

穂積陳重博士『羅馬法講義』 総論及び第一編 羅馬法律史

吉原達也 編

解題

1. 本稿は、穂積陳重博士^①の帝国大学法科大学におけるローマ法講義に関する筆記録のうち、主として国立国会図書館の所蔵の穂積陳重講述『羅馬法講義筆記』(info.ndlip/pid/18797609)よりつつ、その前半にあたる総論及び第一編 羅馬法律史の部分を翻刻したものである。本資料の意義については、吉原達也「穂積陳重のローマ法講義について」『日本法学』第八四卷一
号(二〇一八年)一―五一頁を参照されたい。
2. 穂積博士は、一八五五(安政二)年、伊予宇和島に生まれ、一八七〇(明治三)年に貢進生として当時の大学南校に入学後、開成学校を経て、一八七六(明治九年)にロンドン大学キングズ・カレッジ、ミドルテンブル法曹院に入学し、一八八七九(明治二二)年にバリスターの称号を受けた。一八八〇(明治二三)年ドイツ・ベルリン大学を経て、一八八一(明治二四)年に帰国後、東京大学法学部講師を経て、一八八二

（明治一五）年東京大学教授兼法学部長に就任し、法理学、民法、比較法学など法律学の幅広い分野で日本の先駆者、開拓者として活躍した。一八八六（明治一九）年以後、帝国大学法科大学教授として、法理学とともに、「羅馬法」を講じた時期があり、法科大学における邦語によるローマ法講義は穂積陳重に始まったことになる。原田慶吉教授は、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三人を評して「孰れも他を凌駕し、当時の最高水準に位した羅馬法学者であった」とし、とくに穂積陳重について「儒帝の立法事業に付いて御進講申し上げた穂積陳重は、過去の学歴に於ても明治十九年度より二十二年度迄帝国大学に於て羅馬法を担当し、其比較法的進化論論述中に散在する羅馬法に関する事項の外、其早期の「万法帰一論」や「羅馬法を講ずるの必要」と等の全部又は大部分羅馬法に関する論文に於て、其学力の片鱗を覗かせてゐる」、と記している^②。

3. 明治初年から二〇年代にかけてのローマ法講義の変遷については、吉原達也・前掲「穂積陳重のローマ法講義について」『日本法学』第八四卷一号二一六頁、

「宮崎道三郎博士の講述『比較法制史』について」同第八四卷三号（二〇一八年）四二三頁以下、「宮崎道三郎博士の羅馬法講義について」同第八五卷二号（二〇一九年）一頁以下を参照されたい^③。

4. 穂積博士のローマ法講義については、講述筆記録がいくつか知られている。安達峰一郎氏の講義筆記録に關しては、森征一・岩谷十郎／監修 法文化研究会「帝大生・安達峰一郎の「法学」ノート——『法律講義案集』の伝える明治中期法学教育——『法学研究』第七三卷一〇号（二〇〇〇年）七三一—二〇頁『羅馬法』（JR19 654 13）清水裕樹筆 一〇六一—一一〇頁。京都大学法学部図書室所蔵本（3191H011和装本714532）、同吉田南総合図書館所蔵本（図31611111三高和200021826680）、東京大学総合図書館所蔵本（L11:1940005733191）のほか、国立国会図書館に所蔵される、不破彦蔵手写『穂積陳重 講述』一八八九（明治三二年）、冊子体、一六一丁（請求記号3322.315-H734r2 国立国会図書館書誌ID000000904794:info.ndljp/pid/1880330）及び穂積陳重講述『羅馬法講義筆記』info.ndljp/pid/1879760など。後者について、とくに吉原・前掲「穂積陳重のローマ

法講義』『日本法学』第八四卷一号三六頁以下注二五を参照。

5. 翻刻に当たり、次のような方針を採った。

・旧字体は新字体に改め、片仮名遣いを平仮名遣いにしたほか、読みやすさを考慮して濁点、句読点と送り仮名を増やした。編者の補った部分は「」でくくって、本文と区別した。

・本文は、英語、ドイツ語、ラテン語が混在しており、綴りの誤りを訂正したほかは、そのままの形で残すこととした。ただし、固有名詞以外は、各単語を小文字表記として全体を統一した。例えば、Justinian; comitia curiata など。

・原典との対応を容易にするため、丁数を「二丁表」「二丁裏」のように、各丁の冒頭部分に挿入して記述した。

6. 本稿は、二〇一四―二〇一八年度東京大学大学院人文社会科学系研究科多分野交流演習「東京大学草創期の授業再現」報告のために作成された資料の一部である。このような機会を与えられた葛西康德教授、さまざまなお教示をたまわった関係各位にこの場を借りて御礼

申し上げる次第である。⁽⁴⁾

(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬一「穂積陳重」(潮見俊隆、利谷信義編『法学セミナー増刊 日本の法学者』日本評論社、一九七四年) 五五頁。長尾龍一『法思想史研究』創文社、一九八一年。穂積重行「明治十年代におけるドイツ法の受容―東京大学法学部と穂積陳重」(家永三郎編『明治国家の法と思想』御茶の水書房、一九六六年、五三八頁。穂積重行『明治一法学者の出発―穂積陳重をめぐる』岩波書店、一九八八年。『法学者・穂積陳重と妻・歌子の物語』公益財団法人 渋沢栄一記念財団 渋沢資料館。堅田剛『独逸法学の受容過程―加藤弘之・穂積陳重・牧野英一』御茶の水書房、二〇一〇年。

(2) 原田慶吉「我が国に於ける外国法史学の発達」『東京帝国大学学術大観 法学部・経済学部』(一九四二年) 二九四頁。

(3) 矢田一男「明治時代のローマ法教育(1)(2)」『法学新報』第四四卷三、四号(一九三四年)、「雷斯知尼安法典」同誌四八卷五号、「明治以来ローマ法源邦訳事歴」同誌四九卷六号―一二号。原田慶吉「我が国に於ける外国法史学の発達」『東京帝国大学学術大観 法学部・経済学部』(一九四二年) 二九四頁。佐藤篤士「日本における

ローマ法学の役割—日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一つの反省—『早稲田法学』第四〇巻第一号（昭和四〇年一月二〇日刊）五二—九九頁、とくに五九、六三頁、同『古代ローマ法の研究』敬文堂出版部、昭和五〇年四月二五日刊に、第一章「日本におけるローマ法学の発達—日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一反省—」と改題して再録、一—四六頁。『東京帝国大学五十年史 上冊』一一一七—一一四八頁を参照。岩野英夫「わが国における法史学の歩み（1873—1945）」法制史関連科目担任者の変遷『同志社大学法学』第三九巻第一・二号（一九八七年）、一二五—一二二頁。
<https://doors.doshisha.ac.jp/duar/repository/ir/11524/ki00000658370.pdf>

(4) 吉原達也「東京大学草創期におけるローマ法講義——穂積陳重博士・宮崎道三郎博士・戸水寛人博士の場合——」東京大学大学院人文社会系研究科『二〇一四—二〇一八年度多分野交流演習「東京大学草創期の授業再現」報告集』二〇一九年三月刊二一九—二六二頁を参照。

穂積陳重講述 羅馬法講義筆記

羅馬法講義目次

第一卷	一五三
総論	一五三
羅馬法の必要	一五三
第一 立法上の必要	一五三
甲 欧米現行法の淵源	一五三
乙 国際法の基礎	一五三
第二 法学上の必要	一五六
羅馬法の完美なる点	一五六
用語厳正	一五六
編纂整正	一五六
原則に富む	一五六
第一編 羅馬法律史	一五八
第一章 第一期 不文法の時代	一五八
紀元前七百五十年より四百五十年に至る	一五九
十二銅表	一六二
第一表 訴訟法に關す	一六四
第二表 訴訟「手続」法	一六四
第三表 負債の事	一六五
第四表 家長権に關す、patria potestas	一六七
第五表 相続及び後見の事に關す	一六九
第六表 所有權に關す	一七二

第七表	地所建築道路樹木「等」に関する	一七八
第八表	私犯法に関する	一七八
第九表	刑法に関する	一八六
第十表	宗教に関する	一八八
第十一表	婚姻	一八九
第十二表	奴隷	一八九

第二章 第二期 成文法の時代

紀元前四百五十年より紀元前百年に至る	一九〇
平民権伸張を助けたる法典	一九〇

第一 lex Canuleia 紀元前四百四十五年

両族の交婚を許す

第二 lex Valeriae et Horatae 紀元前四百四十四「九」年

平民国会立法権原の端緒を開く

第三 lex Publilia 紀元前三百卅九年

平民法は元老院の認可を要せず

第四 lex Hortensia 紀元前「二八六年」年

平民法は国民全部を支配す

此時羅馬に法行はる

固有法 *jus civile* 俗人法にして羅馬人に行はる

普通法 *jus gentium* 族隸諸国就中伊国地方に

普通なる慣習を云う

普通法を有形の自然法と見做し遂に固有法を

压倒せり

第二期に羅馬に行はれたる法律の種類	一九五
-------------------	-----

第一 <i>leges</i> 法 公法に属す	
第二 <i>plebiscita</i> 平民法	
第三 <i>senatus consulta</i> 元老院令	
主として公法に関する	
第四 <i>praetoris edicta</i> プレートル告受書	
第五 <i>leges non scriptae</i> 不文法又は慣習法	

第三章 第三期 学説法の時代

紀元前一百年より紀元二百五十年に至る、即ち「シセロ」の時より「アレキサンドル セヴェラス」帝に至る	一九六
皇帝の権力	一九七

第三期に於て羅馬に行れたる法律の種類	一九八
--------------------	-----

第一 <i>lex</i> 及び <i>plebiscita</i>	一九八
------------------------------------	-----

第二 <i>senatus consulta</i>	一九八
----------------------------	-----

第三 <i>constitutiones</i> 帝憲	一九八
-----------------------------	-----

一' <i>edicta</i> 勅令	一九九
---------------------	-----

二' <i>mandata</i> 勅諭	一九九
----------------------	-----

三' <i>decreta</i> 勅裁	一九九
----------------------	-----

四' <i>rescripta</i> 勅答	一九九
------------------------	-----

第四 <i>praetoris edictum</i> (i.e. <i>edicta praetorum</i>)	一九九
---	-----

プレートル告受書	一九九
----------	-----

第五 <i>responsa prudentum</i> 法律家の学説	二〇〇
-------------------------------------	-----

羅馬に於る法律五大家	二〇〇
------------	-----

Papinianus

Paulus		第二 西帝国に於ける羅馬法の運命	二一〇
Ulpianus		帝国と共に亡ぶ	
Gaius		第三 中世羅馬法の再興	二一一
Modestinus		イルネリヤス、ボロナーに講筵を開く	
第二期中の二学派	二〇一	羅馬法の欧州に起こりたるは伊国之を	
Proculiani		近世に伝へたるは仏国之を	
Sabiniani		完全ならしめたるは独逸国なり	
ガイヤス発見の困難	二〇二	第四 第十六世紀の仏国法律家	二二二
第四章 第四期 法典編纂の時代		アルシヤス「アルチャート」、ブルジスに	
紀元二百五十年より紀元五百五十年に至る	二〇四	講筵を開くキュジヤス之を次ぐ	
政体の変遷	二〇四	Pandectae Justinianae in novum ordinem Digestae	
法律の変遷	二〇五	第五 イスパニヤ及びフランダに於ける羅馬法	二二四
グレゴリヤン・ヘルモ「ゲ」ニアン法典	二〇五	グロシヤス ビンケルショック	
セアドシヤス法典	二〇六	第六 英国に於ける羅馬法	二二四
ジャスチニアン法典	二〇七	英法学者の功少し	
第一 Codex 第一法典		第七 独逸国に於ける羅馬法	二二五
第二 Codex Tripetita Prelectiones 第二法典		ガイヤスのインステイチュート、	
第三 Digesta or Pandecte 会典		セアドシヤス法典、	
第四 Institute 教科書		ウルピヤン著書等を発見せるは「皆独逸」也	
第五 Novelle Constitutiones 新法		羅馬法律歴史終り	二二五
Corpus Juris Civilis			
ジャスチニアン帝以後羅馬法の衰亡及び再興	二二〇		
第一 東帝国に於ける羅馬法の運命	二二〇		
Basilica			

羅馬法講義筆記

「二丁表」

第一卷

総論

羅馬法の必要

羅馬帝国亡滅せしより千百余年を経過せる今日にあつて何故に此亡国の法律を研究するや。

此の題は第一に諸君に説明せざる可からざるの点ならんと信ず。

彼の有名なる獨逸「イエリン」[グ]が Spirit of Roman Law 「ローマ法の本質」の冒頭に書して因り、羅馬は三度世界に号令し三度万国を統一せり。第一は羅馬の隆盛の時に当り兵力を以て (By force of arms) 万国制伏せしめたりし、以て邦国の統一を為せり。第二回は帝国破壊の後に於て猶ほ教法の権柄けんぺいを握り、宗教の統一を為せり。第三回は中世以後欧州の諸国をして相率ひて羅馬法を継受せしめ、以て法律の「二丁裏」統一を為せり (Reception of Roman Law 「ローマ法の継受」)。此「イエリング」は今にゲッチンゲンにて羅馬法を講義せる人にて、此書は只に羅馬法の本質のみならず、一般法

律の精心しんしんとも云ふ可きなり。

此の如く羅馬法は近世法律世界を統一せしを以て、我々が法律を研究するの材料として尤も大切なことは云ふ迄もなく、且「つ」羅馬法の勢力は未だ消きえずして猶漸く将来世界に及ぶの勢力なり。予は万法帰一論を書きし中に云ひし如く此後開明諸国の法律は羅馬法の子孫たる可し。 「二丁表」

斯く大なる勢力なる故に、予は羅馬法を研究するに当り現今欧法の淵源を探り、且つ羅馬法の実績に由り法理学を研究するの材料となす積りにて之を研究するなり。左れば羅馬法を研究するの理由二あり、一は立法上の必要なり、二は法理學上の必要なり。

第一 立法上の必要

(甲) 羅馬法は欧州諸国現行法の淵源なり。

其故に苟も欧州諸国現行法を理解せんとなれば其淵源に遡りて羅馬法を学ばざるを得ず。

抑も羅馬法の完美せるは五百年頃 Justinian 帝の時にして、其後一旦帝国瓦壊と共に其力を失ひし。然るに十二世紀の頃に伊国にイルネリヤス Innerius なる学者ありたり。 「二丁裏」

之れ近世の法律家の元祖とも云ふ可き人にして、彼れはボロナ府に大学を起し盛に羅馬法の研究を初たりし。而して此のイルネリヤス氏の後を称してGlossators解釈派とは云ふなり。抑も此ボロナ大学が欧州に羅馬法の輸入せる中立となりたり。則ち欧州諸国より留学生を此大学に派遣し或は解釈派の欧州に來りなぞして遂に欧州諸国の立法の基礎を羅馬のジャスチニヤンの法典に採るの勢となりし。例へば彼の有名なるフレデリック法典の如きは其初めに明にジャスチニヤン法典の編纂法に習ふたりと書せり。

此の如く欧州諸国に羅馬法を輸入し又は之に倣ひて自国の法を立てしを称して羅馬法継受 Reception of Roman Law と云ふ。 [三丁表]

凡そ開化の異りたる諸国が戦争若くは商業によつて交通を初むるときは其劣等なる国にして優等国の文物を輸入するは之れ通常の現象なり。故に法律に於ても数国交通するときは、劣国は優国の法を継受するは恰も水の低きに就くが如きものなり。此の如く他国の法律を其儘に輸入し、或は其外形精心「神」等を輸入するを称して沿革法理学にて reception 即ち継受と云ふ。而して此の法

律継受到に直接間接の二つあり。而して直接継受を direct reception と云ひ、間接継受を indirect reception と云ふ。直接継受とは、他国の法律を取りて直に自国に輸入するなり。又間接継受とは、立法の基礎を他国に採り其精神若くは体裁等を他国に倣ふを云ふなり。 [三丁裏]

羅馬法を欧州に継受したるときは羅馬尚ほ盛んなる時に限らずして其国亡びて後数百年を歴て諸国之を受けたるなり。然には兵力により優劣の關係を有せしにあらざ。只其法の精神發達の整ふを以て拡がりしものなり。之れ羅馬法の美質を有する一証とすべし。羅馬法は性質上余程優等なる所あるを以て、帝国亡たる後に至りて世に出でしてなり。羅馬法の価値あることは亡びたる後に世界に広がりたりとの事実が之れ羅馬法の美なる一証なり。近世に至り羅馬法継受の尤も著しきものは仏の Code Civil なり。此の法典の羅馬ジャスチニヤンの Institutes 『法学提要』に倣ひしことは能く人の知る所なり。

ナポレオンは天才を以て諸国を制伏せしめ其国に仏法を輸入せり。故に仏法はナポレオンの勢力と共に欧州の南部諸国「四丁表」に広がりたりし。然るにナポレオン亡ぶるの後は欧州の南部諸国に仏法を放追せんと余程熱

望して一旦之を「廃」したる国もありたれども遂に之を再用せり。

斯の如く羅馬法は欧州諸国の法律の基礎と為せり。抑も英人は全体他国の法律を継受せるなどのことを云ふは大に好まざる性質なれば、近代迄は其事を明言する人は甚だ少なかりしが、近世に至り羅馬法の英国にて盛なりしこと及び英法も亦羅馬法の末孫なることを発見するに至れり。例へば英国法律の大家なる Bracton, Granville 氏の如きの著書なども皆ジャスチニアン帝の Institutes に基きしものなり。

且英国古来の判決例を見るに、英法は盡く羅馬法より出でたるに相違なし。即ち彼の附託法「寄託法」Bailment の [四丁裏] leading case たる Coggs v. Bernard [1703] の如きは其判決は盡く羅馬法に基きたりし。Mansfield [Lord, William Murray, 1705-93], Holt [Sir John, Chief Justice of the King's Bench, 1642-1710] 等の大家の裁判は殆ど皆な羅馬法なり。故に当時在つては英国にても羅馬法の研究尤も盛んにして Inns of Court 「インズ・オブ・コート、法曹学院」にても羅馬法のみは特別の試験を行ふ位なり。

米国に於ては Louisiana 「ルイジアナ」地方メキシコ及び南米諸国は皆羅馬法を継受したるの国なり。又カナダ及び合衆国とは英国と同じく羅馬法を継受せしなり。

此く羅馬法は文明諸国の法律の基礎となりしを以て其文明諸国の法律を模範として自国の法律を編纂する東洋諸国の時來の法律は必ず羅馬法の末孫となるに相違なし。

〔五丁表〕

(乙) 羅馬法は国際法の基礎となりたり

羅馬法は独り欧州諸国法律の基礎と為りしのみならず国際公法の基礎となりしものなり。初め Hugo Grotius のデジュレベリエット「パチエ、De jure belli et pace『戦争と平和の法』」を著はし国際法の基礎を置き諸国通行の条規を論究する藩国は悉く羅馬法を参考せしなり。

何故に羅馬法は万国公法の基礎となりしや、之れ如何となれば昔日羅馬の藩国は欧米諸国に跨がりしかば、従て羅馬国と羅馬国属隸の諸国との交通最も繁忙なりし。之れ数国の法律を規定すべき元「原」則に富めるを以てなり。

第二回 十五日

第二 法学上の必要

羅馬法は何故に法学上に必要なりやと云ふに、近世欧州の「五丁裏」現行法律は少なくとも多数は羅馬法より来りしものにして、皆其子法なればなり。

抑も羅馬法律は帝国の時代には盛なりしが、旧帝国の滅亡と共に其勢力を失ひたりし。然るに十二世紀に至り伊国ボロナ府に一の法律大学校を設立し、一千百年より一千百十八年頃[△]に至る迄、専ら法典を註釈し以て学生を教授したりし。但し羅馬法の法典とは Corpus juris Civilis にしてボロナ大学設立家なる Irnerius は之に註解を為せしなり。

