

Sabiniani ト Proculiani

春木一郎



「千八百十六年奈保崙一世カ Waterloo ノ戦争ニ於テ敗レタル翌年ニ端ナクモ独逸ノ歴史家 Niebuhr ノ為メニ以太利ノ Verona ニ於テ発見」(恩師戸水先生ノ新著法律学小史十二頁) サレタル Gaius ローマ法講義案ハ斯法講究上ニ幾多ノ光明ヲ与ヘタリ Sabiniani ト Proculiani カ紀元後一二世紀ノ間ニ如何ナル問題ニ就キ見解ヲ異ニシタルカ從ツテ二派ノ論争ハ如何ナル性質ヲ有セシカヲ判定スルノ材料ノ如キモ此発見ニ因リテ十九世紀ノ羅馬法学力取得セルモノノ一ナリ今先ツ Gaius ノ書ノ順序ニ從ヒ兩派ノ間若クハ少クモ兩派ノ重モナル学者間ニ争トナリタル問題ニ就キ逐次講究セントス

1
(701)

(一) 男子カ成年 Pubertas ニ達スルノ時期如何

Sabinus 及ヒ Cassius 並ニ他ノ Sabiniani ハ当該男子ノ身体カ生殖スルニ適セル程度ニ發育セル時ヲ以テ成年ニ達シタルモノトシ Proculiani ハ滿十四年ヲ以テ成年トス (Gaius I, 196) 成年期ニ就テハ當時尚ホ他ノ見解アリ Gaius ハ之ヲ云ハスト雖モ Ulpianus ノ書ニハ之ヲ云ヘリ Priscus ハ滿十四年以上ニシテ且身体カ生殖スルニ適セル程度ニ發育シタリト認メラル時ヲ以テ成年期トナセリ (Ulp. XI, 28) 此 Priscus ハ Sabiniani ニ屬スル Iavolenus Priscus ナルカ又ハ Proculiani ニ屬スル Neratius Priscus ナルカハ今進ンテ之ヲ考証セス Sabiniani ノ見解ハ旧慣ニ依リタルモノナリ共和制時代ニハ男子カ正服ヲ着用スヘキ時期ハ親族ノ判定ニ因リテ定マリ其時期ヲ成年期トセリ (Pernice, Labeo I, S. 209) Proculiani ハ男子カ成熟

シタルカ否ヤノ事実問題ヲ決スルハ實際上不便ナルモノトナシ従来ノ慣例ニ換フルニ一定ノ尺度ニ依ルノ見解ヲ採リタリ

²
(702)

(二) 一定ノ動物ハ出生セハ当然 *res Mancipi* ナリヤ又其馴致ノ事実アリテ始メテ *res Mancipi* トナルカ

羅馬法ニ於テハ *res* ヲ分チテ *res Mancipi* ト *res nec Mancipi* トス此區別ハ農業時代ニ生セルモノニシテ *res Mancipi* ハ農業ニ入用ノ物体ナリ牛馬騾驢ノ如キ軛又ハ鞍ヲ以テ馴致シ得ヘキ動物是ニ属ス(Ulp. XIX, 1) Sabiniani ハ是等ノ馴致可能ノ動物ハ出生セハ他ニ何等ノ事実ヲ要セス *res Mancipi* ト見ルヘキモノトシ Nerva Proculus 及ヒ其他ノ P. ハ馴致ノ事実ヲ以テ始メテ是等ノ動物カ *res Mancipi* トナルモノナリト云ヘリ (Gaius II, 15)

各派ノ決定ノ理由ヲ考フルニ S. ハ各動物ニ就キ馴致ノ事実ヲ確ムルハ取引上大ニ不便ヲ感スルモノトナシ一定ノ動物ハ出生ト同時ニ直チニ *res Mancipi* ト見ルノ決定ヲ与ヘ旧来ノ法ノ改メントナシ P. ハ *res Mancipi* ト *res nec Mancipi* ノ區別生シタル当時ノ理由ニ重ヲ置キ伝来ノ法ニ従フノ決定ヲ与ヘタルモノト思ハル故ニ予ノ解釈ニテハ此問題ニ對シテハ S. ハ寧ろ新説ヲナシ P. ハ守旧説ヲ採リタリ (反対ノ解釈 Puchta, Inst. I, 598, S. 256, 9 Aus.)

³
(703)

(三) 被相続人ノ家族タル相続人 (*heredes domestici*) ノ為シタル *in iure cessio hereditatis* ハ有効ナリヤ無効ナリヤ

羅馬法ニ於テハ相続人ヲ分チテ *heredes domestici* ト *heredes extranei* トス法定ノ *heredes extranei* カ自己ノ為メニ開始シタル相続ノ承認前ニ於テ相続權ヲ他人ニ讓渡ストキハ讓受人ハ自己カ本来法定相続人タリシカノ如ク相続人トナル又法定ノ *heredes extranei* カ自己ノ為メニ開始シタル相続ノ承認ヲ為シタル後相続財産ノ *in iure cessio* ヲ為ストキハ相続財産ニ属スル物ノ所有權ハ讓受人ニ歸シ之ニ属スル債權ハ相続人ニ於テ之ヲ拋棄シタルモノト見做サレ消滅ス遺言ニ由ル *heredes extranei* カ相続承認前ニ自己ノ為メニ開始シタル相続權ノ *in iure cessio* ヲ為スモ何等ノ効カヲ生セス相続承認ノ後ニハ法定相続人カ承認ノ後ニ為シタル *in iure cessio* ト

同一ノ効カヲ有ス以上ハ争ナシ (Ulp. XIX, 12–14) *heredes domestici* カ *in iure cessio* ヲ為シタルトキニ就テハ S. ト P. トノ間ニ見解ヲ異ニス (Gaius II, 37, III, 87) S. ハ相続ノ承認前ニ於テ遺言ニ由ル *heredes extranei* ノ為シタル *in iure cessio* ノ如ク何等ノ効カナシト云ヒ P. ハ相続承認後ニ於テ遺言ニ由ル *heredes extranei* ノ為シタル *in iure cessio* ト同一ノ効カヲ有スルモノトセリ *heredes domestici* ハ承認ヲ為ササルモ法ノカニ依リテ当然相続財産ヲ取得スルモノナリ P. ハ承認行為アルモノト見做シ遺言ニ由ル *heredes extranei* カ承認後ニ *in iure cessio* ヲ為シタル場合ト同一ノ効カヲ附シ實際ノ便宜ヲ図リタリ

(四) 加工物ハ何人ノ所有權ニ歸スルカ

Sabinus 及ヒ Cassius ハ材料ニ重ヲ置キ材料ノ所有者カ加工物ノ所有者ナリト説キ P. ハ新物ノ所有權ハ加工者ニ歸スルモノナリト説キタリ (Gaius II, 79) 此問題ニ就テハ必スシモ凡ノ S. カ前ノ説ヲ採リ又 P. ハ凡テ後ノ説ヲ採リタリト云フニアラス又当時折衷説アリテ加工物カ原状ニ回復サレ得可キ状態ニ在ルトキハ加工物ハ材料所有者ノ所有物ナリ然ラサルトキハ加工者ノ所有ニ歸ストセリ Gaius ノ如キ S. ニ属スル法学者モ亦此折衷説ヲ賛成セリ (D. 41, 1, 7, 7) 是ニ依リテ之ヲ觀レハ此問題ハ純然タル学派争ノ目的タリシニアラス唯主要ナル S. ハ前ノ説ヲ採リ多数ノ P. カ後ノ説ヲ採リタルモノノ如シ Gaius カ此問題ニ関スル二ツノ説ヲ紹介スルニ使用セル書方已ニ此意ヲ示メス学派争タリシ問題ニ対スル S. ノ見解ヲ示メスニハ Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores 云々ノ語ヲ以テス然ルニ加工問題ノ如キ羅馬法理論発達史上最モ著名又重要ノモノニ就キ Gaius カ唯 Sabinus et Cassius ニ採用サレタルモノナリト云ヘルヲ以テ之ヲ觀レハ材料ノ所有者ハ加工物ノ所有者ナリトナスノ見解ハ S. 一般ノモノニアラサルコト明白ナリ

