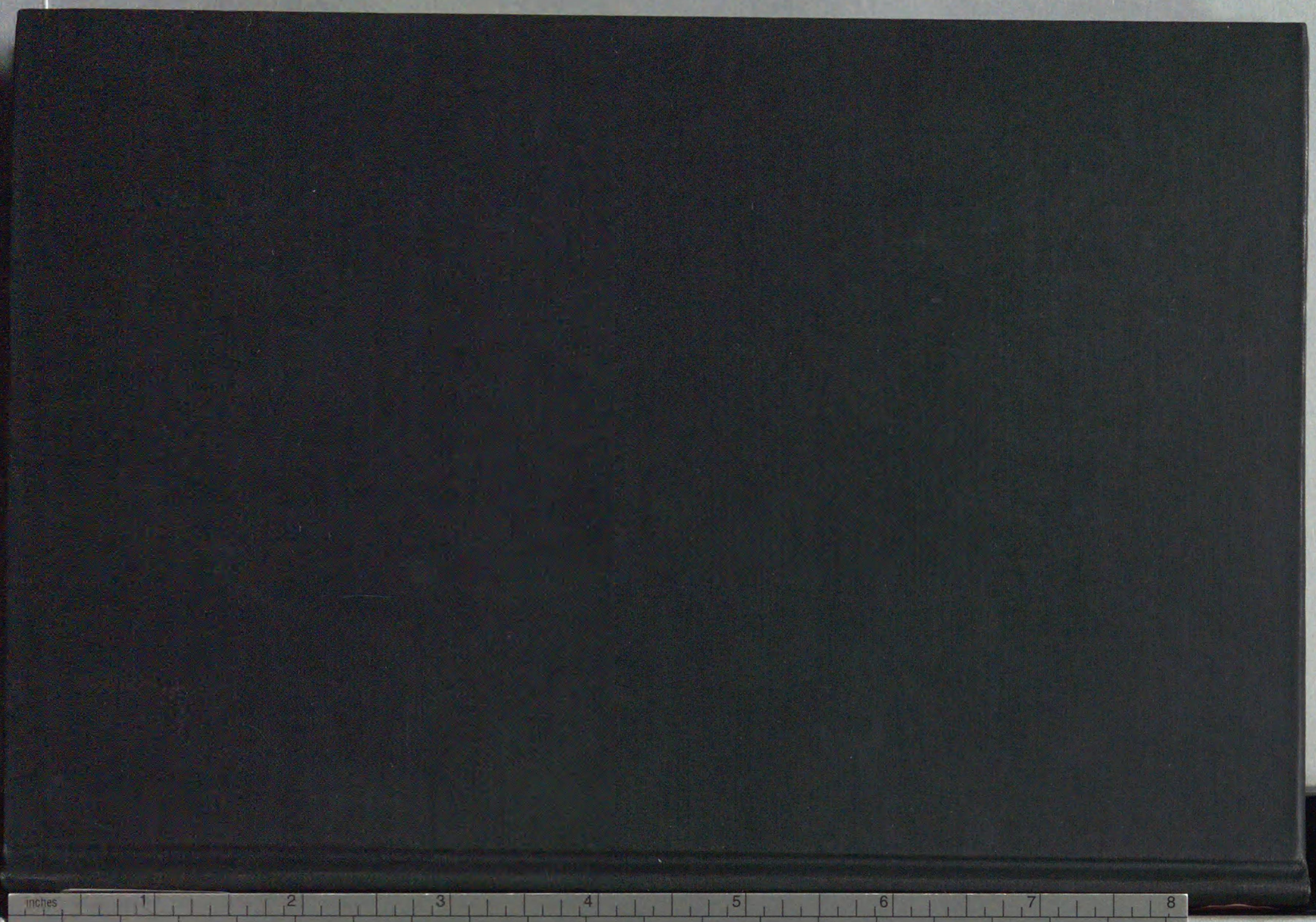

inches
cm
Kodak Color Control Patches
© Kodak, 2007 TM: Kodak
Blue
Cyan
Green
Yellow
Red
Magenta
White
3/Color
Black
Kodak Gray Scale
C
Y
M
© Kodak, 2007 TM: Kodak
A 1 2 3 4 5 6 M 8 9 10 11 12 13 14 15 B 17 18 19

法學博士 戶水寬人講述

羅馬法

早稻田大學出版部藏版

最高裁判所
図書館
明治文庫 1810
昭57.10

最高裁判所
図書館
826138
昭57.10

羅馬法目次

緒言……第一章 羅馬法研究ノ必要……一
第二章 羅馬法歴史ノ大要……一二
第三章 中古以後羅馬法研究ノ略史……一九
本論……二五
第一章 總論……二五
第一節 法律……二五
第二節 法律ノ類別……三一
第三節 權利……四八
第二章 各論……五一
第一節 人ノ法……五一
第一款 人……五二
第一項 人トハ何ソヤ……五三

羅馬法目次

緒　言……第一章　羅馬法研究ノ必要……一　一
第二章　羅馬法歴史ノ大要……一二
第三章　中古以後羅馬法研究ノ略史……一九
本　論……二五
第一章　總論……二五
第一節　法律……二五
第二節　法律ノ類別……三一
第三節　權利……四八
第二章　各論……五一
第一節　人ノ法……五一
第一款　人……五二
第一項　人トハ何ソヤ……五二

826138
昭57

第二項　人格即チ權利能力……五五
第三項　行爲能力……六四
第四節　住所……七〇
第二款　法人……七一
第三款　自由人及奴隷……七七
第一項　奴隷……七八
第二項　被解放者……九〇
第三項　土着農夫……九二
第四項　自由人……九五
第四款　羅馬市民及ビ外國人……九六
第五款　家父及家子……九八
第一項　家父ト家子トノ關係及家父權……九九
第二項　家父權ノ獲得……一〇五
第三項　家父權ノ喪失……一一七
第四項　家子ト奴隷トノ比較……一二一
第六款　結婚……一二二
第七款　夫婦間ノ財産上ノ關係……一三一
第一項　嫁時賚資……一三一
第二項　娶故贈與……一三九
第八款　婚姻ノ解除……一四三
第一項　離婚ノ原因……一四三
第二項　離婚ノ手續……一四七
第三項　婚姻解除後當事者ノ負擔スベキ義務……一四九
第九款　獨身者及無子者……一五一
第十款　親族……一五二
第十一款　後見……一五六
第一項　後見……一五七
第二項　財産管理……一六六

第二節　物ノ法……一六九
第一部　相續法……一六九
第一款　無遺言相續……一七〇
第二款　相續人ノ種類……一七三
第三款　遺言……一七四
第四款　財產遺贈……一七九
第五款　信託……一八一
第六款　死因贈與……一八二
第二部　物權法……一八五
第一款　物……一八五
第一項　物トハ何ソヤ……一八五
第二項　物ノ類別……一八六
第三項　收益……二〇七
第二款　物權債權ノ區別並ニ所有權……二〇八

第三款　占有……二一九
第一項　總論……二一九
第二項　占有及握有ノ根本的性質……二二二
第三項　占有及握有ノ保護……二四五
第四項　占有及握有ニ關スル各別ノ場合……二四八
第四款　地役權……二五二
第五款　用益權使用權及住居權……二五三
第六款　永借權地上權……二五七
第七款　物權獲得ノ方法……二六一
第三部　債權……二七八
第一款　法律行爲……二七八
第一項　法律行爲ノ意義……二七八
第二項　意思表示……二八一
第三項　原因……二八三

第四項　强迫……二八九
第五項　詐欺……二九三
第六項　錯誤……二九六
第七項　法律及ヒ事實ノ不知……三〇一
第八項　無效及ヒ取消……三〇三
第九項　代理……三〇八
第十項　條件……三一一
第十一項　前定……三二〇
第十二項　期限……三二四
第二款　期間……三二七
第三款　債權……三三一
第四款　契約……三三三
第一項　物約……三三四
第二項　口約……三四三

第三項　書約……三四五
第四項　合意約……三四五
第五項　無名契約……三五六
第六項　自然債務……三五八
第七項　パクタア及ヒ贈與……三六五
第八項　契約ノ歷史……三七一
第五款　準契約……三七五
第六款　私犯……三七八
第七款　準私犯……三八四
第八款　過失及注意……三八五
第九款　連帶債務……三八九
第十款　保證……三九五
第十一款　遲滯……四〇五
第十二款　債務ノ消滅……四〇八

第一項　辨濟……四〇八
第二項　相殺……四一二
第三項　免除……四二〇
第四項　混同……四二三
第五項　更改……四二四
第六項　消滅時效……四二七
第十三款　債權ノ讓與……四三二
第三節　訴訟……四三四

羅馬法目次　完

最高裁判所図書館

羅馬法

法學博士
バリストル
戸水寛人講述

緒言

余ハ今諸君ニ對シ羅馬法ヲ講スルニ當リテ先ツ説明セサルヘカラサルモノ三アリ曰ク一、羅馬法研究ノ必要二、羅馬法ノ歴史三、羅馬法研究ノ歴史是ナリ、余ハ之ヲ緒言ト題シ概略ノ説明ヲ試ミント欲ス

第一章　羅馬法研究ノ必要

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

第一　諸國ノ法律制度ヲ比較シテ其利害得失ヲ研究シ之カ眞理ヲ發見セントス

ル學問ヲ稱シテ比較法學ト云フ近世比較法學ノ研究盛ナル獨逸及ヒ佛蘭西ニ於テハ之ニ關スル雜誌ヲ發行スル者アリ、英國ニ在テハ兼テヨリ雜誌發行ノ議アリシカ此頃ニ至リ終ニ之ヲ實行セリ我國ノ如キモ諸般法制ノ模範ヲ歐洲ニ採リタル以上ハ比較法學ノ研究モ亦從テ必要ナラスンハアラス、元來歐洲人カ日本語ヲ學フハ其不便困難殆ト名狀スヘカラサルモノアリ然レトモ日本人カ歐洲ノ語學ヲ修ムルハ意外ニ容易ナルヲ以テ若シ日本人ニシテ比較法學ノ研究ヲ怠ラサランニハ余ハ其非常ノ好果ヲ奏スルコトヲ信シテ疑ハサルナリ而シテ羅馬法ハ比較法學ノ至重ナル材料ナリ故ニ苟クモ比較法學ヲ研究セント欲セハ羅馬法ヲ度外ニ惜クコト能ハサルナリ

羅馬法ハ其由來スル所甚タ遠シ固ヨリ後「ユスチニアン」ノ法典ヲ大成スルニ至ルマテス即チ十二銅標ノ法律出テ、ヨリ實ニ九百八十四年ノ星霜ヲ經タルモノナリ今之ヲ羅馬建國(紀元前七百五十三年)ニ溯リテ起算スルトキハ千二百八十七年ノ長キニ亘ル斯ノ如キ法律ハ他ニ其比ヲ見サル所ナリ我國大寶令ノ如キ貞永式目ノ如キ發布後幾クモナクシテ其命脈ヲ絕テリ

又彼ノ德川氏百ケ條ノ如キ僅ニ二百有餘年間ノ效力ヲ保チシニ過キス之ヲ支那ニ稽フルニ又殆ト朝令暮改ノ感ヲ免レス彼ノ歐洲各國ノ法律歷史ニ徵スルモ皆然ラサルハナシ獨リ羅馬法ハ卓然トシテ九百八十四年ノ歲月ヲ經今尙ホ益其發達ヲ見ル是余カ比較法學ヲ研究セント欲セハ羅馬法ヲ知ラサルヘカラスト言フ所以ナリ

第二、法律ノ歷史ヲ尋ヌルニ當リ羅馬法ヲ知ラサルヘカラサルハ明白ニシテ詳述ヲ要セス、何トナレハ今日歐洲大陸諸國ハ勿論英米ニ行ハル、諸般ノ法律ハ一トシテ其源ヲ羅馬法ニ汲マサルモノナケレハナリ今歐米ノ法律ニ就キテ說明スルハ煩雜ヲ極ムルカ故ニ特ニ獨逸、佛蘭西及ヒ英國法カ如何ニ羅馬法ニ基ツクヤヲ示サント欲ス

獨逸ノ法制カ羅馬法ノ影響ヲ受ケタルハ實ニ中古時代ニ在リ是ヨリ先キ日耳曼ニ於テハ干戈相鬪キ兵亂弭ム時ナカリシカ社會漸ク鎭靜ナルニ及ヒ羅馬ノ文物ハ滔然國境ヲ踰エテ入リ來リ法律思想モ亦大ニ影響ヲ蒙リ羅馬法ハ終ニ獨逸ノ固有法ヲ壓倒スルニ至レリ其最モ盛ナリシハ第十五世紀ノ半ヨリ第十六世紀ノ

半ニ至ルノ間ニシテ大凡ソ百有餘年ナリトス歴史家ハ通常此時代ヲ Bezeptionszeit ト稱ス Zeit トハ時ト云フノ義ニシテ Rezeption ハ羅馬法ヲ採用スルト云フノ義ナリ故ニ之ヲ綴合スレハ羅馬法ヲ獨逸ニ採用シタル時代ト云フノ意味ヲ有ス蓋シ羅馬法カ獨逸ニ侵入シル原因如何ト云フニ當時獨逸人ハ飽クマテ羅馬皇帝ヲ相續シタルモノハ即チ獨逸皇帝ナリト信シタルヲ以テ羅馬皇帝ノ發シタル法律カ獨逸ニ行ハル、ハ當然ナリトハ其腦裏ニ浮ヒタル所ノ思想ナリキ且羅馬法ハ實質ヨリ謂フモ獨逸ノ固有法ニ優リタルニ依リ漸ヲ追ヒ慣習法トシテ遂ニ獨逸ニ用キラル、ニ至リシナリ千四百九十五年獨逸ノ高等法院カ羅馬法ノ採用ヲ奬勵シタルハ亦與ツテ力アリトス、然レトモ羅馬法ノ侵入シタルハ決シテ斯ル一事件ノミニ基因シタルニ非ス獨逸人民間ニ之ヲ慣習法トシテ用キラレタレハナリ而シテ獨逸ニ侵入シタル羅馬法ハ羅馬ニ於テ最モ發達シ最モ大成シタル「ユスチニアン」ノ法典ニシテ伊太利「ボロニア」ノ大學ニ遊ヒタル註釋家（グロッセートルス）ノ手ニ依リテ註釋（グロッセー）ヲ加ヘラレタル者ナリ但此法典及註釋ハ直接ニ獨逸人間ニ研究セラレタルニアラスシテ所謂註釋家ノ後ニ出テタル後期註釋家（ポーストグロッスセートルス）ニ依テ紹介セラレタルモノトス

羅馬法カ同時又時ヲ異ニシテ其全部又ハ一部カ獨逸ニ侵入シタルカハ獨逸法學者間ニ議論ノ存スル問題ナリ國粹派ノ學者ハ各部異時論ヲ主張シ羅馬派ハ之ニ反シテ全部同時論ヲ主張セリ、而シテ此兩派ノ爭ハ一時頗ル激烈ヲ極メ今日ニ於テモ全ク消滅シタルニアラスト雖モ羅馬法カ獨逸ニ入リテ大ニ用キラレタルハ爭フヘカラサル一ノ事實ナリ又獨逸法學者ノ謂フ所ニ依レハ羅馬法カ獨逸ニ入リシ以來一般ノ慣習法即チ普通法トシテ行ハレタルモノトス、普通法トハ獨逸帝國全躰ニ行ハル、法律ニシテ之ニ對シ各聯邦ノ境域ニ於テノミ行ハル、モノヲ特別法ト云フ而シテ一事件ニ關シテ特別法ノ規定アルトキハ之ヲ適用シ若シ之ナキトキハ羅馬法ノ規定ニ從フコト、ナレリ、斯ノ如ク羅馬法ハ特別法ノ現定ナキ場合ニ限リテ適用セラル、モノナルヲ以テ獨逸ニ於テハ附屬ノ普通法ト呼ヘリ彼ノ「パンデクテン」ト云ヘルハ實ニ之ヲ指稱スルモノトス獨逸普通法カ羅馬法ノ精神ヲ採リシカ如ク特別法ノ規定モ亦主トシテ羅馬法ニ淵源ス普魯西ニ於テハ有名ナル「フレデリッキ」第二世千七百四十九年ヲ以テ法典編纂ニ着手シ千七百五十二年之ヲ中止シタリシカ千七百八十年再ヒ之ニ從事シ千七百八十四年ヨリ

千七百八十八年ニ至ルノ間其草案ヲ公ニシ千七百九十四年二月五日成典トシテ之ヲ公布シ同六月一日ヨリ實施セリ所謂「ランドレスプラス」即チ是ナリ但「フレデリツキ」第二世ハ千七百八十六年ニ死亡シタルカ故ニ法典ノ公布ヲ見ルニ及ハサリキ、此法典ハ普魯西舊來ノ慣習及ヒ學者ノ理論ヲ採用シタルコト少ナカラストハ雖トモ其規定ノ大部分ハ羅馬法ニ出テタル法條ナリ又サクソン王國ニ於テハ千八百六十三年一月法典ヲ發布シ千八百六十五年三月ヨリ之ヲ實施セリ又來因河ノ西岸ニ於ケル獨逸領（アルサス、ロレーン二）及ヒバーデン國ニ於テハ佛國民法ヲ用ユ、此等ノ特別法ハ皆其淵源トスル所羅馬法ニ在リ千八百七十年普佛戰爭ノ結果トシテ益、獨逸聯邦統一ノ得策ナルヲ感シ遂ニ各聯邦ヲ通シテ行ハルヘキ法典ヲ編纂セント企テ委員ヲ選定シテ獨逸民法草案ヲ作リ、千八百九十六年即チ明治二十九年七月一日獨逸帝國議會ヲ通過シ同八月廿日ヲ以テ獨逸皇帝ノ裁可ヲ經獨逸全土ニ通シテ效力ヲ有スルノ法典トシテ公布セラレ昨年一月一日ヲ期シテ實施セラレタリ此法典ハ從來ノ法制ニ比スルハ新機軸ヲ出シタル點頗ル多シト雖モ其實羅馬法ニ基ツキタル規定少ナカラサルニ似タリ羅馬法ト獨逸法トノ關係ハ以上

述ヘタル所ノ如クナルヲ以テ獨逸ノ法學者ニシテ羅馬法ヲ研究セサル者殆ト之ナシト云フモ過言ニアラス

佛蘭西ハ古昔全國ヲ分テ慣習法國ト成文法國トノ二ト爲ス慣習法國ニ於テハ一々舊來ノ慣習ヲ採テ之ヲ法律ト爲スモノナルカ故ニ其地方ノ異ナルニ從ヒ其法律モ亦異ナラサルヲ得ス「ボルテール」カ之ヲ形容シテ佛國ヲ旅行スルニハ驛馬ヲ代フル毎ニ異ナリタル法律ノ下ニ立ツト云ヘルハ簡潔ニシテ能ク其實ヲ穿テリ又成文法國ニ於テハ周ク羅馬法ヲ行フモノトス、概スルニ北部即チ獨逸ニ近キ處ハ慣習法國ニシテ南部即チ伊太利ニ近キ地方ハ成文法國ナリキ大革命以來各種ノ成文法ヲ蹂ンテ出テタリシカ「ナポレオン」ノ政權ヲ握ルニ迨ヒ千八百年委員ヲ選ンテ法典編纂ニ着手シ後四年ヲ經テ之ヲ大成セリ爾來繼續シテ今日ニ至ルト雖モ其間法典ノ名稱ハ屢〻之ヲ改メタリト雖モ離婚法等一小部分ヲ除クノ外其實質ハ即チ同一ナリ而シテ此法典ノ規定スル所ハ固ヨリ舊慣ニ由ルコト少カナラストハ雖モ羅馬法ニ基ツケルモノ更ニ多キハ學者ノ首肯スル處ナリ

佛國民法ハ廣ク歐洲大陸ニ採用セラレ前ニ一言セル獨逸ノ或部分（アルサス、ロレーン）ニ

行ハルヽノミナラス尚白耳義並ニ瑞西ノ「ベルン」洲「ゲンフ」洲及ヒ白耳義ノ東方ナル「ルクセンブルグ」ニモ行ハレ又千八百六十五年ノ伊太利民法ハ主トシテ佛國民法ニ範リタルカ故ニ羅馬法ノ系統ヲ引ケルヤ勿論ナリ千八百十一年ノ墺太利民法ノ如キモ亦羅馬法ニ基ツク所多シトス、現時名聲ノ高キ瑞西債務法ハ實ニ佛國民法ト獨逸民法草案トノ折衷ニ出テタルモノナリ斯ノ如ク研究シ來レハ歐洲大陸諸國ノ法典ハ羅馬法ニ淵源セサルモノ殆ント稀ナリ

若シ夫レ英國法カ羅馬法ノ影響ヲ受ケタル程度ニ至テハ學者ノ議論一定セス「スダップス」一派ノ人ハ曰ク英國法ハ全然古來ノ慣習ニ由ルモノニシテ毫モ羅馬法ノ影響ヲ受クルコトナシト「リープス」ハ之ニ反對シテ曰ク英國法モ亦大陸諸國ノ法律ノ如ク羅馬法ノ影響ヲ受クルコト大ナリト今公平ノ見ヲ以テスレハ英國法カ佛獨ノ法律ニ比シテ羅馬法ノ波及ヲ被フリシコト固ヨリ尠少ナリ然レトモ全然之ナシト云フハ誤謬ノ甚シキモノトス例ヘハ契約遺言ニ關スル原則ノ如キ信託法ノ如キ皆其外形ヲ異ニスト雖モ而モ其精神ノ羅馬法ニ胚胎セルコト歷々トシテ數フヘシ蓋シ英國カ佛獨諸國ト其國情ヲ異ニスルニ拘ラス又均シク羅馬法ノ

影響ヲ受ケシハ頗ル疑ハシキカ如キモ中古以來英國ノ法律書ハ往々羅馬法ニ關スル書冊ニ基クモノ多キニヨリテ判然タリ試ミニ「ブラクトン」ノ書ヲ繙テ見ヨ伊太利ノ法學家「アツオー」ノ文字ヲ其儘摘抄シタル所アルニアラスヤ要スルニ英國法カ羅馬法ノ影響ヲ受ケスト云フハ誤謬ニシテ唯其影響ヲ受ケタル程度カ大陸諸國ノ法律ヨリハ尠少ナリキト云フニ止マルノミ

以上述ヘタル所ニ依リテ歐洲大陸及ヒ英國ノ法律カ羅馬法ノ精神ヲ承繼シタルコト明白ナリ我國ニ於テハ明治十三年刑法治罪法ノ制定ニ依リテ歐洲ニ於ケル法律思想ヲ輸入シテヨリ諸般ノ法律悉ク歐洲ノ原則ヲ採用シ特ニ新民法ノ如キハ獨逸民法草案瑞西債務法其他歐洲諸國ノ法律ヲ摸範トセルモノナルヲ以テ苟クモ日本法制ノ沿革ヲ知ラントスル者ハ羅馬法ノ研究ヲ度外ニ措クコトヲ得ス是レ余カ法律ノ歷史ヲ學ハント欲セハ必ス羅馬法ヲ知ラサルヘカラスト言フ所以ナリ

第三、法律ノ原則ヲ學術的ニ修メント欲セハ羅馬法ヲ研究セサルヘカラス往古哲學ヲ以テ有名ナル國ハ印度及ヒ希臘ニシテ羅馬ハ之ニ比スルトキハ秀抜ナル

哲學家ヲ出シタルコトナシ「チチエロー」「ゼネカ」等アリト雖モ皆希臘人ノ糟粕ヲ嘗メタルニ過キス然ルニ羅馬ノ法律學ニ至テハ實ニ古今ニ冠絶シ東西ニ卓越スル所ナリ當時輩出セル法律學者ノ議論ハ敢テ空想ニ走ラス專ラ實務ノ應用ニ着眼シテ而モ亦能ク法理ニ適合セリ、世人カ羅馬法學ヲ賛美シテ已マサル蓋シ之ニ因ルナリ第十七世紀第十八世紀ノ間ニ起レル獨逸ノ哲學者「ライプニッツ」カ曾テ羅馬法律ヲ以テ數學ニ比シタルハ妙喩ニシテ其原則カ數學ノ原理ニ髣髴タルモノアレハナリ故ヲ以テ英國實務家ハ英國法ヲ研究シテ活用セントナラハ羅馬法ヲ學ハサルヘカラサルコトヲ唱道シ、又「ケンブリッチ」「オックスフォルド」等ノ大學ニ於テハ羅馬法ノ研究盛ナリ夫レ地理ヲ異ニシ風俗民情ヲ同フセサル英國ニ於テスラ猶且然リ況ンヤ其他ノ諸國ニ於テヲヤ、是レ余カ法律ノ原則ヲ學術的ニ修メント欲セハ羅馬法ヲ知ラサルヘカラスト言フ所以ナリ

或ハ曰ク羅馬法ハ一ニ羅馬人ノ力ニ依リテ發達シタルモノナリ而モ羅馬人ハ法律學ニ通スヘキ特性ヲ有セシモノニシテ他ノ企テ及フ能ハサル所ナリト而モ余ヲ以テ之ヲ看ルニ羅馬ニ於テ法學ノ發達シタルハ之ヲ羅馬人ノ特性ニノミ歸ス

ヘカラス、羅馬人カ應用ニ鋭敏ナルト希臘人ノ高尚ナル理想ト二者相投合シテ以テ羅馬法ノ學術的發達ヲ促シタルモノナリト信ス見ヨ羅馬ニ於テ有名ナル法律家ヲ出シタルハ即チ希臘ト交通ヲ盛ニシタル後ニアリ羅馬史ヲ一讀シタル者ハ羅馬ノ開化カ希臘征服ノ後如何ニ希臘風ヲ帶ヒタルヤヲ知ルナラン羅馬ハ武ヲ以テ希臘ヲ征服シタリト雖モ希臘ハ却テ文ヲ以テ羅馬ヲ征服セリ、蓋シ希臘ハ實ニ理想ニ富ミタルノ國ニシテ羅馬ノ爲メニ征服セラルヽト同時ニ其理想ハ漸次羅馬ニ侵入シ羅馬ノ制度文物ハ俄然其面目ヲ改ムルニ至リ法律學モ亦從テ學術的ノ發達ヲ始メタルナリ且夫レ羅馬ノ法律學カ隆盛ヲ極メタルハ第二世紀ト第三世紀トノ交ニアリ其間錚々ノ聞エアル法律學者中一人トシテ希臘ニ關係セサルハ莫シ彼ノ「パピニアン」「ウルピアン」「パウルス」ノ如キ或ハ希臘ニ生レ或ハ希臘人ヲ師トセル者ナリ故ニ其說ク所ハ大ニ希臘風ニシテ皆羅馬ノ法律學上ニ多少ノ進歩ヲ加ヘタリ然ラハ即チ羅馬法カ實務ニ便ニシテ而モ亦整然法理ヲ離レサル所以ノモノハ羅馬人ト希臘人トノ長所カ相投合シタルノ結果ナラスンハアラス羅馬既ニ滅亡シテ其ノ隆盛ハ古影一片ノ殘夢トナリシ今日ニ於テモ羅馬法カ法

律學者ニ尊重セラレ諸國ノ法制上非常ノ勢力ヲ有スル所以ノモノハ他ナシ其實質ニ於テ他ノ法系ニ優ルモノアレハナリ獨逸法學ノ大家「イヘリング」（千八百九十二年歿す）カ羅馬法ノ研究ノ缺クヘカラサルコトヲ論スルニ方リ羅馬法ニ依リテ羅馬法ヲ凌駕スヘシト言ヒシハ眞ニ知言ト謂ツヘシ吾人ハ徒ラニ羅馬法ニ泪沒スヘカラス然レトモ法律ニ關スル完全ノ智識ヲ求メント欲セハ宜シク羅馬法ヲ涉獵スルニアラスンハ以テ彼岸ニ達スルコトヲ期スヘカラス

第二章　羅馬法歷史ノ大要

羅馬ノ建國ハ紀元前七百五十三年ニシテ我神武天皇即位ニ先ツコト九十年餘支那ニ在テハ魯ノ隱公ノ時代ニ當レリ羅馬帝國カ東西ニ分レタルハ紀元後三百九十五年ニシテ西帝國ノ滅亡ハ紀元後四百七十六年、東帝國カ土耳其ノ爲メニ首府「コンスタンチノープル」ヲ陷落セラレタルハ紀元後千四百五十三年我朝ニ在テハ恰モ足利義政ノ時代ニ當リ支那ニ在テハ明ノ景帝ノ時代ニ當ル羅馬ノ政躰ハ固ト王政ナリシカ紀元前五百九年ニ至リテ共和政治ト爲リ同二十七年ヲ以テ帝政ト爲リ「オーグスツス」即位シテ皇帝トナレリ爾後東西羅馬帝國ノ滅亡ニ至ルマテ

皇帝ノ權力ニハ消長アリシト雖モ政躰ハ依然帝政タリシナリ

羅馬建國ノ時ヨリ三百年間ニ於ケル法律ノ大略ハ載籍ノ以テ徵スヘキモノナキカ故ニ之ヲ確知スルヲ得ス唯僅ニ想像シ得ルノミ紀元前四百五十年頃初メテ十二銅標ノ法律世ニ出テタリ、此法律ハ十二ノ銅版ニ記載シ之ヲ裁判所ニ揭示シタルヲ以テ此名アリ之ヲ制定スルニ方テハ人ヲ希臘ニ派遣シ以テ同國ノ法律ヲ研究セシメタリト云フ者アレトモ其少シモ希臘風ナラスシテ純粹ナル羅馬固有ノ臭氣ヲ帶フルヨリ見レハ甚タ信シ難キニ似タリ、然レトモ若シ之ヲ事實ナリトセハ恐クハ「ソクラテス」ノ時代ナラント云フ、十二標ノ法律ハ實ニ幼稚ノモノナルモ其後ニ制定セラレタル法律ハ皆之ニ基ツクト看做サルヽカ故ニ歷史上極メテ重要視セラルヽモ此法律ハ今日ニ於テハ散逸シテ其全豹ヲ窺フヲ得サルナリ唯佛國ノ「ヤコブス」「ゴトフレヅス」ナル者第十七世紀ニ當リ十二標ノ原文ヲ舊ニ復セントト企テ其ノ結果ヲ公ニセシヨリ後世ノ學者ハ爲メニ大ニ便宜ヲ得ルニ至レリ十二標ノ法律ノ殘編今日ニ存スルモノハ英文ニモ飜譯セラル

十二標ノ法律出テシ頃ヨリ羅馬ノ法律學ハ次第ニ盛大ノ兆候ヲ現ハシタリ其ヨ

リ三百五十年ノ後即チ「チチエローザル」ノ時代ニ至リ大ニ進歩シ降テオーグスツス帝ノ時ニ至テハ「ラベオ」「カピトー」ノ兩人互ニ門戸ヲ張テ相下ラス「ラベオ」ノ門下ニ「プロクルス」アリ「カピトー」ノ門下ニ「サビヌス」アリ故ニ世人「ラベオ」ノ學派ヲ呼ンテ「プロクルス」派ト云ヒ「カピトー」ノ學派ヲ「サビヌス」派ト云フ兩派ノ爭論結ンテ解ケサルコト百六七十年ナリ之カ爲メ羅馬法律學ノ發達上著シキ影響ヲ與ヘタリキ、而シテ最モ有名ナル學者輩出シ法律學ノ隆盛殆ト絶頂ニ達シタル時代ハ兩派ノ爭方ニ止ミタル頃ニシテ第二、第三世紀ノ交凡ソ百年ノ間ナリキ此間ニ輩出セル學者中最モ名聲ヲ博シテ後世ニ垂レタル者五人アリ曰ク「ガイユス」曰ク「パピニアン」曰ク「パウルス」曰ク「モデステヌス」是ナリ此等五人ノ學者ハ名聲遙ニ前哲ヲ凌キ範ヲ千歳ノ下ニ遺シタリ、就中「パピニアン」ハ空前絶後ノ大法律家トシテ尊重セラル、然レトモ「ユスチニアン」帝カ法典ヲ編纂スルニ當テハ主トシテ「ウルピアン」說ヲ採用セリ

「ガイユス」ノ著セル法學階梯(Institutiones)ハ「ユスチニアン」法典ノ一部タル法學階梯ノ模範タルノ點ニ於テ其名ハ豫テ世人ノ熟知スル所ナリシモ羅馬ノ滅亡後千戈相

相踵キ兵亂弭ム時ナカリシヲ以テ其實質ハ久シク人ノ知ル所ト爲ラサリシカ千八百十六年獨逸ノ學者「ニーブール」ノ爲メニ端ナク伊太利ノ「ヴエロナ」ニ於テ發見セラレタリ是近世ニ於テ最モ有名且有益ナル發見ノ一タリ、此發見ニ依リ羅馬ノ訴訟手續ハ大ニ分明トナリ羅馬法ノ研究ハ爲メニ一段ノ便宜ヲ得タリ「ニーブール」カ始メテ此發見ヲ爲スヤ其何ノ書ナルヤヲ知ル能ハサリシカハ之ヲ「サヴィニー」ニ問合セタルニ「サヴィニー」ハ多分「ガイユス」ノ法學階梯ナルヘシトノ答ヲ爲シタリト云フ、而シテ其發見ノ始末ハ載セテ「サヴニー」ノ編輯セル雜誌ニ在リ今其大要ヲ述ヘンニ「ニーブール」カ「ヴエロナー」ノ書籍館ニテ宗教ニ關スル古書ヲ沙獵スルニ當リ偶然皮紙ニ書シタル一ノ耶蘇經文ヲ發見シ續ムニ從テ經文ノ下ニ尙ホ別行ノ文字アルコトヲ認メタリ是即チ有名ナル法學階梯ナリシナリ蓋シ羅馬時代ニ在テハ今日使用セラル、カ如キ紙ナク獸皮ヲ以テ文字ヲ書スルノ用ニ充テタリ從テ其價非常ニ貴カリシカ故ニ大抵一回ノ使用ヲ以テ之ヲ捨ツルコトヲ爲サス原字ヲ抹消シ再ヒ之ヲ使用スルヲ常トセリ「ニーブール」ノ發見セシ經文モ亦此慣例ニ依リ「ガイユス」ノ法學階梯ノ文字ヲ消除シテ更ニ之ヲ書シタルモノナレハ法

學楷梯ノ文字ハ處々大ニ磨滅シ殆ト其字體ヲ辨シ難ク古文字ノ鑑定ニ長シタル者ノ言ニ依レハ第六世紀以前ノ手記ナルヘシト云フ加フルニ當時ニ於ケル羅馬語ハ字々接續シテ截然タル區別ナキヲ以テ多ク古文字ヲ讀テ其意ニ通シタル者ニアラスンハ容易ニ之ヲ解スルコト能ハサルナリ然レトモ獨逸ノ法學家ハ前後相繼テ伊太利ニ赴キ工夫ヲ凝シ錬磨ヲ積ミ遂ニ其全部ヲ讀了スルヲ得タリ、特ニ化學上ノ藥品ヲ用キテ文字ヲ浮ヘタルカ如キ苦心ノ程想像スルニ餘リアリ其最後ニ勞ヲ取リシ人ハ之ヲ寫眞版ニ撮影シ千八百七十四年寫眞板ヲ基礎トシテ原文原字ノ儘之ヲ出版シテ世ニ紹介セリ而シテ今日ニ至テハ殆ト讀ム能ハサル個處ナキニ至レリ嗚呼是レ獨逸法學家ノ學問研究ニ熱心ナルノ致ス所其功豈偉大ナラスヤ

五大法律家歿シテ後羅馬ニハ有名ナル學者極メテ稀ナリ概ネ五大法律家ノ說ヲ祖述スルニ止マリ自家ノ意見トシテ斬新ナル法理ヲ發表シタル者アラス法律ノ學問ハ頓ニ衰退ノ狀ヲ呈セリ然レトモ法律自身ノ發達ハ駸々トシテ底止スル所ナク當時頒布施行セラレタル一條一例ハ積ンテ山ノ如シ其局遂ニ法典編纂ノ氣運ヲ促スニ至レリ東羅馬皇帝「ユスチニアン」ノ時委員ヲ任命シテ法典編纂ニ着手シ五百三十三年ヲ以テ之ヲ成就シタリ是レ實ニ有名ナル「ユスチニアン」法典ニシテ後世ノ立法者學者等ノ仰テ以テ模範トスル所ノモノナリ今此年代ヲ我國ノ歷史ニ對照スレハ繼躰、安閑、宣化、欽明、四帝ノ御宇ニ恰當シ支那ノ歷史ニ對照スレハ梁ノ武帝ノ朝ニ當リ昭明太子カ有名ナル文選ヲ纂輯シタルト略ホ其時ヲ同ウス「ユスチニアン」法典ハ三部ヨリ成リ第一部ハ Institutiones（インスチチユーチチネス）即チ法學楷梯ニシテ四卷アリ第二部ハ Digestum（ヂゲスチユム）即チ學說彙纂ニシテ五十卷アリ第三部ハ Codex（コーヂックス）即チ法令類典ニシテ十二卷アリ就中法學楷梯ハ法典ノ一部タルト同時ニ初學ノ爲メニセル法律ノ敎料書タルモノナリ、次ニ學說彙纂ハ五大法律家ノ學說ハ謂フニ及ハス著名ナル法學者ノ學說ヲ網羅シタルモノナリ、而シテ法令類典ニハ「アウグスツス」帝以後歷代皇帝ノ發シタル勅令其他一切ノ成文法律ヲ揭ケタリ「ユスチニアン」法典ニハ右述ヘタルカ如ク「ユスチニアン」帝以前ニ於ケル學說勅令及ヒ成文法律ヲ網羅シテ遺スナク万世ニ怡スノ精神ナリシト雖モ其後尙ホ必要ニ迫ラレテ時々頒布シタル勅令（ノベレー、コンスチツーチチネス）即チ新勅令ト稱シ以テ「ユスチニアン」法典ト區