此に於て羅馬法再び欧州諸国に勢力を得たりし。而して當時勢を得たりし諸蛮族の法律を圧倒せり。左ればボロナ「一」大学校は法学中興の大学校とも称す可きにして、仏国学者のルミニエー氏の如きは同氏の仏律歴史の内にも羅馬法の産地なる伊大利国「六丁表」は同法再興の舞台たるの美譽を得たりと。

イルネリヤスは羅馬法典の註釈に止まり故に世人之を称して註釈派と云ふ。斯の如く初めは法典註釈に止りたれども之れより後に至りて法律の原理を解くに至れり。

イルネリヤス死して羅馬法研究一変して紀元一千二百年頃より十六世紀頃迄は学者は独り註釈に止まらずして、此法の欧州に入り込みたるより以来如何なる変遷を経過せしやを研究するに至れり。而して此「の」学派を称して後の註釈派と云ふなり。当時欧州諸国は盛に此法を継受したるが故に此「の」法に精しき学者を要するに至れり。此に於て或は諸国よりボロナ「一」府に留書生を派遣し或は註釈派諸学士を自国に迎へ之を教授せしめたりし見に於て羅馬法学は諸国に伝播せり。当時羅馬法学を諸国に及ぼすに功ありしは、仏国の Jacques Cujas ^{千五百廿二年—九十年}「六丁裏」、独逸国 Karpzov, Pufendorf, [英国] Vaccarius, Bracton, Granville [なす]。

英国にても伊国の僧 Vaccarius なる人、Pandects (Digest) 法典^{もち}を持来り、Oxford 大学にて講筵を開けり。其後英国に於ては羅馬法を研究するを禁ずるの法令出でたれども、一旦入り込みたる勢力は消滅せずして Granville 及び Bracton なぞの textbook も皆羅馬法の主義に基けり。

此の如く欧州諸国に於ては独り羅馬法を継受したるのみならず其学をも継受せるなり。

其後羅馬法研究の力を三變して其研究法は一方に於ては羅馬法を材料として法律に關する諸觀念を研究し、一方に於ては其法を材料として法律沿革の道理を究政するの学派「七丁表」を生ぜり。近世歴史法学派の初祖なる独逸国の「ザビニー」氏の如きは羅馬法を以て其材料と爲せり。又近世歴史法学派の「メーン」氏の如きも此法を以て立論の基礎とせり。

又分析法理学を盛大に起したりしゼオン ヲースチン氏の如きも其材料は悉く羅馬法に採れり。只法律学派の中に於て究理を論ずる自然法学派のみ羅馬法の実歴を頼まざるのみ。

之に依りて見れば羅馬法の研究は独り近世諸国の法律羅馬より伝来せりとの過去の理由のみに在らずして、羅馬法は過去に於けるも時來に於けるも法律學と稱する建築物を建築するには欠く可からざるの材料なりと謂ふべし。予は之れより其完美なる点を列挙す可し。

(甲) 羅馬法は之と哲學者にして實際家を兼ちたる者の手に「七丁裏」成りしものにして (Cato, Cicero, Greek Stoic School)、其用語甚だ嚴正なり、又其編纂批判の方法も亦能く整へり、且つ原則に余程富みた

るが上に實用も疎からず、故に分析法理学に取りては甚だ貴重なる材料なり。

(乙) 羅馬法は近世文明諸国の法律の基礎たるを以て、一度之を學びたる後は真に究易く諸国の法律を學ぶを得べし、故に之を基として諸国法律を比較するに得るなり。然れば羅馬法は比較法学にも亦貴重なる材料と云ふ可し。

(丙) 羅馬法は其發達生の年より發達死亡に至る迄一代記を爲すものなり、故に歴史法学研究には他に比類なき良材料なり。

(丁) 羅馬法は前述の如く國際法の材料と爲りしものなれば、國際法を究たるものにも貴重なる参考なり。

「八丁表」

以上述べたる所は立法上學理と羅馬法研究の大切なことの最なるものなり、予曾て世界中の法律を分別して五大法と爲せることあり。即ち印度法族、支那法族、回々法族（ペルシヤ、インド、トルク）英國法及び羅馬法族之れなり。而して此五大族の内自然の淘汰ありて或は其法律の範圍の縮小するあり拡張するありて、遂に世界の法族は羅馬法族に一統するならんことを述論

せり。

「メーン」氏古代法理学に曰く、我輩の羅馬法の研究を必要と為す所以は独り英国の之を継受したるが故なりのみにあらず、他日両国の法律は遂に一と帰すべき者なればなり。独り両国の法律一途に帰すべきが故のみに在らず、万国法律幼稚の時に在りて如何程其性質を異とするとも、其発達するに従ひ、漸く其規を一にすべき「八丁裏」を以てなりと。之を要するに羅馬法は一方より見れば過去の法律にして一方より見れば現在の法と云ふ可く、又之を未来の法律と云ふも過言にあらざるべきなり。今日より見れば羅馬法は一時の法典として貴重のみならず其歴史頗る貴重なり、故に予は中頃歴史を述び、中頃より規則正しく羅馬法を研究す可し。

第一編 羅馬法律史

前述の如く羅馬法は一の完全なる法律歴史を邑「有」するものにして、其法律の起原より帝国と共に滅亡したる迄の法律の一代紀を為す故に、先づ其沿革を見ることが尤も大切なり。

「九丁表」

羅馬法の歴史を論じたる書籍頗る多しと雖ども、其中

にて序述法を得たるものは歴史家「ギボン」氏の羅馬帝國盛衰記中の法律沿革論之れなり。

同氏は羅馬の法律歴史を四つに分てり。

第一期は羅馬建国より十二銅表の時に至「る」、即ち紀元前七百五十年より四百五十年迄に至る。此時代は不成文法の時代にして未だ成文法の制定なし、国民の所為に關する法律は過半慣習にて定まれり。

第二期は十二銅表制定より「シセロー」の時代に至る、即ち紀元前四百五十年より紀元前百年に至るなり。此時代は稱して成文法の時代とは云ふなり。羅馬に於て初て十二銅表の制定あり、其後国会に於て往々成文法を發布せり。

「九丁裏」

第三期は「シセロー」の時代より「アレキサンダー セベラス」の時代に至る、即ち紀元前百年より紀元二百五十年に至る。此時代は成文法發達の時代とも云ふべきなり。

羅馬社会の進歩するに従ひ、往々十二銅表及び其他此に少の成文法を以て社会万般の事を規定するには不充分となり、故に或は成文法を解釈敷衍或は学者の論説法庭「廷」の裁判等を以て成文法の欠点を補ひ以て法律をし

て社会の進歩に伴はせしめたりし。

第四期は「アレキサンドル セベラス」時代より「ジヤスチニヤン」帝の時代に至る。即ち法典編製の時代とも云ふ可きなり。羅馬の成文法も其数を増し学者の論説法庭「廷」の裁判も沢山とはなりたり。此に於てか之を一編の法典に編纂する必要生じ、遂に「十丁表」千五「↓五百」年頃に至り「ジヤスチニヤン」帝は羅馬法律全典編纂大業を為遂ぐるに至れり。

抑も右の區別は実に要用にして羅馬法を攻究するには尤も大切なり。又斯くの如く此四段の區別は独り羅馬法のみならず諸国法律皆此四段の変遷を経るものなり。

諸右歴史さての分ち方種々なれども「ギボン」氏尤も正しき様なり。

何れの国にても初めより文字ある筈なければ皆不文法の時代より起るなり。羅馬に於ても亦斯の如し。而して斯る時代に在つては法を知れるものは僧徒に非らざれば朝廷「廷」に出る貴族等のみなり。而して斯の如き利器を掌中に握れるもの必ず専横の傾あるは勢止むを得ざる所なり。左ればにや羅馬国に於ては貴族平民の争起れり。而して其争の不平の一つは貴族法律をほしいまま肆「十丁裏」

にせると云ふ事にて、其結果は遂に十二銅表と為れり。之れよりして平民おの己れの權利あることを知るに至れり。

成文法の出でたる後は必ず之を解釈敷衍する必要生ずるなり。如何となれば成文法なるものは不動に結晶しよをせり、之れ非常に国法を尊重して俄に之を変更する能はざればなり。左れば学者及び法庭「廷」に於ては斯る法律をは拡張せざる可からざればなり。又何れの国にても成文法の発達せるときは codification の必要も亦從て生ずべし。彼の英法の如きも頃日に至りては之を codify するの傾あり。

第一章 第一期 不文法の時代

紀元前七百五十年より四百五十年に至る

羅馬建国以来の国体は有限君主制なり。君主は rex と「十一丁表」称し国会 comitia curiata に選挙され終身其職に在るものなり。rex は独り政治上のみならず宗教上の最高権を有せしなり。又此君主の外元老院即ち Senatus ありて専ら議定に寄与せり。又元老院の外に comitia curiata 国会ありて君主選挙及び君主の發布せる法律を認可するの権を有せり。羅馬建国の初め人民を別つて三族と為せり、Rames, Tities, Luceres 之れなり。

而して各族即ち *tribe* を分ち部 *curiae* と為し各「キューリエ」を分ちて *gentes* と為す。故に当時羅馬に於ては三族を分ち三十部に再別し、更に三百「ゼンチス」に分類せり。而して各「ゼンチス」の長を以て元老院議員と為す。而して各「ゼンチス」を組織する家族長を以て *comitia curiata* を組織せり。〔十一丁裏〕

後年に於て羅馬人は其の府外に居住する「ラチン」人種を制服したりし、茲に於て従来のみ族を以て貴族と為し、新に制伏したるものを以て平民 *Plebian* と為せり。此の如く貴族平民の区別生してより以来国家の政權悉く貴族に属し、平民は少しも之に寄与するの權なかりし。然るに羅馬国の兵力稍盛大と為り、其版図漸く広張するに従い、新旧人民の人口の割合大に異なるに至り初めて大變革を見るに至れり。

固有人民は著しき増加はなきも数に限りあり。而るに平民は帝国の広まるに従ひ増加し随て勢力あるに至れり。茲に於て人民階級を改正するの必要再び起り「セルビウス タリヤス」「セルウィウス・トゥリウス *Servius Tullius*」は新に羅馬全国を區別して人民を三十「ツライブ」に別てり。且つ人民貧富に應し之を六級に別ち

〔十二丁表〕五年毎に検査して階級を改む。而して財産を基礎として新し(い)第二国会を起せり。之れを称して *comitia centuriata* と云へり。而して国会に於て投票權も財産の高に依り多少の別あり。故に「センチュリヤタ」国会に於ては貴族平民の別なく財産高を以て標準と為せるが故に、平民と雖ども財産を有するものは政權を有するに至れり。之れ希臘に於て「タイモクラシー」即ち財産制「政」なるものなり。而して之れ平民政治上の權利を得たる第一段なり。

此新法を称して後世「セルビヤン、コンスチチューション」とは云ふなり、是に於て従来の国会の政權は第二国会「センチュリヤタ」に遷れり。

第二国会「センチュリヤタ」は宣戰媾和の權、高等官選任の「十二丁裏」權、法律制定の權、刑事裁判の權等を有し第一国会「キューリヤタ」は宗教に関する權と法律に宗教上に制可を与ふるの權に止まれり。

凡そ社会は宗教督制より兵力督制の制に至るを通常の順序なり。而して羅馬の *Servius Tullius* のときは尤も著しき例ならん。

抑も第一国会は血統に基き祭司を司さどり政事を司さ

どりし。而して第二に起りし「コミシヤ、センチュリヤタ」は財産に基き兵制及び政事を為したりし。

何れの国の古き歴史記録を読むに皆一様の現象を見出すものにして僧侶皆初めには非常の勢力を持つものにして社会稍や進歩するに従ひ宗教兵力の二つ各分離するなり。而して

「十二丁表」

羅馬の「セルビヤン コンスチューション」は其尤も著しき段落たる所たり。右の二国会に作りたりし古代の法律は Papirius 「前五〇〇年頃の大神官」なる僧侶之を編纂せりと雖ども後世迄は存在せず。

羅馬王国は建国後二百四十二年に「ターキナス」王 Tarquinius を追ひ共和政治を建て二人の「コンサル」を貴族より挙げ之に政事の最高権を依託せり。

而して「コンサルス」[consules] は senatus 及び comitia を徴集し senatus の議長となり又元老院の議決を執行するの権を持せり。然れども羅馬は常に外国との戦争絶へず。而して「コンサル」は兵馬の権を握りたりしことなれば屢外国に行かざる可からず。故に遂に己れの職務の一分部を分つて他人に委任せざるを得ざるの「十二丁裏」場合に立至れり。此に於て……

praetor なる官を置き民事訴訟を司さざらしめ

censor を置き戸籍凡俗事務を委任し

aedile を以て警察の官を司どらしめ

qu[a]estor に命じて租税の事を司らしむ。

然るに右の高等の内「エダイル」を除くの外は悉く貴族之に任用せられ、平民は之に任ぜらるることを得ざりし。左れば当時の政事は譬ひ名は民政なりと雖ども、其實やはり豪族政事なりし。之れ貴族の富にして且賢なりしによるなり。

平民は「コミシヤセンチュリヤタ」に於て多少参政の権を有せども固より同国会は財産に基きたる国会なるを以て其实力は専ら貴族に歸したりし。 「十四丁表」

斯の如き有様なれば平民の不平止ること無く、建国後二百六十年に至り平民は遂に羅馬府外の「アベンチー」山に集合し貴族に迫り、左の三事を要求せり。即ち、
第一 従来平民に対する負債を一切帰却すること
第二 二人の「ツリビユン」官を置き専ら平民の利益を保護せしむ

第三 現任の「コンサル」官を火刑に処すること
此三ヶ条を要求し遂に前二ヶ条の承諾を得るに至りて

事止みたり。此に於て「ツリビユン」官起り又全く平民より組織する第三国会即ち「コミシヤツリビユータ」起れり。之れ実に平民国会なり。

而して「ツリビユン」官は「コンサル」及び元老院の出したる法令に「十四丁裏」対して Veto (I forbid) 即ち不認可又は拒絶の権を持ちたりしかば平民に不便不利なる法は悉く之を改定せり。又「ツリビユン」官は後に至りて立法権をも得るに至れり。之によりて見れば Servian Constitution は平民の政権を得るの第一手段にして「ツリビユン」官及び「ツリビユン」国会の設立は之れ第二手段なり。

其後平民權益す伸張して紀元前四百七十年頃には「ツリビユン」官を五人となし、紀元前四百五十七年には又之を増して十人と為すに至れり。

羅馬法律歴史の第一期に在りては宗教法律の区別未だ分明ならずして(何れの国も亦然り)其初に当り法律は神命なりとの「十五丁表」考へを持したりし。

「スペンサー」氏の社会学に云ふ所によれば、羅馬の「ヌマ」王は「エジリア」Egeria なる神より法律を受けたりし。而して之を適用するものは占卜者 (ordal) を

して神意のある所を占わしめ以て裁判せしなりと。又羅馬には憲法上長は宗教の長にして又政事の最高権を握りたるを見ても知る可し。

斯の如く宗教法律相混同するは何れの国にても元初会社の通則にして宗教書籍中に法律あるを見ても知る可きなり。印度の「メニユー」「マヌ」の法律は其初と。「リカルグス」「リユクルグス」の法律は「ジュピター」神より得たりと称し。斯く何れの国にても皆同一の現象を見る可し。即ち羅馬国にても建国の初めには皆神授法なり。

「十五丁裏」

十二銅表

凡そ不文法の時代にては其法律は人民一般に之を知る能わざるを以て当時法律を知りしものは非常に其権力を保ちたりし。左れば羅馬国にても当時貴族平民との間には次の如き関係ありたりし。

第一 貴族は法律の智識を有し而して平民は之を知らず

第二 貴族は債主にして平民は負債主なり

第三 貴族は地主にして平民は借主なり

而して貴族は法律の智識を専らにせしを以て、若し貴族と平民中に財産上の争等の起る場合には、貴族は屢々

法律を曲げたれども平民は之を知るに由なかりし。

右の如き有様なりしを以て貴族平民との争は益結んで解けざりし。而して此時に当り文字の使用既に盛んになり、平民「十六丁表」にても文字を了解するをもの多きに至りしを以て、貴族平民の争ある毎に平民は貴族に迫り法律を筆記して之を人民に示すべしと迫りたりし。

内乱数回の後、終に法律を告布するの承諾を得たり。

此に於て三人の委員を Athens に出さしめ古来有名なる「ソロン」其他「グリーキ」の法典を取調べしたり。而して紀元前四百五十二年右三人の委員羅馬に復命せり。

此に於て新に十名の委員を選び之に法律編纂の全権を付与したりし。之れ有名なる decemviri (10 gentlemen)。此に於て彼等は先づ十ヶ条の法律を制定し之を銅に掘り公市場即ち forum の見易き場所に之をすえ置けり。而して翌年に至り又之に二表を加へたりし有名なる十二銅表之れなり。

貴族平民との争ひは多く財産上の争「十六丁裏」なり。故に其結果として成文法の発足となれり。

此十二表を銅に掘り付けたるは之れ古風なり。支那の鼎に「彫」り付け、Moses「の十戒」等、皆古代は万世

不朽を形象す「る」ものなり。

有名なる十二銅表も初めは十表を作り、翌年二表を作り合せて十二銅表を為せるなり。

抑も法律制定は国家の大改革に次ぐものにして之れ一大原則なり。

羅馬にても国内大乱の後初^{はじめ}て十二銅表出来たりしなり。

「十七丁表」

欧州蹂躪の後「ナポレオン」法典出来、ビスマーク独逸帝国を制定したる後、英国の「アルフレッド」、徳川家康戦争後の百ヶ条、又韓の「八条禁法」の三条の法も皆然らざるはなし。

之れ大乱後は之を治めざる可からず。而して治世の策中第一に着手せざる可からざるものは之れ法律なればなり。

何時何国の歴史を見るも亦然り。而して羅馬十二銅表は着しき例なり。

羅馬の十二銅表は永く Forum に掲げありしが、帝国の末「ゴール」の進入のとき一旦無くなりし、其れが為め今日に至る迄其法令の全文存在せず。而して今日に至る迄遺有せるものは主として独逸の羅馬法学者の非常に

尽力して諸々に散布「十七丁裏」したる法文を集めたるに依るなり。就中 Godefroy, Hauboldt の諸氏大に与^{あずか}りて力あり。而して予の之れより述べんとするものは此独逸学者の集めたる十二銅表の法文に基き、沿革法理学の原則を解く可し。而して予は前述の如く古きことをむやみに解釈的好古物的に論ずるものにはあらざるなり。

第一表 訴訟法に關す

現今迄に遺存するもの九ヶ条

第一表に於ては主として訴訟人を法廷に呼び出すの方法を規定せるものなり。譬へば若し法庭「廷」に呼出せしときに出庭「廷」を拒むときは公力を以て出廷せしむべしとの命令あり。

第二表 訴訟「手続」法

第二表も亦訴訟手続を規定せるものにして現今に遺存せるもの四ヶ条なり。〔十八丁表〕

此の第一及び第二表に於て訴訟法に關する規定を掲げたる所以のものは之れ決して偶然に在らざるなり。法律の語にも此に權利あれば此に必に救済ありとの語もある位にて、先づ權利なるものありて而して之を犯すときは初めて訴訟起るが之れ通常の順序なり。其故に「ベンサ

ム」氏も法律を主法と助法の二つに分け substantive [law] 即ち主法は權利義務を確定し adjective law 即ち助法は其制済及び手続等を定^{さだめ}しものなり。

其故に純然たる A Priori Reasoning にて主法定まりて而して後助法之に次ぐが通常の順序ならん。然るに諸国の法律歴史の實際を見るに却ち其順序は倒さまして制済救済法先づ起り而して後權利義務を確定「十八丁裏」するの法定まるなり。例^{たと}令へば世界に尤も古き印度の「メニユー」「マヌ」法典の如きも先づ前に訴訟法の規則を定めたり。又其後印度に制定せる有名なる「ナラター」「ナーラダ Narada」の法典其他古代の法典には先づ其初めに於て訴訟若しくは治罪の手続等を掲げ、後に至り初めて婚姻相続財産等の事を掲げたり。

抑も斯の如き法典の編纂法は理論によりて之を定めたるものにあらずして自然發達の順序に従ひしものなり。此の如く助法先づ發達し而して後、主法の發達するものなり。

右の理由を尋ねるに、第一古代諸国に於ては現今の如く立法部の機関不完全にして活発ならず、左れば社会の進歩需要に應じて成文の法律を制定播布することは

「十九丁表」古来に在りては極めて稀なり。故に何の国にても数百若しくは数十年の後に至り英雄豪傑の士一たび一編の法律を編纂するときは其れを永く変更することなし。然るに社会は常に活動進歩するを以て其法典編纂のときには未だ成り立たざりし種々様々の事実も起る可し。加之ならず古代法典は実に簡短にして社会万端の事を制定する能はずして極荒^{あら}しきものなり

其故に一度人民の間に訴訟の起りしときは法官に於ては自ら正しき理なりと信ずることを以て之を判決するなり。

之に於て人民初めて己れの権利義務を知る可し。加之ならず未開の諸国に於ては現今の如く訴訟の種類大からずして或は貸借の訴訟とか地主と小作人との間の訴訟其過「十九丁裏」半を占めたりし。其故に同様の訴訟ありしときは其判決も殆ぼ前の判決に倣ふて下すは自然の勢なり。而して之の如き判決に依りて人民初めて権利義務のあることを知れるなり。

又判決例によりて漸次慣習法自然に発達するものなり。故に法律は訴訟の判決によりてだん々と初めて定まるものなり。近世の如く先づ初めに法律を以て権利義務を

定め若し之を犯したるものには制裁を加ふると云ふが如き順序を踏みしものならず。之れ古代に於て助法先づ発達したる後に主法の起る所以なり。羅馬十二銅表の第一表第二表に於て訴訟手続の事を定めたるも之に皆法律の自然発達の順序に従ひし事明なる可し。

右述べたることは甚だ大切なことなれば善く注意すべし。

参考 明法志林 八十四号「↓八十七号」

Main[e]'s Early law of Custom

Ideas as [the] amendment of Ancient Law.

