穂積陳重博士 『羅馬法講義』第二編

羅馬法正編第一巻及び第二巻

吉 原 達 也 編

解題

口

参照されたい。

1. については、吉原達也「穂積陳重のローマ法講義につ る第二編 会図書館所蔵の穂積陳重講述『羅馬法講義筆記 (info:ndljp/pid/18797609によりつつ、その後半にあた 権]法の部分を翻刻したものである。本資料の意義 本稿は、穂積陳重博士の帝国大学法科大学における ーマ法講義に関する筆記録のうち、主として国立国 羅馬法正編第一巻人事法及び第二巻物件

> 五一頁及び吉原達也編「穂積陳重博士『羅馬法講義』 三号(二〇二〇年)一四七―二一五頁に付した解題を 総論及び第一編 いて」『日本法学』第八四巻一号(二○一八年)一― 羅馬法律史」『日本法学』第八五巻

2. 穂積博士の「 当し、其比較法的進化論論述中に散在する羅馬法に関 十九年度より二十二年度迄帝国大学に於て羅馬法を担 慶吉教授は、「穂積陳重は、過去の学歴に於ても明治 「羅馬法」に関する造詣について、原田

れておられる。 論文に於て、其学力の片鱗を覗かせてゐる」、と記さ講ずるの必要」と等の全部又は大部分羅馬法に関するする事項の外、其早期の「万法帰一論」や「羅馬法を

- (二○一九年) 一頁以下を参照されたい。 三郎博士の羅馬法講義について」同第八五巻二号第八四巻三号(二○一八年)四二三頁以下、「宮崎道第八四巻三号(二○一八年)四二三頁以下、「宮崎道遷について」『日本法学』第八四巻一号二頁以下、講義については、吉原達也・前掲「穂積陳重のローマ法書。明治初年から二○年代にかけてのローマ法講義の変3. 明治初年から二○年代にかけてのローマ法講義の変
- 関しては、森征一・岩谷十郎/監修 和装本714532)、 究』第七三巻一〇号(二〇〇〇年)七三―一二〇頁 講義案集』の伝える明治中期法学教育 いくつか知られている。安達峰一郎氏の講義筆記録に 「帝大生・安達峰一郎の「法学」ノート 羅馬法』(JR19 654 13) 清水裕樹筆 一〇頁。京都大学法学部図書室所蔵本 穂積博士のローマ法講義については、講述筆記録 同吉田南総合図書館所蔵本(図 法文化研究会 (319||Ho|| 一 〇 六 | 『法学研 『法律 が

し上げます。 法講義」『日本法学』第八四巻一号三六頁以下注二五 後者について、とくに吉原・前掲「穂積陳重のローマ 316||||1|| 三高和200021826680)、東京大学総合図 都大学・佐々木健教授のご高配を賜った。厚く御礼 を参照。 重講述『羅馬法講義筆記』info:ndljp/pid/1879760など。 ID000000904794:info:ndljp/pid/1880330) 号322.315-H734r2 書館に所蔵される、不破彦蔵手写 館所蔵本(L11:1940005733191)のほか、国立国会図 一八八九(明治二二年)、冊子体、一六一丁(請求記 京都大学法学部図書室所蔵本については、京 玉 立国 図 『穂積陳重 及び穂積 館 書

- 5. 翻刻に当たり、次のような方針を採った。
- 本文と区別した。 本文と区別した。編者の補った部分は []でくくって名を増やした。編者の補った部分は []でくくってたほか、読みやすさを考慮して濁点、句読点と送り仮・旧字体は新字体に改め、片仮名遣いを平仮名遣いにし
- 形で残すこととした。ただし、固有名詞以外は、各単綴りの誤りを訂正したほかは、可能な限りそのままの・本文は、英語、ドイツ語、ラテン語が混在しており、

Justinian; comitia curiataなど。語を小文字表記として全体を統一した。例えば、

[一丁裏]のように、各丁の冒頭部分に挿入して記述・原典との対応を容易にするため、丁数を [一丁表]

で「物件 [権]] と表記して区別することとした。 で「物件 [権]] と表記して区別することとした。 で、物件 [権]] と表記して区別することとした。 で、物件 [権]] と表記して区別することを勘案して、後者の場合と、そうでない場合が のことを勘案して、後者の原大本では、正編第二巻標題 で、物件」は三六例、「物のことを勘案して、後者の場合については本文においる。 て、物件 [権]] と表記して区別することとした。 で、物件 [権]] と表記して区別することとした。

申し上げる次第である。また、片柳七重さん(当文社会系研究科多分野交流演習「東京大学草創期の授文社会系研究科多分野交流演習「東京大学草創期の授金で教示をたまわった関係各位にこの場を借りて御礼なご教示をたまわった関係各位にこの場を借りて御礼なご教示をたまわった関係各位にこの場を借りて御礼なご教示をたまわった関係各位にこの場を借りて御礼をいる。

謝申し上げます。じて、複雑な入力作業のご協力を得ました。心より感時・日本大学法学部学生)には、第一編、第二編を通

(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬(1)

- 同誌四九巻六号―一二号。原田慶吉「我が国に於ける外法典」同誌四八巻五号、「明治以来ローマ法源邦訳事歴」学新報』第四四巻三、四号(一九三四年)、「需斯知尼安(3) 矢田一男「明治時代のローマ法教育(1)(2)」『法

kj00000658370.pdf 学の発達―日本におけるローマ法研究の歩みにたいする 学部』(一九四二年) 二九四頁。佐藤篤士「日本における 三九巻第一・二号 (一九八七年)、二二五—三一二頁。 夫「わが国における法史学の歩み(1873~1945) 五十年史 五〇年四月二五日刊に、第一章「日本におけるローマ法 たいする一つの反省―」『早稲田法学』第四〇巻第一号 国法史学の発達」『東京帝国大学学術大観 https://doors.doshisha.ac.jp/duar/repository/ir/11524/ 六三頁、同『古代ローマ法の研究』敬文堂出版部 ローマ法学の役割―日本におけるローマ法研究の歩みに (昭和四○年一月二○日刊)五三―九九頁、 一反省―」と改題して再録、一―四六頁。『東京帝国大学 法制史関連科目担任者の変遷」『同志社大学法学』第 上冊』一一一七―一一四八頁を参照。岩野英 とくに五九、 昭和

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

羅馬法

正編

人事法

古代の法律に於る人事法の位地

[persona]

穂積陳重講述 羅馬法講義筆記

三号) 羅馬法講義総論及び第一編 羅馬法律史(以上本誌八五巻

羅馬法講義第二編 第五章 第四章 第一 羅馬法正編 成文法及 [び] 不文法 ……………五八 自然法、普通法、国法 法律の種類 法学 [jurisprudentia] ············四二 法律の淵源 不文法の起源 ………………………五九 公法及私法 [justice] 公義……… [jus] 法律 ………… 八事法、物権法、 羅馬法正 jus 訴訟法 目次 の区別]......五四 … 五 二 四六

四一四二

乙 全産獲得法	占有 [possessio]
第五 贈与[donatio]	第三章 所有権
第四 時効 [prescriptio]	第二章 物及 [び] 物の分類 〇六
第三 引渡 [traditio]	第一章 古代 [法律に於] る物件 [権] 法の位地 …一〇五
第二 附増 [accessio]	物件 [権] 法 Law of Things
第一 專占 [occupatio]	羅馬法正編第二巻
甲 特産獲得事実	
所有権獲得事実	
質権	第六章 後見 [tutela]
表面権 [又は地面権] 二 ○	家長権解除九九
領有権 二 ○	第三 養子
地役の性質一六	第二 認正
第五章 地役権一五	第一 出産
第三 占有の効果	家長権を得る三源因
第四 財産保護の説	第五章 家長権 patria potestas九三
第三 人身保護の説	第七 離婚九一
第二 人身平等の権の保護するの説	第六 結婚の効八九
第一 意思自由 [を] 保護 [する] の説	第五 結婚の資格 (独居蓄妾の制)八五
第二 占有の保護	第四 結婚の約束八五
第一 定義一〇九	第三 羅馬 [法] 結婚の法式
第四章 占有 possessio · · · · · · · · · · · · · · · · · · ·	第二 婚姻の種類八一
消滅 [abusus]	第一 婚姻の性質七九
収実 [usus fructus]	第四章 結婚法
使用 [usus]	第三章 身分 [status]六五

第 遺嘱相続

第二 遺嘱相続

戸主収養 [adrogatio]

才 [裁] 判の宣告

身代限

元老院令の没収

[九十七丁表]

第 編 羅馬法正 編

総 論

[第一章 法学] jurisprudentia

抑も法律は進化の規則に従ひ簡単より複雑に進むもの

なり。

も亦簡単なり。十二銅表、三章の法の如 社会の幼稚なりときは其組織も簡単なるが故に其法律

然れども社会の組織段々複雑なるに従ひ法律も段々万

巻となるなり。

之れイエリング巻三、三百十三枚に在り。 てか常通人民と特別なる法律家との区別を生ずるなり。 を子解する能 故に譬ひ其法律の正条を読み得るものと雖ども其真意 [九十七丁裏] はざるに至るなり。 而して之れ則 此に於

> めなり。 ち法律の智識を以て一種特別なる研究物なりとするの初

るが如し。 段々開け行はれ遂に法律の智識及び其の法律の取扱ひは は分明なるも今日の刑法は只読むのみにては分明ならざ 一種の専門家に委するに至れり。 其後社会益進み人事繁忙に赴くに従 殆も百ヶ条を読むとき ひ分業協 力 0) 道

関することを攻究せり。 且つアリストートルも諸々の書を著はし政治学の法律に 初めて国家論及び法律論の二書を著はせり。 るに至りしなり。 より初めて Proper study of men is men なる原則を唱へ 其他宇宙に関する学を研究せるが、ソクラテスの の[九十八丁表]事を以てせり。其徒弟プラトーに至り 而して同氏以来は宗教、政治及び法律等の人事を研究す [De] Republica 抑も法律学にして欧州に起りたるはギリシヤの時代な 昔し同国の盛なりしとき学者概ね天文、美術 (国家論) 氏は常に子弟に解くに正不正の区別等 or Legibus (法理) 之れなり。 Plato's 出でし 数理

らず)は主として正義 justice は如何なるものなるや人 而してギリシヤ時代の哲学者(未だ法律家と称す可 か

るや等の如き問題を研究せり。と人との法律上の関係は如何なる基礎に基く可きものな

英国に渡りて又実用的のものとなりたりしなり。 (abstruct) の研究追々変じて実形的(concrete)の研究の主義原則は如何なるものなるやを研究するに至れり。即ち実際其国に行れたる法律を研究了解するとなれり。即ち実際其国に行れたる法律を研究了解するとなれり。即ち実際其国に行れたる法律を研究了解するとなれり。即ち実際其国に行れたる法律を研究了解するとなれり。即ち実際其国に行れたる法律を研究了解するとなれり。即ち実際は関係の正常の思想像的では、これに対しては、対しなり、

に根拠を取れりと知るべし。)(正編は主としてジヤスチニヤンのインスチチユート

然れども之れ近世法律の考を以て古代を判断せる実に浅知いい。(又は学問なり。)之れ実に有名なる定義なり。学なり。(又は学問なり。)之れ実に有名なる定義なり。学なり。(又は学問なり。)之れ実に有名なる定義なり。一方の定義を見て近世の法律家は頗る宗教法律を混同せる者なりと非常に攻撃せる人あり。ヲースチン[John Austin, 1790-1859]氏の如きは尤も甚しき人の一人なり。和いだも之れ近世法律の考を以て古代を判断せる実に浅めれども之れ近世法律の考を以て古代を判断せる実に浅端により。以れども之れ近世法律の考を以て古代を判断せる実に浅端により。(フレー)に対して正及び不正の他が表します。(フレー)に対している。

直撃するは酷に過ぐると云ふ可し。 はかなる論にして能く進化の定義により法律学を研究す はかなる論にして能く進化の定義により法律学を研究す はかなる論にして能く進化の定義により法律学を研究す はかなる論にして能く進化の定義により法律学を研究す はかなる論にして能く進化の定義により法律学を研究す はかなる論にして能く進化の定義により法律学を研究す

とかに分化せしなり。ものなりしが遂に猿とか犬ものなり。初めは動物も同じものなりしが遂に猿とか犬るものにして段々進歩するに従ひ分化 differentiate する法律も他の一切の万物と同じく進化の大則に支配さる

古代の法律は未だ宗教と分化せずして法律の禁令は屡古代の法律は未だ宗教と分化せずして法律の禁令は屡古代の法律は未だ宗教と分化せずして法律の禁令は屡古代の法律は未だ宗教と分化せずして法律の禁令は屡古代の法律は未だ宗教と分化せずして法律の禁令は屡が為めなり。

ふことより出でしなり。 を通ぜしものなり。羅馬の公法私法は皆祖先を祭ると云占有する所たり。而して貴族なるものは宗教儀式等に尤占有する所たり。而して貴族なるものは宗教儀式等に尤羅馬にても十二銅表発布の時迄は法律の智識は貴族の

適法不適法を知るの智識とせるは頗る穏当なり。 は広きに失するが故に定義の下半に於て正不正の学即ち由れり。故に此時代の法律学は必要上神事及び人事の智由れり。故に此時代の法律学は必要上神事及び人事の智信律]学の学者の罪にあらずして法律其れ自身の然るに「律」学の区別未だ全く立たざりしなり。之れ法学宗教法律の区別未だ全く立たざりしなり。之れ法学宗教法律の区別未だ全く立たざりしなり。

の説を解して前述の如く之を見んと欲するなり。 (ユ゚)の説を解して前述の如く之を見んと欲するなり。 (ユ゚)の神事と云へるは即ち宗教法を指せるものなりと。 の神事と云へるは即ち宗教法を指せるものなりと。 独 逸 学 者 Glück [, Christian Friedrich von, 1755-独 逸 学 者 Glück [, Christian Friedrich von, 1755-独 逸 学 者 Glück [, Christian Friedrich von, 1755-独 逸 学 者 Glück [, Christian Friedrich von, 1755-独 逸 学 者 Glück [, Christian Friedrich von, 1755-

[Sir Frederick Pollock, 1845-1937] の説なり。氏はむウルピヤンの定義の弁護人中に笑ふ可きはポロック前のウルピヤンの定義は非常に有名なるものなり。

するの学問なりと大に無理なる弁護を為せり。にあらずして discriminating にして神事と人事とを区別とを見分る学問なりとの意にして、上段は connectingりやりに之を弁護して曰く此定義中の第二段は正と不正

此の定義の原文は左の如し。Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia. 之れ定義の上部 [百丁裏] なり。(Pollock の右の議論は十一月のLaw Magazine に在り。)

問に進歩するものなり。 されり。左れば法律は justice の学問より right の学 が変するものにあらずして権利の性質を研究する学問 を攻究するものにあらずして権利の性質を研究する学問 を攻究するものにあらずして推利の性質を研究する学問 を攻究するものにあらずして指利の性質を研究する学問 を攻究するものにあらずして指利の性質を研究する学問 を攻究するものにあらずして指列の性質を研究する学問 を攻究するものにあらずして指列の性質を研究する学問 を攻究するものにあらずして権利の性質を研究する学問 を攻究するものなり。 一して近世の法律学は正義即ち によりて見るも羅馬法律学者の

[プーフェンドルフ] なり。しが初めて権利の学問と云ひしは独逸国のライプニングー十六世期の学者は正義権利両説の中間の説を抱きたり

[prudentia]、智識又は熟練と云ふ言葉より来りし故に(法)の第二格なる juris、法のと云ふ言葉と prudence 抑も juris、法 jus

法律学と云ふ意なり。

[百一丁表]

ては之を判決例の意に用いることあり。とあり。English jurisprudence の如し。而して仏独等に近世に来り jurisprudence を法律と同字義に用いるこ

第二章 justice 公義

ンスチチュートの初めにジャスチスの定義を掲げたり。して又ジャスチスの学問なり。故にジヤスチニヤンのイ前章に論ぜし如く古代の法律は公義を実行する法律に

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi, i.e. justice is constant and perpetual will to render every one his due.

の意思なり。即ち公義とは各人をして其分を得せしめんとする恒久

時としてはジャスチスを実形的に解けり。法律又は道徳にものにしての全く心を虚形的に解きしなり。然れどもべからざるの所為を常に久しく守らんとするの心を指せ又は道理上に於て常に他人に対して為すべきの所為為す又の有様を評せるもの[百一丁裏]なり。而して法律インスチチュートの初めにあるジャスチスの定義は全

上より他人に対して適当に行ふべきことを実行するも上より他人に対して適当に行ふべきことを実行するも上より他人に対して直接判をもジャスチスと云ふこともなり。然れども今一層之を狭く解き法律上のみにて各人なり。然れども今一層之を狭く解き法律上のみにて各人なり。然れども今一層之を狭く解き法律上のみにて各人がである。即ち其行ひをもジャスチスと云ひしりでする。即ち其行びをもジャスチスと云ひしりです。

は如何なる理由あるや。
[百二丁表]斯の如くジャスチスを法律の基礎とせるし処を以て見るも古代法律学の基礎たりしこと明なり。又は之を制裁する裁判所迄をもジャスチスと云ふに至り対は之を制裁する裁判所迄をもジャスチスと云ふに至り

まるなり。 義上尤も尊ぶべき観念を此内に存せりとの考を出せしに には公平及び正直なる意味を含みしものなり。法律の徳 古代学者の説によりて見るにジャスチスなる言葉の内

ずるに至れり。一例を挙げんにベンサム〔Jeremyて或はジャスチスにあらざるものを法律の基礎として論然るにジャスチスなる考が近世に至り追々変化変遷し

又ジョン スチアート ミル [John Stuart Mill, 1806-もなく只人々が善しと思ひを之を用いしにして学理的の 基礎となし古来唱へ来りしジャスチスなる字は道理も何 Bentham, 1748-1832] 氏の如きは最大幸福を以て法律 チスに在らずして実利なりと云ふ新しき学派起れり。 と云へり。[百二丁裏]近世に至り法律の基礎はジャス スチスと唱へ来りしものは実際最大幸福を指すものなり 言葉にあらず。即ち impassioned term なりと云へり。 1873]の実理主義の哲学の一番終りの第五章に古来ジャ \mathcal{O}

るに在りと云ふに至る可し。 今後学問の進むに従ひ、 法律の基礎は社会進歩に帰す

変はれり。 法律の本質に関する思想は古代より社会の変遷と共に

神授なりと伝言せる法律なり。 り。彼の世界中尤も旧きメニュー、 の意思を直接に顕はしたるものなりとせり。 人民の行為 太古の法律未だ宗教と分化せざるときに当り法律は神 (civil conduct) に関する神の命令なりとせ モゼス法典なぞは皆 即ち法律は

> 顕はしたるものなりとするに至れり。 (之れ古代人民を て神意なりと称し恐畏の念を発せしめし所為なり。) 帝より受けたるものなりと伝言せり。 して服従せしめんとなれば只に腕力のみにては不足にし 其後社会追々進歩するに従ひ法律は神の神意の間接に 羅馬にても建国の際マヌ王の立てたる法律の如きは上 百三丁表

すると云ひ又は君臨するものは神の子孫なりと云へる国 間接に顕はしたるものなりと云へり。 て君臨するもの又は神の子孫たる君主の命令即ち神意の もありたり。 且又一国に君臨する君主は皆神命を受けて其国に君臨 斯る故を以て後に至り法律は天の命を受け

顕はしたるものなりとの説追々勢力を失ふに至れり。 其後法律宗教分化するに従ひ法律は神意の直接間:

Stahl, 1802-1861] 氏の派に属する人々なり。 独逸宗教法理学者なるスタールス [Friedrich Julius 近世に至り尚ほ法律の基礎は神意に在りと云ふ学者は

至れり。 を借りて其位置を堅くし法律を作るなぞの説を止めるに 社会猶ほ一層進歩して一国の君主は只独り上帝の威厳 兵力を以て人民を統御するに至る。 即ち宗教よ

り兵力に移れり。

関する君主の命令なりとするに至れり。 主の意思の外に顕はしたるものにして即ち国民の行為に 此に於て法律に関する思想又一変せり。 即ち法律は君

り法律は君主が天の命を受けて人民を統御するの具なり くものなりとせり。 によりて君主は其族長の首長たるの資格を以て法律を敷 とせり。 之れ第二段なり。始めは神、次は君主の命なりとせり。 法律は君主の命なりと云ふ時代にても三段の変遷あり。 初めに於ては神授君権論(divine right of king)によ 第二段に於ては族長政治(patriarchal system) 百四丁表

主権者の命令なりとの説の如きは即ち此君主の意思なり と云ふに至るなり。 と云ふ主意の発達せしものなりと云はざる可からず。 近世の分析法理学派の法律は 社会猶ほ一 層進歩するに従ひ法律の基礎は人民にあり 而して法律は民意の外に顕はれたる 一種あり。 (ヲースチン等の如し。)

国の人民或る時代に於て契約を以て法律を制定せし 民約説 ソシヤル コントラクト

ものなりと云ふ説にも亦三

もの

なりと云ふ。

第二 総意 説 一般 の意思

学、生理学、社会学等の進歩により法律に関する観念も 律あるは殆も一国に国語のあるが如く決して事更らに之 代法律に関する思想を大別して 果なりとの事逐々明かになるに至れり。 れを制作せしものにあらずとの説なり。近世に至り人類 が一時協議を以而制定せしものにもあらずして一国に法 して主権者若くは君主の制定せしものにあらず。又人民 意思の外に顕はれたるものなりと [百四丁裏] せり。而 Savigny, 1779-1861] プフター (Puchta [, Georg Friedrich 亦一変せんとするの傾きあり。 1798-1846])等の称する所たり。即ち法律は人民一 之れ独逸歴史法律家サビニー [Friedrich Carl von 即ち法律は人類進化の結 之を要するに古 一般の

他主主義

自主主義

の二つに分つを得べし。

思想に基けるものにして此他主主義も亦別ちて二つとな 他主主義は法律は他より人民に与へたるものなりとの

す。 即ち |百五丁表

主 一々義 神授 主義 神 意 0) 顕 は れ たるもの。)

君主々義(又は君権主義。即ち法は君主の命令。)

義も亦二派に分るなり。して人民自ら之を建てたるものなりとの説なり。自主々して人民自ら之を建てたるものなりとの説なり。自主々而して自主々義は法律は他より与へたるものにあらず

自主主義 民制主義 進化主義

之れなり。

理論等なり。 即ち民制主義とは民約説又は歴史家の総意説による法

内に存ずる一種の勢力なりと云ふなり。 進化主義は社会生存競の結果なり。即ち法律は人類の

人民総意の説を解かんに之れは固とサビニー氏とチー [Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772-1840] 氏が 「 [Anton Friedrich Justus Thibaut, 1772-1840] に対し 「 [Anto

