

# 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——

佐藤 篤 士

## 目 次

- (II)(I) はじめに
- (i) ローマ法という科目
- (ii) 明治時代のローマ法学者の問題意識
- (III) 明治末期から敗戦までのローマ法学のありかた
- (i) ローマ私法史に力点をおいたグループ
- (ii) ローマ公法史ないし精神に力点をおいたグループ
- (IV) 敗戦後におけるローマ法学のありかた
- (V) 結びにかえて

## (I) はじめに

ローマ法学が日本に導入されてから、まだ日は浅い。しかも、ローマ法学は、明治初期の日本人（インテリ層）に

日本におけるローマ法学の役割

とっては、ただ文明開化のかけ声とともにヨーロッパ文物の見馴れないもの一つとして好奇の目でとらえられたものである。だから、それなりに日本においてローマ法学が一つの学問領域として定着してくるのには、明治も終りに近づいてからであった。<sup>(二)</sup> それでもとにかく、ローマ法学は、明治になって導入されてから、一世紀近くにもなるわけである。この辺で、日本のローマ法学がこれまで、どのような役割を荷ってきたか、またローマ法学者がどのような態度でローマ法研究に従事しかなる遺産をのこしたかをふりかえることは意義があると思われる。現在ローマ法の研究者は数少く、ローマ法の講義がおこなわれている大学も少い。従って、大学で学ぶ学生も、ローマ法ないしローマ法学にたいする認識がうすく、また、一般に、法学の研究者も日本における過去のローマ法学のありかたを意識すればする程、ローマ法学から遠ざかる傾向があるようにも見える。このことは、後述するようなローマ法学自体の問題であると同時に、通常日本においてヨーロッパに関する問題を研究する場合の、研究者ないし日本人自身の意識にかかわってくることであるように思う。<sup>(三)</sup>

さて、ここでは、右のような問題意識から、日本のローマ法学者を、それを専門とする者にかぎってとりあげる―但し中世ローマ法学については論じない―ことにして、従って、本来ならば細部にわたっての解釈をも問題としなければならぬのであるが、本稿では、さしあたってはこれを正面立ってはとりあげず、主としてその研究態度・問題意識について焦点をしぼることにしたい。

これまで、このような種類のテーマで書かれた論稿も若干ある。たとえば、矢田一男「民法学者としての小野粹」(新報四一一九)、同「明治時代のローマ法教育」(新報四四一三・四)、同「雷斯知尼安法典」(新報四八一五)、同

「明治以来ローマ法源邦訳事歴」(新報四九一六—二二)、同「日本におけるローマ法学界の近況—原田教授の学风を偲んで」(法律時報二二—二二)、原田慶吉「我が国に於ける外国法史学の發達」(「東京帝国大学學術大観」昭和一七年)、同「古代法」(「法学研究の葉」二昭和二五年)、片岡輝夫「原田慶吉先生の逝去を悼みて」(「法制史研究3」)など。本稿は、これらの諸論稿に負うところが大きい。そのほか、武藤智雄 *Il diritto romano e il diritto giapponese* (Atti Congresso Internazionale, Bologna 2, 297); *La recezione e gli studi di diritto romano in Giappone* (Archivio giuridico 'Filippo Serafini', 111, 1934.) も参照。

(一) 春本一郎氏がローマ法研究のため、ヨーロッパ留学、京都でローマ法講座を担当するようになった時期とするのは通説である。従って、春木氏以前の「ローマ法」担任者は必ずしもローマ法の専門家ではなかった。

(二) この問題は、ヨーロッパ法史学一般、さらには、日本でヨーロッパを研究する学問全体にかかわることからなのである。即ち、「なぜヨーロッパを研究するか」という問は、ヨーロッパを研究の対象とする研究者にとっては、つねに反復反芻していかねばならないのである。とにかく、西洋法制史学においては、こういったことについて、かつて、論争がおこなわれたこともある(久保正幡「ゲルマン法史の構想—西洋法制史研究の一方」東京帝国大学學術大観、「西洋法制史の概念と研究方法とについて」国家六三—一〇・一一・一二合併号、世良晃志郎「ゲルマン法の概念について」法学一八一—四、一九一一)。しかしながらローマ法学においては、このような論争にまでも発展しなかったこと—もつとも、研究者が不足で各自が分担している事情もあるが—は、注意しなければならぬ。昨年暮に、林毅氏によって提起された「西洋法史学の存在理由についての自己反省」(法律時報一九六三年学界回顧—西洋法制史)は、今日状況においてはきわめて重要な意味を持っていると思われる。

しかし、ローマ法学に対する一般の研究者のもう一つの認識もある。即ち、ローマ法は産業段階の資本主義社会の法関係——近代市民法——形成のためにあづかって力のあったことは認められる。ところが、産業段階を越えた今日の社会において、現実の社会関係から生起する諸問題を、ローマ法を基礎とする近代市民法では律し切れない諸側面がでてきている。従って、そういった諸問題を解決する手段としては、ローマ法学はすでに過去のものとなった、という考えかたである。この主張については、ひとり日本に限らず、ヨーロッパのローマ法学においても真剣に考えてみなければならぬことである。

## （II） 明治時代のローマ法の導入過程とローマ法学

### （i） ローマ法という科目

維新当初の明治政府は、日本が一日も早くヨーロッパの先進諸国と対等になるように、日本の自由・独立、殖産興業、富国強兵というスローガンのもとに、さかんにヨーロッパの文物を導入した。ヨーロッパの学問の導入もその一環をなすもの（いやその中核的なもの）であったといえる。なかでも、国制にかかわる法律学は、明治政府の権力機構を形成するための中心的なものであった。<sup>(一)</sup>そこで、江戸時代の「開成所」<sup>(二)</sup>が改められて、明治二年「大学南校」が開設され、明治六年には「開成学校」と名を改めて、法・理・工業が英語で、諸芸が仏語で、鉱山が独語で、講義が開始されることとなった。<sup>(三)</sup>

「開成学校」は明治七年五月に「東京開成学校」と校名を変更、ここで日本でははじめてローマ法の科目が独立の科目として成立することとなったのである。「羅馬法律」は本科課程、法学第一年中級・第三年上級に設置された。<sup>(四)</sup>また、

明治九年七月には法律科目の改正があり、本科課程第二年中級において選択科目となっている(但し、第三年上級では全科目の復習という項目が入っているので、第二年中級で「羅馬法律」を選択した者は、第三年上級でも復習することになっていたのだろう)。

さて、この東京開成学校の「羅馬法律」という科目の担当者は、明治七年(五月六日)に来日したイギリス人 William E. Grigsby であった。彼は、予科生徒のラテン語教授の為に Justinianus の Institutiones (原文) を教材とし、英語で講じた。本科課程においても、彼がイギリス人であり、講義が英語でおこなわれたこともあつて、講義の内容は、いきおい英法とローマ法との比較研究に重点がおかれていたように推測される。

「羅馬法律」が、どうして最初の二年間は必須科目、後には選択科目として東京開成学校におかれるようになったか、確かなことはわからない。ただ推測が許されるならば、次のように言えるであろう。東京開成学校においては、イギリス法と、フランス法とが、一緒に、講じられていた。ところで、維新当初、明治政府には、先進諸国欧米の当時の文物を移入することが先決であったが、法律においては、当時のヨーロッパで盛んに研究されていたローマ法も科目として採りあげようという程度のものであったのではなかったか。さらに、当時の欧米の文化に強い影響を与えたローマ文化、就中ローマ法をたづねてみようという気持があつたかも知れない。

東京開成学校は、明治一〇年、東京医学校と合併して、東京大学と名称を改めた。初代の大学総理加藤弘之は、その転向した思想である国粹保守主義の教育方針にもとづいて、「羅馬法律」の科目を廃止し、「本邦古代法律」という科目を新設した。<sup>(七)</sup> この意図は、当時の天皇制秩序を、肯定せしめようというところから、日本の古代法の研究を目ざし

たものと推測される。<sup>(八)</sup>

このようにして、ローマ法に関する科目は廃止されることとなったが、「法論」(一四年法理学と改称)・「古代法律」という名称で、Maine の Ancient Law が講ぜられて、その中でローマ法についても触れられるように過ぎなかつたのである。<sup>(九)</sup>そして、担当者は Grigsby — Tarring<sup>(一〇)</sup> 鳩山和夫—穂積陳重であった。

明治一五年、その事情は明確ではないが、アメリカ人 Henry Taylor Terry<sup>(一一)</sup> を担任者として、ローマ法の講義が復活した。Terry の講義内容は「羅馬法律ノ講義ニハサンダル氏ノ翻訳ニ係ルジャスチニヤン法典ヲ用テ教科書ト為シ人事編ノ大意ヲ普通一般ノ方法ニ依リテ授ケタリ特ニ学生ヲシテ大ニ注意ヲ喚起センメンハ無形物及ヒ義務ノ条目トス 蓋シ条目ノ英國法律上必要ナル關係アレハナリ」<sup>(一二)</sup> (傍点佐藤) というものであった。また、大学の教科細目によれば、「羅馬法ハ法学第一年及第二年ノ両学期間ニ之カ大意ヲ教ヘ以テ後來英仏兩國ノ法律ヲ學ブノ予修トナスモノトス」<sup>(一三)</sup> とあるから、ローマ法は、あくまでも、英法・仏法を學ぶ前提として、必要なものという意識に支えられ、従つて、講義のオリジナリティは何ら要求されなかつたものであろう。

明治一九年、東京大学は、帝国大学と改称、法学部は法科大学となった。法科大学は、明治二〇年よりイギリス部・フランス部・ドイツ部の三部に分かれ、<sup>(一四)</sup>ローマ法の科目は穂積陳重が担任し、一年度に毎週三時間の講義がおこなわれた。明治二〇年には、ドイツ人 Heinrich Wepert<sup>(一五)</sup> が担任しイギリス部とフランス部では第二年度一年間毎週三時間、ドイツ部では第一年度一年間毎週六時間、第二年度一年間毎週三時間、ローマ法が講ぜられた。その後、明治二二年には、ドイツ部においては第一年度第一・二期毎週六時第三期毎週四時、演習毎週二時、第二年度演習毎週

一時と改められ、ローマ法の科目も定着したのである。担任者も、岡崎三郎↓穂積陳重↓Weipert↓宮崎道三郎↓戸水寛人↓春木一郎と(途中、明治二六年より講座制となり、明治三〇年より東京帝国大学となったが)承継がれていった。

また、明治三二年京都大学法科大学も開設され、ローマ法も一講座として九月より開講されることとなり(勅令三三一号第二条による)、担任者はドイツ流の流れをくむ千賀鶴太郎↓春木一郎↓千賀鶴太郎と承継がれたのである。

他方、法律学に関する多くの私立学校も設立された。明治一九年文部省令第三号「東京府下設置私立法律学校特別監督条規」により、代言人養成がその主たる目的であった為に、代言人試験の科目に従って講義がおこなわれたのであったが、「法律中帝国ニ於テ制定領有アリタルモノハ主トシテ之ヲ教授シ外国法ハ傍ラ之ヲ対照スヘキモノ」(同令第二条第二項)とあったために、ローマ法の講義も、英法・仏法・独法と並んでおこなわれた。