Sabinus 及ヒ Cassius ノ見解ハ價格高キ勞務ノ種類未タ多く発達セサリシ時代ノ思想ニ基ツキタルモノニシテ旧思想ナリ之ニ反シテ P. ハ新思想ニ基ツキテ其見解ヲ立テタリ

(五) 遺言者カ其家族タル卑屬親ヲ脱漏シタル遺言ヲ為シタル場合ニ

4
(704)5
(705)

遺言者生前ニ必要相続権者タル卑属親死亡セハ遺言ニ於ケル相続人指定ハ有効ナリヤ否ヤ

sui heredes カ遺言中ニ相続人ト指定セラルルカ又ハ指名シテ廃除セラルルニアラサレハ遺言ハ無効ナルヲ以テ本則トス (Ulp. XII, 16) 今 sui heredes アル人カ遺言ヲナシ sui heredes ヲ廃除スルノ意思ヲ適法ニ表示セスシテ他人ヲ相続人ト指定シタリ然ルニ遺言者生前ニ sui heredes 死亡ス遺言中ノ相続人指定ハ有効ナルカ又ハ無効ナルカ S. ハ regula Catoniana ノ類推適用ニ由リテ遺言当時ニ於テ当然効カヲ生スルコト能ハサル遺言ハ爾後発生セル或事由ノ為メ効カヲ生スヘキモノト変スル能ハストシ P. ハ必要相続権ノ立法ノ理由ニ重ヲ置キ此ノ如キ場合ニハ遺言ニ効カヲ付スルモ必要相続権法ヲ認メタルノ精神ヲ害スルコトナシトシ遺言中ノ相続人指定ハ有効ナリト云ヘリ (Gaius II, 123) S. ノ決定ハ regula Catoniana ニ拠リタルモノニシテ旧思想ナリ純理ナリ ius strictum ナリ P. ノ決定ハ旧思想ヲ打破シ實際ヲ重シタルモノニシテ ius aequum ナリ

(六) legatum per vindicationem 物権の効カヲ生スル遺贈アリタルトキハ遺贈権利者ハ遺贈アリタルコトヲ知ルト否トニ関セス相続人カ相続シタルト同時ニ当然遺贈物ノ所有権ヲ取得スルヤ否ヤ

S. ハ之ヲ取得スト云ヒ P. ハ遺贈権利者ノ遺贈ヲ受諾スルノ意思アリタルトキニ於テ始メテ遺贈物ノ所有権ヲ取得スト云ヘリ (Gaius II, 195) S. ノ説ハ旧思想ニ拠リ P. ハ実益ヲ重シ旧思想ト異ナリタル意見ヲ出タセリ P. ノ意見ハ Antoninus Pius 帝ノ採用スル所トナリタリ

(七) 停止条件附物権の遺贈アリタル場合ニ於テ条件ノ成否未定ノ間ニハ遺贈ノ目的物ノ所有権ハ何人ニ在ルカ

S. ハ遺言ニ由リ停止条件附ノ解放ヲ受ケタル奴隷カ条件成就セサル間ハ相続人ノ所有物ナリトノ規定ニ倣フテ (exemplo statuliberi) 停止条件附物権の遺贈ノ目的物ハ pendente condicione 相続人ノ所有物ナリト決シ P. ハ legatum per vindicationem ノ性質ニ拠リ説ヲナシ l. p. v. ヲナス遺贈者ノ意思ハ自己ノ遺産ヲ減殺シテ相続人以外ノ人ニ恩恵ヲ施サントスルニアリテ遺贈ノ効カヲ生スル瞬間ニ遺贈権利者ノ有ニ或者ヲ帰セントスル

二外ナラス故ニ条件附タリトモ l. p. v. タル以上八目的物ヲ相続人ノ有ト見ル能ハス又条件附ナレハ受遺者ノ権利ハ遺言者ノ死亡ニ由リテ未タ発生セス従ツテ之ヲ受遺者ノ有ト見ル能ハス無主物 (res nullius) ト見ルノ外ナシト (Gaius II, 200) 此問題ニ就テハ S. 八類推家 (Analogisten) ト見ルヘク規定ノ平行ヲ欲シ P. 八理論ノ貫通ヲ欲シタルモノノ如シ

(八) 相続人ニアラサル者モ亦 legatum per praeceptionem ニ由リ遺贈ノ目的物ヲ取得スルヤ否ヤ

Lucius Titius hominem Stichum praecipito トアルトキハ legatum per praeceptionem アリト謂フ Sabinus 八謂ヘラク praecipere ハ prae-capere 先ツ取得スルノ義ナリ通常ノ受遺者ハ遺贈ノ意思表示中ニ示メサルル目的物ヲ受クルノミニシテ他ニ何等ノ取得スル所ナシ然レトモ先ツ取得スル所アル者ハ他ニ取得スル所アルヘキモノナリ前後両度ニ取得スル所アルヘキ者ハ相続人ノ外ニ他ニ考フルヲ得ス遺言者ニ数人ノ相続人アリテ其相続分ニ基ツク取得ヲナスノ外ニ先ツ遺産ヨリ特ニ遺贈トシテ或物ヲ受クル権利ノ発生原因ヲ l. p. p. ト謂フ従ツテ相続人以外ノ者ニ対スル l. p. p. ハ無効ナリ (Gaius II, 216–217) Sabinus 等ハ praeceptio ナル詞ニ重ヲ置キテ説ク立テタリ S. C. Neronianum 出テタル後ニ於テ S. ノ或者殊ニ Iulianus 八相続人以外ノ者ニ対スル l. p. p. ハ単ニ遺贈ノ方式 (用語) ニ欠点アルモノトシ元老院議決ニ従フテ l. p. damnationem トシテ有効ノモノナリト説キシモ尚ホ旧説ヲ墨守セル S. アリ (Gaius III, 218) P. ハ praecipere ノ prae 八冗音 (supervacuo adiecta p r a e syllaba) ナリ praecipere ハ capere ト同シク Lucius Titius hominem Stichum praecipito ハ……………Capito ト同シク見ルヘク之ヲ l. p. vindicationem ト解シテ可ナリ従ツテ相続人以外ノ者 extraneus ニ対シテモ亦 l. p. p. ヲナスヲ得ト云ヘリ (Gaius II, 221) P. ノ意見ハ Hadrianus 帝ノ確認スル所トナリタリ

此問題ノ解決ニ関シテハ S. ノ或者ハ文理解釈ニ重ヲ置キ旧思想ヲ採リ P. 八時勢ノ必要ニ応シテ進歩セル決定ヲ採リタリ元来 l. p. vindicationem ハ do lego ノ詞ヲ使用シテノミ之ヲ為スコトヲ得タリシカ法律ヲ知ラサル者ハ往々 capere ノ如キ詞ヲ使用セリ之ヲ無効トナスハ形式ニ拘泥シテ

8
(708)9
(709)

遺言者ノ意思ヲ空ウスルノ結果ヲ生ス是ニ於テ capere ナル詞ヲ使用シタル遺贈ノ意思表示モ之ヲ l. p. vindicationem トシテ有効トスルニ至リタリ意ヲ同ウスル praecipere ナル詞ヲ使用セル遺贈ノ意思表示ヲ legatum p. v. ト見テ相続人以外ノ者ニナサルルモ亦有効ナリトセルハ社会ノ進歩ニ適合シタル意見ト謂フ可キナリ

