

穂積陳重のローマ法講義について

吉原達也

はじめに

本稿は、穂積陳重^①の『羅馬法講義筆記』^②を手がかりに、わが国におけるローマ法講義の草創期の状況の一端を検討することにある。穂積陳重は、一八五五（安政二年）、伊予宇和島に生まれ、一八七〇（明治三年）に貢進生として当時の大学南校・開成学校を経て、一八七六（明治九年）にロンドン大学キングズ・カレッジ、ミドルテンプル法曹院に入学し、一八七九（明治十二年）にバリスターの称号を受け、一八八〇（明治十三年）ドイツ・ベルリン大学を経て、一八八一（明治十四）年に帰国、東京大学法学部講師を経て、一八八二東京大学教授兼法学部長に就任し、法理学^④、民法、比較法学^⑤など法律学の幅広い分野で日本の先駆者、開拓者として活躍したこと周知のことである。一八八六（明治一九）年以後、帝国大学法科大学教授として、法理学とともに、「羅馬法」を講じた時期があった。法科大学に

穂積陳重のローマ法講義について（吉原）

おける邦語によるローマ法講義は穂積陳重に始まったことになる。原田慶吉は、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎の三人を評して「孰れも他を凌駕し、当時の最高水準に位した羅馬法学者であった」とし、とくに穂積陳重について「儒帝の立法事業に付いて御進講申し上げた穂積陳重は、過去の学歴に於ても明治十九年度より二十二年度迄帝国大学に於て羅馬法を担当し、其比較法的進化論論述中に散在する羅馬法に関する事項の外、其早期の「万法帰一論」や「羅馬法を講ずるの必要」と等の全部又は大部分羅馬法に関する論文に於て、其学力の片鱗を覗かせてゐる⁶⁾」、と記している。大著『法律進化論』に至るさまざまな段階でつねにローマ法の重要性が説かれているが、とりわけ早期の諸論文が書かれた時期と、ローマ法の講義が行われた時期が重なっていることから、『羅馬法講義』は穂積陳重のローマ法理解が具体的にどのようなものであったかを知る重要な手がかりを得られるものと考ええる。この講義が行われた時期は、イギリス法、フランス法からドイツ法へと重点が移っていく時代にあたり、実際穂積陳重自身そうした流れをリードした存在であり、講義にもたしかにドイツ法への関心が示されているが、むしろ穂積陳重の法理学と同様に、その根底のところ、メイン『古代法』をはじめとするイギリス法学との関わりにとくに注目しておきたいと思つている。そこで以下では、わが国における草創期のローマ法教育の変遷を一瞥したあと、『羅馬法講義』の内容を検討し、穂積陳重のローマ法との関わりについて考察を進めることとしたい。

一 草創期のローマ法教育の変遷

穂積陳重『羅馬法講義』の具体的な検討に先だつて、まず、草創期のローマ法教育の変遷を一瞥しておきたい。

わが国においてローマ法教育は、東京開成学校におけるイギリス人法学教授グリグズビー (William Ebenezer Grigsby, 1847-1899) によるローマ法講義を嚆矢とする。⁽⁷⁾ローマ法は「羅馬法律」という講座名で登場し、二年本科中級および三年本科上級に配当されている。講義は英語で行われ、その内容は、グリグズビーによる試験問題からその一端をうかがうことができる。一八七六年 (明治九) 年東京開成学校年報 (欧文) によれば、相続法と債権関係を中心に八問が出題されている。ユステニアヌス『法学提要』の第二巻、第三巻に関連する語句の意味が問われるだけでなく、例えば第一問では「信託遺贈 *Fidei-commissa*」の意味と、イギリス法上の制度との比較、第六問では「言語契約 *contract verbis*」の意味と、イギリス法上の契約との関連が問われていることから、グリグズビーによる講義の傾向をうかがうことができる。⁽⁸⁾

一八七七 (明治一〇) 年、東京開成学校が東京医学校と併合して東京大学となり、その後一八八一 (明治一四) 年にかけて、ローマ法は、一時的にカリキュラム上から消えていた時期があるが、一八八二 (明治一五) 年に復活する。⁽⁹⁾ローマ法を講ずる目的は、「羅馬法ハ法学第一年及第二年ノ両期間ニ之カ大意ヲ教ヘ以テ後來英仏両国ノ法律ヲ学ブノ予修トナスモノトス」ということにあつた。⁽¹⁰⁾この時期、「羅馬法律」は第一年級に配され、アメリカ人テリー (Henry Taylor Terry, 1847-1936) ⁽¹¹⁾ によつて担当されており、講義は「サンダル氏ノ翻譯ニ係ルジヤスチニヤン法典」⁽¹²⁾ を教科書となし、人事編の大意が講じられた、とされる。テリーは、一八八四 (明治一七) 年七月をもつていったん法学教師の地位を離れ、アメリカに帰国している。⁽¹⁴⁾ 同年一月にドイツからオットー・ルドルフ (Otto Rudorff, 1845-1922) が来日し、法学部において国法学とローマ法を講じたとされる。⁽¹⁵⁾ 他方、一八八三 (明治一六) 年七月、穂積陳重等の建議により法学部に別課法学科が設けられる。⁽¹⁷⁾ 穂積陳重の回想によれば、その目的は、一つには本科生の不足を補う

ことであり、「社会の急需」に応ずることにあつたが、「其主眼とする処は、邦語教授の端を開く」ことにあつた。⁽¹⁸⁾この別課法学科でローマ法を講じたのが渡邊安積 (1859-1887) であつた。⁽¹⁹⁾その編輯になるとされる『羅馬法 全』の序にはこう記されている。「予曾て大学の囑托を受け羅馬法を講するに方りマツケルデキ ハンター ポスト サンダー マクケンジー諸氏の羅馬法書に拠り其大要を纂述したる者漸く積みて一冊子を成す頃日小閑を得たるに由り修正補綴を加へ以て世に問ふ。」⁽²⁰⁾と。これによれば、同書は別課法学科における講義の成果として公表されたことがうかがえる。⁽²¹⁾渡邊は英吉利法学校の創設にも参画しており、一八八七 (明治二〇) 年に二九歳の若さで病没している。⁽²²⁾邦語教育の端緒にすでにローマ法が講義科目として組み込まれていた。渡邊がローマ法講義の典拠として挙げているマツケルダイラについては、穂積陳重とローマ法講義との関連であらためて触れることにしたい。

一八八六 (明治一九) 年、帝国大学令の制定により、従前の東京大学法学部 (前年文学部理財学科の移管後は法政学部) は、司法省法学校の後進にあたる東京法学校をいわば「吸収合併」する形で、帝国大学法科大学へと改組される。それ以後も毎年のようにめまぐるしい制度改革が行われる中で、ローマ法はつねに一定の位置を占めていた。⁽²³⁾穂積陳重は、一八八六 (明治一九) 年法科大学教授として「羅馬法」「法理学」を担当する⁽²⁴⁾ことになっており、一八八九 (明治二二) 年までローマ法の講義を担当したと考えられている。⁽²⁵⁾

一八八七 (明治二〇) 年にはドイツ人法学教師ヴァイペルトの名前が国法学とともに、「羅馬法」法の講義担当者にその名を連ねている。⁽²⁶⁾ヴァイペルト (Heinrich Weipert, 1856-1905) は、一八八九 (明治二二) 年まで法科大学に在籍したが、ローマ法の講義に関して、一八八七 (明治二〇) 年七月に刊行された『法学協会雑誌』に「羅馬法及法典編纂論」という一文を寄せている。⁽²⁷⁾ローマ法を研究する意義が法典編纂という当時の課題との結びつきが強調されている

点が注目される。「羅馬法ノ勢力ヲ有スル所以ハ独前段ニ述ベタル如クニ直接ニ其原理規則ヲ仮用シタル場合ニ於テ其淵源ニ溯ヘリ。現行法ヲ研究スルノ利益アルノミニ由ルニアラズ又特更ニ羅馬法ノ規則ヲ変更シ又ハ廢棄シタル場合ニ於テモ新法ノ方向ヲ定メ其精神ヲ探リ以テ新法ノ適用ヲ知ラント欲セバ其沿革ニ依ラザル可ラザルコトアリ。是等ノ理由アルヲ以テ仏蘭日耳曼等ノ如ク羅馬法ニ基キタル法典ヲ有スル諸国ニ於テ羅馬法ヲ沿革的并ニ論理的ニ研究スルノ必要ハ法典編纂ノ為メニ決シテ減少スルコトナシトハ皆人ノ信ズル所ナリ若シノ果シテ該法ヲ修ルハ法典編纂ノ準備トシテ必要ナリシモノナレバ編纂結了後ニ之ヲ理會シ之ヲ適用スル為メニモ亦等シク必要ナルベシ又更ニ一歩ヲ進メテ論センニ該法研究ハ法律ヲ改良修正スル為メニ必要ナリトス。何トナレバ初メ法律ヲ制定スルノ際ニ準拠シタル原則ハ後日ニ至リ之ヲ修正改良スル為メニモ亦準拠セザル可ラズ。」⁽²⁸⁾ (三二―三三頁)

「本会場ニ在ル諸君ハ皆知ラル、如ク日本国ニテモ数年来羅馬法ノ研究ハ二三ノ法律学校ニ於テ始タリ又帝国大学ニテハ次学年ヨリ大ニ之ヲ擴張スベキコトヲ決セリ。今ヤ何人ト雖トモ此拳ヲ賛成セザルヲ得ズ。其理由ヲ求メント欲セバ先ツ日本近時ノ立法史ヲ顧ルベシ。概シテ近時ノ制度ハ西洋ノ法律ニ拠ルモノナレバ其原理規則ノ淵源ハ遠ク羅馬法ニ在リ。故ニ新法ヲ理會適用セント欲セバ羅馬法ヲ研究スルヲ要スルナリ。特に伝聞スル所ニ依レバドユ、ボアソナード氏ノ起草セル草案ハナポレオン法典ニ拠ルコト少クシテ羅馬法 (Pandectis) ニ基ク所多シト聞キタレハナリ。又説令前述ノ如キ事実ナクシテ日本法律ハ全ク固有法ニシテ国内ニ成長シタルモノトナスモ尚ホ法律家ヲシテ羅馬法ヲ研究シ整備シテ且論理ニ明カナル法律思想ヲ得セシムル為メニハ不朽ノ価格アルコトハ日本国ニテモ決シテ世界各国ニ於ルト異ナルコトナシ。」⁽²⁹⁾ (三七―三八頁)

この一文が掲載されたのは一八八七(明治二〇)年七月のことであるので、実際の演述がなされたのはそれ以前の

時期になる。これによれば、次学年から、おそらく明治二〇年九月以後「羅馬法」の拡張が告げられている。この年法科大学は、従前の法律学科一科（英法）、二科（仏法）体制から、独法を加えて三部体制へと拡充されるのであるが、その中で、羅馬法の講義も拡充されていた。ヴァイペルトが右に引用した一文以上に、具体的にどのような講義を行ったかは明らかにできないが、以下に見る穂積陳重『羅馬法講義』は、まさにその時期の記録としても貴重な意味をもつ。

一八八八（明治二一）年にドイツ留学から帰国した宮崎道三郎によつて、一八八九（明治二二）年以後、羅馬法、法制沿革、独逸法制史が順次講じられ、一八九三（明治二六）年、講座制が導入にあつて、宮崎が最初の「羅馬法講座」担任となり「法制史比較法制史講座」も兼任した³⁰。日本大学総合学術情報センターに、謄写刷の宮崎道三郎『比較法制史』上下巻が残されている³¹。上巻が「羅馬法制史」、下巻が「独逸法制史」にあたる。宮崎はこの比較法制史の講義を長く続けていたようである³²。一八八九四（明治二七）年に留学から帰国した戸水寛人が「羅馬法講座」担任となり、辞職する四〇年代まで「羅馬法」を講じたのであるが、宮崎の「羅馬法制史」と戸水の「羅馬法」とがどのような関係にあつたのかは今後の課題としておきたい。

二 穂積陳重のローマ法講義

1. 穂積陳重のローマ法講義については、いくつかの学生による講述筆記録ないし謄写本が残っており、その内容を知らることができる。ここでは、国立国会図書館所蔵本により、その内容を概観することにした³³。全体は、総論とし

て「羅馬法の必要」が語られたあと、第一編 羅馬法律史として、第一章から第五章までに分けて、ローマ建国の時代から、近代ドイツにおけるローマ法研究の時代までが概観される。その構成は以下の通りである。

総論 羅馬法の必要 [1] 第一 立法上の必要 [2] 甲 欧米現行法の淵源、乙 国際法の基礎 第二 法学上の必要 [7] 羅馬法の完美なる点用語厳正編纂整正原則に富むこと

第一編 羅馬法律史 [8]

第一章 第一期 羅馬建国より十二銅表の時に至る、即ち不文法の時代七百五十年より四百五十年に至る [10]

十二銅表 第一表 訴訟法 [17] 第二表 訴訟法 [18] 第三表 負債の事 [20] 第四表 家長権 [22] 第五表 相続後見 [26] 第六表 所有権 [30] 第七表 地所建築道路樹木に關す [39] 第八表 私犯法 [39] 第九表 刑法 [52] 第十表 宗教 [55] 第十一表 婚姻 [56] 第十二表 奴隸 [56]

第二章 第二期 十二銅表制定より「シセロー」の時代に至る、成文法の時代紀元前四百五十年より紀元前百年に至る [59]

平民権伸張を助けたる法典 第一 Lex Canuleia 紀元前四百四十五年両族の交婚を許す 第二 Lex Valeriae et

Horatae 紀元前四百四十四年 平民国会立法権原の端緒を開く 第三 Lex Publilia 紀元前三百卅九年 平民法は

元老院の認可を要せず 第四 Lex Hortensia 紀元前二百卅九年 平民法は国民全部を支配す。此時羅馬に法行はる

[62] 固有法 *jus civile* 俗人法にして羅馬人に行はる 普通法 *jus Gentium* 族隸諸国就中伊国地方に普通なる慣習を云う、普通法を有形の自然法と見做し遂に固有法を圧倒せり

第二期行はれたる法律の種類 [66] 第一 *Leges* 法公法に属す 第二 *Plebiscita* 平民法 第三 *Senatus Consulta* 元老院令主として公法に關す 第四 *Practoris Edicta* プレートル告受書 第五 *Leges non scripta* 不文法又は慣習法

第三章 第三期 学説法の時代成文法發達の時代 紀元前百年より紀元二百五十一年に至る、即ちシセロよりアレキサンドル セベラス帝に至ル [68]