別ス是レ固ヨリ一ノ單行法タルニ過キスシテ法典ノ一部ヲ爲スモノニアラサルナリ「ユスチニアン」ノ死後他ノ皇帝モ例ニ習ヒ新勅令ヲ出セシカ現今存スルモノ其數合セテ百五十二アリ後世ノ學者ハ「ユスチニアン」法典ト新勅令トヲ總稱シテ民法大全（コルプス、ユーリス、チビース）ト云フ此名稱ハ中古時代ニ始メテ用ヒラレタルモノニシテ之ヲ世上ニ傳播セシメタル者ヲ佛國人「デヲネジユース、ゴトフレヅス」ト爲ス氏ハ第十六世紀ト第十七世紀トノ交ニ其名聲ヲ專ラニシタル者ニシテ「ヤコブス、ゴトフレヅス」ノ父ナリ、氏カ法學階梯、學說彙纂、法令類典及ヒ新勅令ノ四者ヲ合シ之ヲ民法大全ト名ケ之ニ目錄（index）ヲ附加シテ世ニ公ニシタルヨリ民法大全ナル標題ハ世間一般ニ行ハルヽニ至レリ

「ユスチニアン」ハ東羅馬ノ皇帝ナリシカ故ニ法典ノ編纂セラレタル場所ハ伊太利ノ羅馬ニアラスシテ現時土耳古ノ首府タル「コンスタンチノープル」ナリ「ユスチニアン」ハ粗放磊落ノ豪傑ナルヲ以テ其品行ニ付テハ議スヘキモノ少カラスト雖モ而モ巧ニ人心ヲ收攬シテ頻ニ諸方ヲ征服シ曾テ羅馬ノ羈絆ヲ脫セシ伊太利ヲ回復シテ之ニ君臨セリ是ニ於テ乎「ユスチニアン」法典ハ獨リ東羅馬ノミナラス伊太利ニモ亦行ハレタルナリ然ルニ「ユスチニアン」ノ後東羅馬ニ於テハ「ユスチニアン」法典及ヒ新勅令ハ希臘語ニモ飜譯セラルヽアリ或ハ希臘語ヲ以テセル法律ノ著書續々世ニ出ツルアリテ遂ニハ法典ノ改正ヲ爲スアリ、或ハ之カ廢止ヲ試ムルアリテ原文ノ儘ニ行ハレサルノ恐アリ即チ八百七十八年頃更ニ新法典編纂ニ着手シ「バジリカ」Basilica 法典世ニ公ニセラレタリ然レトモ此法典ハ後世ノ法律學並ニ立法例ニ著シキ影響ヲ與ヘサリキ之ニ反シテ「ユスチニアン」法典ハ近世歐米諸國ノ立法例並ニ學說ノ模範ト爲リ遠ク我日本帝國ニ輸入セラレタリ其法學社會ニ及ホセル功績實ニ著大ナリト謂フヘシ

第三章　中古以後羅馬法研究ノ略史

中古伊太利ニ於テハ古文學再興シ第十二世紀ノ初「イルネリユース」ナル者法律學校ヲ「ボロニア」ニ設ケ多クノ秀才ヲ養成セリ或說ニ依レハ「イルネリユース」ハ獨逸人「ボエルネル」ノ名ヲ羅馬語ニ譯シタル者ナリト云フト雖モ是レ恐クハ獨逸ニ左祖スル者ノ說ニシテ信スルニ足ラス「イルネリユース」ノ門弟ニシテ有名ナル者四人アリ曰ク「マルチヌス」martinus 曰ク「ヤコブス Jaco

bus 曰ク「フーゴー」Hugo 是ナリ世稱シテ四博士ト云フ「ボロニヤ」ノ法律學者ハ主トシテ「ユスチニアン」法典ノ正文ニ就テ研究シ大部ノ法典ニ對シ註釋ヲ加ヘ其重要ナル條項ハ悉ク之ヲ諳誦セサルナシ故ニ此等ノ學者カ羅馬法特ニ「ユスチニアン」法典ノ正文ニ精通シタルノ點ハ今日ノ學者ノ遠ク企及シ得ヘキ所ニアラサルナリ且此等ノ學者ハ「グロッセー」grosse ト稱スル一種ノ註釋ヲ書キタルヲ以テ世人之ヲ稱シテ Glossators 註釋家（グロッセートルス）ト云フ「アッオー」Azo「アックルデユース」Accursius ノ如キハ即チ其錚々タル者ナリ而シテ此註釋中現ニ殘存セルモノハ皆「アックルデユース」ノ纂輯スル所ニシテ細字ノ大本ナリ一冊ハ index ニシテ他ニ五冊アリ

註釋家ニ繼テ起リタルハ後期註釋家（ポストグロッセートルス）ニシテ第十三世紀ヨリ第十五世紀ニ跨レリ其中最モ有名ナルヲ「バルトール」Bartolus「バルヅス」Baldus ト爲ス此等ノ學者ハ直チニ「ユスチニアン」法典ノ正文ヲ分析解釋シタルニアラス主トシテ註釋家ノ手ニ成レル書籍ニ就テ研究ヲ試ミタルモノナルカ故著書ハ文字冗長ニ失シ意味淡泊ニシテ嚙蠟ノ嘆アリ是ヲ以テ後世ノ學者ハ之ヲ貴重セス然レトモ後期註釋家ノ長所ハ最モ實務ニ通シタルニ在リ故ニ中古時代ニ於テ歐洲諸國カ羅馬法ヲ採用スルニ當テハ後期註釋家ノ說ヲ本トシタルモノ多シ

後期註釋家ニ繼テ起リタルハ佛國ノ學派ニシテ其盛ナリシハ千五百年ヨリ千六百五十年ニ至ル凡ソ百五十年間ナリ「フランシス」一世カ伊太利ヨリ「アンドレアアルチヤチー」Andrea Alciati（一人ノ名）ナル法學者ヲ「ブルヂユ」ニ招聘シ羅馬法ヲ講セシメタルヨリ佛國ニ於ケル羅馬法ノ研究ハ漸次盛大ト爲リ千五百五十五年ニ至リ「クーヤチユース」cujacius ナル者ル「ブヂユ」ノ教師トシテ羅馬法ヲ講スルヤ名聲隆然トシテ前人ヲ凌駕シタリ而シテ其議論ハ主トシテ沿革的研究ヲ用キタルヨリ之ヲ沿革法理學派ノ鼻祖ナリト云フ者アレトモ亦今日ノ沿革法理學派ノ研究法トハ大ニ異ナルモノアリ「クーヤチユース」ハ頗ル著述ニ富ミ其全集ハ浩瀚大冊ニシテ獨逸ノ「バンデクテン」ニ引證セラレタル所多シ「クーヤチユース」ト同時ニ「ドーネルス」donellus ナル者アリ又「ブルヂユ」ニ教師タリ二人鼎ヲ幷ヘテ羅馬法ノ講座ヲ馳驅シタリ「ドーネルス」donellus ノ研究法ハ專ラ羅馬法ノ原理原則ヲ討尋スルヲ以テ主眼ト爲シ資望敢テ「クーヤチユース」ニ讓ラス而シテ其著述ハ今日ニ至ルマテ羅馬法ヲ講スル者ニ便利ヲ與ヘ獨逸ノ「ベカー」ノ如キハ盛ニ之ヲ賞揚シテ措カ

サルナリ千五百七十二年八月廿四日「セント、バルソロミユー」ノ虐殺行ハル、ヤ「ドーネルス」ハ害ノ其身ニ及ハンコトヲ恐レ和蘭ノ「ライデン」ニ逃レ尚ホ汲々トシテ羅馬法ヲ講シタリ此時前述シタル「デヲテヲチユース、ゴドフレジス」モ難ヲ瑞西ノ「ジユネーブ」ニ避ケ後更ニ「ストラスブルグ」ニ移リ此處ニ羅馬法ノ講演ヲ開ケリ是ヨリ以後佛國ニ於ケル法學ノ研究ハ俄然衰運ニ傾キタリト云フ「デオネヂユース」ノ子ヲ「ヤコブスゴトフレヅス」ト曰フ學問精博ニシテ出藍ノ譽アリ斯ノ如ク「ドーネルス」及ヒ「デオネジユース」皆佛國ヲ去リタルヲ以テ佛國ニ於テハ羅馬法ノ研究大ニ衰運ヲ來タシ之ニ繼テ羅馬法ノ研究ニ從事シタルモノハ和蘭ノ學者ト爲ス同國ニ於テハ第十七世紀ヨリ第十八世紀ニ迨ヒ「ビンニユース」Vinnius「ノート」noot「ブオエット」Voet等ノ學者彬々シテ輩出セリ彼ノ國際法ヲ以テ有名ナル「グロチユース」ノ如キモ亦タ此時ノ學者ニシテ力ヲ羅馬法學ニ盡セリ

蘭和ニ於ケル羅馬法ノ研究衰ヘテ後羅馬トス獨逸ハ第十五世紀ノ半ヨリ第十六世紀ノ半ニ於テ羅馬法ヲ輸入シ「ハロアンデル」Halounder ノ如キ有名ナル學者ヲ出シタリ然レトモ獨逸ノ法學者カ固有ノ特色ヲ帶フルニ至リシハ實ニ第十七世紀ニ始ル此時代ニ於ケル有名ノ學者ヲ「コンリング」「カルッオフ」等ト爲ス此等ノ學者ハ羅馬法ヲ研究スルト同時ニ獨逸固有法ノ研究ヲ忽諸ニ附セサリシカ故ニ羅馬法ニ沈溺スルカ如キ弊害ハ絶エテ之ナカリキ就中「コンリング」ハ頗ル卓拔ノ識見ヲ有シ獨逸ハ獨逸語ノ法典ヲ編纂セサルヘカラスト唱導セリ是レ實ニ千六百四十三年ノコトナリシカ千七百九十四年普魯西ニ於テ先ツ實行セラレ獨逸全國ニ於テハ千八百九十七年ニ及ンテ實行セラレタリ「コンリング」ト同時ニ英國ニ「ホツブス」ナル學者アリ又法典編纂ノ利益ヲ說キタレトモ英國ニ於テハ未タ法典編纂ノ擧アルヲ聞カス唯其傾向ヲ認ムルニ過キス第十七世紀ノ末ニ「ナツルレヒト」ノ學派則チ自然法學派起リ其泰斗ヲ「トーマヂユース」Thomasius ト爲ス是ヨリ先キ獨逸ノ學者概ネ羅馬法ニ心醉シ苟モ羅馬法ノ規則ト云ヘハ自國ノ風俗民情ニ適スルト否トハ措テ之ヲ問ハス悉ク之ヲ金科玉條トシテ尊重セリ、故ニ其弊害モ亦大ナル者アリシカ一旦「トーマヂユース」Thomasius 出テ、自然法說ヲ主張スルニ及ヒ羅馬法ニ法理的ノ研究ヲ試ミ其研究ノ順序ヲ整頓シ且其規則ノ取捨ヲ論定セリ普魯西ノ「フレデリツキ」第二世カ彼ノ「ラ

ンドレヒト」Land recht 法典ヲ編纂スルニ當テハ大ニ此學派ノ所說ノ影響ヲ受ケタリト云フ降テ第十八世紀ニ至リ歷史派ノ學者起レリ此學派ノ首唱ハ「ノーゼル」Noijer 及ヒ「フーゴー」Hugo ノ二氏ナレトモ之ヲ大成シタルハ即チ有名ナル「サヴィニー」Savigny ナリ此學派ノ勢力ハ實ニ非常ノモノニシテ一時ハ諸學派ヲ風靡シ學者爭フテ其後塵ヲ拜スルノ光景ニシテ英佛ノ學者ト雖モ「サヴィニー」ノ議論ニ對シテハ敢テ一矢ヲ放ツモノ無ナカリキ然レトモ今日ニ於テハ「サヴィニー」ノ勢力漸次地ニ墜チ其說亦陳腐ニ屬シ「イエリング」Ihering「ウヰンドシャイド」Windscheid ノ學說最モ尊重セラレ此二氏ハ千八百九十二年ニ長逝セリ若シ夫レ現ニ存スル學者ニシテ有名ナルハ「デルンブルヒ」Dernburg「ベッケル」Bekker「レーゲルスベルゲル」Regelsberger 等ナリトス

佛國及ヒ和蘭ニ於テ曾テ羅馬法研究ノ盛ナリシコトハ既ニ述ヘタルカ如シ而シテ今日ニ於テモ尙之カ研究ニ從事スル學者少ナカラスト雖モ諸君ニ紹介スルニ足ルヘキ大家ナシ又英國ハ古來羅馬法ニ關シ一人ノ有名ナル學者ヲ出サス唯蘇格蘭ハ英倫ニ比スレハ其研究稍振ヘリト雖モ歐洲ノ大家トシテ玆ニ說明スルノ必要ナシ

本論

第一章　總論

第一節　法律

羅馬語ニ法律ナル意義ヲ有スル文字二アリ Jus（ユス）曰ク Lex（レックス）是ナリ前ニ緒言ニ述ヘタルカ如ク古代羅馬ハ王國ナリ而シテ其王ノ制定シタル法律ヲ「レックス」ト曰ヘリ其後共和政治ト爲ルヤ貴族ト平民トヨリ成レル羅馬民會ノ議決シタル法律モ亦之ヲ「レックス」ト稱シテ以テ他ノ法律ト區別セリ即チ其意義始メハ狹隘ナリシカトモ漸ク變シテ一般ノ法律ヲモ指示スルニ至レリ「レックス」ノ語源ニ付テハ二說アリ、一說ニ依レハ Ligare（結ヒ付ケルト云ヒ他ノ一說ニ依レハ Legere（讀ムト云フ意味ヲ有ス）ナル文字ヨリ來リタルモノナリト云フ余ハ後說ヲ以テ正當ナリト信ス蓋シ古昔ニ在テハ文化開ケス印刷ノ術ナカリシヲ以テ總テ法令ハ民會ニ於テ高聲ニ朗讀シテ其一般遵由ノ效力アルトコヲ示シタリ、是レ即チ Legere ヨリ Lex ヲ生シタル所以ナリトス

羅馬語ニテ法律ナル意義ヲ現ハスニ最モ適切ナルハ「ユス」(Jus)ナリ此字ハ時トシテハ權利ヲ指シ又時トシテハ法律ヲ指スニ用ヒラル、然レドモ之ニ權利ナル意義ヲ有セシメタルハ恐ラク左マテ古キコトニアラスト信ス何トナレハ權利ナル思想ハ近ク人文既ニ發達シタル時代ニ於テ生シタルモノナレハナリ「ユス」(Jus)ノ語源ニ付テモ亦二說アリ、或人ハ Jubere (命令スルト云フ意味ヲ有ス)ナル文字ヨリ出テタリト謂フモ元來法律ハ主權者ノ命令ナル乎將タ人民間ニ自然發達シタル者ナル乎ニ關シ法理學者ノ爭論アル所ニシテ而シテ法律ハ主權者ノ命令ナリト主張スル「ホツブス」「オースチン」一派ノ學者ハ其論據ヲ鞏固ニセント欲シ Jus ハ Jubere 即チ命令ル文字ヨリ出テタル者ナリト謂フヲ常トス然レトモ余ハ寧ロ「サンスクリット」ノ Yu (Ju) ナル古代印度語ニ關係アリトノ說ヲ善シトスル者ナリ Yu ハ固ト結着、合適等ノ意味ヲ有スルモノナリシカ變シテ秩序ナル意味ヲモ含ムニ至リ終ニ Jus ナル文字ヲ生シタルモノトス

法律即チ Jus ナル文字ニ對シテ最モ有名ナル定義ヲ下シタル者ハ「チェルヅス」(Celsus)ナリ、其定義ニ曰ク Jus est ars boni et aequi. ト之ヲ飜譯スレハ即チ法律ハ善及ヒ公

正ノ術ナリト云フニ在リ古來羅馬ニ於テ法律ノ定義ヲ與ヘタル者其數幾人ナルヲ知ラス而モ「チェルヅス」ノ定義ヲ以テ最モ有名ナリトス是レ「ユスチニヤン」法典中「コーデックス」(Codex)ノ第二ニ記載セラレタルヲ以テ、後世法理學ニ關スル著書ニシテ之ヲ引用セサルモノ殆ト之ナク又往々ニシテ之ニ詳細ノ批評ヲ加ヘタルモノスラアリ、然ラハ此定義ノ中ニ所謂善トハ如何善トハ德ニ關シ公正トハ正義ニ關スルモノナリ而シテ德ト云ヒ正義ト云ヒ皆希臘ノ「ストイツク」哲學者カ熱心ニ研究シタル事物ナリ故ニ此定義ト「ストイツク」哲學トハ離レ難キ關係ヲ有スルモノニシテ羅馬法ハ「ストイツク」哲學ノ大影響ヲ受ケタルコト言ハスシテ知ルヘシ「ストイツク」哲學ト羅馬法トノ關係ニ付テハ余嘗テ法理研究會ニ於テ之ヲ講話シタルコトアリ、今初學者ノ便ヲ謀リ其概略ヲ述ヘント欲ス若シ夫レ之ヲ精細ニ研究セントナラハ同會カ余ノ講話ヲ錄シテ出版シタル論文ヲ讀ムヘシ

「ストイツク」哲學ハ希臘ニ於テ發生シタルモノニシテ「ツエノー」(Zeno)始メテ道破セシ所ニ係ルモノニシテ「ツエノー」ハ紀元前三百四十二年頃ニ生レ二百七十年頃ニ歿シタル人ナリ之ヲ支那ノ歷史ニ對照スレハ秦ノ白起、齊ノ田單趙ノ藺相如ト

略ホ其年代ヲ同ウシ埃及ニ在テハ幾何學ヲ以テ有名ナル「ユークリッド」ト時ヲ同ウス「ツエノー」ノ後ニ「クリジッブス」(Chrysippus)アリ紀元二百八年ニ生レ二百八十一年ニ歿シタル人ニシテ秦ノ始皇ト時ヲ同ウス博聞達識頗ル述作ニ富ム之ヲ孔孟ノ學ニ譬フルニ「ツエノー」ハ尚ホ孔子ノ如ク「クリジッブス」ハ即チ孟軻ニ比スヘシ而シテ孔孟ノ學說相衝突スルトキハ孔子ノ說ヲ取ル モ羅馬ニ於テハ反之「クリジッブス」ノ勢力ハ强盛ニシテ却テ「ツエノー」ヲ凌駕スルモノアリ

「ストイック」哲學ヲ初メテ羅馬ニ輸入シタルハ「パネーチェス」(Panaetius)ト云フ學者ナリ其後ニ出テタル「セネカー」(Seneca)「ムーソニユース」(Musonius)「エピクテッス」(Epictetus)「マルクス、アウレリユス」(Marcus Aurelius)等ハ皆此學派ニ屬セルナリ

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

律家トシテノ面目ヲ全フスルコト能ハサルニ至レリ

「チェルゾス」ノ法律ノ定義中公正トハ正義ニ關スルコト既ニ之ヲ一言セリ、然ラハ正義トハ何ソヤト云フニ「ウルピアヌス」ハ之ニ答ヘテ曰ク正義トハ各人ヲシテ其所ヲ得セシムルカ爲メノ恒久ノ意思ナリト此定義ハ獨逸ノ哲學大家「カント」ノ與ヘタル法律ノ定義ニ酷似スルモノアリ「カント」曰ク法律ハ自由ノ大法ニ從テ一人ノ意思ト他人ノ意思トヲ調和セシムルコトヲ得ヘキ條件ノ集合ナリト試ニ之ヲ對照シテ考フルニ「ウルピアヌス」ノ所謂『各人ヲシテ其所ヲ得セシム』ト云フト「カント」ノ所謂『一人ノ意志ト他人ノ意志ヲ調和セシムルコトヲ得ヘキ』ト云フトハ其措辭ヲ異ニスト雖モ其意義ハ略ホ同一ナリ而シテ各人ヲシテ其所ヲ得セシムトハ「ストイック」哲學者ノ慣用スル語ニシテ「ウルピアヌス」ハ之ヲ其法律格言ニ掲ケタリ

曰ク一、正直ニ生活スルコト　二、他人ヲ害セサルコト　三、各人ヲシテ其所ヲ得セシムルコト

此等ノ語ハ總テ「ストイック」哲學ニ淵源スルノモノナリ

法律學トハ何ソヤ「ウルピアヌス」ハ又定義シテ曰ク法律學ハ神事及ヒ人事ノ了知

ニシテ正及不正ノ學ナリト、此定義中ノ正及ヒ不正ノ學トハ前ニ述ヘタル正義ノ定義及ヒ法律ノ格言ト相應スルモノナリ而シテ神事及ヒ人事ノ了知ト云ヘルニ付テハ人往々ニシテ曰フ者アリ、古昔ハ宗教、道德、法律ノ間ニ區別ナシ故ニ法律學ノ定義ニ斯ノ如キ字句ヲ挿入シタルハ畢竟古昔ノ遺物タルニ過キスト是レ進化說ヲ唱フル社會學者ノ常ニ口ニスル所ナリ、余ハ之ヲ否定スル者ニアラスト雖トモ斯ノ如キ粗漏ナル言ヲ以テ法律學ノ定義ヲ評スルモ蓋シ隔靴搔痒ノ感アルヲ免レサルヘシ何トナレハ「ウルピアヌス」ノ與ヘタル法律學ノ定義ハ「ストイック」哲學ノ上ヨリ之ヲ觀察スルノ必要アレハナリ蓋シ試ニ「ストイック」哲學ノ泰斗タル「クリジップス」ノ與ヘタル法律ノ定義ヲ見ルニ法ハ總テ神事及ヒ人事ノ君ナリト曰ヘルニアラスヤ而シテ此定義ハ「ユスチニアン」法典中ニ掲載セラレタルヨリスレハ「ユスチニアン」法典ノ編纂者カ如何ニ「ストイック」哲學ヲ重ンシタルカヲ推知スルニ足ラン又之ヲ「ウルピアヌス」ノ法律學ノ定義ト比較セハ「ウルピアヌス」カ如何ニ「ストイック」哲學ヲ重ンシタルカヲ知ルニ足ラン加之神事及ヒ人事ノ了知ト云フカ如キ語ハ古來「ストイック」哲學者ノ慣用スル所ナリ彼ノ「ストイック」哲學者ニシテ羅馬皇帝ノ位ニ即ケル「マルクス、オレリユス」ノ著書第三卷ニハ再三再四神事及ヒ人事ノ了知ナル語ヲ使用シタリ又遡テ考フルニ神事及ヒ人事ノ了知ナル語ハ遠ク「ソクラテス」ノ哲學ニ基ツキタルモノナリ蓋シ「ストイック」哲學ハ「シニック」(Cynic)學派ヨリ分岐シタルモノニシテ而シテ「シニック」ノ學派ハ實ニ「ソクラテス」ヨリ出テタルモノナレハナリ古來哲學者ハ敢テ法律書ヲ讀マス法律家モ亦哲學ヲ研究スル者稀ナリシカ故ニ羅馬法ト「ストイック」哲學トノ關係甚タ不明ナリ、是レ啻ニ我國ニ於テ然ルノミナラス歐洲ニ於テモ亦一ノ狀況ニシテ惜ムヘキノ至リナリ

第二節　法律ノ類別

第一　公法、私法

羅馬ニ於テハ法律ヲ分テ公私、法法ノ二ト爲セリ「ユスチアニン」ノ法典ニ「ウルピアヌス」ノ言ヲ揭ケテ曰ク公法ハ羅馬ノ事物ノ基礎ニ關シ私法ハ各人ノ利益ニ關スト而シテ尙進ンデ其理由ヲ述ヘテ曰ク凡ソ事物ハ或ハ公益ニ關シ或ハ私益ニ關スルヲ以テナリト、然ラバ則チ「ウルピアヌス」ハ利益ノ公私ニ基イテ法律ノ公法ト私

法トニ區別シタルナリ、尙ホ具躰的ニ之ヲ言ハヾ公法トハ神聖ノ事物及ヒ之ニ關スル儀式、神官ノ職分權限、官吏ノ職權等ヲ規定スル法律ナリ私法ハ之ニ反シテ私人ノ身分及ヒ財產ノ上ニ有スル權利等ヲ規定スル法律ナリ此區別ニ付テハ近來種々ノ學說アリト雖モ羅馬法ノ研究ト云フヨリハ寧ロ法律哲學ニ關係スル問題ナルヲ以テ一言スルヲ以テ足レリトセン

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

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

「ウルピアヌス」ハ法律ヲ分テ前顯ノ如ク三ト爲セリ然ルニ「ガイユス」ハ自然法ト萬姓法(或ハ萬民法ト譯シ或ハ萬族通法ト譯スル者アリ)トヲ混同シタル結果法律ヲ分テ市民法、萬姓法一名自然法ノ二ト爲シタリ此二分說ト三分說トニ付テハ學者間大ニ議論アリ「サヴィニー」ノ說ニ依レハ羅馬ノ法學者ハ大抵二分說ナリシト云フ「ライプチヒ」ノ大學長タリシ「シユミッド」ハ羅馬ノ法學者ハ概ネ三分說ナリシト云ヘリ余ヲ以テ之ヲ見ルニ羅馬ニ於ケル古キ學者ハ二分說ヲ採ルモノ多カリシモ新シキ學者ハ三分說ヲ採ルモノ勝ヲ占ムルカ如シ此事ニ付テ詳細ノ說明ヲ要スレトモ繁雜ニ過クルヲ以テ之ヲ省略スヘシ

市民法ハ羅馬固有ノ法律ナリ古昔羅馬ノ市民カ獨リ此法律ノ支配ヲ受ケタリシヲ以テ之ヲ市民法ト命名シタルナリ、前ニ述ヘタル十二標ノ法律ハ即チ市民法ヲ基礎トシテ編制シタルモノナリ市民法ハ何事ニ關シテモ必ス方式ヲ貴ヘリ例ヘハ奴隸ノ賣買ニ付テハ「マンチパチヲ」ノ方式ヲ履踐セサルヘカラス而シテ之ヲ履踐スルニ付テハ證人五名ヲ立會ハシムルコトヲ要ストセリ又物件ノ代價タル銅ノ重量ヲ量ルカ爲メニ必ス衡器ヲ用ユルコトヲ要ストシ且賣買ニ關スル一定ノ言語ヲ發シテ問答スルヲ要セリ奴隸ノ賣買ハ斯ノ如ク繁雜ヲ極メタリ而シテ之ヲ解放シテ自由人ト爲スニモ頗ル面倒ナル手續ヲ經サルヘカラス養子緣組、結婚ヲ爲スニ當テモ亦然リ此等ノ複雜ナル方式手續ハ蒙昧ナル社會ニ在テ事實證明ノ爲メ甚タ必要ヲ感シタリシナラン、然レトモ社會漸ク進歩シ文字ヲ紙面ニ記シテ以テ後日ノ便ニ供スルノ時代ト爲リテハ毫モ其必要ナキノミナラス各人間ノ交際頻繁ト爲リ方式手續ノ如キハ却テ取引ヲ澁滯セシムルノ害アルヲ免レス、

加之市民法ハ羅馬ノ市民ノミヲ支配スル法律ニシテ外國人ハ一切其保護ヲ受クルコト能ハサルナリ然ルニ羅馬ノ版圖廣大ト爲ルニ從ヒ諸方ノ外國人ハ續々羅馬ニ入リ來リ市民法ノ認メサル方法ニ依リ賣買其他一般ノ法律行爲ヲ爲スニ至レリ是ニ於テ已ヲ得ス外國人ノ爲ニ外事係ノ裁判官ヲ置キ以テ羅馬人ト外國人トノ間ニ起リシ訴訟幷ニ外國人間ニ於テ起リタル訴訟ヲ爲サシメタリ而シテ此裁判官カ裁判ヲ下スニハ敢テ市民法ニ拘泥セス自然ノ正義及ヒ公衆ノ利益ニ基キ一般人民ニ通シテ行ハルヘキ法律規則ニ依ルヲ以テ主眼トセリ是レ即チ萬姓法ノ生シタル起源ニシテ其名稱ハ蓋シ市民法ニ對シテ附シタルモノナリ前述セル如ク「シユミツド」ノ說ニ曰ク萬姓法ハ比較法學ニ基キタル法律ナリト余ハ斯ノ如キ場合ニ於テ比較法學ナル文字ヲ用ユルハ果シテ穩當ナルヤ否ヤヲ知ラスト雖モ要スルニ萬姓法ノ發達シタルハ市民法ト他ノ一般普通ニ適用セラルヽ法律トヲ比較シタル結果ナルヤ論ヲ俟タスシテ明ナリ而シテ萬姓法ハ啻ニ外國人ニ適用スルノミナラス羅馬市民モ亦其支配ヲ受ケタルカ故ニ之ヲ宇內人民ノ法律ト謂フモ恐クハ過言ニアラス

試ニ市民法ト萬姓法トヲ比較スレハ市民法ハ國家主義ノ法律ニシテ萬姓法ハ世界主義ニ基ケル法律ナリ、一ハ羅馬市民ノ間ニノミ行ハレ、一ハ世界人民ノ間ニ行レタリ今更ニ一步ヲ進メテ考フルニ萬姓法ハ「ストイック」哲學ト密接ナル關係ヲ有セリ、蓋シ「ストイック」哲學ハ世界主義ヲ採ルヲ以テ有名ナリ故ニ「ストイック」哲學者ハ往々我ハ世界ノ民ナリト曰ヘリ但是レ必スシモ「ストイック」哲學ニ始マリシニアラス「シニック」(Cynic)哲學者ノ如キモ亦之ニ類スル語ヲ用ヰタリ羅馬ノ所謂萬姓法モ世界主義ニ基クモノニシテ世界ノ人民間ニ行ハル、法律ナリ

羅馬ノ版圖尙ホ狹キ時代ニ在リテ羅馬市民ヲ支配シタルハ主トシテ市民法ナリト雖モ其後版圖ノ廣大ナルニ從ヒ萬姓法ヲ適用スル區域ハ次第ニ擴張セラレ而シテ市民法ヲ適用スル區域ハ次第ニ縮少セラレタリ彼ノ「チチェロ」ノ時代ヨリ以來羅馬法學カ長足ノ進步ヲ爲シタルコトハ曾テ之ヲ述ヘタリ、然ラハ其長足ノ進步ヲ爲シタルハ法律學ノ如何ナル部分ナルヤト云フニ實ニ萬姓法ナリトス「チチェロ」前羅馬ハ「マセドニア」「カルセーヂ」其ノ他ノ諸處ヲ征服シテ版圖ヲ擴張シ將ニ世界ヲ一家ト爲サントスルノ抱負ヲ有シタリ、故ヲ以テ世界主義ニ基ク萬姓法ノ發達

進歩ヲ爲シタルハ當然ニシテ怪ムニ足ラス殊テ「ストイック」哲學ヲ見ルニ「チチェロ」ノ師タル「セーボラー」ノ頃ヨリ勢ヲ逞フシテ羅馬ニ侵入シタリ乃チ萬姓法ト「ストイック」哲學トハ同時ニ盛大ノ兆ヲ現ハシ而シテ萬姓法ト相對スル市民法ハ益〻縮少ノ運ニ會セリ、是ニ由テ之ヲ觀レハ羅馬法發達ノ歷史ニシテ萬姓法發達ノ歷史ハ又「ストイック」哲學ノ侵入ニ伴フモノト謂フコトヲ得ヘシ羅馬ノ五大法律家カ今日ニ至ルマテ稱揚セラルヽ所以ノモノハ即チ萬姓法ノ發達ニ全力ヲ注キタルノ功績アレハナリ、又「ユスチニアン」法典カ何故ニ近世諸國ノ法ニ影響ヲ及ホシタルヤト云フニ其基礎ト爲レル萬姓法カ世界的性質ヲ有スレハナリ

羅馬ニ於テ有名ナル法典二アリ、一ハ即チ十二標ノ法律ニシテ二ハ即チ「ユスチニアン」法典ニシテ「ユスチニアン」法典ハ萬姓法ノ法典ナリ、十二標ノ法律ハ市民法ノ法典ナリ是レ羅馬法ヲ研究スル者ノ宜シク注意スヘキ所ナリ

自然法トハ何ソヤ「ウルピアヌス」ハ之カ說明ヲ與ヘテ曰ク「自然法トハ自然カ動物一般ニ對シテ敎ヘタル規則ナリ」故ニ自然法ハ人ノミナラス一般ノ動物ニ對シテモ適用スヘキ法律ナリ、夫ノ結婚ノ如キ子弟ヲ養育スル如キ皆之ニ從ヘルモノナリト人或ハ之ヲ非難シテ是レ動物ノ本性ト法律トヲ混同シタルモノナリト謂フモ余ヲ以テ之ヲ見ルニ「ウルピアヌス」ノ言ハ「ストイック」哲學ニ基キタルモノナリ「ストイック」哲學者ノ說ニ依レハ凡ソ天下ノ事物ハ一トシテ自然法ノ規則ニ從ハサルハナシト云フニ在リ、而シテ「ウルピアヌス」ノ與ヘタル自然法ノ說明ハ即チ之ニ基ケルモノトス蓋シ此等ノ說タルヤ希臘ノ哲學ニノミ存スルニアラス東洋ニ於テモ亦然リ、老子有物混成ノ章ニ人法地、地法天、天法道、道法自然トアリ莊子知北遊ノ篇ニ屎溺ノ中ニモ道アリトセリ、又詩經蒸民ニ天生蒸民有物有則トアルハ皆其旨ヲ等シクス、又「ストイック」哲學者ノ說ニ道德ノ大本ハ自然ニ在リ人ハ自然ニ從テ生活スヘキモノナリト云ヘルハ莊子ノ駢拇篇ニ性命ノ情ニ任スヘキコトヲ說キ馬蹄篇ニモ亦之ヲ敷衍シタルト相似タリ「ウルピアヌス」ハ羅馬ノ法律家中最モ「ストイック」哲學ノ感化ヲ受ケタル者ニシテ種々ノ事項ニ關シ其說ヲ採用セリ、而シテ自然法ノ說明モ之ニ依リタルモノトス、蓋シ羅馬ノ法律家ハ固ヨリ悉ク「ストイック」哲學ニ心醉セリト謂ヲ得スト雖モ而モ自然法ノ思想タルヤ羅馬ニ固有ノモノニアラスシテ希臘ヨリ入リ來リタルモノナリ然ルニ希臘ヨリ入リ來リシ哲學中比較的

ニ強大ノ勢力ヲ有シタルハ「ストイック」ノ學派ナリ是ヲ以テ羅馬法律家ノ自然法ノ觀念ハ自ラ「ストイック」ノ學風ヲ帶フルニ至リシナラン

羅馬ノ法律家ハ一般ニ同樣ノ法則ニ支配セラルヽカ故ニ人ハ皆同樣ノ事ヲ爲ス傾向アルモノナリト「從テ此等ノ法律家ハ自然法ヲ研究セントナラハ羅馬ノミナラス諸國ノ法律ヲモ比較シテ諸國ニ普通ナル法律ヲ求メサルヘカラス是即チ自然法ノ規則ナリトノ思想ヲ起シタリ然ルニ此思想ハ萬姓法ト甚タ密接ナル關係ヲ有シタルヨリ古代ノ法律家ハ自然法ト萬姓法トヲ同一視セル者多シ羅馬法學ノ發達シタル時代ニ於テモ「ガイユス」ノ如キハ保守ノ人物ナルヲ以テ之ヲ同一視シ法律ヲ分テ市民法、萬姓法一名自然法ノ二ト爲セリ之ニ反對シテ法律ヲ三分シ市民法萬姓法及ヒ自然法ト爲シタルハ即チ「ウルピアヌス」ナリ今「ウルピアヌス」ハ何故ニ法律ヲ三分シタルヤト云フニ其說ニ依レハ奴隸ハ萬國ノ共ニ有スル所ナリ故ニ奴隸ノ制度ハ萬姓法ノ一部分ナリ然レトモ自然ニ反スルコト甚シキヲ以テ自然法ノ一部分トスルヲ得ス、斯ノ如ク萬姓法ト自然法トハ符合セサル點アルヲ以テ之ヲ三分スヘシト云フニアリ、而シテ「ウルピアヌス」

說ハ此點ニ於テモ「ストイック」哲學ノ波及ヲ受ケタルコトヲ知リ得ヘシ、國家主義ヲ主張セル「プラトー」、「アリアトートル」等ハ奴隸ノ制度ハ必スシモ自然ニ合スルモノニシテ人世缺クヘカラサルモノト爲シタレトモ「ストイック」哲學者ハ世界主義ヲ採ルヲ以テ奴隸ノ制度ハ自然ニ反スルモノト論セリ「ウルピアヌス」ノ三分說ハ此觀念ニ基クモノトス

「ウルピアヌス」以前ノ法律家ハ自然法トヲ萬姓法トヲ同一視シテ二者全ク異名同物ト爲セリ然レトモ其起源ニ遡テ考フレハ自然法ナル觀念ハ希臘ノ哲學殊ニ「ストイック」哲學ヨリ出テタルモノニシテ萬姓法ナル觀念ハ社會ノ事情ヨリ發シタルモノニ外ナラス、前者ハ抽象的ニシテ後者ハ具體的ナリ一ハ主觀的ニシテ一ハ客觀的ナリ、故ニ自然法ト萬姓法トハ其實同一物ナリト雖モ觀察ノ方面ヲ異ニスルヨリ自然法ト云ヒ又ハ萬姓法ト云フモノトス

羅馬カ、希臘ト交通頻繁ナリシト外事係ノ裁判官ヲ置キタルトキハ其時代相距ルコト遠カラス、希臘トノ交通ハ即チ希臘哲學ヲ羅馬ニ輸入スルノ媒介ト爲リ從テ自然法ノ觀念ヲ擴張スルノ運命ヲ開キ外事係ノ裁判官ヲ置キタルコトハ羅馬ニ

萬姓法ヲ實行スルノ機會ヲ與ヘタルモノナリ故ニ若シ羅馬人ハ自然法ノ觀念ナカリシナラハ萬姓法ハ斯ノ如ク發達セサリシナルヘク又萬姓法ヲ實行スルノ機會ナカリシナラハ自然法ノ觀念ハ斯ノ如キ發達ヲ見サリシナラン自然法ノ觀念ト萬姓法ノ觀念トハ各其起源ヲ異ニスレトモ殆ト同時代ニ發セルカ故ニ二個ノ觀念互ニ相合シテ一ト爲リ羅馬法ヲシテ長足ノ進歩ヲ爲スニ至ラシメタルナリ歐洲人ノ著述中或ハ羅馬法ノ發達ハ自然法ノ觀念ニ毫末ノ關係ナシト論スル者アリ、英國ノ「ハンター」ノ羅馬法ノ如シ是レ固ヨリ無稽ノ說ニシテ採ルニ足ラス「ユスチニアン」法典ハ世界ノ法律ノ模範トナリシモノナレトモ其功績ノ大部分ハ之ヲ希臘哲學殊ニ「ストイック」學派ノ主張シタル自然法ノ觀念ニ歸セサルヲ得サルナリ

