SIHDA 大阪大会報告概要集

※大阪で開催された国際学会 SIHDA 第 77 回大会における講演・研究報告のうち、邦語（1 件のみ英語）での寄稿に応じた発表者から、概要の提出を得た。以下では、報告の要旨、読み上げ原稿邦訳版、当日の質疑やその後の思索など、各自随意の内容・方針にて執筆された「概要」と称して、発表順でひとまとめに掲載する。

なお、本誌では、別途、同大会に聴講者、司会者、運営スタッフなどそれぞれの立場で参加した方々から寄稿された「参加記」も収録しており、適宜、参照されたい。

近代日本におけるローマ法研究の始源へと遡及する

大久保健晴

2024 年 9 月に開催された SIHDA Osaka 2024、初日のオープニングセレモニーで、私は基調講演をつとめさせていただきました。伝統ある国際会議がはじめて日本で開催されるという、記念すべき研究大会において、大役を仰せつかりましたことを、誠にありがたく、光栄に思っています。心より御礼申し上げます。

当日は、“The Influence of Roman Law Studies on Building a Nation-State in Modern Japan” というタイトルで講演をおこなった。日本はペリーの黒船来航による「開国」以降、ドイツやイギリス、フランス、アメリカの学問や法制度をとりいれるなかで、近代国家を建設した、とよく指摘される。しかし徳川日本では、オランダとの交易・交流を通じて、すでに 18 世紀より蘭学が勃興していた。この蘭学の伝統こそが、明治期以降の学問や政治体制の基礎をつくりあげた。それが、私の研究の見立てである。若き日の福澤諭吉や大村益次郎、

長與専齋らが大坂の地で蘭学修業に励んだ、緒方洪庵の適塾は、まさにその象徴といえる。

適塾は、初日の会場となった大阪市中央公会堂から、橋を渡って歩いて 3 分のところにある。偶然ではあるが、運命的なものも感じた。海外から SIHDA Osaka 2024 に参加された方々に、なぜこの場所に集うのか、日本近代の揺籃の地をご紹介できただけでも、オープニングアクトをつとめる私の責任の一端は果たせたのではないかと感じている。

そして、近代日本における本格的なローマ法学との出会いもまた、オランダ法学との接触を出発点とする。それが、明治初期に自由民権運動に携わり、大隈重信とともに早稲田大学（東京専門学校）を創設したことで知られる小野梓が著した、『羅瑪律要』(明治 8-9 年）である。同書は、オランダ・ライデン大学教授ハウドスミット(Joel Emanuel Goudsmit)のローマ法研究 *Pandecten-systeem* (1866) の英訳版(translated by R. de Tracy Gould, 1873)を「纂訳」した作品である。明治初期のローマ法学受容については、すでに佐藤篤士先生や福島正夫先生、林智良先生をはじめとした方々による素晴らしい先行研究が存在する。この講演では、そうした研究を導きとしながら、政治思想史の視座から分析を加えた。

『羅瑪律要』で小野はいう。明治維新以来、法典編纂が緊急課題として浮上するなか、フランス民法など西洋諸国の法律の紹介が進んでいる。しかし今、必要なのは一度立ち止まり、ローマ法に遡って、西洋法制の「泉源」を解明することである、と。

ハウドスミットのローマ法学は、19 世紀オランダ自由主義の影響のもと、ドイツ歴史法学に深く依拠しながら、同時に強い実践的

関心に貫かれていた。小野はこのテクストと取り組み、西洋法制の「泉源」であるローマ法に遡及するなかで、その根底に横たわる「衆民自治」の政治文化と、「法理」としての「民権」論に触れた。

法典編纂の時代、『羅瑪律要』の纂訳を機に法制官僚として明治政府に出仕した小野だが、しかしそこで直面したのは、家父長制的な家族制度が蔓延る、「民法なる意想」が未成熟な東アジアの法文化であった。共和政ローマとは異なり、Civil Law の伝統なき「異俗殊習の大東洋」において、いかにして「民人の権利」を確立できるのか。

以上の問題意識のもと、小野はあえて「顕微鏡」を用いて、古代日本の法的伝統にまで遡りながら、「民権の命脈」を発掘しようと試みた。それが、明治日本に燦然と輝く政治学の不朽の名著『国憲汎論』（明治 15-18 年）の第 12 章「本邦古代の民権を溯源す」である。この書のなかで小野は、『日本書紀』や『貞永式目』の再解釈を通じて、そこから「立憲の萌芽」を探り出すことにより、新たな「衆民自治」の伝統を創出しようと企てた。こうして小野は、ローマ法学に導かれながら、「法と歴史」をめぐる思想課題と格闘するなかで、「民人の権利」に根差した立憲政体を構築しようと力を尽くしたのである。

明治憲法の起草に参画した金子堅太郎は後に、小野梓の『国憲汎論』について、「伊藤公も深く之を熟読」しており、「日本憲法が小野君の力に負ふ所大」であると語った。ただし小野は憲法制定の 3 年前に、この世を去っている。

小野との比較で興味深いのが、憲法発布とともに欧州留学から帰国し、帝国大学法科大学教授に就任した穂積八束である。穂積は小

野と同様に、歴史法学的な視座から「国体」を「歴史の成果」「民族の確信の結晶」と捉えた。しかし小野とは対極的に、むしろキリスト教以前の古代ローマの「家制」のうちに、日本の家父長制的な「祖先教の国風」との共通性を見出し、それを高く評価した。そして、「権利」とは「国権の賜にして、服従の成果」であると指摘し、むしろ「強大な主権」に基づく「血族同和の国家」のもと、臣民の「忠誠奉公の精神」を強化するなかではじめて「世界の生存競争に対峙」できると唱えた。

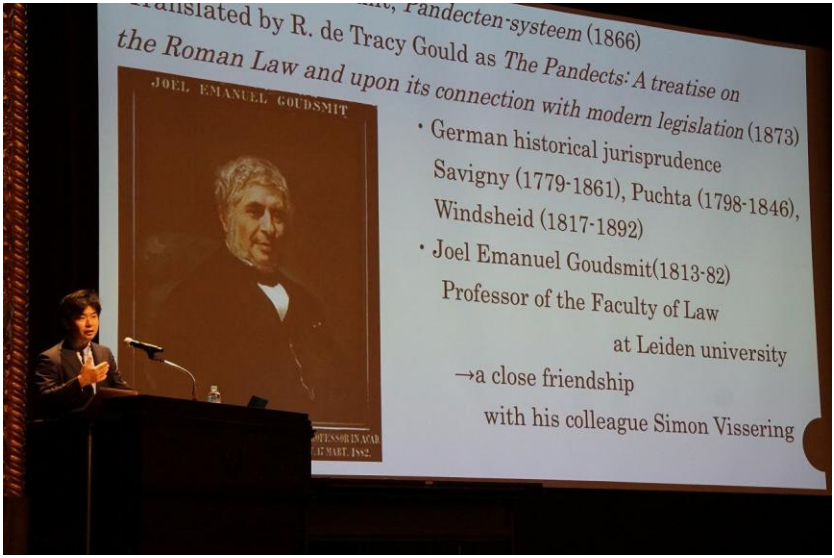
小野梓と穂積八束。どちらの古代ローマ理解が正しいかは、ここでは問わない。重要なのは、両者の共通性である。小野と穂積はともにローマ法学との接触を契機に、ヨーロッパとの比較のもと、歴史を遡り、その成果を自らが生きる社会の法的伝統の内側から捉え直すことによって、「日本」という nation の物語の上に近代国家の法体系を確立しようと構想した。ここに、19 世紀後半の日本をはじめとした非西洋圏においてローマ法研究が有した、一つの大きな政治思想的意義がある。

会場となった大阪市中央公会堂は、明治の終わりから大正にかけて、岡田信一郎や辰野金吾、片岡安が設計に携わった洋風建築だが、しかしそれは単なる西洋建築の模倣ではない。そこには、地震が多く湿気がある日本の自然環境や土壌にあわせて、様々な意匠や技術的な工夫が凝らされていると聞く。立憲政体の建設に挑んだ明治日本の法学者たちの苦難もまた、同様であった。小野梓らによるローマ法学との知的格闘の上に現代日本の政治社会が築かれたことを思えば、今回、SIHDA がはじめて日本で、それも大阪の地で開催されたことの価値は計り知れないものがある。

シンポジウムでは、多くの方々から、たくさんの貴重なご質問やご教示を賜り、さらに今後の研究の励みとなるありがたい言葉をかけていただいた。深い感謝の意を述べさせていただきます。

翌日の学会も参加させていただいた。それぞれの分科会で、多言語を駆使しながら展開される、刺激的で先鋭的な研究報告と議論に触れ、明治初期だけでなく、21 世紀の今もなおローマ法学、そして古代法研究が、色鮮やかに生き生きと私たちの生活と深く関わりながら隆盛していることを、強く再認識した。

SIHDA Osaka 2024 実行委員会代表の林智良教授、シンポジウムの司会をつとめてくださり、報告に際して多大なるお力添えをいただいた五十君麻里子教授、佐々木健教授をはじめ、大会運営に携わってくださった皆さま、ご参加いただいたすべての方々に、心より御礼申し上げます。本当にどうもありがとうございました。



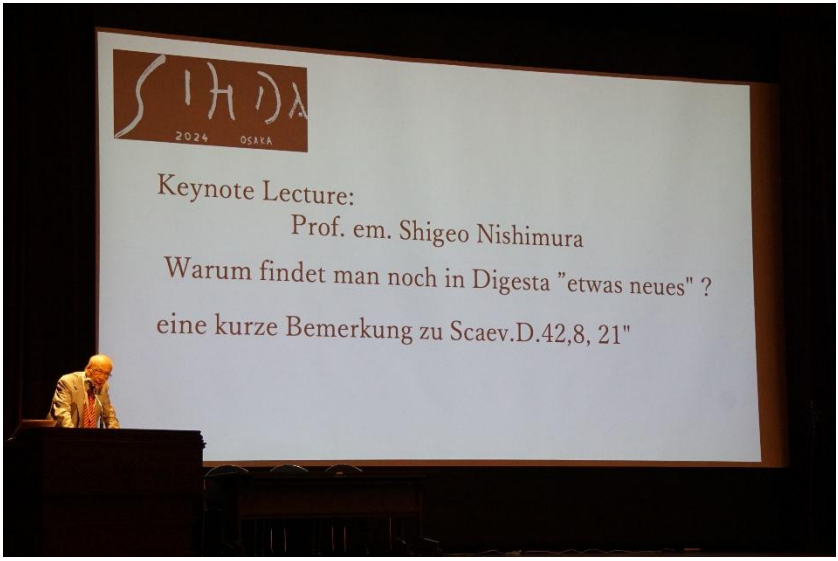
初日講演「Warum findet man noch in Digesta “etwas neues”? eine kurze Bemerkung zu Scaev. D. 42, 8, 21？（なぜ、学説彙纂になお新しいことが見いだされるのか（Scaev. D. 42,8,21 の一考察））」要旨

西村重雄

中世法学以来殆ど議論の対象とならない Scaev. (1. Resp.) D. 42,8,21 は、債務者が質を設定した土地の境界確定について隣地持主と詐害的和解を締結した場合、債権者がその詐害行為を知らずに、質付債権を売却した場合は、その買主が隣地持主を相手に、詐害的和解の取消し、新たな境界設定を請求できる、と理解すべきものと思われる。そうであれば、（Pap. D. 46,3,96 pr.と同様に）、単独債権者の詐害を原因とする詐害取消特示命令の一例と看做すことができ、また、（パンデクテン法学で激しく争われた「特定承継人への取消権承継」問題に関し）債権者が取消権の存在を知らない場合にも債権買主が取消権を承継する事例（すなわち、取消権存在の認識がない場合に「処分による法定追認」の効力がないことを明言する貴重な法文）として理解しうるであろう。

Sirks ハイデルベルク大学講演（2018）は、法制史学方法論に関し、法制史は（歴史学に属するとするモムゼンとは異なり）法律学に属するものであること、また、法解釈に関する Gadamer 所説を評価し、これらを我々は全面的に受け入れるとしても、なお、人間による事実の認識、言語の解釈について、しばしば主体的価値判断を伴うことを認めざるをえないなど、多くの基本問題が未解決に残されていることを指摘する。「客観的に認識・確定された事実に対する、

法規の客観的適用」という近代的法適用理論はもはや確かなものではないことは、既に知られているが、「法的判断」の独自性とその価値を正面から肯定する必要があろう。哲学者達の幾多の尽力にも拘らず「認識」論を巡る今日の状況は、紀元前インドの「群盲像をなでる」の譬話において提起の問題が未だ克服されておらず、従って、今後も「なお新しいこと」が学説彙纂法文に見出されることを示すものであろう。



VR presentation of Ostia Antica と舞台裏

小川拓郎

本企画は、SIHDA Osaka 2024 の初日に計画され、２世紀ごろのローマの街並みを良く残しているオスティア遺跡を、会場の方々と共に仮想空間上で巡るという前衛的なものであった。オスティア遺跡では、九州大学をはじめとした日本の研究者グループによって、レーザースキャニングを主軸とした現地調査が１０年以上継続されてきており、都市規模の３Ｄデータを蓄積していることから本企画につながった。この研究者グループに、佐々木健教授がローマ法の立場から、筆者が古代ローマ建築の立場からそれぞれ参加していた。

古代ローマ都市を可視化する学術的な試みは、オスティア遺跡では 1911 年に Dante Vaglieri 所長の下で気球から撮影されたと思われる航空写真に端を発し、その後は 1949 年までに建築家 Italo Gismondi によって測量された遺跡全体図面が現在まで引き継がれている。日本隊によるレーザースキャニングは 2024 年 11 月に現場作業を完了して報告の準備に移っており、Gismondi が築き上げた測量データの後継となる可能性がある。このデータは仮想空間上に複製されたオスティア遺跡と言って良く、学術的な利用価値はもちろんのこと、現地に行かずに疑似的に遺跡を探訪することもできる。この探訪を応用した最初の試みが、SIHDA Osaka 2024 の本企画であった。

本番当日は、VR ヘッドセットを装着した体験者が筆者の解説のもと仮想空間上のオスティアを巡り、体験者が見ている風景をスクリーンに映し出すことで、会場も一体となって現地探訪の感覚を味わうというものであった。スケジュールの関係から、舞台上で事前

の練習をせずに本番を迎えた。当日は大いに楽しんでもらえたと受け取っているが、そこに至るまでに多くの方々のご助力があったので、筆者から舞台裏について触れさせていただき、備忘録としたい。

筆者の記憶の限りでは、2019 年にヘルクラネウム遺跡のモザイク・アトリウムの家にて佐々木健教授、堀賀貴教授らと共に現地調査を行っていた際に、SIHDA にて 3D データを使用したプレゼンテーションをお願いする可能性がある、とのお話を佐々木教授より受けたことが本企画の始まりだったように思う。その後すぐにコロナ禍に入り、苦しい時間を過ごしたことは、もう遠い過去のようだ。コロナ禍が明け始めた 2022 年に五十君麻里子教授と出会い、本企画は佐々木教授と五十君教授のご両名に支えられながら、内容を少しずつ具体化し、並行して九州大学都市・建築史研究室（堀研究室）の大学院生（林氏、瀧本氏、佐伯氏、小田氏、加藤氏、高瀬氏）のご助力を経て、データの構築が進められていった。2024 年 7 月に五十君教授立ち合いの元、VR ヘッドセットを装着しての仮想空間探訪が試行され、VR センサーの予期せぬ不具合の可能性と、VR 酔いによる問題がそれぞれ顕在化した。前者の問題は、冒頭に 5 分の動画を流すことで VR 設備の準備・調整時間とし、動画の BIM を VR 探訪でも途切れなく流すことで、動画と VR 探訪による演出が有機的につながるよう努めた。当日は実際にセンサーの不具合が発生し、PC の再起動を本番の舞台上で行っていたため、冒頭動画には大いに助けられた。後者の問題は、カメラレンズ 50mm 程度の視覚情報を 16:9 の長方形で切り抜いた際に、VR 体験者の視界の動きが強調されることで起こる酔いで、VR 体験者の視界と会場の方々へ映し出されているスクリーン上の視界を切り離し、それぞれ別の PC を