皇帝の権力 [68] 第一権 行政司法の長官 第二権 属隸諸国の長官 第三権 永久の命令者 第四権 調査官の長 第五権 宗教の長 第二期に於る法律の種類 [70] 第一 *Lex Plebiscita* 第一 *Senatus Consulta* [69] 第二 *Constitutiones* 帝憲の種類 [70] 一 *Edicta* 勅令 二 *Mandata* 勅諭 三 *Decreta* 勅裁 四 *Rescripta* 勅答 第四 *Edictum* プレートル告受書 [72] 第五 *Responsa Prudentium* 法律家の学説主たる法源なり [72] 羅馬に於る法律五大家 [73] *Papinianus, Paulus, Ulpianus, Gaius, Modestinus* 第二期中の二学派 [75] *Proculiani, Sabiniani* ガイヤス發見の困難 [77]

第四章 第四期 法典編纂の時代紀元二百五十年より紀元五百五十年に至る [80]

政体の変遷 法律の変遷 [80] グレゴリヤン・ヘルモゲニアン法典 [81] セラドシヤス法典 [82] ジャスチニアン法典 [83] 第一 *Codex* 第一法典 第二 *Codex Repetitae Praelectionis* 第二法典 第三 *Digesta or Pandectae* 会典 第四 *Institute* 教科書 第五 *Novellae Constitutiones* 新法 *Corpus Juris Civilis*

第五章 ジャスチニアン帝以後羅馬法の衰亡及再興 第一 東帝国に於る羅馬法の運命 [88] *Basilica* 第二 西帝国に於る羅馬法の運命 [88] 帝国と共に亡ぶ 第三 中世羅馬法の再興 [89] イルネリヤスボロナに講筵を開

く羅馬法の欧州に起こりたるは伊国之を近世に傳へたるは仏国之を完全ならしめたるは独逸国なり 第四 第十六世紀の仏国法律家 アルシャス「アルチャート」ブルジュに講筵を開く、キュジャス之を次ぐ「90」 第五 イスパニヤ及フランダに於る羅馬法 グロシヤス、ビンケルシヨック「93」 第六 英国に於る羅馬法 英法学者少し「93」 第七 独逸国に於る羅馬法 ガイヤスのインステイチュート、セラドシヤス法典ウルピヤン著書を發見せるは「皆独逸」也「95」 羅馬法律歴史終り「96」

2. まず、総論として、「羅馬法の必要」について語られる³⁴。第一に、立法上の必要として、甲 欧米現行法の淵源³⁵、乙 国際法の基礎が論じられ³⁶、ついで、法学上の必要³⁷として、ローマ法の「完美なる点」として、用語が厳格であり、編纂布置がよく整い、原則に富むこと³⁸が指摘される。穂積は、留学から帰国して以後、おりにふれてローマ法研究の重要性を説いていた。穂積によるローマ法講義の時代の終わり頃、一八八九（明治二二）年二月には、「羅馬法を研究する必要」と題する論文を『日本之法律』に発表している。その論旨と構成は、講義冒頭で語られている「羅馬法の必要」と基本的に一致する。「羅馬法は如斯其勢力大なるを以て、余は此羅馬法を講ずるに当り、現今歐洲諸国の法律の淵源を探り、且羅馬法をして法理学を研究するの材料たらしめんとす³⁹。」その用語は厳正で編纂布置もよく整い、原則に富んでいるが、実用にははずれず、分析法理学にとつては貴重な材料であることが示される。その論旨をもう少し敷衍すると、ローマ法は近世文明諸国法律の基礎であり、一旦これを学べば容易に諸国の法を学ぶことができる。ローマ法を基礎として諸国の法律を比較することができるので、ローマ法は比較法学の貴重な材料である。ローマ法はその発生から発達に至るまで「一大期」があるので、歴史法学研究には無類の材料となる。ローマ法は国

際法の材料ともなっており、国際法を学ぶ者にも貴重な参考となる。以上のようなことが、ローマ法の必要が説かれる所以である。

以上の「羅馬法の必要」は、二回にわたって講じられた。三回目以後、ローマ法律史が語られることになるが、これは一二月六日の二五回目まで続き、第一学期はここで終了する。

3. 第一編 羅馬法律史として、四つの時代、即ち、第一期 不文法の時代、第二期 成文法の時代、第三期 学説法の時代 成文法発達の時代、第四期 法典編纂の時代に分けて、国初よりユスティニアヌス帝の時代までが、そのあとにユ帝以後の近代に至るまでが概観される。このようなローマ法律史の時代区分は標準的なものであると考えられるが、そのモデルの例として、マツケルダイ (Ferdinand Mackeldey, 1784-1834) の教科書⁽⁴⁰⁾を指摘しておきたい。先に挙げた渡邊安積の『羅馬法 全』の序にもその名前が最初に挙げられており、穂積陳重を通じてマツケルダイの教科書を知っていたのではないかと思われる。マツケルダイは、一九世紀前半のドイツ法学を代表するローマ法学者の一人であり、創設されたばかりのボン大学のローマ法教授を務めた。マツケルダイの『ローマ法教科書』は、多くの版を重ねた作品であり、大著であるにもかかわらず、二種類の英語翻訳⁽⁴¹⁾があるほど、当時の英米の法学に大きな影響を与えていた。マツケルダイの教科書は、一八四五年に原著一二版に基づくものとして、Compendium of Modern Civil Law の名前で翻訳されている。『羅馬法講義』の時代区分に登場する「羅馬建国より十二銅表の時に至る」「シセロよりアレクサンドル セベラスに至る」といった表現、四つの時代、ユスティニアヌス以後の時代と、ローマ法のドイツへの継受の扱いなど、構成としてマツケルダイの著書のそれと類似している。先の渡邊の『羅馬法 全』も

簡略化されているが、その構成は近い。もちろん穂積陳重の講義自体は、確かに外形的な類似性は指摘できても、内容は独自のアレンジが施されていることはいうまでもなく、例えばローマ法とイギリス法との関係についての言及など、随所に工夫が施されている。

4. 『羅馬法講義』の中で、とくに注目されるのは、第一期の「十二銅表」に大きな比重が置かれ、第五回から第一六回までの一二回にわたって講じられており、分量的には法律史全体のおよそ半分を占めていることである。⁽⁴²⁾先のマッケルダイの教科書では一二表法への言及が一頁余りにとどまるのと、きわめて対照的である。一二表法を講じるにあたり、こう述べている。「予の之れより述べんとするものは此独逸学者の集めたる十二銅表の法文に基き、沿革法理学の原則を解く可し。而して予は前述の如く古きコトをむやみに解釈的好古物的に論ずるものにはあらざるなり」として、その条文が後世の法の進歩の原点とみなす姿勢を見てとることができる。一二表法の法文に基づいて、「沿革法理学」の原則を具体的に示そうとしているのである。

5. 一二表法の第一表、第二表は訴訟手続を規定したものとされている。『羅馬法講義』では一二表法という古代の法典がなぜ訴訟法の規定が最初に置かれたのかという問いかけから始まる「二七—一九丁」。「法律の語にも此に権利くれば此に必に救済ありとの語もある位にて、先づ権利なるものありて而して之を犯すトキは初めて訴訟起るが之れ通常の順序」であり、それゆえベンサムが法律を主法 substantive law と助法 adjective law の二つに分け、前者は「権利義務」を、後者は「制済及び手続等」を定めたように、「主法定まりて而して後助法之に次ぐ」というのが、通

常の順序である。しかし諸国の法律の歴史を紐解くとその順序は逆であり、「制済救済法先づ起り而して後権利義務を確定するの法定まる」とされる。古代インドのマヌ法典、ナラダの法典もそのような順序になっており、まず、訴訟、治罪の手續が掲げられ、その後に婚姻相続財産が扱われている。このように「法典の編纂法は理論によりて之を定めたるものにあらずして自然発達の順序に従ひしものなり。此の如く助法先づ発達し而して後主法の発達するものなり。」とされる。古代にあつては法典編纂がなされず、あつても簡単なものに留まつたので、「一度人民の間に訴訟の起りしトキは法官に於ては自ら正しき理なりと信するコトを以て之を判決する」ことが行われ、その集積からしだいに「権利義務」を觀念するようになるのが、「自然発達の順序」であり、それゆえ、「羅馬十二銅表の第一表第二表に於て訴訟手續の事を定めたるも之に皆法律の自然発達の順序に従」つたものであり、「右述べたるコトは甚だ大切なるコトなれば善く注意すべし。」と、法の発達の順序を強調する⁴⁴。第一表、第二表のたんなる解説ではなく、法体系の歴史の中で、一二表法がいかなる位置を占めるかというより広い視点に立つて、「沿革法理」の考え方に基づく分析がなされている⁴⁵。

6. 次に『羅馬法講義』第二編「正編」の構成は以下のようになっている。

第二編

羅馬法正編 総論 第一章 法学 [97] 第二章 公義 [101] 第三章 法律 [102] 第四章 法律の種類 Jus [111]
第一 公法及私法 [112] 第二 自然法 普通法 国法 第三 成文法及不文法 不文法の起源 第四 人事法 物
件法 訴訟法 第五章 法律の淵源

- 羅馬法正編 第一卷 人事法 第一章 古代法律に於る人事法の位地 [125] 第二章 人 [129] 第三章 身分 [130]
- 第一節 自由に関する身分 [131] 甲 純粹自由人 乙 解放自由人 第一 俘虜 第二 生産 第三 刑罰 解放式
- 第一 民籍登記 第二 偽訴 第三 遺囑 解放の制限 第一 制限 甲 債主権利保護 乙 年齢に関する制限
- 丙 人員に関する制限 恩主と被解放人との関係 近代の奴隷制度 第二節 民籍に関する身分 国民と外国人 第一 出産 第二 解放 第三 法令若くは勅許 第四 民権喪失の方法 第二節 族制上の身分 自権者 他権者
- 家長権 夫権 主人権 [149]
- 第四章 結婚法 第一 婚姻の性質 [149] 第二 婚姻の種類 [151] 第三 羅馬結婚の法式 [156] 第四結婚の約束 [157] 第五 結婚の資格(独居蓄妾の制) [158] 第六 結婚の効 [163] 第七 離婚 [165] 第五章 家長権 *Patria Potestas* [168] 家長権を得る二原因 第一 出産 第二 認正 第三 養子 家長権解除 [176] 第六章 後見 [178]
- 羅馬法正編 第二卷 物件法 第一章 古代に於る物件法の位地 [184] 第二章 物及物の分類 [185] 第三章 所有権 占有 使用 収実 消滅 [189] 第四章 占有 *Possessio* [190] 第一 定義 [190] 第二 占有の保護 [192] 意思自由保護の説 人身平等の権の保護するの説 財産保護の説 第二 占有の効果 [193] 第五章 地役権 [197] 地役の性質 [200] 領有権 [204] 表面権 [205] 質権 [205] 所有権獲得事実 甲 特産獲得事実 一 専有 二 附増 三 引渡 四 時効 五 贈与 乙 全産獲得法 [206] 一 遺言 相続 二 無遺言相続 三 戸主収養 四 才判の宣告 五 身代限 六 元老院令の没収 [211]

7. 後半の「正編」の講義は、翌年明治二十二年一月九日から始まり、総論として 第一章 法学 第二章 公義「正義の意」 第三章 法律 第四章 法律の種類の第一 公法及私法 第二 自然法普通法国法 第三 成文法及不文法、不文法の起源 第四 人事法物件法訴訟法 第五章 法律の淵源として、ローマ法の法、正義の言葉の意味と理念を説明し、法の分類、法源論が、第二学期九回目講義の途中まで講じられる。一月二四日は八回目と九回目の講義が同日に行われているようで、その後半から、正編として、人事法（婚姻と家長権）の講義が始まる。しかし、実際一月中の講義はここまでで、次回は二月九日に行われるが、二月は結局この一回だけであったようである。人事法が再開されるのは一月後の三月一五日になり、三月も確認できるのはあと一九日と二〇日の三回のみで終わり、春期休業を挟んで第三学期の四月は週一回のペースで三回、五月はほぼ週二回のペースで、一五日まで、合計で人事法は一二回と半分ほどが割あてられている。最後の物件法（所有権、地役権など）は、五月一八日から六月五日まで五回のみ日付が確認できるとどまる。分量的には、概算であるが、十二表法に関する講義がノートで四〇葉ほどであるのに対して、正編の総論が二八葉、人事法が五九葉、物件法が二七葉という割合になっている。

8. 正編の総論は、「法学」をめぐる概念史的な考察に先立ち、まず法律進化論的な考え方が示される。そこには、「社会の幼稚」なる時代から、社会の組織が複雑になり、法律も次第に万巻をなすようになったときに、通常人と区別される法律家が登場するという図式が登場するが、このあたりは、サヴィニーの歴史法学が提示したモデルに依拠している。⁴⁶

「抑も法律は進化の規則に従ひ簡単より複雑に進むものなり。／社会の幼稚なり「し」トキは其組織も簡単なるが故

に其法律も亦簡單なり。十二銅表、三章の法の如し。／然れトモ社会の組織段々複雑なるに従ひ法律も段々萬卷となるなり。／故に例ひ其法律の正条を読み得るものと雖トモ其真意を了解する能「九七丁裏」はざるに至るなり。此に於てか常通人民と特別なる法律家との區別を生ずるなり。之れイエリソグ：に在り。而して之れ則ち法律の智識を以て一種特別なる研究物なりとするの初めなり。／其後社会益々進み人事繁忙に赴くに従ひ分業協力の道段々開け行はれ遂に法律の智識及び其の法律の取扱ひは一種の専門家に委するに至れり。殆も百ヶ条を読むトキは分明なるも今日の刑法は只読むのみにては分明ならざるが如し。」

法律学の起源はギリシャにあるが、しかしギリシャ人は法律家というよりも哲学者と呼ばれるべきもので、その研究は「想像的」(abstract)なものであり、「実形的」(concrete)な研究方法が登場するにはローマをまたなければならなかった。そしてそのローマ法は英国に伝播し、「実用的」なものとなつたされる。講義の基調が英国法への評価と深く関わっていることがここにも確認できる「九七―九八丁」。