第三、市民法(Jus Civile)大官法(Jus honorarium)

市民法ニ對シテ大官法ナルモノアリ玆ニ所謂市民法ハ即チ前ニ述ヘタルモノニシテ民會ニ於テ定メタル法律並ニ舊習慣ナリトス大官法トハ名譽アル官職ヲ有シル大官ノ作リタル法律ナリ大官ノ重ナル者ヲ「プレートル」(Praetor)ト云フ「プレートル」ノ在職期限ハ一箇年ニシテ就職ノ初ニ法令ヲ發シ以テ其在職中ニ執行セント欲スル法律ヲ人民ニ豫告スルヲ恒例トス而シテ此等ノ法令ニ規定セル事項ハ毎年大抵類似セリ、故ニ之ヲ恒久令(Perpetuum edictum,)ト云ヘリ恒久令ノ內容ハ市民法ノ規定事項ト異ナリ社會ノ事情ニ從ヒ必要ニ應シテ發布セルモノナリ故ニ往々外國人ニ關スル事項アリ恰モ萬姓法ヲ成文トシタルカ如キモノトス萬姓法ト大官法トハ酷タ相似タリ、唯萬姓法ハ大官法ニ比シテ其範圍廣濶ナルノミ

第四、成文法不文法(一名慣習法)

成文法トハ何ソヤ「ユスチニアン」法典ニ之ヲ列記シタリ曰ク貴族及ヒ平民ノ集合セル國民會ニ於テ議定シタル法律、平民ノミノ會ニ於テ議定シタル法令、元老院ノ議決、大官ノ發シタル命令即チ恒久令ノ類及ヒ法律學者ノ答案ヲ謂フ此中法律學者ノ答案カ成文法ノ一部タルニ付テハ少シク說明ヲ要スルモノアリ、羅馬ニ於テモ法律學者ハ直接ニ法律ヲ作ルノ權ナカリシハ勿論ナリ然レトモ若シ法律學者カ人ノ問ニ對シテ答ヲ爲シ而シテ其答カ裁判所ノ爲メニ採用セラルヽトキハ即チ法律ノ效力ヲ有スルトセリ法律學者ハ最初ハ口頭ニテ答ヲ爲シタルモ後ニハ書

面ヲ以テ答ヲ爲スノ慣習ヲ生セリ、此書面ノ答カ法律ノ效力ヲ有スルモノナルカ故ニ今日我國ノ狀況ニ照シテ之ヲ說明スレハ訴訟ノ鑑定書カ法律ノ效力ヲ有スルト一般ナリ

羅馬ニテハ成文法ノ外ニ慣習法アリ十二標ノ法律ハ純然タル成文法ニシテ其後ニモ諸種ノ成シテ此慣習法ニ從ヘリ十二標ノ法律ハ純然タル成文法ニシテ其後ニモ諸種ノ成文法出テタリト雖モ亦別ニ多少ノ慣習法ナキ能ハス、且羅馬ニ於テモ慣習ヲ以テ法律ヲ廢止スルコトアリ慣習ヲ以テ法律ヲ廢止スルハ慣習ニ依テ法律ヲ作ルト其道理ヲ同フス唯タ一ハ消極的ニシテ一ハ積極的ナルノ差異アルノミ

是ヨリ慣習法ノ效力アル所以ニ付テ略述センニ羅馬人ノ所謂慣習法ハ近世ノ所謂慣習法ト性質ニ於テ異ナルモノアラス盖シ何レノ國ニテモ慣習法カ法律ノ效力ヲ有スル所以ハ人民ノ同意ニ基クモノナリ即チ一般人民ノ是トスル所ノモノカ立法者ノ手ヲ經テ成文法トナルモノアリ又裁判所ノ爲メニ採用セラレテ法律トナルモノアリ又人民ノ慣用ニ依テ不知不識ノ間ニ法律トナルモノナリ、第一ノモノハ即チ成文法ニシテ第二第三ノモノハ即チ慣習法ナリ、故ニ慣習法ハ之ヲ大

別スレハ裁判所ノ爲メニ法律トナルモノト、人民ノ慣用ノ爲メニ法律タル效力ヲ有スルモノトノ二種アリトス獨逸ノ學者ハ前者ヲ稱シテ「ユーリステンレヒト」(Juristenrecht)ト云ヒ後者ヲ稱シテ「フオルクスレヒト」(Volksrecht)ト云ヘリ、英國ニハ之ニ相當スルノ文字ヲ用キス而シテ羅馬ニ於テモ亦之ヲ區別スルノ名稱ハ存セサルナリ然レトモ其實物ノ存セシヤ言ヲ俟タス、要スルニ慣習法ハ人民ノ意向ニ基キテ發生スルモノナルコトヲ忘ルヘカラス

ニハ左ノ要素ヲ具備セサルヘカラス

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

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

三、永久ノ慣習カ法律上ノ規則ニ關係スルコト　法律上ノ規則ニ關係ナキ慣習ハ幾回之ヲ繰返スモ又永久ノ間存在スルモ決シテ法律タルコトヲ得ス、例ヘハ物

慣ノ劃引ヲ爲スカ如キハ法律トシテノ效力アル慣習ニアラサルナリ

四、行爲ノ繰返カ法律ノ誤解ニ因ラサルコト　此點ニ付テハ學者間議論アリ「デルンブルヒ」ノ說ニ依レハ「法律ノ誤解ニ依ル行爲ト雖モ幾回モ之ヲ繰返ストキハ法律ト爲ルコトアリ唯之レニ類似ノ塲合ニ推及スルコトヲ得サルノミト云フニ在リ「ウヰンドシヤイド」ハ之ニ反對シテ曰ク凡ソ法律ノ誤解ニ因ル行爲ハ之ヲ繰返スコト幾回ノ多キニ達スルモ遂ニ法律ト爲ルヲ得サルモノナリ」ト羅馬法ノ解釋トシテモ「ウヰンドシヤイド」ノ說是ナルカ如シ

五、慣習カ風紀ニ背反セサルコト

成文法ヲ久シク適用セサルトキハ自ラ廢滅ニ歸スヘキヤ否ヤノ點ハ疑問ニ屬スルトキハ他ニ慣習法ノ起ルコト通常ノ狀態ナル盖シ成文法ヲ適用セスシテ放任スルトキハ成文法ヲ取消スコトヲ得ルヤノ問題ニ同シ、ユスチニアン」法典ノ學說彙纂ニハ法律學者「ユーリアヌス」(Julianus)ノ學說ヲ掲ケタリ曰ク「慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得ヘシ」ト然ルニ同法典ノ法令類典ニハ「コンスタンチヌス」帝ノ作リタル法令ヲ掲ケテ曰ク慣習法ハ成文法ヲ取消スノ效

力ナシト、オナシク「ユスチニアン」法典中ニ於テ斯ノコトク抵觸スル二個ノ法文ヲ掲クルハ一ノ疑問ト謂フヘシ中古以來羅馬ノ法律學者ノ多數ハ曰ク「慣習法ハ成文法ヲ取消スノ力アレトモ而モ特別ノ慣習ヲモッテ一般ノ成文法ヲ取消スコトヲ得ス、故ニ「コンスタンチヌス」帝ノ所謂慣習法カ成文法ヲ取消スコトヲ得ストハ特別ノ慣習カ一般ノ成文法ヲ取消スコトヲ得サルノ意味ナリ」ト然レトモ法令類典ハ特別ノ慣習ハ即チ一般ノ慣習法ヲ指スモノト解釋セサルヘカラス、和蘭ノ學者「フォーエット」(Voet)(千七百十四年歿ス)曰ク「共和政體ノ國ニ於テハ慣習法カ成文法ヲ取消スコトヲ得レトモ君主國ニ在テハ全ク之ニ反スト何トナレハ君主カ眞ニ主權ヲ掌握セルトキハ君主ノ同意ヲ得ルニアラサレハ法律ヲ取消スコトヲ得サレハナリ故ニ學說彙纂ニ載セタル「ユリアヌス」ノ說ハ君主國ニ之ヲ適用スヘカラス」ト余以爲ヘラク此說實ニ「ユスチニアン」法典ノ外面ノ抵觸ヲ調停スルニ足ルヘシ案スルニ「ユリアヌス」ハ「ハドリアヌス」帝ノ時代ノ人ナリ而シテ此時代ニハ人民未タ共和政治ノ思想ヲ脫セス皇帝ハ唯人民ノ委託シタル權柄ヲ揮フニ止ルモノト信セリ此時代ニ生シタル「ユリアヌス」カ慣習法ヲ以テ成

文法ヲ取消スコトヲ論シタルハ固ヨリ宜ナリト謂フヘシ、然ルニ「コンスタンチヌス」帝ハ帝王專制ノ政治カ殆ト其絶頂ニ達シタル後帝位ニ即キタル人ナリ故ニ君主ノ制定シタル法律ハ人民間ニ起レル慣習ヲ以テ之ヲ取消スコトヲ得スト斷言シタルナラン是ニ由テ之ヲ觀レハ羅馬法律ノ沿革ニ照シ古昔ハ慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得タレトモ「コンスタンチヌス」帝ノ頃ニ及ンテハ慣習法ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得サリシヲ知ルヘシ之ヲ英國ノ法律ニ比較スレハ英國ニ於テハ古來慣習法ヲ以テ成文法ヲ廢止スルヲ許サストセリ爲メニ不便ヲ生シタルノ實例モ少ナカラス但蘇格蘭ニテハ國會ノ議定シタル法令ハ慣習法ヲ以テ取消スコトヲ得ルモノトセリ、要スルニ慣習ヲ以テ成文法ヲ取消スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ法理上緊切ニシテ至難ナル問題ナリ

第五、人ノ法(Jus personarum)物ノ法(Jus rerum)

「ガイユス」法學階梯ト「ユスチニアン」法典ノ法學階梯トハ共ニ三段ヨリ成立セリ第一、人ノ法第二、物ノ法第三、訴訟(Actiones)是ナリ此中訴訟トハ即チ近世法律ニ於テ助法ト云フ者ナリ元來羅馬ニ於テハ主法助法ニ該當スル名稱ナシ然レトモ其

實物ノ存シタルヤ疑ヲ容レス、而シテ右法學階梯モ「ユスチニアン」法典モ助法ヲ除キ主法ヲ分類シテ人ノ法及物ノ法ト爲セリ人ノ法トハ其區域莫大ニシテ物ノ法トハ其區域莫大ニシテ物權、債權、相續法等ニ關スル法律ナリ羅馬人ノ思想ニ據レハ債權ハ無體物(resincorporales)トセリ相續物モ亦然リ死人ノ遺留財產(Hereditas)ノ如キ其中ニ包含セリトスルカ故ニ一括シテ無體物トセリ然リ而シテ「ガイユス」ノ法學階梯並ニ「ユスチニアン」法典ニ於テハ人ノ法、物ノ法ヲ先ニシテ訴訟ノコトハ之ヲ最後ニ載セタリ然ルニ十二標ノ法律ハ全ク之ニ反シ劈頭ニ訴訟手續ヲ記載シ、主法ノ規定ハ之ヲ後ニセリ是ヲ以テ近世歐洲ノ法律家ハ社會ノ幼稚ナル間ハ助法ヲ先ニスルモ人文ノ漸ク進歩スルニ從ヒ主法ヲ先ニスルニ至レリ此理論ハ歐洲ニ於テハ適用スルコトヲ得ヘシト雖モ之ヲ東洋諸國ニ適用スルハ余ノ躊躇スル所ナリ蓋シ我國及ヒ支那ニ於テハ公法ノ觀念夙ニ發達シタレトモ西洋諸國ハ私法ノ觀念先ッ發達シタリ、是レ主トシテ歐洲人カ私權利ヲ重スルニ因ル夫レ私權利ヲ重スレハ先ッ其救濟ノ途發達スルコト自然ノ結果ナリ然ルニ十二標ノ法律發布ノ頃ハ社會尙ホ幼稚ニシテ私權利救濟ノ道完備セス人

民ハ一般ニ訴訟手續ヲ知ルコトヲ得ス之ヲ知リタルハ貴族ノミナリ故ニ救濟ノ方法ニ付テハ毎ニ曖然タル紛擾ヲ起シタリシカ「ガイユス」「ユスチニアン」ノ時代ニハ人民ハ自由ニ訴訟手續ヲ知ルコトヲ得タルヲ以テ最早訴訟手續ニハ重ヲ置カス寧ロ訴訟手續ニ依テ實行セラルヘキ主タル權利ニ重ヲ置クノ傾向ヲ生セリ

第三節　權利(Jus)

權利ハ羅甸語ニテ「ユス」(Jus)ト云フ今日ニ在テハ諸國ノ人民皆權利ノ思想ニ富ミ法典ニ於テ諸種ノ權利ヲ規定スレトモ羅馬時代ニ於テハ權利ノ思想充分ニ發達セス、十二標ノ法律及ヒ「ユスチニアン」法典ノ如キ共ニ權利ノ思想ニ基キテ制定セラレタルモノト云フコトヲ得サルナリ然ルニ近世歐洲人ノ有スル權利ノ思想ハ却テ羅馬法律ノ解釋ニ依リテ養成セラレタルコソ奇妙ナレ、既ニ述ヘタルカ如ク羅馬人ハ訴訟(Actio)ニ重キ置キタレトモ中古時代ノ法律家カ羅馬法律ノ所謂訴訟ヲ解釋スルニ方テハ主トシテ權利ノ思想ニ基キテ之ヲ解釋シタリ蓋シ羅馬時代ニテハ權利ノ思想ハ未タ熟セサリシト雖モ絶無ナリト云フヲ得ス而モ中古ノ學者ハ之ヲ擴張シ遂ニ今日ニ至リテハ歐洲到ル處トシテ權利ノ思想ノ普及セサル

モノナシ然レトモ權利ノ思想カ發達シタルハ啻ニ羅馬法學者ノ功勞ノミナラス羅馬ニ代テ歐洲ノ覇權ヲ握リシ「チユートニツク」人種カ權利ノ思想ニ付テ素因アリ此素因カ羅馬法律ノ解釋ニ影響ヲ與ヘタルモノト信ス

近世ノ法律ニハ物權、人權(一名債權)ノ區別アリ羅甸語ニテハ之ヲ「ユス、イン、レム」(Jus in rem)「ユス、イン、ペルソナム」(Jus in personam)ト云フ其文字既ニ羅甸語ナルヲ以テ羅馬法律ニモ此區別アリタルヤノ感アレトモ決シテ然ラサルナリ英法及佛法ノ初メテ我國ニ輸入シタル時ハ對物權、對人權ト云ヒ或ハ對物權ヲ稱シテ物上權ト云ヘリ然ルニ對物權ハ三字ナルカ故ニ之ヲ短簡ニセントシテ物權對人權ヲ廢シテ債權ト云ヘリ元來羅馬法律ニハ此等ノ文字ナシ但羅馬法ニハ對物訴訟(Actio in rem)對人訴訟(Actio in personam)ノ區別アルノミナリシカ中古時代ノ羅馬法學者カ之ヲ解釋スルニ方テ偶然對物權、對人權ナル名稱ヲ生シタルナリ抑モ對物訴訟トハ物ノ所在ニ從ヒテ提出スルノ訴訟ニシテ、例ヘハ甲者ノ物件カ乙ノ手中ニ在ル塲合ニハ甲者ハ乙者ニ對シテ物件取戻ノ訴ヲ起スヘク若シ其物件ハ既ニ乙者ヨリ丙者ニ移轉シタリトセハ丙者ニ對シテ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトス、既ニ其結果ヨ

リ論スレハ甲者ハ物件自身ニ對シテ訴ヲ起スト同樣ナルヲ以テ之ヲ對物訴訟ト稱シタルナリ次ニ對人訴訟トハ直チニ人ニ對シテ提起スル訴訟ナリ(例ヘハ契約又ハ私犯ノ訴ノ如キ皆是ナリ)對物訴訟ニ依リテ保護セラル、權利ハ中古學者ノ所謂對物權即チ物權ナリ、對人訴訟ニ依リテ保護セラル、權利ハ所謂對人權即チ債權ナリ

然ルニ其語辭カ羅甸語ナル故ニ一般ニ解セラレサルヲ以テ各國皆國語ヲ使用セリ例ヘハ英ノ(Right in rem)、獨ノ(Dingliches Recht)佛ノ(Droit réel)如シ而モ其權利ヲ解釋スルニ歐洲大陸ノ人民トハ對人權ノ解釋ハ略ホ一致(特定ノ人ニ對スル)セリト雖對物權ノ解釋ハ必スシモ一致セス英人ノ解釋ニ依レハ對物權トヘハ世間一般ニ對スル權利ナリ、例ヘハ所有權ハ世間一般ニ對シテ有スル權利ニヲ世界ノ人ハ消極的犯サヽルノ義務ヲ負フ即チ如何ナル人ニ對シテモ物件ヲ取戻シ得ルハ世間一般ニ對シテ有スル權利ナルカ故ナリト反之佛獨人ノ普通解釋ニ依レハ物權ハ物ノ上ニ有スル權利ナリトシ或ハ物ノ上ニ直接ニ行使スル權利ナリトセリ假令ヘ解釋ニ巧拙アリトスルモ大陸學者ハ「物ノ上」ニト云フ文字ハ常

ニ使用ス此ニ於テ大陸學者ト英國學者ノ見解ハ何レヲ正トシ何レヲ邪トスルヤノ問題起ル余ハ信ス英國學者ノ見解ハ學理的ナリト、其理由二ツアリ、一ハ即チ(in rem)ノ意義ノ沿革ヨリ云ヘハ英國學者ノ說可ニシテ又論理的ナリ抑モ(in rem)ノinハ對スルノ義ニシテremハ物ノ義ナリ羅馬法ニ於テハ當初嚴正ニ「物ニ對スル」ト云フ義ヲ有シ漸々ニ「世間一般ニ對ス」ト云フ意義ニ變遷スルノ狀態アリシカ故ニ羅馬時代ヲ去ル遠キ今日ニ於テハ寧ロ百尺杆頭數歩ヲ進メテ「世間一般ニ對ス」ト云フ意義ニ解スルヲ可トス次ニ論理ニ反スト云フ點ハ一ノ類別ニ於テ他ト類別スルニ當テ一ノ部類カ他ノ部類ヲ排斥スルカ如クセサル可ラス「物ノ上ニ有スル權利」ト「特別ノ人ニ對スル權利」トヲ對立セシカ故ニ論理的ニ非スト云フ所以ナリ

第二章　各論

余ハ今之ヲ左ノ順序ニ依テ講述セントス

第一　人ノ法(jus in Personam)

第二　物ノ法(jus in rem)

第三　訴訟(Actio)

右ノ類別カ果シテ法理ニ適スルヤ否ヤヲ問ハス「ユスチニアン」法典ノ法學楷梯ハ始メニ人ノ法ヲ說キ次ニ物ノ法ヲ說キ終リニ訴訟ヲ說ケリ此順序ハ法理上必スシモ當ヲ得タルモノナリト信スル能ハサルモ其當時ノ羅馬人ノ思想ニ基ツキ羅馬法ヲ講センニハ此順序ニ依ルハ頗ル便宜ナリト信スルカ故ニ余ハ此順序ニ從ヒ人ノ法、物ノ法次ニ訴訟法ヲ說カントス但ユスチニアン法ノ法學楷梯ハ物ノ法ノ中ニ相續ニ關スル說明アリト雖トモ余ハ人ノ法終ルヲ待チ直チニ物ノ法ノ初メニ於テ相續ニ關シ說明スヘシ何トナレハ羅馬法ニ所謂人ノ法ハ近世法律ノ所謂親族法ニ該當シ而シテ親族法ト相續法トハ其關係甚タ密邇セルモノアルヲ以テナリ

第一節　人ノ法

第一款　人(Persona)

第一項　人トハ何ソヤ

現今歐洲諸國ノ法律ニ於テ「ペルソナー」(Persona)ナル文字ニ權利ノ主躰即チ權利ヲ享有スルコトヲ得ル者ヲ意味シ大抵ノ場合ニハ人ヲ指稱スト雖トモ英ノ Person 佛ノ Persona、獨ノ Person ト云フ皆同意義ナリトス然レトモ羅馬法ニ於テハ「ペルソナー」ヲ以テ權利ノ主躰ヲ意味スルモノト云フ能ハス即チ羅馬ニハ權利ナル觀念甚タ乏シカリシヲ以テ權利ノ主躰ナル觀念ニ於テモ亦甚乏シカリシ元來權利ナル思想ハ羅馬ニ於テ絕無ナリシト云フ能ハスト雖トモ其未タ發達ヲ見サリシコトハ爭フヘカラサル所ナリトス即チ羅馬ニ於テ權利ノ主躰ヲ指稱スヘキ特別ノ文字ナカリシニ依テ證明シ得ヘキナリ

「ペルソナー」ナル文字ニ二義アリ一ハ Caput ニ類似セル意味ニシテ即人格ニ該當スル『父死スルトキハ其「ペルソナー」ハ子ニ移轉ス』トハ羅馬人ノ口ニスル處ナルカ是蓋シ父死スルトキハ其人格子ニ移ルト云フニ同シトス二ハ Homo 即所謂人テフ意味ヲ有ス此意味ニ從フトキハ奴隸モ亦「ペルソナー」ナリト云ハサルヘカラス元來羅馬法ニ於テハ奴隸ハ權利ノ主躰ニアラスシテ只其ノ目的物ナレハ人ハ奴隸ヲ所有スルヲ得ルモ奴隸ニ私法上ノ權利ヲ享有スルコトヲ得ストナシタリ然レトモ奴隸ハ羅馬法ノ所謂人タルニハ相違ナカリキ而シテ奴隸ヲ以テ人トスル文

例ハ「ガイユス」ノ法學階梯及「ユスチニアン」法典ノ法學階梯ニ於テ見ル所ナリ又「ユスチアニン」法典ノ法學階梯草案者タル「テオフヒルス」(Theophilus)ノ著書ニ見ユル所ナリ要スルニ羅馬法ニ於テ「ペルソナー」ナル文字ハ人格テフ意義ト通常ハ同一ニ人テフ意義ニ用ヰラレ權利ノ主躰テフ意義ヲ有セサリシモノトス

斯ノ如ク「ペルソナー」ナル文字ハ現今ノ法律ニ用ヒラル、意義ト羅馬法ニ用ヰラレタル意義トハ大ニ異ナル所アリト雖トモ「ペルソナー」カ權利ノ主躰ヲ意味スルモノト爲リタルハ羅馬法ヲ解釋シツ、アル間ニ自然ニ發生シタルモノナリトス

前ニモ述ヘタルカ如ク後世ノ註釋家カ羅馬法ヲ解釋シツ、アル間ニ遂ニ權利テフ觀念ヲ十分ニ發達セシムルト同時ニ「ペルソナー」ナル文字モ亦權利ノ主躰テフ意味ヲ有スルニ至レルモノトス即チ中世時代ニハ奴隷制度次第ニ廢セラレタルカ故ニ人ト云フトキハ通常權利ノ主躰ヲ意味シ權利ノ主躰ト云フトキハ直チニ人ヲ指スコト、ナリテ益「ペルソナー」ヲ以テ權利ノ主躰ト爲ス觀念ヲ牢固ナラシメタリ

羅馬法ヲ研究セントスルモノハ此「ペルソナー」ナル文字ノ意義ノ沿革ヲ知ラサル

ヘカラス若シ之ヲ現今歐洲諸國ノ用ヰル意義ト同一ノモノト解釋スルトキハ大ナル誤謬ニ陷ルヘシ歐洲諸國ノ法律家ニシテ此誤謬ニ陷リタル者尠シトセス余カ斯ノ如ク「ペルソナー」ナル文字ニ付キ説明ヲ爲ストキハ人或ハ云ハン區々文字ノ末ニ拘泥スルコト甚シト是余カ微意ノ存スル處ヲ知ラサルノ言ノミ之ヲ要スルニ「ペルソナー」ハ羅馬法ニ在テハ人ヲ意味スルモノナルヲ以テ「ユスペルソナー」ハ即チ人ノ法ニシテ奴隷ニ關スル制度モ亦タ此中ニ規定セラルヽ者トス

第二項　人格即チ權利能力(Caput)

人カ權利ヲ享有スルニハ「カプット」即チ人格ヲ有スルヲ要ス獨逸法ニ所謂權利能力(Rechtsfähigkeit)是レナリ能力ニハ權利能力ト行爲能力トノ別アリ行爲能力トハ吾民法ノ所謂能力ナリ權利能力トハ權利享有ノ能力ナリ吾民法ノ所謂私權ノ享有是レナリ我民法ハ此點ニ付佛民法ノ餘流ヲ汲ミタルモノナリ而シテ人格ハ是ヲ三個ニ區別セリ自由(Libertas)市民權(Civitas)及ヒ家族權(Status hominis)是レナリ

自由トハ奴隷ニ非ラサルヲ云フ生レ乍ラ奴隷ニ非ラサルモノアリ自由人(ingenuus)ト稱ス一度奴隷タリシモ其後解放セラレテ自由人トナリシモノアリ被解放者ト

云フ次ニ市民權トハ羅馬市民ノ權利ナリ是ヲ列擧セン ニハ(Suffragium et honoe)即チ撰擧權及ヒ名譽權、此名譽權ト云フハ大官ト爲ルノ權利ナリ

(Connubium)即チ結婚權、(Commercium)即チ財產權、此權利ハ羅馬市民法ニ從ヒテ財產ヲ保有シ及ヒ契約ヲ取結フノ權利ヲ含ムモノトス尙遺囑能力モ亦タ此市民權中ニ包含サレタリ遺囑能力(testamenti factio)トハ市民法ニ從ヒ遺囑ヲ受ケ遺囑ヲ爲シ及ヒ遺囑ノ證人トナルノ權利ナリ市民法ハ斯ノ如ク種々ノ權利ヲ包含スルヲ以テ是ヲ分割シテ外國人ニ與フルコトアリ即チ一私人ニ對シテハ「ラテン」權(Jus Latinum)ヲ與ヘ都府ニハ伊太利權(Jus Italicum)ヲ與ヘタリラテン權ヲ與フルニ當テ市民權ノ一部ヲ與フルコトアリ例ヘハ結婚及ヒ財產權ノミヲ與ヘ又ハ只財產權ノミヲ與ヘ、又ハ遺囑能力ノミヲ與フルコトアリ伊太利權ヲ都府ニ與フルトキハ其都府ハ羅馬市民法ニ依ルコトヲ許サレ或ハ租稅ヲ免ルヽコトアリ第三世紀「カラカラ」帝時代ノ初ニ於テ私權享有ニ關スル檣壁ヲ除去シタレトモ只捕虜ニ至テハ充分ノ私權ヲ享有セサリキ然ルニ「ユスチニアヌス」帝ニ至リテハ捕虜(Peregrm dediteii)ノ如キ亡國ノ民ト雖モ一視同仁トセリ

家族權トハ子タルノ資格、親タルノ資格ノ如キ即チ是レナリ羅馬法ニ於テハ家父(Pater familias)ナル者アリテ一種ノ全權ヲ司レリ外ニ對シテハ一家ヲ代表セシ吾國ノ戸主ニ類似スト雖モ其權利ハ遙カニ廣大ナリ家父ハ獨立シテ何事ヲモナシ得タレトモ他ハ是ニ附屬シ居ルノミナリキ故ニ家父ヲ自權者(Sui juris)ト云ヒ他ハ他權者(alieni juris)ト稱セリ

以上述フル所ニ從ヒ人ヲ區別スル時ハ、人ハ自由人ト奴隷トニ分カレ、自由人ハ市民ト外國人トニ分カレ、市民ハ自權者ト他權者トニ分タル

次ニ Capitis deminutio 即チ人格ノ減等ニ付テ說明セン ニ先ニ述ヘタル自由、市民權及ヒ家族權ノ三個ノ人格中何レカ一ヲ失フヲ人格ノ減等ト云フ人格ノ區別アリ

第一人格減等(Capitis deminutio maxima)トハ即チ自由ヲ失ヒ奴隷トナルヲ云フ人カ奴隷トナレハ他ノ二權ヲ併セテ失フモノトス故ニ人格大減等ハ人格ノ消滅ナリ

第二人格中減等(Capitis deminutio media)トハ市民權ヲ失フヲ云フ例ヘハ拉典地方ノ

住民ハ羅馬市内ノ人民ト同等ノ特權ヲ有セス故ニ羅馬市民カ拉典地方ニ永住スルトキハ羅馬市民權ヲ失ヘシ市民權ヲ失ヘハ家族權ヲモ併セテ失フモノトス故ニ人格中減等ハ市民權及ヒ家族權ヲ失フヲ云フ

第三人格少減等(Capitis deminutio minima)トハ家族權ヲ失フヲ云フ例ヘハ羅馬舊法ニ於テ他家ノ養子トナレハ實家ノ人ニアラス從テ實家ニ於ケル地位ヲ失フモノトス故ニ舊法ニ於テ他家ノ養子トナルトキハ人格ニ減等ヲ受ケタルナリ然レトモ「ユスチニアヌス」帝ノ法律ハ養子トナルモ實家ニ於ケル地位ヲ失ハス從テ實父死亡スレハ相續權ヲ有ス

「ガイユス」及ヒ「ユスチニアヌス」ノ法學階梯ニハ人格減等ハ人格ノ變更ナリト云ヘリ「ザピニー」及ヒ「ヘフナー」ハ之ヲ評シテ曰ク『人格ノ變更ハ必スシモ人格ノ減等ニアラス例ヘハ自權者カ他權者トナルモ他權者カ其父死亡シテ相續シタルタメ自權者トナルモ人格減等ト云フヲ得ス故ニ人格ノ減等ハ舊來ノ資格ヲ變シテ劣等ト爲スモノヲ云フナリ』ト是レ蓋シ至當ノ語ナル可シ奴隷解放セラルヽモ之レカ爲メ人格ノ減等トナラス何トナレハ奴隷ハ元來人格ヲ有セサル者ナレハナリ「デモステヌス」ノ云フ所ニヨレハ奴隷ヲ解放スルトキハ其時ヨリ人格ヲ有スルモ其以前ニハ人格ヲ有セス從テ權利ノ主躰ニ非ラサルナリ元來羅馬法律家ノ腦中ニハ權利主躰ナル觀念ナシト云フ可カラサルモ今日ノ如ク發達セシ者ニハアラサリシナリ

Existimationis minutio 即チ令名ノ減少ヲ說カンニ我邦ニ於テハ或ル犯罪者ノ公權ヲ剝奪スルナリ而シテ之ニ類似ノコトハ羅馬法ニ於テモ存在セリ羅馬法ニ於テハ完全ナル人格ヲ有スルコトヲ令名ヲ完フスト云ヘリ令名トハ通常人ノ享有スルコトヲ得ル令名ノ謂ヒナリ即チ名聞ニ瑕疵ナキコトニシテ公權並ニ私權ノ行使ニ付テ制限ヲ受ケサレハ即チ令名ヲ完フスト云フ令名ノ全部ヲ失フヲ令名ノ消滅ト云フ人格大減等ヲ受クル場合ノ如キハ即チ是レナリ令名ノ一部ヲ失フヲ令名ノ減少ト云ヘリ吾國ニ於ケル剝奪公權ハ公權ノミニ關スルモ令名ノ減少ハ公權私權共ニ關係ス人若シ令名ノ減少ヲ受クルトキハ公權又ハ私權ノ一部ヲ制限セラル例ヘハ選擧權及ヒ名譽權ヲ剝奪セラルヽコトアリ又時トシテハ結婚權ヲ制限セラルヽコトアリ例ヘハ自由人トノ結婚ヲ禁スルカ如シ時トシテハ他人

ノ爲ニ裁判所ニ於テ訴訟ヲ爲スヲ禁セラルヽコトアリ又裁判所ニ於テ後見人ヲ定ムル場合ニ令名減少者ヲ除外スルコトアリ又令名減少者證人トナルモ裁判所ハ其證言ヲ採用セサルコトアリ又遺囑者カ自己ノ兄弟姉妹ニ財産ヲ遺留セスシテ令名ノ減少者ニ遺留スルトキハ裁判所ハ遺囑ヲ取消スコトアリ

令名ノ減少ニハ二個ノ區別アリ破廉耻(infamia)及ヒ汚辱(turpitudo)是レナリ國民會ノ法律又ハ「プレトール」法會ニ令名減少ノ條件ヲ豫シメ記載セル場合ニ其條件ニ基キテ受クル令名ノ減少ヲ破廉耻ト稱ス然ルニ斯ノ如キ法律又ハ法令ノ規定ニ基カスシテ裁判所カ自己ノ權限ニ於テ世人ノ擯斥スル如キ罰ヲ加ヘテ公權又ハ私權ヲ制限スルトキハ之ヲ汚辱ト稱セリ破廉耻ニハ二アリ直接破廉耻(Infamia immediata)間接破廉耻(Infamia mediata)是レナリ直接破廉耻トハ或ル重大ナル罪ヲ犯ス場合ニ當然隨伴スル所ノモノナリ例ヘハ卑劣ノ方法ヲ以テ兵役ヲ免レントスル者又ハ重婚ヲ爲ス者ハ刑ノ宣告ヲ待タス當然破廉耻ト見做サル間接破廉耻トハ裁判所ノ宣告ヲ待テ破廉耻トナルヲ云フ例ヲ擧クレハ後見人カ職責ヲ盡サスシテ訴ヲ受ケ或ハ會社員カ會社財産ヲ恣ヒマヽニシタルカ爲メ又ハ他ノ寄託物ヲ勝手ニ消費シタルカ爲メ又委任ヲ受ケテ責ヲ盡サヽル等ノ爲メ訴ヲ受ケタルトキハ裁判ノ宣告ヲ待テ破廉耻トナルカ如シ

是ヨリ人ノ生死ニ關スル規則ヲ述フ可シ人生ルレハ人格ヲ有シ死スレハ人格ヲ失フモノトス今出生ニ關スル條件ヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　懷胎後六ケ月ヲ經過シテ出生セルモノタルコトヲ要ス故ニ若シ六ケ月ニ滿タスシテ出生セルトキハ之ヲ不熟ノ胎兒ト稱ス其生キテ出生セルト死シテ生出セルトヲ問ハス到底成育ノ見込ナキヲ以テ人格ヲ得サルモノトス然レトモ此不熟胎兒ニ付テハ議論ナキニアラス「ザビニー」ハ不熟胎兒トハ滿六ケ月前ニ死シテ生レタル者ヲ指スト云ヒ「ヴエヒテル」(Wächter)ハ滿六ケ月前ニ出生シタル者ハ其生死ヲ問ハスト云ヘリ故ニ「ザビニー」ノ說ニ依レハ出生後一日タリトモ生存セハ人格ヲ取得シ權利ノ主躰トナル可シ「ヴエヒテル」ノ說ニ依レハ例ヒ生存シタリトスルモ尙人格ヲ取得スルコト無ク從テ又權利ノ主躰トハナラサル可シ羅馬法ノ解釋上ヨリ云ハヾ後說恐クハ是ナラン必スシモ身躰ノ健全ナルコトヲ要セス只滿六ケ月ヲ經過シタル後生キテ出生スレハ充分ナリトスヘキカ如シ

第二　母躰ヨリ全ク分離セルコトヲ要ス故ニ分娩セントスルニ當リテ死亡セル者ハ人格ヲ得ルコトナシトス

第三　生兒カ人躰ヲ具備スルコトヲ要ス苟モ人躰ヲ具備スル以上ハ四肢ノ欠缺アリト雖モ人格ヲ取得スルノ妨害トハナラサルナリ又多クノ羅馬時代ノ學者ノ說ニ依レハ生兒カ出生後聲ヲ發スルコトヲ要スト云フモノアリト雖モ「ザビヌス」派ノ學者ハ之ニ反對シテ「コスチニアヌス」帝ハ此派ノ說ヲ採レリ

以上ノ條件ヲ具備シテ生レタル兒ハ必ス一度ハ人格ヲ取得ス可キナリ一日人格ヲ取得シタル以上ハ直チニ死亡スルモ其死兒ノ相續人トナル可キ者之レカ相續ヲ爲スヲ得可シ例ヘハ子ノ生ルヤ其父カ死亡セルトキハ其父ノ人格カ子ニ移ツルモノナルヲ以テ其子之ヲ相續シ若シ其子カ續イテ死亡セルトキハ其子ノ相續人之ヲ相續ス

一般ノ原則トシテハ人生レサレハ人格ナシ然レトモ胎内ノ兒モ時ニ人ト見做サル、場合無キニ非ラス即チ相續ノ場合是レナリ父カ死亡セルトキハ其子ノ尙胎内ニ存在セルトキハ其父ノ相續人ヲ定ムルニ當テ其子ノ受ク可キ部分ハ其子ノ出生迄之ヲ保存ス其子若シ前記ノ條件ヲ具備シテ生ルヽトキハ直ニ其相續物ヲ取得ス可シ若シ又其子カ死シテ生レタルトキハ始メヨリ胎内ニ非ラサルモノト同一視シテ其保存シ置キタル相續物ハ父ノ相續人之ヲ相續ス此規則ハ獨リ父ノ死亡セル場合ノミナラス他ノ親屬ノ死亡セル場合ニモ亦適用セラルヽモノナリ又胎兒ニ管財人(Curator)ヲ付スルコトアリ又刑事上ノ規則ニ於テハ母若シ墮胎セハ刑罰ヲ加ヘラレ又死刑ノ宣告ヲ受ケタル婦女懷胎ナル時ハ其子ノ出生迄刑ヲ執行セストセリ

人ノ生死ノ證明ノ責任ニ付テハ其生死ニ因テ利益ヲ得ント欲スル者コレヲ證明セサル可カラストセリ例ヘハ甲ナル者ノ生死カ未タ判然セサルニ當テ乙者ハ甲者ノ財產ヲ相續セント欲スルトキハ乙者ハ甲者ノ死ヲ證明セサル可カラス今日諸國ノ法制ニ於テハ失踪ノ宣告ヲ以テ死亡シタル者ト推測スル制度アルト同シク羅馬ニ於テモ人カ久シキ時間失踪セルトキハ場合ニ依リ死亡シタル者ト推測スルコトアリト雖モ此推測ヲ下スニ一定ノ年限ヲ設ケス各事件ノ性質ニ依テ決定ス可キモノトセリ然レトモ數多ノ人カ同一事件ニ因テ死亡シタルトキハ其何