(九) 遺言中後見人指定ノ意思表示ハ相続人指定ノ意思表示ノ後ニ置カルルコトヲ要スルヤ否ヤ

相続人指定ハ羅法遺言ノ首脳ナリ柱石ナリ (caput et fund amentum totius testamenti) 従ツテ相続人ノ指定ナキ遺言ハ無効ナリ啻ニ然ルノミナラス相続人指定ノ意思表示ハ遺贈又ハ奴隷解放ノ如キ終意財産処分ノ前ニ置カルルコトヲ要ス (Gaius II, 229-230) 相続人指定ハ文字通ノ意義ニ於ケル遺言ノ caput 頭ナリ遺贈又ハ奴隷解放ノ如キ遺産ヲ減殺スルノ終意処分ヲ表示スル場所ニ就テハ衆説一致シタリト雖モ遺言ニ由ル後見人指定ノ意思表示ハ相続人指定ノ意思表示ノ後ニ置カルルコトヲ要シタリヤ否ヤニ就テハ Labeo 及ヒ Proculus ト Sabiniani トノ間ニ意見ヲ異ニセリ S. ハ後ニ置カルルコトヲ要ストセリ S. ハ謂ヘラク相続人指定以外ノ意思表示例之奴隷解放ノ如キハ相続人指定ノ後ニ置カルヘキモノナル所以ハ相続人指定ノ意思表示ニ重ヲ置クノ精神ニ出テタルモノナレハ之ヲ類推シテ後見人指定ノ意思表示モ亦之ヲ相続人指定ノソレヨリ後ニ置クヘキモノナリト Labeo 等ハ財産処分ト否トヲ區別シ財産処分ハ相続財産ニ關係シ従ツテ相続人ノ利益ニ影響ス故ニ相続人指定アリテ後ニ其利益ニ關スル事項ヲ置ク可キハ順序ナリ然レトモ後見人ノ指定ハ相続人ノ利益ニ關セス之ヲ相続人指定ノ意思表示ノ後ニ置クモ妨ナシトセリ (Gaius II, 231) P. ノ元祖等ハ遺言八成可ク之ヲ有効トナスヘシトノ考ノ一端ヲ示メシタルニ外ナラスユスチニアン帝ハ Labeo 等ノ説ヲ採ル (I. 1, 14, 3)

(十) 相続人ノ potestas ノ内ニ在ル者ニ対スル遺贈ノ効力如何

Sabinus 及ヒ Cassius ハ單純ノ遺贈ト条件附ノ遺贈トヲ區別シ單純ノ遺贈ハ之ヲ無効トシ条件附遺贈ハ共和制末ノ法学者 Servius ノ説ニ從ヒ成立ス然レトモ potestas ノ内ニ在ル者力条件成就ノトキニ尚ホ potestas ノ

内ニ在ルトキハ効力ヲ生セストセリ P. 八単純遺贈ト条件附遺贈トヲ區別セス無効トシ其所以ヲ potestas ノ關係ニ歸シ自己ノ權内ニ在ル者ニ義務ヲ負擔スルハ potestas ノ性質ニ矛盾スルモノナリト云ヘリ (Gaius II, 244) P. 八原則ノ貫通ニ重ヲ置キ S. ノ學者ハ一ハ遺言ヲ成可ク有効ナラシメントシーハ傳來ノ説ニ從フタルノミナリ

(十一) 不能条件附ノ遺贈ハ無効ナリヤ否ヤ

S. 八無条件ノ法律行為ト見做スヘキモノトシ P. 八生前行為ニ於ケルカ如ク無効ナリトセリ (Gaius III, 98) 如何ナル理由ニ基ツキ見解ヲ異ニシタルカハ不分明ナリ (et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest)

(十二) 自權者カ自己及ヒ第三者ノ為メニナシタル口頭契約ニ依ル要約ノ効力如何

12
(712)

或者カ第三者ノ為メニナス口頭契約ヨリシテ原則トシテ第三者カ直接ニ諾約者ニ對シテ權利ヲ取得セス或者カ自己及ヒ第三者ノ為メニナシタル口頭契約ニ就テモ亦然リ是等ノ点ニ於テハ S. ト P. ノ見解一致ス唯第二ノ場合ニ於テ要約者ハ要約ノ目的物ノ一半ニ就テノミ債權者トナルカ又ハ全体ニ就テ債權者トナルカニ就テハ二派間ニ見解ヲ異ニセリ P. 八一半ニ就テノミ權利ヲ取得シ S. 八全体ニ就テ權利ヲ取得スト云ヘリ (Gaius III, 103) P. 八當事者間ニ於テ全体ニ就テ合意アリタリト見ルヘキ表意語ヲ欠クカ故ニ唯一半ニ就テノミ權利ヲ取得ストナシタルナリ P. ノ見解ハ契約ノ原理ニ適合ス S. 八第三者カ口頭契約ノ用語中ニ無キモノト見做シテ要約者ハ全体ニ就テ權利ヲ取得スト云ヘリ S. 八羅馬人ニ最も重要視セラルル口頭契約ノ性質ヲ度外ニ措キタルノ批難ヲ免カラルル能ハスユスチニアン帝カ P. ノ見解ヲ採用シタルハ宜ナリ (I. 3, 19, 4)

(十三) 外国人ハ nomina transscripticia ニ依リテ更改ヲナスヲ得ルヤ

羅馬ノ家長ハ codex accepti et expensi ト稱スル取引帳簿ヲ備ヘ金錢出納ヲ整然明確ニ記入スルヲ以テ慣例トセリ此帳簿ハ亦債權發生ノ用ニモ供セラレタリ債權者タラントスル者ハ債務者タラントスル者ノ同意ヲ得テ自己ノ codex accepti et expensi ノ貸方ノ部ニ一定ノ方式ニ從フテ記入ヲ為ストキハ書契約成立シ債權者トナル書契約ハ単ニ更改ノ方法トシテノ

13
(713)

ミ用ヒラレタルカ又ハ全ク新シキ債務関係ノ発生ニモ用ヒラルルコトヲ得タルカノ問題ハ今ハ之ヲ講究セセスト雖モ書契約ハ重モニ更改ノ用ニ供セラレタルハ確カナリ Nerva ハ外国人ハ書契約ニ依ル更改ニ由リ債務ヲ負フコトヲ得ストシ Sabinus 及ヒ Cassius ハ債務ノ原因ヲ交替セシメントスルノ書契約ニ依リ外国人ト雖モ債務ヲ負フコトヲ得ヘキモ債務者ヲ交替セシメントスルノ書契約ニ依リ債務ヲ負フコトヲ得ストセリ (Gaius III, 133) Nerva ノ見解ハ書契約ヨリ生スル債務ハ obligatio iuris civilis ニシテ外国人ヲ拘束スルコトヲ得ストセルモノニシテ旧思想ナリ Sabinus 及ヒ Cassius ノ見解ハ ius civile ノ特質ヲ打破セントスルモノニシテ新思想ナリ

(十四) 或物ハ代金額ヲ第三者ノ評定ニ任スヘキ合意ヲナシタルトキニ売買契約ハ有効ニ成立スルヤ否ヤ

¹⁴
(714)

Gaius III, 140 ニ曰ク

Pretium autem certum esse debet: nam alioquin si ita inter nos (註) convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti, sit empta, Labeo negavit, ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat: (at) Ofilius et eam emptionem (esse putant); cuius opinionem Proculus secutus est. (Huschke)

