

資 料

# 千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』(3)

吉原達也編

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』目次	(一)universitas juris 権利団(Ⅱ-60)…104
緒論	(二)universitas rerum 財団(Ⅱ-60)…104
本論	第四章 法律事実及び権利(Ⅱ-61)…104
第一編 総則(総論)	第一節 総説(Ⅱ-61)……………104
第一章 法(以上第32巻第3号)	第二節 権利得喪の種類(Ⅱ-62)…105
第二章 人(本誌第32巻第4号)	第一款 権利取得の場合(Ⅱ-62)…105
第三章 物(Ⅱ-50)……………98	第二款 権利喪失の場合(Ⅱ-63)…106
第一節 物の意義及び規則(Ⅱ-50)…98	第三節 権利の衝突(Ⅱ-64)……106
第一款 総説(Ⅱ-50)……………98	第四節 不法行為(Ⅱ-66)…………107
第二款 物理上より類別[の]	第五節 特権(Ⅱ-67)……………109
標準を立つるもの(Ⅱ-50)…………98	第六節 時の計算(Ⅱ-70)…………110
第三款 jus civile の所有権を	第七節 時効(Ⅱ-73)……………111
標準とするもの(Ⅱ-51)…………98	第一款 総説(Ⅱ-73)……………111
第四款 公法上より類別の標準を	第二款 訴権時効の種類(Ⅱ-73)…112
立つる[もの](Ⅱ-51)……………98	第三款 訴権時効の成立(Ⅱ-75)…112
第二節 有体物の種類(Ⅱ-53) ……100	第四款 訴権時効の効果(Ⅱ-78)…114
第一款 不動産及び動産 ……100	第八節 完全状態回復(原状回復)
第二款 代替物、不代替物(Ⅱ-54)…100	restitutio in integrum(Ⅱ-79)…115
第三款 消費[物](Ⅱ-54)…………100	第一款 原状回復の意義(Ⅱ-81)…115
第四款 従物則ち附属物(Ⅱ-55)…101	第二款 原状回復の適用の理由…116
第五款 産出物(Ⅱ-56) ……101	第九節 権利の保全(Ⅱ-84)……117
第六款 可分物、不可分物、及び	(以上本号)
不分離、分離(Ⅱ-57) ……102	第五章 法律行為(Ⅱ-87)
第七款 単成物、組成物、及び	第二編 物権
物の集合(Ⅱ-58) ……103	第一章 占有(Ⅲ-27)
附録 universitas の意義(Ⅱ-60) ……104	第二章 所有権(Ⅲ-47)

## (II-50) 第三章 物

### 第一節 物の意義及び規則

#### 第一款 総説

凡そ物に三種の意義あり。第一義は最広義にて凡人類の利用し得べきものを云う。第二義は狭義にて既に財産となり若くは将来 [に] 財産となり得べきものを云う。第三義は最狭義にて、第二義中の有体物のみを指す。上の三意義中第一義は最広義なるを以て、大洋、太陽、空気、日光 [空気、海、海岸及び自然の流水] をも含蓄す。然しこれらのものは物として私法上の所有し得ざるものなり。それ故主として私法上の問題となるものは第二義若くは第三義のものなり。

次に物の対照者を求むときは人なり。則ち法理上は人が物のために存する [に] 非ずして物が人のために存するなり。それ故人を権利の主体と云い、物を権利の客体と云う。尚そのために物を訴権と対照し又は事 [実] と対照することあり。物をローマ法に於ては種々の立脚地より類別す。其の大体を下に述べん。

#### 第二款 物理上より類別 [の] 標準を立つるもの

これは有体物と無体物とに分かつなり。有体物は *res corporales*、無体物は *res incorporales* と称す。有体物とは形而下に存在するものにて五感に解るものを云う。真正の所有権、占有は有体物に限りて行うことを得るなり。真正の引渡も有体物に限るなり。無体物はこれに反して無形の権利にて五感に解らざるものを云う。地役権、債権、相続権の如きこれなり。尚有体物の中に於て細別あれば後に解説せん。

#### (II-51) 第三款 *jus civile* の所有権を標準とするもの

これは *res mancipii* と *res nec mancipii* とに区別す。*jus civile* によれば、*mancipatio* の手続によりて初めて他人に譲渡し得るものを *res mancipii* と云うなり。而してこの手続きを要せざるものを称して *res nec mancipii* と称するなり。*res mancipii* 中に属するものは如何なるものを云うかと云うに、第一 [は] *Italia* の地面則ち *fundus Italicus* の一定の地域内なり。而して其の家屋。第二は奴隸、第三は従来運送用に供せられる家禽獣なり。これは馬、牛、驢馬、騾馬 [なり]。其の他のものはこの中に入らず。第四は田野使役権これなり。この *jus civile* によれる区別は *Justinianus* 法典には全く消失せり。

#### 第四款 公法上より類別の標準を立つる [もの]

これは第一に融通物 *res in commercio* と不融通物 *res extra commercium* との二つに

---

\*千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』については、『広島法学』第32巻第3号117-124頁所収の解題を参照されたい。

分かつなり。第二に人法物 *res humani juris*、神法物 *res divini juris* との区別なり。而して神法物とは悉く不融通物なり。人法物の中には融通物と不融通物との二種類あり。又凡そ不融通物は如何なる性質なるか。売買、贈与等、凡そ譲渡す [る] ことを禁ぜられ、又質又抵当に入ることを禁ぜられ、又負債等のために差押えらるるを禁ぜらる。融通物は凡てこれらの禁制なきものなり。融通物はこれを個人所有物 *res singulorum*、法人の所有物 *res universitatis* 而して無主物 *res nullius* の三つに分かつ。不融通物は神法物の外に尚公有物 *res publicae*、万民公用物 (公共物) *res omnium communes* を含蓄す。(II-52)

今融通物はここに説明する必要なし。唯ここには不融通物に就て少しく分 [別?] せざるべからず。

第一、神法物、これは神法に支配せらるるがために融通を禁ぜられたるものなり。この神法物を更らに三種に大別するなり。則ち第一種は神聖物、神用物 *res sanctae*、これは神に供するものなり。神殿、祭壇等の類のものなり。第二種 [は] 安魂物 *res religiosae*、これは墓地に供するものなり。第三種は神護物 *res sanctae*、これは神の守護を受けると見做さる [ものなり]。例えば都市の城壁、城門等の類なり。

第二、公有物とは国家又は自治体の実用に供せられたるために融通を禁ぜられたるものなり。さらに二分せらる。第一種は政治上の目的に供せらるるもの、城砦、諸官衙、獄屋 [なり]。第二種は公共の利用にあ [充] つるものなり。道路、河川、港湾の類なり。

第三、公共物は性質の上に於て万人 (万民) の利用するものにて私有するを得ざるものなり。例えば空気、流水、海水、海岸の類なり。

海岸はローマ法にては万人共用物と見做す説と公有物と見做す説と二つあり。D. 43, 8, 3 [pr.] に公有物とせり。D. 1, 8, 2 [1] にては D. 47, 10, 13 [7] にても万人共用物と見做せり。Iustitutiones [『法学提要』] の中にて第 2 卷第 1 章第 1 節 [=Inst. 2, 1, 1] にても万人共用物と見做す。ここに所謂海岸 *litus* と称するは何れを標準 [と] するか。最高潮時に達する点までが界境 [ママ] なり。今日とは正反対なり。