レカ先ニ死亡セルトスルヤニ付テハ推測ヲ設ケタリ例ヘハ難船ノ爲メ父及ヒ子カ死亡セルトキハ其子カ十四歳以下ナルトキハ父ヨリ先ニ死亡セルモノト推測シ十四歳以上ナルトキハ父ヨリ後ニ死亡セルモノト推測ス

第三項　行爲能力

權利能力ニ對シテ行爲能力ト云フモノアリ獨逸語ニ所謂(Handlung stähigkeit)ナルモノ是レナリ吾新民法ニ於テハ權利能力ハ之ヲ私權ノ享有ト云フ行爲能力ハ佛國ノ例ニ倣ヒテ單ニ能力ト稱セリ以下能力ノ事ニ付テノ說明ヲ爲サン羅馬法ニ於テハ人ノ年齡ヲ分テ三階段トセリ即チ男女共ニ七歳ヲ以テ一階段ト爲シ又男ハ十四歳又ハ十二歳ヲ以テ一階段トセリ又第二世紀ノ終リヨリ廿五歳ヲ以テ一階段トセリ而シテ是等ノ階段ニハ各特別ナル名稱アリト雖モ正確ニ吾國語ヲ以テ之ヲ譯スルコト頗フル困難ナリ今支那ニ於ケル古來ノ年齡ノ區別ヲ看ルニ禮記曲禮ニ曰ク『人生十年曰幼學、二十曰弱冠、三十曰壯有室、四十曰強而仕、五十曰艾服官政、六十曰耆指使、七十曰老而傳、八十九十曰耄、七年曰悼、悼與耆雖有罪不加刑焉、百年曰期頤』云々ト然リト雖モ其幼ト云ヒ壯ト云フ皆ナ羅馬法ニ於ケル年

ノ區別トハ大ニ其意義ヲ異ニスルヲ以テ余ハ只其正當ト信スル譯語ヲ付スルニ止メント欲ス

第一幼者(Infantes)幼者トハ七歳以下ノ者ヲ云フ曲禮ニ所謂悼ニ該ルモノナルベシ羅馬法ニ於テハ幼者ノ行爲ハ法律上何等ノ效力ヲ生セトスレトモ只他人ヨリ贈與ヲ受ケ已ニ其贈與サレタル物ヲ受取レル場合ニ限リ其行爲ハ效力アルモノトセリ人或ハ曰ク羅馬人ハ七ノ數ヲ好メリト果シテ然ルヤ否ヤ吾之ヲ知ラズ』

第二、未婚年者(Impuberes)未婚年者トハ婚年(Pubertas)即チ結婚シ得ベキ年齡ニ達サル者ヲ云フ而シテ婚年ニ達シタル者ハ之ヲ「プーベレス」(Puberes)即チ婚年者ト稱セリ「サビヌス」派ノ學說ニ因レバ婚姻ノ年齡ハ人ニ依テ異ナルカ故ニ法律上一定ノ年齡ヲ標準トシテ規定ス可キモノニアラズトセリ「プロクールス」派ノ學者ハ之ニ反對シテ曰ク『人ヲ裸躰ト爲シ一々其結婚ニ適セル者ナルヤ否ヤヲ檢査スルカ如キハ善良ノ風俗ヲ害スルノ恐アリ』ト云フニアリ而シテ此派ノ學者ハ男ハ十四歳女ハ十二歳ヲ以テ婚年トスルヲ相當ナリトセリ「ユスチニアヌス」帝ハ此派ノ說ヲ採用シ、ユスチニアヌス」法典ニ

於テハ未婚年者トハ十四歳以下ノ男子十二歳以下ノ女子ヲ云フモノトセリ是等ノ者ハ結婚ヲ爲シ又遺言ヲ爲スコヲ得ス又自己ノ財産ヲ管理スルニモ後見人ノ同意ヲ要スルモノトセリ

未婚年者ヲ分テ二トス一ハ幼年ニ近キ未婚年者ト云ヒ一ハ婚年ニ近キ未婚年者ト云ヘリ「アックルシュス」ノ說ニ依レハ男子ハ七歳ヨリ十歳迄女子ハ七歳ヨリ九歳半迄ヲ幼年ニ近キ未婚年者トシ是レヨリ以上即チ男子ハ十四歳迄女子ハ十二歳迄ヲ婚年ニ近キ未婚年者ト云フトセリ又「ヤコブス、ゴトコレヅス」及ヒ「サビニー」ノ說ニ依レハ幼年ニ近キ未婚年者トハ七歳ニ最モ近キ未婚年者即チ七歳ヨリ八歳迄ノ者ヲ云ヒ婚年ニ近キ未婚年者トハ十四歳又ハ十二歳ニ近キ未婚年者即チ男子ハ十三歳ヨリ十四歳迄女子ハ十一歳ヨリ十二歳迄ヲ云フトセリ

以上兩說中「サビニー」氏等ノ說ハ大躰ニ於テ其當ヲ得タルモノト思考ス而シテ婚年ニ近キ未婚年者トノ間ニハ羅馬ノ古法ニ於テハ何等ノ區別ナカリシト雖モ「ハドリヤヌス」帝以來婚年ニ近キ未婚年者ハ或ル塲合ニ於テハ私犯上ノ責任ヲ生スル者トセリ

幼年ヨリ長シタル未婚年者（Impuberes infantia majores）ナル者アリ即チ男子ニ在テハ七歳以上十四歳迄女子ニ在テハ七歳以上十二歳迄ノ者ヲ云フ單ニ未婚年者ト云フトキハ出生ヨリ十四歳迄ヲ云フト雖モ幼年ヨリ長シタル未婚年者ハ七歳以上ノモノヲ云フ此未婚年者ハ凡テノ法律行爲ハ獨立シテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス只自己ノ財產ヲ減少スル所爲ハ後見人ノ同意ヲ經サレハ效力ナキモノトセリ

第三、成年者（minores）成年者トハ廿五歳以上ノ者ヲ云フ未成年者トハ廿五歳以下ノ者ヲ云フ古ハ此區別ヲ設ケサリシト雖モ、第二ノ「ピユーニク」戰爭後「レツクス、プレトリヤ（Lex Plaetoria 186 B. C）ト云ヘル法律ニ於テ始メテ設定セラレタリ即チ廿五歳以下ノ者ハ管財人ノ保護ヲ受クルコトヲ得トセリ其後尙一步ヲ進メテ必ラス保證ヲ受クルコトヲ要スルモノトセリ

次ニ男女ノ區別ニ付キ說明スレハ婦女ハ男子ニ比スレハ法律上ノ能力ヲ欠クコト頗多シ例ヘハ婦女ハ其子孫ノ後見人トナルノ外、他ノ公務ニ從事スルヲ得サルカ如キ又婦女ハ他人ノ保證人トナルヲ得サルカ如キ又遺囑ノ證人トナルヲ得サ

ルカ如キ、又家父權ヲ有スルコト能ハサルコト即チ戶主トナルコトヲ得サルガ如キ又家父權ナキガ故ニ正當ナル養子ヲ收用スル能ハサルカ如キ等種々ノ點ニ於テ其能力ハ男子ニモ生殖器ノ不具者ナルモノアリ是亦生レ乍ラノ不具者ト出生後ニ人爲又ハ天然等ノ爲メ不具者トナリタル者トニ區別セリ生レ乍ラノ不具者ニハ時ニ或ハ平癒スルコトアリト云フノ理由ヲ以テ遺囑ヲ爲シ、結婚ノ約束ヲ爲シ養子ヲ收用スルコトヲ許セリト雖トモ生レテ後人爲又ハ天災ノ爲メ生殖器不能トナリタル者ハ遺囑ヲ爲スコトヲ得ルモ結婚ノ約束ヲ爲シ養子ヲ收用スル能ハス又兩性ノ者ハ男ニ近キヲ男トシ、女ニ近キヲ女トス事ノ疑ハシキ場合ニハ男トスルモノトセリ

是ヨリ心神錯亂者ニ付テ一言セント欲ス古昔羅馬法ニ於テハ心神錯亂者ヲ分ッテ二種ト爲セリ心神喪失者及ヒ心神耗弱者是レナリ心神喪失者トハ其心神錯亂シテ平癒ノ見込ナキ者ヲ謂ヒ心神耗弱者トハ尙平癒ノ見込アル者ヲ謂フ又或ル說ニ依レハ「ユスチニアヌス」帝以來ハ斯ノ如キ區別ヲ設ケサリシトモ謂ヘリ此說ノ當否ハ暫ラク措キ心神錯亂者若シ一時其心神ヲ回復セル間ニ於テ或ル行爲ヲ爲スコトアルトキハ其行爲ハ有效ナルモノトセリ羅馬法ニ於テハ心神錯亂者ニハ必ス管財人ヲ付シタリト雖モ若シ一時心神ヲ回復セル間ニ於テ或ル行爲ヲナセルトキハ假令管財人是レニ關與セサルトキト雖モ尙之ヲ有效トナセリ此他ノ場合ニ於ケル心神錯亂者ノ行爲ハ當然無效即チ不成立ノモノトセリ次ニ說明スヘキ者ハ浪費者是レナリ浪費者トハ何等ノ思慮無ク漫リニ其財產ヲ浪費スル者ヲ云フ斯ノ如キ行爲アル者ハ裁判所ノ決議ニ因リテ其治產ヲ禁セラル、者トス然レトモ其現ニ決議ヲ以テ治產ヲ禁セラル、ニ至ル迄ハ其者ノ所爲ハ凡テ有效ナルカ故ニ是レカ責任ヲ負ハサル可カラサルヤ當然ナリトス浪費者トシテ其治產ヲ禁セラルレハ之レニ管財人ヲ付ス可キモノナリトス而シテ又浪費者ニ治產ヲ禁スルハ羅馬ノ習慣法ニ基クモノナリトス又羅法法ニ於テハ浪費者心神錯亂者ハ共ニ其治產ヲ禁シテ是レニ管財人ヲ付シ來リタルハ同一ナリト雖モ兩者ノ間ニ差異ナキニアラス今其差異ヲ要言スレハ即チ心神錯亂者ノ行爲ハ其一時本心ニ回復セル場合ニ之ヲ爲シタルモノ、外ハ凡テ之ヲ無效トセリト雖モ浪費者ニ於テ其浪費者自身ヲ利益スル行爲ハ之レヲ有效トシ只浪費者ヲ害スル行爲ノ

ミハ之ヲ無效ナリトセリ

第四項　住所(Domicilium)

Domicilium 即チ住所ナル文字ハ Domus 即チ家ナル文字ヨリ來レルモノナリ而シテ住所ナル文字ニハ二樣ノ意義在リテ存ス其一ハ客觀的ノ意義ニシテ他ノ一ハ主觀的ノ意義ナリトス今其客觀的ノ意義ニ據ルトキハ住所トハ人カ權利ヲ享有シ且是レヲ行使スルニ付テ主タル關係ヲ有スル場所ナリトス例ヘハ或ル場所ニ於テ財產ヲ有シ主タル職業ニ從事スルトキハ其場所ハ即チ住所ナリトス次ニ主觀的ノ意義ニ據ルトキハ住所トハ場所其物ヲ指スニ非ラスシテ權利ヲ享有シ是ヲ行使スルニ付テノ主タル關係其モノヲ指ストセリ是ヲ要スルニ近世ノ學者ハ重モニ住所ヲハ主觀的ノ意義ニ解セリト雖モ沿革上ヨリ是ヲ觀察スルトキハ古昔ノ羅馬ニ於テハ住所ハ客觀的ノ意義ヲ有セシモノニシテ漸次ニ主觀的ノ意義ヲモ有セシムルニ至レルモノナリトス

人ハ必スシモ常ニ其住所地ニ居住スルヲ要セス只一定ノ時期ヲ定メテ暫時其場所ニ來住スルノミナルモ不可ナシトス要スルニ其主タル關係ノ有無ハ一般ノ情

況ニ依テ是ヲ定メサル可カラス只或ル特定ノ場合ニ於テノミ法律ヲ以テ住所ヲ一定スルコトアリ例ヘハ妻ノ住所ハ其夫ト同一ナリト見做セルカ如シ又法律ヲ以テ人ノ住所ヲ一定スル場合ニハ其人ノ意思如何ヲ推究スルノ要ナシト雖モ此以外ノ場合ニ於テハ其人若シ住所ヲ變更シタルモノトスルニ當テハ單ニ形躰上之ヲ變更シタルノミヲ以テハ未タ充分ナリトセス其意思モ亦之ヲ變更セサル可カラス又之ヲ反對ノ方面ヨリ云フトキハ只ニ意思ノミナラス形躰上ニ於テモ亦之ヲ變更スルコトヲ必要ナリトス要スルニ人ノ住所ヲ一定スルニハ二個ノ元素ヲ具備セサル可カラス即チ心的要素(animus)幷ヒニ躰的要素(corpus)是レナリ

第二款　法人

法人トハ人躰ヲ具ヘスシテ權利義務ノ主躰タルモノヲ云フ近世諸國ノ法律ニ於テハ是レニ相當スルノ語アリト雖モ羅馬法ニ於テハ之レニ該當ス可キ語アルヲ見ズ只(Universitas)(市町村ノ法人タルヘキ場合ヲ指ス)(Corpus)(會社カ法人タル場合ヲ云フ)等法人ノ一部分ヲ指スノ語ハ是レ在リト雖モ其之レカ全部ヲ總括スルノ語ナシ然リト雖モ羅馬ニ於テモ

法人其者ノ存在セルコトハ明確ナリトス依テ余ハ以下此法人ニ關シテ講述ヲ爲サムト欲ス今其法人ノ重モナル者ヲ列擧スレハ即チ左ノ如シ

第一　國庫　共和制ノ頃ニ於テハ國庫ヲ稱シテ「エラリユーム」(Aerarium)ト云ヒ法人ノ一種トシ權利義務ノ主躰タリ其後政躰一變シテ帝政トナルニ及ンテハ羅馬ノ各州ヲ分テ二個ノ州ト爲シ其一ハ是ヲ帝有州ト稱シ他ノ一ハ是レヲ民有州ト稱セリ而シテ又帝有州ハ皇帝ニ隷屬シ民有州ハ元老院ノ管轄ニ屬シタリ此外尚皇帝ノ私有財産ナルモノモ存在シタリ以上ニ揭ケタル三個ノモノノ中帝有州ヨリ生スル皇帝ノ歳入ヲ「フヒスクス」(Fiscus)ト稱セリ又元老院ノ管轄ニ屬スル帝有州ヨリ生スル歳入ハ之ヲ「エラリユーム」ト稱シタリ然シテ羅馬皇帝ノ權力ハ其當初ニ於テハ格別强大ナラザリシト雖モ「ハドリヤヌス」帝以來ハ其權力頗フル强大ト爲リ從テ元老院ノ權力又漸ク衰ヘタルヲ以テ「エラリユーム」ハ次第ニ減少シ遂ニ「フヒスクス」ニ合併セラルヽニ至レリ爾來皇帝ノ國庫ハ之ヲ「エラリユーム」又ハ「フヒスクス」ト唱ヘタリト雖モ多數ハ之ヲ「フヒスクス」ト唱ヘタリ此「フヒスクス」モ亦法人ノ一種ニシテ權利ノ主躰ナリ抑モ「フヒスクス」ナル語ハ其意義ハ籠ト云フコトニシテ古昔ノ羅馬人ハ金錢ヲ運搬スルニ籠ヲ用ヒタルヨリシテ遂ニ「フヒスクス」即チ錢籠ナル文字ハ國庫ト云フノ意義ヲ有スルニ至リタリ又此「フヒスクス」ニハ種々ノ特權アリ例ヘハ是ニ對スル出訴期限ハ普通人ニ對スル出訴期限ヨリ短期ナルカ如キ是レナリ又此特權ハ後皇帝ノ私有財産ニモ適用スルコトト爲リ遂ニ皇后ノ私有財産ニモ亦之ヲ適用スルニ至レリ

第二　地方自治躰　自治躰モ亦法人ノ一種ニシテ其之カ權利義務ハ其自治躰ヲ組成スル各個人ノ權利義務トハ全ク別個ノモノナリトセリ古昔ノ羅馬ニ於テハ未タ然ラサリシト雖モ漸ク共和制ノ終ラムトスル頃ヨリシテ之ヲ法人ト爲スノ觀念ヲ發生シタリ又玆ニ所謂自治躰ノ重モナル者ハ市府是レナリ此市府ノ制度ハ專ラ羅馬府ノ制度ニ則トレリ又殖民地モ自治躰ノ一種ナリシナリ

第三　寺院　寺院モ亦法人ノ一種ニシテ寺院タル資格ニ於テ財産ヲ有スルコトヲ得タリ其始メニ當テハ基督敎ニ非ラサル寺院ノミカ法人タリシト雖モ後チニハ基督敎ノ寺院モ亦法人トスルニ至レリ

第四組合　組合ハ是ヲ分ツテ二種類トセリ其一ヲ十人組(Decuriae)ト云フ他ヲ尊常一般ノ會社(corpus societatis又ハ societas)ト云フ十人組トハ政府ニ多少ノ關係ヲ有シ且特別ノ職業ヲ有スル者ノ組合ナリ例ヘハ公證人ノ如キハ此十人組ヲ組成シテ法人ト爲レルカ如シ次ニ會社モ亦分カレテ二種類ト爲ス法人タル會社ト法人ニ非ラザル會社ト是レナリ法人タリシ會社ヲ(Corpus Societatis)トシ其法人タラザル會社ノ說明ハ是ヲ契約ノ章下ニ讓リ茲ニハ其法人タル會社ニ付テ一言ス可シ羅馬ニ於テハ鍛冶屋ハ多ク相合シテ法人ヲ組織シタリ又船主ノ如キ麵包屋ノ如キ亦然リトス然レトモ是等法人ノ設立ニハ皆ナ政府ノ許可ヲ必要トセリ

以上說明セルモノハ羅馬法上ニ於ケル法人ノ重モナルモノナリトス然レトモ尙茲ニ法人ナルヤ否ヤニ付キ議論ノ存スルモノ一アリ死者ノ遺留財產(Hereditas Jacens)ハ法人ナルヤ否ヤトノ事即チ是レナリ今是ニ關スル議論ヲ大別スレハ左ノ三說トスルコトヲ得ヘキナリ

第一說ハウインドシャイト(Windscheid)等ノ專ラ主張スル所ニ係リ遺留財產ヲ以テ獨立セル法人ト爲リ故ニ其權利義務ハ死者ノ權利義務ニアラサルモノトス例ヲ擧ケテ之ヲ說明スレハ遺留財產ニシテ果實ヲ生スルコトアルモ之レヲ以テ死者ノ果實ナリトハ云フ能ハス蓋シ死者ハ權利ノ主躰タルヲ得サレハナリ然ラハ是レヲ何人ノ有ト爲ス可キカ他ナシ遺留財產ト稱スル法人ノ有ニ歸ス可キノミ蓋シ死者ノ遺留財產ニハ積極的財產即チ權利アリ消極的財產即チ義務アリ是等ノモノカ互ニ相合シテ一法人ヲ組成シ居ルモノトス故ニ遺留財產中ノ奴隸カ他人ニ損害ヲ加フルトキハ遺留財產ハ之レカ賠償ノ責ニ任ス可ク又其奴隸カ他人ヨリ贈與ヲ受クルトキハ遺留財產之ヲ取得ス可キモノトス又若シ遺留財產中ノ家屋カ破損セル場合ニ於テ是レカ修繕ヲ施セル者アルトキノ如キハ遺留財產之レカ報償ヲ爲ス可キ義務ヲ負擔ス可キナリ是ヲ要スルニ死者ノ遺留財產トナルモノトス第二說即チ「チーラルツ」(Czyhlarz)等ノ唱フル所ハ遺留財產ヲ以テ死者ヲ代表スル者トシ獨立セル法人ニアラスト云フニアリ故ニ若シ其人カ債權ヲ遺シテ死亡セルトキハ其遺留財產カ債權者ノ地位ニ立ツ者ナリニシ若シ又債務ヲ遺シテ死亡セルトキハ其遺留財產カ債

務者ノ地位ニ立ツ可キ者トスルコト恰モ死者カ尚其生命ヲ繼續セルト同一般ナリ故ニ遺留財産ハ死者ヲ代表スル者ト云フ可キナリ

第三說ハゾーム(Sohm)ノ專ラ主張スル所ニシテ遺留財産ハ物件ナルモ法人ニアラス死者ノ相續人カ其權利主躰ニシテ其物件ハ此相續人ノ有ニ歸セルモノナリト云フニアリ遺留財産ハ代先ノ死後其相續人直ニ之ヲ承繼ス可キハ當然ナリト雖モ其相續人ノ何者タルヤ未タ一定セサル間ハ實際之ヲ承繼スル能ハス故ニ若干年ヲ經テ相續人確定シ死者ノ相續ヲ爲セルトキハ其相續人ノ權利義務ハ先代死去ノ時迄遡リ一切ノ權利義務ヲ其時ヨリ獲得セルト同樣ニ見做スモノトス果シテ然ラハ死者ノ權利義務ヲ承繼スルハ相續人ニシテ其間毫モ他人ノ有ニ歸ス可キノ理無ク死者ノ相續人ハ假令客觀的ニハ一定セサルニモセヨ死者ノ財産ノ已ニ其相續人ニ移ツレルコトハ主觀的ニハ一定セルモノナリトス故ニ遺留財産ハ法人ニアラスシテ結局相續人ノ有ナリト云フニ在リ

以上三個ノ學說中第三說即チ遺留財産ハ其相續人ノ所有物ナリトスルノ說最モ至當ナリト信ス「ユスチニアヌス」法典中ノ學說彙纂ニ於テハ相續人ハ先代死去ノ時ニ之ヲ相續セルモノト見做スト云フノ文言アリ是レニ依テ之ヲ觀レハ其財産主タル者ハ先代ト相續人トノミニシテ他ニ其財産主ナル者ヲ認ム可キニアラス故ニ遺留財産ハ一時相續人ヲ代表スルコトアルモ是レ只一時ノ事ニシテ決シテ法人ガ財産主ト爲レルニハアラサルナリ換言スレハ其遺留財産ハ始メヨリ終リ迄只權利義務ノ目的タルニ過キサルナリ然ラハ遺留財産ニ關シテ何等ノ擬制(Fiction)ナキカト云フニ決シテ然ラス相續人若シ代表ノ死後若干年ヲ經過シテ之ヲ相續スルコトアルモ既往ニ遡リテ其先代死亡ト同時ニ相續シタルモノトセル是レ一ノ擬制ナリトス而シテ又此擬制アルハ即遺留財産カ法人ニ非ラザル所以ナリトス

第三款　自由人及奴隸

以上余ハ第一款ニ於テハ人即チ自然人ニ關スル說明ヲ爲シ第二款ニ於テハ法人ニ關スル說明ヲ爲セリ以下第三款乃至等五款ニ於テハ自然人間ニ於ケル區別ニ付テ說明スル所アラント欲ス羅馬ニ於テハ人格(Caput)ニ基キテ人ノ區別ヲ爲セリ即チ人格ノ種類ナル自由、市民權及ヒ家族權ニ基キテ人ノ區別ヲ爲シタリ故ニ

先ッ本款ニ於テハ其自由ニ基ク區別即チ自由人ト奴隷トニ付テ講述ス可シ

第一項　奴隷

古昔ニ於ケル羅馬人ノ風俗ハ頗ル質樸ナリシト雖モ漸時其盛大ニ赴クニ從ヒ風俗華美ニ流レ驕奢ヲ極メタリ今マ其ノ一例ヲ示セバ彼ノ羅馬人ガ「ザムニテス」(Samnites)ト戰爭ヲ爲セル時代即チ紀元前三百年ノ頃ノ如キハ羅馬人ノ風俗極メテ質樸ナルノ時ニシテ「ザムニテス」ヨリ派遣セラレタル媾和使カ羅馬將軍ノ粗食セルヲ見テ喫驚セリト云フカ如キ又タ或ハ該媾和使ヨリ羅馬將軍ニ多額ノ獻金ヲ爲シタルニ將軍之ヲ土芥視シテ受クルヲ肯セサリシト云フガ如キ即チ是レナリ其後「マルクス、アントニユス」及ヒ「ヲクタビユース」ノ時代ニ及ンテハ人々奢侈ヲ極メタルノ時ナリトス殊ニ「マルクス、アントニユス」ノ如キハ馬ヲシテ車ヲ引カシムルハ敢テ珍シカラズト爲シ獅子ヲシテ車ヲ引カシメタリト云フカ如キ始メ此「アントニユス」ハ「ヲクタビユス」ノ姉妹ナル「ヲクタビヤ」ナル者ヲ妻ト爲セリト雖モ後チ之ヲ離緣シ絶世ノ佳人ナリトノ稱アル埃及ノ女王「クレオパトラ」ヲ嫁リ共ニ淫樂ヲ事トシ「クレパトラ」ハ價千金ナル眞珠ヲ酸ニ浸シ之ヲ食セル事アリシト云フカ如キ以テ其豪侈ノ一般ヲ窺フニ足ル可シ

羅馬ニ於ケル奴隷ノ數ハ此風俗ノ變遷ト相伴ヘリ故ヲ以テ古昔ニ於テハ其數甚ダ多カラザリキ彼ノ「カート」(cato)ト云ヘル紀元前二百三十四年ニ生レ同百四十五年ニ死亡セル人ノ時代ニ於テハ如何ニ高位ノ官人ト雖モ奴隷三人ヲ有スレハ充分ナリシト云ヘリ然ルニ「アウグスツス」ノ時代ニ及ンテハ中等社會ノ者ト雖モ一家各々十人位ノ奴隷ヲ有スルニ至リシヨリ、漸次奴隷ノ數ハ其增加ヲ來シ一家ノ富ハ其有スル奴隷ノ數ヲ以テ之ヲ知ルコトヲ得ヘシト云フニ至リ富豪ノ家ニハ一万乃至二万ノ奴隷ヲ有シタリシト

奴隷ノ職務ハ種々雜多ニシテ決シテ一定セルニハ非ラサリシ奴隷中學識アル者ハ其主人ノ子女ヲ敎育シ、醫術ニ達セル者ハ主家ノ醫師ト爲リ又商家ノ奴隷ハ其商店ノ番頭ヲ勤ムル等凡ソ一技一能アル者ハ各其技能ヲ以テ主人ノ用務ヲ辨シタルナリ其職務ノ種々ナル斯ノ如キカ故ニ奴隷ノ數ノ增加スルニ從ヒ自由人職業ヲ失ヒタル者頗フル多ク飢テ自由人タランヨリ寧ロ飽食ナル奴隷タランコトヲ願フニ至レルヲ以テ此自由人ヲ保護セムカ爲種々ナル法令ヲ發布セリ然ラハ

是等奴隷ハ羅馬人ノ爲メニ好遇ヲ受ケタルカト云ヘハ決シテ然ラザリキ最モ古昔奴隷ノ數ノ僅少ナル時代ニ於テハ羅馬人ノ氣質ノ殺伐ナルニ似ズ比較的ニ好遇セラレタリト雖モ其數ノ增加スルニ從テ其待遇ハ次第ニ不良ニ赴ケルモ彼ノ古昔印度又ハ支那ニ於ケル奴隷ノ如キ格別ナル虐待ヲ受ケタルコト無ク、又吾日本ニ於ケル奴隷即チ奴婢(大寶令參照)ナル者ノ如キ頗ル寬大ナル待遇ヲ受ケタルノ比ニアラスシテ羅馬盛時ノ奴隷ハ實ニ犬ノ如ク果タ馬ノ如キ待遇ヲ受ケタルモノナリトス羅馬人カ斯ノ如ク其奴隷ヲ虐待セル所以ハ半バ羅馬歷史ノ然ラシムル所ナリトス素ト羅馬カ所々ヲ征服シ其敵ヲ捕フレハ盡ク之ヲ奴隷ト爲セリ故ヲ以テ奴隷中歐羅巴人アリ、亞弗利加人アリ「ケルツ」人アリテ白色、黃色、黑色等ノ人種ハ相混シ凡テ一種ナル能ハス而シテ是等ノ奴隷ハ主人ト其言語、風俗、人種ヲ異ニセルカ故ニ其虐待ヲ蒙ムルヤ自然ノ數ナリトス今其虐待ノ有樣ヲ一言スレハ奴隷中ノ女子ハ之ヲ娼婦トシ又男子ハ常ニ其躰力ニ堪ヘサル程ノ勞役ヲ强ヒラレタリ加之老テ勞役ニ堪ヘサル者ハ食ヲ與ヘラレスシテ遂ニ餓死スルニ至ルヲ常トセリ又奴隷生殺ノ權ハ主人ニ在ルヲ以テ時トシテハ些小ナル過失ノ爲メニモ尙殺戮セラルヽコトアリ例ヘハ「アウグスツス」皇帝ノ時「ベリユーロス」ナル奴隷カ其主人ノ愛玩スル水晶ノ杯ヲ破壞シタリトテ池中ニ投セラレ魚腹ニ葬ラレタルコトアリ以テ其虐待ノ一般ヲ窺フニ難カラサル可シ現今歐洲人カ野蠻人ヲ遇スル亦斯ノ如シト云ヘリ例ヘハ彼ノ英國人カ濠洲ノ土人ヲ遇スルカ如キハ頗フル慘酷ヲ極ムト云フ

羅馬人カ奴隷虐待ノ狀ハ以上ノ如シト雖モ下テ帝政時代ニ至テハ除々ニ奴隷ヲ保護スルノ法律ヲ發布セリ即チ「クラウデユス」帝ノ時代(紀元後四十一年ヨリ同五十四年迄)ニ於テハ主人若シ其奴隷ヲ謀殺セハ通常ノ謀殺罪ニ問擬ス可シトセルカ如キ又紀元後六十一年發布ノ法律ニ於テハ主人ハ自己ノ奴隷ヲシテ猛獸ト戰ハシムルヲ得ス、若シ此目的ヲ以テ奴隷ヲ賣買セルトキハ當事者双方ヲ罰ス可シトセルカ如キ又「ハドリヤヌス」帝ノ時代(紀元後百十七年ヨリ同三十八年迄)ニ於テハ奴隷ヲ私ニ獄中ニ拘禁スルコトヲ禁セラレタルカ如キ等其他此類ノ法令頗フル少カラス茲ヲ以テ英人「ハンター」(Hunter)氏ノ如キハ羅馬ニ於ケル奴隷ハ權利ノ主躰ナリト論スト雖モ是レ實ニ誤レルノ論ナリト云ハサル可ラス何トナレハ以

上ノ法令ハ奴隷ニ與フルニ權利ヲ以テシタルニアラスシテ單ニ奴隷ヲ虐待セシメサルノ政略ニ出テタルノミ若シ氏ト同一ノ論法ヲ以テスレハ吾狩獵規則ニ於テ或鳥獸ノ捕獲ヲ禁止セルカ如キ又ハ英國ニ於テ牛馬ヲ虐待セル者ヲ罰スルカ如キハ皆ナ此鳥類又ハ牛馬ヲ以テ權利ノ主躰トナセルモノナリト云ハサル可カラス羅馬ノ奴隷保護法ハ恰モ右等ノ規則ト同一ノ精神ニ出テタルモノナリ

奴隷ハ羅馬法ノ所謂「ペルソナー」即チ人ナリト雖モ「カプツト」即チ人格ヲ有セサルカ故ニ權利主躰ニハ非サルナリ羅馬ノ古法ニ於テハ奴隷ハ主人ノ家族(familia)中ニ位セリト雖モ家族ナル語ノ中ニハ時ニ奴隷ヲモ包含セシメタリ而シテ主人カ奴隷ニ對シ有スル權力(Dominica potestas)ハ之レヲ家父カ家子ニ對シテ有スル家父權ニ準シテ家主權ト稱セリ又此家父權ト家主權トハ互ニ相類似セル所アリ例ヘハ家子カ獲得セル財產ハ家父ノ支配ヲ受ケ奴隷カ獲得セル財產ハ主人ノ有ニ歸シタルカ如キ之レナリ其他類似ノ點ハ講歩ノ進ムニ從テ自カラ了解セラル可ケレハ玆ニハ之ヲ省略セム斯ノ如ク奴隷ハ主人ノ家族中ニ位セルヲ以テ其家ノ宗教上

ノ儀式ニ與カルコトヲ得タリ羅馬ノ古昔未タ家族制度ノ整然タルニ當テハ一家各々特別ナル宗教上ノ儀式即チ其家ノ祖先ヲ祭ツルノ儀式ヲ有シタリ而シテ儀式ハ家族外ニハ秘密ニセリト雖モ奴隷ハ此儀式ニ與カルヲ得タリ更ニ進ンテ一國ノ宗教上ノ儀式ニ付テ考フルニ此儀式ニ付テモ奴隷ハ或程度迄ハ自由人ト同樣ノ待遇ヲ受ケタリ例ヘハ古昔羅馬ニ於テハ「サツルヌス」(Saturnus)神ヲ祭レリ此神ハ天ヲ父トシ、地ヲ母トシ、「ユピテル」(Jupiter)ト稱スル最高ナル神ノ父ナリトシ毎年十二月中七日間連續シテ之ヲ祭ルヲ常トス而シテ此際羅馬人ハ互ニ贈物ナトシテ歡樂ヲ盡スコト恰モ吾カ正月、英米等ノ「クリスマス」ニ於ケルト一般ナリ奴隷モ亦此際ニハ自由人ト共ニ歡樂ヲ盡セリ若シ又主人カ客人ヲ招待スルトキハ奴隷モ亦其客中ニ數エラレ自由人ト同樣ニ待遇セラレタリ之ヲ要スルニ「サツルヌス」ニ於テハ奴隷ト自由人トハ之ヲ平等ノ地位ニ置ケルヤ明カナリ

又奴隷カ死亡セルトキハ其之ヲ葬ムルノ式ハ自由人ト同樣ニシテ奴隷ヲ埋葬スルノ地ハ「ロークス、レリキヨーズス」(Locus religiosus)即チ安魂地ナリトシテ賣買ヲ許サス此點ニ關シテハ自由人ト毫モ差異ナシトス

又奴隷ハ財産ヲ有シタルヤヲ研究スルニ羅馬ニ於テハ家父權ノ下ニ在ル家子カ武功又ハ文勳ニ關係ナキ一般ノ事業ヨリ取得セル金錢ハ凡テ之ヲ家父ノ支配ニ屬ス可キモノトセリ之レト同シク家主權ノ下ニアル奴隷カ金錢ヲ取得スルモ盡ク主人ノ有ニ歸ス可キモノトセリ故ニ法律上ノ原則トシテハ奴隷ハ財産ヲ有スル能ハサルモノト云ハサル可カラス然レトモ奴隷ニ與フルハ其自カラ取得セル財産ノ幾分ヲ以テスルトキハ大ニ其勤勉ヲ奬勵スルノ效アルカ故ニ經驗アル主人ハ往々奴隷ニ與フル ニ幾分ノ財産ヲ以テシタリ殊ニ大商店ノ番頭トナレル奴隷ノ如キハ多クノ賞譽金ヲ得タリ奴隷カ斯ノ如ク主人ノ許可ヲ得テ有スル財産ヲ「ペキュリューム」(Peculium)即特有財産ト稱セリ此語ハ素ト「ペークス」即チ家畜ナル語ヨリ變轉セルモノニシテ小ナル家畜ト云フノ意義ナリトス古昔ニ於ケル財産ノ重大ナルモノハ家畜之レナリ故ニ當時賣買ノ媒介物ノ如キモ今日ノ如ク貨幣ヲ用ヒタルニハアラス家畜ヲ用ヒタリ茲ヲ以テ家畜ト財産トハ遂ニ同一意義ヲ有スルコトトハナレルナリ

偖此特有財産ヲ法律上ヨリ觀察スルトキハ全ク主人ノ財産ナリトス故ニ主人若シ破産セルトキハ其債主ノ爲メニ奴隷ハ取ラレ其特有財産ハ分配セラレタリ加之主人ハ何時ニテモ之ヲ奴隷ヨリ取上クルコトヲ得タリト雖モ斯ノ如キハ頗ル專横ナル主人ニアラサルヨリハ之ヲ爲サヽリキ然レトモ又奴隷ハ自己ノ特有財産ヲ提供シテ自由ヲ買ヒ被解放者トナルコトアリ又ハ奴隷カ其特有財産ヲ以テ主人ニ貸與スルコトアリ然レトモ是レ決シテ法律上完全ナル效力ヲ生スル貸借ニアラス何トナレハ奴隷ハ素ヨリ其主人ヲ訴フルコト能ハサレハ只斯ノ如キ貸借ハ自然義務(Naturalis obligatio)ヲ生スルニ過キス彼ノ近來ノ法律上往々見ル所ノ自然義務ナルモノハ元ト奴隷ト其主人トノ關係或ハ親ト子トノ關係ヨリ生シタルモノトス一例ヲ擧クレハ自然義務ニ付テハ訴ヲ起スコトヲ得サルモ訴訟以外ニ於テ之ヲ執行セシムル道アラハ之ニ依ルコトヲ得、故ニ主人カ借金ヲ返却セルトキ奴隷カ開放セラレタリトセンカ其辨濟有效ナリ尚自然義務ニ關シテハ後ニ詳說スル所アル可シ又奴隷ハ其特有財産ノ額ニ滿ツル迄ハ他人ヨリ金員ヲ借受クルコトヲ得タリ故ニ奴隷ノ死亡又ハ解放サルヽトキハ其債主ハ此時ヨリシテ一ケ年以內ニ其主人ニ對シ起訴セサル可カラストス然ルトキハ主人ハ其奴隷ノ