(註) Goeschen ハ inter eos ト読ミアリ eos カ揭示スル者前ニ無シ Böcking ハ ユスチニアン帝ノ「インスチツチオウネス」三卷二十三章一節ト比較シテ inter aliquos ト読マントス意義ノ上ニハ何等ノ障害ナシ通説ハ inter nos ト読ムナリ Gaius カ講義スルニ當リテ聴講者ト自己ヲ当事者ト仮定シタルモノト云フヲ得ヘシ又此通説ハ ユスチニアン帝カ inter nos ヲ inter aliquos トナシタルト相応シテ面白シーハ講義案ニシテ一ハ法典ナレハナリ然レトモ通説ハ写本ノ文字ヲ変更スルノ考ナリ予ハ寧口 geminatio ヲナシテ inter reos ト読マントス si ita inter reos convenerit (etc) = si ita inter reos convenerit (etc)

¹⁵
(715)

売買契約ニ於テ代価ハ一定ナルヲ要ス若当事者間ニ於テ (inter reos) 外三者ヲシテ代価ヲ評定セシムルノ合意ヲナシ契約ノ当時代価ヲ定メサル

トキニ於テ尚ホ売買契約有効ナリヤ否ヤニ關シテ Proculus 八有効ナリトシ Cassius 八無効ナリトス氏八却ツテ Labeo ノ説ヲ採用ス是ニ依リテ之ヲ觀レハ此問題ハ学派ノ争ニアラス唯兩派中ノ有名ナル人ノ間ニ異論アリタルニ過キス Proculus ノ説ハ取引上ノ必要ニ応シタルモノニシテ新説ナリ Cassius ノ説ハ売買力 *mancipatio* ニ依リテ為サレタル時代ノ思想ヲ墨守シタルモノト思ハル

(十五) 売買契約ノ *pretium* 八金銭タルコトヲ要スルカ又ハ金銭以外ノモノタルヲ妨ケサルカ

S. 八金銭以外ノ物例之奴隷衣服ノ如キ物モ亦 *pretium* 対価タルコトヲ得ヘシトシ P. 八売買契約ノ *pretium* 八必ス金銭タルヘシト説ケリ (Gaius III, 141) P. 八諾成契約タル売買契約ト踐成契約タル交換トノ間ニ当時既ニ存セル區別ヲ維持セントシ S. 八交換ト売買契約トヲ同一規定ニテ律セントシタルナリ彼八原状維持ヲ勉メ此八新ヲ好メリ (Bechmann, Kauf I, § 1)

(十六) 仮定セン甲者八某土地ヲ金千円ニテ自己ノ為メニ買フノ契約ヲ土地所有者ナル丙者ト契約スヘキヲ乙者ニ委任ス乙者八売主ト交渉ノ結果該土地ヲ金八百円ニテ買フノ契約ヲ締結セリ受任者乙八 *actio mandati contraria* ヲ以テ代金八百円ヲ委任者甲ニ請求スルコトヲ得ルハ争ナキ点ナリ今此場合ニ於テ乙者八売主ト交渉ノ結果該土地ヲ金千弍百円ニテ買フノ契約ヲ締結シタルトセン受任者乙ト委任者甲トノ間ノ關係如何

Sabinus 及ヒ Cassius ノ説ニテハ受任者八委任者ニ対シテ *actio mandati contraria* ヲ以テ金千円ヲモ請求スルヲ得ス (Gaius III, 161) P. ノ見解ニテハ受任者八金弍百円ヲ自己ノ責任トナシ金千円ハ *actio mandati contraria* ヲ以テ委任者ニ請求スルコトヲ得ト P. ノ見解ハ諾成契約ノ性質上当然ノモノナリユスチニアン帝ハ P. ノ見解ヲ賞賛ス (I. 3, 26, 8)

(十七) 共有ノ奴隷カー一人ノ主人ノ命令ヲ受ケ第三者ト口頭契約ニ依ル或要約ヲナシ契約ノ用語中ニ命令ヲ与ヘタル主人ヲ指名セサルトキハ其主人ノ之カ權利ヲ取得スルヤ又ハ共有者タル凡ノ主人カ其持分ニ応シテ之ヲ取得スルヤ

¹⁷
(717) 奴隷カ Titio domino meo dari spondes?ト命令ヲ与ヘル主人ノ一人ヲ指名シテ口頭契約ヲナシタルトキハ命令者ノミカ權利ヲ取得ス (Gaius III, 167) 然レトモ命令者ヲ指名セザリシトキニ就テハ見解分ル S. ノ見解ニテハ指名アリタルモノト見做シテ命令者ノミカ權利ヲ取得ス P. ハ口頭契約ノ性質ニ重ヲ置キ命令ナキ場合ト同シク各主人ハ其持分ニ応シテ權利ヲ取得ストセリ P. ノ見解ハ守旧ニシテ S. ノソレハ新ナリユスチニアン帝ハ S. ノ説ヲ採用セリ (I. 3, 28, 3)

(十八) 代物弁済ノ効力如何

S. ハ債権者ト債務者間ニ於ケル債権ヲ消滅セシメントスル意思ニ効力ヲ附シ代物弁済ニ由リテ本来ノ債務消滅スト説ケリ P. ハ obligatio ハ其本来ノ目的タル給付ニ由ルニアラサレハ消滅セスト云フノ旧思想ニ基ツキテ代物弁済アリタルトキハ本来ノ債務消滅セサルモ債務者ハ exceptio doli ヲナスコトヲ得ルモノトセリ (Gaius III, 168)

(十九) 保証人 (sponsor) アル債務ヲ保証人ナキモノトシ又保証人ナキ債務ニ保証人ヲ附スルハ更改成立ノ要件ナル新事項 (aliquid novi) ト見ルヲ得ルヤ否ヤ

¹⁸
(718) S. ハ實際ノ便宜ヨリシテ是ヲ新事項ト見 S. ハ然ラストセリ (Gaius III, 178) P. ノ見解ニテハ保証人ノ有無ハ債務關係ノ内容ニ毫モ關係アル事項ニアラス故ニ此事項ノ変更ハ更改成立ノ原因ヲナサス

(二十) 他人ノ権下ニ在ル者カ不法行為ヲナシタル後ニ被害者ノ権下ニ入ルトキハ被害者ノ訴権ハ消滅スルカ

P. ハ被害者ノ訴権消滅セス唯停止サルト之ニ反シテ S. ハ消滅スト云ヘリ (Gaius IV, 78) ユスチニアン帝ハ後ノ説ヲ採用ス (I. 3, 8, 6) 各派ノ見解ノ理由ハ後日ノ再考ニ譲ル

(廿一) 自己ノ権下ニ服従スル者カ他人ニ不法行為ヲナシタルトキハ其選択ニ依リ加害者ヲ被害者ニ交付スルカ又ハ損害ノ賠償ヲナスコトヲ要ス加害者ヲ交付スルニ当リテ一回ノ mancipatio ヲナサハ足レリヤ又ハ三回之ヲナスコトヲ要スルカ

Sabinus 及ヒ Cassius 並ニ其他ノ S. 八十二表法ノ規定 Si pater ter filium

venum duuit, filius a patre liber esto 八有権者力任意ニ mancipatio ヲナスノトキニ適用サレ其意ニ反シテ之ヲ為ストキニハ適用ナキモノトニシテ一回ニテ足ルモノトセリ手續ヲ簡單ナラシメントシテ狭義解釈ヲナセリ P. 八十二表法ノ規定ハ尚ホ noxae datio ニモ適用サルヘキモノトセリ (Gaius IV, 79)

19
(719)

(廿二) 争点決定 (litis contestatio) ノ後判決言渡ノ前ニ被告力原告ノ請求ヲ履行スルトキハ iudex 八如何ナル処分ヲナスヘキカ

S. 八如何ナル訴訟ニ於テモ事實審判人ハ被告ニ責任ナシトノ判決ヲ与フヘキモノトナシ P. 八 actio in rem 及ヒ善意訴訟ニ於テハ S. ト同シ見解ヲ採リタリ然レトモ多分ハ condictiones ノ訴訟ニ在リテハ旧思想ニ基ツキ (Sohm, Inst. § 18) 被告ニ責任アリトノ判決ヲ言渡スヘキモノナリトセリ (Gaius IV, 114) ユスチニアン帝ハ S. ノ説ヲ採ル (I. 4, 12, 2)