私立法学校でローマ法を講じた人びとは、東京専門学校→早大では朝倉外茂鉄↓戸水寛人↓杉田金之助↓津軽英麿。東京法学社→法大ではデュモラル(五来欣造口訳)↓田中遜↓津軽英麿↓山川幸雄、中大では渋谷髓爾↓渡辺安積↓戸水寛人↓朝倉外茂鉄、慶応では Wigmore ↓津軽英麿、専修学校では高橋健三↓山本謙三↓目賀田種太郎↓朝倉外茂鉄などであった。

(一) 穂積陳重「法窓夜話」によれば、明治三年司法卿であった江藤新平を中心に民法編纂がおこなわれていたが、その態度は、「フランス民法を以て日本民法と為さんとす」というものであったといわれるが——この点について、拙稿「法史学か

らみた日本の近代化」比較法学 手塚豊「明治初年の民法編纂」司法史料別冊第二一号、利谷信義「明治前期の法思想と裁判制度」法律時報三五卷一六号参照——、この法制度の整備の爲の予備作業としての外国法の理解には、「誤訳も亦好げず、唯速訳せよ」という調子であったという。だから、翻訳担当者であった箕作麟祥は、江藤が二・三条訳しては会議にかけるという調子だった上に、辞書もなく参考書もない時代であったために、大変な苦勞をなめている。

他方、行政制度機構—中央官制—の整備は、着々とおこなわれたことは周知の事実である。

- (二) 徳川幕府のもとの洋学研究は、天文方(貞享元年一六八四)—蛮書和解御用(文化八年一八一—)|洋学所(安政二年一八五五)—蕃書調書(安政四年一八五七)—洋書調書(文久二年一八六二)—開成所(文久三年一八六三)においておこなわれていた。幕府の態度は、ヨーロッパの文物を導入する際には、医学、天文学、地理学を中心としていたのであって、勿論、封建制度を批判するような近代精神については、弾圧をおこなっている。岩波講座日本歴史・近世5、高橋碩一「洋学の興隆と反封建的世界観」参照。

明治に入って大学南校—南校(明治四年)—第一大学区第一番中学(明治五年)—開成学校と校名が変更され、政府は、具体的に、西洋の政治制度・法制の知識の導入も採用することとなって、研究・教育の内容も、拡大された。

- (三) 矢田一男「明治時代のローマ法教育」法学新報四四—三、八四頁。

- (四) 試みに当時の科目を示めれば次の通り。

本科課程 法学

第一年 下級 列国交際法〔平時交際法〕、英国法律〔大意 憲法及刑法〕、憲法史記、心理学及論文、拉丁語

第二年 中級 列国交際法〔戦時交際法〕、英国法律〔慣用法 結約法衡平法及其主旨〕、羅馬法律、政学、修身学

及論文、法蘭西語

第三年 上級

列国交際法〔交際私法〕、英国法律〔私犯法 海上法及貿易法〕、羅馬法律、フレンチ・ロー法国法律〔那命拿法律

要旨〕、比較法論、証拠法及理説

矢田、前掲論文によれば、「羅馬法律、ジャスチニアン、十章」と「文部省第二年報」(明治七年)にある由、第二・三年度においてユスチニアヌスの *Corpus iuris civilis* の *Digesta* 一〜一〇巻迄の概要を講じたものではあるまいか。「東京帝國大学五十年史」上冊、二九九頁。

(五) この明治九年の法科の科目表については、矢田、前掲論文参照。ここでは注目すべきものは、第一年度の「国憲」とともに、第二年度にもうけられた「羅馬法律」も、「該科ヲ学フト学ハサルトハ生徒ノ望ニ任」せる、いわゆる選択科目となつたことである。この改正の理由が「法学之如キハ従前之課程中未タ其宜シキヲ得サル所アル」(東京開成学校より政府に提出された伺書)というだけでは真意の程はわからないが、この伺書に添附された書類「改正諸学科課程」第五条に「次ノ……諸学ノ外ニ……法学生徒ハ日本法律及ヒ支那法律ノ要領ヲ学修セシム」という一項のあるを見れば、当時、日本の古来の法律が外国法に対して優越しているとの思想が入り込んできたあらわれではないか。

(六) どういう内容が講じられたかは、試験問題からよく知ることができる。例えば、次のようなものがある。

◦ What is meant by *Fidei-commissa*? To what are they analogous in English Law?

◦ What was the contract “*verbis*”? To what kind of contract does it correspond in English Law?

矢田、前掲論文三八六頁。

(七) 日本古代法律は、日本法制史のはじまりともいうべきものである。この外に、日本刑法沿革、日本現行法律の科目も加えられた。これは、生徒に「西洋の法律にのみ精しくして、本邦現行法律に疎きの弊なからしめんことを期した」ものといわれる(「東京帝國大学五十年史」上冊五六七頁)。しかし、天皇制を中心とした制度史の研究・教授に主眼があつたのである

日本におけるローマ法学の役割

う。ちなみに、学科課程では、「本部（法学部）ハ本邦ノ法律ヲ教フルヲ主トシ旁ラ支那、英吉利、法蘭西等ノ法律ノ大綱ヲ授クル事トス但シ本邦ノ法律未タ完備セサルヲ以テ現今専ラ英吉利法律及法蘭西法律ノ要領ヲ学修セシム」（前掲五十年史五六八頁）とある。学科目における当時のナシヨナリズムの定着である。明治一二年、日本刑法沿革↓日本古代法律（沿革史）、明治一三年、一四年、日本古代法律（大宝令）と改正した。

(八) 加藤弘之の思想について、石田雄「明治政治思想史研究」六七頁以下。

(九) 矢田、前掲論文三、八八頁。鳩山和夫「緬氏古代法」は当時生み出された卓越した訳書である。

(一〇) Grigsby Ⅱ イギリス人。明治七年来日—明治一一年帰国。不動産法、動産法、衡平法、国際法、刑法、ローマ法を教授。

法論は、明治一〇年より一年間担任した。

Tarring, C. J. Ⅱ 法論を明治一一年より一年間担任。英吉利古代法律も担任していたが、明治一三年九月二〇日解任され  
つた。

(一一) Terry, H. F. Ⅱ アメリカ人、明治一五年九月より明治一七年迄、ローマ法を教授。明治一四・五年には、英吉利法律及国際法も講じている。

(一二) 東京大学年報六五・六頁。

(一三) 東京大学一覽、明治二五・一六年、明治一六・一七年。明治一五年・一年度二学期毎週二時、明治一六年・一年度毎週一時、という程度のものであった。

明治一六年七月穂積陳重らの建議にもとづいて、三年制の「別課法律科」がもうけられ、加藤弘之らの伺書によると、「学科ノ高尚ト学者ノ数多ト両ナカラ之ヲ得ント欲セハ則チ法学部現在ノ学科ヲシテ益高尚ナラシメ別<sup>ニ</sup>便宜ノ学科ヲ設ケテ之ヲ別課トナシ」社会の需要—代言人養成—に答えたものという。ここでは、「羅馬法」が、民法、商法、刑法など

とともに正規の学科目としてとりあげられた。しかし、明治一九年東京大学が帝国大学となるや、別課は同年四月一日より司法省に移管されることとなった。

(一四) 法科大学は、はじめ、仏語を主とする法律学第一科・英語を主とする法律学第二科・政治学科の三学科に分かれ、ローマ法は、法律学第一・二科第二年に一年間毎週三時教授され、担任者は穂積陳重であった。

(一五) Weipert, H. ドイツ人。明治一九年一月一三日—二三年八月七日、帝国大学法科大学教師。後述。

(一六) 明治末迄、イギリスの学風に育った穂積陳重・戸水寛人、ドイツの学風を持つ Weipert・宮崎道三郎によって交互にローマ法が講じられた。矢田、前掲論文九四頁。

(一七) 千賀鶴太郎は、ドイツ・ベルリン大学に学び(明治一七年一八八四—一八九三)、京都帝大に招かれる迄一五年間ドイツに留学、かたわら日本語教授をおこなっていた。日本に帰えてきてからは、ローマ法もさることながら、主として国際公法の研究に従事した。詳細は、矢田、前掲論文三、九八—九註(1)参照。

(一八) 明治八年「法律学舎」がフランス法律イギリス法律の教授の為に、創立されたのにはじまる(同一〇年廃止)。その後同二三年迄に続々と東京だけで実に一五校の法律学校が創設され、その内約半数は廃止されたが、残ったものは、後に大学として現在迄発展を続けている。詳細な一覧表は、矢田、前掲論文(四四—四、九八頁)に記載されているのでそれにゆずる。

(一九) これは、私立法律学校が課業時間表・試験・成績・教授法について帝国大学総長の監督を受けるものであった。監督される法律学校は、当時の五大法律学校である専修学校、明治法律学校、東京専門学校、東京法学校、英吉利法律学校。後に明治二一年五月特別認可学校規則により文部省の管轄となった。

(二〇) 監督条規の条文中に記載してある科目中には、ローマ法はないが、外国法についての教授は、各校に弾力的に委ねられて

いたものようである。

(ii) 明治時代のローマ法学者の問題意識

ローマ法という科目が、これまで述べたように、日本の法学教育の中で制度的に定着してくると、講義に使用する教材としても、ローマ法に関する著書があらわれてくる。それでは、どのような問題意識を持って、当時のローマ法学者が、ローマ法を学ぼうとしていたのであるか。次に、このことを、明治三〇年代―つまり本格的なローマ法研究開始の時―まで、おおよそ三つの段階(一)に分けて考察を進めることにしたい。

(i) 明治時代当初には、法学の講義は、英語とフランス語でおこなわれ、その内容はイギリス法とフランス法であったことは前述した。これには、ともかくも当時のヨーロッパの法律制度を早く知り、そこで得た知識によって、一日も早くヨーロッパ並みの法典の編纂、司法制度、行政機構をつくりあげたいという、政府権力の目的意識が働いていたのである。だから、ローマ法も、イギリス法を知りフランス法を知るために役立つようなものでなければならなかった。(二)そこで、ローマ法を理解するにも、もっとも簡便な方法・イギリス人が書いたローマ法の教科書、イギリス人が英語に翻訳したユスチニアヌス法典の講読という方法がとられたのである。前述の明治一五年東京大学においてローマ法を講じた Terry の講義内容(前)を見れば、このことは明らかであろう。

こうした中にも、日本人によるローマ法に関する著書もあらわれる。堀口昇「羅馬元老議院記略」(明治八年)、小野梓「羅馬律要」(明治九年)である。これらの二著は、日本でローマ法を一本にまとめた最初のものであろうといわれている。もっとも小野梓のそれは、刊行されたのか否か不明のものであるが、この本がまとめられたのは「泰西

の法律を知るにはその源流たるローマ法を知らねばならぬ」という主張を実現しようとする意図からであったらしい。<sup>(五)</sup>さらに、当時イギリス・フランスの法学が隆盛であったなかで、ザビニー・プファ・ウインドシャイドなどの学説に触れ、パンデクテン法学を紹介した小野梓の仕事（「民法之骨」明治一七年）は、異色の仕事であるといわれている。<sup>(六)</sup>イギリス法を修めた馬場辰猪の「羅馬律略」（明治二一・三年、共存雜誌二〇一六二号）も、ヨーロッパの法律の源流を求めて簡単な羅馬法外史を紹介したものである。馬場辰猪は、明治一六年創立した明治義塾法律研究所（翌一七年明治義塾法律学校、一八年廃止）においてローマ法を邦語で講じていたようである。<sup>(七)</sup>