尚注意すべきは万人共用物は元来個人一身のために占有すべからざるものなれど、然し時としては其の一部分に限りて或は私権を生ずることあり。例えば政府の許可を経て海岸に小屋掛けをなすときは其の小屋の存する間は他人は其の地面を用うることを得ず。或る人が近海の一部に就て政府より漁魚の特権を受くるときは他人は同所にて漁魚し得ず。

(II-53) 終りに尚誤解を避けるために前に出せる融通 [物] を弁解す。無主物と訳して融通物の中に置けり。時としては神法物、万人共用物を無主物と称することあ

り。次に *res publicae* を広義に用うるときは、政府の財産国庫の金をも併せ加入するなり。国庫金は融通物にて固よりなし。法人のもの *res universitatis*、これを広義に用うるときは自治体に属する一切の所有物を含む。この場合には不融通物も混じておる。

## 第二節 有体物の種類

### 第一款 不動産及び動産

(一) 不動産 *res immobiles, res soli*。これは土地なり。ローマ法にては家屋、植物等の如く土地に定着して動かす可からざるものは、又これを土地の一部と見做して不動産中に加うるなり。凡て土地を所有するにはこれに境界を作らざるべからず。この境界の作り方によりて土地を二種類に分かつ。*agri limitati, agri arcifinii* の二に分かつ。*agri limitati* は境界確定地にて、政府の監督の下に測量して其の境界を一定せるものを云う。然るに *agri arcifinii* 囲い地 [曲状の境界地] は測量によらず随意に境界を定め又山川の如き境界の自然に存するを云う。土地を経済上の目的より二つに分かつ。農業地 (田野地) *praedia rustica*、都市地 (宅地) *praedia urbana* なり。而して庭園、厩舎は宅地に属す。

(二) 動産 *res mobiles* は地所に定着せざる一切の有形物を云う。それ故に家屋の如きも小さく畳みて運搬し得る如く作るときは (II-54) 動産なり。船の如きも今日は多少不動産に準ずるもローマ法にては純然たる動産なり。動産の中にて奴隸家禽獸の如き動くもの生きたものは自動産と称して他の動産と区別せり。

### 第二款 代替物、不代替物

(一) 代替物 *res fungibiles, genus quae in genere suo functionem recipiunt* [「その種類によって価値を有する類」] D. 12, 1, 2, 1。これは同一の性質と同一の分量あるときは経済上及び法律上に於て同一の品物と見做し得るものを云う。換言すれば、かかる物品は互に相代表することを得るなり。穀物、貨幣の如きなり。

(二) 不代替物 *species* (個別) [特定物]。不代替物は一個一個ずつ特有の性質ありて互に代表し得ざるもの、家屋、絵画等の如きこれなり。品物によつては通常は代替物なれども時としては不代替物となることあり。それと反対にて、通常は不代替物なれども、時としては代替物となることあり。貨幣は代替物、希有の古貨幣は不代替物なり。乗馬の如きは通常不代替物なれども、多数の乗馬を買い入るときは唯其の馬の大略の種、性質を定めて其の馬を一匹ずつ特定せざるなり。

### 第三款 消費 [物]

消費物 *res consumptibiles* に三種の区別あり。第一種は一度使用するときはその物

質が全く消失し又は全く変化するものを云う。例えば食糧品の如し。第二種は一度に消費使用して消失せざるも其の破壊の迅速なるために経済上に於ては第一種に準じて取扱うを云う。日常の衣服類の如し。第三種、貨幣の(Ⅱ-55)如し。経済上にては消費物にあらざるもこれを使用するときは所有者が変るなり。それ故に法律上にては消費物の中に入る。尚お注意すべきは消費物と代替物とは多くは相附合するものなり。時としては附合せざることあり。例えば書林より発売する書物の如きは代替物なれども消費物に非ず。

#### 第四款 従物則ち附属物

〔(一)〕附属物 *pertinentia* とは従物、則ち主物との一部分とは言い得ざるも主物のために使用せらるるものを云う。例えば戸の鍵、窓と言うものは家屋の附属物なり〔編者註：D. 19, 1, 17pr. には「門、鍵、錠」が例示される〕。肥料、藁等は田地の附属物なり。

(二) 附属物、主物に対する権利関係。売買、贈与、質入、抵当等の場合に於て、附属物は別に契約を俟たずして主物に準じて取扱う。田地を売れば現有者の肥料等は言わずして売ったこととなる。

(三) 附属物となるには如何なる性質あるを要するか法理上一定の規則なし。唯法理上ことに習慣法の上にて主物に対して附属物と認めらるるまでなり。甲の国にては附属物となるものも乙の国にては附属物と見做さざること往々あり。例えば田地に現存せる作物及び家畜等はドイツの普通法及びドイツ民法によるときは田地の附属物なり。ローマ法にては附属物とはせず。

(四) ローマ法に於て或る不動産が他の不動産の附属物となるや否やと云うに、多くの学者はかかる場合ありと論ずるなり。井戸、牧場、庭園が他の田地又は家屋の附属物となると説くなり。ローマの淵源〔法源〕によりてはこの問題はかならずしもかく解釈せざるべからずとは言わず。(Ⅱ-56)

(五) 契約又は遺言によれば如何なるものも随意に附属物となすことを得るなり。この附属物は法律上の附属物とは全く異なるなり。決して二者を混同すること勿れ。

#### 第五款 産出物

産出物 *fructus* とは或る物体より年々生ずる収穫を云う。これを天然果実 *fructus naturales* と法定果実 *fructus civiles* との二とす。

(一) 天然果実とは樹木の果実は勿論の事、庭園の花、田地の作物の如きは則ち其の樹木庭園田地の果実なり。又牛乳羊毛牛馬の子は其の牛馬羊の果実なり。又砂金類、土、石岩、其他金属物類を或る地所より採掘するときは地所の果実なるなり。

今日の民法家の中には土砂石岩等凡て地所の一部となれるものは果実と認むべからずと云うものあり。然しローマ人がこれを果実と認めて [お]ると云うことは法源に徴して明瞭なり。要するに天然果実とは有機体と無機体とに論なく、主物より直に発すると否とに論なく、毎年唯規律正しく収穫となるものを云うなり。非常の収穫にして毎年の収穫と認むべからざるものは天然果実に非ず。山林より年々伐り出す材木の如きは山林の天然果実なり。然し非常の風雨のために吹き倒されたる材木は天然果実に非ず。非常 [の] 干魃のために枯死せる樹木も天然果実に非ず。天然果実は主物と分離して初 [め]て法律上産出物と認めらるるなり。主物と尚分離せざる果実は法律上尚主物の一部分と見做して取扱うるなり。その [前者の] 果実を *fructus stantes* [現存果実]、[後者を] *fructus pendentes* [未分離果実] [と云う]。

(二) 法定果実、これは物を他人の使用利用に供せるために生ずるところの収益を言うなり。例えば金銭の貸借より生ずる利息又は家屋の賃借料、(II-57) 田地の小作料の如し。法定果実は法律上経済上の果実なれども物理上の果実に非ず。尚ここに *Justinianus* 皇帝の法典の中には法定果実を単に果実と云い、又は果実の位置に立つものとの文字を用いる。利息の如きは *fructus* には無しとの事を明言せり。然し D. 22, 1, 34 の所にては *fructus* を代表するものなりとの事が記せらる。要するにローマ人は法定果実を果実に準ずるものと認めたるが如し。

