例ヘハ共有地ヲ分配スルニ當リ其ノ中ヲ貫流スル川ヲ境界トシ右ヲ甲ニ與ヘ左ヲ乙ニ與フト云フ場合ノ如キ殊ニ然リト爲ス、然リト雖モ多量ノ分配ヲ受ケタル者ハ少量ノ分配ヲ受ケタル者ニ對シ割合ニ應シテ償金ヲ拂ハサルヘカラス是レ其權利ヲ保タシムル所以ナリ又共有物カ不可分物ナルトキハ斷然之ヲ訴訟人ノ一方ニ與ヘ而シテ他ノ一方ニ對シテ償金ヲ拂ハシム、例ヘハ共有ニ係ル所ノ金剛石ヲ分配セントスル場合ノ如シ
斯ノ如ク分配ノ言渡ハ通常一般ノ場合ニ於ケル裁判ト異レリ、通常ノ裁判ハ原告ヲシテ勝タシムルモ被告ヲシテ勝タシムルモ俱ニ既ニ存在セル權利ヲ確認スルニ過キスシテ始メテ權利ヲ設クルニアラスト雖モ分配ノ言渡ハ共有權ヲ廢シテ一個獨立ノ權利ヲ以テ之ニ代フルモノナリ

第十一、時効

羅馬ノ時効ニハ「ウーヅカピヲ」(Usucapio)ト「プレスクリプチヲ」(praescriptio)トノ二アリ就中「ウーヅカピヲ」ヲ古シトス今其文字ヲ分析セハ「ウーヅカピヲ」ノ「ウーヅ」

ハ英語「ユース」(use)ト同シク使用スルノ意ナリ、又「カピヲ」ハ「カーペン」ヨリ脱化シ
 來リタルモノニシテ取ルノ義ナリ「プレスクリプチャ」ナル語モ亦二字ヨリ成ル
 即チ「ブレ」ハ前ニシテ「スクリプチャ」ハ書クナリ故ニ之ヲ前書ト譯シテ可ナラン
 カ、此前書ナル制度ハ如何ニシテ發達シタルモノナルヤハ後ニ訴訟ノ編ニ詳説
 スヘシト雖モ茲ニ之ヲ約言スレハ古代羅馬ニ於テハ訴訟ノ方式即チ「フォルムラ
 ー」(Formula)ナルモノアリ「フォルムラー」ニハ種々ナル事項ヲ悉ク短文ニテ記載ス
 ルヲ常トス曰ク原告ノ請求ノ要領、曰ク被告ノ答辯ノ要旨、曰ク事實審理人カ取
 調フヘキ事項、曰ク裁判官ノ判決スヘキ方法等一トシテ之ヲ掲ケサルハナシ、所
 謂事實審理人トハ官吏ニアラスシテ事實ノ點ニ付キ裁判スル者ナリ法律ニ付
 キ裁判ヲ下ス者ハ裁判官ニシテ羅馬ニ於テハ高等ナル官吏ナリトス、而シテ一
 般ニ謂ヘハ答辯ノ要旨ハ請求ノ要領ノ次ニ書ス然ルニ時効ノ抗辨ニ限リテハ
 必ス原告ノ請求ヲ要領ノ前ニ之ヲ書クヘキモノトセリ、是ニ於テ平終ニ時効其
 者ヲ稱シテ前書ト云フノ慣習ヲ生シタリ、故ニ前者トハ原告ノ請求ノ前ニ書ク
 事項ト云フ意味ニシテ元來時効ナル義ヲ有シタルニアラス、今日佛蘭西語ノ「プ

レスクリプション」(Préscription) 英語ノ「プレスクリプション」(Prescription)ハ皆羅
 馬ノ「プレスクリプチャ」ヨリ來リタルモノナリ

是ヨリ時効ノ規則ニ關スル沿革ヲ略述センニ古代羅馬ニ於ケル「ウーヅカピヲ」
 ニハ二個ノ目的アリ第一ハ不確定ナル所有權ヲ確定セシムルニアリ是レ近世
 ニ於ケル時効ノ目的ト異ル所ナシ第二ハ大官法ノ所謂所有權ヲ變シテ市民法
 ノ所有權トスルニアリ嘗テ説明セシ如ク「マンチパチャ」ノ方式ニ依ラス單ニ引
 渡ニ依リテ「レースマンチピー」ヲ人ニ與フルトキハ市民法ノ所謂所有權ヲ移轉
 スルコト能ハス、故ニスノ如キ場合ニ於テハ法律ニ定メタル年限ノ間其物件ヲ
 占有スルハ則チ市民法上ノ所有權ヲ獲得スルモノトセリ而シテ「ウーヅカピヲ」
 ノ年限ハ甚タ短期ニシテ動産ニ關シテハ一年不動産ニ關シテハ二年トス、「ウー
 ズカピヲ」ハ始メ第一ノ目的ノミヲ有シタルニ過キス此時代ニ於テハ羅馬ハ一
 小市府ナリシカ故ニ「ウーヅカピヲ」ノ年限モ亦短期ニシテ適當ナリシモ其後ニ
 至リ羅馬ノ版圖漸ク廣大トナリ一年若クハ二年ノ年限ハ頗ル短キヲ感シタリ、
 然ルニ其之ヲ感シタル時代ニハ「ウーヅカピヲ」ハ既ニ第二ノ目的ヲ有スルニ至

リシナリ而シテ第二ノ目的ヲ達スルニハ實ニ年限ヲ長クスルノ不便ニ堪ヘス、是蓋シ「ウーヅカビヲ」ノ年限ヲ終始改メス前書ノ規則ヲ發生セシメシ所以ナリ「ウーヅカビヲ」ニ依テ所有權ヲ獲得スルニ付テハ善意ノ占有ヲ必要トスルヤ否ヤハ學者間ノ議論紛然トシテ一定セス「プリンツ」(Prinz)ノ說ヲ聞クニ善意ヲ必要トスト云フ然レトモ「スチンチング」(Stinzing)ノ說ニ從ヘハ善意ヲ必要トセサルナリ抑モ此二說ハ孰レカ最モ肯綮ニ中レルヤト云フニ極メテ古代ニ於テハ善意ヲ必要トセス想フニ善意惡意ナル語ハ比較的ニ新シキ語ナリ故ニ古代ノ法律ニ於テハ「ウーヅカビヲ」ニモ亦敢テ善意ヲ必要トシタルニアラサルヲ知ルヘシ唯夫レ後世ノ法律ニ於テハ恐クハ之ヲ必要トシタルナラン

古代羅馬ノ法律ハ「ウーヅカビヲ」ノ規則ノミヲ用キタルニ過キサリシカトモ後世ニ及ンテ「プレスクリプチヲ」ノ制度ヲ生シ「ウーヅカビヲ」ト並ニ適用セラレタリ「プレスクリプチヲ」ニハ頗ル長久ノ年限ヲ定メ不動産ニ付テハ訴訟人カ雙方共ニ同一州内ニ住スルトキハ十年ナレトモ異州ニ住スル者ナルトキハ二十年トセリ

「ウーヅカビヲ」ト「プレスクリプチヲ」トヲ比較スルニ「ウーヅカビヲ」ハ市民法ノ時効ナリ故ニ羅馬ノ市民ノミニ適用セシナリ、且市民法ノ所有權ノ目的物ト爲ラサルモノニハ之ヲ適用セサリシモノトス故ニ「ウーヅカビヲ」ノ規則ハ伊太利ニ在ル土地ニ適用セラレタレトモ伊太利以外ノ土地ニハ之ヲ適用セラレサルモノト謂フヘシ、然ルニ之ニ反シテ「プレスクリプチヲ」ノ規則ハ廣ク伊太利以外ノ土地ニマテ適用セラレタリ

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

「ユスチニアン」カ「ウーヅカビヲ」ト「プレスクリプチヲ」トノ區別ヲ廢止シタルニ付テハ後世學者ノ解釋一定セス或ハ「ユスチニアン」ヲ以テ「ウーヅカビヲ」ニ重キヲ

置キタリト爲シ、或ハ「プレスクリプチャ」ニ重キヲ置キタリト爲ス其説ク所甚タ多シト雖モ余ハ其何レニモ重キヲ置キタルニアラス二者ヲ折衷シテ以テ一新機軸ヲ出シタルモノト謂フヲ可ナリト信ス

前ニ一言セルカ如ク占有者ガ善意ニシテ且正當ノ理由ニ基キテ物件ヲ占有スルトトキハ縱令法定ノ年限間占有ヲ繼續スルモ自己ノ所有物ト爲ルナリ、然リト雖モ自由人又ハ神社ノ敷地、墓地等ハ善意ニテ之ヲ占有スルモ其上ニ所有權ヲ獲得スルコト能ハス、又竊取シタル物件ハ法定ノ年限間占有スルモ所有權ヲ獲得スルコト能ハス是蓋シ「ユスチニア」ノ時ニ創マリタルニアラス彼ノ十二標ノ法律ニ於テ既ニ定マリタル所ナリ、但竊取シタル物即チ盜品ノ占有ト雖モ亦「インテルデクツム」(Interdictum)ニ依テ或程度マテ之ヲ保護シタリ、然レトモ適當ノ時効ニ依テ所有權ヲ獲得スルノ原因トナラス暴力ニ依リテ獲得シタル物件ノ占有モ通常ノ時効ニ依リテ其所有權ヲ得ルノ基トナラサルナリ、元來時効ニハ通常時効ト非常時効トノ二種類アリ而シテ以上説明シタル所ハ實ニ通常時効ニ關ス非常時効ハ「ユスチニア」法典ニ於テ「ロンギ、テンポリス、プ

レスクリプチャ」(Longi temporis Praescriptio)ト云ヘリ譯シテ最長期時効ト云フモ亦可ナランカ、而シテ盜品其他暴力ニ依テ獲得シタル物ヲ非常時効ノ年限間占有スレハ其所有權ヲ得ルヤ否ヤハ議論喧シキ所ナレトモ余ハ其所有權ヲ得ト爲スヲ正當ナリト信ス

非常時効ノ年限ハ大抵三十年ニシテ長キハ四十年甚シキニ至テハ五十年ナルアリ、即チ羅馬ニ於テハ賭博ニ依テ贏得シタル金額ハ之ヲ返還スルノ義務アリトシ而シテ其時効年限ハ之ヲ五十年トセリ、通常時効ニ依リテ獲得スルコト能ハサル物件ハ概ネ非常時効ノ規則ニ支配セラル、非常時効ノ場合ニ於テモ亦尙ホ占有者ハ善意ナラサルヘカラス然レトモ果シテ正當ノ理由ニ基キテ之ヲ占有シタルモノナルコトヲ要スルヤ否ヤハ學說ニ定セサル所ナリ「プリンツ」ノ説ニ依レハ正當ノ原因ト善意トハ常ニ必ス相伴フモノナリト云ヘリ、然ルニ多數學者ノ説ク所ハ之ト異リ非常時効ハ善意ノミヲ必要トスルニ止マリ正當ノ理由ニ基クコトハ不必要ナリトセリ此説ニ從フモ其善意ノ程度ニ付テ議論分ル「グロタ」(Wächter)「デルンブルヒ」等ノ説ヲ聞

クニ非常時効ノ場合ニ於テハ縱令占有者ニ非常ノ錯誤アルモ苟クモ善意ナレハ則チ占有ハ有效ニシテ時効ノ原因ト爲ルコトヲ得ト言ヒ「ブリントツ」ハ之レニ反對シ非常ノ錯誤アル場合ハ之ヲ純然タル善意ト云フコトヲ得スト言ヘリ
 地役權ニ關シテハ昔時ハ「ウーゾカピヲ」ノ規則ヲ適用セシト雖モ紀元前三十四年頃ニ至リテ之ヲ廢止シタリ然レトモ之ニ拘ラス裁判官ハ地役權ニ關スル長期ノ準占有ヲ保護セリ而シテ其年限ハ原被兩造カ同州ニ住居スルトキハ十年、異州ナルトキハ二十年トス「ユスチニア」法典モ亦同一ノ規則ヲ採用シタリ不動産ニ關スル十年及ヒ二十年ノ時効動産ニ關スル三年ノ時効ハ用益權ニモ亦之ヲ適用セリ
 上來説明シタル所ノ時効ハ取得時効ナリ、若シ夫レ消滅時効即チ免責時効ニ至リテハ乞フ之ヲ契約ノ章ニ於テ論セン

第三部 債權法

第一款 法律行爲

第一項 法律行爲ノ意義

法律行爲トハ法律上ノ效果ヲ生セシムルヲ以テ目的トスル行爲ヲ謂フ、或一派ノ定義ヲ以テスレハ法律行爲トハ權利關係ヲ生セシムルヲ目的トスル所ノ行爲ナリトス蓋シ法律行爲ノ觀念ハ輒近ニ至リ發達シタルモノニシテ之ニ關スル議論ハ學者間未タ一定セサルナリ故ニ其定義ヲ與フルニ付テモ亦種々ナル見解ナキヲ得ス我國ノ民法ニ於ケル法律行爲ナル語ハ獨逸語ノ「レヒツゲセフト」(Bechtsge-schaft)ヲ翻譯シタル者ナリ、佛蘭西語ニテハ之ヲ「アクト、ジュリヂク」(Acte juridique)ト云フ、英國ニ於テハ昔ハ之ヲ「トランズアクシジョン」(Transaction)ト云ヒシカ近來「ジュリスチック、アクト」(juristic act)ナル文字ヲ用フルモノ多シ抑モ此等ノ熟語ノ起源如何ニ付テハ學者間ノ議論少カラス獨逸ニ於テ始メテ「レヒツ、ゲセフト」ナル名稱ヲ用キ世人ノ注意ヲ促シタルハ千八百五年ニ公ニセラレタル「フーゴ」(Hugo)ノ「バンデクテ」第三版ナリ佛蘭西及ヒ英國ニ於テ或ハ「アクト、ジュリヂク」ナル名稱ヲ用ヒ或ハ「ジュリスチック、アクト」ナル文字ヲ用ユルニ至リタルハ皆其以後ニ在リ
 羅馬ニ於テ法律行爲ノ實物ハ固ヨリ存在セシコト疑ヲ容レスト雖モ之ニ相當スル名稱ニ至リテハ普通一般ニ用キラレタルモノナク唯各種ノ法律行爲カ各別ニ

其名稱ヲ有シタルノミ例ヘハ要式口約、使用貸借又ハ消費貸借等ノ名稱アリシモ此等ヲ總括シタル名稱ハ一般ニ行ハレサリシナリ今強テ之ヲ尋ヌレハ「ネゴチウム」(Negotium)ナル語略ホ之ニ相當スト謂フヲ得ヘキカ然レトモ法律行為ナル語ニ比較スレハ或點ニ於テ意味廣キニ過キ又他ノ點ニ於テ狹キニ過クルコトアリ、エスチニアン法典中ニハ「アクツス、レギチミ」(Actus legitimi)ナル語アリ是レ亦法律行為ト同一ノ意義ヲ有ス、然レトモ一派ノ學者ノ說ニ依レハ單ニ市民法ニ於テ認ムル法律行為ニ限ルト云フ、孰レニスルモ此語ハ普通一般ニ使用セラレタルニ非スシテ法典中ノ一條文中ニ存スルニ過キス降テ十八世紀ニ至リ羅馬法律ヲ註釋セシ學者ハ「アクツス、ユリヂチイ」(Actus iuridici)ナル熟字ヲ用キタリ、想フニ今日ノ所謂法律行為ナル文字ハ即チ之ヨリ胚胎シ來リタルモノナランカ

羅馬法律ニ於テハ法律行為ニ關スル理論十分ニ發達セス故ニ余ハ茲ニ近世ノ法律行為ト羅馬法トノ關係ニ付テ一言シタルノミ

羅馬法ノ規則ヲ註釋スル學者ハ法律行為ヲ區別シテ幾多ノ種類ニ分テリ、然レトモ要スルニ近世ノ法律ニ於ケル區別ト異ラス唯其名稱カ羅甸語タルニ止マルヲ

以テ今ハ之ヲ略ス

第二項 意思表示

意思表示ナル語ハ獨逸語「ウイレンスエルクレーレング」(Willenserklärung)ノ翻譯ナリ羅馬法ニ於テハ之ニ相當スヘキ文字ナク且之ニ關スル理論モ亦發達セス然レトモ意思表示ナルモノ、現物ハ固ヨリ存在セシナリ

法律行為ハ即チ意思表示ノ結果ナリ或ハ法律行為ヲ以テ意思表示自身ナリト云フ者アルモ余ハ寧ロ之ヲ意思表示ノ結果ナリト云フヲ穩當ト信ス夫レ意思ヲ表示スルニハ方式ヲ要スルモノト要セサルモノトアリ方式ヲ要スル場合ニ於テハ若シ其方式ヲ履踐スルニアラサレハ法律行為ヲ成立スル能ハス例ヘハ遺言ノ如キハ即チ然リ羅馬ノ市民法ニ於テハ法律行為ニハ概シテ方式ヲ必要トセリ、蓋シ羅馬ノミナラス他國ニ於テモ亦古代ハ方式ヲ重ンシタルハ明カナリ、然レトモ制度文物ノ開化スルニ從ヒ漸ク當事者ノ意思ニ重キヲ置クニ至レリ、即チ方式ハ意思ヲ表示スル爲メノ道具ナリト雖モ而モ之ニ拘泥スレハ却テ事ヲ誤ルノ恐アル故ニ後世ニ及ンテ意思ニ重キヲ置クニ至リシモノトス英國ノ學者「メイソ」ノ古代

法中ニハ法律ノ沿革ハ方式ヨリ意思ニ移ルトノコトヲ論述セリ、而シテ羅馬ニ於テモ亦同様ニシテ太古ハ方式ヲ重シタルモ其後萬姓法ノ法律行爲ハ概ネ方式ヲ要セス例ハ賣買ノ如キ是レナリ

方式ヲ要セサル法律行爲ニ付テハ意思表示ヲ爲スニ必スシモ言語ヲ以テスルヲ要セス、言語以外ノ行爲ニ依ルモ尙ホ之ヲ爲スコトヲ得ヘシ、羅馬ニテハ沈黙シタルモノハ同意者ト認ムテウ言葉アリ即チ何等ノ行爲ヲナサ、ル場合ニ於テモ意思ヲ表示シタルトナスナリ要スルニ意思ヲ了解スルコトヲ得レハ即チ可ナリ、又意思表示カ直ニ法律行爲ヲ兼ヌル場合アリ例ハ物件ヲ占領スルカ如キ場合ニシテ占領ハ實ニ法律行爲タルト同時ニ意思表示ヲ兼ネタル者ト謂フヘシ然ルニ雙面ノ法律行爲例ハ雙務契約ノ場合ニ於テハ一方カ他方ノ意思ヲ知ルノ必要アリ即チ雙方ニ於テ意思表示ヲ爲シ其意思相合致スルニアラサレハ法律行爲ハ決シテ成立セス、故ニ法律行爲ハ意思表示其者ナリト云フヨリハ意思表示ノ結果ナリト云フヲ以テ精確トナス

契約成立ノ要件タル申込及ヒ承諾ニ關シテハ近世ノ法律ハ餘程發達セリ然レト

モ羅馬ニ於テハ格別之カ發達ヲ見サリシ是レ蓋シ近世ニ於テハ郵便、電信、電話等交通機關ノ發達著シク社會ノ狀況ヲ一變シタルヲ以テ之ニ應スル法律上ノ學說モ亦從テ進歩シタリト雖モ羅馬ニ於テハ斯ノ如キ事情ナカリシカ故ニ申込及ヒ承諾等ニ關スル規則ハ未タ其必要ヲ感セサリシヲ以テナリ

第三項 原因 (Causa)

原因トハ種々ナル意義ヲ有ス例ハハ時効ニ關シテハ正當ノ原因ナルコトアリ又強迫ハ權利ヲ原狀ニ復スル正當ノ原因ナリト云フカ如シ然リ而シテ契約其他法律行爲一般ニ關シテモ「カウザ」其原因ナルコトアリ余カ茲ニ述ヘントスルハ即チ此最後ノ原因ナリ

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

第一、先ツ遠因ニ付テ説明センニ遠因ハ法律行爲ノ有效無効ニハ何等ノ關係ナ

キヲ原則トス、故ニ法律行爲ノ有效無效ヲ決スルニ當テハ遠因ノ何タルヤハ之ヲ問フニ及ハサルナリ例ヘハ甲ナル者アリ其女某ヲ或人ニ嫁セシメントシ乙ナル商店ニ至リテ種々ノ物品ヲ買受ケタリトセヨ此場合ニ於テ乙商店ノ主人ハ其結婚ノ準備ナルコトヲ知ルモ可ナリ、又甲カ之ニ對シテ其目的ヲ語リシトスルモ不可ナシトス故ニ縱令其結婚ニシテ無効タルモ甲ト乙商店ノ主人トノ賣買ハ有效ナリ然レトモ買主カ婚姻ノ成立ヲ條件トシテ賣買契約ヲ結ヒタル場合ニ於テハ固ヨリ之ヲ同一ニ論スヘカラス、即チ此場合ニ於テハ婚姻ハ條件ニシテ單純ノ遠因ニアラサルナリ單純ノ遠因ハ法律行爲ノ有效無効ニ影響ヲ及ホサ、ルヲ原則トス、古今ノ學者カ共ニ引用スル所ノ「虛偽ノ原因ハ害ヲ爲サス」(Falsa causa non nocet)テフ格言ハ即チ遠因ニ關スルモノニシテ遠因ノ眞否ハ決シテ法律行爲ノ有效無効ニ直接ノ影響ヲ及ホサ、ルコトヲ意味スルニ外ナラサルナリ

一般ニ遠因ハ法律行爲ノ有效無効ニ影響ヲ及ホサスト雖モ而モ一ノ法律行爲ヲ解釋スルニ方テ之ヲ參考ニ供スルコトハ往々之アル所ナリ且又此大原則ニ對シテハ之ヲ制限スルモノナキニアラス強迫詐欺及ヒ錯誤ニ關スル規則即チ是レナリ但之ニ付テハ後節ニ於テ別ニ説明セント欲ス

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

羅馬法ニ於ケル近因トハ何ソヤト云フニ例ヘハ甲カ乙ニ金千圓ヲ貸シタル場合ニ於テハ乙ハ甲ニ對シテ金千圓ヲ返済スルノ義務ヲ負擔スヘシ而シテ乙カ之ヲ負擔スルノ原因ハ即チ甲ヨリ金千圓ヲ借りタルコト是ナリ之ヲ「クラデンヂ、カウザ」(Cradendi causa)ト云フ又甲カ乙ニ對シテ金千圓ヲ貸シタルニ其後乙ハ之ヲ返済スルニ代ヘテ自己ノ所有スル地所ヲ甲ニ與フルノ約束ヲ爲シタリ、即チ債務ノ更改ヲ爲シタリトセハ其債務更改ノ原因精確ニ曰ヘハ乙カ甲ニ地所ヲ與フルノ義務ヲ負擔シタル原因ハ即チ舊債務ヲ免レントスルニアリ之ヲ「ゾルヴェンヂ、カウザ」(Solvendi causa)ト云フ又之ヲ「ノヴェンヂ、カウザ」(Novandi causa)トモ云フ又甲カ乙ニ對シテ金千圓ヲ與ヘタリトセンニ是レ即チ無償贈與ヲ爲サ