明治一〇年代後半から二〇年代初めにかけて、私立法学校が多く設立されローマ法の講義もおこなわれたのと相俟って、邦語によるローマ法の教科書・翻訳が出版され論文も発表された。<sup>(八)</sup>渡辺安積述「羅馬法 完」（明治一九年）もその一つである。彼は、とにかく、当時ローマ法を研究する必要があるものがいかに少いかを嘆いている。

さらに、「夫レ欧州ニ於テ成典ノ完備ヲ以テ鳴ル者仏蘭西アリ、慣習自生ノ法ヲ以テ誇ル者英吉利アリ、法理ノ精緻ヲ以テ尚ル者独乙アリ、然リ而シテ此諸邦ノ能ク其名声ヲ博シタル所以ノ者ハ職トシテ範ヲ羅馬法ニ取リタルニ源由セズンバアラズ。……然ルニ我邦ノ学者ハ特リ英仏独ノ法律ノ講ズベキヲ知リテ而シテ羅馬法ノ大ニ攻メザルベカラザルヲ知ラザル如キハ豈痛惜スベキノ至リニアラズヤ」と述べ、ローマ法まで遡らなければ、当時の英仏の法律を真に理解することはできないと主張しているのである。しかしながら、彼の講じたローマ法は、イギリスのローマ法学者たち、「マツケルデキ・ハンター・ポスト・サンダー・マクケンジー」の著作を参考としてなされたものであり、当時、すでにヨーロッパにおいては、ローマ法の原典研究がおこなわれていたのとは対照的に、<sup>(九)</sup>まったくオリジナリ

ティの存在する余地はなかつた。それは、当時至上命令とされていた法典編纂に奉仕するためのローマ法の紹介という段階にあつたのだからかも知れない。<sup>(10)</sup>

(四) ところが、法典編纂の動きが具体的に表面にあらわれてくると、ユスチニアヌス法典 *Corpus iuris civilis* — (継受) ↓ ナポレオン法典の成立という、ローマ法の連続性を強調し、日本において法典が編纂施行されれば、ローマ法は日本法の母法にもなると主張するようになる。<sup>(11)</sup> この頃から、ローマ法研究に関するヨーロッパの学説も漸次輸入されはじめ、中世の註釈学派や、ザビニーの歴史法学の方法も紹介され、学界に浸透していった。

明治一九年と同二二年に帝国大学においてローマ法の科目を担当した穂積陳重は、「羅馬法講義」(明治一四—一九年?)という一本を残している。彼はこの著書において、「今日欧州諸国ハ固ヨリ我邦ニ於テモ猶亡国ノ法律ヲ研究スルハ抑何故ナルカ」と問いかけ、イェーリングもローマの法律による世界支配と述べているように、「決シテ古物ヲ弄フノ類ニ非ス。現在諸国ニ行ハルル処ノ諸法律ヲ識ルノ材料トシテ研究スル」のだと答えている。つまり、これを具体的に示せば、第一に立法上、第二に法学上の必要があるとし、第一の立法上の必要というのは、渡辺安積と同様、現今の欧米諸国の「母法」としてローマ法をとらえ、ローマ法を理解せずして現今の欧米諸国の法律を真に理解することはできないという前提に立つ。さらに彼は、「現今我国ニ於テ編纂ニ従事スル民法ノ如キモ羅馬法ヲ継受シタル諸国ノ法律ヲ参考トスルコト多カルベシ。又立法司法ノ要地ニ当ル人々ハ概テ皆羅馬法諸國ノ法律ニ通曉セル人々ナルベシ」という理由を述べているのであるが、日本の民法も今後ローマ法族に属するかも知れないから、これを研究しておくに如くはない、というのである。第二の法学上の必要というのは、従来、法学理論は皆ローマ法研

究から生れてきたものである——ポローニヤの注釈学派やザビニーの歴史法学派、オースチンの分析法学派などが、現在のローマ法学者たちは、「羅馬法ノ意義ヲ探究スルヨリハ却テ之ヲ材料トシテ学理ヲ研究スル」傾向にあるというものである。「法論」・「法理学」をも講じた彼であるから、このように理論的な側面に気づいたのも当然である。この意味では、ヨーロッパの法律の源流を明らかにする手法を一步進めたものといえることができる。ワイベルト演述・植村俊平訳「羅馬法及法典編纂論」（法協四一号—明治二〇年七月二〇日）はこの点、たとえ、日本法が固有法によって形成されるとしても、法理論はローマ法に学ばなければならないことを主張している（同三六頁）。

それでも、ローマ法史を時代的に区分するとき、成文法の成立時期・法典編纂という法形式が区分のメルクマールとならざるを得なかつた。<sup>(二二)</sup>この場合、ローマの国家権力の性格はまったく問題とならず、もっぱら私法の生成に力点をおいていたことは否定できない。ローマ法の古代的性格、従って古代社会における法關係を追求するよりは、近代法の母法としてローマ法がいかに価値のあるものであるか、その当然の帰結としてローマ法に近代法の精神を求めるといふ手法がとられたのではないだろうか。<sup>(二三)</sup>ローマの財産法の説明に力が注がれているのも、この間の事情を明らかにしているように思われる。

(イ) とところで、ポアソンナードによる民法の草案成って、いわゆる「民法典論争」が主として親族法・相続法をめぐって展開され、<sup>(二五)</sup>とにかく、明治三年にはパンデクテン形式の民法が施行されるにいたつた。この民法の形成過程を通じてローマ法学はもう一つの変質をすることになったのである。即ち、従来、ヨーロッパの法律を知るためには、法典を編纂するには、司法を司るには、法学を原理的に学ぶにはといった理由をかかげて、ローマ法学は自らの正当

性を主張してきたのであったが、民法典の形成をめぐる、近代市民法的なものに対して、天皇制イデオロギーを中核とする家族主義イデオロギーからの対抗が示され、ついに後者の主張の定着としての民法典の公布・施行とともに、ローマ法学は、ローマ法研究の新しい意味を求める必要にせまられた。

戸水寛人「羅馬法」(明治三二年)もこの時代の産物である。彼は、明治二〇年渡辺安積が若くして夭折した後を承け、英吉利法律学校において最初のローマ法の講義をおこなったと推測されるのであるが、それ以降、帝国大学(東京大学)、東京専門学校(早稲田大学)、専修学校(専修大学)、東京法学院(中央大学)、日本法律学校(日本大学)で教鞭をとり、明治後半のローマ法学を、一人で背負っているような観すらあたえていた。彼は、ローマ法の研究の意義について、三つのメルクマールを提示している。その第一は、諸国の法律を比較研究する為には必須のものであるということ。——つまり、ローマ法以外の法はすべて短期間に王朝の盛衰とともに消えてしまうが、ローマ法だけは「独り千有余年ノ長明ヲ經テ愈其發達ヲ見ル」ものであるから、このローマ法の發達を知ることによって、他の法制の「得失ヲ知」るに役立つというにある。その第二は、法律の歴史を知るには必須のものであるということ—— 欧州大陸はもとより、英米の法律はすべて「其源ヲ羅馬法ニ汲」んでゐる。日本の法律も明治一三年の治罪法の制定以来、欧州大陸の影響によって成立したものであるから、日本法制の沿革を知る場合も当然必要である。「新民法」を研究する者にとっては、なおさらの事であるという。その第三は、法原則を学術的に知るには必須のもの——ローマ法は、ギリシャ思想とローマの応用技術との結合の産物であり、この産物の研究を通じて法学も生成してきたが、現代法の法理を理解するにはローマ法を理解しなければならないとする。この主張は、穂積陳重の考えかたに一

脈通じている。しかしながら、民法が形成されて、現行法となり実効性を持つようになると、法学一般の概念法学化にともなつて、民法の諸規定・原理を説明するためのもつとも理想的な法としてのローマ法という考えかたになつてゐる。和仏法律学校において教鞭をとつたデュモラールの一本「羅馬法」(明治三三年)は「……近世ノ法律即チ日本其他文明国ノ法律ニ於テハ一トシテ羅馬法ノ原則ヲ含有セサルハナシ勿論羅馬法ヲ……適用シテ裁判スルコト能ハスト雖モ間接ニハ訴訟ノ裁判ヲ為スニ当リテ最モ適當ナル判断ヲ下スノ材料ヲ得ルコト蓋シ疑ヲ容レサルナリ」と述べ、司法制度・訴訟手続・物権・債権のみを講じているのである。つまり、彼は、親族・相続については、あえて説明を除外している。<sup>(一七)</sup>

他方、半封建的な家族制度を積極的に評価しようという動きの出てきたことも注目すべきである。杉田金之助「羅馬法」(明治三二年)もその一つである。彼は、これまでの単なるヨーロッパ→日本という法の移行過程を重視した考えかたとは異なつた見方から出発する。即ち、世界には種々の「法族」(「羅馬法族・回教法族・印度法族・支那法族・英法族」)があるが、その中で最も「勢力を有するものは羅馬法族」であつて、次は英法族であるという。ひるがえつてわが国を見れば、「新民法」はローマ法の「変形」であるから、わが国の法律を知ろうとすればローマ法を研究しなければならぬとする。さらに、わが国においてローマ法研究が特に必要であるのはなぜか。「欧州に於て採用する羅馬法」では、ローマの親族・相続に関する法は、採用されていない。これは、個人主義的なヨーロッパの親族・相続制度が、ローマのそれとは大いに異なるからである。ところが家族制度の存する「我國に於ては他に依るべき類例なきを如何せん。唯夫れ羅馬法に存する家族制度の在るあり。是に於てか、彼れ(ヨーロッパ)は之を捨て

て顧みずとも、我は捨つて学ぶの必要に迫まれ又之を参考に備へざるべからず」というのである。

これは、日本のローマ法学がローマ法と日本の民法との単純なる比較、ローマの *paternitas* と日本の戸主との比較などにはじまり、日本の民法の家族制度の構造の正当化に資するような意識を持つものも出てきていることを物語るのである。<sup>(二八)</sup>しかし、このような意識は、すでに法典論争のなかで、穂積八束とともに法典実施延期意見を出した高橋健三・朝倉外茂鉄にあらわれている(法学新報一四号社説明治二五年五月二五日)。即ち、ローマ法では家族制度と個人主義的な財産法とは矛盾せず統一されていたという認識を前提として、日本民法の半封建的性格の正当性を主張するには、ローマ法に範を求めるべきであるという意識がひそんでいたのかも知れない。いずれにしても、ローマ法と日本法との近似を主張する手法の極限は、ローマ法を専門としないが穂積八束が明治四四年一月一〇日御講書始において発表した「希臘羅馬に顕はれたる祖先崇拜の事蹟」<sup>(二九)</sup>にあらわれている。彼によれば「希臘羅馬の上古の法制道徳は全く我と同じかりしこと且つ之に依りて維持せられたるものなること甚だ明白なり。而して後に……欧州民族は(キリスト教によって)遂に全く此の上古の信念を亡失し、此と同時に全く家族制度を基本とするの法制道徳を棄て個人現在の福利を本位とするの法制道徳に移りたること」を述べ、国家発展のためには、ギリシヤ・ローマにならうて祖先崇拜を盛んならしめなければならない、と結んでいるのである。ここでは、もはや、アジテーターとしての姿しか見られず、ローマ法の科学的研究の態度はまったく喪失されてしまっているのである。