(三) 果実請求の問題おこれるときには請求額について場合によりて種々に計算す。其の請求の寛嚴如何によりて四種に區別す。第一種は現存果実 *fructus exstantes* を請求するもの。これは義務者則ち被告の手に現に尚おある果実を請求するなり。第二種は既消費果実 *fructus consumpti* を請求する場合。これは義務者に於て消費し尽せる果実を請求するなり。第三種は怠慢果実 *fructus neglecti* を請求する場合。これは通常取得すべき果実を怠慢のために収穫し得ざりし果実を請求するなり。第四種は可収果実 *fructus percipiendi* を請求する場合なり。これは権利者が己れの個人的特別の地位、才能、能力、其の他の事によりて収穫し得べき果実を収穫せざりしたために請求する場合なり。この四種の何れを請求すべきかは訴訟の上に於て最も重要なものなり。

#### 第六款 可分物、不可分物、及び不分離、分離

(一) 可分物 *res dividuae* [編者註：第六款のラテン語は II-56 裏のメモによって補充]。可分物とは其れを分割せるときに其れが為めに価値を少しも失わざるものを云う。例 [え] ば金塊 [を] 十に分割するも十個の価格値の総額は従前の一塊と同なり。(II-58)

(二) 不可分物 *res individuae*。これは分割せる時価値を失うものを云う。例 [え]

ば金剛石、絵画の類なり。且つ生活物の如きは殺さざれば分割し得ず。然るに生 [け?] るものと死せるものとは経済上の性質を全く異にし、従つて其の価値をも異なるを以て、然り [て] 不可分物に属す。

(三) 不分離、分離 *artes indivisae, od [er] artes pro indiviso*。是は可分物と不可分物とを問わず、一物を唯思想上に分割する場合を云う。かかる思想上の分割は数人にて同一物を共同に所有するときに成立す。

#### 第七款 単成物、組成物、及び物の集合

この三種の分類は元来ギリシアのストイケル派 [Stoiker, ストア派] の哲学に基けるものなり。而して *Digesta* の中には *D. 41, 3, 30* に *Pomponius* の説として出ず。

第一、単成物 *corpus quod continetur uno siritu* [「一吹の息で維持せられる物」、*res singulares*。これは、例えば一枚の板、一本の材木ある如く、各部分同一の性質を供えて一体となれるものなり。若しくは、一動物一植物の類の如くたとい種々の部分あり成立するも全く一体に混化せるものを云う。穀物の如きは一粒ずつは殆んど価値なきものなり。それ故に一定の分量を法律上にて単成物と見做すこと多し。

第二、組成物 *corpus ex contingentibus* [結合したものからなる物]。後世にては *res compositae* と云う。この組成物は種々の有体物が集合して一物を組成するとも尚一体に混化せざるものを云う。例、家屋、船舶の類なり。組成物は法律上の効果に於ては単成物と異るところあり。例えば甲の人が屋根を造るに当り乙の人の所有せる瓦を用いるときは其の乙の人は其の瓦の所有権をこれらがために失わず。(II-59) 但し其の瓦が其の屋根に用いられてる間は瓦は己れの随意に使用することを得ず。これに反して甲が乙の所有せる食物を以て己れの動物を養うときはこの人は其の動物については少しも所有権を生ぜず。これは食物が其の動物と混化せるためなり。

第三、物の集合 *corpus ex distantibus* [差異のあるものからなる物]。後世の人は *res universitas facti* [集合物] [と云う。] これは多数の有体物が集合して経済上に於て一個となれるものを云う。例 [え] ば羊の一群、或は一つの図書館に属する凡ての書物、一商店の蓄えられたる一切の商品の類なり。凡て物の集合は、法律上或はこれを一個の集合体として取扱うことあり。或は個々のものを分離して取扱うこともあり。所有権及び占有は集合体として成立する個々のものについて各個別に成立するか、ここに問題起る。この問題について古来種々の議論あり。*D. 41, 3, 30* によれば、個々のものについて各別に成立すると見做すは明白なり。然しローマ法においても、所有権の訴えはそれは集合体として其の全部について起こすことを得。又開益権の如きは物の集合を一体と見做して訴求することを得。今物の集合を一個の用益物となすと、其の中の個々のものと個々の用益物となすと、法律上の効果に

において固より大いに異なるなり。一群の羊を一個の用益物とすれば其の中の一匹の羊が死せるとき、其の死せる羊は用益権者においてこれを売却することを得。然し其の羊の群れの中に羊が子を産 [み] たるときは、新らしき子を以て死羊に更<sup>かわ</sup>らしめ、羊の頭数を減ぜざらしむる義務あり。個々の羊を個々の用益物となすときは、若し其の羊の死せるときは用益権者はこれを売却するを得ず。所有者はこれを返還することを要す。若し其の羊が子を産する其の子は (II-60) 牝の場合は用益権者の所得とする。

#### 附録 universitas の意義

さきに法人を説くときに、社団法人を *universitas personarum* と称せり。この外にローマ人はこの文字を有体物若しくは無体物の集合 [と] して一体と見做 [さる] べき場合 [にも用うるなり]。然るに後世の民法家はこの文字について種々の術語を作製せり。それを下に説明せん。

##### (一) *universitas juris* 権利団

各種の財産及び負債が法律上一団となれるものを云うなり。例えば遺産、家子及び奴隷の特別財産或は嫁資の如き類なり。一個の権利団を組織する各種ある有体無体物は或は返還し増減すれども其の権利団は法律上従来と尚同一物と見做すべきなり。

##### (二) *universitas rerum* 財団

これに種々の意義あり。第一は財団法人の意味に用う。第二はこれを権利団及び物の集合を一所にして用う。第三は物の集合と同一の意義に用う。但し誤解を避くるために物の集合を *universitas rerum distantium* [集合物] と称す。或る人はこれに対照して組成物を *universitas [rerum] cohaerentium* [組成物] と称す。

終わりに、*Digesta* の中に遺産の事を *universitas bonorum* と称せり。それがために後世の人は一切の財団法人を [*universitas*] *bonorum* と称せり。

#### (II-61) 第四章 法律事実及び権利

##### 第一節 総説

(一) 凡そ権利を取得し変更し喪失するには其の原因となるべき事実あるを要す。この事実を称して法律事実と云うなり。例 [え] ば遺言によりて相続権を得るには遺産人が遺言をなせると云う事実、遺産人の死亡せる事実、相続人が自から其の相続を承諾せりとこの事実のこの三個の事実が一所となりて法律事実となる。

(二) 権利取得の時点は其の取得に必要な一切の法律事実が完備するときより



起算するを常とす。然し場合によりては最終の法律事実より起算せざることあり。例えば質権設定の場合について説明せん。質権者が先ず品物を質物として受取り、日を経て約束通りの金額を貸渡したときは、質権の取得は該当物品を質物として受取る日より起算して、金額を貸し渡せる日より起算せず。金の貸渡しの事實は、質権が実地効果を生ずるには必要なり。然し其の効果の起算の日は前に溯旧 [遡及] するなり。それ故かかかる場合には権利取得の起算に必要ならざる事實を確定事実と云い、権利取得の起算に必要な事實を創設事実と云う。