而して之れより進んで羅馬の法律は如何なる主義によ法律の本質に関する思想は概ね前述の如し。

りて建てしかを研究す可し。

羅馬法に於て法律なることは jus なる語なり。

「言語は当時人民の思想の結晶 [百六丁表]なり。)如何なる考へを持ちたりしやを明かにするを得べし。如何なる文字を研究したれば当時の羅馬人は法律に付てjus なる文字を研究したれば当時の羅馬人は法律に付て

抑も jus なる語の字義に付きては二説あり。

第一説によるに jus は jubeo なる(余命ず I command) なる動詞の過去分詞なる jussum(that which is commanded 命ぜられたるもの。)なる言葉の上半より来よりたるものなり。英法理学者ヲースチン又はヲルトラよりたるものなり。英法理学者ヲースチン又はヲルトラン [Joseph Louis Elzéar Ortolan, 1802-1873](第二巻第十七枚)等皆此説を採用せり。

義に基けりと云へり。左れば之れ命令と云ふことにして君主主義又は神授主

なり。即ち法律は人民の行為を束縛するものなり[百六はシバル[縛る]と云ふことにして物を束縛するの意味即ち jus は ju or yu[yūsh]なる語に発せり。ju 又は yu 第二説によるに jus の字は其固とを Sanscrit に発せり。

丁裏」なりとの考より来れりと云ふ。

第二説の字義は近世の博言学士は概ね之を賛成せり。 (Spirit of Roman Law vol 1, page も此説を採用せり。(Spirit of Roman Law vol 1, page 219) コルセン、ポット[August Friedrich Pott, 1802-1877] 皆然り。

縛するときは権利となるなり。 に意味するなり。即ち此語を一般の人民を束縛すると 意味し又時としては権利を意味するも皆前の束縛なる言 意味し又時としては権利を意味するも皆前の束縛なる言 がしてはなるに jus なる言葉が時としては法律を りング氏の説によるに jus なる言葉が時としては法律を

へ)。 い。 い。 のなり。即ち jus が jubeo より来りしに非らずしてのなり。即ち jus が jubeo より来りしに非らずしてのなり。即ち jus が jubeo なる文字は jus が jubeo より来りしに非らずしてのなり。即ち jus が jubeo より来りしに非らずして 博言学者又曰く第一説は全く語源の本末を誤まりしも

此 jus の議論にも長き論文あれども大意に止むる可し。近世の諸学士にて第二説を賛成するもの多し。

羅馬法の沿革を見るに羅馬法は全く自主民制主義の法 なりしこと明なり。十二銅表制定以前、ヌマ、ロミラ は全く民制主義によりたること明にして疑ふ可からざる は全く民制主義によりたること明にして疑ふ可からざる ことなりと信ず。譬へば lex の如きは populus 即ち羅馬 ことなりと信ず。譬へば lex の如きは populus 即ち羅馬 でとなりと信ず。譬へば lex の如きは populus 即ち羅馬 であると言が、学士の答案 responsa prudeutium の如き皆民制主義に依らざるものなし。

なり。即ち帝憲のおもなる法源となりたる時代律を制定せり。即ち帝憲のおもなる法源となりたる時代[百七丁裏]第四期に至り初めて君授主義によりて法

其時右の法律を発せしなり。 を布告して人民より権力を皇帝に譲るの儀式を行ふなり。 然れども羅馬皇帝即位の初めには lex regia なる法律

而して此の自主々義が之れ羅馬法の他に優りたる原因ほ民制主義によれりと云ふも過ちには非らざる可し。左れば第四期にても実際は君主々義なりしかど外形猶

なり。
而して此の自主々義が之れ羅馬法の他に優りたる原因

羅馬法律は民制主義によれる事を前述せり。

右の五大法族中印度、回々両法族は全く静止の有様な法族、英国法族之れなり。 [百八丁表]大族とせり。即ち印度法族、支那法族、回々法族、羅馬予が比較法理学を研究するに当り万国の法を分つて五

支那法族は数百年の間に極まるやかなり進歩を為せ

悉く之の法族に帰するの勢ある位なり。く就中羅馬法の如き近世文明諸国の模範となり万国の法不就中羅馬及び英法族は之に反して昔よりして其の進歩著した。

支那法族は純然たる君主主義に基き賢明なる君主出で

ん。
だ困難なりし。之れ支那法族の進歩のちへたる所以なら権なかりし故社会の需要に従ふを之れを改正すること甚たるときは往々之を改正せり。併し人民之を改良するの

理由ならん。

で改正学補することを少しも憚からざりし。之れ羅馬法族及びアングローサクソン法に基きたる英法の進歩せるを改正増補することを少しも憚からざりし。之れ羅馬法を改正増補することを少しも憚からざりし。之れ羅馬法解は之に反して十二銅表以来法律は人民の制作

り。羅馬法族の民主々義なりしことは実に大切なることな

りと。

りと。

りと。

のなりしな、

なにメニューの如き数千条もある完全なる法律ありし故、

ものなりし故、

直に之を [百九丁表] 改正補増せり。然

ものなりし故、

直に之を [百九丁表] 改正補増せり。然

なは其国の不幸なり。
羅馬は十二銅表の如き不完全なる

メーン氏曰く、社会の幼きときに完全なる法律の出来

羅馬法律書中 jus の definition を与へたるは甚だ少な授なりし故を以て之を改正せざりしが真の理由ならん。然し予の考ふ所によれば其然る所以のものは寧ろ只神

す。而して et なる字は connective conjunction に非らず 之を解釈して曰くアース即ちアートなることは法律の全 体を指し示すものなり。 is the art of that which is good & equal.) ヲルトラン氏 なりと云ふことなりと云へり。 ある boni とは道徳分部を指し、aequi 公平とは法律に属 良及び公平を規定する規則の全体なりとの解釈なり。 葉にセルサス曰くとあり。)の定義によるに jus est ars は法律は善良なることと公平なることを分別するの技術 して disjunctive conjunction なり。 [百九丁裏]英国ポロック氏の解する所によれば此所に boni et aequi 即ち法律は善良及び公平の技術也。 巻第一章に在るなり。即ち学士 Celsus (Ulpian の言 只後世に伝はりて尤も有名なるものはヂゼスタの第 故に此定義によれば、法律は善 故に Celsus 氏の定義 (Law

ず。 を規則の全体と解せしは如何なる処あるや予之れを知られを受け取らざる所なり。又ヲルトラン氏の ars なる語れを受け取らざる所なりが以いいしないとし、人々の之ポロック氏の説は固より附会の説なりとし、人々の之

只法律は善良なり法律は公平なりと云ふ称賛の言葉に過予の解す所によれば、此有名なるセルサス氏の定義は

可し。ぎずして決して学問上に定義を下せしものにはあらざる

りとて之を迫撃せり。

と云わざる可からず。 利との関係を示すの利益に至りては又英語の及ばざる所 成程英法学者の云ふ如き弊あれども然れども法律と権

利の両意味に用いる様になりしやと尋ねるに抑も羅馬法 と云ふ考へが已に早くより行はれたる故を以てなり。 は民制主義に基きしを以て法律は国民の利益を保護する 羅馬に於て何故に此同一なる jus なる語を以て法律権

きしものなり。 而して欧州諸国に同字を用いるは之れ羅馬国の風に基 [百十一丁表]

第四章 法律の種類 [jus]

ジャスチニャン法典によれば法律を分ちて左の四種と

為す。

公法 jus publicum

私法 jus privatum

第二 普通法 自然法 jus naturale jus gentium

国法 jus civile

成文法 jus scriptum

不文法 jus non scriptum

第四 人事法 jus quod ad personas pertinet

物権法 jus quod ad res pertinet

百十一丁裏

迄も伝はれるなり。 之の区別は已に古しの羅馬法よりある区別にして現世 訴訟法 jus quod ad actiones pertinet

第一 公法及私法

チニヤン ジゼスト第一巻第一編第一章に已に之の区別 公法私法の区別は羅馬法に初まりしものなり。ジヤス

を掲たり。

法は羅馬政府の事を規定し私法は一己人に関することを 規定するものなりと云へり。 インスチチュート法典第一巻第一編第四章によるに公

暗記せり。 家たれば此両法の区別の基く処の羅馬の有名なる原文を 之の公法私法の区別の大本は実に有名にして尚も法律 即ち [百十二丁表]

spectat, jus privitum est quod ad statum sigulorum utilitatum spectat. [Ulp. D. 1, 1, 1, 2] Jus publicum est quod ad statum rei Romanae

(Public law is that which relates to the public affairs of Rome, private law is that which relates to the interest of individual) [公法はローマ公共体(国家)の存立に関し、私法は個人の利益に関するものである。]

なり。 規則なりと云へり。之れ等も皆前述の羅馬法より来りし公益に関する規則の全体を規定し私法は一己人に関する公益に関する規則の全体を規定し私法は一己人に関する近世の法理学者、公法私法の区別を解て曰く、公法は

せり。

は皆羅馬国事に関するを以て公法とせり。諸官吏の職制及び宗教、礼拝、僧職等に関する一切の法ツリビューン(エダイル)センソル(プレートルを初めネータス等の組織[百十二丁裏]権限、豪族平民の区別、仮令へば羅馬にて公法と称するものはコミシヤ)セ

以て之れを私法の部に編入せり。婚、後見、財産等は皆主として一己人の利益に関するを侶の法及び官吏の法の三つに分てり。而して家長権、姻ニジゼスタ第一巻第一章に於て公法を分つて宗教の法僧

近世の分析法理学者は外形より公法私法の区別を分け之れ羅馬法の解く所の公法私法の区別なり。

[『法理学汎論』]第四章[人定法])(ホ ラ ン ド[Sir Thomas Erskine Holland, 1835-1929]と人民との相互の関係を規定するものなりと云へり。と人民との相互の関係を規定するものなりと云へり。

私法中には[百十三丁表]民法、商法、海上法等を編入故に公法中には憲法、行政法、刑法、治罪法、訴訟法。

私法の一分部と為せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に勢力を得たを規定せるものなりと云へり。此説近来大に対している。

とせり。

ラースチン氏は公法私法の区別を排撃して其区別なし

益に関する法も私益に関する法も均しく之れ同一の目的其説に曰く公益は私益の集合するものなり。左れば公

故に公法私法の区別は当底用いる可からずと云へり。positive morality 成霊 [精励] 道徳に属するものなり。見よ。) 又公法は純然たる法律にあらず。例へば憲法の見よ。) 又公法は純然たる法律にあらず。例へば憲法のにのチァー [Lectures on Jurisprudence, 1875] 十七をレクチァー [Lectures on Jurisprudence, 1875] 十七をレクチァー [Lectures on Jurisprudence, 1875] 十七を

然れども公法は直接に一般の利益を計り間接に一己人の 当り羅馬法及び近世法理学者 ものなりと云ふべし。 利益を保護するものなり。 の利益に関することは固より論を俟たざることなれども に関する規則なり。 合せて之れに定義を下す可 たりとのことを忘れ其区別なきものとするは抑も誤れる スチン氏は其主たる目的によりて公法私法の区別は立て を計り間接に一般の利益を生ずるものなり。 成程同氏の説の如く民法商法の如き私法と雖ども公益 又憲法行政法の規則たりとも一己人 故に予は公法私法の定義を下すに 又私法は直接に一己人の利益 [百十四丁表] 然るにヲー の主義との

私法は人民相互の間の権利義務の関係を規定し一己人益を増進するを以て其主たる目的と為すものなり。公法は国家と人民との間の権利義務の関係を規定し公

(ヲースチン氏は極細密の議論を為すの人なり。)の利益を増進するを以て其主たる目的と為すものなり。

法律進化の順序より論ずれば一国の法律は公法より私法律進化の順序より論ずれば一国の法律は公法より私法律進化の順序より論ずれば一国の法律は公法より私法律進化の順序より論ずれば一国の法律は公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと云ふを得べし。古代の法律は殆ど皆公法の分法に進むと言いる。

第二 自然法、普通法、国法の区別

然法なる語が法律学上の語となるに至れり。なり。而して羅馬法律者は概ね哲学を学びし故に遂に自自然法の考はギリシャのストイック哲学に起れるもの

然が凡ての一切の動物に附与したる法則なりとあり。めに於てウルピヤンの定義を掲げり。即ち自然法とは自ジヤスチニヤンのインスチチュート第一巻第二章の初

其後の学者は自然法なる言葉を種々の意味に使用

し近

れり。) 世に至りては殆ど其真意を了解するに苦しむに至る迄に 世に至りては殆ど其真意を了解するに苦しむに至る迄に 出り。)

ものあり。第一の名学者は自然法とは神の法と同字意に取れる

第三 自然法は人定法の標準となりと解きし学者もあ

り。

り。 第四 自然法と法理哲学と同意味に用いたることもあいがいがいます。 第二年活出のがアンジャ氏の如し。 第一日十五丁裏]

物は皆此意味に用いたるなり。(法律哲学を指す。)然法と云へるなぞの如し。其他近世に自然法と起せる書氏の曰く、人の人類の理想によりて知り得べき智識を自譬へば独逸アレン[ス][Heinrich Ahrens, 1808-1874]

第五 自然法とは人の本性よりして推究し得べき法律第五 自然法とは人の本性よりして推究し得べき法律の原理なりと云へる学者もあり。譬へばドイツ国有名なの原理なりと云へる学者もあり。譬へばドイツ国有名な之れなり。(之の説尤も近来に勢力あり。) 之の意味なれ之れなり。(之の説尤も近来に勢力あり。) 之の意味なれば自然法を性法とは人の本性よりして推究し得べき法律取るときは必ず自然法と釈せざる可からず。

又或は一変するの傾きあり。 進歩[百十六丁表]ありしを以て自然法なる文字の用例いたる意味の大略なり。然るに近世に至り理学諸科の大右に述べたる所、之れ従来の学者の自然法なる字を用

の玩弄物なりと云へり。英の分析学者は一概に自然法なる字を顰蹙し以て学者

が近世理学的諸学科の進歩するに従ひ或は自然法なる言学問上の基礎なくして只空理空論に属せるもの多かりし成程之れ迄の用例によるに所謂自然法なる字は少しも

(cohesion)等のあるが如し。 り。譬へば国家に法律あるは一の物体に凝集力 地間万物悉く有せる万有法の一部なりとのこと明になれ に法律あるは決して人為に出でたるものにあらずして天 葉に正当なる意味を付与し得るならんと信ず。抑も国家

ふは尤も適当なることならんと信ず。律に貫通[百十六丁裏]す可き法則を指して自然法と云ては必ず一定の法律のあるものなり。斯の如く各種の法国々によりて其法律の外形こそ異れども其作用に至り

法なる書にも此の新しき意味に用いたり。 1895] の如き已に此意味にて自然法を用いたるなり。即 1895] の如き已に此意味にて自然法を用いたるなり。即 学士ハックスレー氏[Thomas Henry Huxley, 1825-

gentium と合体するに至れり。即ち無形上の意味よりして有形の意味に移り遂に jus 羅馬に於て自然法の意味一変して哲学上アブスラクト

るものにして之れに法理論の価値は固よりなし。然し自用例ありたれども之れを要するに皆空理空論にわたりた自然法なる思想は固とギリシャ哲学に出で其後種々の

ふ考へが大に諸国法律の進歩を補ひたり。 即ち国法の上に一つの之れより優りたる標準ありと云ることは又疑ふ可からざることなり。 [百十七丁表]然法の説は古代法律の進歩に非常に大なる利益を与へた

良せり。 第一 羅馬に於て jus gentium と合併して羅馬法を改

自然法の人定法に及ぼしたる利益の一二を挙げんに

及び国法の犯罪の二つとせり。即ち第二 中世以来法律学者は犯罪を分つて自然法の犯罪

法の悪とせり。 人を殺し物を盗む等は之れを自

り。 mala prohibita 儀式服制其他一国のみに限りたる

り。之禁ぜられしが故に悪事なりと云ふ意味なり。quia [というのは] ……或るとき此字を入ることあ

は実に大切なり。 こと故に[百十七丁裏][ジヤス]ゼンシヤム[gentium]自然法の実蹟に現はれたるものを jus gentium とせる

れとても只に国法のみに限りて自然法には之を許さざり卒)婦女幼児には法の不識を以て責弁を許したりしが之人には非常の特権を与へたりし。左ればには軍人(兵とあり。即ち同国は武を以て建ちたる国柄なるを以て軍羅馬にては法の不識を以て其責任を免からしめたるこ

第三 自然法と国法と矛盾したるときは国法は効力第三 自然法と国法と矛盾したるときは国法は効力をしことを知らしめしを以てなり。第三 自然法と国法と矛盾したるときは国法は効力をして力ありたり。 されも法理学上より云ふときは法は効力なしと解けり。 されも法理学上より云ふときは法は効力なしとがいたれども実蹟より云ふときは国法は効力第三 自然法と国法と矛盾したるときは国法は効力

No human law is of any validity of contrary [百十八一表] to this (natural law is law of God).

文なきときは自然法の原則によりて裁判を為す可しと明百十一年発布)民法第七条に於ては若し民法典に於て明て之を補ふ可しとの説あり。現にヲーストリヤ(一千八第四 国法に於て明文又は慣習なきときは自然法に於

記せり。

又印度の法律編纂委員の報告によれば(抑も印度法典 又印度の法律編纂委員の報告によれば(抑も印度法典 とさときは条理によるとの規則行はれり。[百十八丁 で裁判を為すこと尤も善しとすとあり。我国に於ても法 で裁判を為すこと尤も善しとすとあり。我国に於ても法 で裁判を為すこと尤も善しとすとあり。我国に於ても法 で裁判を為すこと尤も善しとすとあり。我国に於ても法 で裁判を為すこと尤も善しとすとあり。我国に於ても法 で裁判を為すこと尤も善しとすとあり。 要ご 斯の如き基礎は皆基本を自然法と国法との区別に発 せりと云ふ可し。

而して此国際法の発生を補ひたること自然法の尤も与

りて力ありたることなり。

せり。 即ち羅馬法に principle [of] universality を大く含有

ベンサム氏よりして初めて international law なる語出

[百十九丁表] 自然法の説の羅馬法及び中世 諸国 0) 法

律に及ぼしたる影響は右の如し。

チュートに於て前述の三種の区別を採用せり。 は羅馬法律家の一般に用たる区別に在らず。 ンシヤムのみと為せり。然しジヤスチニヤンはインスチ インスチチュート法典にはジヤス 抑も法律を分つて自然法、普通法、 シビル、ジヤス 国法の三種とせる ガイヤスの ゼ

そ一国の人民たるものは其人民国有の法令及び人類共有 の法によりて支配さるるものなり。 インスチチュート [第一 編 第二章第一節によれば凡

導奉するものにして

之れをジャス 理が人類一般に附与したる法律は各国人民均しく之れを ルと称し之れを其国民固有のものとす。 而して各国人民の自ら制定したるものをジヤス [百十九丁裏]右の法律文の直訳なり。 ゼンシヤムと称す。 而して自然の道 シビ

> て自然法に反せるものなりとのことを挙げり。 ラールとは殆ど同一のものと見傚せり。只インスチ に羅馬に於てはジャス 法は自然法の実形に顕はれたるものなりと見傚せ チュートの第三章第二節に於て奴隷は普通法の制度にし 之れによりて見るにガイヤスの時代よりして所謂普通 ゼンシヤムとジヤス ナチュ ŋ 故

の一ヶ所のみなり。 羅馬法典中普通法と自然法との異なりたる点は只前述

なりと云へるは皆此法則に拠るるものなり。意に在りとか又は自然法は [百廿丁表] 万里 べきものなりと書せり。後世の学者自然法の本原は神の たるものなるを以て万世不易なり。 の黙諾若くは後に発布する法令によりて之れを変更し得 又同章第十一節によるに自然法は神意によりて定まり 然れども国法は人民 万世不易の法

成文法及び不文法

章によりて制定せられざるものを不文法と云ふ。 のにして文章によりて制定されしものを成文法と称し文 成文法不文法の区別は法律の外形によりて定めたるも

lex or populuscita (not customary law)

羅馬に於て成文法と称するものは

2. plebiscita 平民汽

5. responsa prudentium 学者の答案

6. constitutiones 帝憲

(羅馬法は一国に偏すると云ふ傾き他国法の如く多か[百廿丁裏]右六種羅馬にて成文法と称するものなり。

の手本と成り易かりしなり。) らずして principle of universality)を含有せる故に諸国

不文法とは文書によりて制定せられざる法律なり。

[不文法の起源]

然れども之を要するに左の五種に帰す可し。法に変ぜしかの事に付きては古来学者の説まちまちなり。然し不文法の起原即ち単純なる慣習が何れの時に慣習

永続慣行に由ると云ふ。羅馬法律は之の説によりたるも此説によるに単純なる慣習が法律の勢を得るは人民の第一説 永続慣行の説 long & memorial usage

節によるに不文法[百廿一丁表]は慣行によりて確定せジヤスチニヤンのインスチチュート第一編第二章第九

られたる法律ありとあり。

此説は中世以来法律学者の多好は此の説を採りたり。此説は中世以来法律学者の多好は此の説を採りたり。

第二説 黙許の説 consentment tacit

で同く不文法は主権者の黙許によりて [百廿一丁裏] 生の制定したるものなり。故に慣習法は実して此説を採りたるや否やに付ては学者中に説あ法は果して此説を採りたるや否やに付ては学者中に説あい。仏のヲルトラン氏は此説によりて罹馬の不文法を解り。仏のヲルトラン氏は此説によりて罹馬のなりとせり。羅馬を黙許して之れに制裁を付したるものなりとせり。羅馬で回く不文法は主権者の問く、凡て一切の法律は主権者がしものなりと。

人民の意思より生ぜしものなりと云へり。 アッカリヤス[Accursius]氏は之に反して不文法は

此の説なりも寧ろアッカリヤス氏の説の方却て其当を得し。如何となれば羅馬法は民制主義なりしを以てなり。抑も不文法は主権者の黙許なりと云ふ説は全く根拠な

[百廿二丁裏]

たるものの様なり。

然し主権者黙許の説は近世学者の唱へたるものにして

羅馬法学者中には此考へはなかりしなり。

此説によれば単純なる慣習にして慣習法の効力を得る第三説 法庭承認の説 judicial recognition

庭の裁判を以て之を認めたるときより初まると云へり。ときは其慣習に付きて一の争ありて之れを法庭に訴へ法

唱ふる所なり。Bentham, Austin 氏の如し。[百廿二丁表]此の説は英の分析法理学者の主として

りして法律の効力を有するものなりと云へり。習に制裁を与へたるものにして其之れを与へたるときよ法律を制定するものなり。慣習法は司法官が単純なる慣は独り立法官のみに非らずして司法官も矢張裏面に於て此の学者の云ふ所に由れば一国の法律を成定するもの