使って投影することで対処した。会場のスクリーンで目にする景色は、カメラレンズ 24mm 程度の広角による景色であり、視界が広いために手振れのような効果は感じにくく、酔いの問題は確認されなかった。舞台上では VR 体験者の動きに合わせて、別の PC 上で会場のスクリーンに映し出す景色を操作しており、VR 体験者が見ている景色をあたかも会場のスクリーンにそのまま映し出しているかのように見せかけた。この影真似を感じさせないことが、会場での VR 探訪の臨場感を高める鍵となった。以上の要素を織り交ぜながら、学術的な発表とは一風変わった経験をさせていただけたことは、当日共に舞台に上がり発表を補助して頂いた大学院生をはじめ、筆者にとっても貴重な機会であった。

最後に、会場となった大阪市中央公会堂についても触れておきたい。大阪市中央公会堂は設計原案を岡田信一郎、実施設計を辰野金吾と片岡安が務めた建物で、岡田信一郎は大正・昭和初期の日本の様式建築に優れた成果を残し、様式の天才と称されたが、病弱のために生涯外遊することはなかった。そのような人物が設計原案を務めた本建物において、西欧様式建築の根の一つである古代ローマ建造物・都市を、仮想空間上の探訪としてその舞台に上げたことに、言語化し難い不思議な縁を感じた次第である。

本企画においては、SIHDA Osaka 2024 実行委員会代表の林智良教授をはじめ、五十君教授、佐々木教授、献身的にサポートいただいた大会運営の皆様、大学院生の皆様、また、大会後にローマ第三大学にご招待くださった Bertoldi 教授らに感謝の意を申し上げ、本エッセイの結びとしたい。

D. 5.3.19.2: 相続回復請求と「宣誓した」こと

佐々木健

本報告では、学説彙纂 5 巻 3 章 19 法文 2 項（『告示註解』20 巻より抜粋、以下では史料①と略記）において法学者パウルスが述べる、「占有者は所持しているが返還を請求できない物も、相続回復請求の対象となる」との文言に対する釈義を試みた。その際、相続回復請求という制度枠組み（文脈）の中に史料①を位置づけ、対物訴訟における被告適格との関連を検討すると共に、続く文言「被相続人がある物について請求者のものではないと宣誓し死亡したときと同様」を如何に解すべきか、特にそれがなぜ類比ないし根拠として挙げられているのかを論証した。

報告に際しては、同じくパウルス『告示註解』20 巻より抜粋の学説彙纂 5 巻 3 章 14 法文（史料②）、同 5 巻 3 章 19 法文首項（史料③）、同 5 巻 3 章 19 法文 1 項（史料④）が、レーネルの再構成によれば史料①に先行することを前提に、行論が相続回復請求の被告と対象とを列挙していることから、史料①の「占有者」を所持人と解し、占有喪失に帰責事由ある者や盗賊が並置され、被告適格が論じられている、と指摘した。

その上で、パウルスが「死者 defunctus」と「請求者 petitor」と呼ぶ訴訟当事者は誰を意味するかを検討した。仮説として、「請求者」が相続回復請求の原告でもある可能性（A）もあるが、同時に、宣誓時点では有しなかった占有を開始し相続回復請求の被告となった可能性（B）も考慮する必要がある。現に、史料①に続く学説彙纂 5 巻 3 章 19 法文 3 項（史料⑤）では、返還と有体性が関連付けられている。しかし、史料①の「占有者」は、前述の通り、返還義

務を課されない所持人と解し得る。

そこで、ウルピアヌス『告示註解』第 22 巻から抜粋された法文に注目した。確かに、ウルピアヌスがパウルスと同一の用語法ないし思考枠組みを共有していることは論証できない。それでも、学説彙纂 12 巻 2 章 11 法文首項（史料⑥）によれば、占有者が原告の要求に従い宣誓したときは、宣誓の抗弁を用いて原告の請求を排斥できる。その際、宣誓内容は「請求者に属さない旨」であり、宣誓者の占有継続が前提とされていることから、仮説 A、つまり請求者が相続回復請求でも原告である場面において、史料⑥の「宣誓の抗弁」が奏功する、と解される。但し、宣誓者は死亡しており、占有は相続人が承継したと見るべきであろう。

これに対し、仮説 B では、「請求者」が相続回復請求訴訟では被告となったと想定され、すると、死者の宣誓は失効して、「請求者」が占有を開始したと解される。

両仮説の妥当性を検証すべく、特に相続回復請求で被告となり得るのはどのような者であったかを分析した。史料⑥では占有喪失事例も言及されており、その場合に宣誓提案者が占有を取得しても、訴権を有することはないとされる。しかし、注目は、「自己に属する旨を宣誓したのではなく、その者に属さない旨を宣誓したから」との論拠である。

実際、学説彙纂 12 巻 2 章 9 法文第 7 項（史料⑦）は、レーネルの再構成では史料⑥の直前に位置し、同一典拠（ウルピアヌス『告示註解』第 22 巻）における一連の議論を伝えており、これによれば、「請求者が、占有者の提案に対して、それが請求者のものである旨を宣誓したときは、原告には訴権が与えられるものとする」と

し、「宣誓を提案した者、及びその者の地位を承継した者を被告として」、と言う。また、「他の者を被告として……宣誓の先決を用い」ることはできず、宣誓の効果は、提案者と宣誓者の間、あるいは提案者の承継人に対して及ぶに過ぎない。

史料⑥・⑦の両事案とも、宣誓は、相手方の提案に基づいている。ウルピアヌス『告示註解』第 26 巻に由来する学説彙纂 12 巻 2 章 34 法文 7 項（史料⑧）によれば、被告は、宣誓提案に応じる代わりに、原告に「宣誓を要求し返す」ことが出来る。つまり、原告 A が被告 B に宣誓を求めた場合には、被告 B には、自らは宣誓せず、A が宣誓するよう要求する途が残されている。しかも、同 12 巻 2 章 34 法文 9 項（史料⑨）によれば、紛争をこうした宣誓へと転換することで、原告が宣誓要求に応じないときは、被告は責めを負わない（absolvit）ことになる。被告に二つの選択肢が生じたように見えるが、その引き金を引いたのは、係争物の占有を持たない原告であった。だからこそ、「目的物は請求者に属さない旨の宣誓を提案され宣誓した場合」（史料⑥）の他に、宣誓せずに原告に宣誓を要求し返すことも可能で、その際には、原告は「目的物が自己に属する旨を宣誓」（史料⑥）することになる。

パウルスも、『告示註解』第 37 巻に由来する学説彙纂 12 巻 2 章 38 法文（史料⑩）で、「宣誓すること iurare」と「宣誓を要求し返すこと iusiurandum referre」を対置している。これを前提に史料①を再検討すると、原告（請求者）が裁判の中で被告・占有者に対して「係争物が原告には属さない」旨の宣誓を要求し、被告がこれに応じてその宣誓をした場面が想定できる。ただ、史料①で扱われるのは、相続回復請求の事例であり、宣誓者たる被相続人は死亡し、

相続回復請求の被告は、その占有を承継したと主張すると推測される。他方、ウルピアヌスによれば、宣誓を要求された側が、請求者に対し反対の宣誓を逆提案し、「請求者のものである旨を宣誓」（史料⑦）させることもあり得る。翻って史料①前半部の事案は、死亡した占有者の承継人が占有を維持している場合であり、恐らく、被相続人がした宣誓の効果として、「請求者のものではない」という性質ないし属性を持ち続けていると解釈できる。しかも、この宣誓の内容は、請求者の要求に基づき、それが否定形で提案されたことに対応している。

結論として、史料①によれば、パウルスは、相続回復請求訴訟において一方当事者が「所持」する財産は、他方当事者により提起された訴訟の対象となり得ることを説明している。その財産がこの所持人による所有物返還請求の対象とはならないにもかかわらず、である。相続回復請求におけるこの特殊な性質は、係争物の帰属を巡り誓約が交わされた事案の性質と類似する。即ち、ウルピアヌスは、史料⑥において「請求者に属さない旨」の宣誓を論じ、「請求者のものである旨」の宣誓と対比する。パウルスは、事案の類似性を根拠に、史料①において、相続回復請求の事案と宣誓による事案とを「と同様であって veluti」という文言で繋いでおり、宣誓後に死亡した事案での係争物の性質決定（「請求者のものではない」）が、所持人であって返還請求ができない者であっても相続回復請求の被告適格を有するというパウルス説にとっての理由ないし根拠となっている、と指摘した。

以上の報告に対し、質疑に際しては、相続回復請求と宣誓との関係が仮にそのように整理されるとして、先行研究や学界の現状は

どのように整理しているか、本報告とローマ相続法研究総体との関係が問われた。報告者の回答は、報告本体では割愛した文献、G. Longo, L'hereditatis petitio, Padova 1933 や、S. Di Paola, Saggi in materia di hereditatis petitio, Milano 1954 を挙げ、これまで史料①は法文改竄など形式的観点から分析されるばかりで、研究の空白地となっている、という趣旨であった。

また、大会後、当日は持参せず言及できなかった下記文献でも、正面から扱われていないことを確認した。M. Talamanca, Studi sulla legittimazione passiva alla "hereditatis petitio", Milano 1956 は、上記 Di Paola を挙げつつ、他にも宣誓に関する諸論考、例えば L. Amirante, Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae, Napoli 1954、あるいは M. Marrone, L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano, in: Ann. sem. giur. Università degli Studi di Palermo (AUPA), vol. XXIV, 1955 などに依拠して、史料⑥に続く 3 項を分析し、相続回復請求における宣誓の第三者効を一瞥する。しかし、同書の問題設定ないし言及箇所の主題が「相続人または占有者としての占有ないし使用取得」にあることから、証明責任や地位の承継、既判力といった側面が検討されるに過ぎず、そもそも史料⑥自体には触れず、従って「請求者のものではない」との文言やその効果を論究するものではない。これに対し、Martina Müller-Ehlen, Hereditatis petitio : Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage, Köln, 1998 では、「誓約 sponsio」と対物訴権ないし方式書との関係が描かれる。その中で史料①③④も挙がるが、返還対象の同定、特に「返還権限 facultas restituendi」の存在が検討され、宣誓内容には踏み込まない。また、悪意責任を論じる中で、史料②にも言及が

あるが、この箇所では宣誓ないし誓約との関係は意識されていないようである。加えて、S. Schipani, Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale, Torino 1971 では、史料①が挙げられているが、悪意責任を、特に善意占有者と悪意占有者とを対比して検討する文脈で登場するに留まる。なお、史料③については、占有を巡る相続回復請求を扱う R. Quadrato の書、ユスティニアヌス帝以降のビザンツ法学に関する P. Pescani の論考や、質権に関する H. Ankum の論考、特有財産に注目する C. A. Cannata の論考も前世紀後半に相次ぎ公表されているが、本報告の論旨には影響しない。

換言すれば、相続回復請求と宣誓との関係、というテーマ設定それ自体が、先行研究にない独自の観点であり、「同様 veluti」と評価できる類似性を具体的に解明・指摘した点が本報告の成果、到達点であり、同時に今後の研究深化にとっての出発点でもある。

ローマ法雑誌第 6 号[2025]

日本民法研究における，ローマ法の補充指定及び信託遺贈の意義
──SIHDA 大阪大会における報告を終えて──

足立公志朗

はじめに

本稿の目的は，SIHDA 大阪大会において筆者が行った報告（以下「本報告」）の紹介である．筆者は，2024 年 9 月 24 日（火）10 時 30 分頃から 30 分間，報告及び討論の時間を頂戴した．司会は，Emmanuelle Chevreau 氏（パリ第 2 大学教授）である．報告のテーマは，「ローマ法における補充指定と信託遺贈—信託的補充指定の起源に対する日本からの関心（*Substitutio* et *fideicommissum* en droit romain : l'intérêt au Japon sur l'origine de la substitution fidéicommissaire）」であり，いわゆる「後継ぎ遺贈」の有効性という日本民法に関する議論に，ローマ法の研究が役立ちうることを，国外の研究者に紹介するというものである．これは，（ローマ法研究者ではなく）ローマ法にも関心がある日本の一民法研究者による，1 つの仮説の提示である．本報告の基礎となるのは，報告者による博士論文の一部である（特に，足立公志朗「フランスにおける信託的補充指定の歴史的考察（1）」『神戸学院法学』43 巻 3 号 669 頁以下（2014 年））．

以下では，本報告の概要を紹介し（I），それに対する質疑応答について紹介する（II）．

I.　本報告の概要

序

「後継ぎ遺贈」とは，遺言者 A がある財産を B（第 1 受遺者）に

遺贈し，B 死亡時にはその同じ財産を C（第 2 受遺者）に遺贈するというものである．「後継ぎ遺贈」について直接的に定めた民法の条文は存在しない．また，判例についても，最判昭和 58 年 3 月 18 日（判例時報 1075 号 115 頁）が存在するものの，この判決も後継ぎ遺贈の有効性について直接的に判示するものではない．したがって，学説の議論が重要となるが，本報告では，後継ぎ遺贈の法律構成に関連して，次の区別に注目する（例えば，米倉明「後継ぎ遺贈の効力について」『家族法の研究〔民法研究第 5 巻〕』（新青出版，1999 年）336 頁）．

(1) 遺贈の目的財産は，遺言者 A を起点として A から B へ，B の死亡時に A から C へと移転する（C に対する遺贈は不確定期限付遺贈，停止条件付遺贈などと構成されうる）．

(2) 遺贈の目的財産は，A から B に移転し，B の死亡時に B から C へと移転する（「継伝処分型」と呼ばれることがある）．

(1)に関しては，有効とする期間・世代数について議論があるものの，一定程度有効性を認めようとする見解が有力に主張されている．これに対して，(2)に関しては，A が B という他人の相続に干渉することは現代の法的センスに沿わないことから，無効とされることが多いようである．本報告は，この区別の実益について検討するきっかけを得ようとする．

1. フランスにおける信託的補充指定

第 1 に，比較法的な視点を得るべく，フランス法を検討する．フランスには信託的補充指定（substitution fidéicommissaire）という恵与（贈与及び遺贈）が存在した．これは，D が一定の財産を E（義務者：grevé）に与え，E の死亡時には F（被指定者：appelé）に与

えるというものであり，日本の後継ぎ遺贈と同様の機能を果たす．信託的補充指定は一部の例外を除き原則として禁止されていたが，2006 年のフランス民法典改正で原則として許容されることとなった．注目すべき点は多々あるが，本報告では，2006 年改正後の民法典 1051 条に注目する．同条は，「第 2 受益者は，恵与の本人からその権利を取得するとみなされる」と規定しており，D から F に権利が移転することが「擬制されている」．この擬制によって，相続法上及び税法上一定の実益があると説明されているが，かかる擬制に関する規定が設けられる背景には，ある論争の存在が指摘される．それは，第 2 受益者が恵与の目的財産を取得するのは，恵与の本人からなのか，第 1 受益者からなのかという論争である．そのような論争があったということは，信託的補充指定には，目的財産の移転についてこの 2 つの性質が本来的に備わっているということではないか．そして，その性質は，信託的補充指定の起源を知ることによって明らかになしうるのではないか，このような問いが立てられる．

2. ローマ法における補充指定と信託遺贈

かかる問題意識から，本報告はローマ法の検討に進み，信託的補充指定が補充指定（*substitutio*）及び信託遺贈（*fideicommissum*）の組み合わせによって形成されているという理解を前提に，それぞれの構造，特に第 2 受益者が目的財産を誰から取得するのかに注目して分析した．

第 1 に，補充指定である．本報告では普通補充指定（*substitutio vulgaris*）ではなく，信託的補充指定と同様の財産の動きを見せる未成熟者補充指定（*substitutio pupillaris*）を検討した．未成熟者補充指

定は，遺言者 G が未成熟である家子 H を相続人に指定する際，その家子 H が未成熟のまま遺言をなすことなく死亡する場合に備えて，さらにその相続人 I を指定するというものである．つまり，目的財産は遺言者 G から家子 H を経て，I に移転する．未成熟者補充指定の構造については議論があったが（Gaius, 2.180），本報告において注目するのは，未成熟者補充指定には，遺言者が家子の遺言をなすという意味で，遺言者が他人の遺言をなすという性質を見出す立場が存在したことである．つまり，未成熟者補充指定には，遺言者本人が相続人の遺言をなすという構造を見出しうる．