(三) 法律事實は、当事者の意思より生ずるものと思より生ぜざるものあり。其の [当事者の意思より] 生ぜざるものは出生死亡時の類なり。[当事者の] 意思より生ずる [もの] は主に法律行為と不法行為との二つなり。然し或る行為は法律行為にても不法行為 [にても] なけれども法律事実となす場合あり。例えば多年の間隣人の場所を通行するときはローマ法にては (II-62) これがために時効によりて地役権を生ず。この通行は法律事実なれども然しこれは法律行為でも不法行為にてもなし。

(四) 所有取得の場合によりて、其の取得を正当とする法律事実と其の取得を完了する法律事実との二者が互に分離することあり。例 [え] ば売買によりて物品の所有権を取得するときは売買の契約は所有権の取得を正当となすものなり。其の物品の引渡しは所有権の取得を完了するものなり。この二種の事実の中にて前者のもの即ち所有権取得を正当とするものを取得名義 *titulus adquirendi* と称す。後者 [のもの]、所有権取得を完了するを取得態様 *modus ad[quirendi]* と云う。然し他の場合にては名義と態様との二つのものが分離せざることあり。例えば無主物を先占によりて所有物となすときは、先占は名義と態様とを兼ねるものなり。則ちドイツの古き民法家はかかる場合にてもこれを分離せんとす。先占を取得の態様と見做す。先占を許す法律を名義と見做せり。これ誤解なり。今日はこれを用いず。

## 第二節 権利得喪の種類

### 第一款 権利取得の場合

(一) 権利はすでにこれを得たるときはこれを現在権と云う。而して將にこれを得んとするものを未来権と云う。而して未来権に二種類あり。則ち其の一つは取得者の意思如何によりてこれを得ると得ざるとも何れにても決し得る場合。かかる未来権を既達権 *jus delatum* [と云う]。他の方は取得者の意思よりも他の出来事によりて何れかに決せらるるものなり。これを称して未達権 *jus [nondum] delatum* (II-63) と云う。

(二) 権利を得るに新たに権利を作出するものと、他人より権利を譲り受けるものとの区別あり。この前のものは所謂原〔始〕取得にて無主物を先占する場合の如し。後者は継受取得の場合にて、これを尚お二種に細別す。一つは創設的継受にて、他の一つは移轉的継受なり。創設的継受は他人の権利の中より新権利を創設してこれを継受する場合なり。用益権を作りてこれを受くるべき場合。然るに移轉的継受とは在来の権利の性質を少しも変ぜずして継受する場合なり。これに又二種の区別あり。一つは個物継受 *successio in singulas res* と称するものにて個々の権利を一つ一つ継受するにて売買、贈与等これなり。他の一つは則ち一般継受 *successio per universitatem* なり。これは遺産、相続の場合を云う。

### 第二款 権利喪失の場合

権利を失うるに自然の出来事によるものと法理上の出来事によるものと権利者の意思によるものとの三種の区別あり。

(第一) 自然の出来事によるもの。例えば用益権者の死亡又は用益物の消失等の場合における用益権の喪失なり。

(第二) 法理上の出来事によるもの。例えば時効によりて請求権のなくなる場合、債務履行せるために債権の消滅なり。

(第三) 権利者の意思によるもの。放棄 *renuntiatio*、而して譲渡 *alienatio* との二つなり。ここに譲渡と云うことはこれを広義に解釈するを要す。売買贈与等の如く、在来の権利を他人に移転する外に、用益権、地役権又は質権等、(II-64) 他人のために新権利を設定してこれを譲渡するものをも含蓄す。放棄は、これに反して、我が権利のみ随意に放棄して他人のこれを受継ぐことなき場合を云う。

### 第三節 権利の衝突

凡そ我が権利は他人の権利を害せざる以上は如何にこれを行使するも随意なり。但し自己の利益にもならざるに唯他人を苦しむるのみを目的として我が権利を行使することは許されず。例〔えび〕自己の地所に如何に高き建物を作るも随意なるも、隣家の日当りを悪くするの目的にて格外の高き塀を作るは許されず。かかることは自己の権利を正当に行使せるものに非ず。かかる場合と異なりて我が権利の正当なる行使が他人の権利と衝突することあり。これを権利の衝突と云う。かく二個の権利が互に衝突するときは其の中の一権利が他の権利に優先するか或は互に他の一方を制限す。かくの如くして衝突したる権利が消滅し又は制限せらるる主なる場合を挙げん。

第一、他人の所有物について享有する物権。例えば地役権、質権の類は其の所有

権と衝突するときは所有権いつも優先す。但し地役権を行使するにはなるだけ所有者を害さざる様に注意すべし。所有権以外の物権互に衝突するときは先に取得せる権利は後に取得せる権利よりも優先す。一個の地所に二個以上の抵当権あるとせばかかるときは其の抵当権の成立順序によりて其の行使の順序 (II-65) 前後を定む。Codex の中には「時が早ければ権利は強し」*prior tempore, potior jure* [とある] [編者註：C. 8, 17, 3「時において先んずる者は権利においても優先す」落合太郎・田中秀央編『引用語辞典』587 頁を参照]。

第三、二個以上の債権が互に衝突するときは其の取得の前後を論ずることを許さず、唯早く債務の履行を請求せるものが優先権を有す。民法家は先來によりて決すと云う。但し例外あり。例 [え] ば一人の建築家が甲乙兩人に対して各一個の家屋を建つことを約束せり。かかるときは時日の上に於て先に契約をなせる人のために先に建築するを要す。契約を後にて結べる人は建築の遅延のために建築家に対して損害を請求することを得、然し先に建築せよと請求することを得ず。

第四、衝突せる二個の債権の中にて其の中の一つは積極的に利益を受けんとするものにて他のものは消極的に被害を避けんとするものなる場合は積極的なものが消極的に譲歩せざるべからず。遺産に負債あり、遺贈を受けたる人は其の遺産の債権者に譲歩せざるべからず。

第五、二個以上の権利の衝突にして四つの原則によりて解決し得ざるときは各権利が互に譲り合いて利益若しくは損失を平均する。或は若しこれを出来ざるときはやむなく抽籤によりて解決す。例 [え] ば損害の場合については多数の債権者が互に損失を平均するなり。抽籤の例。例 [え] ば遺贈を受けたるもの二人以上あり。皆遺贈の品物を選択する権あり。二人以上のものが同一の品物を選定せるときは抽籤によりて定むるなり。

#### (II-66) 第四節 不法行為

権利の得喪、権利の変更の原因となる法律事実に対して当事者の意思より出ずるは主として法律行為と不法行為となり。法律行為のことは詳細に説明する必要あり。一章を設けて論ぜん。ここにて私法上不法行為のみを述説せん。

不法行為の中に客観的と主観的との区別あり。則ち一つは客観的には違法なれども主観的には違法に非ず。[一つは] 客観的にも主観的にも違法となれるものなり。前者を客観的不正と云い、後者を主観的不正と云う。他人の品物を他人のものとは知らず我が所有物として占有するときは客観的不正なり。これに反して他人の品物のものと知りつつ我が所有物として所有するときは主観的不正と云う。主観的

不正は犯罪又は罪科と称す。不法行為と云う文字は通常はこれを狭義に用いて主観的不正と同一の義に用うること多し。主観的不正は罪科に二種あり。第一は悪意を以て他人の権利を侵害するものなり。これを悪意 *dolus* の場合と云う。*dolus* は狭義に用ることあり。作為と同一の意となる。

