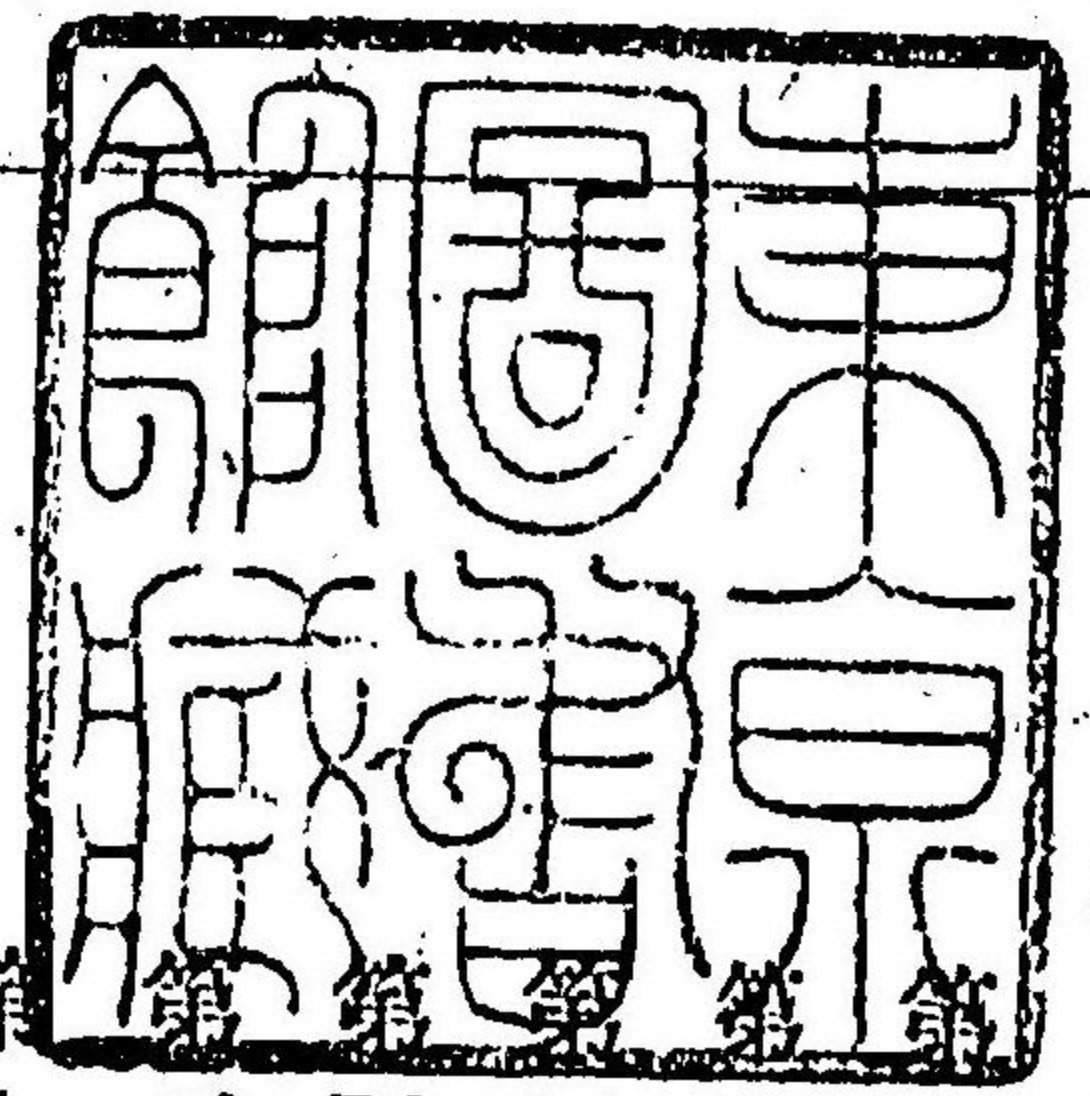


古代法

目次

緒言

本論



第一章	古代ノ法典	全丁
第二章	擬制	一二丁
第三章	性法及衡平法	二一丁
第四章	性法ノ近世史	四一丁
第五章	太古ノ情狀	六三丁
第六章	遺囑相續ノ沿革	九五丁
第七章	遺囑及相續ニ關スル古今ノ思想	一二丁

古代法目次

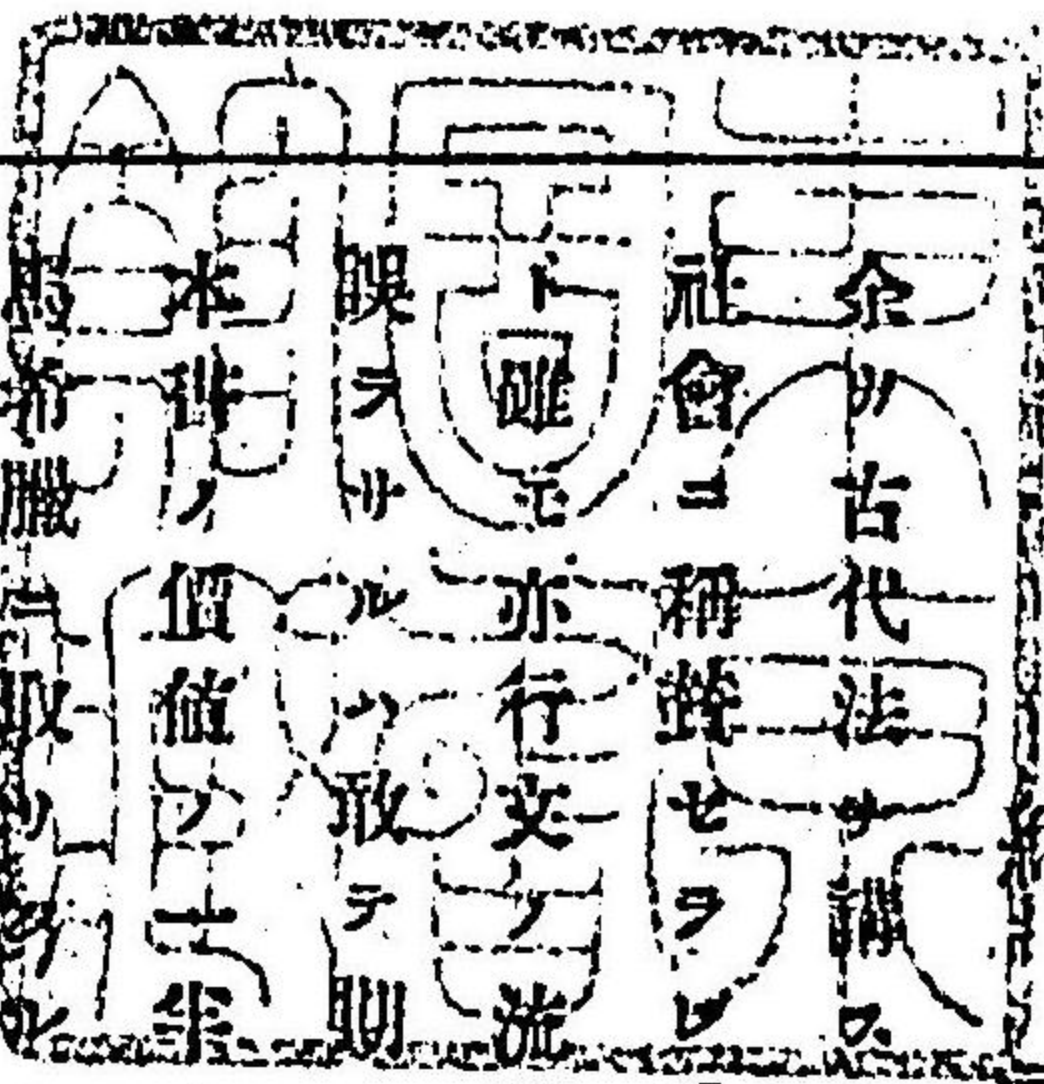
第八章	古代財産ノ思想	一一八丁
第九章	契約法ノ沿革	一三九丁
第十章	私犯法及刑法ノ沿革	一五五丁

古代法目次終

古代法

法學博士 菊池 武夫 講義
 卒業生 高松 大喜次 編輯

緒言



余が古代法ヲ講スルハ専ラメトシ氏ノ原著ニ依ルモノナリ抑モ此書ノ歐洲法律
 社會ニ稱賛セラレ愛讀セラルハ其立論ノ卓抜ナルト考證ノ精確ナルトニ因ル
 ト雖モ亦行文ノ流麗ナルニ職由セシメハアラス余ハ之ヲ傳授スルコ方リ趣旨ヲ
 誤ラサルハ敢テ期スル所ナルモ令詞巧文ヲ寫出スルハ得テ望ムヘカラス從ツテ
 本書ノ價值ノ一生ヲ損スルハ實ニ遺憾千万ナリ又此書ハ重ニ其立論ノ根據ヲ羅
 馬希臘ニ取リテカ故ニ諸君ハ了解ニハ苦シマストスルモ妙味ヲ覺ルコト甚ク
 薄カルヘシ蓋シ諸君ハ歐米ノ學生ニ於ケルカ如ク羅馬希臘ノ歴史ヲ研究スルノ
 暇アラサルヘケレハナリ故ニ今余ハ本法ヲ講スルノ序トシテ羅馬希臘ノ歴史中
 殊ニ本書ニ關係アル部分ニ付テ其大要ヲ述ヘントス

古代法 緒言

抑モ歴史ノ初ニ於テ羅馬ハ王政ナリキ後王政廢レテ寡人トナリ十人ノ貴族ヲ以テ政府ヲ組織シ百般ノ政務ヲ奉行セリ蓋シ此時代ニ於テ彼ノ有名ナル十二銅標ヲ生シタルモノナリ次テ平民黨ノ勢力旺盛ニ赴キ終ニ貴族ニ代リ純然タル共和政體ヲ建タリ共和政漸ク衰ヒヤユリヤスニザリノ如キ豪傑相踵テ現出シ共和政ヲ變シテ中コロ羅馬帝國ニツニ分レ一ハ依然トシテ羅馬ニ都シ一ハ都サコニスダソナノールニ建ツ後者ヲハ東羅馬帝國ト稱シ前者ヲハ西羅馬帝國ト號ス夫ノ有名ナルヤヌスチアン帝ハ實ニ東羅馬ノ皇帝ナリ之ヲ要スルニ古代法攻究ニ付テ諸君ノ參考ニ供スヘキハ初メ羅馬ハ王政ニシテ次ニ貴族間ノ共和政ト爲リ後純然タル平民主義ノ共和政ト爲リ最後ニ帝政ト爲リタルコト是レナリ希臘ニ於ケル沿革ノ如何ヲ攷フルニ蓋シ羅馬ニ於ケルト大差アルコトナシ唯希臘ノ開化ハ時代ニ於テ羅馬ノ先タリ希臘ニ於テハ實ニ法律ノミナラス哲學ノ進歩モ非常ニシテ殆ト今人ヲモ壓倒スルノ勢ナリシ而シテ此希臘哲學ノ思想ハ其影響ヲ羅馬法ニ及ホシ延テ近世ノ法律及ヒ政治ノ運命ヲ左右セリ羅馬軍ノ向フ所ニハ敵ナシ希臘モ亦其亡ホス所ト爲リ兵力ニ於テハ羅馬ニ劣リシト雖モ智力

ニ於テハ遙カニ羅馬ノ上ニ在リタルヤ明カナリ

本書ハ法律ノ沿革ヲ論述スル著書中有名ナルモノナリト雖モ法律全部ニ涉リテ詳説シタルニ非ス唯人事所有權契約等ノ如キ重大ナル事柄ニ付テ述ヘタルノミ抑モメーソン氏カ本書著者ハスニ至リシハ大ニ所由アリ夫レ英國ハ海中ニ屹立スル一孤島ニシテ歐洲大陸トハ自ラ其趣ヲ異ニスルモノアリ彼ノシールザーカ歐陸ヲ風靡スルヤ英國モ亦其征服ヲ免レズシテ一時羅馬ノ威ニ屈シタリト雖モ時偶々羅馬ノ共和政變シテ帝政ト爲ルニ際シ羅馬ノ内政多事ナリシノミナラス西陸ノ邊土ハ羅馬人ノ意ヲ留ムルニ足ラサリシト見ヘ幾クモナシテ派遣ノ吏員モ英國ヲ引上クルニ至レリ左レハ歐陸諸國殊ニ佛國ハ長ク羅馬ノ配下ニ歸シタルカ故ニ其風俗法律ノ如キニ至ル迄羅馬ニ化セラレタリト雖モ英國ハ大ニ之ト趣ヲ異ニス羅馬ノ政教ノ爲メニ其俗ヲ更メ其法ヲ變セラルハニ至ラサリシ然レトモ往時ハ英國ニ於テモ他ノ諸國ニ於ケルカ如ク苟クモ功名心アル者ハ盡ク武事ヲ是レ事トシ文事ハ僅カニ僧侶等ノ修メタルノミ而シテ應詔ハ武士ノ最モ難ノ事所ナルカ故ニ寧テ僧侶ニ委任セラレタリ是レ英國往昔ノ判官ハ皆僧侶ナリシ所以ナリ當

時英國ノ宗教ハ他ノ歐洲諸國ニ於ケルカ如ク單ニ「カトリック」宗アルノミナルコ
 其教主ハ羅馬法皇ニシテ其教書道經ハ皆羅馬語即チ拉丁語ヲ以テ記セラレタル
 ニ因リ僧侶ハ自カラ拉丁語ニ通シ從テ羅馬ノ法律書ヲ覽フコトヲ得タルカ故ニ
 判官ト爲リテ訟ヲ斷スルニ當リテハ亦自カラ羅馬法律ノ條目若クハ條理ニ依據
 シタルナリ夫ノ「フランク」氏カ著シタル英法註釋ノ如キハ名コソ英法ナレ其實
 羅馬法ヲ丸出シニシタルニ過キサルヲ以テモ羅馬法ノ英國ニ於ケル勢力ノ如何
 ナ推知スルニ足ルナリ其後中世ニ至リ宗教革命ノ舉アリテ新教ノ興起スルヤ英
 國ハ新教國ト爲リ以テ羅馬舊教即チ「カトリック」教ヲ排斥シ其極坊主カ惡ケレハ
 袈裟マテモトノ諱ノ如ク羅馬ナル感念ヲ非常ニ嫌忌シ遂ニ羅馬法ノ遵用ヲモ好
 マサルニ至レリ爾來判事カ判決ヲ爲スニモ學者カ著作スルニモ表向ニハ羅馬法
 ナ引用セズ偏ニ英國固有法ヲ適用シ又ハ之ヲ註釋スト稱セリト雖モ實ハ難件ヲ
 審斷シ難問ヲ辯解スルニ當リテハ竊ニ羅馬法ヲ頼ミタルモノナリ然レトモ羅馬法
 學不流行ノ結果トシテ秩序アル研究法ハ廢レ專ラ判決例ニ依テ刑法私犯法契約
 法買賣法ノ如キ法律ハ部分ヲ各別ニ且無順序ニ學修スルノ風行ハレタルカ故ニ

法律ノ全體ヲ總攬シ其各部ノ關係ヲ知ル者ハ絶無ナルニ至レリ此時ニ當リ夫ノ
 有名ナル「ブラツク」氏ハ有名ナル英法註釋ヲ著ハン羅馬法ノ類別次第ニ則
 リテ英國法ノ全斑ヲ論述シ以テ英國ノ法學風ヲ一變シタリ此書ハ大著述ニシテ
 廣大ナル効用ヲ爲シタルニ相違ナシト雖モ從來有觸レタル議論ヲ羅馬法ノ舊體
 形ニ從テ一纏ニ書綴リタルマテナレハ之ニ依リテ全貫シタル英法ノ法理ヲ研究
 スルコトヲ得サルナリ然ルニ其後夫ノ有名ナル「ベンサム」氏出テ英法學者ノ攻究
 方法ノ非ナルヲ論シテ大ニ之ヲ攻撃シ次テ其弟子「オースタン」氏ハ師ノ志ヲ繼テ
 幾ノト之ヲ大成シタリ「オースタン」氏カ始メテ法律ノ講義ヲ囑托セラル、ヤ先ツ
 獨逸ニ赴キ碩學「サビニ」等ヲ叩テ大ニ法理ノ淵奧ヲ究メ得タル所ヲ齎シ歸テ弟
 子ニ授ケタルモ故アリテ中途ニ廢止シタリ「氏」ノ未亡人「カ」氏ノ弟子「ヤ」
 「ソ」ト「ミ」ル氏等ノ補助ヲ得テ氏ノ遺稿ヲ編纂シタルモノハ即チ夫ノ有名ナル法
 理學ト題スル書ナリ而シテ其書ハ諸君ノ知ラル、如ク專ラ學理的ノ分類方法ニ
 依リテ總合分析シ以テ殆ト完璧ヲ爲セリ今ニ至ルマテ世人カ氏ヲ稱シテ英法學
 者ノ泰斗ト云フハ過言ニアラサルナリ然リト雖モ法律ハ固ト社會ノ形狀ト共ニ

變遷スルモノニシテ今法ハ古法ニ同シカラス東國ノ法ハ西國ノ法ニ等シカラス
 而シテオーストリアン氏ハ當時氏ノ身邊ニ現存セル法律ノミチ分析シテ其通理原理
 ナク査覈シタルカ故ニ氏ノ所謂法理ハ古代ノ法律ニ通用スヘカラサルモノ歐洲外
 ノ法律ナク説解スルニ足ラサルモノ往々之アリ法律カ世ト共ニ推移シ振古以來同
 一ノモノニアラサル以上ハ或ル時代ニ流行スル理想ノミニ依テ説明シ得ヘカラ
 ス必スヤ古昔ニ遡リ如何ナル沿革ヲ經如何ナル變遷ヲ積ミテ其今日ニ至リシカ
 ナ吟味スルコアラサレハ其眞意ヲ摘發スルコト能ハサル可シ例ヘハ長子相續法
 ノ如キ一片ノ經濟論理ヲ以テ説解スルモ其眞因ヲ擲出スヘカラス何故ニ長子ノ
 ミニ相續權アリヤハ其制ノ由テ來ル所ヲ求メサレハ得テ知ルヘカラス其他ノ事
 ニ付テモ亦皆然ラサルハナシ法律ノ沿革ヲ査究スルハ豈ニ管ニ既往ヲ知ルノ必
 要アルノミナランヤ亦將來ノ立法ニ關シテモ最モ其必要ヲ見ルナリ沿革審究ハ
 理學文學ニ於テ既ニ偉功ヲ奏シタルニ拘ラス法學ヲ攻修スルコトハ此方法ニ依ル
 者ナカリシ於是乎メーソン氏ハ本書ヲ著ハシテ攻法ノ指南ニ供シタリ左レハ氏ノ
 名聲噴々タルヤ宜ナリト謂フヘシ

然レトモメーソン氏ノ此著タル固ト沿革法理學ノ雛形ヲ擧ケテ法理研究ノ一新針
 路ヲ示シタルニ止ル故ニ其所論ハ法律ノ全部ニ涉ラスト雖モ重モナル部分ノ沿
 革ハ説キ得テ明カナレハ能ク其説ノ所ヲ翫味スル者ハ歐洲ニ於ケル法律ノ沿革
 ナク知ルハ勿論我邦ノ法律制度ノ趣旨ヲ會得スルニ於テモ亦裨益スル所鮮ナキニ
 アラサルヘシ

本論

第一章 古代ノ法典

天下最モ有名ナル法制ハ法典ヲ以テ始マリ法典ヲ以テ終ル乃チ羅馬ノ法制ハ有
 名ナル十二銅標ヲ以テ始マリヤヌナニオン帝ノ法典ヲ以テ終リ告ケタリ又希
 臘ニ於テモ十二銅表ノ比ハ之ヲ見ルヲ得ヘシ然リ而シテ法律史ノ起原ハ遙カニ
 古法典以前ニ在ルハ勿論ナリ夫レ法典ハ突然ニ發布セラルモノニアラス必スヤ
 之ヲ組織スル材料ノ既存スルモノナシハアラサルナリ換言セハ法律思想即チ
 所謂法典ノ元素ナルモノ存在シ而シテ後ニ法典現出スルモノナリ而シテ法律ノ
 古態ヲ知ルニハ徵スヘキ書史ナキニアラスト雖モ印度ノ古史ヲ除クハ希臘ノ詩

本論
古代ノ法典

人ホーマー氏ノ詩編ニ據ルニ若クハナシ氏ノ「イリヤッド」編ニ據レハ法律ニ關スル最古ノ觀念ハ蓋シ裁判ナルヘシ抑モ大古ノ民ハ常存若クハ屢發生スル事柄ヲ神ノ仕業ニ歸シ風雨雷霆ノ如キ日月ノ出沒地ノ物ヲ生スルカ如キ皆之ヲ神爲ナリトセリ獨リ有形物ノミナラス無形ノ事モ亦此思想ヲ以テ觀察セラレタリ例ヘハ國王カ爭ヲ斷スルニ當リ裁判ハ天使ニ依テ國王ニ傳ヘラル、カ故ニ國王ノ裁判ハ神託ニ出ルモノトセリ既ニ神爲ニ屬スルトアレハ裁判ハ事ニ當テ始メテ發揚セラル、カ故ニ素ヨリ一定ノ原則ニ基テ彼此關聯スヘカラスト雖モ人智未ク發達セス社會ノ事物單純ナリシ當時ニ在テハ訴訟ノ種類モ大抵同様ナリシカ故ニ勢ヒ裁判モ前後其轍ヲ同フスルモノ多カリキ於是乎漸次慣習又ハ例規トモ稱スヘキ者現出セリ今人ハ慣習ノ存在カ裁判ニ先ツツヘキモノトスレトモ沿革上ノ順序ハ全ク之ニ反ス又ヘンサム氏及ヒオースナン氏ノ分析ニ依レハ凡ソ法律ハ立法者ノ命令國民遵奉ノ義務並ニ違背ニ加フル制裁ノ三元素ヨリ成リ而モ其命令ハ單ニ一行為ニ係ラス同種類ノ數行為ニ關スルモノナリト云フ然レトモ大古ニ溯レハ立法議會ハ勿論定マリタル單獨立法者サヘモナク法律ハ未ク慣習ノ程

度ニ迄モ進マス權利義務ハ偏ニ裁判ニ依テ定マリ而シテ裁判ハ事起リテ始メテ下リ而モ既存ノ法律ニ據ルコアラヌシテ裁斷ノ機ニ臨ミ神授ニ頼テ判者ノ下ニモノナリ故ニ裁判ハ寧ロヘンサム氏オースナン氏カ所謂命令ニ類スルモノナリ法律沿革ノ第二期ニ於テハ王政衰微シ政權全ク豪族ノ掌握ニ歸セリ然レトモ豪族ハ王家ノ如ク神授ノ特權ニ頼ラス從テ其裁斷モ直接ニ神託ニ歸スルコトヲ得ス唯或ハ其邊據スル典章ノ幾部若クハ全部ヲ神授ニ出ルモノトセシノミ此時期ハ稱シテ慣習法ノ時代ト謂フヘシ當時王代ノ裁斷積テ慣習ヲ爲シ其識ハ豪族ノ專占スル所ト爲レリ豪族ハ時ニ之ヲ濫用セサルコアラスト雖モ文字ノ發明前及ヒ其普及前ニ在テハ司法ノ特權ヲ豪族ノ專領ニ歸スルハ慣習法ヲ維持保存スル唯一ノ方便ナリキ又少數ノ記憶ニ任シタルハ慣習法ノ混亂ヲ防クノ良法ナリシ此時代ヲ除テハ眞ニ所謂不文法ハ世ニ存セサルモノト知ルヘシ英國ノ判例法ハ時ニ不文法ノ名ヲ以テ稱セラレ或ハ英國法ヲ典章ニ編ムハ不文法ヲ變シテ成文律ト爲スモノナリト論スル學者モアリ成程英國慣習法ハ不文法ナリト稱シテモ可ナル時代一度ハアリシコト疑ナシ世俗ハ勿論狀師サヘ知ラサル法規法理ヲモ

判事ハ知ルト稱セシ時代アリ判事カ專占シタルモノハ果シテ皆不文法ナリシヤ
 否ヤハ甚ク疑ハント雖モ兎モ角モ判事ノミニ知レタル民刑諸法規ノ存在スル積
 リニ爲シ置キタルコトアリ然レトモ裁判所カ記録シタル判例ニ據テ判決ヲ下ス
 コト、爲ルヤ法律ハ即チ成文法ト變シタリ爾後英國法ハ成文判例法ニシテ成典
 法ト異ナル所ハ單ニ成文ノ體裁ニ在ルノミ
 法律沿革ノ第三期ハ法典時代ニシテ羅馬ノ十二銅表ハ其最モ著明ナルモノナリ
 而シテ此等ノ法典ノ現出シタルハ今日ノ成典論者カ唱道スルカ如キ精妙ナル理
 由ニ基キタルニアラサルコト言フ迄モナシ豪族ノ法律專管ハ或ハ濫用ノ弊ヲ生
 シ正ニ平民勢力ノ増進ヲ阻格シタルニ相違ナシト雖モ法典ノ出現ヲ促シタル主
 因ハ正ニ文字ノ發明ニアリ豪族ノ記憶ニ任スルヨリハ版標ニ彫刻スル方法律ヲ
 保存スルニ便ナレハナリ羅馬ノ十二銅表ノ值ハ分類ノ正整若クハ文體ノ簡明ナ
 ルニ在ラス、シテ公示ニ在リ人民ヲシテ由ル所ヲ確知セシムルニ在リ又古代ノ法
 典ハ宗規法規道義ヲ雜記シ未ク道德ト法律トノ區別ヲ知ラサリシナリ
 以上述ヘタル所ニ由テ之ヲ觀レハ法律ハ最初裁判ニシテ次ニ慣習法トナリ不文

ノ例規トナリシカ文字ノ發明アリタルニ因リ又變シテ成文律トナリタルモノナ
 リ是レ法典最初ノ發達ノ概要ナリトス而シテ法典顯出ノ時機ハ國民ノ運命ニ關
 スルヤ大ナリ歐洲殊ニ羅馬ト東洋諸國殊ニ印度トハ法典現出ノ時機ニ著シキ差
 異アリシカ故ニ大ニ其發達ノ進度ヲ異ニセリ羅馬希臘ニ於テハ平民黨ハ終ニ豪
 族ノ專制ヲ打破シテ共和制ヲ創立シ間モナシ法典ヲ發布セリト雖モ印度ニ於テ
 ハ之ニ反シテ豪族ハ兵馬政治ノ權ニ賴ラスシテ專ラ宗教ノ力ヲ恃ミ時ノ移ルニ
 隨ヒ勢力ヲ増進シタリ又地勢ノ然ラシムル所トテ歐洲ニ比スレハ國土廣大ナル
 ニ社會法ノ常則トシテ制度ノ存續期ノ長短ハ正ニ其行ハル、地ノ廣狹ト比例ス
 是故ニヤ印度ノ法典ハ時期ニ於テ歐洲ニ後レタリ宗教豪族カ自家專識ノ法律ヲ
 頒布スルニ當リ現行ノ法規ノミナラス教義上正當ナリト思量シタル範圍ヲ多分
 ニ加ヘタルハ自然ノ勢ニシテ「メニユ」與ノ大部分カ豪族「ブラーミン」カ當サニ法
 則タルヘシト見込ミタルモノナルハ怪シムニ足ラサルナリ
 十二銅表及ヒ同種ノ法典ノ効益ハ豪族ノ攪制ヲ妨ケ制度ノ亂雜ヲ防キタルニ在
 リ羅馬法典ハ法律上ノ義務ト宗教上ノ任務トノ區別漸ク生シタル時ニ現ハレ偏

ニ羅馬ノ慣習ヲ文字ニシタルニ止マレリ凡ソ蠻民カ一體ノ慣習ヲ守ルハ其身心ノ發達ニ適スルカ故ナリ其變更ヲ要スル事情ノ生スルマテ之ヲ固守スルコトヲ得ル者ハ其進歩疑ナシ而シテ不文慣習ノ發達上一ノ恐ルヘキ弊害アリ慣習ヲ守ル者多クハ其真因ヲ知ル能ハスシテ迷誤ノ理由ヲ附會シ終ニ正當ナル習俗ヨリ不正當ナル習俗ヲ生セシム例ヘハ衛生ノ利ノ爲メ一種ノ食物ヲ禁シタルヨリ異種ニテモ似寄ノ食物ヲ廢スルヲ善シト心得清潔ヲ貴ハシムルカ爲メ設ケラレタル制ハ禮制ノ虛式ニ變スルカ如シ羅馬人ト印度人ハ固ト同人種ナレトモ印度ノ法律制度ハ其原狀ノ善良ナルニ拘ハラヌ不善不長ナル牽強附會說ノ爲メニ埋沒セラレタルモ羅馬ハ此弊ヲ免レタリ而シテ羅馬人カ此災厄ヲ免レタルハ全ク法典カ慣習尙ホ純良ナル時期ニ於テ出現シタルカ故ナリ

以下古代法律カ如何ニシテ發達シタリヤコ付テ述フル所ハ本書中最モ價值アル部分ノ一ナレハ諸君ハ宜シク留意シテ聽講アル可シ

擬制

第二章 擬制

古代ノ法律一タヒ法典ニ書載セラル、ヤ無意自然トモ稱スヘキ發達ハ止マリ爾

後ノ變更ハ故意ニ出テ外ヨリ促カサル如何ナル種族ノ習俗ニテモ初メ族長カ定メタルヨリ終ニ文字ニ記載セラル、迄ノ長日月間毫モ變更セラレスト云フヘカラズ又變更ハ一モ故意ニ出テスト斷言スヘカラズト雖モ今日ノ如ク一定ノ目的ハ變更ノ主因ニアラス或ハ感情ニ促カサレ或ハ今人カ村度シ得サル思想ニ基キタルモノト見ユレトモ法典以後ノ變更ハ常ニ改良ノ趣意ニ出テタルモノナリ邦國ノ數多シト雖モ法律カ文字ニ現ハレタル以後ニ於テ制度改良ノ企望ヲ懷キタルモノハ極メテ少ナシ習俗ノ激變ハ時ニ無キニシモアラス又天授ト稱スル法典ハ附族ノ曲論非說ニ因テ擴張ハセラレタルモ益々原旨ヲ失ヘタルモノアリ然レトモ法律制度ノ徐々ナル改良ハ實ニ稀ナリ「ブラーミン」代ノ印度ハ未ダ法律道徳混同ノ時期ヲ經過セシテ梵規違反ヲ罰スルニ俗刑ヲ以テスルト同時ニ俗世間ノ責務ノ懈怠ヲ威スニ天罰ヲ以テセリ支那ニ於テハ此時期ハ經過シタリト雖モ法律制度ハ繁密ナルカ爲メニ改良ノ餘地ナカリシナリ法律制度史ノ長大ナルト法律制度ノ間斷ナキ發達トハ蓋シ羅馬ニ於テノミ見ルコトヲ得ヘシ(案スルニ英國法ノ如キ亦法律ノ沿革ヲ攻究スルニハ好材料ナルヘシト信ス何トナレハ英

國ニ於テハ古來曾テ變革ナルモノ少ナク唯一ノクロンウェル時代アリシノミナレトモ此時代ニ於テハ格別法律ニ影響スル程ノコトナク幾クモナクシテ舊ニ復シタルカ故ニ英國法ノ進歩ハ秩序的ナリト云フヘシ人或ハ英法ノ成文ナキヲ以テ學得ニ不便ナリトシ以テ之ヲ排斥スルモノアリト雖モ余ハ却テ沿革ヲ攻究スルニハ好材料ナリト思考ス左レハ獨逸佛蘭西等ノ學者ニシテ自國法律ノ沿革ヲ攻究セント欲スル者ヌラ先ツ英國ニ來リテ英法ヲ修メ然ル後自國ノ制度ヲ攻究スル者甚々多シ

凡ソ法律制度ノ沿革ハ進歩的邦國ニ就テ研究スルヲ要ス進歩的邦國ニ於テハ社會ノ所見所要ハ法律ニ先ノスルヲ常トス時ニ法律カ追及スルコトナキニアラスト雖モ兩者ノ間ハ毎ニ相距リ相隔タルノ傾アリテ國民ノ幸福ノ多少ハ此距離ヲ減縮スルノ迅速ニ因テ定マルモノナリ

法律ニシテ社會ノ進度ニ適合セシムル方便ニ左ノ三ノモノアリ曰ク

(第一) 擬制

(第二) 衡平或ハ正義

(第三) 立法

而シテ其社會ニ利用セラレタル順序モ亦前述ノ如シ尤モ社會ニ依リテハ以上ノ三階ヲ經サルモノアリト雖モ苟クモ此三者カ利用セラレ、場合ニ於テハ其順序ハ必ラス前述ノ如シ

(第一) 擬制 法律ハ實質ナキモノヲ恰モ有ルカ如クニ看做スコトアリ擬制トハ通常此法律ノ假定ヲ謂フ例ヘハ羅馬ノ訴訟法カ羅馬人ナリト稱シテ出訴シクル者ヲハ其實外國人ニテモ羅馬人ト看做スカ如シ茲ニ所謂擬制ハ廣義ニシテ法律ノ變更ヲ隱蔽セントスル總テノ假裝ヲ稱ス即チ事實ニ於テハ法律ハ全ク變更セラレアルニ拘ハラヌ擬制ニ於テハ法律ハ從前ノ儘存在スルモノ、如クニ裝フモノナリ故ニ英國ノ判決例及ヒ羅馬ニ於ケル法學者ノ返答ハ孰レモ擬制ニ基クモノナリ社會ノ幼時ニ擬制ノ必要ナリシ理由ハ蓋シ解スルニ難カラス當時ニ於テハ改良ノ希望ナキニアラスト雖モ亦古例舊規ヲ格守スルノ念強クシテ痛ク其變改ヲ嫌フハ一般ノ人情ナリシカハ法律制度ノ改良ハ擬制ニ依ラサレハ爲シ得ラレサリシナリ故ニ社會發達ノ或ル時期ニ於テハ擬制ハ法律ノ過嚴ヲ和ケテ融通

ナ開クニ必要欲クヘカラサルモノナリ例ヘハ子女收養ナル擬制ニ依テ家族ノ縁
 ナ人造セサリセハ社會ノ進化ハ益シ必スヘカラサリシナラン故ニベンサム氏ノ
 如ク只管擬制ヲ識ルハ法律史ノ識ナキヲ表白スルモノナリト雖モ亦或ル論者ノ
 如ク古來有益ナリシトノ故ヲ以テ擬制ヲ永存セントスルハ陋ナリ立法ノ目的趣
 旨ヲ表明スルヲ憚ラサル今日ニ於テ擬制ノ如キ粗野ナル方便ニ依ルハ耻ツヘキ
 ナリ法律ヲシテ了解シ易カラサシメ正整ノ分類排列ヲ容レサルモノハ存在セ
 シムヘカラサルニ擬制ハ法律ノ整列ニ付キ妨害ノ極メテ大ナルモノナリ規則ア
 リト雖モ其實裝拔ノ殺ナリ規則ノ本意ハ既ニ失セテ新規定其字下ニ潛ムカ故ニ
 法律ヲ排列セントスル者ハ此裏面ノ意即チ實義ヲ探ルヘキヤ將ク又彼表面ノ規
 定即チ虛文ニ從フヘキヲ定ムルニ苦シムナリ

(第二) 衡平トハ稍々進歩シタル社會ニ於ケル法律改正ノ方法ニシテ法律
 ナシテ社會ノ必要ニ應セシムル第二ノ要具ナリ而シテ衡平法ナルモノハ最初存
 在セル法律ノ側ニ存シ之ト共ニ並ヒ行ハル、モ自カラ特立ノ主義ヲ有シ且其主
 義ノ高尚優美ナルニ因リ終ニハ舊來ノ法律ヲ斥ケ之ニ代ルノ勢力ヲ有スル法則

ナリ其特立主義トハ衡平ハ至公至平ノ理ニ基クト云フノ謂ニシテ例ヘハ英國ノ
 「ロイド、ナヤンセロル」カ人民ヨリ國王ニ爲シタル訴願ヲ裁決スルコトハ古來ノ普通
 法ニ依ラス專ラ正理公道ト信スル所ニ據リテ裁判シタルカ如キ又元來羅馬ニ於
 テハ羅馬人ニハ「シビル、ロー」即チ羅馬ノ固有法ヲ適用シ外國人ニハ之ヲ適用セサ
 リシモ「プレートル」ト稱スル外國奉行ハ外國人ニ對スル場合ニ於テ羅馬及ヒ諸外
 國ノ法律ヲ折衷シ其中庸ヲ採テ以テ裁判シタルカ如キハ是皆衡平ニ基キタルモ
 シト云フヘシ而シテ其擬制ト異ナル所ハ彼ハ陰ニ法律ヲ變更スルモノナリト雖
 モ此ハ陽ニ法律ノ應用ニ立入り公然之ヲ變更スルモノナリ而シテ又立法ト衡平
 トノ異ナル所ハ衡平法ノ効力ハ制定者ノ權力又ハ解釋者ノ威權ヲ藉テ始メテ生
 スルモノニアラス單ニ其主義ノ特質ニ因リ即チ諸法律ヲ則トスヘキ主義ナルノ
 故ヲ以テ生スルモノナリ

(第三) 立法 立法即チ立法部ノ制定ハ其制定者ノ君主ト又ハ議會ナルトニ拘ハ
 ラス全社會ノ至高權機ニシテ最後ノ法律改良方便ナリ立法ノ擬制ニ異ナルハ猶
 ホ衡平法ノ擬制ニ異ナルカ如ク亦衡平法ニ異ナルハ其効力ヲ外部ニ取ルニ在リ

乃其効力アルハ主義ノ善惡ニ關セズシテ單ニ其發スルモノ、職權如何ニ依ル
モノトス故ニ極端ノ例ヲ掲ケテ言ハ、苟クモ議會若クハ君主カ其職權上ヨリ發
シタル法律ナルニ於テハ縱令一時ノ感情ヨリ不正不理ナル命令ヲ發シタルトキ
ト雖モ國民ハ之ニ對シテ服從ノ義務アルモノトス