第 2 に，信託遺贈である．信託遺贈は，直接に受益者たりえない者に財産を与えるための仕組みであり，財産は遺言者 J から相続人 K に移り，相続人 K がその財産を受益者 L に与える．このように，信託遺贈と未成熟者補充指定とで財産の動きは共通しているが，その構造に差がある．元来，仮装売買という信託遺贈の成り立ち故に，信託遺贈の受益者は買主に準ずる地位に（*loco emptoris*）置かれていたが，特にトレベッリアーヌム元老院議決により，信託遺贈においては受益者は相続人の地位に（*loco heredis*）あるとされた（Gaius, 2.253）．つまり，受益者は相続人としての地位によって本人から目的財産を取得するという構造を見出すことができる．

結論

フランスの信託的補充指定は，このような性質を有する補充指定及び信託遺贈を起源としており，他人の遺言という構造，つまり，被指定者（第 2 受益者）は義務者から目的財産を取得するという構造と，被指定者（第 2 受益者）は義務者（第 1 受益者）という中間者を介して遺言者から目的財産を取得するという構造の 2 つを併

せ持っている．そのような性質を前提に，先に挙げたフランスの 2006 年改正による民法典 1051 条は，相続法上及び税法上の実益を踏まえて，第 2 受益者が恵与の本人から取得するという側面を取り上げたものと見ることができる．

翻って，日本の後継ぎ遺贈について言及すると，ありうる法律構成を提示した上で，それを前提に有効性を検討することも重要ではあるが，第 2 受遺者が目的財産を本人から取得するのか第 1 受遺者から取得するのかという点については，それほど截然とした区別はできないのではないかと疑問を呈することは可能である．したがって，日本の後継ぎ遺贈の有効性を検討するには，その実質的な問題点—ある財産が長期間にわたり処分不能となること等—の検討が一層重要であると思われる．

II. 質疑応答

本報告が終了すると即座に司会者から本報告に対する肯定的なコメントをいただき，質疑応答が開始するとフロアから 4 名の挙手が見られた．ご質問・コメントをくださったのは，（ご発言の順に）Paolo Marra 氏，Lorenzo Gagliardi 氏，Gábor Hamza 氏，Lihong Zhang 氏である．その内容は，日本の民法（相続法）及び前掲最判昭和 58 年，並びに，フランスの 2006 年民法改正におけるローマ法の影響等である．日本の民法研究においては比較法的な研究成果を参照することが多いが，回答としては時間の都合もあって一般的な指摘をするのみに留めた．

結びに代えて

筆者は，日頃は民法の研究に従事しており，SIHDA に参加するの

も初めてである．しかしながら，この報告をきっかけにして，各国の出席者から声を掛けられることもあり，（食事やエクスカーションにおける）フランス語圏の研究者の集団に加わることもできた．ここでは特に，Gábor Hamza 氏と会期中に何度かお話しをする機会があり，ハンガリーの民法についてお話しをうかがったこと，それ以外にも複数の研究者から，補充指定及び信託遺贈に関する議論を持ちかけられたことを記しておきたい．

いずれにせよ，日本の法体系においてローマ法がどのように影響しているのかが主要な関心であるように思われた．文脈は異なるが，筆者がフランスにおいて研究者・実務家と議論する際，フランスから遠く離れた日本の民法にフランス民法が影響していることが強く印象に残るようであり，その内容や歴史的背景について質問を受けることが多い．したがって，本報告に対して II で紹介した質問が出ることはごく自然なことであった．今後も，筆者はフランスにおける信託的補充指定に関する研究の枠内でローマ法（補充指定，信託遺贈等）の研究を継続するが，その際，国外の研究者の関心にも応えられるように，ローマ法の日本法に対する影響についてより具体的な知見を得ることが求められる．

以上

「第 77 回国際古代法史大会　－　発表」

林　智良

この度の第 77 回国際古代法史学会大阪大会では、単独でパラレルセッションでの口頭発表を一件おこなった。そのあらましを報告したい。

口頭発表は、2024 年 9 月 24 日午前中に大阪大学中之島センターにて英語で行った。タイトルは、"Secrecy and publicity of Roman legal texts in a comparative view - An Attempt to Reread Pomponius *Enchiridii Liber Singularis* (D. 1,2,2)“（ローマにおける法テキストの秘密的性格と公開的性格を比較の視座から見る――ポンポーニウス『法学通論単行書』(『学説彙纂』第 1 巻第 2 章第 2 法文）再読の試み）というものであった。通例通り、発表の概要を記した紙ベースのハンドアウトを参加予定人数分用意し、聴衆に配布するスタイルをとった。その記載を参考に、記憶をたぐりつつ報告内容を再現しよう[1]。

発表を大きく二つに分けて、前半は標記ポンポーニウス法文の読み直しにお付き合いいただいた。周知のように、同法文は法の源及び展開（首項-第 12 項）・諸政務官（第 13-34 項）・法学史（第 35-53 項）の 3 部に分けることが出来るが、今回は、同法文第 35 項以

[1] 検討対象史料のみ、又はそれに加えてキー・ワード、キー・フレーズを連ねるに止めるハンドアウトのスタイルをとらず、脚注を伴う発表原稿を配布するように報告者は心がけている。それはひとえに自分の外国語発音や口頭意思疎通能力に不安があるためである。ただ、今回については不十分な準備しか出来なかった。

降を扱った[2]。そして、その対象範囲内で、ポンポーニウスの記述態度を、いささか流行を追うこととなるが“narrative”と言う言葉を鍵として考えた。その際、4 つの特徴を提示した。すなわち、（1）法学の公開講義及びそれに続く法学拡散への肯定的評価、(2)執政官級や法務官級など個別の法学者が辿った官職階梯と最終職のランク付け、(3)法学著作執筆の評価、(4)先行世代の業績に対して各時代の法学者が行った批判的吟味への評価、がそれである。全体として、ポンポーニウスが法のテキストと解釈技法との公開、そして法学者同士の討論を評価するにとどまらずそれを本法文を通じて唱道している旨報告者は主張した。そして、法解釈の前提として、十二表法以来の法テキスト自体の公開、それにもかかわらず法解釈の果たした重要な役割とその不文的性向にも言及した。

後半は視線を転じて江戸幕藩体制以降の日本における法テキスト及びその解釈の公開性を展望した[3]。高札システムを通じた被統治民への法規範周知の状況、主要法典たる公事方御定書の秘密的性格と私家版による事実上の公知、明治維新以降における官報システムの成立と周知の実施、の 3 点を軸にこれを述べた。そこから、江戸期においては、統治者にとって周知が必要な法規範は被統治者に

---

[2] さらに、同法文第 47 項以降、とりわけ学派の対立と解答権制度の論点は除外する旨を断った。

[3] 江戸期刑事司法については、文献の所在を始めとして多彩な点を畏友・守屋浩光関西学院大学法学部教授にご教示いただいた。報告者の非力と時間不足のためにこの口頭発表でその多くを生かすことが出来なかったが、これからの成果において助言に報いることを大事な課題としたい。

伝えられたものの、法文自体及び解釈の公開並びに公開された法解釈議論が欠如していたと論じた。法解釈の担い手が幕府の担当者に限られ、各藩からの伺いシステムを通じて幕藩体制統治者相互で法解釈の統一は図られたものの、その解釈自体を公開の場で行う発想には至らなかったと評価した。

両者を比較することで、法テキスト及びそれへの法解釈を秘匿したい性向は両地域・時代において共通するものの、ポンポーニウスの記述する諸時代においてはそれが早期に克服された旨の結論を導いた。その後質疑応答を行ったが、自分の記憶では、伺いシステムの詳細及び幕府と藩の関係など江戸期の状況に関する質問が多く、基本的事項の説明を求められた。

（2025 年 1 月 31 日　擱筆）

ローマ法雑誌第 6 号[2025]

18 世紀フランスの刑事法学者にとってローマ法とはなんだったか——ピエール＝フランソワ・ミュイヤール・ド・ヴーグランの場合

福田真希

はじめに

18 世紀フランスを代表する刑事法学者の一人であるピエール＝フランソワ・ミュイヤール・ド・ヴーグラン（Pierre-François Muyart de Vouglans）は、この分野の研究にとって重要となる作品を数多く発表した。彼の著書のひとつ『自然な秩序におけるフランス刑法（*Les loix criminelles dans leur ordre naturel*）』 (1780 年) で、彼は法（Loi）とは何かを説明している。すなわち、「一般的に、法は正当な権威から発せられる。この権威は至高でなければならない。別の言葉でいえば、この権威は、自らの上にいかなる権力も認めてはならないのである。」

彼はローマ法（droit romain）から着想を得て、上記の考えを導き出した。さらに同書は、ローマ法の知識の重要性を強調している。「この［ローマ］法の研究は、いまだ実務に十分身を置いていない者が陥りうる誤りや侮蔑を防ぐためであり、それは、われわれが知っているように、この同じ法が、王国のほぼすべての王令の基礎であり、さらには、とりわけこの法が主として施行されている地方において、それらの欠点を毎日補っているからである。」つまり、たしかに両者には多くの相違点があるものの、ローマ法は、当時のフランス法の「最も完全なモデル」だったというわけである。

ここには「法（loi）＝lex」すなわち、立法者により作られたもの、という概念がはっきりと見て取れる。これに対し、「善意」、「法的精神」、「正義」の感情といった概念は見られないようである。ミュ

イヤール・ド・ヴーグランが、ローマ法を当時のフランス法の基礎と考えていたとすれば、彼における「法」も、このような複数の意味を含んでいるはずであろう。では、彼は意図的にこれらを無視したのだろうか。

ところで、彼にとってローマ法とは何だったのだろうか。それは国王の法を正当化するための単なる道具だったのだろうか。また、彼にとって、そもそも法とは何だったのだろうか。これらの疑問に答えるために、本報告では、彼の作品、とりわけ前述の『自然な秩序におけるフランス刑法』を分析する。具体的には、まず、彼にとって法とは何だったのかを検討し、次に、彼にとってのローマ法の意義を考える。この作業を通じて、当時のフランス法におけるローマ法の重要性を明らかにしたい。

I. 法の起源

i) 神の法

「法」という言葉から複数の意味を読み取らなかったことは、ミュイヤール・ド・ヴーグランに限ったことではなく、当時の法学者にとっては普通のことだったようである。マリ＝ロール・デュクロ＝グレクール（Marie-Laure Duclos-Grécourt）は、当時のさまざまな辞書や百科全書が、「法」という語をどのように説明していたかをまとめている。彼女によれば、「法という言葉は一般的に、上位者がその法的管轄下にある人々を強制する命令を意味する」。「命令」という言葉は、「戒律」「コンスティチュシオン」、「指令」、あるいは「規則」といった言葉で言い換えたり、あるいは、これらを付け足したりすることができる。ただし、「指令」「規則」の語の使用は批判されていたという。命令は「一般的」であり、「書かれたもので

あっても、書かれていないものであってもよい」。法は「上位者の指令と権威に支えられている」、あるいは「至高」である。というのも、「法が順守されるのは、それがよって立つ理性だけでなく、それを定める君主の権威をも理由とする」からである。

法は「権威によって課された義務」でもあった。1762 年のアカデミー・フランセーズの辞書によれば、「法」とは「神または人間の権威によって確立された規則であって、人に特定のことを義務づけ、または他のことを禁止するもの」を意味した。

ミュイヤール・ド・ヴーグランにとって、神と人というふたつの権威は、それぞれ法の起源を表している。言い換えれば、彼にとって、法はその起源となる権威に応じて、ふたつに分類されるのである。ひとつめが、霊的な権力、すなわち神に由来する「神の法」である。ふたつめが、「人の法」であり、これは現世的な権力、すなわち王に由来する。これらふたつの権力の起源はともに神であり、また、目的も同じで、神によって立てられた秩序の維持であった。

宗教の法とも言われる神の法は、神に対する人間の義務を示し、信仰と道徳の規則に関係していた。それらは「心と精神を整え、正義を愛する心を植え付ける」ことを目的としていた。社会は「神によって人々の心に刻まれたこの最初の法則を基礎として」成立したため、自然法とも呼ばれた。

ii) 人の法

神の法は人間社会の基盤であった。しかし、社会の中で、人はしばしば妬み・野心・欲望といった情念に流され、喧嘩や暴力、そして訴訟を行うに至った。その結果、善人は悪人に、貧者は富者に、弱者は権力者に抑圧されるようになった。こうして、人の法が生ま

れた。これは、社会の外面的な秩序すなわち世俗の秩序、あるいは他者に対する人々の義務を司るものであったため、「ポリスの法」とも呼ばれた。

前述のように、人の法の起源となる権威は君主であった。また、君主の権力は神の法によって正当化されるため、彼はキリスト教徒でなければならなかった。ゆえに、人の法は神の法と矛盾してはならなかった。立法者としての君主というこのボダン的な概念は、18世紀初頭の、ほとんどすべてのフランスの法学者によって共有されていた。

フランスでは、主権は「この王国が作られた最初の瞬間から」国王によって行使されていた。君主制においては、統治が完璧であればあるほど、王は神との融合に近づいた。国王は、神の地上での似姿だったのである。実際、地上で王は、神と人という二つの権威を兼ね備えていた。ゆえに、王だけが立法者となることができたのである。ミュイヤール・ド・ヴーグランによれば、「王の嘉することが法の嘉することである」、「フランス王の王冠は神と剣のみによって立つのではない」は、フランス法におけるふたつの基本的な格言であった。

しかし、王は神と全く同じではなかった。すべての法令は王の権威のもとに公布されたとはいえ、その本文は常に「神の恵みによって」と始まっていた。この言葉は、王が神ではなく、神の似姿であることを意味していた。神の似姿として、王は人の法を定めたが、その末尾には、しばしば「というのも、それが朕の喜びとするところだからである」というフレーズが書かれていたのである。

王権は、民衆の同意にもその起源を見出した。彼らには、神に由

来する秩序としての社会秩序を乱す者を、抑圧できる権威を立てることが必要だったのである。

II. 法の目的

ミュイヤール・ド・ヴーグランは、法の目的をさらに正確に定義している。ひとつめが、正義と宗教を尊重することである。というのも、これらは王権の最も強固な柱となるからである。ふたつめが、犯罪を抑制することである。さらに彼は、法を定義するために、以下の言葉を引用している。「法の美徳とは、指令し、禁止し、許可し、そして罰することである（Legis virtus haec est imperare, vetare, permittere punire）」。彼にとって、法とは、罪を犯した者がさらに罪を重ねることを防ぎ、また、他者が同様な行為に陥ることを防ぐためのものであった。したがって、犯罪がなければ法律もない。法によって、「社会全体の利益のために、公共の安全と平穏を維持する」ことが可能となるのである。

彼にとって、法とは本質的に刑法であり、また、神から与えられた権力を持つ王の治世の基盤となるものであった。このことから、彼は、カトリックの「神聖さや真実」を損なう行為を罰しなければならないと強調した。

しかし、彼にとって、刑法とは何だったのだろうか。彼の刑法はふたつの部分から構成されていた。ひとつめは理論にかんするものであり、犯罪の性質とそれに対して科される刑罰の質を決定する。もうひとつは実務にかんするものであり、犯罪の証拠を立証し、確実に処罰するために必要な形式を規定した。

面白いことに、ミュイヤール・ド・ヴーグランは、刑罰の根拠は法だけとは限らないと述べている。彼によれば、犯罪は、法律で明

確に規定されているものと、裁判官の裁量に委ねられるものの 2 つに分けることができる。後者の場合、衡平の法を用いることが重要となる。

このことは、必ずしも法や王権の怠慢を意味するわけではない。彼にとって、刑法は「最も偉大な判事と、最も有名な法律家の労苦の結晶」であった。たしかに、人の法の源泉は王の主権にあったが、法律家がそれを支える必要があったのである。さらに言えば、「君主は、法によって定められた特別な場合には、臣民に対して剣の権利を行使する権力を他人に委ねることが適切なのだと考えた」。彼にとって、衡平は王の資質のひとつだったのである。