第二は、悪意はなきも我が義務を尽すのに不注意のために他人の権利に損害を及ぼす場合と云う。これを怠慢或は過失の場合と云う。*culpa* (過失) には三種の區別あり。第一、重過失 *culpa lata*。これは義務を怠れることが過失なるものを云う。いやしくも常識あるものが必ず<sup>自</sup>己の義務と感ずべきは<sup>自</sup>己のものを尽さざる場合なり。これを *non intellegere quod omnes intellegunt* [「万人が認識するところを認識せざること」] と云う。*Digesta* の中にあり [編者註：D. 50, 16, 213, 2, Ulp. 1 reg. 2.]。(II-67) 例 [え] は火薬のある箱を炉の傍らに置くものなり。重過失は悪意の場合と同一に取扱う。第二、軽過失 *culpa levis* と云う。これはローマ法では規律正しき人が己 [が] 家事に注意すべき程に注意せざる場合あり。*Debet omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere*. 出精 [精を出して励むの意] せる家父と同一の注意を怠ると解するが常なり。[編者註：D. 7, 1, 65pr., Pomp. 5 ex Plautio. 千賀訳第七卷 225 頁、註三「何となれば勤懇なる家父の我家事に就き為すべき一切の事彼れ [即ち用益者] 自身も亦為すを要すればなり」。]

次に軽過失 [は] 重過失と異なり、場合によりては過失者に損害賠償 [の] 責を負わしめざることあり。二人の権利関係が一方のみの利益となる場合には其の利益を受けざる義務者はた [だ] に重過失の責ある [の] みゆ [え]、軽過失の責なし。例 [え] ば寄託の場合にありては受寄者はために重過失の引責あり。但しこれには例外あれどもここにてはこれを述べず。

第三種は個人特殊過失 *culpa in concreto* (具体的過失)。これは如何なるかと云うに義務者が自己の財産を管理すると同一の注意を怠ることなり。常人よりも一層注意深き人は通常の軽過失よりも尚一層軽い過失までの責に任ずると云うことにてはなし。義務者生来規律正しき人にあらざるときは通常の軽過失 [の] 責を免がるのとすることがあり。然し又万事について通常の軽過失の責なきの意にあらざり。固より場合に限りてこの責なきのみなり。

如何なる場合なるかと云うに、組合員又財産共有者又後見人の如き地位にある場合、それから又己れの妻の財産を管理せる地位に立てる場合に *culpa in concreto* の責あるのみなり。この術語は後世に作れるものなり。この事は *Digesta* の中には書いてあれども術語なし。この術語に对照して後世の民法家は軽過失のことを (II-68) 抽象的過失 *culpa in abstracto* と云うこともあり。

を行うべき物品の消滅せる場合には特権は当然に消滅し、特権に期限ある場合には満期にて消滅す。

第二は政略にて特権を剥奪すること。例 [え] は特権を誤用する弊あるときは罰としてこれを剥奪す。誤用の罪なりとも政略上より特権をやめる必要あるときは相当の賠償をあたえてこれを剥奪す。

第三、特権は放棄及び時効によりてこれを消滅することあり。(II-70)

## 第六節 時の計算

(一) 権利の得喪の上に於て時間の計算に一定の法規あるを要すること無論なり。而して時間の計算に二種あり。則ち第一種は自然的計算 *computatio naturalis*、第二種は民事的計算(暦日的計算) *computatio civilis* と云う。自然的計算とは事件の該当事件の起れる瞬間則ちその時点よりの起算して毎二十四時間を一日と計算す。第二の暦法上一日の始めより其の終りまで午前0時より午後十二時までを一日として計算す。該当事件の起れる時点を全く度外視す。詳言す。午後十二時と云うことはローマの当時の暦法によると夜の六時となる。ローマは日出より日没までをこれを昼の時として十二時に分かち。又日没より日出までを夜のときとして十二時に分ける。今日の正午十二時はローマの昼の六時にて、今日の午後十二時はローマの夜の六時に当る。暦日的計算によると当初の一日は該当事件の起れる時点より計算するときは決して二十四時間とはならず。其の時点如何によりて長短を生ず。然るにローマ人は当初の一日をも其の長短に関せず、やはり一日として計算の中に加えたり。これは当今の法律と甚だ異なれり。当初の一日は計算の中に入れず。次に如何なる場合に自然的計算を用いるか、暦日的計算を用いるかと云う [に]、該当事件の起れる時点には法律上重大なる場合は自然的計算を用う。人の出生死亡の類又二個以上の物権の間に其の成立前後について争いを生ぜざる場合はやはり (II-71) 自然的計算によるものなり。これに反して暦日的計算は或は幾日間或は幾ヶ月間或は幾年の間の期間に重きをおく場合にこれを用うるなり。例、幾年途絶せず取得時効を生ずるが如き場合。

(二) ローマ人はケーザル [カエサル] が紀元前 46 年に太陽暦を用いてより一ヶ年の期間を三百六十五日と定む。一箇月を三十日と定む。これも今日と異れり。通常と異なりて大の月にて三十一日あるときも一箇月と云う期間は必ず三十日と計算せり。閏年にては二月の二十四日と二十五日との間に閏日を置けり。一箇月又は一年の期間を計算するには閏日あるときは如何に算するか。閏日を二十四日の一部と見做して計算するなり。二月二十四日と閏日とを一所にして一日と同 [じ] に見

尚おここに言うべきは、D. 9, 2, 44, Ulp. [に] 最輕過失 *culpa levissima* と云う語が出ず。後世のローマ法学者は一時はこれを文字通りに解釈して通常の過失より尚一層軽い過失にあつて責に任ずとせり。これは誤解にて最輕過失はつまり輕過失のことなり、との事が今日了解せられたり。[編者註：D. 9, 2, 44, UIP. 42 ad Sab. 「アクィリウス法訴訟に於ては、最も輕微なる過失も考慮せらる。』]

### 第五節 特權

この特權 *privilegium* (*beneficium*) に二種の義あり。第一は例外法と同一の意義なり。*ius singulare* と同一のことなり。第二義は狭義の特權にて立法官庁もしくは行政官庁にて特定の具体的權利を限定する場合を云う。かかる場合は官庁は法規を設けずして權利を作るなり。かかる特權を類別せる。下の如し。

第一に、特權に特定の自然人又は法人の享有するものと特定の物、就中特定の土地が享有するものとの區別あり。前者を *privilegia personae*, (*personalia*) [人的特權]、[後者を] 物の特權 *privilegia rei* (*realia*), *praedii* [物的特權ないし土地の特權] と云う。

第二に、特權には積極的に一つの權利をあたえるものと消極的に一つの義務を免ずるものとの區別あり。前者を *privilegia affirmativa* [積極的な特權]、後者を *privilegia immunita* [免除的な特權、*immunitatis*?] と云う。而して積極的のものの中に専有特權と云うものあり。則ちこれは唯一人のみにて限りて其の特權を有する (II-69) ものを云い、*monopolia* [独占] と云う。

第三には特權を受けるのに其の報酬を出す報酬を出さざるものとの區別あり。報酬を出すものを称して *privilegia onerosa* [負担付き特權] と云い、[後者を] *privilegia gratiosa* (*gratuita*) [好意的 (無償的) 特權] とも云う。

第四、特權を受けるに契約を結ぶ場合と契約を結ばざる場合との區別あり。契約を結ぶ場合は *privilegia conventionalia*、契約を結ばざるものは純粹特權或は *privilegia pura* と云う。或る人は曰く、特權は必ず契約によると。