ントノ意思ニ原因セルモノナリ之ヲ「ドナンヂ、カウザ」(Donandi causa)ト云フ此場
合ニ於テハ英國法ニ依レハ約報即チ「コンシデレーション」ナシトスルモ羅馬法
並ニ之ヲ繼承セル大陸諸國ノ法律ニ依レハ「カウザ」即チ原因アリト云フナリ
凡ソ吾人ハ契約ヲ締結シ又ハ財産ヲ移轉スルハ皆一トシテ爲メニスル所アル
ニアラサルハナシ、即チ必ス其目的ヲ有スルモノニシテ目的ナクシテ漫然之ヲ
爲スカ如キハ殆ント想像スル能ハサル所ナリ而シテ此目的ヲ稱シテ「カウザ」即
チ原因ト稱ス

結果ト相距ルコト遠キ原因ハ前ニ述ヘタルカ如ク法律行爲ノ有效無効ニ影響
ヲ及ホサスト雖モ結果ト相距ルコト遠カラスシテ直接親密ナル關係ヲ有スル
原因即チ近因ハ其結果タル法律行爲ノ有效無効ニ影響ヲ及ホスコト甚ク大ナ
リ、換言スレハ何等ノ近因ナクシテ爲シタル法律行爲ハ無効ナリ此故ニ近因ハ
實ニ法律行爲ノ要素ヲ爲セルモノト謂フヘシ是レ固ヨリ羅馬法ノ説明ニ過キ
ス羅馬法ヲ離レテ法理上近因カ法律行爲ノ要素ナルヤ否ヤハ種々ノ議論アリ
吾國ノ民法ニ於テハ要素トセス余ハ之ヲ是認スルモノナリ、佛法ハ之ヲ要素ト

スルモ贊セス其理由ハ余獨特ノ議論ヲ有スルモ一言以テ之ヲ覆ヘハ近因トハ
英ノ約報ト同シク思慮ナクシテ爲シタル法律行爲ニ非スシテ一般ニ思慮アル
モノナルカ故ニ法律行爲中ニ包含ス切言スレハ熟考シテ爲シタル法律行爲ヲ
指スト云フノミナリ尙近因ノ詳細ニ付テハ他ニ之ヲ説カン

羅馬法ノ解釋トシテハ近因ハ法律行爲ノ要素ナリ、但或要式契約ニ於テハ近因
ヲ要素トセス尙ホ詳細ニ羅馬人ノ思想ヲ分析セハ近因ハ法律行爲ノ要素ナレ
トモ或特定ノ要式契約ニ關シテ訴訟ヲ提起スル場合ニハ近因ヲ證明スルニ及
ハストシタルナリ、故ニ近因ハ要素ニアラストノ語ハ即チ近因ヲ證明スルニ及
ハスト云フ意ナリ、要スルニ羅馬法ニ於テハ表面上近因ヲ要スル法律行爲ト近
因ヲ要セサル法律行爲トノ二種アルコトヲ知ルヘシ近世ノ獨逸人モ亦之ヲ區
別シ前者ヲ「カウザ」レ、ゲセフテ」(Causale Geschäft)ト云ヒ後者ヲ「アブストラクテ、
ゲセフテ」(Abstrakte Geschäft)ト云ヘリ、例ヘハ爲替手形約束手形ノ如キ流通證書
ハ即チ「アブストラクテ、ゲセフテ」ノ中ニ入ルヘキモノトス英國ニ於テハ爲替手
形ニハ約報即チ「コンシダレーション」ノ存スルコトヲ記載スヘントノ規則アル

カ故ニ恐クハ獨逸人ノ所謂「アプストラクテ、ゲセフテ」ニ全然符合スト謂フコトヲ得サルヘシ。翻テ羅馬法律ニ付テ解釋スルニ使用貸借又ハ消費貸借ノ類ニハ近因ヲ以テ要素ト爲スモ「マンチパチヲ」及ヒ擬訴棄權ノ方式ニ依テ物件ヲ移轉スルニハ近因ヲ法律行爲ノ要素トセサルナリ。

要式口約（Stipulatio）ノ場合ニ於テ近因カ要素タルヤ否ヤニ付テハ學者間議論アリ（要式口約ノ何タルヤ）ゾームノ說ニ從ヘハ要式口約ニハ近因ハ要素ニアラスト云フニアリ然レトモ此一說ヲ以テシテハ到底古今ヲ貫クコト能ハサルヤ明ケシ、今即チ沿革上ヨリ觀察スルニ古代ハ要式口約ノ場合ニハ近因ヲ要素トセサリシカ如シ故ニ原告ハ近因ヲ證明スルノ必要ナカリシト雖モ後世ニ及ンテ原告ハ近因ヲ證明セサルヘカラサルニ至リ被告ニシテ若シ近因ナキコトヲ主張シ抗辯ヲ提出セン乎原告ハ則チ進ンテ之ヲ證明セサルヘカラサルコト、ナレリ例ヘハ甲カ乙ニ金若干圓ヲ貸スノ約束ヲ爲シ既ニ「ステプラチヲ」則チ問答ノ方式ヲ終リタリト假定セヨ其後甲ハ乙ニ對シテ負債ヲ辨濟スヘシトノ貸金催促ノ訴ヲ提起シタルニ乙カ其無原因ナルコトヲ主張スルトキハ甲ハ則チ原

因ノ存スルコトヲ自ラ證明セサルヘカラス則チ眞ニ金若干圓ヲ貸シタリトノコトヲ證明スルノ責任アリ、之ヲ要スルニ古代ノ法律ニ於テハ方式ヲ終リタルコトヲ理由トシテ訴ヲ起スコトヲ許シタルモ漸ク變遷シテ此ニ至レルナリ。

第四項 強迫

遠因カーノ法律行爲ノ有效無効ニ關係ナキコトハ前節既ニ之ヲ説明セリ然レトモ亦之ヲ制限スル規則ナキニシモアラズ即チ強迫、詐欺、錯誤ニ關スル規則是ナリ本節ニ於テハ先ツ強迫ニ付テ述フル所アラシ。

強迫ハ三個ノ要素ヨリ成立ス一ニ曰ク暴行二ニ曰ク恐怖三ニ曰ク法律行爲ニ從事スルコト是ナリ暴行ニ因テ恐怖ヲ生セシメ法律行爲ニ從事セシムルトキハ即チ之ヲ強迫ト云フ羅馬法律ニ於テハ通常強迫ニ該當スル文字ヲ用キス今日獨逸語ニ「ツハンク」(Zwang)ナル語アレトモ羅馬ニハ之ナカリシモノトス然レトモ「ウイス」(Vis)即チ暴行ナル文字ト「メーツス」(Metus)即チ恐怖ナル文字トヲ用キ遂ニハ「ウイス、アク、メーツス」(Vis ac Metus) （暴行及ヒ恐怖ト）ナル文字ヲ生スルニ至レリ抑モ暴行ニハ二種類アリテ存ス其一ハ即チ人ノ心ニ對スルモノニシテ他ノ一ハ即チ

人ノ身體ニ對スルモノナリ例ヲ擧ケテ之ヲ示サンカ茲ニ甲ナル者アリ乙ノ手ヲ捕ヘテ證書ニ捺印セシメタルカ如キハ即チ身體ニ對スル暴行ナリ今斯ノ如キ場合ニ於テハ其證書タルヤ反古同様ニシテ何等ノ效力ヲ有スルモノニアラス故ニ若シ其證書中ニ契約ノ文言ヲ記載セラレタリトスルモ契約ハ斷シテ成立スルコトナシ何トナレハ乙即チ被強迫者ハ證書ニ捺印スルノ意思ナカリシモノナレハナリスノ如ク身體ニ對スル暴行ハ恐怖ト關係ナシ暴行ニシテ人ノ心ニ對スルモノハ恐怖ト關係アリ

羅馬ノ市民法ニ依レハ強迫ヲ受ケテ法律行為ニ從事スルモ尙ホ完全ナル效力ヲ有スト云フ然レトモ羅馬ノ裁判官所謂大官法ニ於テ漸ク多少ノ改正ヲ加ヘ以テ其被強迫者ニ對スル相當ノ救濟策ヲ講シタリ而シテ此救濟策ニ三アリ

第一、「イン、インテゲルム、レスチチヲ」(In integrum restitutio) 現狀回復即チ被害者ヲ訴訟手續ニ依ラスシテ舊地位ニ復セシムルコトナリ是レ頗ル古キ救濟ノ方法ニシテ其後ノ法律ハ之ニ基クモノ少シトス

第二、強迫ニ關スル訴訟ニシテ被害者カ暴行者ニ對シテ物件ノ返還及ヒ損害ノ

賠償ヲ求ムルヲ得ルコトナリ羅馬ノ訴訟手續ニ依レハ暴行者ハ先ツ物件ノ返還ヲ命セラレ之レニ從ハサレハ即チ其物件ノ價額ノ四倍ヲ拂ハサルヘカラス然レトモ暴行ノ當時ヨリ一箇年ヲ經過スレハ被害者ハ單純ノ價額ノミヲ請求スルコトヲ得ルニ止マレリ強迫ニ關スル訴訟ハ羅旬語ニテ「イン、レム、スクリプタ」(in rem scripta) 對物訴訟ナリ對物的トハ一步ヲ進メテ云ヘハ世界一般ニ對スルモノナリ換言スレハ被害者ハ單ニ加害者ニ對シテ之ヲ提起スルコトヲ得ルノミナラス強迫ニ因テ利益ヲ得タル第三者ニ對シテモ亦之ヲ提起スルコトヲ得ヘキナリ然リト雖モ強迫ニ關係ナキ第三者ハ縱令此訴訟ヲ受クルモ被害者ニ對シテ損害ヲ賠償スルニ及ハサルヤ勿論ニシテ其獲得シタル物件ヲ返還スレハ即チ足レリ

第三、強迫ヲ理由トスル抗辯ナリ若シ他人ノ爲メニ意思ヲ強迫セラレ契約ヲ結ビ而シテ其契約ニ付テ訴ヲ受クルトキハ被告ハ乃チ強迫ヲ理由トスル抗辯ヲ提出シテ以テ原告ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ヘシ此抗辯モ亦イン、レム、スクリプタニシテ何人ニモ對スルモノナリ

凡ソ救濟ハ如何ナル程度ノ暴行ニ對シテ與フルモノナルヤト云フニ重大ナル危
 險ヲ生スル恐アル場合ニアラサレハ裁判官ハ決シテ救濟ヲ與フルコトナシユス
 チニアン法典ニ明記スル所ニ依レハ生命身體自由ニ對シテ危險ヲ生スル所アル
 場合ニ限リテ之ヲ與ヘ或ハ名譽ヲ汚シ或ハ訴訟ヲ起ス等ノ強迫ニ對シテハ未タ
 以テ救濟ヲ與フルニ足ラサルニ似タリ但其條文ヲ解釋スルニ方テハ學者間議論
 アリ殊ニ財產ニ對シテ危險ヲ生スル恐アル場合ニハ果シテ救濟ノ原因トスヘキ
 モノナルヤ否ヤノ如キハ大ニ議論アル所トス「サヴィニ」ハ之レニ付テ斷案ヲ下シ
 財產ニ對スル強迫ハ救濟ノ理由トスル能ハスト曰ヘリ「サヴィニ」ハ羅馬法ノ大家
 ニシテ一時雷名ヲ轟シタル者ナルカ故ニ其強迫ニ關スル解釋モ亦諸國法學者ノ
 議論ニ影響ヲ及ホシタルヤ言フ俟タス然レトモ近世ニ至テハ之ヲ陳腐トシテ取
 ラサル者多シ何トナレハ法典中ニハ縱令生命身體自由ニ對スル危險ヲ列舉シテ
 敢テ一言モ財產ニ對スル危險ニ及フコトナシト雖モ而モ三者ノ場合ニ限リテ救
 濟スルノ理由ヲ發見セサレハナリ故ニ財產ニ對シテ危險ヲ生スル恐アル場合ニ
 於テモ亦之ヲ救濟セストノ明文ナキ以上ハ救濟ノ原因トスルヲ得ヘシトノ説勝

ヲ制スルニ至レリ
 又危險カ直チニ生スヘキモノ即チ目前ニ見ハル、恐アル場合ニアラサレハ救濟
 ノ原因トナラス然リト雖モ其危險タルヤ必スシモ被強迫者自身ニ對スルノ危險
 ナルヲ要セス例ヘハ汝ノ愛子ヲ愛スヘシト強迫セラレ其危險目前ニ逼リテ奈何
 トモスヘカラサルヲ以テ己ムナク強迫者ノ財產ヲ讓受ケタルカ如キ場合ニ於テ
 ハ裁判官ハ救濟ヲ與ヘ其契約ヲ以テ無効トスルニ躊躇セサルナリ
 然レトモ羅馬ニ於テハ或特別ノ場合ニハ強迫ニ出テタル法律行為ハ之ヲ無効ト
 シタルコトアリ例ヘハ強迫ヲ受ケテ結婚シタルトキハ其結婚ハ公然無効トナリ
 テ始メヨリ成立セサルト一般ナリ而シテ結婚ヲ好マサル者ニ結婚セシメタル場
 合ニモ亦此規則ヲ適用ス然レトモ子カ父ノ命ニ從テ己レノ好マサル婦女ト結婚
 スルハ之ヲ有效ナリトセリ

第五項 詐欺 (Dolus)

羅馬ノ裁判官ハ詐欺ヲ受ケタル者ニ對シテ又左ノ三種ノ救濟ヲ與ヘタリ

第二、被害者ヲ舊地位ニ復スルコト(原狀回復)

第二、詐欺ノ訴訟

第三、詐欺ノ抗辯

原状回復ニ付テハ前述セリ第二ノ詐欺ノ訴訟トハ詐欺ヲ理由トシテ訴訟ヲナスモノニシテ被害者ハ詐欺ノ訴訟ニ於テ法律行為ノ取消及ヒ損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ而シテ其被告トナル者ハ詐欺者又ハ其相續人ナリ故ニ詐欺ニ關係ナキ第三者ハ縱令詐欺ニ因テ利益ヲ受クルコトアルモ爲メニ訴訟ノ被告人ト爲ルコトナシ此點ニ付テハ詐欺ト強迫ト相異レリト謂フヘシ即チ強迫ヲ理由トスル訴訟ハ、イン、レム、スクリプタ^レトモ詐欺ニ關スル訴訟ハ、イン、レム、スクリプタ^レニアラス是蓋シ法理上ヨリ論スルトキハ固ヨリ完全ナル者ニアラスト雖モ羅馬法ノ規則ハ實ニ斯ノ如クナリシナリ第三ノ詐欺ノ抗辯ハ詐欺ニ依テ法律行為ニ從事シ其法律行為ニ對シ訴訟ヲ受ケタルトキハ相手方ニ對シテ詐欺ノ抗辯ヲナスコトヲ得

被害者ハ詐欺ノ爲メニ成立シタル法律行為ノ取消ヲ求ムルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ若シ其被害者ニシテ損害ノ賠償ヲ求メント欲セハ一方ニ於テハ物件ノ市

價ト一方ニ於テハ詐欺ヲ受ケテ支拂ヒタル金額トノ差ヲ請求スルコトヲ得タリ詐欺ハ必スシモ言語ノミニ依テ行ハル、モノニアラス言語以外ノ方法ニ依リテ之ヲ行フコトアリ甚シキニ至リテハ沈黙シテ詐欺ヲ行フコトヲ得ヘシ抑モ沈黙ハ如何ナル場合ニ於テ詐欺トナルヤト尋ヌルニ普通一般ノ人カ沈黙ヲ守ラヌシテ事務ヲ取扱フ場合即チ事實ノ儘ヲ告クル場合ニハ相手方ハ必ス之ヲ告ケラル、ナラント豫想スルハ人情ノ然ラシムル所ナリ故ニ斯ノ如キ場合ニ於テ沈黙ヲ守リ之ヲ告ケサリシトキハ又稱シテ詐欺(Dolus)ト云フ例ヘハ或物件ヲ賣買スルニ當リ若シ其物件ニ瑕疵アリトセハ賣主ハ瑕疵ノ模様ニ因リ通常買主ニ之ヲ告クヘキナリ而シテ買主モ亦其模様ニ因リテハ之ヲ告ケラル、コトヲ信シテ疑ハサルヤ必セリ然ルニ賣主カ之ヲ告ケサルトキハ賣主ハ往々詐欺トナルコトアリ但賣主カ之ヲ告ケストモ買主ニ於テ其瑕疵ヲ知ルナラント思惟セラルヘキ相當ノ道理アリタルトキハ則チ之ヲ詐欺トスヘカラサルナリ試ニ之ヲ英國法ニ比シテ考フレハ賣主カ之ヲ告クヘキノ義務アルニ拘ハラス沈黙ヲ守リシトキハ詐ナリト云フニアリ即チ義務ノ二字ヲ用キテ立論スルハ英國法學者ノ常トスル所

ナレトモ羅馬法ハ古代ノ法律ナルヲ以テ斯ノ如キ精確ナル文字ヲ用イサリシナ
リ唯其精神ハ同一ナルヤ言フ俟タス

第六項 錯誤 Error

羅馬法學者カ錯誤ニ關スル種々ノ場合ニ付テ判定ヲ與ヘタルハ、ユスチニア^{ユスチニア}法
典ノ學說彙纂第十八卷ニ依リテ明カナリ故ニ羅馬ニ於テハ如何ナル場合ニ如何
ナル判決ヲ下シタルヤハ今日容易ニ之ヲ推知スルコトヲ得ヘシ然リト雖モ如何
ナル大原則ニ從テ此等ノ判決ヲ下シタルヤハ之ヲ知ルコト實ニ難シ蓋シ羅馬ノ
法律學者ハ哲學家ニ乏シク實際家ニ富ミタルカ故ニ抽象的ノ原則ヲ説明スル者
ナカリシヲ以テナリ有名ナル「サヴィニ」ハ種々ノ場合ヲ對照シテ羅馬ニ於テハ斯
々ノ原則ヲ立テタリトノ說ヲ世ニ發表シ一時非常ノ勢力ヲ逞ウシタリト雖モ末
タ以テ完全無缺ナリト云フコトヲ得ス近世ニ及ンテ獨逸ノ「レヲンハルト」(Leonhard)
「ヂテルマン」(Zitelmann)等錯誤ニ關スル論文ヲ公ニセリ是亦學者間ノ輿論ヲ代表
セルモノト云フコトヲ得ス之ヲ要スルニ錯誤ニ關スル羅馬法ノ規則ハ果シテ如
何ヲ確知スル能ハサルナリ故ニ今單ニ余ノ管見ニ依リテ羅馬法ノ原則トスル所

ヲ説明セン

第一、羅馬ニ於テハ錯誤者ニ何等ノ過失ナキ場合ニ於テノミ法律ノ保護ヲ受ク
即チ所謂過失ナキ錯誤(error probabilis)ニアラサレハ法律ノ保護ヲ受ケサルナリ

第二、羅馬ニ於テハ錯誤ヲ四種ニ區別セリ一ニ曰ク「エルロル、イン、ベルソナ」(error
in persona) 二ニ曰ク「エルロル、イン、ネコチヲ」(error in negotio) 三ニ曰ク「エルロル、
イン、コルポレ」(error in corpore) 四ニ曰ク「エルロル、イン、ズプスタンチャ」(error in sub
stantia) 是ナリ今此順ヲ追フテ簡短ナル説明ヲ爲サン

「エルロル、イン、ベルソナ」ハ人ニ關スル錯誤ナリ例ヘハ甲ナル者乙ト法律行為ニ
從事スルノ意思アリ誤テ丙ト共ニ從事シタルカ如キ場合ニ於テハ其法律行為
タルヤ不成立ナリ今日ニ於テハ此類ノ錯誤ハ法律行為ノ不成立ノ原由トハナ
ラス殊ニ現金賣買ノ場合ノ如キハ殆ント人ヲ誤ラサル場合ト同一ナリ
「エルロル、イン、ネコチヲ」ハ法律行為ノ種類ニ關スル錯誤ナリ例ヘハ甲ナル者乙
ノ土地ヲ買ハント欲シタルニ乙ハ之ヲ貸サント欲シタルカ如シ斯ノ如キ場合
ニ於テハ賣買ハ勿論貸借モ成立セス結局何等ノ法律行為ヲモ生セサルナリ蓋

シ法律行為ノ要素タル合意カ雙方間ニ存在セサレハナリ
 「エルロル、イン、コルボレ」ハ目的物其者ニ關シテ錯誤アル場合ナリ假ハ甲ノ意思ハ東京ニ在ル所ノ土地ヲ賣渡サントシタルニ乙ハ大阪ニ在ル所ノ土地ヲ買ハントシタルカ如シ此場合ニ於テモ亦雙方間ニ合意ナキヲ以テ賣買成立スルコトナキナリ或學者ハ「エルロル、イン、コルボレ」ナル文字ニ廣汎ナル意味ヲ附シ以上述ヘ來リタル三者ノ總稱トナセリ若シ此意味ニシテ正シキヲ得タルモノトセハ「エルロル、イン、コルボレ」ナル文字ニハ廣狹二様ノ意義アリト云フヘシ而シテ廣義ノ「エルロル、イン、コルボレ」ノ場合ハ皆法律行為カ始メヨリ成立セサルモノトス何トナレハ當事者ノ一方又ハ雙方ノ意思カ意思表示ト一致セサレハナリ

最後ニ「エルロル、イン、ズブスタンチア」ハ物質ニ關ル錯誤ナリ例ハ鍍金シタル物品ヲ眞物ナリト誤認シ又男ノ奴隸ヲ以テ女ノ奴隸ト爲シタルカ如キ場合ハ即チ是ナリ羅馬人ノ述ヘタル實例ヲ見レハ酢ト酒トヲ誤リタルカ如キモ亦此中ニ入ルトセリ今日我國ニ於テハ酢ト酒トヲ誤ルカ如キハ之ヲ物質ニ關スル