『自然な秩序におけるフランス刑法』によれば、剣の法は「血の法」とも呼ばれた。したがって、彼が死刑を擁護するのはきわめて自然であった。ベッカリーアの死刑廃止論に反論するために書かれた小冊子の中で、ミュイヤール・ド・ヴーグランは、ベッカリーアの「システム」における死刑廃止は「自然法と、その著者のシステムが罪となる国際法に反している。また、あらゆる種類の実定法、すなわち民事法やカノン法、そしてすべての国の普通法にも反している」と述べている。 さらに、刑法があるにもかかわらず犯罪が存在し続けるのであれば、それは刑罰の重さが不十分だからとする。実際、ミュイヤール・ド・ヴーグランは、時の経過とともに刑罰はますます厳しくなるべきだと考えている。なぜなら、刑罰が残虐であればあるほど、国民は文明化し、法の権威も高まるからである。

彼にとって、最もすばらしい法は、1670 年刑事王令である。彼はこれを「この分野で定められた、最も賢明なすべての法を要約したもの」と考えたが、それでもまだ改善の余地があることは認めてい

た。

というのも、彼によれば、成立当初は適切であった法も、社会が進歩するにつれてそうではなくなるからである。ゆえに、状況によっては、過去の法の規定を変更しなければならないこともあるのである。

III. ローマ法の重要性

新しい法が古い法よりも優れているとするならば、なぜミュイヤール・ド・ヴーグランはローマ法の知識を重要視したのだろうか。彼の答えは以下のようになる。新しい法の真の精神を理解するためには、古い法を知っていなければならない。実際、彼は、フランスの刑事手続のうち、いくつかの慣行はローマ法に起源をもつと繰り返している。たとえば、法文に言及されていない場合には、判事が自由に刑罰を定めることができたことである。拷問の使用もローマ法に由来したという。

面白いことに、ローマ法に言及するとき、彼はしばしば「Loix」という表現を使っている。ただし、これは単に、当時の用法によるものかもしれない。アカデミー・フランセーズの辞書によれば、「lois の研究」とは一般にローマ法の研究を意味した。この辞典はまた、「droit」を書かれた、あるいは書かれていない loi と定義している。実は、当時、「droit」と「loi」は区別なく使われていた。

しかしミュイヤール・ド・ヴーグランは、これらの用語の違いに気を使っていたようである。彼によれば、loi は droit を構成した。複数形の 「lois」を使うことで、彼はさまざまな droit を含む、より広いカテゴリーを示そうとした。刑法など、特定の分野ごとに細分化できるのは droit である。『刑法提要（*Institutes au droit criminel ou*

Principes généraux sur ces matières)』(1757 年) では、彼は lois に民事法(自然法、万民法、成文法、ローマ法)のほか、カノン法、王令、王国の慣習が含まれると説明している。

『自然な秩序におけるフランス刑法』は、この loi と droit の関係がローマ法に由来すると説明する。「ローマ人は Lois を、その出所の違いによって、あるいは扱う対象の違いによって区別した」。Lois は、droit public と droit civil という 2 つのカテゴリーに分けられる。前者は公共に資するすべてに関わるものであり、後者は個々の市民の利益を目的としたもので、自然法(droit naturel)、万民法(droit des gens)、民事法(droit civil)の 3 種類に分けられた。自然法は人間と動物に共通する法、万民法はすべての国民に共通する法、そして、民事法はそれぞれの国に固有の法であった。

ローマ法はこの droit の区分の基礎となっただけでなく、フランス王国のほとんどの王令の基礎ともなった。当時、ローマ法は王国の南部で用いられていた。ミュイヤール・ド・ヴーグランが、誤りや侮蔑を防ぐためにローマ法を知る必要性を主張するのはこのためである。

ところで、彼にとって「ローマ法」とは何だったのだろうか。彼自身によれば、それは『ローマ法大全』を指していた。もともとは、「ローマ法」とは『十二表法』のみを指していたが、人民が皇帝にあらゆる権力を与えたため、皇帝は唯一の立法者となった。ミュイヤール・ド・ヴーグランがローマ法に言及する際に「droit」ではなく「loi」という言葉を使ったのは、彼にとって、現世の権力者であるという点において、皇帝が王に等しい存在だったからである。こうして、「ローマ法」は「人の法」とみなされる。実際、ミュイヤー

ル・ド・ヴーグランは、神にたいする大逆罪の起源がローマ法にあることを指摘することで、ローマにおける天と地の権威の関係を示した。

したがって、ミュイヤール・ド・ヴーグランにとって、ローマ法は、彼の時代のフランス法のモデルであっただけでなく、王の権力のモデルでもあった。彼はまた、主権の主要な属性と考えられている剣の権利も、ローマに起源を持つことを指摘しているのである。

おわりに

ミュイヤール・ド・ヴーグランにとって、ローマ法は単なる法的枠組み以上のものを意味した。彼はローマ法をフランス王国の、特にローマ法がまだ有効であった地方における法の基礎であり、また、法制度の主要なモデルであると考えていた。彼はローマ法を、ローマ帝国における皇帝の権威に匹敵する王権を正当化する道具とみなし、法の誤りを避けるためにはローマ法を知る必要があると主張した。

ローマ法は、その起源が神であり人であることから、王の法に正当性を与え、刑事裁判の参照軸となると彼は主張した。「ローマ法」を「人の法」と結びつけることで、彼は、王の地上における権威と神の正義との結びつきを強め、王の主権を擁護したのである。つまり、彼にとって法とは、神のそれであれ人間のそれであれ、公共の秩序を維持し、犯罪を抑制することを目的としており、正義・宗教・王権を体現するものであった。

学識法における予防法学文献—ブレーデローデの *Eurematicón sive cautelarum*. (Basel 1590)

水野浩二

本報告（9 月 24 日 11：30〜12：00）では、中近世学識法学の文献類型の一つである、予防法学に特化した文献の内容と意義について論じた。この予防法学文献については、これまで本格的な研究は行われてこなかった。注意（cautelae）は中世法学者の注解文献において頻繁に見いだされるが、注意のみを収集した書物＝予防法学文献はそれほど多くはない。本報告では予防法学文献の「完成形態」とみられる、ピーター・コルネリス・ヴァン・ブレーデローデ（Pieter Cornelis van Brederode, 1558？〜1637 年）の『注意集』（*Eurematicón sive cautelarum*.バーゼル、1590 年）を取り上げ、その概要と性質を論じた。

ブレーデローデがこの著作で試みたのは、先行する予防法学文献中の注意を包括的に採録し、体系化して読者に示すことであった。ブレーデローデは注意を、「契約に関する注意」「相続に関する注意」「訴訟に関する注意」の三つに分類して示し、さらに詳細な事項索引を付している。注意についてはすでに当時から、「非道徳的な戦術」という否定的評価が存在したが、ブレーデローデは古典を引用しながら、「悪を避けるための賢慮（prudentia）」として注意を正当化する。そこには中世以来の学識法学と、人文主義の結合を見て取ることができよう。

注意は、相手方の意思に反する形で自分に有利になる効果を法源から導き出したり、規範の適用を回避したりすることを目指すものであった。その目的のために注意では、反対当事者を出し抜くよう

な書面の記載や、宣誓、裁判官の職権などがテクニックとして利用されている。注意は学識法学のあり方と相いれないものではなかったし、かつ実務において日常的に利用されていた。予防法学文献に見られる法学のあり方もまた、「法生活の学問化」（フランツ・ヴィーアッカー）の一つの側面だったのであり、われわれはこのことを看過すべきではないと論じた。

セッション参加者からは、人文主義の時代における予防法学文献の位置づけ、いわゆる「学説史」とは一線を画した実務テクニックを検討することの意義について質問を受けた。「古代法史」とはやや離れたテーマであったにもかかわらず、好意的な反応をいただいたことに感謝したい。

ローマ法雑誌第 6 号[2025]

カリマクスの Fenus nauticum –D. 45, 1, 122, 1 Scaev 28 dig.–

森 崇人

学説彙纂第 45 巻第 1 章第 122 法文第 2 項（スカエウォラ法学大全第 28 巻）は、海上貸借についての実際の法的紛争を現在の我々に伝えるものである。本法文は、カリマクスという名の商人が、セイユスの奴隷スティクスを通じて、セイユスと海上交易のための消費貸借契約を締結した事例である。本契約ではカリマクスに対し、ベイルート—ブリンディジ間の航海を通算 200 日という期間内で完遂すること、ベイルートにてブリンディジで売るための荷を購入すること、及びブリンディジにて 9 月 13 日までにベイルートで売るための荷を購入した上で、シリア（ベイルート）に向けて出港しなければならないことが取り決められていた。そして、彼が上記契約条件を履行できなければ、債務不履行の時点で当該契約は終了したと擬制され、セイユスの奴隷であり、航海に随行していたエロースに、その時点で得ていた財産全てを、金銭にして渡さなければいけないことも契約に含まれていた。しかし、実際には、カリマクスは出航期日までにブリンディジから出航せず、出航後に船は沈没してしまった。

本法文の中では、セイユス及びルキウス・ティティウスの 2 人の人物名が記されているが、先行研究において、この 2 人は同一人物であると解釈されている。また、本法文の中には 2 つの法的問答 quaestiones が確認されうるが、これら 2 つの法的問答は同じ意味内容のものとなっており、2 つの法的問答が無意味に繰り返されてしまっているという問題点も存在する。この 2 つの問答の繰り返しに関しては、インテルポラーティオー研究の中で、語順が変更された

上での解釈が試みられている。

この点について、本報告では、法文全体を最小限の修正でもって解釈し、前者の問題を解決することを試みる。そして、そのように理解するならば、セイユスはルキウス・ティティウスに奴隷スティクスを売却したかのように見え、この法文は、これまでめったに考慮されてこなかった事業譲渡[BGB §613(1), UStG §1(1a)]の一例であるとみなすことができる。

古典ローマ法における「共有物分割訴訟 actio communi dividundo」と日本民法

金ミンジュ

本報告では、学説彙纂（Digesta）第 10 巻第 3 章（以下、D. 10. 3.）における「共有物分割訴訟 actio communi dividundo」の内容を分析し、日本民法における共有物分割に関する規律との比較を通じて、日本法に受容されているローマ法的要素を検討した。

古典ローマ法における共有物分割訴訟は、「誠意訴訟 bonae fidei iudicium」と解され（D. 10. 3. 4.2）、単なる分割にとどまらず、審判人が「裁定権限 adiudicatio」を有し、財産の帰属を特定の共有者に帰属させ、他の共有者には金銭的賠償を命じることが可能であった。例えば、共有者 A が共有者 B に自己の持分を質入れした場合、共有者 A が共有物の分割を求めた際に、B が質入れに関する抗弁を行使しない限り、質権は維持されたまま、共有物における B の持分価値を評価し、賠償を行う方法が認められた（D. 10. 3. 6.9）。また、審判人は、共有者一人にその共有物を帰属させ、他の共有者にはその共有物の用益権を認める判決を下すこともできた（D. 10. 3. 6.10）。

さらに、共有物分割訴訟は、共有者間で発生した給付にも適用された。例えば、一人の共有者が共有物に関して費用を支出した場合、他の共有者やその相続人に対する返還請求（D. 10. 3. 4.3）や、共有者の一人が共有物を賃貸・耕作したことにより得た利益について、他の共有者が返還を請求すること（D. 10. 3. 6.2）もこの訴訟を通じて可能であった。

また、担保権や用益権が複数人に与えられ、それに関する争いがある場合には、「準共有物分割訴訟 utile communi dividundo iudicium」

が適用され、所有権以外の物権をめぐる複数人間の紛争にも対応していた（D. 10. 3. 7. 6-7）。

他方、1896 年に制定された日本民法において、裁判による共有物の分割については、物権編第 258 条が規定されている。同条は、共有者間で分割について協議が調わない場合に裁判所に分割を請求できることを定め、さらに裁判所は現物を分割すること（現物分割）を原則とし、現物分割が不可能な場合や、分割によって著しく価格が減少するおそれがある場合には、裁判所が競売を命ずることができる（競売分割）と規定していた。

しかし、実際の運用においては、現物分割における価格賠償による調整、複数の共有物の一括分割、共有物の一部を特定の共有者の単独所有とし、他の共有者の共有関係を継続する分割などが行われており、いわゆる「賠償分割」（最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 巻 3 号 408 頁）や「全面的価格賠償」（最判平成 8 年 10 月 31 日民集 50 巻 9 号 2563 頁）が認められるようになった。

さらに、令和 3 年法律第 24 号による民法改正において、第 258 条第 2 項 2 号に「共有者に債務を負担させて、他の共有者の持分の全部又は一部を取得させる方法」が新設され、また同条第 4 項には、「裁判所は、共有物の分割の裁判において、当事者に対して、金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命ずることができる。」との内容が追加された。

要するに、制定当初の日本民法における裁判上の共有物分割の方法は、現物分割と競売分割の二つに限られていたが、制度の運用を経る中で、共有者間の衡平を害しない限り、共有物を取得する者の支払能力などを考慮し、裁判所の裁量によって多様な分割方法が認

められるようになった。このような日本における共有物分割の裁判実務は、共有者間の公平を図るために、古典ローマ法においてすでに用いられていた手法と類似しており、現代法における「誠意訴訟 bonae fidei iudicium」の一例として評価することができると考えられる。

一方、共有者間の共有物に関して支出した費用の償還請求や、共有物から得た利益の返還請求については、日本法では原則として事務管理や不当利得に関するルールによって解決される点が、ローマ法との違いとして挙げられる。また、所有権以外の財産権の共同帰属関係については、日本民法第 264 条に基づく準共有の規定が適用されるが、その裁判規範としての役割については、依然として課題が残されていると指摘した。

以上の報告に対する質疑応答において、古典ローマ法では「共有物分割訴訟」に加えて「組合訴訟 actio pro socio」が活用されたのは、共有物を有しない組合契約が存在していたためであったが、日本においては、有体物としての共有「物」を有しない組合に関する法律関係はどのように扱われているのか、また、有体物以外の財産権を複数人が有する人的結合についてはどのように規律されているのか、という点が問われた。これに対して報告者は、日本民法における共同所有の類型は、明文上「共有」のみが存在し、債権編における組合や相続編の共同相続人間の財産関係は各論的に規定されているものの、個別の規定が存在しない場合には、物権編の「共有」によって解決が図られていること（民法第 668 条、第 898 条）を説明した。さらに、所有権以外の財産権が複数人に帰属する場合には、準共有の規定（民法第 264 条）が適用されるとされているが、準共

有の規定が裁判規範としてどのような役割を果たしているかについては、依然として課題が多く残されているとの見解を述べた。

D.41,1,63,3―用益権を設定された奴隷が見つけた埋蔵物の帰属について

塚原義央

日本民法 241 条は「埋蔵物は、遺失物法の定めるところに従い公告をした後 6 箇月以内にその所有者が判明しないときは、これを発見した者がその所有権を取得する。ただし他人の所有する物の中から発見された埋蔵物については、これを発見した者及びその他人が等しい割合でその所有権を取得する。」と定め、五十嵐・瀬川による注釈（川島武宣・川井健編『新版　注釈民法（7）物権（2)』有斐閣、2007 年、388-389 頁）においてその規定の歴史的沿革が紹介され、同条とユスティニアヌス法学提要（史料①）とのつながりが指摘される。同法文はハドリアヌス帝が埋蔵物の所有権をめぐる争いについて、発見者とその包蔵物（土地）の所有者とが異なる場合、発見者と包蔵物の所有者とが埋蔵物を折半する決定をなしたことを伝える。

この規定はフランス民法 716 条およびドイツ民法 984 条を経由し、わが国の民法の規定にも受け継がれた。ハドリアヌス帝の決定によれば他人の包蔵物において「偶然に」発見された場合に発見者と包蔵物所有者とで折半し、旧民法においては偶然・意外に発見された埋蔵物に対して発見者は先占により半分の所有権を取得し、包蔵物所有者は添付により残り半分の所有権を取得するとした。これに対し包蔵物の所有者あるいは第三者が捜索して発見した埋蔵物に対しては、包蔵物の所有者が添付により単独所有権を取得するとした。現行民法ではこのような場合分けをせずに、一律に発見者と包蔵物所有者とで埋蔵物を折半すると定める。