(古代は司法官より法律を作りたり。)

故に judge made law

judicially law

又英国には case law を近来は右の文字に代ふるに至

れり。

第四説 権利確信の説 Rechtsueberzeugung

之れ独逸歴史派の説。

効力を得るものなりとせり。 独逸歴史派法律学者の説によれば、法律は人民の想意 対に顕はれたるものにして、即ち人民のやに行はる 外に顕はれたるものにして、即ち人民の中に行はる 外に顕はれたるものにして、即ち人民の総意が間接に立 外に顕はれたるものにして、即ち人民の総意が間接に立 独逸歴史派法律学者の説によれば、法律は人民の想意

習法とを区別するは出来ざるなり。頗る有力なる説なれども之れによりて単純なる慣習と慣成る有力なる説なれども之れによりて単純なる慣習と慣此説はサビニー、プフター其他諸学士の唱ふる所なり。

第五説 法庭要件の説

ランド氏の主張せし所なり。を其慣習が充たしたるときによりと此説は英法理学者ホ予め[百廿三丁表]慣習法に必要なりと定めたりし条件一、此説によれば単純なる慣習の慣習法の変ずるは法律が

矢張判決によりて定まりたるものなり。故に前述の法庭其慣習法に必要なる条件は何によりて定まるかと云ふに現今の法律学者中往々之れを採用するものあり。然し

第四 人事法、物権法、訴訟法承諾の説を以て尤も穏やかなるものとせざる可からず。

チュートに初まりたるものなり。其後ジヤスチニヤン帝私法を分つて右三種とせるはガイヤスのインスチ

国り民去は背ジャスチニヤノ寄りイノスチチュートによか之の編纂法を採用したるものなり。然るに近世欧州諸

りたるもの又中世以来の法律の教科書もジヤスチニヤン国の民法は皆ジヤスチニヤン帝のインスチチュートによ

インスチチュートによりたるものなるが故に、プロシヤ、

編纂法は皆此区別を採用せり。今を去ること百年以前独フランスを初めとして[百廿三丁裏]大陸諸国の民法の

の全体を分つて親族法、財産法、義務法、相続法及び訴逸国のヒューゴ[Gustav Hugo, 1764-1844]なる人私法

採用せり。近世諸国の民法も亦多少此区別によりて編纂此の区別は甚だ便利なりし故、其後の学者往々之れを

訟法の五つに区別せり。

を以て矢張りインスチチュートの順序を追ふて之れを述するに至れり。予は此の講義に於ては羅馬法の講述なる

右に掲げたる法律の区別は羅馬法典に採用せられたる此区別は諸国の法律に非常の影響を持ちたるものなり。

分類してものにして挙げたり。猶ほ其外に法律学上よりは法律を

imperative law 強行法又は命令法 [百廿四丁表]

継受法

子 母法 法

等の区別はあれども其説明は法理学に譲る可し。

第五章 法律の淵源

源は神に在り又は主権者にありと云ふときの如し。は法律を制定する権力の淵源と云ふことあり。例へば法法律の淵源なる言語は種々の意義に用いらる時として

知くに。 又は判決例なぞを斯く呼ぶが如し。又時としては法律を 制定する方法を指して淵源と云ふことあり。譬へば羅馬 制定する方法を指して淵源と云ふことあり。譬へば達者の著書 と云ふ [百廿四丁裏] ことあり。譬へば学者の著書 如くに。

譬へば法律の淵源は宗教、慣習、判決、学説又は条理には法律の性質を受く可き材料を指して法律の淵源と云ふ。然るに近世法律学者中一番普通に行はるる淵源なる字

在りと云ふが如し。

[百廿五丁表] 之れなり。之の事は前に説明せり。 こつとなす。(少し云ひ方不都合なれども。)又成文法の二つとなす。(少し云ひ方不都合なれども。)又成文法の二つとなす。(少し云ひ方不都合なれども。)又成文法 羅馬法に於ては法律の淵源を分つて慣習法及び成文法 羅馬法に於ては法律の淵源を分つて慣習法及び成文法

失ふや否や。 れば其効力を失ふ哉。又成文法は不慣用によりて効力を 羅馬法以来慣習法は勿論効力あれども若し永く用ゐざ

数ふと云ふ。) (英国なぞにては成文法の不用となりしもの千を以て

力を失ふとの説なり。 羅馬法の主義は譬ひ成文法にても永く用いざれば其効

ジヤスチニヤンのインスチチュートには何んとも此事には成文法をして無効ならしむる効力なしとせり。然るに然るにコンスタンチン帝のとき帝憲を出し永続不慣用

らんと云へり。の力ありとする位なれば多分効力を失ふ様になりたるなの力ありとする位なれば多分効力を失ふ様になりたるな付ては云ふて居らず。然し学者の説には永続慣習を法律

近世欧州特に英国には此議論盛んなりし。

したりとの事なり。 statute 出でたるを以て近来国会にて一度に之れを廃止りたり。然るに古より何万と云ふ程にも行はれざるれば之れを取り[百廿五丁裏]消す可からずとの考へあ英国には欧州大陸とは異なり成文法は成文法にあらざ

之れにて総則を終はれり。説にして大陸諸国にては羅馬法の説行はる。即ち英国にては成文法は不用によりて無効たらずとの

羅馬法正編 第一巻

人事法

第一章 古代の法律に於ける人事法の位地

地を持てり。 古代の法律に於ては近世の民法の人事編と云ふものは

然るに社会進歩するに従ひ人事編の囲範逐々狭くなり。

斯の叩く古弋の去聿こ於て人事去よ去聿全本を占め他の財産編、義務編等の囲範拡張せり。

とする要点なり。 るは如何なる所以なるや之れ此の第一章に於て解説せんが知の如く古代の法律に於て人事法は法律全体を占めた

めは必ず血脈を同じくしたるものの集合なり。抑も人類相集りて共同生活を営むと云ふに至るは其初

衰ふるに従ひ初めて一己人一 にして一国の原素と為るなり。社会更らに進み家族制度 るなり。 己人時代に進むものなり。 故に社会は酋族時代より宗族時代に移り家族時代より一 **倕族中に初めて家族なるもの起るなり。** 制度出来たりしより酋族の分子少しく分るるの傾き出来 此時に当り未だ定婚又は家々の家財等の 初めて[百廿六丁裏]之れが為め家財も出来又 国の原素を為すに至るなり。 即ち一家一 制度は無 然るに人類 来たり。 か 其 り

らず未開の人民は試に経験に乏しく事物の道理及び原因の位地を定むるを以て尤も重もなる働きなりし。加之な古代法律は酋族制又は家族制に在りしを以て法律は人

チーブ なり。 結果の道理を解するに迂闊なりし故に一国を建てんとな 然れども之れを定むるに当り一人々々に己れの行為を定 するを許する至れり。其故に法律は強行法(インペラ 者は法律を作るには人々を[百廿七丁表] れば其内にて尤も才識の卓越したる人が武雄絶綸なる人 に進むなり。 のみにして其範囲内に於ては各人の意思に従ひ事を処分 るの能力発達するに従ひ法律は其行為規則の範囲を示す は階級に分ち其種類に従ふて行為の規則を定めたるもの むることは出来ざることなり。 が同社会の人の為めに一の行為の規則を一 併し人類の智識段々進み各人にして自己を処分す 口 1 より 聴 用法(ヂスペラチーブ 茲に於て野蛮時代の立法 一の種類若く 定せしなり。 口 1)

係、後見人被後見人との関係、夫妻の関係[百廿七丁れり。故に一国の法律は先づ首長の職務権限を定め其婚族時代即ち族制時代に於ても法律は家長の権利義務のみ族に属せる人民は之れを首長の支配に任せたりし。又家族に属せる人民は之れを首長の支配に任せたりし。又家族に属せる人民は之れを首長の戦務権限を定め其質を定め家内の人は之れを首長の戦務権限を定め其質を定め家内の人は之れを対して、

自治主義に進むなり。即ち法律は他治主義よりて現今の法律は自治主義なり。即ち法律は他治主義の法律にし之れ等の事実に依れば古代法律は他治主義の法律にし支配し主人は其奴隷を支配するの権利及び義務を定む。美なり。親は子を支配し後見人は幼者を支配し夫は妻を裏」主人奴隷の関係等を規定する法律の如きは皆他治主

の法律より同等者の法律に進むと云はんとす。 同等と見傚せし故に余は他の原則を授け法律は不同等者 たる契約法財産法は皆同等者の法即ち law of equals に なりと云ふ人あり。近世の法律中尤も重なる位地を占め 対するが如き不同等なる二者の間の関係を規定せるもの の家族に対し夫の妻に対し後見人の幼者、主人の奴隷に unequals とばくり。 りとし尊卑の関係を示せるなり。 て尊卑の差別なし。 して契約者相互の関係に於て法律上敢て尊卑の 丁表]差なく又財産所有者と他人との関係に於ても決し 或る学者は人事法を指して不同等者の法 law of 然れば古代の法律は皆人民に階級あ 其心を問へば古代の人事法は家長 今日の法律は国中人民 百廿

属したる一定の権利義務を限れり。然るに近世に至り人前述の如く古代の法律は予め人の位地を定め其位地に

皆人民各自の意思に従ひ之れを定むる様になれり。 階級を定めを置きたるものなる故に社会の進むるに従ひ 律は身分法より契約法に進むと云へり。 ブ即ち聴用法の範囲を拡張し遂に契約法が民法 処分するを得に至れるを以て法律は自然にヂスポジチー サー 其位地階級漸々に廃棄され主従の関係、本人と代人との を占むるに至れり。加之ならず古代の法律は人民の位 民 [百廿八丁裏]関係又夫婦相互の財産上の関係等の如き. の智識経験進むるに従ひ人々各自 ヘンリー メーンは有名なる著書古代法に於て法 この自由 に従ひ事物を の主坐

第二章 人 persona

Just. Inst. v.1, t.3(第一巻第三章)かソナとは法理上の人也。(legal person)ペなり。而してホモとは物理的の人(physical person)ペークを多いである。 Just. Inst. v.1, t.3(第一巻第三章)

理学者は人は(無論法理的の人を指す。)権利の主格な集合体又は物件の集合体を指すものなり。故に近世の法人即ち persona とは権利を持ち得べき自然人又は人類の体のとは一个の人間を指し(human being)法理的の

りと云へり。

[百廿九丁表]

固より前述の如く義務本位の法律の時代に於ては人はホランド氏は、人は権利義務の主格なりと云へり。

では固より人は権利の主格なりと云ふを以て穏当なりとの法律は皆権利本位なるを以て近世の法理学の定義とし務の主格なりと云ふを得べし。然れども近世の文明諸国り権利本位の時代に変遷するの時代に於ても人は権利義義務の主格なりとの定義を下すことも出来又義務本位よる。

世は法人と称せり。法人は通常之れを二つとせり。即ちのはペルソナ即ち人なり。而して自然人に非らざる人を近に非らず。又天然人ならざるも権利の主格たるを得るも天然人たりとも権利を持つて得ざるものは人にして人

universitas personarum 人の団体

universitas rerum 物の団体

ときは便利の為めに一介の人と為す。即ち之れ物の集りす、其全体は彼の相続物なり。而して相続人の知れざる集合体とは無主遺産[百廿九丁裏]の如きものを云ふ。集かとは無主遺産[百廿九丁裏]の如きものにて物の

も人と為すを以而なり。り狭く他の方に於てはホモよりも広し。即ち物の集りを人と為るの例なり。故にペルソナは一方に於てはホモよ

ずして用いし所も往々に之れあるなり。ず。然るに羅馬の法典中にては右の二字を少しも区別せー右に述べたるものはペルソナの穏当なる解釈なりと信

兼有したるときは羅馬法典には押もペルソナなる字はお多福面)なる字義なり。故に押もペルソナなる字はお多福面)なる字義なり。故にずして用いし所も往々に之れあるなり。

Unus homo plures personas sustinet. [百卅丁表]

即ち芝居には一人のもの面を被り数人の役を務むるが

One man sustains several persons

第三章 身分 status

如し。

る所なり。 法理学上に正確なる身分の定義を下すは学者の難んず

すものを云はんに、故に従来多くありし学説を斟酌して尤も適当なりと為

上の位地なり 身分とは特定せる権利義務の集合より生ぜる人の法律

今右の定義を分析せんに、

なる権利義務の集合を与ふる迄は身分と為す能はず。 幼等の如き社会上の位地は[百卅丁裏]法律が之に特別 人等の如き位地は法律の認むる所にして貴賎、貧富、長 第一に身分は法律上の位地なり。故に家長、夫、後見

ず。又夫たるの権利身分は夫たるの権利義務の集合より 身分と云ふ可からず。 生ずるものにして権利義務より生じたるものならざれば 譬へば家長たる身分は家長たるの権利義務の集合より生 第二 其位地は権利義務の集合より生じたるものなり。

なり。 可きものにあらず。即ちヂスポジチーブ の如きは法律の定むる所にして人々随意に之れを定め得 らざる可からず。故に家長の権利義務、夫の権利義務等 合によりて定まる人の位地なりと云へり。之れ negative 故に或る学者は身分は契約より生ぜざる権利義務の集 第三 其権利義務の集合は法律の予め特定せるもの成 ロオに非らず。

羅馬法に於て身分を大別して三種とせり。

自由より生ずる身分 [百卅一丁表]

libertas

tria capita

civitas familia 家族より生ずる身分 民籍より生ずる身分

第一 自由に関する身分。

羅馬法に於ては人を分つて自由人及び奴隷の二種とす。

第二 民籍に関する身分。

羅馬法にては人を分つて国民及び外国人の二種と為す。

第三 親族に関する身分

羅馬法にては人を分つて独立人及び従属人と二つと為す。

- 1. libertas liber, servi
- 2. civitas civis, peregrini
- の第三章たり。一編の終迄まとめたる話なり。 3. familia sui juris, alieni juris 羅馬法の人事編の大体はつまり右に帰す。即ち第一編 [百卅一丁裏]

第一節

り。 Inst. 1 vol. 3 tit 1 art. 之れ羅馬法に於て有名なる定義な れば自己の欲する所に従ひ自分を処分する能力を云ふ。 自由人とは法律若くは外力を以て禁ぜらるるに非らざ 自由に関する身分

有に属し其財産の一部と為りたるものを云ふ 奴隷とは jus gentium の制度にして人にして他人の所

自由人を分つて純粋自由人と解放自由人との二種とす。

甲 純粋自由人 ingenuus

其一は父母共に自由なるとき。 純粋自由人とは生誕のときより自由を受くるものを云 の母より生じたるものなり。 而して生誕のときより自由を有せるものに二種あり。 其二は自由人 [百卅二丁

て子は腹に従ふとの事あり。 大に各国の帰化の議論を左右せり。 此の事に関せるグロッセータス (腹は母と同意也。) [glossators] 抑も羅馬法の元則に の議 論

partus sequitur ventrum

即ち子は法律上の性質身分は其母の身分及び性質に従

ふ事なり。

に之の元則を用いたり。 其血統等は皆母に従ふの定まれるものなるよりして来り 婚の制度未だ定まらざるときは必ず其子の位地姓名及び の身分を定むるに此元則を用いるなり。 し元則にして羅馬時代にては人の自由の有無を判決する 抑も此元則の羅馬法に来りし所以は古来野蛮時代に完 後世に至りては主として私生子

> 皆自由なるものなりとの に至れり。 りとも出産のときに自由人なれば其子は自由 以て遂に羅馬法に於て身分を定むる時にも此推測に由 元則ありたり。 然るに羅馬の時代より已に法律は自由を推測するとの 故に若し其母にして[懐]妊のときに奴隷た 抑も此元則ストイック哲学に於て人類は [百卅二丁裏] 説行はれたるを 人なり。

奴隷と為りたりとも猶ほ其子は自由 之れに及して懐妊のときに自由人にして出産のときに 人と為れ 'n

又マーセラス氏の説によれば其母にして奴隷のときに

懐妊し中間にて一度解放され出産のときに又奴隷と為る も其子は猶ほ自由 純粋自由人として生ぜしものは譬へ一時奴隷と為りて 人なり。 由人に非らずして猶純

Z 解放自由人 libertinus

自由人なり。

其後解放せらるるときは解放自

するにも尚ほ 手より送り出し放すの意也 の資格を脱したるものを云ふ。 解放自由人とは正当の解放式 manumissio により奴隷 [百卅三丁表] manumissio とばる。 近世にては家長権を解放

解放自由人が其解放式の完全なると不完全なるとに依

りて固と之れを三種の階級に分ちしものなり。即ち

みなりとの元則を採用せり。第五章第三節。もジヤスチニヤン帝は此の三級の廃し自由は只一あるのを有するのみにて私権公権共に殆ど無きに等し。然れどは私権を得るとも公権を得ず。第三級に至つては只自由第一級は羅馬の自由人民と同種なる権利を得。第二級

して益々自由人たるの道を開けり。 加之ならずジヤスチニヤン帝は奴隷解放の儀式を改正

を感じたるなり。 一切も奴隷制度は野蛮時代の領奪及び戦争の風に起り古 を感じたるなり。 がは、これには理想を以て己れが法を制し定必平意に之れを がは、これには理想を以て己れが法を制し定必平意に之れを がは、これには理想を以て己れが法を制し定必平意に之れを 学ばざる可からずと論ぜしときに奴隷の事を論ぜり。即 学ばざる可からずと論ぜしときに奴隷の事を論でれる盛 学ばざる可からずと論ぜしときに奴隷の事を論でとれる必要 学ばざる可からずと論ぜしときに奴隷の事を論でり。即 学ばざる可からずと論ぜしときに奴隷の事を論でり。即 学ばざる可からずと論ぜしときに奴隷の事を論ぜり。即 学はがるの必要 がても がでも がでも がでるの必要 を感じたるなり。

羅馬法にては人々の奴隷の身分を得るに三つの原因あ

第一 俘虜

とし之れを奴隷と為したり。も他国と戦争したるときに分取物中には俘虜を以て第一も他国と戦争したるときに分取物中には俘虜を以て第一古代は奴隷は尤も貴重なる財産なるが故に羅馬に於て

連れ帰るが名誉となれり。
にて勝ち誇りたる時軍は[百卅四丁表]数百千の俘虜をを成[勢]威 益 隆なるに従ひ漸く四境を征服して羅馬羅馬共和政事の初めに於ては奴隷の制盛んならざりし

り。 さいことにて殺さる可き筈なる人を助けて奴隷と為すな は之れを敵国に売り帰し其価を国庫に納め又或は之れを が取したるものに与へ以て財産と為さしむ。抑も slave は之れを敵国に売り帰し其価を国庫に納め又或は之れを のは之れを国家の事業に使用し或は市場に売り或 の。

之れ前に述べたり。第二 生産

刑罰

各国に行はれたるものにして羅馬にても刑罰に於て奴隷犯罪人の自由を剥奪して之れを奴隷と為すは古来東西

と為されたるもの多かりし。

[百卅四丁裏]

きに其犯罪人を売りたる等の如し。場合にも当るものなり。例令へば十二銅表に殺す可きとしもの頗る多し。奴隷は助りたる人と云ふことの刑罰の就中廉恥に属する犯罪 infamia 等によりて奴隷と為り

ふることも奪ふことも出来ざりしを以てなり。 生殺のみの権にして与奪の権は有せざりし。如何となに無限の権を有せり。即ち所有者は生殺の権を有せり。 に無限の権を有せり。即ち所有者は生殺の権を有せり。 に無限の権を有せり。即ち所有者は生殺の権を有せり。

[百卅五丁表]

生殺権とは jus vitae necisque

之れを殺せし等の事帝国時代にてありたり。 奴隷ガラスのコップを破りとの故を以て池中に陥入れ

を発し他人の奴隷を殺せるものは殺人罪と為し死刑若し八十二年 Lex Cornelia(de sicariis)なる有名なる法令ると等しく只其損害賠償に止まりたり。然るに紀元前を殺すに等しく他人の奴隷を殺すとも他人の雞を殺した奴隷は物件なりしが故に己れの奴隷を殺すも己れが犬

くは放逐刑と定めしなり。之れ羅馬法にて初めて奴隷の

人格を定めし例なり。

此等の勅令によりて奴隷の生命初めて法律の保護を受ずとせり。 [百卅五丁裏]さんとするものは予め相当官吏の特許を受けざる可からるものも亦然りとせり。ハドリヤン帝は自己の奴隷を殺殺す

けたり。

次に奴隷虐使の権も追々自然にそがれたり。

に限れり。 馬第一の楽みたりしなり。其後は職業と為したる人のみにより奴隷と猛獣と角闘せしむる事を止めたり。之れ羅によの奴隷と猛獣と角闘せしむる事を止めたり。之れ羅

マウルピアンの説によれば或る羅馬の若婦人(ウンブやカラしめ奴隷をして其虐使を免からしめよと命じたり。帝の廟内に免れ込み其暴虐を県知事に訴ふ県知事マルシ帝の廟内に免れ込み其暴虐を県知事に訴ふ県知事マルシスアントニーナス パイヤス帝 [Antoninus Pius] の又アントニーナス パイヤス帝

9,14 此勅令を採用せり。 1,14 此勅令を採用せり。 1,2 に 1,2 に 2,14 此勅令を採用せり。 1,2 に 1,3 に 1,4 に 1,4 に 1,5 に 1

体の権の進歩せるを見る可し。 右に延べたる処を以て見れば帝国の時代には奴隷の身

収隷の財産権に至りてはジヤスチニヤン帝のときに至 収隷の財産権に至りてはジヤスチニヤン帝のときに至 v. 9t. 3s. [2,9,3]

Inst. 1 v. 8t. 1 s. [1,8,1] 等の原則行はれたり。 又「奴隷の獲得せる一切の物件は主人の所有に帰す」

だ不都合なりしが故なり。加之ならず帝国の末に至つての位地を占めたりし故之れに所有権を与ふるは法律上甚りし。其然る所以は奴隷は其[百卅六丁裹]身自ら財産斯の如く所有権に関する奴隷の地位は其進歩甚だ遅か

由人と為せるなり。 し猶ほ之れに所有権を与へんと為れば之れを解放して自せる故法律が奴隷に与ふる保護は身体生命に止まり、若は奴隷を解放するの儀式甚だ簡単となり。且其数も増加

断の如く法律上奴隷の地位進歩せること甚だ速なる事情は中世以来よりは羅馬の有様の方却て宜したり程ないでされて強いでは人類は悉く同等なりとの考へ行はれたり。故にだては人類は悉く同等なりとの考へ行はれたり。故に以て之れを解放する事を奨励したりし処に於てか奴隷の以て之れを解放する事を奨励したりし処に於てか奴隷の対で之れを解放する事を奨励したりし処に於てか奴隷の有様は中世以来よりは羅馬の有様の方却で宜したり程なり。