20
(720)

Ludwig Mai 八嘗ツテ主トシテ Gaius ノ羅法講義案及ヒユスチニアン帝ノ法律提要二見フル S. ト P. ノ論争ニ関スル材料ト掘リ各派ニ一定ノ主義アリ S. 八法文及ヒ慣例ニ依リ是ナキトキハ類推ヲ為シテ問題ニ解決ヲ与ヘ P. 八実利ヲ主眼トシテ立法ノ理由及ヒ当事者ノ意思ニ依リテ解決ヲ与ヘタルコトヲ論シタリ (Mai, der Gegensatz und die Controversen etc. 1887, S. 16 f.) 彼ノ先輩 Kipp 八教示スラク Gaius ノ書及ヒユスチニアン帝ノ法律提要ヲノミ資料トシテ両派論争ノ性質ヲ講究スルハ終ニ不完全ナル断定ヲ免ルル能ハスト (Zeitschr. d. Sav-Stift. Bd. X, S. 165) Mai ノ断定ノ当否ハ今苟ラク之ヲ措キ其講究方法ノ不完全ナリシハ Kipp ノ言当ヲ得タルモノト信スレハ予ハ進ムテ主トシテ Lenel, Palingenesia II, Col. 216 ニ就キ普ネク Gaius ノ講義案以外ノ法源中ニモ断案ノ資料ヲ求めントス

(イ) Vat. 226. 紀元前二百四年ノ lex Cincia ハ一定ノ親族ニ対スル贈与ヲ除キ或額以上ノ贈与ヲ無効トシ以テ贈与者ノ家以外ニ財産ノ散逸ヲ拒キタリ lex Cincia 八所謂 lex imperfecta ニシテ近親以外ニ為サレタル法定額以上ノ贈与契約ヲ無効トセス又受贈者ニ対シテ罰金ヲ贈与者ニ支払

21
(867)

フヘキコトヲ命セス然レトモ受贈者カ贈与契約ヲ原因トシテ贈与者ニ贈与履行ノ請求ヲ為ストキハ贈与者ハ *exceptio* ヲ為シテ履行ヲ拒ムコトヲ得此 *exceptio* ノ性質ニ就テ S. ト P. ハ見解ヲ異ニセリ P. ハ *exceptio legis Cinciae* ヲ以テ *exceptio popularis* ナルカノ如ク當ニ贈与者ノミナラス利害關係人例之贈与者ノ相続人モ亦此抗弁ヲ為スコトヲ得ルモノト説キ *lex Cincia* ニ *lex perfecta* ノ効力ヲ附シ立法ノ理由ヲ貫徹セシメントセリ之ニ反シテ S. ハ旧来ノ解釈ヲ維持シテ此抗弁権ハ贈与者ノ一身ニ專屬スルモノトセリ

(口) D. 24, 1, 11, 3. 他家ノ家長権ニ服スル妻ニ對シテ夫カ死因贈与ヲ為シ目的物ヲ引渡シタリ (Lenel ハ謂ラク *Ulpianus* ハ *mancipatio* ヲ為シタリト、多分然ラン) S. ノ見解ニテハ妻ノ家長ハ目的物ノ所有権ヲ取得セス夫ノ生前中ニ妻ノ家長死亡シ妻ハ自権者ト成リ (*manus* ノ俱ナハラサル婚姻關係ト見ルヲ要ス) 其後夫死亡セハ妻ハ始メテ目的物及ヒ其一切ノ利得ヲ取得スヘシト P. ノ見解如何ナリシカハ伝ハラスト雖モ多分ハ引渡ニ因リ妻ノ家長カ直チニ目的物ノ所有権ヲ取得スト論シタリシナラン (Roby, Introduction to Justinian's Digest, CXXXVIII) P. ノ見解如何ナリシカノ問題ハ今苟ラク之ヲ措キ S. ノ断案ハ大ニ批議スヘキナリ S. ハ死因贈与ト此贈与ヲ原因トセル引渡トノ區別ヲ為サザリシモノノ如シ所有者カ特ニ自己ノ死後迄所有権ノ移転ヲ為ササル意思ヲ表示シテ死因贈与ヲ原因トセル引渡ヲ為シタルトキニアラサレハ正当ノ原因アル引渡ナレハ其所有権ハ妻ノ家長ニ移転スルモノト解スヘキナリ

(ハ) D. 29, 7, 14 pr. 甲者カ遺言ヲ以テ乙者ヲ相続人ト指定シ同時ニ丙者ヲ控相続人 (*substitutus*) ト指定シタリ甲者ノ生前中ニ乙者死亡ス其後甲者ハ *codicillus* ヲ作成シ丁者ニ遺贈ヲ為セリ此遺贈ハ有効ナリヤ

Sabinus 及ヒ Cassius ハ *codicillus* ヲ *testamentum* ノ一部ト為シ遺言ノ當時ニ於テ *codicillus* ヲ以テ為シタル意思表示有効ナルトキハ其意思表示ハ有効ナリ遺言當時ニ於テ相続人乙者ハ生存者ナレハ甲者カ *codicillus* ヲ以テ為シタル遺贈ハ有効ナリト Proculus ハ此場合ノ遺贈ヲ無効ト解セリ後ニ作成シタル *codicillus* ヲ以テ前ニ作成サレタル *testamentum* ノ一部

分ト見ルハ法ノ擬制ナリ此ノ如キ擬制ハ理由ナキモノトシ *codicillus* ノ作成ヲ独立ノ行為ナリト見ルヲ適当トシ其作成当時二甲者力遺贈ノ義務ヲ負担セシメントシタル乙者生存セサレハ遺贈ハ当然無効ナルモノト決シタリ (Kohler, in *Grünhuts Zeitschrift* Bd. 7, S. 734)

(二) D. 30, 26, 2. 財産ノ一部 (*bonorum pars*) ノ遺贈アリタルトキハ Proculus 及ヒ Nerva ハ遺産ニ属スル各 *res* ノ一部ニ就キ遺贈アリタルモノト見 Sabinus 及ヒ Cassius ハ相当価格ノ遺贈アリタルモノト見タリ元来遺贈ハ恩恵行為ナレハ其解釈ニ就テハ遺贈者ノ意思及ヒ遺贈義務者ノ便宜ヲ第一次ノ標準ト為ササルヘカラス多数ノ場合ニハ Sabinus 等ノ見解ハ遺贈者ノ意思ニ適合シ又遺贈義務者ノ便宜ニ帰著スヘシ Proculus 等ノ見解ハ文詞ニ重ヲ置キタルモノニシテ多数ノ場合ニハ遺贈者ノ意思ニ反シ且遺贈義務者ニ不便ノ結果ヲ生ス Sabinus 等ノ見解ハ *aequitas* ナリ Proculus 等ノ見解ハ *rigor* ナリ Sabiniani 二属スル Pomponius ハ遺産ニ属スル不可分物ニ就テハ遺贈義務者ハ相当価格ヲ弁済スルコトヲ要シ可分物ニ就テハ選択ニ依リ其一部分又ハ相当価格ヲ弁済スヘキモノト説キタリ此見解ハ最モ *aequitas* ニ適スルモノニシテ終ニユスチニアン帝ノ採用スル所トナリタリ

24
(870)

(ホ) D. 39, 2, 32. 甲者所有ノ家屋ノ附近ニ於テ甲者乙者共有ノ家屋アリ共有家屋將サニ崩壊セントシ甲者特有ノ家屋ハ損害ヲ蒙ルノ虞アリ此ノ如キ場合ニハ甲者ハ乙者ニ対シテ *cautio damni infecti* ノ口頭契約ヲ為スヘキコトヲ請求シ得ヘキカ