擬制ノ例ハ概テ何レノ國ノ法律制度ニ於テモ容易ニ見出スコトヲ得ヘシト雖モ
次ニ示ス所ノ二場合ニ於テハ果シテ擬制カ用ヒラレアルヤ否ヤハ一見分明ナラ
ズ

先ツ英國ニ就テ説明センニ元來理論ニ於テハ決シテ現行法律チ一字一句ヲモ變
更スルヲ得サル機關ナルニモ拘ラス其機關ハ實際法律ヲ擴張シ或ハ之ヲ變更シ
或ハ之ヲ改良スルヲ常トス而シテ此内實ノ立法手續ハ人之ヲ覺ラサルニアラス
ト雖モ之ヲ公認スルコトヲ悅ハス夫ノ判決ニ依テ定メラレ判決録ニ掲載セラル
、所ノ法規法則ニ付テノ説明ハ二様ニ出テ然モ互ニ抵觸ス乃チ英國裁判所ニ於
テ一ノ訴訟ヲ審判スルニ方リ判事及ヒ辯護士ノ辯論説明ハ偏ニ從來有觸レタル
法理ヲ適用シ既ニ確定シアル用例ヲ援用スルニ過キストノ趣旨ニシテ恰モ係争

ノ事實ニ應用セラレヘキ法律ハ疾ク既ニ何レノ處ニカ存在シ仔細ニ穿鑿ヲ爲サ
ハ必ズ之ヲ求ムルヲ得ヘシト云フニ在ルカ如ク而シテ判決一ヲヒ下リテ判決録
ニ登錄セラル、ヤ其新判決ハ從來ノ法律適用方ヲ改メタルモノトシテ解説セラ
ル、モシニシテ其實ハ舊則カ廢棄セラレテ新則之ニ代リタルニ拘ハラス英國法
律家ハ此事實ヲ認メスシテ慣習法ハ從前ノ儘存在スルモノト稱ス換言セハ法律
ニハ變更ナク只從來之ヲ解釋スルニ甲主義ニ依リテ其後乙主義ニ據リテ解
釋スルナリト云フニ在リ然レモ是レ一ノ言譯ニ過キスシテ其實擬制ニ依リテ法
律變更セラレタルヤ明カナリ然リ而シテ古昔ニ於テハ總テノ場合ニ適用ス可キ
法律カ何レノ處ニカ存在ストノ理論ハ深ク信セラレ亦信セラレヘキ事由アルカ
如ク何トナレハ第十三世紀ノ判事ハ或ハ辯護士ニモ世人ニモ知レサル法律ノ虎
ノ卷ヲ有セシヤノ疑アレハナリ乃チ當時ノ判官ハ動モスレハ竊カニ判決ノ材料
ヲ羅馬法及ヒ加特力宗規ヨリ借り來リタルヲ跡アリ然レトモ其後漸次自國ノ判
決例ノ増加スルニ隨ヒ彼ノ虎ノ卷ヲ用フルノ要消滅シタルハ衡平法ト條例トニ
助成セラレタルノ外英國法ニハ古來變更増減ナシトハ奇論ナリト云フノ外アル

英國ノ此判決法ニ近似スルモ羅馬ニモ存在セリ即チ明法家ノ解説是ナリ明法家ノ解説ハ法律規則ニ註釋ニシテ最初ハ單ニ十二銅表ニ註解ニ過キサリシナリ法學者ノ首論ニ徵スレハ英國ニ於ケルカ如ク此註解ハ毫モ法律ヲ變更スルノ力ナク幾様ノ解説アルモ明法家ノ名聲如何ニ高キモ十二銅標ハ依然タル十二銅標ニシテ之ヲ爲メニ變更ヲ受クルコトナシトノ趣ニ聞ユレトモ其實拔群ナル明法家ノ解説書ハ英國ノ判決録ニ均シキ効力ヲ有シ常ニ法律ノ趣旨ヲ擴張シ制限シ又ハ廢棄シタルモノナリ此等ノ解説ハ表面ハ能ク十二銅表ノ意ニ適フノ故ヲ以テ尊信セラレタルトモ内實ハ全ク著者ノ名聲ニ因テ信據セラレタルモノナリ而シテ初代明法家ノ註解書ハ其著作ニ出テス皆弟子等筆記シテ公布シタルモノナリ唯羅馬明法家ノ解説カ英國ノ判決例ト異ナル所ハ之ヲ與ヘタル者ハ判事ニアラスシテ辯護士ナルニ在リ且裁判官ハ審判ヲ請ハレタル事件ノ事實若シハ判決例ノ事實外ニ涉リテ理ヲ説クコトヲ得サレトモ學者ハ斯ル制限ナク隨意ニ種々ナル場合ヲ想像シテ之ニ適用セラレヘキ法理ヲ講シタルカ故ニ法理原則ノ富饒ナルハ羅馬法ニ及フモノ鮮ナシ

羅馬法ノ性質一定シタルハ實ニ共和政ノ時代ニ在リ而シテ此結果ヲ生セシメタルモノハ明法家ノ解説ヲ最トセシカ共和ノ末路ニ當リテハ解説ハ漸ク法律ノ類集若シハ大成ト稱スヘキ秩序アル著書ト爲リタルカ故ニ其後ハ從前ノ如ク速カニ發達セサルコト、爲レリ且又アレイトルノ布告モ漸ク勢力ヲ得タルノミナラズ立法ノ例モ乏シカラヌコト、爲リ終ニ帝政ノ時代ニ入リテハ解説ヲ爲シ得ル者ノ數ニ制限ヲ設ケタルニ因リ明法家ノ解説ハ殆ント其跡ヲ絶テタリ尤モ其後ニ至リアルヒヤン、ポーラス、ガイヤス、パピニアノ如キ明法家輩出セリト雖モ其著述ハ重モニアレイトルノ布告ニ基キタルモノニシテ法律ノ或ル部門ニ關スル教科タルニ過キヌ

第三章 性法及ヒ衡平法

本章ヨリメイソ氏ノ論益マヌ佳境ニ入り次章ノ如キハ世ノ妄ヲ辨シ誤ヲ正シ得テ特ニ妙ナリ

衡平法トハ條理ノ正平主義ノ高尚優美ナルニ因リ終ニハ舊來ノ法律ヲ壓倒シテ

性法及ヒ
衡平法

之ニ代ルノ勢力ヲ有スル法制ノ謂ナルコトハ既ニ前章ニ於テ説述シタリ而シテ
 衡平法ハ蚤トニ羅馬及ヒ英吉利ニ行ハレタリ英國ニ於ケル衡平法ハ組織複雜ニ
 シテ種々ノ淵源ヨリ材料ヲ湊集シタリ其初メハ羅馬法ノ教規ニ原則ノ供給ヲ仰
 キ次ニハ羅馬法ヲ師トシタルコト當時ノ衡平法裁判所ノ判決文中ニ間羅馬法大
 全ヨリ一字一句ヲモ變更セズニ採來リタル文章アルヲ以テ知ルヘシ終ニハ中古
 殊ニ十八世紀ノ下半ニ於テ和蘭ノ公法學者グロシーヤクノ徒カ樹立シタル法律
 道義混合ノ學說ノ感化ヲ受ケタリ
 之ニ反シテ羅馬ニ於ケル衡平法ハ組織頗ル簡單ニシテ發達ノ沿革モ容易ニ討
 究スルコトヲ得ヘシ而シテ其性質及ヒ沿革ハ愼密ナル講究ニ値スルモノナリ何
 トナレハ世界民人ノ思想及ヒ運命ニ深遠無量ノ影響ヲ及ホシタル理想ハ間々其
 根原ヲ茲ニ發シタルヲ以テナリ
 羅馬人ノ法律ヲ説クヤ其組成元素ヲ別ナテ二ト爲セリ一ハ一國固有ノ法律ニシ
 テ所謂「シビル」ナリ一ハ人類ニ共通ナル法律ニシテ萬國法ト稱スルモノナ
 リ夫ノヤヤナスコトアソフ帝カ編纂セシメタル有名ノ法學通論ノ如キモ凡ソ法律慣

例ヲ遵守スル邦國ハ必ラス此二種ノ法ヲ以テ治メラル、モノナルヲ説ケリ天理
 ノ命スル所ニシテ人類ニ共通ナル法律ハ羅馬ニ於テ「プレートル」ノ布令ニ由テ
 發揚セラレタルコトヲ羅馬人ハ信セリ此法律ハ亦性法ト短稱セラレ其規則ハ都
 テ天理及ヒ自然ノ正義ニ出ルモノトセラレタリ本章ニ於テハ萬國法、性法、正義衡
 平等ノ淵源及ヒ其相互ノ關係ヲ明カニセントス
 凡ソ羅馬史ヲ繙ク者ハ外國人ノ在住カ羅馬人民ノ禍福ニ及ホシタル影響ノ大ナ
 ルニ驚カスンハアラス羅馬カ世界ヲ併呑シタル時期ニ於テ各種ノ國人カ覇府ニ
 輻輳シタル事由ハ容易ニ知リ得ヘシト雖トモ多數外人ノ居住ハ史書ノ初ニ於テ
 既ニ現存セシ事實ナリ蓋シ古代ノ伊多利ニハ盜賊群居シテ何レノ酋族モ社會ノ
 安寧ヲ保ツモノ鮮ナカリシカハ能ク外侮ヲ禦キテ自カラ衛ルノ力アル酋族ノ在
 住地ニハ假令重税ヲ徵セラル、モ爲政權ヲ授ケラレサルモ卑賤視セラル、モ諸
 民カ尙ホ止息センコトヲ欲シタルヤ疑ナシ然レトモ羅馬カ最古ヨリ地中海ノ彼
 岸ナル「カーセ」國及ヒ伊多利ノ内部ト頻繁ナル通商ヲ爲シタル事實ヲ參照セ
 ンレハ外人箇集ノ原因ヲ説明シ得タリトスヘカラス而シテ原因ノ如何ニ拘ハラ

外人ノ居留ハ終始羅馬ノ國運ヲ左右シタルヤ明カニシテ實ニ羅馬史ハ驕傲ナル國民ト外人トノ紛爭談タルニ過スト云フモ可ナリ斯ノ如キ事相ハ近代ニ視サル所ナリ蓋シ今代ノ歐洲諸國カ國民ノ感觸ヲ聳動スル程多數ノ移住民ヲ容レタルコトナク且今ノ邦家ハ帝王其他ノ主權者ニ對スル臣服ノ義ヲ以テ糺合セラルカ故ニ古人ノ企及スヘカラサル速度ヲ以テ多數ノ移住民ヲ汲收混和スルコトヲ得可シ古代ニ於テハ然ラス一社會ノ原住民ハ皆始祖ヲ同フシ互ニ血縁アルモノナリトノ信ヲ懷キ己等ト同等ノ特權ヲ得ントスル者ヲ以テ己等ノ生得權ヲ僭奪セントスル非望者ナリトセリ共和政ノ初メニ當リテハ羅馬ニ於テモ外人排斥主義盛行ハレ國憲ハ勿論固有法モ外人ヲ度外視シ國運ト始終ヲ與コスヘキ制度ニハ外人ノ干與ヲ許サス固有法ノ利益ハ外人ニ享受セシメス然レトモ全然外人ヲ法律以外ニ放置スルハ羅馬ノ國安國利ノ許サ、ル所ナリ古ノ社會ハ輕微ナル騷動ニ逢フテモ顛覆スルノ惧アルモノナルニ多數ノ外人カ居留シテ屢其爭ヲ腕力ニ訴フコトアツハ羅馬ニ取テ由々敷大事ナリ且又羅馬ハ常ニ外國貿易ノ獎勵ヲ以テ國是トセリ故ニ外人間若クハ内外人間ニ起ルヘキ取引上ノ爭訟ヲ管轄

スルハ公安維持ノ爲メニモ商業振作ノ爲メニモ止ムヲ得サリシナリ而シテ爭訟ノ管轄ハ直ニニ審判規準設定ノ必要ヲ生スルモノナルニ羅馬ノ法律家カ採擇シタル規準ハ善ク當時ノ世態ヲ寫シ出シタルモノナリ羅馬人此等ノ爭訟ヲ斷スルニ固有ノ羅馬法ヲ以テスルヲ厭フコト前ニ述ヘタルカ如シ左リトテ外人所屬國ノ法律ヲ以テスルコトナハ尙ホ更ニ屑シトセズ是ニ於テカ羅馬人ハ羅馬ト外人ハ出生地ナル伊多利各邦トニ共通ナル法則ヲ採擇スルノ方便ヲ用ヒ羅馬人ノ所謂萬國法ノ設定ニ着手セリ萬國法トハ當時ノ伊多利諸酋族カ齊シク遵守スル慣例ノ集成ニ外ナラサルニ萬國ノ名アルハ此等諸酋族ハ移住外人ノ出ル所ニシテ羅馬人ノ眼界ニ於ケル萬邦ナリシカ故ナリ多數酋族カ遵奉スル例規ハ諸國ニ共通ナル法律即チ萬國法ノ一部トシテ採用セラル例ハ財產ノ讓渡ニ付キ國ニヨリテ多少方式ノ差異アルモ引渡ヲ要スル點ニ至テハ各地一致スルノミナラス羅馬固有ノ讓渡ニ於ケルモ亦同シキニ因リ引渡ハ萬國法ノ規則ト定メラレタルカ如シ畢竟萬國法ハ伊多利諸酋族ニ普通ナリト認定セラレタル法規ノ集成ナリ萬國法ノ起源ニ關スル事情此ノ如キヲ知ラハ羅馬法律家カ此法ヲ尊重セリトノ

誤信ヲ避クルニ足ルヘシ實ニ萬國法ハ羅馬法律カ一方ニハ外國ヲ侮蔑シ一方ニハ自國法ノ利益ヲ外人ニ與フルコトヲ欲セサルニ出タル結果ナリ若シ今人ナシテ彼等ノ成シタル業ニ當ラシメハ其萬國法ニ對スル觀念ハ大ニ彼等ト異ナルヘキヤ蓋シ疑ナシ今人ハ各國ノ慣例ニ共通スル元素ヲハ何トナク優等視シ普ネク行ハル、規則原理ニ對シテハ尊崇ノ意ヲ表スルナラン尙ホ取引ノ元素ニシテ諸國ニ共通ナルモノナハ其要素ト號シ其殘部ニシテ各地相異ナルモノナハ偶素ト稱スルナラン或ハ又對比照合セラル、所ノ諸種族カ昔曾テ共ニ大制度ヲ奉シタルモノニシテ萬國法ハ其制度ノ再現ニ外ナラス各地ノ複雜ナル例規ハ太古ニ於テ曾テ彼等カ俱ニ戴キタル純直ナル法令ノ腐佈屈曲シタルモノナリトノ推量ヲモ爲スナラン然レトモ今人思慮ノ歸着スル所ト古代羅馬人感情ノ誘致スル所トハ正ニ相反シ今人カ貴重シ賞揚スル所ハ彼カ厭忌シ危惧スル所ナリ彼カ敬愛スル所ハ今ノ理想家カ不要トスル所ナリ萬國法ハ國勢ノ必要ニ迫ラレ止ムヲ得スシテ外國法ヲ斟酌シ外人ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ設定シタルモノニシテ彼カ之ヲ愛セサルハ猶ホ外國人ヲ愛セサルカ如シ彼カシテ之ヲ敬愛セシメンニハ先

ツ其思想ヲ翻覆セサルヘカラス而シテ變遷一タヒ來レハ彼ノ思想ハ實ニ翻覆セリ萬國法ノ輕重ニ關シ今人ノ觀念カ彼ト異ナルハ畢竟今世ノ法理モ哲理モ與ニ後代羅馬法律家ノ萬國法論ヲ繼承シタルカ故ナリ乃チ彼ノ思想變遷ノ完カリシヤ想フヘシ羅馬固有法ノ微賤ナル附庸法カ發達コソ未完ナレトモ凡百ノ法律カ則トルヘキ一大模範トシテ敬視セラル、時期ハ到來セリ而シテ此時機ノ到來ハ希臘ノ天則說ヲ萬國法ニ適用セタル時ニ在リ

抑モ性法ハ一種ノ說ニ依テ論下シタル萬國法ニ外ナラス羅馬ノ明法家アルピヤソ氏ハ物ノ區別立チスル法律家ノ通癖ヲ免カレスシテ不幸ニモ兩者不同ナリト論シタレトモ其上位ニ置カル、明法家ガイヤス氏ノ所論及ヒ前ニ引用シタル勅選法學通論所載ノ旨ニ徴スレハ此二語ハ互用セラルヘキモノナルヤ疑ナシ其差異ハ單ニ沿革上ニ在テ存スルノミニシテ實質上ノ差別ハ決シテアルヘカラス又萬國法ト國際法トノ混同ハ全ク近代ニ於テ起リシコトハ殆ント云フノ要アルヘカラス國際法ニ付テハ羅馬別ニ名辭ノ存スルモノアリ「ヤヤス、フシヤレ」ト謂フ然レトモ獨立國間ノ關係ハ性法ノ制御ヲ受クヘントノ近世ノ理論ハ全ク萬國法ノ

意義ノ誤解ヨリ出タル賜ナリ
 希臘人カ所謂ル天及ヒ其則トハ如何天トハ元ト有形界ノ謂ナリシヤ疑ナシ天ト
 ハ或ル原力若クハ大道ノ發揚ニ因テ成レル有形界ヲ指稱スルモノナリ希臘古代
 ノ哲學者輩ハ世界ノ創造ヲ以テ或ル一定ノ主義ニ因レルモノト爲シ或ハ之ヲ運
 行ナリト云ヒ或ハ力ナリト云ヒ火ナリトシ水ナリトシ生殖ナリトシテ異論百出
 シタレトモ結局一主義ノ發揚トシテ觀察セラレタル有形界則チ天ナリト謂フニ
 外ナラス希臘後代ノ哲學者ハ天ナル觀念ハ無形界ヲモ包含スルモノトシ人類ノ
 思想、觀察、希望ヲモ加ヘ此等モ齊シク大道原理ヲ以テ説明シ得ヘキモノトセリ
 先哲等カ有形界ハ不圖トシタ機ミニ因リ單純ナル古態ヨリ複雜ナル今狀ニ變轉
 シタルヲ説キタルト同様ニ後哲等ハ人類カ曾テ不幸ニ遭遇セサリセハ簡潔ナル
 人道ヲ蹈テ靜穩ナル生活ヲ遂クヘキモノナリト論シタリ天ニ順フテ命ヲ全フス
 ルハ人生ノ極ニシテ賢人君子タル者カ必ス達セサルヘカラサル所ナリ天ニ順フ
 テ生々スルトハ世俗ノ放辟邪侈ヲ棄テ克己慎獨始メテ守リ得ヘキ道ヲ行フノ謂
 ナリ而シテ順天遠生ハ夫ノ有名ナル「ストイック」哲教諸則ノ極意ナルコト人ノ知

ル所ナリ借希臘カ羅馬ニ亡ホサル、ヤ此哲教ハ忽チ羅馬ヲ風靡セリ羅馬ノ有力
 ナル士人ハ古代伊多利ノ素朴ナル風習ヲ尙ヒ新様ノ外國風俗ヲ學フヲ屑シトセ
 サルニ「ストイック」教ハ恰モ此輩ノ好尙ニ適ヘルカ故ニ彼等ハ幾モナク之ヲ信奉
 セリ當時羅馬ノ兵馬ハ到ル處ノ郡國ヲ征服シテ其富キ國都ニ致スト同時ニ亦奢
 侈ノ風俗ヲ輸入シ都人ハ榮花ニ誇リ淫逸ニ流ル、其中ニ屹立シテ彼ノ哲教ヲ奉
 シタル士人輩ノ志ハ實ニ嘉ニスヘシ貴ムヘシ而シテ法律家ハ新希臘學徒中ノ録
 ヤタル者ナリ當時羅馬人ノ職業ハ大略二種ナルニ軍人ハ概シテ進步黨ニ屬シ法
 律家ハ毎ニ守舊黨ノ領袖タリ

「ストイック」哲教ト法律家トノ聯絡ハ數百年間繼續シ古代ノ明法諸名家中斯學ノ
 大家トシテ識サル、者一二ニシテ止マラス竟ニ此學徒中最モ有名ナル「アントニ
 ー」朝羅馬帝ノ治世ハ亦羅馬法學ノ全盛時ト公認セラル、ニ至ル此長日月間特種
 ノ職ヲ業トスル士人間ニ行ハレタル教學カ其業務ニ影響サ及ホスハ必然ニシテ
 明法家ノ遺說中ニ「ストイック」哲理ヲ以テセサレバ解釋シ難キモノ少ナカラズ
 然レトモ此影響ノ淺深ヲ測ルニ彼教理ニ基キタリト判知シ得ヘキ條規ノ數ヲ以

テスルハ非ナリ「ストイツ」教ノ勢源ハ厭フヘク笑フヘキモノ、多キ戒則ニ在ラ
 スシテ抑情制欲ヲ漠然タル一大主義ニ在ルト同シク其羅馬法ニ與ヘタル感化
 カハ其教理ニ由來スル條則ノ數ニ在ラズシテ之ニ給シタル一ノ大想定ニ在テ存
 スルナリ天ノ說廣シ羅馬人ノ口ニ膾炙スルニ到リ其法律家ハ漸シ古來ノ萬國法
 カ其實久シク晦沒セル性法ニシテ萬國法理ニ基キタル「プレート」ノ宣示ハ法律
 ナ正路ニ復歸セシムルモノナリトノ信ヲ懷シコト、ナレリ尙ホ一步ヲ進メ成ルヘ
 シ羅馬固有法ヲ改廢シ成ルヘシ太古ニ於テ天カ人ヲ制御シタル所ノ制度ヲ復活
 スルハ奉行ノ任務ナルヲ信セリ羅馬人ハ容易スシ理論ニ風ヲテ其習俗ヲ改ムル
 ノ徒ニ非サルノミナラス法律社會ニヌラ習癖ノ破リ難キモノアリタレハ此方法
 ニ依テ法律ヲ改良スルニハ幾多ノ障礙アリシコト勿論ニシテ奉行カ宣示ヲ發シ
 テ固有法ノ弊ヲ革ムルニハ往々間接迂曲ノ方法ヲ採リタルコト及ヒヤヤナスナニ
 アン帝ノ御宇ニ至ルマテモ改良ノ風潮ニ抵抗シ得タル古規舊則アリシヲ視レハ
 思半ニ過シルモノアラン然レモ通觀スレハ性法說一ヲヒ動機ト爲リシ以後ノ法
 律改良ノ進歩ハ實ニ速カナリト謂フヘシ天ナル觀念ニハ省繁總括ナル聯想常ニ

隨伴ス故ニ簡潔齋整平易ハ善良ナル法律ノ特性トシテ尊ハレ繁縟ナル文詞、複雜
 ナル儀式無益ノ手數ヲ好ムノ風ハ全ク廢レタリ今日ノ羅馬法アルハヤヤナスナニ
 アン帝カ不撓ノ精神ヲ以テ得難キノ機運ニ乘シタルニ因ルコト勿論ナレトモ其
 改革ノ原計ハ帝ノ若手前早ク既ニ定マレルモノナリ
 然ラハ萬國法ト性法トハ何ニ由テ相接シ相通シタリヤ蓋シ古義ノ拉丁語「イコー
 イタス」即チ英語「イコーイナ」(衡平ノ義)ノ媒介ナリ是レ此有名ナル語「イコーイナ
 」カ法律上ニ現ハル、ノ始メナリ「イコーイナ」ノ如キ古クシテ沿革ノ久シキ語
 言ヲ講究スルニハ其原義ヲ探知スルニ若クハナシ或ハ希臘語ヨリ轉シタルモノ
 ニシテ均配ノ謂ナリト云フ成程數若クハ有形體ノ平分等截ハ正義ナル觀念ニ纏
 綿シテ殆ント分離スヘカラスト雖モ古人ノ心中ニハ均分即チ正義ナラス二者ノ
 聯想タルハ尙ホ後ノ哲理ノ發成ニ屬スルナリ又希臘諸共和國カ諺稱セル法律ノ
 平等ト羅馬人ノ所謂「イコーイナ」トハ固ト同シカラス一ハ國民ニ國法ヲ行フ
 ニ甲乙ナキヲ謂ヒ一ハ國民ニ限ラサル種族ニ固有法律外ノ法ヲ適用スルヲ謂フ
 一ハ專制者ヲ容レヌ一ハ外人及ヒ事ニ密テハ奴隸ヲモ包含ス兎モ「イコーイナ」

「一」語源ハ之ヲ他ニ求メサルヘカラス拉丁語「イーコナス」ハ平均ノ義ナリ而シテ萬國法ノ特性トシテ最モ著ルシク羅馬人ノ眼ニ映シタルハ不同ヲ押均ラスノ趣向ナリ固有法ハ人及ヒ財産ニ種々ノ謂レナキ區分段階ヲ設ケタルモ萬國法ハ諸國ノ慣例ヲ勘校シタル結果此區別段階ヲ無視シタリ例ヘハ固有法ハ男系親ト血屬親トノ二種即チ同一ノ家長ヲ俱戴スルヲ縁トスル家族ト今代ノ如ク血縁ノミニ基ク家族トノ二種ヲ認メ又物ヱマンシバシヨト稱スル方式ニ依テ讓リ渡スヘキモノト否ラサルモノトノ區別ヲ設ケタレトモ萬國法ハ此種別ヲ採ラス此等差分界ノ排斥ハ正ニ「イーコイタス」ナル語ヲ表示スル所ノ萬國法ノ特性ナリ想フコト此語ハ初メ平均即チ不揃ノ廉ヲ去ルノ様ヲ表ハスノミニシテ善惡是非ノ義ヲ包含セサリシナラン反テ此平均處分ハ羅馬人ノ大ニ厭忌セル所ナリシヤ明カナリ然ルニ「イーコイナリ」ナル語ヲ表示スル萬國法ノ特性ハ恰モ想定ノ天成界ノ特質ニ符合ス天トハ第一有形界次ニ心情界ニ於ケル齊整ノ秩序ヲ謂ヒシモノニシテ秩序ナル觀念中ニハ初メ直線平面均距離ノ諸思想ヲ含蓄シアリシコト殆ント疑フヘカラス而シテ想定ニ係ル天成界ノ狀態ヲ憶想スルモ萬國法施行ノ實況ヲ通

覽スルモ趣味ノ同様ナルヲ覺ヘシナラン趣味ノ齊シキハ古人ナシテ二者ノ同一ナルヲ信セシムルニ與リテ大ニカアリシナリ萬國法ニハ羅馬人ノ尊信ヲ買フニ足ルノ來歴ナシト雖トモ性法說ハ哲理上ノ正說トシテノ諸聲譽ヲ荷ヒ且黃金時代ヲ至快ナル聯想ヲ伴ヒ來レリ夫「イーコイタス」ハ舊法理施用ノ形勢ヲモ表シ亦新哲理ノ歸趣ヲモ示ス語ナルニ用所ニ因テ其品格ニ差異ヲ生セシハ實ニ知リ易キノミ今人ノ耳ニサヘ平均スルト不都合ヲ正ストハ同意義ニ聞ヘサルナリ尙ホ此語ハ漸次前述ノ均配ナル希臘語ノ意義ヲモ併有スルニ至レルコト「シセロ」氏ノ所論ニ徴シテ明カナリ之ヲ「イーコイナリ」初度ノ語意變遷トスル
前ニハ萬國法ノ原則トシ後ニハ性法ノ大規トシテ知ラレタルモノナシテ漸次ニ羅馬法ノ體內ニ浸入セシメタル機關ニ付キ一遍ノ説明ヲ爲サ、ルヘカラス「タルコイ」朝ノ王家廢攘ノ際古代ニハ珍シカラヌ變革ハ羅馬ニモ起レリ然レトモ此變革ハ今時ニ所謂革命ニハ非ラス從來ノ王制ヲ委員制ニ改メタリト評セハ蓋シ至適ナラン從前一人ノ手ニ總攬シタル諸權力ヲ分テテ公選セラル、數名ノ官吏ニ付與シ王號ノ名殘ハ尙ホレクヌ、サクローラム「別稱」レクヌ、サクリフキユラス

ニ留メタリ此變革ノ一部トシテ最高司法官ノ治定セル職務ハ「プレートル」ニ委ネ
 ラレ尙ホ古代ノ帝王カ常ニ掌握セル司法及ヒ立法上ノ限界不定ナル大權ヲモ併
 セテ之ニ授ケラレタリ共和政建設ノ際ニハ國事頗フル多難ナリシカハ羅馬人ナ
 ラスシテ羅馬人同様ニ管内ニ永住スル多數ノ人民ヲ制御スルニハ「プレートル」ノ
 無制限ナル權力ハ甚ダ切要ナリシナリ此等ノ徒若クハ此輩ト羅馬人トノ間ノ紛
 争ハ「プレートル」カ扱ハサレハ永ク羅馬法ノ治外ニ措カレシナラシメトモ通商
 ノ繁榮ニ隨ヒ内外人間ニ起リタル重大ナル爭議ハ遂ニ「プレートル」ヲ驅テ之ヲ裁
 理セシメ夫ノ第一「ビエーニツク」軍ノ頃ニハ此種ノ訴訟著シク増加シタルカ爲メ「ア
 レートル」ベレグリナス」ト稱スル專理ノ奉行カ置カル、ニ至レリ然ルニ壓制ニ懲
 リタル羅馬人民ハ其再燃ヲ豫防スルカ爲メニ威權濫用ノ悞アル官職ニ在ル者ヲ
 シテ就職ノ初メニ宣示ヲ以テ豫メ職務執行ノ方案ヲ告知セシムルノ制ヲ設ケ「ア
 レートル」モ亦其制下ニ立テリ乍去年々歳々新々ニ主義方法ヲ制定シ難キコト勿
 論ナレハ後任ノ奉行ハ或ハ時ノ必要ニ應シ或ハ自己ノ意見ニ基キタル改正増補
 ヲ前任者ノ宣示ニ加ヘテ之ヲ頒示スルヲ例トシ爾後宣示ハ定宣示トシテ知ラレ

タリ斯クテ年々進フニ隨ヒ定宣示ハ次第ニ長編ト爲リ加之條項ノ排列モ其序ヲ
 得サリケレハ終ニ「ハドリアン」帝ノ代ニ「サルピアス」ヤユリアナス」カ此職ヲ奉スル
 ニ至リ増補ハ全ク禁止セラレタリ故ニ同氏ノ宣示ハ衡平法則ヲ網羅整頓シタル
 モノニシテ「ヤユリアナス」ノ宣示ハ定宣示ノ別名タルニ至レリ
 宣示制定ノ説ヲ聽キタル英國人ハ先ツ「プレートル」ノ廣大ナル權力ヲ節スヘキ制
 限ノ何タルヲ問フナラシテ然レトモ此疑問ハ英國ニ於ケル法律施行ノ實況ヲ精察セハ
 一任スル人ニシテ苟モ法律家タル者ハ皆自カラ奉行ト爲ルカ又ハ奉行ヲ左右
 シ得ル時機ノ來ルヲ翹望セサルハナカリシナリ而シテ奉行若クハ顧問ノ嗜好、感
 情、習癖、及ヒ智識ノ程度ハ固ヨリ同職業ナル法律家社會ノモノニ相違ナシ其技能
 ハ職業ノ實驗、講究ニ因テ備ヘタルモノニ外ナラス英國大法官カ遂クル所ノ練磨
 携伴スル所ノ技能モ亦之ト異ナルコトナシ大法官ハ在職中法律ニ多少ノ變更ヲ
 來スヘシト雖モ彼カ職ヲ去リ彼ノ判決カ判決録ニ登載セラル、マテハ前任者ノ

遺傳セル法則ニ幾何ノ變改増補ヲ致シタリヤ得テ知ルヘカラス「プレートル」カ羅馬法ニ及ホシタル影響ハ唯其程度ノ世間ニ知ラル、時期ニ於テ之ト異ナルノミ彼ノ在職ハ一年ニ止マリ其間ニ與ヘタル判決ハ訴訟人間ニ確定力ヲ有スルコト勿論ナレトモ他ニ何等ノ効力ナキモノナリ故ニ彼若シ法律ニ變更ヲ加ヘントセハ就職ノ時ニ於テ之ヲ表白セサル可ラス是レ大法官カ世人ノ知ラヌ間事ニ寄レハ自カラモ覺ラサル間ニ奏成スル所ノモノヲ彼ハ公然ニ故意ニ致シタル所以ナリ無限ノ觀アル彼ノ職權ニ節制アルハ猶ホ英國ノ判事ニ於ケルカ如キノミ理論上ハ孰レノ職權ニモ制限ナシト雖モ實際ニ於テハ「プレートル」モ大法官モ修練中漸積シタル先入物ト同業社會ノ強大ナル公論トニ制縛セラレ行止ノ區域ハ明劃セラレテ案外ニ狹隘ナルモノナリ英國ニ於テハ判事ハ判決例ヲ追ハサルヘカラス羅馬ニ於テハ「プレートル」ハ初メ困難排攘ノ大任ヲ負ヘルカ故ニ國安維持ニ必要ナル一切ノ處分ヲ爲セント雖トモ中コロ明法家ノ解説ニ誘ハレテ原則原理ノ講究流行スルニ及ンテハ自家及同業社會カ認メテ以テ原理ト爲ス所ノモノヲ應用センカ爲メニ宣示ヲ利用シ終ニ希臘ノ哲學說ノ感化ヲ受ケテ全ク之ニ準據セ

リ而シテ此學說ハ「プレートル」ノ進歩ヲ促カスト同時ニ之ヲ或ル針路ニ定限セリ「サルピアス、ザユリアナス」カ擧ケタル事業如何ニ付キ議論一定セスト雖モ宣示ニ及ホシタル効果ハ分明ナリト云フヘン年々追加ノ例ハ茲ニ廢リ爾後羅馬衡平法ノ發達ハ專ラ「アドリアン帝ヨリアンキザンダル」セベラス帝ニ至ルマテノ間ニ輩出シタル明法諸大家ノ著書ノ力ニ因レリ彼等カ構成セル大伽藍ノ遺趾ハ「ザヤス」ニアン帝ノ勅選ニ係ル羅馬法集成ニ由テ傳ヘラル、ニ其所論ハ羅馬法ノ各部門ニ涉ルト雖トモ概テ宣示ノ解説ヲ主トスルモノナリ實ニ此時代ノ明法家ハ論題ノ何タルニ拘ハラヌ毎ニ衡平法ノ理ヲ說述シタル者ニシテ宣示ノ廢止前其旨趣ハ早ク既ニ羅馬法ノ各部ニ浸入シタリ而シテ羅馬ノ衡平法ト固有法トノ異別最モ嚴明ナル日ニ於テヌヲ尙ホ同一ノ裁判所カ二法ヲ施行シ「プレートル」ハ衡平法ノ大法官ナルト同時ニ亦固有法ノ大判官ナルニ宣示カ衡平法則ヲ作出スルニ隨ヒ「プレートル」ノ法術ハ之ヲ以テ固有法ノ舊規ニ代ヘ又ハ舊規ト併行シケレハ固有法ハ立法部ノ特令ヲ俟タヌシテ直接若クハ間接ニ廢止セラレタリ然レトモ固有衡平兩法ノ完全ナル混和ハ「ザヤス」ニアン帝ノ御宇ニ至ルマテ成ラサリ

シナリ二種ノ法理ノ併存ハ鮮少ナラサル混雜ヲ生シ不便ヲ醸セシカトモ固有法
 ノ規則中ニハ宣示ノ制定者モ解説者モ鑿破シ能ハサルモノアリテ存セリ然ト雖
 モ法律ノ部門中多少衡平法ノ感化ヲ受ケサルモノトテハナシ實ニ衡平法ハ明法
 家ニ總括總念ノ材料ヲ給シ解釋ノ諸規ヲ供シ原理解說ノ機會ヲ與ヒ終ニ諸法規
 ノ適用ニ必需ナルニモ拘ハラヌ立法部カ干涉シ易カラサル夫ノ制限質諸則ノ大
 部分ヲ供給シタリ

明法家ノ時代ハアレキサンデルセベラス帝ノ御宇ヲ以テ終ルハトリアン帝ヨリ
 此帝ニ至ルノ間法律ノ改良ハ今時ニ於ケルカ如ク半ハ註釋書半ハ立法ニ由テ成
 リシモノナルニアレキサンデルセベラス帝ノ時ニ至リ羅馬衡平法ノ發達力ハ消
 盡シタルモノト見ヘ明法家ノ系亦茲ニ絶ニ爾後ノ羅馬法史ハ勅命史ニ非サレハ
 當時既ニ浩漭窺ヒ難キノ狀ヲ呈シタル諸法規ノ編纂史ニシテヤヤスチニアソ帝
 ノ羅馬法大全ハ其最後ニシテ最モ有名ナルモノナリ

英羅衡平法ノ異同ヲ追究スルハ厭倦ニ堪ヘスト雖モ兩者ニ共通ナル二事ノ特書
 スヘキモノアリ第一ハ二者孰レモ古來ノ慣習法カ其干涉ヲ受ケシ當初ニ於テ呈

シタルト同一ノ形狀ニ歸着シタルコト是ナリ久シク標準トシテ用ヒ來レル道義
 ノ大則モ其當サニ生スヘキ効果ヲ奏シ盡スノ期ハ必ラス至ルモノナリ此期ニ及
 シテハ其大則ヲ基礎トシテ構成セラレタル法制モ亦信屈不伸ト爲リテ道義ノ進歩
 ニ後レ易キコト嚴律峻令ニ異ナラス羅馬ニ於テハ此時期ノ到來ハアレキサンダ
 ルセベラス帝ノ御宇ニ在リ爾後羅馬ノ全天下ハ道義大變遷ノ波濤ニ動搖セラレ
 タルニモ拘ハラヌ其衡平法ハ竟ニ發達ノ微ヲ示サ、リシナリ英國ニ於テハエ
 ドン卿大法官在職ノ時ヲ以テ此期トス從來ノ如ク間接立法ノ方ニ依テ衡平法ヲ
 擴張セヌ偏ニ其辨明、整頓ニ畢生ノ力ヲ盡シタルハ卿ヲ以テ嚆矢トス若シ今時ノ
 法律家ヲシテ直ニ法律史ノ教意ヲ覺ラシメハ卿ノ成業ニ關スル彼等ノ抑揚褒貶
 ハ其趣ヲ變スルヤ疑ナク尙ホ又此他ノ道ヲモ改メシムルニ足ランカ彼等ハ衡平
 法カ道義ノ規範ヲ基トスルコトヲ知リテ其規範カ數百年來ノ古物ナルコトヲ知
 ラス此規範今ハ適用ヲ容レ盡シテ殆ント餘裕ナク今人ノ信據スル所ニ比シテ大
 差ハナケレトモ之ト平準ヲ同フスルモノニ非サルコトヲ知ラス有觸レタル衡平
 法ノ解説不完全ナルカ爲メ二種ノ抵觸相容レサル認見ヲ生セリ一派ノ著者等ハ