ローマ法における埋蔵物の取り扱いについて、その出発点となるのがユスティニアヌス法学提要の法文、すなわち冒頭で触れた I.2,1,39 である。法学提要はハドリアヌス帝の決定を伝えている。それによれば、自分の所有地で埋蔵物を発見した場合、発見者が取得することに問題はないが、他人の所有地で発見した場合に発見者と土地所有者との間で折半すると定め、それが大陸法に受け継がれ日本法にもその影響が残っている。また単に発見したのみならず「偶然に fortuito casu, fortuitu」という条件が付されており、発見者が意図的に捜索した場合を除外している。同法文を中心に、ローマにおける埋蔵物について解析した T. Mayer-Maly（T. Mayer-Maly, Der Schatzfund in Justinians Institutionen, Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas, London, 1983, p.113）は、法学提要の法文に含まれる三つの要素を挙げる。すなわち、a）埋蔵物が見つかった土地の種類、例えば宗教地や皇帝所領など、b）埋蔵物を偶然に発見したのか、または捜索して発見したのか、c）自然の衡平 aequitas naturalis を用いて解決する、である。そこで b）に関連する法文として D.41,1,63,3 のトリュフォニーヌス法文（史料②）を挙げるが、同法文では用益権を設定された奴隷が埋蔵物を発見した場合、奴隷の所有者と用益権者との間でどのように埋蔵物を帰属させるかが議論される。また同法文に先立つのが、家子や奴隷をはじめとした権力服従者が発見した埋蔵物の帰属をめぐる法文（史料③）である。

トリュフォニーヌスはまず首項で家息子や奴隷といった権力服従者が埋蔵物を発見した場合について述べ、その派生形として 3 項で用益権を設定した奴隷が埋蔵物を発見した場合について述べている。首項では権力保持者の土地で見つけた場合、全てが権力保持者に帰属するとし、他人の土地で見つけた場合、「一部 pars」を権

力保持者が取得すると定める。この首項を受けて問題の 3 項が続くが、他人の土地で取得した場合、捜索していて発見したならば用益権者が一部を、何もせずに散歩していて発見した場合は奴隷の所有権者が一部を取得するとされる。用益権者の土地で発見した場合、奴隷の所有者が一部を、用益権者が一部を取得するとされ、奴隷の所有者の土地で取得した場合、奴隷所有者の元に半分は残すことを前提に、残りを奴隷所有者の元に残すか、用益権者の元に残すかが明らかではない。

トリュフォニーヌスがこの法文で問題にしているのは、家息子や奴隷をはじめとした権力服従者を通じた埋蔵物の取得である。Mayer-Maly をはじめとする先行研究は、このトリュフォニーヌス法文の 3 項を、ユスティニアヌス法学提要の法文に示される「偶然に」という文言に関連する法文として扱ってきた 。しかしトリュフォニーヌスが 3 項で議論するのは、ローマにおける用益権奴隷について研究した B. Strobel（B. Strobel, Der Nießbrauchssklave im römischen Recht, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2024, SS.203-206）も整理するように 、用益権者の土地でも奴隷所有者の土地でもない場所で埋蔵物が発見された場合、用益権者または奴隷の所有権者のどちらに帰属するかという問題である。

この問題を考えるにあたり、ガイウスの法学提要の法文（史料④）が参考になる。ガイウスは用益権を設定された奴隷が取得した物について、用益権者の物にもとづくか奴隷自身の労務にもとづいて取得したものは、用益権者のものとなるとする。これに従えば用益権を設定された奴隷が「自身の労務で」埋蔵物を発見した場合、用益権者が埋蔵物を取得することになり、トリュフォニーヌスもそれに

従う。トリュフォニーヌス法文では、奴隷が「自身の労務で」埋蔵物を発見する対比として、「散歩をしながら予想もせずに発見する」場合が論じられている。この場合は奴隷の所有者が埋蔵物を取得するのである。つまりここで問題になるのは、ユスティニアヌス法学提要が述べている「偶然に」発見するかどうかという問題ではなく、Strobel も述べるように、用益権者が使用及び収益する際に重要な奴隷自身の労務があるかどうかが問題になっているのである。なぜこれまでの先行研究がトリュフォニーヌス法文をユスティニアヌス法学提要の法文とつなげてきたのかを考えるヒントとして、注釈学派のアックルシウスが付した注釈がある。それによればトリュフォニーヌス法文の「何をしているわけでもないが、散歩している人が予想もせずに発見したものは」の箇所に、「当然、偶然に fortuito（casu）である」と付している。この「偶然に fortuito（casu）」は法学提要で使われており、これまでの先行研究はこのアックルシウスの注釈にひっぱられる形で、同法文をユスティニアヌス法学提要と関連付けたのであろう。

Strobel は、このようなトリュフォニーヌスの判断の背景に、ユスティニアヌス法学提要で伝わるハドリアヌスの決定があるとする。トリュフォニーヌス法文では、発見者である奴隷の所有権者でも用益権者でもない他人の所有地で埋蔵物が発見された場合、奴隷所有者または用益権者が半分を、土地の所有者が残りの半分を取得するものと推測される。明示的に書かれていないため、トリュフォニーヌスがハドリアヌス帝の決定をどこまで考慮していたかは定かではないが、用益権奴隷が奴隷所有者の土地で埋蔵物を発見した場合、トリュフォニーヌス法文の内容から推測するに、奴隷の労務が存在

しないならば奴隷所有者が全てを、存在するなら奴隷所有者と用益権者とで折半するという帰結になるであろう。いずれにしろ発見者の権利を認めながら土地所有者にも権利を認めようとしていたことがわかる。土地所有者にも権利を認める傾向は、ユスティニアヌス法学提要にも見られるように、皇帝所領で埋蔵物が見つかった場合に皇帝に権限を与えるべきかという問題と相まってより一層強くなっていくものと思われるが（史料⑤）、これについてはまた今後の課題としたい。

---

① 法学提要 2 巻 1 章 39 法文

自分の場所で発見した埋蔵物については、神格化された亡き神君ハドリアヌスは自然の衡平に従い、それを発見した人のものと認めた。もし誰かが神聖地や宗教地で偶然に発見した場合でも同じように決めた。それに対して他人の場所で探そうとしたわけでもなく偶然に発見したなら、半分は場所の所有者のものだと認めた。それに合わせて皇帝の場所で発見される宝物について、半分は皇帝に、もう半分は発見者のものだと考えた。この規定に準じて[こうしたことに則して]もし誰かが公の場所や国庫の場所で発見したなら、半分は発見者自身のものであり、もう半分は国庫や都市のものだとするのが妥当である。

Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit qui invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco non data ad hoc opera sed fortuitu invenerit, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est et si quis

in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis.

② 学説集 41 巻 1 巻 63 法文 3 項

しかし、他人の用益権が設定された奴隷が、奴隷を所有している人の場所で〔宝物を〕発見した場合には、全て彼〔所有者〕のものとなるのだろうか？そして他人の場所であれば、一部を彼〔所有者〕のために取得するのだろうか、それとも用益権者のために取得するのだろうか？これについては、奴隷の労務に基づいて取得されるべきか否か、が問題である。あなたは、これが用益権者のものであると言われるよう、地面を掘っている人が発見した、と想定せよ。これに対し、隠された場所に置かれていたところ、何をしているわけでもないが、散歩している人が予想もせずに発見したものは、所有者のものとなる。私は、その一部が用益権者に帰属するとは思わない。というのも、誰も奴隷の労務によって宝物を得ることはなく、そのために彼が当時地面を掘っていたわけではなくて、別の事柄に労務を用いていたのであって、幸運が別のものを与えてくれたからである。従って、用益権者自身の土地で発見した場合、私が考えるに、土地の所有者として一部のみを有することになり、他の一部は奴隷の所有者に帰属する。

Quod si servus, in quo usus fructus alienus est, invenerit in eius locum, qui servum proprium habet, an totum illius sit ? Et si in alieno, an partem eidem adquirat an vero fructuario ? Inspectio in illo est, num ex operis servi adquiratur. Finge terram fodientem invenisse, ut hoc dicatur fructuarii esse : quod vero subito in abdito loco positum nihil agens, sed aliter ambulans invenit, proprietatis domini sit. Ego nec illius ad fructuarium pertinere partem arbitror : nemo enim servorum opera Thensaurum quaerit nec ea propter tunc terram fodiebat, sed alii rei operam insumebat et fortuna aliud dedit. Itaque si in ipsius fructuarii agro invenerit, puto partem solam

ut agri dominum habiturum, alteram ad eum, cuius in servo proprietas est, pertinere.

③　学説集 41 巻 1 章 63 法文首項

権力服従者が埋蔵物を見つけた場合、その者のために取得した者の人格において次のことが言われるべきである。すなわち、他人の土地で見つけた場合、一部をその者〔権力保持者〕のために取得するが、父親または主人の場所で見つけた場合、その者〔権力保持者〕に全てが帰属し、しかし他人の〔場所〕で見つけた場合、一部が〔権力保持者に帰属する〕。

Si is qui in aliena potestate est Thensaurum invenerit, in persona eius cui adquirit hoc erit dicendum, ut, si in alieno agro invenerit, partem ei adquirat, si vero in parentis dominive loco invenerit, illius totus sit, si autem in alieno, pars.

④　ガイウス　法学提要 2,91

ところで，われわれが用益権だけをもっている奴隷については，次のように定められている。すなわち，彼らがわれわれの物にもとづいて，または自身の労務にもとづいて取得するものは何であろうと，われわれのために取得される。これに対して，これら以外の手段で取得するものは，〔その奴隷の〕所有者に帰属する。したがって，その奴隷が相続人に指定され，または何らかの遺贈が彼に与えられた場合には，われわれではなく，所有者のために取得される。

De his autem seruis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra uel ex operis suis adquirunt, id nobis adquiratur; quod uero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat: itaque si iste seruus heres institutus sit legatumue quid ei aut donatum fuerit, non mihi, sed domino proprietatis adquiritur.

⑤　学説集 49 巻 14 章 3 法文 10 項

皇帝所領もしくは公有地もしくは宗教地または墓標において埋蔵物が発見された場合、神なる兄弟たちは以下のように定めた。すなわち、これらのうち半分は皇帝金庫により取り戻されると。同様に皇帝が占有する財産において発見された場合、半分が等しく皇帝金庫により取り戻される。

Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut in monumentis thensauri reperti fuerint, divi fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur. Item si in Caesaris possessione repertus fuerit, dimidiam aeque partem fisco vindicari.

本報告では言及できなかったが、D.41,1,63 について、トリュフォニーヌスの『討議録』に関する包括的な研究を残した K. Fildhaut の先行研究（K. Fildhaut, *Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus – Eine spätklassische Juristenschrift*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, SS.127-129）に触れた。Fildhaut によれば、同法文に示される事例は、三つのバリエーションに分けられる。一つ目は奴隷が自身の所有者の土地で埋蔵物を発見する場合である。この場合、トリュフォニーヌスは土地の所有者が埋蔵物の全てを取得するかを問題にする。二つ目のバリエーションは奴隷が第三者の土地で埋蔵物を発見する場合である。ここでの問題は、奴隷が発見者の半分を自身の所有者のために、または用益権者のために取得するかというものである。その場合、もう半分は一般的な原則に従い、土地の所有者に帰属するということだけが問題になる。三つ目のバリエーションでは、奴隷は埋蔵物を用益権者の土地で見つけることになる。トリュフォニーヌスに従えば第二のバリエーションにおいて決定的なのは、埋蔵物の取得が労務にもとづく *ex operis* ものであるかどうかである。こ

のような事例において用益権者は、発見者の半分を取得し、なぜならば労務にもとづくことで彼にどんな取得も与えられてしかるべきだからである。

Fildhaut の理解は、基本的に筆者の理解と大きく異ならないが、特に埋蔵物が奴隷の所有者でも用益権者でもない者の土地で発見された場合の問題につき、奴隷の労務にもとづくものであるかどうかを基準に問題を整理する。Inst.2,1,39 で言及されるハドリアヌス帝の決定に従えば、半分は土地所有者に帰した上で残りの半分を奴隷の所有者または用益権者が取得するということになるであろう。他方でトリュフォニーヌスは、ハドリアヌス帝の決定に見られるような皇帝所領をはじめとした公有地での発見については言及していない。ハドリアヌス帝の決定がその後の埋蔵物をめぐる紛争において決定的な影響をもったのであれば、トリュフォニーヌスも取り分の問題だけではなく、土地の性質に応じた問題についても言及してしかるべきなように思われる。いずれにせよ近代の先行研究は Inst.2,1,39 で伝えられるハドリアヌス帝の決定を出発点としてそれにもとづく埋蔵物の分析を進めてきたが、改めて当該決定が同時代のローマにおいて持った意味を再考する必要があるように思われる。

また Mayer-Maly は、ハドリアヌスの決定の中に、埋蔵物は幸運の贈り物というトリュフォニーヌス法文が伝える要素が内在するとしている。幸運 fortuna については Mayer-Maly が別に論文を書いているが（T. Mayer-Maly, Ducente fortuna, *Studies in Roman Law in memory of Arthur Schiller*, E.j. Brill, Leiden, 1986）、本報告では取り上げることができなかったため、今後の課題としたい。

ユリウス・クラウディウス朝期における元老院裁判に関して：皇帝・元老院関係の概観

逸見 祐太

本報告は帝政初期の政治史、特に皇帝・元老院関係に関するものである。報告者は、両者の関係性を分析するにあたって、立法・司法・顕彰に関する元老院会議の事例分析を行ってきたが、本報告はその一環をなす。

このため、本報告は 2 つの限界を持つ。1 つは、本報告が主に元老院会議に関する「政治的」研究に焦点を当てているということである。周知のように、「法的」研究により、元老院会議のさまざまな特徴が明らかにされてきた。例えば、F. De Marini Avonzo, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano 1957 は、元老院裁判の一般的な枠組みを描き出し、日本でも柴田光蔵『ローマ裁判制度研究』世界思想社、1968 年が行ったような、他の種類の裁判との比較を容易にした。次に J. Bleicken, *Senatsgericht und Kaisergericht*, Göttingen 1962 や P. Garnsey, *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970 は、元老院裁判が「同輩裁判 Pairsgericht」ではないこと、つまり同裁判は元老院議員だけではなく、非元老院議員も裁いていたことを強調した上で、議員たちが同僚議員をどれ程好意的に裁いていたかを分析した。そのテーマに関しては、日本の歴史学者である新保良明が 「ローマ帝政初期における元老院裁判の不平等性について」『歴史』75（1990 年）41-67 頁や「ローマ帝政初期における皇帝裁判と元老院裁判」『長野工業高等専門学校紀要』30（1996 年）139-156 頁など、一連の論考を発表している。本報告では、これらの「法的」研究の成果を批判したり掘り下げた

りしない。

2 つ目は、本報告が帝政初期の政治状況の全体像を描くものではないということである。なぜなら、そうした全体像の描写は、先述のような立法・司法・顕彰を含む分野横断的な分析によってのみ可能であると思われるからである。むしろ本報告は、帝政初期の元老院裁判の分析だけに基づいて、当時の皇帝・元老院関係について何が言えるのかを明らかにすることを目指す。

序論

元老院は元々刑事裁判権を持たず、共和政末期の第 2 次三頭政治の時になって、ようやく刑事裁判権を獲得したに過ぎない。そして、元老院がこの権限を獲得した後でも、刑事裁判は基本的に共和政期以来の陪審裁判所である常設査問所（quaestiones perpetuae）で行われ、元老院は補助的な役割を果たしただけであった。しかし、初代皇帝アウグストゥスの治世後半になると、元老院は定期的に裁判を開くようになった。

こうした元老院裁判には 2 つの特徴があった：①元老院は、法定刑（poena legis）に必ずしも拘束されることなく刑罰を決定した。②これらの決定は、しばしば皇帝の介入によって影響を受けた。

以上 2 つの特徴を示す好例の 1 つは、マイエスタス罪（crimen maiestatis）の裁判である。この罪で告発されたのは、国家や皇帝、そして皇帝家の人々の生命や尊厳を危険にさらした者たちである。その政治的重要性の高さゆえに、共和政の伝統を尊重していた第 2 代皇帝ティベリウスの治世中、そのような裁判は通常、常設査問所ではなく元老院で行われた。その後、第 3 代皇帝カリグラの治世とその後の時代には、皇帝自身の手で、宮廷においてマイエスタス罪

裁判が行われる機会が増えた。しかし、皇帝は時には裁判を元老院に委ねることもあり、これによって彼は、議員たちに配慮を示しながらも、自らの手を汚さずに政敵を排除することが可能であった。