S. 殊ニ Gaius ノ見解ニテハ甲者ニ請求権無シ甲者ハ先ツ共有ノ家屋ニ適當ナル修繕ヲ加ヘタル上ニテ *actio pro socio* 又ハ *actio communi dividundo* ヲ以テ乙者ノ持分ニ相応セル費用ノ償還ヲ請求スルヲ相当トスト之ニ反シテ P. 八甲者ハ乙者ニ対シテ *cautio damni infecti* ノ口頭契約ヲ為スコトヲ請求スルヲ得ト説キタリ

S. 八他ノ方法ヲ以テ救済ヲ求め得ヘキトキハ土地ノ所有者ハ隣地ノ所有者ニ対シテ発生スヘキ虞アル損害ヲ担保スルノ口頭契約ヲ為スヘキコトヲ請求シ得サルモノト為シ *cautio damni infecti* ノ制力本来裁判官ノ定

25
(871)

メタル特別ノ救済制ナルノ原則ヲ貫カントセリ P. 八特ニ共有者ノ一人カ
他ノ一人ニ対スル場合ニ限キリ例外トシテ他ニ救済方法アルニモ關セス
c. d. i. ノ口頭契約ヲ為スヘキコトヲ請求シ得ヘキモノト為シタルカ又ハ
普ネク従来ノ原則ヲ打破シテ如何ナル場合ニモ他ノ救済方法ノ有無ニ關
セス他人ノ土地ノ状態ニ因リ自己ノ土地ニ損害ヲ及ホスヘキ虞アルトキ
ハ危険ニ頻スル土地ノ所有者ハ c. d. i. ノ口頭契約ヲ請求シ得ヘキモノト
為シタルカハ不明ナリ (Burckhard bei Glück, Serie d. B. 39 u. 40. Theil 2,
S. 251) 要スルニ前掲ノ法文ノ問題ニ対シテハ S. 八伝来ノ解釈ヲ採リ P.
ハ新見解ヲ採リタリ而シテ其新見解ハ伝来ノ解釈ヲ打破スルニ足ルヘキ
有力ノ根拠ヲ欠ク

(ヘ) D. 39, 6, 35, 3. 死因贈与ヲ為シタル者カ疾病平癒シ受贈者ニ対シ
テ贈与ノ撤回ヲ為シタルトキハ贈与者ハ受贈者ニ対シテ如何ナル訴権アリ
ヤ Cassiani 即チ S. 八 *condictio causa data causa non secuta* アリト説キタリ
P. カ如何ナル見解ヲ採リタルカハ法源ニ明記セスト雖モ多分ハ贈与者ニ
actio praescriptis verbis アリトノ見解ヲ採リタルナラン (Dernburg, Pand.
III, § 117. Anm. 12) 若然リトナサハ P. ノ見解ハ新ナリ *actio praescriptis*
verbis ハ帝制時代ニ於テ認メラレタルモノナレハナリ

26
(872)

(ト) D. 41, 1, 27, 2. 金属ニ金属ヲ鍛接スルコトヲ *ferruminatio* ト謂フ
銅像ノ腕ノ一部分ノ補充トシテ銅ヲ鍛接シタルカ如キトキニハ主タル銅
像ノ所有者ハ鍛接サレタル銅ノ所有權ヲ取得ス容量又ハ價格上主従ノ關
係アルトキニ於ケル *ferruminatio* ノ効果ニ關シテハ何等ノ異論ナシト雖
モ容量又ハ價格ヲ標準トシテ主従ノ關係ヲ附スル能ハサルノ *ferruminatio*
アリタルトキハ Cassius ト Proculus 及ヒ Pegasus トノ間ニ見解ヲ異ニセ
リ Cassius ハ本来ノ物ノ所有者ヲ以テ現ニ生シタル物ノ共有者ト為シ又
若何人ノ名義ニ於テ *ferruminatio* 為サレタルカ判然ナルトキハ其人ノ所
有權ヲ現ニ生シタル物ニ於テ認メタリ Proculus 及ヒ Pegasus ハ本来ノ所
有者ノ所有權ニ何等ノ変更ヲ生セスト思考シタリ Cassius ノ見解ハ實際
的ニシテ Proculus 等ノソレハ純理的ナリ

(チ) D. 41, 2, 3, 3. 甲者カ價格高キ動産 (*thensaurus*) カ自己ノ土地ノ

中ニ存在スルコトヲ知レルトキハ甲者カ其動産ヲ現場ヨリ取り出タシ (si loco motus sit) テ之ヲ自己ノ保管ノ下ニ (sub custodia) 置クニアラサレハ甲者ハ其占有ヲ取得セサルヤ否ヤ Sabinus ハ彼カ特ニ物ヲ自己ノ保管ノ下ニ置キタルトキニ其占有ヲ取得スト説キ Neratius 及ヒ Proculus ハ thesaurus カ甲者ノ土地中ニ在ルコトヲ知レル以上ハ甲者カ之ヲ其保管ノ下ニ置クノ行為アルコトヲ要セス之ヲ占有スルノ意思 (possidendi affectus) アルトキハ其占有者ナリト Sabinus ノ見解ハ占有取得ノ corpus ハ現行為タルコトヲ要スト見タルモノニシテ旧思想ナリ Proculus 等ノ見解ハ物カ既ニ占有者ノ勢力範囲内ニ在ルトキハ取得ノ心素アルヲ以テ足レリト為シタルモノニシテ新思想ナリ

27
(873)

(リ) D. 41, 2, 3, 5. 共和制末ノ法学者 Trebatius ハ同一物ニ於テ正権原ノ占有ト正権原ニアラサル占有トノ両立ヲ認メタリ其徒弟 Labeo ハ占有ノ問題ニハ正権原ト否トハ重要ノ区別ヲ為ス事由ニアラス吾ノ立ツ場所ニ他人カ立ツヲ得サルカ如ク同一物ニ数人ノ占有アルコト能ハスト論シタリ Celsus filius モ亦此見解ヲ採ル (D. 13, 6, 5, 15) Sabinus ハ precarium ニ就キ例外ヲ認メ許容者モ亦占有者ナリト云ヘリ Pomponius モ亦同説ナリ (D. 43, 26, 15, 4) Sabinus 等カ果シテ許容者ヲ間接占有者ト見許容ヲ受ケタル者ヲ直接占有者ト見テ同一物ニ於テ間接占有者及ヒ直接占有者ノ併立ヲ認ムルコト想到シタルシヤ否ヤハ之ヲ断スルニ由ナシト雖モ正権原ノ占有カ同一物ニ併立スルコトヲ得ルモノナリト云ヒタルハ實際ノ利益ヲ重シタルノ見解ナリト云フヲ得ヘク而シテ Labeo 等ハ純理ヲ基礎ト為シ原則ノ統一ヲ欲シタルモノト云フヲ得ヘシ

28
(874)

(ヌ) D. 45, 1, 138 pr. 口頭契約ノ債務者カ一定ノ期間内ニ弁済ヲ為スヘキコトヲ契約シタルトキハ債権者ハ何時弁済ノ請求ヲ為シ得ヘキカ Sabinus ハ期間ノ初日ナリトシ Proculus 等ハ期間ノ終了後ナリトス期限ハ明示又ハ黙示ノ意思表示ナキトキハ債務者ノ利益ノ為メニ存ス Sabinus ノ説当ヲ失ス

(ル) D. 45, 3, 28, 4. hereditas iacens ニ属スル奴隷カ将来ノ主人ノ為メニ為シタル口頭契約ハ有効ナリヤ否ヤ Cassius ハ有効ナリトシ Proculus