第五、凡て特權はこれを有する人の利益となること通常なり。特定の人の權利を特別に剥奪することをも後世の民法家は特權とせり。これを *privilegia odiosa* [憎むべき特權=不利益を課する特權] と云う。これに対して他の通常の特權を称して *privilegia favorabilia* [利益を与える特權] と云う。

上に述べる種の術語は後世に出来る術語なり。

次に特權が消滅する場合を三種に大別す。

第一は特權が自然に消滅する場合。例えば特權を有する人の死亡せる場合。特權

るなり。幾日間と云う如き日数の期間の場合には閏日をば二十四日と分離して別に一日として計算するなり。但し法律の中に規定したる期間が日数の期間なるときはかかるとき閏日を分離せるや否やは今日一つの疑問となれり。或はこの場合には分離せざりしなるべし。

(三) 期間の満了を計算するに二種の別あり。権利を取得する場合には最後の一日の中に入るとともに期間を終る。然るに権利を喪失する場合にては最後の一日を全 [く] 終りて、それにて初めて期間を終るなり。例 [えば] 満十四才に達して遺言の能力を取得する場合にては最後の一日の中に入るや否や満十四才なりと見做すなり。これ反して消滅時効によりて訴権を失うが如き場合にては最後の一日を全く終わらざるべからず。然るに取得時効の場合は、如何。Digesta の中に説二つあり。(II-72) D. 41, 3, 6, 7 に Ulpianus の説として最後の一日を全く経過するを要すと説けり。然るに D. 44, 3, 15 に Venuleius の説としてこれを要せずと説けり。思うに Venuleius の説が一般に正し。

(四) 期間の計算に連続 [時] *tempus continuum* と云う事と不連続 [時] *tempus utile* [有用時] との二つの区別あり。連続 [時] は該当事件の起れる其日より必ず始まり、暦法の上の日数を絶えまなく [?] 計算し行うを云う。有用時 [不連続時] とは止むを得ざる事情のために期間が通常より遅く始まるを云い、期間の始 [ま] る後も中間の日数を計算外におくものなり。止むなき事情とは、第一、権利者に於て期間の始まるることを知ることを得ざる事情。かかる場合にては権利者が [それを] 知れる日より初めて計算するなり。第二は権利者の力を以て変更し得ざる出来事起れる場合。例えば権利者が大病にて或は戦争にて俘虜となるとか止むなく公務に従事するとか或は義務者の失踪せること或は大事、洪水、戦争等のために裁判所 [へ] の交通の道を失うの類なり。凡てこれらの障害が存する日数は計算外におくものなり。以上の二種の計算について連続時は通則なり。不連続時の計算は例外なり。尚個々の場合について後に説明せん。

## 第七節 時効

### 第一款 総説

(一) 時効とは時の経過のために或は権利を取得し或は権利を喪失することを云う。時効を大別して二種とす。一つは取得時効 *praescriptio acquisitiva*、他の一つは消滅時効 *praescriptio extinctive* [なり]。取得時効は権利を取得する効果あるものを云う。消滅時効は権利を消滅する効果あるを云う。

(二) 取得時効中最も重要なるものは善意の占有が久しく連続するときは時効に

よりて所有権を取得する場合。これを時効的取得 *usucapio* と云う。この外に尚地役権地上権永借権等も、これらは物権にて、時効によりて取得することあり。

(三) 消滅時効に二種の差別あり。地役権地上権永借権等の如き物権が久しく使用せられざるために時効によりて消滅する場合あり。他の一つは凡て訴権が時効によりて消滅する場合あり。この二種の中前者は物権のところにて論ずべし。後者則ち訴権時効を論ずべし。

### 第二款 訴権時効の種類

*Ius civile* より生ずる訴権は古くは決して時効によりて消滅せざりき。かかる訴権を称して永続訴権 *actiones perpetuae* と云う。(II-74) これに反して *praetor, aediles* の作れる訴権、則ち *ius honorarium* に生ずる訴権は大方は短時間にて訴権を消滅す。*praetor* の作れる訴権は一箇年にて消滅す。*aediles* の作れるものは或は二箇月或は六箇月或は一箇年にて消滅す。かくの如く消滅時効の存する訴権を称して不永続訴権 *actiones temporales* と云う。然るに其の後共和帝政の時に *ius civile* に属する訴権中若干種の中のものゝ消滅時効を生ずることとなる。自由人に非 [ざ] るものが死亡せるときに誤りてこれを自由人として取扱う。而して其後五箇年を経過するときは其の人格の誤りを審査することを許さず。出納官吏の政府の訴権は二十箇年にて消滅す。これらは僅かの例外にて *ius civile* の訴権は消滅せざるを通則とせり。遂に、紀元後 424 年に至りて *Theodosius* 二世の皇帝の時に一切の永続訴権に消滅時効を持たせそれを三十箇年とす。但しこれにて [も] 短かき時効を有する訴権は古法の如くせり。其の後、*Justinianus* 皇帝は、質権の上の訴権 *actio hypothecaria* ——質権者又は抵当権者に於て質物又は抵当物の引渡しを請求なり——を、三十箇年のものと四十箇年のものとの二種類のものとなす。尚其の他に耶蘇教 [会又は] 慈善財団の請求に限りて特別に長き時効を作れり。其の期間は初めは百箇年と定めたるも後に改めて四十箇年となす。四十箇年の期間ある請求は他人にありては或は三十箇年或は二十箇年或は十箇年の期 (II-75) 間を設く。他人の場合にてこれより短かき期間のものにはたとい耶蘇教会又は慈善財団たりとも特権なし。[編者註: CTh. 4, 14, 3 an. 424 「継続三十年の期間は永久的と認められる訴権を消滅させ、すでに特定期間を規定されているものを消滅させるものではない」。]

### 第三款 訴権時効の成立

凡そ訴権時効は三つの条件備わるときに初めて成立す。

第一、訴権の成立、第二、法規の定むる如き期間の満了、第三、時効を中断する出来事の起らざる場合。

(一) 訴権の成立は物権より生ずるものと債権より生ずるものと異なることあり。



物権より生ずるものは其の物権を侵害せるときより成立す。債権より生ずるものは債務の履行を請求し得るときより成立す。債務の履行に期日を定め或は条件を附せる場合は其の期日の到達し又は条件が成就せる時より訴権の成立を起算す。然るに時としては訴権成立の時点を決むること甚だ困難なることあり。例えば金銭の貸借の場合にて、元金返却の期日を予定せざる場合或は債権者より返却の請求の告知をまちて初め [て] 返却する場合或は其の告知の後に約定の期間を経て初めて返却すべき場合。凡てかかる場合には元金返却の請求の訴権は何時成立するかに就て二説あり。一説は金 [銭] 貸借の契約成立と同時に訴権も成立すると。他の説は返却の期日を予定せざる場合にては返却を初めて請求せる時より訴権成立す。告知をまつ場合は告知をなせる時より成立す。告知の後に約定の期間 (II-76) を経ざる場合にては其の期間の満了を俟つなり。Justinianus 法典中にては解決されており。

(二) 訴権時効の成立に必要な期間は、訴権によりて大いに異なる。期間の計算は如何。一箇年、一箇年以下のものは少なくとも期間の初まりだけは不連続にて計算す。一箇年より長きときは初 [め] より連続時にて計算す。権利者が未成年者にて時効が三十箇年未満の期間を要する場合には其の権利者が満二十五才に達するまでの歳月を計算外に置く。又時効が三十箇年、四十箇年の期間を要する場合には権利者が満十四才に達するまでの年月を計算外に置く。