「ギリシャ時代の哲学者(未だ法律家と称す可からず)は主として正義 Justice は如何なるものなるや、人と人との法律上の関係は如何なる基礎に基く可きものなるや等の如き問題を研究せり。然るに羅馬の時代に至りてはギリシャの想像的 (abstract) の研究追々變じて実形的 (concrete) の研究となれり。即ち實際其国に行れたる法律を研究了解するの主義、原則は如何なるものなるやを研究するに至れり。之れ羅馬人民の實用を尊ぶの思想に富みたりしを以て想像的を實形論とせしなり。而して羅馬法英国に渡りて又実用的のものとなりたりしなり。」「九八丁」

ここでもローマ法と英国法との関係が指摘されており、この点について、後述することしたい。

9. 以上のような全般的な考察を経て、第一章として法学 *Jurisprudentia* の論題が取り上げられる。以下正編は「主としてジャスチニヤンのインスチチュートに根拠を取れりと知るべし。」と筆記者が記すように、題材はユ帝『法学提要』に沿って講じられていく。まず冒頭の箇所をここで検討したい。「九八丁以下」ここでは、ウルピアヌスによる法学 *jurisprudentia* の定義が取り上げられ、その釈義というかたちで講義が展開される。

「ジャスチニヤン インスチチュート第一卷第一章第一節（…）に於てウルピヤン氏の法律学の定義を載せたり。曰く法学 *Jurisprudence* は神事人事の規則にして正及び不正の科学なり。（又は学問なり。）之れ実に有名なる定義なり。／右の定義を見て近世の法律家は頗る宗教法律を混同せる考なりと非常に攻撃せる人あり。ヲースチン氏の如きは尤も甚しき人の一人なり。然れトモ之れ近世法律の考を以て古代を判断せる実に浅はかなる論にして、能く進化の原義により法律学を研究するトキは羅馬の時代に於て斯の如き定義のありしは決して怪むに足らざるなり。（之を以て見るも法律学者とは実に歴史上の研究の足らざるを知るべき也。）抑も法律の最大原則は万世不易のものなれトモ社会に顕はるる現象は時と共に進化するものなり。左れば現今の法律の有様に適せざるを以て古代の定義学説等を迫撃するは酷に過ぐると云ふ可し。／法律も他の一切の万物と同じく進化の大則に支配さるるものにして段々進歩するに従ひ分化 *differentiate* するものなり。初めは動物も同じものなりしが遂に猿とか犬とかに分化せしなり。」「九八―九九丁」

ここではウルピアヌスの定義について、まずオースティンによる宗教と法律の混同という解釈が法律進化論の立場から批判される。近世の法律の考え方をもつて古代のことを判断してはならない。進化の原義に基づいて法律学を研究するにはその時代に即して判断しなければならぬ。「法律も他の一切の万物と同じく進化の大則に支配さるるものにして段々進歩するに従ひ分化 *differentiate* するもの」だからである。

古代における宗教と法律の未分化という主題は、メイン『古代法』でも随所に登場するヌマ、リユクルゴス、マヌの法典、モーセ律法によっても例証される。また古代の法律は、祖先祭祀の制度と密接に結びついており、家長制、婚姻制などもすべて祖先の祭祀を絶やさないために設けられたので、ローマの公法私法も祖先祭祀に由来するという考え方を採っている。法と宗教、さらには祖先祭祀との関わりも重要な指摘である。⁴⁷

グリユック⁴⁸による注釈にも触れ、「神事」が宗教を、「人事」が通常法律を指すという注釈はたしかにそうではあるが、自分としては、法律の起源のあり方を示す論拠として重視されることになる。ポロツクは、後段の正と不正を見分ける学問であり、それゆえ前段も神事と人事を区別する学問の意であるという新しい解釈を提示しているが、これは牽強付会というもいべきものであり、一笑に付されるべきものとの批判を展開する。このようにウルピアヌスの解釈について、サンダースによるユ帝『法学提要』の羅英対訳本の解説を踏まえつつ、歴史法学登場以前のドイツ普通法学の成果でもあるグリユック注釈に言及しつつ、ポロツクによる最新の解釈にも目配りをし、自らの解釈を展開しているところに、その学問的方法論の一端を認めることができる。法律学が「正と不正の科学」であることとされることから、法律学が正義論に関わり、さらにそこから、中世において権利論へと、その学問は進歩したという図式が示される。英語の *jurisprudence* がラテン語の *ius* の属格形と「知識又は熟練」を意味する *prudentia* からなるが、これが法律学を意味するとともに、ドイツ、フランスにおいて、裁判例を意味するように、言葉の意味が時代と場所とともに変化しても、その根本は同じあるといった考え方が提示されている。⁴⁹

これに続く、第二章では、「ジャスチス」が講じられるが、これには「公義」という訳語が当てられている。まずユ帝『法学提要』の原文がサンダースの英語訳と対照されて提示されている。

「Justitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens.

Justice is constant and perpetual wish to render every one his due.

即ち公義とは各人をして其分を得せしめんとする恒久の意思なり。」

この定義は、「心の有様を評せるもの」であり、「法律又は道理上に於て常に他人に対して為すべきの所為為すべからざるの所為を常に久しく守らんとするの心」であるとされる。以上は、そうした心を「虚形的」に見た場合であり、これは「実形的」に捉えることもできる。「法律又は道徳上より他人に対して適当に行ふべきコトを実行すること、さらに狭義に解して、「法律上のみにて各人に対して其分を得せしむる」ことも「ジャスチス」である。それゆえ、その用法は益々「実形的」になり後には裁判が「ジャスチス」、裁判所が Court of Justice、英国の上等裁判所の裁判官が「ジャスチス」と呼ばれる所以が説かれている。それゆえ、「ジャスチス」こそがまさに「古代法律学の基礎」であるとされる。

古代学者の説によれば、「ジャスチス」は「公平及び正直」「法律の徳義上尤も尊ぶべき観念」とされたが、近世に至つて、観念の変遷があり、「ジャスチスにあらざるもの」を法律の基礎として論じられるようになった。その例として、ベンサム最大の幸福の考え方やミルの「実利主義の哲学」などがそれである。近世に至つて法律の基礎は「ジャスチス」ではなく、「実利なり」する学派が登場したのであるが、「今後学問の進むに従ひ法律の基礎は社会進歩に帰するに在りと云ふに至る可し。」として、「ジャスチス」の項を閉じている。「一〇二丁」このようにユ帝『法学提要』冒頭の法文の釈義を通じて、法の本質を明らかにすることを試みている。

10. 次に『羅馬法講義』正編第一卷及び第二卷については、個別の論題として、婚姻、占有、遺言について検討することにした。 「人事法」に始まり「物件法」に至る講義の構成はかたちの上では法学提要式のそれに基づいている。「人事法」は、古代法律における人事法の位地、人、身分が講じられたあと、第四章 結婚法が「物件法」は、物の分類に始まり、所有権、占有、地役権を経て、所有権獲得事実が「特産獲得事実」（専有、附増、引渡、時効、贈与）と「全産獲得法」（遺言相続、無遺言相続など）に分かれ、その内容は限られた講義時間にもかかわらずきわめて濃密なものであったことがうかがえる。ここでは、人事法の中から「婚姻の性質」、「物件法」の中から、占有、最後の「所有権獲得事実」中の「特産獲得事実」と「全産獲得事実」という分類についてのみの検討にとどめることにしたい。

11. 「人事法」は、古代法律における人事法の位地、人、身分が講じられたあと、第四章 結婚法が扱われる。ここでは、まず婚姻とは何かについて、次のように語られる。

「広く婚姻なる事を解せば婚姻とは法律に於て公認したる男女両性の生存結合を云ふ。」男女両性の結合があつても法律によつて公認されない場合は「夫妻の関係」は生じない。また「共同の生存を営む為めの結合」でなれば婚姻ではない。婚姻にはさまざまの種類があり、時と場所によつて異なり、一夫一婦制、一夫数妻制、数夫一妻制をとるところもある。いずれにしても、「婚姻は成文若しくは慣習の法律の公認」するものでなくてはならないのであり、婚姻とは、人間の天性の行為を法律が認めたものであるという趣旨が語られる。「二五〇丁」

婚姻をめぐる、穂積陳重は、英独からの帰朝した直後に、「婚姻法論綱」という比較的長い論文を『明法志林』に発表している。『羅馬法講義』のこの箇所⁵⁰で講じられたことと、内容面でほぼ一致している。婚姻とは何か、古来

法律学において婚姻の性質がさまざまに論ぜられてきた。婚姻を契約とする学説が盛んであり、プーフエンドルフ、ポティエ、ヒューム、ブラックストンらも、皆婚姻を契約と考えることでは一致している。しかしそうした考え方は、ローマ法に關しても「亦純粹の法理論に照すも決して其当を得たるものに非らず。」とされる。その理由として、第一に、結婚を契約とする説は「羅馬法の誤解に発した」ものである。ローマ法の「法語」に「婚姻は共諾によりて成り共臥によりて成らず *Consensus facit matrimonium, non concubitus*」があるが、その意味は「男女共臥は未だ以て婚姻と為すに足らず必ず法律上一定の共諾を経て婚姻と為す可し」との趣旨であり、「*consensus* 即ち共諾なる字ありし故直に真に之れより結婚は契約なりとの説を生じた」のであるが、「共諾あるものは必ず契約なりとは余り広きに過ぎ」る。右の法語はローマ法の發達した時代の語にすぎない。第二は、婚姻をつねに契約とするのは、沿革法理学上よりも不当であり、「婚姻進化の末段に於て初めて顕はるるものにして現今諸国に於て十分之れを認めたるは地上の一少部分に止まる」。第三に、ローマ法などの例のように、古代法律上の婚姻は、その結婚者の両親若しくは家長の意によるものが多く、自身の承諾によることは少ない。第四に、通常契約は双方の協議に基づいて相互の権利義務を定め得るものであるが、「婚姻に於ては法律が予め夫婦間相互の権利義務を確定し相方の意思によりて之れを変更するを許さ」⁵¹「二五二丁」ない。第五 古来諸国の法典でも婚姻は人事編に編入して契約編に入れていないのであるから、古来立法者は婚姻を契約と看做していなかった。したがって、「婚姻を契約と為すは法律歴史上若くは純粹の法理論にても当を得たるものならず。」「二五二丁」「婚姻は天性に基きたる行事を法律にて公認保護したる制度」⁵¹である。ローマにおいて婚姻とは何であつたかが、あらためて問い直されることになる。ローマ法の沿革を辿ると、婚姻の性質が種々に変遷してきたとして、ローマ婚姻の種類に依じて、その変遷の大様が描き出される。「一五〇—

ここにもメイン『古代法』第五章を締めくくる「身分から契約へ」の定式のヴァリエーションを見ることができよう。古代社会と現代社会の対照は、前者の単位をなしたものが家ないし家族であり、後者のそれは個人である。古代法には、この差異から生じるいっさいの結果が見出される。『古代法』第五章の立論は、古代法の歴史的比較的思考を通じて明らかにされた父権制社会の想定を基礎にしている。「家」が法人として社会組成の単位をなしており、現代社会におけるように個人そのものではない。「婚姻は社会の制度にて法理上之を觀る時は身分の起原なりと断ぜざるを得ず。子女一度婚する時は、男子は忽ち夫たるの身分を得、女子は直ちに妻たるの身分を得て、身体財産の諸關係より、所生子孫の一に至る迄、⁵² 尽く法律に因りて定まり、自約に因りて左右する能わず」と述べているところにも同様の思考を見て取ることができる。

婚姻の変遷については、『羅馬法講義』の中では、図式的な説明にとどまっている。今これを「婚姻法論綱」によりつつ、敷衍すると、二つの類型が構想されている。一つは、結婚者の数による沿革からすれば、酋族共同婚 *communal marriage*、数婦一夫婚、一夫一婦婚、一夫一夫婚へと進化する方向⁵³、婚姻の態様の変遷から見れば、掠奪婚、売買婚、贈与婚を経て共諾婚の時代へと進化する。「一五二丁」こうした婚姻史のとらえ方は、一九世紀半ば以降、さまざまに論じられてきたテーマである。『羅馬法講義』の中でも、バハオーフェン『母権制』⁵⁴への言及がある。「三〇丁」が、これはわが国におけるバハオーフェン受容の比較的早い時期のものである。そこでは *Mutterrecht* の訳語として「母権」が用いられている。⁵⁵ 穂積陳重がどのようにバハオーフェン『母権制』を参照したかは必ずしも確認できないのであるが、少なくともマクレナンの『原始婚姻』⁵⁶ (*Primitive Marriage*, 1865) への言及も見られること

から、この関係の書物を通じてのことである可能性は残る。当時、母権制と父権制、母系制と父系制をめぐる言説が注目されていた。例えばバハオーフェンの乱婚制―母権制―父権制への発展の図式、マクレナンの原始略奪婚説、L・H・モーガン『古代社会』⁽⁵⁷⁾の氏族先行説などが登場した時代でもあった。メインの『古代法』も『母権制』と同年の一八六一年の出版である。N・D・フュステルドゥークーランジュ『古代都市』⁽⁵⁸⁾も一八六四年に出ている。もとよりそうした法則的認識の困難さはE・A・ウエスターマークにより指摘され、家族の歴史を進化と結びつけられなっていくのであるが、当時の思潮は穂積陳重の家族観、婚姻観を知る上で重要な手がかりとなる。

12. 占有について、まず、その定義が与えられる。「占有とは自己に所有するの意思を以て有形物を所有するコトを云ふ。」この定義によれば、占有には、「二原素」即ち、「精神上的原素 *Animus of possession*」と「体質上の原素 *Corpus of possession*」とがある。「一九〇丁」ここではいわゆる「心素」と「体素」の区別、占有意思に基づく「代表」〔代理占有ないし間接占有〕「伝来占有」「他主占有」、「純粹占有」「自主占有」の区別が扱われ、とくに「伝来占有」の場合、占有権は何人に属すかという問題について、「羅馬法族の諸国と英国法族の主義と扱ふ所を異にせり。羅馬法の主義に従へば占有すれば必ず其占有者が自己に所有するの意思あるコトを要せり。此の意思を称して *Animus Domini*」〔一九二丁〕主人の意思と云ふ。伝来占有者は *Animus Domini* を持たざるは勿論の事なり。故に其占有は事実たるに過ぎずして未だ占有権は持たず。日耳曼及び英国の主義に由れば占有に必要な *Animus* は他人を廃斥して自己に物件を保有するとの意思を以て足れりとす。敢て其意思は自己に所有するの意思たるを要せず。故に伝来占有者は占有権を有する者とせり。」として、占有をめぐるローマ法と英国法乃至ゲルマン法の考え方の違いを説

