

資 料

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』(1)

吉原達也編

解題

1. 以下に掲載のものは、大正年間、京都帝国大学法科大学（大正 8（1919）年 2 月法学部に改組）において、千賀鶴太郎博士によって講じられた羅馬法講義の講述筆記録を活字化したものである⁽¹⁾。同筆記録は、平成 20（2008）年 5 月 30、31 日神田小川町・東京古書会館開催の「和洋会古書展」に、曄道文藝博士（1884～1966）の民法講義録 3 分冊⁽²⁾等と併せて出品されたものである。縦 250 mm、横 175 mm の A 5 の変形サイズで製本され、紙装、背表紙に『羅馬法講義 千賀博士述』と金文字で刻されている。本文は見開き右頁のみにペン字で筆記され、右肩に赤字で 1～45、1～93、1～71 と頁数が記される（以下、それぞれ I-1、II-1、III-1 のように頁数を示す）。II-24～29 にかけて裏頁にも書き足された部分があり、合計 214 頁に相当する⁽³⁾。

2. 『京都大学百年史』によると、「明治 32（1899）年に千賀鶴太郎（1857～1929）によって開講されたローマ法は、明治 34（1901）年からは教授春木一郎（1870～1944）が担任したが、春木の東京帝国大学転出後、明治 45（1912）年より再び千賀が担任、大正 13（1924）[ママ] 年 10 月の停年退官後、なお講師として大正 15（1926）年まで講義を行った。」とある⁽⁴⁾。千賀博士のローマ法講義は、明治 45 年つまりこの年の 7 月に改元があるので、正確には大正元年 9 月からのことになると思われるが、最

(1) 活字化にあたって、広島大学法学部学生・谷本菜摘さんには、入力作業など貴重な協力をえたことをとくに記し、ここに深甚なる謝意を表する次第である。また、本稿の執筆にあたり、吉原文司氏には、千賀博士関連文献を網羅した『千賀鶴太郎博士著作目録（初稿）』を原稿段階で読む機会を与えられ、多くの関連資料の提供と助言を得たことに、同様の感謝を申し上げる。

(2) 曄道文藝述『民法』講義録 3 分冊は、民法第 1 部から第 3 部及び第 4 部親族法・相続法の講義にあたりと考えられる。製本の際のミスのために、筆記ノートの順番に乱れがあるが、総論及び総則に始まり、物権法、債権総論、各論契約法、親族法、相続法に及んでいる。

後が大正 15 年であるので、ちょうど大正期の 15 年間に重なって続けられたことになる。では、この筆記録がその年代のいつに作成されたかという点について、目下のところ、大正 6 年から 8 年の間であると推定できるように思われる。Ⅱ-22 頁に「11 月 10 日」と記された箇所があるほかは、筆記録自体から年代を特定できる手掛かりはない。年代特定の参考になるものとして、以下の点をあげておきたい。①先の古書展において同時に出品された曄道博士述『民法』講義録 3 分冊も同じ装丁、同じ筆跡であること、②曄道博士が京都帝国大学で教授として民法を講じたのは、大正 4 年から 9 年にかけての時期に限定されること⁽⁵⁾。③『民法』講義録第 3 巻末尾に付加された（おそらく岡村司博士による）親族法・相続法の講義筆記録に、唯一大正 8 年 1 月 24 日の日付が特定できる箇所があること⁽⁶⁾。

以上のことを勘案しつつ、筆記者が同じ人物であるとして、1 年次から曄道博士の持ち上がりによる民法講義（第 1 部～第 3 部）と岡村司博士（1866～1922）の親族法・相続法（第 4 部）を受講したであろうこと、当時羅馬法が 1 回生配当科目で

- (3) ローマ法に関する講義録としては、春木一郎博士によるものが活字化されている。
- ①「講義者自筆本」（記念のため 昭和 15 年京大法学部に寄贈、明治 40 年 9 月乃至 41 年 5 月の学年における講義に使用したもの、『京都帝国大学史』205 頁を参照）。②吉田五郎・春木一郎先生述「ローマ法講義」ノート（一）（二）（三）（四）（五）『社研』（八幡大学社会体制研究所）第 3 卷 1、2 号（昭和 26 年 10 月、12 月）；第 4 卷 1、2、3 号（昭和 27 年 4、8、10 月）。③吉田五郎・春木一郎講述「羅馬法講義」（緒論 第一編羅馬法序論〈内容 公法・法源〉）『八幡大学法律研究所報 3 号』（昭和 44 年 7 月）。④吉田五郎編・春木一郎講述「羅馬法講義」八幡大学法経学会（昭和 45 年、B 6 246 頁）（昭和 2 年京大法学部での特別講義 羅馬法序論と羅馬私法の 2 編からなる）。⑤吉田五郎編・春木一郎講述「羅馬法講義（訴訟法編）」『八幡大学社会文化研究所紀要』創刊号（昭和 46 年 6 月）（明治 40 年度京都帝国大学法科大学講義）。
- (4) 京都大学百年史編集委員会編『京都大学百年史 部局史編 1』（京都大学後援会、平成 9 年 9 月 30 日刊）312 頁。『京都帝国大学史』（京都帝国大学、昭和 18 年 12 月 30 日刊）203 頁では、千賀博士の退官は大正 12（1923）年 10 月のこととされる。また、『京都大学百年史 資料編 3』（平成 13 年 3 月 21 日刊）204 頁の主要人事一覧によれば、千賀博士の在任期間は「1899. 9. 11 - 1923. 10. 5」とある。
- (5) 『京都大学百年史 部局史編 1』333 頁を参照。曄道文藝『日本民法要論 第 1 巻 総論』（弘文堂書房、大正 9 年 7 月 20 日刊）が退官の年に刊行されている。その序文に、「京都帝国大学法学部に於て最近に講ぜし講義の稿本に添削を加へたるものなり。」とある。その内容は、先の『民法』講義録の総論・総則部分と符合する。

あったことを考慮すると、『羅馬法講義』は、大正 6 年 9 月～7 年、遅くとも大正 7 年 9 月から 8 年にかけての講述筆記録ではないかと考えられるからである。さらに、II-22 頁に記載の「11 月 10 日」が大正 6 年ないし 7 年の該当の日付であるとすると、それぞれ土曜日、日曜日にあたることから、大正 6 年 9 月～7 年にかけての講義筆記録である可能性が高いと思われる⁽⁷⁾。

3. 当時の千賀博士のローマ法講義について、明治 45 年 (大正元年) に入学した瀧川幸辰博士 (1891～1962) は、次のような回想を寄せている。「入学してイの一番に講義をきいたのはローマ法であった。講壇にあがるなり、何の前置きもなく、ローマ法、第一編、第一章、第一節、第一項と来た。何でもローマ建国というのが最初の節だったか項だったかで、王 (Rex) の講義であった。ローマ法だからラテン語が続々と出るのは当然である。はじめに出るラテン語は黒板に書いてもらえるが、同じラテン語も二度目からは書いてもらえない。「この言葉は前に書きました」といわれる。千賀さんのローマ法は、緒論のようなものの他は、私法が主で、刑法などの講義はなかったと記憶する。ローマ法の講義にはまいった。講義の原稿を読み上げられるだけで、ほとんど説明されない。こちらは必死になってノートをとるだけ、ノートは何冊もたまってしまう。ローマ法は法律学科の必修科目であるから試験を受けねばならない。ずいぶんつらかった。私はローマ法に興味があったので、ゾーム著インスティオーネン [ママ] を買って拾い読みをした。その本はいまでも手許に残っている⁽⁸⁾。」

(6) 曄道『民法』講義録第参巻に収録された親族法相続法の部分は、それまでの財産法に関する体系的な講述筆記とはまったく違った形式であることから、おそらく岡村司博士による民法第 4 部の講義筆記録と思われる。岡村博士の家族法講義の様子について、末川博『彼の歩んだ道』(岩波新書、昭和 40 年 10 月 20 日刊)、190 頁を参照。

(7) 筆記に使われたノートの特徴について、若干付言しておく、先に記したように、A 5 版の変型版であり、8 mm 罫で、6 枚ごとに槍と楯をもった女性像と「BERRICK BRO: 1915」という透かしが繰り返されることから、24 頁でノート 1 冊という計算になる。この Berrick Bros. という名称は、横浜のベリック・ホールの建築主 B. R. ベリック (1878-1952) の親族が明治から大正にかけて横浜で経営していた貿易会社「ベリック兄弟商会」のことでありと考えられる。大正期には、英国商館の中での紙扱い店としては第一位として認められるほど順調な経営であったようである。輸入品は洋紙、織物、雑貨、薬品、鉛筆、香水などを扱い、絹織物、美濃和紙などを輸出していた。1915 が西暦を表しているとする、大正 4 年にあたり、筆記録作成年代特定の手掛かりの一つとなるであろう。

大正3年に入学した末川博博士(1892～1977)も『彼の歩んだ道』の中で、「大学第一日の講義」として、千賀博士のローマ法講義に触れている。「彼が木造の階段教室で最初に講義を聴いたのは、開学当初からおられる千賀鶴太郎先生のローマ法であった。黒板にラテン語の術語を書かれるのに和服の袖をまくりあげられると、下から奥さんが手で縫われたのであろうと思われるボタンのついた黒いシャツが見えるのは、この先生が長いあいだドイツにおられたと聞いていただけに、何となくチグハグの妙な印象を与えた。先生は、明治十年代に結婚後まもなく単身ドイツに行かれて、十五、六年後に神戸に帰られたときには、出迎えの奥さんの顔がわからなかったという話もある」⁽⁹⁾。いずれも、大学での最初の講義がローマ法であったことが印象的に語られているのが興味深い。瀧川、末川両博士がともにローマ法講義の講述ノートを作成されているようすがうかがえるのであるが、名古屋大学法学部所蔵の瀧川文庫にも、立命館大学所蔵の末川文庫にも収められていないようである⁽¹⁰⁾。

4. ここで千賀博士の経歴について簡単に触れておきたい⁽¹¹⁾。安政4(1857)年2月10日、岡山に生まれ、明治3(1870)年～同7(1874)年、岡山普通学校及び遺芳館で英文を修業。明治7(1874)年、上京して慶應義塾に進む。田岡良一博士(1898～1985)の回想⁽¹²⁾によると、ドイツに行かれる前の先生の学歴としては履歴書には「明治9(1876)年より同17(1884)年まで、同人社に於て、英国の哲学書類を教授す」という一行があるのみとのことである。東京にあった同人社は、中村敬宇(1832～1891)によって、明治6年創設された英学塾(同18年廃止)で、後年帝国教育会か

(8) 瀧川幸辰「回想の法学者(1) —千賀鶴太郎先生と仁保亀松先生—」『綜合法学』第16号(昭和34年11月刊)26～30頁、後に、『瀧川幸辰刑法著作集』第5巻(世界思想社、昭和56年8月10日刊)に収録。我妻栄・末川博 瀧川幸辰〔談〕利谷信義・乾昭三・木村静子編『法律学と私』(日本評論社、昭和42年5月10日刊)197頁以下(「瀧川幸辰に聞く(遺稿)」の項、初出「法律学と私 瀧川幸辰先生に聞く(遺稿)[第1回]」(〈語る人〉故瀧川幸辰、〈聞く人〉木村静子)『法学セミナー』第84号(昭和38年3月刊、〈昭和36年8月の対談速記録〉49頁)。

(9) 末川博『彼の歩んだ道』(前註6)170、171頁。末川博・我妻栄「対談 日本の法学者を語る・蒲郡対談・連載第4回」『法学セミナー』第179号(昭和46年1月刊)67～69頁、「連載第5回・完」同第180号(昭和46年2月刊)80頁。

(10) 『瀧川文庫目録：名古屋大学法学部所蔵』3分冊(名古屋大学法学部、昭和62年刊)、立命館大学図書館編『立命館大学図書館蔵末川文庫目録』(立命館大学図書館、平成2年刊)を参照。

ら「帝国四大私塾」、慶應義塾や攻玉塾などと「三大義塾」として並び称されたこともあった。そこで、ハーバート・スペンサーやスチュアート・ミルなどの英書を講じていた。その後、明治 17 (1884) 年から同 32 (1899) 年にかけてドイツに滞在する。当初は『東京日日新聞』通信員として渡独したようである。明治 18 (1885) 年から同 22 (1889) 年まで、ベルリン大学文科修業、明治 22 (1889) 年～同 26 (1893) 年ベルリン大学法科修業。明治 30 (1897) 年、ベルリン大学法科学位「ドクトル・ユリス・ウトリスケー」(doctor juris utrisque) 取得、学位論文は *Gestaltung und Kritik der heutigen Konsulargerichtsbarkeit in Japan*, 1897 であった。田岡博士によれば、この書『日本における現行領事裁判権の形態と批判』は、当時わが国に行われていた外国領事の裁判権に対して批判を加え、その非を欧人に訴えたものであった。ドイツ滞在は足かけ 15 年の長きにわたる。国費による留学とは異なり、私費留學生の実際の生活が決して恵まれたものでなかったことは、瀧川、田岡両博士の回想にも触れられている。そうした中で、明治 30 (1897) 年夏期学期頃より明治 32 (1899) 年夏期学期まで、ベルリン大学東洋語学校講師として日本語を教えたという記録はド