第三表 負債の事

遺存するもの六ヶ条其必要なるものを後に述べ可し。

負債主若し自ら其負債を了認し若しくは負債の判決を受けたるときは其後三〇日間に之を償却す可し。若し三〇日の期限を過ぐるとも負債主にして尚ほ之を払ふ能はざるか又は引受人を定めて債主を満足せしむる能はざるときは債主は負債主を六十日間鉄「鎖」を以て之を束縛し而して其重さは「二十丁裏」十五片「斤」を過ぐ可からず。又少なくとも一日一片「斤」以上の麦粉食料を

与へざる可からず。

又其繫留中債主は負債主を数回法廷に呼び出し其生命に恙なきことを証明す可し。且つ市日毎に公市場に於て負債の額を公衆に告げ、以て其代償者を待つ可し。而し第三市日に至る迄も代償者出でざるときは債主は負債者を己が思ふ存分に之を取扱ひ得るなり。左れば債主の欲する所に任かし之を奴隸と為して外国に売り、或は其怒を晴す為め之を殺戮するも皆債主の自由なり。而して其債主にして数人あるときは負債者の身体を分別して之を各自に分ち得るなり。而して若し其分かつの割合當を得ざるとも債主は其分割者を罰する能はず。『二十一丁表』

斯の如く実に古代の法律は奇なるものなれども此にも理屈ありて、之れ古代の法律より見れば余程進歩せしものなり。

これらの事は負債の執行法を定めしものなり。現に欧州にても廿三十年頃前も imprisonment for debt もありたりし。斯の如く右に述べたる第三表は負債主債主の權利義務を確定せしものなり。

近世の目を以て之を見れば奇怪なる残酷なる法律の如くに見ゆ。然れども羅馬にては貴族は債主の地位に立ち

平民は負債主となり、貴族は法律を制定し之を執するの權を持し、平民は法律の何たるを知らず、只之に黙従せし有様なりし。故に十二銅表制定以前の負債償却法は実に残酷を極めしものなり。

負債主其期限に至り其償却の義務を果さざるときは債主は直に其身体生命を以て之を償却せしめしものなり。即ち當時は義務は物に関するとの風習ありたり。之に負債を子孫に負さずして身自らを殺し之を割くに至りしなり。

然るに第三表は先づ前三日の猶予を与へ其繫留中も鉄鎖の重量及び之に食料の分量を定め且つ近世の人身保護法律の如く屢法廷に於て負債主身体之安全なるを保明するの責「あり」。債主に負はしめ或は市場に代償者を求むる等の如きは以前の法律に比すれば非常寛典なり。故に平民の權利進歩の結果として制定頒布せられたる十二銅表に斯の如き文面を見るは敢てあやしむに足らざるなり。

『二十一丁表』

古代の法律に於ては債々負債主の關係を制定するが余程肝要なりしと見ゆ。故に有名なる「グリーキ」の「ライカルガス」の法典を初めとし、其他の古法典を見るに

訴訟法に次ぐに負債の事を掲げたり。「アイルランド」の「ブレホンダム」及び印度「マヌ」法典の如き皆然らざるはなし。

第三表は奇妙に見ると云ふ人もある可し。如何となれば平民の権利を得たる當時に於て斯の如く負債主の責を重くするは奇なりと云ふ人もあるべけれども之れ等の人は当時の事法を知らざる人の差にして古代は非常のものにして平民等も大に喜びし位なり。

「ソロン」の法典の有名なるは只に債主負債主の關係を寛大せしを以ての故なり。……「二十二丁裏」

第四表 家長權に關す patria potestas

遺存せるもの四ヶ条其要用なるものを左に述べん。

不具異形の子は出生の後直に之を殺す可し。

斯の如き慣習は古代各国に其例少なしとせず。而して其原因は次の三つに歸着すべし。

第一 原人未だ其生活の道を知らず、食料を蓄積することとを知らず、其故に蛮族中には自己の生活をするために山野に獵し河海に漁し漸く其一身の性命を繋ぐものなり。其故に老人とか或は不具なるもの等の如

きは自ら生活を営む能はざるを以て自然に他人の世話となるものなり。故に蛮族中斯の如く食料少なく且つ他の蛮族との生存競争の烈しき時に當り、斯如き^{あやふき}危人物の多き種族は自然に他の蛮族に圧倒され遂に「二十三丁表」生存競争に堪へる能はず。故に蛮族中往々老年のものを殺し或は不具にして自存の道なきもの等を殺したりし。之れ右の法律の社会上の理由なる可し。

第二 不具異形の子を生ずるときは往々宗教上の迷ひよりして以て神罰となし或は禍の前兆として之を恐れ之を恥るの風あり。此に於て之を殺すの習慣法令の生じたるなる可し。之れ余の名づけて宗教上の理由となすものなり。

第三 社会漸く進歩して兵力督制の時代に至つては其国民の體質強壯にして戦争に有益なる人物を多く要したり。其故に軍事に不適當なる不具異形の子を殺するの法律往々あり。之れ政事上の理由なり。

左ればにや「グリーキ」の「ライカルガス」の法典にも不具の子を殺すの法典「二十三丁裏」あり。故に武を以て国を立てたる羅馬にても十二銅表に此の如きヶ条あ

るは敢て定るに足らず古代法律に能く見る所たり。

社会上的理由として述べたる如く蛮族には蓄積の考なかりし、之れ人類学上の現象なり。

家長は其家族の上に生殺の全権を有し且つ随意に之を懲戒使役売却するを得。家族の財産を自由に支配し得るなり。而して家長たるもの其子を売すること三回なるときは其子は家長権を免除せらるべし。 *Jus vitae necisque, i. e. right of life and death* 之れ生殺の権なり。

右の法令によれば十二銅表の時代にては家族たるものは法律上未だ人格を得ず（即ち権利の主格）家長のみが *personality* を持つのみなり。而して家長たるものの権は十二銅表以来三回「二十四丁表」の変遷を経たり。

家長権に関するヶ条は民法の全体を占むるに至れり。

此十二銅表の頃には純粹なる族制の有様なりし。

契約も所有権も皆家長に在れば家族制度のときは家長の事を定むれば其にて事足るに至る可きなり。而して法律歴史は殆ど家長権の歴史の如し社会の進歩すると共に家族の要用を感じるなり。

家長権の沿革

家長権は十二銅表以来現今に至る迄三度びの変更を経

たり。

第一期 十二銅表の時代には家長は家族の上に物権 *Jus in rem* を持てり。故に家長たるものは家族の上には「恰」も自分の所持せる土地牛馬の如く所有権の要素を悉く備へ持「二十四丁裏」せり。

家長は其家族を占有するの権あるは勿論之を使用し之によりて収益し又は之を消費するの権迄も持てり。斯の如く家族たるものは権利の物体たるの資格を有せるを以て自ら権利を有すること能はざりしものなり。左れば家長は家族を戮殺するも敢て之を罰するの法令なし。

十二銅表のときは純然たる家族制度なり。而して家長は家族の上に占有権、収益権、所「処」分権を持てるを以て完全なる所有権を持てるなり。

第二期に至りては法律漸く家族の人格を認むるに至れり。故に家族の生命身体に関する権は幾分か法律の保護を受くるに至れり。然れども猶ほ家長にして家族を殺したるの罪は他人を殺「二十五丁表」したるの罪よりも余程輕し。又家族の財産権に至つても第二期に至りては幾分か之れが保護を認むるに至れり。

抑も羅馬国は武を以て建てる国なるを以て武人に特権

を与ふる事頗る多し。「恰」も現今の独逸国の如し。故に戦時に於て敵より奪ひたる物及び武功によりて受けたる賞典は例全ひ家族たりとも己れが別産とするを得たりし。所謂兵事別産則ち之れなり。castrense peculium 軍人の別産「軍営特有財産」なり。

又其後に至り公務に従事し得たるの財産の如きも亦家族の別産とするを許するに至れり。准軍事別産なるもの即ち之れなり。quasi castrense peculium 「准軍営特有財産」。

斯の如く第二期に至つては法律家族の生命及び身体を保護するの端緒を開けり且つ特別なる場合には財産の所有を許する権に「二十五丁裏」なりたり。

此兵事別産等の事に付ては後篇に之を述べべし。

家長権は羅馬にては私法のみにて公法に涉らず。然れども日本などにては私法公法に跨がれり。左れば「セネロ」の如きは親にして長寿を保てるを以て「セネーター」になつても猶ほ家族たりし。

斯の如き事情なるを以て家長権は遂に公法上より破るるに至れり。日本にては家長権は公法私法に跨がれり。故に戸長にあらざれば大将たる能はず。故に日本にては

奇妙なる隠居なるもの出来たりし。之れ年老ひて其任に堪へざるを以て之を辞せしなり。(隠居の初まりは主として仏法より初まり又一元因として儒教にもよるなり。)

第三期 社会進歩するに従ひ族制衰へて一己人發達するなり。故に一家にして一国の元素たりし世の中より一己人一国の元素「二十六丁表」となるに進歩するなり。然るときに至り家族の人格全く備はるなり。

故に其財産に關しても法律は独立所有權を認むるに足り又生命身体の權に至りても第二期とは全く反對の結果生じ家長にして家族を殺傷するときは他人を殺せしよりも尚ほ重く之を罰するに至れり。加之ならず近世に至りては或國に於ては父たるものは子孫教育の義務を負ふなり。強迫教育の行はるる國は皆然り。

第三期に至りては法律 individual を認め家族の生命身体は家長と相異なることなし。

第五表 相続及び後見の事に関する

遺存するもの十一ヶ条

「二十六丁裏」

(1) 婦女は生涯他人の後見を受く可し。

(2) 人若し遺言を以て財産を譲与するときは法律之に效果を与ふべし。

(3) 人若し無遺族にて托せるときは其財産は相続人に歸し。若し相続人なきときは男系の親に歸し。若し男系の親なきときは同族に歸す。

(4) 後見の権は男系の最近親に歸す。

注意すべき原語は *suus heres (pl. sui heredes)*

相続人

男系の親 *agnatus*

同族 *gentiles* 「二十七丁表」

十二銅表に於ては第四表に家長権第五表に相続及び後たるの事を規定し、第六表に財産法の事を規定せり。而して現今の法律によれば相続法は通常財産法の後に在り。然るに十二銅表に於て斯く前後するの理由は如何。

斯の如く相続法にして家長権に関する法令に次ぐの理由は、当時族制行はれしを以て相続は近世の如く財産相続にあらずして、家長権相続の時代なり。之れ相続法にして財産法の後に在らずして家長権に次ぎたるの理由なり。之れ未だ近世の財産相続の時代に至らざりしなり。(余先日法学協会雑誌に相続法三變を論ぜり。付て見るべし)。

然らば何故に相続法と後見の事を一つの五表に入れ

しや。

之れにも理由あることにして抑も後見なるものを家長権死亡して其「二十七丁裏」相続人幼少にして家長たるの職務を尽し能ふざるのときに当り其先代のものの家長権を引伸ばし(伸張し)以て其相続人を保護するの制度なり。故に羅馬法に於ては遺言を以て財産を他人に譲るを許すが如く、遺言によりて後見人を定むるの権を許せり。而して若し遺言を為さずして死去せるときは男系の最近親之に任せしものなり。斯の如く後見は家長権の相続に当^{あたり}しきを以て同法と一所に相続編に入れしものなり。族制時代にあつては法律なるものは家長の權利義務を規定するに止^{とど}まれり。然るに婦女たるものは家長たるの資格を持たざるを以^{もつて}而、婦女は生涯独立の地位を得る能はず。之れ第五表に婦女は生涯他人の後見を受くべしと為したる所以なり。

斯の如き法律は古代の社会に於ては何国にも行れたるものなり。 「二十八丁表」

支那に三従の教あり。印度に母は其子の後見を受くるの法律あり。又欧州北部の諸国には近世に至る迄婦女は一生涯他人の後見を受くべしとの法律あり。

羅馬に於ては婦女は家に在りては家長の管制権内に在り。嫁したる後若し正婚式によりたるときは男夫若しくは夫の家長の後見を受く。又若し正婚式に依らずして嫁したるときは若し正婚式によりたるときは男夫若しくは夫の家長の後見を受く。又若し正婚式に依らずして嫁したるときは其生家の家長の後見を受く。而して若し其生家の家長若しくは夫の死せるときは遺言若しくは法律に定めたる後見を受くるなり。斯の如く婦女は一生涯他人の後見を受くるを以て羅馬法にては婦女の後見を称して永久後見とは云ふなり。 *tutela perpetua (mulieris)* (of woman)

婦女の永久後見も族制の解体と共に廃せらるるに至れり。
〔二十八丁裏〕

第二の遺囑の事

古代諸国の法に於て遺囑を以て死後財産の所分を許すは之れ羅馬法に特別なる現象にして、諸国の法律にも往々之に類する規則あれども、遺囑を以て相続法の一部と公認せるは羅馬法の外は之を見ず。

斯の如く羅馬に遺囑相続法を公認せるは之れ一に羅馬固有法の無遺囑相続法の欠点に帰因せざる可らず。

第五表に依るに無遺囑にて死せる者の遺産は死亡したる家長の権内に居りし相続人に歸するなり。

然るに家長たるものは我が子弟に独立の地位を与へんと欲し家長権を免除し (*[e]mancipatio*) 分家を為すなり。而して其子弟を一己の独立人と為すに至れり。然るに其子弟一たび家長権の範圍外「二十九丁表」に出でたるときは法律上前の家長とは全く他人と為り、家長死亡するとも其遺産を相続する能はず。故に家長の尤も愛する子弟家族にして事更に家長権を免除し独立の家長と為したるものは相続権を失ひ、却て其遺産は遠系の親戚に移り若し男系親 *agnati* の無きときは同族に移るの規定なり。此の如く羅馬の無遺言相続法は家長の最愛なる子弟に財産を失はしむるの制となりし。

之れ羅馬人の無遺囑相続法を辟けんとするの一理由なり。

而して欧州諸国の法律は其原法たる羅馬法に斯く遺囑法の盛になりしが為め遂に其子法たる欧州諸国迄に相続法の事に付きやかましく云ふに至りしなり。

又他の理由は女子にして一たび他家に嫁したるときは全く夫の家の家族「二十九丁裏」となるを以て其女子の

生したる子の如きは固より相続権（外戚^{がいせき}に対する）を持たず、故に若し一家長無遺囑にて死亡せるときは現在己れの娘より生じたる孫ありとも之に遺産を相続せしたる能はずして、却て一面識もなき同族の他人に其遺産を取らるることあり。之れ大羅馬人の無遺言相続を辟^さけんとせる第二の理由なり。

斯の如く羅馬の固有相続法は人情に悖りたるを以て羅馬人の無遺囑相続法を厭ふ事甚だしく、遂には人を罰するときに当り汝無遺囑にて死せよと云ふに至れり。

斯の如き理由ありしを以て遺囑相続法勢力を得て第五表にて其遺囑の効力を公認するに至りしなり。之れ法律にして人法に反するを以て、遂に之を免かるるの道却て法律となりしなり。此事及び後段の事は能く注意すべきなり。

「三十丁表」

然るに近代の索探に依るに、古代にあつては法律には女の親族より外は之を占めざりし。如何となれば當時は徳義の何たるを知るものなく不品行なる事多かりしかば、夫は一定せざりしを以て果して誰の子なりしや不分明なること屢々ありたりし。且つ一夫多妻の風も行はれたりしを以て男性を知るに苦しむこと多かりし。故に姓は皆

母の方の姓を受けたりしとなん。之れ有名なる近世の發見にして「スウィツルランド」[Switzerland] の Bachofen 初めて之を唱へたりし。

Das Mutterrecht 一千八百六十四年頃に云ひ初めたりし、之れ母權なり。「初版は一八六一年刊。」

又 John McLennan 氏は種々の索探中不図前の Primitive Marriage [1865] に符合せる説を唱へたりし。左れば法律にては第一世は女系親を認め第二世にては男系親「三十丁裏」のみを認めしものならん。而して羅馬は第二世の時代なりしなり。

斯く羅馬のなりし理由は少しく徳義を進み且つ家内の事も規律の立ちし様になりたるに由る可きなり。而して社会の進むに従ひ男女両系親を認むるに至りしなり。右の事実等は能く注意に価するものなり。