解放式 manumissio (手権力)

してミュツショとは放送[放擲]と云ふ意なり。ショオと云へり。蓋しマニスとは手若くは権力なる義に[百卅七丁表] 奴隷に自由を与ふるの法式をマニミュ

第一 民籍登記 census

羅馬古代の法律には三種の解放正式あり。

奴隷は自由人民と為るなり。併し此法は帝国のとき セ民籍に奴隷の名を記入するの儀式にして記入すれば其

ンサスを廃せると共になくなりしなり。

第二 偽訴 vindicta

告は之れに抗弁せず之に於てプレートルは其 原告は法庭に於て即ち vindicta(所有権)を以て其奴隷 由請求者なる (assertor libertatis) に触し其人は自由人たる事を陳述す。 力によりて自由を受くるの法也 主人にして己れの奴隷を解放せんとするときは仮に自 奴隷の自由人たることを宣告す。 原告を設け而 之れ即ち裁判の効 而して主人即ち被 [百卅七丁 して

遺囑 testamentum

けたりしなり。 状なるものを与へ之れを解放し。其他は種々の新式を設 例へば寺院に於て僧侶の面前に解放を許 歩するに従ひ皇帝は屡勅令を発し解放式の数を増加 のは羅馬市民の資格を得。 テン人の資格を得たりしなり。 のとせり。然るに羅馬帝国時代に至り奴隷の位地 主人は遺囑によりて奴隷に自由を与ふる事を得たりし。 |種の解放式を正式と称し古代には此三種に限るも 而して解放正式によりて自由を得たるも 其他新式に依りたるものはラ じ。 又奴隷解放 漸く進 せり。

然るにジヤスチニヤン帝のときに至り自由人の有様は

にして解放を得たるものは悉く羅馬 只一あるのみとの主義によりて此差異を全廃せり。 [百卅八丁表] 奴隷 市民

解放の 制限 の資格を得ると定めたりし。

りしなり。 為すに至れり。之れが為めに種々の弊害を生じ遂に其制 限を設くる必要を生ずるに至れり。 利益々多くなり。又之れを解放するを以て最上の善行と に付きても只其儀式を踏みさへすれば其他の制限は無か を遺棄するに於ては制限あらざるが如く奴隷を解放 奴隷は主人の財産なりし故古代の法律によれば其財産 然るに帝国の時代に当り奴隷を解放するの する 便

第一 制限

務を果す能はざるに至ることを知りながら為したる解放 奴隷の所有主解放式によりて己れの債主に対するの義 甲 債主権利を保護する為めの制限

は無効たる可し。 Inst. v.1, t.6, s.3. [1,6,3]

タス帝のとき 百卅八丁裏」 右の制限を定めたるは紀 元四年 ・ヲー ガ

ス

るものなり。 Lex Aelia Sentia なる有名なる法律に依りて定まりた 然れども若し主人にして前述の事実を知ら

に之れを必要相続人と云ふなり。 に之れを必要相続人と云ふなり。 がには仮令ひ前述の如き事実あるとも解放を為すなり。 がには仮令ひ前述の如き事実あるとも解放を為すを得可 がには仮令ひ前述の如き事実あるとも解放を為すを得可 がん(heres necessarius = necessary heir)と為すが為 がの如き場合には其相続人は其相続を拒むの権なし。 でされを必要相続人と云ふなり。 と為すが為 がしてされる必要相 がしてされる必要相 がしてされる必要相 がしてされる必要相続人と云ふなり。

と同一なる精神に出で債主を保護せるなり。 右の lex は現今の [華士族平民] 身代限条令 [規則]

合なり。只之れを拒むことを得ざる場合は解放自由人の場なり。只之れを拒むことを得ざる場合は解放自由人の場[百卅九丁表]相続人は羅馬にては相続を拒むを得る

己れの奴隷を以て之れに当てしと云へり。以て必ず後に一章を設け若し相続人に於て死するときは続人無くして死することは羅馬人の大に恥ずる所なるを又羅馬の相続人は日本の如く権利義務共に負ふ也。相

一年齢に関する制限

解放の理由を元老院に提出し同院に於て其理由を正当とLex Aelia Sentia の法によるに廿歳以下の主人は予め

也。を知らず軽率に奴隷を解放するを止むる為めに作りし法の漫りに自由の尊ぶべきを知りて財産の重んずべきこと其奴隷は卅歳以上ならざる可からず。此法令は幼年の者認めたる後偽訟式に依らざれば解放する能はず。而して

於て全く年齢に関する制限を廃せり。主人は遺囑解放式を許し其後新法ノベール[Novels]に[百卅九丁裏]其後ジヤスチニヤン帝は十七才以上の

りしとか又は女奴と結婚せんとするとき等なり。親族なるときは勿論之れを許せり。又奴隷にして功蹟あと認めんや。則ち解放せんとする奴隷に於て主人の父母前述の如く元老院に於て大く如何なる理由を正当なり

丙 人員に関する制限

解放の人員を制限せり。 紀元八年の法令 Lex Fufia Caninia なる法令によりて

[百四十丁表]左れば生前にて之れを為すは幾人たり人の失望を来すを顧みざるが如き弊を矯めんが為めなり。し(羅馬人は非常に葬儀の華美を尊びし。)為めに相続以て奴隷を解放し以て己れの葬儀を盛大ならしめんと欲 其理由は主人の虚[栄]癖(vanity)よりして遺囑を

とも差支へなかりし。

Inst. v[ol]. 1 t. 7. [1,7] 然るにジヤスチニヤン帝は自由の道路に横はる障害物

解放の効果

に違ふたるものはラテン人の身分を得。を得たり。正式に依らざるもの及び Lex Aelia Sentia 正式解放に依りて自由を得たるものは羅馬市民の資格

れり。即ち命あるのみなり。 てるものは解放さるるとも降伏人たる身分を得るに止またるものは解放さるるとも降伏人たる身分を得るに止まり、Lex Aelia Sentia に依り刑罰に依りて奴隷と為り

然らば解放自由人に三種あり。羅馬市民、ラテン人、

降伏人即ち之れなり。

尊重せしを見る可きなり。 と異なることなし。之れを以て見るも羅馬立法の自由を七十八号に於て解放自由人中の階級を廃し自由人と少して合ex 第七巻第五編[百四十丁裏]第六章及ひ新法の第ジヤスチニヤン帝はストイック哲学の平等主義により

主人は解放の後と雖ども猶解放自由人に対し恩主権を恩主(patronus)と被解放人との関係

一を相続するを得るなり。 一を相続するを得るなり。

尊び解放を奨励するの意に出でたるなり。 斯く羅馬法の解放者に恩主権を与へたるは之れ自由を

ることもある可し。 又背恩の所為とて特別の罪ありたり為めに再び奴隷為

近世奴隷の制度

せずして猶ほ奴隷の必要を感ずるを以てなり。加の一部分には猶ほ存在せり。蓋し其国の文明未だ進歩奴隷の制度は近世に於ても亜細亜、阿弗利加、亜米利

即ち coloni(荘僕)にして純粋の奴隷に比すれば其位地中世の欧州諸国に於て奴隷の遺制とも称す可きものは

せり。 隷所有主に二千万磅の金を払ひ悉く奴隷を解放せり。 此に於て英領の地に於ては奴隷制度の跡を絶てり。 にして身体生命の保護は余程進歩せり。 余程進歩せるものなり。 羅馬にては禁止にあらずして止めたいと云ふ迄 世に至り奴隷 同国は一千八百七年に奴隷売買禁止の法令を布公 又一千八百三十四年国会の決議により植民地の奴 0 制度を禁止せる主唱者は英国 是れ則ち土地に附属したる奴 [百四十一丁裏] [なり。 な 1) 隷

有主に与へ以て之れを解放せり。一千八百四十八年に仏国に於ても巨万の金額を奴隷所

制度を廃せり。キサンドル第二世は荘僕を解放し遂に露西亜帝国中奴隷ーサハドル第二世は荘僕を解放し遂に露西亜帝国中奴隷ー千八百六十三年露国に於てはザー[ツァール]アレ

四十二丁表]南北亜米利加荒蕪の地を開き新に商 度を再び盛大ならしむるの原因となれ 為すには自由契約の労力を以て之れを為すことは出来ざ 度は余程衰へたれどもコロンブス以来新世界発見 へ失せたり。 斯く十九世期に於てどさ々々と社会より奴隷の 故に再び黒奴売買盛んになれり。 前述の如く羅馬に於ては奴 北米合衆国にて り。 (隷の 即ち 制 が其制 制度は 工業を 度は

> は今猶ほ存在せる国あり。 は南北戦争の際之れを廃したれども南亜米利加諸国にて

現二節 民籍に関する身分

国民と外国人との区別

りし。 なり。 ども私法上にては殆ど其異なる所を見ざる程なり。 四十二丁裏] とせり。 律に於ける外国人の位地とは大に異なれり。 を有せる国にあらず。故に外国人の位地も近世諸国 法律に於ては外人は公益上にては其権利を異にせると雖 したる諸国を除けば外国人の内国に来る等の事は の交際あれば戦争上の交際なりし。 古代に於ては対等独立諸門 毎に羅馬なる国は世界を統一する事を建国 故に羅馬と交通せる諸国は主として其国 故にグリーキの如き外国と并立するとの考なか 征服せられたる属隷諸国にして対等の 国の交際なくして会々外国 故に戦争の時に同 近世 甚だ稀 の主義 位 の法 玉

り。即ち羅馬国民はジヤス シビレ固有法にて支配されを与へ外国人民には羅馬の利益になる程の保護を与へたは余程異なれり。羅馬法にては羅馬国人には特別の保護を以て公法は勿論私法上にても外人の権は内国人の権と然るに羅馬法に於ては前述の如き歴史上の理由ありし

し。故に内外人とは其支配さるる法律さえもを異にせり。外人は諸国普通のジヤス(ゼンシヤムの法を以てしたり)

羅馬国民

は之れを公法上[百四十三丁表]私法上の権の二つに分羅馬法にては国民たるの権利即ち完全なる民権の共有

り。即ち
公法上の権利は之れを参政権及び栄誉権との二つとせ

プレートル其他官吏たるの権を持つを云ふ。コミシヤに於て投票するの権なり。栄誉権とはコンサルjus suffragii et honorum 之れなり。而して参政権とは

約権との二つなり。conubium et commerciumものなれば国民たるを得たりし私法上の権は結婚権、契ずして公権なきものと雖ども猶ほ完全なる私権を有する然れども公権の共有は必ずしも羅馬国民の要素にあら

して家長権、其親族に対しては相続権を有せり。而してジヤス(シビルによりて結婚せるものは其子に対(結婚権とはジヤス)シビルに従つて結婚するの権なり。

は羅馬固有法に従つて財産を所有し財産に関す[百四十三丁裏]

契約権

ものは参政権、栄誉権、結婚権、契約権の四大権を持てる契約遺囑譲与等を為すの権を云ふ。凡そ羅馬国民たる

りと云ふ。

故にジヤス(ゼンシヤムに支配されたるものなり。)外国人は前述の如く属国人民の位地に立てるものなる)

従ひ其近辺の外国人民は屡[百四十四丁表]羅馬国民と War)を起すに至れり。而して其結果たるや遂に伊太利 を以て結婚権を許すに至れり。 する事も屡之れ見に至れり。 するもの余程多くなりし。 交通するのみならず商業の為め羅馬若くは其近辺に住居 通及び[貿]易追々盛大と為り遂に外人に契約権を許す 如く羅馬国の範囲広くなるに従ひ羅馬人と外国人との交 て十二銅表を作らしめし以後第二の民権拡張とも云ふ可 会戦争は之を歴史上より論ずれば先に平民は貴族に迫り 求を拒みたるを以て遂に紀元九十年社会戦争 同様なる保護を請求するに至れり。 の必要を感ずるに至れり。 全国の人民に羅馬国民の資格を付与するに至れり。 然れども予前に羅馬法の歴史を陳述せるとき一言せし 従て外国人と羅馬人との結婚 加之ならず外人は独り羅馬と 故に時としては皇帝の 斯く羅馬府の盛大なるに 然るに羅馬人は其請 (Social 対射許

馬人の民権を有せしむる様に布告せり。 斯くの如く羅馬国民の資格を得ること甚だ易なり。遂に 民と外人との区別全く跡を廃せり。 カラカラ帝のときに至り羅馬全帝国の自由人民は悉く羅 帝国の一部に羅馬国 て或る外国人に国民の資格を与へたることあり。又羅馬 きものなり。 其後の帝政のときに至り皇帝屡々勅許を以 民たるの資格を与へたる事もあり。 斯に於て羅馬国 [百四十四丁裏]

[百四十五丁表] 羅馬法講義筆記 四巻

遉民

跡静

羅馬国民たるの資格を得るに三つの方法あり。

出産

解放

法令若くは勅許

第一 出産

出産のときの身分を継ぐ。 羅馬国民なれば其子も亦然り。 正婚式を践みたる夫婦よりして生れたる子は父の身分 故に前述の自由の原則により其子の懐妊中其父 又正婚式以外の子は母の [百四十五丁裏]

解放

解放に正式不正式の二つありて此区別によりて民権を得 に之れを詳述するを要せず。 るに差異ありしが後に至りて此区別を廃せるを以て今茲 奴隷は解放によりて民権を得るなり。 初め羅馬にては

第三 法令若くは勅許

こともあり。 を割きて本国に附属せしむるに類せり。 帝国の一部の人民に国民の資格を与へたるはベスパシヤ ともあり。又勅許を以て一個人を羅馬国人民と為したる る等此類なり。法律より論ずれば恰も近世の外国の [ン]帝のイスパニヤ全国民に羅馬国 羅馬皇帝は勅令を以てラテン人を羅馬人と為したるこ 近世諸国の法律の特許帰化に類す。而して 民の資格を与へた 部

第四 民権喪失の方法

百四十六丁表

第一 自由の喪失 民権を失ふの方に三種あり。

羅馬人にて自由を失ふは

甲 俘虜

免かれて本国に帰るときは jus postliminium 即ち帰郷権 によりて其自由を恢復せり。 但し俘虜中は自由を停止されたるものと見俲す。若し 此等は国際法の学ぶときに

出ずる言葉にて国境を後にせるとの義也。近世諸国は之

れを採用せり。

乙刑罰の宣告

権を失ふ即ち slave の[百四十六丁裏]如し。奪せらるる事もあり。然し刑罰の奴隷と為りては全く民刑罰の宣告によりては民権を停止される事も之れを剥

第二 外国帰化

外国に帰化し又は羅馬を逃亡せるものは民権を放棄せ

るものと見俲すなり。

刑罰の宣告

例へば流罪の宣告を受けたるときは民権の一部を剥棄

之れにて民権に関する羅馬法を終れり。

せらるるが如し。

第三節 族制上の身分

り。故に社会の結合する第一歩は血統の結合にして親族し又は主義嗜好等を以て之れが基礎と為すは極めて稀なを基礎し又は経財上の事業を基礎と為し協力の団体を為近世の如く土地[百四十七丁表]を基と為し協力の団体原初社会にて人類協力の基礎と為るものは血統なり。

護 婚法のあるのも皆法律が祖先礼拝に基きし一証也 るが為めなり。 ち其理由なり。又民法上相続の規則は祖先の祭を絶たざ 我国に於て政治をマツリゴトなりと云ふ言葉のあるも即 Patron God と称するものは皆其協力団体の祖先多かり 団を為すに至れり。古代社会に於ては一家毎に一家の守 家族は集合して更に其範囲を広め漸く一社会を立て一社 相集るとか或は数人が一の共同の祖先 し。故に政治法律なるものは古代は祭祀に初まれり。 りて家族を為す。而して血統上の協同の単位と云ふ可き 神あり一族には一族一国には一国の総拝する神 結婚を為し養子を為すも子無き去るの離 **(父母)** の下に集 又

[百四十七丁裏]

の政治法律は其一家の代表者即ち家長にのみ及びたるも上に述べたる如く古代社団の単位は家族なりし故一国

るものなり。 家の事を期定するものは概ね皆行政法の如きものなりし。 故に家長とは一家の管轄権を有せるものなりし。云はば するに従ひ家族に関する法律が民法の性質を帯びるに至 一家を支配する行政官の如し。而して古代法律に於て一 而して公法の性質を帯びたるものなかりし。社会進歩 而して其家族たるものは皆家長の管轄に属せ ŋ

族制上身分の区別

[百四十八丁表]

羅馬法にて族制上人を区別して自権者及び他権者の二

つと為す。之れは文字上の訳なり。

1. sui juris

2. alieni juris 他権者

自権者とは自己独立の権利を有するものなり。 即ち之

れ家長なり。

もの皆然り。 を有せざるものを云ふ。 他権者とは家長に従属せるものにして自己独立の権利 即ち人の妻たり子たり奴隷たる

他権者を細別して次の三種と為す。

家長権に従属するもの。

夫権(メーナス)に従属するもの。

の進むるに従ひ自権者の多くなりて他権少なくなるなり。 の法律多き程幼稗の 家族字義 (familia) 右の区別あるは之れ社会幼稗のときの事なり。 第三 主人権(manicipium)に属するもの之れなり。 [百四十八丁裏] 法律なり。 即ち世 他権者

其字義を論ずるは其字義の用例又は変遷によりて法律の 羅馬法にては家族を称してファミリヤと云ふ。 今爰に

沿革を知るの助と為るを以てなり。

抑もファミリヤなる語は次の如き五種の用例あり。

奴隷等を総称するものなり。之れは尤も古き用例にして 第一用例……家族とは一家の長及び之れに属する子弟

族制時代に行はれたるものなり。

第二用例……ファミリヤとは男系の親族を総称す。

第三用例……男女両系の血属を総称す。

此内に含むに至れり。 至りては男女を論ぜす系統の続きたる所の親族をも悉く くファミリヤとせり。然るに其後に [百四十九丁表] 至 く行政上の一団体を示し一家長の管轄内にあるものは悉 りファミリヤなる語を家長の親族に迄押し拡げ猶其後に 以上三つの用例に依りて見れば家族なる語は初めは

有に属せる奴隷を総称せり。 第四用例……時としてはファミリヤなる文を一人の所

、;。 第五用例……又時としては一家の財産なる意味にも用

の尤も価値あり且つ大部分を占めたりしを以てならん。ないまを総称してファミリヤと云ひしは古代は奴隷が財産の一団体なりしかど後に至りては一家の財産即ち家産なの一団体なりしかど後に至りては一家の財産即ち家産なの一団体なりしかど後に至りては一家の財産即ち家産なるこのの用例は恰も一家財産の全部を我国にて家督と

[百四十九丁裹]

次に家長権の基を述べんとすれども便利の為め結婚離

第四章 結婚法

婚の事を先にす可し。

第一 婚姻の性質

広く婚姻なる事を解せば婚姻とは法律に於て公認した

る男女両性の生存結合を云ふ。

男女両性の結合にても法律に於て公認せざるときは夫

を営む為めの結合にあらざれば以て婚姻と為さす。即ち妻の関係を生ぜず。又男女両性の結合にても共同の生存

男女の組合職業の如し。

て[百五十丁表]認めたるものなり。でで「百五十丁表」認めたるものなり。であるに婚姻は成文若くは慣習の法律の公認せる所なを要するに婚姻は成文若くは慣習の法律の公認せる所な所もあり。又或は数夫一妻の風ある処もあり。然し之れ一婦の制行はるる処もあり。又一夫数妻の法の行はるる一婦の制行はるる処もあり。又一夫数妻の法の行はるるが、抑も婚姻の種類は時と処によりて異なれり。或は一夫

ポチェー 然れども古来法律学にて婚姻の性質を論ぜしものの其学 結びたる契約にして人種繁[殖]を以て其目的と為すも 力を得し様なり。 説同一ならず。就中婚姻を契約なりとするの学説頗る勢 のなり。 [David Hume, 1711-1776] も亦婚姻は双方の承諾を以て 両性生妻夫帰たるの契約なりとせり。 が子孫に益せん為めに結びたる契約なりとせり。 [Samuel von Pufendorf, 1632-1694] 右に掲げたる定義は尤も広く且つ尤も精確なりと信ず。 ブラックストーン氏も我国法は婚姻を民法上の [Robert Joseph Pothier, 1699-1772] も男女 即ち独逸国のプーフェンド の如く婚姻は男女 英のヒュー 仏国 ルフ

ならんかと云へり。 婚姻は双方の承諾に基きたる社会の制度と称するもの可1845]氏も婚姻を契約として且つ自ら之れに註して曰くト) 又 亜米 利加 の ス ト ー リ ー [Joseph Story, 1779-契約と見傚すものなりと云へり。(シビル コンツラク

次に其理由を述べん。純粋の法理論に照すも決して其当を得たるものに非らず。する論者頗る多し。然れども之れは羅馬法に徴するも亦[百五十丁裏]斯の何れの国にても婚姻を契約と見俲

婚姻は共諾によりて成り共臥によりて成らずとの語あり。馬法の誤解に発したるものならんと信ず。羅馬の法語に第一 結婚は契約なりと云ふと云ふ説は蓋し其基を羅

Consensus facit matrimonium, non concubitus.