明している。

次に、占有の保護について、「法律は何故に所有者に非ざりし占有者を保護するやと云ふ問題」に関して、第一意思自由を保護するの説、第二 人類平等の権を保護するの説、第三 人身保護の説、第四 財産保護の説として、近世の法理学者の諸説を挙げる。「意思自由保護の説」はカントの説によるものであり、「人一度び物件を占有するトキは其占有者は其物件を己れの意味の範囲内に入れたる者なり。即ち自己に其物件を保有するの意思を現はしたる者なり。人斯の如く己れの意味を外形に顕はしたるトキは他人より理由なく干渉を受く可きものに非らず。独り能く之を動かし得るものは社会一般の意思のみなり。故に社会一般の意思を代表する。裁判所の判決に由りて其占有を奪はれしは免も角も他の人民より干渉を受く可き理由なし。之法律が故なくして他人の意思を害するを禁じ故なくして他人の占有を害するコトを禁ぜし所以なり」とされる。ヘーゲルも同様とされるが、『羅馬法講義』の筆記者は、ここで、「此説には穂積博士も亦賛成の意を表せり」と記している。「一九二—一九三丁」

第二 人類平等保護の説は、ヴィントシャイトによるとしつつ、法律が占有を保護するは人類平等の権を保護する結果であり、他人の占有を害する者は故なく他人を強迫することであり、それは「現在の所有者の利益を減じて自己の利益を増さんとする」ことであり、法律が占有を保護するはこうした行為を禁ずるからである。

第三 人身保護の説は、「占有論に關しては最も有名なるサビニー氏」によるもので、これによれば、法律が占有を保護するのは人身の保護を延長したからであり、而して法律が占有の防害を禁ずるのは一切の暴行は不法だからであるとされる。「一九四丁」

第四 財産保護の説は、「有名なるイエリング氏の主張する所」であり、これに法律が占有の事実を保護するは所

有権保護の一部であり、法律が占有の事実を保護しなければ、所有権は完全でありえない。「故に占有者以外の人民が現在の占有者に優りたる権利を証明する迄は法律が財産を保護するの一部分として占有を保護し而して其占有は正当なる財産権の一部」と推定されるという説である。〔一九四丁〕

いずれも、主として当時のドイツ語圏における占有をめぐる論争を踏まえたもので、それぞれの説の要点をコンパクトにまとめられており、占有保護の考え方が端的に把握されているあたりは穂積陳重の目配りのよさをあらためて感じさせられる箇所である。

次に「占有の効果」についても、サヴィニー説によるとしつつ、時効 (prescriptio) と禁令状 (interdictum) 「特示命令」のそれぞれの効果が説明される。前者について、買主が手中物たることを知らず購入し引渡を受けたが、握取行為によらない限り、所有権は取得できないが、一定の要件、善意、正当名義があれば、一定の期間 (古代法すなわち二表法よれば、不動産二年、動産一年) の期間の経過により、つまり時効により所有権が得られる。後者は、法務官が発する「禁令状」(interdictum) に関わる占有の問題であり、占有の保護に関する「禁令状」の区別として、占有者に対して発行される、占有獲得の令状、占有保続の令状、占有回復の令状が占有の侵害者に対して発行される、禁止令状、恢復令状、提出令状の六種類が区分される。「其要は占有を継続せしむると云ふコトが尤も其重き働き」であるとされるが、令状の性質については訴訟法に譲られている。〔一九五—一九七丁〕

13. 「物件法」の中で、最後の論題は、「所有権獲得事実」に関する。「特産獲得事実」と「全産獲得法」が区別され、前者には、専有「無主物先占」、附増「附合」(加工、流動物混同「混和」、固形物混同「接合」、漸積「寄洲」、附着)、

引渡、時効、贈与が区分される。前三者は自然法の獲得法」、後二者は「国民法」「市民法」の獲得法」とされる。これに對して、全産獲得法では、遺囑相続、無遺囑相続、戸主収養、裁判の宣告、身代限、元老院令の設収が區別される。時効はローマ法の發明であり、古にはその期間は短かつたが社会が進むにつれて、その年数が長くなる。贈与は本来法律上認められないものであるが、社会進むにつれて、契約と同一になる傾向がある。實際現在の引渡がなくてはならないが、これも双方の意思が尊重されるようになり、相当の証拠があれば有効とされるようになっていく。このように制度の変遷を法律の進化の視点からまとめられている。〔二〇六―二〇七丁〕

遺言に関する箇所を少し敷衍してみると、會議遺囑「民會遺言」、陣前遺囑「武装遺言」、銅衡遺囑のような儀式的遺囑から、書面の遺囑に移るが、結果として、遺囑の法律上の性質に大变革が生じた。こうした儀式的遺囑は公知のものであったが、書面による遺囑は秘密のものとなった。儀式的遺囑の効果が即時的であるのに対して、書面の遺囑は死後に効果を生ずるものとなった。その結果、生前にはいつでもでも遺囑の変更が可能となった。遺囑の目的は太古において祖先の祭祀を継続することにあつた。〔二〇八―二〇九丁〕

ローマ法における遺言については、すでに一二表法第五表にも語られているので、ここであらためて取り上げておきたい。遺言制度が何ゆえローマにおいて拡がったのか。そのことは、ローマ法に特別な現象であると指摘する。

「古代諸国の法に於て遺言を以て死後財産の所分を許すは之れ羅馬法に特別な現象にして、諸国の法律にも往々之に類する規則あれトモ遺言を以て相続法の一部と公認せるは羅馬法の外は之を見ず。斯の如く羅馬に相続法を公認せるは之れ一に羅馬法固有法の無遺言相続法の欠点に帰因せざる可らず。第五表に依るに無遺言にて死せる者の遺産は死亡したる家長の権内に居りし相続人に歸するなり。／然るに家長たるものは我が子弟に独立の地位を与へんと欲し

家長権を免除し (emancipatio) 分家を為すなり。而して其子弟を一己の独立人と為すに至れり。然るに其子弟一たび家長権の範囲外に出でたるトキは法律上前の家長とは全く他人と為り家長死亡するとも其遺産を相続する能はず。故に家長の尤も愛する子弟家族にして事更に家長権を免除し独立の家長と為したるものは相続権を失ひ却て其遺産は遠系の親戚に移り、若し男系親 agnati の無きトキは同族に移るの規定なり。此の如く羅馬の無遺言相続法は家長の最愛なる子弟に財産を失はしむるの制となりし。之れ羅馬人の無遺言相続法を辟けんとするの一理由なり。之して歐洲諸国の法律は其原法たる羅馬法に斯く遺言法の盛になりしが為め遂に其子法たる歐洲諸国迄に相続法の事に付きやかましく云ふに至りしなり。之れ又他の理由は女子にして一たび他家に嫁したるトキは全く夫の家の家族となるを以て其女子の生したる子の如きは固より相続法権 (外戚に対する) を持たず故に若し一家長無遺言にて死亡せるトキは現在己れの娘より生じたる孫ありとも之に遺産を相続せしたる能はずして却て一面識もなき同族の他人に其遺産を取らるるコトあり。之れ大羅馬人の無遺言相続を辟けんとせる第二の理由なり。」「二八―二九丁」

遺言に関する箇所でも同趣旨のことが再説される。「遺囑を以て財産を他人に譲るコトに付きては十二銅表の時代に於ては敢て制限なかりし。故に例ひ我子には財産を譲り渡さずして之れを他人に譲り渡すとも敢て法律の禁ずる所にあらずし。斯くの如く遺囑に制限を置かざりし所以は古代の法律は純粹なる家族制度にありたるもの故に例ひ己れの子たりと雖トモ其家族ならざるものは相続する能はず。時として遺囑に由りて我家族以外の近親に財産を分配するの便利ありたり。然るに族制崩れるに従ひ遺囑の能力を乱用して近親を差置きて乱りに他人に財産を譲与するに至れり。故に古代に於ては人権に叶ひたる遺囑相続も却て人情と背違するに至れり。茲に於て遺囑に制限を置くの必要を見るに至れり。」「二一〇―二二丁」このように、「羅馬の固有相続法は人情に悖りたるを以て羅馬人の無遺言相

続法を厭ふ事甚だしく遂には人を罰するトキに当り汝無遺言にて死せよと云ふに至れり。」「二八―二九丁」、と把えられている。

一二表法第五表は、ローマ市民法上の無遺言相続の原則が定められている。これによれば、相続人となるのは、死亡した家長の権力内にあった者に限られる（いわゆる自権相続人）。しかし生前家長権免除により父親の家長権を免れ、一人の独立した個人となったにもかかわらず家外人として相続に与ることができず、ときに「家長の最愛なる子弟」に財産を失わせることになる。その一方で女子の相続における市民法上の制約もあり、そうした不利益を避けるために、ローマでは遺言相続が拡がることになったというのである。もとより家長権免除の性格は議論の分かれるところである。例えばメインは『古代法』第七章において、古代人が遺言をなした目的は近代人と同じかという問題について、これは同じではないことを論証する。古代ローマ人にとって、無遺言による死亡とは、「いかなる害悪も遺言特権の喪失ほど苛酷な災厄はなく、遺言をなさずに死なねばならない場合仇敵を呪うよりも激しい呪詛はな」⁵⁹ かった。これに対して「遺言作成に対するローマ人の熱情は気まま気まぐれのたんなる欲求ではない」。家長権免除は、親の愛情の徴表であり、こうした苛酷な無遺言相続の原則を破るべく、ローマにおいて遺言が盛んに行われた理由があるとするメインの言説と軌を一にすることができよう。以上、『羅馬法講義』を断片的に見てきたが、人事法、「物件法」と形式的には体系的な構成をとってローマ法の基本的な考え方を講じているのであるが、それらは、ある意味でメイン『古代法』が描くローマ法の世界を理解するための注釈としての性格も認めることができようと思われる。

小結 ローマ法と法学教育

冒頭の「羅馬法の必要」で、「羅馬法の研究は独り近世諸国の法律羅馬より伝来せりとの過去の理由のみに在らずして羅馬法は過去に於けるも未来に於けるも法律学と称する建物を建築するには欠く可からざるの材料なりと謂ふべし。」と述べている。法学教育と観点から見た場合、穂積陳重はローマ法教育をどのように見ていたのであろう。同時期に法科大学でローマ法を講じたであろうヴァイペルトの講演は、表題にも示されているように、ローマ法教育と法典編纂の問題がサヴィニー的な歴史法学モデルでいわば直結している。もちろん、当時ボアソナードらの新しい民法典がその姿を現してきた時期である。ヴァイペルトの講演にも三大法典について論じており、それぞれを評価しつつも、フランス民法典に対する辛辣な言辞もかいまみられる⁶⁰。しかしその欠点を補うためには、「其真意ヲ探グルニ必竟羅馬法ヲ参考スベシ云フニ過ギザルナリ。」というのである。東京大学法学部の時代から、ドイツ法への比重が高められてくるが、それを牽引したのも穂積陳重の力が大きく作用している。一八八七（明治二〇）年に、学科の中に新しく「独逸法」が加えられたのもそうした流れの中に位置づけられる。ヴァイペルトにもそうした要請が課せられていたことは同じ年の講演の内容からも明らかである。しかし穂積陳重の『羅馬法講義』は、ただちにドイツ法を意識した内容にはなっていない。もちろん、サヴィニー、イェーリングらの著名な名前が登場するが、それがそのままドイツ法への愛好へとは必ずしもつながっていない。むしろこれまでも見てきたように、まずはメイン『古代法』への愛着で貫かれていると言ってもよい。穂積陳重が講義を担当したのは、一八八九（明治二二）年までの数年間であるが、そこにはイギリス法学への指向がその根底にうかがえるのである。冒頭の「羅馬法の必要」において、ロー

マ法継受の典型例としてフランス民法典 Code Civil を引き、ユスティニアヌス『法学提要』との関係に簡単に触れたあと、欧米におけるローマ法継受の具体例として、イギリス法に詳しく言及している点が注目される。「抑も英人は全体他国の法律を継受せるなどのコトを云ふは大に好まざる性質なれば、近代迄は其事を明言する人は甚だ少なりしが、近世に至り羅馬法の英国にて盛なりしコト及び英法も亦羅馬法の末孫なるコトを発見するに至れり。例へば英国法律の大家なる「ブラックストン」 Blackston, 「グランヴィル」 Granville 氏の如きの著書なども皆ジャスチニヤン帝の *institutio* に基きしものなり。／＼且英国古来の判決例を見るに英法は尽く羅馬法より出でたるに相違なし。即ち彼の附託法「寄託法」 Bailment の Leading Case なる「コッグズ対バーナード事件」 *Coggs v. Bernard* [1703] の如きは其判決は尽く羅馬法に基きたりし。「マンズフィールド」 Mansfield [1705-93]、⁶¹⁾「ホルト」 Holt [Sir John, Chief Justice of the King's Bench, 1642-1710] 等の大家の裁判は殆ど皆な羅馬法なり。故に当時に在っては英国にても羅馬法の研究尤も盛んにして *Inns of court* 「法曹院」にても羅馬法のみは特別の試験を行ふ位なり。」「四丁」と記している。自らのイギリス留学での体験、ミドル・テンブル法曹院での学修を経て、バリスターの資格をとったことはよく知られている。⁶²⁾「英国古来の判決例を見るに英法は尽く羅馬法より出でたるに相違なし」という言も、今日から見ると違和感を感じざるをえない。この点でピーター・スタインが、ローマ法についての認識が当時と今日では違っていたと指摘していることは注意しておく必要がある。今日では、古典期ローマ法とイギリス法との間に問題を実際的にカズイステイクに扱い、権利よりも救済を強調して、限定した範囲で規則をつくるといった点に類似性があるとされるのに対して、一九世紀の法学者は、ローマ法を分類して理路整然とした制度に概念化したところのパンデクテン法学の目を通して見ていた、というのである。⁶²⁾この点は、先にも見たように、一九世紀のイギリス法学へのドイツ・パ