ハ将来ノ主人ハ現在ニ於テハ奴隷ノ extraneus ナレハ無効ナリト云ヘリ Cassius ハ相続人カ hereditas iacens ヲ取得セハ其効力ハ被相続人死亡ノ時ニ遡ルトノ考ヲ有シ現在ハ extraneus ナル相続人モ擬制ニ依リ後ニ然ラサルノ資格ヲ得ヘキカ故ニ奴隷ノ契約ハ有効トセリ Proculus ハ旧思想ニ基ツキ hereditas iacens ヲ無主物ナリト見タルカ故ニ之ニ属スル奴隷ノ契約ヲ無効ナリト判断シタルナラン

(オ) D. 46, 3, 93, 3. 債務者カ保証人ノ相続人タルトキハ Sabinus ハ保証債務消滅シ Proculus ハ消滅セスト説キタリ

²⁹
(875)

Sabinus ノ見解ハ概シテ正当ナリ然レトモ主タル債務カ自然債務ナルトキ又ハ保証債務ニ質権ノ担保アルカ如キトキニ於テ保証債務消滅スト為サハ債権者ハ不当ニ不利益ノ地位ニ陥ルヘキナリ此ノ如キ場合ニハ Proculus ノ見解ヲ以テ正当トスヘキナリ唯如何ナル理由ヨリシテ両法学者間ニ見解ヲ異ニセルカハ之ヲ知ルニ由ナク又 Proculus カ果シテ原則トシテ保証債務消滅セスト説キタルカモ詳ナラス

(ワ) D. 47, 2, 43, 5 (D. 41, 7, 2, 1) Sabinus 及ヒ Cassius ノ説ニテハ所有者カ所有權ヲ抛棄スルノ意思ヲ以テ所有物ヲ遺棄セハ直チニ抛棄完成ス Proculus ハ第三者カ其物ヲ占有シタルトキニ於テ抛棄完成スト説ケリ Sabinus 等ノ説ハ實際ノ便宜ヲ計レルモノニシテ新説ナリ

(カ) C. 6, 29, 3. 出生児カ生ケルコトノ証拠方法トシテ P. ハ子カ初声ヲ発シタルノ事実ヲ要スト為シ S. ハ如何ナル証拠方法タリトモ是ヲ許容スヘキモノトセリ羅馬ノ古代ニ於テハ出生児カ発声セシヤ否ヤノ事実ヲ以テ出生後生息シタルノ唯一ノ証拠方法ト為セリ (Voigt, die Zwölf Tafeln, § 25. Anm. 16) 猶ホザクゼンスパイゲルニ於テ人ノ出生ニハ啼声四隣ニ聞ヘタルノ事実ヲ要スト為シタルカ如シ P. ノ見解ハ医術甚タ開ケサル古代ノ規定ニ合シ S. ハ進歩シタル社会ニ適合スル見解ヲ採用ス スチニア ン帝ハ C. ニ於テ S. ニ從フコトヲ明言ス

³⁰
(876)

予ハ以上ニ於テ S. 若クハ其重モナル法学者及ヒ P. 若クハ其重モナル法学者間ニ見解ヲ異ニセシ問題其解決及ヒ解決ノ理由ヲ序述シタリ而シテ予カ決定ヲ為サントスル問題ハ両派カ各問題ニ通スル一定ノ主義ニ拠リ

テ解決ヲ下タシタリヤ否ヤ即チ是ナリ此問題ニ対シテ決定ヲ与フルニ先チテ S. 及ヒ P. トハ何物ヲ云フカニ就テ大要ヲ説クノ必要ヲ認ム

Augustus ノ時代ニ「太平ノ双華」(Tacitus, Annales III, 75) ト称セラレタル二人ノ大法学者アリ Marcus Antistius Labeo 及ヒ Caius Ateius Capito 是ナリ Labeo ハ大凡紀元前五十年頃ニ生マル父ハ Pacuvius Antistius Labeo ナリ彼ハ Brutus ノ親友ニシテ Philippi ノ役共和党ノ戦敗ニ終ハリタルヲ聞キ自殺セリ法学者 Labeo モ亦父ト同シク君主専政主義ヲ嫌悪シ Augustus ハ授クルニ consul suffectus ヲ以テセシモ辞シテ之ヲ受ケサリシト云フ Labeo ハ法学ノ教ヲ専ラ Trebatius ニ受ケタリ氏ハ法学ノ外ニ哲学修辭学等ヲモ修サメタリ創出の才能ニ富ミ且多方面ノ学識ヲ具ヘテ Labeo ハ多数ノ新説ヲ法学界ニ輸入シタリ (Gellius, Noctes Atticae XIII, 10, D. 1, 2, 2, 47) 氏ハ一年內六ヶ月間ハ羅馬ニ在リ法学講習所ノ先生トシテ徒弟ヲ教ヘ六ヶ月間ハ他ニ在リテ著作ニ従事セリ後世ハ氏ノ遺著トシテ四百卷ノ法律書ヲ算フ紀元後二十年ニ没シタリ

31
(877)

Capito ノ生年モ亦詳ナラス氏ハ大ニ Augustus ニ用ヒラレ紀元後五年ニ consul タリ同十三年ヨリ其没シタル年二十二年迄 curator aquarum タリ Aulus Ofilius ハ Capito ノ法学ノ師ナリ Tacitus ハ Capito ヲ評シテ神法人法ヲ了知シタル者 (Annales III, 70) トシ又 Gellius ハ国法私法ニ精通シタル人 (Noctes Atticae X, 20) トセリ Gellius ノ評果シテ当レルヤ否ヤハ一問題ナリ Capito ハ国法ニ精通シタルモ私法ニ於テハ其知得セル所如何ナリシヤヲ疑フ者アリ (Bremer, Iurisprudentiae Antehadr. II, 1, p. 265) Capito ハ伝来ノ学説ヲ固守シタリト称セラル (D. 1, 2, 2, 47)

Labeo Capito ノ二人ヨリシテ Pomponius ノ所謂 velut diversae secutae 生シ Labeo ノ系統ニ属スル法学者ヲ Proculiani ト云ヒ Capito ノ系統ニ属スル者ヲ Sabiniani 一名 Cassiani ト云フ何故此等ノ名称アルカ又各系統ニ属スル法学者ノ名ハ D. 一卷二章二節四十八項ヨリ五十三項 Pomponius ノ法文ヲ参照セハ瞭然タルヘキカ故ニ茲ニ之ヲ省略ス Pomponius ノ伝フル所ニ信ヲ置クヘキモノトセハ帝制ノ始ヨリ紀元後二世紀ノ半頃迄 S. ト P. トノ論争 (dissentiones) アリ Pomponius ハ二世紀ノ人ナレハ他ニ有力ナル

32
(878)

反対ノ証拠アルニアラサレハ氏ノ記録ヲ否定スル能ハス Gaius モ亦明白ニ S. ト P. トノ論争ヲ紹介ス

二派ノ論争ハ一定ノ主義ノ争ニシテ各派共ニ其採ル所ノ主義ニ依リテ各問題ヲ解決シタリト為スノ見解アリ其見解ノ重モナルモノヲ挙クレハ

(イ) P. ハ idealismus ヲ採リ S. ハ naturalismus ヲ採リタリ是 Kuntze ノ主張スル所ナリ (Excursus über röm. Recht. S. 318 ff.) 氏ハ P. ト S. ノ論争ハ十六世紀ニ於ケル Donellus ト Cujacius カ共ニ Bourges ノ大学ニ教鞭ヲ執リ大ニ論争ヲ為セルカ如キ単ニ個人ノ一時的ノモノニアラスシテ人文史上重大ノ意義ヲ有スルモノト為シ P. ハ理論ノ統一ニ重ヲ置キ S. ハ特別ノ事由ニ著眼シテ常ニ解決ヲ与ヘタリ (D. 41, 7, 2, 1) (ワ) ノ示メス所有權拋棄完成時期ニ就テノ各派ノ見解ノ如キハ最モ善ク Labeo ノ学徒カ思想主義ヲ採リ Capito ノ学徒カ自然主義ヲ採リタルコトヲ表証ス一度或人ノ財産ニ属シタル物ハ其所有者カ単ニ其所持ヲ失ヒタルノミニテ其財産ノ範圍ヲ脱スルモノト認ムルハ或ハ所有者カ真ニ物ヲ遺棄スルノ意思無キトキニ於テモ拋棄ノ効果ヲ附スルノ恐アリ所有者ノ拋棄ノ意思ヲ客觀ニ確認スルニ足ル統一ノ時期ハ他人カ其物ヲ占有シタルノ時ナリ是ニ反シテ Sabinus, Cassius, Iulianus 等ハ實際ノ便宜ヲ鑑ミ所有者ノ責任ヲ輕カラシメンカ為メ (役務ノ負担又ハ actio noxalis ヲ免カルル為メ) 他人ノ取得行為ヲ待タスシテ所有者カ遺棄ノ意思ヲ外界ニ表示スルト同時ニ直チニ拋棄ノ効果ヲ認メタリ