-
- (11) 千賀博士の経歴について主として参照したものは以下の通りである。①『大日本博士録 (1888-1920) 第 1 巻〈全六巻之内〉法学博士及薬学博士之部』(發展社、大正 10 年 1 月 11 日刊) 53、54 頁。②矢田一男「明治時代のローマ法教育 (1)」『法学新報』第 44 巻第 3 号 (昭和 9 年 3 月刊) 98、99 頁。③『日本人名大事典 (新撰大人名辞典)』第 3 巻 (平凡社、昭和 12 年 10 月 22 日初版第 1 刷刊。昭和 54 年 7 月 10 日覆刻版第 1 刷刊)。④田中誠一編著『備作人名大辞典 乾巻』(備作人名大辞典刊行会、昭和 14 年 4 月 1 日刊。復刻：臨川書店、昭和 49 年 8 月 20 日刊〈全 2 冊〉) 423、424 頁。⑤『京都帝国大学史』(京都帝国大学、昭和 18 年 12 月 20 日刊) (法科大学創立前記)：88、89 頁、(国際公法)：172 頁以下、(羅馬法)：203 頁以下等。⑥『京都大学七十年史』(京都大学、昭和 42 年 11 月 3 日刊) 348、368、384 頁。⑦『京都大学百年史 部局史編 1』243、244、248、250、267、309、312、313、329、330 頁。なお、佐藤篤士「日本におけるローマ法学の役割—日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一つの反省—」『早稲田法学』第 40 巻第 1 号 (昭和 40 年 1 月刊) 53-99 頁、とくに 59、63 頁。現在は、『古代ローマ法の研究』(敬文堂出版部、昭和 50 年 4 月 25 日刊) に、第 1 章「日本におけるローマ法学の発達—日本におけるローマ法研究の歩みにたいする一反省—」と改題して再録、1-46 頁。
- (12) 田岡良一「千賀鶴太郎先生の思い出—日本の法律学を築いた人々 (10) —」『書齋の窓』第 269 号 (創業 100 周年記念特集号、有斐閣、昭和 52 年 1 月刊) 78～81 頁、初出同第 10 号 (有斐閣、昭和 29 年 3 月)。

イツ滞在時代の一齣を伝える数少ないエピソードである。ベルリンの東洋語学校は、1887(明治20)年にドイツ帝国及びプロイセン王国の主導で設立され、日本語、トルコ語、アラビア語、ペルシア語、中国語、インド諸方言という「東洋及び東アジアの6つの生きた主要言語の理論的講義と実践的演習」を任務とした⁽¹³⁾。『ベルリン大学東洋語学校紀要』の最初の2巻に、当時東洋語学校日本語教授であったランゲ⁽¹⁴⁾(Rudolf Lange, 1850～1933)との共訳になる山口謙＝椒山野史『近世史略』(二編巻一、巻二、明治8<1875>年刊)の翻訳が掲載されている⁽¹⁵⁾。冒頭の序言のなかでランゲは千賀との共訳について、こう記している。「私は、この翻訳を東洋語学校講師 博士 千賀鶴太郎氏とともにいった。というのは、諸講師の当雑誌への

(13) ベルリンの東洋語学校について、Josef Kreiner, Zur 100. Wiederkehr der Gründung des Seminars für Orientalische Sprachen, Berlin / Bonn, Orientierungen 1/1989, S. 1-24. 及び S. 24 所掲の文献。

(14) ランゲは、ベルリンで古典文献学及びドイツ語学を修めた後、ギムナジウム教師を経て、1874(明治7)年、来日。東京医学校で、ドイツ語、ラテン語、地理学を教え、1881(明治14)年に帰国。その後、東洋語学校初代日本語教授を勤める。著書に Altjapanische Frühlingslieder aus der Sammlung Kokinwakashū, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1884 [『古今和歌集』春の注釈付き翻訳]; Lehrbuch der japanischen Umgangssprache, 1890; 2. Aufl. 1906.; Einführung in die japanische Schrift, 1896; Übungs- und Lesebuch zum Studium der japanischen Schrift, 1904; 2. Aufl. 1909; Thesaurus japonicus, Bd.1, 1913; Bd.2, 1919; Bd.3, 1920 など。cf. Wolfgang Hadamitzky, Rudolf Lange (1850～1933) Eine etwas verspätete Rückbesinnung zum 150. Geburtstag, in: Japanforschung-Mitteilungen der GJF, Jahrgang 2001 Heft 1, S. 1-2. ユネスコ東アジア文化研究センター編『資料 御雇外国人』(小学館、昭和50年5月15日刊)454頁、武内博『来日西洋人名事典』(日外アソシエーツ、昭和58年3月10日刊)481、548頁及び同『来日西洋人名事典 増補改訂普及版』(日外アソシエーツ、平成7年1月31日刊)526、527、601頁参照。ランゲのネクロロジーとして、Cl. Scharschmidt, Geheimrat Ruolf Lange, Ostasiatische Rundschau, Nr. 18 (1933), S. 397-398 を参照。

(15) R[udolf] Lange und T. Senga, Kinsei shiryaku ni hen [近世史略二編], Mitteilungen des Seminars für Orientalische Sprachen an der Königlichen Friedrich Wilhelms-Universität zu Berlin, Erste Abtheilung, Ostasiatische Studien, Jahrgang 1 (1898), S. 140-186; Kinsei shiryaku ni hen ni [近世史略二編 二], Jahrgang 2 (1899), S. 1-54. 『近世史略』及び著者の山口謙＝椒山野史に関しては、大久保利謙『日本近代史学の成立』大久保利謙著作集7(吉川弘文館、昭和63年10月10日刊)278、279、282～285、287、290頁を参照。

寄与は望ましく、この種の著作のかなりの箇所理解は、ヨーロッパ人にとってきわめて困難を伴うからである⁽¹⁶⁾」、と。矢田一男教授 (1904 ~ 1966) は、「滞独中の学的教養」として、さきの領事裁判権に関する学位論文と、この二篇の翻訳をあげておられる⁽¹⁷⁾。明治 32 (1899) 年 8 月帰国し、同年 9 月 11 日付で京都帝国大学法科大学教授、羅馬法講座担任⁽¹⁸⁾となった以後の経歴は先に引用した『京都大学百年史』の通りである。昭和 4 (1929) 年 3 月 19 日逝去⁽¹⁹⁾。享年 72。

5. ドイツ時代にローマ法についてどのような授業を受けたかについては必ずしも詳細は明らかではない。千賀博士がベルリン大学法科に在籍していた頃のローマ法の教授としては、アルフレート・ベルニーチェ (Lothar Anton Alfred Pernice, 1841 ~ 1901) の名前を挙げることができよう。ハッレ、チュービンゲン、ゲッティンゲンで文献学、法律学を修めたあと、ハッレ大学で、教授資格をとり、私講師、員外教授を経て、1871 年にローマ法教授となり、その後グリースヴァルト、再度ハッレを経て、1881 年にベルリン大学に移った。1884 年には科学アカデミーのメンバーとなっている。著書には、有名な『ラベオ：帝政期最初の 1 世紀のローマ私法』3 巻がある⁽²⁰⁾。千賀博士は、大正 11 年『太陽』誌に掲載された「羅馬法研究の必要」と題する一文のなかで、ベルニーチェについて、「予は曾て伯林留学中有名なるベルニース博士を尋ねて垂教を請ひしに博士の言に、『君は何を専門にするにもせよ先づ羅馬法を錬磨すべし、比錬磨無くして真に欧州の法学を研究したりとは謂ふ可からず』と云はれたれば小生当時真に意外に思ひたるが、後に至りて其益々言の謬らざることを悟った」、と語っている⁽²¹⁾。

ゾーム (Rudolf Sohm, 1841 ~ 1917) については、講義録 II-45 頁で法人論に関して簡単に言及されている。千賀博士がゾーム説に対して批判的であることに注目し

(16) Lange, MSOS, Jahrgang 1, S. 142.

(17) 矢田一男「明治時代のローマ法教育 (1)」『法学新報』第 44 卷第 3 号 99 頁。

(18) 『京都帝国大学史』法科大学創立前記：88、89 頁「千賀鶴太郎教授銓衡の際には外交史を担任せしめる予定であつたが、外交史は第一学年の科目としては不適當であつたと同時に、必須科目である羅馬法の担任者がなかつたので、同法に関し同教授が得るところ最も多かつたのを以て専任教授の就任を見るまで、その講座を担当せしめられた。」

(19) 「故京都帝国大学名誉教授法学博士千賀鶴太郎君肖像並哀辞」(哀辞：京都帝国大学法学部部長 山田正三)『法学論叢』第 21 卷第 4 号 (昭和 4 年 4 月刊)。

(20) Alfred Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit. I. 1873, II-1. (2. Aufl.), 1895; II-2. (2. Aufl.), 1900; III-1 (2. Aufl.), 1892, Halle.

ておきたい。ドイツ時代にゾームと直接の接触があったかは不明であるが、当時、1883年の『ローマ私法提要』を読む機会があったのではないと思われる⁽²²⁾。

日本でのローマ法に関する仕事としては、晩年の大作『ユ帝欽定羅馬法学説彙纂第1巻（総論及諸官職）』⁽²³⁾、『ユ帝欽定羅馬法学説彙纂第7巻（用益権 使用権）』⁽²⁴⁾の二書が貴重である。時期的にこれらの2冊の訳書の間に刊行された小品「羅馬法研究の必要」⁽²⁵⁾は、千賀博士のローマ法を考えるうえで、重要な手掛かりとなるものである。これらの点についてはあらためて考察の機会をもちたいと考えている。

-
- (21) 千賀鶴太郎「羅馬法研究の必要」『太陽』第28巻第14号（大正11年12月号）115頁。デルンブルク（Heinrich Dernburg, 1829～1907）について「伯林大学の有名なるデルンブルク博士の講義の中に云はれた事がある。『新民法が出来て羅馬法は廃せられたと諸君が考へられてはならぬ。成文民法は如何に精密に作つても必ず無数の陥缺や疑義がある。之を補充するには羅馬法の法理よりも外には無い。故に法家が実務の爲めに羅馬法を研究することの必要なるは依然旧の如しだ』と云はれた」、114頁。ギールケ（Otto Gierke, 1841-1921）について「予は伯林で学生時代に一日有名な独逸民法家ギルケ先生を訪問した時先生の曰く、『日本は何も彼も欧州の法理を模倣する様であるが、夫は宜敷くない、就中相続法の如きは独逸も羅馬法を模倣した爲めに後世如何程弊害を生じたか知れぬ』と云はれた事がある」、113頁。
- (22) Rudolph Sohm, *Institutionen des römischen Rechts*, Leipzig, 1883.
- (23) 千賀鶴太郎訳並註解『ユ帝欽定羅馬法学説彙纂第1巻（総論及諸官職）』（京都帝国大学法学部蔵版、大正10年12月8日刊）。
- (24) 千賀鶴太郎訳並註解『ユ帝欽定羅馬法学説彙纂第7巻（用益権 使用権）』（京都帝国大学法学部蔵版、大正12年8月5日刊）。なお、千賀博士は、引き続いて第8巻（地役権）の訳註書を出す予定であったようである。春木一郎訳『学説彙纂ΠΡΩΤΑ（プロータ）』（有斐閣、昭和13年4月20日刊）59頁「帝国学士院は昭和二年度に於て学説彙纂第八巻（註：地役権）の訳註書公刊の補助として若干金を博士に与へられたりしが、業成らざる昭和四年三月十九日遠逝せられたるは実に遺憾の極なり。」矢田一男「明治以来ローマ法源邦訳事歴—『ローマ法大全』（C. I. C）を中核として—（4・完）』『法学新報』第49巻第12号（昭和14年12月）110頁。
- (25) 『太陽』第28巻第14号112～118頁

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』

凡例

1. 本資料は、解題 1 に記したように、千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』を活字化したものである。原文は 1~45、1~93、1~71 と頁数が更新されているので、それぞれ I-1、II-1、III-1 のように本文中に記した。
2. 原文はカタカナ書きであるが、読みやすさを考慮して、ひらかな書きとした。これにより適宜、仮名遣い、漢字の字体を改めたほか、句読点、改行を増やした。
3. () は原文にあるもの、[] は編者の註記または補いを示す。「 」は原文での引用箇所のほか、編者の判断で補ったところがある。
4. 年代、人名、綴り、法文引用など明らかな間違いは可能な限り訂正を施したが、煩雑になるため、とくにその旨を明示していない。また、国名や地名（例えば羅馬、ローマ、Roma）など、漢字、カタカナ、アルファベットによる表記は原文のままとし、統一していない。また、「殊なる」[異なる] など、筆者独特の用語や現在あまり慣用でないとと思われる表現も原則としてそのままとした。
5. ローマ法文の引用法については、原文とは異なり、現代の慣用の形に統一した。例えば、II-9 頁「Digesta I III lex 37」→「D. 1, 3, 37」など。
6. 脚註は、すべて編者による註であり、筆記録記載の年代、人名等で編者において正誤の判断がつかない場合、補足のある場合を記したほか、本文中『学説彙纂』第 1 巻の法文が言及される箇所について、参考として、千賀鶴太郎訳並註解『ユ帝欽定羅馬法学説彙纂第 1 巻（総論及諸官職）』（京都帝国大学法学部蔵版、大正 10 年 12 月 8 日刊）の該当箇所を引用してある（千賀訳として引用）。
7. 人名等についてはとくに訳注を付さなかった。ヴィーアッカー・鈴木禄弥訳『近世私法史』（創文社、昭和 36 年 5 月 5 日刊）の人名索引、『岩波西洋人名辞典増補版』（岩波書店、昭和 56 年 12 月 10 日刊）などを参照されたい。

千賀鶴太郎博士述『羅馬法講義』目次

緒論… 127

- 第一節 羅馬法発展の大略 (I-1) … 127
- 第二節 羅馬法の淵源 (則材料) (I-8) … 129
- 第三節 Justinianus 皇帝の法典 (I-12) … 131
- 第四節 羅馬法が独逸に採用せらるるに至りし事 (I-18) … 134
- 第五節 羅馬法の大家 (I-22) … 136