ンデクテン法学の影響があったことも、穂積陳重のイギリス法理解と関係している。最後に、メインとの関わりについて、もう一点指摘しておきたい。メインは、『古代法』刊行の五年前の一八五六年に、「ローマ法と法学教育 Roman Law and Legal Education」という講演を行っている⁶³。この講演は、たんに法学教育いかにあるべきかを論じているわけではないが、当時のローマ法とイギリス法との関係を知る一つの手がかりを与えてくれる。「われわれ自身の法体系とローマのそれとが、一緒に研究されるべきであるというのは、両者がかつて同様なもの (were once alike) であつたからではない。―それは、それらが同様のものになるであろう (will be alike) からなのである。」⁶⁴すべの法律は、その幼稚期においてはいかほど類似性がないにしても、その成熟期においては、相互に類似していくものである。「われわれは、イングラントにおいて、ローマの法学者たちが、数世紀にわたる経験の蓄積と、たゆまない研鑽とを経たのちに、到達したところと同じ法思想の態様および同じ法原理の観念に、緩漫に、そして、おそらくは、無意識的にまたは不本意的に、しかも、やはり着実かつ確実に、慣れていきつつあるからなのである。」この一文は、内田力蔵教授よれば、穂積陳重博士に「万法帰一論」という題目を思いつかせたと想像される有名な文章であるが、『羅馬法講義』の原点に、メインから得た発想があることをうかがわれるのである。

(1) 穂積陳重に関する研究文献は多岐にわたる。松尾敬一「穂積陳重」(潮見俊隆、利谷信義編『法学セミナー増刊 日本の法学者』日本評論社、一九七四年) 五五頁。長尾龍一『法思想史研究』創文社、一九八一年。穂積重行「明治十年代におけるドイツ法の受容―東京大学法学部と穂積陳重」(家永三郎編『明治国家の法と思想』御茶の水書房、一九六六年、五三八頁。穂積重行『明治一法学者の発露…穂積陳重をめぐって』岩波書店、一九八八年。『法学者・穂積陳重と妻・歌子の物語』公益財団法人 渋沢栄一記念財団 渋沢資料館。堅田剛『独逸法学の受容過程…加藤弘之・穂積陳重・牧野英一』御茶の水書房、

二〇一〇年。

- (2) 本稿では、主として、国会図書館所蔵の穂積陳重講述『羅馬法講義筆記』二一九丁(美濃野紙に手写したもの、秋山定輔の蔵書印あり、出版年不明、請求記号322.315-H734r; info:nlljp/pid/1879760)を参照させていただいた。このほかにも、穂積陳重のローマ法講義について、いくつかの学生による講述筆記録、謄写刷のものが知られている。注(25)所掲の文献を参照。
- (3) 矢田一男「明治時代のローマ法教育(一)(二・完)」『法学新報』第四四卷三、四号(一九三四年)、「雷斯知尼安法典」同誌四八卷五号、「明治以来ローマ法源邦訳事歴」同誌四九卷六号—一二号。原田慶吉「我が国に於ける外国法史学の発達」『東京帝国大学学術大観 法学部・経済学部』(一九四二年)二九四頁。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』第四〇卷第一号(昭和四〇年一月二〇日刊)五三—九九頁、とくに五九、六三頁、同『古代ローマ法の研究』敬文堂出版部、昭和五〇年四月二五日刊に、第一章「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、一—四六頁。岩野英夫「わが国における法史学の歩み(一八七三—一九四五)—法制史関連科目担任者の変遷—」『同志社法学』第二九卷一・二号(一九八七年)、二二—五頁以下も参照。
- (4) 松尾敬一「穂積陳重の法理学」『神戸法学雑誌』第一七卷三号(一九六七年)一頁。
- (5) 西賢「わが国における比較法学の発展」『神戸法学雑誌』第二〇卷三・四号(一九七一年)。
- (6) 原田・前掲注(3)、二九五—六頁。
- (7) グリグズビーに関しては、林智良によるパーソナル・ヒストリー研究に詳しく、「W.E. Grigsbyの学識と教育活動—日本最初の「ローマ法」講義担当者をめぐって—」『阪大法学』第六三卷(二〇一三年)九二—三頁を参照。なお、矢田一男「明治時代のローマ法教育(一)」『法学新報』第四四卷三、四号(一九三四年)、八四頁以下も参照。
- (8) The Calendar of the Tokio Kasei-Gakko, Or Imperial University of Tokio, for the Year 1876, p.89-90. グリグズビーによる試験問題について、林・前掲論文九二六—七頁に詳細な分析がある。林教授は、グリグズビーのローマ法講義について、「西欧系の法知識を有する法曹を育成するために、あえて選択科目として「ローマ法」を開講し、更に近代のローマ法体系書

ではなくユ帝『法学提要』という法文に直接基づいた講義を彼が行ったことは、その後の近代日本法学の方向性を定める貴重な播種となった」と評されている。具体的に受講生がどのような成績を修めたかについては、穂積重行『明治一法学者の出發』岩波書店・一九八八年、一〇九頁以下を参照。とくに一一三頁掲載の資料では、穂積陳重をはじめとする五名の Middle Law Class の成績一覧が示されている。なお、グリグズビーの後半生について、葛西康德「古代ギリシアにおける法 (Nomos) の概念について：とくに立法および立法者に焦点を合わせて」『国際哲学研究』別冊二(二〇一三年)、二頁、東洋大学学術情報リポジトリ URL <http://id.nii.ac.jp/1060/00006549/> を参照。

- (9) 『東京帝国大学五十年史』二九九頁「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 海上法及法律要旨」 羅馬法律 法国法律「那命拿法律要旨」比較法論 證據法及理説」(傍線筆者)。

- (10) 『東京大学一覽(明治一五年・一六年)』学科細目「第四章 教科細目」[羅馬法]。

- (11) テリー (Henry Taylor Terry, 1847-1936) は、一八七二年コネティカット州で法曹資格を取得後、一八七六(明治九年) 来日、一八七七(明治一〇) 年まで東京開成学校、その後一八七七(明治一〇) — 一八八四(明治一七) 年及び一八九四(明治二七) 年 — 一九二二(明治四五) 年まで東京大学、帝国大学、東京帝国大学法科大学教師を務めた。主著の「法の基本原理」The first principles of law (一八七八年)、「英米法の指導原理」Leading Principles of Anglo-American Law (一八八四年)、「英米法入門」An elementary treatise on the common law, for the use of students (一八九八年) は、いずれも学生のために著した書である。高柳賢三「ヘンリー・T・テリー先生の追想」『米英の法律思潮』海口書店、一九四八年、三二—三五頁。

- (12) 『東京大学年報』六五—六六頁「従来法学緒論ノ講義ハ第二年級ニ授ケンモノ唯一課ナリシカ之ヲ増設シテ三課ト為スニ至レリ而シテ穂積教授ハ法学通論ヲ余ハ羅馬法律ヲ第一年級ニ講授シ且ツ余ハ別ニ英国古代法律ヲ第二年級ニ講授セリノ羅馬法律ノ講義ハサンダル氏ノ翻譯ニ係ルジヤスチニヤン法典ヲ用テ教科書と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シメシハ無形物及ヒ義務ノ條目トス蓋シ英国法律上必要ナル關係アリセハナリ…」 <http://>

dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/813149を参照。

(13) Cf. The Institutes of Justinian, with English introduction, translation, and notes by Thomas Collett Sanders, Longmans, Green, 7th edition 1883. 同書は一八五三年の初版以来版を重ねており、定期的には第七版の頃にあたる。Sanders (1825-1894) は、オックスフォード大学 Balliol College の出身、古典学、ラテン語で優等の成績を修めた。一八五一年以来実務家として主に商事事件を扱った、とされる。

(14) 小柳春一郎「裁判所構成法原案起草者オットー・ルードルフについて」小柳春一郎・蕪山巖編著『日本立法資料全集94 裁判所構成法』信山社・二〇一〇年、二九七頁以下所収（「オットー・ルードルフ (1845-1922) について——東京大学ドイツ法講師から司法省顧問・裁判所構成法原案起草者へ（付・明治一八年九月『裁判所組織及裁判手続ニ関スル意見』）『獨協法学』七三号（二〇〇七年）」も参照）、この時期におけるテリーの帰国について、「テリーとの契約の期限切れを捉えて、新たにドイツ人教師を採用したいというのが当時の法学部の意向であった」（三二六頁）、とされる。

(15) オットー・ルードルフの来日の経緯について、小柳・前掲、三二三頁以下、東京大学法学部においてパンデクテン法学への期待が高まったこと、穂積陳重の影響が大きかったことが指摘されている。ルードルフ自身、三年間の契約での就任であったが、法学部で講義を始めて半年余りで、講義への情熱を失ってしまったことは、その書簡によってもうかがえる、小柳・前掲・三二八頁所掲のフリードベルク司法大臣宛の書簡を参照。翌一八八五（明治一八）年八月には司法省に雇替えとなり、裁判所構成法原案の作成に大きな役割を果たすことになる。一八九〇（明治二三）年一〇月離日。一九二二年没。

(16) 『東京帝国大学五十年史』五九四頁以下を参照。五九五頁以下に「東京大学法学部内二別課設立ノ儀ニ付建議」と題する長文の建議書が採録されている。設置の理由として、明治一一年から一五年にかけての東京大学法学部の卒業生の数は僅か三八名に留まった。まさに「需用ニ応ズルニ足ルト云フヘカラス」ということにあり、社会の要請に答えようとする趣旨で設けられたのであるが、結局二年で新規募集が停止され、一八八六（明治一九）年の帝国大学への移行にあたって、当該学科は文部省から司法省に移管された。なお、司法省法学校と東京大学法学部の合併によりそれぞれが、法律学第一科（仏語）と第二科（英語）となり、翌一八八七（明治二〇）年九月に「独逸法」が加えられ、英吉利部、仏蘭西部、独逸部の三部体制と

なっている。この間の学科制度の変遷について、一一二〇頁以下を参照。別課法学科について、矢田一男「明治時代のローマ法教育(一)」『法学新報』第四四卷三号、九一頁以下も参照。

(17) 別課法学科の授業科目は、『東京大学百年史』部局史一、三三三―三四、三九―四〇頁を参照。山崎利夫『英吉利法律学校覚書 明治前期のイギリス法教育』中央大学出版・二〇一〇年、三三―四頁。

(18) 「法科大学沿革談」『穂積陳重遺文集第三冊』二五一頁以下、二五三―四頁を参照。この「邦語教育」の中心をなしたのが、当時助教授であった土方寧であったとされる。当初講義を担当したのは外国人であり、邦人の教師も原書に基づいて講義をしていたのであるが、邦語教授を実現するために困難は「術語の翻訳」にあったとされる。

(19) 渡邊安積は、岩国の出身、一八五九(安政六)年八月二日―一八八七(明治二〇)年二月二三日。英吉利法律学校(中央大学)創設者の一人としても知られる。一八七四(明治七)年三月東京に出て東京英語学校、開成学校を経て、東京大学で法学を専攻。一八八二(明治一五)年七月卒業し、法学士。日報社員、農商務権少書記官、参事院の員外議官補および東京大学御用掛・准講師、英吉利法律学校創立に参画しその幹事を務めたが、一八八七(明治二〇)年に病没。年二九。渡邊安積編輯『羅馬法全』英蘭堂・一八八六(明治一九)年、復刻版『日本立法資料全集』別巻一一一、信山社出版・二〇一六年も参照。原田前掲二五二頁「Mackelley, Hunter, Poste, Sanders, Mackenzie等を基礎とした帝国大学の数年の講義の結実たる『羅馬法』を遺している」と評している。ただしこの「帝国大学」は「東京大学」と読み替えられるべきである。

(20) ここに登場する「マッケルデキ」即ち、マッケルダイ(Ferdinand Mackelley, 1784-1834)は、一八一七年以来新設のボン大学でローマ法教授を務めた。Lehrbuch der Institutionen des heutigen Römischen Privatrechts. 1814. その改訂版である Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. 1818. などの著者として知られる。これらの書は英語に翻訳され、英米においてよく読まれて、渡邊安積はおそらく英語版を参照していたのではないかと思われる。後注も参照。

(21) 渡邊安積『羅馬法全』巻頭「羅馬法序」にはこう記されている。「羅馬法の泰西諸国に尊信せらるること中世より現今に至るまで未だ嘗て一日も衰へざるなり而して近来我国に於て英仏独諸法の法律書の梓に上るもの汗牛充棟も啻ならずと雖も羅馬法に至りては寥寥晨星の如き者世の学者未だ之を攻究するの必要を感じずして其需要甚だ鮮きに由るか今夫れ歐洲に於て成

典の完備を以て鳴る者仏蘭西あり慣習自生の法を以て誇る英吉利あり法理の精緻を以て尚る者独乙あり然り而して此諸邦の能く其名声を博したる所以の者は職として模範を羅馬法に取りたるに源由せずんばあらず則ち羅馬法は今日文明諸邦の法律の淵源たることは欧米学者の常に称する所にして今更に喋々するを待たざるなり」として、穂積陳重の「万法帰一論」の一節を引きつつ、これを論拠として、さらに以下のように論じている。「然るに我邦の学者は特り英仏独の法律を講すべきを知りて而して羅馬法の大に攻めざるへからざるを知らざる如きは豈痛惜すへの至りにあらずや予曾て大学の囑托を受け羅馬法を講するに方りマッケルデキ ハンター ポスト サンダー マクケンジー諸氏の羅馬法書に拠り其大要を纂述したる者漸く積みて一冊子を成す頃日小閑を得たるに由り修正補綴を加へ以て世に問ふ。回顧すれば数年前予の東京大学に在り法律を学ぶの日科程中未だ羅馬法の設なかりしと雖も当時メイン オースチン氏等の法理書を講するに当り其論拠たる羅馬法に出づる者十の八九に居るを見て窃に羅馬法を講究せざるへからざる所以を感じたりしが其後幾何もなく大学科程中果して一科を置かるるに至り爾来諸私立学校に於ても之を教授するの必要を覚り現に此科程を設くるもの少しとせず。知るべし、本邦人が一般に羅馬法の価格を知るは其期決して遠きにあらざることを且つ方今洋語に達せざるの士適、羅馬法の講せざるへからざることを知るも而かも世間羅馬法書の邦語を以て綴りたる者甚だ希なるを以て講するの便を得ざる者あるへし。是れ予の謫劣を顧みず此書を公にする庶幾くは万一に裨益する所あらんか。然れトモ本書は固より書生科程の爲めに著述したる者にして沿革、人事、財産、契約の要旨を簡説するに過ぎず。若夫れ深く其蘊奥を研究せんと欲する者は他日羅馬法の世に尊信せられ良書続々上梓するの時を待つべきなり。明治十九年四月二十七日」(序一〇頁より抜萃、漢字は新字体に、ひらかな読みに替えた)。因みに、『東京帝国大学五十年史』五九四頁には、一八八四(明治一七)年「十月二十日渡邊安積に准講師を囑託」と記されているが、これは先の「序」に記されたことと符合すると思われる。別課法学科については前注も参照。