特有財産中ヨリ其債主ニ向テ償却スヘキモノトセリ然レトモ主人亦其奴隷ニ對シ自然債權ヲ有スル場合ニハ主人ハ他ノ債主ニ對シ優先權ヲ有スルヲ通常トスト雖モ主人若シ其ノ奴隷ニ許スニ其特有財産ヲ以テ商業ニ從事シ得ヘキコトヲ以テセル場合ニハ主人ハ他ノ債主ニ對シ優先權ヲ有セス、全然平等ナル支配ヲ受クルニ過サリキ又奴隷ノ特有財産ハ時トシテハ奴隷ヨリ組成セラル、コトアリタルヲ以テ奴隷ノ奴隷ナル者モ存在セシナリ序次尚一言センニ古昔日本ニ於ケル奴隷即チ奴婢モ亦財産ヲ有セリ大寶令中ノ田令ニ於テハ奴隷ハ口分田ヲ有スルコトヲ許セルヲ見ル奴隷ハ權利ノ主躰ニアラス其目的物ナルカ故ニ賣買ノ目的物ト爲スコトヲ得ヘク「ユスチニアン」法典ニ於テハ各等級ニ於ケル奴隷ノ價額ヲ規定シタリ之レ一時羅馬ニ於テ盛ンニ奴隷ヲ用ユルニ當テ其價額頗フル騰貴セルヲ以テ其弊ヲ矯メントノ目的ニ出タルモノナリトス是ヨリ奴隷ノ行爲ニ關スル主人ノ責任ヲ說明ス可シ主人若シ其奴隷ヲ以テ代理人ト爲シ商業ニ從事セシメタルトキハ其主人ハ其奴隷ノ行爲ニ付テ責任ヲ負擔セサル可カラス又縱令奴隷カ豫メ主人ノ許諾ヲ得スシテ商業ニ從事シタリト雖モ主人若シ是ヨリシテ

利益ヲ得タルトキハ其利益ノ限度ニ於テ其責任ヲ負擔ス可シ主人及ヒ奴隷間ノ關係ニ於ケル規則ハ今日ノ代理ノ原則ト甚タ相類似セリ今日代理ニ關スル原則ハ羅馬法ノ此規則ヨリ發達進化セルモノナリトス

又主人カ奴隷ノ非行ニ關シテ他人ニ對シ責ニ任スルコトアリ例ヘハ奴隷若シ他人ヲ毆打セルトキハ主人ニ責任アリトセルカ如キ之レナリ斯ノ如ク奴隷カ非行ヲナセルトキハ主人ハ其奴隷ヲ被害者ニ引渡スカ又ハ損害賠償ヲ爲スカ二者擇一ノ權アリ主人カ其奴隷ヲ被害者ニ引渡シテ責任ヲ免ルヽ所以ハ後ニ私犯ノ章下ニ之ヲ說明ス可シ

奴隷ノ結婚ニ付テ一言センニ奴隷間ノ結婚ハコンツーベルニユーム(Contubernium)ト稱シ眞ノ結婚ニ非ラス若シ子ノ出生後ニ其奴隷カ被解放者トナルトキハ子ト父母トノ間ニハ血屬親ノ關係ヲ認ムルノミナリトス

又奴隷ノ種類ニハ二種アリ一ハ私人ノ奴隷ニシテ一ハ官署ノ奴隷ナリトス官署ノ奴隷ハ私人ノ奴隷ヨリモ其地位幾分カ高キモノナリト云フヲ得ヘシ官署ノ奴隷ハ其財産ノ二分一以下ニ付テハ遺囑ヲナスノ權ヲ有ス而シテ其職務ハ元ヨリ

一定セサレトモ概ネ官署ニ於ケル小使ノ如キ給仕ノ如キ皆ナ相當ノ事務ヲ爲サシメラレタリトス要スルニ官署ノ奴隷ハ私人ノ奴隷ニ比シテ解放ノ機會ノ多キモノナリト云フヲ得ヘシ

又如何ナル者カ奴隷ト爲サルヽヤト云フニ概ネ左ノ事實ニ基因セリ

第一　母カ奴隷ナルトキハ其子モ亦奴隷ナリトス然レトモ懷胎ヨリ出生迄ノ間ニ母カ一時ニテモ自由人ト爲レルコトアルトキハ其子ハ奴隷ニアラサルナリセリ假令羅馬人ト雖モ其敵ノ爲メニ捕ヘラレタルトキハ亦奴隷トシテ之ヲ賣却セリ然レトモ其賣却ヲ爲スハ概ネ羅馬以外ニ於テス

第二　敵ノ捕虜ハ之ヲ奴隷ト爲セリ

第三　古昔債主ハ其負債主ヲ奴隷トシテ之ヲ賣却セリ然レトモ其賣却ヲ爲スハ概ネ羅馬以外ニ於テス

第四　罪ヲ犯シテ奴隷トセラレタル者アリ是等ハ概ネ採鑛ノ業ニ從事セシメラレタリ然レトモ之レ其實ハ懲役ノ一種ニシテ眞ノ奴隷ト同一視スル能ハス今日ニ用ナキヲ以テ之ヲ略シ只タ一言スルニ止メントス一般ニ云フトキハ奴隷ノ解放ハ法律ノ奬勵スル所ナリシト雖モ此傾向ニ反スル法律亦之ナキニアラス例ヘハ紀元後四年發布ノ法律ニ依レハ重大ナル犯罪アル奴隷ハ縱令解放セラルヽモ市民トナルコトヲ得ス只捕虜ト同一ノ權利ヲ得ルニ過キストセルカ如キ之レナリ然レトモ「ユスチニアン」帝ハ此規則ヲ廢シテ解放セラレタル奴隷ハ凡テ市民權ヲ得ル者トセリ又同法律ニ於テハ二十歲以上ノ主人ニアラサレハ奴隷ヲ解放スル能ハストセリ然レトモ「ユスチニアン」帝ハ此ノ規則ヲ改正シテ滿十八歲以上ノ者ハ遺言ニ依テ奴隷ヲ解放スルコトヲ得トセリ其後又新勅令ヲ以テ再ヒ此規則ヲ改正シ十四歲以上ノ者ハ奴隷ヲ解放スルコトヲ得トセリ又同法律ニ依レハ奴隷ノ年齡三十歲以上ノ者ニアラサレハ完全ナル解放ヲ受クル能ハス若シ三十歲以下ナルトキハ如何ナル方法ニ依テ之ヲ解放スルモ羅馬市民權ヲ得ル能ハス只「ラテン」殖民地ノ者ト同等ノ權ヲ得ルトセリ、然トモ「ユスチニアン」帝ハ此規則ヲ廢止シタリ又紀元後八年發布ノ法律ニハ遺言ニ依テ奴隷ヲ解放スルノ權ニハ其主人ノ奴隷ノ數ニ依テ差異ヲ設ケタリ即チ主人ハ其所有スル奴隷ノ數ノ幾割迄ハ之ヲ解放スルコトヲ得ヘシト云フカ如シ、然レトモ「ユスチニアン」帝ハ又此規則ヲ廢止セリ

前ニモ云ヘルカ如ク一般ニ云フトキハ羅馬皇帝ハ奴隷ノ解放ヲ奬勵スルノ傾キアリタリ然カルニ紀元後四年並ニ八年ノ法律ハ此傾向ニ反對セルハ抑モ如何ナル理由在ッテ存スカ今少シク之ヲ辯明セン已ニ前述セルカ如ク羅馬ハ處々ヲ征服シテ其捕虜ヲ奴隷トセルカ故ニ其數大ニ增加セルノミナラス世俗ノ漸々奢侈ニ流ルヽニ至テ又益々奴隷ノ數ヲ增加セリ而シテ此奴隷中ノ最大部分ハ羅馬人トハ其人種ヲ異ニシ「グリーキ」人アリ「ユデヤ」人アリ「アフリカ」人アリタリ茲ヲ以テ縱令解放ヲ爲スト雖モ到底價値アルノ國民ト爲ス能ハス是等ノ理由ニヨリ前揭ノ法律ヲ發布シ奴隷ノ解放ニ多少ノ制限ヲ設クルニ至レルモノトス

第二項　被解放者（Liberutus）

奴隷ヲ解放セル主人ハ之ヲ庇護者（Patronus）ト稱シ被解放者ニ對シテハ多少ノ特權ヲ有セリ其特權トハ例ヘハ被解放者ハ裁判官ノ許可ヲ受ケサレハ庇護人ヲ訴フルコト能ハストセルカ如キ及庇護人ノ貧苦ニ迫マレル時ハ被解放者ハ養料ヲ支給スルノ義務アリトセルカ如キ、又被解放者ニ嗣子ナキトキハ其死後其財產ハ庇護人ノ有ニ歸ス可キモノトセルカ如キ又被解放者ニ後見人ヲ要スル場合ニハ庇護人カ後見人ト爲ルノ權利アリトセルカ如キ是ナリ羅馬ニ於テハ相續權ト後見ヲ爲スノ權トハ相伴ヘリ即チ相續權ヲ有スル者ハ當然後見人トナルノ權利ヲ有シタリ蓋シ其財產ニ付キ多少ノ利害關係ノアレハナリ而シテ庇護人ハ相續ヲ爲スノ權アルガ故ニ從テ後見ヲ爲スノ權アルモノトス又奴隷ヲ解放スルニ當テ是レニ勞務ヲ供スルノ義務ヲ負擔セシメタルトキハ被解放者ハ其條件ニ基キ庇護人ノ爲メニ其勞務ヲ供セサル可カラス例ヘハ甲者カ乙者ナル奴隷ヲ解放スルニ當テ其解放後ハ或ル勞務ヲ自己ニ對シテ供ス可シトノ事ヲ條件トセルカ如シ又庇護人カ死亡セル時ハ其子此特權ヲ相續ス可シト雖モ被解放者ノ子ハ純然タル自由人ナリトス

又被解放者ハ羅馬市民ナリト雖モ完全無缺ノ市民權ヲ有セシニハアラス何トナレハ被解放者ノ選擧權ハ多少ノ制限ヲ受ケ又名譽權ヲ有セサルカ故ニ大官ニ任セラルヽコトナキ者トシ又財產及ヒ結婚權ヲ有スト雖モ元老院ノ議員及ヒ其子ト結婚スルコトヲ得ストシタレハナリ被解放者ノ權利ト純然タル自由人ノ權利トノ間ニハ差異ヲ設ケタルコト以上ノ如シ然レトモ帝勅ニ依レハ被解放者ヲ以

テ生レ乍ラノ自由人ト同一視ストアリ而シテ生レ乍ラノ自由人ト同一視セラルヽトキハ庇護人ニ對シテハ法律上何等ノ義務ヲ負擔スルコトナキニ至ル可キヲ以テ庇護人ハ之レカ爲メニ其特權ヲ失ヒ損害ヲ蒙ムルヲ以テ國庫ヨリ賠償ヲ受クルモノトス又羅馬皇帝カ奴隷ニ許スニ金製ノ指環ヲ付クルノ權利ヲ以テスルコトアリ是レ即チ自由人ト同一視スルノ意ナリトス何トナレハ自由人ハ金製ノ指環ヲ用ヒ得タレバナリ又此方法ニ依テ奴隷ヲ自由人ト同一視スルモ庇護人ハ之レカ爲メニ其特權ヲ失フコトナシ「ユスチニアン」帝ノ時代ニ至テハ凡テ被解放者ニハ金ノ指環ヲ付クルノ權ヲ與ヘタリ又庇護人若シ其特權ヲ拋棄シタル場合ニハ被解放者ハ凡テノコトニ於テ自由人ト同一ノ地位ニ居タルモノトス

第三項　土着農夫（Colonus）

(colonus)トハ元來ハ農夫ト云フノ意味ヲ有シ羅典語ノ(colo)即チ私ニ耕スナル文字ニ其源ヲ發シ(Colonia)殖民地ナル字モ是ヨリ出タルモノナリ斯ノ如ク(colonus)トハ素ト農夫ナル意味ナリシト雖モ、後ニハ農夫中ノ或特別ノ種類ニ屬スル者ヲ指スニ至レリ「デオクレチアヌス」帝ノ時代ヨリシテ此土着農夫ナル者ノ數大ニ增加セ

ルヲ見ル今其如何ナル性質ノ者ナルヤヲ研究スルニ土着農夫ハ其身躰ノ束縛ヲ受クルト雖モ奴隷トハ大ニ異ナリ常ニ土地ニ附着シテ土地ノ一部ト見做サル、モノトス故ニ其隨意ヲ以テ土地ヲ離ルルコトヲ得ス若シ其土地所有主カ其土地ヲ賣却スルトキハ土着農夫ハ其新所有主ノ支配ヲ受ケサル可カラス此點ヨリ考フルトキハ土着農夫ノ如シ之ヲ要スルニ土着農夫ノ地位ハ奴隷ト自由人トノ中間ニ在リタルカ如シ

土着農夫ノ起源ニ付テハ諸說紛々タリ或ル一派ノ說ニ曰ク『土着農夫ハ奴隷ヨリ轉化セル者ナリ昔時奴隷ヲ解放スルニ當テハ從來耕作セル土地ヲ離レサルコトヲ以テ條件トセルモノ多シ故ヲ以テ遂ニ斯ノ如キ農夫ヲ生スルニ至リタリ』ト又「サビニー」氏ノ說ニ依レハ羅馬國境ニ他國人ノ移住セルモノ遂ニ此土着農夫トナレル者ナリトセリ以上兩論共ニ完全無缺ノモノトハ言ヒ難シト信ス何トナレハ埃及ノ如キ羅馬ノ爲メニ征服セラレサルノ以前ヨリ已ニ土着農夫ニ類似ノ者カ存在セリ又羅馬ノ版圖內ニ於テモ所々之ニ類スル者アリタリトス最モ羅馬帝國一般ニ適用ス可キ法律ノ發布セラレシハ比較的ニ新タナルコトナリト雖モ其以

前已ニ土着農夫ナル者ノ存在セルコトハ明カナル事實ナリトス但シ此時代ニ於テハ羅馬帝國一般ニ之ニ關スル習慣ハ一定セシモノニハアラサリシ又「サビニー」氏ノ說ニ依レハ「デオクレチアヌス」帝以前ニ於テハ土着農夫ナル者ハ存在セスト云ヘトモ是レ誤レルノ甚シキ者ナリト云ハサル可カラス土着農夫ノ存在ハ「デオクレチアヌス」帝ヨリ遙カ以前ニ之アリタリト雖モ只此帝ノ時代ニ至リ其數大ニ增加セルノミナリトス然ラハ何カ故ニ其數ノ增加ヲ來セルヤト云フニ羅馬人ト獨逸人トノ交通頻繁トナルニ從ヒ獨逸人ニシテ羅馬國境ニ住居セル者甚ダ多ク此等ノ獨逸人ハ後チ變シテ土着農夫トナリタルカ故ナリトス土着農夫ノ存在ハ獨リ羅馬ノミナラス中古時代ニハ歐洲全躰ニ之ヲ見タリ但シ其名稱ハ必スシモ一定セルニハアラサリシト雖モ其性質ニ至テハ殆ント同一ナリトス例ヘハ獨逸ノ法律ニ於テハ之ヲ(Leibeigene.)ト稱シ佛國法律ニ於テハ(Serfs de la gléb e)ト稱シ伊太利法律ニ於テハ之ヲ(Serivi di gleba)ト謂ヒ英國現行法ノ所謂(Copyhoi d.)即チ記錄保有產ナルモノハ現狀ニ付テ之ヲ言ハヽ殆ント自由保有產ト異ナルコト無シト雖モ其起源ニ溯ホリテ之ヲ論スレハ(villenage)ヨリ漸次轉化シ來ルモノトス(villenage.)ノ地位ニ在ル人ヲ(villein.)ト云ヒ其(villein.)トハ實ニ(Colonus)ナリトス斯ノ如ク土着農夫ハ昔時羅馬ニ始マリ羅馬衰ヘタル中古時代ハ歐洲至ル處ニ存ナスルニ至リタリ

第四項　自由人

雨親共ニ生レ乍ラ自由人ナルトキ及ヒ被解放者ナルトキハ其子ハ自由人ナリ又父母中ノ一人ハ自由人ニシテ他ノ一人ハ被解放者ナルトキ亦同一ナリトス又母ハ奴隸ナルモ父カ自由人又ハ被解放者ナルトキハ其子ハ自由人ナリトス若シ又母カ自由人若クハ被解放者ナルトキハ其父ノ何人タルヤヲ知ル能ハサルトキノミ其子ハ自由人ナリトス又懷胎ノ當時母カ奴隸ナルモ其出生ノ當時母カ自由人トナレルトキハ其子ハ自由人ナリ若シ又其母カ懷胎ノ當時自由人ナルトキハ其後變シテ奴隸トナルモ子ハ自由人タルヲ失ハス然ラハ其母カ懷胎ノ當時奴隸ニシテ其後一旦自由人トナリ後チ又變シテ奴隸トナリ其後子ヲ出生スレハ其子ハ自由人ナルヤ奴隸ナルヤニ付テハ議論ノ一定セサリシ所ナリシト雖モ「ユスチニアン」ノ採用セル「マルチエルスト」ノ說ニ依レハ其子ハ生レ乍ラ自由人ナリト云フ

ニ在リ即チ子ノ胎内ニ在ル間ニ其母カ假令一時ニテモ自由人トナレルトキハ其子ハ亦必ス自由人トナルト云フニ在リ斯ノ如キノ說ハ其論理ニ適合スルヤ否ヤハ甚タ疑フ可シト雖モ羅馬ニ於テハ成ル可ク人ヲシテ自由人タラシメントセルカ故ニ此說大ニ勢力ヲ得タル所以ナリ「ユスチニアン」法典ニ於テハ生レ乍ラノ自由人ハ假令一旦奴隸トナルモ再ヒ解放セラルヽトキハ亦全ク自由人ニ復ス可シトセリ

第四款　羅馬市民及ヒ外國人

羅馬ニ於テハ市民權ニ基キテ人ヲ羅馬市民(cives)ト外國人(peregrini)トニ區別セリ羅馬市民ハ市民權ヲ有スルカ故ニ結婚ヲ爲シ遺言ヲ爲シ財產ヲ保有スルモ市民法ニ從フコトヲ得ト雖モ外國人ハ市民權ヲ有セサルカ故ニ市民法ニ從フヲ得ス從テ其妻ニ對シ夫權(manus)ヲ有セス子ニ對シテ家父權ヲ有セス後見ニ付テモ亦市民法ノ保護ヲ受ケスト雖モ万姓法ノ保護ヲ受クルコトヲ得タリ只ニ然ルノミナラス外國人ハ各其本國法ノ保護ヲ受ケタリ以下此事ニ付テ少シク說明ス可シ

古昔羅馬、希臘ノ人民ハジユデヤ敎(祖先敎)ヲ奉シ其宗敎ト法律トノ間ニハ密接ノ關係ヲ有シタリ尙之ヲ詳言スレハ「ザツルヌス」(Saturnus)ノ娘ニシテ羅馬ノ「ヴエスタ」(vesta.)ナル神アリテ此「ヴエスタ」トハ至レリ而シテ其社殿內ニハ別段偶像ナドハ是レ無カリシト雖モ只絕ヘス燈火ヲ點セリ又之ヲ守ルノ職ヲ有スルハ婦女ノ神官ニシテ初メ其數四名ナリシト雖モ後ニハ六名トセリ此神官若シ誤テ燈火ヲ滅スルコトアルトキハ頗フル重罰ヲ受クルモノトス是レ此燈火ヲ以テ羅馬人ノ祖先ノ靈ナリトセルカ故ナリ斯ノ如キ事柄ハ獨リ羅馬ノミナラス希臘ニ於テモ亦同一ニシテ同一宗敎ヲ奉シ同一祖先ヲ祭ツルモノハ同一法律ノ保護ヲ受ク可シトセリ故ニ共通ノ宗敎アリ然カル後ニ共通ノ法律アリ法律ト宗敎トノ關係ハ概ネ斯ノ如シトス

羅馬ニ於テハ市民法ナルモノアリテ市民ノミ之ニ從フ可キモノトセルカ故ニ他ノ社會ニ屬スル人ノ間ニモ其社會固有ノ法律即チ市民法ニ相當スルモノナカラサルヲ得ス例ヘハ希臘ノ「アゼンス」ニハ「アゼンス」固有ノ法律アリテ「アゼンス」人民ハ之ニ從フヲ得ト雖モ羅馬人民ハ之ニ從フヲ得サルカ如キ是レナリ古昔人民ノ

情態ハ斯ノ如クニ窮屈ノモノナリシト雖モ羅馬ノ盛時ニ當テハ羅馬市民ハ他地方ノ人民ヲ壓倒セルヲ以テ羅馬市民ハ他社會ノ人民ニ比シテ權力頗フル大ナリシナリ羅馬法ノ所謂外國人トハ他社會ノ人民ヲ指シ是等外國人ハ各其社會固有ノ法律ニ從ヒテ結婚ヲ爲シ財產ヲ有シ遺言ヲ爲シ得タリト雖モ羅馬市民法ニハ從フコトヲ得ス但シ万姓法ハ諸國人民ニ共通ノ法律ナルヲ以テ外國人ト雖モ之ニ從フコトヲ得タリ

又公法ノ區域內ニ於テハ外國人ハ選擧權及ヒ名譽權ヲ有セス私權ノ享有ニ付テモ外國人ト市民トノ區別ハ「カラカラ」帝ノ時代ニ廢止セリト雖モ尙ホ捕虜ノ享有スル私權ハ普通外國人ニ比シテ少キ所アリタリ然レドモ「ユスチニアン」帝ノ時ニ至テハ如何ナル外國人ト雖モ市民同樣ニ私權ヲ享有スルヲ得ルヲ以テ原則トセリ又羅馬ノ法律ニ從ヘハ市民ト外國人トノ間ニ羅甸人ナル者アリ此羅甸人ハ選擧權及名譽權ハ之ヲ有セスト雖モ羅馬ノ財產權及結婚權ヲ有セリ然レトモ共和制ノ終リニ當テハ羅馬ノ市民タルノ特權ヲ得タリ

第五款　家父及家子

人格ニハ自由、市民權、家族權ノ三アルコトハ已ニ述ヘタル所ナリ此人格ニ基キテ人ヲ區別シ第三章ニ於テハ自由ニ基キテ自由人ト奴隸トノ區別ヲ說キ第四章ニ於テハ市民ニ基キテ市民ト外國人トノ區別ヲ說ケリ此章ニ於テハ家族權ニ基キ家父ト家子トノ區別ヲ說カム

第一項　家父ト家子トノ關係及家父權

家父 (Paterfamilias) トハ一家ノ長ヲ云ヒ其有スル所ノ權ヲ家父權 (Patria Potestas) ト云ヘリ此家父權ノ下ニ居ル者ヲ家子ト云フ祖父 (Filius familias) 無ク父ノミナルトキハ父ハ即チ家父ニシテ子ハ凡テ家子ナリ祖父尙生存スルトキハ子及孫ハ其權ノ下ニ立ツノ家子ナリ故ニ若シ長命ノ者アリテ子、孫、曾孫、玄孫、ヲ有スルトキハ是等ノ者ハ凡テ家子ナリトス又家子ナル語ハ必スシモ若年者ノミヲ指スニハアラス時ニ老年者ヲモ包含スルコトアリトス又家父ノ死亡スルトキハ其子ハ直ニ家父トナル若シ其子三人ナルトキハ三人盡ク家父タリ羅馬ノ相續法ハ後ニ說明スルカ如ク財產平分法ニシテ長子相續法ニアラサルカ故ニ其子幾人アリト雖モ盡ク皆家父トナル又孫ハ直ニ家父トナル者ニアラス其父生存スルトキハ其父ノ家

父權ノ下ニ立タサル可ラス

又羅馬ニ於テハ(Suijuris)ト(Alieni Juris)トノ區別アリ前者ハ之ヲ自權者ト云ヒ後者ハ之ヲ他權者ト云フヲ得ヘシ自權者トハ獨立シテ自己ノ權利ヲ行フヲ得ル者ニシテ他權者トハ他人ノ權ノ下ニ立ツ者ノ謂ナリ吾日本ノ例ニ依レハ戸主ハ自カラ凡テノ行爲ヲ爲シ得ルモ家族ハ或ル行爲ニ付テハ戸主ノ承認ヲ要スルカ如キ之ナリ家父ハ即チ自權者ニシテ家子ハ他權者ナリ元來此Paterナル文字ハ希臘語ノ *πατηρ* ナル語ニ當リ「サンスクリト」(古昔ノ印度語)ニテ「ピタール」ト云ヒ英語ノFather 獨乙語ノVater 佛語ノPére 等其語源皆ナ同一ナリトス其意義モ亦自權者ト云フニアリテ子ヲ有スル人ト云フノ意義ニアラス子ヲ有スル人ト云フ文字ハ別ニ存在セリ即チ羅甸語ニテ Genitor 希臘語ニテ *γεννητήρ* ト云ヘリ又「サンスクリト」ニテハ「ジャニタール」ト云ヘリ羅甸語ノ(Gens)トハ性ノコトナリ皆相類似ス一歩ヲ進メテ支那ニテハ性ヲ(ジャン)ト讀ム如キ亦然リト謂フヘキ乎希臘及ヒ羅馬ニテハ一家ニ父アルハ恰モ一國ニ王アルカ如シトス先ツ宗教上ノ事ニ付テ說明ヲ爲サンニ羅馬ニ於テ一家族ハ必ラス其家ノ神ヲ祀レリ其神ヲ(Iu-

res et penates)ト云フハ其家ノ祖先幷ニ(Jupiter)等ヲ合祀シタルモノナリ此「ユピター」ハ一國ノ神ニシテ同時ニ一家ノ神ナリトス而シテ此一家ノ祭ニハ他家ノ者ハ之ニ與カルコトヲ得ス此事ハ支那ノ古風俗ト頗フル相似タリ論語ノ爲政篇ニ曰ク『非其鬼而祭之諂也見義不爲無勇也』ト又左傳嬉公三十一年ニ齊武子ノ言ヲ載ス曰ク『鬼神非其族類不歆其祀』ト希臘及ヒ羅馬人モ同一ノ觀念ヲ有シタル者ナリト云フヲ得ヘシ又希臘及羅馬人ノ思想ニ於テハ人死スルモ其靈ハ尙墓地ニ止マリ事在レハ其靈出テ其子孫ヲ保護スル者トセリ此思想モ亦支那人ト殆ント同一ナリ左傳ノ成公十年ニ『晉ノ景公病ヲ夢ム病化シテ二豎ト爲リ盲ノ上膏ノ下ニ伏シタリ』ト記セリ秦ノ名醫來リ診察シテ曰ク『之レ癒エス病已ニ盲ノ上膏ノ下ニ入レルヲ以テナリ』ト景公遂ニ死セリ何故此病ヲ得タルヤト云フニ景公先ニ趙同趙括ヲ殺シタルヲ以テ其祖先ノ靈來テ仇ヲ報セルモノナリト云ヘリ又尙書ノ金縢ニ於テ周ノ祖先太王、王季、文王ノ三人カ死シタル後武王ヲ助ケタル話ヲ揭ク希臘及ヒ羅馬人ノ此點ニ關シテ支那人ト同一ノ思想ヲ有セルカ故ニ其祖先ヲ祭ツルノ一事ハ是等人民ノ殊ニ注意ヲ用ヒタル處ナリトス

羅馬ニテハ數(Familia)ヲ合シテ(Curia)ヲ組成シ數(Curia)ヲ合シテTribus(族)ヲ成ス而シテ又數「トリブス」ヲ合シテ(Urbs)即チ市ヲ成ス以上ニハ各々神アリ此神ニ二種アリ一ハ羅馬人ノ祖先等ニシテ支那ノ社稷宗廟ト相似タリ他ノ一ハ「ユピテル」「ユーノー」「アホロー」(Jupiter, Juno, Apollo,)等ヲ始メ天然力ヲ代表スルモノ支那ノ所謂河伯、祝融ト云フカ如キモノナリ

昔シ羅馬ニ於テハ王(Lex)ハ高僧ヲ兼ネ以上ノ祭祀ヲ支配セルノ主タリ其下ナル「トリブス」及ヒ「キユーリア」ニテハ其長各々祭主タリ又一家ニテハ家父ハ其家族ヲ率キテ其祖先ヲ祭レリ

去レバ羅馬ノ市ヨリ一家ニ至ル迄大小ノ差コソアレ其組織ハ相似タル者ニシテ一家ニ於ケル家父ハ羅馬ニ於ケル王ノ如キナリ裁判ニ關シテモ亦之ト同樣ニシテ王ハ裁判官ヲ兼ネ家父ハ一家ノ裁判官ノ地位ニアリキ家子若シ惡事ヲ働クトキハ家父之ヲ罰ス生殺與奪ノ權(jus vitae ac necis)ヲ掌握ストハ之ヲ云フナリ事理ヲ辨セサルノ父ハ漫ニ子ヲ殺スコトアリキ然レトモ若シ子ヲ虐待スル場合ニ於テハ親屬會議ハ之ニ故障ヲ申立ツルコトヲ得タルノミナラス祖先ノ譴責ヲ受クルナラントノ觀念ヨリ自ラ之ヲ制限セリ又アゼンス及ビ羅馬ニテハ父ハ其子ヲ賣ルノ自由アリタリト雖モ之レ又自身ノ死亡後祭主タルベキ者ナク斯ル時ハ其鬼飢ユトノ妄想ヨリ多少制限ヲ蒙リタリ以上ノ如ク羅馬古代ニ於テハ家父權ハ實ニ強大ノ域ニ達シ彼ノ十二標ノ法律制定セラレタル頃ニハ漸ク微弱ニ赴キ遂ニハ子ヲ賣ルカ如キハ禁止スル所トナルニ至レリ

又羅馬ニテハ家父ハ其ノ責ニ任スヘシ然レトモ若シ被害者子若シ他人ニ損害ヲ加フルトキハ家父ハ其子ヲ與フルトキハ其責ヲ免ル此點ニ付テハ家父權ノ下ニ立ツ家子ト家主權ノ下ニ立ツ奴隸トハ甚ダ相似タリ後世家父ハ家子ヲ被害者ニ與フルコトヲ得サルニ至レリ

又羅馬ニテハ一家ノ財產ハ家族全躰ニ屬シタルモ其支配權ハ全ク家父ニ屬シ家子ハ毫モ容喙スルノ權ナキノミナラス家子ノ獲得シタル財產ト雖モ家父ノ支配ヲ受ケ恰モ家父一人ニ歸シタルノ觀アリキ稍々後世ニ至リ家子ノ特有財產ヲ認ムルニ至リ奴隸ノ有スル特有財產(peculium)ト云ヒ家子ノ特有產ト同名稱ナリキ然レトモ家子ノ其上ニ有スル權ハ奴隸ノ比ニアラス而シテ此資產ニ四種アリ

第一、(Peculium castrense) 武功ニ依リテ得タルモノニシテ其上ニハ完全ナル權利アリ

第二、(Peculium quasi castrense.) 文勳ニ因リテ得タルモノニシテ完全ナル處分權ヲ行フコトヲ得

第三、(Peculium profectitium) 家父ノ支配セル財産ヲ使用シテ得タル財産ニシテ家子之ヲ所持スルモ其處分權ハ家父ニ屬セリ之レ奴隷ノ特有財産ト相類ス

第四、(Peculium adventitium) 家父以外ヨリ得タル財産例ヘハ外祖等ヨリ得タル財産ノ如キ者ナリ

昔時ニ於テハ如斯財産ハ專ラ家父ニ屬シタリシモ後世ノ法律ニ因リ父ハ唯其上ニ用益權(Ususfructus)ノミヲ有スルニ至レリ去レハ家父ハ之ヲ消費スルヲ得サルナリ

要之古代ハ家父權非常ニ強大ナリシモ漸々減少セリ即チ羅馬私法上ニ於テコソ斯ク家父ト家子ノ權トヲ區別スルノ必要アレ公法上ニテハ全ク無用ナリキ何トナレハ何人ト雖モ羅馬市民タル以上ハ選擧權名譽權ノ如キ皆等シク享有スル所ナレハ孰レモ大官トナルヲ得タレハナリ要之私法上ニ於テモ共和一變シテ帝政トナルニ從ヒ漸々家父權ノ微弱ヲ來セリ試ミニ「ユスチニアン」時代ノ規定ヲ以テ十二標時代ノ純粹ナル市民法ニ比較スルニ「ユスチニアン」帝ノ頃ニハ家父權ニ關シ昔時ノ市民法ハ僅ニ其跡ヲ止ムルモノニシテ羅馬ノ家族制度ハ殆ント廢滅ニ歸セントシタリ歐洲法律歷史家ノ言ニハ昔時社會ヲ組織スル單位家族制ナリシモ後世箇人制トナレリト我日本ニ於ケル家族制存廢ノ利害ニ付テハ之レ別問題ナリ要スルニ「ユスチニアン」帝ノ時代ニハ純粹ナル箇人制ナラサリシモ昔時ノ嚴格ナル家族制ハ消滅シタリキ

第二項　家父權ノ獲得

家父權ヲ獲得スルノ方法ハ種々ナリト雖モ今其重ナルモノヲ擧クレハ左ノ如シ

第一　子ノ出生

出生シタル子ニ對シ家父カ自己ノ子ニアラサルコトヲ信スルニ足ルヘキ相當ノ理由アルトキハ之ヲ否認スルコトヲ得ヘシ此場合ニ於テハ其子ハ同一家族ニアラサルカ故ニ其祖先ノ祭祀ニ與カルコトヲ得ス、然レトモ子ノ出生スルヤ

家父之ヲ認メテ子ト爲ストキハ玆ニ家父權ヲ獲得ス

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

第二、準嫡(Legitimatio)

準嫡ニ依テ父ハ私生ノ子ノ上ニ家父權ヲ獲得スルコトヲ得今準嫡ノ重ナルモノ二個ヲ說明スヘシ

(甲) 後日ノ結婚ニ因ル準嫡

父カ若シ一人ノ婦女ト同居シテ子ヲ生ミ後日其女ト結婚スルトキハ父ハ結婚前ノ子ニ對シ家父權ヲ獲得ス斯ノ如キ法律ヲ始メテ制定シタルハ「コンスタンチヌス」皇帝ニシテ、實ニ紀元後三百三十五年ナリ其後百四十一年間之レヲ實行セシカ四百七十六年ニ至テ「ツエノー」皇帝之ヲ廢止セリ然ルニ五十三年ヲ經テ「ユスチニアン」帝ノ時代即チ五百二十九年ヲ以テ再ヒ「コンスタンチヌス」帝ノ法律ヲ復活シ、父ハ後日ノ結婚ニ因リ結婚前ノ子ノ上ニ家父權ヲ獲得スルコトヲ許セリ今「コンスタンチヌス」及ヒ「ユスチニアン」カ斯ル法規ヲ設ケタル理由ヲ繹ヌルニ、蓋シ此等ノ父母ニシテ後日更ニ子ヲ生ムトキハ其子ハ正當ノ子ト看做サレ完全ニ父ノ權利ヲ相續スルコトヲ得ヘシ然ルニ其兄タル結婚前ニ生レタル子ハ私生子ニ過キスシテ何等ノ權ナシトセハ彼此權衡ヲ失スト云ハサルヘカラス故ニ父ヲシテ其私生子ノ上ニ家父權ヲ獲得セシメ以テ此等ノ不公平ヲ避ケントシタルニアルモノナラン然レトモ此準嫡ノ有效ナルカ爲メニハ種々ノ條件ヲ要ス、今其重ナル二三ヲ擧クレハ(一)父ハ婦女ト結婚前ニ於テモ夫婦同樣ニ住居セルノ事實アルコトヲ要ス(二)又其同居セル男女ハ何時ニテモ任意ニ結婚ノ式ヲ擧行シ得ヘキ狀態ニ在ルヲ要ス若シ此等ノ事項ニ付キ法律上ノ故障アルトキハ其當時生レタル子ハ父母ノ後日ノ結婚ニ因テ家父權ノ下ニ立ツコトヲ得ス

右後日ノ結婚ニ因ル準嫡ハ羅馬亡ヒテ後重ニ歐洲大陸ニ認メラルヽ所ニシテ今日尚ホ之ヲ實行セリ然レトモ英國ニ於テハ全然之ヲ認メズ後千二百二十六年同國々會ニ於テ之ヲ採用セントノ建議起リシカ貴族議院ハ激烈ナル言語ヲ以テ痛ク之ヲ排斥セシカ故ニ今日ト雖モ尚ホ行ハレス

(乙) 皇帝ノ指令ニ依ル準嫡

父カ正當ノ子ヲ有セス唯私生子ノミヲ有スル場合ニ其私生子ノ母死亡スルカ又ハ結婚ノ價値ナキモノナルトキハ父ハ其私生子ヲ正當ノ子ト認メテ之ニ對シ家父權獲得ノ許可ヲ得ンコトヲ請願スルコトヲ得此場合ニ於テハ皇帝ハ指令ヲ與ヘテ之ヲ許可スルコトアリ又父カ右ノ手續ヲ履行セスシテ死亡シタルトキハ其遺族ハ死亡シタル父カ其私生子ヲ子トシテ承認スルノ遺言ニ基キ同シク皇帝ニ請願シテ準嫡ノ許可ヲ受クルコトヲ得ヘシ

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

第三、養子 (Adoptio)

•Adoptio (ad ハ迄 optio ハ選フ)トハ養子ヲ貰フヲ云ヒ Datio in adoptionem トハ養子ヲ遣ルヲ云フナリ曾テ述ヘタルカ如ク羅馬人ハ古來祖先教ヲ奉シテ家族制度ヲ成シ若シ一家斷絶シテ祖先ノ祭祀ニ當ル者ナキトキハ祖先ノ魂魄ハ饑餓スルコトヲ信セリ死シテ祀ラストハ支那人ノ最モ忌ム所東西其軌ヲ一ニスト云フヘシ從テ若シ一家ニ子女ヲ有セサルトキハ必ス他家ヨリ養子ヲ迎ヘ以テ我家ヲ相續セシム由是觀之羅馬ニ於ケル養子制度ハ單ニ子ヲ養育シテ以テ老後ノ娯樂ニ供セントノ趣旨ニ基クモノニアラスシテ全ク宗教上ノ觀念ニ由來セルモノナルコトヲ知ルニ足ルヘシ

養子ノ制度ハ羅馬人ニ始マルモノニアラス之ト人種ヲ同ウスル所ノ印度人及ヒ希臘人ノ如キモ右同一ノ理由ニ基キ早ク旣ニ養子ノ制度ヲ認メタリ即チ印度「マヌー」(Manu)ノ法律ニ依レハ子ヲ有セサル者ニ限リ他家ノ子ヲ養テ子ト爲スコトヲ得ト規定シ又希臘第一流ノ演說家「デモステネス」(紀元前三百八十五年ニ生レ三百二十二年ニ死セリ)ノ演說ニ依レバ亞善ニ於テモ子ヲ有スル者ハ佛家ノ子ヲ養子ト爲スコトヲ得サルカ如シ蓋シ養子ニ對シ斯ル法規ヲ設ケタル