マイエスタス罪に対する法定刑は水と火の禁止（aquae et ignis interdictio）、つまり市民権と財産の喪失を伴う追放刑であった。しかし、元老院がこの法定刑よりも厳しい刑罰を提案すると、皇帝は元老院裁判の間にその提案に反対するか、裁判後に拒否権を発動し、無罪か減刑となった。これは、皇帝と議員たちの間の一種の協働作業だと言える。こうした協働作業により、皇帝は自らが共和政の伝統を重んじ、政敵に対しても寛大さを示す、慈悲深い元首（princeps）であることをアピールすることができた。その一方で議員たちは、多くの同僚が被害者となっていたマイエスタス罪裁判に、ブレーキをかけることができたのである。

しかし、少なくともユリウス・クラウディウス朝期には、元老院裁判における皇帝と議員たちの間の協働作業が失敗することもあった。本報告では、そうした裁判の 4 つの事例を分析しながら、皇帝の意向に反する形で意思表明を行う議員たちの自由に光を当て、当時の皇帝・元老院関係を再検討したい。

I）アルブキッラ（*PIR*^{2} A 487）のマイエスタス罪に参加した議員たちに対する裁判（Tac. *Ann*. 6.47.2-48; Suet. *Tib*. 73.1; Cass. Dio 58.27.2-5）

後 37 年、ティベリウスは書簡の中で、アルブキッラという女性による、皇帝に対するマイエスタス罪に加担した議員たちの名前を挙げた。この手紙でティベリウスは、暗にアルブキッラの共犯者たちの処罰を求めた。しかし、被告らが裁判の証拠が拷問で得られた

ものであるとして異議を唱えたため、議員たちは裁判を延期した。ティベリウスはこのような遅れにも怒りを示さず、将来的には被告らを処罰できると信じていたが、その直後に彼は崩御し、帝位が交代したため、結局処罰は実現しなかった。

II）アンティスティウス・ソシアヌス（*PIR*[2] A 766）に対する裁判（Tac. *Ann*. 14.48-49）

後 62 年、アンティスティウス・ソシアヌスは、第 5 代皇帝ネロを中傷する詩を作り、友人たちの前で披露したとして、マイエスタス罪で告発された。後 2 世紀の歴史家タキトゥスによれば、ネロはこの時 「アンティスティウスの破滅のことより、自分の栄光のことを念頭に置いていた haud perinde exitium Antistio quam imperatori gloriam quaesit」という。それゆえ皇帝は、議員たちが有罪を宣告したら拒否権を行使して、被告を破滅から救ってやろうとしていたのだとされる。

実際、被告の有罪を否定する証言はあったものの、結局ネロの思惑通り有罪は決定的となったと伝わる。しかも、古式に従って被告を死ぬまで鞭で打って処刑するという提案がなされた。ほぼ全員の議員たちがこの意見に同意したが、反皇帝的な立場をとるストア派の哲学者として知られるプブリウス・クロディウス・トラセア・パエトゥス（*PIR*[2] C 1187）だけが、マイエスタス罪の法定刑は決まっており、それに従って罰を宣告すれば充分だという意見を述べたのである。そしてタキトゥスが言うように、「トラセアの自由は、他の議員たちの奴隷根性を打ち砕いた Libertas Thraseae servitium aliorum rupit」のであり、ネロの望みに忠実であり続けようとした元老院議員はほんの数人だけで、他の多くは皇帝に反抗することと

なった。それどころか、ネロが書簡で自らの意向が叶えられなかったことに対する不満を表明した後でも、トラセアや他の議員たちはすでに決めた立場を撤回しなかったと伝わる。

*

皇帝による元老院裁判への介入は、彼の裁量に依存しており、それが行われるか否かは、いざその時になってみないと分からない不確かなものであった。そのため、これまで分析した 2 つの事例において、議員たちは皇帝の介入を待たずに、自分たち自身で寛大な判決を下したのである。このようにして議員たちは、同僚の生命や財産をより確実に救うことができたのだと言える。

その一方で、議員たちは皇帝が期待していたよりも厳しい判決を下すこともあった。以下では、そうした事例を見てみよう。

III）グナエウス・カルプルニウス・ピソ（*PIR*^{2} C 287）に対する裁判（Tac. *Ann*. 3.10-19.2; Cass. Dio 57.18.10; W. Eck, A. Caballos, F. Fernández, *Das Senatus Consultum de Cn. Pisone Patre*, München 1996）

ピソは前 7 年の正規コンスルで、属州シリアの総督であり、皇帝ティベリウスの養子で帝国東部に派遣されていたゲルマニクスの補佐に任命された。しかし、ティベリウスとゲルマニクスの関係が悪化すると、ピソはゲルマニクスに対して敵対的な態度をとり始め、ゲルマニクスは後 19 年にアンティオキア市で急死した。ゲルマニクスの急死後、ピソは彼に毒を盛り、その後内戦を引き起こした罪で元老院裁判にかけられた。ティベリウスはおそらくピソのゲルマニクスに対する敵対的な態度とは無関係ではなく、おそらくピソとの共謀が暴露されることを恐れてピソの弁護要請を拒否したため、結果的にピソを自殺に追いやることとなった。しかしピソの自殺後、

ティベリウスは議員たちに対し、ピソの家族に対して寛大な措置を講じるよう要請したのである。

一方、ゲルマニクスの友人だった議員たちの中には、死の床にあるゲルマニクスからピソへの復讐を依頼された者たちもいた。これらのゲルマニクスの友人たちは、ピソがゲルマニクスに毒を盛ったということを裁判で証明できなかった。だが、元老院が生前のゲルマニクスのために決議していたさまざまな名誉から確認できるように、おそらく次期皇帝候補として輝かしい生涯を歩んできたゲルマニクスの人気が、議員たちの間で高かったことから、ピソに対する敵意は元老院全体に広がった。実際ピソの裁判後に成立した、グナエウス・ピソに関する元老院決議によると、「彼（ピソ）が正当な刑罰を受けず、彼を裁く者たち（議員たち）の敬虔さと厳格さゆえに自身に差し迫っているのを彼が知っていた、より厳しい刑罰を免れたと元老院は判断した arbitrari senatum non optulisse eum se debitae poenae, sed maiori et quam imminere sibi ab pietate et severitate iudicantium intellegebat subtraxisse」（ll.71-73）のだという。

ティベリウスがピソの弁護を拒否したため、たとえ彼がゲルマニクスを毒殺したことが証明されなかったとしても、内乱を引き起こした罪などで、ピソの破滅はほぼ確実であった。そして、もしピソが自殺していなかったら、彼は水と火の禁止、つまり市民権と財産の没収を伴う追放を宣告されていただろう。しかし、判決前に自殺した被告の資産は保護されていたため、ピソは自殺することで、残された家族のために資産の没収を避けようとしたのである。

だがグナエウス・ピソに関する元老院決議が述べているように、「彼が正当な処罰を受けていないと元老院は判断した」、つまり、自殺がピソにとって充分な処罰ではなかったとされたのである。そ

こで議員たちは、ピソが自殺をしても避けたかった「より厳しい」刑罰を課すことを決定した。そして実際、タキトゥスが述べているように、ピソのダムナティオ・メモリアエと並んで、彼の財産没収が後 20 年の正規コンスルであり、ティベリウスの友人のマルクス・アウレリウス・コッタ・マクシムス・メッサリヌス（*PIR*[2] A 1488）によって提案されたのである。後 2 世紀には、被告が裁判中に罪の意識から自殺した場合、裁判は続行されて財産は没収されるのが慣例となった。しかし、後 1 世紀にはまだこうした慣例は存在していなかった。言い換えれば、ピソの裁判では議員たちの 1 人が、約 1 世紀時代を先取りするような厳罰を提案したのである。

だがこの提案は、ティベリウスの友人によってなされたにもかかわらず、自殺後のピソの家族に対する皇帝の寛大な態度と明らかに矛盾している。実際ティベリウスは直ちにこの提案に反対し、国庫へ没収されるはずだったピソの資産は、息子のマルクス・ピソ（*PIR*[2] C 296）に与えられた。このようにして皇帝は、コッタが提案した財産没収を無効としたのである。さらに皇帝は、コンスル表からピソの名前を削除するという提案を拒否し、彼のダムナティオ・メモリアエについても緩和させている。

要約すると、ピソの裁判に対する皇帝と議員たちの態度の違いは、特にピソの自殺後に明らかになった。皇帝がピソに自殺を強要したのは事実だが、自殺後、皇帝はピソとその家族をあまり厳しく処罰するのを望まなかった。一方、元老院議員らは皇帝の意に反して、ピソの自殺後も厳罰を要求したのである。

本報告の冒頭で見たように、議員たちのこの厳しい態度は、皇帝から無罪判決や減刑を得て、彼に寛大さを示す機会を与えるための

準備として説明できるかもしれない。だが以下で論じる通り、皇帝と議員たちの間で同様の態度の違いが 1 年後、再び次期皇帝候補の死に関する裁判で確認されたものの、その際には皇帝の寛大さが発揮される余地はなかったという事実を見落としてはならない。

IV）クルトリウス・プリスクス（*PIR*[2] C 1199）に対する裁判（Tac. *Ann*. 3.49-51; Cass. Dio 57.20.3-4）

小ドルススはティベリウスの実子ではあるが、養子のゲルマニクスに年齢や功績の点で劣り、そのため次期皇帝の第 2 候補に過ぎなかった。しかしゲルマニクスの死後、小ドルススは帝位継承順位の首位にまで上り詰めた。だが後 21 年、つまりピソに対する裁判の翌年、小ドルススの健康状態が悪化し始め、最終的に彼は政治の舞台から退くこととなる。当時の政治状況は、同年に生じた騎士クルトリウス・プリスクスの元老院裁判から明らかになる。

プリスクスは小ドルススの死を予言する詩を作り、ゲルマニクスに近い貴族の女性たちの前でそれを朗読したとして、マイエスタス罪で告発された。ティベリウスがローマ市を離れている間に行われたプリスクスの裁判において、翌年のコンスルであり、皇帝家とも良好な関係を維持していたハテリウス・アグリッパ（*PIR*[2] H 25）は、被告の死刑を提案した。こうした提案に対して、プリスクスには法定刑である水と火の禁止を科せば充分であるという反対意見も出されたものの、それに賛同する者はわずかであり、結局被告には死刑が宣告された。つまり、皇帝家の友人であるアグリッパを含め、ほとんどの元老院議員はローマ市の外にいたティベリウスの判決を待たなかったのである。それどころか、これらの議員たちはプリスクスを投獄し、即座に処刑した。後にそれを知った皇帝は激怒し、

以後死刑判決から刑の執行まで 10 日間の猶予期間が設けられることになった。

プリスクスに対する議員たちのこうした性急な行動は、すでに先行研究が主張している通り、彼が元老院議員身分ではなかったために不平等な扱いを受けたという事実によって説明できるかもしれない。だが、議員たちの性急な行動は、彼らが小ドルススの健康状態の悪化を非常に懸念していたことを示しており、こうした懸念は、ティベリウスのものとは異なる、議員たちの政治的立場を反映している可能性もある。

実際、小ドルススが後 23 年に亡くなり、まだ埋葬されていない時、つまり公式の喪がまだ続いている時に、皇帝はいつものように元老院に登っただけでなく、議員たちに息子の死をあまり悲しまないよう頼んだ（Tac. *Ann*. 4.8.2-5）。そしてゲルマニクスの息子たちであるネロ・カエサルとドルスス・カエサルの名を新たな次期皇帝候補として挙げたのである。ティベリウスがこのようなふるまいに出たのは、彼が現皇帝として、最も重要なものは国家であり、皇帝一族は国家に仕える存在に過ぎないという姿勢をとっていたためだと思われる。したがって、たとえティベリウスが養子であり、自らに対する忠誠を疑わせるような行動をしていたゲルマニクスよりも、実子であり、自らに常に従順であった小ドルススに対して大きな愛情を持っていたとしても、前者の死と同様に、後者の死も国家の利益のために速やかに克服しなければならないことを主張したのだろう。その一方で、議員たちはゲルマニクスの生前に彼に対して行っていたのと同様、ゲルマニクスの死後、次期皇帝の最有力候補として浮上してきた小ドルススに追従し、将来に向けて関係を

強化しようとしていた可能性が指摘できる。このような状況下において、小ドルススの死はゲルマニクスの死と同様、それまでの議員たちの努力を無にし、政局の新たな変化を引き起こす可能性があるため、可能な限り避けたい出来事であった。以上のような政治的立場の違いが、ピソとプリスクスの裁判に対する皇帝と議員たちの間の態度の違いとして現れたのではないだろうか。

結論

マイエスタス罪の元老院裁判では、議員たちは基本的に皇帝の意向に従い、無罪判決や減刑を得るために彼に協力したが、時には皇帝が望むよりも軽い判決を下したり、より重い判決を下したりしていた。こうした議員たちによる自由な意思表明は、皇帝に対する敵意を示す手段ではなかったと思われる。実際、アンティスティウスの裁判におけるトラセアをはじめ、皇帝と友好的ではなかった議員だけでなく、ピソの裁判におけるコッタや、プリスクスの裁判におけるアグリッパのような皇帝の友人たちも時々、皇帝の意向に反する提案を行っていたのである。むしろ議員たちの意思表明の自由は、マイエスタス罪によって危険にさらされた議員たちの生命と財産をより確実に保護する手段であり、かつ皇帝の政敵を排除して政治的な均衡を確立し、既得権益の保護をより容易にする手段でもあったと考えられる。

もちろん、議員たちが皇帝の意向に反するような提案・判決を行っていた理由は史料に明確に言及があるわけではなく、あくまで推測の域を出ない。しかし少なくとも、本報告の分析によって、帝政初期の皇帝・元老院関係が、これまで考えられていたよりも複雑でダイナミックなものである可能性は示されたと思われる。すなわち、

当時の皇帝と元老院は、前者の意向に後者が唯々諾々と従うような単なる主従関係ではなく、むしろ両者の継続的な折衝によって特徴づけられていたのではないだろうか。

このように帝政初期の政治状況は、未だに再考の余地を残しているのであり、今後は裁判のみならず、立法や顕彰などの側面からも分析が続けられなければならないだろう。

追記

本報告に対し、三点の質問が寄せられた。そのうちの二点は、元老院裁判の「法的」な側面について、より詳細な説明を求めるものであった。序論で述べた通り、本報告は元老院裁判の「政治的」な側面を分析することを目指していたが、質疑応答を通じて、そうした「政治的」側面の分析にあたり、予め「法的」側面を充分に説明しておく必要性を改めて感じた。これは反省点として、それ以降報告や論文執筆を行う際に、常に心に留めている。

もう一点の質問は、本報告の主題である、皇帝・元老院関係に関連していた。すなわち、皇帝と元老院の関係性を一定の形に描き出すことで、そうした関係性が本来備えているはずの流動性が損なわれる恐れがあるのではないかという質問であった。確かに、例えば時代間の差異を無視する形で、「帝政初期の元老院議員たちは、皇帝の意向に背いて意思表明を行うことができる程大きな政治的自由を享受していた」と主張することは、当時の皇帝・元老院関係を一つの固定的な枠組みにはめ込むことにつながってしまう。この質問を受けて以来、各時代に、皇帝と元老院の継続的な折衝によって、両者の関係性が変化していた可能性に、より一層意識を向けて研究をするようにしている。

ローマ・カノン法訴訟手続の地域化（Localization of Romano-canonical procedure）

川島　翔

報告概要：訴訟法書（ordines iudiciarii）は、12 世紀に初めて登場し、ローマ・カノン法訴訟手続の普及において重要な役割を果たした。1260 年頃、タンクレドゥスの訴訟法書に基づきシュパイヤーで改訂された「シュパイヤー訴訟法書」は、ローマ・カノン法訴訟手続がいかに地域の文脈に適応されたかを示している。この地域化の主たる方法としては、簡略化と実務的適応が挙げられる。簡略化については、具体的には記述量の削減、法源参照の省略、簡潔な定義や概念説明の挿入、そして暗唱句の活用が見られる。一方、実務的適応は、多くの雛形文や、ときにローマ・カノン法から逸脱する地域的な裁判慣行に反映されている。「シュパイヤー訴訟法書」はタンクレドゥスの訴訟法書ほど学問的に洗練されたものではないが、この特徴こそが広く実務の場で用いられると同時に、ローマ・カノン法訴訟手続をシュパイヤーへと伝える媒介となる要因となった。