(22) 渡邊安積について、山崎・前掲書、一八、二四、三四、一三八―九、一五五、一六二、一六五頁。「渡邊安積 英吉利法学校幹事」『タイムトラベル中大125』 http://www.chuo-u.ac.jp/aboutus/history/pdf/timetravel125_036.pdf?1519361039489

(23) 以下『東京帝国大学五十年史』一一一七―一一四八頁を参照。ローマ法に関わる部分のみを以下に記す。一八八六(明治一九)年度「法律学第一科(第二科) 第二年 羅馬法一年間毎週三時」、「羅馬法 法理学 バリストル・アト・ロー(ミツ

ドル・テンプル) 穂積陳重 東京。一八八七(明治二〇)年度 「法律学科 英吉利部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時 / 仏蘭西部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時 / 独逸部 第一年 羅馬法 一年間毎週六時 / 第二年 羅馬法演習 一年間毎週三時」、「羅馬法、法理学 バリストル・アト・ロー (ミツドル・テンプル) 穂積陳重 / 独逸法学、羅馬法 ドクトル ユーリス (イエナ大学) バリストル・アト・ロー (カツセル) ハインリヒ・ワイペルト」。明治二二年になると、「明治二十一年十月法律学科及政治学科の学科課程を改正し、英吉利部、仏蘭西部及独逸部を改めて第一部第二部及第三部と為せり。」として、「第一部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時 / 第二部 第二年 羅馬法 一年間毎週三時 / 第三部 第一年 羅馬法 第一期、第二期 毎週六時、第三期 同四時 / 第一年 羅馬法演習 一年間毎週一時 / 第二年 羅馬法演習 一年間毎週三時」とされ、とくに第三部におけるローマ法の比重が大きくなっている。以上の『五十年史』の記事からうかがえることは、それまでの歴史的な事情も加わって、学科目編成が非常に複雑なものになっているということである。明治一九年度には、「羅馬法」は、法律学科第一科、第二科共通で二年次配当になっているが、当該の年度は実際穂積陳重自身によって講義が行われたのか、あるいは行われなかったのか微妙な問題が残る。さらに、明治二〇年度を例にとれば、ローマ法は、英吉利部と仏蘭西部では第二年配当で毎週三時とされる一方、独逸部では一年配当毎週六時とされ、少なくとも二つのローマ法講義が併行して行われざるをえない形になっている。しかも二年時には演習も科目になっている。この点をいかに調和させていたのか疑問の残るところである。その一方で、明治二三年になると、「明治二十三年に至り、……法典編纂の事業漸次進歩し、法典も逐次発布せられたれば、法律学科の授業は当然本邦法典を主とし、外国法は参考に資するに止むべきを以て同年九月法律学科及政治学科の科目に改正を加へ、法律学科を従来の如く三部に分けて組織する制を廃し、法律学科として毎年本邦法典其他を授け、猶別に参考科として外国法を授くることとし、参考科を第一部第二部第三部と為せり。」(前掲書一一四頁)。法典編纂事業の進展と共に、英法、仏法など外国法の授業が各部の参考科に位置づけられるようになり、相対的に比重が減じられていくのに対して、ローマ法は、「本邦法典」の講義と並んで、中心的な科目としての位置を示し続けている。

(24) 『東京大学五十年史』一一四二頁掲載の当時の教授助教教授の一覧を参照。

(25) 穂積陳重のローマ法講義についても、講述筆記録がいくつか知られている。森征一・岩谷十郎 / 監修 法文化研究会「帝

大生・安達峰一郎の「法学」ノート——『法律講義案集』の伝える明治中期法学教育——『法学研究』第七三卷一〇号（二〇〇〇年）七三一—二一〇頁 『羅馬法』（JR19 654 13）清水裕樹筆 一〇六一—一一〇頁。京都大学法学部図書室所蔵本（31911Ho11和装本714532）、同吉田南総合図書館所蔵本（図316111111三高和200021826680）、東京大学総合図書館所蔵本（L11:1940005733191）など。国会図書館に所蔵される、不破彦蔵手写『穂積陳重 講述』一八八九（明治三二年）、冊子体、一六一丁（請求記号322.315-H734r2 国立国会図書館書誌）。ID00000904794:info:ndljp/pid/1880330）及び穂積陳重講述『羅馬法講義筆記』info:ndljp/pid/1879760。ここでは主として参看し得た後者によりつつ、穂積陳重の羅馬法講義の内容を検討するにとどまる。講述筆記の年代は明示されていないが、欄外メモとして記されている日付から判断すると、明治二〇年九月から翌二一年六月にかけての講述ノートであると考えられる。縦罫線のノートに毛筆で記され、二一葉に及ぶ。筆記者も特定できないが、表紙見開きに「秋山定輔図書之印」が押されていることから、この筆記者が、後の「二六新報」主宰者であり、明治末の政界の黒幕としても知られる秋山定輔（1868-1950）その人である可能性が高い。秋山は明治二三年に帝国大学法科大学法律科の卒業とされることから、二〇年〜二一年にかけて穂積博士のローマ法を聴講したと考えておきたい。この秋山定輔所蔵印本の穂積『羅馬法講義筆記』からうかがえることを幾つか指摘しておきたい。当時学年暦は毎年九月一日に始まり、翌年七月一〇日までとされていた。この年の始業日の九月一日が日曜日であるので、一二日から実際の学年は始まった。講義筆記には講義日がすべて完全に記録されているわけではないが、明治二〇年〜二一年のカレンダーの曜日に当てはめると、第二回が「十五日」（五丁）とあり、その日は木曜日にあたる。あとの曜日との関連で、初回は一二日か、一三日のいずれかである。第四回（二二丁）、第五回（一七丁）のあと、次に日付として出てくる九月二九日（二〇丁）木曜日は一回の講義の分量から第六回目にあたると考えられる。九月末までにおそらく六回の講義が行われたと考えられる。九月ははつきりとはしないが、一〇月以後、曜日との対応を見てみると、授業自体は毎週月、火、木曜日の三日にわたるが、実際は毎週二回のことが多く、第一学期は一二月六日の火曜日で終わっている。因みに当時三期制が採用されており、第一学期は一二月二四日まで、二五日から翌一月七日までが冬期休業となり、九日から第二学期の授業が再開されている。第二学期は三月二二日まで、四月一日から七日までが春期休業で、四月は一二日以後火曜日乃至金曜日に週一回が三週と、回数が少なく、五月は

ほぼ毎週二回の授業が行われ、最後の日付が六月五日となっている。六月中旬以後に学年末試験が行われた。テキスト入力してみると、ほぼ一二万字を数える。記載の日付から知られる授業回数合計が四八回である。回によつて分量の増減があるが、単純に割ってみると、一回の講義の分量は二、四〇〇字ほどになると考えられる。なお当時の学年暦、学期については、『東京帝国大学五十年史』一〇〇三頁所収、分科大学通則中、学年学期休業に関する規定を参照。実際このような講義がどのような形式で行われていたか、陳重の長男、穂積重遠は次のように語っている。「講義の態度方法は各教授一人一様であり得る。筆者の学生時代（明治三七年—明治四一年）には筆記式の講義が多かつたが、それにもいろいろな遣り方がある。例へば穂積八束教授の憲法は一言一句を其儘筆記させる意図の「口を開けば文を成す」式講義であつた。……これに反して穂積陳重教授の法理学は一くぎり書かせては挿話はいるので、学生は時間中にノートを整理しアンダーラインを引き見出しまで附けることが出来た。」穂積八束教授の講義は自ら信ずる所人をして信ぜしずんば已まざるの意気込で、正に「権威を有る者の如く」であつた。穂積陳重教授は兄弟ながら全然対蹠的で、疑ふに勇にして断ずるに怯なる「学者の如き」講義であつた。現在に於ても或はこの二つの傾向があるであろうか。……大学の講義としては二つの態度はそれぞれに正しい。一は学生を感奮興起せしめ、他は学生を内容思索せしめる。」穂積重遠『東京帝国大学学術大観 法学部 経済学部』法学部総論六一—七頁。重遠先生は、陳重・八束兄弟の講義ぶりをこのように振り返っている。穂積陳重の羅馬法講義も法理学講義と同様のものではあつたのではないかと思われる。穂積陳重が担当した科目は、羅馬法と法理学の講義だけではなかつた。勿論年度により差異はあるが、そのカバーした範囲はきわめて広く、実際の講義負担もかなりのものがあつたのではないかと推察される。「当初は教授の数極めて少なかりしを以て、一人にて担任する学科目甚だ多く、余の如きも法学通論、法理学、英法各部、海法、羅馬法、民法原理、刑法原理、国際法、監獄法の多きに当たらざるを得ざりき。随つて其講義の粗略不完全は免るべからざる所なりき。然るに、其後教授の数も次第に増加したるにより、二十六年より講座制を採ることとなり、各教授其の専門に就き、研究講義共に完備の域に進めり」と当時を回顧している、「法科大学沿革談」『遺文集第三冊』二五六頁以下を参照。穂積陳重の民法原理について、小柳春一郎「穂積陳重と舊民法——民法原理」講義を中心に——『法制史研究』三一（一九八一年）、一〇五頁以下を参照。

(26) ヴァイペルトに関して、武内博「東京大学傭外国人教師・講師履歴書収録一覧」<http://rainichi20072.blog106.fc2.com/blog-entry-17.html> 149 ヴァイペルト。OAG (オーアーゲー・ドイツ東洋文化研究協会、ドイツ文化会館内) = Deutsche Gesellschaft für Natur- und Völkerkunde Ostasiens の <https://oag.jp/people/heinrich-weipert/> によれば、ヴァイペルトは帝国大学法科大学法学教師として、一八八六—一八八九年まで在籍、その後 Südkorea、Bordeaux で領事を務めた。一八八八年以後 OAG の正会員であった。ドイツの比較法学者コーラーなども関係があり、日本やアジアに関するレポートや翻訳を行っていた。なお、ヴァイペルトについては、石部雅亮「穂積陳重と比較法学」『比較法学の課題と展望』（滝沢正編集代表・大木雅夫先生古稀記念）信山社・二〇〇二（平成一四）年・一〇七頁、とくに二二二頁を参照。

(27) ヴァイペルト「羅馬法及法典編纂論」『法学協会雑誌』第五卷通号四一号（一八八七（明治二〇）年）一七一—四一頁。「法科大学教師独乙法律博士 ヴァイペルト氏演述、法科大学助教授 法学士 植村俊平通訳」とある。植村俊平は、一八六三（文久三）年生まれ、一八八六（明治一九）年東京大学法学部を卒業、一八八七（明治二〇）年に東京大学法学部助教授となっている。のち代言人となり、その日本銀行、住友本店支配人などを経て、大阪市長を務めた。一九四一（昭和一六）年没。

(28) ヴァイペルト前掲三二—三三頁。

(29) 前掲三七—三八頁。

(30) 原田「我が国に於ける外国法史学の発達」前掲書一九六頁、「帝国大学、東京帝国大学【明治三〇年六月以来】に於て羅馬法を講じた宮崎道三郎【担任明治二二年—二七年】は、法制史学者として羅馬法を講じた最初の学者であらうが、彼は羅馬法の専門家ではない。遺した羅馬法に関する研究も、「羅馬法の独逸に伝来したる始末を述」べた一篇【法協五九号六〇号六一号（明治二二年・二三年）】の外アイヒホルン伝【法協七三号七五号（明治三三年）】に於て註釈学派と後期註釈学派を語り、「古代売買ノ方法」【法協一二卷（明治二七年）九号】に於てマンキパチオ、人身売買に触れてゐる位に過ぎない」。明治二三年、二四年の詳細は不明であるが、矢田教授によれば、「明治二十三年度 第一 羅馬法 一年間毎週三時」「明治二十四年度 第一 羅馬法 一年間毎週四時（？）」とされ、明治二十三年度、二十四年度の担当者として、それぞれ「教授 法制沿革、羅馬法 法学士 宮崎道三郎 三重」、「教授 法制沿革、羅馬法、独逸法律史 法学博士 法学士 宮崎道三郎 三重」として、宮崎

博士の名前を挙げておられる、矢田前掲（二）九六頁を参照。なお、石井良助博士によれば、宮崎博士が明治二十一年に帰朝後「二十二年以来「日本法制沿革」（後に「本邦法制沿革と改む」）の講義を担当した」とされておられる、石井「日本法制史研究の発達」前掲書二八一頁を参照。『宮崎先生法制史論集』中田薫編、岩波書店、一九一九年。日本法制史の講義については、故沼義雄先生の東大学生時代のノートが、「日本法制史 宮崎法学博士述」として、日本大学図書館法学部分館に所蔵されており、貴重な記録となっている。

(31) 宮崎道三郎『比較法制史』上・下巻 日本大学総合学術情報センター所蔵、登録番号:nucin.1000100883。

(32) 宮崎の比較法制史の講義録はいくつか知られているが、その中で摂南大学所蔵本は、日本大学所蔵本が謄写刷であるのに対して、筆記者は不明であるが、インクによる筆記ノートを製本したものであり、冒頭に「教授法学博士 宮崎道三郎口授 比較法制史 完 於東京法科大学 乃卅四年九月至卅五年五月」と手書されており、明治三四年乃至三五年度の筆記録であることが知られる。

(33) 穂積陳重『羅馬法講義筆記』（秋山定輔蔵書印本）冒頭に記された「筆記者による目次記載事項を原則として残し、仮名送りを平仮名とし、漢字は新漢字として、明白な誤記の訂正を施し、欠けている箇所及び該当頁数を補っている。同史料の書誌については、前注を参照。この秋山定輔所蔵印本の穂積『羅馬法講義筆記』からうかがえることを幾つか指摘しておきたい。当時の学年暦は毎年九月一日に始まり、翌年七月一日までとされていた。この年の始業日の九月一日が日曜日であるので、一二日から実際の学年は始まったことになる。講義筆記には講義日がすべて完全に記録されているわけではないが、明治二〇年―二十一年のカレンダーの曜日に当てはめてみると、第二回が「十五日」「五丁」とあり、その日は木曜日にあたる。あとの曜日との関連で、初回は一二日か、一三日のいずれかである。第四回「二二丁」、第五回「一七丁」のあと、次に日付として出てくる九月二十九日「二〇丁」木曜日は一回の講義の分量から第六回目にあたると思われる。九月末までにおそらく六回の講義が行われたと考えられる。九月ははつきりとはしないが、一〇月以後、曜日との対応を見てみると、授業自体は毎週月、火、木曜日の三日にわたるが、実際は毎週二回のことが多く、第一学期は一二月六日の火曜日で終わっている。因みに当時三期制が採用されており、第一学期は一二月二四日まで、二五日から翌一月七日までが冬期休業となり、九日から第二