所以ノモノハ養子ノ制度ハ一家ノ斷絶ヲ防クニ在ルカ故ニ其虞ナキ場合ニ於テハ之ヲ認ムルノ必要ナケレハナリ羅馬ニ於テハ「ガイユス」ノ生時ハ實子アル者ト雖モ尚養子ヲ爲スコトヲ許セルカ如シ、然レトモ「チチエロー」ノ著書ニ依レハ同氏ノ時代ニ於テハ實子アル者ハ養子ヲ許サヽルモノヽ如シ次ニ自權者則チ戸主ヲ養子ト爲ス場合ニ付キ說明セン、羅馬ニ於テ正當ノ子ヲ有スル者ハ自權者ヲ養子ト爲スコトヲ許サス此趣旨ヨリ考フルトキハ古昔ハ獨リ自權者ノミナラス一般ノ養子ニ付キ斯ノ如キ制限ヲ認メラレタルモ中途此規則ヲ一變シテ前ニ述ヘタル如ク實子アルモノト雖モ尚ホ養子ヲ爲スコトヲ得ト爲シタルモノヽ如シ又古代ニ於テハ同性者ヲ收メタルガ如キモ後世ニ至リテハ異性ノ者ヲ選ヒタルカ如シ日本、支那等ニテモ亦同性ヲ收養セリ、即チ所謂宗族ヨリ養子シ本家ニ子ナケレハ分家ヨリ來ルト謂フカ如シ又東羅馬ニ於テハ「アナスタジユース」皇帝(四百九十一年ヨリ五百十八年マデ皇帝ノ位ニ在リタリ)ノ時代ニ父ハ自己ノ私生子ヲ以テ養子ト爲スコトヲ得ル法律ヲ制定セリ其精神タル蓋シ一家ノ斷絶ヲ防クカ爲メニアラスシテ全ク親子

間ノ愛情ニ基因シタルニ外ナラス此規則ハ後ニ廢止セラレタルニ拘ハラス現今佛國ニ於テ盛ニ此手段ヲ實行セリ其理由タル巴里ノ如キハ私生兒ノ數甚タ多キヲ以テ母姓ノミヲ襲フトキハ不都合ヲ生スルコト尠ナカラス故ニ此ノ私生子ヲ以テ養子ト爲シ父ノ姓ヲモ襲用セシメントスルニ在リトス

羅馬法ノ所謂養子ハ二種アリ一ヲ「アロガチオ」(Arrogatio)ト云ヒ、一ヲ「アドプチオ」(Adoptio)ト云フ「アロガチオ」トハ自權者即チ戸主ヲ養子ト爲スモノヲ云フ羅馬古代ノ法律ニ依レハ何レノ種類ニ依ル養子ト雖他家ノ養子トナル以上ハ當然實家ヲ脫離ス何トナレハ古昔羅馬ノ宗教ニ於テハ祖先ノ祭祀ハ唯其家族ノミ之ヲ儀式ニ與ルコトヲ得ヘク他家ノ者ハ之ニ與ルコトヲ許サヽルカ故ニ一人ニシテ二家ニ屬スルコトヲ得サレハナリ而シテ既ニ他家ノ養子トナリテ實家ヲ脫スル以上ハ實家ニ於ケル家族權ヲ失フカ故ニ自權者ノ場合ナルト他權者ノ場合ナルトヲ問ハス共ニ人格小減等ヲ受クルノ結果ヲ生ス此ノ兩者ノ間ニ差違アルヲ以テ以下之ヲ分論セン

甲　自權者ヲ養子ト爲ス事

(Arrogatio)即チ自權者ハ始メ(Adrogatio)ト稱シタリシモ音調ノ惡シキカ爲メ斯ク變シタル者トスAdナル迄ト rogo ナル私ガ尋問スルノ二語ヲ結合シタルモノナリ而シテ此種ノ養子ヲ爲スニハ羅馬國民會ノ訊問ヲ經ザルベカラズ

「ガイユス」法學階梯第九十九節ニヨレバ先ヅ(一)國民會ハ養子ヲ迎ヘントスルモノニ對シ問ヲ發シ果シテ他人ノ子ヲ養子ト爲スノ意アルヤ否ヤヲ確メ(二)養子ト爲ラントスルモノニ養子トナリテ生殺與奪ノ權ヲ養父ニ委ネント欲スルヤヲ訊問シ(三)國民會ニ來會セル人民ニ對シ之ヲ許可スヘキヤ否ヤヲ訊問ス此等種々ナル手續ヲ經ルノ外尚ホ僧正ノ認可勿ルベカラズ何故ニ斯ル複雜ナル方法ヲ設ケタルヤハ若シ自權者ニシテ他家ノ養子トナル時ハ實家ハ斷絶シ祖先ノ祭ハ絶エ其鬼飢エントノ恐レヨリ來リタル者ナリ然レハ若シ自權者ニ兄弟アリテ斯ル憂ナキニ於テハ僧侶ハ之ニ異論ヲ唱フルコトナカリキ而シテ一ノ家族ヲ繼續セシメンガ爲メ他ノ家族ヲ廢滅ニ歸セシムルハ頗ル重大ナ事項ナルヲ以テ斯ク國民會ヲモ煩ハシタルナリ

(Arrogatio)即チ自權者ヲ養子ト爲スニ付キ右等ノ手續ヲ用ヒタルハ專ラ共和時代ニ行ハレ帝政ニ至リ漸ク衰微ニ歸シ後之ヲ廢シ單ニ皇帝ノ許可ヲ得ルヲ以テ足レリトスルニ至レリ

何レノ時代ニ於テモ自權者ヲ養子ト爲スニ其同意アルコトヲ要セリ而シテ之レヲ表示スルニハ國民會ニ於テス古法ニヨレハ婦女ハ國民會ニ出席スルノ權ナキカ故ニ從テ此手續ニ據ル養子タルヲ得サリキ男子ト雖トモ十四歲未滿ナルトキハ同意ヲ與フルノ資格ナキヲ以テ又同シカリシ然ルニ「アントニヌスピルス」皇帝ニ至リ男子タル以上ハ十四歲未滿ノモノト雖モ此手續ニヨリ養子タルヲ得ルニ至レリ而シテ一方ニ於テハ惡人ノ爲メ財產ヲ奪ハルルノ恐アルヲ以テ之ヲ保護センカ爲メ種々ノ條件ヲ要セリ

乙　他權者ヲ養子ト爲ス事

(adoptio)即チ他權者ヲ養子ト爲スニハ賣買ノ手續及奴隸解放ノ手續ニ據ル賣買ノ手續ヲ遂クルニハ Mancipatio ノ方式ヲ用フルナリ之レ奴隸其他 Res Mancipi ト稱スル物件ノ賣買ニ當テ用ヒタル者ナレハ古代家子ヲ目シテ Res Mancipi ノ

一種ト爲シタル時代アルヲ知ルヲ得ヘシ而シテ此「マンチバシオ」ノ方式トハ男子ナレハ十四歲以上ノ羅馬市民五名以上ヲ證人トシ之ト同樣ナル資格ヲ具フル一名ヲ携衡人トシテ之ニ青銅ノ衡ヲ持タシメ物ヲ買ハント欲スルモノニ其面前ニ至リ其青銅ヲ握持シ而シテ云フ『此物件ハ羅馬市民法ニヨリ余ノ物ナルヲ余ハ陳述ス余ハ青銅塊幷ニ衡ニ因テ之ヲ買ハントス』ト終テ青銅塊ヲ以テ衡ヲ打チ代價トシテ青銅塊ヲ賣主ニ與フルナリ之レ古代ノ慣習ニ基キタルモノニシテ青銅塊ヲ以テ賣買ノ仲立(今ノ鑄錢ニ當ル)ト爲シ衡ヲ以テ其目方ヲ量リタル者ナリ他權者ヲ養子ト爲スニ付キ此方式及ヒ奴隸解放ノ手續ヲ併用シ其煩雜ヲ顧ミザル所以ノモノハ全ク十二標ノ規定ニ淵源ス十二標ノ法律ニヨレハ父若シ其子ヲ賣却スル事三回ニ及フ時ハ其家父權ヲ失フヘク養子ヲ授受スルトキハ實父ヲシテ其家父權ヲ喪失セシムルヲ以テ之ト同一ノ取扱ヲ爲シタルモノナリ詳細ナル事ハ「ガイユス」法學階梯第一卷第百三十四節ニ記載アリ其養子ヲ授受スル方式ニ二樣アリ

第一方式　今說明ノ便ヲ計リ實父ヲ甲、養子ヲ乙、養父タル者ヲ丙トシ述ヘン

甲若シ「マンチバシオ」ノ方式ニ從ヒ乙ヲ丙ニ賣リ丙ハ乙ヲ奴隸解放ノ手續ニヨリ更ラニ解放スル時ハ乙ハ當然甲ノ家父權ノ下ニ復歸ス甲再ヒ乙ヲ丙ニ賣却シ丙又タ之ヲ解放ス乙ハ再ヒ甲ノ家父權ノ下ニ復ス茲ニ於テ甲第三回ノ賣却ヲ行フ時即チ更ニ丙ニ向テ賣渡ス時ハ甲ノ家父權ハ十二標ノ法律ニヨリテ消滅スルナリ茲ニ注意スヘキハ養子授受ノ手續ハ右ヲ以テ未タ完全ゼサル者ニシテ更ニ煩雜ナル方式ヲ爲サヾルヘカラス即チ丙ハ「マンチバシオ」ノ方式ニ從ヒテ乙ヲ甲ニ賣戻シ而ル後別ニ甲ニ對シ物件取戻ノ訴ヲ起シ以テ乙ハ丙ノ子ナルコトヲ主張ス之レ元ヨリ眞ノ訴訟ニ非ス儀式上訴ニ擬ヒタル者ナレハ甲ハ決シテ丙ノ主張ヲ爭フ事ナク裁判官ハ又丙ノ主張ヲ正當ナリト判決スルナリ

第二方式　之レ殆ンド第一方式ト類スルヲ以テ別ニ說明セス

右三回賣却ヲ爲シタル時ハ其家父權ヲ失フトハ男子ノミニ關シテ女子及孫ハ此保護ヲ受クル事ナキモノナレハ女子及ヒ孫ヲ養子トスルニ付テハ賣買ノ手續ヲ行フ事一回ニシテ足レリ而シテ一回ニシテ家父權ハ破壞セラル然レハ解

放ノ手續ヲ爲サスシテ直ニ擬訴ノ手續ヲ以テ完結スルモノナリ

右煩雜ナル手續ヲ要シタルハ羅馬ノ古代ニ屬シ後遂ニ之ヲ廢セリ「デヲクレチアヌス」皇帝ノ法律ニ依レハ實父及ヒ養父ハ養子タラントスル者ヲ携ヘ裁判官ノ面前ニ至リ其旨ヲ述ヘ以テ授受ノ手續ヲ完了セリ「ユスチニアン」帝ノ時代ニ至リテハ更ニ簡單トナリ屆出ヲ以テ足レリトスルニ至レリ

既ニ述ヘタルカ如ク自權者ヲ養子ト爲ス塲合ニ自權者ハ同意ヲ述フルノ自由アリタレトモ他權者ノ塲合ニ於テハ之ニ反シ養子ト爲ル者ハ單ニ賣買ノ目的物タルニ過キスシテ同意ヲ述フルノ自由存スル事ナシ後世漸ク遺言ヲ爲スノ資格アル子ハ若シ異議ヲ述フル時ハ强テ養子ト爲スコトヲ得サルニ至レリ

羅馬法ニヨレハ女ハ家父權ヲ有セサルヲ以テ養子ヲ爲スコトヲ得サリシモ「デオクレチヤヌス」皇帝ノ以後ニ於テハ女タリトモ實子ヲ失ヒタルモノハ皇帝ノ許可ヲ得テ養子ヲ爲シ得ルニ至レリ然レトモ其結果ハ單ニ互ニ相續權ヲ獲得スルニ止マリ家父權ヲ生スルコトナシ

「ユスチユニアン」帝ノ法律ニヨレハ養父タルモノハ養子タラントスル者ヨリ十八歲以上長スル事ヲ要シタリ是レ古代ノ法律ニ於テ認メサル所ナリ而シテ帝ノ時代ニ於イテハ家族制度大イニ緩ミ養子ヲ爲スノ趣味モ亦一變セルカ故ナリ古昔養子ノ制度ハ宗教ニ關係ヲ有シ祖先ノ祭ヲ絕タサラシメントスルニアリ從テ養子ハ實家ノ家父權ヲ脫シ養家ノ家父權ノ下ニ歸スヘキモノト爲シタリ然ルニ「ユスチニアン」帝ノ制度ハ是ヲ以テ愛情ニ基クモノト爲シ他人ノ子ヲ養ヒ一身ノ樂ヲ得ントスルニ至リ從テ養子ハ養家ノ家父權ノ下ニ立タス、唯タ父ノ死去スルニ當リ之ヲ相續スルノ權アルノミトセリ但シ此ノ例外トシテ尊屬親ノ養子ト爲ル塲合ニ於テハ養父ノ家父權ノ下ニ立ツモノトス以上ノ原則ハ自權者ヲ養子ト爲ス塲合ニモ適用セラルヽモノナリ

第三項　家父權の喪失

家父權喪失ノ方法ニ種々アリ

第一家ヲ去ラシムル事

家父ハ其家族中ヨリ家子ヲ去ラシムルトキハ家父權ヲ喪失スト雖シテ之ヲ爲スハ養子ヲ爲スノ手續ト相類ス即チ賣買及ヒ奴隸解放ノ手續ヲ行フ者ナリ唯タ養子

ノ場合ニ於テハ賣主ハ單ニ養子タラントスル者ヲ自己ノ家ニ止ムルヲ以テ足ルモ此場合ニハ買主ハ其子ヲ實父ニ賣戻シ而シテ實父ハ奴隷解放ノ手續ヲ用ヒ其子ヲ去ラシムルノ差アルノミ男子ヲ去ラシムルニハ三回ノ賣買手續ニ據リ孫及ビ女子ニ關スルトキハ一回ヲ以テ足ルモノトス

右ハ古代法ノ認メタル所ニシテ紀元後五百〇三年ニ至リ之ヲ廢セリ此時代ノ法律ニ由レハ家ヨリ子ヲ去ラシメント欲スルモノハ皇帝ニ出願シテ許可ヲ得ヘキモノトス其後「ユスチニアン」帝ノ時ニ至リ家父ハ其ノ子又ハ孫ヲ携ヘ裁判所ニ至リ備付アル帳簿ニ記載シ以テ其手續ヲ完了セリ又古代ノ法律ニ於テハ家ヨリ去ラシメラレントスル者ノ同意ヲ要セサリキ「ユスチニアン」帝ノ時代ニ及ヒテハ若シ故障ヲ述フルトキハ之ヲ強制スルヲ得スシテ子又ハ孫ハ家父ノ意ニ反シテ家ヲ去ル能ハサルナリ家ヲ去リタル者ハ實家ニ於ケル家族權ヲ喪失スルヲ以テ人格小減等ヲ受ク

第二　家父ノ死去

家父死去スルトキハ其子ハ自權者即チ主人ト爲ルモノナリ然レトモ孫ハ必シモ自權者ト爲ルモノニ非ス若シ其父ニシテ尚ホ生存スルトキハ其家父權ノ下ニ立タサルヘカラス

第三　人格ノ大減等及中減等

甲、大減等　父又ハ子若クハ孫ニシテ奴隷ト爲ルトキハ人格大減等ヲ受ケ家父權ヲ失フモノナリ然レトモ敵ノ捕虜ト爲リタルカ爲メ奴隷タルニ至リタルトキハ絶對的ニ家父權ヲ失フモノニ非ス例ヘハ父カ敵國ノ爲メ奴隷トセラルヽモノナリ是レ元ヨリ一ノ擬制タルニ過キス此手續ヲ Jus postliminii（ユスポスツリミニー）ト稱ス若シ敵國ニ於テ死スルトキハ其子ハ自權者ト爲ル即チ父ノ死シタル時ニ非スシテ既往ニ溯リ敵ニ捕ハレタル時ヨリ自權者タリシモノト看做サル之ト同一ノ理由ニヨリ子カ敵國ニ捕ヘラレ再ヒ羅馬ニ歸リタルトキハ父ハ依然家父權ヲ有スルモノナリ之レ亦 Jus dostliminii（ユスポスツリミニー）ト謂フ

乙、中減等　父若シ中減等ヲ受クルトキハ子ノ上ニ有スル家父權ヲ喪失ス例ヘハ羅馬ニテハ流刑ト稱シ終身島地ニ流スノ刑アリ(是大減等ナルヤ否ヤニ付キ議論有タルモ「ユスチユニアン」帝ハ中減等ナル事ニ決定セリ)羅馬法ニ依レハ

此刑ヲ受クル者ハ家父權ヲ喪失スルカ如シ然レトモ皇帝ノ赦免ヲ受ケ再ヒ歸國スルトキハ家父權ヲ取得スルモノナリ

羅馬ニテハ我德川時代ノ所構、近世ノ保安條例ニ基ク退去ニ類スルノ刑罰法 Relegatio アリ是レ特定ノ場所ニ入ルヲ禁スルノミニテ或ハ一時ノモノアリ或ハ終身ノ者アリ此刑罰ハ人格中減等ヲ受クルモノニ非レハ父ハ決シテ家父權ヲ喪失スルモノニ非ス予カ此ノ刑ヲ受ケタルトキ亦同シ

第四　家父カ家子ニ對シ甚シキ不都合ノ行爲アリタル時

例ヘハ子ヲシテ猛獸ト戰鬪ヲ爲サシメ以テ見世物トシ或ハ其娘ヲシテ强テ婬ヲ賣ラシムル如キ行爲アルトキハ家父ハ其家父權ヲ喪失スルモノトス

第五　子ガ或官職ヲ得ルトキハ其父權ヲ失フ

例ヘバ其子ニシテ「ユピテル」Jupiter ノ神官ト爲リ又ハ娘ガ「ヴエスター」Vesta ノ神官ト爲ルトキハ家父權ヲ失フモノナリ

古代ノ法律ニ於テハ右官職ノ外ハ如何ナル高官ニ就任スト雖モ必ズ父ノ家父權ノ下ニ在リ共和時代ニ於テハ Consul ト爲ルモ尚ホ其家父權ヲ脫スル能ハザリキ

若シ宗族アラサルトキハ同姓人ハ當然後見人ト爲ルモノトス、是レ即チ法定後見人ナルモノナリ然ルニ「ユスチアン」帝ノ時代ニハ血族關係ノ最モ近キ者ヲ後見人ト爲ルノ權利アリト爲セリ、而シテ被解放者ニシテ滿十四歲以下ナルトキハ舊主人即チ庇護人之カ後見人タル權利アリ家ヲ去リタル者ニシテ滿十四歲以下ナルトキハ之ト同一ノ規則ヲ適用シ奴隸解放ノ手續ヲ爲シタル家父之カ後見人タル權利ヲ有スルモノトス

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

第二、遺言ニ因ル後見人

家父ハ家子ノ爲ニ遺言ヲ以テ後見人ヲ定ムルコトヲ得、此場合ニハ遺言ニテ指定セラレタル者後見ヲ行フモノナルヲ以テ法定後見人タルヘキ者ハ後見人ト爲ルコトヲ得ス若シ十四歲未滿ノ者ノ母カ後見人ヲ定メントスル場合

ニハ裁判所ノ確認ヲ要スルモノトス家父カ之ヲ定ムル場合ニテモ署式ノ遺言ナルトキハ亦裁判所ノ確認ヲ要スルナリ家ヲ去リタル者ノ爲ニ後見人ヲ定ムル場合亦同シ

第三、裁判所ノ設定ニ因ル後見人

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

以下後見ニ關スル各種ノ規則ニ就キ略說スヘシ

一、後見人タル資格

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

二、後見人ノ辭職

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

三、二人以上ノ後見人アル場合

同時ニ二人以上ノ後見人設定セラレタル場合ニハ其中ノ一人ヲ以テ主トシテ管財行爲ニ從フヘキコトヲ定ムルコトアリ、此場合ニ於テハ其後見人ハ管財行爲ノミナラス當然能力補充ノ權ヲモ有スルモノトス而シテ管財行爲ニ從事セサル其他ノ後見人ハ單ニ能力補充ノ權ヲ有スルモノトス、故ニ若シ被後見人カ自ラ法律行爲ヲ爲サントスル場合ニハ何レノ後見人ニテモ被

後見人ヲ補助スルコトヲ得ルハ論ナキ所ナリ然レトモ此種ノ後見人ハ單獨ニテハ被後見人ノ爲ニ何等ノ行爲ヲモ爲ス能ハサルナリ

四、後見ノ終了

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

五、代理後見人（プロットトレス）（protutores）

羅馬法ニテハ現ニ後見ノ實務ヲ執ルモ而モ法律上眞ノ後見人ナラサルトキハ之ヲ代理後見人ト稱ス、例ヘハ遺言アリタル場合ニ於テ遺言ノ效力ノ有無未タ判明セサル間ハ眞ノ後見人定マラザルヘシ此間ニ於テ現ニ後見ノ職務ヲ行フ者ハ即チ所謂代理後見人ナリ、又後見人タルヘキ資格ノ有無未タ決定セサルニ當リ現ニ後見ノ職務ヲ行フ者亦所謂代理後見人タリトス若シ此種ノ後見人ニシテ裁判ニ依テ眞ノ後見人ト爲リタル場合ニハ別ニ議論スルノ餘地ナシ、良シヤ法律上後見人タラスト決定スルモ之カ爲ニ代理後見人タリシコトヲ失ハサルモノトス此種ノ後見人ニシテ職務ニ關シ詐僞ニ類スル行爲アルトキハ訴ヲ受クルモ若シ善意ニテ被後見人ノ爲ニ出費ヲ爲シタルトキハ辯償ヲ受クル爲ニ出訴スルコトヲ得ルハ勿論ナリ

(乙) 婦女ノ後見

羅馬ニ於テハ婦女ハ如何ナル年齡ニ達スルモ必ス後見ノ下ニ立タサルヘカラス、但此場合ニ於テハ後見人ハ管財行爲ニ關スル權ナク唯能力補充ノ權ヲ有スルノミナリトス故ニ婦女ハ自ラ財産ヲ管理スルコトヲ得タリト雖モ市民法ノ規定スル法律行爲、例ヘハ「マンチパチヨ」「インユーレッェシオ」及ヒ遺言ヲ爲サントスルトキハ後見人ノ能力補充ヲ要スルナリ古代ニ在テハ後見人ハ被後見人タル婦女ノ求ニ應シ同意ヲ與フルト否トハ一ニ其自由ナリトセシカ後世ニ至リ

テ後見人ノ同意ハ單ニ方式ニ止マルコトト爲リタリ、故ニ婦女ハ後見人ノ同意ヲ強ユルコトヲ得ルニ至レリ但宗族等ノ法律上附與セラレタル權利ニ基キ後見ヲ爲ス場合ニハ婦女ノ要求ヲ拒絕スルコトヲ得タルコト猶古代ニ於ケルト同シカリシ然ルニ宗族カ後見人ト爲ル規則ハ紀元後四十五年ニ廢止セラレタリ

第二項　財産管理

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

一、財産管理ノ起源

多數學者ノ說ニ依レハ財産管理ノ制度ハ裁判官ノ創設ニ係リ、其起源ハ後見ニ比スレハ後年ノコトニシテ其始メニ在テハ管財行爲ハ管財人ノ權利ニアラスシテ寧ロ其義務ニ屬シタリト云フ然ルニ或一派ノ說ニ依レハ財産管理ノ制度モ亦管財人ノ利益ヲ主タル目的ト爲シタルモノニシテ此點ニ付テハ後見人トノナリ然レトモ實際ニ就テ之ヲ見レハ二個ノ職掌ハ判然區別シ難キ場合ナキニアラストス

一、財産管理ノ起源

多數學者ノ說ニ依レハ財産管理ノ制度ハ裁判官ノ創設ニ係リ、其起源ハ後見ニ比スレハ後年ノコトニシテ其始メニ在テハ管財行爲ハ管財人ノ權利ニアラスシテ寧ロ其義務ニ屬シタリト云フ然ルニ或一派ノ說ニ依レハ財産管理ノ制度モ亦管財人ノ利益ヲ主タル目的ト爲シタルモノニシテ此點ニ付テハ後見人トノナリ然レトモ實際ニ就テ之ヲ見レハ二個ノ職掌ハ判然區別シ難キ場合ナキニアラストス

二、財産管理ノ種類

(イ)未成年者ノ財産管理

紀元前百八十六年ノ法律ニ依レハ二十五歲以下ノ者ニシテ父ヲ喪フトキハ其特別事情ヲ裁判所ニ申立テ管財人ノ任命ヲ請願スルコトヲ得トセリ、其後二十五歲以下ノ者ハ當然財産管理ノ下ニ立ツヘキコトヲ原則トスルニ至レリ即チ通常一般ノ事ニ關シテハ必シモ財産管理ノ下ニ立ツコトヲ要セサレトモ訴訟ヲ提起スルカ爲ニハ常ニ必ス管財人ノ補助ヲ要スルモノトセリ未成年者ハ自己ノ利益ト爲ルヘキ行爲ハ獨自ニテ之ヲ爲スコトヲ得ルモ財産ヲ移轉シ又ハ責任ヲ負擔スルニハ必ス管財人ノ同意アルコトヲ要スルモノ

トス、例セハ又ハ其ノ財産管理

(ロ)心神錯亂者及ヒ浪費者ノ財産管理

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

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

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

管財人ノ保證ニ關シテハ後見人ト全ク同一ナリ前節ヲ參照スヘシ

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

第二節　物ノ法 (Jus Rerum)

ユスチニアンノ法學階梯ニハ物權法、債權法及相續法ハ物ノ法中ニ總括セラル然ルニ此ノ物權法、債權法及相續法ノ三者ハ其性質各異ナル處アルヲ以テ余ハ今物ノ法ヲ講述スルニ當リ三個ニ分類シテ說明セン

第一部　相續法

羅馬法ニテハ相續法(Hereditas)ナルモノアリ死亡者ノ遺留財産ノ權利義務總躰ヲ指ス而シテ物ヲ分チテ有躰物、無躰物ノ二種トシ相續物及ヒ債權ヲ以テ無躰物ノ中ニ入レタリ無躰物モ亦物ノ一種ナルカ故ニ相續物ニ關スル法ガ物ノ法中ニ在ルハ怪ムニ足ラズ

第一款　無遺言相續

無遺言相續ノ變遷ハ之ヲ三期ニ分ツコトヲ得

第一期　十二表ノ法律

十二表ノ法律ニ於ケル無遺言相續ニ關スル規定ハ左ノ如シ

一　正流ノ相續人（Sui heredes）

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

死亡者ノ遺留財產ハ相續權ヲ有スル家子ノ間ニ之ヲ平分ス或說ニ依レハ羅馬人ハ此種ノ相續制度ヲ用ユルニ先タチ長子相續ノ制度ヲ採用シタルモノナリト是レ世界全躰ニ於ケル相續法ヲ見ルニ長子相續ノ制度ハ平分相續ノ制度ニ比シテ其行ハレタルコト古シト云フヲ論據ト爲スモノナリ此說或ハ正當ナルヘキモ羅馬ニ於ケル最モ古代ノ相續制度カ果シテ長子相續ナリシヤハ事實上之ヲ證明スルコトヲ得サル所ナリ、然レトモ十二表ノ法律ニ規定スル所ヲ見レハ此時代ニ於ケル相續ノ制度カ平分相續ナリシコト炳焉タリ

二、正流相續人ナキトキハ宗族ノ最モ近キ者相續人タリ

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

三　宗族ナキトキハ同姓人死者ノ相續人タリ

第二期　十二表ノ法律以後「ユスチニアン」帝ノ時ニ至ルマテノ法律

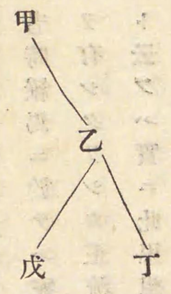
十二表ノ法律ハ常ニ裁判官ノ爲ニ變更セラレ、裁判官ノ改正シタル法律モ亦絕エス多少ノ變更改正ヲ受ケタリト雖モ其變更、改正ノ方針ハ終始同一ニシテ血族ニ重キヲ措クニ在リタリ故ニ十二表法律以後「ユスチニアン」帝ノ時ニ至ルマテノ相續法ヲ約言スレハ家ヲ去リテ別戶シタル者ト雖モ實父ヲ相續スル權ヲ有シ、又古代ノ法律ニ依レハ宗族ナラサルカ爲ニ相續權ヲ有セサリシ者ト雖モ

苟クモ血屬關係アルトキハ法律上當然相續ヲ有スト云フニ在リ

第三期ユスチニアン帝ノ定メタル法律

相續ニ關シテハ「ユスチニアン」法典中最モ新シキ新敕令第百十八號及ヒ第百廿七號ニ規定アリ此法律ニ由レハ左ノ順序ニ依リ相續ス

第一ニ卑屬親先ヅ相續ス而シテ子ハ in capita 則チ頭割ニ平等ノ分配ヲ受ケ孫以下ハ in Stirpese 即チ親ノ株ヲ引受ケテ之ヲ相續ス之ヲ圖解セハ



甲若シ一万圓ノ財産ヲ遺シテ死亡セリトセバ乙及丙ハ五千圓宛平等ニ相續スベク又甲ノ死亡ノ當時乙既ニ死亡シ戊及丁殘留セリト假定セヨ此ノ場合ニ於テハ丙ハ即チ又五千圓ヲ得ヘク而シテ丁及戊ハ乙ナル親ノ株ヲ引受クルモノナルカ故ニ乙若シ生存シアリシナラハ當然得ヘカリシ五千圓ノ平分則チ二千五百圓宛ヲ各相續スルカ如シ

第二ニ卑屬親ナキトキハ尊屬親ノミ相續スラサルトキハ尊屬親ハ死者ノ兄弟姉妹ト共ニ相續ス但シ兄弟姉妹アル第三ニ尊屬親アラサルトキハ血族關係ニ於テ最近ノモノ之ヲ相續ス其等級ノ計算法ハ前述シタルカ如シ

第二款　相續人ノ種類

相續人ニ三種類アリ左ノ如シ

第一、必然（ヂチエサリイ、ヘレデス）ノ相續人（Necessarii heredes）

必要ノ相續人タル者ハ奴隷ナリ之ニハ頗ル理由ノアルコトナリ、ソハ主人若シ無資力ニシテ債主ニ辨濟スルコトヲ得スシテ死スルトキハ死後ノ名譽ヲ汚損スルコト大ナリシヲ以テ玆ニ奴隷ヲ解放シテ之ヲ自己ノ相續人ト爲シ、解放者ノ辭スルコトヲ許ササルノ制度ヲ發見シタリ、是レ必然ノ相續人テフ名稱アル

所以ナリ

第二、正流且必然ノ相續人(Sui et Necessarii heredes.)

正流且必然(スイ、エット、ミチサリイ、ヘレデス)ノ相續人ノ謂ナリ、即チ死者ノ家父權ノ下ニ在リタル者ヲ云フ此等ノ者ハ古代ニ在テハ如何ナル塲合ニテモ相續人タルヲ辭スルコトヲ得サリシヲ以テ此名アルナリ、然レトモ後世ニ迨ヒ相續スルト否トハ全ク其人ノ自由意思ニ因テ決定スルコトト爲レリ

第三、以上ニ揭ケタル者ノ外(Extranei Heredes)ハ古代ヨリ死者ヲ相續スル義務ナシトセリ

第三款　遺言(Testamentum.)

羅馬ノ古法ニ依レハ遺言ノ方式三アリ、第一ニ貴族ハ國民會ニ於テ遺言ヲ爲シタリ(平民ハ之ヲ爲スコトヲ得ス)第二ニ軍隊ノ出陣ニ際シテハ兵士ハ方式ニ遵ハサルモ遺言ヲ爲スコトヲ許サレタリ之ヲ武裝的遺言ト稱ス第三ニ遺言者ハ滿十四歲以上ノ證人五名並ニ携秤人(Libripens)外ニ家産購買人(Familiae emptor.)都合七人ノ前面ニ於テ「マンチパチヲ」ノ方式ニ依リテ遺言ヲ爲スコトヲ得タリ然ルニ右述ヘタル三種ノ方法ハ市民法ノ認メタル所ノモノニシテ漸次行ハレサルニ至リタリ之ニ次テ行ハレタルハ裁判官ノ案出ニ係リシ方式ナリシカ數回ノ變更ヲ加エラレ「ユスチニアン」帝ノ時ニ至リ更ニ正文ヲ以テ變更ヲ加ヘラレタリ斯ク數回ノ變更アリタレトモ此時代ニ行ハレタル遺言ノ方式ハ皆其源ヲ「マンチパチヲ」ノ方式ニ發シタルニ至テハ則チ一ナリキ

又羅馬ニ於ケル遺言ハ概シテ書面ヲ作成スヘキモノナリシカ七名ノ證人ノ面前ニ於テスルトキハ口頭遺言モ亦法律上有效ノモノタリキ

以上述ヘタル所ニ由リテ之ヲ見レハ羅馬ニ於ケル遺言ノ方式ハ元公事ニ屬シ、公衆ノ面前ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得タルモノナリシカ近世諸國ノ法律ヲ見レハ遺言ハ一家ノ私事ニシテ特ニ秘密ヲ貴フニ至レリ、之ヲ羅馬法律ニ比スレハ其懸隔實ニ甚タシト云フヘシ

遺言ノ制度ハ印度、希臘羅馬等ノ宗教上ノ觀念トハ全ク相反スルモノナリ、蓋シ此等ノ國ニ在テハ家族ノ財産ハ拜神ニ大關係ヲ有シ必ス之ヲ世襲スヘキモノト爲シ、且財産ハ家族ノ共有財産ナリシカ故ニ一個人ノ隨意ニ之ヲ他人ニ讓與スルヲ

許ス從テ相續人一個人ノ意見ノミニテ之ヲ定ムヘキニアラストシタレハナリ

此理由ヨリシテ印度ニ於テモ古代ハ全ク遺言制度ヲ認メス、希臘ノ雅典ノ舊法モ亦遺言ヲ禁シ「ソーロン」(Solon)ノ時ニ至リ子ナキ者ニ限リ遺言ヲ爲スコトヲ許シタリ又「スパルタ」ニ於テモ「ペロホンネサス」戰爭(紀元前四百三十一年ヨリ四百四年マテ續ク)以後ニ至リ始メテ遺言ヲ爲スコトヲ許シタリ羅馬ニ在テハ建國ノ當初ニハ全ク遺言制度之ナク、正流且必然ノ相續人ハ必ス其父ヲ相續セサルヘカラサルト同時ニ其有スル相續權ハ決シテ他ヨリ奪フコトヲ得サルモノト爲シ、且此種ノ相續人ハ父ノ生存間ハ財產ヲ支配スル權利ヲ有セサリシト雖モ而モ父ト共同ニテ之ヲ有シタルモノナリキ古昔ニ於テハ遺言ナカリシカ十二表ノ法律ニハ既ニ遺言ニ關スル規定ヲ見ルト雖モ遺言制度ノ發生ハ十二表ノ法律ノ制定ヲ去ルコト甚タ遠カラサリシハ明ナリ然ラハ如何ニシテ羅馬ニ於テ遺言制度ヲ見ルニ至リシヤト云フニ蓋シ家族制度ノ破壞ヲ防止スルカ爲ナリシナラン一步ヲ進メテ之ヲ云ヘハ遺言制度ハ恐ラクハ養子制度ヨリ轉化シタルモノナランカ元來羅馬ニ於テハ家族制度ヲ維持スル爲ニ養子制度ヲ設ケタリ即チ死シテ祀ラレサル

ハ羅馬人ノ非常ニ忌ム所ナルカ故ニ養子制度ニ依リテ以テ其家ノ斷絕ヲ防カントセリ然ルニ前ニ述ヘタルカ如ク遺言制度ハ家族制度ノ精神ニ反スル所アリ、後世ニ至テハ寧ロ之カ破壞ニ與ツテ力アル位ナレハ茲ニ遺言制度ハ養子制度ニ胚胎スト云ハハ甚タ奇怪ナルニ似タリ然レトモ事實ニ於テ其然ルヲ奈何トモスルナシ

羅馬ノ古代ニ於ケル遺言制度ヲ案スルニ財產相續ノ方法ニアラスシテ死去ノ際ニ養子ヲ爲スノ方法タリ、即チ死者ノ財產ヲ他人ニ相續セシムルノ精神ニアラスシテ死者ノ身躰(ペルソナー)(persona)ヲ承繼スヘキ相續人(ヘーレス)(Heres)ヲ定ムルノ精神タリシナリ故ニ遺言ノ結果ハ死者カ死亡ノ際ニ養子ヲ爲シタルト同一般ナリシナリ又羅馬ニ於テハ死者財產ノ一部分ヲ遺贈スルヲ財產遺贈(Legatum)ト云ヘリ、此ノ財產遺贈ハ後ノ法律ニ認メシモ古代法律ニハ之ヲ認メス昔ハ只タ死者ノ身躰ヲ代表スヘキ相續人ヲ定メシノミ遺言制度ト養子制度トハ斯ノ如ク密着ノ關係アルカ故ニ古代ニ於ケル兩制度ヲ比較スルトキハ大ニ相類似セル點アルヲ發見ス即チ養子ヲ爲スニモ遺言ヲ爲スニモ賣買ノ方式ヲ用ヒ之ニ立會フ證人ノ數モ殆ント相同シ

ク、又戸主ヲ養子トスル塲合ニハ國民會ニ於テ其方式ヲ行ヒタルハ猶ホ貴族ノ遺言ニ限リ國民會ニ於テ之ヲ行ヒタリシカ如シ此兩制度ノ相類似スルコト上述ノ如クナルコトハ法律家ノ最モ留意スヘキ點ナリ

遺言ヲ爲スニ付テ相續人ノ設定及ヒ相續人ノ除去ナルモノアリ家族制度ト遺言制度ノ關係ヲ明カニスル爲メ此二點ニ付テ說述スル要アリ一家ノ財產ハ家族ノ共同物ナリトノ思想ハ常ニ羅馬人ニ存シタリシカ故ニ遺言ヲ爲スニ付テハ正流相續人ヲ其相續人ト定ムルカ又ハ否ラサルカヲ特示セサルヘカラス若シ正派相續人ヲ以テ其相續人ト定メス又之ニ對シテ相續權除去ノ手續ヲ爲ササル遺言ハ常ニ之ヲ無效ナリトセリ此規則ハ其後多少ノ變更ヲ經タレトモ其精神ハ「ユスチニアン」帝ノ時代マテ尙ホ存シタリ

相續ヲ爲ス權利アル者カ相當ノ理由ナクシテ相續權ヲ除去セラルヽトキハ其遺言ヲ攻擊ヌル爲ニ非義遺言排斥ノ訴訟ヲ提起スルコトヲ得此訴訟ニ於テ勝訴ト爲リタルトキハ原告ハ死者ノ財產ノ幾分ヲ受クルコトヲ得(之ヲ Portio Legitima. ト稱ス)其額ハ後ニ至リテハ其總財產ノ四分一ト定レリ「ユスチニアン」帝ノ時ニ至リ少シク此規則ニ改正ヲ加ヘタリ佛國民法第九十三條以下ノ規定ハ實ニ羅馬ニ於ケル此規則ニ胚胎シタルモノトス

終リニ遺言能力(テスタメンチ、ファクチオ)(Testamenti factio.)ニ付テ一言セン、有效ナル遺言タルニハ遺言能力ヲ有スルコトヲ必要トス遺言能力トハ一、遺言ヲ爲スノ能力二、遺言ニ依テ物件ヲ受領スルノ能力三、證人トシテ遺言ニ立會フノ能力ヲ云フ例ヘハ十四歲未滿ノ者ハ遺言ヲ爲スノ能力ナク又遺言ノ證人トシテ立會フノ能力ナシ、又曾テ述ヘタルカ如ク獨身者ハ相續物ヲ受クモ能力ナク外國人モ亦遺言ニ依テ物件ヲ受領スル能力ナシトス

第四欵　財產遺贈(レガーツム)(Legatum.)