衡平法ノ完備ナルヲ見テ其創設ノ徒カ基礎ヲ据ルノ時早ク既ニ今日ノ完成ヲ豫想シタリトノ奇説ヲ爲シ他ノ一派ノ訴フル所ハ裁判所内ノ辯論ニ展現ハル、モ
 ノニシテ衡平法裁判所カ適用スル道義ノ規範ハ今日ノ標準ニ違セスト云フニ在
 リ彼等ハ今ノ大法官ヲシテ今ノ衡平法ニ對シ同法ノ始祖等カ會テ慣習法ニ施シ
 タルト同一ノ處置ヲ爲サシメンコトヲ欲ス然レトモ是レ法律ヲ改良スル機關ノ
 順序ヲ顛倒スルモノナリ衡平法ニハ自ツカラ衡平法ノ時期アリ職分アリ而シテ
 其勢力傾ク時ハ之ニ續クヘキ機關アルコトハ前既ニ述ヘタリ
 英羅衡平法ニ共通ナル第二ノ特性ハ其慣習法ニ優ル所以トシテ舊時信奉セラレ
 タル想定ノ不實ナルコト是ナリ一個人タルト團體タルトヲ問ハス凡ソ人ハ其道
 義ノ進歩ヲ正銘ノ事實トシテ認識スルコトヲ好マス一個人ニ於テハ守説持見ヲ
 フ怪氣ナル徳行ニ不相應ノ重キヲ置クヲ以テ知ルヘシ社會ニ於テハ衆論ノ趣ク
 所之ヲ掩フヘカラス又概テ善良ニ向フコトハ爭フヘカラサルニモ拘ラズ世人ハ
 之ヲ新生ノ顯象トシテ認ムルコトヲ欲セス晦蔽セル美事ノ發見人類沈淪前ノ聖
 代ニ復ルノ徵トシテ之ヲ説明スルハ常ナリ道義發達ノ大極ヲ未來ニ求メスニテ

過去ニ究ムル此人間ノ趨向ハ羅馬法上ニ至大不磨ノ効果ヲ生シタルコト前既ニ
 論シタリ羅馬ノ明法家等「プレートル」ノ法律改良ヲ説明スルニ當リ其理由トシ
 テ希臘ヨリ夫ノ天成人間界即チ人定法ヲ以テ治メラル、邦家ノ出現前ニ於ケル
 天然社會ノ説ヲ借り來レリ英國ニ於テハ衡平法カ慣習法ノ上ニ出ル所以ヲ説明
 スルニ民ノ父トシテ自ツカラ國皇ニ屬スル所ノ司法監督ノ大權ヲ以テセリ衡平
 法ハ國皇ノ良心ヨリ出ツトノ確言ハ亦同意ヲ表スルモノニシテ齊シク社會ノ道
 義發達ニ國皇ノ道義心ノ由來高尚ナルニ歸シタリ其後英國憲法ノ發達ハ此ノ如
 キ説ノ存在ヲ容サ、ルニ至レリト雖トモ衡平法裁判所ノ職權ハ早ク既ニ確定シ
 タルカ故ニ新ニ其維持説ヲ作ルノ要ナカリシノミ今時ノ衡平法要論ニ見ユル
 學說種々ナリト雖トモ信據スルニ足ラサルハ一ナリ概テ羅馬ノ性法論ニ多少ノ
 變更ヲ加ヘタルモノニシテ衡平法裁判所ノ職權ヲ議スル序ニ正義ニ天然ト法定
 トノ別アルヲ説ク者ノ如キハ羅馬法ノ口氣ヲ其儘ニ移シ來レタルナリ

第四章 性法ノ近世史

前章ニ論述セル所ニ依リテ考フルモ性法ニ關スル思想ハ正確ナル哲學流義ノ思

性法ノ近世史

古代法 本論 性法ノ近世史

想ニハアラスシテ多少混雜シタル思想ナリシコトヲ推知シ得可シ何チカ思想ノ混雜ト云フヤ曰ク過去ト現在トシテ混雜シタルコト是レナリ元來性法ナル思想ハ推理上曾テ性法ヲ以テ治メラレタル天成社會存在セリトノ想定ニ基カサルヘカラス而シテ羅馬ノ明法家ハ其存在ヲ明言セス却テ實用上ニテハ性法ハ現在ニ屬シ現行制度中ニ散在シ具眼ノ士ノ觀察ニ由テ識別シ得セラル、モノト謂ヘリ混雜ナル現制中ヨリ天ノ則ヲ識別スルニハ簡潔ト和合トヲ以テ標準トセルニモ拘ハラズ性法ノ性法トシテ貴重セラル、ハ其純粹ナルカ若クハ和合セルノ故ニアラスシテ一ニ天成界ヨリ遺傳シ來レルノ點ニ在リテ存セリ近代ノ學者モ此過去ト現在トノ混雜ヲ説明シ得タル者ナク或ル學者ノ如キハ此阨關ヲ避ケントシ性法ハ未來ニ存シ各國法律カ當サニ歸趣ス可キ大極ナリ現在ノ法律ヲ改良スルトキハ以テ性法ニ歸着セシムルコトヲ得可シト説ケリ然レトモ斯ノ説クルヤ適以テ性法ナル思想ヲ一層混雜セシムルモノニ外ナラス即チ從來ノ性法説ハ根本ニ過去ニ置ケルニ拘ハラズ斯ノ説ハ之ヲ未來ニ求メントスルモノナレハ從來ノ性法説ノ根本タル想定ヲ顛倒スルモノナリ否寧ロ相異ノ二説ヲ混同スルモノト

謂フ可シ滿圓至備ハ過去ニ覓ムヘカラスシテ未來ニ望ムヘントハ耶蘇教カ始メテ傳播セル説ニシテ古代ノ文書ニハ社會ノ進行ハ惡ヨリ善ニ向フトノ信ヲ徵スヘキモノナシ

哲理ニ照シテ缺點多キ性法説ニハ思モ寄ラサル至重至大ナル影響ヲ吾人々類ニ與ヘタリ若シ夫レ古代ニ於テ性法説カ普ネク流布セサリセハ思想ノ沿革隨テ人類全般ノ經歷ハ如何ナリシヤ實ニ推斷シ得ラレサルナリ請フ以下性法ナル思想カ如何ニ吾人ニ大功徳ヲ與ヘタルヤ述ヘン

元來法律並ニ法律ヲ以テ糾合セラル、社會ノ幼稚ナル時ニ於テ遭遇ス可キ危難ニアリ一ハ法律カ過度ニ發達スルコト是レナリ此適例ハ之ヲ古代ノ希臘ニ徵スルコトヲ得可シ同國ノ法律ハ非常ノ速力ヲ以テ進歩シ繁冗ナル形式ヲ省畧シ無用ナル術語ヲ掃蕩シ懸テハ不撓ノ法則先規ニ感情上ノ尊重ヲ加ヘサルニ至レリ其結果當時ノ士民ニ與ヘタル便益ハ巨大ナリシニ相違ナシト雖正終ニ人類ノ公益ヲ爲サ、リシナリ純理上ノ正義ニハ適ハストモ適宜ニ法律ヲ應用シ又適宜ニ法律ヲ助長シ乍ラ常ニ法律ヲシテ高尚ナル標準ニ達セシムルノ期望ヲ失ハサル

ハ國民ニ得難キ特性ノ一ナリ而シテ希臘民ノ智能ハ高尚ナルニ拘ハラス應用力アルニ拘ハラス法式ノ摸型ニ拘束セラル、コト能ハサス例ハ「アゼノス」寄合裁判ニ於ケル有様ヲ見ルモ常ニ法律ト事實トヲ混同スルノ趣アリ夫ノアリストールカ其著文章論ニ拾收セル能辯家ノ辯論ニ徴スルモ純然タル法律問題ヲ議スルニ當リ辯護士ハ常ニ裁判官ノ心證ヲ動スニ足ルヘキ有ラユル事情ヲ陳辯シタルヤ知ルヘシ此ノ如クシテ能ク永續スヘキ法制ヲ起スモノ鮮ナキナリ各事件ノ事實ニ至適ナル判決ヲ爲スニ妨ケアルトキハ毎ニ法律ノ明文ヲ自在ニ屈伸スル國民カ法理ヲ後世ニ傳フルコトモアラハ單ニ其時代ニ於ケル正邪ノ觀念ニ基クモノナルヘキノミ此ノ如キ法律制度中ニハ後ノ開明國民カ則トルヘキ規範一モアルコトナシ寧ロ當時ノ文化ノ缺點ヲ帶ヒタル一種ノ哲理ナリト云フモ過言ニアラサル可シ是レ法律カ過度ニ進歩シタルニ由リ生スル所ノ弊害ナリトス羅馬カ此危難ヲ免ル、コトヲ得タルハ職トシテ性法説ノ保護ニ由ラスンハアラス羅馬明法家ノ説ニ依レハ性法ハ漸次從來ノ固有法ヲ淘汰シ了ルヘキモノナレトモ固有法カ相當ノ手續ニ依リテ改廢セラル、マテハ漫ニ其効力ヲ奪ヒ去ルモ

ノニ非サルナリ性法ハ裁判官ノ心ヲ左右スルモノトマテハ世人ニ信セタレサリシナリ性法ノ特効ハ偏ニ至備ナル法律ノ標本ヲ示シ羅馬人サシテ之ニ倣フノ希望ヲ懷カシメ乍ラ未ク其趣旨ニ適合セサルコトモセヨ現行法ヲハ矢張法律トシテ遵守セシメタルニ在リ而シテ標準法律ハ後世ノモノ、如ク全然想像ノ結果ニハ非ス羅馬人ハ未ク嘗テ實用セラレサル原理ニ基クモノトシテハ視サリシナリ唯現行法中ニ潜在シ偏ニ現行法ニ就テ探求セラルヘキモノトセリ實ニ性法ハ救済ノ効ヲ成スモ激變濫革ノ用ヲ爲スモノニハ非カリシナリ不幸ニシテ近代ノ性法説ハ是ニ至テ古代ノモノト相異ナルナリ右ハ法律速進ノ危難ナルカ向ホ一ノ危難ハ社會ノ進度ヲ停滯セシムルノ危難是レナリ大古ノ法律制度ハ宗教ナラサレモ宗教ト密着シタルモノニシテ容易ニク變更セサランコトヲ期シタリシカ故ニ習慣漸ヤン制度ノ形ヲ帶タル時代ノ人道法則ヲ以テ永ク人類ノ大部ヲ羈束セリ一二ノ人種ハ好運ニ因リ此災厄ヲ免レ其末葉ハ功徳ヲ近代社會ノ一二ニ施シタリト雖モ天下ノ大半ハ尙ホ祖宗ノ遺範ヲ格守スルヲ以テ法律ノ至善ヲ致スノ方ナリト信シ古法ノ文意ノ許ス限リ巧ミニ率

強附會ノ解説ヲ以テ得意ト爲スハ常ナリ若シ性法説ニシテ高尚ナル標準ヲ示ス
 コトナカリセハ羅馬法必スシモ印度法ニ優ラサリシナリ羅馬ニ於テハ簡潔齊整
 ハ至備至良ナル法律ノ特性トシテ常ニ標示セラレタリ凡ソ社會ニ取リテ改良ノ
 標準一定スルヨリ幸福ナルハナシ例ヘハ近來英國ニ於テベンザム氏カ法律社會
 ニ及ホシタル影響ノ大ナルハ普ク諸君ノ知ラル、所ナラン何故ニ斯ク氏ハ英國
 ノ法律社會ニ勢力アリヤト云フニ氏カ改良ノ標準ヲ定メタルニ由ラサルハナシ
 即チ氏ハ國民ノ幸福ヲ以テ至大ノ目的ト爲シ凡テ法律ヲ改良スルノ標準ヲ定メ
 タリ氏ノ以前ハ如何ト云フニ英國ハ英國法ヲ以テ至理ニ適ヒタルモノト爲シ宛
 モ佛國カ今日奈翁法典ヲ以テ性法ニ基キ條理ニ適合スト稱スルニ同シカリシナ
 リ然レトモ前世期ノ英國法律家ト雖モ悉ク英國法ヲ以テ眞ニ至理ノ法品ナリト
 信セルニアラス多少改良ノ念ナキニアラスト雖モ他ニ據ルヘキ主義ナキヲ以テ
 英法至理説ヲ信シタル者ノ爲チナセリ是ノ時ニ方リベンザム氏驟然トシテ起チ
 英國法律必スシモ金科玉條ニアラス法律ハ須ラク國民ノ最大幸福ヲ以テ目的ト
 ナス可シト呼號シケレハ待チコト待チタル英國人ハ翕然トシテ擗ノ音ニ應スルカ

如ク氏ノ説ニ贊同シ國民ノ幸福ヲ束縛スル法律ハ不可ナリトシテ漸次法律ノ改
 良ヲ促シ現今尙ホ改良シツ、アルノ時運ニ到達セリ之ヲ要スルニ氏カ英國ニ勢
 カアル所以ノモノハ一ニ其改良ノ標準ヲ示シタルノ一事ニ歸セサルヲ得サルナ
 リ
 今性法説ヲ稱シテ右代ニ於ケル「ベンザム」流ト云フハ不當ナル比喻ニアラサルヘ
 シ羅馬人ノ説モ此英國人ノ説ト同一ノ方針ニ人力ヲ導キ實際ニ於テハ恰モ國民
 全般ノ幸福ヲ標準トシテ法律ヲ改良シタルカ如キ結果ヲ生セリ人類ノ幸福ヲ以
 テ立法ノ目的トスヘントノ趣意ハ羅馬ノ法律論中ニ見ユレトモ性法ヲ標準トス
 ルノ説ノ盛ナルニ比スヘクモアラヌ明法家等カ尊重シタルハ慈仁ニ在ラスシテ
 簡潔齊整即チ彼等カ所謂ル優美ニ在リシナリ而シテ彼等カ奏成シタル効果ハ性
 法説ニ比シテ正確ニ近キコト數層ナル哲理ニ誘導セラレテ生シタル結果ト同様
 ナリシハ實ニ人類ノ大好運ナリト謂フヘシ
 翻ツテ近代ニ於ケル性法ノ沿革ヲ見ルニ其影響ノ善惡ハ遽カニ判定シ難シト雖
 トモ浩大無邊ナルハ疑アルヘカラス性法ニ基因スル學說制度ハ近世ニ於ケル大

論争ノ題ナルコト佛蘭西カ此百年間西洋ノ天下ニ傳播シタル法律政治及ヒ社會上ノ自立タル思想ハ多クハ其源ヲ性法ニ酌ミタルヲ以テ知ルヘシ古來佛國ニ於ケル法律家ノ勢力ハ甚ク浩大ニシテ佛人ノ法律思想甚ク旺盛ナリ成程歐洲近代ノ法律學ハ佛蘭西ナラスシテ伊太利ニ興リシモ伊多利大學派遣ノ學者等カ歐洲各地ニ於テ設立セシ法學校ノ中最モ隆盛ヲ極メタルハ佛國ニ於ケルモノニシテ其國ノ運命ニ至大ノ影響ヲ及ホシタリ而シテ佛ノ法律家ハ王家ト合體シテ國王ノ特權ヲ主張シ遂ニ從來一小國ノ集合ナリシヲ兵力共ニ張リ一王國ヲ創建スルニ至リタリ實ニ佛國カ儼然タル王國ヲ創立スルニ至リタルハ法律家ノ勢力與ツテ力アリト云フ可シ而シテ此時代ニ於ケル人民ノ思想如何ト云フニ凡テ漠然タル原理原則ヲ好ミタル時代ナリ即チ有リト有ラユル事柄ニ適用スルヲ得ルカ如キ大規則ノ原理ヲ非常ニ尊奉シタリ然ルニ斯ノ如キ原理ハ羅馬法即チ羅馬人カ法律ニ就テ述ヘタル所若クハ法律家カ意見ヲ吐露シタルモノニ多キヲ以テ佛ノ法律家ハ之ヲ援用シ來リテ種々ノ說ヲ唱ヘ大ニ時世ノ好尚ニ適合シ非常ナル勢力ヲ博シタリ而シテ又茲ニ奇トシ妙トス可キハ文字ニ現ハレタルモ

ノカ當時ノ人民ニ勢力アリシコト是レナリ即チ斯ク々々ノコトハ書物ニアリト云ヘハ其說ノ眞價ヲ問ハスシテ一ニ之ヲ尊奉スルカ如シ然ルニ理窟ノ書物トシテ現ハレタルモノハ羅馬法ニ多キヲ以テ苟モ論議セントスルニ方リテハ必スヤ羅馬法ヲ援引シ來リ若シ其議論ヲ打破セントセハ更ニ羅馬法ノ著書ニ依リテ反論ヲ揭ケサル可カラサル如キ有様ナリキ是ヲ以テ佛國法律家ハ每ニ羅馬法ヲ藉リ來リテ立論ノ資料ト爲ルヲ以テ是レ亦佛國法律家ノ勢力ヲ助クルノ一トナレリ佛ノ王家一タヒ定マリ王家ノ勢力盛ナルヤ佛國法律家ハ爲メニ大ナル特權ヲ授ケラレタリ實ニ法律家ハ立法家辯護士裁判官トシテ世ニ比類ナキ勢力ヲ得クニ夫ノモンテスキュー氏ノ如キハ其一ナリ然レトモ翻ツテ佛國ニ於ケル實際ノ有様ヲ看ルニ大ニ法律家ノ思想トハ徑庭セルモノアリ即チ小邦一致シテ一王國ヲ創建セルニ拘ハラス法律ハ依然トシテ舊時ノ觀ヲ改メス國ニ依リテ法律ヲ異ニシ錯綜紛雜ヲ極メタリ今之ヲ大別スレハ成文律ノ邦ト不文律ノ邦トノ二ニ別ツコトヲ得可シ而シテ成文律ノ邦ハ羅馬法律ヲ遵奉シ不文律ノ邦ハ其自國ノ習慣ニ適合スル範圍ニ於テ羅馬法ヲ採用シタリ又習慣法ヲ遵奉スル邦國ニ於テモ

甲ノ邦ト乙ノ邦トハ習慣ヲ異ニスルカ如ク法律ノ點ヨリ言ヘハ實ニ非常ナル錯綜中ニ佛國ヲ發見シタリキ英國ニ於テハ斯ノ如キ混雜ナキモ日耳曼ニ於テハ亦斯ノ如キ混雜アリテ國々ニ依リテ法律ヲ異ニセルノミナラス其法律ノ解釋モ亦國々ニ依リテ種々ニ別レタルモノ、如シ是時ニ方リ羅馬法ヲ研究シテ性法ニ心醉セル佛國學者ハ眼ヲ轉シテ自國ノ法律ヲ顧ミレハ錯然紛然亂麻ノ如クナレハ茲ニ自國ノ法律ヲ改良セントスルノ思念勃然トシテ全國法律家ノ頭中ニ湧ケリ彼等ハ以爲ク性法ニ境域ナシ性法ニ尊卑ナシ簡潔ニシテ整正ナル是レ性法ノ骨髓ナリ性法ニ非スンハ何モノカ能ク我法律ノ改良ヲ遂行シ得ンヤト性法ヲ尊奉スルノ念ハ層一層法律家ノ腦中ニ侵入シタリ然レトモ此時代ニ於テハ性法ハ單ニ法律社會ニノミ尊崇セラレタリシカ茲ニ性法ノ歴史ニ於テ一大革命ヲ看ルノ端緒ヲ開キタリ何ソヤ他ナシ從來性法ハ唯法律社會ニノミ贊稱セラレタルコト今度ハ政治社會ニ於テ歡迎セラレタルコト是レナリ思フニ若シ性法ニシテ唯法律社會ニノミ行ハレタルニ止マラシメハ性法ハ永ク其運命ヲ社會ニ保維スルヲ得サリシナラン何トナレハモンテスキュー氏ノ著書ハ沿革ニ依リテ説明ヲ與ヘ

タルモノナレハナリ素ヨリ氏ノ著書ハ今日ニ於ケルカ如ク精密ナルモノニハアラスト雖モ沿革ニ依リテ法理ヲ説述シタルヲ以テ氏ノ著書一クヒ出テナハ性法ハ其跡ヲ收メタルナランニ幸カ將ク不幸カ氏ノ著書未ク世ニ行ハレサルニ先クナ茲ニ非常ナル一偉人出テ來リテ性法ニ依リテ非常ナル説ヲ世人ニ紹介シタリ之ヲ誰レトカ爲スル一ソ一即チ其人ナリ氏カ説ハ特リ佛國ノミナラス一時歐洲全土ヲ風靡シタリ尤モ氏ノ以前ニ方リテ氏ノ如キ民約説ヲ主張シタルモノナキニアラス例ヘハバイルロツンポルテール諸氏ノ如キ此説ヲ主張シタレトモ此等ノ諸氏タル單ニ舊來ノ僻説ヲ打破セントスルニ在リテ敢テ新ニ一説ヲ樹立シタルニアラス然ルニ一ソ一ハ之ニ反シテ更ニ一步ヲ進メテ一主義ヲ社會ニ發表シタルヲ以テ是レカ爲メニ社會ニ及ホシタル勢力ハ遙カニ破壊的ノ説ニ超ヘタリ今ル一ソ一説ノ骨子如何ト云フニ自然ノ有様ニ始ケル人間ト云ヘルカ氏ノ説ノ本體ナリ即チ廣原ノ中央ニ赤條々タル男子カ大字形的ニ直立スルカ如ク人間ハ自然ノ有様ニ於テ看ルコトヲ得可シ而シテ自然ノ有様ニ於テハ人間ハ何等ノ制裁ヲ受クルコトナク又何等ノ制裁ヲ與フルコトナシ約言スレハ不羈獨立ナ

ル是レ人間ノ自然ニ於ケル狀況ト謂ツ可シト云フニ在リ是故ニルソーノ説ニ從ヘハ自然法ト云フニ非スシテ自然ノ狀況ト云フナリ羅馬人ノ考フル所ニ依レハ現在セル法律制度ヲ檢案セハ性法ヲ發見スルコトヲ得可シト云フニアレトモルソーノ説ニ依レハ法律ハ勿論社會ノ組織ハ凡テ誤レリト云フニ在リ從ツテ氏ノ説ニ依レハ羅馬人カ性法ヲ唱ヘタルカ如ク現在ノ法律制度ヨリ性法ヲ抽出シ來リテ法律ヲ改良セントスルトハ異ナリテ一ニ現在ノ法律制度ヲ打破セスンハ止マサラントスルモノナリ此時ニ方リ沿革ニ依リ古來ノ事實ヲ引照シ來タルトキハルソー輩ノ迷夢ハ直チニ覺破セラレシナランニ悲ヒ哉唯一ノ好材料タル舊約全書ハ猶太ノ歴史ナルヨリ耶蘇教國ニ嫌厭セラレ此書ノ大部ハ誤謬ナリトシテ空ク高關ニ束ネラレタルヲ以テルソーノ説ハ全ク空想迷理ナルニ拘ハラス政治社會ニ廣行濶歩スルニ至レリルソーノ説一タヒ出テ次テ起リタルハ佛國ノ革命是レナリ國王ヲ弑シ貴族ヲ戮シ幾万ノ無辜ヲ殺シ幾万ノ財產ヲ擄盡セシメタルルソーノ説ノ勢力亦大ナリト云フ可シルソーノ説ハ獨リ佛國ノ革命ヲ惹起シタルノミナラス尙ホ其他ニ影響ヲ與ヘタル著明ナル證據ハ夫ノ万民

同等ノ原理是ナリ素ヨリ羅馬法ニ於テハ万民全等ノ原理ヲ認メタルモ茲ニ所謂万民全等トハ少シク異ナル所アリ即チ羅馬法ニ於テ万民全等ト云フハ法律ノ前ニハ尊卑ナシ貧富ナシ万民ハ全等ナリト云フニアレトモ茲ニ所謂万民全等ハ更ニ一步ヲ進メタルモノニシテ王侯彼レ何モノソ貴族彼レ何モノソ人類ニ階級ナシ万民ハ全等ナラサル可カラスト云フニ在リ此ノ最モ著名ナル一例ヲ學シレハ夫ノ有名ナル米國獨立ノ檄文ニ此語ヲ載セタリ檄文起草者ノ一人タルシヤフエ
 ルソソ氏ハルソーノ學說ニ歸依シタルヲ以テ米國カ英國ノ羈絆ヲ脱シ獨立ノ旗幟ヲ翻スニ方リ其檄文中ニ凡テ人類ハ同等ナラサル可カラストノコトヲ載セタリ此萬民同等ナル語ハルソーノ民約說ニ出テタルコト疑ヒナシ然ルニ米人
 カ一千八百六十年マテ奴隸ヲ使役シタルハ獨立ノ當時ニ萬民ハ同等ナリト天下ニ呼號シタルニ比セハ豈ニ奇ナラスヤ
 之ヲ要スルニルソーノ説ハ獨リ佛國ニ於テ革命ヲ惹起シタルノミナラス尙ホ米國マテ其波動ヲ與ヘタリト謂フ可シ然レトモ國王ヲ弑シ貴族ヲ戮シ幾萬ノ無辜ヲ殺シ幾萬ノ財產ヲ擄盡シシメタル佛國ノ革命ハ實ニ眇々タル一ルソーカ

架空ノ想像ニ出テタルコトハ深ク諸君ノ留意セラレシコトヲ希望スル所ナリ
 次ニ性法ノ大効果ハ今日ニ行ハル、國際法ノ發生ヲ促シタルコト是レナリ抑モ
 如何ニシテ國際法ハ性法ヨリ生出シタリヤト釋スルニ先ツ國際法ノ原則ヲ約言
 スレハ凡ソニアリ第一ハ性法ナルモノアリテ萬國ヲ支配ストノ原則是レナリ此
 原則ハ何人カ之ヲ主唱セルヤト云フニ夫ノ有名ナルグロージアス氏ナリ尤モ氏
 ノ以前ニ於テ此原則ヲ説キタルモノナキコアラスト雖モグロージアス氏及其門
 弟等カ專ラ此原則ヲ基礎トシテ國際ノ條規ヲ案出セルナリ抑モ此原則ハ何處ニ
 之ヲ得タリヤト云フニ言フ迄モナク羅馬法ヨリ出テタリ即チ夫ノ羅馬ノ奉行カ
 當時ニ知ラレタル諸國ノ制度ヲ案シテ諸國ニ普通ナル原素ヲ採集シタル萬國法
 トモ謂ツ可キモノヨリ國際法ニ於ケル此原則ヲ得タルナリ斯クグロージアス氏
 等ハ專ラ羅馬法ニ於ケル萬國法ヨリ國際法ヲ案出セリト雖モ之ヲ羅馬人ノ思想
 ト比スルニ大同ニシテ小異ナルカ如シ即チグロージアス氏等ハ法律ト道德トヲ
 混同シタルノ痕跡アリテ其國際法ヲ説クヲ聞クニ或ハ法律ヲ論スルカ如ク或ハ
 道德ヲ論スルカ如ク全ク二者ヲ混同シタリ近來ニ於ケル國際法ノ著書ニ於テハ

之ヲ看ルコト少キモ古ニ遡ルニ從ヒ道德論多ク一方ニ於テハ現在ノ國際法ヲ説
 シニ拘ハラス他方ニ於テハ國際法ハ斯クアラサル可カラヌト説クモノ多シ斯ク
 シグロージアス氏ノ説ハ法律ト道德トノ混淆ヲ免レサリント雖モ兎ニ角性法アリ
 テ萬國ヲ支配ストノ原則ハ嚴然トシテ樹立セラレタリ
 第二ニ次テ起リシ思想ハ各國間ニ於テモ性法ヲ遵奉セサル可ラヌトノ原則是レ
 ナリ之レ亦羅馬法ヨリ出テタリ元來國法ニヨリテ支配セラル、ト云フハ他方ニ
 於テハ性法ニ依リテ支配セラレストノコトヲ含ムモノナレハ之ニ反シテ國法ニ
 依リテ支配セラレストハ性法ニ依リテ支配セラルトノ論結ハ自然ニ之ヲ得可シ
 今近代ニ於ケル各國ニハ之ニ適用スヘキ所ノ國法アルコトナシ然ラハ各國ハ何
 ニヨリテ支配セラル、ヤト云フニ性法ヲ以テ支配セラル可シトノ原則ヲ認ムル
 ニ至レルハ亦自然ノ數ナル可シ元來邦國カ此地位ニ至ルトキハ所謂各國獨立ニ
 シテ其上ニ君主ヲ戴シコトナシ故ニ今日ヨリ之ヲ考フレハ各國ノ間ニハ法律ヲ
 キモ差支ナキカ如シト雖モ何故ニヤ中世ノ人々ハ法律ナシト云フヲ嫌ヒ何物カ
 其間ニ支配スル所ノモノナカル可カラヌト云フヨリシテ遂ニ性法ヲ採フニ至リ

古ルナリ形勢茲ニ至レハ其借受シタル羅馬法トハ少シク意義ヲ異ニスルニ至レ
 何トナレハ羅馬法ノ時代ニ於テハ今日ノ如ク獨立國アルヘカラス羅馬獨リ其
 武威ヲ張リ近隣ヲ征服シ以テ其服從シタル邦國ニ萬國法ヲ執行シタルモノナレ
 ハ各國ハ獨立ニシテ同等ナリトノ思想アルコトナク唯羅馬カ征服シタル邦國ニ
 羅馬ノ固有法ヲ布カヌシテ其各國ニ共通ナル法律ヲ萬國法ト名ケテ適用シタル
 ニ外ナラサレハ今日ノ如ク獨立國ノ關係ヲ支配スルモノトハ大ニ徑庭スル所ナ
 キヲ得サルナリ是ヲ以テ前キニハ獨立同等ナラサル人民ニ適用シタル法律ヲ以
 テ後ニハ君臨スルモノナキ邦國ニ適用セントスルモノナレハ前キニ借受シタル羅
 馬法ノ精神トハ全ク異ナルニ至レリ且又後段ニ述フル如ク歐洲ノ形勢カ最初ハ
 國際法ノ行ハル、ヲ許サ、リシカ形勢一變シテ遂ニグローシアスノ説ヲ容ル、
 ニ至リタルナリ斯ノ如クグローシアスノ輩カ羅馬法ヲ採リテ國際法ヲ案出シタ
 ルハ一ニグローシアス初メ當時ノ人民カ萬國法ノ性質ヲ誤解シタルニ出テタリ
 小雖モ此誤解ハ幸ニシテ今日ノ國際法ヲシテ成立セシムルノ基礎ト成レリ蓋シ
 性法ノ支配ノ下ニ立ツトキハ各國皆ナ獨立ニシテ平等ナルハ言フ俟クサル結果

ナレトモ何人モ君臨スル者ナキニ至レハ邦國ハ亦所謂自然ノ情態ニ立ツモノニ
 シテ自然ノ情態ニ於テハ何レモ同等ナリ其版圖ノ大小人民ノ多少ニヨリテ彼此
 アル可カラス凡テ獨立ニシテ同等ナリト云フニ至レリ此説ヲ以テ羅馬ノ萬國法
 ヲ説クハ抑モ誤レリ然レトモ此誤解ハ幸ニシテ歐洲ニ與ヘタルノ幸福ハ幾ント
 言フ可カラス若シ夫レ弱ノ肉ハ強ノ食ナリ或ハ大ハ小ヲ壓スト云フカ如キ原則
 ニシテ行ハレンカ小國ハ常ニ大國ニ壓制セラレ非常ノ困苦ヲ受ケタルシナラン
 ニ萬國同等ノ説ハ能ク歐洲人民ノ頭腦ヲ支配シ夫ノ瑞西白耳義ノ獨立ヲ認了シ
 歐洲ノ平和ヲ維持スルコトヲ得タルハ一ニグローシアス輩カ萬國法ニ於ケル誤
 解ノ賜ト謂フ可シ

グローシアス及其子弟カ一タヒ國際法ヲ唱テヨリ幾多ノ學派ヲ生シ互ニ議論ヲ
 上下シタリシカ其論戰ノ烈シカリシニ似ス萬國法ハ舊時ノ觀ヲ改メス別ニ増加
 セラレタルモノアルヲ看サリキ特ニ國際法中土地取得ニ關スル規則ノ如キハ宛
 然萬國法ニ於ケル財產法ヲ再演セシメタリ例ヘハ征服シタル土地又ハ發見シタ
 ル土地ヲ取得スルニハ財產取得ノ方法ニヨリタルカ如シ斯ク國カ土地ヲ享有ス

ル方法ヲ万国法ニ於ケル財産法ニ依リタルノ結果ハ如何ト云フニ夫ノ主權ト領地トヲ連結セシメタルコト是レナリ例ヘハ日本ノ主權ノ行ハル、所ハ凡テ日本帝國ト爲ヌカ如シ

近來國際法ヲ説クモノハ曰ク國際法ノ規則タルヤ眞ニ能ク公平ヲ得自然ノ則ニ適ヘリト然レトモ是レ大ニ國際法ノ沿革ヲ知ラサルモノナリ前キヨモ一言シタル如ク羅馬帝國一タヒ敗レテヨリ歐洲ハ久シク國際法ハ行ル、狀況ニアラサリシナリ夫ノ法規ノ正當ナルヲ以テ國際法ヲ説カントスルモノハ歐洲ニ於ケル此事跡ヲ忘却セルモノト謂ツ可シ是レヨリ聊カ歐洲ニ於ケル當時ノ形勢ニ付テ述フル所アラシ

先ツ第一ニ主權領地並行ノ思想ナカリシコトヲ留意セサル可カラズ彼ノ羅馬帝國ノ昌盛ナルヤ宇内ノ覇權ヲ握リシハ實ニ羅馬帝國ニシテ其他ノ諸國ハ皆ナ羅馬帝國ニ屬隸セルモノナレハ羅馬帝國以前ニハ各國皆ナ獨立ナリトノ思想ハ甚モ其念頭ニタモ上ラサリキ降ツテセルマンノ森林中ヨリ野蠻人襲ヒ來リテ遂ニ羅馬帝國ヲ顛覆シタリフランシバルガンハンザルロンバルツ人ノ如キ其重ナル

モノナリ今是等人種ノ生活ノ有様ヲ看ルニ水草ヲ追フテ移轉スルモノナレハ一定ノ領土アルコトナシ只種族ニ由リテ團結セルヲ以テ其種族中ニハ首領タルモノアレトモ是ハ只其種族ノ首領タルニ止マリ某土某地ノ首領タルニアラス從ツテ羅馬帝國ヲ顛覆シタル後モ尚ホ依然トシテ異ナルコトナク國土ト權力トノ關係ヲ認メサリキ成程後世ニ至リテハ種族ノ名稱ハ遂ニハ土地ノ名稱トナリタルモノアリト雖モ當時ニ在リテハ一定ノ土地ニ對スル主權者ヲ認ムルコトナシ即チ佛王又ハ伊王ト云フカ如キ思想ナシ偶々之レ有ラハ寧ロ一等ヲ下レル所ノ名稱ナリキ开ハ他ナラス例ヘハフランクナル種族ハ今日ニ於ケル佛國又ハ伊國ヲ占領シタリト想像セハ若シ佛王又ハ伊王ト稱スルトキハフランクノ種族中ノ一部ノ君主ナリトノ意義ニ解セラレタルカ如シ是ヲ以テ若シ種族ノ關係ヲ離レテ權力ヲ振ハントセハ勢ヒ古ノ羅馬帝國ニ倣ヒ宇内ヲ併呑スルニアラサレハ能ハサリキ然ラズンハ只一種族ノ主領タルノミ夫ノ古ノ謎ニ「セザルカ否ラズンハ自ラモ無シ」ト云ヒシハ即チ此ノ謂ヒナリ近來ニ於テモ種族ノ名ヲ冠ラシメテ王又ハ帝ト稱スルモノナキニアラス然レトモ是レ前朝ヲ倒シテ新朝ヲ創建セントスル

ニ方リ前朝ノ名ヲ避ケンカ爲メニ出テタルモノニシテ古ニ於ケルモノトハ大ニ趣キ異ニセリ例ヘハ佛國ハ共和以前ニ於テハ奈翁ヲ以テ佛ノ王ト呼ヒタリ又ベルシアノ王ハ之ヲベルシア王ト呼ヒタリ是レ只前朝ノ名ヲ避ケンカ爲メニシテ夫ノ種族ノ王カ否ラスンハ帝王タルヨリ立脚ノ地ナシト云フモノトハ同一ノ論ニアラサルナリ是ヲ以テ羅馬帝國滅亡ノ後佛ノシヤールマンカ帝ト唱ヒタルハ此理由ニ出テタリ後ノ帝ヲ贊スル者帝ヲ以テ先見ノ明アリト爲セトモ其實然ラス帝ハ自ラフランクノ王タルヲ甘セス宇内ヲ統一セントノ志アルヨリ自ラ帝ナル名稱ヲ擇ヒタルノミ然ルニ茲ニ主權ト國土ト一致ストノ思想ヲ助長セシハ一ニ封建制度ニ依レリ封建制度ノ下ニ在リテハ武士カ土地ヲ領シテ公務ニ從事スルモノニシテ武士ノ上ニ大地主アリ而シテ其大地主ノ上ニ又大地主アリテ遂ニシヤールマン大王カ最後ノ大地主ニシテ其主權ノ及フ所ハ即チシヤールマン大王ノ領地ナリト云フヨリシテ茲ニ初メテ主權ト土地トノ關係ヲ認ムルニ至レリ後シヤールマンノ建テタル帝國ハ衰ヒタヨリ其主權ノ及フ所ノ區狹ハ漸々狭小トナリ間々孤立スル所ノ人民ヲ生スレニ至レリ此ノ孤立セル人民ハ後ニハ獨立