第六表 所有權に關す

遺存するもの十一ヶ条其要なるもの左に掲ぐべし。

(1) 人若し nexum 又は mancipatio の儀式を用井財産を讓与するときは其讓与は有効たるべき事。

(2) 期滿効（又は時効）の期限は不動産に於ては二年動産なれば一年なりとす。

「三十一丁表」

(3) 時効によりて夫権を得るは一年を以て足れりとす。然れども若し其妻一ヶ年中にて三夜引続き外泊したるときは男は夫権を得る能はず。

(4) 羅馬人に在らざれば期満効に由りて權利を得る能はず。

(5) 他人に売渡したる物件の所有権は売主の満足を得たる時に於て買主に移る可き事。

時効とは *usucapio*

夫権とは *manus*、手の義

第六表は所有権に関するれども其性質種類等を定めずして主として之を獲得する方法を規定せるものなり。

第一 此第六表に認めたる所有権獲得法に二種あり。即ち *nexum* or *mancipatio* 及び *usucapio* 之れなり。

〔三十一丁裏〕

nexum とは厳正なる物品譲与の儀式なり。後に至り通常之を *mancipatio* と称せり。同物にて異名なるのみ。

Gaius の *Institutes* に依れば、*mancipatio* の儀式は適婚年齢 (*pubertas*) に達したる羅馬人五名以上の証人及び (*libripens*) と称して衡を携へたる立会人面前に於て行ふ儀式にして物権を譲与せんとする人は其物権又は之

を代表するものを立会人面前に提出し而して譲り受け人は其物権を握り此物は国法に従ふて余の所有する所たり。而して余は此の銅片を以て之を償ひたりと陳述し一個の銅片を衡の皿に載せ代価の主として之を譲り主に与ふるなり。抑も羅馬の古代に於ては法律の公認したる財産譲与法は此の *mancipatio* に限りたりし。〔三十二丁表〕

抑も古代の法律にては皆儀式を重んじ、財産の譲与結婚訴訟其他一切の法律上の事に付ては厳正なる儀式を用ゐ、若し其の關係人に於て一定の儀式を復行せざるときは法律は決して其効力を認めざりしなり。

斯く儀式を重んじたる理由も多くあれども其中重なるもの二個あり。

第一蒙昧の人民は未だ權利の譲与に馴れず、動もすれば其間に錯誤あるを免れず、又後日に至り鬭争あらそいを生ずる等の事多し。故に立法者は斯る錯誤を止めんが為め一定の儀式を定めたりし。之に支那にては政治も法律も皆礼の一字の内に在る所以なるべし。

第二の理由は未開の社会にては未だ文字普通の用を為さず。左れば〔三十二丁裏〕人民中未だ書面を以て証拠を保存する方法を知らず。故に証拠を遺存せしめんと

なれば必ず之れを人の記憶に留めざる可からず。而して比れを人の記憶によりて保存せんとなれば、別段なる所為を為さ「ざ」れば人々之を覚へず。且つ其の数人を要したりし理由は蓋し其証人の死去するを思ひてならん。

斯の如き必要ありしを以て、古代の法律は毎に儀式を重んじたりしが、社会の進歩するに従ひ法律上の取引は寧ろ其精神を重んじて儀式を軽ずるに至れり。

法律上儀式の衰へたる重なる原因は第一社会の進歩するに従ひ商工業盛んに行はれ、財産の譲与異「移」転も特に甚しきを極む。其故に古代に於て必要を感じたりし儀式も其煩はしきに堪へずして不便を感じるに至れり。第二文字の使用法「三十三丁表」民間に行はれ書面を以て権利譲与の重なる証拠とするに至りしに由るなるべし。即ち古代の法律には一々言語をも一定せり。一定の言語あれば直に契約も出来るなり。而して其証拠を保存せんが為に儀式も行ひしなり。

之に由りて之を見れば古代の法律は儀式を重んじ、近世法律は取引の精心を重んず。左れば儀式より精心に進歩するなり。

羅馬に於ては十二銅表以前財産の譲与は悉く

mancipatio に依りしものなり。然るに羅馬社会の進歩するに従ひ、其れの不便を感じ他の譲与法を以て之に代用せしことを企てたりし。而して十二銅表制定以前よりして無主物を獲得するは固より前占の法によりて *mancipatio* の儀式に依らざりしものなり。故に人若し善意 *bona fides* にて物権を占有し或る時間を経過する「三十三丁裏」ときは其物権の上の所有権を獲得するを許するに至れり。而して斯の如き獲得法を *usucapio* とは云ふなり。之れ近世の *prescription* [*praescriptio*] 時効の起源なり。然るに「ユースキヤピヲ」の期限は第六表に依りて不動産二年動産を僅々一ヶ年とせり。之れを近世法律にて時効を十年若しくは二三十年の永き期限に比すれば甚だ短かりし。

斯如く時効の期限を短かくせし理由は、羅馬人は特に古代より法律の活用に機敏なるものなるが故に、*usucapio* の獲得法によりて *mancipatio* の不便を免かるるの手段とせるなり。即ち「マンシパシヨ」を免かるる為なるが故に其期限の短かき方、其目的を達するに都合好きなるやなり。

斯の如く時効の期限を短縮するときは *mancipatio* の

儀式を用ゐる「三十四丁表」ずして他人に物件を譲り渡すとも、僅々一二ヶ年を経過すれば忽ち其所有権異転するを得べし。而して若し未だ時効の生ぜざる前に譲渡し、人にして物件の取戻を請求せるときは羅馬の訴訟法に所謂詐偽の答弁 (*exceptio doli mali*) を以て之を退くるを得べし。故に殆も遺言相続法を以て無遺言相続法を免れたると同じく巧に *usucapio* の法を以て *mancipatio* の儀式を免れたるものなり。

然るに社会の益々進歩するに従ひ、之に反して時効は以前の如く其期限延長したりしが、其理由は如何、左に陳述すべし。

usucapio とは *usucapio* 使用獲得と云ふ義にして近世は *prescription* なる名を以て之に代へたり。

答弁書の前書の義にして又此頃 *limitation* なる名称を以て之に代えへたりし。『三十四丁裏』

第六表に於て不動産の時効期限を僅に二ヶ年とし而して動産は一ヶ年に過ぎず。古代法律に斯く時効を短くせし所以のものは、主として次の二箇の理由に歸す。

第一 繁雜なる儀式を免かるるの手段とせり。

第二 古代に於ては証拠を保存すること甚だ困難なりし

を以て時効の期限も從て短かくせり。即ち若し時効の期限を永くするときには權利獲得の争訴の起りしときに當り其時効の効めし証明すること甚だ六ヶ敷を以なり。

斯の如き理由ありたるを以て古代の法律は時効の期限を短縮するを以て便利なりとなしたれども、社会進歩するに従ひ、其期限の永くなるが通則なり。而して其理由は左の如し。

第一 社会繁忙に赴くに從ひ繁雜なる法律上の儀式の「三十五丁表」不便なるを感じ遂に之を全廢するに至るを以て而時効の如き的手段を以て而之を免かるるの必要なし。

第二 証拠保存の方法に往々進歩して書面を以て証拠を以て証拠とするの方、廣く行はるるに従ひ時効の期限も永くなるなり。其所以は書面の書面の証拠によるときは数十年以前の事実をも容易に之を証明するを得べし。左れば敢て時効の如き方法に依りて所有権の疑はしき時に於て其所有者を定むるの必要なりたるなり。

第三 中世以来權利の思想の發達せること。

中世の宗教法律家は人の権利は決して剥奪する能はずとの説を唱へたりしを以て譬ひ如何なる永き時間中之を放擲するとも又何年間他人の之を使用するを「三十五丁裏」黙視するとも決して之れが為めに己れが権利を失ふ可きものにあらずと云へり。而して其後欧州諸国に権利を重^{おも}ずるの思想段々進歩して人若し己れの所有品を他人に放棄して数年間之を不問に付したるときは、其権利を失ふと云ふことは果して道理に協^{かな}ふや否やを疑ふに至れり。就中英国にては権利は無使用によつて減ずるべきものに非らずとの説盛に行はれたり。故に羅馬法の時効prescriptionの規則を採用するをきらいたりし。而して却て裏面よりして出訴期限法を授けて曰く、人若し数年の間権利を放擲したるときは其権利は譬ひ失はざれども、只其法律は之に救済を与へざるべしとの原則を定めたりし。故に英国にては出訴期限法は「三十六丁表」救済は停止すれども、権利をして消滅せしめずと云ふ原則を行ふに至れり。“statute of limitation[s] bars the remedy but not the right”故に近世に至る迄は英法に時効なしと云ひたれども、

時効も出訴期限法も其結果に至りては殆ど同一なり。

斯如く英国に時効の法律を忘れたるも亦欧州諸国の時効の期限を追々永くなるも之れ只主として権利の容易に失ふべきものにあらずとの感情より起れることなり。又近世法理学者中には往々時効全廃説を唱ふるの人あり。若し確實なる証拠あれば譬ひ数百年を経過するとも尚ほ其権利を保護すべしと迄も云へり。斯の如きもの之れ進歩すると共に時効期限の永くなる「三十六丁裏」理由なく、何分にも之は権利思想の發達大に与つて力あり。英国は就中権利を重ぜしを以て、時効を用ゐずして権利は失はざれども、出訴は出来ぬとの limitation law を作り、以て余り永く権利の上に眠るものは法律之を保護せずとの精心なり。

抑も言語は思想を現はすものなれば、法理沿革論としては文字の使用等にも能く注意して可なり。例へば同じ時効にも三種の文字あり。

usucapio 全く所有を得ること。

praescriptio 答弁して所有を得るに至る

limitatio 原所有主未だ権利を失はずと云ふに至る。

「三十七丁表」

第六表第三「四」時効によりて夫権を得るは一年を以て足りりとす。然れども若し其妻一ヶ年中にて三夜引続き外論したるときは男は夫権を得る能はず。

抑も第六表に於て夫権即ち *manus* を論じたる所以は当時妻の夫の財産と見做したるの一証にして独り妻は財産たりしのみならず妻は動産と見做しられたるなり。其故は夫が妻の上に夫権即ち *manus* を得るは他の動産と同じく一ヶ年の *usus* にて十分なり。且つ第六表には財産権を利解く所に之をへたりしと以ても其然る理由を知る可きなり。

羅馬古代法によれば結婚に三種の正式あり。

第一 *confarreatio*

第二 *coemptio* 之れ古代売買婚の余風也。

「三十七丁裏」

第三 *usus* 之れ即ち時効結婚方なり。

男子若し他の二法によらずして婦人を嫁ぐ、一年を経過するときは完全なる夫権を得るの方法なり。斯の如き結婚式なりしを以て他の動不動産に以系したる時効と同一の所にて之を論ぜしなり。

然るに一年の間引続き三夜外泊せしときは其時効の完成を妨ぐるなり。此規則たるや近世の時効法に所謂時効中断法に同じきものにして一ヶ年間間断なく占有せざるときは夫たるの権を得る能はざりしなり。而るに法律の實用に敏捷なる羅馬人は此の時効中断を利用して後世婦女の地位漸く進むに従ひ、法律上財産たるの位地より婦女を救ひ出し、遂に婦女に独立の地位を有せしむるの端緒を開きしものなり。

後に至り婦女の地位進み、三日づつ故郷へ外泊を免し^{ゆる}且つ別財産「三十八丁表」を持たしたるに至れり。

第六表第四 羅馬人に非^あらざれば期滿効によりて権利を得る能はず。

抑も古代法律に依れば一定の土地の上に行はるるものにあらずして一定の人の上に行はるるものなり。即ち羅馬法は羅馬国に行はるるものにあらずして一定の人の上に行はるるものなり。即ち羅馬法は羅馬国に行はるるものにあらずして羅馬人に行はるるものなり。左れば羅馬人なれば「ゴール」に居るも「ブリタニヤ」に居るも「アフリカ」に居るも皆常に羅馬国法の支配を受く。之に反して他国人なれば、例ひ羅馬府に所居するもの羅馬

法の適用を受くる能はず。

左れば沿革法律学上より之を簡単に云ふときは人に属する法律より土地に属する法律に進むと云ふべき也。

之れ羅馬人に在らざれば時効によりて所有権を免さ^{まぬかれ}す理由なり。

斯の如く古代の法律は属人法なりしを以て羅馬に居留したる「三十八丁裏」外国人に羅馬法を適用せざることとは羅馬人の大に榮譽とせる所なり。故に近世の治外法権とは全く反対の有様を呈出せるなり。近世の治外法権は其行はるる国に於て却て之を国の恥辱なりとし苟も外人たるものは其居留国の国法を奉ずべきものが原則となれり。而して其国法を遵奉せしむる能はざるときは大に其国威を害すると迄に思へり。

古代の法律は留居の外国人に其国の法律の利益を得せしめざるを以て却て之を榮譽とせり。左れば現世の法律は国に属し、古代の法律は人に属せしなり。而して其然る所以は之に皆国家変遷に^{ともな}共ふものにして、抑も国家の第一時代に於ては、人土地に固着せず、即ち第一の獵狩時代にあつては人に定まりたる住居なし。第二の牧畜の時代に至るとも猶ほ己れの住居したる「三十九丁表」

土地に草木なくんば直に隣国に移住するなり。第三「の」耕作時代に至り初めて社会と土地と密着するなり。左れば古代は帝王は皆土地の帝王にあらずして人種の帝王なりし。恰も Emperor of all the Romans などの名称は之れ皆其余風なり。

故に獵狩牧畜の時代にあつては土地と社会との關係余りなかりしが、商工業の時代に至りては益々其關係密着するに至れるなり。

第七表 地所建築道路樹木等に関する規則を定む。
(余り大切ならず)

行政法及び警察法に属すべきものにして、法理を説明するに付ては全くの材料「三十九丁裏」なきを以て之を省くべし。

第八表 私犯法に関する

遺存するもの二七ヶ条

(1) 誹謗落首訛言等を流布し人民を^{こわく}蠱惑し若しくは公と他人を凌辱したる等の行為あるものは之を重罪 (capital punishment) に処す。

(2) 他人の肢体を毀損するものは反坐法 (lex talionis) に属す。lex talionis, law of lynch 同字義にして、

同じきを以て之を報ずと云ふことにして、英法に所謂 tit for tat [つつぺ返し]の意なり。

(3) 自由人民の齒を損ずるものは三百アス、奴隸の齒を損ずるものは一百五十アスを弁償せしむ。

(4) 其他の損償には廿五アスを払はしむべし。

〔四十丁表〕

(6) 四足獣の爲したる損害は其所有主に於て之を賠償するか若しくは爲害動物を被害者に渡す可し。爲害物公付を称して noxa[e] datio と云ふ。

(9) 夜間に耕作地を荒し農民を害するものは死刑に所す。

(10) 他人の住家に放火したるものは火刑に処す。

(14) 現行盜は若し其犯者にして自由人民なるときは之を鞭むちうたる後被害者に渡し以て奴隸と爲す。

若し犯人にして奴隸なるときは之を鞭たる後 Tarpeian Rock の上より突き落す可し。

(18) 貸金は利子の割合は一ヶ年八分の三分の一を超ゆべからず。若し此の利率以上にて借金を爲せしものあれば、課料として其金の四倍を払はしむ可し。

〔四十丁裏〕

(19) 被後見者の財産を私たる後見人は二倍の課料に処す。

(23) 偽証 (perjury) を爲せしものは Tarpeian Rock の上より投げ落すべし。

(24) 殺人罪を犯したるものは重罪に処す。(capital punishment)

現行盜とは furtum manifestum

右はたとひ刑法に關すれども、主として私犯法に属す。私犯法に關したるヶ条は法理沿革上より論ずるには甚だ大なり。

第八表は主として私犯法に關すれども又刑法に類似せる個条も亦少なからず。其理由は古来の法律にては未だ公犯私犯の區別判然ならず。故に刑法民法常に相混同せり。然るに社会進歩する「四十一丁表」に従ひ法律も漸く分化して遂に民法刑法の區別明白なるに至れり。

現今の法律論に依れば、一己人の權利を犯したる所為は之を私犯となし、民事の上の救済を許し、而して一国の安寧を害せしものは之を公犯となし、刑法を以て之を所分せり。然れども古代の社会に於ては或は人を殺し或は人の財産を盗みたるものあるときは其為害者と被害者

との直接の關係は之を見るを得たれども其犯行にして社会國家に及ぼすの影響は之を見るを得ざりしなり。故に時としては被害者に之に復讐するを許し又は財産を奪ひたるものは自ら之を取り戻すことを許せり。或は之を法庭に訴へ國家の権力を以て其損害の恢復を計ることを許すに至れり。然るに現世の如く貨幣の用ひ方未だ進歩せざるを以て現代「四十一丁裏」如く私訴の十中八九は全員を以て之を償ひ得るの力未だ起らざりし。故に古代の法律にては民事の訴に於ては往々被告を罪することあり、或は其曲者を殺し或は之れが身体を毀損し或は之を鞭打ち或は「ターペシヤンロック」「タルペイアの巖」より之を突き落す等の事あり。

左れば斯の如き法律は其跡は大に刑罰に似たりと雖ども其主意を尋ねれば為害者を懲戒する為めにも在らず又之を以て社会一般の勸戒と為す為めにもあらず、只主として被害者を、被害者の心を満足せしめんが為めなり。云はば、無形の賠償とも云ふべきか。

斯の如く第八表に於ては往々刑罰に類似する九条あれども其個条は他の私犯法と左程異なりたるものにあらず。其形は刑法にして「四十二丁表」其実は民法なるもの多

し。

然るに社会進歩するに従ひ、首長若しくは君主の威權甚だ強大なるに従ひ、其國の君主は國中に於て物を取り人を殺すを禁ずるに至る。斯の如き時代に達せしときに於て近世刑法の *germ* 初めて現はるるなり。即ち公犯即ち犯罪は之を君主又は君長に抵抗するの所為なりとせり。而して君主に抵抗するの所為に關しては君主自ら原告となりて之に制裁を蒙らすなり。故に古代に於ては第一に發達したるは刑法にして、而^{しかして}刑法中尤も早く發達せるは謀反大逆其他近世稱する所の國事犯の罪なり。斯の如き犯罪は國家を害するの所為として之を罰せる也。

人を殺し財産を盗む等の事は一己人に対する罪として猶ほ民法に残せる時代あり。故に諸君にして Justinian Institutes 即ち「四十二丁裏」羅馬法の実に發達を極めたる時代を見るも猶ほ強盜竊盜を民事犯となせり。「インスチチュート」の第四卷第四章を見るも、法典の終りに於て犯罪として掲げたるものは概^{おもむ}ね皆國事犯に属するものなり。而して此國事犯に於て初めて一己人一己人との關係なくなり、國家と云ふ考初て出来たり。故に刑法の初めは皆國事犯より来れるなり。

然るに社会猶ほ一層進歩して性命の安全は社会の凝固に最大の關係を有すると云ふことを啓るに至れり。故に刑法に於て下等の人民にして優等なる人民を殺すの個条も出来又或は同等人相互に殺害するを禁ずるの法も出来たり。故に国事犯に次て起る刑法は性命に關する刑法なり。

其後農業等の進歩により人民に財産の思想追々進歩「四十三丁表」するに従ひ、財産の堅固も亦大に必要なことを覺るに至れり。此に於てか財産に關する罪或は榮譽に關する罪とを罰するの刑法起れり。而して刑法の發達なるものは社会徳義の進歩に共ふものにして、近世に至りて商業工業等大に盛に起るに至つては信用を害するの罪迄も之れを刑法に合するに至れり。

中世に於ては人命を害し財産を犯すが如き所為は国家安寧を害すると云ふこと明になり。且又君主の權威盛大となり、中央集權の制行はれ、国王の利益国家の利益を計る所為を以て大なる徳とせり。故に他人を殺し又は其財産を奪ふが如き所為は国家を害するの所為なりと見做し刑法を以て之を処分し一己人たる被害者に対する損害賠償は差置「四十三丁裏」きて、之を不問に付するに至

れり。此に於てか遂に公犯は私犯を埋没せしむるとのform行はるるに至れり。

然るに近世に至り、一己人の權利發達するに従ひ、刑法の學說一變し、凡そ犯罪は直接に一己人を害し間接に国家を害するものとせり。故に近世諸国の治罪法には一の犯罪あれば公私の訴訟を並び起さしむ。以て一方に於ては罪人を懲らしめ、一方に於ては被害者に賠償せしむるの制度を立つるに至れり。