(一) この区分は、いわゆる時代区分という意味を持つものではないが、本質的には当時の社会的政治的な条件を反映してい

- (二) 今日いわれているような、実用法学を科学とする為の法の歴史の追求というものではなかったことは明らかである。むしろ、西洋の芸・技術としての法律形式に力点がおかれて、従って、「精神」は東洋の方がすぐれていたという認識であった。
- (三) 田中周友「堀口昇」羅馬元老議院記略「我が国に於けるローマ法に関する最初の文獻」法学論叢二八一。
- (四) 原田慶吉「我が国に於ける外国法史学の発達」二九四頁。中村吉三郎「明治法制史 第一輯」六三頁。
- (五) 中村、前掲書六三頁。
- (六) 原田、前掲論文二九四頁。
- (七) 「明治義塾法律研究所略則」の第一項に「本所ノ教授ハ都テ邦語ヲ以テ講ス」とある(「明法志林」五三三号、明治一六年五月)。馬場はこの外、明治義塾法律学校講義録に「メイン氏法律史」を連載している。
- (八) 教科書『高橋健三の講義録(明法志林二九一三一・明治一五年)、渋谷樺爾「羅馬法沿革史之部」(明治一八年)・同「羅馬法講義」(明治二二・三年頃)、目賀田種太郎「羅馬法」(科外として講述した由、明治一九一二五年の間、恐らく専修学校)、東三条公恭「羅馬法」(明治二三年?)、ユ帝法典を主として述べる)。
- 翻訳『Maine, Ancient Law』は講義でも用いられ、好んで読まれたため、前述の馬場の翻訳の外、鳩山和夫「緬氏古代法」・増島一郎「法律沿革論」・菊地武夫「古代法」が出された。Mackenzie, Studies in Roman Law with comparative Views of the Laws of France, England and Scotland『礼之訳「法律類鑑」(明治一〇年)』・松野貞一郎・伊藤佛治「羅英仏蘇各国比較法理論」(明治二四年)。Hunter, Introduction to the Study of Roman Law『西川鉄次郎「羅馬法入門」(明法志林一一〇号)。Jhering, Geist des römischen Rechts『磯部四郎訳「法理原論」(明治二二年)。作者年代不詳「需斯知尼安法典」(ユスチニアヌス帝の法学提要の全訳)。これについての詳細は、矢田一男「明治以来ローマ法源邦訳事歴」(新報四九一六〜一二)参照。

論文に於ては、原田前掲論文三〇五頁註(六)を參照。

(九) Corpus iuris civilis の漢訳・仏訳が、ついで一九世紀前半に出版された。

Otto-Schilling-Sintenis, Das Corpus Iuris Civilis ins Deutsche übersetzt, 7 Bde. (1830-1833); Les 50 Livres du Digeste ou de Pandectes, trad. par Hulot et Berthlot, 7 vols. (1803-1805).

十二表法の校訂もなされた。

H. E. Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik u. Herstellung d. Textes d. Zwölf-Tafel-Fragmente, Leipzig (1824); R. Schoell, Legis Duodecim Tabularum Reliquiae, Leipzig, (1866); J. Wordsworth, Fragments and Specimens of Early Latin, Oxford, (1874); M. Voigt, Die XII Tafeln, Geschichte u. System des Civil-u. Criminal-Rechtes, wie Prozesses, der XII Tafeln nebst deren Fragmenten, Leipzig, (1883); F. Goodwin, The Twelve Tables, London, (1886); F. D. Allen, Remnants of Early Latin, Boston, (1884).

ローマ法の專記雑誌雑誌 Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, (1879〜) も発刊された。Revue historique de droit français et étranger (1855〜) は、ローマ法の研究論文が載せられた。そのほか、現在でもこの方面での出発点となっている Mommsen, Römisches Staatsrecht, (1871〜88); Römisches Strafrecht (1899) も発刊された。

(一〇) ここに於ては、法協四三三号(明治二〇年)の渡辺安積講述「羅馬法 売」の広告には次のように書かれてある。「……今我國ノ リング氏會テ謂ヘルコトアリ曰羅馬ノ三タヒ世界ニ号令シ世界ヲ統一シタリ(一武力・教權・法律)……今我國ノ 制度ハ模範ヲ欧米ノ法律ニ取リテ益改良進歩セント欲スル者ナレハ羅馬法ノ我國ニ進入スル勢避ク可カラサルノコトタリ然 ラハ則世ノ法律ノ学ニ従事シ我國ノ法律制度ノ收進ヲ以テ自ら任セント欲スルノ士ハ豈一日モ羅馬法ノ攻究ヲ緩慢ニ付シテ

可ナランヤ……」

- (一一) この考えかたは、後に法系論となり、やがて法律進化論に結実し、その後多くの学者に影響をあたえている。
  - (一二) 時代区分はギボンに従っている。即ち、不成文法ノ時代（建国→一二表法制定）―成文法ノ時代（四五〇→B.C. 一〇〇）―成文法発達ノ時代（B.C. 一〇〇→A.D. 二五〇）―法典編纂ノ時代（二五〇→五五〇）
  - (一三) 当時ドイツにおいて盛んに活躍していたイェーリングの影響が多であることは否定出来ない。とくに、Geist des römischen Rechts, 4 Bde. (1852~65) が読まれていたと推測される。
  - (一四) 当時のローマ法の著書はすべて Institutionen の方式をとっていたが、これは、ローマの法学概論が Institutiones という方式をとっていたという理由の外に、当時編纂されつつあったポアッソナードの民法典が主としてフランス法にもとづいているという理由もあったのではないだろうか。
  - (一五) 「民法典論争」についての文献は、穂積陳重「法窓夜話」をはじめ、その後星野通「民法典論争史」、平野義太郎「日本資本主義の機構と法律」（「日本資本主義社会と法律」所収）などのすぐれた分析が発表されている。その論争の核心が親族法・相続法にあつたことと法典実施反対意見の中に明瞭であり、本質的には「自由民権法学と半封建的官僚」・「ブルジョア自由派と半封建主義」との対立という意味を持つものである。
  - (一六) 矢田・前掲論文一一一頁の註(5)。彼のこの著書の構成は純粹な Institutionen の体系をとっている（―本論、第一編・人ノ法、第二編・物ノ法、第三編・訴訟）。
  - (一七) 日本の近代化の素材としてローマ法を語る限り、日本の半封建的家族主義は、近代化と相容れないという認識が底に潜んでいるのかどうか、不明である。
- この外、朝倉外茂鉄「羅馬法」（明治三十一年、東京専門学校刊）は、ローマ法の沿革について講述し（時代区分を四期と日本におけるローマ法学の役割

し、国家創立→一二表法→キケロ→アレキサンダーシビラス→ユ帝)、私法の講義は辞退して東京専門学校ではやっていない。明治三年以降、林講師が担当と予告されている。また、ドイツ流の岡本芳二郎「羅馬法講義 完」(明治三八年、明大出版部刊)は、Pandekten の方式により、フランス流の田中遜「羅馬法」(明治三九年、法大刊)は、Institutionen の方式によってローマ法を講述している。

(二八) ヨーロッパにおいてローマ法を継受しつつも、なお個人主義的近代市民法秩序を形成してきたというこの理由を探究することは全く度外視する。従って、経済学や社会学において、いかに半封建的な家族制度を克服するかという問題意識から家制度と取り組んだのとは対照的である。穂積八束「新法典及び社会の権利」(明治二九年)。

(一九) 天野徳也「祖先崇拜と法制道德」(「法学新報」四六一・四一―二頁引用部分)。

### (Ⅲ) 明治末期より敗戦までのローマ法学のありかた

(i) ローマ私法史に力点をおいたグループ

このような低迷した当時のローマ法学に、重要な反省を加えたのが春木一郎氏である。彼は、明治三〇年七月日本ではじめてローマ法研究のためドイツ留学を命ぜられ、同三四年帰朝後直ちに、京都帝国大学法科大学教授となり、ローマ法講座を担任することとなった。彼の最初に発表した論文は「ボロニヤ時代以降十九世紀末ニ至ル間ノ羅馬法研究ノ方法ニ就キテ」(明治法学六四号、明治三六年一月二月)である。この論文で、彼は、主としてザビニーの考え方に従って、註釈学派(二世紀)以前のローマ法研究の存在したことを認め(それまではローマ法研究中断説)、註釈学

派—後期註釈学派—ドイツのローマ法継受—フランス・オランダのローマ法研究—一八世紀ドイツ自然法—一八世紀末の歴史法学派と論を進め、最後に、歴史法学派の欠点を述べている。それによれば、(1)「歴史法派ハ法制其モノノ発達変遷ヲ窮ムルニハ大ニ勉メタリト雖未ダ他ノ社会的現象ト共ニ法制ヲ研究スルノ方面ニ於テ」は業績があがっていない、(2)「歴史法派ハ能ク法律ノ過去現在ヲ研究シタリト雖未ダ法律ノ将来ヲ語ラズ寧ロ之ヲ度外視シタル觀ナキヲ得ズ」ということである。だから、今後のローマ法学について、彼は「二十世紀ノ法学者ハ果シテ能ク此等ノ欠点ヲ掩ヒ尽クスニ足ルベキ研究方法ニ想到スルヤ否ヤ」と、疑問とともに、期待をよせているのである。(三)

このように歴史法学を批判した彼は、ローマの社会史に目を向けると同時に、堪能なる語学力を駆使して、原史料にもとづいたローマ法史(Rechtsgeschichte)を再構成していったのである。(四)ここではじめて、日本においてもヨーロッパ並みのローマ法学が生れる素地ができたことになったといえる。ところで、彼が最初の出发点で示した「法律ノ将来ヲ語」る点については、彼自身では殆んどその方向を示めさず過ぎてしまったことは残念である(「羅馬法の道徳的価値」(春秋二ノ二)があるが、見る機会を得ない。あるいは、この問題について語っているのかも知れないが)。従って、彼のいう「将来」という意味も明確にはわからない。

ともかくも、ここに、日本においてもローマ法学は縦の歴史的研究という形で、定着した。具体的には、法文批判研究(五)つまり、Corpus Iuris Civilisの中の法学者の著作、Institutionesの修正加筆が証明されて、古典法とユスティニアヌス法との区別がおこなわれはじめたのである。そして、研究の方向は、ローマ法の史料に従って、どうしても私法史に力点がおかれていた。(六)

しかし、ここで、ローマ法を専門としないが、鳩山・山名・石坂といった当時隆盛を誇った民法学者とは異なったローマ法の見方を提示する民法学者のローマ法研究があらわれたことは、特記しなければならない。それは、平野義太郎「民法に於けるローマ思想とゲルマン思想」（大正二三年）である。これは、わが国の法—とくに民法—において、ローマ法・ゲルマン法が、どの程度制度的・思想的に採用されているか、またどの程度固有法によって阻止されているかの解明を旨としたものといえよう。このような考えかたは、原田慶吉氏の一連の研究—日本民法の史的素描—に逆輸入されている<sup>(七)</sup>。平野氏の研究はこれにとどまらない。翌一四年に「法律における階級闘争」を発表したのである。ここでは、ローマ法の形成過程が、史的唯物論の立場から、階級闘争の歴史として、とらえなおされていること、さらには資本主義社会におけるローマ法ないしローマ法学の役割を喝破したことは、現在でもなおローマ法学にきわめて重要な示唆をあたえる貴重な業績である<sup>(八)</sup>。