スルニ至リシカ當時ニ於テハ未ダ容易ニ斯ノ如ク連續セル思想ヲ得ル能ハスニシヤールマン帝國ノ衰ヒタル後ハ羅馬法王ヲ戴クニ至レリ斯カリシ中ニ佛國カ率先シテ今日ニ所謂王國ト爲リ佛國王ヲフ名稱ヲ唱ヒ其後イスパニアナールノルマンデーノ諸國之ニ倣ヒテ國王ノ名稱ヲ戴クニ至レリ以上説述セル如キ沿革ヲ經テ國權國土并行ノ思想世ニ顯ハレタリ斯ノ間ノ沿革ニシテ成ルニアラスンハ今日謂フ所ノ國際法行ハル可キ謂ナシ而シテ古セルマシトノ盛ナルヤ其支配ノ下ニ立ツモノハ凡テ帝國ノ法律ヲ以テ支配セラル可シトノコトヲ主張シタリ是ヲ以テ考フルモ當時ノ思想ト今日ノ思想ト大ニ差異アルコトヲ知了シ得可シ

斯ノ羅馬帝國衰ヒ羅馬法王ノ配下ニ立チシカ茲ニ幸カ將ク不幸カ羅馬法王ヲ戴クシ能ハサルニ至レリ開ハ他ナラス宗教ノ革命是レナリ夫ノマルチンルーテル出テ一ツヒ新教ヲ唱ヒテヨリ歐洲諸國之ニ歸依スルモノ多クセルマン帝ハ羅馬法王ト相合シテ新教ヲ撲滅セント圖リシモ新教ハ日ニ其勢力ヲ増シ遂ニ新教國ハ羅馬法王ヨリ獨立シ又セルマン帝ヨリ獨立スルニ至レリ其後封建制度打破セラ

レタルノ後各國皆ナ獨立ノ君主ヲ戴カサルモノナキニ至レリ然レトモ平穩無事ニ此ニ到着セルニアラス此間幾多ノ戦争ナキヲ得ス人民モ亦大ニ治ヲ思フノトキニ際シグロージアス氏國際法ヲ唱道シ國ハ全等ナリ獨立ナリ性法ノ支配ヲ受ケサル可カラスト説キタルヲ以テ氏ハ早クモ諸國ノ容ル、所トナレリ素ヨリ氏ノ説タル國土主權并行ノ思想ナクシハ行ハル、ヲ得サルモノナレトモ時宛モ此思想ハ既ニ一般ニ普及セルヲ以テ氏ノ説容易ニ行ハル、ヲ得タルナリ氏ノ説ハ各國ハ自然ニ於テ獨立ナリ平等ナリ君臨スルモノナシ從ツテ立法者ナク又國法アルコトナシ去レハ自然法ニ由リテ支配セラレサル可カラスト云フニ在リテ大ニ當時ノ人心ヲ傾動シタリ然ルニ前キニ述ヘタル如ク國際法中國土占領ニ關スル規則ハ羅馬法ヲ採用セルモノナルカ羅馬帝國衰ヒ又法王ノ勢力衰ヒ封建制度ノ餘光ニ依リ國土ト主權トハ並行ストノ思想ニヨリテ初メテ適用セラル、ヲ得タルモノナリ然ラヌハ遂ニ此規則ハ遵奉セラル、ヲ看ルコトナカリシナラン

之ヲ要スルニ羅馬ノ性法ナルモノハ羅馬人カ其征服シタル人民ヲ支配センカ爲

太古ノ情狀

メニ立テタル法律ナリシヲグロージアス氏カ誤解シテ獨立國間ニ行ハル、法律ト爲リタルナリ而シテ羅馬帝國衰ヒタル後ハシヤレマン帝代リテ宇内ヲ支配シ然ラサルモノハ羅馬法王ノ支配スル所トナリ其間ハ久シク國際法ノ實行ヲ許サ、リシカ後宗教革命ニ依リテ法王ノ羈絆ヲ脱シ各國ハ平等ナリ獨立ナリトスルニ至リ時會封建制度ノ行ハレタルニ由リ主權ト國土ト并行スルノ思想ヲ養成シ遂ニ今日ノ國際法ノ行ハル、ヲ看ルニ至リタルナリ

第五章 太古ノ情狀

性法ハ元來空虚ニシテ事實ニアラサルコトハ前章ニ於テ論述セリ然ラハ其事實トハ如何ナルモノナルカ是レ本章ノ闡明セントスル所ナラン

從來法學ヲ説クモノ凡テ架空ノ妄想ニ出テ一モ事實ニ依リテ論究シタルモノアルコトナシ是レ豈ニ學問ノ進歩ヲ障礙スルモノニアラスシテ何ソヤ古代ハ措キ外國ハ措キ彼ノ有名ナルプラックストクニ看ヨ氏ハ其自序ニ於テ自然ノ道理ナルモノアルコトヲ説キタリ又轉シテ政治家タルロックス并ヒニホップスヲ看ヨロックス氏ハ民約論ヲ著ハシホップス氏ハ主トシテ帝王ノ特權ヲ論述シタリ此ノ二著

ルニ見或ハ矛盾スルカ如キモ共ニ同一ノ非難アルヲ免レヌ即チ二者共ニ事實ニ依リテ民約論又ハ帝王ノ特權ヲ論シタルニアラス一トシテ學者ノ妄想ニアラサルハナシ

斯ノ如ク法律學者并ヒニ政治學者共ニ妄想ノ淵ニ陥ラサルモノナキニ茲ニ唯タ二ノ例外ト爲サ、ル可カラサルモノアリ一ハ有名ナルモンテスキュー氏ノ萬法精理是レナリ萬法精理ハ全篇凡テ實例ニアラサルハナシ素ヨリ其實例タル敢テ精緻ヲ極メタリト云フニ足ラスト雖モトニカク實例ニ依リテ全篇ヲ填メタルハ古來ノ學者ニ卓絶スル幾等ナルヤヲ知ラス唯タ氏ノ欠點トス可キ所ハ氏ハ人間ハ凡テ永續スルコトナキコトヲ說キタリ例ハ人間ハ凡テ氣候風土等ノ變動ニ依リテ影響ヲ受クルカ如ク主動的ノ動物ニアラスシテ他動的ノ動物ナルコトヲ說キタルカ如ク凡テ人間ハ變動ヲ好ムモノニ非ス永續ノ思想アルコトヲ看落シタリ蓋シ氏ノ一欠點ト謂フ可シ其二ハ有名ナルベンザム氏ナリ氏ハ沿革的ニ法律制度ヲ研究シタル人ニシテロヨノオーストリアノ氏之ヲ祖述シテ遂ニ法理學ヲ大成シタリ今氏ノ說リ所ニ依ルニ法律ハ主權者ノ命令ニシテ制裁アルモノナリト

ノコト氏ノ大主眼トスル所ナリ然レトモ是レノミニテハ未タ法律ノ何タルヲ說キ了レリト謂フ可カラズ即チ何故ニ斯ル命令出テタリヤ將タ命令ト人トノ關係ハ如何ナリヤ二氏ノ說リ所ニ依リテハ未タ釋然タルヲ得サルナリ只タベンザム氏ハ社會ト法律トヲ問ハス變更スルハ一ニ最大多數ノ最大幸福ヲ目的トスルモノナリトノ說明ヲ爲セリ換言スレハ茲ニ一ノ法律ヲ立ツルハ國民多數ノ幸福ナリト云フニ在リ成程此說明ノミニテハ未タ完全スル所ナキカ如ク何トナレハ新ニ法律ヲ設ケ又ハ舊法ヲ變更スルハ何レ其法律カ便宜ナリトノ思想ニ出ツルモノナルコトハ言ヲ俟サル所ナレハナリ是故ニベンザム氏ノ云フ所ハ敢テ說明ヲ與ヘタリトスルニ足ラス只タ文字ナキ所ニ最大多數ノ幸福ナル語ヲ填用シタルニ過キス斯ク妄想ヲ離レ事實ニ依リテ立論シタルモンテスキュー及ベンザムノ二氏共ニ十分ナル満足ヲ社會ニ與フルコトヲ得ス寧ロ社會一般ハ氏等ノ說明ニ不満足ヲ懷キ他ニ善良ナル研究方法ナキヤヲ望ミタリ

從來法律家ノ欠點ハモンテスキュー氏ヲ除クノ外皆ナ當時ニ於ケル法律制度ヲ研究スルノミニ止マリ遠ク古代ニ溯源シテ法律制度ノ如何ナルヤヲ討尋スルモ

ノナキニ在リ即チ其自ラ生息セル時代若クハ是レニ近キ時代ノ法律制度ノ内ニ
 局促シテ遠ク當時ト懸絶セル時代ニ於ケル法律制度ヲ研究シタルモノナシ例ヘ
 ハ英國學者ニ就テ云ヘハ羅馬若クハ希臘ノ法律ヲ研究スルカ最上限ニシテ夫ノ
 遠ク隔タリタル印度ノ法律ヲ研究スルモノナキカ如シ是レ從來法學ノ研究ニ於
 ケル一欠點ト謂ツ可シ抑モ他ノ學術ニ就テ云ヘハ例ヘハ化學ノ如キ地質學ノ如
 キ共ニ其極源ニ溯リテ研究スルノ方法大ニ效果ヲ奏シタリ就中沿革的比較的ニ
 研究スルノ方法カ今日ニ於テ最モ著シキ效果ヲ顯ハセシハ夫ノ言語學ナルコト
 ハ世人ノ皆チ知ル所ナリ斯ク諸他ノ科學ニ於テハ沿革的ノ研究方法ヲ採用セル
 ニ拘ハラス法律學ニ於テハ一人ノ這般ノ研究ヲ試ムルモノナキハ豈ニ斯學ノ一
 恨事ニアラスヤ

古代社會ノ情態ヲ窺知スルニ凡ソ三淵源アリ即チ第一ニ開化ノ點ニ於テ稍高度
 ナ占メタル外國人カ其見聞シタル所ノモノヲ記載シタルモノ第二自國ノ歴史第
 三古代法是レナリ今此ノ三者ニ付キテ研究スルトキハ古代ノ社會ニ於ケル有機
 ハ容易ニ知ルコトヲ得可シ

第一ニ古代ニ於テ少シク卓絶シテ開化シタル邦カ他ノ野蠻國ノ習慣風俗ヲ記述
 シタルハ今日研究ノ好材料ナレトモ斯ル著述ハ今日誠ニ珍ナキヲ如何セン其故
 ハ開化シタル人ヨリ劣等ナル人ヲ見レハ宛モ庶人カ穢多ヲ看ルカ如ク非常ニ卑
 ミテ能ク虚心平氣ニ風習ヲ觀察シ制度文物ヲ叙述シタルモノ少ナシ何レノ邦ニ
 於テモ其舊史ヲ看レハ或ハ魑魅トナシ或ハ魍魎トナシ野蠻人ト開化人トハ單ニ
 階級ノ異ナルノミナラス殆ント種類ヲ異ニスルカ如ク見做スハ人情ノ免レサル所
 ナレハ從テ公平ノ觀察ヲ遂行シ得サルハ復怪ムコ足ラサルナリ夫ノ如クシタス
 氏ハ「セルマニ」ト題スル書ヲ著ハシ當時ノ野蠻人タリシ獨逸民族ノ風習ヲ叙述
 シタリ然レトモ猥リニ珍聞奇說ヲ銜ヒ事實ヲ失スルコト多シトハ批評家ノ一般
 ニ批難スル所ナリ

第二ニ自國ノ歴史モ好材料ナレトモ是レ亦全ク信ヲ置クニ足ラス何トナレハ或
 ハ宗教上ヨリ事實ヲ飾リ又ハ事實ヲ隱スコトアル可ク或ハ政權ノ爭ヨリ前朝ヲ
 貶シ後朝ヲ贊スルコトアル可ク純然トシテ事實ヲ列叙シ來ルモノ殆ント稀レナ
 レハナリ

第三ニ最モ好材料トシテ看ル可キハ古代ノ法律ナリ是レニハ潤飾アルコトナシ即チ唯チ古代ノ法律タルニ止マリ敢テ道理ノ不可ニ關セス又感情ニ依リテ潤飾ヲ施スコトナシ有リノ儘ニ書キタルモノトス是ニ依レハ古代ニ於ケル社會ノ有様如何ハ明カニ窺知スルコトヲ得可シ獨リ古代法律ハ古代社會ノ有様ヲ吾人ニ指示スルノミナラス尙ホ古來歴史ノ如何ナル部分カ宗教上ヨリ又ハ政治上ヨリ抹殺又ハ潤飾セラレシカチ發見スル所ノ試験石タルコトヲ得可シ

借テ諸國ノ法律制度ヲ比較シテ得タル結果如何ト云フニ先ツ人類社會ニ於テ最モ古ク且ツ根本タル制度ハ家長制度是レナリ今如何ニシテ之ヲ得タルヤト云フニ重ニ舊約全書ニ載セタルヘブル人ノ歴史ニ依リテ發見セタリ元來ヘブル人ハ耶蘇教ヨリ排斥セラレ歐洲ノ到處ニ度外視セラレタルヲ以テ舊約全書ノ此部ニ着目スルモノ少ナク好シ之レアリトスルモ成ル可ク他ニ依リテ立論センコトヲ好ミ好材料タルヘブルノ歴史ハ空シク埋没セラレタリ今此ノヘブルノ歴史ニ依ルニ年長ノ男親ハ一家ニ於ケル純然タル統領ニシテ其權力ハ家族ノ生命ニモ及ヒタリ又其子ニテモ又ハ眷屬ニテモ奴隷ト擇フ所ナク只子ハ男子タル

モノハ後日家長權ヲ握ルコトヲ得可シトノ期望アルニ過キヌシテ家長權ニ對スル關係ハ全ク奴隷ト異ナルコトナシ又財產ノ如キモ家長ノ意思如何ニヨリテ隨意ニ之ヲ左右スルコトヲ得タリ抑モ家長カ斯ノ如キ權ヲ有スルハ何ソト云フニ之レ家長一己ノ權ニアラスシテ家ノ代表者トシテノ權ナルカ故ナリ夫故ニ一朝家長ニシテ死亡スルトキハ其財產ハ數子ノ間ニ均分セラレタリ尤モ長子ノミハ時ニ次子ヨリハ二倍ノ財產ヲ得ルコトアルモ概シテ財產ハ數子ノ間ニ平分セラレタルモノ、如シ借此時代ニ於ケル社會ノ有様如何ト云フニホーマーノ詩ニ之ヲ徵スルコトヲ得可シ即チ社會ノコトヲ議スル集會モ無ク裁判所モナク只チ各人カ妻子ノ上ニ立ナテ權力ヲ振ヒタルノミニテ互ニ干涉スルコトナシトホーマーノ詩ニアル如ク當時ノ社會ハ一家一家互ニ獨立シ一家ノ中ニアリテ家長ハ妻子眷屬ノ上ニ權力ヲ振フノミニシテ後世ノ如ク一家集マリテ一村ヲ成シ一村集マリテ一郡ヲ成スト云フカ如キコトアルナク只一家一アルノミナリ

社會ノ有様タル右ノ如シ去レハ家長ノ命スル所ハ即チ法律ナレハ今日ニ於ケルカ如ク中央政府ノ必要アルコトナシ去レトモ此有様ヨリ如何ニシテ一家ノ結合

生シタリヤ是レ第二ニ研究ス可キ所ノ問題ナリ今之ヲ歴史ニ徴スルニ今日ノ
 有様トハ全ク異ナリテ社會ハ一家ノ結合ニシテ個人ノ集合ニ非サルコトヲ知リ
 得可シ説述茲ニ至リテ前章ニ論シタル性法又ハ自然法ノ言フ所トハ異ナリ古代
 ノ社會ハ個人ナルモノヲ認ムルコトナク只ク家アルヲ認ムルノミ從ツテ自由又
 ハ個人主義ナルモノハ後世學者ノ想像ニ出テタルモノニシテ事實ニ非サルコト
 ナ明ニスルコトヲ得可シ今此時代ニ於ケル社會ノ有様ヲ形容スレハ宛モ無數ノ
 會社アルカ如シ先ツ法律ノ有様ハ如何ト云フニ誠ニ少ナシ蓋シ家長カ立法者ナ
 レハ其法律ノ尠ナルハ怪ムニ足ラス會々法律アリトスレハ其法律タルヤ家ト
 家トノ交際ヲ規定セルモノニ過キサレハ重ニ儀式的ニシテ又丁重ヲ極メタルモ
 ノナリ即チ當時ニ於ケル家ト家トノ交際ハ今日ニ云フ所ノ國ト國トノ交際ノ如
 シナリキ而シテ夫ノ會社ハ決シテ死セストノ格言アルカ如ク古代ノ法律ハ家ヲ
 認メテ人ヲ認メス而シテ其家ハ永久繼續スルモノト爲セリ故ニ一タヒ法律ヲ立
 ツルトキハ其後ハ猥リニ變更ヲ試ミルコトナク古代ノ法律ハ單純ニシテ鮮少ナ
 リ又凡テ人カ罪ヲ犯シタルトキハ家凡テ其刑ニ服セサル可カラサルヲ以テ特ニ

家長カ之ヲ犯シタルトキハ一家擧ツテ刑戮セラレタリ蓋シ一家ヲ以テ今日ノ會
 社ノ如クコ看做シ家長ヲ以テ其代長者ト看做セハナリ其レヨリ社會一層進歩シ
 タルトキハ家長罪ヲ犯シタルトキハ一家盡ク刑ニ就クコトナキモ其家ハ一タヒ罪
 人ヲ出シタルモノナレハ再ヒ又罪人ヲ出スコトアル可シトノ點ニ依リ刑罰ヲ科
 セラレタリ

舊約全書ノ説フ所概ネ右ノ如シ是レ獨リヘブル人ノミナラス往古ノ社會ハ何
 レノ處ニ到ルモノ多クハ然ラサルハナシ即チ社會ノ分子ハ家ニシテ家集マリテ
 部落ヲ爲シ部落集マリテ社會ヲ成シ邦ヲ成セルナリ而シテ如何ナル主義ニ依リ
 テ結合セルヤト云フニ人民ハ凡テ共同祖先ヨリ出テタルモノナリトノ主義ニ依
 リテ結合シタルナリ是レ亦古代ニ於テハ何レノ處ニ於テモ看ル所ナリ近クハ我
 日本ノ如キ日本人ハ凡テ天照皇大神ヨリ出テタリト云フカ如ク何レノ邦ニ於テ
 モ祖先ニシテ同一ニ非サレハ之ヲ仲間ト爲スコトヲ許サス仲間ニ在ルモノハ凡
 テ祖先カ同一ナリトノ主義ノ下ニ於テ社會ハ組織セラレタリ而シテ古代ハ邦土
 ノ同一ナリトノ思想ハ毫モ之レ無カリシナリ然レトモ是ヲ以テ事實多數ノ人カ

共同祖先ヨリ出テタリト速断ス可カラズ約言シテ云ハ只共同祖先ノ主義ニ依
 リテ團結ヲ作り部落ヲ作り社會ヲ成シタルノミ是レ一見或ハ抵觸スルカ如キノ
 觀念ナキニアラサレトモ一ニ隱制ノ力ニ依ツテ結合ヲ固クシタリ例ハ一家ニ
 於テ他家ヨリ來ルモノヲ養子ト爲スカ如ク部落モ亦此種ノ制ヲ採リ他ノ部落ヨ
 リ一ノ部落ニ入ルモノアルトキハ古來ヨリ系統ヲ同ウセルモノト爲シタリ是レ
 一ノ隱制ナリ斯ノ如クスルトキハ其以前ノ系統ハ之ヲ顧ミズ同部落ニ在ルモノ
 ハ凡テ之レ同一ノ祖先ニ出テタルモノト爲セリ此主義ヲ以テ古ノ社會ハ組織セ
 ラレタルナリ抑モ收養ノ制ホト社會ニ大利益ヲ與ヘタルモノハナカラシ若シ夫
 レ此制ニシテ無カラシカ邦ノ如キ大社會ハ到底成立スルヲ得サリシナラン何ト
 ナレハ仲間ニ入ルノ方法ナキヲ以テ相互ニ爭ハサル可カラス爭ヘハ孰レカ勝テ
 孰レカ敗レヌンハ止マサレハナリ然ルニ幸ニシテ收養ノ制アリシヨリ此般ノ慘
 劇ヲ避ケ社會ノ成立ヲ看ルニ足レリ收養ノ制ノ社會ニ與ヘタル効益ハ亦大ナリ
 ト謂フ可シ今日ニ於テハ數個ノ團體カ合シテ一トナルニハ種々ノ方法アリ即チ
 甲國ト乙國ト合併セントスルトキハ互ニ相當ナル人ヲ撰舉シ或ハ共ニ事業ヲ興

シ其利害ヲ同ウスル等邦國合併ノ方法一ニシテ足ラサルナリ然レトモ古代ニ在
 リテハ同地方ニ住スルノ故ヲ以テ政治上ノ事ヲ共ニスルカ如キハ到底得テ望ム
 可キ所ニアラス唯共同組合ノ思想カ外人吸收ノ一手段タリシノミ乍併種々ノ家
 又ハ部落ハ時々相集マリテ親睦ヲ密ニシ團結ヲ固クセンカ爲メニ犠牲ノ例典ヲ
 舉行セリ此時ニ仲間ニ入ラントスルモノ共ニ祖先ヲ祭ツルトキハ是レニテ仲間
 ニ入りタルモノト爲シ以テ外人ヲ收養スルコトヲ得タリ而シテ如何ニ團結ハ廣
 大トナルトモ共同祖先ノ思想ハ没却スルコトナシ又全地方ニ生レタルモノハ全
 團結ノ人ナリト爲セルハ亦隱制ノ力ニ由レルモノナリ
 然レトモ此思想ハ永ク繼續スルコトヲ得サリキ即チ後ニハ外人吸收ノ制ハ止ミ
 タリ而シテ其結果ハ如何ト云フニ貴族又ハ豪族ナルモノヲ生シ一方ニハ平民ヲ
 生シ茲ニ人間ノ階級ヲ看ルニ至レリ此間ニハ常ニ兩者ノ間ニ於ケル爭鬪絶ヘス
 其結果ハ共同祖先ノ主義ヲ以テ團結スルコトヲ得ス全地方ノ人ハ凡テ全等ナリ
 トノ主義ヲ以テ團結スルニ至レリ
 斯ノ古代ニ於テハ一家カ社會ノ組織ノ根本ナリシカ此説ニ對シ異説ヲ唱フルモ

ノアリ曰ク家ノ以前ニ更ニ大ナルモノアリテ此レヨリ分レテ家ヲ生シタルモノナリト去レハ今日ヨリ當時ノ有機ヲ付度セントセハ吾人ハ須ラク吾人ノ思想ヲ一變セサル可カラズ即チ從來收養ノ制度行ハレシコトヲ知ラサル可カラズ(此言タルヤ著書カ專ラ歐洲人ニ向テ言フ所ナリ我々日本人ニ在リテハ今日尙ホ目撃スル所ナレハ敢テ之ヲ了解シ難カラス只夫レ個人主義ノ行ハル、歐洲ニ在リテハ收養ノ制ノ如キハ甚タ奇トシ怪トス可キモノナレハ著者ハ之ヲ了解センニハ吾人ノ思想ヲ一變セサル可カラズト云フナリ)而シテ事實血縁ナキモ一タヒ家ニ入レハ其家ノ家族トナリ年長ナル家長ノ權下ニ立チ又同家ノ人ニテモ一旦他家ニ入レハ本家トハ全ク關係ナキ人ト爲ルナリ是故ニ今日ニ於ケル西洋ノ家族ト古代ノ家族ノ有機トヲ比較セハ一方ニハ大ニ廣濶トナリ一方ニハ大ニ狹隘トナレリ他家ニ入レハ其家ノ家族トナルハ是レ廣濶ト爲リタルナリ然レトモ自己ノ子カ他家ニ入レハ自己ト何等ノ關係ナキニ至ルハ之レ家族ノ狹隘ト爲リタルナリ而シテ著者ノ考フル所ハ家ハ種族又ハ部落ヨリ先キニ發生シタルニ拘ハラズ永ク繼續シタリ而シテ古代法ハ斯ノ如クナルヲ知ラスンハ能ク古代法ノ眞諦ヲ悟

了スルコトヲ得スト云フニ在リ

此ノ家ノ制度ノ廢セラレタルハ種々アルモ就中羅馬法ハ漸チ以テ變遷セルヲ以テ羅馬法ヲ研究スルトキハ能ク其變遷ノ順序ヲ見ルコトヲ得又是レニ依リテ漸ク變更スルノ順序方向ヲモ觀察スルコトヲ得可シ

家ナル思想ハ世ヲ追フテ薄弱トナリシカ封建制度ニ依リテ之ヲ再興セシメタリ是レ亦日本ニ於テハ何人モ疑義ヲ狹マサル所ナリ家制ノ法律制度上ニ殘シタル痕跡ハ太甚タ分明ナリ羅馬法ニ於テハ家長權ナルモノアリ漸次衰ヒテガイアスノ時代ニハ未ダ行ハレツ、アリシカ氏ノ説ク所ニ依レハ是レ全ク羅馬固有ノ制度ナリト云ヘリト雖モ其實然ルニアラス若シガイアス氏ニシテラインズニユ一グ河邊ノ半開人權ノ社會ヲ視ルアラハ尙ホ家長權ノ存スルアルヲ得タルナラン而シテ古ノ社會ニ於テハ家長權ヲ有スルモノハ第一ニ腕力ナカル可カラズ第二ニ智慮ナカル可カラズ然ラスンハ能ク一家ヲ威服セシメ統御スルコトヲ得サル可シ是レ家長權カ父ニ屬シタル所以ナリ又眼ヲ轉シテ希臘ヲ見ルモ殆ント斯ノ如キモノアリ然レトモ希臘ヲ下ツテ後代ノ歴史ヲ看ルニ智慮アル間ハ縱

令腕力ナキモ能ク家長權ヲ振フコトヲ得タリ其後家長權漸次薄弱ト成リ遂ニハ
 子女ノ智力腕力共ニ發達セサル間又ハ事實發達スルモ未ダ發達セスト推測シ得
 ル間ニ限り其權力ヲ振フニ止マリタリ
 借羅馬ハ國風トシテ改良ヲ好マサル邦ナルニ此家長權カ漸次消滅シテ今日ノ如
 クニ至レルハ何故シト釋スルニ羅馬ハ屢々外國ト兵ヲ交ヘ從ツテ兵士ノ必要ヲ
 感シタリ抑モ智アリカアルモノ必スシモ家長ニ限ルモノニアラス夫ノ羅馬ニ公
 法ニハ後見ナシトノ格言アルカ如ク子カ公ノ職務ニ在ル間ハ父ノ家長權ハ子ニ
 及ハス獨リ及ハサルノミナラス或ハ子カ三軍ノ將トナリ父カ馬前ノ卒トナルコ
 トアル可シ然レトモ戰爭止ミテ兵甲ヲ脱シ家ニ歸ルトキハ家長權ハ又子ノ頭上
 ニ加ル、ニ至ル今日開化シタル人ヨリ之ヲ見レハ斯ノ如ク無限ノ家長權ノ下ニ
 立チシ社會ハ如何ニシテ發達セシカヲ疑フモノアラン然レトモ當時ニハ適シタ
 ルモノト見ニ親ク無限ノ權力ヲ振ヒ子ノ身分ヲ變更スルコトヲ得又ハ子ノ爲メニ
 娶ルコトヲ得又ハ子ノ妻ヲ離縁スルコトヲ得又女子ヲ他ニ贈與スルコトヲ得
 ルノミナラス遂ニハ子女ヲ賣買スルコトヲ得タリ帝政時代ニ於テハ稍痕跡アル

モ家長權ノ權力ハ甚ダ狹弱トナリ其子罪ヲ犯スモ自ラ之ヲ懲罰スルコトヲ得ス
 只其子ヲ縛シテ奉行ノ前ニ至ラシムルノミ又子女ノ婚禮ニ付テモ家長自由ニ之
 ヲ左右スルノ權ハ只ダ子ノ婚儀ニ對シテ不承諾ヲ唱フルノ權ノミトナリ子女ヲ
 賣買スルカ如キ權ハ全ク跡ヲ絶ヤタリ又收養ニ付キテモシヤスナニアン帝ノ時
 代ニ於テハ子女ノ承諾ナカル可ラサルモノト爲セリ故ニヤヤスナニアン帝ノ時
 代ニ至テハ羅馬ノ法律ハ今日ノ歐洲ニ行ハル、法律制度ニ大ニ近似スルニ至レ
 リ然レトモ進ンテ茲ニ至ルノ間ノ沿革ハ曖昧ニシテ分明ナルコトヲ得サレトモ
 子孫ノ邦國ニ對スル重要ナル義務ヲ盡スコトハ恐クハ家長權ヲ滅殺シタルノ一
 大原因ナラン即チ子孫カ軍事ニ於ケルカ如ク公ケノ職務ヲ盡ス間ハ家長ハ之ニ
 對シテ權力ヲ振フコトヲ得ス例ヘハ子孫カ一軍ノ大將トナルカ若クハ通常ノ兵
 士トナルモ外ニアル間ハ家長權ニ服セシムルコトヲ得ス又ハ征服シタル地方ノ
 長官トナリタルトキハ家長權ノ下ニ立タスト云フカ如ク家長權ハ漸次薄弱ノモ
 ノト爲レリ降リテ帝政ノ時代トナルニ及ヒテハ殆ント昔日ノ妻ヲ止メス夫ノト
 レシアン帝及ハドリアン帝カ命令ヲ下シテ家長權ヲ束縛シ子孫ニ獨立ノ便宜ヲ

與ヘタルヲ初メトシ成年ノ子ヲ獨立セシムルニハ公市ニ於テ三回ノ賣買ヲ以テ
 スルカ如ク又ハ官職ヲ得ルトキハ獨立ト爲レリト爲スカ如ク此等ノ方法ニ依リ
 タ家長權ハ漸次制限ヲ加ヘタルニ至レリ
 次ニ財產ニ對スル家長權ハ如何ト云フニ下ニ説ク所ノ如シ
 財產ニ對スル家長權ハ何等ノ制限ナシト甚タ洪大ナルモノナリ羅馬ノ古法ニ依
 レハ家長權ノ下ニ立ツモノハ家長ト離レテ別有財產ヲ所有スルヲ得スト云フヨ
 リハ寧ロ別有財產ヲ所有スルノ觀念ナカリシナリ即チ父ハ子ノ所有スルモノハ
 之ヲ自己ノ所有ト爲シ子ノ契約ニ依リテ得タルモノハ凡テ父ノ所有ト爲セリ是
 レ蓋シ羅馬ノ制度ニ於テハ眞ニ止ムヲ得サリシモノナラン即チ前ニ述ヘタル如
 シ羅馬ニ於テハ一家ヲ以テ會社ノ如ク家長ヲ以テ社長ノ如ク家族ヲ以テ社員ノ
 如クニ看做シ財產ハ凡テ社長ノ財產ト見做シタルカ故ニ家族カ社長ヨリ離レテ
 財產ヲ別有スルコトナカリシハ亦怪ムニ足ラサルナリ
 茲ニ家長權ニ付テ奇ナルハ財產ニ對スル家長權ハ漸ク以テ衰滅ニ歸シタルコト
 是レナリ家長權ノ未ダ衰ヒサルニ方リ當時ノ全世界ニ及ホシタル影響ハ太甚ク

大ナリ元來家長ノ權ハ羅馬カ帝國トナリシ頃マテハ別ニ變動ナカリシカ帝國ト
 ナルニ及ヒテ家長權ノ及ハサル財產ヲ看ルニ至レリ開ハ第一ハ兵士トシテ政府
 ヨリ得タル財產ニシテ第二ハ官吏トシテ政府ヨリ得タル俸給ナリ此ノ二者ハ家
 長權ノ範圍以外ニ立チテ家族ハ之ヲ別有スルコトヲ得タリ但シ斯ル制限ノ所
 有權ハ羅馬ノ古法ニ於テ之レ無キニアラス例ヘハ子カ自身ノ勞働ニ由リテ得タ
 ル物又ハ家長權ノ下ニ立ツモノカ自ラ得タル財產ノ如キハ之ヲ家産中ニ没入ス
 ルヲ得サルニアラス只家長カ法律上ヨリ取得スルヲ得サルハ兵士及官吏ノ得タ
 ル財產ナリキ其後コンスタンタン大帝ノ時代ニ至リ子ノ財產ニ對スル家長權ハ
 一ノ制限ヲ受ケタリ即チ母方ヨリ相續シタル財產ニ付テハ家長ハ只使用權ヲ有
 スルニ止マリ之ヲ自己ノ所有トナスコトヲ得サルノ制度ト爲レリ其後多少ノ變
 革アリシカ家族ニ對スル家長權漸ク狭小トナリヤヤスナニアン帝ノ時代ニ至リ
 テハ子ノ財產ハ父ノ財產ヨリ生出シタルモノニアラサレハ父ハ終身ノ用益權ヲ
 得ルニ止マリ決シテ所有權ヲ有スルコト能ハスト爲セリ
 羅馬ノ制度ハ後ニ至ルマテ大ニ法律制度ニ影響ヲ與ヘタルカ夫ノ羅馬帝國ヲ滅

シタルセルマン人ハ如何ナル情況ニ在リシヤト云フニ羅馬ニ於ケルカ如ク洪大ナル父權ノ制度ハ行ハレサルモノ、如シ素ヨリ一家ハ會社のナリトノ制度ハ行ハレタルモ父權ハ羅馬ニ於ケルカ如ク洪大ナラザリシ其證ハフランク人ニハ斯ル制度ナシ而シテ後ニハ自國ノ制度ノ欠缺セルヨリ頻リニ羅馬ノ法制ヲ輸入シテ自國ノ法律ト爲セシカ父權ノ一事ニ至リテハ佛國ニテハ父權ナシトノ格言行ハレタリ以テセルマン人ニハ父權ノ行ハレザリシヲ證スルニ足ル可シ元來今日ノ人ヨリ之ヲ看レハ羅馬人カ家長ヲ維持シテ永ク廢滅ニ歸セザリシハ實ニ驚クニ堪ヘタリト雖モ此制度ノ一旦廢レタル文明諸國ニ再ヒ普ク傳流シテ殆ント到ラサル所ナカリシハ一層驚クニ堪エタルモノアリ开ハ他ナラス家長權ノ未タ衰ヒサルヤ羅馬ハ南征北伐諸國ヲ征服シ其結果トシテ外國人ニ羅馬人タルノ資格ヲ與ヘ一旦羅馬人ノ資格ヲ與ヘタル以上ハスラボニツクニセヨゴールニセヨニ進ミテ當時ノ文明世界ニ横行スルニ至レリ是ニ付テハ奇トシ妙トス可キモノ多キモ其沿革ハ茲ニ述フルノ必要ナシ唯諸君ハ家長制度カ廣ク行ハレタルコト

ヲ記憶スレハ可ナリ
 家長ノ權力ヲ論シ了ルニ際シ尙ホ一言ノ附加セサル可カラザルモノアリ家長ハ家族ノ身體並ニ財產ニ對シ洪大ナル權ヲ有セシカ其代リニ家長權ノ下ニ立ツモノカ非行ヲ爲シタルトキハ家長ハ其責任ヲ負フ可キモノトセリ獨リ家族ノ非行ノミナラス奴隸ノ非行ニ付テモ家長ハ責任ヲ帶ヒタリ然レトモ若シ家長ニシテ家族又ハ奴隸ノ非行ニ付テ責任ヲ負フヲ欲セザルトキハ之ヲ被害者ニ引渡セハ其責任ヲ免ルモノトセリ而シテ一方ニ於テハ父カ家族ノ爲メニ非行ニ對シテ責任ヲ帶フルト一方ニ於テハ親子間ニハ爭訟ヲ爲スコトヲ得ストノ制度トシテ對照シテ或ル學者ハ之レ親子ハ二身同體ナルカ故ナリト説明ヲ與ヘタリ成程或ル點ヨリハ二身同體ニハ相違ナキモ單ニ此理由ニ由リテ父ハ子ノ非行ノ責任ニ任シ親子ハ互ニ訴訟ヲ爲スヲ得サルニアラス必竟是レ家ノ制度ヲ知ラスシテ立論シタルモノナラン元來家長ノ責任ナルモノハ一家ノ長トシテ他ニ對シテ有スル所ノ義務ナリ家長ハ家族ニ對シテ洪大ナル權ヲ有スルヲ以テ又家族ニ付テハ其責任ヲ負フ可キハ當然ナリ但茲ニ注意スベキハ茲ニ所謂義務ハ法律上ノ義務ニ非

サルコト是レナリ其故ハ太甚ク明白ナリ社會ノ原素ハ一家ニシテ一人ニアラス去レハ家ト家トノ關係ハ法律之ヲ認ムルモ家ニ於ケル各人ノ關係ハ法律之ヲ認ムルコトナシ從ツテ家長カ家族ノ非行ニ對スル責務ハ法律上ノ責務ニアラサルコト辯テ俟タサルナリ