前陳せし事を約言すれば、古代に於ては一切の犯行之を私犯となし、其後に至り、国事犯を公犯とし其後に及んで人性犯を公犯とし、最後に榮譽財産等に關する罪を公犯とせり。

又古代に於ては一切の犯行は之を私犯となし為害者と被害者との間の關係となりしが、中世に至り犯行は概ね之を「四十四丁表」公犯と為し国家と為害者との關係と為りしが、近世に至りては犯行は概ね公犯私犯との性質を兼ね有するものとなし、国家及び被害者たる一己人と為害者との關係を合せ認むるに至れり。

第八表の第二、三、四項及び第十項に於ては法を定む。抑も反坐法の起りは全く未開人民の復讐の念慮を満足

せしむるにあり同じ種類の害を為害者に加ふると云ふは自然に人々の以て罰とするに適當なりとのことを心裡に浮ぶものなり。

然るに反坐法は種々の便利ありしを以て殆ど何れの国にも行はるるなり。而し東洋諸国には反坐法の跡蹟全く見当らぬ様なり。然し之れ索探の不足ならん。

反坐法の便利。

〔四十四丁裏〕

第一 蛮族中に於ては他の種族との勢力を平均を保つことと大なりしが故に「スペンサー」氏等も云へることあり。蛮族中若し甲の酋族乙の酋族に害を加ふるときは其加害者たる甲酋族に於ても同様の損害を蒙るに非らざれば両族中の勢力の平均を保つ能はず。故に若し乙族に於て十人の犯人あるときは甲族にても十人殺し以て其平均を保つ等の事宜の慣習は廣く行はれたるものなりと云ふ。反坐法も此の如き勢力平均の慣習に基きしものならん。

第二 反坐法は犯罪と之に對する懲罰との同種類なるを以て朦昧の人民に犯罪と懲罰との關係を示すに尤も能く適せり。

第三 反坐法は其犯行と懲罰と同種同量なりしを以て

〔四十五丁表〕未開の人民に公平の感覺を示すに便なり。

第四 反坐法は其所犯と懲罰との同種類なるを以て無智の人民をけい戒するに便なりし。

右の如き種々の利益ありしを以て反坐法は其初めは復讐の念慮より起りたれども後世に至る迄永続せしものなり。故に反坐法即ち *lex talionis* は何れの国にても在りたるにことにして無きは不思議なる位なり。

第八表第六項によれば四足戦の爲したる損害は其所有主に於て之を賠償するか、若しくは爲害動物を被害者に渡す可し。

抑も此法令は古代に於て責任の歸する所を明かにし且つ其責任の眞価を示すに甚だ有用なる法令なり。

凡そ人が他人又は他物より損害を受けたときは先づ胸中に浮ぶ「四十五丁裏」ものは復讐の念なり。故に野蛮討伐にては其損害賠償の責は其為害者に付着せり。例へば甲にして乙を殺すときは乙の新族は甲の身体を得て之を殺傷せり。又若し甲の奴隸にして乙を害せるときは乙者の親族は其奴隸を得て、以而之を懲罰せり。又若し甲の飼犬乙を噛みたるときは乙は其直接に害を爲したり

し犬を得て、之を殺傷し以て復讐の念慮を満足之せしめたりし。

右の場合にては其責任を有するものは甲の身体か奴隸又は犬にして、其奴隸の主人、犬の飼主たる甲には其責任は在らざるなり。甚しきに至りては性命を有せざる物より害を受けたるときにても尚ほ其為害者に復讐し之を懲罰せることあり。〔四十六丁表〕猶太人の法律中にも若し牛他人を突き殺せるときは之を石殺すべし。然れども其所有者は罪に關せずとあり。又「グリーキ」の「ソロン」の法典にも同一の規則あり。又「ヅラゴ」の法律にも木石等の無性物を裁判所に出すの法ありて紀元二百年頃迄も其遺風存したりし。

第八表に於ける *nox[a]e* *datio* 為害者交付の規則は即ち其慣習に基きしものなり。

前述の如く古代法律にては責任為害者に固着して其所有者に及ぼさざりしを以て其結果たるや若し甲者の牛乙を傷けたるときは甲其牛を乙に引渡すれば他に責任を蒙ることなし。然れども若し甲にして其飼牛ををししたるときは其牛の責任を代償する方法を考へざる可からず。此事は「四十六丁裏」単に家畜の類のみならず若し甲乙

を殺傷したる場合の如きも亦其損害を代償し以て甲を救ふを得るに至れり。又若し牛馬其他の家畜にして他人を傷害し或は他人の耕作地を荒らせるときは其被害者は直に其為害物を差をさへ自由に之を処分するの權あり。而して持有者にして其為害物を取戻さんとなれば金錢其他の物品を以て之を償はざる可からず。斯の如く為害者の親族又は為害物の所有主にして其為害者又は為害者の為せし損害に付きて其責任を代償する方法を講ずるに至つて初めて責任は必ず人に属すべきものなりとの原則の発端を開けり。

然れども其初めに於ては為害物は第一の責任を負ひ持所有者主は第二の責任を負へり。〔四十七丁表〕

故に羅馬法及び其他の古法に至つては損害のありしときは為害者の持有者には其為害物を交付するか又は之を代償するかの二者の中其一を選ぶの權を与へしなり。

前陳を約言すれば第一世に於ては責任物に在り。第二世に於ては責任は物若しくは人に在り。第三世には責任人に在つて物に在らずと云ふを得べし。

Holmes, *Common Law* の第一巻を参考すべし。

第八表十四項 現行盜は若し其犯人にして自由人民な

るときは之を鞭ちたる後被害者に渡し以て奴隸と為す。若し犯人にして奴隸なるときは之を鞭ちたる後「ターペシヤンロック」の上より突き落す可し。

現今の法典によれば盗犯は刑法中財産に対する罪の中に「四十七丁裏」尤も重なるものの如く書せり。然るに羅馬法の八表にては民法中に在りて民事犯を以て之を論せり。且つ其後五百三三年の頃迄即ち Justinian's Institutes にも亦之を私犯中に置けり。

斯の如く古代諸国法律に盗犯を以て民事犯と為せるは二個の理由の重^{おも}なるものあり。

第一 矇昧の人民未だ徳義進まず、他人の物品を盗むを以て悪しと思ふの念思慮甚だ薄く、且つ戦争の時なぞには分取りと之を名づけて殆ど人の物を奪ふは通常^{じょうぐ}の事にして、刑を以て之を罰する程に悪しとは思はざりしを以て之を私犯に入れしなり。

第二 原初社会の人民は未だ智識に乏しくして事物の「四十八丁表」直接の關係は之を知れりと雖ども間接の關係に至りては之を見る能はざりし。故に一人が他人の物品を盗みたるときは其盗みたる者と盗まれたる人との關係は之を見るを得たれど其行為の社

会に及ぼすの結果を知る能はざりし。特に所有權は社会の基礎にして盗犯の如き所有權を害するの所為は之れ社会の基礎を攻撃するの大罪なりとの高尚なる考へは中々思ひも寄らざりし。

斯の如き有様なるを以て当時の立法者はつい人の物品を毀たるも之を盗むも同一の様に思ひ之を私犯中に入れしなり。

然らば何故に刑事に類似したるの懲罰を之に加へたるや即ち之を鞭^{むち}ち以て奴隸と為す等の如し。「四十八丁裏」

斯の如き罰を加へたるは之れ盗犯を以て刑事と見做したるの所為に非^あらずして何ぞやと云ふ人もある可けれども、然く其制済を考ふるときは全く民事に属して刑事に属せざりしことを知るに足る可し。

斯く為害者を鞭ち或は之を投げ落す等の事は其犯罪を懲らしめ他人の懲戒と為す等の目的にあらずして、全く其被害者の復讐の念を満足せしむるに出でしことにして、之れ無形の損害賠償なり。即ち社会を満足せしめずして人を満足せしむるに出でしことにして古代にては貨幣未だ盛んに行はれず、故に外人に害するものあるときは當時の如き賠償金は無くして偶々牛羊若しくは山野に猟し

たる獲物を以て被害者に償ふたることも時としては有りたれども、未だ賠金を以て賠償「四十九丁表」損害の通常の方法と為すには至らざりし。

故に被害者をして満足せしめんとすれば其為害者に苦痛を蒙らすが第一番に通常なる方法なりし。故に十四項にある懲罰法の如きは外形は刑罰に似たれども其内実は損害賠償の精心なり。

然るに其後に至り私犯に一大変革を生じ遂に刑事民事をして明かならしめしものは之れ貨幣の制度なり。貨幣あまねく行はれてより以来民事犯は主として賠償金を以て救済の方法と為すに至れり。

十二銅表には盜犯を分つて二種と為す。現行盜 (furtum manifestum) 及び被現行盜 (furtum nec manifestum) 即ち之れなり。〔四十九丁裏〕

「五十丁表」羅馬法筆記 卷式 跡靜逸民
(第八表の続き)

十二銅表は盜犯を分つて二種と為す。現行盜 (furtum manifestum) 及び非現行盜 (furtum nec manifestum) 即ち之れなり。

偷盜者^{とをとを}にして盜を為したる場合又は直に逐跡せられて捕れたるを現行盜とす。而して若し犯者にして一旦其場を免れ後日に至りて捕はれたるときは之を非現行盜とす。而して非現行盜の場合には其盜みし物の価の二倍を償はしめ「五十丁裏」たり。

現今諸国刑法によれば、其場にて捕へられたるも其後に捕へられたるも二者の中刑罰に一の輕重あることなし。然るに古代には斯の如き區別あるは如何。

即ち古代の法律は人民の私闘^{とを}復讐に代りしものにして人民自ら盜犯者を捕へ且つ之れを懲らしめたりしを國家之に代りしものなり。左れば斯如く國家は人民の私闘に代はりしを以て、從て刑罰の定度も現今の法律の如く社會公益を害するの多少に依らざりしなり。全く被害者の忿怒の定度を標準と為し以て刑罰の定度を定めしものなり。此定度の事に付ても盜犯は民事なることを知る可し。

古代に在つては被害者にして若し盜賊を直に捕へたる場合か「五十一丁表」又は直に追捕したる等のときは直に之を打擲^{ちよちやく}し甚しきは之を殺傷せしたるに至る。然れども若し其犯者にして一旦其場を免し後日之を發覺^{かく}せるときは被害者の怒りも其熱度を減ぜり。故に仮令ひ其時

に至り之を捕ふるも現場に之を捕へたるに比すれば被害者も其犯人を懲すの定度も余程減すべし。故に同一の竊盜強盜にしても其懲罰法に軽重の差ありしと。

Post[e]の有名なる「ガイヤス」の註釈中何故に古代にては被害者の怒りを以て懲罰の定度と為せしやを解て曰く若し斯くせざれば社会に争止まざりしならんと。

古代社会にては復讐の念盛になりしを以て若し法廷の「五十二丁裏」裁判にして人民復讐の念慮を満足せしめる能はざるときは (即ち裁判にして人民の復讐の念慮と一致せざるときは) 人民其法廷の制裁を受くるを厭ふに至る可し。

故に古代法律に於ては成る可く被害者が自ら仇を報ずると同じ方法を以て人民をして私戦を棄て以て法廷の制裁に依らしめんと為したり。

古代の法律家は人民に復讐の念を棄てしめんが為に人民の満足すべき懲罰法を設けたること歴史上の実験に度々ありしことなり。

「ロンバード」国王 Rothari は被害者をして復讐又は賠償金の一つを選ぶべしとの法律を立て人民をして償金を選ばしめんが為め非常に償金額を重くせり。其時

「五十二丁表」の皇帝の勅令に曰く償金を以て私とを復讐の幣習を廃せんとすれども人民の因習久しくして今俄に之を全廢するを得ず。故に止むを得ず被害者に許すに自ら戦ふて復讐を為すか又は法庭に訴て償金を要求するかの一を選ぶことを以てせり。然れども其意は固と「より」人民をして復讐を棄て法庭の裁判に由らしめんとするに在るが故に王は極めて償金の額を大にして以て人民を法庭に誘導する所以なりと勅令を下したりし。

此れらの事実によりて見るも十二銅表に現行盜非現行盜を區別し又其制裁に差等のありし所以は古代の裁判は人民の私とを代はりし所以なり。 「五十二丁裏」

第九表 刑法に關す

遺存するもの五ヶ条

- (1) 一己人にのみ關する法即ち特別法 (privilegium) を設くる事を禁ず。
- (2) comitia centuriata の決議を経るに非らざれば人民を死刑に処する能はず。
- (3) 法官にして賄ろを受けたるものは死刑に処す。
- (4) 殺人罪審判員の職制を定め且つ一切の判事の宣告に対して上告を許す。

(5) 羅馬の公敵に組し若しくは羅馬人を敵に引渡したるものは死刑に処す。

第八表に論じたるが如く古代の法律に於ては十人の性命身体「五十三丁表」財産に關したる犯罪は皆之を私犯と為せり。而して罪として刑罰を加へしものは直接に國家の基礎を攻撃せる所為のみなり。

故に十二銅表に於て罪として論ずるの所為は概ね皆現今の國事犯に屬するものなり。即ち直接に國家の基礎を攻撃するの所為なり。

斯の如く古代刑法にて罪としたる所為は國家を直接に攻撃するの所為なるを以て、外患の進撃と形は異なれども其実は異なることなし。而して内外の敵を拒ぐは兵力ならざる可からず。外患を拒ぐには兵力を用ゐる内患を防ぐには法律を用ゐたりしなり。

兵制と法制とはほぼ其働きを同一せるを以て古代の「五十三丁裏」社会にては兵馬の權と司法の權とは同一の人に屬したりし。例へば大將は大審院長なりしなり。

之れ羅馬にても刑法に關する公權は軍事国会なる *comitia centuriata* に屬して刑事の裁判所たり。故に其初めにては一人の犯罪人起る毎に之を国会の議に附した

りし。之れ英國の *penance & penalty* と同じことならん。古代社会にて犯罪人の極めて少なきときに當つては斯の如く一人の犯罪人の生ずる毎に之を衆議に附すること出来たりしが刑法の範圍を追々擴張し犯罪の数も増加す（謀殺も強盜も刑法の内に入るに従ひ）る時は犯人を出すこと、従て繁く一個の犯罪ある毎に国会にて議決することはとても出来難きことなり。

茲に於て「コミシヤ」に於て裁判委員なるものを作れり。之れを「五十四丁表」 *questio* と名づく。而して其委員の報告に由り刑罪を決したるものなり。後に至りて此委員を分類して殺人罪の審判委員又は強竊盜の審判委員などと云ふものを作たりし。加之ならず犯罪人の数の増加するに従ひ其委員に常置委員の如き形を為さしめたり。而して時ありて直に之を裁判し之を執行するの權を委員に与へたりし。

之れ第四項に所謂殺人罪審判委員とは之の一種なり。斯の如く刑事の裁判は其初め国会にて為し來りたれも其後に至り特別に命じたる委員をして之を調べしめ国会其判決を為すに至れり。而して又其後に至り常置員を設け一切の犯罪を審判せしたるに至れり。「五十四丁裏」

之れ刑事裁判所と立法議會との分かるる初りなり。

斯の如く古代は立法議會と裁判所と同一なりしを以て第九表に於ても若し刑事裁判所の宣告に伏せざるときは其司法権の本原なる立法議會に上告を許したりしものなり。

又死刑の如きは(刑罰中尤も重大なる)刑事裁判権を持つ国会の議決を経るに非らざれば之を執行する能はず。前陳を約言すれば古代兵法同一なりし。故に羅馬にて軍事を主としたる「センツリヤタ」国会は刑事の事をも司どりしなり。刑法進歩し犯罪も増加するに従ひ委員を設く後に之を *periodical committee* とを定期委員となし後に之を常置委員と為したり。

之れ皆立法議會より分離^りなり。故に立法議會より分離「五十五丁表」なしたるを以て上告及び死刑は猶ほ立法議會に属したりし。

前陳の如く原始社会にては兵馬司法兩権は同一なりしを以て兵事に基きたる。国会なる「センチュリヤタ」のみが独り刑事の宣告を為すを得たりし。

然るに共和政治の未^に至り *comitia tributa* 大に勢力を得て他の豪族国会(コミシヤ、クユーリヤタ)兵事国

会「センチュリヤタ」は大に其勢力なかりし其時代に當りては刑事裁判の委員を命じたるは主として *comitia tributa* なりし。然るに *tributa* は死刑を宣告するの権を持たざりしを以て、之れより命ぜられたる委員も亦其權なりして其權は只兵事国会に限りたりし。故に羅馬共和政治の末年に當りては死刑なるもの殆ど「五十五丁裏」廢されたる位にて死刑ありしか見ず。之に於てか近世の着「著」書中往々羅馬共和政治頃には死刑を廢したりとの説を為すものあり。然れども其実は政治上の廢死刑論によりて起りしものにあらずして前述の如く沿革上の理由によりて刑事裁判官が死刑宣告の権を持たざりしに歸るなり。

第十表 宗教に關す

遺存するもの十一ヶ条

第十表は主として宗教に關するものにして就中尤も重なるものは其儀式祭祀を華美することを禁じたるなり。此時代にては羅馬の豪族漸く矯奢を極め祭典葬儀のあ

る毎に事更らに虚礼を設け己れが富威を示したりし。何れの国にても一国の貴族の勢力を得ると虚礼盛んになり、而して「五十六丁表」平民之素盛んになるに従ひ

儀式の衰ふるは通常なり。

然るに十二銅表制定のときは平民の勢力漸く盛ならんとするの時代なりしを以て貴族の矯奢を制減せんが為めに葬儀其他虚飾の礼式を禁ずるの法令を出したる也。

古代にても現今にても皆然ることなるが「グリーキ」の如きにても「ソロン」の法典には負債のことが主として定めてあるなり。左れば第十表の如きも古にはりし *sumptuary law* 「奢侈禁止法」の一部としては少し見持が相違するなり。之れ平民盛んになり貴族の勢力をそぎしものにして主たる歴史上より論ずれば平民と貴族との争なり。

第十一表 「婚姻」

豪族と平民との交婚を禁じ同族結婚の古制を恢復せり。

第十二表 「奴隸」

他人に損害を与へたる奴隸を被害者「五十六丁裏」に遺棄して賠償に代ふるを得せしむ。宗教上の費用に充填が為め起したる負債に対しては *pignoris capio* と称したる特別なる財産差押^{をかく}へ方を許せり。

此十一、十二表の事に付ては後に論ず可し。

抑も前陳の如く十二銅表は紀元前四百五十年に制定せるものにして初め十人の *decemvir* が其内の十個を制定するや否や直に皆其職を辞し之を新に選挙せられたる *decemvir* に任せたり。而して新委員中にても平民より選挙せられたるもの其過半を占めたるを以て豪族平民との権衡 *balance* を維持するには平民に取りては少しも不足なかりし。然るに前年委員長と為り又続ひて「五十七丁表」新選委員長となりたる *Appius Claudius* (有名な政策家) なる人は固と豪族より出でたれども豪族平民間の争ありたるときは専ら平民の権利を伸張することに尽力したりし為めに豪族平民との調和を謀るに功ありしを以て大に人望ありたり。左ればにや二度迄も委員長に選ばれたり。然るに初め平民に左袒したるは全く同氏の策略なりしと見へ、再度選挙せらるるに至り初めて従来の仮面を棄て本色を顕はし、漸く自己の権力を弄し再び貴族をして其権力を振はしめんとせり。加之巧みに他族委員を籠絡^{ろうらく}し終に平民より出でし委員なども同氏に同意して豪族に勢力を加ふるに尽力するに至れり。当時之を評して古しえは一人の *Tarquinius* ありしが今は十人の