錯誤ト云フ者ナカルヘシ物質ニ關スル錯誤ノ場合ニハ意思ト意思表示トカ一
 致セサルニアラスシテ意思表示ノ原因一步ヲ進メテ云ヘハ法律行為ノ原因ニ
 付テ錯誤アルナリ例ヘハ甲カ乙ニ一個ノ花瓶ヲ賣渡シタリト假定セヨ此場合
 ニ於テハ意思ト意思表示トハ互ニ相一致セリ故ニ當事者雙方間ニ合意アリト
 云ハサルヲ得ス然レトモ乙ハ心ニ其花瓶ヲ以テ純金ナリト信シ甲ハ鍍金シタ
 ル物ナルコトヲ知り雙方其點ニ付テ沈黙シ敢テ一言ヲ發セス各自其信スル所
 ニ基キテ賣買シタルカ如キ場合ニ於テハ即チ法律行為ノ原因ニ付テ錯誤アリ
 シモノト云フヘシ

物質ニ關スル錯誤ノ場合ニ於テハ當事者ノ一方カ時トシテ法律行為ヲ排斥ス
 ルコトヲ得茲ニ時トシテト云フハ他ナシ如何ナル場合ニモ之ヲ許スニアラス
 羅馬ノ法律上善意ヲ要スル法律行為ニ限ルナリ所謂善意ヲ要スル法律行為ト
 ハ「ボネ、フィデイ、ネゴチア」(bonae fidei negotia)ニシテ之ヲ詳説セント欲セハ羅馬ノ
 訴訟手續ヨリセサルヘカラス故ニ今之ヲ畧ス例ヘハ賣買ノ如キハ即チ此善意
 ヲ要スル法律行為ノ中ニ入ルモノトス故ニ賣買ニ於テ物質ニ關スル錯誤アリ

シトキハ當事者ハ之ヲ理由トシテ以テ賣買ヲ取消スコトヲ得ヘキナリ蓋シ當事者ノ一方カ錯誤ニ陥リシ爲メニ法律行爲ニ從事シタル場合ニ於テ之ヲ取消サ、ルモノトセハ其損害實ニ甚シク且他ノ一方ハ注意セサリシカ故ニ之ヲ善意ナリト云フヲ得ス是即チ錯誤者ノ言ヲ容レテ法律行爲ノ取消ヲ命スル所以ナリ而シテ第一乃至第三ノ場合ニ於テ法律行爲ハ無効ナルモ第四ノ場合ハ其法律行爲ハ始メヨリシテ無効ナルニ非ス元來羅馬ノ市民法ニ依レハ無効ナリトシタレトモ裁判官ハ其法律行爲カ善意ヲ要スル法律行爲ナル場合ニノミ相當ノ救濟ヲ與フルノ目的ヲ以テ取消ヲ命シタルナリ之ヲ譬フルニ猶ホ強迫及ヒ詐欺ノ場合ニ相當ノ救濟ヲ與フルト同一ノ理由ニ基キテ救濟ヲ與フルモノトス裁判官カ救濟ヲ與フルニ付テハ其錯誤ハ重要ナル錯誤ナラサルヘカラス即チ其錯誤ナカリセハ法律行爲ニ從事セサリシナラント認メラル、錯誤ニアラサレハ裁判官ハ頑然トシテ救濟ヲ與ヘサルナリ前例ニ付テ之ヲ云ハシ乎乙ニシテ若シ彼ノ花瓶ノ鍍金シタル物ナルコトヲ知リシナラハ恐クハ之ヲ買ハサリシナラント認メラル、場合ニアラサレハ裁判官ハ決シテ賣買ノ取消ヲ命

スルコトナキナリ

第七項 法律及ビ事實ノ不知

前節ニ述ヘタルカ如ク錯誤者カ法律ノ保護ヲ受クルニハ何等ノ過失ナキコトヲ要ス是ニ於テ問題ヲ生スルハ如何ナル場合ニ過失アリト認ムヘキカ又如何ナル場合ニ錯誤者ニ過失ナキカノ點是ナリ羅馬ノ法律家カ之ニ對シテ説ヲ爲セル所ヲ聞クニ曰ク法律ヲ知ラサルハ知ラサル者ノ過失ニシテ事實ヲ知ラサルハ知ラサル者ノ過失ニアラス故ニ法律ヲ知ラサルカ爲メニ錯誤ニ陥ルト雖モ裁判官ハ之ヲ救濟セス然レトモ事實ヲ知ラサルカ爲メニ錯誤ニ陥リタル場合ニ於テハ救濟ヲ與フヘキモノトセリ然ラハ則チ何故ニ法律ノ錯誤カ裁判官ノ顧ミル所トナラサリシヤト云フニ羅馬ノ法律家ハ答ヘテ曰ク凡ソ人ハ皆法律ヲ知ルコトヲ得ルモノナレハナリト然レトモ實際ノ有様ヲ見レハ羅馬ノ浩瀚ナル法律書ハ通常人ノ能ク知ル所ニアラス故ニ右ノ理由ハ單ニ表面上ノ理由タルニ過キサルナリ抑モ其真正ノ理由タルヤ若シ法律ヲ知ラサルノ故ヲ以テ責任ヲ問ハサルモノトセハ裁判官ハ一切ノ司法事務ニ鞅掌スルコトヲ得サルニ至ラン加之何某カ果シ

テ法律ヲ知ルヤ否ヤハ到底制定シ得ヘキ所ニアラサルナリ是ヲ以テ羅馬法ノミ
 ナラス大抵諸國ノ法律ハ法律ヲ知ラサル爲メニ錯誤ニ陥ルモ裁判官ハ之ニ救濟
 ヲ與フヘキニアラストセサルハナシ然リト雖モ嚴正ニ之ヲ守ルトキハ又却テ弊
 害ヲ生スルノ恐アリ故ニ羅馬法ニ於テモ亦之ヲ嚴正ニ失セスシテ法律ヲ知ラサ
 ルカ爲メニ錯誤ニ陥リタル場合ニハ時トシテ之ヲ救濟スルコトアリ又之ト同シク
 事實ヲ知ラサルカ爲メニ錯誤ニ陥リシ場合ト雖モ裁判官カ救濟ヲ與ヘサルコト
 ナキニアラス即チ當事者カ重大ナル懈怠ノ爲メニ事實ヲ知ルコト能ハサリシ場
 合ニ於テハ縱令錯誤ニ陥リタリトスルモ裁判官ハ救濟ヲ與ヘサルナリ之ニ反シ
 テ當事者カ通常一般ノ注意ヲ用ユルモ到底法律ヲ知ルコトヲ得サル場合ニハ裁
 判官ハ相當ノ救濟ヲ與フルモノトス例ヘハ法律ノ解釋ニ付テ學者間ニ紛争アル
 場合ノ如キハ通常一般ノ人ハ十分ニ注意ヲ施スモ其孰レカ是ニシテ孰レカ非テ
 ルヤハ容易ニ之ヲ判斷スル能ハス况ンヤ羅馬ニ於テハ「サピヌス」派ト「プロクール
 ス」派トノ間ニ往々議論ノ衝突ヲ生シ結ンテ解ケサルカ如キ事情アリテ法律上ノ
 學說ノ當否ヲ知ルハ頗ル難ジトスル所偶々一法律家ノ鑑定ヲ得ルモ之ヲ以テ直

ニ確定不動ノ斷案ト爲スヲ得サルニ於テヤ故ニ此等ノ場合ニ於テハ尋常一般
 ノ人カ法律ヲ知ラスシテ錯誤ニ陥リシトキハ裁判官ノ救濟ヲ受ケタリ又或種類
 ノ人物ハ法律ヲ知ラサルカ爲メニ常ニ裁判官ノ保護ヲ受ケタリ例ヘハ婦女兵卒
 ノ如キ是レナリ其理由ハ無學ニ基因スルガ如キモ其内情ハ兵士ノ歡心ヲ買ハン
 ガ爲メ之ヲ與ヘタリ

第八項 無効及ヒ取消

無効トハ法律行爲カ外面上成立スルカ如ク見ユレトモ其實成立セサルヲ謂フ無
 効ノ法律行爲ハ羅甸語ニテ「ネゴチウムヌルム」(Negotium nullum)ト呼フ抑モ法律
 行爲ハ初メヨリ無効ナルコトアリ又後ニ至リテ無効トナルコトアリ其成立ノ當
 時ヨリ要素ヲ缺キタル所ノ法律行爲ハ即チ初メヨリ無効ナルモノトス例ヘハ契
 約ヲ結フ能力ナキ者カ契約ヲ結ビタル場合ノ如キ是ナリ又彼ノ要式口約ノ場合
 ニ於テ其方式ヲ踏マシテ契約シタルトキハ初メヨリ無効ノモノトナル又法律
 行爲成立ノ當時ハ要素ヲ缺カサレトモ後ニ至リテ要素ノ消滅スルコトナキニア
 ラス此場合ニ於テハ法律行爲ハ要素消滅ノ時ヨリ無効トナル例ヘハ遺言ヲ爲シ

タル者アリテ固ヨリ有效ナル遺言ナリト雖モ其後ニ至リテ遺言者カ遺言能力ヲ失フトキハ其遺言ハ即チ無効トナルカ如シ

「デルンブルヒ」ウイノドシヤイド等ノ説ニ依レハ無効ニハ相對的無効(Relative Nichtigkeit)ト絶對的無効(Absolute Nichtigkeit)トノ二種類アリ而シテ絶對的無効ハ法律行為カ何人ノ眼ヨリ見ルモ成立セサル場合ニシテ如何ナル人ト雖モ其成立ヲ主張スルコト能ハサルナリ蓋シ其法律行為ノ無効ハ初メヨリ既ニ決定セルモノナレハナリ然レトモ相對的無効ノ場合ニ於テ其無効ナルコトハ未タ決定セサルモノニシテ唯其利害關係人ニ於テ之カ無効ヲ主張スルトキニ於テ始メテ其法律行為ハ無効トナルナリ是レ獨リ羅馬法ノミナラス他ニ於テモ亦往々之ヲ見ル近世獨逸天主教ノ寺院法規則ニ依レハ強迫ヲ受ケテ結婚シタルトキハ其結婚ハ無効ナリ然レトモ是レ實ニ相對的無効ニシテ之ヲ主張スル當事者ハ無効ニ關スル訴訟(Nichtigkeitsklage)ヲ起スコトヲ必要トスルナリ獨逸ノ「ブランデス」(Brandis)此相對無効ノ説ヲ駁撃シタルヨリ以來之ヲ贊成スル者モ亦尠カラスト雖モ而モ無効ニハ絶對ト相對トノ二種類アリト云フ説ハ今日尙ホ其勢力ヲ擅ニスル所ナリ

元來無効ニ斯ノ如キ區別アルヤ否ヤハ法理學上ヨリ觀察スレハ頗ル興味アル問題ナリ又之ヲ近世ノ法律ニ適用セントスルモ快活ナル理想ナリ然レトモ其説ヲ爲ス者動モスレハ則チ之ヲ羅馬法ニモ適用セントシ羅馬法ニモ亦此區別アリシトスル者多シ今如何ナル實例ニ付テ之ヲ説クヤト云フニ羅馬法ノ規則ニハ「スタツリベル」(Statut)ナルコトアリ「ユスチニア」法典ノ記スル所ニ據レハ條件又ハ期限ヲ附シテ奴隸ヲ解放スルトキハ其解放セラルヘキ者ヲ稱シテ「スタツリベル」ト云フ又負債者カ債主ノ迷惑トナルコトヲ顧ミスシテ負債ヲ償却スルノ資力ナキニモ拘ラス自己ノ奴隸ヲ解放スルトキハ其奴隸ハ「スタツリベル」トナル然ルニ或學者ハ此法文ヲ讀ンテ以爲ヘラク若シ債主ニシテ其解放ノ無効ナルコトヲ主張セン乎其解放ハ忽チニシテ無効トナルヘシ是レ豈ニ相對的無効ノ適例ニアラストセンヤト然レトモ此説ハ羅馬法ノ解釋トシテ大ニ謬レリ憶フニ羅馬人ハ無効ニ相對絶對ノ區別ヲ爲スノ考ナカリシヤ必セリ且右述ヘタル場合ハ無効ニアラスシテ寧ロ取消ノ場合ナリト斷言スルヲ憚ラス

以上無効ニ付テ説明シタルヲ以テ是ヨリ取消ノコトヲ一言セン取消シ得ヘキ法

律行爲ハ羅馬固有ノ市民法ニ從フトキハ大抵有效ナリト雖モ其法律行爲ニ缺點アルカ爲メニ裁判官カ之ヲ取消スニ至リタルモノトス例ヘハ他人ノ強迫ヲ受ケテ法律行爲ニ從事シタル者アリト假定セヨ被害者ハ其強迫ヲ理由トシテ法律行爲ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ヘシ又法律行爲ノ當事者以外ノ人ニテモ時ニ或ハ其法律行爲ヲ取消スコトヲ得ル場合アリ例ヘハ「スタツリベル」ノ場合ニ於テ債主ハ何時ニテモ奴隸解放ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ又例ヘハ負債者カ資力ナキニモ拘ラス自己ノ財産ヲ他ニ讓與スル場合ニ於テ債主タル者ハ其讓與ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルカ如シ此取消ノ訴訟ヲ稱シテ「アクチヲ、パウリアナ」(Actio pauliana)ト云フ蓋シ羅馬ノ五大法律家ノ一人タル「パウルス」カ之ヲ發明シタルモノナルカ故ニ斯ノ如キ名アリ譯シテ詐害行爲廢罷ノ訴訟ト曰ハ、可ナランカ羅馬時代ニ於テハ此訴訟ハ十分ニ發達セスシテ債主ノ權利ヲ保護スルコト稍薄キニ失シタリシカ近世ニ及ンテ長足ノ進歩ヲ爲セリ

羅馬法律ノ所謂取消ハ近世法律ノ取消ト少シク異ル所アリ前ニ一言シタルカ如ク法律行爲ハ市民法ニ於テハ完全ナル效力ヲ有スルモノトス故ニ今羅馬法律ノ

區域内ニ於テ無効ト取消トヲ比較シテ按スルニ無効ハ法律行爲ノ成立ヲ打破スルモノニシテ取消ハ法律行爲ノ效力ヲ斷絶スルモノナリ夫レ其效力ニシテ斷絶セハ縱令法律行爲ハ存在スルモ實効ナキヤ言フ俟タス然リト雖モ取消ハ單ニ裁判官ノ救濟ニ止マルカ故ニ之カ爲メニ市民法ノ權利ヲ奈何トモスル能ハス故ニ市民法ニ於ケル效力ハ依然トシテ繼續スルモノト云フヘシ無効ノ法律行爲ハ追認シテ之ヲ有效トスルヲ得ス或ハ羅馬法ハ追認ヲ許シタリト論スル者ナキニアラスト雖モ無稽ノ甚シキモノトス即チ原則トシテハ追認ヲ許サス若シモ無効ノ法律行爲ノ缺點ヲ知り之ヲ彌縫シテ追認セント欲セハ則チ之ヲ新タナル法律行爲トス取消シ得ヘキ法律行爲ハ追認スルコトヲ得而シテ之ヲ追認スルトキハ其效力既往ニ溯リ初メヨリ完全ニ成立シタルモノト看做シ又之ヲ取消スヘキ時期ニ取消サ、ルトキハ其法律行爲ハ遂ニ有效トナルナリ羅馬法律ニ依レハ取消ノ方法三アリ第一抗辯ニ依ルコト第二訴訟ヲ起スコト第三「インテゲルム、レスチツチヲ」即チ被害者ヲ舊地位ニ復シテ權利ヲ保護スルコト是ナリ此中第三ノ方法ハ後世之ヲ用ユルコト少キニ至レリ

第九項 代理

羅馬ニ於テハ代理ニ關スル規則ノ發達シタル跡ヲ見ス唯其晩年ニ至リ將ニ發達セントスル兆候ヲ現ハセシノミ果シテ然ラハ何故ニ羅馬法ニ於テハ代理ノ規則カ發達セサリシヤト尋ヌルニ其原因ニアリテ存ス

一 往古羅馬ニ於テハ契約其他總テノ法律行爲ニ從事スルニハ餘程嚴正ナル方式ヲ要シ若シ之ヲ履行セサルコトアレハ即チ其行爲ハ無效トナル然リ而シテ其方式ヲ重ンスルノ極終ニ代理人ヲシテ其方式ニ從事セシムルコトヲ許サス當事者自身之ヲ履行スヘキコトヲ要シタリ此思想ハ深ク羅馬人ノ腦裡ニ浸染シテ後世無方式ノ法律行爲カ漸ク増加シタルニ拘ラス尙ホ代理ヲ用ユヘカラストノ規則ヲ墨守シタルナリ

二 往古羅馬ニハ奴隸ノ制度アリ此奴隸カ常ニ代理人ノ用ヲ辨シタルカ故ニ自由人ヲシテ代理セシムルノ必要ハ至テ少カリシナリ抑モ奴隸ナルモノハ獨立ノ人格ヲ備ヘサルカ故ニ法律上ノ觀念トシテハ物件ト擇フ所ナシ又羅馬ニ於テハ家子ノ獲得シタル物件ハ總テ家父ノ所有ニ歸セリユスチニアンノ時代ニ

於テスラ家子カ家父ノ財産ヲ使用シテ新タニ得タル財産ハ皆之ヲ家父ノ所有ト爲セリ是レ固ヨリ眞ノ代理ト云フコトヲ得ス何トチレハ縱令家父カ其事實ヲ知ラサルニセヨ又之ヲ望マサルニセヨ斯ノ如キ物件ハ法律ニ依テ悉ク家父ノ有トナルモノナレハナリ又縱令家子カ新タニ得タル物件ハ之ヲ自己ノ所有ト爲サントスルモ法律ハ尙ホ之ヲ家父ノ所有ニ歸スヘキモノトシタレハナリ此等ハ皆羅馬法ニ特別ナル規則ニシテ近世ノ所謂代理ノ規則ト異ルモノトス然レトモ其結果ヨリ觀察スレハ眞ノ代理ニ類スルコト多シ唯夫レ類スルコト多キカ故ニ却テ代理ノ規則ヲ促サ、リシモノト知ラル

「ガイユス」ノ法學楷梯ニ依レハ自由人ヲ用キテ財産ヲ獲得スルコトヲ得スト曰ヘリ此所謂自由人トハ自己ノ奴隸又ハ其權下ニ在ル家子以外ノ者ヲ指スナリ而シテ「ガイユス」ノ説明セル所ハ即チ羅馬人ノ思想ヲ代表セルモノト云フヲ得ヘキカ故ニ羅馬人カ自由人ヲ代理人トスル精神ナカリシヤ明カナリ
一般ノ原則トシテハ羅馬ニ於テハ代理ヲ認メサリシコト右ノ如シト雖モ稍、後世ノ羅馬法律即チ「モデス」ヌス時代ノ法律ニ依レハ此原則ニ對シテ例外ヲ設ケタ

三〇

リ其例外トハ何ソヤト云フニ占有ハ自由人ノ手ヲ經テ獲得スルコトヲ得ルノ點ニアリ「ユスチニアン」ノ法令類典ニ徴スレハ是レ蓋シ或ル時代ニ於テハ原則ニ對スル唯一ノ例外ナリトス然リ而シテ此原則ハ固ヨリ羅馬ノ滅亡ニ至ルマテ終始變スルコトナシト雖モ或ハ例外ノ規則ヲ設ケ或ハ代理ニ似タル規則ヲ設ケテ以テ其時ノ需要ニ應シタリ特ニ商業ノ頻繁隆盛ナル頃ニアリテハ自由人ヲシテ代理セシムルコトヲ許サ、ルノ原則ハ實際上甚タ不適當ヲ感スル所ナルカ故ニ之ヨリ生スル種々ノ弊害ヲ矯正スルノ目的ヨリシテ種々ナル規則ヲ發布セリ今其例ヲ擧クレハ船舶所有主カ自己ノ奴隸又ハ自由人ヲ以テ船長ト爲シテ荷物ノ運搬ヲ委任スルトキハ其事項ニ關シテハ荷主ハ船舶ノ所有主ニ對シテ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシトシタルカ如キ又商業家カ支配人ヲ定メ之ニ商業ヲ委ネタル場合ニ於テハ之ヲ委ネタル所ノ商業家本人モ亦其支配人ノ所爲ニ關シテ責任ヲ負フ故ニ支配人ト取引ヲ爲シタル者ハ本人ニ對シテモ訴ヲ起スコトヲ得ヘシトシタルカ如キ皆此類ナリ顧ミルニ右船長ノ場合ニ於テモ將タ支配人ノ場合ニ於テモ共ニ本人カ訴ヲ受クルヲ以テ近世代理法ノ原則ト酷々相似タリ即チ相似タリ

ト雖モ而モ亦其裏面ヲ視ルトキハ船長及ヒ支配人自身モ亦直接ニ責任ヲ免ル、能ハス何トナレハ船長又ハ支配人ト取引シタル荷主又ハ商賣人ハ船長又ハ支配人ニ對シテ訴ヲ起スコト自由ナレハナリ是レ近世代理法ノ規則ト大ニ異ル所トス

要スルニ羅馬ニ於ケル代理ノ規則ハ十分ニ發達セスシテ原則ヨリ言ハハ自由人ヲ以テ代理人ト爲スコト能ハサリシナリ然ルニ晩年ノ規則ニ據レハ或ハ例外ヲ設ケ或ハ代理ニ彷彿セル規則ヲ設ケテ代理ニ關スル原則ノ缺點ヲ補ヒタルモノト謂フヘシ故ニ羅馬ニシテ尙ホ姑ク滅亡セサリシナランニハ代理ノ規則ノ發達ヲ見ルニ至ルヘキヤ推シテ知ルヘキナリ

第十項 條件 (Conditio)

近世ノ法律ニ於テハ停止條件ト解除條件トノ區別ヲ認ム羅馬法律ニ於テハ之ニ相當スル用語ナカリシト雖モ其實物ハ固ヨリ存在セシヤ疑ヲ容レス古代ノ羅馬法律ニ依レハ解除條件ヲ附シテ物權ヲ他人ニ移轉スルコトヲ得ス然ルニ其後、レックス、コンミッソリア (Lex commissoria) ノ場合及「アツヂクチヲ、インデム」(Addictio in diem)