春木一郎氏の後を承けて東大のローマ法講座を担任したのは、原田慶吉氏である。彼は、昭和四年「厳格市民法に於ける羅馬家族法の研究」（国家四二—二一・二二、四三—一・二・二二、四四—二・四）を公けにし、その研究を家族法から出発した。この論文は、古代ローマの家族法に関するあらゆる史料文献を精査し、家族組織・婚姻・養子・後見・保佐について述べたものであり、とくにローマ古代において母権制が存在したか否かを検討した部分、*Gens*の属性を比較法的に解明した部分は異色のものと言われている。彼は、昭和二五年病に倒れるまで、いくたの研究をのこしているが、この多くの研究の個別的詳細な解題については、片岡輝夫「原田慶吉先生の逝去を悼みて」（法制史研究3）があるので、それにゆづるが、とにかく、彼は、(イ)、言語学に対する深い造詣—ギリシャ・ラテン・シュメ

ール・アッカード・ヒットایت・ヘブライ・アラビアの諸語―にもとづき、(d)、中田薫氏の影響のもとに比較法制史の方法をもとり、楔形文字法の研究を通じて、本来のローマ法を明らかにすることをとめ、(v)、ローマ法がわが国の民法において「制度的に、或いは個々の規定に、或いは単に法律的考察や思惟形式に採用せられている状態、反対にゲルマン法独仏固有法又は我が国固有法に阻まれて、現代法に進入し得なかつた状態を指摘する仕事」<sup>(九)</sup>に重点を置いていた。とくに、彼の方法は、ベルリン大学留学中に教えを受けた Paul Koschaker の Aktualisierung (現実化)の考え方<sup>(一〇)</sup>に通ずるものである。

さて、昭和八年(一九三三)、ドイツではナチスが台頭しドイツのローマ法学は危機に見舞われた。即ち、ナチスはその綱領第一九によつて、ドイツよりローマ法を駆逐することを宣言したのである。ナチスによれば、ユ帝法は各種の民族が雑居する羅馬国家において作られたものであつて、「各種の民族の間の利害の衝突を裁くための打算的・合理的な法の集積」である。ここに至つてはローマ的ということがユダヤ的とまったく同義語に理解されたのである。このような情勢を、原田氏はいち早くとらえ、「一九三三年の古代法学界回顧」という一文を書いて(國家四八―四)、ひかえ目ながら批判を加え、この当時のヨーロッパの古代法の研究状態を紹介している。それによれば、ドイツとは対照的に、イタリアでは、ファシスタ政権が、法相にローマ法学者 De Francisci をむかえ折しも「新ローマ帝國」を目ざしていたこととて、その後楯によつて、ローマ法学は隆盛になりつつあり、ファシスタ政府の主催する国際ローマ法学会一九三三年(昭和八年)ボローニヤとローマにおいて開催され、ローマ法学研究の中心はイタリアに移った感があつた。<sup>(一一)</sup>しかしながら、彼はこの情勢を、学問的な進歩の点から、紹介し、比較法制史の点、原田氏がす

ぐれて興味をもっていたアッシロロギー・バビロロギーにおいてはイタリアは、ドイツに比すべくもないこと<sup>(11)</sup>、フランス・英米の活躍の沈滞も加えている。しかし、イタリアにおいても、もっぱら私法史を中心にとらえているのではないかとこのように見られる<sup>(12)</sup>。

原田氏は、このようなナチスの政策に対する態度から、昭和一四年 Paul Koschaker, Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft (1938)<sup>(13)</sup> が発表されるに及んで、早速、これを日本に紹介し (法協五七一一二)、「従来兎角論議に洩り勝遠慮勝であった問題を卒直に俎上に載せ、あらゆるローマ法学者に否が応でも問題にぶっつからざるを得ない機会を与えた功績」を積極的に、高く評価しているのである。P. Koschaker の主張の骨子となる内容は、次のようなものである。

(1)、当時のドイツのローマ法学存立基盤について。ナチス政権の成立によって、学生が、ローマ法の講義・試験を受けなければならぬという拘束から解放された為に、ローマ法の講義に集まってくる学生は殆んど皆無に等しく、ローマ法の講義は自然消滅の運命にあった。

(2)、しかし Koschaker によれば、ローマ法の講義がこのような運命にあったのは、ナチ政権による試験の強制廃止ではなく、「講義自体が内部的に病的だからで、学生の用いようべきものを学生に提供しなかったからだ」と述べている。その病的なローマ法学とは何か。BGB の成立とともに「それまでの Pandekten 法学は分裂して、「インテルポラテオ研究によるローマ法内部の縦の発展の研究」と「ローマ法外の法域を視野に入れて、ローマ法との比較ないし交渉の問題をとりあげる横の研究」(antike Rechtsgeschichte) となったということである。けれども、この「縦

の研究」と「横の研究」では、学生の興味をひくことはできない。もし興味をひくローマ法学研究の方法がありとすれば、「ローマ法を現代法に結びつける実用的方法」(例えば、Mitselis の Pandekten にはじまる民法入門としてのありかた)のみである。

(d)、そこで、ローマ法学の実用化の方法は何か。(a)実際の具体的方法は講義者の個性に委ねられるが、研究者はつねに目を現代に向けて、ローマ法を体系的 Dognatisch に講ずるべきであること。(b)また、ローマ法を単なる一回の歴史的事件として取扱うことをせず、従って、題材も、一度限りの歴史的なものよりは一般人間的なもの allgemein Menschliche が選ばれるべきである。これによつてはじめて、時間を超越しても依然価値を失わないローマ法の偉大さを理解することができる。(c)従つて、楔形文字法、エジプト固有法は、精々のところローマ法の思维形式を比較法的に鋭化するのに役立つば十分なのである。要するに、このような主張は「現行法に関連する問題のみを拾つて講義すべし」というのではなく、「体系的な論述の中にも常に現行法を忘れるな」というにとどまるのである。

(e)、それでは、なぜローマ法学(研究)は維持されなければならないか。その理由は、ヨーロッパ文化の共通(ないし共同)という点に求められる。つまり「ヨーロッパ法学の代表者・基礎としてのローマ法を護る」のである(これを証明するために、カール大帝の weltliche Romidee 以降のヨーロッパ文化の基礎としてのローマ法を説明する)。この考えかたは一九四八年 Europa und das römische Recht となつて世に出るに至り、戦後日本にも大きな影響力を持つにいたつた。

ともかく、このような問題意識に支えられた原田氏の学問が開花していくのは、戦が終るのを待たねばならなかつ

たのである。

原田氏の外に、京都大学に田中周友氏がいた。彼は、ローマ私法というよりは、むしろパピールスの法、ギリシヤ・ヘレニズム法、ユスチニアヌス帝の新勅法関係の法など、原史料がギリシヤ語で記載されたものについて「法源とがっちり組んだ物堅い論文を発表」(原田前掲「我が国に於ける外国法史学の發達」二一九頁)している。

京城大学の船田亨二氏によって、後にやや詳細に触れるように、昭和一八一九年、「わが国のスタンダード・ワークともいふべき」(原田氏評)「羅馬法 全五卷」が公けにされた。彼の研究方法は、ローマ建国以来ユスチニアヌス帝までの間に法が社会の変遷につれて、いかに發生し進化し変化するかということを探究する方法であり、つまり彼の言葉によれば「羅馬法を歴史的に研究することによって、法がいかにして發生しいかにして生長し且つかにして老衰するかは最もよく觀察される」というものであって、「法を一個の社会現象として、他の諸多の社会現象との関連において變化し進歩するものとして觀察し」、他の民族・各時代の法がどのような「特徴」を有するものであるかを知ることができるとしている。従つて彼の方法論からみるならば、現在の社会までの法のありかたの「特徴」は、ローマ法を歴史的にみることから自ら理解されてくるという、結論になってくる可能性もある(細かい分析は、原田氏による紹介、国家六〇―四にゆずる)。しかしながら、ともかくも、「古典古代共同体」という認識がないにしても、社会・経済・政治的広範な側面がローマ法の叙述に採り入れられ、私法制度の多面的説明が試みられていることは、どちらかといえば法形式のみの説明に流れがちなそれまでのローマ法を一步進めたものといえるかも知れない。

ところで、このような傾向は、すでに井上周三「ローマ法概論」(昭和八年)にあらわれていることは注目に値す

る。つまり、彼はローマ法を講義の便宜上？、ユスチニアヌス帝法に限定しているに拘らず、ローマ法学を法制史学の一つとして認識すること→さらに(イ)「現在ノ法律制度……ハ過去ノ法律制度……ト何等カノ因果關係ニ立ツノガ常則デアル」から、「現在ノ法律制度ノ理解ヲ根本的ナラシメル事」、(ロ)「現行法ヲ批判シ指導スル」こと、(ハ)「一般ノ法概念ヲ確立スル」ことのために、ローマ法学は重要な役割を演ずるといふ。この主張を、従来とは決定的に異なつて彼は政治史の面からのみではなく、「最モ基礎的ナ地位ヲ占ムル」経済的諸条件から、ローマ法を論じている。ビザンチン期に力点をおいた栗生武夫氏は、<sup>(二六)</sup> 奴隸制と農奴制をふまえて一連の労作をものしていることは周知の事実である。

(一) 略歴・研究業績は「春木先生還暦祝賀論文集」(昭和六年)にある。それによると明治三四年京都大学法科大学教授としてローマ法講座を担任するかわら、翌明治三五年よりはイギリス法講座も分担していた。しかし、従来ローマ法を教授していたものが、必ずしもローマ法の専門家とはいえないのであったが(もつとも、たとえば梅謙次郎・富井政章・穂積陳重は、ローマ法については当代一流の知識をそなえていたといわれる—原田・前掲論文二九五頁)、ここにはじめてローマ法を専門に研究する研究者があらわれたことは、この学問分野にとっては、大きな前進といわねばなるまい。

(二) この言葉はザビニーの歴史法派に対する批判にとどまらず、当時の日本において文科風・法科風などといつて法形式を重視し、また、有職故実にも、より大きな意味を持たせていた法制史学に対する痛烈な批判ともなっている。しかしながら、「他ノ社会的現象ト共ニ法制ヲ研究スル」為にどの程度の文献を参照されたのかは不明である。ローマ法・ローマ史に関するかぎりすでに一八九一年(明治二四年)には、現在でもなお大きな価値を有する Weber, Römische Agrargeschichte が出版され、それより先、一八七七年にはモルガン「古代社会」・一八八四年にはエンゲルス「家族、私有財産と国家の起源」

の発刊があったのであるが、これらの労作については、どの程度の認識をもっていたものだろうか。「羅馬奴隸制一般」(日本法学一—一・明治四〇年一月)、「耶蘇教理カ羅馬奴隸制ニ及ホシタル影響」(京法六一七・明治四四年七月)、「平民(Plebs)の起源に付て」(國家三五—一〇・大正一〇年一〇月)、「羅馬國の奴隸制小話」(中央二—一・大正一〇年一二月)などは、春木氏の、法制を社会現象とともに研究する問題意識のあらわれとみるべきだろう。

(三) 単なるブルジョア的な社会を目したのか、あるいは当時盛んに国家権力に抵抗を示していた社会主義思想を、幾分なりとも汲みとりとしたものか。

(四) 彼の業績を見れば、あきらかにその研究の中心が古代ローマ法におかれていたことがわかる。しかもその大部分は、わが国における一二表法解釈の先駆的役割を果たしたものである。