「Tarquinius [五十七丁裏]」を見るに至れりと云へり(十人のタルクインを見る)。

斯の如く第二の decemvir は「アピヤスクロージヤス」[Appius Claudius] に同意して反覆の政を行ひしを以て第二委員によつて制定されたる第十一第十二の両表は全く前十表とは其精神を異にして豪族の利益となる事のみを定めたるなり。

第十一表に於て豪族平民との交婚權 *conubium* を禁じ、同族婚の旧制を確認し益々豪族血統の乱るるを拒がんとせり。之れ非常の法令にして若し左なくして一度両族の交婚を許すときは貴族の血統忽ち乱れ貴族の依りて以て尊き所以の所は無くなるに至る可ければなり。如何となれば世襲財産と同族婚とは何れの国にても貴族の尊嚴を維持するの二つの様たり。 [五十八丁表]

紀元前四百四十五年に至り有名なる Lex Canuleia なる法令を出し再び異族結婚を許するに至れり。茲に至りて豪族平民との結婚は許したれども尚ほ自由人 (*ingenui* 生れながら奴隸ならざる父母より生じたる子) と解放自由人 (*libertini* エマンシパシヨン [emancipatio] に依りて自由を得たるもの) との間の交婚權は無かりし

が紀元四年に至り Lex Julia なる法令を出し終に之を許せり。

其後は羅馬人民の交婚權は自由なりしが独り元老院の華族に至りては尚ほ制限を存じたりし。

第十二表に於ては負債の賠償法及び負債主の財産差押をさへに関する種々の法則を設けたりし。之れ一に債主の地位に立つ豪族の利益を計りしものなり。 [五十八丁裏] 之れにて第一期を終れり。

第二章 第二期 成文法の時代

紀元前四百五十年より紀元前百年に至る

審定法の時代

第二期を *judicial law* 即ち審定法の時代と云ふ。即ち裁判によりて法律の發達せる時代なり。

十二銅表制定後は平民權に一たび反動を生じ「アピヤスクロージヤス」の徒勢力を得たれども「ツリビュン」 *tribune* 即ち平民のツリビュンは之に屈せずして益々豪族に抵抗して之れと廟堂の權を得ることを争ひたり。

平民權伸張を助けたる法典

其後豪族と争ふこと百余年を経て紀元前二百八十六年

「五十九丁表」に至り初めて其目的を達し法律上廟堂の権を得るに至れり。右の変遷に付き法律上尤も着^{いちじろ}しき物を左に掲ぐ可し。

第一 lex Canuleia 紀元前四百四十五年

十二銅表制定後僅に四五年を経て右の法令によりて十一表を廃し両族の交婚を許せり。斯に於て両族血統混同の初めとなり年を経るに従ひ両族の区別明かならず。従て相互に敵視するの情薄らぎたるなり。即ち貴族にして貴族たるの特別な地位を失ひ平民権を得たるの第一法令とも云ふ可きなり。

第二 leges Valeriae et Horatiae

紀元前四百四十四「九」年「五十九丁裏」

(此等の名称は初め起草したる人名を取つて以て法名となすこと甚だ多し)

此法律によれば平民国会 comitia tributa より発したる法令は元老院及び豪族国会 comitia curiata との認可を経れば法律の効力を得るとせり。茲に於てか平民国会は立法権を得るの端緒を開きたりし。而して斯の如く平民国会より発したる法令を plebiscitum 平民法と云ふ。

第三 lex Publicia 紀元前三百卅九年

此法令を発し以て平民法に元老院と認可を要することを廃せり。之に於て平民国会の権力一步を進めたり。

第四 lex Hortensia 紀元前二八六年「頃」

「六十丁表」之れ実に有名なる法令にして之によりて豪族たりとも平民国会に関与するを許し且つ平民国会にて決議したる平民法は羅馬国民の全部を支配するの権を得べしと定む。

茲に於て平民国会の立法権は初めて完全し建国以来より法律上にて両族平等の権を初めて得るに至れり。抑も此時に至る迄は羅馬は地中海辺の一小部府にして伊国南部は「 그리스」の植民地にして伊国北部は「ゴール」人種住居したりし。然るに第二期に於ては此等は皆羅馬人の征服する所となり伊国全部は皆羅馬の属国となり羅馬より官吏を派遣し以て之を支配せり。

斯の如く範圍広くなるに従ひ行政官の職務繁多となり、従来少人数にて司どりし事務も之を多人数に分業するの必要「六十丁裏」を生ぜり。

茲に於て従来「コンサル」の司どりし裁判権をも分別して紀元前三百六十六「七」年に praetor urbanus なる民事裁判専務の官職を設けたりし。(praetor urbanus 村

役人の義）之れ非常に後世迄も勢力を振ひたりし。

右の官職を設け以て羅馬人相互の間に起りし訴訟を司どらしむ。

然るに羅馬国益々盛大なるに従ひ属隸諸国の外国人追々羅馬府に入り込むに従ひ外国人相互の間又は羅馬人と外人との訴訟も追々増加せし故に紀元前二百四十六〔二〕年に praetor peregrinus なる外国人事件の裁判官〔六十一丁表〕を設けたりし。

前の両官は外人奉行町奉行の如きものならん。

然るに当時に羅馬に行はれたる法律即ち *jus civile*（国法）は所謂属人法 *personal statute* なれば羅馬に行はるるものにあらずして羅馬人を支配するの法律なり。恰も「モーゼス」の法律は猶太人を支配せるが如し。即ち古しの法律は皆属人法にして或る人種を支配するの法なりし。故に「メーン」の論中に古しは属国主權に非ずして属人主權なりと云へるも同じ理由なり。

故に苟も羅馬人なれば譬ひ属隸諸国にあるも本国の法に支配され又外人は譬ひ羅馬府に居留するとも自国の法によりて支配されたるものなり。

斯の如く羅馬法律は之を外人に適用すべからざるを以

て若し「六十一丁裏」外国人相互ひの間に訴訟の起りたるときは原告人の本国の法によりて裁判すべきや。又は被告人の国法によるべきものなるや。又羅馬人と外国人との間の訴訟に於ては何れの国の法律を適用すべきかの問題生ぜり。之に於て *praetor peregrinus* は止むを得ず当時羅馬と交通せる諸国に普通なる法律慣習によりて之を裁判せり。而して斯の如く属隸諸国就中伊国地方に普通なる慣習を総称して之れを *jus gentium* (*law of nations*) と名^{なづ}けたり。蓋し各国人種に普通なる法律と云ふ意味なり。

斯の如く茲に於て羅馬には固有法なる *jus civile* と各国普通の *jus gentium* との両法行はるる様になれり。

抑も沿革法理学原則によるに一國が他国の法律を「六十二丁表」継受するに当り、若し母法の文化の定度にして子法国文化の定度の上にあるときは其継受法と固有法との割合に於て継受法其大分部を占むべきなり。

若し之に反して母法国の文化、子法国の文化の下にあるときは継受法は少分部を占むるものなり。

而して当時は羅馬は世界中尤も文化の進歩したる國なり。其故に其初めに於ては *jus gentium* の勢力は *jus*

civile に比すれば実に微々たるものなりし。又羅馬人は [jus] civile を尊び jus gentium を賤しみたり。「ジヤスゼンシヤム」[jus gentium] は只外国との交通の爲め止むを得ず採用せし便宜法たるに過ぎずと認めたりし。

然るに初め蔑見されたる [jus] gentium は後に至り非常の勢力「六十二丁裏」を得て前に尊重されたる jus civile を圧倒して遂に羅馬法の大改正を来すに至れり。

其理由は「グリース」の「ストイック」哲学の初まりたるに由るなり。次回に述べべし。

抑も第二期の時に羅馬上等社会にては「ストイック」哲学専ら行はれたり。然るに羅馬人は天性実用を尊ぶ practical man なるを以て高尚なる「ストイック」哲学の入り込むや直に之を実用にあつるに至れり。

抑も「ストイック」哲学の大主義は自然に従うとの一大原則之れなり。

故に自然に従ふて生活するを人生の大務とせり。人の生活性に従ふの行ひは之を善と云ひ自然に違ふを惡と云ふ。〔六十二丁表〕

物自然に従へば其所を得之れ従はざれば其所を得ず。而して「ストイック」学派の所謂自然なるものは有形

界無形界を論せず (Maine の説より取りたりと知る可し)。皆一大原則によりて支配さるるものにして宇宙間にては万事万物一の大なる方則ありて其原則に従ふものにして何事にも方あり。故に其大則を称して自然法と云ふ。然るに羅馬の法理学者は概ね「ストイック」哲学者なりしを以て羅馬と外国との交通盛んになり jus civile and jus gentium の両法の区別追々明白なるの時に当り、「ストイック」哲学の原則を法律に適用し各国普通なる法律は則ち自然の大法に従ふたるの法律なり。人類自然の本性に従ふ法律なり。

而して一国特別なる法律は全く人為になりたるものにして「六十三丁裏」自然法に協せしものと為す能はざるものなりとせり。

故に [jus] gentium をは有形の自然法 (concrete natural law) と考ふるに至れり。茲に於て [jus] gentium と jus naturale とは全く同一なるものとなれり。故に羅馬法には初終 [jus] naturale と [jus] gentium とを同一に見做せり。奴隸の一点を除くの外は同一なり。斯の如く [jus] gentium は即ち有形の自然法なりと見做さるるに至るや忽ち jus civile と [jus] gentium とは尊

卑其所を異にせり。而して羅馬一国に行はるる *jus civile* にして若し諸国普通なる *[jus] gentium* と反対するときは寧ろ *[jus] gentium* に従ふ可しと為すに至れり。

斯に如於て *jus gentium* の規則を以て羅馬固有法の欠典を補ひ羅馬法律をして羅馬社会の変遷に共はし「六十四丁表」たるを得るに至れり。

今一例を挙げしに自然法は固と人民平同を主義とせるを以て羅馬固有法中の人民の區別を追々廢するに至れり。即ち *agnatus* と *cognatus* との區別を廢し凡そ自然の血流に基きたる血統のみを認め又自由人民解放自由人民奴隸 *that is, ingenui, libertini, servi* の區別を廢せり。又自然法は法式も簡單にして整肅せるを尊ぶを以て羅馬固有法の *res Mancipi, res nec Mancipi* の區別を廢し一切物件の讓与に單純なる引渡しのみを以て其要素となせり (*traditio*)。

又遺囑の制度を改良し契約讓与の手續を簡單にして訴訟法の手続きを改良する等の如き羅馬法の進歩に關「六十四丁裏」して「ストイック」哲学の自然法則の力与つて大に力ありしと云ふ可し。然れども若し *jus gentium* にして自然法と合併することなかりしは羅馬法

の進歩は決して斯の如く急ならざる可し。

左れば羅馬法の変遷の時に其の方法宜しきに依りて斯く長足の進歩をなせしものならん。則ち完全なる「ストイック」哲学によりて其改良を為したることなれば余りの害なくして其目的を達するを得たるなり。故に羅馬法の現今歐洲の母法ともなりたる原因は一に其改良方法宜しきを得たるを以ての故なり。

而して第二期に於て *jus gentium* を以て羅馬固有法を改正せしものは之れ即ち *praetor peregrinus* なり。且つ其 *praetor* の官制も亦法律を改正するには甚だ都合宜し「六十五丁表」なりしなり。

抑も *praetor* の官職は非常に榮譽官なりしが在職は聊かに一年なりし。而して當時の有名なる法律家は皆此職に就けり。

praetor 就職の時には告受書なるものを發せり。而して其告受書とは其在職中依りを以て法律を裁判する法律の主義を公衆に示せるものなり。又後任者も亦同じく就職のとき告書即ち *edict* を發し前任の「プレートル」の發したる告書中不都合なき所は自れの *edict* の内に存せしめ又前年の *edict* に於て不便を感じし所又前年中社

会の変遷により新に規定を要する事件等の如きは之れを己れの edict 中に加へて布告せるものなり。

「六十五丁裏」

斯の如く毎年就職の際告受書を発するを以て社会常態の変遷と共に法律を変更するの機会ありたり。而して「プレートル」は裁判官なりしを以て表面には立法権を持たざりし。故に其告受書には皆従来の法律を解釈敷衍するの名義なれども其実は厳然たる立法権を行ひしなり。古代立法機関未だ活潑ならざるのときに当つては「プレートル」の告受書の如きものなかつせば羅馬法も中々斯の如き長足の進歩なざりしなる可し。

第二期中尤も大切な事實は

- 第一 「プレートル」の職制機関
- 第二 「ストイック」哲学の後だてとなりたること（間接）
- 第三 「ゼンシヤム」之れが材料たりし事

「六十六丁表」

即ち「ストイック」哲学は abstract にして「ゼンシヤム」は有形上の原因にして之を作りし人は「プレートル」。而して其方法は毎年發布する edictum の方法によ

りたり。又「プレートル」は其実は立派なる立法官にして此の告受書は法律歴史上大切なものなり。

第二期に羅馬に行れたる法律の種類

前陳に依れば第二期に羅馬法の発達せるは主として *jus gentium* と「ストイック」哲学の自然法説及び「プレートル」の職制に依りしことの告受書なり。然れどもども当時羅馬に行はれたる法律は「プレートル」の告受書の外に猶ほ数種ありたり。

第一 *leges (pl., lex)* 法

法は元老院に發議し「センチュリヤタ」国会に於て人民の可決せる「六十六丁裏」法令にして主として公法に属せり。

第二 *plebiscita* 平民法

平民法は「トリビユータ」国会に於て「トリビュン」の發議に依り議決する法令なり。

平民国会の議決はもと法律たるの効力なかりしが紀元前四百四十「四」[九]年の *leges Valeriae et Horatiae* なる法令により法律たるの効力を得。又紀元前三百卅九年の *lex Hortensia* によりて平民法は羅馬人一般の上に行はるる事となり紀元前二百八十六「七」年に於て *lex*

Hortensia に依りて他の法律と同一の効力を得るに至れり。

第三 senatus consulta 元老院令

元老院令は senatus が人民の同意を持たずして發布せしもの「六十七丁表」にして主として公法に關す。

右の如く元老院にして平民国会に協議なさずして發したる法令は初めは平民之を遵奉するを拒みたりし。然るに lex hortentae? 發布以來元老院議官にても平民法を遵奉するに至れるを以て平民も亦元老院令に服従するに至れり。

第四 praetoris edicta (i.e. edicta praetorum)

プレートル告受書

プレートル告受書は現行の法律を解釈若しくは敷衍するの名義を以て發せるものなれども其実は嚴然たる一の法律なり。

第五 leges non scriptae 不文法又は慣習法

第二期に於ては慣習法勢力尚ほ十分盛んなりし。羅馬にては不文法を分つて三種と為す。【六十七丁裏】

第一 mores maiores (i.e. custom of ancient) 祖先以來伝へ來りし凡俗慣習に依りたる法律なり。

第二 consuetudo

當時人民の輿論又は便宜等によりて生じたる慣習法也。

第三 res judicatae

裁判官の下したる判決例に依りてなりたる不文法也。

右の分別は實に面白く何れの国にも皆此三種の法律あるものなり。【六十八丁表】

第三章 第三期 學說法の時代

紀元前一百年より紀元二百五十年に至る、即ち「シセロ」の時より「アレキサンドル セベラス」帝に至る

第三期は帝国の初めより帝国の中ばに至ること以て此時代の法律の変遷を解くに當り初づ政體の変遷を略言せざる可からず。

第三期の初めに於ては羅馬は未だ共和政治なれども其實は一八の專制君主せざるの徒の支配の下にありたり。

然るに紀元三二年に於て Octavius Caesar が Actium の一戦に於てマーク アントニーに勝ちたる後遂に羅馬の憲法を變じ名實共に帝国と為し自ら稱して Augustus

帝と為れり。而して此迄共和政府の官吏たりしツリビ
ユーン プレートル センソアーなどの権力は「六十八
丁裏」悉く皇帝の一身に集りたりし。

皇帝の権力

コミシヤは猶ほ存したれども其实力は実に微々たるものなり。又プレートルも存せりとは云へども第二期の如く司法の最高権を握りしにあらざして只皇帝の代官として裁判事務を司どりしに過ぎざりし。此時に当り皇帝の権力は次の五つにあり。

第一権 皇帝は立法行政及び司法の長官なり。

(tribunita potestas 二種の権力)

故にコミシヤ及びセナータスを開閉し且つ其方案を制可するの権を有し又行政長官としては官吏を統制し之を選任免ずるの権を有す。又司法長官としては最高等の裁判官となり諸裁判所よりの上告を親裁するの権あり。

第二権 皇帝は属隸諸国の君長なり。 「六十九丁表」

(proconsulare imperium)

羅馬帝政の初めに属隸諸国に二種あり。其一是
皇帝直轄の諸族にして之を provinciae caesaris

第三権

と称す。皇帝の代理者なる praesides を派遣して之を管轄せしむ。第二種は provinciae populi & senatus とて人民又は元老院の属国と称し元老院に於て之を管轄し同院より選任したる proconsul なるものを派遣して之を管轄せしむ。然るに第三期の末に於ては属隸諸国は悉く皇帝の直轄に帰せり。

永久の命令者 (imperator perpetuus)

皇帝は兵馬の最高権を有し且つ其長たるを以て自ら羅馬「六十九丁裏」全国の大將軍となれり。故に皇帝は兵馬の高権により宜戦権利の全権又は徴税権及び刑罰権を持てり。何故に此権中に兵馬権と刑罰権とを合するや。即ち古代国民より収税を徴収するは主として国軍事の爲め。又刑罰は主として軍事に属せるを以てなり。

第四権

調査官の長なり。

praefectus maximus 警視^し長官の類

皇帝センソルの長官なり。

pontifex maximus 大僧正

皇帝は宗教の長なり。

第五権

右等の事実を見るも第二期と第三期とは大に其政府の有様を異にせり。而して学説及び学者の説の行はるる時代は多くは帝政のときにして「七十丁表」共和政府の時は然らざる現象を見るべし。

第二期に於ては羅馬府と属隸諸国の区別甚だ判然として其法も亦異なりたることは前述の如し。然るに羅馬憲法一変して共和政府より帝政になるに至りて羅馬府と伊太利諸国との区別は漸々其跡を絶つに至れり。

紀元八十五年に至り伊太利全国の人民は完全なる羅馬人たるの人種を得、国会に参与し又羅馬法を遵奉するに至れり。其後 Antonius Caracalla 帝のときに至り羅馬帝國全州の人民一般に羅馬人たるの資格を与へたりし。此に於て羅馬府属国との区別廃され羅馬全帝國の人民は同一なる權利を有し同一の法律に支配さるるに至れり。斯く称せし所以は決して公平なる考より出でしに在らずして租税法より来りしと云へり。即ち一人に付き何種か羅馬人「七十丁裏」たるの資格を得るに払はせしなり。故に租税を得んが為め民権を売たりと云へり。

第三期に於て羅馬に行れたる法律の種類

第一 lex 及び plebiscita

第三期に於ては共和政治より帝政に移りたるを以て人民の立法権次第に衰したり。然れども第三期の初めに於ては猶ほ lex 及び plebiscita を発布せしこと少なしとせず。

然れども帝政の基礎漸く（堅？）固なるに従ひ人民の発したる法令の数漸く減少し第三期の末に至りては人民余り立法権を失ひたりと云ふも過言にはあらざるべし。

第二 senatus consulta 元老院令

元老院令は人民の発する法令減少するに従ひ其勢力を増加「七十一丁表」し前述の如く元老院令は第二期に於ては勢力微弱なりしが第三期に至り漸く大切なる法令となるに至れり。

第三 constitutiones 帝憲

帝憲は本期に於て初めて現れたる法源なり。

抑も羅馬國は共和政府より君主政府に變じたるもの故に帝政の初年に於ては矢張王權は人民に在りと思へり。故にユーガスタス帝即位のときに於ても人民よりして皇帝の權利を譲り受けたるの儀式を行ひたりし。而して其後の皇帝も其例倣ひ人民よりして主權を皇帝に譲るの儀式を行ひ且つ法令を発して之を公布せり。斯の如く即位

の際に発するの法令を *lex regia* と云ふ。

然れども皇帝の権力益強大なるに従ひ帝憲は只羅馬唯一の法となり、終に帝の欲する所之れ法なりと云ふに至れり。〔七十一丁裏〕

that which pleases the emperor has the force of law, quod principi placuit, leges habet vigorem.