ノ場合ニ於テハ解除條件ヲ附シテ物件ヲ移轉スルコトヲ得トスルニ至レリ所謂「レクス、コンミッソリア」トハ賣買ノ場合ニ買主カ若シ代價ヲ支拂ハサルトキハ賣主ハ其ノ賣買ヲ解除スルコトヲ得トノ附從ノ契約ナリ今日ノ法律ハ雙務契約ハ解除條件ヲ包含スルモノト爲ス即チ雙務契約ノ場合ニ於テハ契約者間ニ何等ノ特約ナクトモ苟クモ一方カ義務ヲ履行セサレハ他ノ一方ハ契約ヲ解除スルコトヲ得ルナリ然レトモ是レ近世ニ發達シタル規則ニシテ古代羅馬ノ法律ニ於テ認メサリシ所トス故ニ賣買ノ場合ニ契約者カ契約ヲ解除スル權利ヲ得ント欲セハ豫メ「レックス、コンミッソリア」ヲ結フコトヲ要シタルナリ又次ニ「アッヂクテヲ、イン、ヂエム」トハ如何ト云フニ依リテ之ヲ説明セン茲ニ甲アリ乙ニ其土地ヲ賣渡シタリ當時乙ニ謂テ曰ク若シ一ヶ月間ニ汝ヨリ多數ノ金額ヲ出サント言フ者アラハ余ト汝トノ契約ハ之ヲ解除セント是レ即チ「アッヂクテヲ、イン、ヂエム」ナリ故ニ乙ヨリ多數ノ金額ヲ出シテ買受ケント言フ者アルトキハ甲ハ其賣買ヲ解除スルコトヲ得ルヤ論ナシト雖モ解除ノ行ハレサル間ハ賣買タルノ效力ヲ有ス而シテ「レックス、コンミッソリア」ノ場合ト「アッヂクテヲ、イン、ヂエム」ノ場合ハ之ヲ停止條件ト見タリ

然レトモ「コリヤヌス」ナル學者カ之ヲ以テ解除條件ト爲シタルヨリ以來羅馬法律家ハ擧ケテ其解除條件ナルコトヲ認メサルハナシ從テ物件ノ移轉ニ於テ解除條件ヲ附スルノ原因ヲモ亦之ヲ認ムルニ至レリ此原則ハ延テ今日ニ及ヒ尙ホ用ナラル、所ニ屬ス

「プフター」(Puchta)「ケルンブルヒ」(Derunburg)「ノーゲルスベルガー」(Regelsberger)等ノ說ニ依レハ條件ハ必ス未來ノ事ニ關係スルヲ要スト云フニアリ然レトモ「ユスチニア」法典ノ記スル所ニ據テ考フルニ羅馬法ノ精神ヨリ言ヘハ條件ハ必スシモ未來ノ事實ニ關係スルコトヲ要セス現在ノ事實ナルモ將タ又過去ノ事實ナルモ不可ナルナシ例ヘハ若シモ其汽船カ海中ニ於テ沈没シタルナラハトノ條件ヲ附シテ契約ヲ結ヒタル者アリト假定センニ其契約ヲ結ヒタル當時其汽船ハ既ニ海中ニ沈没セシヤモ測ルヘカラス又現ニ沈没シツ、アルヤモ知ルヘカラサルコトアリ然レトモ此等ノ場合ニ於テモ尙ホ條件ハ有效ナリ故ニ其汽船ノ沈没カ縱令客觀的ニ確實ナリトスルモ契約當事者間ニ於テ主觀的ニ之ヲ知ラサルトキハ之ヲ條件トスルコトヲ得ヘシ然レトモ羅馬ニ於テハ過去又ハ現在ノ事實ヲ條件トス

ル場合ニ於テハ其效果既往ニ溯ラサルナリ法典ノ例ヲ擧ケテ之ヲ證スレハ若シモ何某カ「コンズル」官テ有リタナラハト云フカ如キ又何某カ生存セルナラハト云フカ如キ條件ヲ附シテ契約ヲ結ヒタリトシ此事實ナクンハ即チ其約束ハ無効トナルモ之ニ反シテ其事實アリトセハ其約束ハ直ニ效力ヲ生ス但效力ハ既往ニ溯ルコトハ斷シテ之アラサルナリ

羅馬法ニ於テハ「ヂエス、ヂエヂット」(Dies cedit)「ヂエス、ヴェニット」(Dies venit)トノ區別アリ此區別ハ獨リ條件ノミナラス期限ニ亦適用セララルモノトス「ヂエス、ヂエヂット」トハ權利義務カ既ニ成立シタルコトヲ云ヒ「ヂエス、ヴェニット」トハ義務ヲ履行スヘキ時期ノ到來シタルコトヲ云フ例ヲ擧ケテ之ヲ示セハ茲ニ甲ナル者アリ乙ニ約束シテ曰ク余ハ汝ニ金千圓ヲ與ヘント此場合ニ於テハ債權債務ノ關係既ニ成立セルモノニシテ乙ハ直ニ甲ニ對シ金千圓ノ支拂ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ即チ「ヂエス、ヂエヂット」ニシテ且「ヂエス、ヴェニット」ヲ兼ネタルモノナリ又甲ナル者アリ乙ニ對シテ約束シテ曰ク余ハ今ヨリ二年以後ニ汝ニ金千圓ヲ與ヘント此場合ニ於テハ二年ヲ經過スルニアラサレハ甲ハ乙ニ對シテ金千圓ノ支拂ヲ請求ス

ルコトヲ得サルナリ故ニ是レ「ヂエス、ヴェニット」ニアラスシテ「ヂエス、ノン、ヴェニット」(Dies non venit)ナリ然レトモ甲乙二人ノ間ニハ既ニ債權債務成立シタルヲ以テ之ヲ「ヂエス、ヂエヂット」ト謂フコトヲ得ヘシ又茲ニ甲ナル者アリ乙ニ約束シテ若シモ汽船カ到着スルナラハ余ハ汝ニ對シテ金千圓ヲ與フヘシト曰ヘリ此場合ニハ其事件ノ發生セサル間ハ債權債務ノ關係ハ未タ成立セサルナリ故ニ是レ「ヂエス、ノン、ヂエヂット」(Dies non cedit)ナリ然レトモ若シ其事件ニシテ生スレハ債權債務ノ關係ハ直ニ成立シ而シテ同時ニ其履行ヲ請求スルコトヲ得ルニ至ルモノトス即チ「ヂエス、ヂエヂット」ニシテ且ツ「ヂエス、ヴェニット」ヲ兼ヌルナリ按スルニ羅馬法ニ於ケル「ヂエス、ヂエヂット」ト「ヂエス、ヴェニット」トノ區別ハ甚タ肝要ナルモノニシテ換言スレハ權利ノ成立ト權利ノ效力トノ區別ナリ即チ「ヂエス、ヂエヂット」ノ方ハ權利ノ存在ヲ示シ「ヂエス、ヴェニット」ノ方ハ權利ノ效果ヲ示スモノトス

條件成就ノ效力ハ既往ニ溯ルヘキヤ否ヤニ付テハ古來學者間ノ議論一樣ナラス

第一說 「ウインドシヤイド」等ノ說ニ依レハ停止條件ノ場合ト解除條件ノ場合トヲ區別シ停止條件ノ成就シタル場合ニ於テハ其效力既往ニ溯ラスト雖モ解除

條件ノ成就シタル場合ニ於テハ既往ニ溯ルト云ヘリ
 先ツ停止條件ノ場合ニ付テ説明センニ若シモ汽船カ海中ニ沈没スルナラハト
 云フ條件ヲ附シタリトセハ其汽船ニシテ果シテ沈没セン乎何レノ時ヲ標準ト
 シテ甲乙間ノ權利義務ヲ定ムヘキモノナルヤ即チ汽船ノ沈没シタル時ヲ以テ
 標準トスヘキヤ將又契約ヲ締結シタル時ヲ以テ標準トスヘキヤ尙ホ之ヲ別言
 スレハ汽船沈没ノ效力ハ結約ノ當初マテ溯ルヘキヤ否ヤト問フニ「ウインドシ
 ヤイド」等ノ説ニ依リテ推論スルトキハ汽船沈没ノ效力ハ結約ノ當初ニ溯ラサ
 ルモノトス但「ウインドシヤイド」ノ言ニ徴スルニ是レ蓋シ當事者ノ意思ニ關シ
 テ疑ヒアル場合ニ適用スヘキ規則ニシテ結約者雙方間ニ反對ノ意思ヲ明示シ
 タルトキハ其意思ニ從フヘキハ論ヲ俟タス
 次ニ解除條件ニ付テ説明センニ例ヘハ甲カ一物件ヲ乙ニ賣渡シ且謂テ曰ク何
 月何日マテハ代價ヲ支拂ハサルニ於テハ此賣買契約ヲ取消スヘシト此場合ニ
 於テ乙カ若シ其期日マテニ代價ヲ支拂ハサルトキハ「ウインドシヤイド」等ノ説
 ニ依レハ其效力ハ契約締結ノ時ニ溯ルヲ以テ甲乙間ノ賣買ハ解除セラレ未タ

曾テ成立セサリシト同一一般ナリ

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

第三説 「プフター」「デルンブルヒ」及ヒ其他多數ノ學者ノ説ニ依レハ條件成就ノ效
 力ハ契約ヲ結ビタル當時ニ溯ルト云ヘリ是レ最モ古ク最モ多クノ學者カ唱道
 シタル所ニシテ羅甸語ノ格言ニスラ現ハレタリ其格言ニ曰ク(Conditio existens re
 troahitur ad initium negotii)ト今之ヲ譯スレハ則チ「成熟スル所ノ條件ハ法律行爲ノ
 當初ニ溯ルト」ノ意ナリトス

條件成就ノ效力ハ既往ニ溯ルヤ否ヤニ答フル學者ノ説ハ千差萬別ナリト雖モ要
 スルニ右述ヘタル三説ニ歸スルモノトス而シテ余ハ此三説中羅馬法ノ解釋論ト
 シテハ「ウインドシヤイド」等ノ第一説ヲ以テ正鵠ヲ得タルモノト爲スナリ今夫レ
 純粹ノ法理ヨリ論スルトキハ必スシモ當レリト云フヘカラス即チ解除條件ハ裏

面ヨリ觀察シタル停止條件タルニ過キサルカ故ニ條件成就ノ效力ハ既往ニ溯ル
ヤ否ヤノ問題ニ對シテハ停止條件ト解除條件トヲ區別スル筈ナク二者常ニ同一
ノ答ヲ爲サ、ルヘカラサルナリ然リト雖モ停止條件ハ必ス常ニ解除條件ナリト
斷言スルコトヲ得スト曰フ學說モ之ナキニアラス而シテ是レ實ニ一考ヲ費スノ
價値アルモノナリ

次ニ不淨條件(turpis conditio)ニ付テ説明セント欲ス所謂不淨條件トハ法律上許ス
ヘカラサル所ノ條件ニシテ即チ世ノ風紀ニ背反スル條件ノ如キハ其一例ナリ斯
ノ如キ條件ヲ停止條件トシテ契約ニ附スルトキハ契約其者ヲ無効トス即チ初メ
ヨリ成立セサルト同一般ナリ又斯ノ如キ條件ヲ解除條件トシテ契約ニ附スルト
キハ契約其者ヲ無効トセサルモ條件ハ效力ヲ有セス然レトモ斯ノ如キ條件ヲ遺
贈ニ附シタルトキハ停止條件トシタルト解除條件トシタルトヲ問ハス條件ヲ無
効トスルノミニシテ之カ爲メ遺言ヲ無効トスルコトナシ
不淨條件ヲ停止條件トシテ契約ニ附シタル場合ニ於テハ契約其者ヲモ無効トス
ルニ拘ラス遺贈ニ之レヲ附シタル場合ニハ遺贈ヲ無効トセサルハ右ニ之ヲ述ヘ

タリ是レ抑モ如何ナル理由ニ基クモノナルカ契約ト遺贈トノ間ニハ果シテ此區
別ヲ立ツルノ必要アルカト尋ヌルニ契約ノ場合ニ於テハ當事者雙方共ニ過失ア
ルカ故ニ契約ヲ無効トスヘキモ遺贈ノ場合ニ在リテハ遺贈者ニノミ過失アリテ
受贈者ニハ毫モ過失ナシ故ニ遺贈ハ無効ニアラスシテ單ニ條件ヲ無効トスルニ
止ムルノミ

最後ニ不能條件(impossibilis conditio)ニ付テ一言センニ不能條件トハ到底遂クルコ
トヲ得サル條件ナリ「エスチニア」法典ニ擧ケタル例ヲ示サハ汝カ天ニ昇ルナラ
ハ余ハ此時計ヲ汝ニ與ヘント云フカ如クハ即チ停止條件附ノ行爲ナレトモ其條
件タルヤ不能ニ屬スルヲ以テ法律行爲ハ無効タリ然ラハ則チ先ツ其時計ヲ與ヘ
ンコトヲ約束シ而シテ同時ニ條件ヲ附シタル場合即チ汝カ天ニ昇ラサルナラハ
之ヲ返還セヨト云フカ如キハ解除條件附ノ行爲ナルヤ否ヤ思フニ是レ亦實際ハ
停止條件附ノ行爲ニ外ナラスシテ唯其言語ノ用方ヲ異ニセルノミ故ニ其法律行
爲ハ之ヲ無効トスヘキナリ
不能條件ノ效力ニ付テハ「プロクートルス」派ト「サビヌス」派トノ間ニ爭論アリ而シテ

「エスチニア」ハ「サピヌス」派ノ説ヲ採用シテ不能條件ノ場合ニモ亦不淨條件ト同一規則ヲ適用スヘキモノトセリ

第十一項 前定^{モトヅス}

「モトヅス」即チ前定ハ獨逸語ニテ「ホルアウスエツング」(Voraussetzung)ト云ヒ人ニ物ヲ與フルニ當リ其財物ノ一部又ハ全部ヲ用キテ或事ヲ爲スヘキ旨ノ義務ヲ附スルヲ云フ例ヘハ甲カ乙ニ金一萬圓ヲ與ヘ且之ニ語テ曰ク汝ハ余ニ對シテ年金五百圓ヲ支拂フヘシト是レ即チ前定ナリ又甲ナル者其死去ニ臨ミ乙ナル學校ニ金十萬圓ヲ寄附シ而シテ學校ノ存在スル限リハ毎年之ヲ以テ懸賞論文ヲ募ルヘシト是レ歐洲諸國ニ於テ往々目撃スル所ニシテ又前定ノ一例ナリ前定ハ條件ト酷ク相似タリ條件即チ「コンヂチヲ」ナル文字ヲ廣汎ニ解スルトキハ「モトヅス」即チ前定ヲモ含ムヘシ故ニ近世ニ於テハ前定ヲ附シテ物ヲ贈與スル場合ニモ亦時トシテ斯々ノ條件云々ト記スルコトアリ然レトモ法律家ノ用ユル意義ニ從ヘハ條件ト前定トノ間ニハ少シク相異ルモノアリ即チ停止條件ヲ附シテ人ニ物ヲ贈與シタル場合ニ於テハ其條件ノ成就スルマテハ受贈者ハ物ヲ享有スルコトヲ得スト

雖モ前定ヲ附シテ人ニ物ヲ贈與シタルトキハ之ニ反シ受贈者ハ唯或事ヲ爲スノ義務アルノミ又解除條件ヲ附シテ人ニ物ヲ與ヘタルトキハ其條件カ成就スルヤ否ヤ受贈者ハ當然其物ノ上ニ有シタル權利ヲ失フニ至ルト雖モ前定ヲ附シタル場合ニ於テハ然ラスシテ受贈者ハ必スシモ直ニ權利ヲ失フニ至ラス場合ニ依リテ差異アルナリ

法律行為ニ前定ヲ附スルニ付テハ如何ナル言語ヲ用キテ可ナルヤハ法律上別ニ定マラスト雖モ兎ニ角贈與者ノ意思ヲ明白ニ表示スル必要アリ若シモ其意思表示ニシテ確然タラサルトキハ財產ノ使用方法ニ關シテ忠告ヲ與ヘタルニ過キスト解釋セラル、ノ恐アリ

前定ハ之ヲ遺贈ニ附加スルコトアリ又生間ノ贈與ニ附加スルコトアリ
第一、先ツ遺贈ニ附加スル前定ニ付テ説明スヘシ抑モ遺贈ニ前定ヲ附シタル場合ニ於テハ財產ノ遺贈ヲ受ケタル者ハ或事ヲ爲スノ義務ヲ負擔シ若シ其義務ヲ盡サ、ルニ於テハ其受ケタル財產ノ一部又ハ全部ヲ遺贈者ノ相續人ニ與ヘサルヘカラス然リト雖モ財產遺贈ヲ受ケタル者カ若シ或事情ノ爲メニ遺言者

ノ命シタル事ヲ爲ス能ハサリシモノナルトキハ時トシテ受贈者ハ其財産ヲ自
己ノ許ニ止ムルコトヲ得ヘキナリ

不法ノ前定ヲ附シタル場合ニハ前定ヲ附セサルモノト看做ス此點ニ付テハ前
定ト條件トハ其趣ヲ同フスト謂フヘシ但遺言者カ指定シタル方法ニ依リテ遂
クルコトヲ得サルモ若シ相似タル方法ニ依テ遂クルコトヲ得ヘキトキハ其方
法ニ從フコトヲ得例ヘハ遺言者カ或市府ニ土地ヲ遺贈シテ曰ク此土地ヨリ生
スル所ノ收益ヲ以テ遺言者ノ紀念ノ爲メニ斯々ノ遊戯ヲ演スヘシト然ルニ其
遊戯ハ市府ニ於テ演スルコトヲ法律上禁セラレ到底實行スルコトヲ得ストセ
ハ如何此場合ニ關シテ五大法律家ノ一人タル「モデスツヌス」ハ説ヲ述ヘテ曰ク
其土地ヲ相續人ニ與フルハ蓋シ遺言者ノ本意ニアラス故ニ市府ノ重役ヲ會シ
テ別ニ方法ヲ設ケ以テ遺言者ノ紀念ノ爲メニ土地ノ收益ヲ用ユルノ勝レルニ
如カサルナリト彼ノ英國衡平法ニ於ケル慈善的信托 (Charitable trust) ノ規則ハ
甚前定ノ規則ニ類セリ而シテ其中「ドクトリン・オブ・サイプレス」 (Doctrine of cypr-
②)ナルモノアリテ寄附者即チ慈善スル人ノ指定ニシテ執行スル能ハサルトキ

ハ其執行ノ任ニ當ル者ハ別ニ寄附者ノ真意ニ近キ所ニ方法ヲ求メテ之ヲ遂ク
ヘキモノトス是レ恐クハ羅馬法ノ前定ニ關スル規則ヨリ換骨胚胎シタルモノ
ナランカ

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

第二、是レヨリ生前ノ贈與ニ附加シタル前定ニ付キ短簡ニ説明セン此場合ニ於
テハ贈與者並ニ其相續人ハ受贈者ニ對シテ義務ノ履行ヲ求ムルノ權利アリ故
ニ若シ受贈者カ義務ヲ遂ケサル場合ニハ或ハ贈與シタル物件ヲ取戻スコトヲ
得又或ハ義務ノ履行ヲ請求スルコトヲ得ヘシ之ヲ解除條件成就ノ場合ニ比ス
レハ彼ハ解除條件成就スレハ當然行爲ヲ無効トスルモ此ハ贈與者又ハ其相續
人カ物件取戻ノ手續ヲ爲スコトヲ要スルナリ

羅馬ニ於テハ第三者ノ利益ノ爲メニ合意スルモ其第三者ハ訴權ヲ有セサルヲ原則トス然レトモ第三者ノ利益ノ爲メニ前定ヲ附シタル場合ニ於テハ其第三者ニ訴權アリトセリ

第十二項 期限(Dies)

「デエス」ナル語ハ通俗ニ日ト云フ意味ヲ有スルモノナレトモ法律上之ヲ期限ノ義ニ用キタルナリ期限トハ例ヘハ二月十五日ニ物品ヲ引渡スヘシト云フカ如キ又二月十五日ニ金錢ヲ支拂フヘシト云フカ如キ是ナリ
「デエス」即チ期限ト「コンデチヲ」即チ條件トハ固ヨリ相異ル所アリ即チ條件トシタル事實ハ果シテ發生スヘキヤ否ヤ未必ニ屬スト雖モ期限ハ決シテ未必ニアラスシテ其事實ノ發生スルコト豫メ知ルコトヲ得ルモノトス
期限ニハ「デエス、ツェルツス」(Dies certus) 即チ確定期限ト「デエス、インツェルツス」(Dies incertus) 即チ不確定期限トノ別アリ是レ蓋シ今日ノ法理ニ於テモ相同シト雖モ今參考ノ爲メ之ヲ略述セントス例ヘハ二月十五日ニ云々スヘシト云フハ確定ノ期限ナリ又二月十五日ヨリ數ヘテ何日目ニ云々スヘシト云フカ如キモ確定ノ期限

ナリ
不確定ノ期限ハ更ニ其種類ヲ分テ二ト爲ス一ニ曰ク「デエス、インツェルツス、クアンドー」(dies incertus quando) 一ニ曰ク「デエス、インツェルツス、アン」(dies incertus an) 是レナリ「デエス、インツェルツス、クアンドー」トハ事實發生スルコトヲ確知スルヲ得ルモ而モ其事實カ果シテ何時發生スヘキヤ確定セサルヲ云フ例ヘハ某ノ死亡ノ日ト云フカ如キ場合ニ於テハ其死亡スルコトハ豫知シ得ヘキモ何時死亡スルヤ確定スル能ハサルカ如シ
「デエス、インツェルツス、アン」トハ事實カ發生スルヤ否ヤ豫メ確知スルコトヲ得サル場合ヲ云フ例ヘハ何某カ成年ニ達シタル時ト云フカ如キ場合ニ於テハ其人ニシテ生存スレハ成年ニ達スル時期ハ豫知スルコトヲ得ヘシト雖モ果シテ生存スルヤ否ヤ得テ之ヲ測ルヘカラス或ハ幾クモナクシテ死亡スルヤモ亦未タ知ルヘカラサルカ如シ又例ヘハ何某ノ結婚ノ日ト云フカ如キモ果シテ結婚スルヤ否ヤ何時結婚スルヤ否ヤ確知スヘカラサルカ如シ元來「デエス、インツェルツス、アン」ハ果シテ期限ト稱スヘキモノナル乎將タ條件タルニ外ナラサルモノナル乎ニ付テハ

學者間多少ノ議論アル所ニシテ甲ハ之ヲ期限ナリト曰ヒ乙ハ之ヲ條件ナリト曰ヒ兩者相對シテ下ラサルナリ然レトモ余ハ之ヲ以テ期限ト條件トヲ兼ネタルモノト爲ス即チ期限ノ方ヨリ觀察スレハ期限ニシテ條件ノ方ヨリ觀察スレハ條件ナリト謂フヘシ前例ニ付テ考フレハ何某カ成年ニ達スルマテ生存スルヤ否ヤ又結婚スルヤ否ヤハ到底之ヲ確知スルコトヲ得ス此點ヨリ見レハ條件ノ性質ヲ帶フルモノナリ然レトモ其事實ニシテ發生スルトキハ確定シ得ルモノニシテ唯結婚ノ場合ニハ豫メ之ヲ知ルコトヲ得サルノミ故ニ此點ヨリ見レハ期限ナリ要スルニ此等ノ場合ハ皆期限ト條件トノ性質ヲ兼ネ備フルモノトセハ毫モ議論ヲ容ル、ノ餘地ナキニ似タリ