に過ぎたる事ならん。 と信ず。然し共諾あるものは必ず契約なりとは余り広きなり。而して consensus 即ち共諾なる字ありし故直に真なり。而して consensus 即ち共諾なる字ありし故直に真にれより結婚は契約なりとの説を生じたるものならんに込れより結婚は契約なりとの説を生じたる事ならん。

右法語のあるは羅馬法の発達せしの語なり。

認めたるは地上の一少部分に止まるなり。て初めて顕はるるものにして現今諸国に於て十分之れを男女相互の承諾を以て婚姻と為すは婚姻進化の末段に於不当なる事を証明するに足る可し。下にも述ぶるが如く第二 婚姻を以て契約と為すは沿革法理学上よりも其

故に婚姻を契約と為すは当らざる事なり。るもの多く自身の承諾に出ずるものは却て少なかりし。姻と云ふものは其結婚者の両親若くは其家長の意に出ずら羅馬法其他法律歴史に実例のある如く古来法律上の婚第三(契約は双方の共諾に属するものなり。然しなが

姻と異なる一証なり。
の意思によりて之れを変更するを許さず。之れ契約と婚め夫婦
「百五十一丁裏」間相互の権利義務を確定し相方
義務を定め得るものなり。然るに婚姻に於ては法律が予 第四 通常契約に於ては相方の協議に由り相互の権利

くしを知るに足る可し。契約篇に入れず以て古来立法者の之れを契約と見傚さそ契約篇に入れず以て古来立法者の之れを契約と見傚さそ第五(古来諸国の法典に於て婚姻は人事編に編入して)

斯く婚姻を契約と為すは法律歴史上若くは純粋の法理

之れ次に述べんとする羅馬婚姻の種類に依り其変遷の大 姻を如何なるものと見俲せしやと云ふに羅馬法上の沿革 上に於て婚姻の性質種々に変遷せることを知るを得可し。 論にて当を得たるものならず。然らば羅馬法に於ては婚

様を見るに足る可し。

婚姻の種類

般の国の婚姻歴史より見るに第一に起りしは

[百五十二]丁表]

婚 communal marriage

即ち之れより一人占有のものと為す。

之れ少しく他

の族と

交通する

に来りた

る也。之れは余程進みたるなり。

之れ双方の親が嫁にならんと夫に取ら

んと約する也

贈与婚

売買婚

の事もありたる可し。 其後稍進んで秀でたる人々は一夫数妻の制を経りたる等 女の数は必定減少なりし。之に於てか数夫一妻の制と為 りたるなり。之れの制は余程広く行はれしには相違なし。 立の力に乏しく故に水草を遂ひ漸く生を繋ぐの時代には 右の四段を経るものなり。抑も原社会に於ては人々自 然れども之れ少数の富強者の間に

> ことにて之れ尤も進歩発達せるときに起るなり。 のみ行はるる可き筈なり。 其れより一夫一婦の制と為る

[百五十二]丁裏]

第二 婚姻の 種類

羅馬法にては婚姻を分つて正式不正式の二種とす。 即ち

justa nuptia

injusta nuptia

の間に取り結べる婚姻なり。 正式の婚姻はコンニュビヤム即ち交婚権を有せるもの 此式に由りたるときは夫は

妻の上に家長権を有せり。

間に取結ばれしものにして例へはラテン人と外国人との 権利にして外国人若くは帰化人は其権利を有すること能 も交婚権即ちコンニュビヤムは其初めは羅馬市民特有 間 Ŧi. れを有せり。 はざりし。 て此式に由るときは夫は其妻の上に家長権を有せず。抑 十三丁表」得ざりし。 の結婚又は羅馬人と他国人との間 不正式婚姻はコンニュビヤム交婚権を有せざるもの 故に前述の如くコンニュビヤムは豪族のみ之 丽 して平民は豪族と結婚する事を [百 の結婚の の如し。 而

,も交婚権を豪族中にのみ限りたる基は酋族共同

由に由り一統の血統を保存せんが為めに此制を守りしも風俗に起りしものなり。而して後に至りては政治上の理

ぼ其赴きを一にせり。 み限り平民に之れを許さたりしは近世諸国の同族婚と殆善蓋し古代に於て交婚権コンニュビヤムを豪族の内にの

婚するを得るに至れり。
然るに後に至りては豪族平民間に結婚権を許し又解放
を与へし。故に遂に羅馬市民の[百五十三丁裏]資格
での羅馬全帝国人民に羅馬市民の[百五十三丁裏]資格
での羅馬全帝国人民に羅馬市民の[百五十三丁裏]資格
での羅馬全帝国人民に羅馬市民の[百五十三丁裏]資格
を与へし。故に遂に羅馬帝国内の人民は皆正式に由り結
を与へし。故に遂に羅馬帝国内の人民は皆正式に由り結
がて初めて此禁を解けり。又初めは結婚権と許し又解放
は一世の人と自由人と結婚す
を与へし。故に遂に羅馬帝国内の人民は皆正式に由り結
を与へし。故に遂に羅馬帝国内の人民は皆正式に由り結
を与へし。故に遂に羅馬帝国内の人民は皆正式に由り結

より脱して其夫の家長権内に入る。結婚を取結ぶときは其妻と為るものは其生家の家長権内を生ぜざる結婚との二つに結婚を分てり。夫権を生ずる又羅馬法にては manus 即ち夫権を生ずる結婚と之れ

- 1. confarreatio
- 2. coemptio
- 3. usus

第一 コンファラショ

事と為すなり。 場に分与し夫婦は共に之れを食ひ生涯生活を共にするのを祭り、其後僧侶は一つのパンを二つに分ち之れを新夫人の立会人の面前に於て牛を殺して之れを犠牲と為し神コンファラショとは宗教上の結婚式にして新夫婦は十

第二 コエンプショ

之れ蓋し売買婚の遺 [習] にして其儀式に至りては財

[証]とせりと云ふ。計りの皿に銅貨を載せ以て結婚[百五十四丁裏]のありて其外に libripens 即ち 衡 を持つ人ありて新夫は其産の売買と殆ど同一なり。此儀式に於ては五人の立会人

第三 ユーサス

因せる事は疑もなし。 でリエージ バイ キャプチュアー即ち掠奪婚 [に] 帰関係を生ずるなり。蓋し此のユーサスの結婚式は古代のにして引続き三夜間外泊する事なきときは法律上夫妻のにして男子が婦人と一年間 cohabit 同住し其間に其婦人にして男子が婦人と一年間 かりプレスクリプションの如きもの出せる事は疑もなし。

其故は妻を娶るは新に一人の家族を増す事故に犠牲を

下半以来にかかるもの多かりし。したりし。之れを民法の一部と為せしものは第十八世期来は欧州諸国にて結婚法をおおむね皆宗教法の一部に属供して之れを祖先に告げたるものならんと考ふ。中世以

らんと信ず。
法に於て祖先祭祀の結婚式を以て尤も重んじたるが故な基づきたるものに相違なけれども其歴史上の起りは羅馬斯の如く結婚法の以て宗教法の一部と為るは耶蘇教に

生ずることを妨げたるものなり。斯く如く非正式の結婚なりしときは屡貧窮の男子富有の女子を娶り後に之れをりしときは屡貧窮の男子富有の女子を娶り後に之れを正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂正式の結婚にては種々の弊害及び不便を生ぜしを以て遂い。而して羅馬人が正式結婚を為さんことを試むるに至れの上に夫権を有せざる結婚を為さんことを試むるに至れの上に夫権を有せざる結婚を為さんことを訪がある。斯く如く非正式の結婚をあることを妨げたるものなり。斯く如く非正式の結婚とずることを妨げたるものなり。斯く如く非正式の結婚といるといる。

の家長権内に帰せざるものなり。によりたるときは其妻たるものは生家の管轄を離れず夫

れり。 婚の便を覚るへたりし故に羅馬にては通常之に依るに至 野合即ち私生の子とは異なれり。後に至りては非正式結 の共同 律は夫妻の独立存在を認むるの方向に向ひたり。 家族と為し中世の法律は妻を夫と同一体と為し近世の法 顕はすに至れり。之れを要するに古代の法律は妻を夫の 法律は漸く夫妻の法律上の独立の別人と認むるの傾向 のにして其後中世以来は法律は結婚の効果は夫婦をして なりし。 分するの権を有せり。 体と為らしむるものなりと見俲せり。現今に至りて つ妻は自己の財産を有し夫の干渉なくして之れを処 併し

[百五十六丁表]之れ一時の反動に出でしも ありしのみにして法律上に於ては殆ど別人の如く 只其間に生れたる子は其夫の家長権に属せり。 故に其夫妻の間に於ては只生活上 を

見ざる可からず。 斯く俄に夫妻に独立を与へたれども之れ一時の反動と

第三 羅馬法結婚の法式

遂に結婚者の共議を以て婚姻の要素と為すに至れり。其前述の如く羅馬の正婚式は後に至り漸々に勢力を失ひ

すの嫌疑を避けんが為め之れを用いたりしと云ふ。 すの嫌疑を避けんが為め之れを用いたりしと云ふ。 なる原則行はるるに至れり。[百五十六丁裏] 斯くの如 なる原則行はるるに至れり。[百五十六丁裏] 斯くの如 後に至り Consensus non concubitas facit matrimonium

夫の手に引渡さるるときを以て婚姻の効果と為せるは明 物品売買若くは譲与と同一のものに見俲して其婦人が新 るものにあらず。恰も物品引渡によりて所有権異転する 結婚証書を用いるの規則を定めたりし。ヲルトラン氏 ものの結婚に於ても証書を用いるの慣例一 と云へり。 説に由れば羅馬法に於ては婚姻は決して共諾のみにて為 も新法第七十四号及百十四号に於て高位高官の者に限り 如く其妻にして夫に引渡される迄は婚姻の効果を生ぜず 然れども予の考ふる所にては妻は ジャスチニャン帝のときに至り譬へ身分の異なりたる 故に何れの国に於ても古代の法律に於ては結婚を (第八版第八十枚) 本と家長の財産 [百五十七丁表] 旦 頽れたれど

[の] 見解を下せる方正当なりと信ず。 依りて婦人の引渡を待たずして婚姻の効果を生ぜんとは沿革法理学上の一原則とも云ふ可きなり。故に羅馬法は給革法理学上の一原則とも云ふ可きなり。故に羅馬法る様になり遂に承諾のみを以て結婚の要素と為すに至るを物件と見俲するの時代よりして漸く婦人の人格を認む白なる事なり。然しながら又何れの国に於ても斯く婦人

第四 結婚の約束

出来ざりしものなり。 出来ざりしものなり。 出来ざりしものなり。 ここは結婚の予約に背きら之れ必ず結婚に必要なる手続に在らずして予約なくしら之れ必ず結婚に必要なる手続に在らずして予約なくしら之れ必ず結婚に必要なる手続に在らずして予約なくしたるとするに至るの時代に至りては結婚の予約 sponsalia をとするに至るの時代に至りては結婚の予約 sponsalia をとするに至るの時代に至りては結婚の予約 sponsalia を

近世諸国の法律には結婚予約に関して三種の異なりたは只彼を此に嫁はせんとを当てにせしに止まれり。承諾婚の時代に非らざれば之れ無き事なり。言ひ名づけ性質を異にせり。何れとなれば予約は双方の承諾なれば之の予約と云ふは贈与婚時代の言[ひ]名づけとは其

る主義を採れり。

リヤーフランスの民法の如き之れなり。したる場合のみに限り出訴を許すの法律あり。ヲーストれを破り[百五十八丁表]たるが為めの実際の損害を醸第二 結婚の予約を以て独立の契約と見俲さずして之

之れなり。
立れなり。
一、結婚 [の] 予約は之れを契約と見傚さずして譬

第五 結婚の資格 [(独居蓄妾の制)]

れば苦香に為けた界で。 羅馬法に於ては次に掲ぐる資格を有したる人にあらざ

れば結婚を為すを得ず。

第一 年齢に関したる資格

羅馬古代の法律に於ては年齢に関する制限はなかりし

様なり。

然るに進歩派なるプロキュリヤ[ン]派の諸学士は結

婚年齢を一定せざる可からずとの議論を主張せり。而し婚年齢を一定せざる可からずとの議論を主張せり。而し好の適齢を十二歳と定めたり。の意齢を十二歳と定めたり。の意論を十二歳と定めたり。の意論を主張せり。而しなの適齢を十二歳と定めたり。

第二 結婚者の数

を置くことは禁せり。 又羅馬にては蓄妾の制ありたれども正妻のあるものは妾ざる間は他の男子に嫁し又は他の女子を娶る事を禁ぜり。行はれたり。男女一度結婚したるときは前婚の未だ解け不羈馬に於ては十二銅表の古により一夫一婦の制已にに

第三 親籍間の関係

て之れと結婚する事能はず。又伯叔父母は其メイに対しじたり。而して例ひ其養子を離別したる後と雖ども改め子の制度を生じ[百五十九丁表]たるものも亦結婚を禁婚を禁ぜり。而して其禁は独り自然の血統のみならず養婚を禁ぜり。而して其禁は独り自然の血統のみならず養工具法に於ては尊族族と卑族親と(直系統間の)の結

結婚を許さず。 ては親たるの位地(in loca parentis)を占むるを以て其

りたるものと結婚するも妨なし。離別を為したる後は前に養子に由りて兄弟姉妹の関係あを許さず。其関係養子より来るも亦同じ。然れども一旦傍系親の間にては兄弟姉妹の関係あるものは互に結婚

したる妻の姉妹を娶る事を禁ぜり。 コンスタンチン帝のときに死したる兄弟の妻若くは死

第四 公益上結婚の制限

[第廿三編第二章卅八条、D.23,2,38]。 妻と為すを禁ぜり。Digest 第二編第八十二章二十三条羅馬法に於ては一州の知事は其管内の婦女を娶り以て

の子に其被後見人を嫁すを禁ぜり。ジゼスト第二編第廿又後見人たるものは自ら其被後見人と結婚し又は己れ

三条 [第廿三編第二章卅六条、D.23,2,36]。

ば耶蘇教徒と猶太人種と結婚するを禁ぜり。たりしならん。又コデッキス第一編第九章第七節によれてしし前二項の禁は皆権力の乱用を予防するの意に出で

第五 父の許諾

の許諾は要せざりしものなり。ども其父なきものは例ひ幼者たりとも其後見人及び母等くは家長の許諾を[百六十丁表]経ざる可からず。然れ凡そ豪族たるものにして結婚せんとするものは其父若

れり。

したるを見るに足る可し。 [百六十丁裏]れ等をあるも以て家長権のジヤスチニヤン帝頃には衰微

第五 [六] 法式

婚正式の行はれざる後に至りては婚姻は全く宗教と分離 儀式に起りしものなれども後羅馬に於て後羅馬に於て結 しとの法令を発せり。 八百八十六年凡そ婚姻は僧侶の面前に於て之れを行ふ可 オ帝の時 り。彼のコンファラショの結婚式の如きは祖先を祭るの 俲すものあり。又或は之れを民法上の制度と見俲すもの 面前又は寺院に於て之れを為すの慣習漸く行はるるに至 して僧侶は其儀式に干渉する事は在らざりし。 あり。羅馬法に於ては婚姻を全く民法上の制度と見俲せ 近 !世諸国の法式に於ては或は結婚を宗教上の制 (ジヤス[チニアン] 帝よりも遥かに後。) 紀元 其後欧州諸国に於て婚姻は僧侶の 然るにレ 度と見

ものなり。)即ち高僧会議に於て凡そ婚姻は僧侶の面前るに至れり。就中婚姻を宗教の管轄内に属せしめたる尤然るに中世に至りて婚姻は全く宗教上の制度と見傚さ

属するに至れり。 属するに至れり。 属するに至れを行ひ又二人以上の立会人あるにあらざれば に於て之れを行ひ又二人以上の立会人あるにあらざれば に於て之れを行ひ又二人以上の立会人あるにあらざれば

を挙行せり。

を挙行せり。

一丁裏]戸籍官吏の面前に於て之れ度と見俲し[百六十一丁裏]戸籍官吏の面前に於て之と民法上の制と見俲し相当官吏の面前に於て挙行することとは成れり。制度と見俲せしが革命以来之れを純然たる民法上の制度制度と見傚せしが革命以来之れを純然たる民法上の制度

以てなり。)第八十五号のに法律を以て婚姻は寺院又は以て一切の婚姻は必ず国教の僧官の面前に於て国教にて以て一切の婚姻は必ず国教の僧官の面前に於て国教にて以て一切の婚姻は必ず国教の僧官の面前に於て国教にて以て一切の婚姻は必ず国教の僧官の面前に於て国教にて以て一切の婚姻は必ず国教の僧官の面前に於て国教にて以て一切の婚姻は必ず国教の僧官の面前に於て国教にて以てなり。)第八十五号のに法律を以て婚姻は予言を出ている。

明かなる事なり。 [百六十二丁表]関はらず婚姻は主として民法上の制度と見俲し居る事はがら寺院に於て行ふと又戸籍官吏の面前に於て行ふとに又他の一方より見れば民法上の制度の如くなり。併しな又結に由れば婚姻は一方より見れば宗教上の制度の如く戸籍官吏の面前に於て為すを許すに至れり。故に英国現

参考 附記 独居及び蓄妾に関する制

則ち非常に有名なる Lex Julia et Papia Poppaea。 は法律上不便益の結果す可き法令を制定するに至れり。 たを制定せし事もあり。又ヲーガスタス帝のときに至り でする」は結婚を奨励するの必要を生ぜり。即ち遂に独居者に がの末に至りては往々独居を好むの風行はれたり。然る 政の末に至りては往々独居を好むの風行はれたり。然る がの本に至りては往々独居を好むの風行はれたり。然る

別なる権利を与ふる事とせり。而して此法令に由りてならず結婚者にして三人以上の子を持ちたるものには特相続権及び其他財産に関する権を剥奪せられたり。加之此の法令に由り独居者及び結婚者にして子なきものは

ることある可し。て如何なるものなりとの事は相続権を論ずるの際評論する不便益及び結婚者に与へられたる利益なるものは果し[百六十二丁裏]独居者と子なき結婚者とに与へられた

して道徳蓄妾の為めにあらず。 一位故に羅馬にては帝国の初めに斯くの如く結婚を奨励を以而羅馬の如く武威を以て諸国を征服し之れを己れのを以而羅馬の如く武威を以て諸国を征服し之れを己れのを以而羅馬の如く武威を以て諸国を征服し之れを己れのを以而羅馬の如く武威を以て諸国を征服し之れを己れのを以而羅馬の如く武威を以て諸国を征服し之れを己れのでは、
一位故に羅馬にては帝国の初めに斯くの如く結婚を奨励して道徳蓄妾の為めにあらず。

限ありて我国従来の妾の制度とは多に異れり。然の羅馬に於て法律上妾を蓄ふるを認むるに多少の制

[百六十三丁表]

第一 妻を有するものは妾を蓄ふ可からず。羅馬法に於て妾に関する制限は左の如し。

第二 一人以上の妾を蓄ふ可からず。

第三 他人の妻を己れの妾と為す可からず。

妾を置くの制度は、Jus「tinian」帝のときに至る迄も猶る所は其父は其子を保育するの義務を負ひしのみなり。に対して相続権を有するのみなり。純粋の私生子と異な長権に属せず。又其父に対しては相続権をも有せず只母長権に属せず。又其父に対しては相続権をも有せず只母長権に属けたる制限を越へて女子を蓄へたるときは著し右に掲げたる制限を越へて女子を蓄へたるときは

行はれたり。 妾を置くの制度は Jus[tinian] 帝のときに至る迄も猶

第六 結婚の効するものなりとて之れを廃せり。 [百六十三丁裏]がるものなりとて之れを廃せり。 [百六十三丁裏]

ずることなし。羅馬法に於ては身分に関しては結婚の効力は近世と変

正従ひ妻は其身分に於ては其財産に関しては独立の位地 に属するものなり。妻の財産は悉く夫の財産に帰したる があるなに、妻の財産は悉く夫の財産に帰したる がるものなる故に、妻の財産は悉く夫の財産に帰したる がるものなる故に、妻の財産は悉く夫の財産に帰したる がるものなる故に、妻の財産は大に近世の法律と異れり。 まのなり。妻の所出の子は夫の家長権に属す。 をのなり。妻の所出の子は夫の家長権に属す。

世り。 世り。 地定を有する様になりたる事もあり。然るに斯くの如く 大婦財産を別にするの制大に行はるるに至り。時として 大婦財産を別にするの制大に行はるるに至り。時として 大婦財産を別にするの制大に行はるるに至り。時として 大婦財産を別にするの制大に行はるるに至り。時として 財産を有する様になりたる事もあり。然るに斯くの如く を有するに至れり。時としては妻は却て夫よりも多くの としては妻は却て夫よりも多くの

り夫妻財産を共通するの制に帰せり。頃に至りては妻は別産を有するを得るの制行はれ末に至其初めに於ては妻の財産は全く夫の独有に帰せり。中

而して其契約は通常左の二種とせり。するに当り財産に関ふる契約を為すとの制行はれたり。分法によりて定まるに至れり。其後羅馬法に於ては結婚の関係は契約法によりて定まり。身分上の関係のみが身の関係は契約法によりて定まり。身分上の関係のみが身が、動くの如く財産共通の制行はるるに至り夫婦の財産上

第一 dos 嫁資

[百六十四丁裏]

之れ結婚の際妻が夫に送るなり。

第二 donatio propter nuptium 結婚の贈与

之れ夫より妻に送くるの財産なり。(gift on account of marriage)

は妻或は妻の相続人に移るなり。 し夫死亡するか又は離婚せられて妻の関係絶へたるときも他人に売買譲与(即ち処分権)する能はず。而して若も他人に売買譲与(即ち処分権)する能はず。而して若も他人に売買譲与(即ち嫁資不動産なればたとひ妻の承諾ありと及び収実権を有し若し嫁資にして動産なれば処分権をも及び収実権を有し若し嫁資に関しては夫は其使用権(usus)

双方の協議に由りて之れを変更するを得たり。 右に述べたる処は普通の場合を示せしものにして猶ほ

結婚の贈与に付ては夫婦の関係の存する間は夫之れを 場財産共有の制を用ゐたれども妻の財産にして嫁資の部 を記さい。若し妻にして夫に先つて死亡するときは其未亡人に をるなり。若し妻にして夫に先つて死亡するときは夫の をるものとせり。之れは極中康を取りたる積りなり。 方に異述したる所由れば結婚の際夫婦互に財産を贈与 方に異述したる所由れば結婚の際夫婦互に財産を贈与 がの実行を見るに至るなり。故に羅馬の末に至りては夫の がの実行を見るに至るなり。故に羅馬の末に至りては夫 がの実行を見るに至るなり。故に羅馬の末に至りては夫 がのまでする間は夫之れを

paraphernalia と称し妻の別産と為せり。之れ只一の別に入らざるものは即ち装飾品の如きものは之れを

産にして他は皆共通にせり。

第七 離婚

由りて[百六十五丁裏]解除するものとす。羅馬法に由るに婚姻は死亡、身分の大変革及び離婚に

capitis diminutio

magna 🦿 🤻

media 〃 〃 家族上位地の異なる事。

minima 〃 〃 身分の小変革。

放によりて自由を得たる婦人を妻と為すは其職を辱かし令あり。其理由は元老院議官の職は甚だ重きものとし解たるときは其任命に由り夫妻の関係の解けるものとの法譬へば解放自由婦人の夫たるもの元老院議官に任ぜられ又時としては特別の法令に由り婚姻を解く事もあり。

の三つに帰せり。 「百六十六丁表」に後に至りては婚姻の解除は死亡身分の大変換又は離婚此法はジヤスチニヤン帝のときに至り廃されたり。故

むるものなりとせり。

羅馬法の離婚法を述ぶるに前だち一般離婚法の沿革に

付き一言を要す。

上の制度なり。 管は政治上の制度なり。第三離婚は宗教 の制度なり。第二離婚は政治上の制度なり。第三離婚は宗教 の制度なり。第一離婚は私法上の制 の制度なり。第一離婚は私法上の制 の制度なり。第一離婚は私法上の制

異を生ずるに至れり。
と為すに至りの差異よりして各国の離婚法に種々の差の制度と為し或は政治上の制度と為し或は又宗教上の制の制度と為し或は政治上の制度と為し或は之れを民法上