(ロ) P. ハ多数ノ問題ニ於テ羅馬固有ノ思想ヲ代表シ S. ハ非羅馬固有ノ思想即チ外国ノ思想ヲ代表ス (Karlowa, röm. Rechtsg. I, S. 666)

(ハ) P. ハ進歩主義ナリ S. ハ保守主義ナリ此説ヲ主張スル者ハ根拠ヲ D. 1, 2, 2, 47 ニ求ム最近ニ此見解ヲ採ル者ハ (Voigt, Rechtsgeschichte II, S. 222 ff.) 是等ノ見解ノ当否ヲ検センカ為メ法源ヲ見ハ Kuntze 又ハ Karlowa ノ言フカ如キ主義アリタリト認ムヘキ形跡甚タ少ナク唯 Voigt ノ標準ハ屢当リタリト見ルヘキモノアリト雖モ P. 必スシモ進歩ノ見解ヲ採ラス (二, 十三, 十五, 十七, 十八, 廿二, ル, オ, ワ) S. 必スシモ保守ノ見解ヲ採ラス加フルニ各問題ニ就キ仔細ニ考察セハ各派カ進歩保守

33
(879)

34
(880)

ノ標準以外ノ理由ヲ以テ見解ヲ異ニセル場合多シ

思フニ P. S. ノ学者ハ各問題ニ就キ相当スルノ理由ニ基ツキ解決ヲ与ヘタルモノニシテ一定ノ主義ト称スヘキモノヲ有シタルニアラス論争ハ Labeo ノ法学講習所ニ相繼テ教頭若クハ教授タリシ者ト Capito ノ講習所ニ属シタル是等ノ者トノ間ニ於ケル論争タリシニ過キス Gellius ハ其当時ニ於テ（紀元後百五十年頃）羅馬ニ数多ノ法学講習所及ヒ法律問題鑑定所 (stationes ius publice docentium aut respondentium) 存シタリト云ヘリ (N. A. XIII, 13) 而シテ Plinius ノ伝フル所ニ拠レハ (epistulae 7, 24) Schola Cassiana 及ヒ Proculiana ト称スル法学講習所羅馬ニ存シタリ然ラハ Gaius カ nostrae scholae auctores, diversae scholae auctores ト云フハ主義ヲ異ニセル学者先生ヲ云フニアラスシテ各法学講習所ニ属スル法学者ヲ指シタルニ過キス Pomponius ノ所謂 succedere (Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva etc. D. 1, 2, 2, 48) ト云フハ必スシモ学説ヲ承継シタルノ意ニアラス唯法学講習所ノ教頭又ハ先生ノ地位ヲ承継シタリト云フモノト解スヘシ S. ノ学者ハ「東京帝国大学法科大学」ノ先生ナルカ故ニ常ニ其先輩ノ学説ヲ唱道シタルニアラス又 P. ノ学者ハ「京都帝国大学法科大学」ノ先生ナルカ故ニ常ニ其同僚ト同シキ見解ヲ採用シタリト云フニアラサルハ言フヲ待タス各法学者カ自カラ見ル所ニ依リテ立論シタルハ Gaius III, 140, Vat. I, D. 7, 5, 13 等ヲ検索セハ釈明セン羅馬ノ法学者カ一点ノ bias ニ支配サルルコトナク学理探求ニ従事シタルノ事蹟ハ千載ノ下実ニ欽スヘキノ事ナリ若夫レ Labeo 及ヒ Capito ハ其採ル所ノ政治主義ノ異ナレルカ故ニ学説ニ於テモ亦異ナリ従ツテ其承継者モ亦相反目シタリト云フカ如キ者アラハ徒ラニ無稽ノ言ヲ為シテ羅馬法学者ノ神聖ヲ中傷セントスル者ニ外ナラス

或者ハ予ノ見解ヲ難シテ曰ク S. 及ヒ P. ニ属スル学者中顯職ニ就キタル者多シ政治ニ関与セル人々カ私立学校ニ於テ教鞭ヲ執リタリト為スハ是ヲ考フル能ハスト (Girard, Manuel, p. 62) 此ノ如キノ批難ハ羅馬法学者ノ伝記ノ一端ヲ窺知リタル者ニハ何等ノ authority ヲ働セス Papinianus Ulpianus ノ如キ法学者ハ皆顯職ニ在リ同時ニ実地的ノ法学問題ニ就キ常

³⁶
(882) 二意見ヲ附シ或ハ学説ヲ公ケニスルニカヲ用ヒタリ彼等ハ公務ニ鞅掌スルノ傍綽々タル余カヲ以テ功ヲ法学ニ致セシハ万人ノ之ヲ是認スル所ナリ何ゾ独リ P. 及ヒ S. ノ学者ニ公務ニ従事シタルカ故ニ法学子弟ノ薰陶ニ当ルコトヲ拒ミ若クハ其余力無カリシモノト想像スルヲ許スヘキカ

人ハ言フ法学講習所ノ先生カ相繼テ百五十余年間實際的ノ問題ニ論争ヲ為シタルノ影響トシテ羅馬法学隆盛時代ヲ画出シタリト知ラス日本法学隆盛時代ハ幾年ノ後ニ之ヲ期待スヘキカヲ友人冷笑子会傍ニ在リテ曰ク我国未タ S. P. ノ論争ヲ見スト

³⁷
(883)

(「経済学法律学 内外論叢」第 5 卷第 5 号, 6 号)

Sabiniani 卜 Proculiani

著 者 春木一郎

発行日 平成 13 年 5 月 22 日 1.0 版

平成 14 年 9 月 29 日 1.1 版

平成 15 年 10 月 22 日 1.11 版

発行者 和田 徹

発行所 和田電子出版

底本 「経済学法律学 内外論叢」第 5 卷第 5 号, 6 号

政法協会 明治 39 年 11 月, 12 月

[作成備忘録]

- ・底本は縦書き、旧字体表記、仮名踊字あり。
- ・底本著者名「法学博士 春木一郎」。
- ・底本 第5巻第5号 「(廿二)」まで
第5巻第6号 それ以降
- ・カナ文字「子」 - > 「ネ」。
- ・欄外に底本の頁を付記。

頁	行	底本	本書
5	2	受遺言	受遺者
7	27	債権者タラントスル者ノ同意	債務者タラントスル者ノ同意
8	20	ユスチニアンノ	ユスチニアン帝ノ
11	25	紀元年二百四年	紀元前二百四年
14	12	撤回	撤回
16	15	(才)	(ワ) *1
16	19	(ワ)	(カ) *1
18	10	D. 41, 7, 2, 1(才)	(D. 41, 7, 2, 1) (ワ)

*1 (才) が重複。見出し文字を振り直す。