付記：本報告は既発表論文「手引書としての訴訟法書」（松園潤一朗編『法の手引書／マニュアルの法文化』（国際書院、2022 年）所収）に基づき修正を加えたものである。報告後、2 つの質問が寄せられた。ドイツでの学識法の継受に際して訴訟法書が果たした役割を強調するオットー・リートナーの文章（「ローマ法はまさしくここから、伴侶として教会の司教代行裁判官を携えて、武器として訴訟法書を携えて、ドイツ世界の征服へのその凱旋行進（Siegeszug zur Unterjochung der deutschen Welt）を歩み始めた」）を報告内で引

用したところ、Franz-Stefan Meissel 教授（ウィーン大学）から、リートナーの著作の公刊年につき質問があった。この著作は 1907 年に公刊されたものであるが、引用文からは特有の時代的コンテクストが感じられるとのことであった。また、報告で取り上げた召喚方法（「シュパイヤー訴訟法書」では 14 日の期間を空けた 3 度の告示による）に関連して、Tomislav Karlović 教授（ザグレブ大学）から 12 世紀の事例を紹介するコメントがあった。アンティオキア総主教 Ralph of Domfront の犯罪をめぐる教皇特使による裁判では、1 日目に第一の告示、2 日目に第二の告示、3 日目に第三の告示が出され、総主教は欠席のまま有罪とみなされ退位させられたという（その後総主教は教皇への上訴の途上、イタリアで毒殺）。翻って、13 世紀シュパイヤーではどのような事例があるかが問われた。その場では明確な回答ができなかったが、証書の記録には規定とは異なる期間が見られ、アンティオキアの事例ほど極端ではないとしても、柔軟な期間設定が認められたようである。

中世後期の婚姻への親の同意に関する学説の形成における差異文献（原語：英語）

勝又崇

以下の概要に示すような報告を行った。

ローマ法は婚約と婚姻を別個に規律し、他権者の子への婚約または婚姻の強制を禁止すると共に、子には父の同意を要求した。カノン法は当初は、ニコラウス一世の書簡を除いては、儀式を伴う婚姻のみを承認していたが、後の展開は親の同意なき有効な婚姻への道を開いた。差異文献（*differentiae* literature）に記録されているように、これら二つの法、すなわち両法（*ius utrumque*）を結び付ける上では、調和的な説明方法よりもむしろ対照的な説明方法が採用された。婚姻のような宗教的題材での両法間のこの種の対照は、事実上カノン法規定の優位を前提としていたが、宗教改革はこの関係を逆転させた。しかしながら、そうした比較の過程において、中世の法学者はカノン法の婚姻観念をローマ法規定への自らの理解に持ち込んでいた。婚約と婚姻の混同がこれを示している。したがって、新教の神学者が旧教のカノン法に対抗するべくローマ法から受け取ったと思ったものは、古代ローマ法そのものではなく、カノン法規定とは対照的なものとして、だからこそカノン法規定に対応するものとしても構成されていた、ローマ婚姻法の理解だったのである。

この報告に対して、二つコメントが寄せられた。一つ目は、同じセッションの報告者でもあった Tomislav Karlović 氏によるものである。本報告は神学者としてはペトルス・ロンバルドゥスのみを取り上げたが、氏はアレクサンデル・ハレンシス等の他のパリ学派の神学者をも検討する必要性を指摘した。先行研究でも、婚姻に関す

るカノン法学説へのパリ大学の神学者の影響が重視されるところであり、ロンバルドゥスの前後の著作の記述にも取り組むことにしたい。二つ目は司会者の Franz-Stefan Meissel 氏によるもので、本報告が古代と中世を一貫して「親による」同意を問題にしているのに対して、少なくとも古代においては「父による」同意と呼ぶのが正確であるとの指摘だった。正当な指摘であり、法文で単に「親」と表記されていたとしても、それが実質的に表すのは家父であると考えられる。この点に関連して、古代、中世、近世の間に「親」の語が表す内実に変化が見られるのかどうかも興味ある問題である。

東ゴート王国における法的弁護：古代末期における伝統と変容

粟辻　悠

古代レトリック（弁論術）とその使い手である弁護人は、ローマ世界の法廷において不可欠な存在であり続けた。本発表ではそのローマ世界の終わりに当たるであろう時期、すなわち後期ローマ帝国と中世ヨーロッパ世界とを繋ぐ東ゴート王国における弁護人について考察を加えた。

東ゴート王国は、ローマ的な法制度を広範に受け継いだが、そこに独自の要素を加えなかったわけではない（Lafferty, Law and Society in the Age of Theodoric the Great, 2013 参照）。したがってその時代は、ローマの法世界で最も伝統的な存在の一つとも言える弁護人が被っていく変容と、そうした変容を促した要因とを検討するのに最適の題材を提供しうる。

本発表では、東ゴート王国の顕官カッシオドルスが残した公文書集である『雑録 Variae』や東ゴート王国の裁判制度に関するその他の史料を分析することで、以下の諸点を明らかにした。

(1)レトリックの技芸を基礎とする弁護は、遅くともキケロ以降の長い歴史を持つものであるが、少なくともローマと他のいくつかの都市においては、この時代にもまだ存在感を保っていた。

(2)後期ローマ帝国で公式に始まった弁護人の公的組織（corpus advocatorum）は、東ゴート王国でも少なくとも部分的には維持されており、法廷での弁護活動を引き続き性格づけていた。

(3)後期ローマ帝国以来の弁護人の「公の務め officium」としての役割は、この時代には法実務に携わる人的資源がさらに不足を来して

いたことから、単なる依頼人の弁護には留まらない裁判制度への直接的貢献にまで及んでいた可能性がある。すなわち、裁く者の精神 animus iudicantis を有する弁護人が求められていた形跡が、史料に残されている。

ローマ法雑誌第 6 号[2025]

イングランド法におけるローマ法の残響

松本和洋

本報告では、13 世紀イングランドの法書『ブラクトン』の後世における影響を大まかな背景として、同書の影響をローマ法とコモン・ローの結節点的役割を果たしたことに置いた上で、同書がいかにユスティニアヌス帝『法学提要』と類似し、かつ異なっているかを提示した。対象として選んだのは、これまで『ブラクトン』先行研究において判例への直接的な引用が重要視されてきた、コッグス対バーナード事件（Coggs v. Barnard）において言及された箇所である。これまでの先行研究では、この事件における『ブラクトン』の引用箇所が「ローマ法的」であることは指摘されていながらも、具体的にどの程度まで「ローマ法的」であるかまでは、示されてこなかった。

一方、S・E・ソーンによる『ブラクトン』羅英対訳本の脚注には、ソーンによって『ブラクトン』のテキストに関連するものとしてユスティニアヌス法典をはじめとしたローマ＝カノン法の文献箇所が指摘されている。本報告ではこのソーンの指摘を再度テキストの相互比較として検討した。コッグス対バーナード事件における『ブラクトン』の引用は 5 箇所に渡るが、ソーンの指摘によればこのうち 4 箇所がユスティニアヌス帝『法学提要』と関係しているとされる。

第 1 の箇所は、ユ帝『法学提要』3 巻 24 章 5 法文との関連である。ここにおける『ブラクトン』との対応関係は次のとおりになる。

Inst. 3.24.5	Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit,
Bracton(f.62b)	
Inst. 3.24.5	id ex bono et aequo debet praestare, qui pro usu aut vestimentorum aut argenti
Bracton(f.62b)	Qui pro usu aut vestimentorum, auri vel argenti vel alterius ornamenti
Inst. 3.24.5	aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur,
Bracton(f.62b)	vel iumenti, mercedem dederit vel promiserit, talis ab eo desideratur custodia
Inst. 3.24.5	qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem
Bracton(f.62b)	qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, quam si praestiterit et rem aliquo casu
Inst. 3.24.5	amiserit, de restituenda ea non tenebitur.
Bracton(f.62b)	amiserit, de ea restituenda non tenebitur.
Inst. 3.24.5	
Bracton(f.62b)	Nec sufficit aliquem talem diligentiam adhibere qualem suis rebus propriis adhiberet, nisi talem adhibuerit de qua superius dictum est.

比較の通り、『ブラクトン』は特に説明なくユ帝『法学提要』の前半部分を省略している。その一方で、”Quo pro usu aut vestimentorum” 以下の箇所については、その文章のほとんどが『法学提要』からの模写とも言えるほどの類似性を示していることがわかる。一部には、『法学提要』が”aut”と述べているところを”vel”に置き換えたり、若干の語尾変化や語順の変更が生じたりしている箇所が見受けられるが、全体の文意に影響を与えているとは考えにくい。『ブラクトン』は特に”diligentissimus pater familias”（最も注意深い家長）による物の扱いの注意に関心を寄せているようであり、それは末尾の「上述した程度の注意を払うのでない限り、自らの物に向けるのと同等の注意を払うのでは不十分である」（Nec sufficit aliquem talem diligentiam adhibere qualem suis rebus propriis adhiberet, nisi talem adhibuerit de qua superius dictum est.）という文から伺うことができる。

第 2 の箇所は、ユ帝『法学提要』3 巻 14 章第 2 法文との関連である。

Inst.3.14.2	Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo
Bracton(f.99b)	Is autem cui res aliqua utenda datur, re obligatur quae commodata est. Sed
Inst.3.14.2	qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is
Bracton(f.99b)	magna differentia est inter mutuum commodatumque, quia is
Inst.3.14.2	quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit,
Bracton(f.99b)	qui rem commodatam accepit ad ipsam restituendam tenetur vel eius pretium
Inst.3.14.2	naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum
Bracton(f.99b)	naufragio, aut latronum hostiumve incursu, comsumpta fuerit vel deperdita, subtracta vel ablata. Et qui rem utendam
Inst.3.14.2	accepit sane quidem exactam deligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam
Bracton(f.99b)	accepit, non sufficit ad rei custodiam quod talem
Inst.3.14.2	diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit
Bracton(f.99b)	diligentiam adhibeat qualem quis rebus propriis adhibere solet, si alius eam diligentius potuit
Inst.3.14.2	eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa
Bracton(f.99b)	custodire. Ad vim autem maiorem vel casus fortuitos non tenetur quis nisi culpa
Inst.3.14.2	is casus intervenerit; alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel
Bracton(f.99b)	sua intervenerit, ut si rem sibi domi commodatam secum detulerit cum peregre profectus fuerit, et illam
Inst.3.14.2	incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis.
Bracton(f.99b)	incursu hostium vel praedonum vel naufragio amiserit, non est dubium qui ad rei restitutionem teneatur.
Inst.3.14.2	commodata autem res tunc proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel
Bracton(f.99b)	Commodata autem res dicitur ad commodum data, et proprie intellegitur commodata cum nulla mercede accepta
Inst.3.14.2	constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim
Bracton(f.99b)	res utenda datur. Gratuitum enim
Inst.3.14.2	debet esse commodatum.
Bracton(f.99b)	debet esse commodatum, et si merces intervenerit potius dici debet locatio et conductio quam commodatum.

まず目を引くのは、比較的類似性の高い序盤部分において、ユ帝『法学提要』が「使用貸借の訴権より責任を負う」(tenetur commodati actione）と訴権に言及しているのに対し、『ブラクトン』はこれを省略していることである。続く文章では逐語的一致性こそ小さいものの、消費貸借と使用貸借とに違いがあるという文意自体は共通していることから、この訴権への言及の省略は『ブラクトン』の著者による意図的なものであることが推察される。

同様に、上掲表 3 段目において、『法学提要』が”qui mutuum accepit”としているのに対して、『ブラクトン』は”qui rem commodatum accepit”と異なる記述を行っている。この点については、その原因を著者自身の不理解に求めるもの（メイトランド）と写字生の誤植に求めるもの（ヘルマン・カントロヴィチ）とに分かれているが、後に言及するホウルト首席裁判官による引用の形態を踏まえて、写本作成時点における誤植の立場をとる。いずれにしても、『ブラクトン』がユ帝『法学提要』に大きく依拠しているという主たる特徴に変化はない。第一の箇所と同様に、逐語的に完全に一致している箇所が複数見られることからも推察される通り、この箇所においては、省略部分が確かに見られるものの、その大まかな論旨については『ブラクトン』の著述がユ帝『法学提要』のそれに沿って進んでいることが確認できる。

第 3 の箇所は、ユ帝『法学提要』3 巻 14 章第 3 法文との関連である。

Inst.3.14.3	Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit
Bracton(f.99b)	Is apud quem res deponitur re obligatur, et de ea re quam accepit
Inst.3.14.3	restituenda tenetur. sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpae autem nomine,
Bracton(f.99b)	restituenda tenetur, et etiam ad id si quid in re deposita dolo commiserit. Culpae autem nomine non tenetur
Inst.3.14.3	id est desidiae atque neglegentiae, non tenetur: itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit,
Bracton(f.99b)	id est desidiae vel negligentiae,
Inst.3.14.3	quia, qui neglegenti amico rem custodiendam tradit, suae facilitati id imputare debet.
Bracton(f.99b)	quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, sibi ipsi et propriae facilitati hoc debet imputare.

この箇所においては、『ブラクトン』がユ帝『法学提要』の著述に従っていることが明瞭に読み取れる。その上で先の第 2 の箇所と同じく、おそらく『ブラクトン』が意図的に「寄託の訴権」(actio depositi) の箇所を省略していることが分かる。加えて『ブラクトン』はユ帝『法学提要』では追記的表現である「それゆえ不十分な注意で保護していた物を窃盗によって失った人も続く」(itaque securus est qui parum diligenter custoditam rem furto amisit) の箇所も省略しているが、これがいかなる意図をもってのものであるのかについて、文意からは判然としない。ここでも『ブラクトン』の著述はそのオリジナルなものではなく、ほとんどがユ帝『法学提要』の模写とも言える状態であることが窺えるのである。

第 4 の箇所は、ユ帝『法学提要』3 巻 14 章第 4 法文との関連である。

Inst.3.14.4	Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur
Bracton(f.99b)	Creditor qui pignus accepit re obligatur et ad illam restituendam tenetur
Inst.3.14.4	actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur,
Bracton(f.99b)	et cum huiusmodi res in pignus data utriusque gratia, scilicet debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, data sit,
Inst.3.14.4	et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam
Bracton(f.99b)	et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, sufficit ad illius rei custodiam exactam diligentiam
Inst.3.14.4	adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuitu casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.
Bracton(f.99b)	adhibere. Quam si praestiterit et rem casu amiserit, securus esse poterit nec impedietur creditum petere.