斯ク家長カ一家ニ於テ全權ヲ振ヒ家族ノ其下ニ服スルハ今日ヨリ之ヲ看レハ殆ント實行セラレサルカ如クナルモ其制度ハ古代何レノ邦ニ於テモ行ハレタルハ疑ナキ所ナリ試ニ事例ヲ舉ケンコト例ヘハ親族ノ關係ニ付テ云ヘハ親族ハ如何ニ計算スルヤト云フニ羅馬法ニ於テハ一ハ血屬ト一ハ男系トノ二方法アリ血屬トハ今日ニ謂フ所ノモノト同シク同夫婦ヨリ血統ヲ牽シモノナリ男系トハ全ク今日ノ親族又ハ血族トハ異ナリテ今日ノ親族ト看做ス可キモノニシテ此レニ入ラサルモノアリ又親族ト稱セサルモノニシテ此レニ入ルモノアリ先ツ血屬ヨリ説明セシコ血屬トハ或ル夫婦ヨリ血統ヲ牽キタルモノナレハ其基本如何ニ依リテ或ハ大トナリ或ハ小トナル例ヘハ父母ヲ根本トシテ云フトキハ兄弟姉妹ハ即チ血縁ナリ若シ祖父母ヲ根本トシテ云フトキハ父母ハ云フニ及ハス伯叔父母及其

子モ亦血屬ナリ斯ク其計算ス可キ根本如何ニ由リテ血統ノ範圍ハ或ハ大トナリ或ハ小トナルナリ次ニ男系トハ何ソト云フニ凡テ男子ノ系ニカ、ル血屬ノミチ云フナリ凡テ親族ノ關係ハ夫婦ヲ基トセハ子トナリ孫トナリ又ハ兄弟姉妹トナリ種々ニ枝葉ヲ生ヌ可シ然ルニ此系統中ヨリ女子ニ至ルトキハ茲ニテ切斷シ其後ヲ見ス只男子ノ系ヲ追フテ計算スル之ヲ男系ト云フナリ例ヘハ甲男乙女ノ間ニ一男一女アルトキハ其女マテハ計算スルモ其女子ノ生ミタル子又ハ孫ニ付テハ之ヲ計算セス只男子ノ系統ヲ算スルカ如シ古羅馬ノ格言ニ女子ハ一家ノ終ワナリトノ格言アリ一見甚ク奇矯ナリト雖モ家ノ制度ヲ一瞥シ來レハ之ヲ了解スルニ難カラヌ又男系ハ他ニ一アリ收養セラレテ一家ノ内ニ入リタルモノ是レナリ即チ同一ノ家ニ在ルモノハ收養セラレタルモノナルト否トチ問ハス共ニ男系中ニ入レリ故ニ男系ハ血屬中ノ男系ト收養ノ男系トノ二アリト云フ可シ倍テ何故ニ一方ニハ血屬ノモノヲ除キ他方ニ於テハ他人ニタモ親族ノ如ク取扱フヤト云フニ此問題ニ答フルニハ再ヒ家長權ノコトヲ説カサル可カラス必竟男系ノ根本ハ父母ノ婚姻ニアラス家長權カ根本ナルナリ即チ同一ノ家長權ノ下ニ立ツ以上

ハ血風タリ又男子タル以上ハ男系タリ而シテ若シ家長ヲ離ル、以上ハ最早其血
 屬ノ人ニアラス又男系中ノ人ニアラス要スルニ家長權ノ始マル所ハ親族ノ始マ
 ル所ニシテ又男系ノ始マル所ナリ家長權ノ終ル所ハ親族ノ終ル所ニシテ又男系
 ノ終ハル所ナリ是ニ至リテ始メテ女系ハ親族中ヨリ排斥セラル、ノ理由分明ナ
 ル可シ若シ夫レ女子ニシテ嫁セズンハ子孫ナキヲ以テ別ニ議論ナキモ若シ他ニ
 嫁シタルトキハ其生ミタル子女ハ母ノ夫ノ管督ノ下ニ立ナテ母ノ父ノ家長權ノ
 下ニ屬セズ故ニ若シ女子ニシテ祖父ノ親族ナリトセハ女ノ子ハ雙方ニ貫屬ス
 ルモノト爲ラサル可カラズ然レトモ當時ノ法律ハ關内ニ入ラサリシヲ以テ家ハ
 互ニ獨立シタル一小國ノ如シ一國ノ臣民ニシテ又他國ノ臣民タルコトヲ得サル
 カ如ク一家ノ血屬トナレハ他家ノ血屬ト脱スルモノトセリ是ヲ以テ女子ノ系統
 ハ親族ニ入ラサルニ至レリ
 父權ハ父親ノ死亡ト共ニ消滅スト雖モ男系ハ父親ノ死亡後ニ尙ホ殘存セリ例ヘ
 ヲ印度ノ法律ヲ以テ云ヘハ同國ノ親族ノ定方ハ全ク男系ニ依ルモノニシテ女子
 ノ名アルコトナシト云ヘリ又男系ハセルマン人ノ間ニモ之レ有リタリ若シ羅馬

法律ニシテ後來大勢力ヲ及ホサ、リシナラハ男系ノ制ハ永クセルマン人間ニ殘
 存セシナラシメ羅馬法ノ一般ニ行ハル、ヤ漸次其制ハ廢滅ニ歸シタリ例ヘハセ
 ルマン人中ニテモサリアンフランクノ習俗ニ依レハ女子ハ王位ニ上ルヲ得スト
 セリ此レ所謂男系制度ノ遺物ナリ又英國ニ於テモ近來ニ至ルマテ父母ヲ異ニス
 ル兄弟ハ互ニ相續ノ權ナシトセリ元來ノルマンデーノ習慣ハ互ニ相續スルヲ得
 スト云フハ單ニ異父ノ兄弟ノミニ限リタルナリ夫ノルマンデーノウイリアム王
 カ之ヲ英國ニ輸入スルヤ當時ノ裁判官ハ何故ニ異父ノ兄弟ハ互ニ相續スルヲ得
 サルヤノ理由ヲ解スルコトヲ得スシテ異父ノ兄弟ハ他人ナルカ故ニ相續スルコ
 トヲ得スト説明シタリ然レトモ之レ法理ヲ誤レリノルマンデーノ習慣ハ男系ニ
 限ルモノナルヲ以テ英國カ異母ノ兄弟モ尙ホ相續スルコトヲ得スト規定シタル
 ハ大ニ誤レリ夫ノブラツクストン氏ノ如キモ英法注釋ニ於テ異母ノ兄弟ハ相續
 スルコトヲ得ストノ理由ヲ喋々スルモ必竟誤見タルヲ免レサルナリ
 父權ノ下ニ家族ヲ集メ家ヲ成スハ凡テ人事ニ關スル法律ノ根本ニシテ人事ニ關
 スル法律ハ是レヨリ流レ出テタリ而シテ人事法ノ中ニ就キテ最モ重要ナルモノ

ハ女子ノ身分ニ關スル法律ナリ前ニ云ヘル如ク女子ハ家族タルノ身分ヲ其子女ニ傳ルコトヲ得サルモ自身ハ其家族中ニ列スルコトヲ得タリ而シテ女子ノ家ニ對スル關係ハ男子ヨリモ永續スト云フモ可ナリ蓋シ前ニ云ヘル如ク當時ノ法律ハ家ヲ看テ人ヲ看ス家長ヲ看テ家族ヲ看ス故ニ男子又ハ男孫ハ父ノ死亡シタルトキハ獨立トナル是レ他ノ理由アルニアラス只ク男子又ハ男孫ハ家長タルノ資格アルカ故ニ外ナラス然ルニ女子ハ家長タルノ資格ナシ故ニ父ノ死亡スルコトアルモ獨立ト爲ルコトナシ依リテ女子ハ終身保佐ヲ受ケサル可カラサルモノトセリ即チ父死セハ父ノ近親又ハ父ノ遺言ニ依リテ指名シタル人ノ保佐ノ下ニ立タサル可カラス換言セハ法律ノ作用ヲ以テ父權ヲ繼續セシメタルモノト言フ可シ印度ニ於テハ此制尙ホ之ヲ今日ニ見ルコトヲ得又歐洲ニ於テモスカンヤネピアノ法律ノ如キハ近年マテ此制ヲ用ヒタリセルマン人種ノ中ニモ此制度アリタリ羅馬ニ於テハ將サニ廢滅セントスルニセルマンニ於テハ尙ホ行ハレタリヤヤスチニアソノ法典ヲ讀ムニ斯ル制度ノ有無ハ兎モ角其以前ニガイヤス氏ノ著シタル一書ヲ後來ニ於テ發見シ女子相續ノ制アリシコトヲ發見シタリ而シテ羅馬ノ

帝政時代ニハ成ル可ク女子ニ自由ヲ與ヘントスルノ傾キアリテ法律家ハ種々ノ理由ヲ附シテ女子ノ自由ヲ計リタリ之レ性法ノ思想ヨリシテ男女ハ同等ナリトノ觀念ニ出ラタルモノナラン特ニ女子ノ有シタル財産ノ處分方法ニ付テハ後見人ノ許諾ヲ受ケサル可カラサルノ法律ヲ論議シタリ蓋シ女子ノ身上ニ付テハ後見人ノ權力ハ此時既ニ頽廢シタルモノナリ
 古代ノ法律ハ女子ヲシテ其血族ノ親ノ權力ニ服セシメタルカ近代ノ法律ニ於テハ其夫タルモノ、權力ノ下ニ服從ス可キモノトセリ是レ古今ノ間ニ於テ大ニ異ナル所ナリ此差異ハ吾人大ニ注意セサル可カラス此變革ハ羅馬ヨリ起レリ羅馬古代ノ習慣ニ依レハ婚姻ニ三種ノ式アリ一ハ宗教上ノ式ニ由ルモノ一ハ民事上ノ方式ニ由ルモノ一ハ賣買婚是レナリ右何レノ式ニ依ルモ夫婦トナリタルトキハ夫ハ妻ヲルモノ、身體及財産ノ上ニ權利ヲ獲得シタリ然レトモ此權力タルヤ近代ノ法律ニ於ケル夫權ニ比スレハ微弱ニシテ且ツ狹小ナリ而シテ夫カ妻ノ身體及財産ノ上ニ權利ヲ得ルハ妻ノ夫タル資格ニアラス妻ノ父タル資格ナリ又妻ハ妻トシテ夫權ニ服從スルモノニアラス夫ノ子タル資格ニテ服從スルナリ

故ニ一家ノ家長權ノ繼續スル間ハ之ニ服從セサル可カラズ又夫死シタルトキハ妻ハ夫ノ遺言ヲ以テ指命シタル後見人ノ監督ヲ受ケサル可カラズ之レ以上ニ云ヘル三種ノ婚姻ヨリ生スル夫妻ノ資格及權利義務ノ大要トス後三種ノ婚姻式ハ廢レテ羅馬ノ尤モ隆盛ヲ極メシ頃ニハ今日ニ所謂婚姻ノ制度行ハル、ニ至レリ今日ニ行ハル、ガ如キ婚姻ハ古ハ寧ロ卑シキ夫婦トナルノ方法ニシテ古代ノ人ハ野合ナリト思惟セルモノ、如ク敢テ望ム可キ制度ニアラザリシガ其委曲ハ茲ニ云ハス一言以テ之ヲ云ヘハ夫婦トナルコトハ女ノ家ヨリ一時夫ノ家ニ委託シタリト云フニアリタリ是ヲ以テ妻ノ生家ノ權力ハ依然トシテ妻ノ身上ニ存シ生家ノ父ニシテ死亡セルトキハ尙ホ其指名シタル後見人ノ權力ニ服セサル可カラズ而シテ生家ノ父權及後見人ノ權ハ遙カニ夫タルモノ、權力ノ上ニ在リタリ去レハ羅馬ノ婦人ハ單獨ナルモ將テ結婚スルモ大ニ自由ヲ得易キ地位ニ立テタリ何トナレハ法律ハ成ル可ク女子ヲシテ自由ナラシメンコトヲ望ミタレハナリ後見人ノ權衰ヒタルト共ニ夫權ハ増加セリヤト云フニ依然トシテ増減アルコトナシ是故ニ若シ當時ノ儘ニシテ存續セシナラハ女子ハ自由ヲ得タリシナランニ事ノ

茲ニ出サルハ耶蘇教ノ行ハレタルニ依レリ元來羅馬ノ夫婦ノ關係ハ誠ニ緩漫ナルモノニシテ宗教ハ太甚タ之ヲ嘉セス成ル可ク之ヲ矯正センコトヲ勉メタリ故ニ初ハ羅馬ノ法律トセルマン人ノ法律トハ混同スルコトナク互ニ兩立シタリ然ルニセルマン人種ノ習慣ニ依レハ女子ノ權力ヲ束縛シテ女子ヲ後見人ノ權下ニ服セシメタルヲ以テ男子カ妻ヲ娶リタルトキハ後見ヲ解クノ代價トシテ女子ノ生家ニ金圓ヲ支拂フコト、セリ其後ニ至リ羅馬ノ法律トセルマン人ノ法律ト混同シテ女子ノ地位ニ關スル法律ハ兩者ノ折衷ヨリ成レリ即チ未婚婦ハ自由ナリトスルハ羅馬法ノ主義ヲ採レルナリ又妻ハ夫ノ權ノ下ニ立ツモノトセルハセルマンノ法律ノ主義ヲ採リタルナリ故ニ此時代ニ於テハ前ト異ナリ夫ハ妻ノ生家ニ對シテ代價ヲ支拂フニ及ハス此ノ時ニ於テ初メテ西歐羅巴南歐羅巴ノ法律ニ派ニ分レ其一ハ未婚ノ女子并ニ寡婦ニ自由ヲ與ヘテ獨立セシメ而シテ有夫ノ婦女子束縛シテ不能力者ヲラシメタリ而シテ女子ノ身上ニ付キテ束縛ノ解カレタルハ後世ノコトニシテ歐洲人ガシヤスナコアンノ法律ヲ研究シテ其美ヲ認メタルニ由レリ又羅馬宗教ノ宗規ニ依リテ女子ノ地位ニ影響ヲ與ヘタルハ女子ノ財

産上ニ關スル制限ナリ而シテ此法律ハ奈翁法典ヲ編制スルニ方リテモ尙ホ羅馬法ニ伴ヒテ同法典ニ入レリ其他歐洲ノ法律ニテモ蘇國又ハ健國ノ法律ニテハ敢テ有夫ノ婦ヲ束縛スルノ甚シキニ至ラス只英國ノ習慣法ハ遙カニ諸國ノ上ニ出テ大ニ有夫ノ婦ノ財産處分權ヲ制限セリ即チ之ヲ往古ニ比スレハ大ニ寛ナルモノアリト雖モ婦ノ財産ハ尙ホ夫ノ所有ト爲セリ

斯ノ如ク女子ハ終身父又ハ父ノ指命シタル後見人ノ下ニ立タサル可カラス之ニ反シテ孤男ハ早ク後見ヲ免ル、コトヲ得タリ即チ孤男ハ十五歳ニ達スレハ後見ヲ免ル、モノトセリ此ノコトタル女子ノ後見ノ制ト太甚タ過不及ノ失アルモノニアラス抑モ後見ノ制タルヤ敢テ被後見人ノ智力又ハ辨別力ヲ基トシテ定メタルニアラス又其目的タルヤ必ズモ被後見人ヲ保護セントスルノ精神ニアラス何故ニ孤男ハ十五歳ニ達スレハ後見ヲ免ル、ヤト云フニ男子ハ一家ノ長タルノ資格アルカ故ナリ之ニ反シテ女子ノ如キハ一家ノ長タルノ資格ナキヲ以テ終身獨立トナルコトナシ又何故ニ十五歳ヲ以テ獨立ノ期限ト爲セルヤト云フニ只十五歳ニ達スレハ女子ト交際シ得ル即チ夫トナリ親トナリ得ルノ體格ニ達スルト

云フニ止マリ敢テ能力ノ如何ヲ顧ミタルモノニアラス去レハ一家ノ長トナリ夫トナリ親トナルノ體格ヲ具ヘタリト雖モ社會ノ事情ニ就テハ依然タル乳臭兒ニ外ナラサレハ羅馬法ニ於テハ其以前ヨリシテ此欠點ヲ補フノ制度ヲ設ケタリ即チ補佐人ヲ附スルノ制度是レナリ即チ男子ハ二十五歳ニ達スルマテ補佐人ノ監督ノ下ニ立ツ可キモノト爲セリ是レ羅馬法カ始メテ成年ノ時期ヲ定メタルトキナリ今現今ノ法律制度ニ依ルニ何レノ國ニ於テモ後見ノ制ハ財産並ヒニ身體ノ兩者ニ付テ之ヲ設ケタリ之レ幼年ハ能力體力共ニ微弱ナルカ故ニ之ヲ保護セントスルノ精神ニ外ナラス然ルニ羅馬法ニ於テハ後見ハ單ニ體力ノ點ノミニ止マリ被後見人ニシテ妻ヲ迎ヒ子ヲ舉グルノ體格ニ達シタルトキハ後見ハ茲ニ終了シテ其後ハ財産ノ點ニ付キテハ獨リ保佐人之ヲ保護ス可キモノトセリ古今ノ間ニ異同アル以テ看ル可キナリ

尙ホ人事ノ關係ニ付キテ茲ニ論述ス可キモノアリ主人ト奴隸トノ關係是レナリ元來奴隸ノ制度タル其他役ノ方法ハ牛馬ト擇フ所ナク甚タ殘酷ナルモノナレハ普通人類ノ感情トシテ心自カラ安セス又チ自ラ咎ムル所ナキニ非サルヲ以テ古

來種々ノ理由ヲ附シテ自ラ其心ヲ慰メシコトヲ企テタリ古ノ希臘人ハ曰ク或ル人類ハ智識淺劣ナリ從ツテ一ハ主人トナリ一ハ奴隸トナルハ自然ノ理ニシテ怪ムニ足ラスト又羅馬人ハ曰ク勝者ハ主人トナリ敗者ハ奴隸トナル主人ト奴隸トノ別ヲ看ルハ勝敗ノ結果ナレハ敢テ怪ムニ足ラスト是等ノ理由ヲ案出シテ中心自ラ追々タル所ヲ安シ以テ奴隸ヲ使役セリ而シテ亞米利加ニ於テハ近來ニ至リテ學者奴隸制度ヲ研究シ就中奴隸ハ其家ノ眷屬ナルヤ否ヤヲ研究シ其極奴隸ハ眷屬ナリトノ斷案ヲ得タリ之レ羅馬法ニ出テタリ羅馬法ニ依レハ奴隸ハ或ル場合ニ於テ主人ノ相續ヲ爲スコトヲ得タリ即チ一家ノ長ニシテ死亡シ其子孫モナク又親族モナキトキハ奴隸ハ相續人ト爲ルコトヲ得タリ今夫レ奴隸ニシテ眷屬ニアララシカ安ク相續權ヲ得ルノ理アラシヤ相續權ヲ得ルニ由リテ看レハ奴隸モ亦眷屬ナリト云ハサル可カラズ然レトモ奴隸カ眷屬ナリト云フハ奴隸ハ家族ノ一人ナリトノ意義ニアラス又養子女ト同一ナリト云フニアラス約言スレハ同シク家長權ノ下ニ立ツヨリ見レハ生子モ養子女モ奴隸モ異ナルコトナシ即チ家族ノ一人ナリト云フノ意義ナリ先ツ家ハ血屬ノ聯結セルモノト他ヨリ收養セ

ラレタル子女ト奴隸トノ三者ヨリ成ル家長權ノ下ニ立ツコトヲ以テ標準トセハ奴隸モ亦家族ノ一人ナリト云フニ在リ羅馬法律ニ依レハ奴隸ハ今日吾人カ之ヲ想像スルカ如ク殘酷ニ取扱ハレタルニ非ス法律ニ依レハ奴隸ハ物件ト擇フ所ナク賣買贈與セザレタリト雖モ其實太甚シキ逆遇ヲ受ケタルモノニアラス是レ實ニ羅馬法學者カ發見シタル性法ノ庇蔭ナリト謂フ可シ

僭テ余ハ上來一家ノコト家長ノコト子女夫妻及奴隸ノコトヲ順次研究シ了レリ以上ノ數者ヲ叩盡セハ古代人事法ノ研究ハ茲ニ畢レリト言フ可シ古代社會ノ情態并ニ古代法律ノ狀況如何ハ以上ニ研究シタル所ニ由リテ之ヲ了知スルコトヲ得ン先ツ第一ニ法律ハ裁判ノ形式ニ於テ顯ハレタリ即チ家長ノ裁判ニシテ神助ヲ以テ邪正ヲ判斷スト云フカ如ク次ニ此裁判ハ積ミテ慣習法トナリ其レヨリ漸次進ミテ家集マリ同姓集マリ同氏集マリ以テ社會ヲ成シタレトモ其法律ノ及フ所ハ單ニ家ニ止マリ各個人ニ及ハス譬ヘハ列國ノ間ニ於ケル國際法ノ如シ國際法ハ國ト國トノ間ヲ規定スル法律ナルト同シク當時ノ法律ハ單ニ家ト家トノ間ヲ支配スル法律タルニ過キヌ其レヨリ漸次進ミテ家ハ破レテ社會ノ元素ハ個人ト

ナリ遂ニ法律ハ個人ヲ支配スルニ至レリ此法律ノ變遷ニ付キテ尤モ必要ナル方法ハ第一ハ隱制第二ハ公平正義第三ハ立法ナリ是等ノ方法ニ依リテ法律ハ進歩ヲ遂クルコトヲ得タリ

苟クモ進歩シタル邦國ニ於テハ其進歩ノ方法ハ万國殆ソト同一轍ニ出テタリ即チ家ヨリ進ミテ個人ト爲レルコト是レナリ其進歩ノ度ニ遲速ハアルモ家ノ制度ヨリ進ミテ個人ノ制度トナリタルハ諸國皆チ其軌チ一ニスル所ナリ而シテ個人ノ時代ニ於テハ個人ト個人トノ關係ハ何チ以テ之ヲ結合スルヤト云フニ契約是レナリ譬ヘハ家長カ全權ヲ握リ又其家族ノ非行ニ對シテ責任ヲ負フト云フハ之レ身分ニ由ルコトナリ然ルニ個人ト個人トノ關係トナルトキハ契約ニ依リテ定マル即チ契約ナル法律上ノ思想一ヲヒ出テ、個人ト個人トノ關係ヲ説クコトヲ得タリ例ヘハ奴隸ハ身分上奴隸ナリシカ今日ハ僕婢ハ身分ニアラスシテ契約ニ依ルカ如ク又女子ニ對スル親權ハ衰ヒタレハ成年ニ達シタル以上ハ結婚セントスルニハ契約ニ依ルカ如ク又男子ハ父權ノ下ニ立チシカ今日ハ未成年ノ間後見ノ下ニアルノミニシテ成年ニ達シタルトキハ獨立ノ男子トナルカ故ニ其以後ニ

遺囑相續ノ沿革

於テハ父ト子トノ關係ハ契約ニ依ルモノナルカ如シ是ニ由リテ之ヲ看レハ社會進歩ノ進路ハ身分ヨリ契約ニ進ムモノナルコト炳焉トシテ其レ明カナリト謂フ可シ

第六章 遺囑相續ノ沿革

俗人ハ言フヲ俟タズ法律學者ト雖モ今日行ハル遺囑ニハ一定ノ性質アリテ其以外ニ出ツルコトヲ得スト思惟スル者多シ例ヘハ遺囑ニ付テ問サ起サハ皆チ答ヘテ言ハシ遺囑ハ遺囑者ノ死亡ノ時ニ於テ初メテ効力ヲ生スト又遺囑ハ秘密ニシテ之ニ由リテ利益ヲ受クルモノハ勿論之ヲ知ラサルモノトスト又遺囑者ハ其遺囑ヲ取消シ更ニ遺囑ヲ爲スコトヲ得即チ遺囑ハ取消シ得キモノナリト世人ハ以上ノ性質ヲ以テ遺囑ニ離ル可カラサルモノナリト思惟スル者多シ然レトモ沿革ニ溯リテ之ヲ討究スルトキハ遺囑ハ遺囑ヲ爲シタルトキヨリ効力ヲ生シ又決シテ之ヲ秘密ニ爲シタルモノニアラス又決シテ取消シ得ヘキモノニアラス宛モ今日世人ノ思惟スル所ト反對ナル性質ヲ有セシコトヲ證明スルコトヲ得可シ元來遺囑ハ如何ニシテ此世ニ生レシヤト云フニ學者皆チ性法ノ賜ナリト云ヘリ

即チ或ハ曰ク遺囑ヲ以テ財産ヲ死後ニ處分スルハ性法ヨリ出テタル制度ナリト
 或ハ之ト其語ヲ異ニスルモ或學者ハ曰ク遺囑ヲ以テ死後ニ財産ヲ處分スルノ權
 ハ所有權ヨリ自然ニ生スル結果ナリト又或ル學者ハ曰ク遺囑相續ハ本體ニシテ
 無遺囑相續ハ變體ナリ即チ所有者ノ怠慢若クハ不測ノ災難ノ爲メニ遺囑ヲ爲サ
 ハリシトキニ法律カ所有者ノ意思ヲ推測シテ其欠點ヲ補フノ便法即チ無遺囑相
 續ナリト以上ノ諸說ハ稍其說ク所チ異ニスルモ歸着スル所ハ遺囑ハ性法上ノ制
 度ナリト云フニ在リ斯ク諸學者ハ遺囑ヲ以テ性法上ノ制度ナリト云フト雖モ其
 所謂性法上ノ制度ナリト爲スハ果シテ如何ナル意義ナルカ惟フニ遺囑ノ制度ハ
 天下到ル所ニ行ハルトノ意カ將ク遺囑ノ制度ハ人生ノ本性ノ欲望スル所ノモ
 ノナリトノ意カ二者何レカ其一ニ居ル可シ若シ夫レ第一ノ意義ニ在リトセン乎
 ナボレヤンノ法典ハ痛ク遺囑ノ權力ヲ削減シ其削減セラレタル民法カ歐洲大陸
 ニ行ハレタルニ非スヤ第一意義ノ非ナル殆ント多辯ヲ須タサル可シ次ニ第二ノ
 意義ハ如何ト云フニ之レ亦法律ノ歴史ニ於テ最モ確實ト認ムル事實ニ照ラシテ
 其然ラサルコトヲ證明スルコトヲ得可シ今之ヲ概言スレハ遺囑ヲ爲スノ權ハ古

代ニハ之レ無カリシ所ニシテ却ツテ後世ニ至リテ始メ起リシ所ノモノナリ即チ
 遺囑ナクシテ相續シタル時代ハ先キニシテ遺囑ニヨリテ相續スルハ後ナルコト
 ハ研究上ニ於テ疑フ可カラサル所ナリ蓋シ遺囑ノコトタル他ノ事件ト相關係シ
 タルモノナレハ特リ之レノミテ論シ得ヘキニアラス遺囑トハ遺囑者ノ意思ヲ明
 記シタル文書ヲ云フ今之ヲ論スルニ付テハ豫メ先ツ論究セサル可カラサル問題
 數個アリ即チ如何ナル權利カ死者ヨリ相續者ニ移轉スルカ之ヲ相續スル者ハ何
 人ナルカ其方法ハ如何又如何ニシテ所有者ハ我財産ヲ死後ニ支配スルコトヲ得
 ルニ至リシヤノ諸問ヲ研究セサル可カラズ法律上ノ語ヲ以テ云ヘハ遺囑トハ相
 續ノ方法ヲ指定スル文書ニシテ相續トハ包括相續ノ一種ナリ而シテ包括相續ト
 ハ權利義務ノ總體ヲ相續スルコトヲ云フ故ニ遺囑ヲ研究スルニハ此順序ヲ顛倒
 シテ權利義務ノ總體トハ何ソヤヲ説キ次ニ包括相續ノコトヲ説キ其レヨリ遺產
 相續ハ包括相續中如何ナルモノナルヤニ論及ス可シ其他茲ニ又遺囑ノコトニ及
 フ前ニ於テ先ツ論究セサル可カラサルモノニアリ則チ如何ニシテ遺囑者ノ意ヲ
 以テ相續ヲ左右スルコトヲ得ルニ至リタルヤ又之ヲ左右スル文書ノ性質ハ如何

ナルモノナルヤノ二案是レナリ此等ノ問題ヲ研究シテ始メテ遺囑ノコトヲ明カ
ニスルコトヲ得可シ

第一權利義務ノ總體トハ何ソヤト云フニ凡テ一人ノ有スル權利義務ノ總體ヲ云
フ故ニ或ハ其人ノ法律上ノ衣服トモ云フコトヲ得可シ蓋シ如何ナル權利又ハ義
務ニテモ可ナリト云フニ非ス權利義務ノ總體ヲ成スニハ必スヤ同一人ニ屬スル
所ノ權利及義務ナラサル可カラス例ハ所有權地役權遺囑贈與ヲ受クルノ權及
契約履行ノ義務借金返辨ノ義務損害賠償ノ義務ノ如キ此等ノ權利ト義務トヲ總
合シタリトテ所謂權利義務ノ總體ヲ成スコトナシ只ク此等ノ權利ト義務ト同一
人ニ湊合シテ始メテ權利義務ノ總體タルコトヲ得ルナリ故ニ要スル所ハ權利義
務トカ同一人ニ湊合スルノ點ニ在リテ權利義務ノ多少ヲ問ハス從ツテ權利少ク
シテ義務多キコトアルモ爲メニ權利義務ノ總體タルコトヲ妨クルコトナシ
第二ニ相續ノコトヲ論ス可シ右ニ述ヘタル權利義務ノ總體ヲ一時ニ讓受クルコ
ト例ハ先代ノ法律ノ衣服ヲ着スルカ如ク先代ニ屬スル一切ノ權利ト義務トヲ
承繼スル之ヲ相續ト云フ故ニ包括相續ヲ生スルニハ必スヤ同時ニ効力ヲ生セザ

ル可カラス例ハ甲ノ有スル凡テノ權利義務ヲ乙カ讓受クルニハ種々ノ方法アリ
即チ或ハ數度ニ之ヲ買取ルコトヲ得可ク或ハ一部ハ相續人トシ一部ハ買得者
トシ一部ハ被贈者トシテ一時ニ悉皆之ヲ繼承スルコトヲ得可シ然レトモ是レコ
トハ未ダ包括相續ナリト云フコトヲ得ス包括相續タルニハ必スヤ同時ニ甲ノ凡
テノ權利義務ガ乙ニ移轉スルモノナラサル可カラサルナリ英國ノ法律ニ於テハ
動産ト不動産トノ賣買讓渡ニ付キ非常ニ區別セルヲ以テ右ノ場合ヲ證明スルコ
ト難シト雖モ夫ノ破産ノ場合ニ管財人カ破産者ノ財産ヲ引受クルハ茲ニ所謂包
括相續トシテ見ルコトヲ得可シ尤モ管財人ハ破産者ノ義務ヲ辨濟スルニ當リ破
産者ノ財産ヲ限度ト爲スト雖モ破産者ヨリ管財人ニ權利義務ノ移轉スル方法ハ
即チ包括相續ノ一種ト云フコトヲ得可シ若シ夫レ英國法ニ於テ或ル一人ノ財産
ノ全部ヲ讓渡シ而シテ其義務ノ全部ヲ支拂ハシムルコトヲ得ハ是レ正シク茲ニ
謂フ所ノ包括相續ナリトス羅馬ニ於テハ既ニ父權ヲ脱却シタル男子ヲ養子ト爲
ストキハ養父ハ養子ノ財産ヲ悉皆領得シ又其義務ヲ悉皆繼承シタリ是レ亦一種
ノ包括相續ト云フ可シ此外古代ノ羅馬法ニ於テハ種々ノ包括相續ノ場合アルモ

就中最モ緊要ナルモノハ今日ニ云フ所ノ遺言相續ナリトス即チ人ノ死亡ノ時ニ於テスル包括相續コシテ相續人ハ直チニ進ンテ死者ノ權利義務ヲ悉皆領得シ死者ノ法律上ノ地位ヲ占有ス而シテ相續人ハ法律ニ定メラレタルモ遺囑ヲ以テ指定セラレタルモ其地位ハ同一ナリ二者相續人タルヲ以テ決シテ異同アルコトナシ乍去羅馬法ニ云フ相續人ハ今日ニ於ケルカ如ク必スシモ一人ニアラス數人共ニ合シテ一體ト爲リテ一個ノ相續人タルコトアリ

羅馬法ニ於テハ死亡シタル人ノ法律上ノ地位ヲ全ク繼承スト云フコトヲ以テ遺產相續ノ定義ト爲シタリ即チ死者ノ肉體ハ死亡スト雖モ法律上ノ身體ハ依然トシテ生存シ相續人ニ遺傳ストノ思想ニ基ケリ夫ノ英國法ニ於テモ遺產管財人ナルモノアリテ死者ノ遺產ヲ繼承スルハ全ク此制度ヨリ變遷シ來レルモノナリ要スルニ相續ハ凡テ地位ヲ中絶セス繼承ストノ思想ハ相續ニ於ケル重ナル思想タリナリ

羅馬後代ノ法律并ヒニ現今ニ於ケル歐洲ノ法律ニ依ルニ遺囑ニ付テ最モ緊要ナルハ遺囑者ノ意思ヲ執行スルコト是レナリ然レトモ古代ニ於テハ如何ニシテ包括相續ヲ履行セハ可ナルカ即チ包括相續ノ執行カ最モ主要ナル事柄ナリシ惟フ

ニ第一ノ主要ナル遺囑者ノ意思ヲ執行スルコトハ自然ニシテ甚ク至當ナルカ如ク見ユルモ第二ノ目的タル包括相續ヲ執行スルコトヲ主要トスルハ甚ク理由ナキニ似タリ然レトモ此第二ノコトナカリセハ決シテ第一ノコト起ル可カラザリシナラン斯ク言ハ、甚ク奇怪ナルカ如シト雖モ前ニ論述シタル古代ニ於ケル社會ノ有様ヲ看一看セヨ前ニモ述ヘタル如ク古代ノ社會ニ於テハ各個人ノ存在ヲ認メス社會ノ元素ハ一家ニ在リテ一家ハ各其長ヲ戴ケリ是ヲ以テ社會ハ宛モ無數ナル小政府ノ集合體ノ如クナリシ而シテ此君主即チ家父ノ權力甚ク強大ニシテ殆ント制限ナシト雖モ亦之ニ對スルノ義務甚ク多シトス家長ノ家族ヲ支配スルハ自己ノ利益ヲ謀ルカ爲メニアラスシテ家族全員ノ爲メニスルナリ從ツテ其家族ノ財産ヲ悉皆專有スルハ亦其子孫及親族ノ被託者ト爲リテ假リニ所有スルニ過キス之ヲ譬フレハ家族ハ猶ホ一ノ會社ノ如ク家長ハ會社ノ頭取ノ如ク斯ノ如ク家長ハ權利ヲ有シ義務ヲ負フモ之ヲ以テ家長ノ私有ト爲サス家族全體ノ共有ナリト爲セリ是ヲ以テ家長死亡シ他ニ家長ノ權移ルモ家其者ニ變動ヲ與フル

コトナシ即チ家ヲ代表スル家長其人ヲ異ニスルモ家ニ至リテハ依然トシテ變動
 スルコトナシ權利及義務ハ前後繼傳シテ其間ニ間斷アルコトナシ是レ宛モ會社
 ノ頭取ニシテ交代スルモ會社ハ依然トシテ斷絶セサルカ如シ權利者ハ家其者ニ
 對シテ權利ヲ主張ス可シ義務者ハ家其者ニ對シテ義務ヲ負擔ス可シ家長ノ誰レ
 タルヲ問フコトナシ要スルニ古代ノ社會ハ家ヲ認メテ家長ノ何人タルヲ認メサ
 リキ然ルニ社會ノ進歩ト共ニ家族制度漸次收頓シテ社會ノ原素ハ一個人ト爲ル
 ニ方リ其人ノ死亡シタルトキニ其權利義務ヲ相續人ニ移轉スルニ至リタルハ如
 何ナル故ナルカト釋スルニ要スルニ古代社會ニ於ケル相續ノ觀念チ一個人ニ推
 及シタルニ外ナラサルナリ即チ一個人ハ家ノ如クニ永久ニ繼續スルモノニアラ
 スト雖モ尙ホ此思想ヲ假リ一個人ノ有形上ノ身體ハ死亡スト雖モ法律上ノ身體
 ハ其相續人ニ遺傳シテ死者ト其相續人トハ同一人ナリト爲セリ是レ一個人カ死
 後ニマテ自己ノ所有セル財產ヲ支配スルノ權ヲ茲ニ生シタル所以ナリ蓋シ一個
 人カ會社ノ如ク又ハ家ノ如ク永久ニ繼續ストノ思想ハ一見甚ク奇ナルカ如シト
 雖モ英國法ニ依ルニ單獨法人ナルモノアリ例ヘハ帝王ノ如ク寺院ノ僧侶ノ如シ

英國法ニ於テハ帝王ハ死セストノ格言アリテ其身體ハ死滅スルモ其地位ハ永久
 ニ涉リテ斷絶スルモノニ非スト爲セリ寺院ノ僧侶ニ於ケルモ亦之レト異ナルコ
 トナシ之レト同シク一個人ヲ以テ永續スルモノト爲シタルハ一ニ古代ニ於ケル
 家ノ思想チ此ニ轉用シタルニ過キサルナリ
 斯ノ如ク社會ノ變遷ニヨリ古代家ニ適用セル法律チ個人ニ轉用シタリシカ當時
 ノ相續人ハ管ニ死者ヲ代表スルノミニアラヌ尙ホ死者ノ身體ヲ繼續スルモノト
 爲セリ其遺言ニヨリ相續人ノ定マルトキモ亦之レト同シ去レハ今日ニ於テハ遺
 囑ヲ論スルニ或ハ公益ヲ増進スルコトヲ得可シト云フカ如キ種々ノ理由チ附會
 シテ遺囑ノ制ヲ庇保スルモノアルモ古代ニ於テハ敢テ斯ル理由アルニアラスシ
 テ單ニ個人ノ地位ヲ繼續セシムルコトノミ唯一ノ思想タリシコトヲ覺悟セサル
 可カラス而シテ歐洲ニ於ケル遺囑ノ制ハ羅馬法ヨリ胚胎セルモノナルコトヲ斷
 言シ得可シ羅馬ノ古法ニ依ルニ相續ニ由リテ移轉スルモノハ何ソト云フニ家即
 チ家カ有シ又ハ債ノ所ノ權利義務ノ集合ニシテ財產ハ此中ニ包含セラル、コト
 ナシ尤モ時トシテハ遺囑ニ財產ノコトヲ明示スルコトナキニ非スト雖モ是レ只