抑も帝憲は初めて第二期に発せし法令にして之れ成文法の盛大となる初まりなり。

帝憲を分つて左の四種とす。

(第一) *edict[a]* 勅令

皇帝より人民一般に布公せる勅令なり。

(第二) *mandata* 勅諭

皇帝より行政官吏に示したる法令又は勅書なり。

(第三) *decreta* 勅裁

皇帝に上告したる訴訟の親裁。

(第四) *rescripta* 勅答

〔七十二丁表〕

司法官吏及び行政官吏より皇帝に奉りたる伺ひの指令。

右の四種皆帝憲 *constitutio* と称して法律の効力を持てり。

第四 *edictum* プレートルの告受書

プレートルの就職の際にエヂクトを発するの制は本期に於ても尚ほ存せり。然るにプレートルは往々之を守らざることあり。其の爲めに紀元前六十二年に Cornelius なる *tribune* の發議によりてプレートルは告受書に従つて法律を執行すべしとの法令を出せり。

第三期に於ては帝憲及び元老院令の二種の法律大に勢力を得て十分に羅馬社会の需要に應ずるの法令を毎年發布するを得たりしを以て他の立法権機関の十分に完全せざるときは甚だ大切なりし。エヂクトも大に其必要を減ずるに至れり。

茲に於てハドリヤン皇帝は当時法律家の泰斗と呼ばれたる「七十二丁裏」*Salvius Julianus* に命じて此迄プレートルの發布したるエヂクトを編纂して一の書物とせり後紀元百三十一年元老院令を以て此法典を公認し更に法律たるの効力を付与したり。

此より後はエヂクトを増減せずして特にジュリヤナスの編纂にかかりしものを特に永久告受書 (*edictum perpetuum*) と称せり。

蓋し従来の告受書を永久告受書と為したるは毎年之を

発して限りなきの意味なりしが、ジュリヤナスの編纂にかかる告受書を特に永久告受書と云ふは万世不朽の意味ならん。而してプレートルがエヂクトにより羅馬法の進みしはジュリヤナスの永久告受書を以て終れりと云ふべきなり。之れよりプレートルは純粹なる司法官となれり。

第五 responsa prudentium 法律家の学説

(之れ第二期の主たる法源也) 物知りの答の義

〔七十二丁表〕

羅馬に於て法律家は共和政治の時代より人民一般の尊敬を受けたりし。或は人民の依頼に応じ法律に関する助言を為し。或は裁判官なぞより下問せらるるときは之に意見を附せり。之れを通常法律家の答即ち responsa prudentium と云へり。

然し法律家の答案は一己人の私見たるを以て其实力は大なりしとは雖ども公然たる法律たるの力はなし。然るに皇帝オーガスタスの時に至り有名なる法律家を選挙して之れに法律説明の権を与へり。而して此等の法律説明権を与へたる人の説は他家の説よりは余程強き勢力を持てり。

其後皇帝ハドリヤンは右の国法を説明するの権を持つ

法律家の説一致するときには裁判官は之に従ふ可し。而して若し一致せざるときは裁判官は己れの心を以て判決すべしとの勅諭を発したりし。〔七十二丁裏〕

其後第四期に至りコンスタンチン帝はパピニヤン、ポール 二氏の説は法律の効力を有すべしと命令せり。

Papinianus english Papinian

Paulus { 羅馬法律家の親玉にして

なりとの諺の生じたる位なり。

其後セオドシヤス二世 Theodosius は四百二六年に有名なる law of citations 引用法の法令を発して第三期中の五大家の著書は法律の効力を有せしむべしと勅令したりし。

羅馬に於る法律五大家

羅馬に於て法律五大家と称するものは

{ Papinianus
Paulus
Ulpianus
Gaius
Modestinus

之れなり。

近世は学者の説は間接に法律の淵源なるも、古代は直接に法源を為したり。其原因はラーガスタス・ハドリヤン・コンスタンチン及びセオドシヤス第二世の引用法等なり。〔七十四丁表〕

而して若し五大家中説の異同あるときは其の多数によりて之を決すべしとせり。之れセオドシヤス及びバランチンの引用法なり。

若し或る事件に關して反対の説を有せる学者多きとき、パピニヤンの説の方に従ふべしとセオドシヤスは定めたり。之れを以て見るもパピニヤンは羅馬法律家中尤も勢力ありしことを知る可し。

又仏国の有名なるキュージヤス(Cujas)氏。パピニヤンを評して曰く、パピニヤン以前に彼れが如き大法律家なく其又彼れが以後にても決してあらざる可しと云へり。

前の引用法は後に至りジヤスチニヤン帝之を廢せり。

又ジヤスチニヤン帝大に法律編纂の事業を起せるときに三十九大家〔七十四丁裏〕の説を集め之れを一大法典となし名づけて Pandects 又は Digesta とせるは五百三十三年なり。而して現世に至る迄ジヤスチニヤン法典中パンデクツは尤も勢力を有せるものなり。

右に掲げたる例によれば羅馬法の第三第四の兩期に於て学者の法律の進歩を助けたる事は実に少々ならざるなり。

抑も学者の説は直接に法源を為すことあり。又間接に法律の淵源となることあり。

古代立法機關の未だ備はらざるときに於ては学者の説は独り裁判官及び立法官の参考となりて間接の法源を為すのみならず、直に立法者の為めに採用せられて直接の淵源を為すこと続々あり。然れども近世に至り立法機關は漸く完備し社会の狀態の変遷に共つて成文法を作るを得るに至るを以て学説は只已に制定せる〔七十五丁表〕^{ただし}成文法に解釈を施し又成文法及び不文法に於て明瞭なる規則あらざるときに当り裁判を為すの標準となるべき理論を唱ふるに過ぎず故に現今に於てはラーガスタス帝以來法律家の勢力段々強大となり従て有名なる法律家は互に自家の説を主張し遂に学者中党派を為せり。

第三期中の二学派

而して第三期に於て有名なる二学派あり。其一を Proclian と云ふ。Labeo なる法律家之れが主唱者在たり。氏は共和主義の学者にして且つ法律の原則理論を尊び專

ら改進黨を採れり。

而して此学派を Proculian? と名づけし所以はラベオの子弟中尤も有名なるプロキュリヤスなる人名による。第二学派は Sabinian 派と云へり。有名なる法律家 Capito 其主唱者たり。同氏及び「七十五丁裏」其学派は主君主義にして専ら慣習を尊び実用を重んじ保守主義を採りたり。而して此学派をサビニヤンと称せるは同学派中尤も勢力ありし学者サビナスの名を採りしなり。

右の両学派にして意見を異にせるは甚だ多くありしなれども、皆勅令勅裁等を以て皇帝自ら之を決せり。ジャスチニヤンのときに至りては此両学派の差別殆ど其絶を絶つに至れり。

第二期の後半に至りて羅馬法律学は実に尤も盛隆となれり。

ハドリヤンよりアレキサンドル セベラス帝の時に至る迄即ち百廿年より二百四十四年の頃に至る迄の百年間には現出せる法律家中有名なる人尤も多かりし。

前述の羅馬法律五大家も皆此時代に在りたり。故に後世此の「七十六丁表」時代を称して golden age of Roman jurisprudence と云へり。此時代に於て法律家の

著したる書は主として次の三種に分てり。

第一 註釈

例へば十二銅表、プレートル告受書、平民法 (plebiscita) 元老院令等に施せし註釈なり。

第二 会典 Digest

法律一切を集めて一個の書籍と為す之を会典と云ふ。

第三 教科書 Institutiones

学生の教科書として著はしたるものなり。

ガイアス發見の困難

其他羅馬法律書の著書多くありて今日に至る迄其名を存たるもの少なからずと雖ども数百年の星霜は遂に法学上の記念「七十六丁裏」を失ひしもの甚だ多し。後世に遺存するもの甚だ少なし。幸にして今日に伝はりて法律社会に非常に利益を与へしものは Gaius の Institutiones なり。

Gaius は百六十九年頃の人にしてサビニヤン派の学者なり。同氏のインスチチュートなる教科書を著したる事は世人の熟知する所に特にジャスチニヤン帝の Digest 法典及び Institutiones 法典等に Gaius 氏のインスチチュ

トより引用せし文章余程多し。

然しこれらにて只一班を同ふのみにして其全部は湮滅して後世には遺存せざるものと人々思ひたりし。

然るに一千八百十八年に独逸有名なる学者ニール(Niebuhr 羅馬史の親玉) 羅馬に遊歴しベロナーの図書館にて種々の書籍を調べたりしときに不図一部の写本あり。然るに其書物「七十七丁表」は所謂復写書なるものにして羊皮紙に書きたる古き字を洗ひ落して其間にセントゼローム (Saint Jerome) の教文ありたり。然るに其下にありて消えずして薄く残れる文字を見るに正しく之れ Gaius の Institutes なることを發見せり。

茲に於てニールは大に喜び直に之を有名なる Savigny に通知せり。サビニーも亦之れガイアスの原書なることを保証せり。之に於て之を伯林大学教授 Dr. Göschen 氏に其原書を読み分くることを依頼せり。而して同氏は他の学者の補助を得て実に非常なる熱心を以て種々様々の工夫を凝らし後に写したるセントゼロームの教文を洗ひ落し同時に前に遺存せる朦朧たる字形を読み分け已に全く消滅せる分部はジャスチニヤンの Digest, Institutes 其他の古書によりて之を補はんとせり。然る

に此事等の固難なることは「七十七丁裏」実に名状すべからざる程にして第一に濃き文字を洗ひ落し淡きものを保存すること、第二、全書の中四分の三程は三重に書けり。第三、全書の十分の一は全く消滅して字形を存せざりしことなり。

斯く如き困難にかかわらず Göschen 氏は四ヶ年の間此事業に身を委ね、一千八百廿年に至りて初めて其全書を世に公にせり。

然るに同氏の出版にかかるものも猶ほ不明瞭なる点も段々多かりしかば、其後独逸学者は実に驚く可き勉勵を以て之れを補助し、今日に至りては遂に大凡原本を得るに至れり。而してジャスチニヤンの Institutes は此書物によりて作りしを以て此書とジャスチニヤンの Institutes の両書を比較するときはハドリヤン帝よりジャスチニン帝迄の羅馬法の進歩変遷の大略を知るを得べし。

故に此書は羅馬法中尤も重貴な記念碑とも云ふ可きもの「七十八丁表」にして此書發見後は法律学の有様を一変せりと云ふも過言にあらざるべし。

Gaius の Institutes の外に猶ほ近今行はるるものは Ulpian の Fragmenta と称するものにして此書は同氏の

他の書物より拔萃したるものにして其論ずる所も極めて明かなり。

此書原書も羅馬法王の書庫中只一部存せしのみなりと云ふ。

抑も Ulpian の名声は Papinian に次ぎ、ジヤスチニヤン帝の Digest の三十九家の説の中には本書より採りしもの尤も多しと云へり。

五大家中尤も多くの説を残せるものは Ulpian 及び Gaius の両氏なり。而して明文にウルピヤンの本文は法律の効力を有すれども彼れのパピニヤンの書中に註釈せるものは其効を有せずとあるは蓋し同氏はパピニヤン氏の名声を妬み彼の書を悪しざまに解釈「七十八丁裏」せるによるなり。〔七十九丁表〕

第四章 第四期 法典編纂の時代

紀元二百五十年より紀元五百五十年に至る、
即ちアレキサンドルセベラス帝よりジヤスチニヤンに至る

政体の沿革変遷

セベラスの死後は羅馬帝国は俄に衰微の兆を現はし其政体は主として武斷專制にして軍人其權を専らにして皇

帝の廢立迄も行ひたりし。且つアレメーン(独逸)フランク ゴスの徒の蛮族圧め国境を犯し國中一日の安寧なかりし。

然るにコンスタンチン帝はビザンチーンを恢復し政府を茲に移し之をコンスタンチノープルと称す。

〔七十九丁裏〕

其後紀元三百九十五年帝国を東西兩部に分ち西帝国は Honorius を帝とし東「帝」国は Arcadius を王とせり。茲に至りて全く二部に分離せり。

第五世期の初めにビシゴス「西ゴート」のアラリック初めて羅馬に乱入せり。

其後は北方の蛮族属々羅馬府を犯したれども東帝国は之を援ふること能はずして徒に傍見せるのみなり。

紀元四百七十六年に至り北方蛮族の王 Odacer 王遂に西帝国を亡ぼし其後 Theodoric 王来り、ヲドーサを逐ひ伊太利の Ostgoth 王国を創立せり。之れより以来は羅馬帝国は只東帝国のみなり。

ジヤスチニヤン帝再び伊国を恢復したれども死後再び之を失ひ而して其後東帝国は紀元一千四百五十三年迄存したれども、遂に「八十丁表」トルコ人のために亡ぼさ

れたり。之れ羅馬の末^{をわり}なり。

法律の変遷

第四期には皇帝の権力漸く強大に至り。之に反して consul, praetor 等も只通常の行政司法官に止まりて昔時の権力なかりし。加之ならず外寇打ち連きたるを以て法律学は追々衰へたり。此時代の法学家にして後世に名を残せるものは僅々三四名に過ぎざるなり。

又元老院 *senatus* は猶ほ残りて皇帝の選挙に参与し元老院令を発するの権を有したれども其実を見るに只虚礼に参与し皇帝の規則^{きそく}を伺ひ元老院令を発するに過ぎざりし。斯の如き有様なりし故、他の法律の淵源は枯涸し只皇帝の帝憲及び元老院令を以て此時代の法源と為すに至れり。

「八十丁裏」

故に羅馬法の第四期は法律発達最後の位地に達せるを以て成文法の時代に初まり成文編纂の時代に終はなり。何れの国にても社会発達するに従ひ法源単一に帰するの現象を見るべし。

此迄私法の淵源は主としてプレートルの告受書又は学者の学説なりしかば、コンスタンチン帝の頃に至る迄は皇帝の勅令は主として公法に関せり。然るに同帝の時

に至り外の法源漸く衰はるに従ひ皇帝の勅令を以て私法を増加する必要生ぜり。故に同帝は私法に関する帝憲を発すること頗る多く、又此迄の私法に改正を加へたることも少々ならず。

此時より以来公法私法共に皇帝の帝憲によりて定まるに至れり。沿革法理学の原則によれば何れの国の法律も古代の成文法「八十一丁表」は公法に関するもの多く而して社会進歩して一己人の位地進むるに従ひ私法に関する成文法増加するものにして後に至ると私法が成文法の大分部を占るに至るべき也。而して羅馬に於てはコンスタンチン帝の時に著しき右の変動を見しものなり（古しは行政法憲法など多かりし）。

前述の如く追々法律も増加するに従ひ新しき新法を出すよりも古きものを *codify* するの必要を見るに至れり。茲に於てか追々法典編纂の事業を初めたり。

グレゴリヤン法典 *Codex Gregorianus*

ヘルモジニヤン法典 *Codex Hermogenianus*

皇帝憲の数は年を追て其数を増加し後に至りては法律家さへも悉く之を知る能はざるに至れり。茲に於てコンスタンチン帝「八十一丁裏」の時の学者グレゴリヤン

及びヘルモジニヤンの二氏は各々別々に私選の法典を編纂せり。而してグレゴリヤン法典はハドリヤンよりコンスタンチンのときに至る迄の帝憲を編纂せるものにして紀元三百八年頃に之を出版せり。

ヘルモジニヤン法典はグレゴリヤン法典のそを補の如きものにして主としてツオクレシヤン及びマキシミリヤン両帝の法令を編纂せるものにして紀元三百六十五年頃出版せり。右の両法典は固より私選なれども之れが為め初めて羅馬社会に法典 (code) の便利なることを示せるものにして実に大切なり。

其後セオドシヤス帝の法典編纂の事業の如きも前の両法典より其考へを起せしものなり。

如何なる法律にて前述の如き順序を経るものなり。即ち「八十二丁表」不文法より成文法に至り其れより之れを法典に編纂するの必要を生ずるなり。

セヲドシヤス法典

羅馬帝にして初めて法典編纂の事業を起せしはセオドシヤス第二世なり。

帝は勅令の数の増加して索探の不便を憂ひ且つ前二法典の便利なるを覺り十六人の委員を選び之に法典編纂の

事業を命じ、Antiochusをして之れが委員長たらしめ以て之の総裁せしむ紀元四百三十八年に東帝国に於て之を播布せり。此法典を以て帝は西帝国のバレンチニヤン第三世に送りしに同帝も直に之を採用し同年に西帝国にて之を播布せり。

此法典はコンスタンチン帝より同帝迄即ち三百十二年より「八十二丁裏」四百三十八年凡そ百二十六年間に發したる法典を集取せるものなり。而して全編を分つて十六卷となし各卷を編に分ち一編毎に紀元体 chronological order に従ひ、帝憲の年月に従ひ之を編纂せるものにして卷及び編等に分つは論理的に分ちしなり。

セヲドシヤス法典は其後東帝国に於てはジャスチニヤン法典の出でたる為め其効力を失ひたりし。而して西帝国にては蛮族の羅馬を取りたる後も猶ほ永く其勢力を有せり。諸蛮族皆此法典を遵奉したりと云へり。

此法典も初めの五卷と第六卷の初めにみ後世に伝はれり。而して其伝りたるも伊国ミランの Abbey Pelon? なる僧大に之れが発見を為せしに依れりと云ふ。

第十七世期の頃ゴドフレダスなる有名なる学者三十年

「八十三丁表」

間にして之れに註釈を加へ施し死後之を出版せりと云ふ。

グレゴリヤン ヘルモジニヤン セラドシヤスの諸法典其ジャスチニヤン帝以前に發布せる法律は独逸学者の羅馬法第一のオーソリチーなる Haenel 氏の有名なる著書 *Corpus juris ante Justinianum* [*Corpus legum ab imperatoribus romanis ante Justinianum latarum*] (ジャスチニヤン以前の法律全典) は正確なるものなりとて人々の依頼するものなり。

ジャスチニヤン法律

ジャスチニヤンの御世は紀元五百二十七年より五百六十五年に至る。

歴史家ギボン氏云へることなり、同帝即位のときに當り其以前十世期の間に出でたる法令及び学説は数千巻の書冊を爲し如何なる富力も之を講求する能はず、如何なる智力も之れを識別「八十三丁裏」する能はざるに至れり。故に於てか同帝は此弊を救はんが為め即位の後直に法律編纂の大事業に着手せり。而して遂に近世開明諸国の母法たる羅馬法の全典を播布するに至れり。

ジャスチニヤン帝の編纂にかかる法典は左の如し。

第一 Codex

帝は五百二八年になるの法律家を選び法典編纂委員となし古来の帝憲を集取し其己に無用に属せるものは之を除き其改正を要するものは之を補ひ当世社会に適すべき法典編纂の事を命ぜり。