第六節 独逸の民法家 (I-24) … 137

本論… 139

第一編 総則 (総論) … 139

第一章 法… 139

第一節 法の意義及び種類… 139

第一款 lex と jus (I-28) … 139

第二款 jus publicum, jus privatum (I-30) … 140

第三款 jus privatum 私法の分類 (I-31) … 140

第四款 jus civile, jus gentium,
jus naturale (I-32) … 140

第五款 jus cogens, jus dispositivum (I-33) … 143

第六款 jus commune, jus singulare (I-41) … 144

第二節 法の成立… 145

第一款 成文法 jus scriptum (I-42) … 145

第一 法律 (I-42) … 145

第二 元老院の決議 (I-44) … 146

第三 智者の答 (I-44) … 146

第四 官庁の政令 (II-1) … 147

第五 君主の勅令 (II-2) … 147

第二款 不成文法 jus non scriptum (II-3) … 148

第三節 法の解釈… 151

第一款 法的有効の解釈 (II-8) … 151

第二款 学理的解釈 (II-10) … 152

第三款 類推 (II-11) … 152

第四節 法の効力… 154

第一款 効力の発生… 154

第二款 法の効力の消失 (II-15) … 156

[以上本号]

第二章 人 (II-15)

第三章 物 (II-50)

第四章 法律事実及び権利 (II-61)

第五章 法律行為 (II-87)

第二編 物権

第一章 占有 (Ⅲ-27)

第二章 所有権 (Ⅲ-47)

(I-1) 羅馬法

緒論

第一節 羅馬法発展の大略

羅馬法の発展は或はこれを大別して三期間とす。或はこれを大別して四期間とす。三期間に大別する上に於ては、第一期、王政時代、第二期 都市法の時代、第三期 世界法時代。

第一の王政時代は羅馬法が未だ極めて幼稚なる時代なり。ローマ法制史に於てはこれを太古時代とす。

第二は、共和政時代より、初めてカルタゴ人がローマ人に征服せられたる時までとす。B. C. 510-146 年までなり。此の時代はローマの市民に特有なる民法が盛行す。而して外国人と羅馬人との間に差別を立つる時代なり。羅馬市民に特有なる民法とは *jus civile* と称するものなり。(I-2) 外国人と羅馬市民との間に差別を設けざる民法を *jus gentium* (万民法) と称す。

第三[は、]羅馬が諸外国を征服して殊に殆んど全天下を統一し、而して外国人との交通が極めて頻繁となりし故に *jus gentium* が完備して盛んに行われたる時代なり。

四期に区分するは、

第一期、羅馬の建国 (B. C. 753 年) より十二銅表の出ざるまでの期間なり。十二表の法律 *lex duodecim tabularum* の発表 (B. C. 450 年) までなり。十二表とは十二の表に編纂せる一法典にて、これがローマにて最古の法典なり。十二銅表と普通称すれどもはたして銅板なりしや否や判然せず。歴史家 Livius [Ⅲ, 57] の書に、*in aes incisae* (金属に刻まれる) の文字出でしむを以て何れの金属なりや判然せざるも、金属なりしことは想像せられ得るを以て銅表と称せるなり。

十二表は如何にして出来たるか? B. C. 462 年に Terentilius Arsa なる人 (平民の代表者) が法典を編纂することを (I-3) 提議す。B. C. 454 年に当時の元老院議員二名をギリシアに派遣して法律を研究することとなる。B. C. 451 [年] に *patrici* (士族) の中より十人を委員として現行の習慣法をとりて多少修正し法典の草案を作ることを命ぜらる。

B. C. 450 年に起草せる草案を民会 *comitia* に提出す。而して其の議決を得て十表を公布す。然れども又さらに遂[追]加を作るために同年に再び十名の委員を選びさ

らに起草せしむ。而して追加の表が二表成案す。よりにて、合せて十二表となる。後の十名の委員中には、二名の平民 (plebeji と称す) が加入せり。

この第一期は、前の jus civile が盛んに行われて、jus gentium は未だ行われず、唯だ其の萌芽を見るのみなる時代なり。

この時代には一つの特色あるものあり。則ち jus feziale なる法が盛行す。これは一種の国際公法なり。feziale とは何かと云うに、feziales なる役名の僧官が二十名あり。これが外国との外交事件を担当す。よりにて遂に外交に対する一切の法規を jus feziale と云 [う] に至る。jus feziale は後代には有名無実のものとなる。

(I-4) 第二期、この十二表の法典出しより、Augustus Octavianus 皇帝の共和帝制時代の起るとき [B. C. 27 年] まで。此の時代には jus gentium が後々に発展して jus civile を圧倒するに至る。

第三期、共和帝制時代なり。Augustus Octavianus 皇帝より Diocletianus 皇帝まで、B. C. 27-A. D. 304⁽¹⁾までなり。この時代にローマに法律学が最も発展せし時代なり。有名なる法律学者この時代に続々として現れ出でたり。Augustus 皇帝の時代に Ateius Capito なる人が先ず出ず。この人に対向して Antistius Labeo が相對峙す。而して互いに論争す。Capito 門下に Massurius Sabinus なるものが出ず。この Capito の学派を称して Sabiniani と称す。Sabinus の後に Cassius Longinus なる人が出ず。従いてこの学派を Cassiani と称す。Sabiniani 学派に反対する学派は、Labeo の学派なり。Labeo の門下に Nerva が出ず。而して Nerva につぎて起れるが Proculus と云う。Proculiani 学派と称す。

(I-5) Proculus の後に、Pegasus が出ず、この学派を Pegasiani 学派と称す。要するに互に相論じ合うて一致するなり。この両学派の論争は長く続きて Septimius Severus 皇帝まで続く。而して最後の有名なる Sabiniani は Gaius なり。この両学派の争いは長く継続せるが其の原因は何ものなるか今日にて判然とせず。一つの問題たり。或る人は曰く、Sabiniani 学派の人は法律の文字に拘泥する者なりと。又 Proculiani の学派は常に社会の発展に適する法理を説くものなりと。必ずしもさなりとは互にゆかず、Sabiniani 学派の中にも改進黨主義法理を説けるものあり。

又或る人の説にては Sabiniani 学派は帝制党なりと。Proculiani は共和党なりきと。或る人は曰く、この二学派の争いは二つの法律学校の争いにもとづきて法理上の思

(1) 原文に「B. C. 264-354」とある。前後の文脈により、Augustus Octavianus 皇帝の在位 B. C. 27-A. D. 14 と Diocletianus 皇帝の在位 A. D. 284-304 に合わせて、「B. C. 27-A. D. 304」とした。

想の根本より殊 [異] るものにあらずと。要するに種々なる説ありても確定するを得ざるなり。

Gaius の後にこれ等の何れにも属せざる四人の大家あり。その四人とは、Papinianus, Ulpianus, Paulus, Modestinus。(I-6) これ等四人の大家と Gaius とを合せて五人の書物が後に大なる重要な位置を占むるに至る。後に西ローマ皇帝 Valentinianus 三世、東ローマ皇帝 Theodosius 二世両皇帝の引用令によりて五人の書物が法律と同一の効力を有することとなれり。

引用令は五人の書に限り裁判所にて法律の如くこれを引用して判決を下すことに定めたり。この五人の意見が異なる場合は多数の意見にてこれを定めたり。一人の意見が不明亮にて二人ずつか又は一人ずつかにて意見を殊 [異] にする場合は、Papinianus の意見に従うこと。Papinianus の意見が不明亮にて他の四人の意見が一つずつ異なるか二人ずつに分かるるときは裁判官の意見に従う。かくして五人の書物が法律と同等の力を得るに至れり。この五人を他の諸法律家より抜んでたる学者なるかの如く考うるものあり。然しこれは誤れり。この五人はもとより大家なれどもこの五人を特に選定せる所以の理由あり。Valentinianus 三世, Theodosius 二世両皇帝の時代に最も接近せる学者なり。この事が外の諸大家より当時の時勢により適當せる所以にして又尊重せられたる所以なり。(I-7) 第三期は以上の如く法律の大家が輩出せる時代なり。

然るに、第四期は Diocletianus 皇帝の没後より有名なる Justinianus 皇帝の崩御までの間なり。此の時代は法学が徐々に衰えたる時代なり。有名なるローマ法典がこの時代に編纂せられたるを以て、或はこの時代を法律全盛なる時代と誤解するに至るべけれど、実際は衰微せるなり。此の時代は法学は衰えたるも種々なる法典の出来たる時代なり。これ等の諸法典の事は次ぎの第二、三節にて詳説すべし。以上述べるところで四期間に区分することを説了せり。然し学者によりてはこの時期を多少かえて分類する人なきに非ず。独逸の学者 Walken [ママ]⁽²⁾ の如きはローマ法制史を七細分して講説せり。

(I-8) 第二節 羅馬法の淵源 (則材料)

羅馬法の淵源はこれを大別して三種類とす。

第一種 Justinianus の法典なり。

第二種 Justinianus 法典より以前の法典、著作なり。

(2) 原文には「Walken」とある。不明。

第三種 Justinianus 法典より以後の諸法典なり。

第一種の説明はこれを次節に譲るべし。ここには第二種第三種の淵源に就て講説せん。

Justinianus 法典以前の淵源をさらに大別して二種類とす。第一は当時の諸法律家の著作書、第二、当時の諸法典類なり。諸法律大家の著書は其の殆んど全部は不幸にして散逸して今日まで存するは甚だ少し。其の書の中にて今日まで存して著名なる重要なものは左のものなり。Gaji Institutiones なり。これは Gajus の法律概論なり。これも一度は全く世界より忘却し散逸せられたるものなれども再び発見せられたるなり。1816 年ドイツの歴史家なる Niebuhr が Italy の Verona にてこれを発見せり。それは Niebuhr が Verona の大寺院の図書館の中にて祖師なる宗教家の (I-9) Hieronymus の書簡を集めたる書物を閲読中其の書物は昔の何かの書物なりしが其の文字を削りて其の上書きたるものなる事を発見せり。古代の書は紙なかりしを以て羊皮に書せしなり。然し高価なるため古き文書を消して其の上書きすること行われたるなり。さて彼れは其の消されて尚お残れる文書を読むに法律書なるを知る。又それも古代の最も貴重なるものなることを知る。よりにて当時の有名なる独逸の法律家 Savigny と相談して研究するにローマの Gaji Institutiones ならんと鑑定す。それより詳細に読まんことを欲し Göschen なるものに詳く読むことを依頼す。尚お後に Bluhme, Studemund などが大体読むに至る。然れども完全とはゆかず。この発見せられたる書がローマ法に関する疑義を決するに参考として重要なものとなる。

この外に尚お多少古代の法律書は残存せり。則ち、Ulpiani fragmenta (断片), Pauli Sententiae, Fragmenta Vaticana, Collatio legum Mosaicarum et Romanarum などなり。これ等は皆ローマ法研究の材料として重要なり。

(I-10) Ulpiani fragmenta は 1835 年 Vienna の宮内省の図書館にて発見せられたるものなり。Pauli sententiae は法律上の見解を記せるものなり。則ち他の書物 Lex Romana Visigothorum 則ち西ゴート人種の法典の中にそれが出ず。この法律は 506 年 Alarich 二世王が Westgoten 中に住せる Roma 人のために作れるものなり。

Fragmenta Vaticana はローマの法王の宮殿の Vatican の図書館にて 1823 年に発見せらる。この中には種なる事が出ず。則ち、Papinianus, Ulpianus, Paul[us]等の学説が

(3) 原文には「367-383」とある。Frag. Vat. に収録の勅法は、F. Schulz, History of Roman Legal Science, Oxford, 1953, p. 311. によれば、312年から372年にかけての10個の勅法断片を収録している。これにより本文のように直した。

ある。其の外にローマの法律 [勅法]、312-372 年⁽³⁾までの法律がある。

Lex Romana はユダ [ヤ] 法 (モゼス [モーセ]) とローマの法典との比較なり。宗祖なる Rufinus なる人が 395 年頃に編纂せるものなり、と想像せらる。この中にはローマの諸大家の説を引用せり。それ故に研究の材料となる。

Justinianus 皇帝以前の法令を編纂せるものに三つあり。

- 第一、Codex Gregorianus,
- 第二、Codex Hermogenianus,
- 第三、Codex Theodosianus。

(I-11) この第一は 300 年頃に Gregorius なる法律家が編纂せるものなり。而して其の法律は 196 年以後の法律を集む。

第二は、Hermogenes なる法律家が 365 年頃に編纂せるものなり。Codex Gregorianus の追加と見るを得べし。

これ等の法典は当時の私人の纂編にて政府の事業にはあらず。今日に於てはそれ等の大部分は消散して唯々僅少の一小部分のみ伝われり。

第三、Codex Theodosianus は 438 年に Theodosius 皇帝の命令にて編纂せられたるものにて、Constantinus 皇帝、大帝以後の法律を集めたるものなり。この法典は十六巻に区分せられたれども、今日存せるは、欠巻あるものなり。則ち第一巻より第五巻までに多少足らざるところあり。第六巻以下は完伝せり。この法典に追加あり。則ち Novellae constitutiones [Posttheodosianae, 438-468 年の勅法を含む] なり。

Justinianus 皇帝以後の法典の特に重要なものは Basilica (注法 [の意]) と云うものなり。Basilica は Justinianus 法典をギリシア語に意識して類別を改めて、これを東ローマ帝国の法典となせり。これは何時出来たるか、何時編纂を初めたるか? Basilius Macedo の時に始めて、其の子なる (I-12) Leo Philosophus の時に完成せるなり。この法典は六十巻に分かる。然るに今伝わるものを見るに其の中に三十六巻は完全に伝わる而して七巻は多少欠けるところあり而して他の十七巻は一部分のみ残れり。この法典は Justinianus 皇帝の法典の中の疑義を解決するに最も重要な材料なり。同一の意義をギリシア語にて書き且字句をも変えて記載せり。従つて互に対照して疑義を決するに極めてよし。1647 年にこれをラテン語に翻訳してパリにて出版せり。仏人 Fabrot (Fabrotus) なり。