学期の授業が再開されている。第二学期は三月三十一日まで、四月一日から七日までが春期休業で、四月は一二日以後火曜日乃至金曜日に週一回が三週と、回数が少なく、五月はほぼ毎週二回の授業が行われ、最後の日付が六月五日となっている。六月中旬以後に学年末試験が行われた。テキスト入力してみると、ほぼ一二万字を数える。記載の日付から知られる授業回数の合計が四八回である。回によって分量の増減があるが、単純に割ってみると、一回の講義の分量は二、四〇〇字ほどになると考えられる。なお当時の学年暦、学期については、『東京帝国大学五十年史』一〇〇三頁所収、分科大学通則中、学年学期休業に関する規定を、「試業規定」に関しては一一〇七頁参照。実際このような講義がどのような形式で行われていたか、陳重の長男、穂積重遠は次のように語っている。「講義の態度方法は各教授一人一様であり得る。筆者の学生時代（明治三十七年—明治四一年）には筆記式の講義が多かったが、それにもいろいろな遣り方がある。例へば穂積八束教授の憲法は一言一句を其儘筆記させる意図の「口を開けば文を成す」式講義であった。……これに反して穂積陳重教授の法理学はくぎり書かせては挿話はいるので、学生は時間中にノートを整理しアンダーラインを引き見出しまで附けることが出来た。」「穂積八束教授の講義は自ら信ずる所人をして信ぜしずんば已まざるの意気込で、正に「権威を有る者の如く」であった。穂積陳重教授は兄弟ながら全然対蹠的で、疑ふに勇にして断ずるに怯なる「学者の如き」講義であった。現在に於ても或はこの二つの傾向があるであらうか。……大学の講義としては二つの態度はそれぞれに正しい。一は学生を感奮興起せしめ、他は学生を内容思索せしめる。」穂積重遠『東京帝国大学学術大観 法学部 経済学部』法学部総論六一七頁。重遠先生は、陳重・八束兄弟の講義ぶりをこのように振り返っている。穂積陳重の羅馬法講義も法理学講義と同様のものであったのではないかと思われる。穂積陳重が担当した科目は、羅馬法と法理学の講義だけではなかった。勿論年度により差異はあるが、そのカバーした範囲はきわめて広く、実際の講義負担もかなりのものがあつたのではないかと推察される。「当初は教授の数極めて少なかりしを以て、一人にて担任する学科目甚だ多く、余の如きも法学通論、法理学、英法各部、海法、羅馬法、民法原理、刑法原理、国際法、監獄法の多きに当たらざるを得ざりき。随つて其講義の粗略不完全は免るべからざる所なりき。然るに、其後教授の数も次第に増加したるにより、二十六年より講座制を採ることとなり、各教授其の専門に就き、研究講義共に完備の域に進めり」と當時を回顧している、「法科大学沿革談」『遺文集第三冊』二五六頁以下を参照。穂積陳重の民法原理について、小柳春一郎「穂積

陳重と舊民法―「民法原理」講義を中心に―『法制史研究』三二(一九八一年)、一〇五頁以下を参照。

(34) 以下講義筆記から抜萃しておく。なお、漢字は新字体、仮名は平仮名送りとし、一部句読点を補った。「彼の有名なる独逸「イエリング」が Spirit of Roman Law の冒頭に書して因り羅馬は二度世界に号令し三度万国を統一せり。第一は羅馬の隆盛の時に当り兵力を以て万国制伏せしめたりし (By force of Arms)。以て邦国の統一を為せり。第二回は帝国破壊の後に於て猶ほ教法の権柄を握り宗教の統一を為せり。第三回は中世以後欧州の諸国をして相率ひて羅馬法を継受せしめ以て法律の統一を為せり (Reception of Roman Law) 此「イエリング」は今にゲッチンゲンにて羅馬法を講義せる人にて此書は只に羅馬法の精神のみならず一般法律の精んとも云ふ可きなり。此の如く羅馬法は近世法律世界を統一せしを以て我々が法律を研究するの材料として尤も大切なるコトは云ふ迄もなく且羅馬法の勢力は未だ消ずして猶漸く将来世界に及ぶの勢力なり。予は万法帰一論を書きし中に云ひし如く此後開明諸国の法律は羅馬法の子孫なる可し。」「一丁」ここではイエリングの『ローマ法の精神』の冒頭を引用しつつ、「万法帰一論」と結びつけられている。「予は羅馬法を研究するに当り現今欧法の淵源を探ぐり且つ羅馬法の実績に由り法理学を研究するの材料となす積りにて之を研究するなり。左れば羅馬法を研究するの理由二あり一は立法上の必用なり。二は法理学上の必要なり。」

(35) 「立法上の必要」として、「羅馬法は欧州諸国現行法の淵源なり。其故に苟も欧州諸国現行法を理解せんとすれば、其淵源に遡りて羅馬法を学ばざるを得ず。」……「羅馬法を欧州に継受したるトキは羅馬尚ほ盛んなる時に限らずして其国亡びて後数百年を歴て諸国之を受けたるなり。」ローマ法が武力によるのではなく、「只其法の精神發達の整の羅馬法は性質上余程優等なる所あるを以て帝国亡たる後に至りて世に出でし」「羅馬法の価値あるコトは亡びたる後に世界に広がりたりとの事実が之れ羅馬法の美なる一証なり。」とする。「四丁」

(36) 「羅馬法は国際法の基礎となり」として、グロチウス『戦争と平和の法』に言及しつつ、「諸国交通の条規を論究するに悉く羅馬法を参考せしなり。…何故に羅馬法は万国公法の基礎となりしや之れ如何となれば昔日羅馬の版図は欧米諸国に跨りしかば従て羅馬国と羅馬国属隸の諸国との交通最も繁忙なりし。之れ数国の法律を規定すべき元「原」則に富めるを以てなり。」「五丁」

(37) 「法学上の必要」について、まず当時のサヴィニーの歴史法学、メインの歴史法学、オースティンの分析法学の方法論を対比しつつ、三者に共通するローマ法との関係に言及する。「此の如く欧州諸国に於ては独り羅馬法を継受したるのみならず其学をも継受せるなり。其後羅馬法研究の力を二変して其研究法は一方に於ては羅馬法を材料として法律に關する諸觀念を研究し一方に於ては其法を材料として法律沿革の道理を究政するの学派を生ぜり。近世歴史法学派の初祖なる獨立国の「ザビニー」氏の如きは羅馬法を以て其材料と為せり又近世歴史法学派の「メーン」氏の如きも此法を以て立論の基礎とせり。／又分析法学を盛大に起したりしジョン オースチン氏の如きも其材料は悉く羅馬法に採れり只法律学派の中に於て究理を論ずる自然法学派のみ羅馬法の実歴を頼まざるのみ。／之に依りて見れば羅馬法の研究は独り近世諸国の法律羅馬より傳來せりと過去の理由のみに在らずして羅馬法は過去に於けるも時來に於けるも法律學と稱する建物を建築するには欠く可からざるの材料なりと謂ふべし。」「五丁」

(38) ローマ法を必要とする理由は以下の四点にまとめられている。「(甲) 羅馬法は之と哲學者にして實際家を兼ねたる者の手に成りしものにして (Cato, Cicero, Greek Stoic School)、其用語甚だ嚴正なり。又其編纂批判の方法も亦能く整へり且つ原則に余程富みたるが上に實用も疎からず故に分析法学に取りては甚だ貴重なる材料なり。(乙) 羅馬法は近世文明諸国の法律の基礎たるを以て一度之を学びたる後は真に究易く諸国の法律を学ぶを得べし故に之を基として諸国法律を比較するに得るなり。然れば羅馬法は比較法学にも亦考重なる材料と云ふ可し。(丙) 羅馬法は其發生の年より發達死亡に至る迄一代記を為すものなり故に歴史法学研究には他に比類なき良材料なり。(丁) 羅馬法は前述の如く國際法の材料と為りしものなれば國際法を究たるものにも貴重なる参考なり。」「七―八丁」。「以上述べたる所は立法上學理と羅馬法研究の大切なるコトの最なるものなり。予曾て世界中の法律を分別して五大法と為せりコトあり。即ち印度法族、支那法族、回々法族、(ペルシヤ、インド、トルク) 英國法及び羅馬法族之れなり。而して此五大族の内自然の淘汰ありて或は基法律の範圍の縮小するあり擴張するありて遂に世界の法族は羅馬法族に一統するならんとのコトを述論せり。」とあるように、独自の「法律五大族」の考え方がここでも示されている。「法律五大族之説」『法学協會雜誌』第一卷一号、五号、『遺文集第一冊』二九二頁以下。松尾敬一「穂積陳重の法理学」『神戸法学雜誌』第一七卷二号(一九六七年)一頁以下、法律五大法族説については、とくに四頁以下。法律

も進化の法則を離れることがのできるのであれば、五大法族間でも「自然の淘汰」が行われ、まず滅亡することになるのは「支那法族」、次いで「印度法族」「回々法族」であり、「英国法族」はその中で「頗る広大なる者」とされ、「他日編典の拳」がなければ必ず「ローマ法族」に帰すべきとの予言も一概に否定できないとして、「英国法」を高く評価していることは、当該講義の趣旨にも通じている。松尾教授は、「万法帰一論」(『法学協会雑誌』一二号、『遺文集第一冊』三五九頁を参照)は、こうした議論の展開の背景に、時代への「危機感」を指摘され、「劣者の位置にあることの自覚の上に、いかにして劣敗を免るるかが考察される」ことを指摘される。

- (39) 穂積陳重「羅馬法を講ずるの必要」『穂積陳重遺文集第二冊』九〇頁、九一頁。初出『日本之法律』第拾四号、一八八九(明治二二年)二月掲載。『日本之法律』については、村上博「『日本之法律』にみる法典論争関係記事(二)」『法律論叢』第八〇巻四・五号二六七頁以下、解説を参照。同誌は一八八八(明治二二年)二月二九日創刊、発行元は当時ボワソナードのProjet、『法学協会雑誌』を刊行していた博文館である。『羅馬法講義』には以下のように記されている。「メーン」氏古代法理学に曰く我輩の羅馬法の研究を必要と為す所以は独り英国の之を継受したるが故なりのみにあらず、他日両国の法律は遂に一と帰すべき者なればなり独り両国の法律一途に帰すべきが故のみに在らず万国法律幼稚の時に在りて如何程其性質を異とするとも其発達するに従ひ漸く其規を一にすべきを以てなりと。之を要するに羅馬法は一方より見れば過去の法律にして一方より見れば現在の法と云ふ可く又之を未來の法律と云ふも過言にあらざるべきなり。／今日より見れば羅馬法は一時法典として貴重のみならず其歴史頗る貴重なり。故に予は中頃歴史を述べて中頃より規則正しく羅馬法を研究す可し。」と。「八一九丁」
- (40) Ferdinand Mackley, Lehrbuch der Institutionen des heutigen Römischen Privatrechts. 1814; Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts. 1818. このように一九世紀前半ドイツ法學文献がイギリスで読まれるようになった背景には、メインの「ローマ法と法學教育」に語られた時代の精神と呼応したものがと考えられる。分析法学で知られるオースティンは、一八二六年にロンドンのユニヴァーシティ・カレッジの法學教授に就任する以前にドイツに留學し、当時の現代ローマ法學、パンデクテン法學を踏まえて、分析法學の枠組みを構想したことはよく知られている。ドイツ法學のイギリスへの影響は、それ以前から、ティボー(Anton F.J.Thibaut)やマツケルダイ等教科書が翻訳されていた。サヴィニーの『現代ローマ法體系』

第一卷（一八四一年）が翻訳されるのも一八六七年のことである。その他の巻も継続して刊行された。Lord Mackenzie, *Studies in Roman law with comparative views of the laws of France, England, and Scotland*, 3rd ed by, Blackwood, 1870松野貞一郎／伊藤悌治訳『羅英佛蘇各國比較法理論』一八九一年（原著 9th ed., 1879に基づく）／ローマ法研究の成果を踏まえつつ／イギリス・フランス・スコットランド法を対照比較したもの。William A. Hunter, *Introduction to Roman law*, 4th ed., London Sweet & Maxwell; 9th ed. rev. by F.H. Lawson, 1934. 西川鉄次郎「羅馬法入門」『明法志林』一一〇号（一八八六年）。Peter Stein, *Legal Theory and the Reform of Legal Education* (1979), in: *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, 1988, p.234sq.; *Continental Influences on English Legal Thought*, 1600-1900, in: *op.cit.*p.224.このほかにも、イギリス人がパンデクテン法学に基づいて著した初期のイギリス法の書物とされるマークビーの著書も日本に紹介されていた。William Markby, *Elements of law: considered with reference to principles of general jurisprudence*, 2nd ed., 1874 Oxford 安藤一太郎・小野徳太郎訳『法理原論』巻之一・巻之二／巻之三日本立法資料全集別巻 323, 324 信山社・二〇〇四年。原著は、一八七〇年カルカッタでの講義をもとにしたもので、万国共通の法理の論究がその目的であるとされ、英吉利法律学校のテキストにもなっていた。マークビーは、スタインによれば、サヴィニーの熱烈な支持者であったとのことであり (Stein, *op.cit.*:241,224) イギリスの法学教育に欠けていた、法を原理の体系的論理的連関とする考え方を補充する役割がパンデクテン法学に期待されていた。ローマ法は一般法学の一部をなすものと考えられ、その法的概念、定義と分類、思考形式、内的連関ないし体系が重視されるようになっていた。こうした当時のイギリス法学のあり方が、穂積陳重の法理学講義はもとより、ローマ法講義のバックボーンを形成していた。石部雅亮「穂積陳重と比較法学」『比較法学の課題と展望』（滝沢正編集代表・大木雅夫先生古稀記念）信山社・二〇〇二（平成一四）年、一一四頁以下を参照。穂積陳重はもとより、渡邊安積をはじめとする所謂英法派の人びとにとってこうしたイギリス法学のあり方は共通の前提となっていた。

(41) 英語訳としては、Ferdinand Mackeldey, *Compendium of Modern Civil Law*, edited by Philip Ignatius Kaufmann, 2 vols. New York 1845（原書一二版に基づく）；*Handbook of the Roman Law*, 2 vols., translated by Moses A. Dropsie, Philadelphia, T. & J. W. Johnson, 1883.（原書一四版に基づく）が知られる。