右の委員は十四ヶ月の後に其事業を終り翌年五百二九年四月に至り之を公布し *Codex* と名づく。後世に第一法典と称するもの即ち之れなり。 「八十四丁表」

然るに其後帝は新に多くの帝憲を発し就中有名なる五十判決 (*fifty decisions, Quinquaginta decisiones*) なるもの発し以て古来法律学者中の争論となりたりし。

五十ヶ条の事を勅裁せりなり。

茲に於て第一法典の修整を要するに至れり。則ち帝は新に有名なるツリボニヤン (*Tribonianus*) を総裁として四名の委員を置き以て第一法典修正を命ぜり。而して紀元五百三四年に於て此第二法典を播布するに至り前の第一法典は廃棄せられたり。

斯の如くコデッキス、帝憲を集めたるものなり。

第二 *Codex repetitae prelectionis* 第二法典
之に *revised code* といふことしつ通常 *second code*

と云ふ。

〔八十四丁裏〕

第二法典は斯く称せり。蓋し改正法典と云ふ意ならん。Codexとして近世に遺存せるものは此の第二法典にして第一法典は一部分も遺存するものなし。或は云ふ同帝の第二法典を發布せるときに第一法典は焼棄てたるものならん（かかることは古代有り勝ちなることなり）。然し確証のあるにあらず。

此第二法典は全編を十二巻に分ち巻を章に分ち各章は期年体に従ひ帝憲を裁せたり。而して五百三十四年に發布せり（体裁は日本の（類聚）法規の如し）。

第三 Digesta or Pandects (or [Pandect]ae) 会典

紀元五百卅年十二月帝はツリボニヤンを総裁と為し十六人の委員を選び古来尤も有名なる著書よりして当世に適切なる学説を拔萃し一編の法典を編纂することを命じ期するに十年を「八十五丁表」以てせり。

然るに会典編纂委員は非常なる勉励を以て僅に三年間に之を成就せしめ、五百三十三年十二月に帝は之を播布せり。

此会典中に引用したる法律家は都合三九名にして引用したる著書の数二千有余にして凡そ三百万行の学説を折

衷して之れを大凡十五万行に縮め以て之れを一部の法典の内に納めたり。

右の三十九大家中共和政治の時代に属するものは僅々三人なりし。又第三期の帝政初年の学者中には殆ど一人も無し。ハドリヤン帝の永久告受書の発したるときよりセベラス帝の死する迄の間の法律家大部分を占む。就中Ulpianの書中より取りしもの全法典の三分の一を占むと云ふ。彼れに次て尤も其説を用いられたるものはPaulus, Papinian, Julianus, Gaiusの諸氏「八十五丁裏」なり。

会典は之を分つて五十巻と為し巻を分つて凡そ四百四十章と為せり。各章を節に分ちて其編纂の方法に至つては頗る後世学者の非難を受けたること多けれども其後法律学の基礎と為りて大に学者を利せしものは之れ之の会典なり。

会典頒布後は従来の法律を用いるを禁じ且つ法典に註釈するを禁じたりし。

会典の編纂法は論理的にあるときは不都合なれども歴史上より之を見るときは都合宜しとメーン氏は云へり。

第四 Institutes 教科書

帝は又 Theophilus, Dorotheus の二名の学者を委員と爲しツリボニヤンを委員長たらしめ以て法律学を修むる学生「八十六丁表」の爲めに羅馬法の大綱を編纂せしめ会典と同年同月同日に之を頒布せり。

此教科書は専ら Gaius の Institutes に基き多少の改正を加へたるものなり。全編を四巻に分ち巻を章に分ち其章数は九十九章なり。後世羅馬法の教科書となりたるもの即ち之れなり。而して帝は此教科書にも法律たるの効力を与へたり。

抑も此の Institutes は実に驚く可き程諸国頒布せるものにして其注釈翻譯は何千部なるやを知らず、此の書物程大く流行し又此書物に付て程、人々が種々様々に論ぜしものは未だ曾て之れなかるべし。実に大切なるものなり。

第五 Novellae constitutiones 新法

ジヤスチニヤン帝は第二法典を頒布したりし後尚ほ多くの法令を「八十六丁裏」発し旧法を改定増補せしもの少なからず。而して新法と称するものは紀元五百三十五年より五百六十五年に至る迄の三十年間に発したる帝憲を

集めたるものなり。

帝は固と Codex 及び Pandect の両法典を以て羅馬法を網羅せんとせるを以て右の新法をも Codex 中に編入せんと企てたれども未だ之れを果さずして死せり。故に帝の死後は別々の法典と爲して発布したり。

右の新法の中に編入したる帝権の数は百六十八にして其中百五十四はジヤスチニヤン帝の発せるものなり。而して他の十四は帝の死後発布せられたるものなり。而してツリボニヤン死後にはジヤスチニヤン帝の発したる帝憲の数特に少なくなれり。此一事を以ても同氏のジヤスチニヤンの立法に功ありしを知る可きなり。而して同氏の死は五百卅年頃「五四七年」ならん。「八十七丁表」新法は主として私法に關す。就中第一百八号第二百七号の如きは同帝の無遺囑相続法に大改正を加へたるものにして尤も有名なる帝憲なり。

右に述べたる Codex, Digesta, Institutes, Novellae の四法典を總稱して Corpus juris civiles 即ち羅馬法全典と云ふ。

後世伊国ボロナ大学にて註釈せるも則ち之れなり。又近世欧州諸国の法律の基礎となりしも亦之れなり。

全典中二則互に抵触せるときは新法は旧法を廢するとの解釈の原則に従ふとあり (antinomy 二則抵触)。

故に後に播布せる *Novellae* の効力は他の三者の上に在り。又第二法典の効力は *Institutes* 及 *Pandects* の上に在りしなり。
〔八十七丁裏〕

左れども *Pandects* と *Institutes* とは同時に制可を受け同時に頒布されたるものなるを以て此二法典中の規則にして互に抵触するものあるとき前原則を適用する能はず。故に此場合に於ては司法官は自己の意見を以て之を決するを得たりし。

抑もコルプス ジュリス シビリスはモムセンの著書にかかる *text* を以て尤も正しとす。又独逸文にせるもあり。此全典は人呼んで世界第二の書籍なりと云ふ。バイブル第一にして全典之に次ぐと云へるも蓋し過言にあらざるべし。
〔八十八丁表〕

ジヤスチニヤン帝以後羅馬法の衰亡及び再興

第一 東帝国に於ける羅馬法の運命

東帝国に於てはジヤスチニヤン帝の編纂に掲る諸法典は之れをギリシヤ語に直し (初めはラテン) 且つ新法法典の如きは頒布のとき已にギリシヤ語を以てせり。

故に東帝国にてはギリシヤ語の羅馬法全典行はれたり。然るに帝の死後東帝国の帝属ギリシヤ語の法令を發しジヤスチニヤンの法典を変更せり。為めに東帝国にては *Corpus juris civilis* は漸々其効力を失ふに至れり。

茲に於てジヤスチニヤン以来の賢明なる *Basilius* 帝は紀元八百六十七年に於て *Corpus juris civilis* の四法典を合併編纂して一の法典となし之れに後世發布したりし法律を編入せんとせり。而して *Leo* 〔八十八丁裏〕帝のときに至り初めて其業を終りしが先帝の期念〔紀念〕の為か其大法典を名づけて *Basilica* と称せり。実に有名なる法典なり。

バシリカは全部凡そ六十卷にして東帝国の滅亡の頃迄其勢力を持たりしが全部は不幸にして湮滅して遺存せるものは不完全なり。

第二 西帝国に於ける羅馬法の運命

ジヤスチニヤン帝の法典を編纂せるときは伊太利諸国はゴール蛮族の占有に歸したりしが其時に当り旧西帝国に行はれたる法律はセオドシヤス二世の法典及び之に基きて蛮族諸王の制定せる法律なりし。

然るにジヤスチニヤンは將軍 *Versalius* 及び *Narsas*

等の力によりて伊太利地方（即ち旧帝国）及びアフリカ地方を征定し紀元五百五十四年「八十九丁表」に法令を出し右の地方に於ても *Corpus juris civilis* を行ふことを布告せり。然れども ジヤンス地方及びイスパニヤ地方は尚ほセオドシヤスの法典に基ける蛮族諸王の編纂にかかるものを行ひし様なり。其後羅馬帝国滅亡と共にジヤスチニヤンの法典は一たび滅亡して只人民の間に信用を得たりしに止まりしなり。

然るに俗説に依ればジヤスチニヤン法典は一たび全く湮滅に歸し一千百三五年にアマalfi（Amalfi）に於て Pandect の寫本を発見せる以来再び欧州諸国に勢力を得たるものなりと云へり。

然れども有名なるサビーニ氏の中世羅馬史によれば Pandect 発見の説は全く虚説にして羅馬帝国の西部の人民は第九世期より第十一世期の頃に至りてはセオドシヤス法典より却て *Corpus juris civilis* 「八十九丁裏」を信用せしとの事なり。

第三 中世羅馬法の再興

羅馬法は帝国の滅亡と共に一度ひ外形上の効力は失ひたれども實際上の勢力に至つては依然として斯の如き有

様を存せり。

而して第十二世期の頃に至り伊太利の諸市府漸く盛大に赴かんとせり。人心の奮起するに従ひ學問の盛んになるは之れ通則なり。則ち断然に revival of learning のありしも亦此の時代なり。

当時ボロナ府に一學士イルネリヤスなるものありしが同府に法律の學を起し一千百年頃より一千百十八年の頃に至る迄自ら羅馬法の講筵を開きたりしが茲に於て羅馬法の學問は大に世に行はるるに至れるなり。「九十丁表」

イエリング氏羅馬法の運命を一樹の太木に譬へて曰く羅馬法は初め羅馬人民の耐忍力を以て培養し年を経るに従ひ其枝葉繁茂し遂に青空をつくに至れり。ジヤスチニヤン帝の時に至り已に其生長は最高度に達し其枝に花さき其実も已に熟したり。而して羅馬帝国滅亡と共に此太木も一旦枯凋したり。然れども前に結びたる果実は久しく地にありて此時代に再びボロナ府に其芽を発せり。之れより註釈派の培養を受けて遂に其種は断然未文明諸国に繁殖せり。

斯く如く羅馬法を再興せるイルネリヤスの徒は法理を講究し一機軸を出したるの學者にはあらずして専ら

Corpus juris civilis の原文を註釈するに力を用いたり。故に此徒を称して glossators 即ち註釈派と称す。而して其註釈書を「九十丁裏」 gloss と称す。

イルネリヤスの死後 Postglossators 即ち後註釈派なるもの出でより羅馬法の研究一変せり。而して此派を確立せし人の中有名なるは Bartolus, Baldus なる人なり。

後註釈派は独り Corpus juris civilis を註釈するに止まらずして羅馬法が欧州諸国に進入したる後如何なる変更を経たるかを研究せり。

羅馬法を如何なる方法を以て伊太利より之れを欧州諸国に頒布せる哉。之れ仏国の力に在り。

羅馬法を欧州に起したるは伊国。之を近世に傳へたるは仏国。而して之れを完全ならしめしは独逸国なり。

第四 第十六世紀の仏国の法律家 「九十一丁表」

羅馬法の研究は第十二世紀にボロナに起り其後三四百年の間は羅馬法学は羅馬法の本部なる伊国に止まれり。然るに十六世紀に至り同法は欧州に進入するの萌を現せり。

伊国ミラン府に Andrea Alciat なる学者ありしが仏国のフランシス第一世の召に応じブルジスにて羅馬法の講

筵を開けり。而して之れを聞く所の学生の数甚だ多かりしなり。

羅馬法学は此時より大に仏国に行はるるに至れり。アルシャット氏一千五百四十六年を以て残去せる後、^ルCujas (Cujas in English) ブルジスの大学の法律教師となり大に羅馬法学の研究を盛んにせり。

同氏は Paratitla なる書を著しジャスチニヤンの Pandects を簡明に註釈せり。其以来同氏は羅馬法律学に付ては第一流「九十一丁裏」の位地を占むるに至れり。即ち近世欧州諸国に羅馬法を張拡せるは同氏の功により。近来に至る迄独逸の諸大学にてはキュージヤスの名を演説又は話にするときは学生皆其幅^{マフ}「巾、頭巾の意か」を脱せし位なり。同氏は一千五百九十年にブルジ府に於て死せり。

Cujas と同時に Doneau なる有名なる羅馬法学者ありしが専ら同氏の説に反対せり。

又 Hotman なる学者ありて一千五百六十七年に Antiribonianus なる書を著しキュージヤスの学派に抵抗を試み且つパピニヤン ポール ウルピヤン等の諸大家の説迫撃を試み少しもはばかる所なかりしかば遂に

Antiromanist なる学派を起すに至れり。「九十二丁表」

此学派はキユージャスの羅馬法即ち外国法に心酔することを迫撃し従来の羅馬法学者の如く原文の解釈に汲々たることを惡しざまに云へり。而して彼れらは羅馬法に於ても取る可きは之を取り捨つべきは之れを捨て自国の風俗に基づき善良なる法律を作らんとせり。(然れども此の如き反対説たるや何れの国にも起ることなれば善を取「り」惡を捨つるはよけれども其之れを識別するは蓋し難しと云ふべし。)

当時仏国にては同氏の説大に勢力を得、遂に一千五百七十九年に於てパリス大学にては羅馬法を講述することを禁ずるの法令を發するに至れり。然れども政治上社会上の斯の如き議論と同じ運命にして已に外国にて完美したる法典のあるにかかわらず新にことさらに之によらずして別に一の美□なる法典を編纂するは実に困難「九十二丁裏」なることにしてヲットマン氏の説も遂に之を行ふ能はざりしなり。如何となれば仏国に於て彼等のために羅馬の研究衰へたる後は法律学者裁判官代言人等は之に迄標準となしたりし。羅馬法を失ひ、さらばと云ふて之に代はる可き羅馬法より善良なる標準とては

中々得ざりしを以て學説及び判決例は大に乱れて一轍に出でざるに至れり。左ればにや右の如き反動的の勢力行はるるに従ひ仏の法律學及び判決例は大に品位を落すに至れり。茲に於て其後未だ百年ならざるに羅馬法の研究再び仏国に起りたりし。

第十六世期に於て羅馬の研究を仏国に起せるものは Dumoulin なる人にして此人は Antiromanist の勢力盛なりしときに羅馬法と仏の固有法とを合せ研究したる人なり。故に大に Antiromanist の学派「九十二丁表」の人心を得再び羅馬法の研究を仏国に起すの中立ちとなれり後に雷名を轟かせし羅馬法學者の Porhias? なども多く此人の説によれりと云ふ。其後仏国に於て羅馬法を広げ遂に羅馬法典を仏法典の模範となせしもの Potliers? なり。氏は近世の仏国立法に功のありし人にして同人は Corpus juris civilis の編纂法未だ十分ならずして其秩序を失ひたるを患ひ夙に Pandect を改撰(同じ三九大家中より)せんとせり。而して十二年間の勤勞に依り遂に此大事業を成就せり。即ち Pandects 法典を精確なる論理的に論じたりしなり。一千七百四十五年ラテン語を以て之を出版せり。之れ則ち同氏の有名なる著書

Pandectae Justinianeum in novum ordinem Digestae
(Pandects digested in new order) 之れなり。

〔九十二丁裏〕

第五 イスパニヤ及びオランダに於ける羅馬法

イスパニヤ及びオランダに於て十二世期の末に至り羅馬法大に行はるるに至れり。第十三世期の頃に至り彼の國際法の祖先なるグロシーヤス ビンケルシヨーク (Bynkershoek) の諸大家を出せり。

彼の諸氏の出でたる後は其勢は仏国の右に出ずるに至れり。従来欧州諸国の法律学生はブルジ ツールージの大学に集りしものなれども後に至りてはレーデン (Lyden) ユートレイト (Utrecht) に集るに至れり。之れを以ても羅馬法の両国に盛なりしをあるべきなり。

第六 英国に於ける羅馬法

英国に於て初めて羅馬法を講述せしはロンバード人の Vaccarius なる人なり。氏はイルネリヤスと同時代の人にして一千百四十九年英国に渡来しオクスフォード大学にて初めて羅馬法の講筵を開きたりし。〔九十四丁表〕其後スチーブンはバッカリヤスの羅馬法を講述することを禁じたり。且つ種々の著書及び同氏の著書を焼き棄て

たり。

然れども当時學術の奨励者たる僧侶はひそかに皆羅馬法律学を貯^{たくわ}て羅馬法の講究を勉めたるを以て王の禁令も為めに羅馬法の根を英国に絶つ能はざりし。

其後英国に於て法律学者の初祖とも云ふ可きヘンリー第二世の時の Bracton の有名なる著書の如きも皆ジャスチニアン帝の法典によりしものなり。

其後は英国に於て羅馬法の研究絶えずして Common Law に於ては従来の慣習の無き場合には羅馬法を参考して判決を下せり。就中商法の如きはマンスフィールド其他の各法官は羅馬法を標準として判決例を作りしもの尤も多し。加之「九十四丁裏」ならず英国の Common law 及び Equity は主として其淵源を羅馬法に取れり。

然るに近世に至る迄は實際は羅馬法は英の法律中に採用されては居たれども之を研究すること甚だ少なりしが Austin, Maine の諸氏出でて其法理論の材料を羅馬法に採りたること尤も多くありたるより、現今に至りては羅馬法の研究も盛んになり其著書も増加せり。

抑も英国にては羅馬法を以て法王の法律の如く想像せり。且つ羅馬旧教と羅馬法とを同一視せり。又新教の行

はれたるが為め其研究も盛んにせざりし理由なり。

之れ羅馬法に關して英法学者の功少なき所以なり。

然れども羅馬法を利用して法律學問を進歩せしめたる点に「九十五丁表」於ては英國も仏獨に譲らざる也。

第七 獨逸に於ける羅馬法

獨逸諸國は羅馬法を直接に継受せるを以て第十八世期の頃よりして羅馬法の研究非常に進歩せり。

仏國は現世歐洲諸國に羅馬法を傳頌したるの功あり。獨逸國は羅馬國法の研究を完全にしたる榮譽あり。

Gaius の Institutes を發見し且つ之れを恢復せるも獨逸人の功。Theodosius 法典、Ulpian の著書其他多くの古典を發見せしも獨逸なり。又羅馬法を材料となし歴史法律學起せしも獨逸なり。即ちサビニー大家の如し。

第十九世期の初めよりして獨逸國に有名なる羅馬法學者を出したることは実に數ふるに遑まあらず。

「九十五丁裏」

現今に於て羅馬法律學者にて尤も有名なる人はゲッチンゲン大學の教授のイエリング氏ならん。同氏の著述にかかる有名なる羅馬法の精神と云へる書あるが同書には羅馬法を材料として古今諸國の法理を論じたるものにし

て或人は羅馬法の精神に在らずして真正の万国法の精神なりと云ふ人も有る程なり。

サビニー以前には多く註釈に傾きしが中、材料集りたる後追々論理學的に之を論ぜり。

近世歴史羅馬法學を起せしはサビニーなり。

近世の著書にてはイエリング尤も有名なり。

右に略述したる羅馬法律學歴史によりて見るも羅馬法の勢力は未だ全く衰へざるのみならず益盛大に赴くの勢あり。羅馬法は近世諸國の私法の基礎と爲り、又近世諸國の「九十六丁表」裁判の標準となり、又同法は近世諸國の法律學の材料となり、其の価値は殆ど之れを万世不朽なる言葉を以てするも余り誤りたることにはあらざる可しと信ず。

羅馬法律歷史終了