最後ニ始期ト終期トニ付テ一言セント欲ス始期トハ毎月何日ヨリト云フ如キ是レナリ終期トハ何月何日迄ト云フ如キ是レナリ此始期ニ付テ一問題有リ即チ始期ヲ附セル法律行爲ニ於テハ當事者間ノ權利義務ハ何時ヨリ生スヘキモノナルヤ例ヘハ三月十五日ニ金若干圓ヲ拂ハントスル契約アリトセハ其日マテハ當事者間ニ債務關係ヲ生セサルヤ又ハ其契約ヲ締結シタル時既ニ權利義務ヲ生スヘ

キヤト云フニ此點ニ付テモ亦學者間議論ナキニアラス然レトモ余ハ羅馬法ノ解釋上ヨリ曰ヘハ雙方間ノ權利義務ハ契約ヲ締結シタル時既ニ成立スルモ其效果ハ履行ノ爲メニ指定シタル日ニ生スルモノト信ス嘗テ條件ノ節ニ於テ述ヘタルカ如ク羅馬法ニハ「ヂエス、チヂェット」(dies cedit)ト「ヂエス、ヴェニット」(dies venit)トノ區別アリ今乃チ契約ヲ締結シタル時ニ「ヂエス、チヂェット」トナルモ履行ノ爲メニ設ケタル日カ到來スルニアラサレハ「ヂエス、ヴェニット」トナラサルナリ

第二款 期間 (tempus)

「テンプス」即チ期間ハ佛蘭西語ニ之ヲ「タン」ト云ヒ英語ニ「タイム」(time)ト云フ之ニ關スル羅馬法ノ規定ヲ説クニ方リ先ツ羅馬ノ曆ニ付テ一言セサルヘカラス

曆ノ最モ古キモノハ「ロームルス」(Romulus) 曆ト稱ス此曆ニ依レハ十ヶ月ヲ以テ一年トシ而シテ其一年ノ日數ハ甚ダ短クシテ僅カニ三百四日ナリトス

次ニ行ハレタルハ「ヌーマ」(Numa) 曆ト云フ此曆ハ頗ル開化シタルモノニシテ三百五十五日ヲ以テ一ケ年ト爲シ一ケ年ヲ分チテ十二ヶ月トセリ然レトモ是レ實ニ太陽ノ運行ト抵觸スルノ不便アリ是ニ於テ別ニ閏月ヲ設ケテ以テ其缺點ヲ補

ヒタリ故ニ此曆ハ恰モ我國維新前マテ行ハレタル太陰曆ト相似タリ
 共和政ノ未造ニ及ンテ曆法ヲ改正シ之ヲ實行シタリシカ間モナク「ユーリウス、チ
 エザル」(Julius Caesar)ノ時ニ至リ又之ヲ改正シ所謂「ユーリウス」(Julius)曆ナルモノヲ
 作レリ是レ即チ純然タル太陽曆ニシテ紀元前四十五年ヨリ之ヲ行ヒタリ抑モ此
 曆ニ從ヘハ三百六十五日ト六時間ヲ以テ一年ト爲ス而シテ通常ハ三百六十五日
 ヲ以テ一年トスレトモ四年ニ一度ノ閏日ヲ設ケタリ但此閏日ハ今ノ太陽曆ト異
 リテ之ヲ二月二十四日ノ後ニ附加セリ或一説ニ依レハ二月二十三日ト二十四日
 トノ間ニ之ヲ附加シタリト云フモ二十四日ノ後ニ附加シタリトノ説正シキカ如
 シ然リ而シテ之ヲ二十四日ノ後ニ附加セシモ名義上ヨリ云ヘハ之ヲ二十四日ノ
 一部分トシタルモノトス即チ二十四日ト閏日トノ二ヲ合セ四十八時間ヲ以テ一
 日ト看做シ始メノ二十四時間ハ之ヲ前半日(Dies prior)ト稱シ終リノ二十四時間ハ
 之ヲ後半日(Dies posterior)ト稱セリ

「ユーリウス」曆ハ久シク歐洲ニ行ハレ中古時代ニ至リテモ亦依然タリシカ羅馬法
 王「グレゴリー」(Gregory)第十二世ノ時即チ千五百八十二年(我國關ヶ原戰争ヨ)ニ之

ヲ改メ所謂「グレゴリー」曆ヲ作レリ此曆ハ「カトリック」宗ノ人ハ直ニ之ヲ用キタリト
 雖モ「プロテスタント」宗ノ人ハ久シク之ヲ用キサリキ然レトモ今日ニ於テハ便利
 ナルヲ以テ一般ニ用キラレ現ニ我國ニ行ハル、モノモ亦此「グレゴリー」曆ナリ唯
 希臘教一名露西亞教ノ信徒ハ今日ト雖モ之ヲ用キス
 羅馬ニ行ハレタル曆法ハ右述ヘタル所ノ如シ而シテ羅馬ノ隆盛ナル時代ニ於テ
 ハ一年ヲ三百六十五日トシ人ノ年齢ヲ算スルニモ時効ノ年限ヲ數フルニモ皆三
 百六十五日ヲ以テ標準ト爲セリ即チ何月何日ヨリ向フ一ケ年ト云ヘハ三百六十
 有五日ヲ指シタルモノトス若シ閏年ニ當ルトキハ前述シタル例ニ倣ヒ二月二十
 四日ト閏日トヲ合セテ一日トスルカ故ニ閏日ハ別ニ之ヲ算入セサルナリ又何月
 何日ヨリ向フ一ケ月ト云ヘハ三十日ナリトス曆ニ依レハ月ニ大小アレトモ之ニ
 拘ハラヌ三十日ヲ以テ一ケ月ト看做セリ又一日トハ二十四時間ナリ即チ何年何
 月何日ノ何時ニ於テ將來一ケ年ヲ計算セント欲セハ一般ノ原則ニ從ヘハ最初ノ
 一日ハ必スシモ二十四時間ニ滿ツルコトヲ要セス其時間ヨリ其日ノ夜半マテヲ
 一日ト看做シテ計算中ニ加ヘタリ然レトモ最終ノ一日ヲ計算スルノ方法ニ至リ

テハ二種アリ人ノ遺言能力ニ關スル年齢則チ男子ナレハ滿十四歳ヲ計算スルニ
ハ最終ノ一日ハ殆ント之ヲ算入セス其日ノ來ルヤ否ヤ直ニ十四歳ノ年限ニ達シ
タルモノト看做ス例ヘハ明治三十五年一月一日ニ出生シタル者ハ何時十四歳ト
ナルヤト云フニ明治四十八年十二月三十一日トナルヤ否ヤ其一瞬間ニ於テ滿十
四歳トナリ茲ニ忽チ遺言能力ヲ得ル者トス然レトモ「プレスクリプチャ」ノ時効期
間ヲ計算スルニハ最終ノ一日ヲ計算中ニ加ヘ其日ノ終ルマテ原告ハ被告ニ對シ
テ訴訟ヲ起スコトヲ得タリ

次ニ繼續期間 (tempus continuum) ト有用期間 (tempus utile) トノ別ヲ説明セン繼續期間
トハ一ノ時ヨリ他ノ時ニ至ルマテ繼續スル期間ヲ云ヒ其期間ヲ計算スルニハ一
日モ之ヲ省クコトナシ之ニ反シテ有用期間トハ有用ナル日ノミヲ計算シテ無用
ノ日ハ散テ之ヲ顧ミサル期間ヲ云フ例ヘハ裁判所ニ於テ事務ヲ執ラサル日ノ如
キハ之ヲ計算中ニ加ヘサルナリ一般ノ原則ヨリ云ヘハ繼續期間ノ計算方法ヲ用
ヒタレトモ若シ法律カ有用期間ノ計算方法ヲ用ユヘキ旨ヲ命シタル場合ニ於テ
ハ之ニ從ハサルヘカラス則チ法律ノ規定ニ「アンヌス、ウチレ」(annus utilis) トアル場

合ニハ有用期間ノ計算ヲ行ヒ三百六十五日中有用ノ日ノミヲ擇ンテ以テ一年ト
爲ス故ニ其名ハ一年ト云フト雖モ實際ハ今ノ一年ノ半位ニ當ルナリ

第三款 債權 (Obligatio)

羅馬法ノ正文中ニ於テハ (Jus in personam) ニ該當スル文字ヲ見ス強テ之ヲ求ムレ
ハ「オブリガチヲ」(obligatio) ナラン然レトモ此「オブリガチヲ」ナル文字ハ時トシテハ
債權ヲ指シ時トシテハ債務ヲ指シ又時トシテハ債務關係ヲ意味スルコトアリ今
其字源ヲ探ルトキハ (Obligare) ナル字ヨリ成立シタルモノニシテ蓋シ結著スルト
云フ意味ノ文字ヲ名詞トシタルモノナリトス故ニ從來之ヲ法鎖ト譯シタルハ寧
ロ適切ト謂フヘシ
「ユスチニアン」法典中 (obligare) ノ定義ヲ下セリ其中ニ (juris vinculum) ナル語アリ之
ヲ法鎖ト云フ又同シ定義中ニ (Solvendae) ナル字アリ或事ヲ遂クルト云フ意ナリ「ユ
スチニアン」ヨリモ以前ノ人「バムルス」ノ言ニ曰ク (Solvare) ナルモノハ

一、「ダーレ」(dare)

二、「ファチエ」(facere)

三、「プレースターレ」(praestare)

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

一、「アドンネル」(à donner)

二、「アフエール」(à faire)

三、「アヌ、バー、フエール」(à ne pas faire)

ノ義務ヲ目的トスルモノトセリ「アドンネル」ハ恰モ羅馬法ノ「ダーレ」ニ當リ所有權

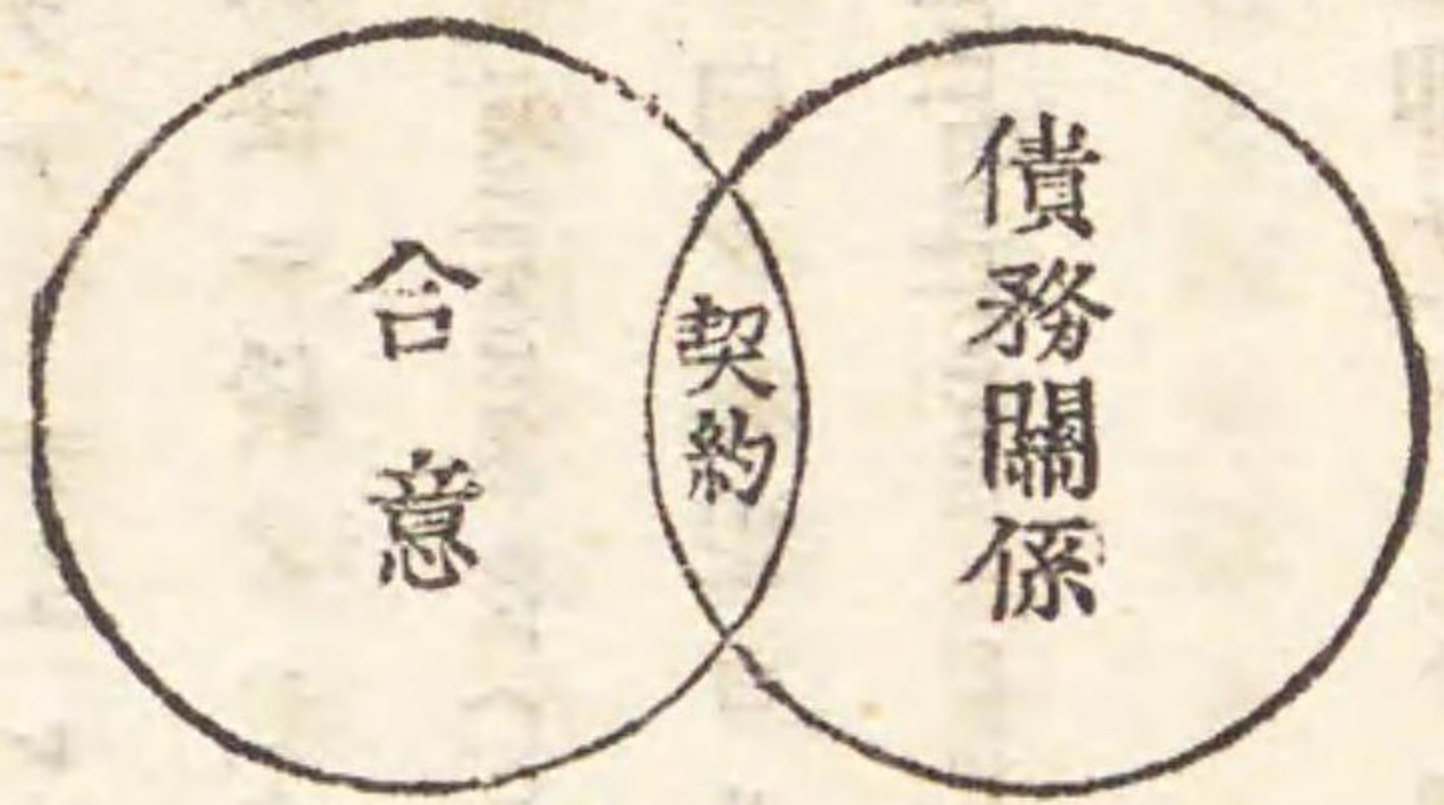
ヲ移轉スルヲ云フ「アフエール」ハ「ファチェレ」ニ當リ爲スト云フ意ナリ又「アヌ、バー、フエール」ハ「プレースターレ」ヨリ來リタルモノニシテ原語曖昧ナルヲ以テ「アフエール」ノ裏面ヲ取りタルナリ即チ爲ササルト云フ意ヲ寓ス之ヲ要スルニ佛蘭西民法ノ此規定ハ羅馬法ノ影響ヲ受ケタル「疑ナシ獨逸ノ新民法」(千九百年ヨリ實施)ニハ斯ノ如キ法文ナシト雖モ現ニ聯邦中ニ行ハル、法典ニ於テハ往々ニシテ「ダーレ」「ファージェユレ」「プレースターレ」ニ當ル文字ヲ用キタリ

羅馬法ニ於テハ「オブリガチヲ」ヲ分チテ四種ト爲セリ一ニ曰ク契約ヨリ生スルモノ (obligationes ex contractu) 二ニ曰ク准契約ヨリ生スルモノ (obligationes quasi ex contractu) 三ニ曰ク私犯ヨリ生スルモノ (obligationes ex maleficio) 四ニ曰ク准私犯ヨリ生スルモノ (obligationes quasi ex maleficio) 是レナリ乞フ以下順次之ヲ説明セン

第四款 契約

契約即チ「コントラクトゥス」(contractus) ナル文字ヲ分析スレハ (con)ト (tractus)トノ二トナルヘシ (con)ハ「拉典語」(cum)ヨリ來リシモノニシテ共ニト云フ字義ナリ「トラクトゥス」ハ引クトイフ字義ナリ故ニ「コントラクトゥス」ハ共ニ相引クノ意ニシテ之ヲ

契約ト稱ス則チ契約トハ何ソヤトイヘハ當事者雙方間ニ債務關係ヲ生スルノ合意ナリ今試ニ之ヲ圖解スレハ即チ左ノ如シ



トスレハ兩輪ノ交叉スル處ハ即契約ナリ合意トハ種々アリテ債務關係ヲ誘導スルコトナキニ非スト雖モ所謂凡テノ合意ヲ契約ト稱シ能ハス又凡テノ債務關係ハ契約ニ非ス是レ契約ハ債務關係ヲ生スル合意ナリトスル所以ナリ

契約ハ大別シテ四種ト爲ス物ニ因ル契約 (contractus re) 即チ物約言語ニ因ル契約 (contractus verbis) 即チ口約書類ニ因ル契約 (contractus litteris) 即チ書約合意ニ因ル契約 (contractus consensu) 即チ合意約是レナリ以上ハ皆有名契約ニシテ此ノ外ニ又無名契約アリ今之ヲ節ニ分チテ詳論セント欲ス

第一項 物約

物約中ニハ左ノ四種アリ

第二 消費貸借 (mutuum) 羅馬法ニ於テハ例ヘハ酒、麥等ノ代替物ノ貸借ハ皆之ヲ消費貸借ト稱ス借主ハ之ヲ消費スルノ意思ヲ以テ借受ケ敢テ其物件自身ヲ貸主ニ返還スルニ及ハス唯分量品等ノ相同キモノヲ以テ返還スレハ即チ可ナリ所有權ニ付テ曰ヘハ物品ノ所有權カ一旦貸主ヨリ借主ニ移轉スルモノトス故ニ借主ハ之ヲ消費スルコトヲ得ルナリ若シ所有權ニシテ移轉セサランニハ之ヲ消費スルコトヲ得サルヘシ

消費貸借ハ無償ノ貸借ナリ金錢ノ貸借ニテモ亦性質上之ヲ無償トセリ然リト雖モ貸主ハ要式口約ノ方法ニ依テ之ニ利子ヲ附スルコトヲ得羅馬ニ於テハ利子ノ約束ニハ必ス要式口約ノ方式ヲ用キサルヘカラストセリ又羅馬ニ於テハ利子ヲ先取スルコトアリ此場合ニハ返濟ノ期限ニ暗黙ノ約束アルモノトス元老院ノ議決ニ依レハ家父權ノ下ニ在ル者即チ家子ニハ金ヲ貸スコトヲ禁シ若シ其家子ニ金ヲ貸ス者アルモ家父ニ對シテ訴ヲ起スコトヲ得ス又其家子ニ對シテモ訴ヲ起スコトヲ得ストセリ故ニ元老院ノ議決ニ依レハ家子ハ金ヲ借用

スルノ資格ヲ備ヘサルモノト謂フヘシ抑モ如何ナル理由ニ由リテ斯ノ如キ規則ヲ發シタルヤト尋ルニ或時「マセド」(Macedo)ナル家子カ莫大ナル負債ヲ爲シテ返濟ニ窮シ父ノ財産ヲ以テ返濟ニ充テント欲シ遂ニ父ヲ殺サントシテ事發覺シタリ是ニ於テ羅馬ノ元老院ハ議決シテ家子ニ金ヲ貸スコトヲ禁シタルナリト云フ此元老院ノ議決ノ年代ニ關シテ議論アルモ紀元第一世紀ノ中頃ナリト云フ說眞ナルカ如シ斯ノ如ク家子ニ金ヲ借用スルノ能力ナカリシト雖而モ其契約ハ全ク無効ト云フニアラスシテ唯抗辯ヲ提出シ以テ貸主ノ請求ヲ拒ムコトヲ得タルニ過キス故ニ家子カ法律上完全ナル債務ヲ負擔セルニアラサルモ所謂自然債務(Naturalis obligatio)ヲ負擔セルナリ自然債務ニ付テハ債權者ハ訴訟ヲ起スコトヲ得スト雖モ若シ訴訟以外ノ方法ニ因テ債權ヲ行使スルノ道アリシナラハ之ヲ行使スルモ亦不可ナシ又タ訴訟ヲ起スニ際シ家子カ抗辯ヲ提出セスシテ金ヲ返濟シタルトキハ其返濟ハ之ヲ有効ト認ムルカ如シ

第二、使用貸借(Commodatum)使用貸借トハ借主カ物件ヲ使用スル爲メニ之ヲ借受クル契約ナリ貸主ハ物件返還等ニ付テ借主ニ對シ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘク

借主モ亦物件保存ノ爲メニ非常ノ入費ヲ要シタルトキ又ハ貸主ノ過失ノ爲メニ損害ヲ受ケタルトキハ其入費又ハ損害ノ賠償ノ爲メ貸主ニ對シテ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘシ

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

第三、寄託(Depositum)是レ亦無償ノ契約ナリ寄託者ハ物件返還等ニ關シ受寄者ニ對シテ訴ヲ提起スルコトヲ得受寄者モ亦物件保管ノ爲メニ費用ヲ要シタルトキハ費用償却ヲ理由トシテ預主ニ對シ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ又寄託者ノ過失ニ因リテ受寄者ニ損害ヲ生スルトキハ受寄者ハ訴訟ヲ起スコトヲ得使用貸借寄託及委任(Mandatum)等ハ皆無償ノ契約ナリ故ニ契約ヲ片務ト雙務トニ區別スル學者ハ是等ノ無償ノ契約ハ之ヲ片務契約ノ中ニ入ル、モノ多シ例ヘハ「プター」「ウインドシャイド」等ノ如シ又佛蘭西民法ヲ註釋シタル白耳義ノ

「ローラン」(Laurent)モ契約ヲ片務ト雙務トニ分チ而シテ使用貸借寄託委任等ヲ片務契約ノ一トシテ數ヘタリ然レトモ此等ノ契約タルヤ當事者雙方ニ於テ訴權ヲ有ス例ヘハ寄託ニ付テ考フルニ寄託者モ訴權ヲ有シ受寄者モ訴權ヲ有スルカ如シ故ニ或ハ之ヲ以テ不十分雙務ト稱スル者少カラス彼ノ佛蘭西民法ヲ起草シテ有名ナル「ポチエー」(Pothier)ノ如キハ實ニ此說ヲ主張セル者ナリ然レトモ余ハ「ローラン」「ウインドシヤイド」等ノ說ヲ可ナリト信ス何トナレハ一ノ契約カ雙務ナルヤ將タ片務ナルヤハ契約ヲ締結シタル當時ヲ標準トセサルヘカラスレハナリ今例ヲ擧ケテ之ヲ證センニ寄託ノ場合ニ於テハ受寄者即チ預リ主ノ方カ物件ヲ保管スルノ義務ヲ負擔シ而シテ其契約ヲ結ヒタル時ニ於テハ寄託者ハ何等ノ義務ヲ負擔セス唯之ヲ保管スルニ付テ別段ノ入費ヲ要シタルカ或ハ又受寄者ニ損害ヲ及ホシテ寄託者ニ義務ヲ生スルハ皆契約締結以後ノ事實ナリト是ニ由テ之ヲ觀レハ斯ノ如キ契約ハ之ヲ片務ノ契約ナリト曰フヲ正當ナリト信ス

第四、質入契約 (Pignus) 質入契約ノ場合ニ於テハ質取主ハ質物ノ上ニ占有ヲ有

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

質取主カ質物ヲ賣拂ヒ其代金中ヨリ貸金ヲ引去リ猶ホ剩餘ヲ生シタルトキハ之レヲ質入主ニ返濟セサルヘカラス故ニ質入主ハ其剩餘金ヲ請求スルコトヲ得ルナリ又質取主カ質物ニ損害ヲ加ヘタルトキハ質入主ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得然レトモ他ノ一方ニ於テハ質取主カ質入主ニ對シテ訴訟ヲ起ス場合