穂積陳重のローマ法講義について（吉原）

(42) 穂積陳重が一二表法に大きな関心をもっていたことは、メイン『古代法』からの影響があったことはいまでもない。大正三年に末松謙澄による『ウルピアヌス法範』の刊行に当たって、同書に附録として採録された「十二表法全文並英佛獨等諸説対照」について後序を寄せている。「メイン」は「古代法論」の冒頭に題して曰く「世界に於て最も長命なる法制は法典に始まり法典に終はれり」と、是れ蓋し「ローマ」の立法は十二表法に其洪源を発し、「ユスチニアヌス」帝の「ローマ」全法典に完成したるを謂ふものなり。」という言にもうかがえる。

(43) 一二表法を講ずるにあたり、実際いかなる文献が参照されたか、いくつかの手がかりがないわけではない。一二表法の復元研究はもとよりゴッフレドゥス Jacques Godefroy (Godofredus, 1587-1652) の遡る。Fontes quatuor juris civilis in unum collecti, puta : Legis XII. tabularum fragmenta quae supersunt, una cum ejus historia... notis et glossario ; Legis Juliae et Papiae fragmenta; Edicti perpetui ; ut et Sabinianorum ordo seriesque... auctore Jacobo Gothofredo,... [Esaia Colladone edente.] Edition : Genevae : sumptib. J. A. et S. de Tournes, 1653. 講義の中にも語られるように、本格的な復元研究は一九世紀に入ってからのものである。この頃「独逸学者」として、ドイツの「デュルクゼン Heinrich Eduard Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente, von Heinrich Eduard Dirksen, J.C. Hinrich, 1824; R. Schölle, Legis Duodecim Tabularum Reliquiae, Leipzig, 1866; M. Voigt, Die XII Tafeln-Geschichte und System des Civil-und Criminal-Rechtes, wie Prozesses, der XII Tafeln nebst deres Fragmenten, Leipzig 1883など」が想起される。実際、各表の説明するにあたり、例えば第一表では冒頭に「現今迄に遺存するもの九ヶ条」のような復元された法文の数を挙げている。各表の復元法文数とともに、それぞれの法文の配列に近いのは、フランスのオルトラン Joseph-Louis-Elzéar Ortolan (1802-1873), Histoire de la législation romaine, depuis son origine jusqu'à la législation moderne; suivie d'une généralisation du droit romain, et de l'explication historique des Instituts de Justinien, d'après les textes anciennement connus, ou plus récemment découverts. 1869. これが英語訳として The history of Roman law : from the text of Ortolan's histoire de la législation romaine et généralisation du droit (edition of 1870) : translated with the author's permission and supplemented by a chronometrical chart of Roman history, by Htudus T. Prichard and David Nasmith, 1871, William S. Hein,

2008 (reprint) もあり、末松訳の配列は、オルトランのそれに原則として準じており、各法文の注釈にあたる「諸説対照」に用いたいわゆる「才本」がこれに該当する。もとより『羅馬法講義』における一二表法の講述内容には、独自のアレレンジがほどこされている。

(44) 穂積陳重「沿革法理一斑 法律の發達は助法に始まり主法に成るを論ず」『明法志林』第八冊第八七号(一八八四(明治一七)年十一月五日發行)、百二十九頁以下、『遺文集第二冊』九頁以下所収。「古代は訴訟法を以て法典の冒頭に置き助法を主として主法を客とせるは既に上に陳へたる如し。碩学「メイン」氏其理由を論して曰く古代の未開社会にありては人民互に腕力を以て自己の利益を保護し苟も他人に害を為す者あるトキは或は生血を以て其損害を償はしめ或は腕力闘争によりて之が賠償を強迫す。而て一たび法廷の設あるや人民一切の紛議を裁判すへき一大制度を生したるを以て苟も一の争議ある毎に直ちに之を法廷に告訴す。而て未開の人民は争議常に風を成し闘争息む時なし。此の如き時代には人民法廷の必用を感ずるコト最も深し。而て人民稍や進歩して紛「百五十四頁」争の風減少するに隨ひ法廷の要稍く減少し人民高等の開化に達し人民法律を遵奉し秩序を尚ぶの風生する時は法廷の価直一層減却し竟に制裁に関する法を法典の終尾に付くるに至るなり。是れ羅馬十二銅表に於ては法典の首部を占めたる訴訟法も「ジャスチニヤン」帝の「インスチチュート」法典には巻尾に位せる所由なりと。此説頗る精確なるは論を疎たず然りと雖トモ古代の法典中の助法が主法の前に出たるの理由は主として助法の主法に先て起りたる沿革上の原因によるもの如し。」(仮名送りを變更してある)。

(45) 穂積陳重の一二表法への大きな関心は、メイン『古代法』に想を得ているように思われる。『古代法』第一章「古代法典」では、原始社会に現れる法及び法觀念の原型から慣習が生まれ、文字の發明により古代法典に結晶化するのであり、一二表法はその典型である、とされる。それに続く章で、法典の形式に固定された古代法が社会の進歩とともに変化發展を遂げるための手段は、法的擬制、自然法及び衡平、立法と三種あるが、メインの関心はとくに成文法の問題に向けられ、古代法典の典型としての一二表法が随所でその立論の基礎とされている。Sir Henry Maine, *Ancient Law*, 1861, introduction by Prof. J.H.Mogan, Everyman's Library, 1965を参照。『羅馬法講義』の「十二銅表」の解説は、当時一二表法研究の動向も踏まえながら、独自の解釈を試みようとしたものといえよう。穂積陳重の一二表法への関心は、末松謙澄訳『ウルピアヌス羅馬法

範』帝国学士院、一九一七(大正六)年の後序にもうかがえる。

- (46) Savigny, Friedrich Carl von ' Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1814; Thibaut und Savigny. Ihre Programmatischen Schriften, hg. von Hattenhauer¹. 1. Aufl., 1973; 2. Aufl., 2002. 守矢健一訳「F. C. サヴィニ『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(その一)『法学雑誌』第五九卷二号(二〇一一)一頁、(その二)第六〇卷一号五九頁、とくに六〇頁以下を参照。穂積陳重「サヴィニー、ティボーの法典争議」『法窓夜話』岩波文庫、三四四頁以下。

- (47) 穂積陳重『祖先祭祀と日本法律』有斐閣、一九一七(大正六)年を参照。同書は一八九九年にローマで開催された万国東洋学会での英語による講演を邦訳したもの。メイン、クーランジュにも言及されている、四四頁。問芝志保「祖先祭祀の「文明化」：穂積陳重を事例として」『宗教研究』第八八卷一号(二〇一四年)、二五—四七頁。

- (48) Glück, Christian Friedrich Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld : ein Commentar für meine Zuhörer, J.J. Palm, Erster Theil, 1797, S. 1ff. なお、Glückの注釈本は現在 Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Digitale Bibliothek, <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/> にも収録されている。

- (49) 『羅馬法講義』九九—一〇〇丁。「古代の法律は未だ宗教と分化せずして法律の禁令は屢々宗教の教文中に掲げたるなり。又立法権を直接間接に神に帰せし時代あり。ヌマ ライカーガス「リクルゴス」メニュー「マヌ」モゼス「モーセ」法典等の如し。又法律の学識も中世迄は僧侶に帰せり。加之ならず古代の法律は祖先の「九九丁裏」祭りの制度に基き之を作りしものにして家長婚姻等の制度たりとも皆祖先の祭祀を絶たざるが為めなり。／羅馬にても十二銅表発布の時迄は法律の智識は貴族の占有する所たり。而して貴族なるものは宗教儀式等に尤も通ぜしものなり。羅馬の公法私法は皆祖先を祭ると云ふコトより出でしなり。／斯の如き有様なりしが故にウルピヤンの時代に於ても宗教法律の区別未だ全く立たざりしなり。之れ法律学の学者の罪にあらずして法律其れ自身の然るに由れり。故に此時代の法律学は必要上神事及び人事の智識となる所以なり。左れトモ只神事人事と云ふのみにては広きに失するが故に定義の下半に於て正不正の学即ち適法不適法を知るの智識とせるは頗る穏当なり。独逸学者 Glück (Pandekten I) の説に由ればウルピヤン「一〇〇丁表」の神事と云へるは即ち宗教法を指せ

るものなりと。而して人事と云へるは通常の法律 (common law) を指せりと云へり。之れ或は然らん。左れトモ余はウルピヤンの説を解して前述の如く之を見んと欲するなり。／前のウルピヤンの定義は非常に有名なるものなり。／ウルピヤン「の」定義の弁護人中に笑ふ可きはポロックの説なり。氏はむりやりに之を弁護して曰く此定義中の第二段は正と不正とを見分る学問なりとの意にして上段は connect にあらずして discriminate にして神事と人事とを区別するの学問なりと大に無理なる弁護を為せり。」

(50) 穂積陳重「婚姻法論綱」『明法志林』第一四、一五号 (明治一四年)、二〇、二三号 (明治一五年)、『遺文集第一冊』九六頁。

(51) 穂積「婚姻法論綱」『遺文集第一冊』一〇〇頁にも同趣旨のことが語られる。

(52) 穂積「婚姻法論綱」『遺文集第一冊』一〇六頁。

(53) 一五二丁「右の四段を経るものなり。抑も原社会に於ては人々自立の力に乏しく故に水草を逐ひ漸く生を繋ぐの時代には女の数は必定減少なりし。之に於てか数夫一妻の制と為りたるなり。之れの制は余程広く行はれしには相違なし。其後稍進んで秀でたる人々は一夫数妻の制を経りたる等の事もありたる可し。然れトモ之れ少数の富強者の間にのみ行はるる可き筈なり。其れより一夫一婦の制と為るコトにて之れ尤も進歩発達せるトキに起るなり。」

(54) J.J.Bachofen, Das Mutterrecht : eine Untersuchung über die Gynaikokratie der alten Welt nach ihrer religiösen und rechtlichen Natur, Stuttgart : Kraiss & Hoffmann, 1861. 吉原達也・平田公夫・春山清純訳『母權制』上・下巻、白水社、一九九二—一九九三年。バハオーフェン、マクレナン、モルガン等の当時の家族史研究の状況について、差し当たり、中川善之助「婚姻と家族の理論—その起源に関する学説史—」穂積先生追悼論文集『家族法の諸問題』有斐閣 (東京)、一九五二年、一—三二頁、青山道夫『近代家族法の研究』有斐閣、一九五二年、清水盛光『家族』岩波全書、一九五三年、青山道夫「家族学説の諸問題」『家族 家族問題と家族法Ⅰ』酒井書店、一九五七年、一三—五五頁、『続近代家族法の研究』有斐閣、一九七一年に収録。江守五夫『歴史のなかの女性』彩流社、一九五五年。

(55) 「母法 Mutterrecht」「子法 Tochterrecht」をめぐって、穂積陳重『法窓夜話』岩波書店、一九八〇年、跋、三六六頁、

「六三 舶来学説」二二六頁、二二九頁及び所掲の注記、三八八頁。中田薫「母法、子法なる熟語に就て」『法制史論集』第四卷、一九六四年、二九八頁を参照。

(56) John Ferguson McLennan, *Primitive Marriage*, Edinburgh Adam & Charles Black, 1865.

(57) L.H.Morgan, *Ancient Society Or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery through Barbarism to Civilization*, MacMillan & Company, London, 1877. 青山道夫訳『古代社会』上下巻、岩波文庫、一九五八年。

(58) L. Numa Denis Fustel de Coulanges, *The Ancient City: A Study on the Religion, Laws, and Institutions of Greece and Rome*, Boston/New York, 1877; *La cité antique* (Champs, 131) Flammarion, 1984. 田辺貞之助『古代都市』白水社、一九六一年、新装復刻版二〇一一年。

(59) Maine, *Ancient Law*, p.128-129.

(60) ワイペルト前掲三三―三四頁、「又立法ノ業ハ至難ニシテ如何ニ意ヲ用キテ作りタル法典ト雖トモ誤謬欠点ナキヲ得ザルハ殆ンド疑フ可ラズ請フナポレオン法典ヲ見ヨ。該法典中ニハ物権人權ノ差異ニ関スル定義解説ヲ全ク欠ケリ。然ルニ該法典中ニ採用シタル羅馬法ノ規則ハ右二種ノ權利ノ区別ニ基ケリ。又一千一百七条ニ当然無効ノ契約ノ事并ニ契約取消ノ訴訟ヲ記載セルハ明ニ羅馬法ニ在ル *Ipsa jure* 及ヒ *Ope exceptionis* ノ区別ニ従ヒタルエナリト雖トモ民法典ニハ此区別の結果ニ関スルハ一モ規定スル所ナシ。然ニ羅馬法ニテハ二者ノ区別ヨリ生ズル効果ハ甚タ多シ斯ノ如キ場合ニハ羅馬法ニ就テ研究スルノ外ハ他ニ拠ル所ヲ発見スルヲ得ズ。又実ニ民法典ノ起草者ブーレーユ及ビマンビューハ自ラ其草案中ニ誤謬欠点ノ多カルベキヲ知りテ之ヲ研究スル者ハ須ク普通法性法法律言論ヲ参照スベキコトヲ勸メタルモ其真意ヲ探グルニ必竟羅馬法ヲ参考スベシ云フニ過ギザルナリ。」

(61) 穂積重行『明治一法学者の出発』一五一―二頁。ミドル・テンプル法曹院で、穂積陳重は「ブラキス氏」による「羅馬法沿革史」を聴講した。「ブラキス」とは、穂積重行氏は、『神聖ローマ帝国』（一八六四年）の著者としても知られる、オックسفード大学の欽定ローマ講座教授 James Bryce (1838-1922) とされてゐる。

(62) P. Stein, *Maine and legal education*, in: Allan Diamond, *The Victorian Achievement of Sir Henry Maine: A Centennial*

Reappraisal, Cambridge University Press, 1991, p.200. 山崎利夫『英吉利法律学校覚書』一四五頁注24を参照。

(63) Sir H. S. Maine, *Village Communities in the East and West*, New York, 1876 3rd. ed., p.330 sqq. 初出は『Cambridge Essays for 1856』記されている。メインの「ローマ法と法学教育」については、内田力蔵『法改革論』『内田力蔵著著作集』第二巻、一五五頁以下（「4 サー・ヘンリー・メインとイギリス法の「法典化」」、とくに一六八頁以下を参照。

(64) Maine, *op. cit.*, p.332.