多例外ノ場合タルノミナラス相續附從ノ目的ニシテ直接ノ目的ニハ非ス從ツテ遺囑トハ家ヲ遺傳スルノ證據又ハ方式ナリシナリ斯ノ如ク遺囑ノ目的既ニ明ナルトキハ古代法律及宗教ノ古制ナル「サクラ」即チ一家ノ祭祀ト遺囑トノ關係ノ起リシ所以ヲ推及スルコト敢テ難キニ非サル可シ此祭祀ノ典ハ古代ニ於テハ何レノ社會ニモ之レ有サルコトナシ印度ニ於テハ死者ノ財產ヲ相續スルコトハ必スヤ死者ノ祭祀ヲ爲サ、ル可カラス若シ之ヲ爲サ、ルトキハ相續スルヲ得サルコト、セリ又印度人カ結婚ヲ爲スハ何ソト云フニ祖先ノ祭祀ヲ絶クサルカ爲メニ外ナラス從ツテ若シ不幸ニシテ子女ヲ得サルトキハ他家ノ子女ヲ收養シテ死後ノ葬禮祭祀ヲ營マシメタリ之レト同シク羅馬ニ於テモ祖先ヲ祭ルノ一事ハ甚ク大切ニシテ相續ト祖先ノ祭祀トハ大ニ關係ヲ有シタリ例ヘハ他ヨリ養子ヲ爲スコトハ實家ニ對シテ幾分カノ手宛ヲ爲サ、ル可カラス又數人ニテ一家ヲ相續スルトキハ祭祀ノ費用ヲ各相續人ニ分附スルカ如シ印度ニハ遺囑ナシ遺囑ノ代リニ收養ヲ以テ同一ノ目的ヲ達スル方法ト爲セリ遺囑ヲ爲スノ權ト收養ヲ爲スノ權トハ共ニ祖先ノ祭祀ニ付テ大關係アリ蓋シ遺囑ニセヨ將タ收養ニセヨ何レモ相續

人當然ノ順位ヲ變スルニ至リテハ同一ナレトモ爲メニ子孫ノ斷絶ヲ防クコトヲ得可シ斯ノ印度ニ於テハ收養ノ制ヲ以テ一家ノ斷絶ヲ防キシカ羅馬ニ於テハ遺囑ノ制ヲ發明シ以テ同一ノ目的ヲ遂ケタリ由是看之遺囑ハ其初メニ在リテハ今日ノ如ク死者ノ財產ヲ處分スル爲メニ起リタルニアラスレテ只ク家ヲ相續セシムルノ目的ニ出テタルモノナルコト古法ノ研究上ニ於テ明白ナリト云フ可シ古代ノ社會カ漸次發達セル狀態ニ付テ看ルニ無遺囑相續ハ遺囑相續ニ先テ發生シタリトノコトハ爭フ可カラサル所ノ事實ナリ倍テ無遺囑相續ハ遺囑相續ニ先テ起レリトノコト茲ニ定マリテ第二ニ研究ス可キコトハ如何ナル方法ニ依リ又ハ如何ナル場合ニ於テ遺囑カ家督相續ノ方法ヲ定メ從ツテ家産相續ノ方法ヲモ定ムルニ至リタルヤト云フコト是レナリ然ルニ此問題ヲ決スルニ困難ナルコトハ遺囑ノ制度ハ古代賦ニ遺ナシ只ク羅馬ニ於テ之ヲ看ルノミニシテ他國ニ於テハ殆ント之レ無シト云フモ可ナリ從ツテ之ヲ討究スルハ頗ル困難ノ事業ト云ハサルヲ得サルナリ然レトモ今此ノ僅少ナル材料ニ依リテ研究ヲ下スニ今日ニ於ケルカ如ク血縁ノ者及養子ノ相續ス可キモノ無キ時ニ於テノミ遺囑ヲ爲ス

ノ必要アリトノ結果ニ到着スルモノ、如シ例ハ希臘ノ昔ニアセンニ於テ有名ナル「ソロン」ノ法律ニ依リテ始メテ遺囑ヲ爲スコトヲ許サレタリ然レトモ遺囑ヲ以テ直系ノ男子ノ相續權ヲ剝奪ス可カラサルコトヲ定メタリ是レニ由リテ看ルモ遺囑ハ何人モ相續スル者ナキ場合ニ於テノミ許サレタルモノナルコトヲ認メ得可シ而シテ最モ明カニ最モ多ク遺囑ノ證據トス可キモノハ羅馬ノ右ニ出ツルモノナシ然ラハ羅馬ニ於ケル遺囑ノ制度如何ト云フニ之レニハ幾多ノ沿革ナキ能ハス簡フ左ニ之ヲ述ヘン

元來遺囑ハ羅馬固有ノ人民即チ貴族ノ私事會ニ於テ認可セラレタリ何故ニ斯ル會議ニ於テ遺囑ヲ認可シタリヤト云フニ先ツ無遺囑ノ場合ニ於テハ如何ニ相續シタルヤヲ看サル可カラズ今其相續ノ順位ヲ云ヘハ第一ニ直系ノ卑屬親相續シ次ニ之ナキトキハ男系ノ親族相續シ次ニ第一及第二ノ相續人共ニ欠クルトキハ最後ノ相續人トシテ同姓又ハ同族ノ者之ヲ相續ス然ルニ羅馬ノ貴族ノ集會ナルモノハ同姓又ハ同屬中ヨリ代表者ヲ出シテ組織シタル所ノ集會ナリ例ハ藤原姓トカ源姓トカ云フ如ク同姓ヲ名乗ルモノハ凡テ同一ノ祖先ヨリ出テタルモノト

爲シ此レヨリ代表人ヲ出タシテ集會ノ席ニ列セシムルナリ斯ノ如クナルヲ以テ遺囑スル場合ニ集會ノ席ニ於テ爲スハ如何ナル故ソト云フニ最後ニ相續スルモノハ全族ノ者ナルカ其全族ノ出席シタル所ニテ遺囑ヲ爲セハ若シ不服アレハ異議ヲ申立ツ可ク不服ナクシハ之ヲ認可シ他ニ故障ヲ申立ツルモノナシト云フカ如ク能ク全族者ノ權利ヲ保護スルコトヲ得ルヲ以テ斯クハ遺囑ヲ集會ニ於テ爲シタルナリ貴族ニ在リテハ斯ノ如クナルヲ以テ遺囑ハ決シテ秘密ニ爲ス可キノ理ナク寧ロ出來得ル丈ハ之ヲ公ケニ爲サシメタリ然ラハ平民ハ如何ト云フニ平民ニハ族ナシトノ謠アリテ平民ハ集會ニ代表者ヲ出スコトヲ得ス否チ代表者ヲ出スノ權ヲ與ヘラレス從ツテ遺囑ヲ讀ミ聞カサル、ヲ得サルヲ以テ或ハ平民ニハ遺囑ノ權ナシト云フ者アリ又或ハ平民ト雖モ遺囑權ヲ與ヘラレサルニ非スト雖モ自己ノ仲間ニアラス否チ寧ロ否決ス可キ傾向ヲ有スル人ノ中ニ於テ同意不同意ヲ述フルモ到底自己ノ利益ヲ收得シ得サルヲ以テ權利アレトモ之ヲ實行スルハ頗フル難シト論スル者アリ二說何レヲ眞ナリト爲スモ平民ハ貴族ノ如ク遺囑ヲ爲シ得サルハ明ナル所ナリ依リテ平民ハ貴族ノ集會ニ出テ、同意不同意ヲ

述フルノ免例ヲ爲サズ別ニ一ノ遺囑ノ方法ヲ創作セリ即チ遺囑者カ其生存中ニ其家族及財産ヲ擧ケテ死後相續人ト爲ラントスル者ニ讓與ヲ爲スコト是レナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ生存間ニ於テ斯ル讓與ヲ爲スモ不法ト爲サ、レハナリ是レ宛モ我邦ニ於ケル隱居ノ制ノ如シ而シテ貴族ノ遺囑ト平民ノ遺囑ト何レカ近代ニ影響ヲ與ヘクリヤト云フニ平民ノ遺囑カ最モ近代ニ影響ヲ及ホシタリ而シテ平民ノ遺囑ハ法律語ニ「マンシピアム」ト稱スル方式ニ依リテ爲スモノナリ然ルニ此方式クルヤ甚タ珍奇ト稱スキモ後世ニ至リテ契約及遺囑ノ出タシモ實ニ斯ノ制度ニ原カサルハナシ今其方式チ一言スレハ第一ニ讓渡人ト讓受人トノ會合ヲ要ス又五人ヨリ少カラサル證人ト別ニ秤量ヲ持テ立ツ者アルヲ要ス右ノ四人相會シテ遺囑者ト買取者互ニ法定ノ語ヲ交換シ法定ノ手眞似ヲ爲シ次ニ買取者ハ當時ノ通貨ナル銅塊ヲ以テ秤量ノ皿ヲ打テ以テ代價ヲ支拂フコトヲ表シ最後ニ遺囑者ハ法定ノ語ヲ以テ正ニ讓渡シタルニ相違ナキコトヲ表ス此方式チ名ケテ「マンシピアム」ト稱シ此方式ニ依リテ平民ハ家族并ニ財産ヲ相續人ニ讓渡シ貴族ノ遺囑ト同一ノ効果ヲ收メタリ去レハ平民ノ遺囑ニ於テ先ツ第一ニ願ハレ來

ルハ買取人即チ相續者ナレハ遺囑ハ秘密ニ爲ス可シトノ性質之レアルコトナシ又右ノ取引ノ完結ト同時ニ財産移轉ノ効果ヲ生スルモノナレハ遺囑者ハ再ヒ之ヲ取消スコトヲ得サルヤ明カナリ然ルニ今日ニ於テハ遺囑ハ利益ヲ享クル者ノ爲メニハ秘密タリ又遺囑ハ生前ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ト爲シ全ク古代ニ於テルモノト正反對ニ出テタリ余カ前キニ遺囑ノ性質ハ古今正反對ニ出テタリト云ヘルハ實ニ此レニ外ナラサルナリ然レトモ此ノ方式ニ依リテ相續權カ直チニ相續人ニ移轉ストノ一事ハ今日學者ノ知ラサル所ニシテ種々ノ附會說ヲ唱フルモノアルハ亦止ムヲ得サル所ナル可シ而シテ當時ハ遺囑ヲ書面ニ認ムルハ甚タ稀レニシテ只々種々ノ儀式ヲ履ミテ後日ノ紛争ヲ避ケタリ又當時ハ遺囑者ハ其讓渡ス所ノ財産中ヨリ幾分カ他ニ贈與スルノ條件ニテ讓渡ヲ爲スコトヲ得タリ而シテ此條件ハ時トシテハ書面ニ認メラレタルコトアリ然ルニ「プレート」ナル奉行ハ成ル可ク性法ノ主義ニ基カンコトヲ勉メ此讓渡ノ方式モ漸次簡略ニ爲シ只々七人ノ證人アルノミヲ以テ足レリト爲セリ即チ以上ニ述ヘタル種々ナル儀式ハ一切之ヲ畧シ只々後日ノ立證ノ爲

メニ七人ノ立會ヲ要シ獨リ遺囑ヲ讀ミ上ルルニ止メタリ而シテ遺囑者ノ處置ヲ永遠ニ保證センカ爲メニ之ヲ書面ニ認ムルヲ必要ト爲シタルヤ否ヤハ今日ニ於テ未タ斷言スルコト能ハスト雖モトニカク書面ニ認メタルトキハ七人ノ證人ニ於テ其外部ニ於テ封印セサル可カラサルモノト爲セリ惟フニ是レ封印ヲ以テ證據ノ一助ト爲ス外國法ノ權與ナル可シ斯ク奉行ハ讓渡ノ方式ヲ簡約ニ爲シタリト雖モ羅馬固有ノ法律ニ依リテハ丁重ナル儀式ヲ履マヌンハ所有權ヲ移轉スルコトヲ得サルヲ以テ奉行ノ定メタル方式ニ依リテ讓渡シタルトキハ讓渡ノ實果ハ之ヲ得ルモ爲メニ固有法ニ於ケル所有權ヲ取得スルコトナシ

降ツテガイアスノ時代ニ至リ相續ニ無關係ナル他人ヲシテ家ノ買主ト爲リ辨理セシムルコトヲ許シタリ故ニ相續人ニハ必スシモ其受領ス可キ相續權ヲ知ラシムルコトヲ要セス此時ヨリシテ遺囑ハ秘密ナリトノ性質ヲ帶フルニ至レリ而シテ羅馬ノ遺囑ニ二ノ部分アリ一ハ單純ノ方式ニ過キサル讓與ニシテ一ハ公告即チ遺囑者カ其意思ヲ表示シ若クハ其意思ヲ認メタル書面ヲ提出スルコトヲ必要トスルモノ是レナリ此場合ニハ他人カ買受ルモノナレハ必スシモ相續者

遺囑及相續ニ關スル古今ノ思想

タル可キモノニ之ヲ知ラシムルノ必要ナク從ツテ自ラ死亡スルマテハ何時ニテモ之ヲ更正スルコトヲ得可シ即チ此時ヨリシテ遺囑ハ取消シ得可キモノト爲レリ斯ク平民ノ遺囑ハ漸次變遷シテ今日ニ於ケルカ如キ特性ヲ具ヘタリ其レヨリ降リテ東帝國ト爲リ亦一種ノ遺囑ノ制度ヲ創メタリ开ハ「プレート」ノ定メ「マ」ンシピアム」ノ制トヲ折衷シタルモノニシテ宛モ「マンシピアム」ノ式ヲ履ミタルト同シク真正ノ所有權ヲ得タリ今日ニ至ルマテ羅馬ノ遺囑トシテ知ラレタルモノハ是レナリ然レモ西帝國ニ於テハ古代ノ丁重ナル儀式行ハレ「プレート」ノ方式ニヨリテハ單ニ衡平法上ノ所有權ヲ移轉スルニ過キサルナリ

第七章 遺囑及相續ニ關スル古今ノ思想

古代羅馬人ノ考フル所ニ依レハ遺囑ヲ以テ當然ノ相續人ヨリ家産ヲ取上ケ之ヲ他ノ者ニ贈與スルモノトハ爲サス唯タ其家ノ繼續ヲ維持スルノ方便ト看做シタリ換言スレハ遺囑ナキトキハ其家ハ相續人ナキノ故ヲ以テ斷絶ス可シ依テ遺囑ヲ爲シテ相續人タル者ヲ定メ以テ其家ノ斷絶スルヲ防キタルモノニシテ決シテ遺囑ヲ以テ財産移轉ノ方法又ハ贈與ノ方法トハ爲サ、リシナリ古代ノ人民カ祖

先ノ祭祠ヲ重シ一家ノ斷絶ヲ嫌ヒタルハ獨リ羅馬人ノミニ止マラス東西ニ通
シテ普シ見ル所ナリ現ニ我邦ノ風俗ノ如キハ以テ著明ノ徵憑ト爲スコトヲ得可
シ蓋シ當時羅馬ニ於ケル無遺囑ノ相續ノ順位ヲ看ルニ前ニモ述ヘタル如ク父死
シタルトキハ其當時マテ父權ノ下ニアリシ子第一ニ相續人トナル夫ノ父ノ生存
中ニ既ニ獨立ト爲リタル子ハ父ヲ襲フテ財產ヲ相續スルコトヲ得ス次ニ若シ父
權ノ下ニ立ツ所ノ直系ノ卑屬親ナキトキハ男系親ノ中ニテ親等ノ最モ近キ者之
ヲ相續シ女系ノ親族ハ之ニ與ルコトヲ得ス最後ニ以上ノ親族ナキトキハ同族ノ
者之レヲ相續スルコト、爲セリ無遺囑ノ場合ニ於ケル相續ノ順位右ノ如クナル
ヲ以テ財產ヲ同族ノ者ニ與ヘス他人ニ與ヘントスルニハ遺囑ノ方法ニ依ルヨリ
他ニ途アルコトナシ然リ而シテ父タル者カ其生存中ニ子ヲ獨立ニ爲スコトハ之
ヲ今日ヨリ想像スルカ如ク決シテ其子ヲ惡ミケルニ非ス寧ロ愛戀ノ至情ニ出テ
タルニ外ナラズ然レトモ子ヲ獨立ニ爲ストキハ族制ノ在ル限リハ其子ハ父ノ財
產ヲ相續スルコトヲ得ス抑モ父トシテ子ヲ鐘愛シ之ヲ獨立ト爲シ其餘生ヲ樂マ
ントスルニ父一ツヒ世ヲ去ルトキハ其子ヲシテ相續セシムルコトヲ得ストセハ

復タ悲痛ノ極ト云フ可シ去レハ何レヨカ己レノ愛情ヲ全フシ子ヲシテ家産ヲ相
續セシムルノ方便ヲ求メントスルノ念ヲ起スハ父タルモノ、常情ト云フ可シ而
シテ此希望カ漸次法律ノ表面ニ顯然トシテ形影ヲ現ハスニ至レリ
遺囑ヲ以テ財產移轉ノ方法ト爲セルハ敢テ久シカラス歐洲ニ所謂中古ノ頃ヨリ
始メテ行ハレタリ而カモ其當時ニアツテハ凡テノ財產ヲ遺囑スルコトヲ許サ、
リシ先ツ遺囑ニ依リテ讓與スルコトヲ許サレタルハ動産ナリ不動産ハ未亡人ノ
用益權アリ又相續人ノ權利モアリタルヲ以テ遺囑ヲ以テ此等ノ權利ヲ害スルコ
トヲ許サ、リキ而シテ封建制度ノ行ハル、ヤ長子相續ノ制行ハレ土地ト家トハ
所謂法律ノ力ニ依リテ長子ニノミ傳承セラル、ヲ以テ次男若シハ三男ノ如キハ
少シモ不動産ニ付テ權利ヲ取得スルコトヲ得ス依ツテ當時ニ於テハ遺囑ノ方法
ヲ以テ動産ヲ次三男ニ贈與シ以テ兒子間ニ於ケル財產ノ不公平ヲ減殺シタリ而
シテ不動産ハ必ス長子ニ與ヘサル可カラスト雖モ動産ニ付テハ何等ノ制限ナシ
何人ニモ遺囑ヲ以テ贈與シ得タルヲ以テ場合ニ依リテハ動産ヲ次三男ニ傳ヘス
シテ長子ニ與フルモノアルニ至レリ於是乎ナボレシ法典ノ將ニ出テントスル

當時佛國人民ハ以爲シ長子ニノミ不動産ヲ傳フルハ不可ナリ又遺囑ニ制限ヲ置カサルモ亦不可ナリト遂ニ一方ニ於テハ長子相續ノ制ヲ打破シ他方ニ於テハ遺囑ニ制限ヲ加ヘ子孫ノ間ニ均分スルノ制度ヲ採用シタリ是レ蓋シ財產均分ノ主旨ニ出テタル可シト雖モ其結果ハ意外ニモ却ツテ一層ノ不公平ヲ増スニ至レリ英國ニ於テハ古法尙ホ今日ニ存シ長子相續制ナルモ凡テノ財產ヲ長子一人ニ歸セシムルハ不可ナルヨリ遺囑ノ制ヲ採リ而シテ之レニ制限ヲ加ヘサルヲ以テ能ク子孫間ノ公平ヲ保ツコトヲ得タリ

儲テ上來長子相續ノコトヲ述ヘタリシガ抑モ此長子相續ノ制ハ何レノ時代ニ如何ニシテ起リシカ古來學說ノ未ダ一定セサル所ナリ相續人ハ必スシモ一人ニ限ラズ共同相續人ナルモノアルコトハ曾テ之ヲ述ヘタリ所謂共同相續人ナルモノハ恰モ一人ノ如クニ相續シ而シテ後各自間ニ財產ヲ均分シタリ又無遺囑ノ場合ニ相續人數人アルトキハ遺產ヲ均分シテ平等ニ之ヲ讓受ケタリ而シテ男子ハ之ヲ女子ニ比シテ幾分カ利益ノ割合ヲ得タリシト雖モ未ダ長子相續ノ制ハ起ラザリシナリ元來古代社會ノ狀態ヲ通觀スルニ漸次家族制度ハ衰ヒ家ヲ永久ニ保續

スルノ精神薄弱ニ赴クト同時ニ先代ノ遺產ハ凡テ相續人間ニ均分セントノ思想勃起セシハ何處モ同シキカ如シ決シテ長子ニセヨ將テ次子ニセヨ唯ク一人ニテ利益ヲ受ケントスルコトハ之レ無キカ如シ印度ノ如キモ子生マルトキハ直ニ幾分カ財產ニ對シ權利ヲ有スルモノト爲セリ前ニモ述ヘタルカ如ク長子相續ノ制ハ之レヲ羅馬ニ看ルコトナシ然ラハ日耳曼人種間ニ之レアリシヤト云フニ同人種間ニモ斯ル慣習アルコトナシ唯ク夫レシヤレマン帝ノ時代ニ方リ大ニ羅馬ノ版圖ヲ侵畧シ之ヲ從軍ノ將士ニ分與セシコト長子相續ノ起源ナルカ如シ即チシヤレマン帝ノ出テ、外國ヲ征スルヤ内ニ在リテ土地ヲ所有スル者ハ軍ニ從ハス軍ニ從ヒタルモノハ多クハ二男又ハ三男ノ如ク未ダ自立セサルモノナリキ帝ハ此等ノ者ニ侵畧セル土地ヲ分與スルコトヲ條件ト爲シ以テ軍ニ從ハシタリ然ルニ後シヤレマン帝ノ勢力衰ヘ例ヘハ從軍セサルモ又ハ從軍スルモ其分與セラレタル土地ハ自ラ之ヲ領有シ世々之ヲ傳承シ茲ニ愈封建制度ハ成熟シ土地ノ所有者ハ必ラス一人ナラサル可カラスト爲スニ至リ忽チ歐洲全土ニ此制度行ハルニ至レリ而シテ斯ク歐洲全土ニ廣マリタル所以ハ前ニモ述ヘシ如ク

古代法 本論 遺囑及相續ニ關スル古今ノ思想

相續人一人ノ利益ナリト云フモ其利益ハ何人ノ利益ナルヤニ付キ學者或ハ王者ノ利益ナリ即チ一人ニシテ土地ヲ所有スルニ非サレハ軍國ノ務ヲ盡スコト能ハスト論スル者アレトモ此レノミコテハ未タ何故ニ長子相續ノ制カ一般ニ行ハレタルヤノ説明ト爲スニ足ラス寧ロ王者ノ利便ヨリハ土地ヲ分與セラレタル者ノ利益タルヨリ一般ニ行ハレタルモノナラン然レトモ未タ是ヲ以テ何故ニ此ノ制カ起リタルヤノ説明ト爲スヲ得サルナリ然ラハ何故ニ長子相續ノ制起リシヤト釋スルニ須ラシク古代印度ノ制ヲ看ソコトヲ要ス古代印度ニ於テハ財產ハ凡テ子女ノ間ニ均分セラレタリト雖モ公ノ職務即チ政治上ノ權力ニ至リテハ何レカ一人ニ讓渡セラレタリ例ヘハ我邦ニテ云ヘハ庄屋ノ役目ノ如キハ均分ニ非スシテ外ナラサリシナリ而シテメーソン氏ノ考フル所ニ依レハ以上ノ如ク説キ來ルモ家カ社會ノ原素トナル以前ニ尙ホ一ノ大ナル團塊アリシモノ、如シ即チ同族ノ如キ是レナリ換言スレハ同族ノ制ハ家ノ制ノ以前ニ存在セシモノ、如シ去レハ同族ニ於テハ族長カ宛モ小國ノ君主ノ如キモノナレハ自ラ公ノ職務ヲ有シタリ而

シテ其職務ハ漸々父ヨリ長男ニ傳ハリ後ニハ同族ノ制破レ其中ヨリ家ノ制出テ家カ社會ノ原素ト成ルニ至リテモ家長ハ族長ニ擬シテ仍ホ長男ニ遺傳セラレタルカ如シ之レ恐クハ長子相續ノ起源ナラン次ニ何故ニ長子相續カ他ノ均分相續ヲ凌駕セシヤト述ヘンニ開ハ他ナラス封建制度ノ行ハル、ニ方リテヤ歐洲ノ社會ハ一時退歩シタリ即チ文學技藝ハ行ハレスシテ一ニ腕力ノ時代トナレリ從ツテ相續ノ如キモ多數ノ長アルヨリハ寧ロ一人ノ長アル方時勢ニ適シクルヲ以テ遂ニ太古ノ時代ニ逆行シ長子相續ノ制行ハレタルモノ、如シ抑モ長子相續ノ此説明クル本書中ニ於テ余ノ最モ不満足ヲ感スル所ニシテ右ノ如キ説明ノミコテハ未ク慊ラサル所アルカ如シト雖モ暫ラシメーソン氏ノ説ク所ニ止ム可シ以上余ハ言詞ヲシテ簡明ナラシメシカ爲メニ長子相續ナル語ヲ用キタレトモ實ハ多數相續ニ對スル單獨相續ノ意義ナリトス抑モ單獨相續中專ラ行ハレタルハ長子相續ニ相違ナシト雖モ必ズモ長子相續ノミニ限ラス末子相續ノ行ハレタル時代アリ故ニ長子相續ト云フハ少シク語弊ナキヲ得サルナリ現ニ英國ノ一部ニ於テハ此慣習アリテ末子相續ノ行ハル、例アリ尤モ公ノ役目ニ付キテハ末子

相續ナルトキハ先代ノ死亡セルトキハ未タ幼年者ナルコトアリテ末子相續ハ實際ニ行ハレ難キニ似タリト雖モ斯ル場合ニハ或ハ未亡人カ後見人トナルコトアリ例ヘハ印度ノ如キ是レナリ特ニ王家ノ相續ニ於テハ母皇之レカ攝政タルコト印度支那ニ其例乏カラス又若シ然ラサルトキハ死者ノ兄弟ニ於テ先ツ相續ヲ爲スノ例モ少カラス去レハ相續人ハ必スシモ長子ノミニ限ラス末子ナルコトアリ兄弟ナルコトアリ何レモ前キニ長子相續ト云フハ單獨相續ノ意義ナリト解ス可シ

第八章 古代財産ノ思想

羅馬ノ法律書ヲ看ルニ所有權ノ種類ヲ論シ然ル後財産取得ノ自然ノ方法アルコトヲ論セリ例ハ獵夫カ野獸ヲ捕捉スルカ如キ或ハ河川ノ寄洲ニ依リ土地ノ現出スルカ如キ或ハ所有地内ニ生シタル樹木ヲ取得スルカ如キ之ヲ財産取得ノ自然ノ方法ト云ヘリ古代ノ法學者ハ斯ル財産取得ノ方法ノ羅馬ノ四隣ニ行ハル、チ認メ之ヲ當時ノ萬國法ナルモノ、中ニ列シタリ然ルニ近代ニ至リ學者萬國法ノ自然ノ道理ニ適合セルコトヲ認メ而シテ右ノ取得方法ノ萬國法中ニ在ルヲ發見

古代財産ノ思想

スルヤ遂ニ自然ノ取得ノ方法ハ自然法ノ許認スル所ナリト爲セリ然リ而シテ其取得ノ方法タル固ヨリ一ナラヌト雖モ就中吾人ノ研究スヘキハ先占即チ是レナリ先占トハ何人ニモ屬セサル物ヲ自己ノ所有トスルノ意思ヲ以テ占有スルコトヲ云フ然ラハ如何ナル物カ何人ニモ屬セサル物即チ無主物ナリヤト云フニ一定ノ理論ニ依リテ之ヲ分類スルコト能ハヌト雖モ之ヲ列舉シテ其物件ヲ定ムルコトヲ得可シ例ヘハ野獸ナリ飛禽ナリ魚鼈ナリ又ハ新ニ發見セラレタル土地或ハ未タ開拓セラレサル土地又ハ曾テ所有主アリシモ既ニ遺棄セラレタル物件又ハ敵人ノ財産ノ如キハ所謂何人ニモ屬セサル無主物ナリ從ツテ何人ニテモ最初ニ占有シタル者ハ之ヲ自己ノ所有ト爲スコトヲ得ルナリ抑モ羅馬法律家カ先占ヲ以テ自然ノ取得方法ト爲セシコトハ夫ノ國際法ニ於ケル戰時ノ捕拿及新タニ發見シタル國土ニ於テ其主權ヲ取得スルカ如キ規則ノ因テ生シタル淵源ニシテ亦所有權ノ起源ニ關スル法理ノ如キモ亦源ヲ茲ニ酌メリ左ニ之ヲ論述ス可シ

借テ自然法ノ取得方法カ如何ニシテ戰時捕拿ノ規則ノ淵源ト成リシヤト釋スルニ凡ソ干戈一ヲヒ動キテ兩國鋒ヲ交ニルニ當リテヤ平常ノ秩序ハ亂レ法律ハ全

ク行レサルニ至ルヲ以テ社會ハ無法律ノ太古ニ戻ラサルヲ得ス從ツテ法律ヨリ生スル所ノ所有權ノ如キハ素ヨリ認メラル、コトナシ既ニ社會ニシテ無法律ナル太古ノ狀態ニ復セシカ勢茲ニ至ツテハ自然法ノ支配ヲ受ケサル可カラズ而シテ自然法ニハ前ニ述ヘタル先占ナル財產取得ノ方法アリ於是乎先占セル者ハ其物ノ權利ヲ得テ遂ニ戰時捕拿ノ規則茲ニ胚胎セルナリ然ルニ近代ノ自然法學者ハ自然法ニ於テモ尙ホ私有權アルコトヲ認メ如何ニ自然法ト云フモ無主物アルヲ認ムルハ道理ニ合セス敵人ノ財產ヲ以テ無主物ト爲スハ只ク法律ノ擬制ニ過キサルナリト説明セリ然レトモ古代ノ萬國法ニ溯リテ看ルニ敵人ノ財產ヲ以テ無主物ナリト爲セルハ蔽フ可カラサルモノ、如シ即チ當時ニ於テハ戰一クヒ勝チ軍隊ノ組織ヲ解シヤ恣ニ兵士ノ略奪ニ任シ敢テ之ヲ禁遏スルコトナシ但當初分捕者ノ所有ニ歸スルヲ許シタルハ動産ノミニシテ不動産ハ之ヲ分捕スルコトヲ許サズ其之ヲ許シタルハ萬國法カ自然ニ變シテ自然法ト成リタル時代ニ始マリタルモノ、如シ僭テ新クニ發見シタル土地ニ付キ寶玉發見ノ主義ヲ適用スルニ關シ法律家ハ少シク困難ヲ感シタリ第十五世紀ノ頃ニ方リ大洋ノ航海開ケ少

シトモコロンプス始メ幾多ノ冒險家起リ種々ノ新地ヲ發見シ從テ種々ノ法律上ノ疑問ヲ惹起セリ而シテ發見者カ其國ノ主權者ノ爲メニ土地ノ所有者タルコトヲ公言スルニ當リ幾何ノ土地ノ範圍カ其人ノ行爲ニ依リテ所屬國ノ主權者ノ所有トナルヤノコト先ツ以テ大疑問ナリシ其後如何ナル行爲カ所有權ヲ取得スルニ足ル者ナルヤノコトモ亦大疑問ナリシ例ヘハコロンプスカ亞米和洲ノ一端ニ上陸シ西班牙國ノ爲メニ國土ヲ占領スルトセハ何レノ所マテ發見ノ効果ハ及フモノナル乎國土ノ全部カ將チ一部カ將チ又國旗ヲ建テタル場所ニ止マル乎ニ至リテハ羅馬ニ於ケル先占ノ規則ハ未ク之ヲ解釋スルニ足ラサリシ特ニ右ノコトタル獨リ理論上ニ疑義アルニ止マス斯ル不慮ノ僥倖ニ洪大ナル効力ヲ與フルハ當時ニ於ケル歐洲強國ノ敢テスル所ニ非ス例ヘハ米洲ノ一岸ニ到着セルノ一事ヲ以テ全米洲ヲ領有シ得タリト爲スカ如キハ諸國ノ認ムル所ニ非ス即チ英國ノ如キ和蘭ノ如キ又ハ葡萄牙ノ如キハ皆チ之ヲ否認シタリキ英國ノ如キハ明カニ國際法ニ於ケル先占ノ規則ヲ否認スルコトナキモ實際ニ於テハ之ヲ是認セサリシ例ヘハメキシコ灣ノ南方亞米利加全地ヲ專領セントノ西班牙人ノ要求ヲ許容セ

ス又サハヨウ及ミシツピーノ溪谷ヲ專有セントノ佛蘭西ノ要求ヲ是認セサリヤ
 カ如シ斯ノ如ク國際法上國土ノ占有ニ關スル規則ハ不明ナルヲ以テベンザム氏
 ノ如キハ實ニ斯ノ點ニ關スル規則又ハ理論ノ混雜セルヲ看寧ロ亞歷山第六世ナ
 ル羅馬法王カ西班牙ト葡萄牙トノ間ニ爭議アルニ際シアツルスノ西海里一百英
 里ヲ畫シ此線ヲ界ト爲シ南ハ西班牙ニ與ヘ北ハ葡萄牙ニ與フト下シタル裁判ノ
 一層明了ナルコトヲ絶叫シタリ

先占ノ規則カ最モ洪大ナル影響ヲ及ホシタルハ所有權ノ起源ニ關スル學說ナリ
 トス羅馬人ハ以爲ラシ先占ノ手續ト土地又ハ產出物ヲ獲得スル手續トハ異ナル
 所ナシ即チ先占ハ財產ヲ取得スル自然法ノ一タリ而シテ自然法ノ下ニ在リタハ
 先占ハ人間ノ爲ス可キ行爲ノ一ナリト何故ニ羅馬人ハ斯ル推測ヲ下シタル乎即
 チ先占ニ依リテ凡テ財產ヲ取得シタル人種尙他ニ之レアリタルコトヲ信シタリ
 シヤ否ハ判然ナラズト雖モ所有權ナル制度ハ遠ク人類創造ノ後ニ在リシコトヲ
 信シタルハ疑フ可カラサル事實ナリ抑モ土地及產出物ハ世界ノ初メニ在リテハ
 何人ニモ屬セス而シテ無主物ハ先占ニ依リテ之ヲ取得スルコトヲ得ルトノコト

先許ス以上ハ先占ハ凡テ所有權ヲ獲得スルノ方法ナリトノ論結ヲ得ルハ自然ノ
 結果タル可シ此學說ヲ奉スル學者甚ク多シト雖モ今其一例トシテフツクスト
 ソン氏ノ說ヲ茲ニ援ク可シ氏ハ其著英法註釋第二卷第一章ニ於テ之ヲ論シテ曰ク
 土地及地上ニ存在スル凡テノ物件ハ造物主ノ直接ニ人類ニ賦與シタルモノニシ
 テ人類一般ノ共有物ナリ自然法并ヒニ自然ノ道理ニ於テ何人コトモ最初ニ之ヲ
 占領シタルモノハ先ツ一時ノ所有權ヲ取得スルコトヲ得可シ即チ最初ニ土地ヲ
 占領スルモノハ先ツ其占有權ヲ得ルモ其占有タルヤ只ク占有ノ行爲ノ繼續スル
 間ノミニ止マリ占有ニシテ一クヒ絶止セハ占有權モ亦喪失セラル可シ例ヘハ彼
 ノ休憩ノ爲メ或ハ其身ヲ蔽ハシカ爲メニ一個ノ特段ナル土地ヲ占領セシ人ハ占
 領ノ續ク間ハ其土地ノ占有權ヲ得ルヲ以テ他人ノ來リテ暴力ヲ以テ之ヲ逐去セ
 ソトスルハ自然法ニ反スル不正ノ所爲ナレトモ其人コシテ一クヒ其土地ヲ去リ
 タルトキハ他人ハ代リテ之ヲ占領スルコトヲ得ルカ如シ要約シテ云ヘハ土地並
 ニ地上ノ產出物ハ人類ノ共有物ナリ何人ト雖モ最初ニ占領シタルモノハ其占有
 權ヲ得可シ然レトモ其占有權タルヤ一時ノ占有ニシテ永久ノ占有ニ非サリシナ

リ然ルニ人文漸ク開ケ人口益増殖スルニ從ヒ斯ノ如キ一時ノ權利ハ能ク時勢ノ需用ニ應スルコト能ハサルヨリ遂ニ今日ノ如ク永久ニ繼續スル權利ヲ認メサル可カラサルニ至リ管ニ土地ノ使用權ノミナラス併セテ土地ノ所有權ヲモ享有セシムルニ至リタリト然レトモ最初ニ或ル土地ノ一部分ヲ休憩ノ爲メ又ハ其身ヲ蔽フ爲メ占領セル人アリトセハ此人カ果シテ能ク他人ノ妨害ヲ受クルコトナシテ占有ヲ繼續スルコトヲ得タリヤ真ニ一個ノ疑問ト云フ可シ思フニ占有ヲ持續スル權利ハ之ヲ持續スル威力アルトキニ限ル即チ持續ノ權利ハ持續ノ威力ト併行シ伸縮スルモノニアラサルナキ乎獨ノ法家サビニ一氏ハ云ヘリ凡テ所有權ハ世界ニ反抗スル所ノ占有ニ初マリ時効ニ依リテ成ルト蓋シ氏ハ特ニ羅馬法ニ付テ述ヘシモノナラン今此ノ説ノ價值ヲ知ラントスルニハ大ニ説明ヲ要スルモノアリ羅馬學者ノ説ニ依ルモ所有權ニハ三原素ヲ要スルコトヲ知り得可シ三原素トハ何ソ曰ク占有占有ノ世人ニ反抗スルコト及時効ノ三是レナリ然レトモ余ハ斯ク羅馬ノ學者カ所有權ノ起源ヲ説明スルニ拘ラス其順序ヲ顛倒スルトキハ反ツテ事實ニ適スルモノナラント信スルナリ請フ試ニ之ヲ述ヘン