第三節 Justinianus 皇帝の法典

この法典を称して Corpus Juris Civilis と称し、この名称は Justinianus 皇帝の付せるものにあらず、この名称は十二世紀に至りて用いらるるに至れり。然しこの法典

を印刷せる書物には初めにはこの名称なし。印刷せる書物にこの名称を付せるは1604年よりなり。Gothofredusの出版せる書物に残れり。

Justinianus 法典を大分して三部とす。

第一、Institutiones (民法概論)

第二、Digesta (Pandectae) (I-13)

第三、Codex Constitutionum なり。

其の他に追加あり。Novellae Constitutiones なり。

第一は民法概論にしてローマ法の大要をのべしにて、而して Justinianus 皇帝はこれを法律として行う外に又法科の教科書として使用せしめん考えなり。それ故に法律にして教科書の性質あり。これを編纂すべく大帝より命令を受くるものは三人あり。Tribonianus, Theophilus, Dorotheus なり。遂にこれを 533 年に発布す。これ民法概論にて Gaius の民法概論を基礎とせるものなり。而して他羅馬の法律大家の意見は其の中の最少部分を占む。然し Gajus Institutiones と変れるところは羅馬皇帝の発布せる法律の抜粋が其の中にある。この分類は四巻に大別す。Liber (巻) 一卷毎に章 (Titulus) を分け、それで其の章を合算すると九十八章あり。然しこの書物はごく短かきものなり。この全部は一小冊子に過ぎず、この中の材料配置の順序は第一巻総則、人権、親族。第二巻には物権と相続法の一部あり。第三巻には相続法の続きと債権法の一部が載れり。第四巻に債権法の続きと訴訟法が載れり (末松博士『欽定羅馬法学提要』⁽⁴⁾ [を参照])。

(I-14) 第二、Digesta は集めて類せるの意味あり。Pandectae は万事を包括するの意あり。これは法律学大家の学説を集めてこれに法律の効力を与えたるものなり。その中に集められたる諸大家の数は凡そ三十九人なり。而してこれを編纂するには十六名委員によってせられたり。其の委員長には Tribonianus なる。この編纂の事業は意外に早く完成せられたり。着手してより三ヶ年にて完成す。而して 533 年にこれを発布す。Digesta は五十巻に区分せらる。一卷毎に章に細分す。而して全部の章の数は四百三十二章なり。この各巻には表題なし一章毎に表題を付せり。

一章の中の分類は如何と云うに一章の中に諸大家の説が雑然と挙げてあるそれ故にこの分類は不完全なり。斯くの如く浩瀚なるものが大分類を設けず、一章の中にて秩序も立てず、実に編集不完全なり。而して諸学説を原文のままにて抜粋せるものなり。もっとも、悉皆く字句に至るまで原文のままになれりとは言わず。編集者

(4) 末松謙澄訳註解『ユスターニアヌス帝欽定羅馬法学提要』(帝国学士院、富山房 大正2年12月10日刊)。

が添削し加えたるものなり。如何となれば、諸学説の互に矛盾せる点を除去せるがためなり。則ち、旧説が当時の状態に符合せざるものを又削除せるものもあり。或は又意義を多少変更せるところもあり。添削を加えたるためにかえって文章の不明亮となれるところあり。要するに *Pandectae* は (I-15) 近世の法典編纂の形式を以て云う時には法典と云うよりもむしろ学説彙纂と云う方勝されり。羅馬法を今日の学者が研究するにはこれが大なる利益なり。その理由は羅馬の諸大家の書は多くは紛失せり。*Pandectae* の中に当時の諸大家の学説を読み得るなり。従いて原文のままに其の学説を抜き書きせる点は諸大家の意見を研究するに便利なり。

第三、*Codex Constitutionum* 諸法律令の集類 (法令類纂) なり。これに古きものと新らしきものとの二種あり。古きものは 529 年に発布せらる *Pandectae* より前に出来たるものなり。新らしきものは 534 年に発布せらる。則ち *Pandectae* 発布の翌年発布せらる新しき改正法令集 *Codex repetitae praelectionis* (新らしき読みもの) とも云うべきものなり。今日まで伝われるは新らしき方のものなり。古きものは紛失せり。これを十二巻に分ち、而して毎巻に章を分かち。其の章数は七百六十九章あり。一章の中には諸法令を発布の日附の順秩にて集めらる。*constitutiones* の言葉にては法律とす。*constitutiones* と称するものに二種類あり。一つは勅令なる形にて一つは勅裁 (皇帝の判決なり) の形にて権利問題を決定せり。(I-16) *Codex* にのせられたる法令は何時からと云うに余り古るからず。*Hadrianus* 皇帝 [A. D.] 117 年より代々の皇帝、*Justinianus* 皇帝の法令が最後なり。その大多数はラテン語なれども僅かものはギリシア語なり。ギリシア語の法令は一度は紛失せしが、それで後世 *Basilica* を参照して再び復興し編集せらる。これを *leges restitut[a]e*、回復されたる法と称す。

第四、追加法 *Novellae Constitutiones* は沢山に出だされたり。*Codex Constitutionum* が発布せられたる翌年に一つの追加法が出ず。*Justinianus* 皇帝の死に至るまで続々新法出でたり。これを *Novellae Constitutiones* と称して集められ、これは多くはギリシア語にて記載せらる。ラテン語のものはあまりなし。*Novellae Constitutiones* の数は初めは凡そ百十五ばかりと思ひしに後々段々増加して *Authenticum* と称する写本が発見せられて百三十四ばかりある事が解る。それより又後凡ての追加法をギリシア語で書いてある本を発見し、追加法は今日百六十三の数に達す。

Authenticum は意味に於てギリシア語 (I-17) を原文をことごとくラテン語に翻訳してある。この翻訳は多分 *Justinianus* 皇帝の命令にて出来たるものならんと云う。鑑定なり。*Authenticum* は確実なるもの、正なるものとの意味なり。

Justinianus 法典の内容 (大体)。*Justinianus* 法典の全部の内容は民法のみならず。

民法の原則がもとより重大なる部分を占め、全部の殆んど九分通りは民法なり。然しこの名義によりて全く純粹なる民法を編纂せるものと云うを得ず。其の中には刑法あり訴訟法あり。行政法の如きは Codex 中の第十卷十一卷十二卷の三卷の内容を占めておる。それより又訴訟法の如きは羅馬法では民法に最も直接の關係を有す。Digesta, Codex 中のみならず Institutiones の中にもこれを書けり。

終りに、Corpus Juris Civilis の引用に就て説かん。

[Institutiones の引用法]

§ 3, I. de nuptiis 1,10 と法律書に引用せり [I. 1, 10, 3]

[§ は Paragraph [節]、I. = Institutiones、de nuptiis は、章の標題「婚姻について」、1 は卷数、10 は章数を示す。]

Pr. — prooemium の略

principium はしがき。

[Digesta の引用法]

L. 5 § 6 D. de iure dotium 23, 3 [D. 23, 3, 5, 6] (L. は lex 又は fragmentum)

[Codex の引用法]

L. 15 § 7 C. de testamentis, 6, 23 [C. 6, 23, 15, 7]

[Novellae の引用法]

Nov. 118 Cap. 1 (caput 章) [Nov. 118, 1]

中世にては學生が Justinianus 法典を殆ど暗唱せしなり。故に引用する場合には章名のみを云いしあり。

(I-18) 第四節 羅馬法が獨逸に採用せらるるに至りし事

中世に於て羅馬法をドイツにて採用せる事に就て種々なる原因あり。其の主なる原因は [次の通り。]

第一 原因 當時獨逸王は羅馬皇帝の名を繼承せんことを希望せり。獨逸王オットー一世が獨逸と伊太利を合併し羅馬法王より羅馬皇帝なる名称を受く。それより後ドイツの代々の王は国内の諸侯に対して其の勢力微弱なりしが然し多くはローマ法王の下に行きてローマ皇帝の名称を受け其の即位式を行いたり。かくの如くドイツ王は自からローマ皇帝を以て任ずるなり。當時至大の勢力を有せしローマ法王もこれを許可せり。それ故にドイツ王はローマを規範とす。ローマの民法をも採用するは自然の勢いなり。

第二 理由 ドイツ固有の法律は種々に分裂し地方毎に民法を殊にす。従いて其の不便なること名状すべからず。それ故に獨逸全国均一の法にせんとの考え起る。

民法を均一にするには羅馬法を採用するにしくは無きなり。

(I-19) 第三 理由 欧州の法律学。中世にありては寺法の外には唯羅馬法ありしのみなり。十二世紀及び十三世紀の頃、伊太利の Bologna の大学にて大いに羅馬法を講習せるときドイツの法学生はわざわざ Bologna に来りてローマ法を研究せり。これ等の学生が卒業して、後に独逸に來りて或は行政官となり、裁判官となり、間接に直接に羅馬法を実行せんことをつとむ。其の後十四世紀乃至十六世紀にドイツにも続々大学興りしもこれ等の大学も又寺法のためには専ら羅馬法を研究せり。ドイツの固有の私法の如きは十六世紀の末頃より初めて Saxen に於て講習するのみなりき。斯くの如く大学に於ては主としてローマ法を研究せるを以て大学出身の裁判官の数が增加するに従いて一層ローマ法が行わるるに至れるは怪むに足らず。以上述べたるが如く、種々の理由にてローマ法がドイツにて採用せられたるに就てここに問題あり。其の採用せられたる時期なり。何時の時代なるかもとより一時に突然に採用せられたるに非ず。十二世紀以後ドイツはようやくローマ法の影響を受け、十五世紀の中頃より十六世紀の初め頃までにローマ法の勢力は最も強大となる。

(I-20) 就中 Maximilian 一世皇帝の時 1495 年に帝国の高等法院 (Reichskammergericht) は、この法院がドイツ固有の法規の外に普通法によりて裁判を為す事に定めたり。それで普通法は如何なるものなるかと云うに、寺法と Roma 法の二つなり。

この時よりローマ法はドイツに於て後備の法律の効力を有するに至る。後備の効力とは Roma 法を以て、地方固有の民法に対して後備となると云うなり。則ち、地方固有の民法多少欠乏するところあれば、実地の裁判所に於てこれに補完するに Roma 法を以てすると云うなり。然るに其の後に暫時にドイツ国内処々に於て民法法典を編纂してこれを Roma 法にかえることとなる。則ち 1794 年に普国民法出来たり。1809 年に Baden の民法が成立す。1811 年に墺国の民法が出来たり。1863 年に Saxen の民法が成立す。かくの如くして Roma 法の後備となる区域は暫時狭隘となりたり。然し現今のドイツ帝国の新民法実施せらるる 1900 年まで尚ドイツ国内半分は Roma 法を尚後備法となせるなり。今日は右の新民法のためにドイツ全国に於ては羅馬法はもはや全く後備法の地位を失いたり。然し羅馬法の勢力はこれがためにドイツに於て全く消失せるにはあらず。

其の理由の何れにあるかの問題は以下の通り。

(I-21) 第一、ドイツ新民法の内容は過半羅馬法の元素を含蓄せり、それ故に名はドイツ法にて実は羅馬法と云うべきもの多きなり。但しこの事はドイツの新民法に限られたるに非ず。凡そ欧州に於て古来編纂せられたる民法法典は多くは皆な悉く多量の羅馬法の元素を含む。普国(プロイセン)の民法、墺国の民法は云うまでも

なく、仏国の民法(1804年)も多量の羅馬法を含蓄せり。

第二、羅馬法はドイツ新民法制定後は法律上にては後備法にてはならず。然し、これは唯々法律上のみなり。若し困難なる法理的問題起れる場合又、新民法によりて決し得ざるときは特に酌量すべき事情なきときは必ず羅馬法にて定めざるべからざるに至る。それ故今日も尚依然として学理上及び裁判上に於ては後備法たるの地位を失わず。然しこれも羅馬法が新民法以後に初めて得たる地位には非ず。

既にこれまで普国民法、バーデン民法、ザクセン民法の行われし地方に於ても、若し困難なる法理的問題起る時は必ず羅馬法に依りてこれを決定せり。要するに羅馬法は裁判上後備法たるの地位を占むるは疑いなし。尚おここに付け加うことは則ちドイツの後備法として採用せられたる羅馬法は羅馬法の全体中如何なる部分なるかの問題起る。ローマ法専門家の多数の説に依れば、Justinianus 皇帝の(I-22)法典の全部の中、十二世紀、十三世紀の伊太利の Bologna 大学の所謂注釈学者が注釈せる部分は悉く採用せられたり。今は其の注釈なき部分が採用せられざりし事は誰れしも疑いを入れず。其の注釈せられたる部分が悉く採用せられたるや否やは疑問なり。

第五節 羅馬法の大家

法科全体に渡りて羅馬法程に大家の多き学科はなし。羅馬法程書物の多きも他に無し。それでここにては大家中の大家を挙げることに止めん。

第一、伊太利の Bologna の注釈家は十二世紀の初めより十三世紀の中頃 Bologna の大学にて羅馬法の大家として欧州に其の名を轟ろかせる人々は、伊太利の学者は云うもさらなり。ドイツ、フランス、スペイン、の学生がわざわざこれ等の学者の講義を聞くために集合したり。これ等の大家の中にて最も古きものは Irnerius なり。十二世紀の中頃に四人の大家あり。これを四博士 *quattuor Doctores* と云う。其の名は *Bulgarus, Martinus, Jacobus, Hugo* なり。十三世紀の初めにとくに有名なるは *Azo* と称するものなり。