ち自由離婚法、離婚禁止の法及び制限離婚の法則ち之れ古今各国の離婚法を分類すれば之れを三種と為す。即

なり。

国の離婚法の如し。 「百六十六丁裏」国行はるるものあり。即ちグリーキ、ローマ其他東洋諸国日離婚の法律は夫婦結婚上の関係を軽ずるの未開諸

のうのは、これを入り、こう手がよう。一面して文化高等の諸国法律も自由離婚の方角に進歩し

つつあると云ふことは蓋し明かなる事実なり。

法なり。譬へば伊太利、ベルジヤム[ベルギー]及び仏離婚禁止の法は半開諸国に於て一時行はるる事のある

国も一時然し其他耶蘇旧教諸国の離婚法の如し。

例へば英吉利、独逸、其他耶蘇教新教諸国の離婚法の如制限離婚法は文化中等以上の国に行はるるものなり。

の合意を要せざりし一方の意思のみにて十分なりし。 がて双方若くは一方の意思に依りて夫婦の関係を絶を云 於て双方若くは一方の意思に依りて夫婦の関係を絶を云 がて双方若くは一方の意思に依りて夫婦の関係を絶を云 とは配偶者双方の生前に 世り。故に羅馬法によれば離婚とは配偶者双方の生前に 世別の合意を要せざりし一方の意思のみにて十分なりし。

[百六十七丁表]

ち合意離婚と離別之れなり。
前に掲げたる自由離婚を猶ほ細分して二つとなす。即

の離婚の制行はれず。 凡て半開以下の諸国に於ては離別の慣習行はれて合意

自由離婚の国柄なる羅馬にては離婚は分つて

divortium

repudium

ボーシヤム [divortium] と云ひ一方の意思に依りて夫の二つとす。即ち双方の合意によりて離婚するをヂ

法、 は無効也。 然れども此等の法律は只理由の存ぜざる場合に刑を課す 馬にては共和政治の末帝政の初めに自由離婚の制盛に行 婚制限法と異なる所は只其離婚の理由を定むると定めざ ざりし。 若し理由なくして離婚するものには刑罰を課するとせり 羅馬法に於ても離別の権は夫にのみ存せるものなり。 属せし[百六十七丁裏]ものにして妻は之れを有せず。 と云へり。 るとに在り。 とは出来ざりし。 るに止まりしものにして其正当の理由を法律にて明定せ 正当の理由あるに非らざれば離婚するを禁ぜり。 義を採用するの必要を生ぜり。羅馬帝国屡勅令を発して 由離婚の弊、 はれたり為めに夫婦の関係を軽ずる事追々甚しくなり自 とする。自由離婚法はヂボーシヤム即ち合意離婚の主義 婦の関係を絶つをレピュシヤム[repudium] によるものなりと信ず。而して離別の権は通常夫にのみ レピュシヤムの方を採用し文明国に於て時に行は 左れば之れを以て十分に自由離婚の弊を拒ぐこ 自由離婚の法律も半開以下の諸国は概ね離 羅馬の法律に依れば理由の存ぜざるときは刑 近世の法律は其理由の存ぜざるときは離婚 実に著しくなれり。 羅馬帝国の自由離婚法と近世諸国の 此に於て制限離婚 即ち離 而して の主 離 別

効なるものなりし。 罰は受けると雖ども其離婚[百六十八丁表]は固より有

加之ならず近世諸国の法律は法庭若くは公正の官吏に加之ならず近世諸国の法律は法庭若くは公正の官吏に加之ならず近世諸国の法律は法庭若くは公正の官吏に加った。其後離婚を為さんと欲するものは七人の証人の面前に於て離別状を渡さざる可からざの劫令に由るに離婚は離別状を交付するを以て十分なりの勅令に由るに離婚は離別状を交付するを以て十分なりとせり。

からず。
がらず。
斯く羅馬の末に至る迄も到底自由離婚の弊を指ぐ能は

第五章 家長権 patria potestas

なり。成るの位地に進むなり。即ち古代に於ては国元素は一家成るの位地に進むなり。即ち古代に於ては国元素は一家より成り。而して社会進歩するに従ひ一国は一己人より[百六十八丁裏]前述の如く幼稗の社会は一国は一家

近世は一国の単位ユニットは一己人なり。故に古代の

くなりしと云ひし人即ち右の事を云ひしなり。り分離するなり。即ち社会の進歩と共に人事法の囲範狭するに従ひ財産法、契約法、相続法等の法律が人事法よ予が前に古代の法律は概ね皆人事法にして法律の進歩

部を支配するの権を有せり。而して家長は家族に対して権に属する他権者を支配し第二家産即ち其家の財産の全羅馬法に家長権と称するものは第一に其家族即ち家長

の「百六十九丁裏」家長権なり。
「百六十九丁裏」家長権なり。
「百六十九丁裏」家長権なり。
「百六十九丁裏」家長権なり。
「百六十九丁裏」家長権なり。
「百六十九丁裏」家長権なり。
「百六十九丁裏」家長権なり。
「百六十九丁裏」家長権なり。
「百六十九丁裏」家長権なり。

の他の進歩は後に至りて解く所ある可し。に到り、家長権従て其勢力を薄くするに至れり。其家族其後社会進歩するに従ひ家族たるもの漸く人格を得る

形の意に用い腕力を権力と云ふに至りしなり。と云へり。蓋し之れ手と云ふ事にして有形の字を後に無古代の羅馬法にては家長権を総称して manus(夫権)

意に在らず古代は権利なる字なし。 potestas, manus, imperium 等の文字は近世権利と云ふ

父の権利と云ふ事なり。而して家産に対するの権を家族に対する権を特に patria potestas と称せり。即ち利と家産に対する権利とを区別するに至れり。茲に於て然るに其後社会の進むに従ひ家長が家族に対するの権

意なり。 domestica [百七十丁表] potestas 即ち主人の権力と云ふ

指するに至れるなり。 権を総称せる manus は遂に夫が妻に対する権力のみを 斯く家長権漸々分化するに従ひ上古の法律に於て家長

成る事も出来たりし。
電馬法にては家長権たるもの私法上の制度と為せり。
羅馬法にては家長権たるもの私法上の制度と為せり。

と公法上にては同等なりし。差異あれたれども家外に出てたるときは家族と家長説明を要す。即ち家内にては家長と家族とは大なる羅馬にて家長権私法なりしと云ふ事に付き少しく

にても誰れにても働かざる可からず。之れ公法上にては家長のみ働くのみなれば十分なる能はず。家族しならん。之れ羅馬は小国にて他国を犯略する等し務と同一なるときは必要上より隠居の制も出来たり

り。

[家長権を得る三源因]

家族家長の差なき所以なり。

家長権を得るは次の三項に由る。

第一 出産

第二 認正 legitimation

第三 養子 adoption

第 一 出 産

きは其父の属する家長権に属するものなり。に属す。若し其父[百七十一丁表]にして他権者なると正婚を結びたるものは間に生みたる子は其父の家長権

第二 認正

他の私生児とは多少其間に区別を為すに至れり。故にコ至りては蓄妾の制を公認するに至るときに其庶出の子は能はざる者の間に子を挙ぐる事も沢山ありたり。又後にはれたり。加之ならず結婚種々の制限ありて正婚を結ぶ前述の如く羅馬にては元老院議官なぞには同族婚制行

legitimatio per sequens matrimonium之れ第一の方法なンスタンチーン帝初めて後婚認正の法を定めたり。

ン帝の法には二種の制限ありたり。此のコンスタンチーの子と同様の資格を得るに至れり。此のコンスタンチーりて妻と為したるとき結婚以前妾腹の子も適室[嫡出]此法によるに若し其子の父たるもの後に至りて妾を嫁

第二 其妾は生れながらにして自由人 (ingenui) な

らざる可からず。

すを得ると定む。Inst. v.1 t.10 s.13を廃し凡そ妾出の子は後婚に依り適室[嫡出]の子と為然るにジヤスチニヤン帝は此法を押し広め右の二制限

至れり。即ち人民はキューリヤに属するを却くるに至を要したるものなり。故に後に至りては人之れを嫌ふにに於て地方官吏に選ばる可き人民也。此地方官吏と為る正の一の方法と為せり。キューリヤとは羅馬属国諸首府正の一の方法と為せり。キューリヤとは羅馬属国諸首府

とせり。之れ認正法を legitimatio per oblationem curiaeリヤに属するものは之れを適室[嫡出]の子と定む可し以て紀元四百四十三年に勅令を発し私生児にしてキューれり。故にセオドシヤス第二世は其欠乏を補ふの目的を

至しり。 に属せしめ以て其資格[百七十二丁表]を得さしむるに 右の法令に由り富者なるものは其私生児をキューリヤ

を以て認正を許すに至れり。之れ第三の方法なり。即ち又ジヤスチニヤン帝は新法第七十四号を以て皇帝の特許

一 皇帝の勅許之れなり。而して認正あれば其子の上に衆二 私生児をキューリヤに属せしむるによる認正。第左れば羅馬法にては三種の認正あり。第一 後婚認正。legitimatio per rescriptum principis と云へり。

第三 養子

は家長権を有するなり。

(フィクション)を云ふ。己れと親子の関係を生ぜしむる法律上の偽制[擬制]人れと親子の関係を生ぜしむる法律上の偽制[擬制]養子とは他人の子女若くは独立人(自権者)を収養し

羅馬にては二種の養子法あり。

英国には法律には養子を認めず仏国にては之れを認め

第一 自権者収養 adrogatio

養親の家長権に属するなり。之れ殆も合家の如し。ば其養子と為りたるものの家族及び家産は其家長と共に[百七十二丁裏]他人にして家長たるものを収養すれ

第二 他権者収養 adoptio

旧家の族籍を脱し養親の族籍に移るなり。 他人の家長権に属する子女を収養するときは其養子は

にて死せるときは相続を為すに止まれり。養子は生家の族籍を離れずして、若し養親にして無遺嘱然しジヤスチニヤン帝のときに至り此方[法]を改め、

斯く二種其名を異にしたれども後に至りては右の二種 がたより養子の制ありたれども之れ等は祖先祭祀を為 古代より養子の制ありたれども之れ等は祖先祭祀を為 さんが為めなり。之れ昔日の養子の目的なりし。而して で後子せるが之れ第二の時代なり。第三の時代に進むと に養子せるが之れ第二の時代なり。第三の時代に進むと に養子せるが之れ第二の時代なり。第三の時代に進むと ででは養親の心を慰ぐさむるか又は子児を救助する為 がたては養親の心を慰ぐさむるか又は子児を救助する為 がたては養親の心を慰ぐさむるか又は子児を救助する為 がかを目的と為るに至る。之れ終りの時代なり。

たり。之れは但し第四の目的なり。

ちらに取らずして財産を他に移するに至るなり。左れば養子に代はるものは遺嘱相続なり。即ち人をこ

せり。

る現象なり。羅馬にて養子遺嘱并び行はれたるは之れ奇なる発達せ

養子を為すの要件

羅馬法にて養子を為すには左の要件を備えざる可から

ず。

の主義に出でたるものと其精心を同じくす。 数に婦女の如きは家長たるの資格なきを以て古代の羅馬 数に婦女の如きは家長たるの資格なきを以て古代の羅馬 故に婦女の如きは家長たるの資格なきを以て古代の羅馬 かつを発せり。此の勅令は近世の養子法即ち母を慰むる かつたるものは其恐嘆を慰むる為めに養子を為すを得ざりし。 なに婦女の如きは家長たり得べき資格有せざる可からず。

べき年齢に達するを要せり。に由る故に苟も養子を為さんとするには人の親たるを得馬法にては養子は自然に偽 [擬] すると云ふ法典の原則第二 養親たるものは結婚の資格を供ふ可し。抑も羅

前述の如く羅馬法の適婚年齢ピュバータス[pubertas]

pubertas 即ち完全の結婚年齢即ち十八歳に達するを要は男十四歳、女十二歳なりしが養子を為すには plenea

以上己れの年齢より隔たりたるを要せり。長の人を収養することは勿論出来ず、少なくとも十八歳又養子は自然に偽[擬]するものなる故に己れより年

返さざる可からずとせり。収養以前に被収養者即ち養子に属せしものは悉く之れを収養以前に被収養者即ち養子に属せしものは悉く之れをせざる自権者を収養せる者が後に至り離縁せしときは其又アントニーナス帝の勅令に依るに未だ適婚年齢に達

の財産の四分の一を請求し得べきものとせり。 ときは其離縁に当り被収養者は収養者 [百七十四丁裏] 若し又離婚のときに際し正当の理由を証明する能はざる 産を被収養者の相続人に返還するの保証を為すを要せり。 又収養者が適婚年齢に達する前に死亡せるときは其財

養子の効果

原則を厳敷実行し収養者と被収養者との法律上の関係は び自己の血統の相続権は悉く之れを失へり。 家長権を失ふ。而して其養子と為りたるものは其生家及 と為りたるものは其生家との法律上の関係は全く断絶せ 少しも父子の間の関係と異なる事なかりし。故に其養子 羅馬古代の法律にては養子は自然に偽 而して其実父は他家に養子せしめたる子に対しては [擬] するとの

ち養子は其家の相続人と為りしにして [百七十五丁表] 養者の生前に於て財産相続人を確定するに過ぎざりし。 少しくゆるくなれり。 而して其生家との法律上の関係は全く之れを保存したり は全く財産相続人の関係なりし。遺嘱を為すの替りに収 其後養子の性質一変して自然に偽[擬]するとの原則 養子は生家の家長権の支配を受けたるものなり。 其収養者と被収養者との間 の関係 即

子と為りしに在らず。

此時代には養子は近世の遺嘱相続と略ぼ其結果を同

くせり。

之れ理由ありて存ずる事なり。 約束なぞは之れを守る事危かりし。 は甚だ少なかりし。之れ古代は徳義進まずして信義及び 事に限らず皆其為す事現在の事にして将来に属せるもの 斯く古代には養子のみにて遺嘱の制の行はれざりし 抑も古代には契約其他 は

且つ将来に関する法律上の証跡を保存すること難か 1)

しを以てなり。 故に少しにても後々其証跡を要するものは儀式を以て

之れを為したり。

ジャスチニャン帝のときに至り養子の種類を分つを二

種と為せり。

完全なる収養、不完全なる収養之れなり。

甲なるものありて其子の乙に対する家長権を免除す。即 民と為りて己れの子孫の上に家長権を有するなり。 ち分家を為さしむるなり。 族親を[百七十五丁裏]収養したる場合を云ふ。 完全なる収養とは adoptio plena とを尊族親にして卑 然るときは乙者は全く独立人 例へば

全く其関係を絶つものなり。而して甲者の家族と為るな養者は収養者に対し相続権を有するのみならず乙者とは合するを以て養子の自然に偽するとの原則を実行し被収収養したるときは自然の血統と法律上の fiction とが相如き場合に於て若し甲者にして乙者の子即ち己れの孫を

対して相続権を得るに止まれり。収養者と生家との関係は絶えずして被収養者は収養者にして己れの子と為せる場合を云ふ。此場合に於ては其被して己れの子と為せる場合を云ふ。此場合に於ては其被不完全なる収養 adoptio minus plena とは他人を収養

家長権解除

と為す。

法律上家長権解除する場合は之れを大別して左の二種、法律上家長権解除する場合は之れを大別して左の二種べきものなれども茲には只羅馬法に付きて言ふのみなり。[百七十六丁表]家長権は勿論族制時代と共に解除す

場合。 単純なる法律上の働きのみにて之れを解除する

第二 双方の行為に由りて家長権を解除する場合之れ

甲 死亡 第一 単純なる法律上の作用のみにて解除する場合

に属するが如し。

「に属するが如し。

「に属するが如じに属するが如い。

「に属するが如じに属するが如い。

「に属するが如じに属するが如じに属するが如い。

「に属するが如じに属するが如い。

「に属するが如じに属するが如じ。

「に属するが如じ。

「に属するが知じ。

「に属

国あり。斯る国には長子相続行はるるなり。には家長の死亡により其家は継続するとの制度の依れる家と分るるなり。他の国[百七十六丁裏]即ち日本なぞ羅馬にては家長の死亡と共に五人の子あれば五人は五

し也。

し也。

立いし。故に人家の増すと人口の増加は甚だ必要なりを要したりしなり。第二の理由は羅馬は兵を以て起りした要したりしなり。第二の理由は羅馬は兵を以て起りしれ第二羅馬国は初めは小国なりし。故人家の数の増する斯く羅馬にて前述の如き何故に分家せるやと云ふに之

乙 身分の変換 capitis deminututio

前述の如く羅馬人の身分は三種の要素あり。自由、国

家族の三権之れなり。而して身分の変換とは之の三

民

家族権の二権をも并び失ふなり。之れを称して身分の大善若し羅馬人にして自由権を失ひたるときは国民権及び権中の一を失ひ又は之れに変動を生ずることを云ふ。

変換と云ふ

と云ふ。 は家長権をも合せ失ふなり。之れを称して身分の中変換は家長権をも合せ失ふなり。之れを称して身分の中変換著し自由権存じて国民権即ちシビタスを失ふたるとき magna capitis deminitutio [百七十七丁表]

media capitis deminutio

は之れを身分の小変換と云ふ。 若し又自由国民両権を存じて只家族権のみを失ふとき

minima capitio diminutio

るなり。

規則より取りしなり。る)なる語あり。而して其起りは羅馬法の身分大変換の[百七十七丁裏]国際法に jus postliminium(境を越ゆ

り死亡せるものと見俲すなり。
擒にせられて死亡せるときは其擒にせられたる日、

るものの如し。
るなり。即ち外国に帰化降参せるもの流刑に処せられた
族権を失ふなり。即ち家族権を失ひ且つ家長権を免かる
身分の中変換を受けたるものは国民権を失ひ并せて家

せり。然し最初は然らず。
されは少しも恥辱に在らざるものなりと羅馬法には見効あり。又左程にもあらざる[百七十八丁表]事もあり。身分の小変換とは大に之れが為めに栄誉を害する事も

丙 家長の過失

もかまわざりし。之れ大に進歩したるジヤス[チニヤ よりて家長権を失ふ。之れ等は古代の羅馬法にては少し の其娘に売娼せしめ又は家族を露宿せしむる等の所為に ン〕帝頃の法律なり。 過失に依りても家長権を失ふなり。譬へば家長たるも

顕職に就くを以て之れを失ふ

帝のときは宮中顧問官に為りし者は家長権を免かれたり。 官に迠之れを及ぼせり。 而してジヤスチニヤン帝のときは其範囲を拡め他の高等 権を失ひ又は之れを脱するものなり。コンスタンチーン 例へば羅馬ノ古法によるに高僧と為りたるものは家長

変換なり。 [百七十八丁裏] 右に述べし所は法律に依りて生たる

第二 双方の合意に依りて家長権の解除

双方の好意によりて家長権を免除する尤も最しき例は

emancipatio(手より放つ儀。)なり。

のときに当り此複雑なる儀式を避んが為めに家長権を免 きは其子は自由人と為るとせり。其後アナシタシヤス帝 十二銅表によるに若し父たるもの三度び其子を売ると

> 除せんとするものは皇帝の特許を以てするに至れり。而 以て方式とせり。 め家長にして相当官吏の面前に於て其意思を陳述するを しジヤスチニヤン帝のときに至り猶其手数を省かんが為

第六章 後見 tutela

なるものあり。斯の如き場合に於て法律は他人をして其 くは精神上の有様よりして家長権を自ら行ふには不適当 格を失ひたるときは[百七十九丁表] 其家族にして男子 自権者の身体財産を保護監理せしむるものなり。 と為り自ら家長権を有す。然るに家長にして年齢身体若 たるものは若し他人の家長権内に属せさるときは自権者 家長死亡せるか又は其他の理由に依りて家長たるの資

法律は公益の為の後見の制度を設くるに至れり。 其初めに於ては後見は家長の継続にして後に至りては

後見人を要する場合は

幼齢(年齢)

身体若くは精神上の欠点

第二 女性

第一 年齢

羅馬法には近世の法律に比すれば年齢によりて人民の [百七十九丁裏]

法律上の資格を生ずること多かりし。

稚と云へり。 「infantia」とせり。幼稚とは話す事の出来ぬとの義なり。 人生にて二歳に達する迄は之れを幼稚 infance

適婚年齢とす。 男子は十四歳、女子は十二歳に達する所を pubertas

pubertatis aetas 即ち完齢とせり。(完全年齢。) 男子十八歳、女子十六歳に達せるときは之れを

となるなり。
廿五歳以上に達すれば全く他人の監理を受けざるもの

て之れを補充せざる可からず。 男女七歳に至る迄は理会力 intellectas 判断力 judicial 別女七歳に至る迄は理会力 intellectas 判断力 judicial 男女七歳に至る迄は理会力 intellectas 判断力 judicial 別女七歳に至る迄は理会力 intellectas 判断力 judicial のとれを補充せざる可からず。

承諾を為すの能力を有するなり。 男女適婚年齢に達すれば結婚上の関係に関しては自ら

又適婚年齢に達する迄は後見人の監理を受くるものな

り。

適婚年齢に達せしより完全年齢に達する迄は管財人即

ち tutor [curator] の監理に属す。

第二 身体若くは精神上の欠点

は pubertas を越するも管財人の管理に属す。 自権者して瘋癲白痴なるもの又五官中に欠点あるもの

とれなり。 東尤も著しきものは彼の有名なる Lex Papia Poppaea 其尤も著しきものは彼の有名なる Lex Papia Poppaea 頃に至り婦女の生涯の後見を免かるるの端緒を開けり。 一生涯法律上独立の位地を得ざりし。然るに帝国の初め 又夫の死後は其相続人の家長権内に属す。斯く婦女は

ものは他人の後見を免かるるの事を得るとせり。 此法令に依れば人の妻にして三人以上の子を挙げたる

[百八十一丁表]

後見と為ることも得るに至れり。

後見人の種類

羅馬には三種の後見人あり。

第一 遺嘱後見…… (tutela testamentaria)

第二 法定後見………(tutela legitina)

第三 選定後見…… (tutela dativa)

見人を云ふ。十二銅表に依れば家長たるものは其財産及遺嘱後見人とは家長の遺嘱に依りて選定せられたる後

ときは法律は後見人と為るべき一定の順序を定めり。即むるとあり。若し家長にして遺嘱を為さずして死亡せるび其家族に対する後見人の所分を遺嘱によりて之れを定

れに任せり。[百八十一丁裏]