晩年(大正一五年以降)には、わが国ではじめて、ユスチニアヌスの *Corpus iuris civilis* のラテン文からの翻訳を試みている。これについての詳細は、前記「春木先生選暦祝賀論文集」所収の研究業績参照のこと。

(五) 春木「L. 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 52ノ解釈」(京法一—八・二—一、明治三九年四月)、「Digesta 中ニ於ケル *enblemata Triboniani*」・「Digesta 中ニ於ケル *enblemata Triboniani*」・「Digesta 中ニ於ケル *enblemata Triboniani*」ヲ発見スルノ方法」(京法三—一—一・二二、明治四一年一—二・二月)。しかしこれらの論文は、ヨーロッパにおいて提示されたミッターイスの方法—法文を再構成してから立論していく方法—をとらなかつた。

(六) 私法学者のローマ法の研究も進められた。しかし、この方は、一般的に言ってしまうえばパンデクテン法学に終始し、ローマ法は現行法の説明に入る為の前歴的存在に過ぎず、法現象の歴史的研究までは進まなかつた。春木氏の場合は、当時のローマ法学においてはきわめて進歩的な問題意識を出したにも拘らず、歴史研究に入り込んでしまつて、現代と連りを持つ論文は、つねにそれを意図しつつも、ついにものすることがなかつた。この現行法とローマ私法との接点を具体的に結実させ

これか望ましの否の別と一  
たのが原田慶吉氏である(後述)。

(七) 原田「我が国に於ける外国法史学の発達」三〇一頁。しかし、原田氏は「法律における階級闘争」は全く評価していない。この辺に、原田氏の方法の限界があるのではないかと思われる。

(八) しかし、此の後、史的唯物論の方法による専門家の本確的なローマ法研究は、戦前戦中は全く現われず、戦後においても殆んどないといつてよい。拙稿「ローマ共和政後期における雇傭関係」(早稲田法学会誌一三卷)は個別研究ではあるが、これを目ざしたものであった。

(九) 原田・前掲論文三〇一頁。但し平野氏は、グルマン法の紹介を市民法学から法社会学への橋渡しとしてとらえている。

(一〇) P. Koschaker のそれは、戦後出版された、Europa und das römische Recht (1947) に論じられている。その外、久保正幡「パウロ・コシヤーカー教授逝く」(国家六五―四)、片岡輝夫「Paul Koschaker」(法時二四―一二)があるが、詳細はこれらの論稿参照。

(一一) このローマ法の学会は、Digesta 一四〇〇年記念と銘うって開催されたものであり、テーマは、(四月一七―二〇)日ボローニヤ(ユスチニアヌス帝以後のローマ法について)、(四月二一―二七日ローマ)ユスチニアヌス帝法について、であったが、ローマにおいては、武藤智雄氏が「ローマ法と日本法」と題して講演をおこなっている(PH. 579-585)。当時のローマ大学教授 Riccobono は del Vecchio に宛てた書翰に「独仏を初め諸外国では、年々ローマ法研究の熱冷めて……独り伊に於てはローマ法学に対する熱意執着頗る強く、ローマ法研究の王座は今や完全に伊の占むる所となった……」と自賛している。Pietro de Francisci は当時のイタリアのローマ法学界の第一人者であり、彼がファシスタ政府に重用されるに至り、その後ますます、ローマ法の研究者も増加してきたのではなからうか。

このようなイタリアにおけるローマ法の研究熱の盛んであったことは、すでに一九二八年一月にローマ大学に la Scuola  
日本におけるローマ法学の役割

la di diritto romano e diritto orientali（ローマ法及び東方法学学校）が設立され、最低一ケ年の科程を終了の後は「植民地の官吏、弁護士、公証人としての準備及東方に於ける植民地関係外交関係の履歴に関しては法学士の優先免状」を与えたことにもあらわれている。詳細は、原田「伊太利亜に於ける『羅馬法及東部法学校』の設立」（法協四八―五）参照。原田氏は、Wengerの古代法制史の方法が容れられたものとして歓迎しているが、はたして無条件に喜ばるべきものか。たしかに科目表を見れば、ローマ法関係、パピルス学、金石学、回教法、東地中海地方など古代法の比較研究が中心的なものである。しかし、植民地立法や植民史及植民政策も、選択必修となっていることを見のがしてはなるまい。また一九三三年は、Pietro Bonfante が死亡した。Bonfante については、田中周友「ローマ法学者ボンファンテ教授の永眠」（法学論叢二九―四）参照。

(一一) もっとも、イタリアのローマ法学は、ギリシャ法・東部法の分野へと、意識的にテーマをそらす必要がなかったのである。ローマ法を研究し、且つその偉大さを主張することは、ファシスタ政府権力の意図と全く一致していたのである。

(一二) 公法（国制）史の面での研究熱が盛んであったこと―方法論を問わないとすれば―認めねばなるまい。もっとも、ドイツにおいて Mommsen 以来この方面の研究に精彩がないのと比較すればであるが。

(一三) 一九三七年二月二日に Akademie für Deutsches Recht においておこなった講演である。

(一四) この主張は、戸水寛人「羅馬法 完」とまったく軌を一にしていることは注目すべきである。

(一五) 栗生氏については、恒藤恭「忘れえぬ人々―その一 栗生武夫君の追憶」。法史学の方法論については、「法律史の諸問題」（昭和十五年）に「序にかえて」述べられている。これによれば、法史学は無限に続く法の変動を追求する学問であるとし、その目するところは当該社会の維持・発展に真に役立つ正法の発見につながるように推測される。しかし、実定法の内容の殆ど全部は正法だといつてよいというとき、もう一度実定法ないし正法を規定する本質的なものは何か

を追求しなければならぬであろう。奴隸制・農奴制も、その根底においては、歴史学における史的唯物論のそれとは異なるものであった。この外「ビザンチン期に於ける親族法の発達」(昭和三年)、「法の変動」(昭和十二年)などがある。

(ii) ローマ公法史ないし精神に力点を置いたグループ

ドイツにおいてナチ政権がローマ法を排撃した反面、イタリアにおいては、ファシスタ政府が、新ローマ帝国に理論的根拠を与える為にローマ研究を盛んに奨励したことは前に述べた。ドイツにおけるローマ法学は、歴史法学—Pandekten 法学と、殆んど私法に対してのみの関心から成り立つものであったが、イタリアにおいては、ローマのアウグススの政体、いわゆる元首政論さらには帝政の機構が、その関心の中心をなしていたようであり、従って、どちらかといえば公法の部分を主たる材料としていたといえる。<sup>(1)</sup>このことは、少なくともファシスタ政権の要請でもあったといえるのである(もつとも、イタリアにおいても私法の研究がおこなわれていたことは、いうまでもない)。ただ、ナチ政権による排撃<sup>(1)</sup>までのドイツの諸研究とは、その水準・量において比較にならないのである。Scialoja や、家族理論に特異な論理構成をおこなった Bonfante—古代ローマの家族(大家族)は小政治団体・小国家であり、例えば遺言相続<sup>を</sup>の最初の形式<sup>を</sup>と考えることによって相続人の指定は、家族の長の指名・家族の支配権を附与する意味を持つものだとする—Bonfante の死後ローマ大学普通法の担任者に迎えられる Riccobono などが活躍している)。このようなヨーロッパの風潮は、直ちに日本にも影響を与えたのである。原田氏の先輩にあたる船田亨二氏は、昭和五年「キケロの国家論とアウグススの政体」(京城大法文学会、法政論纂一部第四冊)をものし、彼の学位論文である「羅馬元首政の起源と本質」(昭和十一年)への足がかりをつかもうとされる。彼は、公法を取り扱うにあた

り主として思想的立場からこれを叙述している。この論文は Wenger の古代法史論の提唱に影響され、「キケロの思想とアウグスツスの業績との關係を中心に、ギリシャ思想と元首政の發生との關係」を考察したものであるが、このことが、ローマ公法の進化に、ギリシャ・東方法の法思想がどれ位影響を与えたかということが問題意識の中心となっている。従つて彼はこの兩者を「共和政から元首政への推移の時代におけるローマの社会状態一般、殊にその思想傾向一般を基礎として」観察することにより、プラトン・アリストテレスの國家論がローマに入り、「その当時のローマの社会状態一般の傾向に應じてひろく行われるに至ると共に一層ローマ化せられ、そして、斯様にローマ化せられた哲学的な國家論が、アウグスツスの事業のために極めて有利な思潮を形造るに至つたことを知る」と結論づけている。当時、彼がどれ位の現代的関心を持つていたかはわからない。あるいは、元首政の研究を通じて、形式的には共和政—民主的ありかたとして—、實質的には權威によるローマの第一人者としてのアウグスツスということに、一つの理想像を念頭においたのではなかつたらうか。<sup>(三)</sup>

九州大学で西洋法制史講座を担当した武藤智雄氏は、イタリヤにおいてローマ法学を学んできた当時の日本では只一人のローマ法学者であつた。彼はローマ大学において Ricobono に師事したが、その主たる関心はビザンチン期の法律をローマ的なものと解するか、ビザンチン的東方的なものとして解するかという点にあつた。この問題について、彼は「羅馬法進化の諸段階—羅馬法制史の時代区分に就いて」(九大法政研究六一)、<sup>(一)</sup>「羅馬法が東方法か」(法協五四—七—一一)を發表している。そして結局は、彼によればビザンチン期の法のありかたは、あらゆる法律が融合して新法をつくり、その精神的柱はキリスト教倫理であるとして、東方法の影響は薄いものとした。晩年、もう一度ロー

マ法の時代区分を述べた際に（昭和三七年）「法と政治の諸問題」所収）、「叙述のための便宜上のものであって、多くの学者が考へる程重要なものではない」という結論を出すに至っている。<sup>(四)</sup>

さらに、ローマ法に精神的依りどころを求めた戸倉広氏がある。彼は、昭和一〇年「近代法に於ける羅馬思想の潮流」という副題のついた「羅馬法制史概論」を著し、別に同年「羅馬法の世界的使命」を発表された。前著においては、「現代の進歩したる法律学界に於ても尚ほ、『羅馬法は法律学には全く無用のものである』という時代おくれの見解が全く無いと云うわけではない。……羅馬法の精神は死滅するどころか、其の反対に今尚ほ我等の世界に活気を呈している。……浅薄なる觀察者は、現存の羅馬法が現代相をなしているが為に、之を羅馬法なりとして認識することができない」（傍点―佐藤）のであるという。<sup>(五)</sup>—この後「羅馬法的ドイツ法」「羅馬法的フランス法」「羅馬法的英法」と概念規定をした後に―判例・判決録が増加して、現代法は「それ自身の尨大なるがため今や崩壊しつつある」から、これを「救済し得る唯一の方法は、不滅の法律たる羅馬法の眞精神を研究するにある」というのである。しかし、すでにドイツにおいては Gierke などの学説も発表されており、我が国にも紹介されていたこと（例えば平野義太郎氏の諸論稿）、判例研究も末弘巖太郎氏を中心に開始されていたこと、これらの動向がそれまでの解釈学の発展として現われたものであることを、どう理解されていたのだろうか。まったく理解に苦しむのである。