十三世紀の中頃、最後の注釈家の名を以て知らるる (I-23) のものは *Accursius* なり。*Accursius* が従来は一切の注釈家の説を集めたり。而して自己の見解を加えて一つの大なる注釈書を編纂す。この注釈書は後に(十六世紀)これを出版せり。巻数は五巻又は六巻あり。この注釈書は羅馬法の疑義を解決するには非常の勢力を有す。皆てローマ法の疑義を決し調ぶるには必ずまずこの注釈書を見る、然るのちに他の大家の説を研究するなり。表題は *C. J. C. Glossatum*。右出版書にはこの名称なし。学者間にはこれを称して *Glossa Accursiana* と云う。*Glossa Ordinaria* (普通の注釈)

[[標準註釈]] と云う。

第二、所謂後期注釈学派と称するものは十三世紀の終りより十六世紀の初めまでに出現したる伊太利の学派なり。其の中特に有名なる大家は、Durantis にて最も古き人なり。この人の書に『裁判鏡』(Speculum judiale) なるものあり。それより十四世紀の中頃より十四世紀の終りまでに特に二人の有名なる大家あり。Bartolus, Baldus にて何れも皆、浩瀚なる注釈書(Commentarii) なるものあり。十五世紀の中頃より十六世紀の初めまでに Jason Mainus 出ず。これが (I-24) 後期注釈学派の最後の人と云わる。

第三、伊太利の後期注釈家が衰えてこれについて興これるは十六世紀の仏国の民法家なり。この中にて特に有名にて今日まで其の人の書を尚引用せらるる者は四人あり。曰く、Duarenus, Balduinus⁽⁵⁾ [ママ], Cujacius, Donellus。これらの人々には大なる注釈書あり。

第四、十七世紀及び十八世紀の初めに仏の民法家が衰えてこれに次いで起れるはオランダの民法家なり。其の中特に有名なる人は Wissenbach, Johann Voet, Schulting, Bynkerschoek なり。仏国及びオランダの民法家は羅馬法を論ずるに多少歴史的研究をせり。この点に於てはかえって伊太利の後期注釈家に勝れるところ多し。

第六節 独逸の民法家

独逸にありては十六世紀の初め頃は羅馬法の大家は甚だ尚少なかりき。唯この頃に有名なる人は見るべき者は二人あり。Haloander, Zasius と云う者なりとす。この Haloander と云う人は Justinianus 法典の字句を訂正して出版せるを以て有名なり。この書物を Haloandrina と称す。今日より考うるにこの訂正は寧ろ原文を読み易くし解し易くしたと雖も学問上 (I-25) 正当の訂正ならず。Zasius は四種の著述ありとす。十六世紀の中頃に於ては羅馬法の実地問題及び實際裁判に就て有名なる著述をなせる人あり。ことに其の中の有名なるもの二人あり。Joachim Mynsinger, Andreas Gail。十六世紀の終りより十七世紀を通じてドイツには羅馬法の大学甚だ多し。これ等の大家は皆ドイツ固有の民法殊にザクセンの民法を多少混合して羅馬法を説くものなり。而して羅馬法とドイツ法との二つを折衷する考えなりき。然し其の説ところは羅馬法の元素極めて多く、ドイツ法は全く羅馬法の奴隷たるの形なり。

(5) 原文に Balduinus とある。Jacobus Balduinus であれば 13 世紀イタリア・ポローニアの法学者 (1225 年没)。アゾの弟子。ジェノヴァ共和国のポデスタとしても知られる。しかし本文中では、年代的に妥当か不明。

これ等の学者によりてドイツに起れる一種の羅馬法を *Usus Modernus Pandectarum* (近頃の羅馬法の習慣 [ローマ法の現代的慣用]) と称す。

其の二三の大家を下に挙説せん。則ち *Pistorio*⁽⁶⁾, *Carpzov*, *Stryk*, *Brunnemann*, 等の大家なり。

この学派に属するは十七世紀を潤色し説釈せず羅馬法を基礎として決してドイツ法の主張者にはあらず。然るに十七世紀の中頃に *Conring* と云う歴史家出でて、この歴史家がドイツの法制史を調査し、ドイツ固有の (I-26) 法の長所を探索して、当時の学を驚歎せしめし書を著作せり。それで大いにドイツの国粹派を鼓舞しこれより羅馬法派と独逸法派との二学派が互に軋轢するに至る。其の間に別種の学派が起る。この学派はドイツ法をも基礎とせず。羅馬法をも基礎とせず。唯人類の理解力を基礎として正義に基きて民法を講説して其の説を主張せり。この学派が所謂自然法学派なり。当時とくに民法の上にてこの学派を代表せるものは *Thomasius* なり。然るにこの自然法学派は羅馬法と全く殊なれる法理を説けるかと云うに決して然らず。やはり羅馬法を根拠とせるなり。其の所説の過去はローマ法に過ぎざるなり。唯々ローマ法の中にて当時の事情に全く適合せざるものと見ゆる事を削除せるのみなり。又少しく新説を新思想を加えたるのみなり。斯くの如くローマ法を取らずと主張しながら暗にローマ法を取れるは如何にも奇怪千万のことなれども、然しそれは勢の然らしむるものなり。其の理由は羅馬法が幾百年の間ドイツの法典及び社会を支配せる故に如何にローマ法の思想を脱せんとするも遂に脱し得ず。それ故に所謂正理、正義と称すれども、多くは羅馬法の原則に過ぎず。この自然法学派が十七世紀の末より十八世紀全部を通じて盛んにドイツにて行 (I-27) わる。

然るに遂に十九世紀に至りて所謂歴史学派なるもの出来たり。而してこの学派がこれまでの自然法学派を攻撃して全勝を得たり。この歴史派の首領は有名なる *Savigny* なり。この *Savigny* は唯にこの学派の首領なるのみならず。十九世紀末に於ては実にローマ法家の巨擘なり。*Savigny* の著は甚だ多し又一つの特徴あり。*Savigny* 以前の学者は悉く其の著作をラテン語にて書けり。然るに、*Savigny* の著作は独逸語にて書けり。

この歴史学派の学説によれば、凡[そ]一国の法律は公法と私法との別なり歴史的に発展するものなり。決[して]個々の人の正理、正義の観点によりて生ずるものに非ずと。この学説は其の時に大に行はれて遂に自然法学派の説を圧倒するに至れ

(6) 原文に *Pistorio* とある。ポローニヤの法学者 *Cinus de Pistorio* (da Pistoia), 1270 頃-1336/37 が想起されるが、年代的に妥当か不明。

り。然し唯ここに一つの弊あり。

Savigny は法典編纂を非難排斥す。而して法典編纂は民法の発展を妨ぐるものとせり。この説は今日にては誰れも賛成するものなし。近世この歴史学派に次いで起これる新学派は所謂経済的法理なるものなり。この学派の巨擘は有名なる Jhering なり。この学派は民法を社会の経済上にて各種の利益の衝突より起り生ずるものなりと。現今の民法家は多少この学派の影響を受けておる。

(I-28) 本論

第一編 総則 (総論)

第一章 法

第一節 法の意義及び種類

第一款 *lex* と *jus*

日本語にて法と訳すべきものに Latin 語に二字あり。一つは *lex* 他の一つは *jus* なり。(*lex* の plural は *leges*、*jus* の plural は *jura*)

lex は狭義にては立法官の制定せる成文法の意義なり。然るに広義にては凡そ法規と云う意味を有す。然るに *jus* は用法を全く *lex* と殊にして、法又は法規と訳すべき場合と権利と訳すべき場合との二つあり。Justinian [us] 法典の *Digesta* の中に Ulpianus の書ける書あり。其の Ulpianus の語の中に Celsus の言を引けり [D. 1, 1, 1, Ulpianus]。則ち、*Jus est ars boni et aequi*、「法は善良と公平との術なり」との意味の語を引用せり。この解釈は一見するところにては倫理書の中の道義の解釈の如し。然し要するに Celsus の考は恐らく (I-29) 斯くありしならんと想像せらる、則ち、法は善良と公平とを実行することを目的とするものなり。且つ法の内容も蓋し概括して云うときは善良と公平との原素より組織せらる、との考えなりしならん。

Institutiones [1, 1, 1] の中にもやはり第一の文言として法の解釈、権利の解釈もあり。則ち、*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens*。「正義は確定せる而して永続する意思なり、各人の利益(権利)を[各人に]配当する。」正義と云うことは法と云うことに別にかかわらず。多方の法学者は法を解して、法とは会社 [ママ] の意思なりと。この解釈はローマ法の解釈と同一なりと。尚注意すべきはこの解釈によりて主観的の *jus* 則ち権利との意義がこれにて確定すると云わざるべからず。権利とは正義によりて各人に配当せらるるところの利益なり。最後に付け加うことは *jus* の文字を法的関係則ち権利関係の意義にも使用す。法的関係とは人と人との間もしくは人と物との間に存するところの権利上の特別関係を云う。父子の間、夫婦の間に一種特別の関係あり。これに権利あり。所有者と所有物との

間に一種特別の関係あり。これ権利関係にて(I-30)等しく *jus* と称するなり。

第二款 *jus publicum, jus privatum*

jus publicum, public law, 公法とは一国、則ちローマ法にては羅馬国の直接の利害に関するものを云うなり。而して *jus privatum, private law*, 私法とは個々の人の個人の利害に関するものを云う。この解釈は *Digesta* にては *Ulpianus* の解釈として出ず。これも一番最初の章句に出ず。ここに注意すべき事は一般に今日用いらるる解釈と同一なり。然しここに云うところの公法と私法との内容を見るときはそれは今日のものとは大いに變化せり。則ちローマ法にて公法と称せるものは主として神聖法とそれから国政法とを云うなり。而して刑法及び刑事訴訟法の大部分、民事訴訟法の全部これらを私法の中に入れておる。今日の分類によると公法の中には、寺法と称するものと憲法行政法其の他に、刑法、刑事訴訟法、民事訴訟法、国際法が公法の中に入れて[お]る。さきの神聖法の中には *jus feciale* をも含抱せり。

(I-31) 第三款 *jus privatum* 私法の分類

私法は *Institutiones* によればこれを三つに區別す。第一、人事法 *jus personarum* としこの中には、人権法、親族法が含まる。第二、物件[マ]法、*jus rerum*、これをさらに二種類に小別す。則ち、第一種は物権 *jus in rem*、第二種は債権 *jus in personam*、人に対する権が債権なり。而して相続法は物の取得と見做して、これを物権の中に加えたり。第三は訴訟(民事訴訟 *actiones*)。民事訴訟の中にはかかる分類は後世の多数の民法家はとらず。就中、ドイツの普通法の諸大家はこれらを分類して、総則、物権、債権、親族、相続の五つに分かつ。人権法(人格法)は通常は総則の中にて論じ、学者によりては、これを分離して一門とするものもあり。物権と債権とを総括して財産権とする人なきにあらず。訴訟法の如きはたとい民事訴訟法なりとも、今日はこれを公法として取りあつかいて、民法の中に入れず。然しローマ法は訴権を作り、これによりて間接に私権を形成せり。それ故に、訴訟、訴権は私法の中にて論ずるは勢止むことなきなり。羅馬法は他の立却[脚]地より尚お私法を三つの種類に分類す。則ち[ち]、*jus civile, jus gentium, jus naturale* となす。この事は次の款にて述べん。

(I-32) 第四款 *jus civile, jus gentium, jus naturale, jus honorarium*,

[(第一) *jus civile, jus gentium, jus naturale*]

jus civile の文字は後世の学者は広義に用いてこれを私法 *jus privat[um]* と同一の意義に用ゆるところあり。然るに純粹の羅馬法にありては全くこれと殊なる意義を有す。而して羅馬法に於ては *jus civile* に二種の用法あり。則ち第一は *jus gentium* と *jus naturale* とに相對するものなり。第二は、*jus honorarium* に対するものなり。(第

一) *jus civile* は前に述べたるが如くローマ市民の特別に享有する民法なり。而して *jus gentium* はローマ市民と外国人との別区なり。両者に行わるところの法なり。今一例を挙げて説明せん。例えば *jus civile* によれば、土地を売買するには一種の形式を要するなり。而して其の形式は五人の証人の前にて特別の儀式を行う。則ちそこに衡りを持ち来り、それに銅を入れて衡る真似をし、而して衡りし銅を代金として売主にそれを物として買主が其れ等を握取る事なり。この形式的売買法を称して *mancipatio* と云う (旧きときは *mancipium* と云う)。この売買法は *jus civile* によるものにして外国人には許さず。してみれば、(I-33) 外国人は実際金を出して土地を買い取りしときにこの形式的売買法の手続をふむことを得ず。してみれば、如何なる点に於ても其の外国人は保護を受けざるかと云うに、然らず、別にこれに就て保護を受くることとなる。