(三) 訴権時効を中断する出来事に二種あり。

第一種は権利者が起訴すること。仲裁々判に対する場合にては真正の裁判に付すると同一に中断す。訴を起して訴権時効の中断せるときには其の訴権が判決に至るときは、其の判決執行の消滅時効が新たに始まり、判決の時より起算して三十箇年にて満了す。若 [し] 又訴訟、判決に至らずして立消 [え] となれるときは其の訴訟を最後に取扱いし日より起算して四十箇年にて新らしき時効満了す。其の係争 [事件?] も訴権も消滅す。

(II-77) 第二種 [は、] 義務者が我が義務を承認することなり。義務の承認は或は書面にてこれを表示するや或は唯行為の上のみにてこれを表示するなり。例 [え] ば金銭貸借の場合なれば利息を支払うと云うことなり。或は元金の一部を返却すると云うことなり。或は質権を新たに定めることなり。或はこれにて証書に非ざるを更らに証書に作製し更ゆることなり。凡てかかる行為は間接に黙示的に債務を承認することなり。凡て承認は明示と黙示とを問わず在来の訴権時効を中断するなり。それと同時に又新らしき訴権時効を開始するなり。其の新らしきものの期間は古きものと同一なり。但し承認と共に債務の種類を更うるときは其の期間も又異なるなり。例えば消費貸借に非ざるを更らに消費貸借に改たむるときは旧債務の如何にか

かわらず三十箇年の期間に更なり。

次に注意すべきことは訴権時効の期間中義務者は更ることあるもそれがために其の訴権時効は中断せず。例えば甲人が乙人の所有品を己れの所有品として占有せりとし、而してこれを丙人にこれを売却せり。然るときは乙人が丙人より其の品物を取り返さんと請求し得る訴権は、初めて其の占有を失う時日より起算して消滅時効を満了す。決して丙人が其の品を買取れる時日より起算せず。但し義務者が継承によらずして更れる場合はこの限りに非ず。例 [え] ば、甲人が乙人の所有物を占有せる間に戦争起りて其の品物を置いて逃亡せるとせば、ところがここに丙人が来りて更らに其れを占有すとせば、乙人が丙人に対する訴権は丙人が新らたに占有せる時日より起算して訴権時効を満了す。決して甲人が初めて占有せる時日より起算せず。(II-78) 何となればこの場合は二度別々に占有せるなり。甲人の占有を丙人に譲渡せるに非ず、それ故かかる結果を生ぜり。

#### 第四款 訴権時効の効果

訴権時効の効果は其の訴権が債権より生ぜると物権より生ぜると大いに異なることあり。

第一、債権より生ぜる訴権が時効によりて消滅せるときは其の債権もともに消滅する効果あるや否やについて二説あり。第一説は其の効果ありとするものなり。第二説はこの効果なしとするものなり。何となれば訴権が消滅せるときはもとより、当該債務の履行を請求するを得ず。第一説にては債権も共に消滅せるものなりと説くなり。第二説の起る所以は訴権が消滅しても尚所謂自然債務 *obligatio naturalis* が成立せり。自然債務とは若し債務者が訴権消滅の後に徳義上恥ずるところあり、自から好みて己れの債務を履行することあるべし。かかる債務の履行が法律上にも真正の債務の履行と見做され自然債務の履行と見做 [さる]。尚この外に債務が訴権消滅共に消滅せざるものなりとの証引とすべきことは則ち若し其の債務のために質権を設定せられたるものは訴権消滅と共に其の質権の消滅せざると云うことなり。これがために訴権は消滅しても債務を履行するまでは質権は継続するものなりと見做さる。

(II-79) 第二、物権より生ぜる訴権は時効によりて消滅せるとき、其の物権は共に消滅せざることが原則なり。例えば甲人が或る物品を乙人の所有品と知りながら己れの所有品なるかの如く見做してこれを占有せり。遂に乙人の訴権が時効によりて消滅せりとせば、乙人は勿論甲人に対して其の品物を取返すために起訴することを得ざるも、若し其の品物が偶然に乙人の手に返り来るときは、直ちに乙人の所有品として取扱わるるなり。それ故に物権は消滅せず。但し訴権消滅の時に占有者が

元来善意にて其の占有を取得せる場合には、Justinianus 法令によれば訴権と共に物権も消滅するものとせり。則ち Justinianus 皇帝はこの場合には訴権時効と共に取得時効を生ずるものなりと改む。物権のところにて再説すべし。

## 第八節 完全状態回復（原状回復）*restitutio in integrum*.

### 第一款 原状回復の意義

凡て法律上正当なる手続をふみて或は権利を失い或は義務を負うことあるも止むを得ざることにて如何に損害を蒙りても如何ともすることを得ず。然し場合によりては全く法律の不完全なところよりかかる弊害を生ずることあり。原状回復と云うことは不完全の場合に於て不完全なる法律は改めずして（II-80）*praetor* の政令にて別に其の弊害を除去する方法を設けたり。其の方法とは既に失うる権利を取返すべく、既に負担せる義務を取消して全く従前と同一なる状態に回復するなり。ラテン語の *integrum* は傷 [つ] けられてない状態の意なり。今実際傷つけられたるところを除き去りてもとの如く完全無缺の状態に回復すると云う意味なり。但し被害者の原状を回復すると同時に加害者の原状をも回復するなり。契約を取消する場合には相手が其契約にて取得せる一切の権利を相互に放棄してあたかも其の契約を結ばざるが如き状態に回復するなり。原状回復は不完全なる法律のために損害を除き去ると云うことが目的なり。然し法律其のものは依然として存在せり。それ故に被害者がとくに *praetor* の前にて原状回復を願い出ずるに非ればこれを執行することを得ず。但し原状回復の請求権はこれを他人に譲渡す [る] ことを得。又これを相続することをも得るなり。個々の場合に現状回復を適用するには下に述べる六箇の条件を具備せざるべからず。

第一、適用の理由所謂 *causae* なるものなり。この適用の理由は次款にて説明せん。

第二、損害が甚だしく僅少に非ざること。但しここに所謂損害は唯金銭上則ち経済的のものには限られず。例えば結婚する養子に行くこと云うことも若し当事者の不利益と見做し得る場合はこの中に含蓄せらる。

第三、被害者に悪意のなかりし事。（II-81）

第四、被害者が卑属親に非らざること。（尊属親）

第五、原状回復の適用以外に其の損害を除き去る方法のなき事。例えば詐欺のために損害を被れる場合は直ちに詐欺の訴を起すことを得。従って原状回復の訴えを起すことを得ず。

第六、連続時にて四箇年以上を経過し居ざること（消滅時効あり）。Justinianus 皇

帝以前にては有用時にて不連続時にて一箇年の期間となれるなり。但し Justinianus 法令によるも公務のために不在なりし場合にて止むを得ざる出来事のために願出ずることを得ざる間は其の期間を開始せず。又被害者が未成年者なるときは被害者が満二十五才に達するまでは其の期間を開始せず。

## 第二款 原状回復の適用の理由

原状回復は如何なる理由あれば適用するかと云うに、これは praetor の政令にて定める。これを適用の理由の主なるものを下に述べる。

第一、強迫の場合。強迫によりてやむなく契約を結べること。この場合の原状回復は共和政治の終りに至りては実際にてはあまり必要ならざるものとなる。其の理由はこの時に至りて強迫事件の訴権 *actio quod metus causa* [強迫故の訴権] が新に成立せり。それ故に通常はこの訴権を利用することとなれり。通常はこれを利用する故に不必要なるも、例えば強制的に相続せしめられし場合の如きは例外なり。(II-82)