ナキニアラス例ハ質取主カ質物保存ノ爲メニ別段ノ費用ヲ辨償シタルトキハ之ヲ請求スル爲メニ訴ヲ提起スルカ如シ又例ハ質入主ノ過失ニ基キテ其質物カ質取主ニ損害ヲ及ホストキハ質取主ハ損害ノ賠償ヲ請求スル爲メニ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘキナリ

ビグヌス即チ通常質入契約ト稱スルモノハ以上述ヘタル所ノ如ク質取主カ物件ノ占有ヲ得ル場合ナリ然ルニ此他尙ホ書人質ヒポテカ(Hypotheca)及チ「フイツチア」(Fiducia)ト稱スルモノアリ

フイツチアハ強テ之ヲ譯スレハ信任質入トモ云フヘキカ其性質ハ即チ物件ヲ抵當ニ差入レンカ爲ニ一旦所有權ヲ質取主ニ移シ然ル後返還ノ約束ヲ加ヘタルモノナリトス是レ恰モ我新民法ニ於ケル買戻契約ニ似タリ我新民法ハ縱令實際ハ質入契約ナルニセヨ法律上ハ之ヲ質トセス然レトモ羅馬ニ於テハ之ヲ質入契約ノ一種ト看做シタルナリ抑モ羅馬ノ古代ニハ物件ヲ寄託スルニモ或ハ之ヲ無償ニテ貸附スルニモ又或ハ質入スルニモ一旦所有權ヲ移轉セサルヘカラストシ苟モ所有權ヲ移轉セサル以上ハ寄託、貸借、質入等ハ一切之ヲ無効ト

セリ而シテ所有權ヲ移轉スルニハ「マンチパチヲ」ノ方式ヲ要シタルハ前編既ニ之ヲ述ヘタリ斯ノ如クニシテ所有權ヲ移轉シ然ル後信任契約ニ因テ質取主カ之ヲ返還スルノ義務ヲ負擔シタルナリ然レトモ此方法ニ依テ物件ヲ質入スルトキハ質入主ニ取リテ其不便一方ナラス何トナレハ縱令質入主カ負債ヲ償却スルモ果シテ其所有權ヲ回復スルコトヲ得ルヤ否ヤハ豫メ期スル所ニアラス法律及ヒ社交上ノ制裁ヨリ見レハ質取主ハ必ス之ヲ返還セサルヘカラスト雖モ質取主ニモ時トシテハ破廉恥ナル者ナキニアラス故ニ質入主ハ安然トシテ所有權ヲ質取主ニ移轉スルコトヲ得サルナリ是ニ於テ「ビグヌス」即チ普通ニ所謂質入契約ナルモノ、發生ヲ見ルニ至リタルナリ之ヲ要スルニ沿革ニ依テ按スルトキハ古代ニ於テハ所有權ヲ移轉スルヲ以テ質ノ性質トシタレトモ後漸ク占有ヲ移スニ過キスト云フニ至レルモノト謂フヘシ

次ニ書入質ニ付テ一言スヘシ書入質ハ最モ新シキ方法ナリ羅馬ニ於テハ信任質入普通ノ質入契約及ヒ書入質ノ三者一時並ヒ行ハレタルコトアリシカ信任契約ハ自ラ其跡ヲ絶チ其隆盛ナル時代ニハ質入契約書入質カ主トシテ行ハレ

タルカ如シ抑モ書入質ノ場合ニ於テハ抵當入主カ物件ノ占有ヲ有シ抵當取主ハ占有權ナク且其所有權ヲモ有セサルナリ然レトモ負債者カ若シモ負債ヲ償却セサルトキハ抵當取主ハ物件ヲ賣却セシメテ以テ其負債ノ償却ヲ受クルコトトヲ得ヘシ

「ヒボテ」カナル羅句語ハ其字ニ就テ視ルトキハ宛然希臘風ヲ帶フ故ニ學者往々書入質ニ關スル規則ハ希臘ヨリ傳來シタルモノナリト論スレトモ實際大ニ然ラス羅馬ニ獨立シテ生シタルヤ疑ヲ容レス唯羅馬法律ハ當時尙ホ幼稚ニシテ希臘法ノ比ニアラサリシ故ニ恐クハ其影響ヲ受ケタルナラント思ハル、ノ
最後ニ書入質ノ沿革ニ付テ略述センニ羅馬ニ於テハ百姓カ土地ヲ借受ケ小作ヲ爲スニ方テ小作料支拂ノ抵當トシテ農具ヲ差入ル、ヲ常トセリ然レトモ其占有ヲ地主ニ引渡ストキハ土地ヲ耕スコトヲ得サルカ故ニ單ニ之ヲ抵當トスルコトヲ約束シテ依然農具ヲ使用セリ而シテ地主ハ其抵當權ヲ行使セントスルトキハ訴ヲ提起スルコトヲ得又占有ヲ得ントセハ相當ノ手續ヲ經テ農具ノ占

有ヲ獲得スルコトヲ得ヘシ然リ而シテ此農具ノ書入ハ漸ク擴充シテ終ニハ農具以外ノ物件ヲ抵當ニ差入レ其占有ヲ抵當取主ニ引渡サ、ル場合ニ於テモ尙ホ抵當取主ハ法律ノ保護ヲ受クルコトヲ得ルニ至リタルナリ要スルニ物件ヲ質入スルニ三種ノ方法存スルコトヲ知ルニ足ラン乎

第一項 口約 (Contractus verbis)

口約ハ唯一ノ要式口約 (Stipulatio) アルノミ要式口約ヲ結フニ付テハ當事者カ一定ノ方式ニ從テ問答ヲ爲スモノトス例ヘハ債主トナランスル者即チ要約者カ問ヲ發シ「汝ハ余ニ金百圓ヲ支拂フコトヲ約束スルカ」 (Spondesne) 汝約束スルカト曰ヘハ負債者タラントスル者即チ諾約者カ「余ハ之ヲ約束ス」 Spondeoト答フ是ニ於テ契約ハ完結シテ要約者ハ權利ヲ得諾約者ハ債務ヲ負擔スルナリ古代羅馬ノ市民ハ此兩文句ヲ使用セリ此文字ノ正確ナル意味ハ神ニ誓テ約束スルト云フ字ナリ其神ハ護國神タル「ユピテル」等ナリ羅馬ノ市民ハ之ヲ使用セシカ外國人ハ使用スルコト能ハス唯外國人ハ「promittes ne」汝ハ約束スルカ又ハ「promitto」約束スル等ノ語ヲ使用セリ此方式ハ固ヨリ羅馬ニ於テ行ハレタルモノニシテ近世ニ行ハレ

ナル所ナリト雖モ近世尙ホ此要式口約ヨリ出テタル文字ヲ用ユルノ慣習ヲ留ム
 例ヘハ佛蘭西民法ノ法文ニアル要約^{ステチレ}(stipuler)スル諾約^{プロメット}(promettere)スル等ノ文字ハ
 今日ニ於テハ佛蘭西法律家ノ慣用スル所ナリ
 羅馬ノ太古ニ於テハ要式口約ヲ結フニハ必ス一定ノ文字ヲ用ユルコトヲ要シタ
 リシカ其後羅馬ノ版圖廣大トナルニ從ヒ羅匈語ヲ知ラサル外國人カ陸續羅馬ニ
 入り來リ而シテ羅馬人モ亦出テ、諸方ニ遠征スルニ至リ遂ニ法律上一定ノ羅匈
 語ヲ用キテ約束スルコトヲ強ユルモ實際言フヘクシテ行フヘカラサルノ狀況ト
 ナレリ是ニ於テ要式口約ヲ結フニ付テハ必ス方式ヲ履ムコトヲ要スルモ其使用
 スル所ノ言語ハ羅匈語ナルト否トヲ問ハサルニ至リ當事者ノ一方カ羅匈語ヲ用
 キ他ノ一方ハ希臘語ヲ用ユルモ其間ト答トカ相應スレハ則チ可ナリトセリ此ノ
 要式口約ハ今日ニ於テハ價值ナキカ如シト雖モ古羅馬人ノ目ヨリ視レハ重要ノ
 モノナリキ其原因ハ其方式ニ用キル言語カ神ニ誓テ約束スルト云フ意味ナルカ
 故ナリ
 要式口約ニハ羅馬人カ殊ニ重キヲ置キタルカ故ニ羅馬ニ於テハ要式口約ノ用太

甚タ廣クシテ種々ノ場合ニ之ヲ用キタリ例ヘハ羅馬人カ金錢ノ貸借ヲ爲スニ方
 テ利子ノ契約ヲ結ヒタルトキハ必ス要式口約ニ依リタルカ如シ又債務ノ更改ヲ
 爲スニモ保證ノ契約ヲ結フニモ往々此方法ヲ取りタルカ如シ此要式口約ハ性質
 上片務ナリトス何トナレハ一人カ問ヲ發シテ他ノ一人カ答へ而シテ其答へタル
 方ハ義務ヲ負擔スルニアレハナリ沿革上ヨリ謂ヘハ要式口約ハ餘程古キモノト
 ス一般ニ云ヘハ片務契約カ古クシテ雙務契約ハ比較的新シキナリ

第三項 書約 (Contractus litteris)

古羅馬人ハ各其家ニ於テ金錢ノ出納帳ヲ有セリ而シテ債主カ若シ負債者ノ同意
 ヲ得テ其金錢出納帳ニ債權ヲ記入スルトキハ茲ニ書約ヲ成立ス債主ハ此書約ニ
 因テ債權ヲ得負債者ハ之ニ因テ又債務ヲ負フニ至ル書約ハ共和政ノ時代ニハ盛
 ニ用キラレタレトモ帝政トナリシ頃ニハ廢棄セラレタリ

第四項 合意約

合意約ニハ四種類アリ一ニ曰ク賣買二ニ曰ク「ロクチヲ、コンツクチヲ」(Locatio cond-
 natio) 此總名ノ下ニハ貸貸借、雇傭、請負ノ三アリ三ニ曰ク組合四ニ曰ク委任是レ

ナリ乞フ左ニ順ヲ追フテ之ヲ説カン

第一、^{emptio-venditio} 賣買 (emptio-venditio) 前節ニ説キタル物約、口約、書約ノ場合ニ於テハ或

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

アル場合ニハ其證書ヲ完成スルニアラサレハ賣買ハ完全ニ成立スルモノニア
ラス故ニ證書ノ完成以前ニハ結約者ハ何時ニテモ其契約ヲ取消スコトヲ得タ
リ但其證書ヲ調製スルニ方テハ結約者ハ自ラ之ヲ調製スルカ又ハ少クトモ自
ラ署名セサルヘカラス我國ノ法律ニ於テハ署名ノ外尙ホ調印ヲ必要トスルヲ
常トスレトモ歐洲ニ於テハ一般ニ調印ヲ重ンセス或時代ニハ之ヲ要セシコト
アリト雖モ後世漸ク衰ヘ今日英國ノ如キハ僅ニ其痕跡ヲ留ムレトモ殆ント有
名無實ノ有様ナリ又羅馬ニ於テハ公證人ヲシテ證書ヲ調製セシムル場合ニハ
調製以前ニハ結約者ハ契約ヲ取消スコト得タリ

是レヨリ手附ニ付テ一言センニ既ニ手附ヲ拂ヒタル者カ契約ヲ取消ストキハ
手附流レトナリテ其返還ヲ求ムルコトヲ得ス又手附ヲ受取リタル者カ契約ヲ
取消ストキハ手附ノ倍額ヲ相手方ニ支拂ハサルヘカラス
賣買ニシテ一旦成立スルトキハ買主ハ代價ヲ支拂フノ義務アリ故ニ若シ約束
ノ期限ニ至リテ之ヲ支拂ハサルトキハ賣主ハ損害賠償トシテ利息ヲ請求スル
コトヲ得ヘシ又賣主ハ其物件ノ占有ヲ引渡スノ義務アリ元來羅馬人ハ賣買ノ

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

負擔スル理由ニ付テハ近世ノ學者間種々ナル議論アリ然レトモ主トシテ法理
 ニ關係スルモノナルカ故ニ今ハ之ヲ略セントス
 又羅馬ノ「デイヲクレチアヌス」(Dioletianus)ナル皇帝ノ作リタル法律ニ依レハ賣主
 カ通常ノ市價ノ半額以下ニテ品物ヲ賣渡シタルトキハ買主ニ對シテ賣買ノ解
 除ヲ請求スルコトヲ得之ヲ「レエジヲ、エノルミス」(Laesio enormis)即チ非常ノ損失
 ニ關スル規則ト稱ス近世歐洲ノ諸國ニ於テモ之ニ類スル規則ヲ用キタルモノ
 アリ例ヘハ佛蘭西ニ於テ不動産ニ關シテ斯ノ如キ規則ヲ定メタルカ如シ但佛
 蘭西ノ法律ハ市價ノ半額以下トセストシテ「十二分ノ七以下」ト云フ標準ヲ立テ
 タリ抑モ「デヲクレチアヌス」カ此規則ヲ設クルニ至リタル理由ニ付テハ學者間
 議論アリ然レトモ法典ノ正文ニ記スル所ニ據レハ「フーマヌ、ネス」即チ「人道ニ基
 ク」ト云フ義ニシテ若シ斯ノ如キ賣買ヲ取消スコトヲ得ストセハ賣主タル者ハ
 實ニ可憐ナリトノ故ヲ以テ解除セシムト他ノ一説ニ依レハ賣主カ斯ク安價ニ
 賣リタルハ必竟買主ノ詐欺ニ依ルカ故ニ解除スト云フモ理由トナラス何トナ
 レハ成年者カ合意セシモノニ詐欺アリトハ云フヲ得ス故ニ法理上ノ價值ハ固

ヨリ無シト雖モ當時ノ理由トシタル所ハ實ニ之ニ外ナラサルナリ

第二、「ロカチヲ、コンヅクチヲ」(Locatio conductio)「ロカチヲ、コンヅクチヲ」ハ之ヲ何ト譯スヘキカハ頗ル難ントスル所ニシテ假リニ之ヲ廣義ノ賃貸借ト見レハ誤ナキニ庶幾シ即チ之ヲ分チテ三種類ト爲ス

第一ニハ物ノ賃貸借(Locatio conductio rei)ニシテ我新民法ニ於ケル賃貸借ニ該當ス之ニ付テハ格別詳説スルノ必要ナシ唯タ貸主カ賃ヲ取り借主カ賃ヲ拂フヘキノミ

第二ニハ勞力全部ノ賃貸借即チ雇傭契約(Locatio conductio operam)ナリ蓋シ勞力ノ賃貸借ニ二種類アリ一ハ即チ一人ノ勞力全部ノ賃貸借ニシテ之ヲ雇傭契約ト云フ雇主ハ金ヲ拂ヒ雇ハレタル者カ給金ヲ受取ルノ權利ヲ有スルモノトス

第三ニハ請負契約(Locatio conductio operis)ニシテ所謂勞力ノ賃貸借ノ一ナリト雖モ一人ノ勞力全部ノ賃貸借ニアラスシテ其一部分ノ賃貸借ナリ

近世ノ法律ニ於テハ以上ノ三者皆別物ニシテ互ニ相關係ナシ然レトモ羅馬法

ノ規則ニ於テハ此三者ハ一括シテ「ロカチヲ、コンヅクチヲ」ナル總名ノ下ニ在リタルナリ今詳細ナルコトハ暫ク之ヲ措キ雇傭契約ト請負契約トノ二者ノ區別ニ付テ一言セント欲ス抑モ請負契約ノ場合ニ於テハ仕事ヲ爲ス者ハ往々獨立ノ職業ニ従事スルコトアリテ必スシモ依頼人ノ命ヲ受クルノ要ナシ是レ即チ雇傭契約ト異ナルノ點ナリ又雇傭契約ノ場合ニ雇ハレタル者カ雇主ノ爲メニ自ラ仕事ヲ爲サ、ルヘカラス然ルニ請負契約ノ場合ニハ仕事ヲ負請ヒタル者カ自ラ之ヲ爲サ、ルヘカラサルヤ否ヤニ付テ多少ノ議論アリ而シテ余ハ仕事ノ性質ニ因テ相異ルモノアリト信ス是レ亦請負ト雇傭トノ同シカラサル點ナリ

第三、組合ソチエタス(Societas) 組合ニ二種アリ一ハ全部ノ財産ノ組合ニシテ之ヲ全產組合

(Societas totorum bonorum)ト名ケ「一」ハ特別ノ事業ノ組合ニシテ之ヲ特業組合(Societas unius alicuius negotii)ト名ク第一種ハ則チ財産ノ全部ヲ合併スルモノニシテ第

二種ハ或特別ノ事項ニ付テ組合ヲ成スモノナリ例ヘハ奴隸ヲ賣買スルコトニ付テ組合事業ヲ營ムカ如キハ第二種ニ屬スルヤ言フ俟タズ然リ而シテ第二種ノ

組合ハ主トシテ商業ニ關係シ第一種ノ全産組合モ亦往々ニシテ商業ニ關係スルモノアリ故ニ或ハ曰ク商業ニ關スル組合ハ歷史上古クシテ其ノ他ハ皆後ニ生シタルモノナリト是レ實ニ誤レリ組合ノ中最モ古キモノハ商業ニ關スル組合ニアラスシテ却テ農業ニ關係スルモノナリ之ヲ説明スルニ方テハ家族ノ状態ヨリセサルヘカラス按スルニ古ヘノ家族ハ今ノ家族ト大ニ其状態ヲ異ニシ社會學者ノ所謂「ハウスコンミュニティ」(house community)ニシテ一ノ場所ニ於テ家族ノ者全體カ參集居住スルナリ即チ親モ祖父モ曾祖父モ從兄弟モ皆共ニ住スルノ習慣ナリキ但此等ノ人々ハ必スシモ一ノ建物ニ住スルニアラス唯一村邑ニ據ルノミ然レトモ或種族ニ於テハ多數ノ者群ヲ成シテ一箇ノ建物ニ住スル例ハ昔者亞米利加ノ土人ニ「チロクエ」ナル土蠻アリ其土蠻ノ居住スル家屋甚タ長クシテ一族皆之ニ住セリト云フ是ニ由テ之ヲ觀レハ昔時ノ家族ハ今日ノ家族ト異ナリ昔時ノ家族ハ大ニシテ今日ノ家族ハ小ナリ昔時ニ在リテハ一族一處ニ群集シテ住シタルモノアルヤ疑ナシ

(附言) 支那ニ劉家屯ナル處アリ日清戰爭ノ際我國人之ニ到リタルニ一郷ノ

夫ハ皆劉ヲ性トスト云フ又我國ニ於テモ司法省出版ノ法制類聚ニ依レハ古代ノ戶籍帳簿ニ多數ノ人名ヲ記入セルヲ見ルニ其姓名ノ如キハ頗ル奇妙ナルアリ或ハ其年齡ヲ同フスル者アリ或戶籍ニ於テハ女子ノミヲ記入セルモノアリ余曾テ之ヲ或人ニ質セシニ其人答ヘテ曰ク是レ恐クハ徵兵ノ役ヲ免レンカ爲メニ女子トシテ届出テタルニハアラサルカト果シテ然ルヤ否ヤ

羅馬ニ於テモ書紀以後ハ斯ノ如キ慣習ナシト雖モ古代ハ一族一處ニ住セシコトアルヤ必セリ而シテ古代ノ人民ハ概ネ農業ニ從事シタリ彼ノ水草ヲ追フテ移住スルノ時代ハイサ知ラス苟モ居ヲ定メテ一族群集セル時代ニ於テハ大抵農業ヲ勉メテ以テ財産ヲ共有セリ所謂全産組合ハ此等ノ状態ヨリ變遷シテ發達シタルモノナリト思ハル故ニ羅馬ニ於テモ全産組合ノ最モ古キモノハ農業ニ關係セルナリ羅馬ノ全産組合ニ似タルモノ獨逸ニモ亦タ之アリ即チ「ガンエルプ」(Ganerschaften)是ナリ譯シテ共同相續ト云ヘハ可ナラン獨逸私法ノ書 (Deutsches Privatrecht) ニハ詳カニ之ヲ論セリ

羅馬法ニ據レハ組合員ハ利益ノ分配ニ與リ且其損失ヲ分擔スヘキモノナリ、一組合カ利益ノ分配ヲ受クヘカラストノ約束ハ無効ニシテ此ノ類ノ契約ニ基キタル組合ハ之ヲ獅子ノ組合ト稱セリ是レ蓋シ古譚ト關係スルモノニシテ獅子ハ他ノ獸ト同伴シテ出獵シ其獲物ヲ分配セシテ己レ獨リ之ヲ貪ルトノ譚アルニ由リ一組合員ノ利益ヲ殺クノ組合ヲ稱シテ獅子ノ組合ト云ヒ以テ法律上ノ效力ナキモノトシタルナリ然レトモ組合員ノ一人ハ三分ノ二ノ利益ヲ得テ三分ノ一ノ損失ヲ負擔シ他ノ一人ハ三分ノ二ノ損失ヲ負擔シテ三分ノ一ノ利益ヲ得ルトノ契約ハ有效ナルヤ否ヤニ付テハ古來羅馬ノ學者間ニ議論アリシ所ニシテ遂ニ「ズルピチユス」(Sulpicius)ノ說ヲ採用シテ之ヲ有效ト決スルニ至レリ「ズルピチユス」ハ法律學者ニシテ且大演說家トシテ雷名ヲ鳴シタル人ナリ若シ利益及ヒ損失ノ分配ニ付テ別段ノ契約ナキトキハ之ヲ平分スヘキモノトス又利益ノミニ付テ約束アリテ損失ニ付テ約束ナキトキハ利益ト同一ノ割合ヲ以テ損失ヲ分擔スヘシトセリ即チ三分ノ二ノ利益ヲ得ル約束ナリシトキハ損失モ亦三分ノ二ヲ分擔ス損失ノミニ付テ約束アリテ利益ニ付テ約束ナカリシ

トキモ亦同一ノ規則ニ從フ

第四、委任 (mandatum)