これら三名の研究者は、当時、日独伊の三国同盟締結の線に連らなつた「ファシズム学会」に結集した。この集りは、昭和一六年以降機関誌「イタリヤ」を発行し（月刊）、「日伊を中心とする枢軸の聯繫親善と、その立場より国内の新体制を指導し世界新秩序建設の国策に寄与せんがために」結成されたものである。<sup>(六)</sup> 彼等は、この会の發起人の一

人として参画し発会に際しては次のような祝辞を送っている。船田氏は「ファシスタ・イタリア研究については、常にその必要を感じ興味をもちながら、（その文献入手方法に恵まれなかったが）……」この学会の発足によって、不便が解消されたとし、戸倉氏は、「国家の興隆は強靱なる文化の建設によって促進されるものであります。此の要望に応ずるため先に「ファシズモ学会」の創立を見、いままた発会式を挙行するに至りましたことは真に邦家のため喜びに堪えません。殊に大東亜戦下に於いて、此挙を見ることは一層意義深い」と述べ、さらに武藤氏は、この学会は「必らずやファシズモに対する一般の認識を一層深めしめられると共に大東亜を率いて立つわが国策にもよき参考資料を提出せられるであります」と述べている。そしてこれらの研究者が機関紙「イタリア」に発表した論文は、精神主義的使命觀の盛り込まれたものであった。例えば、船田氏はファシスタ国民理論の原型をカエザル・アウグスツスに求めているのである。ここでは、ローマ法研究と称すべき科学的学問的仕事は殆んど為されず、もっぱら軍部・右翼に振りまわされた感がある。<sup>(七)</sup>一時の悪夢か、あるいは、その研究態度と何らかのつながりを持つものなのか。とにかくこのような状態で敗戦を迎えるのである。

- (一) De Martino, Riccobono。アウグスツスの治政の意味を高く評価することにより、三期区分のうち第二期をアウグスツス出現を境に二つに細分する。そしてイタリアでは、ローマ法史がイタリアの歴史の中に位置づけられていた。(Bonfante)
- (二) 前述の綱領によるローマ法排撃—大学の講義題目も「古代法制史」となった—のほかに、ユダヤ人教師を大学から追い出している。原田「コシヤーカー『羅馬法の危機と羅馬法学』」(五七—一二、七九頁)によれば、「中堅層を根こぎにせられた形で、私(原田氏)の滞独中には後任の補充のついてるない大学も相当多かった」という。

(三) 「羅馬元首政の起源と本質」は、当時の学会において高く価値された(例えば、久保正幡教授による紹介・国家五一—二、三戸寿教授による紹介・法学六一—一、原田「我が国に於ける外国法史学の発達」、同氏の国家六〇—四で触れられた部分)。本書の基礎となった諸論文—前述の他—「ポリュビオスの羅馬共和政論」(国家四八—二・三)、「アウグスツスと元老院の立法権」(法新四四—四)、「元首の立法権に関する古典法学者の理論」(京城大法学会論集七—一)、「アウグスツスの元首政と羅馬の民事訴訟法」(新四六—五・八・一〇) などなどがある。彼はつとに、ローマ公法の研究の必要性を主張してきたのであるが、その主な点は、(1)ローマ法進化の特徴を私法ばかりでなく、公法においても理解する必要があるということ、つまりローマ法進化に対するギリシヤ・東方の影響は私法よりも公法においてより決定的な役割を果たしたのではないかということ、(2)私法と同様公法においても進化は徐々に起こなわれたために、これを研究することは、不文憲法国の組織とその変遷の実例を示すこととなる、ということであった—この考え方は「羅馬法」五巻にも承継される。元首政は、この変遷進化の中で共和政と君主制との過渡的なものであり、就中ギリシヤ哲学を背景として思想的存立基盤が与えられている点から、ローマの公法史上中心的な地位をしめている、ということに、元首政研究の存在意義を求めている。結論としては、共和政組織の傍らに元首政組織を形成し、共和政の慣習が漸次専主政に移行する過程、として元首政が把握されるとする。久保・三戸両教授が元首政発生過程については、社会的経済的背景が殆んど触れられていないと指摘されたことは、この問題を考える場合に重要な示唆となるであろう。

(四) 彼は、「世界的にも最も忠実な同派(Riccobono学派)の爲めの闘將」(原田氏評)であるといわれる。Riccobonoの学説が「古代ローマ法からの発展の結実としてのCorpus iuris civilis」という主張であったために、再度古典ローマ法の意義、偉大さに目を向けさせることとなったという功績は認められる」という(原田、前掲三〇〇頁)。しかし、ここで注意しなければならないのは、時代区分にたいする認識である。つまり、時代区分は、何をもってその時代の主要なる特徴に矛盾と

するかという、歴史認識の問題を根底に含んでいるのである。従来、ローマ法の歴史を、王政―共和政―帝政、王政―共和政―元首政―専主政、原始共同体―奴隸制―農奴制ととらえる、区分の仕方がそれぞれの価値観に根ざした意味を持っていることは明らかであり、いわんや「叙述の便宜」などと簡単に片附けられるようなものではない。

(五) おそらくは、イエーリングの「法による世界支配」という言葉を念頭においての発言であると推測される。市民法と社会法、法の形成・適用過程における階級闘争―史的唯物論からの歴史認識がさかんに論じられた時代に、どうして、このような非歴史的手法がとられたのか。ローマ法継受にしても、各国の固有法との対立・融合ないしはその限界という点について、すでに議論は出ているのに、この点については、問題意識として提示されていない。

(六) 「イタリヤ」昭和一八年五月号三八頁以下。発会の会合を開かずに「紙上発会式」をおこなっている。会員はすべて推薦とし、会費は一切不要、イタリヤ友の会が代りに支払うこと、という会則がつけられている。この会に参画したのは上記三名のローマ法学者のほかに、大川周明・神川彦松・大河内一男など多くの諸氏の名前が連らなっている。原田慶吉・田中周友・矢田一男等その他のローマ法学者の諸氏は、これに加わっていない。

(七) ころみに、これら三名のローマ法学者が「イタリヤ」に投じた論稿を見れば、瞭然たるものがある。武藤「枢軸の強み」同誌一―一一、同「ある日の永野提督」同誌二―一二、同「十二月八日・あの感激」同誌二―一二、同「ローマ都制概観」同誌三―四、船田「ロマニスタとファシズム」同誌二―一〇、同「ローマ法の精神」同誌二―一、同「ローマ理念とファシスタ法学」(一)同誌二―九・一〇、戸倉「ローマ法と世界新秩序」同誌三―一、同「羅馬人の伝統尊重」同誌三―六。

このほか武藤氏は、「我国の文化とイタリヤの協力」(中央公論昭和一三年五月)、「ファシスタ立法の基調」(日伊文化研究五号、昭和一七年)などを発表している。

皮肉なことに、公法史ないし精神を研究する場合、日本においてローマ法学の存在理由を意識すればするほど、当時においては、権力との結びつきが強まっていたように見受けられる。

#### (IV) 敗戦後におけるローマ法学のありかた

敗戦による天皇制の支配秩序の崩壊は、それにのっかっていた法律学にも深刻な打撃を与えた筈である。ところが、戦争に積極的な協力をした者以外は、それ程圧力も受けず、外国の文献の輸入が思うにまかせなかったとはいえ、とにかくその研究生活を維持することができた。しかし、それなりに自己反省を真剣にしないで新らしい波に乗る風潮もあったのではなからうか。<sup>(二)</sup>

ローマ法学の分野においては、私法に力点を置いたグループに限っていえば、むしろ色々な制約から解放され、自らの主張を胸を張っていえるようになったといえる。あるいは、逆に、研究を続けていくについては国家権力の問題で、戦前にも余りなやまなかつたと言えるかも知れない。

原田氏は、昭和一二年から継続していた日本民法の史的素描の親族編の部分(国家六〇—七)を発表し、Koshakerのいう現実化の方向を進め「ローマ法」に結実させると同時に、他方では、中田薫氏の影響で出発しドイツで研鑽を積んできた楔形文字法の研究をさかんに進め「楔形文字法」に結実させた。<sup>(三)</sup>さらにはまた、戦前からおこなわれていたイェーリングの *Geist des römischen Recht* の読書会を開き、<sup>(四)</sup>その研究会における活動を通じて「ローマ法律文化の完成した第二期を主たる対象として法思想法原理的なものを究明することを目的」として、「ローマ法の原理」

(昭和二四年)を發表したのである。しかし、原田氏も、現代の法生活がローマの文化遺産に「支配」されていると信じていたのである(「ローマ法の原理」一頁)。

原田氏が昭和二五年他界されて後、東大では片岡輝夫助教教授がローマ法研究を承継している。しかし問題関心は、原田氏とは異なつて、私法よりもむしろローマの国家権力のありかたに集中しているようであり、「ローマ初期における刑法と国家権力」<sup>(四)</sup>は、現在の世界のローマ法学の研究水準にあるものと思われる。一言一句もおろそかにしない厳密な研究態度は、深く且つ広い蓄積に裏づけられた意欲を物語るものである(例えば、前掲論文のほか、弓削達氏のテオドシウス法典に関する諸論稿に対する批評・法制史研究10所収など)。国制史ないし公法の研究が、ヨーロッパにおいてすら私法研究に比較すればまったく新しい分野だけに、氏の歴史学の成果についての関心も相当積極的であるように見える。しかし、氏のローマ法史全般についての本格的な研究は、<sup>(五)</sup>今後を待たねばならない。

大阪市立大学の吉野悟助教も、原田・船田両氏のもとでローマ法の研究を開始した。彼は、「古代ローマ法に於ける拿捕 manus iniecio — 古代ローマ法に於ける支配・責任・債務の展開」(社会科学研究五一三・四)にはじまり、nexum (同誌六一一)・ Mancipium (同誌六一四・七一)、causa usucapionis (専修大学論集二七)、「古代ローマ法における地役権の成立過程に関する試論」(同論集一四)など続々発表して、主として古代ローマの財産法を中心とした私法の論理を追求している。<sup>(五)</sup>

戦前ローマ公法ないし精神に力点をおいたグループは、それが自発的であったか否かは別としても、ファッシヨ政権に積極的な態度を示しただけに、敗戦後立論や問題意識に低迷を感じていたように見える。戸倉氏は「法制史序

説一(昭和二四年)を著わしている。しかしここではさすがに「羅馬法制史概説」(昭和一〇年)の問題意識についての立論の荒さは消えて、田中周友「世界法史概説」に似た構成を試みている。もはや「羅馬法的英法」「羅馬法的ドイツ法」という言葉は見られず、歴史的に「法系」を解説したにとどまっている。「共同体」にかんする著作を参考文献にあげながらも、不文法↓成文法、秘密↓公示、義務本位↓権利本位、公法↓私法、訴訟法↓実体法という穂積陳重「法律進化論」の方法(メルクマール)をぬけ切れず、法の進化の要因として「社会生活の進化」をあげるが、それが具体的に何であるのか、まだ示されていない。