其の保護は其の外国人がもし被告となりて裁判所に出ずるときは一種の抗弁をなすことを得べし。これを称して、*exceptio rei venditae et traditae* 「売られたる而して引渡されたる [物の] 抗弁」と云う。而してこの事は如何なる事かと云うに、若し売主が *mancipatio* を履行せざりし事を理由として土地を取り返す事の訴えを起せる時は、買主たる外国人は其の抗弁を提出して其の訴えに勝つことを得。而してその土地を返すに及ばず。外国人も其の土地を随意に使用することを得。

mancipatio の手続きを履行せざるにより名義上に於て外国人は其の土地の所有者たり得ず。よって外国人に斯る抗弁の権を与え、たとい所有者の名は得ざるも、其の所有者の実を得ることを得。これ *jus gentium* なり。かかる抗弁の権は元来外国人を保護するために起これるものなれども、ローマ市民も又外国人と共にこの権を享有するなり。従ってローマ市民は *mancipatio* の手続きを履むことを嫌いて多くこれを使用せず。則ち *jus civile* を捨てて *jus gentium* をとることを便利とするに至る。*jus naturale* は、これは *jus civile* と *jus gentium* とに対して如何なる関係あるかと云うに、*jus naturale* は (I-34) 人類の天性一切の動物の天性に背むかざるところの法との意味を有す。例せば、奴隷と云うことは羅馬法によると、*jus civile* によりて生じ又 *jus gentium* によりても生起す。然し *jus naturale* によりては奴隷は成立せず。其の理由は奴隷とは人類の天性に背けるものなりと。これに反して子孫の養育のことはこれは唯に *jus civile*, *jus gentium* によりて正当と見做されるのみならず、一切の動物の天性なりと認めたり。上の如く *jus civile*, *jus gentium*, *jus naturale* の三区別を設けしことは、これは *Institutiones* の中にも *Digesta* の中にも出ておる。然し *Ulpianus* 等の如き、比較的遅き時代の学者の説の中に残り、より古き時代の学者は凡そみな *jus civile*, *jus gentium* に二分し、*jus naturale* は一切論せず。要するに、*jus*

naturale は遅き時代の学説にて実は法規の性質を有せざるものと見るが当然ならん。
(第二) jus civile と jus honorarium

jus honorarium は即ち honor と称する名誉職の發する政令なり。名誉職とは何か？ 名誉職となれる大官に二種類あり即ち honor に二種あり。則ち、一つの大官は praetor (praetores) なり。これは裁判事務を掌る大官なり。他の一つは aedilis curulis (curules) なり。これは警察事務を掌る (I-35) 大官なり。一寸この二官に就て説明せん。Roma の共和政治の始めには consul が praetor の事務を兼掌せり。其の後に至りて consul より分離して専任の praetor を設置しせず。然るに其の後に至りて尚外国人に關係せる事務を専掌する praetor が出来て二人となる。一人は市民に関する他の一人は外国人に対する praetor となりて、市民に関するを praetor urbanus と称し、外国人に対するを praetor peregrinus と云う。この二人の praetor がこれまでの consul の事務を分掌す。而して其の地位は全く consul と同等なり。其の後に至りて各地方に praetor を置くに至り、従つて其の地方の praetor は多数となりて十六名となる。

aedilis (pl. aediles) は共和政治となりて aedilis plebis と云う職を二人置く。この二人は大官にてはあらざりしが、其の後 praetor urbanus が出来たるときに aedilis plebis に二名作りて praetor と同種同等に大官とす。則ち praetor と同官なり。其後に至りて尚 aedilis cereales なるものを作る。穀物に関する官吏二人出来る。この二人は下級の官吏にて大官ならず。又下級の aedilis 四名あり。尚、この外に各地方の都会にては皆それぞれ aedilis を作り。然し其の性質は殊なれり。cereales なる意味は珠玉にて飾れる立派なる様子にて、それにかかる役人の役名にて、大官にあらざればそれにかかることを得ず。これ等の各官は決して立法官には非ず。(I-36) それ故に其の發せる政令は決して正当なる法律に非ず。然し実際に於ては法律と同等の効力を有するなり。特に praetor の政令の中には訴訟抗弁の種類を改良し而して間接に民法 jus civile をも改正す。もとより立法の権を有せざるを以て直接に jus civile を改正することを得ず、ただ間接にそれを改正す。前に述べたる抗弁 exceptio rei venditae et traditae の如きも praetor の政令によりて出来たるものなり。実は jus gentium の最大部分はこの種の政令によりて發展し来れり。以上述べたるが如く jus honorarium は理論上にては法律ならず。然れども実際に於ては法律の効力を有せり。而して民法を改正せると少しも變るところなし。これに反して jus gentium 及び jus naturale に対するときは Roma 市民特有の民法と云うこととなる。然るに jus civile が jus honorarium に対せらるるときは理論上に於て真正なる本当の民法と云う意義となる。

又 jus civile は厳格なる方式、mancipatio の如きに拘泥し又法律の文字に拘泥す。

それ故 *jus civile* を嚴格法と称せらるなり。(I-37) 則 [ち]、*jus strictum* と云う。これに反して *jus gentium* 又は *jus honorarium* は全く衆人の便宜を主とし、衆人の利益を公平に保護するなり。それ故にこれを公平法とも称す、則 [ち] *jus aequum* と云う。終りに尚ここに一つの注意することあり。*jus gentium* は *jus honorarium* の形にて発展せるものなることを述べたり。然しこの二つのものは決して同一と見做すことを得ず、と云うのは *jus gentium* の中には *jus honorarium* に非 [ざ] るものを含蓄す。則ち、*jus gentium* の中には *jus civile* には非ざるも尚お真正の法律を多少含蓄せり。且つ *jus gentium* は Justinianus 法典の中にて *jus privatum* と見做さるるなり。然し其の内容の中には今日より思うと決して私法に非 [ざ] るものが含蓄せらる。則ち国法学に関する問題又国際公法に関する問題元素を多少含蓄せり。例えば建国、戦争、俘虜使臣待遇の事等、*jus gentium* に属随せり。

第五款 *jus cogens, jus dispositivum*

jus cogens は或いはこれを *jus publicum*[ママ] とも称するなり。則ちこれは強制法と云う意味なり。然るに *jus dispositivum* はこれに反して不強制法なり、との意味なり。*jus cogens* には命令的のものとの (I-38) 禁止的のものとの二区別あり。土地の売買は *mancipatio* の形式を要するは命令なり。これに反して禁止的のものは、例えば後見人は未成年の被後見人と結婚することを禁ずるが如きそれなり。つぎにこの禁止的強制法に三種の区別あり。則ち、

第一、*leges perfectae* 完備法

第二、*leges minus quam perfectae* 半備法 (不足完備法)

第三、*leges imperfectae* 不完備法

第一、*leges perfectae*

これは禁制を侵せる行為は法律上全く無効のものとなるを云うなり。例えば前に挙げたるが如く後見人と被後見人との間の結婚を禁ずるは *Roma* 法にては第一種に属するなり。若しこの禁制に背いて結婚しても *Roma* 法にては結婚とならず、してこの結婚は法律上無効なり。

第二、*leges minus quam perfectae*

これは禁制を侵せる行為は法律上無効とならざるも尚お刑事上の罪を受けざるべからざるなり。寡婦が夫の死亡後一ヶ年を終らざる間に結婚するときは其の結婚は法律上有効なるも然し新夫婦は破廉恥の罰を受けるなり。

第三、*leges imperfectae*

これは禁制を侵せる行為は法律上無効ともならず、又一定の罰を受くこともなし。然し或る手段を用いて為るべく、其の(I-39)禁制を侵すものなき様に取扱うを云う。例えば古いRoma法にては巨額の贈与を禁じている。然しそれは法律上無効ならず。ただ贈与を履行する前には贈与者に於て贈与の契約に随意に取り消すことを得るなり。而して其の取消す或は訴訟により或は抗弁によることを得(lex Cincia、Justiniausの時には変われり)。一時には金額以上の贈与は裁判所にて契約を結ぶこととなり。裁判所にて結ばざるものは全く無効なりき。

jus dispositivumとは当事者が随意に変換することを得る法との意義なり。例えば、主物の附属品は其の主物とともに売買する規定あり。然るにこの法規は不強制的なり。則ちもし当事者に於て附属品を売買することを好まざるときはとくにそれを約束して而して其の法規を変えうることを得るなり。この法規は当事者に於て附属品を売買するや否やを明白に約せざる場合には当事者の意思は主物と共にこれを売買する考えであったと云うことに解釈を下すことを得るなり。斯く如く当事者の意思が不明亮なるときにこれが法律上の解釈をなすことを目的として出来たる場合多し。然しときとして不強制法にして他の目的を有するものなきにあらず。其の一例、Roma法には遺産人が、遺贈をなせるときに遺産相続人がこの遺贈のために己れの(I-40)割り前の四分の三以上を失うことあるときには遺言にもかかわらず、遺贈の高を減じて其の相続人に其の割前の四分の一を与えることにする規定なり。ここに二十万円の遺産あり。甲乙兩人が相続するときには、それで甲は十五万円を相続し乙は五万円を相続するとす。然るに乙の人は四万の遺贈金を負担すべしとの事が遺言書にあり。然るに乙が四万円を負担するときには己れの実際取得するは一万円となる。則ち己れの元来の割前五万円の四分の三以上を失うこととなる。それ故に其の遺贈を三万七千五百円に減じて而して乙は一万二千五百円を得ることとするなり。この遺贈の規定は古き時代にありてはこれは強制法なりしが、Justinianus法典のNovellae(追加法)にてこれを不強制法に改変す。則ちこの改正にて遺産人がこの規定の利用を許さないと明白に遺言することとなる、則ちもし明白なる遺言あるときは決して遺贈の高を減ずることを許されず。かかる場合には不強制法の目的は当事者の意思のあるところを解釈するにあらず。通則と例外とを設けるを原則とす。則ち相続人に少なくとも其の割前の四分の一を与えることを通則とせり。而して若し遺産人がこの通則を用うることを好まずとの事を明言せる場合に限りて、例外としてこの通則を用いずと。

(I-41) 第六款 jus commune, jus singulare

jus commune 則ち通常法は通俗として一般に行わるる法規を云う。而して通常法

の反対は *jus singulare*、例外法なり。則 [ち]、例外[の]場合[に]限りて行わるるものなり。例えば *Roma* にありては未成年、婦人、軍人等に対して種々の例外法あり。かかる例外法にして若しこの法に支配せらるることが人の利益となるが如き場合にはこれを *jus singulare favorabile* 或は *beneficium juris* (法律上の恩典) と云う。これに反して、この法に支配せらるることが其の人の損害となる如き場合には、*jus odiosum singulare*、*jus singulare odiosum*、負担となる例外法[と云う]。*jus singulare* は *Roma* 法にては *privilegium*、特典とも称するなり。特典の意味は尚お他にも用う。よつてこれに就ての詳しき事は他にて述べん。

(I-42) 第二節 法の成立

第一款 成文法 *jus scriptum*

成文法 *jus scriptum* は立法によりて成立するものにて、又習慣より成立するものと区別するなり。成文法は立法によりて成立するものと習慣によりて成立するものと区別するなり。*Roma* 法にては成文法に種々の区別あり。

第一 法律 *leges*

leges (*lex. s*) は、狭義の法律にて議会の可決を経たるものを云う。*Roma* の最も古き時代には、士族 (*patricii*) [貴族] のみが議会に出席する権利あり。この時代に成立せる法律は *leges curiatae* と云う。*cur[i]atae* の名称は当時士族に三十の組合あり。則ち *curia* と称する組合ありき。個々の組合毎に法は多決の投票を取る則ち三十の士族院[クリア民会のこと]あり。これはよほど古きときに起れり。*Hostilius* 王の時代に起れり。この組合を羅典語にて *curia* と云う。士族院を *comitia curiata* と云う。それ故に *leges curiatae* と云う。法律は組合毎に決議せる法律なる意味をそれ故に有す。其の後に至りて税租及び兵備の事が重要な問題となるに従いて遂に市民をも議事に参与せしむることとなる。而して個人の財産と兵役とを基礎として *centuria* と称する組合を作れり。この組合が *Roma* 中にて百九十三の組合が出来たり。然し後には尚お数を増加す。この百九十三の組合の一個ずつに就て法案多決の方法を取れり(投票をなす)。(I-43) それ故にこの議会を称して *comitia centuriata* [ケントゥリア民会] と云う。而してこの議会によりて成立せる法律を *leges centuriatae* と云う。これも又王政の時に出来たり(百九十三の組合)。*Tullius* 王の時たり。この議会は士族院の権力を奪いしものなれども士族院はこれがために決して消滅はせず。

後に平民の勢力が力を得て強大となるに従いて *comitia tributa* なる議会 [トリブス民会] が起る。これは *tribus* と称する住民の区画に基きて起れる組合なり。この組合は *Roma* 市内に四つあり。*Roma* 市外に三十一あり。合計三十五あり。其の三

十五の組合毎に議會を開く。これ *comitia tributa* なり。この議會には平民のみ出席して決議することと、士族と平民との別なく出席して議決することと、二種のことあり。士族の勢力がこの議會にては殆んど皆無なり。たとい出席するも何等の効能なし。この議會の決議を *plebiscita* (*plebeiscita*) (平民の決議との意味なり) [と云う]。この *comitia tributa* は共和政治 (B. C. 430 年頃に) となりて後に起れるものなり。これが出来てより後はこの *comitia tributa* と云う議會と *comitia centuriata* と云う議會の二種の議會が立法上の全権を占む。*comitia curiata* は決して消滅せず。*comitia tributa* と *comitia centuriata* の二種の議會は必ずしも同一の法案を議決せるものには非ず。二種の議會の一種のみを通過せる法案を直ちに士族院に廻す。其の同意を経て法律とせるものあり。(I-44) 士族院の同意をまたずして実施することもあり。斯くの如く *leges* には三種類の議會の相つぎて起れる故に法律にも三種類の別あり。然るに一々の法律の裏 [ウチ] には其の法案の提出者の名を付するを常とせり。従いて一見して何れの議會の法律なるかは分らず。例え [ば] *lex Falcidia* の名称の法律あり。これは何かと云うに *Falcidius* なる人が提出せる法律 (法案) なる意味なり。これは何れの議會の法律なるかと云うに [*comitia*] *tributa* の法律なり。*Lex Julia* と云うは、*Julius* なる人が提出せる法律案の法律となるものにて、何れの議會の法律かと云うに *comitia centuriata* の法律なり。*Roma* の議會は代議制に非ず。唯々其の出席資格ある人のみを以て組織せらる。

第二 元老院の決議 *Senatus consulta* (s. -tum)

この起りは共和政治の時代に於て、元老院に於ては將に廢絶せんとする法律を厳しく執行せんがために決議を發し或は又民事上特定の難問を決せんがために決議を發せり。然しこれ等の決議は尚お当時は法律の性質を有せず。然るに共和帝政の時代ことに *Tiberius* 皇帝の時には元老院は *leges* と同一の法律を決議によりて發することを許されたり。