「マン」ハ手ナリ「ダ」ハ與ルナリ即チ信任ト云フ義ナリトス而シテ委任ハ無償契約ノ一種ニシテ受任者カ其委任セラレタル事項ヲ遂行セサルキハ委任者ハ之ニ對シテ訴權ヲ有ス受任者モ亦依頼セラレタル事項ノ爲メニ費用ヲ出シタルトキハ其費用ノ辨償ヲ請求スル爲ニ訴權ヲ有ス委任ノ實例ハ「ユスチニア」法典ニ多ク之ヲ掲ケタリ今其中ノ一二ヲ云ハンニ甲カ乙ノ爲メニ丙ヨリ土地ヲ買受タルカ如キ場合ハ委任ナリ又甲カ乙ノ事務ヲ取扱フモ委任ノ一場合ナリトス委任ハ性質上無償ノ契約ナレトモ羅馬一般ノ習慣ニ依レハ委任者ハ受任者ニ對シテ謝金 (Honarium) ヲ拂フヘキナリ而シテ委任者カ謝金ヲ請求スルニ付テハ尋常一般ノ訴訟手續ニ依ラスシテ非常手續ニ依ラサルヘカラス英國ニ於テ「バリスタ」ハ謝金ヲ受クルノ慣習アレトモ之ニ付テ訴訟ヲ起スコトヲ得ストセルハ蓋シ羅馬法ノ「マ」ノ規則ノ影響ヲ受ケタルモノナランカ英國ニ於テハ先年ニ至ルマテ醫士モ亦同シク診察料ニ付テ訴ヲ提起スルコトヲ得ストセリ然レトモ今日ハ醫士ニ付テハ此訴權

第五項

無名契約 (Contractus innominati)

以上説キ來タリシ契約ハ皆特別ノ名稱ヲ有スル契約ナリキ然レトモ無名契約ハ其以外ニ屬ス此無名契約中ニハ交換(Permutatio)ナルモノ之ニ包含ス何故ニ交換ナル名稱アリテ無名契約ニ入ルヤノ疑アツテ存ス羅馬ニ於テ所謂無名契約ハ其契約ノ名稱ナキニ非スシテ之ヲ保護スル訴訟ニ特別ノ名稱ナキナリ右十種ノ契約ニ關スル訴訟ハ皆名稱アリ例ヘハ賣買ニ關スル訴訟ナレハ賣買訴訟ト云フカ如ク是ニ關スル方式亦一定セリ然ルニ無名契約ニ關スル訴訟ハ特別ノ名稱ナク單ニ(Actio in factum praescriptio verbis)ト稱ス此ノ訴訟ト雖トモ無名契約ニ特別ナルモノニアラスシテ他ノ契約ニ關スル訴訟ヲモ保護スルカ故ニ敢テ無名契約ニ特別ナリト云フヲ得ス斯ク無名契約ニ關スル訴訟ハ特別ニ存在セサルガ故ニ無名契約ト稱スルノミニシテ羅馬ニ於テ有名無名ト云フハ契約ニ關セスシテ訴訟ニ關スルモノナルコト明カナリ

近世ニ至リ羅馬法ヲ離レテ無名契約ナル文字ヲ使用スルモノアリト雖モ近世ノ

所謂無名契約ハ羅馬法ノ無名契約トハ其性質ヲ異ニスルヲ知ルヘシ又近世ニ於テハ契約ノ種類ニ重キヲ置ク學者多クアリ然トレモ學理上ヨリ云ヘハ理由ナキニ似タリ何トナレハ古代羅馬ニ於テハ契約ノ種類ニ重キヲ置ク必要アリキ是レ其方式一定セシヲ以テナリ故ニ契約ノ種類ニ依テ全ク方式ヲ異ニセリ例ヘハ請負ナルヤ賣買ナルヤニ付テ論争生センカ若シ賣買式ニ遵シ請負ナレハ又其方式ニ從フト云フカ如シ然レトモ今日ニ於テハ契約ノ方式ハ重要ナラサルカ故ニ唯契約ノ大原則ニ從ヘハ可ナリ要スルニ現時ニ於テハ契約ノ種類ニ重キヲ置クハ一顧ノ値ナク法典中ニハ便宜ノ爲メ例示シタルニ過キス從テ無名契約ト云フカ如キ名稱ニハ更ニ重キヲ置クニ足ラスト信ス

五大法律家ノ一人タル「パウルス」ハ無名契約ヲ四種ニ類別セリ第一ニ物品ト物品トノ交換第二ニ物品ト努力トノ交換第三ニ努力ト物品トノ交換第四ニ努力ト努力トノ交換是ナリ以上四個ノ場合ニ於テハ結約者ノ一方カ自己ノ債務ヲ遂行シタルトキ始メテ法律ノ保護即チ訴權ヲ得ルナリ例ヘハ物品ト物品トノ交換ノ如ク一方カ物品ヲ引渡セハ始メテ他方ニ對シ物品ノ請求ヲ爲ス訴權ヲ有ス此場合

ハ賣買ト異ナル即チ賣買ハ合意契約ナルカ故ニ約束スレハ直ニ訴權ヲ生シ目的物ト價額ト定マレル契約ハ成立シ當事者ハ訴權ヲ有スルニ至ル然ルニ交換ノ場合ハ只タ契約ヲ爲シタルノミニテハ訴權ナク一方カ義務ヲ履行シテ始メテ訴權ヲ生ス此ノ點ニ於テハ無名契約ハ有名契約ノ物約中ト頗相類似ス

第六項

自然債務ナツラリスノオブリガチヤ(Naturalis obligatio)

自然債務ノ原則ヲ説明センカ自然債務ニ付テハ訴ヲ起スコト能ハサルモ他ノ方法ヲ以テ債務ノ履行ヲ求ムルコトナキニ非ス近世法律ノ例ヲ藉リテ云ヘハ貸金ノ訴求ハ十年ナリト云フ如ク期限ヲ定メタリトスレハ此ノ十ヶ年ヲ空過セハ最早債權ニ付テ訴ヲ起スコトヲ得ス乍併假ニ起訴シタリトセンカ若シ債務者カ唯々諾々トシテ辨濟シタルトキハ其辨濟ハ法律上有效ナリ又起訴セサル場合ニ債務者カ辨濟スルモ亦有效ナリ即チ債務ハ期限經過ニ依テ消滅セシニ非スシテ自然債務トナリシナリ羅馬ニ於テハ後見人ノ承諾ヲ經スシテ被後見人ノ爲シタル行爲ハ自然債務ヲ生スト云フニアリ故ニ相手ノ當事者ハ被後見人ニ對シテ直チニ訴ヲ起スコトヲ得ス然レトモ其後ニ至リテ辨濟ヲ受クルトキハ之ヲ返却セスシ

テ可ナリ又元老院ノ議決ニ據レハ家子ニ金ヲ貸シタル者ハ其返却ヲ請求スル爲メニ訴ヲ起スコトヲ得ス然レトモ若シ家子カ金ヲ返却シタルトキハ債主ハ之レヲ自己ノ手ニ留ムルコトヲ得ヘシ故ニ家子ニ金ヲ貸ストキハ自然債務ヲ生スト云ヘリ又元老院ノ議決ニ據レハ婦女ヲシテ人ノ負債ヲ引受ケシムルコトヲ得ストセリ例ヘハ婦女カ他人ノ爲メニ保證人トナルモ無効ナリ而シテ其結果ハ何等ノ債務ヲモ生セサルナリ即チ自然債務ヲモ亦生スルコトナシ故ニ此場合ハ家子ニ金ヲ貸シタル場合ト自ラ異レリト謂フヘシ

右述ヘタル外自然債務ハ種々ノ場合ニ生ス抑モ今日諸國ニ於ケル社會組織ハ羅馬ト大ニ異ルモノアリ即チ女子ト雖モ時トシテ保證人トナルコトヲ得ヘク又家子ノ如キハ存在セス故ニ今日ノ自然債務ト羅馬ノ自然債務トハ其實質相同シカラス然リト雖モ自然債務ノ本性ニ至リテハ古今其軌ヲ一ニス蓋シ自然債務ノ規則ハ羅馬法律ヨリ傳來シタルモノナレハナリ今羅馬法律ニ於テハ如何ニシテ自然債務ヲ保護スルニ至リタルヤヲ論述セン

羅馬ニ於テ法律上自然債務ヲ保護スルニ至リタルハ其社會ノ組織カ然ラシメタ

ルニ外ナラス古代羅馬ニ於テハ家父カ一家ノ全權ヲ握リ家子ノ所爲ノ曲直ハ家父之ヲ判定シ曲ナルモノハ即チ之ヲ罰シ直ナルモノハ即チ之ヲ賞スルコトヲ得タリ之ト同時ニ家父ハ家子ノ所爲ニ付テ外部ニ對スルノ責任ヲ負フゴト頗ル大ナリ家父ハ實ニ斯ノ如キ地位ニ居ルカ故ニ家子ニ對シテ金ヲ貸スモ又家子ヨリ金ヲ借ルモ而モ此二人間ニハ何等ノ訴權ヲ生セス其負債ハ單ニ内部ニ起リタルモノニ過ス其償却ニ關シテハ唯德義上ノ義務アリシノミ主人カ奴隸ニ金ヲ貸スモ奴隸カ主人ニ金ヲ貸スモ亦同シク法律上ノ義務ヲ生セスシテ德義上ノ義務ヲ生スルニ過キサレナリ家子ト家子トカ互ニ相貸借シタル場合モ亦同シ然レトモ法律カ單ニ之ヲ德義上ノ義務トシ捨テ、顧ミサルトキハ社會ノ道德ヲ維持スルコトヲ得ス或ハ家子カ家父ノ金ヲ借リテ之ヲ返濟セス或ハ主人カ奴隸ノ金ヲ借リテ返濟セス社會ノ道德ハ地ニ落チテ秩序紊亂スルノ恐アリ故ニ法律ハ其事柄ニ干涉シテ法律上完全ノ債務ニ非ルモ自然債務ニ化シタリトシテ自然債務ナル者ヲ認メ其債務ニ付テハ債主カ訴ヲ起スコトヲ得サレトモ若シ訴訟以外ノ方法ニ依テ辨濟ヲ受クルトキハ之ヲ負債者ニ返還スルニ及ハストシタル所以ナリ例ヘ

ハ家子カ家父ニ對シテ金圓ヲ貸シ其後正當ノ手續ヲ經テ別戶シタリトスルモ其子ハ父ニ對シテ金圓ノ返濟ヲ受クルカ爲メニ訴ヲ起スコトヲ得ス然レトモ若シ辨濟ヲ受ケタルトキハ父ハ子ニ對シテ再ヒ其返還ヲ請求スルノ權利ナシ奴隸カ主人ニ金ヲ貸シ其後解放セラレタル場合ニ於テモ亦同一ノ規則ヲ適用ス故ニ沿革ヨリ謂フトキハ羅馬法ノ自然債務ハ羅馬ノ家族内ニ發達シタルモノナリ而シテ此點ニ付テ自然債務ハ自然ノ占有(即チ握持)ト能ク相似タリ學者宜シク注目スヘキ所ナリトス又羅馬ニ於テモ後ニ至リテ家族以外ニ自然債務ノ原則ヲ用ユルニ至レリ

近世ニ所謂自然債務モ羅馬法ノ所謂自然債務モ其性質ハ同シト雖モ唯内容ノ點ニ於テ大ニ趣キヲ異ニス羅馬時代ニ於ケルモノ今日ニ於テ消滅シ又今日存在スルモノニシテ羅馬時代ニ存在セサリシモノナキニ非ス羅馬ニ於テハ或時代ニテハ出訴期限ヲ經過スレハ消滅シテ自然債務ヲ生スルコトナカリキ自然ノ債務ノ根據ハ果シテ何ニアルヤト尋ヌルニ沿革ヨリ云ヘハ社會ノ道德ヲ維持シ秩序ヲ保護セントスルニ出テタルナリ近年自然債務ノ根據ニ付テハ種々ノ說ヲ成ス者

アリ

今其主要ナルモノヲ舉レハ左ノ如シ

第一、「サヴィニー」「プフター」等ノ説ニ依レハ自然債務ハ萬姓法ニ基クモノナリト云フニアリ而シテ此説頗ル有力ナリ

第二、「ヴェバー」等ノ説ニ依レハ自然債務ノ根據ハ自然法ニアリト云フニアリ

第三、「シヨイルル」カ嘗テ唱道シタル説ニ依レハ自然債務ヲ棄テ、顧ミサルハ穩

當ニアラサルヲ以テ法律上之ヲ保護スルニアリト云フニアリ又佛蘭西ノ「ボー

ドリ」ラカンチヌリ」「ボチエ」等ノ説ニ依レハ自然債務ノ根據ハ正義良心ナ

リト云フニアリ二者其趣旨トスル所ヲ同フスト謂フヘシ

第四、「デルンブルヒ」等ノ説ニ依レハ諸種ノ債務ノ中ニ就キ政府カ執行ヲ強制ス

ルコトヲ得スシテ或ハ商人間ノ信用、評判等ニ基キ或ハ社交道徳ノ爲メニ認め

ラレ自ラ社會ニ行ハル、債務アリ斯ノ如キ債務カ政府ノ認容ヲ受ケ或程度マ

テ法律ノ保護ヲ受クルニ至リテ自然債務トナルモノト云フニアリ

以上ノ四説中余ハ「デルンブルヒ」ノ説ヲ以テ最モ發達シタル羅馬法ノ精神ニ符合

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

更ニ自然法定テフ文字ノ本源ニ遡ツテ之ヲ按スルニ自然法ト市民法トニ關係ヲ有ス即チ市民法ハ之ヲ「ユスチビレ」ト云ヒ自然法ハ之ヲ「ユス」ナチュラレ」ト云ヒ又且「チビレ」(法定)ト「ナチュラレ」(自然)トヲ相對セシメタリ此點ヨリ視レハ自然債務ノ

根據ハ全ク自然法ニ關係ナシト云フコトヲ得ス夫レ既ニ自然法ニ關係アルモノトセン乎即チ萬姓法ニモ亦大ニ關係スルコト明カナリ是ニ由テ之ヲ觀レハ自然債務ヲ棄テ、顧ミサルハ穩當ニアラストノ説モ亦必スシモ謬レリトイフコトヲ得ス即チ正義良心ニ基ケリトノ説ハ必スシモ一概ニ之ヲ排斥スルヲ許サ、ルナリ何トナレハ之レ亦自然法ト密接ノ關係アレハナリ之ヲ要スルニ自然債務ノ根據ニ關スル第一乃至第三ノ説ハ皆各眞理ノ一部分ヲ得タルモノト云フヲ得ヘシ自然債務ノ效果ヲ列擧スレハ則チ左ノ如シ

第一、錯誤ニ基キテ自然債務ヲ遂ケタル場合ニハ其返濟ヲ訴求スルコトヲ得ス此點ニ於テハ羅馬法ノ規則ト佛蘭西民法ノ規則トハ異レリ佛蘭西民法第千二百三十五條第二項ニハ任意ニテ自然債務ヲ履行スルトキハ其返還ヲ求ムルコトヲ得ストアリ然ルニ羅馬法ニ於テハ之ヲ任意ト云ハスシテ錯誤ト云シナリ此點ヨリスレハ羅馬法ノ規則ト佛蘭西民法ノ規則トハ異ナレルモノトス然レトモ羅馬法ノ規則ニ對シテモ亦多少ノ例外ナキニアラス

第二、自然債務ト法律上完全ナル債務トハ互ニ之ヲ相殺スルコトヲ得

第三、主人カ奴隸ニ金錢ヲ貸附シタル場合ニ於テ主人カ奴隸ヲ解放スル際ニ方リテ若シ其奴隸カ特有財産ヲ有スルトキハ其特有財産中ヨリ貸金ヲ控除シテ奴隸ニ渡スコトヲ得又若シ主人カ奴隸ヨリ金錢ヲ借受ケタルトキハ之ヲ奴隸ノ特有財産ニ添加シテ與フルモ亦可ナリ

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

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

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

第七、自然債務ヲ更改シテ法律上完全ナル債務ト爲スコトヲ得

第七項 「パクタヤ」(Pacta)及ヒ贈與

「バクタア」ハ複數ニシテ其單數ハ「バクツム」(Pactum)ナリ又「バクチャ」(Pactio)ナル字モ其意味ヲ同フスルモノニシテ合意若クハ約束ト云フカ如シ然レトモ此「バクタア」ハ羅馬法律上特別ノ意味ヲ有シ近世ノ法律思想ヲ以テシテハ到底之ヲ説クコトヲ得サル一種ノ意味ヲ寓セリ唯羅馬ニ於テハ法律ノ沿革上之ヲ生シタルノミ「バクタア」ニハ許多ノ種類アリト雖モ概ネ訴訟ノ原因トナラス即チ當事者ハ「バクタア」ヲ結フモ之ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得サルナリ然レトモモシ相手方ノ爲メニ訴ヘラレタルトキハ「バクタア」ヲ結ヒタルコトヲ抗辯トシテ其請求ヲ拒ムコトヲ得ヘキナリ例ヘハ債主カ相當ノ手續ヲ履ミ負債主ヲ免除セスシテ單ニ貸金ノ催促ヲセサルヘシトノ約束(Pactum de non petendo)ヲ爲シタル場合ノ如キハ債主ニシテ若シ負債主ヲ訴フルコトアラン平則チ負債主ハ抗辯ヲ提出シテ債主ノ請求ヲ拒ムコトヲ得ヘシスノ如ク一般ニ云ヘハ「バクタア」ハ訴訟ノ原因トナラス即チ之ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得サルヲ原則トスルカ故ニ人之ヲ呼ヒテ裸體ノ約束(Vruda pacta)ト云フ茲ニ注意スヘキハ英國法ニ於テモ亦「ヌーダア」バクタア「ナルモノアリト雖モ是レ羅馬法ノ所謂「ヌウダア」バクタア」ト其意味ヲ異ニシ「コンシ

ダレーション」即チ約報)ナキ約束ト云フ義ナリ

「バクタア」ハ一般ニ云ヘハ訴訟ノ原因トナラスト雖モ時トシテ又訴訟ノ原因トナルモノナキニアラス之ヲ着裝ノ約束(Pacta vestita)ト云ヘリ彼ノ附加ノ約束(Pacta adjecta)ノ如キハ即チ是ナリ附加ノ約束トハ例ヘハ賣買契約ヲ結フニ方リテ賣主カ買主ニ約束シテ若シ何月何日マテニ物ヲ引渡サ、ルナラハ金何圓ノ罰金ヲ拂フヘシト曰ヘルカ如キヲ云フ而シテ此種ノ約束ヲ爲ストキハ買主ハ之ニ依テ訴訟ヲ起スコトヲ得タリ然レトモ主タル契約ヲ結ヒタル後ニ於テ斯ノ如キ附加ノ約束ヲ爲スモ訴訟ノ原因トナラスシテ結約者ハ唯之ヲ抗辯ノ理由ト爲スコトヲ得ルニ止マルノミ羅馬ノ裁判官ノ作りタル法律ニ依レハ既ニ存在セル所ノ負債ヲ或特定シタル時ニ支拂フヘシトノ「バクタア」ハ有效ナリトセリ故ニ結約者ハ之ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得タルモノトス又古昔ノ市民法ニ依レハ要式口約ノ手續ニ依テ此種ノ契約ヲ爲シタルトキハ結約者ハ之ニ基キテ訴訟ヲ起スコトヲ得タリ然レトモ後年裁判官ノ作りタル法律ニ依レハ此種ノ約束ハ之ヲ結フニ縱令要式口約ノ手續ヲ經ストモ亦之ヲ以テ有效トシテ訴訟ノ原因トシタルナリ及

テヲドシユース皇帝及ヒ「ヴァレンチニアマス」皇帝ノ作りタル法律ニ依レハ人カ結婚ヲ爲スニ方リテ第三者ヨリ財産(即チ嫁時)ヲ與フルノ「バクタア」ヲ結ヒタルトキハ之ヲ訴訟ノ原由トスルコトヲ得ト云フニアリ蓋シ此法律ノ制定以前ニアリテハ斯ノ如キ約束ヲ爲スニハ主トシテ要式口約ノ手續ヲ履ミタルモノ、如シ又「ユスチニアン」法典ニ依レハ物ヲ贈與スルノ約束ニ付テハ「バクタム」ヲ結フコトヲ得トセリ此等ハ耶蘇教ノ漫延ニ基因シタリ耶蘇教カ羅馬ニ漫延スルヤ寺院ニ寄附スルモノアルモ其契約ヲ實行セサルモノ多々アリシカ爲メ此ノ規則ヲ見ルニ至レリ然レトモ其例外ノ約トシテ贈與ノ「バクタム」ハ訴訟ノ原由トナレリ而シテ此規則ヲ定メタル者ハ他人ニアラス即チ「ユスチニアン」ナリ但五百「ゾリヂ」(Solidi)以上ノ贈與ニ付テハ單ニ「バクタム」ヲ結ヒタルノミニテハ足レリトセス必ス裁判所ニ於テ公ノ手續ヲ經サルヘカラス即チ贈與者ハ或ハ裁判所ニ出頭シテ贈與スルノ申立ヲ爲シ裁判所ノ帳簿ニ之ヲ記入シ或ハ書類ヲ作製シテ之ヲ裁判所ニ提出セサルヘカラサリシナリ此手續ヲ稱シテ「インジュヌアチヲ」(Insinatio)ト云フ獨逸ニ於テ羅馬法律ヲ採用シタルトキ「ゾリヅス」(Solidus)ヲ「ライヒスヅカテン」(Reichsdun)

caten)トセリ今日我國ノ貨幣ニ比較シテ算スレハ「ゾリヅス」ハ蓋シ二千三百三十三圓餘ニ當ル

是ヨリ如何ナル贈與カ無効ナルヤヲ説明セント欲ス

第一、贈與者カ現在並ニ未來ニ所有スヘキ財産全部ハ之ヲ贈與スルコトヲ得ルヤ否ヤト云フニ「サヴィニ」ハ羅馬法律上之ヲ無効ナリト曰ヘリ然レトモ「ウインドシヤイド」等ノ説ニ據レハ有効ナリトス

第二、羅馬法律ニ據レハ夫婦間ノ贈與ハ之ヲ無効トセリ如何ナル故ニ夫婦間ノ贈與ハ之ヲ無効トシタルヤト問フニ羅馬ニ於テハ離婚カ自由ナリシヲ以テ結婚セル後夫婦ノ一方カ富ミテ一方カ貧ナルトキハ貧者ハ富者ニ對シテ離婚ヲ脅迫ノ材料トシテ贈與セシムル恐アリ又富者ハ離婚ヲ畏レテ贈與ヲ爲スノ恐アリ是レ即チ夫婦間ノ贈與ヲ無効トシタル所以ナリ然レトモ亦妻カ夫ニ先チテ死亡スルトキハ其以前ニ爲シタル妻ヨリ夫ニ對スル贈與ハ有効ナリトス

如何ナル贈與ハ第三者ニ於テ取消ヲ求ムルコトヲ得ル乎ト云フニ
第一、無償贈與ノ爲メニ贈與者ノ債主カ損害ヲ被ムルトキハ債主ハ贈與ノ取消

ヲ求ムルコトヲ得

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

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

贈與者ノ責任ニ付テ一言スレハ贈與者カ重大ナル過失又ハ詐欺ヲ以テ第三者ノ物件ヲ與ヘ之カ爲メ第三者カ受贈者ヨリ其物件ヲ追奪シタルトキハ贈與者ハ受贈者ニ對シテ損害ノ賠償ヲ爲スノ責任アリ然レトモ贈與者ハ一般ニ云ヘハ引渡遲滯ノ責ニ任セサルナリ