武藤氏は、ロマニストの立場を守りつつ、主として広く一般概括的な諸論稿を発表している。しかしここでは、必ずしもローマ法に限定せず、イタリアの歴史の中でローマ法がどのようなありかたをしてきたかに関心を持っていたのではなからうか。例えば、「Juristen böse Christen」のあとをきルネサンスと宗教改革と法律学(阪大法學一―号)、「ルネッサンスと近代法」(阪大法學一五号)、「ルネッサンスとイタリア法」(日伊文化研究復刊二号)など。それと同時に外国への日本のローマ法研究の紹介(Condizione degli Studi Romanistici ed Antichi in Giappone 1950, IVRA 2, etc.)や、中世イタリアの原住民組合に関する論稿(阪大法學四〇・四一号)も遺している。それでも、「ローマ法の時代区分に就て」(大阪大学法学部創立十周年記念論文集「昭和三七年」)にみられるように、Ricobono の考え方「ローマ性を持つ再構ローマ法」説に従って、時代区分無用論(?)を展開している(田中周友「故武藤智雄教授を偲ぶ」・法制史研究13、三戸寿「わが国におけるローマ法の研究と武藤教授」・イタリマナー〇―一二、阪大法學四四・四五号所収の「故武藤教授略歴および著作目録」)。

船田氏は、はじめから興味を持っていた法哲学・法思想史を中心とした仕事に移行しているように思われる。「ローマ法学とギリシヤの自然法論」(昭和二六年、「法思想の潮流」所収)、「イムペリウムの概念の統一性」(昭和二八年、法哲学年報)、「ローマの法思想」(昭和三十一年、法哲学講座2)がある。ここで主張される法思想ないし法思想史は、「現実の法秩序の形成についてこれを動かす思想、多数の法学者乃至法哲学者が理論的に構成し表現しようとする思想、又、かような法秩序の形成や法学説の出現によって進化し変遷する思想」の歴史であるとされる(「法思想史」)。しかし、法を動かす思想の研究が主張されながらも、さらにもう一步つつ込んで、それらの思想がどのようにして形成されるものか、そして、歴史的に何が法を形成するための力となったのかを掘下げて考えてみる必要があるように考えられる。

戦前、明治時代のローマ法研究史や法学提要の邦訳を手がけた矢田一男教授は、「法律の母都ローマ(E)」(法制史研究5)、「日本におけるローマ法学の近況」(法律時報二二―一二)を発表すると同時に、他方では、戦前の「十二表法の原本及本法の題号について」(新報四一―三三)に連なる公法の研究―「“Repetundae”の端緒」(新報六六―六六)・「不当徴収返還請求アキリア法大要(1)」(新報六六―一二)―を発表している。いづれも、実証的で誠実な研究であるが、原田氏の死にちなんで日本のローマ法学を論じつつも、何故にローマ法学をやらねばならないか、についての理論的な方向が明確に示されていないのは残念である。<sup>(六)</sup>

(一) この問題は、いままでもなく法学者に限らず、日本の民衆全体の問題である。歴史学の分野では―戦前・戦中に皇国史観一色に塗りつぶされていたことと―痛烈なる自己批判がなされた。そのことは、マルクスの「資本制生産に先行する諸形

態」の邦訳（歴史学研究—一二九号）に引き続いて、奴隸制・共同体の問題・国家権力の規定、天皇制の諸問題が、次ぎつぎに発表されたことをみれば理解されるであらう。しかし、このような史的唯物論からする歴史の方法と、法制史学ことに、ローマ法学との接触の度合はきわめて稀薄なものであった。

(二) 中田薫氏の比較法史学の方法は、次のようなものである。ある特定の文化的、前提条件のもとに於ては、定型的に現われうる発展力がある。その結果、相互の接触影響なくして同一現象が諸法に起りうる。さらに、これらの諸法の比較がまた思惟形式の理解に役立つというものである（「アッシリア法書及ヒッタイト法典」・「春木先生還暦祝賀論文集」所収）。原田氏は、ローマ法を浮きぼりにするための楔形文字法の研究であることを明快に言い切っている（前掲法協五七—一二所収論文）。

(三) この読書会は戦前京城大学法文学部法学科有志—従ってローマ法学者に限定されないメンバー—の間で発足され、原書の第一巻を読み、京城大学法学会論集に、その三分の一掲載したところで第二次大戦に入ってから中断したという。この読書会の成果は、イェーリング「ローマ法の問題」第一巻(1)（昭和二五年九月）として出版された。昭和一九年中田薫氏を中心として組織された「比較法史研究会」の線に沿って、戦後原田・久保阿教授を中心にイェーリング原書第二巻の読書会が開かれ、昭和二三年より季刊法律学（第三・五・六・七・八号）に掲載された。

(四) 法制史学会編「刑罰と国家権力」所収。この線に連なる最近の業績は、柴田光蔵「SENATUS POPULUSQUE ROMA、NUS—ローマ元首政時代における刑事裁判作用の諸類型」（法学論叢六九—一、七〇—一・二、論文評は法制史研究13）がある。

片岡助教授はまた戦後の外国文献の紹介をおこない（国家六六—四〇六、六七—三・四）それまでヨーロッパの学界の事情が余りよくつかめていない時だけに、これは、きわめて有益な仕事であった。吉野・片岡「マックス・カーザー『ローマ

古代のユース」(国家七〇—六)も、日本における古代ローマ法研究の新らしい意味での先鞭の役割を果したといえる。

(五) その他「古代ローマにおける『最近宗族』の法的地位の形成について」(専修大学論集二〇)、「古代ローマにおける家族変容の変化の過程について」(現代私法の諸問題)下所収)、「Ager compascuus」(市民社会と私法)所収)があるが、現在中堅のうちでは、もっとも精力的に論文を発表している。しかし、法構造の生れる社会的基礎について、その相互関連についての考慮をする必要はないものであろうか。そして、この問題をウーナー (Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats-u. Privatrecht) に下駄をあづけるだけではないものだろうか。

吉野氏のほか、とみにローマ法研究の中核となってきたインテルポラテイオと、日本でははじめて本格的に取り組んだ小菅芳太郎「Uff. Possidets 特示命令に関するガイウス文 (Gal. 4. 148) に於けるインテルポラテイオの可能性について」(国家七一—三、七二—四・六・一〇)、同「最近のインテルポラチオ研究」(法制史研究9)、同「法史学における夫婦間の贈与(上)」(北大法学論集一四—三・四)がある。第三論文において、氏は「大陸の私法学がローマ法を通じて形成された過程を個々の理論につき具体的に観念することが、法史学研究の前提である」とし、「ローマ法とドイツ普通法」、「ドイツの私法理論形成におけるサヴィニの役割」の一例を示す材料を示される。

さらに、岩田健次「ローマ相続法の態様」(法と政治八一)などなど。また最近のドイツの研究にもとづいて、町田秀実「ローマ法史概説I」(昭和三八年)も発表されている。

ローマ法の研究は、戦前・戦後を通じて、ローマ法を専門としない人びと(主として民法学者)によっても盛んに研究されてきていることは周知のことであるが、これについては後日を期することにした。

(六) 前掲矢田「日本におけるローマ法学界の近況」は、「現行法の比較研究の濃厚な機運にあるとき、……ローマ法本来の研究が、ローマ法の埒内に停滞しないで、……古今東西の古代法制に溯り、且つ比較法制史の実行面を着実に開拓」してい

るのが近時の情況だということとどまる。しかし Wenger などの提唱するような「古代法制史論」に沈潜しているばかりでは、現実の諸問題との関連—たとえば法解釈学との関連など—は途切れないのであろうか。

## (V) 結びにかえて

日本にローマ法学が導入されてから、ごく最近までのローマ法学者の研究態度ないしは問題意識に焦点をあわせて述べてきたが、とにかく講座制あるいは学部の科目のなかに安住の地をえて、ローマ法の研究も生きのびてきたことを知るのである。我が国のローマ法学には、且つてのドイツのように国家権力からの弾圧もなかった反面、真剣に自己の存立理由を科学的に論じ、あうこともなく、また戦時中の国策に対する積極的な協力について戦後生産的な反省もないままに過ぎてしまっているようにも見える。たしかに研究の対象が外国の事柄であり、その出発点においてまたその過程においてすでに乗り越えることのできないような隔差があるにも拘らず、いくつかの論稿は、世界的な水準にあったことは認めねばならない。しかし、なんといっても研究活動の中心はヨーロッパである。我が国のローマ法研究者がなによりもまず外国の研究事情や学説の動向を気にし、外国の代表的な学説を評価の規準にして我が国の諸業績を見る手法が一般的におこなわれているのも、いたしかたのないことも知れない。外国の学説を「種本」にして「新学説」を紹介するやりかたから、まだ完全にぬけ切れていないとはいえない（さらに奇妙なことは、西洋法史学一般において、東ドイツやソビエトの文献があまり参照されていないのではないかとということである）。

しかし、ローマ法の研究を続けていこうとする問題意識については、もう一度考え直してみる必要があるのではない

かろうか。いま若干の点を指摘してみたい。その第一は、何よりもまず、相互批判の必要ということである。すでに古く一九三三年に平野義太郎氏の「觀念論法学の批判」も論じているように、法制史学の無批判から早く脱却しなければならぬということ。これまで細部の点に関する誤りや不十分な点を指摘することはたしかにおこなわれてきた。そのこともまた、重要な意味があることは認められる。にも拘らず、問題意識や方法論については、生産的な討論はおこなわれなかったのではなかったろうか。その第二は、西洋史―また歴史一般―を研究する歴史家の問題意識が、一部を除いてはローマ法の研究者の意識に殆んど接触していないということである。戦後まもなくマルクスの遺稿「資本制生産に先行する諸形態」が紹介・邦訳されたことは前述したが、それと前後して、歴史学では―日本史・東洋史においてとくにめざましかったが―共同体の問題が提起されたときも、古代末期の問題がとりあげられたときも、ローマ法の研究者は、その論稿の中に殆んど反応を示めさなかった。さらにはまた、奴隸制の問題にすら積極的に討論へ参加しなかったようである。ローマ法学は、概して「文化」「法思想」「社会生活」という概念をメルクマーとして論理構成をおこなってきた。しかし、これらの概念はそれだけでは本質的に法関係を明らかにする為の有効な手段とはならない。むしろ、歴史法則のダイナミズムの中で、古典古代社会の基本的矛盾は何かということからも一度掘りおこしていかなければならないであろう。というのは、このことこそが近代社会ないし近代法を―従って近代社会ないし近代法に含まれる矛盾をも―明らかにしていくことにつながるものだからである。そして、ウェーバーとマルクスとの、古典古代を取扱う態度や、古典古代を歴史全体の中でどういうふう位置づけしているのかも、これからは非やっといかねばならない事柄であろう。ここまでくれば、法とは何かというむづかしい問題にいきつく

のだが、それはともかくも、法制史ないし法史学が歴史学の一分野でもある以上、歴史学との共同作業―歴史の法則性の認識―を是非進めていかねばなるまい。こうすることによって、ローマ社会に通用力を持っていた法学・法技術に依拠されてしまうことから脱することができると考えられるのである。それともう一つ、ローマ法を明らかにする意味で、ローマ社会におけるキリスト教のありかたも、確かに考えてみなければならぬものかも知れない。

(追記) ローマ法の研究者の数は少ない、とはいいいながら発表された諸業績は相当の数のにのぼり、それらをすべて俎上にのせることはできなかった。あるいは諸先学に礼を失したかも知れない。御寛恕を乞う次第である。

(一九六四・八)

ヨーロッパの古史の前面が退潮してしまつたあること、そのことか將にヨーロッパ人の古史のやりや、ローマ、從つて、ローマ法にしかうまてしまつたといふばいいと思ふにたふで。  
あう、つか。