第三 智者の答 *responsa* (s. -sum) *prudentium*

(I-45) *prudentium* とは智者との意味を有し *responsa* とは答えとの意あり。よりて *responsa prudentium* とは智者の答、則ち法学大家の答えなり。これは或は人が実地民事上の難問に就て尋ねたる時に法学大家が自己の意見をこれに就て述べたるものなり。かかる意見書は其の大家が学力及び経験あるために裁判所に対して大いに勢力を有せり。然し裁判官はもとより其の意見に従うの義務はなし。然るに共和帝政の初めに *Augustus* 皇帝が遂に裁判官にこの義務を負担せしめたり。則ち有名な法学者若干名を選定して其の意見書に限り裁判官はこれを採用するの義務あることとなる。初めの内は一難題起る毎に必ず新らしき意見書を研究せり。後には同一

もしくは類似の難問ある訴訟には必ずしも裁判官は新らしき意見書を見ることなく、ただ古き意見書によりて判決を下すに至りこれがために其の意見書は全く法律と同一の効力を生ず。それ故に成文法の中にこの *responsa prudentium* を入るに至る。然るに *Valentianus III* の皇帝の時に至りて前に述べたるが如く、*Gaius, Papinianus, Ulpianus, Paulus, Modestinus* の五人の書物に限りて法律と同一となる。而して其の他の意見書は裁判所に於て全くこれを引用することを得ざることとなる。

[I 了]

(II-1) 第四 官庁の政令 *edicta* (s. -tum) *magistratum*

この官庁の政令なるものの中にて最も重要なものは *praetor* [の] 政令なり。これを *edicta praetoris* と云う。この政令はたとい直接に真正の法律を作らざるも問題には法律を作ると同一の効力あること前に述べたり。

この *edicta praetoris* に二種の区別あり。則ち通常政令と非常政令の二種なり。*edicta ordinaria, edicta extraordinaria* なり。もとの *praetor* は名誉職にて一ヶ年にて退職するものなり。任期一ヶ年それ故に其の政令は元来は単に一ヶ年間の効力を有せるものなり。然るに前任者の政令の過半は後任者も又これを採用して発布せり。而して年々歳々新らしく発布すれども実は永続的の政令となる。これを *edicta ordinaria* と云う。又永続する意味より、これを永続政令とも云う。*praetor* の政令中法律と同一効力を生ぜしは永続政令なるなり。其の後は、永続政令は *Hadrianus* 皇帝の時に遂に真正の法律となれり。同皇帝は *Salvius Julianus* なる法律家に命じて永続すべき性質の政令を選定せしむ。而してこれを元老院の議決に付して而してそれを法律として発布す。それでこれを、*edictum perpetuum* と称す。それ故永続政令と称するものに二種類の区別あるなり。これを知らざるべからず。其の一つは、*Hadrianus* 皇帝以前のものにて、実際は法律と同じき効力あれども、尚形式上にては法律とは成って居らぬなり。然るに他の一つは *Hadrianus* 皇帝以後のものにて、これは純然たる法律となれるものなり。其の文字の名の区別は第一は複数、第二は単数を書けるを以て区別の標的とするなり。

(II-2) 非常政令 *edicta extraordinaria* これは前の永続政令の反対にて特定の指令に限りて発布するものにて決して永続すべきものにあらざして一ヶ年以内のものなり。この政令は永続せざるが故に *edicta repentina* (不意に一時発せる政令) とも称するなり。尚おここに *aediles curules* の発せる政令を *edicta aedilicium* と称す。この *aediles* の中にも普通政令と非常政令との区別あり。又、*Hadrianus* 皇帝は *aediles* の通常政令をも *praetor* の政令と共に法律とせりとの説あり。然し *aediles* の政令は其の数も甚だ少なり。*praetor* の政令ほどに重要ならず。

第五 君主の勅令 *constitutiones principum*

これは初めには法律の施行規則の性質を有せしが決して真の法律の性質はなかりき。然るに皇帝の勢力が益々強大となるに至りて遂に三世紀に至りて勅令は眞正の法律となれるなり。則ち *leges* と同一の効力あるものとなれるなり。この勅令を小別して四種に分け、第一種は、君主の勅令 (*edicta*) なり。この *edicta* は狭義の勅令にて純然たる法律の性質を有せるなり。第二種は *mandata* (訓令) は皇帝が地方長官に宛てて発せる訓令なり。第三種は、*decreta* (勅裁) なり。これは皇帝が最高等の裁判官の資格を以て判決を下せるものなり。則ち勅裁なり。第四種は、*rescripta* (勅答) なり。これは或は官庁もしくは個人より直接に皇帝に向いて困難なる権利問題に就て尋ね来れる時に皇帝が其の係りの役員に命じて、これを調査せしめ、而して其の結果によって皇帝が回答せるものなり。(II-3) 其の役員を称して *consilium principis* と称す、この四種の中にて、第三、第四種は、直接に一人一個の場合に就て、或は判決し又は或は回答せるものなり。従いてもとより普通の法規を作る目的にて非ずと云う事多し。もし然し其の判決又は判決の中に法理上新規の原則を掲載せることあるときは直ちにこれを一つの新らしき法律の如く見做せり。

第二款 不成文法 *jus non scriptum*

不成文法はこれを大別して二種とし、則ち第一種は民間の習慣より生ずるもの、第二種は法廷の裁判所の慣例より生ずるものの二種なり。

第一種 民間の習慣より生ずるものとは狭義に所謂習慣法なり。而してこれを羅典語にて *mores majorum* と云う。*majorum* は祖先との意義なり。*mores majorum* は祖先の習慣と云うなり。或はこれを *consuetudo*、一般人民の習慣と云うこともあり。然るに *consuetudo* と云うことは、これを狭義に解釈するときは、*desuetudo* の反対なり。これは積極的に習慣を作ること *consuetudo* と云い、消極的に習慣を作ること則ち旧来の習慣が自然に廃止せらるるものを *desuetudo* と云う。

広義の *consuetudo* は唯に立法官の手を経ずして唯々人民の同意に基きて法律の効力を有するものなり。而して下の五つの要件を具備せる場合に限りて成立するものなり。

(II-4) 第一、習慣となるべき行為は積極的たると消極的たるとを問わず、これを幾度も繰り返すことが必要なり。凡そ幾度これをくりかえさざるべからざるかの度数は各事件の性質如何によりて各々変われり。決して一定の規定あるに非ず。

第二、多年の間中絶なく、其の習慣が存すること必要なり。但し年数は又事件の性質によりて大いに変わるなり。

第三、其の習慣は唯に交際上の習慣に非ずして真に法的習慣なることを要す。人

民一般に其の習慣を法的なりと自覚して[お]ることを要す。

第四、其の習慣は唯若干の個人間に行わるるものなるべからず。則ち、全国一般の人民又は一地方人民若くは一種類の人民の間に行わるることが必要なり。

第五、其の習慣は道理に背かず且風教を害せざるものならざるべからず。一般人民が道理に背かず且つ風教に害なしと考へて[お]る事が必要なり。決して修身学者の理想とするところには及ばず。

以上の五ヶ条の要素が具備せる場合に於て初めて習慣法が出来たるなり。それ故に注意を要することは外部は習慣法に似ておるが、然し習慣法に非ざること往々あり。例えば特殊の売買には黙して元価の割引をすることあり。これは商的習慣にて決して真[の習]慣法に非ず。この商的習慣を法理上より説明すると黙諾の契約となるなり。例えばドイツにては新らしき書物の代価を五分だけ割引する習慣がある。これは實際如何なる結果となるかと云うに買手がだまって割引して支払うを得るなり。若し金を支払うときに買う人が割引せずして支払うときは後に至りて取り返すことを得ず。

(Ⅱ-5) 習慣法について三つの有名なる難問あり。これを以下に説述せんか。第一、法律の誤解より出でたる行為も度々これを繰り返すときには習慣法となるや否や。この問題は D. 1. 3, 39, Celsus の解釈如何によりて何れにも分たる。

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet. (直訳)「道理によりて導かれたるに非ず而して誤りによりて第一に導かれたるものにして、然る後に習慣によりて保たるところのものとは他の同じ事件に於て行わるるなし⁷⁾。」

積極論者はこの文面にある文字を類似の場合に行われぬとのことを(類推することを禁ずるものなりと)説明せるなりと云う。消極論者はこれと反対に解釈して曰く、文字通りの様な場合に適用せぬと解し、この習慣を今までの慣例として保たれたる習慣法として解せず。解釈のことに就てはしばらく措きて法理上に於ては積極論者の説を取らざるべからず。

第二、習慣法は在来の成文法をも廃する力あるや否や。Digesta の Julianus の説と Codex の Constantinus 皇帝の説との二つの説ありて互いに抵触するところより起れるなり。Julianus は習慣法、成文法を廃止する効力ありとし。(Ⅱ-6) 然るに Constantinus 皇帝は成文法を廃止する効力なしと定めておる。この二説の中にもし新説を取るとすれば、Constantinus 皇帝の説を取るべきなり。然しドイツにては学説も裁判所も Julianus の説を採用せり。吾人の思うところも Julianus の説を正当と思う。習慣が不成文法を変更し得るものとすれば、成文法をも変更し得ざること

はなし。ちなみに云う、Justinianus 皇帝の法典の中には互に抵触する法規は無き筈なり。Justinianus 皇帝は Digesta を発布せる時に勅語の中にてこれを明言せり。然し実地にては往々抵触するところあり。決して抵触せざるなりとは云うを得ず。

第三、裁判所は成文法の如くに習慣をも自から進みて調査する義務あるや否や。換言すれば原告及び被告に於て其の習慣法を証明することを負担せざるや否や。この問題に就ては Justinianus 法典の中には何も書いておらぬ。然るに伊太利の注釈家時代以後は裁判所は自から進みて習慣法を調査する義務なしとの説が一般に行わる。然るに近世ドイツの民法家の Puchta がこれと反対の説を称す。吾人(千賀)の見るところによれば、Puchta の説は理想としては正当ならんも然し實際にては行われ難し。

第二種 裁判所の慣例より成るもの、裁判所の慣行、裁判所の習慣法 *usus fori*。これは、[Justinianus] 法典には次の文字を用いらる。

Rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas (永久に絶えず同じ様に判決せられたる事件 [の権威]) [D. 1, 3, 38, Callistratus]⁽⁸⁾

裁判所の習慣法[は]、一国もしくは一地方の各裁判所に於て多年の間中絶なく、同一の原則を適用して同種類の訴訟を判決せるところより生ずるものなり。斯く多年の間適用せる原則はたとい成文法にも基かず又民間の習慣法にも基かずとも遂に法的効力を生ずるなり。これ則ち法廷の習慣法なり。それ故に判決例はまだ裁判所の習慣法と見做すことを得ず。多年の間中絶なく同一の判決例を積みて初めて習慣法となるなり。

終りに付加することは、前に *praetor* と *aedilis* の *edicta* [官庁の政令]、*responsa prudentium* [智者の答] を成文法の中に入れて説けり。然し或る人はこれを不成文法とみなすこともなきに非ず。これは多少その性質を兼ねたるなり。従いて立脚地如何によりて或は成文[法]或は不成文法と云う。

(7) 千賀訳 101 頁以下、「当初は理智に因らず錯誤に由りて採用せられ遂に習慣と為りて継続せるものは他の類似の場合に効力あらず。」と訳し、註に、「爰に「効力あらず」と云へるは「準用すべからず」との意義に解すべし。或者は之を適用すべからずと解し又「他の類似の場合」と云へることを以て「将来同一の場合」と為し因て総て錯誤に由りて採用せられたるものは縦ひ習慣的に継続すと雖も遂に習慣的法規と為るを得ざれば其錯誤に基く事を発見すると同時に一切之を適用すべからずと論ずれども予は之を取らず。縦ひ錯誤に由りて採用せられたりとも既に習慣的に継続するものは之を習慣的法規と認め其効力を否定すべからず。但し他の類似の場合に之を準用するは妥当ならず」、と記す。

(II-8) 第三節 法の解釈

第一款 法的有効の解釈

法の解釈に二種あり。法的有効の解釈と学理的解釈の二つなり。この二つの分類は無論、Justinianus 法典の中にあるものにあらず。後世の学者の作れるものなり。法的有効の解釈とはこれは法たるの効力を有する解釈を云う。この解釈に二種の区別あり。則ち立法的解釈習慣的解釈なり。

第一種 立法的解釈とは立法官に於て法の疑義に就て、解釈を下せる法律を云うなり。一個の成文法を以て他の或る法規を解釈するなり。かかる解釈は或るいは名義は解釈なれども実は解釈には非ざる事あり。則ち立法官は解釈と云う名義を以て従来法規の意義を多少修正することあり。而してかかる場合には其の新法は何故に法の修正とは見做さずして其の法の解釈と見るかの理由は若しこれが修正なれば溯旧力を生ぜず。新法発布以前より問題となれる事件を新法によりて決することを得ず。然るに其の新法は在来法規の解釈なりとの事よりかかる事件を議決することを得るなり。これが解釈と修正との別の起る所以なり。立法的解釈は法律の効力を有するものなるを以て唯立法官に限りてかかる解釈を作る権あるなり。行政官にはもとよりこの権なし。Roma にありては皇帝は初めに立法官にはあらざりき。従つてこの権力はなかりき。然るに後に至りてこの権力がようやく盛大となりて實際にては確かに立法官に相違なきものとなる。(II-9) 然し尚お当時の Roma の法律家は皇帝に於て立法的解釈の権あることを疑いたり。それ故に Justinianus 皇帝は皇帝にこの権あることを裁定せり。その文書は C. 1, 14, 12, 1-2 にあり。Justinianus の時は既に純然たる君主独裁の政治をなしたる時なるを以て皇帝にこの権あるは論を俟たず。

第二種 習慣的解釈 習慣的解釈は民間もしくは法廷の習慣法によりて或る法規に一定の解釈が自然に出来おるものを云うなり。Roma 人は習慣的解釈に依りて頗る重きを置けり。この事を論ぜる文章は D. 1, 3, 37, Paulus に「法の最も善良なる注釈者は習慣なり」Optima enim est legum interpretatio consuetudo⁹⁾ の言葉が出ておる。

(8) 千賀訳 101 頁、「我セウェールス皇帝の勅裁に拠れば法律に疑義生じたる時は習慣と判決慣例の権威とを以て法律の効力あるものと為さざるべからず。」註に「1 爰に判決慣例と云へるもの言語を直訳せば「毎に一樣に判決を下されたる事件」と為るべし。2 「と以て」以下を直訳せば「とは法律の効力を有すると要す」と為るべし。」と記す。

以上述べたる二種類の法的有効の解釈はこれは学理的解釈と殊なりて其の不当を論ぜず。裁判所は必ずこれを採用するの義務あり。其理由はこの種類の解釈は法の効力を有するを以てなり。

第二款 学理的解釈

学理的解釈は法学者が学術上の目的もしくは実地裁判上の目的を以て或る法規に解釈を下すことを云うなり。凡て法規にかかる解釈を下すには先ず文典上の解釈をなせる後に必ず論理上の解釈をなすを要す。文典上の解釈とは法規の字句を理解し(II-10)且[つ]術語等を説明するを云うなり。然るに論理上の解釈とは、其の法規の出来たる時の事情を察し、其の法規を発せる目的を考え、法規の精神の所在を知って解釈を下すを云う。若し文典上の解釈のみ重きを置きくときは法規の文字に拘泥して其の精神を忘却するの弊に陥る。Roma人も最も古き時代には斯る弊に陥れり。然し其の後法律学が隆盛におもむくに從いて遂にこの弊を脱するを得たり。それゆえに *Digesta* の中でも次の言あり[D. 1, 3, 17, Celsus]。則ち、法律精神の所在を探りて解釈するを重[ん]ぜざるべからず。

Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.