ち最近の agnatic の親族(即ち家長の親族。)を以て之

家の親族たるコグネートは然らず。

然るに後に至りて agnate と cognate と同等の位地を

したるもの其後見人と為れり。得るに至りては男女両系親にして尤も其被後見人に近接

れを選定後見人と云ふ。 praetor tutelaris 市府奉行之れを選定せるものなり。之善若し遺嘱後見人も法定後見人もあらざるときは

近世諸国の法律にて後見人を定むるも殆ぼ羅馬法の右

の順序によれり。

り。) 公務と見俲すに至れり。(之れ後に至りて発達せる考な公務と見俲すに至れり。(之れ後に至り羅馬法は後見の職務をす可きものなり。然るに後に至り羅馬法は後見の職務を前述の如く後見なるものは 固 と家長権の継続と見俲

辞するとせり。 故に法律に定めたる特別の場合を除くの外は之れを がに不在なるもの又は lex Papia Poppaea に依りて羅馬 めに不在なるもの又は lex Papia Poppaea に依りて羅馬 は一ては三人、伊太利にては四人、他の属国に於ては五人 にては三人、伊太利にては四人、他の属国に於ては五人 以上の子を挙げたるもの及び七十歳以上の老人は之れを辞 故に法律に定めたる特別の場合を除くの外は之れを辞

幼年者に対して負債の関係を有するものは後見人たる

を禁ぜり。

ず。 法の原則なり。故に八歳以上の幼者にして後見人の参加 可するの権を有す。凡そ幼年は法律上の取引によりて己 幼者は主と為り後見人之れに参加せり。 を為したる対手は其取引より生ずる義務を免かるるを得 れを益することを得るも己れを損する事を得ずとは羅馬 は其身体財産に付き専断せり。 ものなり。 なくして為したる取引は幼者利益のある場合は之れを追 会力を有すれども未だ判断力無き故法律上の取引にては 0) 後見人の職務は其被後見人の身体財産を保護管理する [百八十二丁裏]することを得たりし。 幼者は後見人の認可ある場合を除くの外は 義務を負はず。 而して若し被後見者が七歳以下なれば後見 七歳以上なれば幼者は理 且つ其取引を認 又幼者と取引 一切法律

後見人の職務の消

後見人の職務は次の理 由によりて消滅す。

後見人若くは被後見人の死亡。

被後見人の身分の変換。capitis deminutio

後見人其資格を失ひたるとき。

第四 被後見人適婚年齢ピュバ ータス [pubertas] 12

達せしとき。

見を免かる。 羅馬法の現象のみならず古代社会の法律一般の現象と云 右に述べたる所に由れば男子十四歳に達すれば己に後 斯の如く後見を免かるる年齢の早きは独り

ふも可なり。

て別に差支えなかりし。 にして十四歳の年齢に至れば普通の経験を以 [百八十三丁表] 其理由は古代社会は其組織甚だ単 5而世に処し 簡

後見の年齢を変更するの必要を見るに至れり。 の経験を以て世に処するは充分六ヶ敷なれり。 然るに社会斯く進み人事の関係複雑に赴くに従ひ普通

る場合は即ち次の如し。 財人の管理を受く可きものとせり。法律上管財人を要す 迄は其財産に関してはキュレート 曲 り適婚年齢に達せるものと雖ども完齢廿五歳に達する 故に羅馬に於ては紀元百七十年の頃に発したる法令に ル [curator] 即ち管

第 癲疾聾唖其他の不具者も亦同

第二 浪費者。

適婚年齢以上、 完齢以下の幼者

百八十三丁裏

第四 適婚年齢以下の幼者と雖ども左の如き場合には

之れを有す。

甲 法定後見人其任に堪へざるとき。

乙 遺嘱後見人若くは選定後見人にして其任に堪へざ

るとき。

甲の場合に於ては後見人の外に管財人を置き管財人は

後見人に代りて財産を管理す。

乙の場合に於ては管財人は後見人と共に幼者の財産を

管理す。

除くの外は概ね後見人に准ずるものなり。 管財人と為るの資格及び職務等は前に述べたる場合を

[百八十四丁表]

羅馬法正編 第二巻

物件

権

法

Law of Things

のインスチチュートも此のガイヤスのインストに俲ひてンスチチュートに基けるものにして且つジヤスチニヤンつに大別せるもの多し。抑も此の分類法はガイヤスのイ近世欧州諸国の民法法典は民法を分つて人事物件の二第一章 古代に於ける物件 [権] 法の位地

皆ジヤス帝のインストに俲ひしものなれば右の分類法を編纂せることは前述せり。而して近世諸国の民法は概ね

為せるも勢の然ししむる所たり。

押も財産なるものは古代の法律に於ては独立の地位を有せるものにあらずして其初めに於ては族長其祖先を祭るの資料として之れを管理せるものなり。家族時代に於権を行ふ為めの資料と之れを為せり。故に族制時代に於権を行ふ為めの資料と之れを為せり。故に族制時代に於ては家長は妻子其他家族の上にも亦家産上にも所有権を可せり。此時代に在りては家産を除くの外は法律は財産を認めざりし。

ち所有権独立の端緒を開くに至れり。大い又は公務に従事せる家族其俸給として得たるものとか又は公務に従事せる家族其俸給として得たるものととか又は公務に従事せる家族其俸給として得たるものととか又は公務に従事せる家族其俸給として得たるものととが以高工業の進歩により [百八十五丁表] 家族たるものととが又は公務に従事せる家族其俸給として得たるものととが又は公務に従事せる家族其俸給として得たるものととがるに戦争等に当り家族たるもの敵より分取せるもの然るに戦争等に当り家族たるもの敵より分取せるもの

然らば所有権が家長権に分離したりと云ふ事は動産に初 業の財産として容易く他に移すを得るとの制度と為れり。 として容易に之れを他に移転するを許さず。 動産が財産の主要なる部分を占むるに至れり。 進歩と共に動産の価値を増せり。原初社会の財産は土地 まれりと云ふを得べしと信ず。斯くの如く古代法律は人 に土地家居等の如きは猶ほ 産と云ふ性質を有するに至れり。 古代の財産即ち不動産は猶ほ家産たるの性質を保有せり。 後に至りて発達せる財産即ち動産は家産に非らざる財 其後一己人の資格発達し族制の衰ふるに従ひ商工業の 家畜等に限れるものなりしが商工業の進歩と共に [百八十五丁裏] 一家の財産 故に中世の法律を見る 動産は商 此に於て 工

> ものなりと云ふを得可し。 法と分離せる故法律上所有権なるものは近世に発達せる事法其全体を占め社会の進歩と共に漸々に財産法、人事

第二章 物及び物の分類

るに尤も通常なるものは レス res 即ち物は権利の目的(object of right)と為 とも権利の目的と為し得べきものあらざれば法律上物と ものは之れを物と云ふ。 「百八十六丁表」 ものは之れを物と云ふ。 「百八十六丁表」 ものは之れを物と云ふ。 「百八十六丁表」 とも権利の目的と為り得べき とのあらざれば法律上物と とるに尤も通常なるものは

第一 動産及び不動産の区別 res mobilis, res

immobilis

ざるものなれば之れを不動産と云ふ。又其物の本質を損ずるに在らざれば動かす可から云ふ。又其物の本質を損せずして動かし得べきものを動産と此の区別は物の性質より生ぜし区別なり。

此の分類法は羅馬法にて尤も晩く顕はれたるものなり。

占むるに至りたるは余程社会の発達した後の事なり。前述第一章にも云ひし如く動産が不動産と同一の位地を

然れども古代の分類法は斯の如く物の性質に依りて為

せるものにあらず。

羅馬にて尤も古き分類法は左の如し。

[百八十六丁裏]之れ物の物質上の区別にあらずして第二 res mancipi, res nec mancipi の区別也

実に大切なる事なり。

別及び其沿革法理の関係は十二銅表の法理を説明せるとレス。マンシピー及びレス。ネック。マンシピーの区

き已に略説せし故に茲に再び述べざる可し。

よりての区別なり。 大切なるものと然らざるものと区別にして即ち其価値に隷等の如きものにして此の区別は羅馬古代に於て特別にレス マンシピーは羅馬古代に尊びし土地、家畜、奴

にして之れ等も歴史上の区別にして尊卑の別なり。らずして矢張り価値上の区別なり。即ち実産人産の区別英法の real, personal の区別も全く物質上の区別に在

res in nostro patrimonio 第三 私有内の物及び私有外の物

(things in our private property) [百八十七丁表]

res extra nostrum patrimonium

「ハっざい。):):値:けい。 て物を分つて人民の私有に属し得可きもの私有に属し得 ジヤスチニヤン インスチチュート第二巻の初めに於

私有外の物件と称するものは其性質上民有と成り得は可からざるものとの二種とせり。

のを総称せるもの成り。故に私有外のものを分つて左の或は公有物と為りたるもの又は現在何人にも属せざるもざるもの又は法律を以て民有を禁じたるもの又は官有物

第一 res comnunes 通有物 空気水の如し。

四種とせり。

第二 res publicae 公有物 海水、道路の如し。

第三 res universitatis 共有物 市府に属せる公園

第四 res nullius 無主物

の如し。

第一 res comnunes 通有物

[百八十七丁裏]

も伝はれり。云ふ。空気、光線、海水等の如し。右の分類法は現世に云ふ。空気、光線、海水等の如し。右の分類法は現世にレス コンミューンは人類普通に私用し得べきものを

第二 res publicae 公有物

し。)譬へば港湾海岸道路河流等の如きもの之れなり。代には国と云ふ考へも無かりしかは主権的にも解かざり、レス パブリカは人民一般に属せるものなり。(此時

せるもの故に之れを私有以外の者と称せり。を禁ずる事を得るものとせり。斯くの如く国民一般に属用いるを許してはありたれども其国は何時にても其使用り。故に其河流港湾道路等の如きは外国人にても之れを此等の物件は羅馬法にては国民一般に属せるものとせ

海の議論も出でたるなり。考なり。此の[百八十八丁表]議論よりして国際法の領羅馬法にて国際法に大に左右せしものは之の公有物の

第三 res universitatis 共有物

を総称して斯く云へり。し。即ち公園演劇場の如き都府等の共同体に属せるものし。即ち公園演劇場の如き都府等の共同体に属せるもの共有物は公有物に比すれば其使用の範囲少しく狭かり

第四 res nullius 無主物

れを細別すれば無主物とは現に何人にも属せざる物件を云ふ。猶ほ之

しものの如し。 第一 法律を以て私有を禁ぜしもの 譬へば神に上り

魚鼈等なり。 第二 未だ何人にも属せざるもの 山野の禽獣河海の

第三 他人の遺棄したる物品

第四 敵の所有物

がざりし事は素よりの所なり。近世の法律に於ては公法上の権利は其国民たるの資格がざりし事は素よりの所なり。がるに古代の法律にては公法私法二つながらの権利は凡そ法律が之れを認めずと云ふ事は已に羅馬法の権利は其国民ならざれば之れを有するを得ずして外人の権利は其国民ならざれば之れを有するを得ずして外人の権利は其国民ならざれば之れを有するを得ずして外人の権利は其国民ならび終わざりし事は素よりの所なり。

方法とせり。 との原則に依り敵人の物は分取を以て其所有権を得るのとの原則に依り敵人の物は分取を以て其所有権を得るの故に無主物は前占 occupatio に依りて所有権獲得する

インス[チチュー]ト第二巻第一章第七節より第十節迄法律を以て私有物を禁止せし細目はジヤス[チニヤン]

を見る可し。

有形物、 無形物

[百八十九丁表]

res corporales, res incorporales Inst v.2 t.2 s.192

有形物、 猶ほ存在せる分類法なり。 無形物の区別は羅馬法に初まりて近世に至る迄 抑も有形物とは人の官能によ

りて感触し得可きものなり。 土地、 家屋、 牛馬、

如きものなり。

使役、 云ふ。 無形物とは実形を有せずして権利と目的と為るものを 法鎖 obligatio 等の如きは羅馬法にて無形物中に 譬へば相続権、 収実権 (usus fructus) 使用権、

成るときは之れを物と見俲すものなり。 此等のものは皆其自身権利なれども他の権利の目的と 算入せり。

よりて知り得可きものなりとの定義を下せり。 ヲースチン曰く人に非らざる永久の物体にして官能に 即ち永久

の物体とは人の五官に対して幾度となく同一の現象を顕

[百八十九丁裏]

はし得るものなり。

[第三章 所有権

[dominium は]長と云ふ事にて dominium なる名称は

るものなり。 羅馬法に於て未だ一己人財産を認めざる前より初まりた 後に至りて は 一己人の所有権をも

dominium と称するに至れり。

抑も dominium は

占有 possessio

使用 usus

収実 usus fructus

消滅

abusus

右の四権より成り立つものなり。

先づ其所有権を細識する諸種の要素を明かにせざる可か 故に羅馬法に於て所有権の性質を明かにせんとなれば

第五巻に続くべし。

[百九十丁表]

羅馬法筆記五巻 跡静遉民

possessio は法律家中にはやか ましき問題なり。

第四章 占有 possessio

第一 定義

占有とは自己に所有するの意思を以て有形物を所有す

穂積陳重博士『羅馬法講義』 第二編 羅馬法正編第一巻及び第二巻(吉原)

一〇九 (一〇九)

り。即ちることを云ふ。右の定義に依れば possessio の二原素あ

[百九十丁裏]即ち其物件を占領し他人より之れを暴体質上の原素 corpus of possession 之なり。精神上の原素 animus of possessio[n]

[妨]害せらるるに抵抗する外形上の有様を体質上の原

置く者は其書籍を占有するなり。書棚の上の書籍を持つ者は倉中の物件を占有するなり。書棚の上の書籍を扱ふを備ふれば体質上の原素は備はるなり。例令ば鍵をの触接を要せず、只他人を廃斥して自己にて其物件を取の触接を要せず、只他人を廃斥して自己にて其物件を取り、

素と云ふ。

ては之れを占有者と云へり。 精神上の要素即ち animus と称せらるる者は其占領せ に立れを占有者と [百九十一丁表] にても羅馬法にては其意思の善悪を問はざりし如くにて法律上 る物件を自己の所有と為さんと云ふ意思を云ふ。而して る物件を自己の所有と為さんと云ふ意思を云ふ。而して に立れを占有者と云へり。

凡そ物件を占領する意思に三段あり。

する有様の如し。 は監督するに過ぎず。例令ば雇人其主人の所有品を占領 第一、或る場合に於ける他人に属せる物件を保監若く

賃借人が借物を占領するが如き等の場合なり。例令ば質屋が質物を占領する等の如く。或は其占領者は或る定度に至る迄は自由に之が所有を為すを第二、又或る場合は人が他人の物件を占領し居れども

せることあり。 第三、或る場合には人が自己の所有に属せる者を占領

有と云ふ。 第一の場合には representative possession 即ち代表占

ると云ふことは出来ぬ。 [百九十一丁裏] 即ち其占有者は自身に占有権を有す

ふ。 第二の場合には deliverative possession 伝来占有と云

しては其所有主も権利を有することを認むるなり。即ち其占有者は自己に占有権を有すれども其物件に関

即ち占有者に権利有ること勿論なり。 第三の場合には absolute possession 純粋占有と云ふ。

第一 [の] 代表 [占有] と第三 [の] 純粋占有の場合

の主義と其採る所を異にせり。に属せるかの問題に付きては羅馬法族の諸国と英国法族なし。然るに第二の伝来占有に付きては其占有権は何人に於ては其占有権が何人に属するやに付きては少しも疑

animus domini[百九十二丁表]主人の意思と云ふ。に所有するの意思あることを要せり。此の意思を称して羅馬法の主義に従へば占有すれば必ず其占有者が自己

はず。 り。故に其占有は事実たるに過きずして未だ占有権は持り。故に其占有は事実たるに過きずして未だ占有権は持 伝来占有者は animus domini を持たざるは勿論の事な

世り。 田耳曼及び英国の主義に由れば占有に必要なる日耳曼及び英国の主義に由れば占有に必要なる

第二 占有の保護

ふ問題に関しては近世の法理学者種々の答案を為せり。法律は何故に所有者に非がし占有者を保護するやと云

第一、意思自由を保護するの説

[百九十二丁裏]

第二、人類平等の権を保護するの説

第三、人身保護の説

第四、財産保護の説

第一 意思自由 [を] 保護 [する] の説

法律が占有の事実を保護するは法律が人の意思を保護

するに依るなり。

禁ぜし所以なり。

禁ぜし所以なり。

本動かし得るものは社会一般の意思を代表する[百九十三丁表]裁判所の判決に出りて其占有を奪はれしは兔も角も他の人民より干渉を受く可き理由なく干渉を受く可きものに非らず。独り能く之を動かし得るものは社会一般の意思を現ましたるときは他人の前間で其占有を奪はれしは兔も角も他の人民より干渉を受く可き理由なし。之れ即ち法律が故なくして他人の意思を事するを禁じ故なりして他人の方用を引いるときは他人の意思を存するを禁じ故なりして他人の方相がならして他人の意思を持た。

此説には穂積博士も亦賛成の意を表せり。由の外形上の実行なりと云へり。

第二 人類平等 [の権を] 保護 [する] の説

「百九十三丁裏」即ち現在の所有者の利益を減じて自己の利益を増さんと人を強迫し又は [欺罔] して従来の平均を動かす者なり。保護する結果にて他人の占有を害する者は故なくして他保護するは代漢半等の権を此説に従へば法律が占有を保護するは人類平等の権を

以なり。 法律が占有を保護するは即ち斯の如き所為を禁ずる所

名なるウインドシヤイト氏なり。
此理を唱ふる人の中にも尤も有名なる独逸の非常の有

第三 人身保護の説

も有名なるサビニー氏なり。 人身保護の説を唱ふるの主唱者は占有論に関しては最

一切の暴行不法なればなり。延張したる者なり。而して法律が占有の防害を禁ずるは近張したる者なり。而して法律が占有の防害を禁ずるは人身の保護を氏の説に由れば法律が占有を保護するは人身の保護を

者の身体と其占有の事実との関係より生ずる者なり。同氏の言に曰く、法律が占有を保護するの理由は占有

の特別の権利を犯されたりとは云ふ可らず。(即ち占有故に若し人ありて其占有の事実を犯すときは其占有者]

右に掲げたる四説の可否に付きては学者の間

の議論未

護する所以なり。 以前の状態に復せしめさる可らず。之れ法律の占有を保身体上に受けたる変更を恢復せんとなれば法律は之れを身体上に受けたる変更を恢復せんとなれば法律は之れを旦強力(即ち制力 conpulsion)に由りて占有者が自己のを受け幾分の損失を蒙むる者たるや疑ふ可らず。故に一権。)然れども占有者の人格は之れが為めに幾分の変更権。)然れども占有者の人格は之れが為めに幾分の変更

(personal existence は身体のみに有らず。)

を伸張したる者なり。 「百九十四丁裏」係ある所以にあらず。地権利は法律が人身に附与する権有の直接の侵害に対して此起訴を許す所以は所有権と関英の判決例中にも同様の説見えたり。英文に曰く、占

第四 財産保護の説

有名なるイエリング氏の主張する所に由れば法律が占有の事実を保護するは所有権を保護するの一部として占有を保護し而して其占有は正当なる財産を保護にして若し占有の事実を保護せざれば所有権も決した。というでは、
はず。故に占有者以外の人民が現在の占有を保護するの一部分なり。
なる能はず。故に占有者以外の人民が現在の占有を保護するの一部分なり。
なる能はず。故に占有者以外の人民が現在の占有を保護するの一部分なり。

第三 占有の効果

サビニー氏の説に由れば羅馬法には占有に二つの効果

あり。

possessio が dominium と為る。第一、占有者は時効に由りて所有権を得る。即ち

に保護を受く。 第二、占有者は interdictum 即ち禁令状に由りて占有

生ぜし者なり。有するものとの間には法律上の効果に由りて善悪差異を有するものとの間には法律上の効果に由りて善悪差異をざりし。然し善意に由りて占有する者と悪意に由りて占前述の如く羅馬法にては敢て占有の意思の善悪を問は

の方法は所有権獲得法の一に依らざる可らず。例令へばる者ならざる可らず。又[百九十五丁裹]其占有を得る有を始むるの時に当り自己に占有するの権ありと思考せ善意及び正当の名義を要せり。代言すれば占有者は其占前述の二个の効果を内第一時効 praescriptio なる者は

二年、 得ることを得ず。然し善意あり且つ所有権獲得法の一に 固より所有権獲得法の一に依りたるものなれども res 引渡に依りて之れを買ひ受けたる場合に於ては其買主は 有権を獲得するなり。然しながら若し其買主にして其物 res mancipi を売買するの場合に於て其買主 mancipatio るは勿論なり。 そし品を占有すれども時効に由りて所有権を得る能はざ 所有権を得ることは勿論出来ざることなり。故に盗賊 を欠きたるときは前記の年限経過するとも時効に由りて とせり。 possessio[百九十六丁表]に由りて所有権を得るもの の res mancipi たることを知らずして普通の traditio の の儀式に由りて買ひ受けたる者正当の名義を有し且つ所 効果を生ぜず。 はずと雖ども善意に依るの占有に非ざれば、(第一)の 由りたるもの故に其物の占有 possessio を得るを得たり。 mancipi の譲与法に依らざりしもの故に直ちに所有権を 斯の如き場合には羅馬の古代法に由るに不動産なれば 動産なれば一年の間其占有を継続すれば 然し若し前述の二要素即ち善意と正当名義の 故に羅馬法に於ては占有の意思善悪を問

interdictum 禁令状は praetor の発するものなり。他

・・「 」 第 一、占 有 獲 得 の 令 状 interdictum adpiscendae 占有の保護に関しては interdictum を区別して三とす。

possessionis [causa]

possessionis [causa] の令状 interdictum ritinendae

possessionis [causa] 第三、占有恢復の令状 interdictum recuperandae

又令状を区分して左の三とす。

第一、禁止令状 interdictum prohibitorium

第二、恢復令状 interdictum restitutorium

者が占有を獲得し又は之を保続し又は之れを恢復するをする[百九十七丁表]令状なり。即ちプレートル其占有布の二つの分類法中第一の分類法は占有者に対して発第三、提出令状 interdictum exhibitorium

公認するの令状なり。

第二の分類法は占有を犯したるものに対して発する令状なり。即ち為害者に対して出すなり。即ち禁止令状は他人の占有を害するものに対して発するなり。恢復令状状なり。即ち為害者に対して出すなり。即ち禁止令状は状なり。即ち為害者に対して出すなり。即ち禁止令状はれを法庭に提出せしむるの令状なり。即ち禁止令状はれを法庭に提出せしむるの令状なり。

此六個の令状が占有を保護するなり。

者は左の如し。 第一の効果は意思善意ならざれば生がず。第二の効果 第一の効果は意思善意ならざれば生がず。第二の効果は前の二つに止まると云ひいまでがの保護は占有の意思の善悪に関せず、之れを受いが、第一の効果は意思善意ならざれば生がず。第二の効果