財產遺贈ハ遺言ト異ナルモノトス、遺言ノ塲合ニ於テハ其目的ハ相續人ノ設定ナリト雖モ財產遺贈ハ單ニ財產ヲ他人ニ遺贈スルモノニシテ死者ノ人格ヲ承繼セシムルモノニアラス、時トシテハ相續人ニ對シテモ之ヲ爲スコトアリト雖モソハ例外ニ過キサルナリ古昔羅馬ニ於テ財產遺贈ノ制ヲ設ケタル目的ハ親族間ノ財產上ノ權衡ヲ得セシメンカ爲ナリキ、蓋シ數多ノ子ニ就キ其中ノ一人ヲ選ンテ相

續人ト爲スコトハ經濟上社交上共ニ便利ナリシカ故ニ遺言ハ往々相續人一人ヲ設定シ他ノ正流相續人ニ對シテハ相續權ヲ除去スルコトアリ、然レトモ斯ノ如ク スルトキハ相續人ト他ノ子女トハ財產ニ關シテ非常ノ懸隔ヲ生スルカ故ニ別ニ財產遺贈ナル制度ヲ設ケ以テ他ノ子女ニ財產ヲ分配スルニ至レルナリ世ヲ經ルニ從ヒ遺贈ヲ爲ス目的ハ漸次變化シ特ニ基督敎ノ羅馬帝國ニ傳播シタル以來財產ヲ寺院ニ遺贈スル者增加スルニ及ヘリ且羅馬ニ於テハ生存間ニ他人ノ恩顧ヲ受タル者ハ其人ニ對スル報恩ノ爲ニ死亡ニ際シ財產ヲ遺贈スルノ習慣アリタリ猶他ノ點ニ付テ謂ハンカ羅馬人ハ元來家族制度ヲ重ンスルヲ以テ財產ヲ遺贈セントスルトキハ必ス相續人ノ設定ヲ要スト雖、若シ相續人ヲ設定セスシテ單ニ財產遺贈ヲ爲ストキハ之ヲ無效ナリトシ且相續人設定以前ニ爲シタル財產遺贈モ亦無效ナリトセリ然ルニ「ユスチニアン」帝ハ此等ノ規則ヲ改メ上述セル順序ニ拘束セサルモ可ナリト爲シタリ、故ニ「ユスチニアン」法典ニ依レハ相續人ノ設定ヲ要スルコトハ古代ノ法律ト異ナラサレトモ財產遺贈ハ必スシモ相續人設定ノ前後ヲ問ハサルナリ

財產遺贈ノ制度一タヒ生シタル後ハ盛ニ世ニ行ハレ甚タシキニ至テハ財產全部ヲ擧ケテ相續人以外ノ者ニ與ヘタル者スラアリタリ此ノ如キ場合ニハ相續人ハ相續ノ爲ニ毫モ利益ヲ得ルコト能ハス、故ニ相續人ハ相續ヲ拒ムコトアリ從テ之ト同時ニ遺贈セラレタル者モ亦實際遺贈ノ利益ヲ收ムルコト能ハサルノ結果ヲ生スルコトナキニアラス、是ヲ以テ紀元四十年ニ至リ一ノ法律ヲ以テ相續人ハ當然被相續人財產ノ四分一即チ所謂「クワルタ、ファルチヂア」(Quarta Falcidia)ナルモノヲ自己ヲ所有ト爲スコトヲ得ト定メタルヲ以テ相續人ハ相續ノ爲ニ利益ヲ得ルカ故ニ相續ヲ拒ムコトナク從テ他人ニ對スル財產遺贈モ亦實際ニ於テ效力ヲ生スルニ至リタリ

第五款　信託（フヒデー、コムミッサ）(Fidei Commissa.)

信託ノ性質ハ前章ニ說明セル財產遺贈ト殆ント異ナルコトナク唯形式上何等ノ方式ヲ要セサルノ點ニ於テ異ナレルノミ

信託ハ小サキ書付（コーデチル、ス）(Codicillus)ヲ以テ之ヲ爲スノ習慣トス、即チ財產ノ所有者ハ小サキ書付ニ財產ノ處分ニ關スル事項ヲ記載シ死後相續人ニ記載通ニ行フヘキコト

ヲ依頼スルモノナリ故ニ其結果ハ財産遺贈ト毫モ異ナルコトナキナリ太古ニ於テハ相續人ニ對シテ如此依頼ヲ爲スモ何等ノ效力ヲ生セサルモノト爲シタリシカ「アウグスツス」帝ノ時ニ至リ之ニ法律上ノ效力ヲ付シ財産遺贈ト並ヒ行ハレタリ、而シテ此時代ニ於テハ小サキ書付ニ依ルニ付キテハ何等ノ方式ヲ要セサリキ基督敎傳播スルニ及ヒ五名ノ證人ノ面前ニ於テ作成スルヲ要スト爲シ、又信託ハ五名ノ證人ノ面前ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ルニ至レリ

信託ヲ爲スニ當テ遺贈者カ財産全部ヲ擧ケテ相續人以外ノ者ニ與フルトキハ相續人ハ爲ニ相續ヲ拒ムコトアリ然ルトキハ從テ信託ハ無效ニ歸スルコトアルヲ以テ「ヴエスパジアヌス」帝ノ時ニ至リ相續人ハ遺留財産ノ四分一ヲ所謂(Quarta Pegasiana)ナルモノヲ當然取得スルコト財産遺贈ノ場合ニ同シ信託ト財産遺贈トハ元來別物ナリシカ「ユスチニアン」帝ノ時ニ至リ兩者ニ關スル規則ヲ廢シテ互ニ相流用スルヲ得ト定メタリ

第六款　死因贈與(Donatio mortis causa)

死因贈與モ亦頗ル財産遺贈ニ類似スル死因贈與ハ贈與者カ危難ノ爲ニ死亡センコトノ眞アルトキ往々財産ヲ他人ニ與フルコトヲ約シ若シ余ニシテ死セハ汝ハ余ノ財産ヲ所有セヨ余ニシテ死セサレハ之ヲ返還セヨト附言スルニ因リテ成ルモノトス而シテ死因贈與ニ五名ノ證人ヲ要スルヤ否ヤハ學者間ニ議論ノ存スル所ナレトモ之カ論定ノ材料ニ乏シ恐ラクハ古昔ニハ之ヲ要セス後世ニ至リテ之ヲ要スルコトト爲リタルモノナランカ或學者ハ死因贈與ヲ以テ財産遺贈ト同視シ他ノ學者ハ之ヲ生存間ノ死因贈與ト同一ナリト論スルモ「ユスチニアン」法典ハ前說ヲ取リタリ

第二章ヨリ本章ニ至ルマテ遺言、財産遺贈、信託、死因贈與ニ付テ說明シタルカ今此四個ノ制度ノ大躰ニ關スル羅馬法ノ歷史ヲ一言スヘシ

羅馬ニ於テハ最古ノ時代ニハ遺言ナル制度ナク其後養子制度ニ倣フテ之ヲ設ケタリト雖モ當初ノ遺言ハ家父カ其私意ヲ遂クル所以ノ方便ト爲シタルニアラスシテ相續人ヲ設定シテ以テ家族制度ヲ維持スルノ精神ニテアリキ、從テ此等ノ時代ニハ家父ハ已ムヲ得サル塲合ニ於テノミ遺言ヲ以テ相續人ヲ設定シタリシカ後ニハ自己ニ數多ノ子女アルニ拘ハラス遺言ヲ以テ其中ノ一人ヲ相續人ト定ム

ルノ習慣ヲ生シタリ故ニ其結果トシテ親族間ニ於ケル財産上ノ權衡ヲ得ル爲ニ遂ニ財産遺贈ナル制度ヲ設クルノ已ムヲ得サルニ至レリ、然ルニ財産遺贈ノ方法ハ頗ル煩雜ナリシヲ以テ信託ナル制度ヲ生スルニ至レリ死因贈與ニ至テハ比較的緊要ノ制度ニハアラサリシカ尚ホ財産遺贈並ニ信託ト共ニ同一ノ目的ヲ達シタルモノナリ

財産遺贈、信託、死因贈與ノ制度盛ニ行ハルルニ至リテ羅馬ニ於ケル家族制度ハ次第ニ衰退ノ傾向ヲ現ハシ個人制度爲ニ其萠芽ヲ發シタリ、是レ家族以外ノ者ト雖モ若シ家父ノ意ニ適スルトキハ財産ノ分配ヲ受クルコト多ク從テ一家ノ財産ハ共有タル實ヲ失フニ至レルカ爲ナリ羅馬帝國ノ未タ滅亡セサルニ當テハ個人制度ハ決シテ充分ノ發達ヲ爲シタルニアラサリシトハ云ヘ歐洲諸國ハ皆羅馬開化ノ影響ヲ受ケ羅馬ノ遺言制度ハ或ハ其儘ニ或ハ多少ノ變更ヲ以テ此等ノ諸國ニ行ハレタリシカ故ニ個人制度ハ爲ニ發達シテ遂ニ今日ニ於ケル狀態ト爲リタリ勿論余ハ遺言制度ヲ以テ家族制度ヲ破壞シタル唯一ノ原因ナリト云フモノニアラスト雖モ其家族制度ノ破壞ニ與ツテ大ニ力アルコトハ斷言スルヲ憚ラサル所ナリ曩ニ既ニ遺言制度ハ公事ニ屬シ之ヲ公衆ノ面前ニ於テ行ヒタリシモ漸次ニ變シテ私事ト爲リ遂ニ秘密ヲ貴フコトヽ爲リタルコトヽ述ヘタルカ此變遷ハ決シテ偶然ノコトニアラス又家族制度ノ破壞ト其ノ運命ヲ同フスルモノナリ我日本ニ於テハ現在ノ家族制度ハ勉メテ之ヲ維持スヘキヤ將タ坐シテ其破壞ヲ傍觀スヘキヤ若クハ速ニ之ヲ破壞ス可キ者ナルヤノ大問題アリ而シテ此問題ヲ研究センニハ羅馬ニ於ケル遺言制度ノ變遷ヲ參考スルコト極メテ必要ナリトス

第二部　物權法

第一款　物(Res)

第一項　物とは何そや

羅馬法ノ所謂物トハ頗ル廣汎ナル意義ヲ有ス、即チ苟クモ人ノ爲メニ有用便益ナルモノハ悉ク之ヲ物ト稱シタリ物ノ大半ハ之ヲ金錢ニ見積ルコトヲ得ヘシ故ニ物ヲ金錢ニ見積リ得ヘキ物件ナリト解釋スル學者多シ然レトモ是レ羅馬法ノ解釋トシテハ誤謬ナリ蓋シ羅馬法ニ於テハ金錢ニ見積ルコトヲ得スシテ尚ホ物ト稱セラレタルモノアリ、例ヘハ所謂共用物(Rès communia)ノ如キハ即チ然リ共用物

トハ空氣、流水、海洋等ニシテ萬人ノ共ニ用ユル所ナリト雖モ金錢ニ見積ルコトヲ得ス而モ尚ホ羅馬法ニ於テハ之ヲ物ノ一種トシタルナリ

近世ノ法律ハ物ヲ以テ權利ノ目的(客躰)ト爲ス然レトモ羅馬ニ於テハ權利思想充分發達セス從テ物ヲ權利ノ目的ト解釋スルコトヲ得サルナリ、即チ空氣ノ如キハ之ヲ權利ノ目的ト云フコトヲ得サルニ拘ハラス羅馬法ハ之ヲ物ノ中ニ加ヘタリ

元事羅馬法ニ於テハ權利ノ主體ヲ意味スルノ文字ナシ從テ之ニ近キ語ヲ求ムレハ「ペルソナー」(Persona)ナル文字ニ相當スト謂フヘシ、然レトモ嚴格ニ解釋スルトキハ「ペルソナー」ハ唯タ人ト云フ意味ニシテ權利ノ主體ヲ指スニアラス、故ニ彼ノ奴隷ノ如キモ亦「ペルソナー」ノ中ニ入ル夫レ既ニ權利ノ主體ナル文字スラナシ何ソ況ヤ權利ノ目的ナル觀念ヲヤ、然ラハ物トハ何ゾヤト云フニ和蘭ノ學者 Vinnius ハ定義シテ曰ク「物ハ人ノ爲メニ有用便益ナルモノヲ云フ」ト云ヘリ、漠然タリト雖トモ古昔羅馬法ノ主義ニ合ヘリ故ニ債權(Obligatio)相續物(Hereditas)等モ包含スル是レ債權法ハ、相續法ヲ物ノ法中ニ入レタル所以ナリ

第二項　物ノ類別

第一、有體物(Res corporales)無體物(Res incorporales)

有體物トハ客觀的ニ存在スル物件ナリ即チ手ヲ以テ觸ルヽコトヲ得ルモノヲ云フ奴隷金銀ノ如キ是ナリ無體物トハ主觀的ニ存在スル物件ナリ即チ手ヲ以テ觸ルヽコトヲ得サルモノヲ云フ例ヘハ債權ノ如キ用益權ノ如キ是ナリ又相續物ノ如キモ之ヲ無體物トセリ所謂相續物トハ死人ノ遺セル權利義務ヲ包括シタル總稱ナリ

古代ノ羅馬法ハ有體物無體物ノ區別ヲ爲サヽリシカ、共和政治ノ末ニ至リテ始メテ之ヲ區別スルニ至リシモノナリ

第二、「レース、マンチピー」(Res mancipi「レース、ネック、マンチピー」Res nec mancipi)

是レ羅馬法ニ獨特ナル區別ニシテ翻譯スルニ苦ム所ナリ「レース、マンチピー」ハ「マンチパチヲ」(Mancipatio)ト稱スル方式又ハ擬訴棄權(In Jure cessio)(インユーレスセッシヲー)ノ方式ニ依テ所有權ヲ移轉スルコトヲ得ル物件ナリ「レース、ネック、マンチピー」ハ此等ノ方式ニ依ラスシテ所有權ヲ移轉スルコトヲ得ル物件ナリ

「マンチパチヲ」ノ方式ハ實ニ奇妙ナルモノナリ、今其大略ヲ述フレハ十四歲以上

ノ羅馬市民五名以上ヲ證人トシ其他尚ホ同樣ノ資格ヲ具ヘタル者ハ携衡人トシ之ニ青銅ノ衡器ヲ持セシム、而シテ物件ヲ買ハントスル者ハ携衡人ノ前ニ行キ其物件ヲ取リテ「此物件ハ羅馬固有ノ法律ニ依テ余ノ物品ナルコトヲ余カ主張ス余ハ此青銅ノ片及ヒ衡器ニ依テ之ヲ買ハントスルナリト」曰ヒツヽ青銅ノ片ヲ以テ衡器ヲ打ツナリ青銅ノ片ハ即チ物件ノ代價ニシテ之ヲ賣主ニ與フルモノトス何故ニ此方式ニ於テ青銅ノ片ヲ用ユルカト云フニ古代羅馬ニ於テハ鑄錢ナリシカ故ニ青銅ノ片ヲ以テ賣買ノ媒介ト爲シタルナリ然ルニ青銅ノ片ヲ用ユルニ付テハ一々重量ヲ料ラサルヘカラス即チ此方式ニ於テモ衡器ヲ要シタル所以ナリ「レース、マンチピー」ハ此「マンチパチヲ」ノ方式ヲ以テ所有權ノ移轉セラレタルヨリ其名ヲ得タルモノトス

又擬訴棄權ノ方式ヲ畧述センニ物件ヲ買ハントスル者ハ裁判所ニ出頭シ裁判官ノ面前ニ於テ其物件カ自己ノ物ナルコヲ主張ス、而シテ裁判官ハ其相手方即チ賣主タル者ニ對シテ「汝ハ原告ノ請求ニ對シ抗辯スルヤ否ヤ」トノ問ヲ發ス、而シテ賣主カ抗辯セスト答ヘ又ハ默シテ答ヘザルトキハ裁判官ハ其物件ヲ買主

即チ原告ニ與フルナリ是レ固ヨリ訴訟ニアラズ訴訟ニ擬シタル方式ナルノミ即チ被告カ原告ノ請求ニ應シテ物件ヲ引渡シタルモノヽ如ク假裝シテ以テ物件ヲ賣買シタルナリ元來「レース、マンチピー」ハ「マンチパチヲ」ノ方式ニ依リテ賣買スヘキモノナルカ故ニ若シ之ニ依ラサルトキハ無效トセラルヽノ恐アリ擬訴棄權ハ此弊ヲ防カントシテ起リシ制度ナリ按スルニ擬訴棄權ノ方式ハ羅馬法ニノミ存在シタルモノニアラス、英國ニテモ中古之ニ類スル方式ヲ用キタルコトアリ即チ英國不動產法ニ於ケル「ファインス」(Fines)「エンド」(and)「リカバリース」(Recoveries)ナルモノ是ナリ

如何ナル物件カ「レース、マンチピー」ナリヤト云フニ伊太利ニ在ル田地家屋及ヒ奴隷、牛馬等ハ皆「レース、マンチピー」ナリ、換言スレハ古代ノ羅馬人カ知リシ所ノ物件ハ即チ之ヲ「レース、マンチピー」ト云フ其後伊太利以外ノ土地ヲ征服シテ始メテ羅馬人ノ爲メニ知ル所トナリシ物件ハ之ヲ「レース、ネク、マンチピー」ト稱ス、羅馬ノ後世ニ於テハ「レース、マンチピー」ト謂ヘハ不動產ヲモ包含セリ、然レトモ古ハ單ニ動產ノミヲ指示シタルモノトス、蓋シ「レース、マンチピー」ノ字義ヲ分析

スレハ手ヲ以テ捕捉スルコトヲ得ル物件ト云フ意味ナリ「マン」ハ「マーヌス」(Manus)即チ手ナル文字ヨリ出テ「チピー」ハ「カーペレ」(Capere)即チ捕捉ナル文字ヨリ來リシモノトス夫レ手ヲ以テ捕捉スルコトヲ得ル物件ノ中ニハ不動産ヲ包含セサルヤ明カナリ而シテ之ヲ包含セシメタルハ後世ノ事ニ屬ス何レノ國ニ於テモ古代ハ土地ヲ以テ一個人又ハ一家ノ所有シ得ヘキモノト爲サス之ヲ一部落又ハ少クトモ一村ノ共有物トセリ而シテ羅馬人ノ祖先モ亦此通則ヲ離レサリシモノト謂フヘシ此點ヨリ見レハ「レース、マンチピー」ハ元ト動産ノミヲ指示シタルモノナレトモ後ニ其範圍ヲ廣フシ不動産ヲモ包含スルニ至リシコト疑ヲ容レサルナリ「レース、マンスピー」ノ歷史ハ羅馬財産法ノ沿革上肝要ナルモノナリト雖モ繁雜ニ亘ルヲ以テ之ヲ省ク

「レース、マンチピー」ト「レース、ネック、マンチピー」トノ區別ハ「ユスチニアン」以前既ニ久シク之ヲ用キサリシカ爲メニ殆ト消滅ニ歸シタル狀態ナリシカ「ユスチニアン」ノ時ニ至リ更ニ成文法ヲ以テ之ヲ廢止シタリ

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

一私人ノ所有スルコトヲ得ル物件ハ之ヲ可有物ト稱シ一私人ノ所有ニ係ラサル物件ハ不可有物ト稱ス不可有物ハ賣買讓渡スルコトヲ得サルヲ以テ一名之ヲ不融通物(Res extra commercium)ト稱ス

可有物、不可有物ノ區別ハ「ガイユス」ノ法學階梯弁ニ「ユスチニアン」法典ノ法學階梯ニ揭載スル所ナリ、今其大要ヲ摘記スレハ凡ソ物件ヲ分テ神法物(Res divini juris)人法物(Res humani juris)ノ二種ト爲ス神法物ハ擧ケテ不可有物ナレトモ人法物ノ中ニハ三種アリ一ニ曰ク神用物(Res sacrae)、二ニ曰ク神護物(Res sanctae)是ナリ

(イ)神用物トハ相當ノ手續ヲ經テ神官カ神ニ供シタル物件ナリ、例ヘハ神ノ殿堂、敷地及ヒ其他神ノ用ニ供セル種々ノ器物ノ如シ、此等ノ物件ハ之ヲ賣却シ又ハ抵當典物トスルコトヲ得ス然レトモ若シ羅馬市民ニシテ敵ノ爲ニ捕ヘラレタルトキハ一大例外トシテ之ヲ受戻ス爲メニ此等ノ物件ヲ賣却シ又抵當典物ニスルコトヲ得ルモノトス

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

(ロ) 安魂物トハ墓地即チ人ノ死躰ヲ埋葬シタル場合ナリ羅馬人ノ意ニ以爲ラク墓地ハ人ノ魂魄ノ住スル處ナリ、故ニ若シ之ヲ讓渡スルトキハ魂魄ハ忽其住スル處ヲ失フヘシト是レ墓地ノ賣却ヲ許サヽリシ所以ナリ希臘及ヒ印度ニ於モ同一ノ理由ニ基キテ墓地ヲ賣買スルコト能ハサリシ時代アリ古昔ハ啻ニ墓地ノミナラス總テ土地ナルモノハ一村一部落ノ共有物ニシテ殆ト所有權ノ觀念以外ニ在リシモノナリ支那周公井田ノ法唐ノ均田ノ法及我國ノ斑田ノ法等ハ蓋シ共有ノ狀態ヨリ變遷シ來リタルモノヽ如シ兎ニ角斯ノ如キ村邑共產ノ時代ニ於テ土地カ賣買ノ目的物ニアラサリシハ事實ナリ、而シテ其後村邑共產ノ制度カ廢滅セントシタル時代ニ至リテモ土地ヲ賣買スルコトヲ得ストノ規則ハ處々ニ殘存シタリ、是レ畢竟土地ノ兼併ノ弊害ヲ防カスカ爲メニ外ナラス我國封建時代ニ於テハ此目的ヲ以テ土地ノ賣買ヲ嚴禁シタリ、德川氏ノ末ニ及セ人民ニ土地ヲ賣ラント

スル者ハ之ヲ質入シ期限ニ至リテ返金セサルトキハ質流レノ方法ニ依リテ以テ所有權ヲ移轉シタリ故ニ土地賣買ノ禁制ハ終ニ有名無實ニ歸シタリト云フ故ニ羅馬ニ於テ墓地ヲ賣買スルコトヲ許サヽリシハ一ニ宗教ニ關係スルモノナリト雖モ抑モ亦村邑共產制ノ遺風ナリト信ス

神用物ハ一私人ノ自由ニ作ルコト能ハサルモノナリト雖モ茲ニ述ヘタル安魂物ハ一私人ノ隨意ニ製スルコトヲ得タルモノトス、例ヘハ自己ノ所有地內ニ死躰ヲ埋葬スレハ即チ其土地ハ安魂物トナルカ如シ然リト雖モ共有ノ土地ハ共有者ノ同意ヲ得ルニアラサレハ安魂物トスル能ハサルヤ勿論ナリ

(ハ) 神護物トハ神ノ保護ヲ受クルモノヽ總稱ニシテ直接ニ神ニ關係ナキモノナリ例ヘハ市府ノ墻壁並ニ門ノ如キハ即チ神護物トス、故ニ若シ之ヲ破壞スレハ重大ナル刑罰ニ處セラルヽナリ

英語ニ(Sanction)制裁ト云フ字ハ羅典ノ Sanctio ト云フ語ヨリ來リタルモノニシテ Sonctio ハ Sanctae ト云ヘリ夫レ或ハ然ラン

二、人法物ハ毫末モ神ニ關係ナキ、モノニシテ之ヲ列擧スレハ共用物(Res Communia)、公有物(Res publica)、府有物(Res universitatis)私有物(Res singulorum)ノ四種ナリ

(イ)共有物トハ即チ萬人ニ共通シテ人カ之ヲ私有財產トスルコト能ハサルモノナリ、例ヘハ空氣、流水、海洋ノ如シ海岸ハ共有物ナルヤ將タ公有物ナルヤニ付テハ羅馬法律ノ原文互ニ相牴觸セリ、近世ノ獨逸法ハ羅馬法ニ從ヘルモノナルカ此點ニ付テハ海岸ハ公有物ナリトノ說ヲ採用セリ海岸ハ假リニ之ヲ公有物トスルモ海洋ハ共用物ナルコト確實ナリ、故ニ羅馬法ニ據レハ如何ナル人ト雖モ海洋ヲ使用スルコトヲ得例ヘハ海水ヲ汲取ルカ如キ、其他海中ノ土砂岩石ノ如キ、皆之ヲ使用スルコト自由ナリ蓋シ此規則タルヤ今日之ヲ見レハ甚タ簡單ナリト雖モ中古之ニ關シテ囂然タル紛議ヲ生シタルコトアリ、是レ思フニ國際法ノ講義ニ於テ詳細ヲ聞クコトヲ得ヘシ今其大要ヲ述ヘン

中古時代ニ當リ海賊跋扈シテ危害ヲ商船ニ加ヘタルコトアルハ東西其軌

ヲ一ニスル所ナリ我國ノ近海ニモ足利氏ノ頃ヨリ武田上杉等ノ戰亂ニ至ルノ間所謂八幡船ナルモノアリ、海中ニ隱顯出沒シテ以テ支那船、葡萄牙船等ヲ苦メタリ恰モ之ト同時代ニ地中海、太西洋、ボルチック海等ニモ海賊ノ暴威ヲ振フモノアリ、是ニ於テ之ヲ防カント欲シ海上所有權ナルモノ起リ、諸國ハ各其近海ヲ領シ若シ海賊ニシテ其領海ニ入レハ海ノ所有主ハ擊テ之ヲ罰スルニ至レリ故ニ海上所有權ヲ有スルモノハ一方ニ於テハ海賊ヲ捕獲スルノ義務アリ、又他ノ一ニ於テハ外國船カ所有主ノ許可ヲ得スシテ其領海ニ入ルコトヲ禁シ、即チ外國船カ他國ノ領海ニ入ラントスルトキハ必ス禮式ヲ行ハシムルノ權利アリ、而シテ此禮式ハ久シク諸國ノ間ニ遵守セラレ第十八世紀ノ末マテ行ハレタルヤモ知ルヘカラス兎ニ角千八百五年ニ出タル英國ノ海軍法規ニヨレハ諸國ノ領海(英國ヨリ西班牙ノ「ルノニ」岬ニ至ルマテノ海)ニ入ル外國船ハ英國船ニ對シ禮式ヲ行フ可キモノトセリ

海上所有權ノ實際ニ行ハレタル時代ニ於テ和蘭ノ學者「グロチユース」(Gro-

tius) カ之ヲ攻撃シタルコトアリ「グロチユース」ハ實ニ國際法學ノ泰斗トシテ後世ノ仰ク所ナリ蓋シ海上所有權ノ行ハレタル時代ニ歐洲ノ覇權ヲ握リシモノハ葡萄牙、西班牙ニシテ共ニ過大ノ所有權ヲ主張シ、太平洋、太西洋ノ大部分ハ概ネ二國ノ有スル所トナリ、比隣ノ諸國ハ勢ヒ之レヲ容ルヽ能ハサルニ至レリ、是ニ於テ海軍ノ新興國タリシ和蘭ハ第一番ニ異議ヲ唱ヘテ以テ西班牙、葡萄牙ヲ抑制セントセリ「グロチユース」モ亦海岸開放論(Mare liberum)ト題スル一書ヲ著ハシテ盛ニ海上所有權ヲ非難セリ、此書名ハ之ヲ直譯スレハ自由ナル海ト云フコトナリ、假リニ之ヲ意譯シテ海洋開放論ト稱セン當時ノ學者嘖々トシテ之ヲ贊稱セリ然ルニ英國ニ同ジク海軍ノ新興國ナリシカドモ海上所有權ヲ廢スルトキハ其近海ト雖モ所有スルコトヲ得ス、爲メニ大ニ損害ヲ被ムルモノアルヲ以テ之ニ反對セリ「ヂヨン、セルデン」(John Selden)ナル學者ハ遂ニ海洋閉鎖論(Mare clausum)ヲ著ハシ、保守ノ意見ヲ公ニシテ「グロチユース」ノ議論ヲ駁シタリ兩氏ノ論據共ニ精確、行文縱橫讀者ヲシテ覺エス案ヲ拍タシム當時二人ノ名聲ハ相匹敵シテ世界ヲ

震蕩セリ、近代ニ及ンデハ「ヂロチユース」ノ議論世ニ用キラルルニ至リ「セルデン」ノ說ハ殆ント人ノ記憶ヲ脫セリ即チ「グロチユース」ノ海洋開放論カ勝ヲ制シタルモノトス而シテ其論據ハ實ニ海洋ハ共有物ナリトノ羅馬法ノ規定ニ基キシモノナリ、故ニ此規定ハ一見平凡ナルカ如シト雖モ而モ莫大ナル利益ヲ世界ニ與ヘタルモノト謂フベシ斯ノ如ク今日ハ海洋ハ共有物ナリトノ規則ヲ認ム、然レトモ昨ノ非ハ今ノ是ニシテ今ノ是ハ必スシモ後ノ是ナラス焉ンソ知ランヤ將來「セルデン」ノ說再ヒ勃興シテ天下ヲ風靡スルコトナキヲ既往ヲ回顧シテ將來ヲ想像スレハ百感胸ニ逼マリ得テ之ヲ禁スヘカラサリナリ尙ホ共有物ニ關スル說明ハ際限ナキヲ以テ之ヲ玆ニ止ムヘシ

(ロ) 共有物トハ直接ニ公共ノ用ヲ爲セルモノヲ謂フ凡ソ國家ノ財產ハ之ヲ大別シテ二種類ト爲スヿヲ得ヘク即チ私有財產ニシテ尋常一般ノ人ノ私有財產ト異ナル所ナシ例ヘハ官署ニ使用スル器具ノ如シ、二ハ即チ公有物ニシテ例ヘハ河川、港灣、國道、城砦、牢獄ノ如キ是ナリ公有物ニ關スル規則ハ私有財

產ニ關スル規則ト異レリ、公有物ハ公共ノ用ヲ爲セルモ種類ニ依リテハ各人必スシモ之ヲ用ユルニアラズ、例ヘバ城砦、牢獄等ノ如キハ各人ノ用ニ供スルコトヲ許サヽルモノナリ、然レトモ港灣、國道ノ如キハ各人皆之ヲ使用スルコトヲ得

公有物ノ性質ニ付テハ學者ニ依リ其說ヲ異ニス、或一派ノ說ニ據レハ公有物ハ無主物ナリ國家ト雖モ之カ所有主ニアラス、國家ハ唯之ニ對シ至高權(ホーヘイツレヒト)(獨語 Hoheitsrecht 英語 Eminent domain)ヲ有スルノミ故ニ國家ハ個人ヲ排斥シテ之ヲ國家ノ用ニ供スルコトヲ得ルニ過キス若シ國家ニシテ之ヲ不用ナリトセン乎個人ハ各皆之ヲ用ユルコトヲ得ヘシ、而シテ個人カ之ヲ用ユニ付テハ無主物ノ規定ニ從フモノトス、故ニ先ツ始メニ占領シタル者カ之ヲ自己ノ所有物ト爲スコトヲ得ルナリ例ヘハ玆ニ古城砦ノ存スル土地アリ國家カ之ヲ不用トスレハ個人ハ之ヲ占領シテ家屋ト爲シ住居ヲ營ムコトヲ得ヘシト云フニアリ、獨逸ノ學者「ケルラー」(Keller)ノ如キハ此說ヲ唱フモノナリ之ニ反對スル一派ノ說ニ據レハ公有物ハ即チ國家ノ所有物ナリ、

故ニ國家ハ之ヲ私人ニ貸與シテ其賃ヲ徵收スルコトヲ得ヘク又自ラ之ヲ使用スルコトヲ得ヘシト云フニアリ近世ニ於テハ公有物ノ性質ニ付テ斯ノ如ク議論アリト雖モ羅馬時代ニハ此點ニ付テ別ニ議論ノ喧シキコトナカリシナリ然レトモ余ノ管見ヲ以テセハ第一ノ說ハ羅馬法ノ精神ニ適合セザルモノト謂フベシ、何トナレハ古昔ハ何レノ國ニテモ土地ハ部落ニ屬スルニアラズンバ即チ村邑ニ屬シ未タ曾テ無主物タリシコトアラス羅馬法ニ於テモ亦タ建國ノ當時ハ村邑共產制ハ既ニ廢滅ニ歸シタレトモ遺風ハ尙ホ依然トシテ存在シ從テ無主物ノ規定ヲ土地ニ適用シタルコトナケレハナリ而モ「ホーヘイツレヒト」ハ最近ノ字ニシテ稍封建ノ習味ヲ帶ブルノミナラス國際法學者ガ得テ用ユル所ナリ其ノ國際法ハ「グロチユス」以後ニ發達シタリト云ヘハ益々奇ナラスヤ今最高權ノ原因ヲ詳說センカ例ヘハ國家ハ一個人ノ所有權ヲ甲ヨリ奪ヒ乙ニ割與スルコトヲ得ス乍併他國ト交戰ノ結果領土ヲ割讓スルコトハ自由ナリ此レ即チ最高權ヲ有スルニ依ルト說明スルモ右「ホーヘイツレヒト」ナル字ガ新クシテ羅馬時代ノ人

ハ斯ル思想ナク隨テ羅馬法ニテハ公有物ハ「レスプブリカ」ト云フ方正當ナリ、就中公有物ノ一種タル河川ニ付テ少シク說明セン、河川ハ悉ク公有物タルニアラス「ユスチニアン」法典ニハ「ウルピアヌス」ノ說ヲ揭ケタリ、曰ク永久枯涸セスシテ流ルヽ河川ハ公有物ニシテ然ラサルモノハ公有物ニアラストト此規定ハ河川ナル文字ヲ用キタレトモ細流ナル文字ナシ是ニ於テ解釋家間ニ議論ヲ生セリ、即チ細流ニ付テモ亦之ニ從フヘキモノナルヤ否ヤノ點是ナリ然レトモ此點ニ付テ「ウルピアヌス」ハ既ニ其ノ說ヲ述ヘタリ、曰ク河川ト細流トハ或ハ其大小ヲ比較シ或ハ其近傍ニ住スル者ノ言ヲ聽テ之ヲ決スヘキモノナリト是ニ由テ之ヲ觀レハ「ウルピアヌス」ノ意ハ河川ト細流トヲ區別シテ同一視セサルニ似タリ、然ラハ即チ此ノ規定ハ之ヲ大川巨河ニ適用スヘク以テ細流ニ適用スルコトヲ得サルナリ、又タ法理上ヨリ之レヲ考フルモ細流ハ寧ロ私有財產ニシテ公有物ニアラス公有物タル河川ハ果シテ眞ニ國家ノ所有ナルヤ否ヤモ亦學者間ノ問題ナリ「パンデクテン」ノ大家タル獨逸ノ「ウインドシヤイド」(Windsheid)ハ河川ハ漸ク「ユスチユニアン」帝ノ時ニ至リ僧正、縣知事、將官等ハ家父權ヲ脫スルモノトセリ

第四項　家子ト奴隷トノ比較

古昔家子ト奴隷トハ同一ナル法律ノ支配ヲ受ケタリ然ルニ漸ク時ヲ經ルニ從ヒ是等ニ關スル法律互ニ分ルヽニ至レリ其沿革ハ三期ニ分テ述フヘシ

第一期ニ於テハ羅馬人ノ法律思想幼稚ニシテ人格ニ關スル觀念未タ發生セス家子、奴隷共ニ家父ノ家族中ニ在リテ祖先ノ祭ニ參與シ一方ニ於テハ家父ハ其生殺權ヲ有シ且ツ之ヲ他人ニ賣却スルヲ得タリ

第二期ニ於テハ人格ノ觀念漸ク發生シ家子ハ家族權ヲ有スルニ至リタルモ奴隷ハ此域ニ達セス茲ニ於テカ兩者ノ間ニ一ノ區別ヲ生シタリ羅馬人ノ用フル言語ニ依レハ兩者孰レモ Persona 即チ人ト稱セリト雖モ一ハ人格(カプト)ヲ有シ一ハ然ラス即チ一ハ權利ノ主躰タルモ一ハ否ラサリキ然レトモ尙ホ家子ヲ養子トシ又ハ去ラシムルニ當テハ賣買ノ方式ニ據リ家子若シ害ヲ他人ニ加ヘタルトキハ父ハ被害者ニ引渡シ其責ヲ免ル、事トセリ是等ハ皆第一期ノ遺物タルニ過キサルナリ