第八項 契約ノ歴史

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

「ユスチニア」ノ時代ニハ契約ヲ以テ債務關係ヲ生スルノ合意トスル思想ハ既ニ十分ニ發達セリ然レトモ今其以前ニ遡テ諸種ノ契約ノ歴史ヲ尋ヌルニ極メテ古キ時代ニ於テハ契約ハ蓋シ獨立ノ法律行爲トシテ法律ノ保護ヲ受ケサリシモノノ如シ即チ所有權ノ移轉ト同一ノ保護ヲ受ケタルナリ換言スレハ契約ト所有權ノ移轉トハ殆ント之ヲ區別セサリシモノトス昔時所有權ノ移轉ニ付テ「マンチバチ」ノ方式アリシコトハ既ニ之ヲ述ヘタリ即チ青銅ノ衡器ト又其目的物ノ代價ヲ代表スル青銅ノ塊片トヲ携ヘ來ラサルヘカス此方式ヲ羅甸語ニテ「ペル、エイ、ス、エット、リブラム」(Par aes et libram)ト云ヘリ譯シテ青銅及ヒ衡器ニ依ルノ方式ト云ヘハ可ナルニ庶幾シ然ルニ此方式ノ外尙「ネキズム」(Nexum)ナル方式アリテ金錢ヲ貸ス場合ニ之ヲ用キタリ「ネキズム」ノ方式ニ於テモ亦青銅ノ衡器ト塊片トヲ携ヘ來

ルコトヲ要シ且貸主カ借主ノ前ニ於テ一定ノ語ヲ述ヘテ以テ借主ニ返濟ノ義務ヲ負擔セシメタリ而シテ其返濟ノ期限到來セルニ拘ラス借主カ之ヲ返濟セサルトキハ貸主ハ之ヲ奴隸トスルコトヲ得ヘシ英國ノ有名ナル「メイン」ノ説ニ據レハ「ネキズム」ナル名稱ハ古代青銅ノ塊片及ヒ青銅ノ衡器ヲ用キタル場合ノ總名ナリシカ其後分レテ二トナリ一方ハ古來ノ名ヲ存シ一方ハ「マンチ」バチヲ「ナル名」ヲ得タリ即チ「マンチ」バチヲ「ハ」之ヲ所有權ヲ移轉スル場合ニ用キ「ネキズム」ハ契約ヲ締結スル場合ニ之ヲ用ユルニ至レリト云フニアリ(メイン八頁參照)此説カ果シテ肯綮ニ中レルヤ否ヤハ其證據ナキニ苦マサルヲ得然レトモ「ネキズム」ニセヨ「マンチ」バチヲ「ニセヨ」皆青銅ノ塊片及衡器ヲ用ユル方式ナルカ故ニ其本源ハ則チ一ナルカ如シ唯其總名カ果シテ「ネキズム」ト云ヒシヤ否ヤハ頗ル判然セサルノミ兔ニ角「ネキズム」ナル方式ハ金錢ノ貸借ニ之ヲ用キタルモノナルコト分明ニシテ疑フヘカラス嘗テ述ヘタルカ如ク「ユスチニア」ノ時代ニ於ケル金錢ノ貸借ハ之ヲ「ム」ツウムト稱セリ今日ハ之ヲ消費貸借ト譯ス然リ而シテ多數學者ノ説ニ據レハ「ム」ツウムハ古ヘノ「ネキズム」ヨリ脱胎シタルモノニシテ即チ其方式ヲ廢シ其趣意

ヲ採用シタルモノナルカ故ニ變シテ「ム」ツウムトナリシト云フニアリ孰レニセヨ「ネキズム」ニ付テハ學者間種々ノ説アリテ一定セサルナリ獨逸人「ダンツ」氏ノ著羅馬法律史第二卷ハ其説ノ概略ヲ掲ケタレトモ今其紛雜ヲ避ケテ之ヲ略シヌ又古昔ハ物ヲ質入スルニモ之ヲ寄託スルニモ將タ之ヲ無償ニテ貸與スルニモ一旦所有權ヲ移轉セサルヘカラス故ニ此等ノ場合ニ於テ皆必ス「マンチ」バチヲ「ノ」方式ヲ履メリ然ルニ其後ニ至リ漸ク「マンチ」バチヲ「ノ」方式ヲ廢シタルカ故ニ所謂質入契約、寄託、使用貸借ト云フカ如キ別々ノ契約ヲ生シタルナリ之ヲ要スルニ古昔ハ契約ト所有權移轉トノ間ニ區別ナカリシカ漸ク之ヲ區別スルニ至リ質入契約、寄託、使用貸借ハ所有權ノ移轉ニ關係ナク獨立ノ法律行爲トシテ法律ノ保護ヲ受クルニ至レルモノトス願ルニ古代ニ於テハ總テノ事項カ方式ノ支配ヲ受ケタレトモ年ヲ經ルニ從ヒ方式ヨリハ寧ロ當事者ノ意思ニ重キヲ置クハ普通ノ順序ナリ而シテ「マンチ」バチヲ「ノ」方式モ亦之ヲ廢セラル、ニ及ンテ種々ノ契約ハ當事者ノ意思ニ基キ獨立ノ法律行爲トシテ法律ノ保護ヲ受クルニ至レルナリ

又「メイン」ノ説ニ據レハ要式口約（Stipulatio）モ亦古ヘノ「ネキズム」（Nexum）ト關係アリト云フニアリ然レトモ是亦之ヲ確ムル所ノ證據ヲ發見スルコト能ハス之ニ反對スル人ノ説ヲ聞ニ「スチプラチヲ」（Stipulatio）ハ神ニ誓フコト即チ「スボンジヲ」（Sponsio）ヨリ出テタリト曰ヘリ成程「スチプラチヲ」ノ方式ヲ按スルニ「スホンデスネ」（Spondesne）及ヒ「スボンデヲ」（Spondeo）等ノ語ヲ用キタリ（前者ハ約束スルカト云フ意ナリ）此等ノ語ハ固ヨリ古字ニシテ其外形ヨリ見ルモ亦「スボンジヲ」ニ關係セルモノ、如シ是ニ由テ之ヲ觀レハ法律上ノ債務ヲ負擔スルテウ觀念ト神ニ誓フテフ觀念ト相合シテ要式口約トナリシナラント思惟セラル、ナリ

次ニ書約ナルモノハ案外早ク發達シタルモノナリ多數ノ學說ニ據レハ恐クハ是レ亦古ヘノ「ネキズム」ヨリ出テタルモノナラント云フ

合意約ハ有名契約ノ中ニ就テ最モ遲レテ發達シタルモノナリ即チ賣買、賃貸、借組、委任ノ類ハ皆後ニ至リテ發達シタルモノトス

交換ノ如キハ無名契約トシテ法律ノ保護ヲ受ケタルハ割合ニ遲シト雖モ交換ノ實物ハ極メテ古キ時代ヨリ羅馬人間ニ行ハレタルコト疑ヲ容レス抑モ何レノ社

會ナルヲ問ハス其幼稚ナル時代ニ於テハ賣買ヨリモ寧ロ交換ノ方多ク行ハル、ヲ常トス羅馬ニ於テモ亦然リシヤ明カナリ唯夫レ羅馬ニ於テハ交換ヲ無名契約ノ中ニ加ヘタル結果無名契約一般ニ適用ス可キ一種ノ保護ヲ受クルニ至リシコト甚タ遅レタルノミ而シテ交換力無名契約ノ一種トシテ法律ノ保護ヲ受ケタルハ如何ナル事由ニ基キヤト云フニ羅馬法律カ發達ヲ始メタルハ社會頗ル進歩シタル後ニアリ故ニ此時ニ當リテハ賣買盛ンニ行ハレ從テ賣買ノ方正式ニシテ交換ハ却テ變體ト見ラレタルニ由ラスンハアラサルナリ

第五款 準契約

準契約ヨリ生スル債務關係ハ之ヲ「オブリガチヲ、クアジ、エッキス、コントラクツ」（Obligatio quasi ex contractu）ト云ヘリ當事者ニ於テハ敢テ契約ヲ結ハサルモ其結果ヨリ見レハ恰モ契約ヲ結ヒタルカ如シト雖モ法律上ヨリ之ヲ觀察スレハ全ク契約ト性質ヲ異ニスルモノナリ羅馬法律家ノ所謂準契約中最モ著シキモノハ即チ事務管理（Negotiorum gestio）ナリ事務管理トハ他人ノ依頼ヲ受ケスシテ他人ノ爲スヘキ事務ヲ爲スヲ謂フ例ヘハ他人ノ不在中其家屋カ破損シタル場合ニ於テ所有者ニ

代テ之ヲ修理スルノ類ハ即チ然リ而シテ其所有者ト修理シタル者トノ關係ハ恰モ委任ノ場合ニ於ケル委任者ト受任者トノ關係ニ似タリ即チ修覆ヲ加ヘタル者ハ所有者ニ對シテ訴訟ヲ起シ其修覆ノ入費ヲ償却センコトヲ請求スルヲ得ヘク又其修覆シタル者ニシテ不都合ノ行爲アラシ乎其家屋ノ所有者ハ之ニ對シテ訴訟ヲ起スコトヲ得ヘシ又他ノ例ヲ引テ之ヲ説明センニ後見ノ場合ノ如キ後見人ト被後見人ノ關係ハ恰モ委任ノ場合ニ於ケル委任者ト受任者トノ關係ノ如シ然レトモ注意ノ程度ニ關シテハ後見ノ場合ト委任ノ場合トハ大ニ其ノ趣ヲ異ニセリ即チ後見人カ被後見人ノ財産ニ對シテ加フヘキ注意ノ程度ハ自己ノ財産ニ對シテ加フヘキ注意ノ程度ト同様ナリト雖モ委任ノ場合ニ於テハ之ニ反シ委任者ハ餘程重大ナル注意ヲ加ヘサルヘカラス是レ所謂良家父ノ注意ナリ尙ホ注意ノ程度ハ後ニ之ヲ説明スヘシ

錯誤ニ依リテ他人ニ金ヲ拂ヒタルトキハ訴訟ヲ起シテ之ヲ取戻スコトヲ得例ヘハ甲カ乙ヲ以テ自己ノ債主ナリト誤信シ乙ニ金ヲ拂ヒタル後乙ハ債主ニアラサルコトヲ發見シタルトキノ如キハ甲ハ乙ニ對シテ金圓拂戻ヲ請求スルコトヲ得

是亦準契約ノ一種類ナリ何トナレハ甲ハ使用貸借ニ基テ乙ノ債主トナリシモノニアラサレハナリ又正當ノ原因ヨリシテ物ヲ他人ニ贈與スルモ之ヲ贈與シタル所以ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ準契約ヲ生ス例ヘハ甲カ乙ナル女ヲ丙ニ嫁セシメントシ先ツ金千圓ヲ嫁時資資トシテ丙ニ與ヘタリ然ルニ其後ニ至リ丙トノ結婚ニシテ成立スレハ可ナリト雖モ若シ成立セサルトキハ如何即チ乙カ婚姻以前ニ死亡シタルカ如キコトアリトセハ甲ハ即チ丙ニ對シテ嫁時資資ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ又不正ノ原因ノ爲メニ財産ヲ與ヘタルトキハ之ヲ理由トシテ財産ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ヘシ例ヘハ羅馬法律上金ヲ借りテ高利ヲ拂ヒタルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得トセルカ如キ是ナリ高利貸ニ關スル法律ハ諸國區々ニ出ツト雖モ羅馬法ノ規則ハ實ハ斯ノ如カリシナリ又風紀ニ背反シタル原因ノ爲メニ物ヲ與ヘタルトキハ之ヲ理由トシテ物ノ取戻ヲ請求スルコトヲ得但シ受贈者ノ一方ニ過失アリシ場合ニノミ起スコトヲ得ル訴訟ニシテ若シ贈與者ノ方ニモ不都合アリシトキハ之ヲ起スコトヲ得サルナリ又原因ナクシテ物ヲ與フルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得例ヘハ甲カ乙ニ金百圓ヲ返還スルノ

義務アリト信シテ之ヲ支拂ヒタリ然ルニ乙ハ之ヲ貰受クルノ意思ニテ受取リタ
 リト假定セヨ此場合ニハ雙方間ニ合意ナシ故ニ其消費貸借モ生セス又贈與ヲモ
 生セス結局甲ハ乙ニ對シテ無原因(Dine causa)ヲ理由トシテ其金圓ノ返還ヲ請求ス
 ルコトヲ得ルモノトス

第六款 私犯 (Obligatio ex maleficio)

「ユスチニア」法典ノ法學階梯ニ列舉セル所ニ依レハ私犯ニ四種類アリ第一、竊盜
 第二、強盜第三、財産ニ對スル私犯(對產私犯)第四、身體ニ對スル私犯(對身私犯)是ナリ以下順次
 之ヲ説明セン

第一 竊盜(Furtum)

羅馬法律ニ所謂竊盜ハ其意味頗ル廣ク第一ニ「フルツム、イブシウス、レイ」[Furtum
 ipsius rei] 即チ物其自身ノ竊盜アリ例ヘハ甲カ乙ノ家ニ侵入シテ乙ノ所有セル
 物件ヲ持去ルカ如シ第二ハ「フルツム、ウーゾース」[Furtum usus] 即チ使用ノ竊盜ア
 リ、例ヘハ寄託契約ニ基キテ人ノ物件ヲ預カル者カ所有主ノ同意ヲ得スシテ其
 ノ物件ヲ使用スルカ如シ彼ノ質取主カ質物ヲ使用スルカ如キモ亦此中ニ入ル

第三ハ「フルツム、ポッセッシヲニス」[Furtum possessionis] 即チ占有ノ竊盜ナルモノアリ、
 例ヘハ甲カ其所有物ヲ乙ニ質物トシテ差入レ而シテ其後乙ノ家ニ潛ミ入りテ
 之ヲ奪取シ來リタルトキハ之ヲ占有ノ竊盜ト稱ス何トナレハ甲ノ竊盜シタル
 物ハ自己ノ所有物ナルヲ以テ物其自身ノ竊盜ト云フコトヲ得スト雖モ乙ハ其
 物ニ對シテ占有ヲ有スレハナリ
 又竊盜ニハ「フルツム、マニフェスツム」[Furtum manifestum] ト「フルツム、ネック、マニ
 フェスツム」[Furtum nec manifestum] トノ區別アリ前者ハ即チ現行ノ竊盜ニシテ
 其場ニ於テ捕ヘラレタルモノヲ謂フ又人ノ物ヲ竊ミ之ヲ奪取シ將ニ行カント
 スル場合ニ達スル前其物ヲ持チツ、捕ヘラレタルトキハ之ヲ現行ノ竊盜トセ
 リ後者ハ即チ非現行ノ竊盜ナリ十二標ノ法律ニ依レハ奴隸ニシテ現行ノ竊盜
 犯アルトキハ之ヲ殺スヘシトシ若シ又自由人ニシテ現行ノ竊盜ヲ爲シタルト
 キハ奴隸トシテ之ヲ被害者ニ渡スヘシトセリ其後裁判官ハ此規則ヲ改正シテ
 自由人カ現行ノ竊盜ヲ爲シタルトキモ將タ奴隸カ現行ノ竊盜ヲ爲シタル場合
 ニ於テモ共ニ被害者ハ物ノ代價ノ四倍ヲ請求スルコトヲ得トシタリ「ユスチニ

アン皇帝ノ時ニ於テモ亦然リ
 非現行犯ノ場合ハ如何ト云フニ十二標ニ據レハ奴隸カ之ヲ犯シタル場合ニ於
 テモ自由人カ之ヲ犯シタル場合ニモ被害者ハ物ノ代價ノ二倍ヲ罰トシテ請求
 スルコトヲ得トセリ此規則ハ後ニ至リテモ之ヲ改メスシテ「ユスチニアン」ノ時
 尙ホ之ヲ用キタリ今何カ故ニ現行犯ト非現行犯トノ間ニ斯ノ如キ區別ヲ設ケ
 タルヤト云フニ愛蘭ノ「ダブリン」大學教授「チエルレー」(Cherry)ノ曰ヘルニハ若シ
 私人ニシテ現行ノ竊盜ヲ發覺スルトキハ直ニ自ラ之ヲ殺害スルノ恐アリ故ニ
 此殺害ノ行ハル、コトヲ減セント欲シテ現行犯ヲ罰スルコト特ニ非現行犯ヨ
 リ重クシタル所以ナリト云フ(チエルレー氏著古代ノ社會ニ於ケル刑法ノ發動ト題スル書ニ之ヲ論スル)
 竊盜ノ場合ニ於テ被害者ノ起スコトヲ得ル訴訟ニ三アリ第一ハ竊盜ノ訴訟(Ao
 the furti)ト稱ス是レ即チ罰金ヲ請求スルヲ以テ目的トスルモノニシテ所有主ニ
 限ラス苟クモ其物ニ對シテ利害關係アル者ハ之ヲ起スコトヲ得ル訴訟ナリ又
 所有主ト雖モ若シ其物ニ付テ直接ノ利害關係ナキトキハ之ヲ起スコトヲ得ス
 例ヘハ衣服ノ破綻ヲ修覆スル爲メ之ヲ仕立屋ニ預ケタリシ場合ニ於テ若シ竊

盜アリテ仕立屋ヨリ其衣服ヲ竊取シ去リタルトキハ羅馬法ニ依レハ竊盜ノ訴
 訟ヲ起シテ以テ罰金ノ請求ヲ爲スコトヲ得ル者ハ即チ仕立屋ニシテ而シテ所
 有主ハ却テ此訴權ヲ有セサルナリ何トナレハ所有主ハ仕立屋ニ對シテ請負契
 約ヨリ生シタル訴權ヲ有スルカ故ニ直接ニ其物ニ付テ利害ヲ感セサレハナリ
 然リト雖モ若シ其仕立屋ニシテ無資力ナルカ爲メニ所有主ニ對シ物ノ價ヲ辨
 償スルコトヲ得サル場合ニ於テハ所有主ハ盜人ニ對シテ竊盜ノ訴訟ヲ起スコ
 トヲ得サルモノトス理論上ハ正當ニアラサレトモ羅馬法ノ規則ハ實ニ斯ノ如
 カリシナリ

第二ハ對物ノ訴訟(Vindicatio)ト稱ス是レ即チ物件ノ取戻ノ爲メニ起スコトヲ得
 ル訴訟ナリ而シテ之ヲ起スコトヲ得ル訴權ヲ有スル者ハ所有主ニシテ罰金ノ
 外尙ホ物件ノ返還ヲモ併セテ請求スルコトヲ得ルモノトス又此訴訟ハ盜人ノ
 ミナラス苟クモ物件ヲ占有スル者ニ對シテハ之ヲ起スコトヲ得ルナリ

第三ハ竊盜ニ關スル對人訴訟(Condictio furtiva)ト稱ス此訴訟ハ所有主カ物ノ價
 ヲ請求スルカ爲メニ起スコトヲ得ルモノニシテ盜人又ハ其相續人ニ對シテ訴

ヲ起スコトヲ得ルナリ但被告ニ於テ其物件ヲ占有セルト否トヲ問ハス故ニ此
訴訟ハ往々ニシテ物件取戻ノ請求ニ代ヘテ起ルコトアリ

第二 強盜(Rapina)

裁判官ノ判定セル法律ニ依レハ竊盜ヲ爲シタル者ハ強盜ニ關スル訴訟ヲ受ク
被害者カ若シ一ケ年以内ニ此訴訟ヲ起ストキハ物ノ價ノ四倍ヲ請求スルコト
ヲ得ヘシ然レトモ此四倍中三倍ハ罰金ニシテ他ハ損害ノ賠償ナリ強盜ハ此點
ニ於テ竊盜ト異レリト謂フヘシ即チ竊盜ノ現行犯ノ場合ニ於テハ四倍ノ罰金
ハ物ノ價ヲ含マス故ニ罰金ノ外尙ホ物件返還又ハ損害ノ賠償ヲ要求スルコト
ヲ得ヘシ強盜ノ場合ハ之ニ反シテ四倍ノ中三倍ハ罰金ニシテ一倍ハ損害ノ賠
償ナリ而シテ此罰金ニセヨ又賠償金額ニセヨ共ニ被害者ノ手ニ入ルモノトス
然レトモ被害者ニシテ若シ一ケ年以後ニ此訴訟ヲ起シタルトキハ單ニ其物件
ノ價ヲ請求スルコトヲ得ルニ止マルノミ羅馬ノ極メテ古キ時代ニ於テハ強盜
ト竊盜トノ間ニハ區別ヲ認メサリシカ「チチエロー」ノ言ニ據レハ紀元前七十七年
ニ至リテ始メテ裁判官カ此二者ノ間ニ區別ヲ立テタリト云フ抑モ竊盜ト云ヒ

強盜ト云ヒ今日ハ之ヲ刑法ニ規定スル犯罪ナレトモ羅馬ニ於テハ之ヲ私犯ノ
一ニ數ヘタルハ支那及ヒ日本ノ古代法ト異ル所ニシテ此點ニ於テハ羅馬法ノ
發達ハ東洋ニ遅レタルモノト謂フヘシ

第三 對產私犯(Damnnum injuria)

對產私犯ニ對スル特別ノ訴訟アリ此訴訟ハ紀元前二百八十六年頃ニ認めラレ
タルモノトス當時對產私犯ニ關スル特別ノ法律發布セラレタリ此法律ノ第二
章ハ「ユスチニアン」(紀元後五年)ノ頃ニハ行ハレスシテ唯其第一章ト第三章トノミ
行ハレタリ而シテ其第一章ノ規定ニ據レハ他人ノ奴隸又ハ家畜ヲ殺ストキハ
其奴隸又ハ家畜カ最終ノ一ケ年内ニ有シタリシ最高價額ヲ罰金トシテ拂ハサ
ルヘカラスト云フニアリ又第三章ノ規定ニ據レハ奴隸又ハ家畜ヲ傷ケタルト
キハ罰金ヲ拂ハサルヘカラス而シテ此場合ニ於テハ最終ノ三十日間ニ有シタ
リシ最高價額ヲ以テ損害ノ標準トス又同章ノ規定ニ據レハ犬又ハ野獸等總テ
家畜中ニ入ラサル所ノ動物ヲ殺シ又ハ傷ケタルトキハ家畜ヲ傷ケタルト同様
ノ規則ヲ適用ス此他詳細ナルコトハ必要ナキヲ以テ茲ニ之ヲ略ス