抑モ先占ナルモノハ外形上ノ占有タリ外形上ノ占有ヲ權利トスルノ思想ハ進歩シタル時代ニ非サレハ之ヲ得ルコト難シ試ニ思ヘ物件ヲ所有スルノ思想乏シキカ又ハ之ヲ所有スルモ能ク之ヲ持續スルコトヲ得ルヤ或ハ他ヨリ暴力ヲ以テ奪去セラル、ヤ不安心ナル時代ニ在リテハ到底占有ヲ以テ權利トスルノ思想ノ發生シ得可キ理ナキニ非スヤ夫ノ人ハ天性トシテ財産ノ所有ヲ好ムトノ説ノ如キハ未ダ所有權ノ起源ヲ説キ得タルモノニ非サル可シ只ク夫レ人々物ヲ所有シ他ヨリ妨害ヲ受ケスシテ之ヲ持續スルノ習慣起リテ始メテ占有ニ權利ヲ付スルノ思想起リタルナリ説明茲ニ至リテ初メテ先占者カ所有者ト爲ルノ理由ヲ解スルコトヲ得可シ即チ天下ノ物主ナキハナシ然ルニ此物ニ付キテハ先占者ヨリ他ニ優等ノ權利ヲ有スル者ナシ故ニ先占者ニ所有權アリト爲サ、ル可カラストノ理由始メテ明解スルコトヲ得可シ

先占ニ必要ナルハ行爲并ニ先占者ノ意思ナルコト勿論ナリ而シテプラツクスト
 ーン氏ノ説ニ依レバ夫ノ一時休憩ノ爲メ又ハ其身ヲ蔽フ爲メ或ル土地ヲ占領ス
 ルトキハ其人ハ何時ニテモ其部分ニ付キ權利ヲ行フコトヲ得ルカ如ク説キタリ

ト雖モ此説タル自然法若クハ民約説ノ如キモノニ於テ始メテ主張スルコトヲ得ルモノナレトモ奈セソ前ニ述ヘタル如ク古代ニ於テハ法律上ハ勿論社會上ニ於テモ一個人ナルモノ、存在ヲ認ムルコトナシ羅馬ノ法律ハ人事法ト物法トノ二大別ニ區別シ其人事法ヲ繙クトキハ家族制度ノ盛ナルコト從ツテ一個人ヲ認ムルコトナキコトヲ明カニ知り得ルニ拘ハラヌ進ミテ物法ニ入ルトキハ學者多クハ既ニ人事法ヲ忘却シ財產契約又ハ私犯ヲ説クニ方リテハ一個人ヲ基トスルカ如ク論スルモノアルハ一大誤謬ト云フ可シ古代ノ財產處分ノ狀態ヲ看ルニ一個人ノ占有ヨリハ家ノ共有ト爲スコト多キモノ、如シ例ヘハ家ノ共有ト爲シ又ハ同族ノ共有ト爲スカ如シ特ニ著シキ例ヲ舉クレハ印度ニ於ケル村ノ共有ノ如キ是レナリ然ルニ英國人カ印度ヲ征服シ政令ヲ布カントスルヤ不幸ニモ此等ノ事情ニ通セサルヲ以テ個人所有ノ思想ニ依リテ土地ノ所有權ヲ定メシカハ忽チ非常ナル一揆ヲ惹起シ英國人ハ殆ント印度ヨリ放逐セラル、ノ勢ヲ呈シタリキ右ハ印度ニ於ケル一例ナルモ之レ獨リ印度ノミニ止マラス古代ニ於テハ何レノ邦モ皆ナ然ラサルハナカラソ今日ノ法律ニ於テハ全ク之レト異ナリ個人ノ占有ヲ

原則ト爲シ共有ハ殆ント例外ナルカ如シ即チ何人ニテモ強テ共有者ヲラシムルコト能ハストノ法語アル以テ徵ス可キナリ然レトモ彼ノ印度ノ如キハ之ニ反シ個人ノ占有ハ全ク之レ無キニアラサルモ終始其人ノ專有タルニ非ラス例ヘハ父カ土地ヲ有スルトキハ其土地ハ父ノ占有ナルモ若シ子ニシテ生マル、トキハ父子ノ共有ト爲ルカ如シ即チ印度ノ如キハ全ク一個人ノ占有ナシト云フニ非サルモ直チニ共有トナルノ傾向ヲ有シ近世ノ法語ト正反對ナリト云フ可シ思フニ古代ニ於テハ共有ノ制度盛ニ行ハレタリトノコトハ推測ノ誤マラサルモノナラン但公務ト私有財産トハ之ヲ混同ス可カラス之ヲ混同スルヨリシテ古代ニ於テモ尙ホ個人ノ占有カ原則ニシテ共有カ例外ナリトノ謬見ヲ惹起スルニ至ルモノナル可シ共有カ古代ノ狀態ナリシトノコトハ尙ホ魯西亞ニ於テモ之ヲ看ルコトヲ得可シ同國ニ於テモ個人ハ專有スルコトヲ得スシテ一村ノ共有ト爲ス所アリ又使用權ハ個人ニ在ルモ所有權ハ村ニ在リト爲ス所アリ例ヘハ某ノ地ハ甲之ヲ使用シ某ノ地ハ乙之ヲ使用スルカ如ク使用權ハ個人ニ在ルモ時期ヲ定メテ之ヲ總合シ更ニ又個人ニ分付スルノ習慣ヲ採ルカ如シ何レニモセヨ個人ノ占有ニ近キ

使用方法行ハル、モ村ノ共有タルコトハ爲メニ滅スルコトナシ近クハ我邦ニ於テ地租改正ノ時マテ車地ト稱シテ右ノ如キ習慣新潟地方ニ行ハレタリ然ルニ當時ノ行政官ハ斯ル慣習アルニ留意セシテ當時土地ヲ使用セル者ヲ以テ其土地ノ所有者ト定メタルヲ以テ會々良田ヲ得タルモノハ幸福ナルモ荒田ニ邂逅シタル者ハ不幸一方ヲラサルヨリ明治九年頃幾多ノ紛争ヲ生セシハ夫ノ英國人カ印度ニ於ケルト相似タリ斯ノ如ク古代ニ於テ共有ノ制專ラ行ハレタルコトハ事實ニ依リテ歴々トシテ其例證ヲ舉シルコトヲ得可シ由是看之古代ニ於テハ財產ハ一人ノ占有ニ非サルハ勿論一家ノ占有ニモ非サル可シ即チ同族ノ共有セシモノナラン然ルニ漸次同族ノ觀念薄弱トナリ家カ社會ノ原素トナリシカ世ヲ經ルニ從ヒ家ハ解ケテ一個人ト爲リ遂ニ今日ノ時代ヲ看ルニ至レリ之レ素ヨリ人事ノ沿革ナルモ財產ノ處分ニ於テ獨リ然ラスト云フヲ得サルヲ以テ財產ノ處分ニ於テハ最初ハ同族ノ共有ニシテ後ニ家ノ共有ト爲リ最後ニ始メテ個人ノ專有ト爲リタルモノナラン

然リ而シテ財產ヲ以テ家ノ所有ト爲スノ時代ニ在リテハ所有權移轉ノ手續ハ極

メテ丁重ニシテ幾多ノ儀式ヲ要シタリ蓋シ曾テ述ヘタル如ク家制ノ時代ニ於テハ家ハ宛モ一個ノ小獨立國ノ如ク從ツテ家ト家トノ交際ハ宛モ國ト國トノ交際ノ如クナリシヲ以テ種々ノ儀式手續ヲ要スルモノト爲シタルハ自然ノ結果ト云フ可シ一例ヲ舉シレハロシア人ノ中ニハ家産ハ全ク移轉スルコトヲ得スト法律ヲ以テ禁止シタルモノアリ又セルマン人ノ中ニハ斯ノ如ク家産ノ移轉ヲ禁止セスト雖モ其之ヲ移轉スルニハ種々ナル人ノ承諾ヲ經サル可カラサルノ規定ヲ設クルヲ以テ實際ニ於テハ之ヲ禁止シタルト同様ノ結果ヲ生スルモノアリ古代ノ法律カ凡テ手續儀式ヲ尊重シ一分一厘ニテモ之ニ違背スルモノアルトキハ其取引ヲシテ無効ナリト爲サシムルハ實ニ吾人ノ豫想外ニ在リ斯ク財產ノ讓渡ノ取引ハ極メテ丁重ナリシヲ以テ少シク社會ノ進歩スルヤ其繁雜ナルニ堪ヘ難クシテ繁ヲ剪リ簡ニ從ハントスルノ欲望ハ一般人民ノ念頭ニ湧起スルニ至リタリ而シテ此ノ方式手續ヲ省略シテ尙ホ有効ニ取引ヲ爲スニ至リタル沿革ハ即チ財產ノ歴史タルニ外ナラサルナリ請フ左ニ之ヲ述ヘン

抑モ手續方式ノ繁雜ナルヲ去リ簡易ノ方式ニ導クノ手段ハ種々アリト雖モ第一

段トシテ來リシモノハ即チ財産ニ區別ヲ設ケルコト是レナリ即チ財産ヲ上等ナルモノト下等ナルモノトニ區別シ上等ナル物ニ至リテハ固リ古來ノ丁重ナル儀式ニ依ラサル可カラズト雖モ其下等ナル物ニ至リテハ更ニ儀式ヲ省略シテ簡易ナル方式ニ依リテ有効ニ取引スルコトヲ得セシメタリ而ルニ社會ノ進ムヤ簡易ナル方式ハ大ニ便利ニシテ時勢ノ需ニ應スルヲ得ルヨリ遂ニ上等ナル財産ニモ此方式ヲ適用セシムルニ至リタルナリ羅馬ノ法律ニ於テモ「レスマンシビ」ト稱シ一定ノ方式ヲ履マサル可カラサル財産ト否ラサル財産トノ二アリ而シテ後者ニ關スル規則カ前者ニ適用セラル、ニ至リテ大ニ手續ノ繁雜ナルヲ省減シタリ又大陸ニ於テモ封建時代ニ於テハ土地ニ關スル規則ハ甚ダ丁重ナリシカ漸次社會ノ進歩スルニ從ヒ羅馬法ヲ以テ土地ニ適用スルニ至リタリ然リ而シテ財産ヲ種別スルニ付キテハ如何ナル種別カ最モ自然ナリヤト云フニ動産及不動産ノ二者ニ區別スルコト最モ普通ニ行ハレタル所ナリ今日ニ於テコソ此區別ハ吾人ノ耳目ニ熟シタルモノナレ羅馬法カ之ヲ認ムルニ至リタルハ一朝一夕ノコトニ非サルナリ例ヘハ羅馬法ニ於テ「レスマンシビ」ノ方式ヲ履マサル可カラサルモノハ

如何ナルモノナル乎ト云フニ土地ハ勿論ノコトナレトモ獨リ土地ノミナラス奴隸及牛馬モ亦此ノ方式ニ依ラサル可カラサルモノト爲セリ今日ノ所謂動産及不動産トハ異ナルコト知ル可シ又英國法ニ於テハ土地ノ賃借權ハ不動産ト爲サスシテ動産ト同一ニ取扱ハレタルカ如ク今日ノ分類ト其外形ハ同一ナルモ其實體ニ至リテハ全ク異別ノモノナリシ且ツ又古代法ノ類別ハ物ノ優劣ヲ意味シタルモ動産及不動産ノ區別ニハ優劣ノ意味ハ無カリシナリ羅馬ニ於テハ「レスマンシビ」ハ「レスマンシ」ノ上位ニ位シタリ而シテ學者カ此等ノ區別ヲ説明スルニ付キ何レモ相當ナル理由アルカ如ク説明スルヲ常ト爲セトモ元來此等ノ區別シテ只ク沿革上ノ理由アルニ過キヌシテ法理ニ照ラシテハ何等ノ理由モ之レ有ルモノニアラズ要スルニ何故ニ此等カ優等視セラレタルヤト云フニ古來ヨリ認メラレタル財産ナリト云フノ一事ニ過キサルナリ例ヘハ最高價ノ寶玉ハ羅馬人ニ知レラレサリシヲ以テ之ヲ以テ優等ノ財産ト認ムルコト無キカ如ク古來ノ財産ヲ以テ眞ニ財産ナリトシ其他ノ財産ハ財産視セサリシノミナリ此ノコトニ關シ最モ奇トスヘキハ斬新ナル財産ハ劣等ノ財産ナリトノコトハ久シク廢セラレ

サリシコト是レナリ抑モ何故ニ斬新ナル財産ヲ以テ劣等ノ財産ナリト爲スノコトハ久シク認メラレタル乎蓋シ理由ナクンハアラス之レ獨リ財産ノ種別ノミニ止マサルモ古代ノ法律ハ一タヒ之ヲ定メタルモノハ容易ニ之ヲ改廢スルコトヲ好マサリキ今日ノ如ク學術ハ進ミ又概括ノ力ハ富ムニ至リテハ例ヘハ土地ヲ一ノ財産ト爲セハ其性質ノ同一ナルモノ又ハ理論ノ同一ナルモノハ其ニ財産ト爲スコトヲ得可シト雖モ古代ノ人民ハ然ラス概括力ニ乏シキヲ以テ一ノ規則ヨリ之ヲ他ニ應用スルノ途ヲ知ラサリキ之レ其原因ノ一ナリ又他ノ原因ハ裁判所ニセヨ又ハ代言人ニセヨ凡テ優等ナル財産ニ關スル權利ヲ移轉スルニ必要ナル手續甚ク繁雜ナルヲ以テ成ル可ク斯ル丁重ナル儀式ヲ要スル財産ノ範圍ヲ狭少ナラシメンコトヲ勉メタリ以上ノ如キ理由ニ依リテ一タヒ優等ト定メタルモノハ優等ニ存續シ一タヒ劣等ト認メラレタルモノハ劣等ニ存續シタリ古代ノ儀式ノ繁雜ナリシコトハ文字ノ自由ナル今日ニ於テハ殆ント想像ス可カラサルモノアリ蓋シ文字ニ在リテハ一字一句モ能ク誤リナキコトヲ期シ得ルモ古ハ文字ナキヲ以テ一々動作ヲ以テ之ヲ表彰セサル可カラス從ツテ其困難ナル實ニ吾人ノ豫

想外ニ在リト云フ可シ素ヨリ土地ノ如キハ狎リニ讓渡スルコトナキモ優等財産ハ獨リ土地ノミニ限ラス牛馬ノ如キ日用ノ動産亦其中ニ在リ從ツテ一々繁雜ナル儀式ヲ履マンカ人事ノ頻繁ナル能ク堪ヘ得キニ非ス然ラハ其儀式ヲ省略セシカ不完全ノ方式トナルヲ奈何セン當時ノ困難察スルニ餘リアリ而シテ前ニモ述ヘタル如ク羅馬ノ法律ニ於テハ優等財産中ニ奴隸並ニ牛馬等之レアリタリ之レ蓋シ農業ニ必要ナルモノナルカ故ナラン當時ハ國ヲ舉ツテ皆ナ農ナリト云フカ如ク農業ハ人民唯一ノ職業ナリシ斯ノ如ク右ニ舉ケタル財産ノミカ最初ニ於テハ財産ト稱ス可キモノナリシカ後ニハ種々ナル物カ財産ト爲ルニ至リ此等ノ財産ニ付キテハ儀式中止ヲ引渡ノミヲ爲ストキハ有効ニ移轉スルニ至レリ而シテ其後漸次社會ノ進ムヤ之レト同時ニ劣等ノ財産モ漸々増加シ來リ一ノ擬制ヲ案出シ引渡ノミヲ以テ讓渡ノ効果ヲ生スルモノト爲セリ機運一タヒ茲ニ至リテ動産不動産ノ區別ニ依ラスシテ尙ホ一ノ區別ヲ生シタリ開ハ他ニアラス性質ニ依ラスシテ起源ニ由ル所ノ區別是レナリ例ヘハ印度ニ於テハ遺産ト其他ノ附屬財産トノ間ニ區別ヲ設ケタリ即チ財産取得ノ淵源ニ依リテ區別ヲ設ケタルナリ

而シテ遺産ハ前ニ云ヘル如ク父子トノ共有財産ナレハ父カ他ニ之ヲ讓渡セシトスルニハ必スヤ子ノ承諾ヲ經サル可カラズ然レトモ自己ノ勞力ニ依リテ取得シタル財産ハ自由ニ處分スルヲ得タリ又セルマン人種ノ間ニハ自由財産ナルモノアリ自由財産トハ土地ノコトヲ云ヘルモノニシテ之ヲ移轉スルニハ前ニ述ヘタル如ク種々ナル人ノ承諾ヲ經サル可カラサル如ク其手續甚ク繁雜ナルモノナリ而シテ封建制度ノ時代ニ至リ自由産ハ遂ニ土地ヲ意味スルニ至リ是ニ至リテ財産ノ區別ハ土地ト其他ノ動産ノ二者ト爲リ始メテ動産ト不動産トノ區別ヲ生シタリ尤モ羅馬ニ於テモ動産及不動産ナル言詞アルモ只ク外形ノ類似スルニ止マリ其實體ハ異ナリタリ即チ羅馬ニ於テハ二者ノ間ニ優劣ノ差等アリシモ後世ニ於ケル二者ノ間ニハ斯ノ如キ差別アルコトシ

次ニ古代ノ繁雜ナル手續ヲシテ簡約ニ赴カシメタルハ時効ノ制是ナリ今日ニ於テ時効ト云ヘハ敢テ珍奇コアラスト雖モ却リテ古代ニ於テハ時効行ハレシモ近代ノ法律カ時効ヲ適用スルニ至リタルハ是レ亦一朝一夕ノコトニ非サルナリ例ヘハ羅馬ノ法律ニ依レハ十二銅表以前ニ時効ノ制アリタリ即チ或ル期間世界ニ

反抗シテ財産ヲ所有セルトキハ一ノ權利ト化成スルコトハ十二銅表以前ニ於テ既ニ認了セラレタリ而シテ近代學者ノ説ク所ニ依レハ時効ハ之ヲ好ムヨリハ寧ロ嫌厭シタルモノ、如シ即チ近代ノ法律ノ初メニ溯ルニ時効ハ裁判所ニ出訴スルヲ遮斷スルノ具ニ供セラレタルモノニシテ決シテ財産ヲ取得スルノ方法トシテ採用セラレサリキ何故ニ近代ノ法律ハ斯ノ如ク時効ヲ嫌厭シタル乎他ナシ宗規ノ勢力ニ出テタリ古代ニ於テハ僧侶ハ殆ント唯一ノ學者ニシテ又法律ニ精通セルモノナリシヲ以テ宗規カ俗世界ニ影響ヲ與ヘタルハ當然ナリト云フ可シ而シテ宗規ニ依レハ神ニ供セラレタル物ハ如何ニ久シク之ヲ使用セストモ爲メニ權利ハ他ニ移轉スルモノニ非スト認メタリ從ツテ時効ニ依リテ權利ヲ喪失スルコトハ全ク宗規ノ認メサル所ナリシ此主義カ俗世界ニ波及シタルヲ以テ近代ノ法律ニ於テモ亦時効ニ依リテ權利ヲ取得シ又ハ喪失スルコトヲ嫌厭スルニ至リタリ乍併其原因ニシテ單ニ宗規ノ影響ノミニ止マラシメハ或ハ永存スルコトナカリシナランニ茲ニ中世ニ至リテ權利ハ使用セサルノ一事ニ由リテ喪失スルモノニ非ストノ學理進入シ來リ世人モ亦之ヲ認メテ眞理ト爲セシヨリ遂ニ時効ノ

制ハ近代ノ法律ニ容レラレサリシナリ而シテ是レヨリシテ時効ハ法理上ノ一問題トナリタリ即チ何故ニ或ル時間占有ヲ離レタル人カ所有權ヲ喪失スルヤノ疑案ハ法理上ノ一大問題トナレリ特ニ佛國ノ如キハ學者種々ノ議論ヲ試ミタリ或ハ曰ク懈怠ノ制裁ナリト或ハ曰ク訴訟ノ永存ヲ絶ツナリト然レトモ羅馬ノ人民ハ更ニ道般ノ議論ニ留意セシテ只ク時効ヲ以テ最モ社會ニ有益ナル制度ナリト爲セリ何トナレハ時効ニ依ルトキハ敢テ繁雜ナル儀式ヲ履行スルコトナクシテ財産ヲ取得スルコトヲ得タレハナリ但シ時効ニ依リテ財産ヲ取得スルニハ一ニハ占有ハ善意ナラサル可カラズニハタトヘ手續ハ不完全ナルニセヨ正當ノ方法ニ依ラサル可カラサルノ二條件ヲ必要ト爲シタリ斯ノ如キ二條件ヲ要スルニモセヨ一定ノ時間世界ニ反抗シテ占有スルトキハ宛モ完全ナル儀式ヲ履ミタルト同シク財産ヲ取得シタルヲ以テ時効ハ大ニ羅馬人ニ歡迎セラレタルハ當然ナリト云フ可シ其後ヤアスナニアン帝ノ時代ニ至リ繁雜ナル儀式ハ廢セラレタルヲ以テ以前ノ如ク時効ノ利益ハ大ナラズト雖モ尙ホ多少ノ利益ハ之レアリタルヲ以テ時効ノ制ハ廢滅ニ歸セスシテ近代ノ法律ニ傳承セラル、ニ至レリ

次ニ手續ノ繁雜ヲ避ケテ簡約ニ赴カシムル方法ハ裁判所ニ於ケル權利ノ遺棄是レナリ即チ原告ハ裁判所ニ出テ、自己ノ財産ナルコトヲ主張シ被告ハ欠席スルヲ以テ遂ニ裁判所ハ原告ニ所有權アリト判決スルカ如キ是レナリ是レ固リ原告ト被告トノ間ニ於ケル通謀ノ虚偽ナルコトハ相違ナシト雖モ裁判所ニ於テモ成ル可ク手續ノ繁雜ナルヲ避ケンカ爲メニ虚偽ナルコトヲ知リツ、斯ル裁判ヲ下スナリ之レ煩ヲ去リ簡ヲ求ムルノ第三ノ方法タリシナリ

以上ニ叙述シタル手續ノ外種々ノ裁判所ノ手續ヲ以テ漸々煩雜ナル儀式ヲ避ケルニ至リタリ其中ニテ手續上ヨリ來ル所ノ一ノ大問題アリ即チ所有權ト占有權トノ間ニ如何ナル區別アリヤ尙ホ適切ニ云ヘハ占有ト占有權トノ間ニハ如何ナル區別アリヤノ問案是レナリ實ニ何故ニ占有ニ權利ヲ付スルヤノ問題ハ法理上紛々タル議論ノ存スル所ニシテ夫ノサピニー氏ノ如キハ占有ニ關シテ一ノ著書ヲ成シタリ抑モ占有ナルモノハ其語源ヲ尋ヌレハ握持ノ意義タルニ外ナラス學者曰ク手モテ物ニ觸ル、ノミナラス所持スルノ意思ヲ以テ之レニ觸レサル可カラストサピニー氏ハ占有ノ起源ニ關シ説明シテ曰ク古代羅馬ノ「パトリアン」ハ

多シノ官有地ヲ借受シタリ而シテ彼等ハ固ヨリ世界ニ反抗スルノ意思ヲ以テ占有シタリシニハ相違ナシ乍併嚴格ニ云ヘハ何時政府ヨリ取上ケラル、モ差支ナキ人ナレトモ長キ時間之ヲ占有シタルトキハ相當ノ理由ナクシテ之ヲ取上ケルハ亦不道理ナリト爲スノ感ヲ生スルニ至リタリ然ルニ若シ誤リテ占有ヲ取上ケラレタルトキハ如何ナル手續ニ依リテ取戻スヲ得ルヤト云フニ或ハ「アプレート」之ヲ創設シタリト云フモノアルモ兎モ角占有回復ノ手續ニ依リテ之ヲ取戻スコトヲ得タリ而シテ之レ單ニ純粹ナル占有ノミニ止マラス所有者ニ於テモ占有アルヲ以テ占有者ノ資格ヲ以テ此手續ニ依リテ取戻又ハ讓渡ヲ爲スニ至リタリト要スルニ所有者カ所有權ヲ取戻シ又ハ讓渡スルニハ通常ノ手續ヲ履ムトキハ大ニ煩雜ナルモ占有ノ訴訟ヲ以テ爲ストキハ容易ニ其目的ヲ達スルコトヲ得タリ故ニ占有并ニ占有ニ關スル訴訟手續ハ大ニ流行シ從ツテ占有カ世上ニ重ク置カラル、ニ至リタリ而シテ占有ニ關シ學者種々ノ理由ヲ附シテ何故ニ權利ナリヤチ論述スルモノアレトモ其實ハ右ニ述ヘタルカ如キ一ノ方便タリシニ過キサルナリ

契約法ノ沿革

上來列叙シタルカ如キ種々ノ方便ニ依リテ漸次財產ニ關スル煩雜ナル手續ハ廢止セラレテ遂ニ今日ノ簡約ナル手續ヲ看ルニ至リタリ夫ノ不動產ノ手續ハ漸次動產ニ關スル手續ト同一ト爲リ佛ノ如キハ羅馬法ニ於ケル動產ニ關スル法律ヲ以テ不動產ニ適用スルニ至リタリ

第九章 契約法ノ沿革

凡ソ天下ノ事物古今ノ間ニ差異アルモノ一ニシテ足ラスト雖モ古代ハ契約ノ行ハル、範圍狭少ニシテ今代ハ廣大ナルコトノ如ク著明ナルモノ無カル可シ例ヘハ奴隸制度ノ今日ニ異論アルハ畢竟古今ノ分界ニシテ古代ハ奴隸制度即チ身分ニ依リテ勞力ノ供給ヲ爲シタルモ今日ハ契約ヲ以テスル雇主ト雇人トノ關係ト變シタルカ如シ元來經濟學ナルモノハ古代ニ於テ其成立ヲ期シ得ヘキモノニ非ス古代ハ皆テ命令的ノ法律ニシテ個人ノ契約ニ効力ヲ與フルコトナシ個人ノ契約ニ基ツク所ノ取引盛ニ行ハレテ始メテ經濟學ノ樹立ヲ看ルコトヲ得可シ而シテ今ヤ命令的ノ法律漸次其跡ヲ收メテ個人ノ契約ノ範圍漸次膨大ナラントスルハ實ニ爭フ可カラサルノ事實ト云フ可シ然ルニ茲ニ怪ム可キハ人性ノ常トシテ

道徳ノ進歩ヲ是認スルコトヲ嫌厭スルコト是レナリ蓋シ世ニ大詐欺師ナルモノアリ往々ニシテ前代未聞ノ大詐欺ヲ行フコトアリ世人ハ看テ以テ時世既ニ混季ニ赴ケリト爲スモノナラン然レトモ世人大ニ誤マレリ若シ夫レ世上ニ信用ナルモノナカンカ如何ニ大詐欺師ト雖モ其詐欺ヲ逞フスルコトヲ得ンヤ唯夫レ世上道徳進メリ從テ信用増セリ之レ詐欺師ノ乘シテ以テ詐術ヲ施スコトヲ得ル所以ナリ即チ詐欺ノ行ハルハ時世ノ澆季ニ赴キタルニ非スシテ却リテ人類道徳ノ進歩ヲ證明スルモノト云フ可シ刑法ニ付テ論スルモ亦然リ古代ニ於テハ罪トシテ論ス可キモノハ止テ竊盜ノ一罪ノミナリシト雖モ新ニ發布セラレタル英國法律ヲ看ルニ受信任人ノ詐僞ヲ罪トシ論スルニ至レリ詳言スレハ古代ノ惡事ハ只ニ竊盜ノ一事ニ止マレリ然ルニ今日ハ詐欺ノ種類モ既ニ算シ盡シ受信任人ノ詐欺ヲモ惡事ト爲スマテニ進歩シタリ即チ今日ニ於テ惡事トスル背信罪ハ古代ニ於テハ之ヲ惡事ト爲スコトナシ復以テ今代道徳ノ進歩ヲ立證スルコトヲ得可シ今羅馬法家ノ説ク所ヲ看ルニ事實ト抵觸スルコト往々ニシテ之レアリ抑モ今日ノ契約ニ於テハ相互ノ合意ヲ以テ主眼ト爲スモ其合意ヲ以テ契約成立スト爲ス

コトハ幾多ノ變遷ヲ經テ茲ニ至リタルモノナルカ羅馬人ノ中ニモ亦合意ヲ以テ重ナル原素ト爲セル契約アリタリ而シテ羅馬人ハ之ヲ萬國法上ノ契約ト稱セシカ後ニ希臘ノ哲學進入シテ萬國法ハ變シテ自然法トナルヤ自然法上ノ契約ハ合意ヲ以テ主眼ト爲スモノニシテ古代ヨリ行ハルモノ、如クニ説クモノアリ然レトモ所謂古代トハ何レノ年代ヲ指示スルモノナルカ甚ク漠然タルヲ免レス特ニ萬國法ノ變シテ自然法トナルヤ學者ハ天然自然ノ道理ニ適合スルモノナリト説キ後ニ至リテハ夫ノ有名ナルルソー氏ハ此説ヲ駁演シテ所謂民約説ナルモノヲ案出シタリ然レトモ此等學説ノ虛妄ナルコトハ前既ニ説ク所ノ如ク古代ニ於テハ命令的ノ法律ノミ行ハレ契約ノ行ハルハ甚ク稀少ニシテ殆ント之レ無シト云フモ不可ナシ然ルニ此等ノ事實ニ着目セス羅馬法律家並ニ其末流ヲ酌ムルソー氏輩ハ或ハ萬般ノ事爲テ法律上一原因ヨリ抽出セントシ或ハ政治上ノ主義ヨリ法律ハ民約ヨリ起ルト説キタルナリ事實ノ真相ト相距ル復ク甚シカラスヤ今日ハ之ニ反シテ民約説ハ人之ヲ唱フルコトナシ少クモ法律社會ニ於テ行ハレ、コトナシ然ラハ現今法律社會ノ流行ハ何シヤ他ナシ現今ニ於ケル法律制

古代法 本論 契約法ノ沿革

度ヲ分析スルコト是レナリ即チ中世ニ於テハ専ラ社會ノ起源如何ヲ研究シタルモ今日ハ法律制度ヲ分析シテ原理ヲ發見スルコト專ラ盛ニ行ハル、ニ至レリ然レトモ之レ亦古來ノ沿革ニ留意スルコトナク今人ノ心ヲ以テ古人ノ心ヲ忖度スルヲ以テ誤謬多キハ亦免レサル所ナリ

前屢述フル如ク古代ノ社會ハ個人ヲ認メス一家ヲ以テ原素ト爲セリ從ツテ契約ノ行ハレサルハ素ヨリ其所ナリ但家ト家トノ間ニハ契約アリシニ相違ナシト雖モ其契約タル儀式ヲ重シタルヲ以テ寧ロ儀式カ契約ノ要素ニシテ合意ヲ以テ要素ト爲スハ遙カニ後代ノコトニ屬セリ古代ノ法律ニ照ラシテ明カナルカ如ク古代ニ於テハ契約ノ思想全ク之レ無シト云フヲ得サルモ契約ノ履行ヲ強制スル爲メニ設ケラレタル法律ハ之ヲ發見スルコトヲ得ス只夫レ古代ノ法律ハ約束ニ重シ置カスシテ約束ニ伴フ所ノ儀式ニ重シ置キ儀式ハ約束自身ト同一ノ効力ヲ有スト云フヨリハ寧ロ約束自身ヨリハ一層ノ効力ヲ有スルカ如クニ思惟セリ然ルニ斯ノ如キ儀式ヲ重視スル思想カ漸次變遷シテ遂ニ今日ノ如キ契約ヲ看ルニ至リタル變遷ノ順序ハ法學史上ニ顯然ナリ今其變遷ノ大畧ヲ概言スレハ最初ニハ

儀式中一二ヲ欠クシモ可ナリトシ次ニハ漸々ニ儀式ヲ畧シ或ハ二三ノ條件ニ付テハ全ク之ヲ省畧スルモ可ナリトシ最後ニ二三ノ特種ナル契約ヲ以テ其他一切ノ契約ト區別シ儀式ヲ用フニシテ之ヲ取結フコトヲ許スニ至レリ其所謂儀式ヲ要セスシテ取結フコトヲ得ル契約ハ重ニ商業ノ發達スルニ從ヒ專ラ援用ス可キモノニ係ハレリ而シテ儀式ト分離シテ合意カ契約ノ重ナル部分トナルヤ羅馬人ハ之ヲ約束ト云ヒ其約束カ法律上ノ効力ヲ生スルモノ之ヲ契約ト稱セリ此契約中最モ古キ主義又ハ種類ヲ案スルニ

拉丁語ニ「ネキサム」ト稱スルモノ其最モ古キモノナリ「ネキサム」トハ綱又ハ鎖ノ意義ニシテ連鎖ナル文字ハ契約ヲ代表スルノ言詞ナリ思フニ契約ハ雙方ヲ束縛スルコト猶ホ連鎖ヲ以テ結合スルカ如シト云フノ思想ヨリ出テタルモノナラン然レトモ法律上ニ於テ連鎖ナル文字ヲ如何ニ使用セル乎ト云フニ其當時ハ銅塊ト秤量トヨリ成立スル凡テノ取引ヲ云フトノ定義ヲ下シタリ然ルニ前述ヘタル如ク銅塊ト秤量トノ式ハ物ノ有式讓渡ニ必要ナルモノナリ然ラハ羅馬法ニ於テハ讓渡ト契約トヲ混同シタルヤ疑ヒナシ何トナレハ讓渡ニモ銅塊ト秤量トヲ必要ト

ナシ又契約ニモ此二者ヲ必要ト爲セハナリ是ヲ以テ後世ノ學者大ニ疑問ナリ此間ニ狭ムモノアリ然レトモ此疑問ハ容易ニ之ヲ氷解スルコトヲ得可シ抑モ單純ヨリ複雜ニ赴クハ事物ノ通則タリ語モ亦此通則ヲ免ルハコトヲ得ス即チ最初例ハ讓渡ナル語中ニ包含セラレタルモノ漸次種々ノ區別ヲ生シテ各自ニ特別ノ名稱ヲ得タルト同シシテ連鎖ナル語中ニハ讓渡及契約其他種々ノ取引ヲ包含セシモ漸次變遷スルニ從ヒ讓渡ニハ特別ノ名稱ヲ下シ而シテ契約ニハ元來ノ語タル連鎖ナル名稱ヲ其儘付與セルモノナラン即チ其最初ニ於テハ讓渡ニセヨ將ク契約ニセヨ一ナリ同シシ銅塊ト秤量トヲ以テ行ハサル可ラス然ルニ連鎖ナル語中ニハ後世ニ於テ分離ス可キ種々ノ物ヲ包含シタリ然レトモ其分離スルヤ必スシモ同時ニアラス或物ハ先キニ分離シ或物ハ後ニ分離シタリ而シテ契約ヨリハ讓渡カ先キニ分離シタルモノナラン先ツ賣買ヲ採リテ之ヲ論フレハ例ヘハ茲ニ奴隸ヲ賣ラントスル者ハ奴隸ヲ牽キ來リ之ヲ買ハントスル者ハ銅塊ヲ持チ來リ更ニ秤量ヲ有スル人出來リテ相互ニ銅塊ト奴隸トヲ交付スルトキハ所謂連鎖ハ茲ニ消滅ヲ告シ可シ然トモ一步ヲ進メテ賣主ハ奴隸ヲ引渡シタルモ買主ハ銅塊ヲ支

拂ハサルトキハ賣主ハ既ニ生セル連鎖ヲ爲シ了ルモ買主ハ未ダ連鎖ヲ解キ終ルニ非ス尙ホ兩者ノ間ニ連鎖ハ存セリ前者ノ場合ト異ナルコト勿論ナリ然レトモ前者即チ現金賣買ノ場合ト同一ノ式ヲ行ヘリ換言セハ右ノ式ヲ履ミタルカ爲メコ一方ニ義務ヲ履行スルノ義務アリト爲セリ次ニ更ニ一步ヲ進メテ賣主ハ奴隸ヲ牽キ來ラス買主ハ銅塊ヲ持チ來ラサルトキハ如何此場合ニ於テモ尙ホ連鎖ノ式ヲ以テ行フコトヲ得可シ斯ノ如ク同一ノ式ヲ以テ以上ノ三取引ヲ爲シ得ルコトハ疑ヒナキモ其順序ハ如何ト云ハ、賣買ニ付テ云ヘハ現金取引ノ讓渡カ最初ニ起リタルモノナラン而シテ遂ニハ現金取引ナラストモ互ニ定式ヲ履ミタルヨリ互ニ連鎖ヲ生ストナシ遂ニ未行ノ場合ニモ及ボシタルモノナラン以上説明セル所ニ依リ同式又ハ同語ヲ以テ讓渡及契約ヲ代表シタル所以ヲ了解セラレタル可シ古代ハ契約ハ未遂ノ取引ナリ即チ契約ハ中途ニテ物ヲ引渡スノ結果ヲ生スル方法ナリト思惟セリ而シテ古代ノ法律ヲ看ルニ何ノ邦ニ於テモ債務者ニ對スルコト嚴酷ニシテ債權者ニ對スルコト寛大ナルカ如シ夫ノ債務者ヲ以テ債權者ノ奴隸ト爲サシムルカ如キ以テ一例トシテ看ルコトヲ得可シ然レトモ以上ニ述ヘテ

ルカ如キ沿革ヲ知ラハ之ヲ了解スルニ難カラサル可シ即チ一定ノ式ヲ履ミテ取引シタルニ拘ハラズ引渡ス可キモノヲ引渡サズ又ハ支拂フ可キ物ヲ支拂ハサルヲ以テ斯クハ債務者ヲ遇スルコト嚴酷ナルニ至リタル所以ナリ然リ而シテ右ニ述ヘタルカ如キ次第ヲ以テ變遷スルニ從ヒ真正ノ現金取引即チ讓渡ヨリハ契約ノ取引層一層増加シ來リ本來連鎖ナル語ハ凡テノ取引ニ用非ラレタルモ漸次適用ノ増スニ從ヒ契約ヲ代表スルノ語ト成リ讓渡ハ之ヲ「マソシヒチ」ト稱スルニ至レリ