第二、詐欺のために損害を蒙られる場合。これも第一の場合と同じく共和政治の終り頃には詐欺的事件の訴権 *actio doli* 成立す。それ故に第二の場合の回復も実地の適用は極めて僅少となる。詐欺 [的] 事件にしてこの訴権を適用し得ざる場合なきに非ず。例えば訴訟中に当事者の一方が係争事件を他人に売却せば当事者の他の一方が甚だしく不利益 [を蒙る] とせば詐欺として原状を回復する訴えをなす。

第三、錯誤の場合。通常当然に無効となる場合多し。然し希れには回復 [の] 場合あり。則ち訴訟手続の錯誤なり。

第四、人格減少の場合なり。人格減少のために旧来の債務を一切免れたる場合、例えば戸主が他家に養子に行ける場合。かかる場合には債権者損害を蒙むるは誠に不公平なり。それがために債権者は原状回復を願出で再び其の養子に従前の債務を負担せしむるなり。然しこの場合も後には別に原状回復を俟ずして直ちに其の債務について訴を起し得るに至る。詳に曰く、人格大減又人格中減の場合には、たとい減少にかかれる人は消滅しても原状回復を許さず。人格減少にかかれる人は其大中小の区別なく皆己れの債権を失うなれども、其の債権を失うために原状回復を願出することを得ず。

第五、止むを得ざる事情のために時期に遅れて権利を失いたる場合。ここにては時期におくれて権利を失うことと止むを得ざる事情との二つを区別して説かざるべからず。

(II-83) 時期に後れたる場合を三種に区別す。第一種は時効によりて訴権又地役権を失える場合。但し訴権時効の場合によりては三十年以上の時効を取消すことを

許さず。私犯の訴権が時効にて消滅せる時にこれを回復することも得ず。第二種は訴訟法上の定めてる時間を守り得ずして上訴の権を失える場合。第三種、契約上の期間を守り得ずして不利益を蒙れる場合。但し第三種の場合は原状回復を適用することは極めて少なし。唯公務のために期間を守り得ざる場合に限らる。次に、止むを得ざる事情とはこれを三種に区別す。第一種は被害者が公務のために或は至当なる恐怖のために或は処刑のために或は俘虜となれるために、被害者が其場所に不在なりし場合。但し不在中に代理者を置くを得るに其代理者を置かざるときは被害者の不注意なる理由にて原状回復を請求し得ず。第二種は对手者が不在にて又对手者の代理人も不在なりし場合。第三種、実際の事情を調査して praetor が原状回復の必要を認むる場合。例 [え] ば洪水等の天災のために時期を守り得ざる場合なり。

第六、未成年者（二十五才未満）のものが年少であるがために損害を蒙る場合。この場合の原状回復に二種の区別あり。

第一種、後見人が悪意又は重過失にて被後見者に損害を加えた場合。第二種は未成年者が注意なく思慮なきところより或は己れの怠慢により或は己れの法律行為によりて (II-84) 損害を蒙れる場合又は後見人の同意の上にて其の損害を蒙れるときも又原状回復の権ある。かかる場合の回復権は甚だこれを濫用多し。未成年者と交際ある人が困惑すること多し。後にはローマの法律学者 Paulus などの説にては成るべく回復権を制限し損害の甚大にて不注意の極めて甚だしき場合のみに限りて回復権をさず [授] くべしとの説行わるるに至る。未成年者が二十五才に達せざる前に成年者の宣言を受けるときは無論原状回復権を失うなり。

### 第九節 権利の保全

凡そ権利を失わんとするおそれたるときこれをさらに強固する方法あり。これを権利の保全と云う。其の主なるものを下に挙げん。

第一、反対予告、異議 protestatio。これは或る法律事実のために己れの権利が消滅せんとするとき [予] めこれに反対 [を] 称うにて其の消滅を防止することを云う。例えば時効を中断せんがために起訴せんとするも已むを得ざる事情のために起訴し得るときは反対予告の方法にて其の時効を中断するなり。Jus [tinianus] 法典 C. 7, 40, 2, 1 のところに次の文句あり。かかる場合には其の止むなき事情を文書として地方長官 praeses provinciae のもとに差出す。若し地方長官にも差出し得ざる場合には其の地方の僧正若しく自治体保護者 defensor civitatis のところに差出す。これは今日の市長に似たるが如きものなり。人民を保護し中央政府に属する地方官の専横を抑制するものなり。(II-85) 若し僧正又は自治体保護者も不在なるときは

praestatores [保証人] の書面に自治体の書記が記名するか三人の証人が記名するか[して]、これを相手者の宅前に掲示するなり。

第二、留保 *reservatio*。留保とは黙して或る態度を取るとき我れに有害の効果を生ずる場合に予め説明して其の効果を防止するなり。例せば遺言にて相続人に指定せられたる一人が其の遺産を管理するときはこれを相続するを同意せるものと見做さる。其の遺産に負債あり、これを相続することを好まずとの時はしばらく管理すれども相続せざるを明言するなり。

第三、担保 *cautio*。現在若しく将来の請求権を強固にするか又は正義上成立すべきものなれども法律上成立し得ざる請求権を法律上に確定するを目的とするなり。而して其の方法が相手者に或は要式口約をする。或は保証人を立てさせる、或は誓言をせしめる或は質若しく抵当を入れさせる等の手段あり。然し担保の普通の形は保証人を入れること、要式口約をすることの二つなり。保証人を入れる場合を *fideiussio* と云う。又は *satisdatio* と云う。然しこの二文字の中 *satisdatio* は広義にては単に担保にも用う。要式口約は *stipulatio* と云う。これは当事者双方が互いに形式的の問答して口頭の契約を結ぶを云う。この要式口約の形にて担保せるものを単純なる約束 *nuda repromissio* と云う。担保の例、遺産人が遺贈をなすに期間又は条件を附せりとせり。(II-86) かかる場合には受遺者は直ちにそれを受けることを得ず。然るに若し其の期間の満了を待ち或は其の条件の成就するを待つときは相続人が其の遺贈を全く消費するおそれあり。それ故に *praetor* は受遺者を保護するために相続人に保証人を入れさせて担保とし其の遺贈を時期来たれるときに必ず支弁せしむ。

法律上成立せざる請求権を確定する場合。例えば、ローマの古法によれば、嫁資は離婚の後に妻はこれを取戻すことを請求することを得ず。それ故にこれを請求する権利を得るには、結婚のさいに夫に担保せしむ。万一離婚の場合には嫁資を返還するを約束せしめざるべからず。然し後に至りてはこの約束なくとも、妻は嫁資を当然取戻すことを得るなり。

第四、占有の許可 *missio in possessionem*。これは現在実行し得ざる請求権を将来に向いて保護するために義務者は財産の一部若しくは全部を *praetor* の裁定によりて権利者に於てしばらく占有することを許可せらるることなり。例 [え] ば前の遺贈の場合にも相続人がもし担保をなさざるときは *praetor* は受遺者に遺産全部を占有することを許すなり。この *missio* より起る占有はもとより普通の占有とはかわった効果を生ずことは後説すべし。

[第一編 総則 第三章 物、第四章 法律事実及び権利 完]