甲、占有物に関しては証明の責任は onus probandi は

を得るなり。 乙、占有者は其占有を保護する為めに強力を用ゆる事

常に反対者に帰せり。

丙、或る場合に於ては占有者は其占有物を使用若くは

第五章 地役権

にせざる可らず。
の子をして互に相犯[百九十八丁表]さざらしめざる様律が社会を維持して其団結を固くせしとなれば其社会の故に法律と云ふ者は即ち社会凝集力の一つなり。若し法故に法律は人類共存の一条件と云ふことは前述せり。

二人して行はしむること必要なり。利を行ふと他人が其自身の権を行ふと共に成立する様に勿れとの原則を益益厳に行はざる可らず。加之己れの権なるに従ひ法律は己れの権力を行ふ為め他人の権を犯す然るに社会進歩して社会各員の内の交通取引愈々繁く

基礎なり。 大く受けしむる様に定めざる可らず。之れ即ち地役権の共権利を全ふせしの双方をして其権利の利益を成るべくに於ては其所有者相互の間の権利義務を定め相方をして然らば一人の所有物、他人の所有物と相触接する場合

原則の一例としては甚だ貴重なるものなり。従来の法理故に地役権と云ふは法律は人類共存の一条件なりとの

なり。 慣習も地時代よりして少しく発達せり。 の制 表]進むに至り各酋族互に芳草の生ずる土地或は霊泉の に関する関係を感ずること極めて無かりし。 りて生ずるものにて原初社会にては其必要を見ること少 と信ず。 然れども予は隣地を侵犯す可らざるの地役の如きは途上 或は一人の事業と他人の事業と触接する場合を規定せり。 学者は すれば人と土地との関係少しく厚くなれり。 流れる土地を選びて家畜を養ひたり。 Ш かりし。 に於て他人を倒して通行する能はざると同一 故に法理学者は往々之を一 土地と触接するが如きは其関係は永続し常に存するもの 而して其関係たるや時々に発する者なり。 る者に非ずと信ず。 る所に由れば其性質に於て決して[百九十八丁裏]異な 野河海よりして人類其生活の業を得たる者故に其境界 度は未だ顕はれず。 故に他の権利とは一見すれば異なる様に見ゆる。 右に述べたる如く地役権は元と土地の 例令ば猟狩時代に於けるが如きは無主物同様の 種特別の権利なりと明言せり。 只他の権利は人と人と触接する場 社会牧畜時代に 種特別の権とせし所以なり。 故に猟狩時 然れども予の 故に余の見る所 然るに土地 [百九十 従て地役権 の理由 故に地役の 触接に由 九 なり 見

も古き地役権ならんと信ず。 水咬の権と云ふ意)、actus 従者通行権 等の如き、尤為ずかの権と云ふ意)、actus 従者通行権 等の如き、尤にては羅馬法にある各種の地役権の中にては牧畜権

り。
ことは此時代に於て大に発達せることは疑もなきことな故に 益 地役の必要を感ずるに至る。故に地役権と云ふ故に 蓋 地役の必要を感ずるに至る。故に地役権と云ふ 農業時代に至りては耕作地の境界互に相接するに至る。

二つとせり。即ち [百九十九丁裏] 羅馬法にては地役を別ちて市府地役権、田野地役権の

servitutes praediorum rusticorum 田野の意。

其中田野地役権は市府地役権に先ち此時代に発達せしservitutes praediorum urbanorum 市府の意。

者ならん。即ち田野地役権の重なる者は左の如き者なり。

ite 徒歩通行権

via 通行権。(馬にても車にても。)

acquae ductus 引水権

acquae haustus 汲水権

此の如き権は社会の農業時代に達せる時已に起りたる

に相違なる。

oneris ferendi(建物を支へしたる地役権。)

材嵌入権。 jus tigni immittendi(材木を突き入るる権。)即ち梁

ぶべし。
地役の発達は概ね前述の如し。是より地役の性質を述地役の発達は概ね前述の如し。是より地役の性質を述其他は水権或は光線権等は此時代に発達せるものなり。

地役の性質

の権なりと云へり。他人の所有に属せる物件を特定せる法律により使用する。サースチン氏は地役の定義を下して曰く、地役権とは

右の定義に由れば

第一、地役権は他物権の一種なり。(pledgee の権も

[二百丁裏]

亦然り。)

第二、地役権は使用権の usus の一種なり。

第三、地役権は制限せられたる方法に由りて使用する

の権なり。

違

右の定義に従へば所有権と servitutes 即ち地役権の相

第一、所有権にては使用の方法定まらず。地役権にて

は其使用法定まれり。

役権に於ては其目的物己れに属さず。 第二、所有権に於ては其目的物の全体己れに属す。地

一的に対して此権を持つ。 れば地役権を有するものは其供役地の所有主は勿論世人地役権と云ふは物権 jus in rem の一種なり。如何とな

praedium dominans 主役地

然し羅馬に於ては法典及び学者の論文等に於ても地役praedium serviens 供役地 [二百一丁表]

を権利と為さずして之を義務として論ぜる者多し。

務と解けり。独り地役のみを義務とし法典の他の部分はと、 を基礎とせる時代なり。然し現今の法典に於て之れを義羅馬にて之を義務なりとせるは未だ其法律全く義務本意る charge 負担とせり。義務の点より之を解けるなり。の所有者に関したる不動産の使用及び不動産に負しめたの民法六百三十七章に地役の定義を下して地役とは他仏民法六百三十七章に地役の定義を下して地役とは他

との唇を免かれざる可きなり。悉く権利の点より之を論ぜるは法典の基礎を迂々にせる

地役権は羅馬法より起りしものなり。之れ羅馬法にて

は大切なり。

数部にのみ関する jus in rem なり。

aliena の一種なること明なり。 こともあり。 無期借地権、 のなり。 方法を定限せられたり。 は其使用の方法を限らず地役権を有するものは其使用 るものと地役権を有するかの差別は支分権を有するもの 分れて居る者なり。所有権の支分権は其所有者に属する 所有権の支分権即ち使用権、 右 の定義に由れば 所有権の支分権は所有権に反対して立つものに 故に地役権は必ず所有権に反対して立つも 地表権、 servitus は他 地役権の四を以て他物権とす。 且つ地役権は常に必ず所有権と 収実権及び所有権を有す 羅馬法に於ては抵当 物 権 即 ち jus in re

地役権は通常之れを左の如く分類す。説を唱ふる者あり。此説は其当を得たる者とは思はれず。役権は所有権の支分権にして他人に属せるものなりとの非らず。故に近世の羅馬法学者[二百二丁表]中往々地

第一 積極地役、消極地役

第二 継続地役、不継続地役

第三 属人地役、属地地役

(Personal & real servitude)

す。 の権を有し、積極供役主は patiendi 即ち許容の義務を有行ふ。故に羅馬法典には積極地役主は faciendi 即ち所為行ひ、消極地役権を有するものは消極的に自己の意思を積極地役[権]を有するものは積極的に自己の意思を

消極地役主は vetendi 即ち禁止の権を有す。

の義務を負ふと云ふこと法典に在り。 [二百二丁裏]消極供役主は non faciendi 即ち不所為

間断なく行はるるものなり。地役中にても梁材嵌入権の如きは其地役の行はるる間は例令ば凡ての消極地役の如きは又継続地役なり。又積極継続地役とは間断なく供役地の上に行はるる地役なり。

の差あり。)

「大きなのでは歩行に間断ありや否やに由りて継続不継続なり。例令へば歩行権、汲水権の如し。(権利は常に続なり。例をなりを行権、汲水権の如し。(権利は常に続いの)の差別のは積極地役主が時々供役地の上に行ふもの

例へを用いたるを誤解したるに過きず。法理上より論ず るのみなり。 るときは権 の主体の如く論ずる人もあり。 務等の言語を用いたり。 如く書せり。 ては主領地は其権利を有し供役地は其義務を負ふもの 羅馬法に於ては便利の為めに屡々属地地役の場合に於 [者] たるの説を採り、 |利義務の主体たり得べきものは単 故に法学者中往々土地の権利又は土地の義 独逸の羅馬法学者中往々土地は権利者たり 主領地、 地役の場合に於ては土地 然れども之れ皆羅馬法 供役地は恰も権 和義務 人あ が 0

の比喩を過信して之れを牽強附会したるに過ぎず。無形人と為すの説を唱ふる人あり。此説たるや羅馬法典

例令ば家畜の権を有するものなれば毎日自分が飲む丈けたとへ 其家族の日用に供する為めに収実するの権をも含めり。 但し羅馬法に於ては単に使用のみならず使用者自己及び 別なる離れたる物と見做すの は収実権の内に属せるものなり。然し之を所有権 の権は其内にあるなり。 は物件の本体を損せずして之れを使用するの権を云ふ。 本体を損せずして之を使用する果実を収採するの権を云 の如き区別の存するを以てなり。茲に収実権とは物件 民法上の果実をも含む。使用権 usus と称するもの 而して茲に果実と云ふは所謂自然の果実、人為の果 人地役と云ふは所有権の支分権にして使用権は若く [二百三丁裏] 理由 とは特 は前 \mathcal{O} 沭

点は左の如し。 ては之を通常の使用権と区別せり。其之れを区別するのあり。住居権とは家屋に住居するの権なり。羅馬法典に又羅馬法にては habitatio 即ち住居権も属人地役中に

第二、不使用又は身分の変換に由りて其権を失ふこと第一、住居権を有するものは之を他人に賃貸するを得。

ふ。 目的となるの土地を praedium serviens 即ち供役地と云り使用権に属することは疑ひなきことなり。而して其使用のに由りて便益を受くるの土地を主領地と云ふ。其使用のに由りで便益を受くるの土地を主領地とっ。属地地役とり使用権に属することは疑ひなきことなり。属地地役となし。然し法律 [二百四丁表] 上より之れを見れば固よ

るに適する者たるは勿論なり。[せざ]るものなれども其位置近隣にして其便益を受く[せざ]るものなれども其位置近隣にして其便益を受す主役地と供役地とは必ずしも常に相隣接するを要す

土地に附加することを得ず。 与等を為すを得ず。又一の土地より分離して之れを他の 主に帰するものなり。又主領地より分離して質入賃貸譲 地の所有権移転する毎に地役権は之れに随従して新所有 属地地役権は其主領者に附着するものなり。故に其土

るの権利なり。るの地役にして田野地役は[二百四丁裏]土地に附属すの二種となせり。市府地役は前述の如く建造物に附属すの二種となせり。市府地役は前述の如く建造物に附属す羅馬法にては属地地役は之れを市府地役及び田野地役

くは特別の法律等なり。地役権を設立するの方法は合意、遺嘱、判決、時効若

するを得ず。 転の方法の如きは時間に限りある。故に茲に之れを詳解は変更と死亡身分の変換等なり。地役権の得送[喪]移役地主一人に帰するとき。)時効、物件の滅書[失]又地役権消滅する方法は合意、confusio 混同(主領地役

領有権 emphyteusis

権 emptyteusis 之れ実に有名なる権利なり。る三種の権利を認む。之れ有名なる権利なり。即ち領有羅馬法に於ては通常の所有権及び地役権の外猶特別な

表面権 superficies

[二]百五丁表]

質権 pignus

領有権と称するものは土地の所有者にcanon 年貢を払います。 は真正の所有者に年貢を納むるの義務あるのみなり。 が其土地を随意に所分するの権にして只所有権に異なるが其土地を随意に所分するの権にして只所有権に異なるが其土地に関する一切の収益(usus fructus)を為し及 係恰も契約上の関係の如く所有者に年貢を納むるの義務あるのみなり。 の点は真正の所有者に年貢を納むるの義務あるのみなり。 の点は真正の所有者に年貢を納むるの義務あるのみなり。 の点は真正の所有者に異なるが其土地に関する一切の収益(usus fructus)を為し及 のは土地の所有者に canon 年貢を払

表面権又は地面権

他人に移し又遺嘱のときは相続人に移るものなり。表面を使用するの権なり。例令ば其表面に家屋を建造することは出来れども之に井を穿ち又は溝堰を掘る能はず。表面を使用するの権なり。例令ば其表面に家屋を建造す

質権

なり。 pignus 即ち質権とは債主が負債の償却を保証する為 pignus 即ち質権とは債主が負債の償却を保証する為

るの時なりし。として与へたり。之の沿革は実に大切なることも詳説すは占有をも移さずして只書入れと云ふ負債書入書を抵当は占有をも移さずして只書入れと云ふ負債書入書を抵当は出有をも移さずして只書入れと云ふ負債書入書を抵当は一次のし。即ち譲与を為したり。次ぎには所有権を対手にるの時なりし。即ち譲与を為したり。次ぎには所有権を対手にるの時なりし。

権利の dynamic と static との二あり。学者は云へり

dynamic [二百六丁表] の方は羅馬にては

所有権獲得事実

羅馬法にて所有権獲得の事実を挙げしに

特産獲得事実 singulorum bonorum

第 專占 occupatio

附增 accessio

加工 specificatio

流動物混同 confusio

固形 [物]混同 ferruminatio

漸積 alluvio

附着 adjunctio

此等は皆 accessio の内に在り。

[二百六丁裏]

引渡 traditio

第四 時効 prescriptio

第五 贈与 donatio

右に掲げたる所有権獲得法中に第一より第三迄を自然

法の獲得法と云へり。第四第五を国法の獲得法と云ふ。

全産獲得法 universorum juris bororum

[無]遺嘱相続

遺嘱相続

戸主収養 adrogatio

第四 裁[才]判の宣告

第五 身代限

元老院令の没収

此一事が羅馬法の獲得法なり。

[二百七丁表]

甲 特産獲得事実]

に大切なる獲得法なりし。 occupatio は res nullius を得るの法にして古くは非常

附増の方法とは鶏卵を生むとか又は他人の油と我油と

を混同する等なり。

此等の羅馬に於ける議論が近世の此等の議論の基礎と

なれり。

有権移転の方法とは為らざりし。古代は只儀式のみなり traditio も亦大切なることにて、古は引渡は決して所

し。往々学者は之れを以て尤も古き移転法と為せり。之

れ歴史の講究の足らざる結果なり。

時効は羅馬法の発明にして古には短かかりしが、 社会

進むに従ひ其年限長くなりし。

社会進むに従ひ契約と同一になる傾きあり。 贈与は法律上にては決して認めざる者なり。然れども 併し現在の

あれば之れに効果を与ふ。傾きは双方の意思を貫かれたるとするもの故相当の証拠引渡 traditio 無くしてはいけぬ。[二百七丁裏] 現在の

[乙] 全産獲得法

相続(相続法三変之れには議論あり。)

[第一 無遺嘱相続]

れ他国 順序を転倒して予も初めに遺嘱相続を解くべし。 無遺嘱相続 序を定め遺嘱ありても行ひ難きとき又は遺嘱なきときに 此両法并び行はるる国にては遺嘱によりて先づ相続の順 て相続を遺嘱、 ては無遺嘱相続と共に養子の制度と并び行はれたり。之 は養子の制度を以て相続人を定む。然るに独り羅馬法に へば無遺嘱相続は先きになり遺嘱相続之れに次ぐ。然し 会にては勿論無遺嘱相続のみ行はれ若し相続人無きとき 通常相続を分て遺嘱、 [に] 比類なし。近世諸国にては羅馬法を継続し [二百八丁表] を行ふものなり。故に古代の 無遺嘱の二種とせり。時代の順序より云 無遺嘱の二とす。 併し古代の社

[第二 遺嘱相続]

ニヤンの Inst. 法典に依るに testatio mentis 即ち心の証遺嘱は相続羅馬法にて testamentum と云ふ。ジヤスチ

羅馬古代に依れば遺嘱相続に三種あり。明と云ふ。或る人は之れは誤りなりと云ふ人もあり。

第一 会議遺嘱 comitis calatis

もの故に古代に於ては貴族会議の認可を要せり。 此遺嘱の目的は古代法律にては一家の相続人を定むる

第二 陣前遺嘱 in procinctu

なり。 の受かりし。故に特別なる簡便を遺嘱法を設けたるもの と外征を為せし国故其出陣のときに軍人は皆遺嘱を為 との風習あり。然るに軍人は礼式及び文字に通ぜさるも の受かりし。故に特別なる簡便を遺嘱法を設けたるもの の受かりし。故に特別なる簡便を遺嘱法を設けたるもの の受かりし。故に特別なる簡便を遺嘱法を設けたるもの ときに軍人は皆遺嘱を為 は古代より

第三 per aes et librum

を相続人に売渡すの儀式を為す。 此遺嘱は mancipatio の譲与式に由りて其家督の全部

古代の遺嘱右三種なりしが皆其かり段なる儀式を要せ

り。

の遺嘱を以て儀式の遺嘱に代はるに至せり。然のは其後に至り文字の使用段々盛となり。遂に書面

儀式の遺嘱よりして書面の遺嘱に移りたるより遺嘱の

得るに至れり。 のとなれり。生前に於ては何時よりとも之を変更するを 書面の遺嘱となりたる後は遺嘱は死後に効果を生ずるも り。又儀式の遺嘱は直に[二百九丁表]其効果を生ぜり。 る者なりしが書面になりしより遺嘱は秘密のものとなれ 法律上の性質に大変革を生ぜり。即ち儀式の遺嘱は公な

りたり。 遺嘱の目的は太古に於ては祖先の祭祀を継続するに在

世の遺産処分人の如き権力を有せしものなり。の処分を命じたるものなり。故に羅馬の相続人は恰も近に遺嘱を為すに当り先づ相続人を指定し其相続人に財産遺嘱の目的の相続人の institutio 設定に有りたり。故

相続人 heres

之れなり。 一は指命[名]の廃嗣は一般の相続人廃嗣に二種あり。一は指命[名]の廃嗣は一般の相続権を廃することを明言せざる[二百九丁裏]可らず。れの子又は他の近親にして無遺嘱相続人たる可きものの嘱相続人の exheredatio 廃嗣を為さざる可らず。即ち己��嘱を以て相続人を設定せしとするは先づ第一に無遺

プレートルの時代は遺嘱者の子は指名の廃嗣を為さざ

疎に関はらず悉く指命[名]廃嗣を要せずとせり。然るにジヤスチニヤン帝のときに至り其予定相続人の親る可らず。孫其他の者には一般の廃嗣を以て足れりとす。

増加権 る也)、 りし。 せり。 相続を拒み若くは死亡せるときは の血統を重じ無遺嘱相続人たる可き親籍の相続権を堅く 百十丁表]者なり。 るときは平同分配を定めとせり。 きは其分配の割合を明言せざる可らず。若し之を定めざ り与えざる可らず。而して若し数人の相続人ありたると 右廃嗣の変遷を考ふるに羅馬法の進歩するに従ひ自然 然し其一人若くは数人の相続人に財産の全部を譲 相続人を設定するには敢て一人を限ることは無か 其残りの相続人は其死亡者若くは拒者の分部を (jus accrescendi) に由りて平同に受けたる 若し数人の相続人中に (遺嘱者に先だち死す

三つを要せるものなり。 人の institutio 設定及び相続人の代立(substitutio)の羅馬の相続法にては相続人の exheredatio 廃嗣、相続

を予定するの方法なり。若くは死亡の場合に之に代りての相続人と為るべき己れ若くは死亡の場合に之に代りての相続人と為るべき己れ相続人の代立とは遺嘱を以て設定したる相続人が拒絶

代立に三種あり。

substitutio vulgaris 普通代立

substitutio pupillaris 幼者代立

普通代立とは通常の相続人が死亡若くは拒絶したる場substitutio quasi pupillaris 准幼者代立

合に之れに代はるべき相続人を定むるを云ふ。

べき相続人を予定するの方法を云ふ。続したる後未だ成丁に達せずして死亡せるとき之に代ふ幼者代立とは己れの子なる幼者を相続人と為し其子相「三百十丁裏」

に代はるべき相続人を予定するの方法を云ふ。

以て准幼者代立と云ふ。 幼者代立の規則を瘋[癲]者代立の場合に適用せるを

の禁ずる所にあらざりし。斯くの如く遺嘱に制限を置か産を譲り渡さずして之れを他人に譲り渡すとも敢て法律の時代に於ては敢て制限なかりし。故に例ひ我子には財遺嘱を以て財産を他人に譲ることに付きては十二銅表

[第三 戸主収養]

[第四 裁 [才]判の宣告]

[第五 身代限]

編者注

(—) Christian Friedrich von Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer, 1. Teil, Johann Jacob Palm, 1790, S 202ff.

- (2) Frederick Pollock, The Methods of Jurisprudence, Law Magazine and Review, Fourth Series 8 (November 1882), pp.25-53= Oxford Lectures and Other Discourses, London 1890, pp.1-36, esp. p.5.
- (α) Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. 1, 2.Auf., 1866, S.218 Anm.114.
- (4) August Friedrich Pott, Etymologische Forschungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen mit besonderem Bezug auf die Lautumwandlung, Bd. 1. 1833, S.213.
- (15) Herbert Spencer, The Principles of Sociology, vol. 3, 1898 [1885], p.241.
- 第九章と思われる。 第九章と思われる。 第九章と思われる。 第九章と思われる。
- (~) Wiliam Paley, The Principles of Moral and Political Philosophy, 1815.
- (∞) Heinrich Ahrens, Naturrecht, oder, Philosophie des Rechts und des Staates: auf dem Grunde des ethischen Zusammenhanges von Recht und Cultur, von C. Gerold, 1870-1871.
- (Φ) Karl Christian Friedrich Krause, Vorlesungen Über

- Naturrecht: Oder Philosophie des Rechtes und des Staates, 1892.
- (1) Thomas Henry, Introductory Science Primers Macmillan and Co., 1880.
- (1) Edith Simcox, Natural law: an essay in ethics, The English and foreign philosophical library, v. 4, J.R Osgood, 1877.
- 一七四頁注一四。] 「19世紀のはじめにおけるインドの法律についてのマコードの資料―」(初出・一九六四年)『法思想 内田力蔵著作片の資料―」(初出・一九六四年)『法思想 内田力蔵著作「9世紀のはじめにおけるインドの法律についてのマコー「19世紀のはじめにおけるインドの法律についてのマコー「200元を開発している。」(2) Thomas Babington Macaulay, 1800-1859. 内田力蔵
- (13) 穂積陳重「離婚法比較論」『穂積陳重遺文集』第一

冊・一九三二年、三八九頁以下を参照。

一九三二年、九頁以下を参照。(4) 穂積陳重『相続法三変』『穂積陳重遣文集』第二冊

の意を表する次第である。 (Institutes) に対する比較法史学的総合研究」研究課題 の意を表する次第である。謹んで関係各位に感謝 番号17H02442(研究代表・葛西康徳・東京大学 番号17H02442(研究代表・葛西康徳・東京大学 の意を表する次第である。