「法を知るとは、その言葉ではなく、精神と効果をつかむことである。」⁽⁹⁾

然し又他の一方に於ては論理上の解釈にのみに重きを置くときには、其の弊なきに非ず。例えば法律の理由のみを見てそれでその法律を解釈することあればその弊害は極めて大なり。理由書はもとより論理上の解釈には必要の材料なり。然し理由書そのものは法律にはあらず。理由書のみを見て法律の字句を一切顧みざるときは則ち賓主を顛倒せるものなり。この二つの解釈が互に抵触せることあり。かかる時にはこれを調和するに如何にするか、これを調和するには、止むことなく、文典上の意義を或は狭くし或は広くするなり。例えば人なる文字あり。その人を単に男と解せば、意味を狭くするなり。この解釈を縮減解釈と云う。男子の文字あり、これを人との意味とせば、(II-11)これを伸張解釈と云う。

第三款 類推

類推とは或は場合に法規なし。而してこれと法理上類似せる場合に法規あり。斯るときにはこの類似せる場合の法規を法規なき場合に準用することを云うなり。

(9) 千賀訳 100-101 頁、「一法律の解釈に就きて問題生じたる時国家は嘗て同種の事件に関して如何なる解釈を採用したるかを必ず先づ審査せざるべからず。何となれば習慣は法律の最良の解釈者なればなり」。註に「原文には「如何なる法 *jus* を採用したるか」とあり即ち「如何なる解釈を法と認めて採用したるか」の謂ひなり。」、と記す。

類推は其の外形を見るときは甚だしく伸張解釈に似たり。然し其の実は大いにこれと殊なれるなり。其の理由は伸張解釈の場合には全く法規なきに非ず、唯其の文字の上の意義が真正の意味より狭くなれるものなり。例えば人と記すべきところに男と云う文字が用いらるるが如し。これに反して類推の場合は全く法規なきなり。例えば男子のみの場合には法規あれど女子の場合には法規なしと云うが如き場合なり。それ故に裁判官が類推によりて判決を下すときには自から一つの新らしき法規を作れることとなれるなり。斯く裁判官が法規を作ることは如何にも奇怪至極なれども然しこれは止むことを得ざるなり。裁判官は裁判を成すの義務あり。たとい法規なくとも裁判をせざるべからず。故に法規なき場合には止むことを得ず類推によりて判決を下すなり。日本にては裁判所にて類推にて判決することを嫌う。依て法規なきときはそれを打棄てて判決せず。これは甚だ不公平なり。法律なきときの故を以て打棄つときは、法規なきを以ての理由にて被告が不当の利を得ることとなる。類推による裁判は積極的なり。然らざるは消極的なり。日本にては類推と解釈とを混同せり。類推に二種の別あり。

(II-12) 第一種、一個の法規を他の法理上類似の場合に準用するものなり。例えば Roma 法に *lex Aquilia* の法律あり。これは物品の損害賠償の規定をなせるものなり。然るに人身毀傷賠償の場合にもこの規定を準用することとなれり。

第二種、法理上の一区画例えば所有権の区画の中に行われる諸法規を他の法理上類似の区画例えば地上権の区画の場合に準用するなり。この第二種の場合にては法規を以て類推を許すことを規定することあり。例えば *lex Cornelia* なる法律あり。この法律はこれは戦争の時に敵の俘虜となりて死せるものは俘虜とならずして死せるものと同一に見做すとの法規なり。この法律は其の死せる人の遺産に就て類推を許す主義なり。其の理由は敵の俘虜なれば当時は敵の奴隷となるなり。而して敵の奴隷となれば其の財産は本国に存せるものも悉く無主物と云うこととなる。従いてもし死せざるときには本来相続人となるべきものもこれを相続することを得ざるなり。然しこれは人情に於て甚だ堪え難し。其れ故に *lex Cornelia* の法を以てたとい實際俘虜となっておっても死したるものなりと見做し、従つて其の遺産の取扱いに関することは普通人の自由人に関する一切の法規を準用し得るなり。

次にここに問題あり。若し類推として準用すべき場合なきときには何となるか。

-
- (10) 千賀沢 90 頁、「法律を理解するとは其字句に拘泥するの謂ひに非ず其趣旨と効能との所在を諦認するの謂ひなり」。註に「爰に「拘泥」及「諦認」と訳するものの原字は皆 *tenere* にして「保持」の意義あり」、と記す。

換言すれば適用すべき法規なきのみならず準用すべき法規もなきときには如何となるか。かかる場合には所謂事件の性質によりて解決するなり。則ち今疑問の事件の性質を調べて其の時と所との法的關係に符合せしむる様に解決し下すなり。就中（II-13）praetorの政令は多くは事件の性質によりて発布せるものにて当時の民法を補充せるものなり。次ぎに尚お一言することは類推又は事件の性質とかの術語は後世に於て出来たるものなり。Justinianus 法典中にはこの種類の術語なし。法規の欠缺せる場合には類推又は事件の性質に従いて判決を下すべしとの事は Justinianus 法典の中に出でたり。Digesta 1, 3 にあり。然し其の術語に更〔カワ〕りて如何なる文字が用いられしか。Ad similia procedere（等しい場合の上に適用する）なる文字が用いられたり [D. 1, 3, 12, Iulianus⁽¹¹⁾]。Vel interpretatione, vel certe jurisdictione supplere [suppleri] [D. 1, 3, 13, Ulpianus]

「或は解釈によりて或は少なくとも裁判の判決によりて補充せらる。」⁽¹²⁾

解釈に依りとの事は広義にて狭義の解釈の外に類推をもこの中に含有せり。又裁判によりて補充せらるるとは事件の性質に応じて、判決することを補充云々の語を以て用いらるなり。終りに顧みて注意せん Justinianus 法典の中には類推の濫用を禁ずるの趣意あり。

Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias
「実に法の論理に反対して用いられてあるものそれは、類似の場合の上に導かれてはならぬ」 [D. 1, 3, 14, Paulus]⁽¹³⁾

これは例外法に現在の時勢に適せず全く過去の遺物に過ぎざるものあり。斯るものは法理に反するものなり。斯る種類の例外法は決して（II-14）他の類似の場合に準用することを得ず。若し準用せば類推の場合なり。然るに若しこれに反して例外法にして時勢に適せるものは、無論これを準用し得るなり。

第四節 法の効力

第一款 効力の発生

凡そ法は溯旧力即ち追溯の効力を生ぜざるを原則とす。即ち新法の実行前に既に成立せる権利關係は新法のために少しも變動せざるを通則とす。例えば遺言の形式

(11) 千賀訳 87-88 頁、「法律若しくは元老院議決は其範囲内の一切の場合を具体的に明記することを得ず故に司直の長たる者は一法規の意義にして或る場合に関して明晰なる時は之を他の類似の場合に準用して裁判すべし」。註に「1 原文には「其範囲内の」字なし。2 「明記」の処に「包含」とあり」と記す。

遺言の内容に就て新法を設けたとす。然るときには其の新法以前に作れる遺言はたとい新法以後に於て其の遺言者が死亡してもやはり旧法による遺言が効力を生ずるなり。それ故に其の新法は遺言を新法以後に作れる場合に於て有効なるなり。其の法に溯旧力なきことは Justinianus 皇帝の時代には既に原則となれり。然し古き時代には其の原則はなかりき。而して古くは新法発布されれば其の新法の中に特に溯旧せざる旨を記載せり。もし其の記載なきときには如何にするか法律家が其の新法のみを就て解釈によりてこの問題を定めたるなり。然し後に至りて遂にこの原則を生じたり。而してこの原則は今日欧州列国一般に行われて居る。然し立法官は時諍によりてこの原則を破りて例外として新法に溯旧力を付することあり。其の例外として溯旧力に就て説述せん。

この溯旧力に強弱の二種類あり。第一種、追溯の弱きものとはすでに成立せる権利関係より新たに権利の効果を生ずることを禁ずるなり。然るに第二種は追溯、溯旧力の強きものは其の権利関係より生じたる効果をも併せて取消すものなり。例えば Justinianus 皇帝が利息の制度を定めたり。利息は高きものを六分と定めたり。C. 4, 30, 26 に出でたり。Justinianus 皇帝はこの新法に唯弱き溯旧力を付加せり。則ちこの新法以前に利息の契約を約すものもこの新法実行後は六分を越ゆる利息を取ることを禁止せり。則ちこれは利息の契約より生ずる権利関係より高利の結果を効果を新たに生ずることを禁ずるものなり。則ち溯旧力の弱きものなり。仮りに Justinianus 皇帝が利息契約の効力としてこの新法実行以前に生ぜる高き利息も全く

(12) 千賀訳 88 頁、「ペディウスの云へる如く法律を以て或る場合を規定したる時は他の場合と雖も同一の便益に関するもの起らば或は解釈に由り或は裁判に由り其法律を拡張すべし」。註に「1 爰に解釈と云へるは主として類推の謂ひなり。2 爰に裁判と云へるは同一の便益ある事を理由として之を準用し判決例を作るを謂ふ。3 本項を直訳せば、即ち「ペディウスの云へる如く法律を以て某々事件を規定したる時は同一の便益に関する他のもの〔即ち他の規定〕を或るは解釈に由り或は裁判に由りて補添するの好機会あり」と為るべし」、と記す。

(13) 千賀訳 88-89 頁、「然りと雖も法理に反して採用せられたる規定は之を他の類似の場合に準用すべからず」。註に「1 原文には「規定」の処に唯「もの」とあり。2 「之を」以下を直訳せば「之を結論に達するまで推開すべからず」と為るべし。本項は類推を許さざる場合を挙げたるなり即ち一法規にして歴史上特殊の事情より生じたる為めに非常法と認むべき性質ありて現行の法理と相ひ容れざる所ある時は其法規の顕然指示せる場合に限りて止むを得ず。之を適用す。然れども斯る不合理なる法規は決して類推的に之を他の場合に準用すべからずとの謂ひなり」、と記す。

これを取消し又而して高利が滞りおるものをも禁ぜるものとせば則ちかりにこの法律をかくの如く作れば溯旧力の強きものを作れるなり。然し実際かかる強き溯旧力はこの場合には作らざりき。凡そ溯旧力の強きものは革命等の如き、非常の場合を除く外は、これを実施することは殆んどなし。

第二款 法の効力の消失

凡そ法は無期限にこれを制定するを通則とす。法に期限のあるものなきに非ず。然しこれは例外なり。有期限の方は其の期限来れば当然其の効力を失う。次に有期限と無期限とを問わず(Ⅱ-16) 凡そ法は下の場合に其の効力を失う。

第一、其の法を適用すべき事件の消失したる場合。例えば奴隷を廃すれば奴隷に關する一切の法律は自然に其の効力を失う。但し奴隷のために生ぜる法律と謂うも奴隷なくしても尚実行し得るものは其の効力を失わず。これに就て有名なる諺あり。*Cessante ratione legis non cessat lex ipse*. 「法の理由が無くなるとも、法そのものは無くなることなし。」⁽¹⁴⁾

第二、新法を以て旧法を廃止せる場合。これは説明するを要せず。

第三、新法と旧法と互に抵触したる場合。かくに二者が互に抵触するときは新法を取りて旧法を棄つ。但し旧法全部を棄つるに非ず。唯直接に相互に抵触せる事項のみを棄つるなり。これは D. 1, 3, 28 に出ず。

これに就て有名なる羅典語の法諺あり。*Correctoriae leges sunt stricte interpretandae*. 「改正するところの法 [新法] は厳密に解釈さるべきものなり。」

[緒論及び本論第1編第1章了]

(14) cf. *Cessante ratione legis cessat lex ipse* 「法の理由の無くなるときは法自体も無くなる」
Coke-Little's Report 70、田中秀央・落合太郎編著『ギリシア・ローマ引用語辞典』新増補版(岩波書店、昭和38年3月30日刊)82頁による。本文の引用では non が挿入されている。