第三期ニテハ第一期ノ遺風全ク消滅シ家子ヲ養子ニ又ハ家ヲ去ラシムルニモ賣買ノ方式又ハ奴隷解放ノ方式ヲ履ム事ヲ要セス且ツ家子ノ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ父ハ之ヲ他人ニ與フルヲ得サルニ至レリ玆ニ於テカ家子ニ關スルノ規則ト奴隷ニ關スルモノト益々相分ル、ニ至レリ

右ニ述ヘタルカ如ク漸々變遷シ明確ニ其時代ニ付テハ分界ヲ定ムル能ハスト雖トモ其變遷ノアリタルヤ事實ナリ

第六款　結婚

羅馬ニテハ市民法ト万性法トノ間ニ婚姻ノ儀式ニ付キ其趣キヲ異ニス市民法ニ於テハ結婚ノ方法三種アリ一ヲ共食式(Usus)ト云フ

一、共食式「フワルレウム」(farreum)ト稱スル麥ニテ作リタル饅頭ノ如キ食物ヲ食シテ結婚ノ式ヲ擧クルモノニシテ其手續ニ三段落アリ第一ニ父ハ自己ノ娘ヲ一男ニ引渡スノ手續ヲ行ヒ第二ニ夫タラントスル者ハ其女ヲ自家ニ誘引スルノ手續ヲ爲シ第三ニ夫婦共ニ食スル者ナリ尚ホ之ヲ詳言センニ第一ノ手續ハ父ハ夫タラントスル者ノ面前ニ於テ祖先ノ靈及ビ「ユピテル」ヲ包含スル自家ノ神靈ニ供物ヲ捧ケ以テ娘ヲシテ某ニ與フルノ事ヲ告グ是レ大切ナル事ニ考ヘラレタリ何トナレハ斯ノ如クニシテ其ノ緣ヲ絕タサル時ハ娘ハ夫家祖先ノ祭ニ參スルヲ得スシテ即チ此手續ヲ爲サル、トキハ娘ハ父ノ家ト緣ノ絕レサルカ故ニ尚其家父權下ニアリ一人ニテ二家ノ祭ニ參與スルコト、ナリ法ノ許サヽル所ナレハナリ第二ノ手續トハ夫タラントスル者自ラ娘ヲ其家ニ誘引スルニアリ又ハ他人ヲシテ爲サシムル事アリ而シテ誘引ノ道スガラ宗教ニ關スル歌ヲ唱ヒ其門前ニ來タルモ直ニ入ラス男ハ女ヲ捕ヒテ自家ニ奪入ルヽノ擬似ヲ爲ス其際女ニ伴ヒタルノ人々ハ之ヲ妨止スルノ樣ヲ裝フモノナリ第三ノ手續トハ第二ノ手續ヲ行ヒタル後神靈ノ前ニ連レ行キ水ニテ清メ以テ神ノ火ニ觸レシム是レ火ハ靈魂ヲ代表スル者ナリトノ妄想ニ基クモノナル後リタル拜神ノ文句ヲ唱フ此等ノ禮ヲ終リタル後男女ハ先ニ述ヘタル食事ヲ爲ス此食物ハ「ヴエスター」ノ女神官ノ作リタルモノナリ

右禮式ヲ共食式ト稱スルハ第三段ノ式ニ依テ名付ケタルモノナリ此式ニヨリ

結婚ヲ爲スニハ吉月吉日ヲ撰フ六月ヲ以テ尤モ吉月トシ五月ハ最モ凶ナリト云ヘリ

二、賣買式　此方法ニ依テ婚姻ヲ爲スニハ夫ハ「マンチパチオ」ノ方式ニ依テ女ヲ買收スルノ方式ヲ行フ或ル一派ノ說ニヨレハ女モ亦此ノ方式ニヨリ男ヲ買フ事ヲ得ルカ故ニ之ヲ Coemptio ト云フモノアレド此說ノ根據トナルヘキ事實ナシ

三、使用式　男子一女ヲ自家ニ連レ來リ一年間妻トシテ使用スルトキハ法律上妻ト爲ルモノトス此規則ハ Usucapio（ウースカピオ）ト稱スル時效ニ關スルモノナリ市民法ニヨレハ他人ノ不動產ヲ二年間占有スルトキハ其所有權ヲ取得シ動產ニ係ルトキハ一ケ年以上ニテ之ヲ取得ス之ヲ Usucapio 即チ取得時效ナリ而シテ女子ハ動產ト見做サレタレハナリ但シ一ケ年ヲ經過スル以前女子男子ノ家ニ在ラサルコト三連夜ニ及フトキハ市民法ノ所謂妻ト爲ラサルモノトス即チ時效中斷スルト雖モ万性法ニ於テハ尙ホ妻ナリト見做セリ

要スルニ結婚ノ方式ニ三種アリ共食式ヲ用フルハ貴族ニ限リ他ハ苟モ羅馬市民タル以上ハ盡ク用ユルヲ得タリ古昔羅馬ニ於テハ貴族ト平民トハ互ニ結婚スルヲ得ス彼ノ十二表ノ法律ヲ制定スルニ當リ之レヲ廢セントノ議論起リタルニ當時貴族ノ權勢强キニ過ギ第十一表ニ於テ之ヲ許サヾルニ規定セリ是レ後ニ附加セル二條ノ一ナリトス其後「カヌレーュス」ナル者之ヲ許可セントノ提議ヲ爲シタルニ貴族ハ之ニ抵抗シテ曰ク『平民ハ共食式ヲ行ハサルカ故ニ所謂其ノ結婚ハ野合ナリ』ト然レトモ十二表制定後七年即チ紀元前四百四十三年「カヌレーュス」氏ノ意見ハ終ニ行ハレ貴族平民互ニ結婚シ得ルニ至リ平民ハ完全ナル結婚權ヲ有スル者トナレリ然レトモ尙平民ハ共食式ヲ用ル事ヲ許サレス依然トシテ貴族間ニ於テノミ行ハレタリ現今社會學者ノ說ニヨレバ曰ク『社會幼稚ナルトキハ結婚ハ强奪ノ方法ニ依リ、稍々開化ニ進ミテ平和ノ手段タル賣買ノ法式ニ據リ、世益々進ミ漸ク現今ノ結婚方法發生セリ』ト是レ殆ント社會學者ノ輿論ナリ如斯議論ハ當ニ法理學上ニ於テ認ムルノミナラス社會學ニ關スル著書ニ於テモ顯ハル、所ナリ今右ニ述ヘタル羅馬結婚式ヲ以テ此議論ニ對照スルトキハ共食式ハ强奪婚ニ關スル即チ夫タラントスル者女子ヲ自家ニ奪入レントスルノ眞似ヲ爲シ女ノ伴人之ヲ妨止スルハ古代强奪婚ノ遺風ナリ賣買式ハ賣買婚ノ遺物タルコト疑ヲ容レサル

ナリ然レトモ使用式ニ關シテハ議論ノ存スル所ナリ比較法學ニ精通セル獨逸「コーラー」(Kohler)氏ハ曰ク『使用式モ亦強奪婚ノ遺風ナリ』ト余ハ之ヲ疑フ離婚ニ關スル方式ト比較スルニ當テ益々然リ

右ニ述ベタル諸種ノ法式ハ市民法ニ於テ正當ナリト認ムル所ニシテ之ニ據リタル結婚ハ妻ヲシテ夫權(Manus)ノ下ニ屬セシムルコト夫ノ子ト同一ナリ故ニ妻ハ夫ノ家族中ニ在ル間ハ其權力家子ニ似タル所アリ祖先ヲ祭ルニハ家子ト共ニ夫ニ從ヒテ之ニ參與シ妻若シ罪過ノ存スルトキハ夫ハ裁判官ノ地位ニ立チテ之ヲ罰スルヲ得ベシ然レトモ其罰酷ニ過クルトキハ親族會議之ニ干渉スルヲ得ベシ又妻若シ財產ヲ獲得スルトキハ夫ノ支配スル所ト爲ルナリ夫若シ死去スルトキハ妻ハ家子同樣ニ之ヲ相續スルノ權アリ此等ノ點ニ於テハ妻ト家子ハ相類スルモノナリ從テ一娘父權ヲ脫シテ夫權ノ下ニ立ツトキハ養子ノ場合ト等シク人格小減等ヲ受ク古昔ニ於テハ妻若シ他人ニ損害ヲ加フルトキハ夫ハ被害者ニ妻ヲ引渡シ以テ以責ヲ免ル、ヲ得タリシカ當時夫ハ其妻ヲ自由ニ賣却スルヲ得サリキ或ハ曰ク是レ已ニ「ロームルス」時代ニ認メタル所ナリト右ノ外尙ホ妻ヲシテ夫權ノ下ニ屬セシムルノ結婚方法アリ是レ万姓法ニ基クモノニシテ十二表ノ法律制定セラレタル當時已ニ存在セリ即チ十二表ノ法律ニ依ルニ一男其妻タルヘキ女ト同居シ一ケ年ヲ經過スルトキハ男子ハ夫權ヲ得ザルノモトス之レ時效ノ規則ニ基クモラザル車三連夜ナルトキハ男子ハ夫權ヲ取得ス但シ此間妻ハ男家ニ在ノニシテ彼ノ時效ノ場合ニ於テハ物件使用ノ時日相繼續スルヲ要ス然ラザレバ使用者ハ其物件ヲ取得スルヲ得サリキ十二表ノ法律中三連夜云々トハ時效中斷ニ關スルノ規定ナリ去レバ當時ニ於テハ其ノ意思實ニ結婚ニ存スルモ唯法網ヲ免レ夫權ノ下ニ立タサルノ結婚行ハレタリ

以上論シタルカ如ク羅馬法ニ於テ結婚ノ方法ニ二種ヲ生シ一ハ法定ノ式ヲ履行シ妻ヲシテ夫權ノ下ニ立タシムルモノ即チ市民法ノ所謂婚姻ニシテ後世之ヲ嚴正的婚姻ト云ヒ一ハ妻ヲシテ夫權ノ下ニ立タシメサルモノ後世ノ所謂自由結婚ニシテ萬姓法ノ保護ヲ受クルモノナリ而シテ第一種ノ結婚方法ハ市民間ニ於テノミ用ユル事ヲ許サレ第二種ハ市民タルト外國人タルトヲ問ハス等シク用ユルヲ得タルモノナリ

古昔ニ於テハ市民法ノ結婚方法專ラ行ハレ帝政以後ニ至テハ共食式賣買式孰レモ消滅ニ歸シ使用式ナルモノモ漸ク其勢力ヲ失ヒ三連夜不在ノ儀式亦從テ行ハレサルニ至レリ唯當時ニ於テハ民間ニ普通行ハレタル婚姻式即チ萬姓法ニ基クモノ大ニ行ハルヽ事コレナリ「ユスチニアン」帝ノ時代ニ至テハ市民法ニ據ルノ結婚方法モ毫モ顧ミル者ナク妻ハ遂ニ夫權ノ下ニ立タサルニ至レリ然レトモ此場合ト雖トモ夫妻同權ナドヽ云フニ非ス男權ハ女權ヨリ尚ホ依然トシテ强大ナルモノナリキ何トナレハ萬姓法ニ認メタル規則ニヨルモ妻ハ其夫ニ隨伴スヘキノ義務アリ若シ他人其妻ヲ誘拐スルトキハ夫ハ之ニ對シ訴訟ヲ起ス事ヲ得ヘク又夫ハ妻ノ現住ノ場所ヲ定メ子ノ敎育ヲ支配セリ然レトモ亦夫權ノ下ニ立タサルノ妻ハ財產ヲ有スルノ資格ヲ具ヘ且獨立シテ之ヲ獲得スルヲ得而シテ其得タル財產ハ妻ノ特有財產(Bona paraphernalia)ヲ組成シ自ラ處分スルヲ得タリ夫ハ妻ノ依賴アリタル外ハ强テ其財產ヲ管理スルヲ得ス但シ管理ノ場合ニ於テモ通常委任ニ關スルノ原則ニ據ル者ニ非ス何トナレハ通常委任ノ場合ニ於テ受任者ハ抽象的輕過失ノ責ニ任スルモノナレトモ夫ハ具體的輕過失ノ責ニ任スルモノナレ

ハナリ此レニ付テハ法理論叢第六編過失論中ニ詳論セリ就テ觀ラルヘシ

一家ノ生活ニ必要ナル入費ハ夫之ヲ負擔ス又夫妻間ノ贈與ハ法律上無效ニシテ何時ニテモ之ヲ取消ス事ヲ得ヘシ然レトモ此權ヲ實行スルモノハ專ラ贈與者ニ屬シ相續人ニ移ラサルモノトス故ニ若シ贈與者此權利ヲ實行セスシテ死去スルトキハ始メヨリ有效ノモノト爲リ死亡ノ時ヨリ始マルモノニ非ス蓋シ何故ニ贈與カ無效ナルヤト云フニ羅馬ノ政略上ヨリ來ルモノナリ例ヘハ羅馬ニ於テハ離婚ハ自由ナルガ故ニ一方ハ貧ニシテ一方富メルトキハ一方ニ迫リテ贈與ヲ受クルノ恐レアリタレハナリ佛法ニ於テハ夫婦間ノ賣買ハ無效ナリトセリ是レ羅馬法ノ精神ト異ナルモノニシテ第三者ヲ保護セントスルニアリ又夫婦相互ノ間ニ於テハ窃盜ニ關スルノ訴訟ヲ起ス事ヲ得ス故ニ離婚前ニ於テ一方他ノ物件ヲ持去ルモ被害者ハ唯タ損害要償ノ權アルノミナリ

以上ノ所說ヲ要言スレハ羅馬ニ於ケル結婚ノ方法ハ四種アリ即チ第一ハ共食式ニ依ル結婚、第二ハ賣買式ニ依ル結婚、第三ハ使用式ニ依ル結婚ニシテ第四ハ萬姓法ノ認ムル結婚是ナリ第一、第二、第三ノ方法ニ依ル結婚ハ市民法ノ認ムル所ニシ

テ之ヲ從ヒテ結婚シタルトキハ妻ハ市民法ニ所謂夫權ノ下ニ立ツト雖モ第四ノ方法即チ萬姓法ニ從ヒ結婚スルモ妻ハ夫權ノ下ニ立タサルモノトス而シテ市民法ニ於ケル夫妻間ノ關係ニ付テノ規則ハ家子ト家父トニ關係スル規則ト略ホ同一ナレトモ萬姓法ハ此點ニ關シテ何等ノ規則ヲ設ケサルナリ又古昔ハ市民法ノ結婚盛ニ行ハレリト雖モ後世ニ至リテハ萬姓法ノ結婚ノミ行ハレタリ又古昔ハ妻ト家子ト奴隷ハ殆ント同一ノ通則ヲ以テ支配セラレタリシカ後世ニ至リ此三者ニ關スル規定ハ自ラ相遠カリタリ

終ニ蓋ミ妾ニ關スル羅馬法ノ規定如何ヲ略述セン、羅馬ニテハ男子ト其妾トノ關係ヲ「コンクビーナーツス」(Concubinatus)ト稱シ上來說述シタル諸種ノ結婚トハ大ニ異ナルモノアリ昔時法律上ニハ妾ナル制度ノ存在ヲ認メサリシカ帝政時代ニ迨ヒ漸次之ヲ認ムルコトヽ爲リタリ妾腹ニ出生シタル子女ハ之ヲ自然兒(Liberi naturales)即チ庶子ト稱シ家父權ノ下ニ立タサルモノトセリ然レトモ妾ノ制度ハ法律上結婚ニ準スルモノナルカ故ニ概言スレハ妻アル者ハ妾ヲ有スルコトヲ得ス妾アル者ハ妻ヲ娶ラサルヲ常慣トシタリ之ヲ支那ノ慣習ニ於テ一夫ニシテ妻ノ外ニ多數ノ妾ヲ有シタルトハ大ニ異ナル所アリト云ハサルヘカラス人類婚姻制度ノ歷史ヲ見レハ初メ一夫多妻又ハ一婦多夫ナルカ如キコトアリシヲ以テ羅馬帝國ノ廣大ナル版圖中一夫多妻ノ慣習アル所ナキニアラサルハ勿論ナリ又羅馬ニ於テハ婚姻ノ豫約(Sponsio 又ハ Sponsalia 俗ニ云フ結名付(ユイナツク))アリキ即チ他ニ婚姻ヲナス約束シタル塲合ニシテ之ヲ破ルモ敢テ損害ナシトセリ

第七款　夫婦間の財産上の關係

第一項　嫁時資資(Dos)

羅馬法ニ依レハ男子ニシテ妻ヲ娶ルトキハ一家ノ會計子女ノ敎育等一切擧ケテ夫ノ責任ニ屬スヘキモノト爲セリ、故ニ結婚ニ際シ妻若クハ其親族等ヨリ幾分ノ財產ヲ持參スルヲ普通トス所謂嫁時資資ナルモノ即チ是レナリ此制度ハ古昔ヨリ行ハレタルモノニシテ萬姓法ニ由ル結婚ノ塲合ニモ亦行ハレタル所ナリ

嫁時資資ナル制度ノ起源ニ付キ異說紛々タリト雖モ概シテ想像的ノ者ニシテ殆ト信憑スルヲ得ス獨リ獨逸ノ「イヘリング(Ihering)氏ノ所說最モ眞ニ近キカ如シ氏

ハ其著羅馬法ノ精神(第五版第一九四頁)ニ於テ說テ曰ク古代ノ羅馬ニ於テハ原則ヨリ言ハヽ家子ノ法ニ關シテハ男女ニ由テ差等ナカリシト雖モ婚姻ノ場合ニ於テハ男女大ニ其權利ヲ異ニセル點アリ即チ女子カ結婚スル場合ニハ其父ハ嫁時資資トシテ幾分ノ財產ヲ與フルモ男子カ結婚スル場合ニハ斯ノ如キコトナカリキ、何故ニ男女ノ間ニ此區別アリヤト云フニ父ノ死亡シタル場合ニ於テ男子ハ之ヲ相續スル權利アレトモ、他家ニ嫁シタル女子ハ此權利ヲ有セサルカ故ニ男女ノ間ニ權衡ヲ得セシメンカ爲ニ女子ノ結婚スル場合ニ父ハ之ニ幾分ノ財產ヲ與フヘキモノトシタルナリト要スルニ此說ニ依レハ嫁時資資ナルモノハ他家ニ嫁シタル女子ハ相續權ノ代リニ嫁時ニ財產ヲ授ケラルヽモノナリト云フニ在リ

何人ガ嫁時資資ヲ與フルヤト云フニ多數ノ場合ニハ妻ノ父ヨリ嫁時資資ヲ差入ルヽモ時トシテ妻ノ母又ハ第三者ヨリ之ヲ差入ルヽコトアリ後世ニ至リテハ妻自己ニ於テ之ヲ差入ルヽコトアルニ及ヘリ、而シテ何人ガ嫁時資資ノ設定ヲ請求スルヤト云ニ夫ヨリ之ヲ妻又ハ其父ニ對シテ請求スルノ權利アルニアラス唯社交上ノ德義トシテ妻カ嫁時ニ之ヲ持參スルニ過キサルモノトス然レトモ妻ハ自己ノ父ニ對シテハ之カ設定ヲ請求スルコトヲ得又時トシテハ母ニ對シテモ之カ設定ヲ請求スルコトヲ得タリ但嫁時資資ノ設定ニ關シ夫ト妻トノ間ニ特約ノ存スルトキハ特約ノ趣旨ニ因リ夫ハ之カ設定ヲ主張スルノ權利アルハ勿論ナリ又嫁ハ時資資夫ニシテ家父ナルトキハ之ヲ夫ニ差入ルヽモ夫カ家子ナルトキハ家父ハ之ニ代テ管理ヲ爲シ且其上ニ用益權ヲ有シ夫タル家子及其妻ヲ養育スルノ義務アルモノトス

嫁時資資設定ノ目的ハ婚姻ノ生活ヨリ生スル費用ヲ補足スルニ在リ是レ一般ニ公認セラレタル所ニシテ羅馬法ノ精神ニ適合シタル解釋ナリ然ルニ學者ノ中ニハ異說ヲ唱ヘ婚姻ノ生活ヨリ生スル費用ヲ補足スルハ嫁時資資設定ノ目的ニアラストシテ曰ク嫁時資資差入ノ約束ヲ結フニ異リ婚姻ノ繼續スル間ハ夫ハ妻ノ父又ハ母等ニ對シ嫁時資資ノ差入ヲ訴求セサルヘシトノコトヲ附約スルコト往々之アリ若シ嫁時資資ノ目的カ果シテ婚姻ノ生活ヲ補足スルニ在ラハ斯ノ如キ約束ヲ結フコト能ハサル道理ナリ、然ルニ實際ニ於テ往々斯クノ如キ約束ヲ結フコトアルヲ以テ見レハ嫁時資資ノ目的ハ必スシモ婚姻ノ生活ヲ補足スルニ在ラ

サルコトヲ知ルヘシ然レトモ此說恐ラクハ誤謬ナラン、何トナレハ夫カ嫁時賚資ヲ訴求セストノ約束ヲ結フハ婚姻ノ繼續中夫ト妻ノ父トカ法廷ニ爭ヲ爲スハ極メテ不快ノ事ニ屬スルカ故ニ豫シメ斯ル紛爭ヲ生セサラシメンカ爲ニ外ナラス縱令婚姻ノ當時斯ノ如キ約束ヲ結フモ妻ノ父又ハ母ハ絕對的ニ嫁時賚資差入ノ義務ヲ免ルヽモノニアラスシテ尙ホ之ヲ差入ルヘキ自然義務ヲ負フモノナレハナリ而シテ此嫁時賚資ハ妻ノ過失ニ因リ離婚セラレタル塲合ニハ之ヲ返還スルコトヲ須ヒサルモノトス

嫁時賚資ヲ差入ルヽ方法ニ付テ曰ハンカ結婚ノ當時直チニ之ヲ差入ルヽモ結婚後之ヲ差入ルヘキコトヲ約束スルモ敢テ差支ナシ古昔ニ在テハ斯ル契約ハ必ス要式口約(Stipulatio)ニ依ルコトヲ要ストセシカ後世ニ至リテハ必スシモ要式口約タルヲ要セサルコトヽ爲レリ嫁時賚資ハ如何ナル塲合ニ於テ夫ヨリ之ヲ返還スル義務アリヤヲ沿革的ニ略說センニ

一、古昔法律ニ依レハ婚姻ヲ解除スルモ夫ハ嫁時賚資ヲ返還スルノ義務ナカリシカ其後ニ至リ夫ハ妻ヲ離婚スル塲合ニハ嫁時賚資ヲ妻ノ生家ニ返還スルコ

トヽ爲リタリ然レトモ是レ法律上夫ニ屬スル義務ニハアラサリキ

二、羅馬建國(紀元前七五三年)ヨリ起算シテ六百年頃ニ至リテハ風俗大ニ頽敗シ領地廣大ナルニ從ヒ惡俗漸時ニ浸入シ爲ニ理由ナクシテ妻ヲ離婚スルコト頻々ナリシカ故ニ豫メ要式口約ヲ以テ離婚ノ塲合ニハ嫁時賚資ハ必ス之ヲ妻ノ生家ニ返還スヘキコトヲ約束スルヲ通常ト爲スニ至リタリ又縱令斯ノ如キ口約ナカリシトスルモ裁判官ハ妻ヲ保護シ、離婚ノ塲合並ニ夫カ妻ニ先チテ死亡シタル塲合ニハ妻ハ嫁時賚資ノ返還ヲ求メ得ヘシトセリ然レトモ若シ妻カ夫ニ先チテ死亡シタル塲合ニハ夫ハ嫁時賚資ヲ妻ノ生家ニ返還スルヲ要セス又夫婦ノ間ニ子女アルトキハ其離婚ノ原因如何ヲ問ハス夫ハ嫁時賚資ノ幾分ヲ留置スルコトヲ得、又妻ノ過失ニ因リ離婚ト爲リタルトキハ夫ハ常ニ嫁時賚資ノ幾分ヲ留置スルコトヲ得トシ又嫁時賚資保存ノ爲メニ夫カ立替ヘタル費用アルトキハ夫ハ嫁時賚資ノ幾分ヲ留置スルコトヲ得トシ、又婚姻ヲ解除シタル塲合ニ於テハ常ニ夫ハ嫁時賚資ノ全部ヲ返還スルヲ要セサルモノトセリ而シテ夫カ嫁時賚資ヲ返還スル塲合ニハ不動產ハ即時ニ、動產即チ金錢其他ノ代替物ハ年賦ニテ之ヲ返還スルヲ得

トセリ之ヲ要スルニ建國ヨリ起算シテ六百年以降ニ發布セラレタル法律ニ依レハ嫁時資資ノ返還ニ付キ豫メ要式口約ヲ取結ヒタルトキハ妻ハ此ノ約束ニ基キ常ニ嫁時資資ノ返還ヲ請求スル權利ヲ有シ、此ノ訴權ハ其相續人ニ移轉スルモノトセリ

三、ユスチニアン帝ノ時代ニ於ケル法律ニ依レハ縱令妻カ豫メ要式口約ヲ以テ嫁時資資ノ返還ニ付キ約束スル所アラサルモ、妻ハ離婚ノ場合並ニ婚姻解除ノ場合ニ於テ嫁時資資ノ返還ヲ求ムルノ權利ヲ有シ且其訴權ハ相續人ニ移轉スヘキ者トセリ又同法律ニ依レハ夫ノ嫁時資資ニ對スル留置權モ大ニ異ナル所アルニ至レリ、例ヘハ妻ノ過失ニ基ク離婚ノ場合ニハ夫ニ其全部ヲ留置スルノ權アリ又之ヲ返還スルニ當テ不動產ハ即時ニ動產ハ一箇年以內ニ必ス返還セサルヘカラス若シ夫カ妻ノ請求ニ應セサルトキハ妻ハ所有主ノ名ヲ以テ之カ取戻ヲ訴求スルコトヲ得トセルカ如シ

嫁時資資返還ノ請求訴權ヲ有スル者ハ何人ナリヤ一般ノ場合ニ於テハ妻及ヒ其相續人ハ嫁時資資ノ返還ヲ訴求スル權利ヲ有スト雖モ妻カ家子ナルトキハ妻ハ其父ト共同ニテ訴權ヲ有スルモノトス、是レ羅馬ニ於ケル家族制度ノ結果ナリ而シテ若シ妻ノ父カ嫁時資資ヲ差入レタルモノナルトキハ妻ノ死後ハ父ニ於テ之カ返還ヲ訴求スルノ權利ヲ有スルモノトス

嫁時資資ハ何人ノ所有ニ屬スルモノナリヤニ付テ或一派ノ學者ハ說ヲ爲シテ曰ク嫁時資資ノ所有主ハ二人ナリ即チ夫モ之カ所有主ニシテ妻モ亦其所有主タリト此說ハ古代ニ在テハ頗ル勢力アリタレトモ現今ニ在テハ殆ント陳腐ノ說タルヲ免レス又他ノ說ニ依レハ嫁時資資ノ所有權ハ妻ニ屬シ夫ハ單ニ用益權ヲ有スルノミト此說大ニ謬レリ何トナレハ嫁時資資ノ所有權ハ夫ニ屬スルコト「ユスチニアン」法典ノ明言スル所ナレハナリ然レトモ嫁時資資ニ對スル夫ノ所有權ハ大ニ制限セラルヽヲ以テ結果ヨリ云フトキハ夫ノ所有權ハ用益權ト殆ント大差ナシトス然ラハ夫ノ所有權ハ何レノ點ニ於テ制限セラルヽヤト云フニ既ニ述ヘタルカ如ク夫ハ婚姻ノ解消後ハ嫁時資資返還ノ義務ヲ有シ又紀元前十八年ノ法律ニ依レハ夫ハ妻ノ意ニ反シテ嫁時資資中ニ存スル伊太利國內ノ土地ヲ他人ニ讓渡スコトヲ得ス、又縱令妻ノ同意アルモ抵當トシテ之ヲ他人ニ差入ルヽコトヲ得

ストセリ是レ譲與ハ人ノ最モ諱ム處、女ノ如キ甚シキ者ナレハ夫ハ之ヲ相談スルモ拒ムハ必然ナレトモ、抵當ト云ヘハ受ケ戻スノ道アルカ故ニ往々承諾スル恐レアリ以テ保護スルニ充分ナラストスルニ基ク然ルニ「ユスチニアン」帝ハ此法律ヲ改正シテ嫁時賚資中ニ存スル不動産ハ其伊太利ニ屬スル土地ナルト否トニ拘ラス妻ノ同意アルモ尚且之ヲ他人ニ譲與シ若クハ抵當トシテ差入ルヽコトヲ得ストセリ而シテ又夫ハ嫁時賚資ノ所有主ナリトハ云ヘ婚姻解消ノ場合ニハ之ヲ返還スル義務ヲ負擔スルカ故ニ嫁時賚資カ自己ノ手裏ニ存スル間ハ之ニ對シテ自己ノ財産ニ於ケル同一程度ノ注意ヲ加ヘサルヘカラス、中古以來ノ學者ハ裏面ヨリ說キテ夫ハ嫁時賚資ニ對シテ具體的輕過失(Culpa levis in concreto)ノ責ニ任セサルヘカラサルモノトス要スルニ法律上夫ハ嫁時賚資ノ所有主タリト雖モ其所有權ハ種々ノ制限ヲ受クルカ故ニ其結果夫ハ單ニ用益權ヲ有スルト大差ナク妻ハ法律上所有主タラスト雖モ事實上ニ於テハ所有主タル權利ヲ有スルモノトス

本節ヲ畢ルニ臨ミ嫁時賚資ト妻ノ特有産トノ關係如何ヲ說クヘシ妻ノ特有産ハ即チ市民法ノ所謂夫權ノ下ニ立タサル妻ノ有スル財産ナリ或說ニ依レハ妻カ婚姻ノ時ニ夫ノ家ニ持參シタル財産ハ一應之ヲ嫁時賚資ト見做スヘシト云フ然レトモ此說ハ誤謬ニシテ萬姓法ニ於テハ寧ロ反對ノ原則ヲ採ルモノヽ如シ即チ夫ト妻トハ其財産ヲ別異ニスルヲ原則トス爲シ妻ノ持參セル財産ハ一應之レヲ特有權ト看做シ、只妻カ嫁時賚資トシテ差入レタルモノヽミヲ嫁時賚資ト爲スモノトス而シテ此區別ハ實際上極メテ大切ナル結果ヲ生ス、即チ若シ妻ノ持參シタル財産全部ヲ舉ケテ嫁時賚資ト爲ストキハ妻ノ過失ニ因テ離婚ト爲ルトキハ妻ハ其財産ノ全部ヲ失フニ至ルヘシ、然レトモ妻ノ持參セル財産カ特有産ナルトキハ決シテ斯ノ如キ結果ヲ生スルコトナキナリ

第二項　娶故贈與 (Donatio propter nuptias)

娶故贈與ハ夫カ妻ニ對シテ爲ス贈與ノ謂ニシテ、此名稱ハ「ユスチニアン」帝ノ時代ニ始メテ用ヒラレ其以前ニ在テハ婚姻前ノ贈與ト稱シタリ羅馬法ニ依レハ夫婦間ノ贈與ハ法律上之ヲ無效ト爲セルモ婚姻前ニ夫ト爲ルヘキ男子ヨリ妻ト爲ルヘキ女子ニ對シテ爲シタル贈與ハ之ヲ有效ト認メタリ何故ニ夫ト爲ルヘキ男子ハ妻ト爲ルヘキ女子ニ對シテ贈與ヲ爲スヤト云フニ是レ一ニ離婚ヲ防クノ方便

ナルカ如シ蓋シ羅馬ノ版圖次第ニ廣大ト爲ルニ從ヒ風俗大ニ頽敗ニ趨キ特ニ希臘「カルタゴ」ヲ滅シタル後ニ至リテハ殆ント其極點ニ達シ離婚ノ數モ亦大ニ增加シタリ於是前節ニ說明セル嫁時賚資返還ニ關スル法律ノ發布ヲ見ルニ至リタレトモ、此等ノ法律ハ未タ以テ妻ノ地位ヲ充分ニ保護スルニ足ラサリシカハ遂ニ婚姻前ニ夫ト爲ルヘキ女子ニ贈與ヲ爲ノ習慣ヲ生スルニ至リタル者ナリ而シテ此婚姻前ノ贈與ノ額ハ必スシモ一定セス東羅馬帝國ニテハ嫁時賚資ノ半額ヲ婚姻前ノ贈與ト爲シ、西羅馬帝國ニテハ嫁時賚資ノ全額ヲ婚姻前ノ贈與ト爲ス習慣ナリキ又嫁時賚資ハ其設定アレハ直チニ之ヲ夫ニ引渡スコトヲ普通トスレトモ婚姻前ノ贈與ハ單ニ約束ニ止マリ即時ニ妻ト爲ルヘキ女子ニ引渡サヽルヲ普通トセリ要スルニ娶故贈與即チ婚姻前ノ贈與ハ夫ト爲ルヘキ男子ヨリ妻ト爲ルヘキ女子ニ對シテ爲ス贈與ニシテ之ヲ設定スル者ハ夫ト爲ルヘキ男子タルヲ通常トスレトモ、若シ其男子ニシテ家父權ノ下ニ在ルトキハ家父之ニ代リテ設定スルモノトス

嫁時賚資ト婚姻前ノ贈與トハ兩々相對スルモノナレハ東羅馬帝國ニテハ婚姻ノ際ニ此二者ヲ一個ノ證書ニ記載シ以テ婚姻財產契約ヲ取結ヒタリ、近世ノ夫婦財產契約ハ之ニ基キテ發生シタル者トス「ユスチニアン」帝ノ新勅令第九十七號ニ依レハ妻ノ過失ニ由ラスシテ離婚ヲ爲ス場合ニハ妻ハ娶故贈與ニ係ル財產ノ全部ヲ受取ノ權アリトセリ、此點ニ於テハ嫁時賚資ト一致セリト云フヘシ又夫ノ死亡セル場合ニ於テハ娶故贈與ニ係ル財產ハ何人ノ有ニ歸スヘキヤニ付テハ二說アリ甲說ハ妻ノ所有ニ歸スト云ヒ、乙說ハ妻ノ所有ニ歸セスト云フ羅馬法ノ解釋トシテハ乙說恐ラクハ正當ナラン、尤モ夫ノ死後娶故贈與ニ係ル財產ハ妻ノ所有ニ歸スヘシトノ特約ノ存スル場合ハ此限ニ在ラサルコト論ナシ

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

「ユスチヌス」(ユスチニアンノ先代)帝ノ時代ニ婚姻前ノ贈與ハ結婚ノ儀式ヲ行ヒタル後ト雖モ尙之ヲ增加スルコトヲ得ヘシト爲シ「ユスチニアン」帝ノ時ニ至リ更ニ一步ヲ進メテ結婚ノ儀式ヲ行ヒタル後ト雖モ新タニ此贈與ヲ爲スコトヲ得ト爲シタルヨ

リシテ婚姻前ノ贈與テフ名稱ハ其實ニ伴ハサルコト、爲リ遂ニ嫠故贈與テフ名稱ヲ用フルニ至リタリ序ニ嫁時資資ノ制度ト婚姻前ノ贈與ノ制度トノ起源何レカ古キヤヲ一言セン獨逸法ニ「ウヰツム」(Witthum)ト名ツク制度アリ是レ夫ヨリ妻ニ對スル贈與ノ謂ニシテ羅馬法ノ嫠故贈與ト酷似セルモノナリ而シテ此法律史家ノ說ニ依レハ「ウヰツム」ハ賣買婚ノ遺物ナリ、即チ獨逸ニ在テモ古昔ハ妻ヲ娶ルニハ他人ヨリ之ヲ買受クルノ習慣アリ、其代價一變シテ後世ノ所謂「ウヰツム」ト爲リタルモノナリト云ヒ「ブルンナー」(Brunner)氏ノ如キモ亦此說ヲ主張ス然レトモ羅馬ニ在テハ嫠故贈與ハ古代ニ行ハレタル賣買婚ノ遺物ナリヤ否ヤ別ニ明確ノ徵證ナキヲ以テ玆ニ斷言スルヲ得サルノミナラス「ユスチニアン」法典ハ却テ嫠故贈與ノ新制度ナルコトヲ明言シ、而モ法律史家ノ疑ヲ容レサル所ナルヨリシテ之ヲ見レハ嫠故贈與ノ制度カ左程古代ヨリ行ハレタルモノナラサルコトヲ知ルヘシ之ニ反シテ嫁時資資ノ制度ノ古代ヨリ行ハレタルコトハ疑ヒナキニ似タリ現今歐洲諸國ニ行ハルヽ夫婦間ノ財產上ノ制度ハ必スシモ同一ナラス即チ英ハ佛ト異ナリ、佛ハ獨ト同シカラス獨逸ノ如キハ各聯邦ニ於テスラ異ナル所アリト雖モ諸國ノ制度ハ成程度マテハ互ニ類似ノ點ナキニアラス、是レ皆制度ノ淵源ヲ羅馬法ニ於ケル婚姻財產ノ制度ニ發スルカ爲メナリトス是ヲ以テ羅馬法ニ於ケル夫婦間ノ財產制度ヲ探究スルハ現今歐洲諸國ニ於ケル夫婦間ノ財產制度ヲ知ルニ甚タ便利ナリ、是レ余カ前節並ニ本節ニ於テ嫁時資資及ヒ嫠故贈與制度ニ關シテ詳說セシ所以ナリ

第八款　婚姻ノ解除

婚姻解除ノ原因ニアリ(一)結婚者ノ死亡(二)離婚、而シテ結婚者ノ死亡カ婚姻解除ノ原因タルヘキハ極メテ明白ナレハ固ヨリ說明スルノ必要ナシト雖モ離婚ニ關シテハ其原因並ニ方法ヲ區別シテ說明セン

第一項　離婚ノ原因

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

一、當事者雙方ノ意思ニ基ク離婚　是レニ付テハ法律ハ何等ノ制限ヲ加ヘサルヲ以テ苟クモ雙方ノ意思合致スルトキハ何時ニテモ離婚ヲ爲スコトヲ得「ユスチ