羅馬人ハ常ニ「オブリガシチ」ト合意トチ區別セリ「オースナン」及「ペンザム」ノ説ク所ニ依レハ契約ニハ二原素アリテ存セリ一ハ爲約者ヨリ或ル所爲ヲ爲シ又ハ爲サハルコトノ意思ヲ表示スルコト他ノ一ハ受約者ヨリ其約束ノ履行セラレンコトノ意思ヲ表示スルコト是レナリ羅馬法ニ於テハ理論ハ異ナル所ナキモ其意思ノ表示ノミコトハ未ク之ヲ以テ契約ナリトセス契約ニハ尙ホ一ノ原素即チ法鎖ヲ要スルコト、爲セリ然ルニ所謂法鎖トハ何ソト云フニ法律上ノ鎖ト云フ義ニ外ナラサルナリ即チ連鎖ノ思想尙ホ未ク脱却セサルモノニシテ又法鎖ヲ解クニ解

除ナル語ヲ用ユルモ是レト同一思想ニ出テタルモノト云フ可シ然リ而シテ羅馬ノ契約ニ四種アリ口約帳約物約及合意上ノ約束是レナリ是等ノ四種タル何レモ合意ニ加フルニ或ル式ヲ以テセサル可カラサルモノトセリ例ヘハ口約ノ場合ハ一定ノ問答ヲ以テ法鎖ヲ生スルト爲シ物約ノ場合ニハ物ヲ引渡スニ依リテ法鎖ヲ生スルト爲シ帳約ノ場合ニハ帳簿ニ記入スルヲ以テ法鎖ヲ生スルト爲シタルカ如シ

第一 口約 口約ハ四種ノ契約中最モ先キニ發シ「ネキリム」ニ次テ起リタルモノナリ口約ノ要スル式ハ問答ヲ爲スコト是レナリ即チ受約者ヨリ問ヲ發シ爲約者之ニ答フルモノトス之ヲ連鎖ニ比スルトキハ大ニ簡畧ナルモ或ル式ヲ要シ又ハ法鎖ヲ要ストノ思想ハ未ク脱却スルコトナシ人或ハ云ハン羅馬人ハ甚ク不注意ノ人民ナリ若シ口頭ヲ以テ契約ヲ取結フトキハ或ハ之ヲ遺忘スルコトナキヲ保ス可カラズ之レ一定ノ方式ヲ要シタル所以ナリト然レトモ之レ誤レルノ甚クシキモノト云フ可シ今日ノ約束ハ爲約者先ツ口ヲ開クモ羅馬人ハ受約者ヨリ先ツ問ヲ發スルヲ以テ其間ニ舛錯ヲ生スルコトナシ而シテ斯ク成立シタル約束ヲ若

シ破フリタルモノアルトキハ合意ハ措テ問ハス問答式ヲ履ミタルコトヲ證明ス
ルトキハ勝訴者タルコトヲ得ルモノトス

第二 帳約 帳約ハ宛モ今日ノ書面契約ノ如シ思フニ羅馬人ハ綿密ナル人民ク
リシナラン即チ家々帳簿ヲ備ヘテ此レニ記入シタルトキハ以テ契約成立セリト
爲シタルモノナラン然レトモ受約者ノ帳簿ニノミ記入スレハ可ナルカ將タ爲約
者ノ帳簿ニモ記入セサル可カラサルカ今日ニ於テ知ルコトヲ得サルナリ

第三 物約 物約トハ合意ノミナラス尙ホ物ヲ引渡シ始メテ法鎖ヲ生スルモノ
ト爲スモノヲ云フ之レ古代ノモノトハ大ニ異ナリ表面上何等ノ式ヲ要スルコト
ナシ茲ニ至リテ始メテ人ノ道徳心ニ訴フルノ思想發達シ來リタルモノナレハ古
代ニ比シテ大ニ進歩セルモノト云フ可シ

第四 合意上ノ約束 之レ今日ノ契約ニ大ニ近似セルモノナリ此レニ四種アリ
即チ代理組合買及貸借ノ四種ニ限リテ合意ノミヲ以テ効力ヲ生スルモノト
爲セリ之レ蓋シ前ニ述ヘタル如ク社會ノ進歩スルニ從ヒ屢々遭遇スル所ノ取引
ナルヲ以テ此四種ニ限リテ式ヲ履ムコトヲ免シタルモノナル可シ然リ而シテ此

ノ第四種ノモノタル「プレートル」カ認メタル所ニシテ所謂萬國法ニ屬セリ思フニ
當時到ル所ニ此四種ノ取引行ハレタルヲ以テ「プレートル」之ヲ認メ羅馬法モ亦之
ヲ認メタルモノナラン而シテ萬國法ハ後ニ變シテ性法ト爲レリ而シテ合意上ノ
約束亦性法ノ手中ニ歸シタリ是ヲ以テ學者或ハ此第四種ヲ認メテ古來ヨリ行ハ
レタルモノト誤認スルモノアレトモ其實決シテ然ラス有式ヨリ無式ニ變シテ萬
國法ニ入り後ニ萬國法變シテ性法ト爲リタルナリ從ツテ無式契約ヲ以テ古來ノ
傳來ト爲スモノハ前後ヲ顛倒シタルモノニシテ夫ノルーソーノ民約說ノ如キ亦
此誤見ヲ脱却シ得サルモノト云フ可シ又夫ノ自然義務ノ如キ元來萬國法上ノ制
度ナリシニ後ニ萬國法變シテ性法トナルヤ自然義務ノ名稱ヲ得タルモノナリ而
シテ羅馬法ニ依ルニ自然義務ハ原告ト爲リテ請求スルコトヲ得サルモ合意ハ眞
實ニ成立スト爲スヨリ若シ最初能力ナキモ後日ニ至リ能力ヲ得タルトキハ有効
ナリト爲スカ如キ規定ヲ設ケ其レヨリ單純ナル合意ハ訴權ヲ生セサルモ答辯ノ
材料ト爲スコトヲ得ト定メ又ハ相當ノ式ヲ履マサルヲ以テ原告トナリテ履行ヲ
請求スルコトヲ得サルモ被告トシテハ答辯ノ材料ト爲スコトヲ得ト定メタルコ

トアリ今日ノ自然義務モ亦斯ノ如キモノナリ
 斯ク合意上ノ約束ハ認メラレ而カモ四種ノ取引ニ限定セラレタレトモ是レヨリ
 一步ヲ進メテ英國法ニ於ケルカ如ク原因アレハ合意ハ契約トシテ履行ヲ強制ス
 ルコトヲ得ト云フニ至リ遂ニ今日ニ於ケルカ如キ契約ヲ認ムルニ達シタリ以上
 要約シテ云ヘハ最初ハ「ネキヤム」ニシテ讓渡モ契約モ共ニ銅塊ト秤量トノ定式ヲ
 必要トシ一變シテ口約トナリ一定ノ問答式トナリ再變シテ文字ノ發明アリテ帳
 約トナリ更ニ一變シテ物件ヲ引渡ストキハ契約成立スト爲ス物約トナリ其レヨ
 リ進ミテ或ル種類ニ限リ合意ノミニテ契約成立スト爲シ後ニハ其種類ヲ限定セ
 ス萬般ノ契約ニ推及シ合意ノ外原因アルトキハ凡テ契約成立スト爲スニ至リ
 タルナリ

是レヨリメーソ氏ハ羅馬ノ契約法カ他ノ科學ニ非常ナル影響ヲ與ヘタルコトヲ
 論述セリト雖モ事專ラ泰西ノコトニ係ハリ歐洲人ニハ非常ニ趣味アリト雖モ我
 邦人ニハ別段ニ關係ナキヲ以テ之ヲ詳述スルコトヲ爲サ、ル可シ今要約シテ云
 ヘハ重ニ羅馬ノ契約法カ影響ヲ與ヘタルハ政治學、心理學又ハ心學トモ稱ス可キ

モノ是レナリ元來人類ナルモノハ言語ニシテ先ツ成立セサレハ思想ヲ表顯スル
 コトヲ得サルハ勿論思想ヲ固定スルコトヲ得サルナリ換言スレハ用語ニシテ
 前キニ備ラサレハ其語ヲ使用シテ思想スヘキコトヲ思想シ得サルハ人類ノ常ナ
 リトス之レ專ラ羅馬ノ契約法カ前記ノ諸科學ニ影響ヲ與ヘタル所以ナリ即チ羅
 馬ノ契約法中ニハ右ノ諸科學ニ於テ使用ス可キ言詞多カリシヲ以テ此等ノ諸學
 科ハ其等ノ言詞ヲ羅馬ノ契約法ヨリ借受シ來リテ遂ニ今日ノ發達ヲ看ルニ至リ
 タリト云フニ在リ只ク其中ニ就テ吾人ノ記憶ニ置ク可キコトハ前ニ述ヘタル羅
 馬ノ法飲ニ關スル語并ニ思想カ政治學ニ侵入シタリトノ事是レナリ請フ下ニ之
 ヲ述ヘン

羅馬ニ佛語ニ云フ *Quasi* 即チ準契約又ハ準私犯ナル語アリ例ヘハ純然タル契約ニ
 非スシテ契約ト云ヒ純然タル私犯ニ非スルヲ私犯ト云フカ如シ元來 *Quasi* 即チ準
 ト云フ言詞ハ分類上ノ必要ニ起リタルモノニシテ英ニ謂フ所ノ默示ノ契約トハ
 大ニ趣ヲ異ニセリ默示契約ハ純然タル契約ナリ其異ル所ハ明示ノ契約ハ文書
 又ハ言語ヲ以テ取結フモ默示契約ハ他ノ事情ヨリシテ意思ヲ推定スルノ點ノミ

ニ止マレリ即チ二者其意思ノ表示ノ方法ヲ異ニスルノミニテ契約ハ其ニ成立セルモノナリ然ルニ準契約ハ全ク之レト異ナリ只ク契約ニ類似セルノミニ即チ契約ノ規則ヲ準用シテ差支ナキモノナルニ過キス例ヘハ普通ノ例ヲ準クレハ誤リテ他人ニ債務ヲ辨濟シタルトキノ如シ此場合ニ於テハ合意アルコトナシ從フテ之ヲ以テ契約ナリト云フコトヲ得ス然レトモ之レニ適用スル法律ハ宛モ合意アリタルトキト同一ノ法律ヲ以テシテ差支ナキヲ以テ之ヲ準契約トハ稱スルナリ然リ而シテ此準契約ハ夫ノ有名ナル民約説ノ起源トナリタル一理山アリ古ヨリ人類ノ腦中ニハ異性者ノ權利及義務アルコトヲ想像シ居レリ乍併例ヘハ主權者ノ權利又ハ帝王ノ權利ハ非常ノ特權ニシテ何人モ之ニ服從ス可キコトノ規則ハ最も早ク發達シタリ例ヘハ羅馬ノ帝王時代ニ在リテモ帝王ノ權ニ關スル規則ハ甚ク許多ナリシカ如シ然レトモ其反對トシテ被治者ニモ亦權利ナカル可カラズ義務ナカル可カラズトノ思想ハ之レアリシト雖モ若シ羅馬ノ法鎖ニ關スル規則ニシテ無カラズコハ此思想ヲ發現スルノ方便ハ之レ無カリシナラン但シ此思想ハ封建制度ノ行ハレシ時代ニハ敢テ發達スルノ必要ハ之レ無カリシナリ蓋シ封建

時代ニ於テハ治者ノ地位ニアル者ノ權力ヲ大ニ制限シタリ例ヘハ當時代ノ王侯ハ横恣ノコトナカラシメシカ爲メニ制度上ヨリ種々ノ制限ヲ受ケタルヲ以テ從ツテ被治者ノ義務ヲシテ發達セシムルノ必要ナカリシカ如シ然ルニ封建ノ制ニヒ羅馬法王ノ權力衰フルヤ忽チニシテ帝王ニ特權ナカル可カラズ王者ノ權ハ重大ナラサル可カラズトノ説盛ニ起リタルヲ以テ之レカ反動トシテ被治者ニモ亦幾分ノ權利ナカル可カラズ權利ト義務トハ表裏ヲ相成スモノナリトノ説亦大ニ勃起シタリ而シテ此説ハ如何ニシテ發表セラレタルヤト云フニ羅馬法ノ法鎖ニ關スル思想ヲ藉リテ言顯ハサレタリ即チ治者ト被治者トノ間ニハ純然タル契約ハ無シトスルモ準契約ハ之レ有ル可シトノ論起リ從ツテ準契約ニ關スル規則ヲ以テ此説ヲ主張シタリ此説漸次遺傳シテ終ニ有名ナルルソーノ手ニ歸シ一層其範圍ヲ擴張シタリ然レトモ其起源ハ正サニ茲ニ述フル所ノ如シ

右ノ一節ハ吾人ノ記憶ニ値スルモノアリ其他ハ歐洲人ニハ妙味ヲ感スヘシト雖モ我邦人ニハ然ラサル可シ只ク其中ニ就テ尙ホ高妙ノ説ト稱ス可キハ社會ノ幼稚ナルトキハ法學大ニ發達スルモノナルコトヲ述ヘタリ之レ或ハ然ラン凡ソ吾

人ハ先ツ以テ日用ニ必要ナル行狀ニ付キテ其智識ヲ利用スルヲ常トス去レハ國ノ進度ニ比シテ法律學ハ大ニ流行セシモノナラシ現ニ羅馬及英吉利ニ於テモ法律ハ古代ニ在リテハ殆ント武術ニ次キテ盛ナルモノニシテ苟クモ社會ノ耳目ヲ惹クノ人士ハ法律學ヲ修メサルモノ之レ無カリシカ如ク其後社會ノ進歩スルニ從ヒ或ハ文學ニ志ス人アリ或ハ醫術ニ志ス人アリテ漸次法學ヲ學フノ徒及熱心ハ古代ノ如ク盛ナラサルノ實例ヲ看テモ之ヲ窺知スルコトヲ得可シ又我邦ノ如キ敢テ幼稚ト云フニ非ハレトモ數年前マテハ殆ント學問トシ云ヘハ法律學ナルカ如キノ盛大ヲ極メテメーソン氏ノ此說ハ能ク事實ノ真相ヲ穿テタルモノト云フ可シ

羅馬ノ契約法ハ封建制度ノ發生ニ助力セルコトヲ述ヘタリメーソン氏ノ說ハ封建制度ハ野蠻ニ羅馬法ヲ混化セリト云フニ在リ反言スレハ社會ハ進歩シ來タリシモ兵馬ノコト起リテヨリ一タヒ野蠻ニ退化シタリ然レトモ之レ單純ナル野蠻ニ非ス羅馬法ヲ混化シタリ若シ夫レ單純ナル野蠻ナラシメハ前ニ述ヘタルカ如キ種族制又ハ家長制起ラサル可カラズ然ルニ封建制出テタルハ混化物アリタルカ

故ニ外ナラズ混化物トハ何ソ即チ羅馬法是レナリト云フニ在リ其故ハ他ナラズ太古ノ社會ハ感情ニ由リテ結合セラレタリ即チ社會ノ人々ハ凡テ同一祖先ヨリ出テタリトノ主義ニ依リテ結合セラレタリ然ルニ封建制度ハ之ニ反シテ契約ニ依リテ結合セラレタリ即チ奴隸ト主人トノ關係即チ君主ト臣下トノ關係ハ其間ニ契約ノアルアリテ此制度ハ束縛セラレタリ而シテ其契約ナル思想ハ何レニ出テタリヤト云フニ即チ羅馬法中契約法ノ適用タルニ外ナラサルナリ之レメーソン氏カ封建制度ハ古來ノ慣習ニ羅馬法ヲ混化セリト云フ所以ナリ
本章說ク所甚ク詳密ナリト雖モ羅馬ノ契約法カ諸他ノ科學ニ影響ヲ與ヘタリト論述スル所ハ要スルニ以上ニ講述セル二三ノ點ニ過キサルナリ

第十章 私犯法及刑法ノ沿革

古代法律ト近代法律トヲ比較シテ最モ人目ヲ惹クハ刑法ト民法トノ比例是レナリ古代日耳曼人ノ設定シタル法律ニ依リテ其例ヲ率クレハ法律上民法ト稱ス可キモノハ極メテ僅少ニシテ或ハ絶エテ之レ無キモノ有リ羅馬ノ十二銅表ニ比スレハ民法ノ規定ハ遙カニ許多ナリト雖モ而カモ權利ヲ侵害セラレタルトキハ如

私犯法及
刑法ノ沿革

何ニシテ救済ヲ得ルカノ方法其大部分ヲ占メタリ而シテ古代ニ溯ルニ從ヒ益々法律中民法ハ僅少ニシテ刑法ニ屬スル部分其大部ヲ占メ實ニ刑法ニ屬スル規定ハ殆ント詳密ト稱ス可キマテニ進歩シタリ普通之ヲ解スル者ハ曰ク古代ハ腕力ノ社會ナリ從ツテ刑法ノ適用ハ屢々之ヲ看ル可シト雖モ民法ニ至リテハ更ニ必要ナキカ爲メナリト此說一理アリト雖モ然レトモ未ダ完全ナリト云フ可カラサルナリ上來續述セル古代ノ狀態ヲ一看セハ容易ニ此現象ノ怪ム可カラサルコトヲ頓悟セシ即チ今日ニ謂フ所ノ民法トハ何ソト云フニ人事編タリ相續編タリ財產編タリ又ハ契約編タルモノ十中ノ八九ヲ占メタリ然ルニ此等ノモノタル付テ論述シタル所ニ依レハ古代ノ社會ニ於テハ行ハル可キノ餘地之レ無カリシナリ先ツ人事編ニ付テ之ヲ云ヘハ凡テ人ハ一家ノ家長ニ隸屬シテ妻カ夫ニ對スル權利ヲ有スルコトナク又子カ親ニ對シテ權利ヲ有スルコトナク又被後見人カ後見人ニ對スル權利アルコトナク凡テ家長カ全權ヲ掌握セルヲ以テ只ク家長權ヲ規定スレハ即チ足り敢テ今日ノ如キ人事編ヲ設クルノ必要アルコトナシ其他財產編又ハ相續編ニ於ケルモ之レト異ナルコトナシ元來財產ハ家ニ繼傳スルト云フ

ニ在レハ從ツテ財產編又ハ相續編ノ設定ヲ要ス可キ必要ナシ好シ財產ノ分配之レ有リタリトスルモ之レ一家内ノコトタルニ過キス敢テ法律ヲ以テ閣内ノ事項ヲ規定ス可キノ必要アルコトナシ又古代法律中ニ欠如セルハ契約法ナレトモ之レモ古今ノ法律ヲ比シテ其差異ヲ看取セハ容易ニ其然ラサル可カラサル所以ニ發見シ得可シ然ルニ刑法ニ至リテハ右等ノ事情アルコトナシ即チ何故ニ刑法ヲ必要ナラスト爲スノ理由アルコトナシ但茲ニ刑法ト云フハ今日ニ謂フ所ノ純然タル刑法ニ非ス只ク民法ニ對シテ之ヲ刑法ト稱スルノミ其實ハ今日ノ語ヲ以テ云ヘハ私犯法ノ意義ニシテ即チ古代ハ私犯法ノ規定多クシテ純然タル刑法ノ規定ハ亦之レ無カリシナリ例ヘハ他人ノ非行ニ依リテ害ヲ受ケタル者ハ如何ナル救済法アリシヤト云フニ民事ノ訴訟ヲ提起シテ而シテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得タルカ如シ而シテ羅馬ノ十二銅表ニ依ルニ竊盜ナル名目ハ之レアルモ尙ホ今日ニ謂フ所ノ私犯トシテ之ヲ取扱ヒタルモノニシテ犯罪トシテ之ヲ取扱タルモノニアラス斯クシテ毆打罪又ハ強盜罪ノ如キモ今日ノ所謂誹毀又ハ財產侵害ノ如ク凡テ被害者ト加害者トノ關係ノミニ止マリ被害者ハ加害者ニ對シテ要償

シ得ルニ過キス日耳曼人種中ニ行ハレタル法律ニ依レハ古代ノ法律ニハ殺人罪ニ付キテ賠償ノ額ヲ定メタルモノアリ即チ人ハ地位ノ高下ニ依リテ價額ヲ異ニシ又創傷ノ輕重ニ依リテ價額ヲ異ニシ被害者ヨリ加害者ニ對シテ賠償ヲ要求シ得ルコト、爲セリ故ニ若シ私犯ナルモノハ只被害者ハ一個人ニシテ國家ニ非ストセハ古代ノ所謂非行ニ關スル法律ハ純然タル刑法ニ非スシテ私犯法ト稱スルモ可ナリ尤モ漸次社會ノ進步スルニ從ヒ社會全體カ害セラレタリトノ思想勃起セサルコトナキニ非ス然レトモ敢テ之レカ爲メニ法律ヲ設ケルノ必要ハ之レ無カリシナリ开ハ他ナラス國家カ害セラレタリトスル場合ニハ直チニ立法者カ法律ヲ設ケテ非行者ヲ處罰シタルモノニシテ敢テ豫メ法律ヲ設ケテ之レヲ適用スルニ非ス即チ事毎ニ相議シテ法律ヲ設ケテ非行者ヲ處罰シタルモノナレハ敢テ裁判所ノ干與ヲ必要トスルコトナシ從ツテ刑法ヲ設定スルノ必要ナカリシナリ然レトモ個人間ノ侵害即チ私犯ノ場合ニ於テハ裁判所カ立入りテ一方ヨリ損害金ヲ受取リテ他方ニ引渡スモノナレハ或ハ國家モ幾分カ侵害セラレタリトノ思想アルカ如クナルモ其實決シテ然ラス古ノ裁判所ハ宛モ仲裁人ノ如クニシテ敢

テ職權トシテ自ラモ侵害セラレタルカ故ニ訴訟ニ干渉スト云フニハ非サルナリ極メテ古キ羅馬ノ訴訟ノ手續ヲ看ルニ奴隸ノ歸屬ニ關スル訴訟アリ今其手續ヲ云ヘハ先ツ奴隸ヲ法廷ヘ牽出シ原告ハ棒ヲ以テ奴隸ノ肩ヲ押ヘ自己ニ所有權アリト述ヘ被告モ亦同様ノ所爲ヲ以テ自己ニ所有權アリト述フ於是裁判官ハ之ヲ左右ニ引キ離シ而シテ原被告兩造ノ論辯スル所ヲ聞キ是レヨリ代價ヲ豫納セシムルト云フカ如ク裁判官ハ全ク裁判官タルノ心ヲ離レテ裁判ヲ爲シタリ訴訟手續既ニ斯ノ如クナルノミナラス尙ホ當時ノ裁判官ハ仲裁人ナルカ如キモノナルコトヲ知り得ルモノアリ开ハ他ナラス處分ノ寬嚴ヲ決定スルノ標準是レナリ即チ如何ナル標準ヲ以テ處分ノ寬嚴ヲ定メタルヤト云フニ一ニ被害者ノ感情ヲ標準トシテ制裁ヲ定メタリ何レノ邦ノ古法ヲ看ルモ現行犯ハ嚴罰セラレ非現行犯ハ輕シ罰セラレタリ之レ實ニ被害者ノ感情ヲ以テ標準ト爲スモノニ外ナラス羅馬ノ竊盜ニ關スル規則ヲ看ルモ之ヲ現行犯ト非現行犯トニ別テ現行犯ノ場合ニハ奴隸ナルトキハ之ヲ死刑ニ處シ自由人ナルトキハ被害者ノ奴隸トナスモ之ニ反シテ非現行犯ノ場合ニハ僅カニ竊盜物ノ代價ヲ辨償セシムルニ過キス蓋シ現行

犯ノ場合ニハ被害者ノ忿怒太甚シカル可キモ時日ヲ經過シ後ニ犯罪ヲ發見シタルトキハ被害者ノ感情ハ大ニ異ナルモノアリ之レ二者ノ間ニ寛嚴ノ別アル所以ナリ是ニ由リテ看ルモ裁判所ハ自ラ侵害セラレタルカ故ニ之レニ干渉スト爲スモノニ非サルヤ明白ナリト云フ可シ今日ニ於テハ犯罪ノ制裁ヲ定ムルニ付キテ困難ヲ感スルコトアリ例ヘハ竊盜罪又ハ犯姦罪アリトセヨ何レモ之ヲ以テ犯罪ナリト爲スニ拘ハラヌ如何ニ處罰ノ輕重ヲ定ム可キカ社會全體カ侵害セラレタリト云フコアレハ輕重ノ標準ヲ定ムルコト容易ナラサルナリ去レハ英國ニ於テハ之ヲ判事ニ一任シ佛國ニ於テハ宥恕ノ制ヲ設ケタリ然レトモ古代ハ一ニ只タ被害者ノ感情如何ニ在ルヲ以テ斯ノ如ク躊躇スルコトナシ尤モ今日ニ於テモ古代ノ如ク感情ニ基ツク所ノ復讐主義ヲ採ルモノナキニ非ス夫ノ姦夫姦所ニ於テ殺害シタルトキハ幾分ノ宥恕ヲ與フルカ如キハ尙ホ古代ノ遺物ト云フ可シ右ニ述ヘタル所ノ如ク最初ハ國ニ對スル非行アル毎ニ立法部ニ於テ法律ヲ設定シテ處分シタリシカ漸次國ニ對スル非行増加シ來リ一々立法部ニ於テ處分シ得サルヨリ或ル所爲例ヘハ殺人罪ヲ犯シタルカ如キモノアルトキハ其度毎ニ立法

部中ヨリ委員ヲ設ケテ之レニ審判ノ權ヲ與ヘタリ然ルニ非行アル毎ニ委員ヲ任命スルハ獨リ煩雜ナルノミナラヌ又時機ニ應スルコト能ハサル不便アルヨリ一定ノ期間ヲ定メテ任命スルコト、爲セリ例ヘハ任期チ一ケ年又ハ六ケ月ト爲スカ如ク其間ニ非行アルトキハ直チニ採リテ審判ヲ開クコトヲ得タリ之レ稍々今日ノ裁判所ニ近似セルモノト云フ可シ其後ニ至リ種類ヲ定メテ或ル種類ノ非行ヲ審判スル爲メニ常置委員ヲ設ケタリ羅馬ノ例ヲ以テスレハ各郡ノ知事カ其管下ノ人民ヨリ不當ノ徵收ヲ爲シ又ハ收賄ヲ爲シタル所業ヲ罰スル爲メニ常置委員ヲ設ケタル如キ其一例ナリ而シテ之レハ期間ヲ以テ定メタルニ非スシテ法律ノ改廢セラル、マテハ繼續スル常置ノ制ナリ詳言スレハ以前ハ委員ヲ命スル法律カ其委員ヲ指名セルモノナルカ此度ハ一定ノ種類ノ人ヲ定メ其人ノ中ヨリ判事ヲ任命スル制ナリ故ニ常ニ裁判官カ法律ニ依リテ與ヘラレタル權内ニ於テハ何時ニテモ審判スルコトヲ得ルニ至レリ是ニ至リテ始メテ今日ニ所謂裁判所ナルモノ社會ニ顯ハレタルモノナリ去レハ刑事ノ裁判權ノ沿革ヲ案スルトキハ之ヲ四期ニ區別スルコトヲ得可シ即チ第一期ハ非行アル毎ニ立法部ハ法律ヲ設定

シテ非行者ヲ處罰シ第二期ハ立法部ノ全員中ヨリ委員ヲ撰任シテ非行者ヲ處罰
 シ第三期ハ委員ヲ定期ト爲シ事件ノ起ルヲ俟タス豫メ委員ヲ任命シテ非行者ヲ
 處罰シ第四期ハ常置員ヲ設ケ或ル種類ノ非行者ヲ定メテ審判ノ權ヲ與ヘ茲ニ至リ
 テ裁判所カ世上ニ顯ハル、ニ至リタルコト是レナリ元來刑事ノ審判權ハ右ニ述
 ヘタル如ク立法議會ニ在リシモノ漸次ニ分離セシモノナルコトハ復タ英ノ法史
 ニ徴シテ之ヲ看ルコトヲ得可シ英國ニ於テハ最初國王自ラ審判ノ權ヲ有シ樞密
 院ノ議ヲ經テ處罰ノ權ヲ行ヒシカ後ヨハ民事刑事ノ裁判所カ國王ノ委任ニヨリ
 テ裁判權ヲ行フニ至レリ然ルニ右ノ如ク古ハ事アル毎ニ委員ヲ設ケ法律ヲ設ケ
 タルヲ以テ委員ノ數ハ甚タ多カリシ例ヘハ殺人罪アレハ直チニ委員ヲ設ケ強姦
 罪アレハ又直チニ委員ヲ設ケルカ如ク事アル毎ニ委員ヲ增加セリ而シテ獨リ委
 員カ多數ナルノミナラス又罪ノ種類モ種々ナルモノヲ併合シタリ例ヘハ殺人罪
 ト強姦罪ト同時ニ起リタルトキハ同一ノ委員ニ附スルヲ以テ今日ニ於ケルカ如
 ク重輕罪ノ如ク一定ノ標準ニ依リテ區別シタルモノニアラサルヲ以テ罪ノ種類
 モ亦混雜シ實ニ當時ノ刑法トモ稱ス可キモノハ紛亂シテ秩序ナキモノナリシ斯

ノ如クニシテ茲ニ一ノ罪人アリトスレハ何レノ委員ノ管轄ニ屬スヘキヤ後ニハ
 混雜アリシ於是政府ニ於テモ其管轄ノ何レニアルヤヲ知ルヲ得サルヲ以テ一々
 委員ニ付テ之ヲ調査セシメタリ即チ一委員ニ於テ自己ノ管轄ニ非スト云ヘハ他
 ノ委員ニ付テ之ヲ問ハサル可カラサルカ如ク或ハ數多ノ委員ヲ一々展問セサル
 ヲ得サルノ不都合ヲ生シタリ而シテ一ノ委員ニ於テ有罪ナリトシテ處罰スレハ
 兎モ角一ノ委員ニ於テ無罪ナリトスルモ他ノ委員ニ於テ自己ノ管轄ナリトシテ
 之ヲ處罰スルニ當リテハ前ノ無罪ノ言渡ハ抗辯ノ理由タルコトヲ得サリキ斯ノ
 如ク混雜セルヲ以テ數多ノ委員ハ廢止セラレテ遂ニ之ヲ一括シタリ然レトモ刑
 法ノ種別ハ依然トシテ舊ノ如ク混亂ヲ極メタリ故ニ羅馬ノ民法ハ能ク道理ニ訴
 ヘテ種別セルモ刑法ニ至リテハ錯雜極リナシ例ヘハ偽證罪ト毆打罪ト混セルカ
 如キ又ハ毒殺罪ト排列セラル、如ク學理的ノ種別ナシ其故ハ他ナラス同時ニ併
 發スレハ同一ノ委員ニ於テ審判セルコトノ當時ニ遺傳セルモノナレハナリ斯ク
 法律ハ混雜セルモ而カモ裁判所ハ一ニ合セラレタリ
 借古代ハ國ニ對スル非行ニ加フル制裁ハ今日ニ云フ私犯ノ如ク罰金ノミナリシ

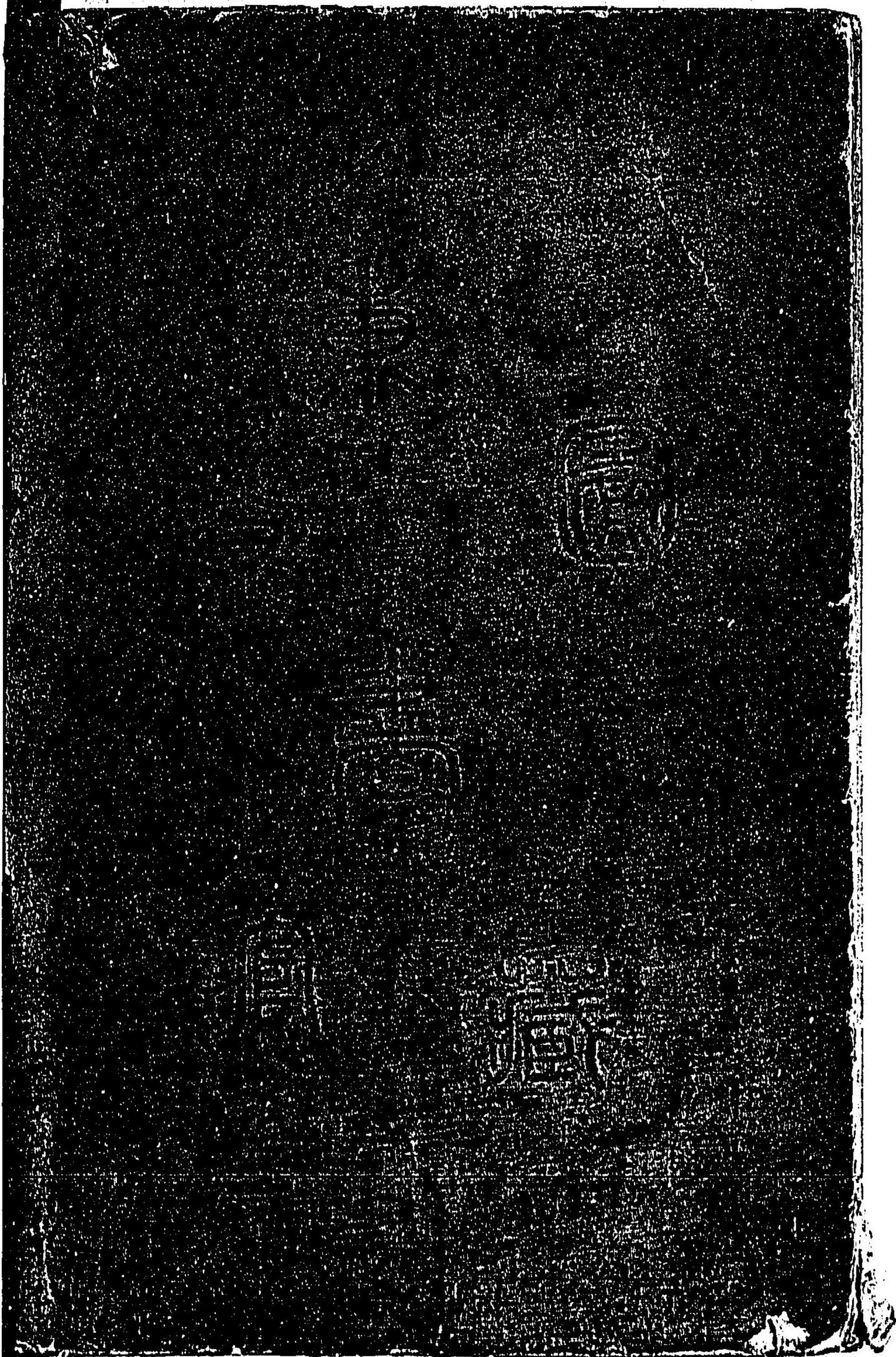
カ漸次國ノ威權盛トナルヤ罰金ヲ以テ満足スルコトヲ得サルヨリ今日ニ謂フ所ノ刑罰起レリ即チ中央集權ノ盛大トナリシハ罰金變シテ今日ノ刑罰トナリタル所以ニシテ尙ホ一ハ宗教ノ力ニ職由セリ即チ宗教ハ非行ヲ忌ムモノナルヲ以テ宗教上ヨリスルモ復タ嚴罰セサル可カラスト爲スヨリ遂ニ今日ニ於ケルカ如キ刑罰ヲ看ルニ至レリ羅馬カ降リテ帝國トナリタル時代ニ尙ホ帝王ハ如何ナル地位ニ在リシヤト云フニ帝王トハ云フモノ、夫ノ奈翁カ共和制ヲ廢シタルト同シク自ラ卓絶セル帝ナリトハ稱セス以前ノ議會ノ權力ヲ承繼シタルモノナリト稱シテ人心ヲ和ケタリ又裁判權ノ如キモ亦古來ヨリ幾分カ帝王ニ之レアルモ尙ホ理ニ於テハ立法議會ニ在ルモノト爲セリ然ルニ漸次帝國ノ權利強大トナルニ從ヒ立法議會ノ權力衰ヒ遂ニ帝國ノ手ニ歸シタリ斯ノ如ク帝王一人ノ手ニ歸シテヨリ裁判權ハ主權ヨリ出ツ帝王ハ特赦特免ノ權ヲモ掌握スルモノナリトノ説起リ遂ニ歐洲ニ傳ハル、ニ至レリ沿革右ノ如クナルヲ以テ刑事裁判權ハ要スルニ今日ニ於テハ其因テ生出シタル根源ニ復歸シタルモノト云フコトヲ得可シ何トナレハ刑事ノ裁判權ハ其初メハ立法部ニ在リシモノ遂ニ帝王一人ノ手ニ歸シ而シ

テ帝王ハ同シク主權者ナレハナリ刑事裁判權ノ沿革ハ右ノ如クナルモ刑法ハ如何ト釋スルニ前ニ一育セル如ク帝王ノ權力強大トナルニ從ヒ帝國ニ對シ犯シタル罪ハ賠償ノミニ止ム可カラスト爲スヨリ今日ニ於ケル刑罰起リ又一ハ宗教ノ力即チ神罰ノミニテハ未タ大罪ヲ正當ニ懲罰スルコトヲ得ス又犯行者ニ對シ十分ノ報復ヲ與フルコトヲ得ス故ニ俗界ノ政府ノ手ニ委シ嚴罰ヲ加フルヲ至當ト爲スト云フヨリ今日ニ普通ナル刑法カ發達スルニ至リタルナリ

古代法(完結)

古代法 本論 私犯法及ヒ刑法ノ沿革

5
100





030693-000-9

シー100

古代法

菊池 武夫/述

[M27?]

BBB-0118



三
100

東京法學院
廿二年級講義錄

古江代法

南池武夫講