この箇所においても、ユ帝『法学提要』からのいくつかの省略や語順の変更を伴いつつ、『ブラクトン』の文章がユ帝『法学提要』のそれとほとんど変わりのないものとなっていることがわかる。上記表の通り強い逐語的類似性が見られる本箇所においても、第 2 段目のユ帝『法学提要』にある「質に関する訴権」（actio pigneraticia）への言及がないのは、これまで見てきた他の箇所と同じく『ブラクトン』の側での意図的な変更であることが想定される。いずれにせよ、『ブラクトン』は典拠表示や当時の引用表示技法を用いることなく、その意味ではヘンリー・メインが『古代法』で述べたような「ローマ法をイングランド法と偽って」取り入れたとの評価も可能なほどに、ユ帝『法学提要』の文章を参照しているのである。

以上のように、ここまで取り上げてきた『ブラクトン』の文章は

酷似とも呼べる状態であることから、同書の著者がユ帝『法学提要』の写本を有していた、もしくはこれに十分に通じていたことが明らかである。同時に、ユ帝『法学提要』に散見される訴権（actio）についての言及が『ブラクトン』に見られないことは、おそらくはイングランド法の手続における令状を念頭に置いた文章の変更であることが想定される。

そして 18 世紀のコッグス対バーナード事件においてホウルト裁判官が寄託（bailment）の基本類型を提示する際に、これら『ブラクトン』の箇所を一種の権威として引用したことによって、『ブラクトン』を経由してイングランド法はローマ法を取り入れることになった。この点は、なぜ『ブラクトン』がこの段階で利用されたかという報告後の質疑にも関連している。ホウルト裁判官が『ブラクトン』の上述箇所について、ただ『ブラクトン』がコモン・ロー法書に配されていたという点から、その記述をイングランド法とみなしていたとは考えにくく、むしろ本書の当該箇所がユ帝『法学提要』からの逐語的類似性を強く持つことを理解していたと考えるのが自然である。実際、ホウルトは下記のように、現存する『ブラクトン』には存在せず、かつユ帝『法学提要』により近い表現で同書を引用している。

Inst.3.14.2	quidem qui **mutuum** accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit,
Bracton(f.99b)	qui **rem commodatam** accepit ad ipsam restituendam tenetur vel eius pretium
Bracton(Holt cited)	qui **rem mutuam** accepit, ad ipsam restituendam tenetur, vel eius pretium

質疑応答に際し、なぜ『ブラクトン』のこれらの箇所に注目した

のかという問いに対して指摘したこととして、こうしたホウルトによる『ブラクトン』の利用について注目すべきは、ホウルトの縁者であるトーマス・ウッドがローマ法とイングランド法それぞれについて『提要』(Institute) を執筆している点がある。つまり、『ブラクトン』におけるローマ法からの借用に関して、ウッドからホウルトに情報の提供があったと考えることもできる。しかしながら、現在確認の限りでは、ウッドの著作から『ブラクトン』への言及は直接的には見られず、この当時のイングランド法曹や法曹院(法曹学院)を含めた広範な検討が今後の課題として残る。これは、本報告を単なる『ブラクトン』とユ帝『法学提要』との比較に終えるのではなく、ある時点では確かにローマ法に示唆を受けていたイングランドの法学がどのようにその道を歩み、またローマ法と交錯するようになったのかを検討するという、今後の大きな課題とも関連している。

「ヒュポーモシアー：デーモステネース 18 番 103 節の一解釈」

佐藤　昇

本報告は拙稿「ヒュポーモシアー―デーモステネース 18 番 103 節の解釈をめぐって」(大芝芳弘、小池登編『西洋古典学の明日へ』知泉書館、2010 年、311-332 頁）を元にした報告である。

紀元前 330 年、アテーナイの政治家デーモステネースは、かつて前 340 年に自らが行った三段櫂船奉仕（トリエーラルキアー）制度の改正法について誇らしげに語っている。財政負担を平準化し、軍備の強化にもつながる有益な策であった、と。本法は当時、反対派により不適切立法の廉で告発されたが、法廷で無罪を勝ち取り、成立するに至っている。デーモステネースによれば、このとき負担増加を嫌う富裕市民たちが、彼に贈賄工作まで行っていたという。彼らは多額の金銭と引き換えに、まずは改正法案を取り下げるか、さもなければ法案を「見捨てて、ヒュポーモシアーによって放置しておく（καταβάλλοντ᾽ ἐᾶν ἐν ὑπωμοσίᾳ）」よう要求してきた、とされている。

旧来、このヒュポーモシアーは、不適切立法に対する公訴（グラフェー・ノモン・メー・エピデーデイオン・テイナイ）の開始を告げる宣誓だとされてきた。たしかにこの公訴が提起されれば、審判が下されるまでの間、法案は一時的に効力を失った。そして、この訴訟手続きを開始する際、告発者はヒュポーモシアーと呼ばれる宣誓を行ったと伝えられている。しかしながら、富裕市民たちが、新法の一時失効のみを狙っていたとは考え難い。裁判になれば、演説に長け、富裕者に負担を求めるデーモステネースが勝訴する可能性も小さくはなく、一時的な失効では確実に財政負担

増加を回避することができない。さらに不適切立法での提訴自体は、この富裕市民たち若しくはその仲間が行うものである。彼らがデーモステネースに多額の賄賂を提示してまで、いったい何を要求していたのかは判然としない。したがって、本発表では、（1）古典期アテーナイに見られるヒュポーモシアーの全ての事例を悉皆調査し、当時、不適切立法に対する公訴を開始するヒュポーモシアーが同時代に確認できるのか、この単語が前 4 世紀後半には一般にどのような意味で用いられていたのかを検討する。続いて（2）三段櫂船奉仕法の改正をめぐる同時代の状況を検討し、どのような解釈が適切なのか、検討する。

まず、古典期アテーナイの史料からヒュポーモシアーを悉皆調査した結果、前 5 世紀末から前 4 世紀初めにかけては、「強い反対の意志」を示す誓いと理解できるものが数例確認できた。これらの事例では、宣誓の後に何らかの司法手続きが取られた形跡が認められない。デーモステネースの時代、すなわち前 4 世紀後半になると、およそいずれの事例も「（訴訟の種類を問わず）訴訟の延期」を開始する宣誓と解釈できるものばかりとなる。提訴の意思を表明する宣誓と考えられる事例は、違法提案に対する公訴（グラフェー・パラノモーン）について確認されるが、ポルックスやプルータルコスなど後代の用例ばかりであった。したがって、現存史料による限り、デーモステネースが前 4 世紀の弁論において言及した「ヒュモーポシアー」は、訴訟延期宣誓であった蓋然性が十分に高い。

それでは、デーモステネース 18 番 103 節のヒュポーモシアーを訴訟延期宣誓と解する場合、そこに記された状況、とりわけ告発

者側の行動は、いったい合理的に理解できるのだろうか。実は、同時代の訴訟延期宣誓利用の実情に照らすと、この箇所は次のように解釈できる。すなわち、富裕者たちは、そもそもデーモステネースの新法提案が回避できない場合には、彼に対して不適切立法に対する公訴を提起し、その上で延期宣誓（ヒュポーモシアー）を行うという策を考えていたのではないだろうか。訴訟を延期すれば、その分、新法の失効期間も伸びることとなる。一度延期した訴訟を再開する権利は、おそらく告発者側にあると考えられるが、告発者側の狙いは新法が発効しないことであるため、可能であれば、いつまでも再開せずにおくことが望ましい。しかしながら、当時、一度提起した公的訴訟の手続きを進めなければ、多額の罰金を科される可能性があった。また場合によっては告発者が濫訴行為（シューコファンティアー）の廉で告発されることもあり得た。その一方で、もしも被告人デーモステネースと何らかの手段で合意することができれば、告発者は、不当に手続きを進めていないと被告人側から指弾され、告発される恐れもなくなり、新法案の発効を無限に延期することもできた。被告人となるデーモステネースにとっても、裁判を欠席したり、故意に敗訴したりするような、あからさまな不名誉を避けることができた。すなわち、富裕者たちは不適切立法に対する公訴を提起した上で、訴訟延期宣誓（ヒュポーモシアー）を行い、デーモステネースにはこの宣誓に対して異論を唱えずに放っておいて、法案をそのままいつまでも一時失効状態にしておくよう、依頼したのではないだろうか。デーモステネース 18 番 103 節は、告発者側と被告人側による、ある種の法廷外決着の方策について語っていたと解釈できる。

報告の際、会場からはおよそ本報告の解釈に対する賛意が示された。他方で、誓いが有する法制度上の意義、拘束力について疑問が呈されたが、この点については十分に応えることができなかった。宗教的な力を背景に心理的圧力をかけることになったにせよ、その程度については今後、より広い視点からの検討が必要である。

D. 31,89,7 (Scaev. 4 resp.) の釈義

篠森　大輔

国際古代法史学会・2024 年大阪大会（SIHDA Osaka 2024）における報告の趣旨は、拙稿「古典期ローマ法における信託遺贈の効力について――D. 31,89,7（Scaev. 4 resp.）の釈義」本誌 2 号（2021 年）1-48 頁と同一であるから、本稿では省略する。ここでは質疑を経て若干考察したことを記しておきたい。なお、当日の配付資料には本法文の各国語訳を掲げた（英訳、新旧独訳、新旧仏訳、新旧伊訳）。

(1) 筆者は本法文の事案を、遺言者の妻（指定相続人・相続財産信託遺贈義務者）が遺言者の相続財産中の農場を、「十分な収益を生まないものと考えて（infructuosum rationi suae existimans）」、相場よりも安く売却したものと考えた。このことによって、pretium と quantitas pretii を積極的に区別すべきこととなり、本法文はいわゆる missio in rem の問題と切り離されることになる。

これに対して、質疑では、pretium と quantitas pretii は同じ意味であって区別の必要はなく、新独訳の理解が正しいという意見があった。新独訳は、遺言者の妻は「自分の目的・計画には役に立たないと考えて（in der Meinung, es sei für ihre Zwecke nicht brauchbar）」農場を売却したものとの解する[4]。このような売却の動機が、相続財産信託遺贈受遺者が買主に対し、農場について missio を行使するための要件の 1 つ――他の要件は、遺言者の妻（指定相続人・相続財産信託遺贈義務者）の善意および買主の善意（propter iustam ignorantiam tam mulieris quam emptoris）――になるのではないか、と

[4] Knütel/Kupisch/Rüfner/Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, Bd. 5: Digesten 28-34, Heidelberg 2012, S. 405-406.

いうのである。なるほど、このような理解によれば、単なる善意ではない、“iustam“ ignorantiam をうまく説明することができるかもしれない。

しかし、筆者はなお、事案に関する新独訳の理解に対する疑問をぬぐい去ることができない。quantitas pretii の用例は、単に代金を意味するのではなく、その額に着目した表現のようであり[5]、また、本法文は、同一法文中で quantitas pretii と pretium が混在して用いられためずらしい例[6]である。ここで両者が使い分けられていないとは断定できない。さらに検討を要する。

(2) 当初は被相続人による依頼・お願いにすぎなかった信託遺贈の法的保護のあり方は、アウグストゥスからユ帝に至るまで常に変化し続けており、実体的にも手続的にも多様を極める[7]。質疑では、最終的にユ帝が信託遺贈の物権的効力を認めるまでに、信託遺贈に基づく missio in rem が、いつどのようにして登場し、展開したのかという大きな流れをにらみつつ、本法文がどのように位置づけられるのか（あるいは位置づけられないのか）が問われた。これは今後の重要な課題となる。

---

[5] D. 21,2,14 Ulp. 18 ad ed.は、売買目的不動産の持分が追奪を受けた場合における償還額に関するものである。

[6] C. 4,49,12 Diocl. et Maxim. (a. 294) では両者が使い分けられているようにみえるが、やや時代がくだる。

[7] 元首政期の状況を解明しようとするものとして、Babusiaux, Zum Rechtsschutz von Fideikommissen im Prinzipat, ZRG RA 136 (2019) S. 140-213. なお、同論文では本法文は言及されていない。

SIHDA 大阪大会報告に関する報告およびその後の検討について

北谷　昌大

第 77 回 SIHDA 大阪大会において、筆者は「18 世紀ドイツにおける軍法およびユ帝『法学提要』の影響」(Ius militare and the influence of the Institutes of Justinian in 18th-century Germany）という論題にて口頭報告を行った。本稿では、簡単ではあるが 1. 報告の概要、2. 質疑応答、3. 報告に関する反省およびその後の検討の順に述べる。

1. 報告の概要

これまで近世の戦争・軍事に関する法思想はおもに近代国際法の前史ないし形成史として説明されてきたのに対し、近時では近世に固有な思想に着目し、その特質を解明する研究が蓄積されている。そのような動向を踏まえ、本報告はその中でも近世ドイツにおいて戦争に関する内容を包括的に扱っていたとされる「軍法学」（ius militare / Kriegsrecht）について、その学問的背景を明らかにすることを試みたものである。報告では軍法学を基礎づけた著作である、アドリアン・バイアー（Adrian Beier, 1634-1712、イェーナ大学教授）の『軍法学』（Juris militaris prudentia, イェーナ、 1712 年）を素材として、そこにおけるユ帝『法学提要』の構造の受容とその特質について検討した。

バイアーは自らの著作に『学問としての形態へともたらされた軍法学』（juris militaris prudentia in artis formam redacta）という題を掲げる。バイアーは軍司法実務を担いうる法曹を養成することを同書の執筆目的とする。構成面ではユ帝『法学提要』に倣い、著作を 4

巻に分ける。冒頭第 1 巻では軍法学の必要性および構成要素の論究を行い、第 2 巻から第 4 巻を 1 巻ずつ軍事に関する人—物—訴訟の概観に充てる。

冒頭第 1 巻は、軍法の理論的基礎を論ずるが、ここでバイアーは「提要」の語句に戦争・軍事的な読み替えを施すことによって軍法学の構築を目指す。すなわち、軍法学は正義を目的とする（第 1 巻第 1 表題第 1 テーゼ)、「戦時に軍人相互または民間人と軍人とに生ずる事案についての知見であり、またそれらの事案のそれぞれにおいて正または不正である事柄の、学問である」（第 1 巻第 1 表題第 2 テーゼ）と定義される。そして軍法の原理は、「ちょうど普通法のそれと同様であって、3 つである。すなわち、誠実に生き、他者を害さず、各人に各人のものを与えることの 3 つである」とされ、普通法との一致が強調される（第 1 巻第 1 表題第 4 テーゼ)。

バイアーは以上の認識を踏まえ、君主間の戦争を律する法規範を軍公法、軍人相互の権利義務を律する法規範を軍私法と位置付け、それらを包括する枠組みとして軍法学を構築した。そこでは、法学提要を基盤としつつ、「軍事条章にしたがって」などの文言の加筆による、法文内容の同時代化も見られる。この意味で、軍法学は「平和なき」近世ヨーロッパ（ヨハネス・ブルクハルト）に特有の法思想、法学分野である。軍法学は、近代法的な国内法と国際法という二元論を前提としない、その意味でこれまで研究が蓄積されてきた国際法の系譜とは異なるものである。そしてそのような包括性を可能とした知的背景こそ、ユ帝『法学提要』であった。

軍法学という枠組みは、バイアーの死後、イェーナのみならず、フランクフルト（オーデル)、ハレ大学など、同時代のドイツの諸

大学の法学部でも講義対象となる形で受容され、さらにそれらの講義の中で一連の軍法学文献が成立する。バイアーの構想した形での軍法学は、クリスティアン・ヴォルフ（Christian Wolff, 1679-1754）の自然法論の影響下で、国内法と国際法が理論的に分離されるに至るまで、変容を被りつつも存続した。

2. 質疑応答

本報告には 3 点の質問が寄せられた。1 問目は『軍法学』へのサラマンカ学派からの影響の有無についてである。バイアーは『軍法学』において自らが先行者と解する 112 人について 119 の著作をアルファベット順に表記しているが、その中にサラマンカ学派に属すると解される法学者（ビトリア、スアレスなど）は含まれない。バイアーが主たる先行著作として頻繁に言及するのはグロティウス『戦争と平和の法』である。

2 問目は、バイアー『軍法学』における刑法に関する内容の有無および位置づけである。バイアーは『軍法学』において、軍人および軍属に妥当する刑事実体法的内容を、「物の法」を論じた第 3 巻第 16・17 表題に、刑事手続を「訴訟の法」を論じた第 4 巻第 12 表題にそれぞれ配している。この点でバイアー『軍法学』に見られる理解は、19 世紀以降、軍刑事法が刑法の特別法に位置付けられる状況とは異なる。

3 問目は、近世ドイツにおける公法学と軍法学との関係に関するものである。筆者は質問者に確認の上、近世ドイツにおける学問分野としての帝国国法論（Reichspublizistik）と軍法学との関連について述べた。筆者の理解では帝国国法論は 17 世紀前半、ベソルド（Christoph Besold, 1577-1638）などを嚆矢とし、18 世紀に至りモー

ザー（Johann Jakob Moser, 1701-1785）、ピュッター（Johann Stephan Pütter, 1725-1807）らによって隆盛する。確かにバイアーはベゾルド著『戦争の方法および法について』（De arte jureque belli, シュトラースブルク、1624 年）を先行著作として挙げているし、18 世紀半ばの軍法学の論者の中には神聖ローマ帝国の軍制および帝国防衛戦争をも軍法学の一環として論ずる見解も存する。しかし、そのような見方は例外的であり、バイアーおよびその影響下にある著者の多くは、軍法学を帝国国制と関連付けて論じることはない。引用著作という点でも、項目の立て方という点でも、軍法学自体は帝国公法学と直接の関係にはないと考える。

また、報告後、司会者からも、「提要」に挙げられた 3 つの原理のうち、「誠実に生きる」という点は、軍隊における将校の徳目とも一致する点で掲げやすかったのではないか、という示唆を頂いた。この点についてはさらに検討したい。

3. 報告に関する反省およびその後の検討

本報告では、「古代法史学会」ということから、とりわけ軍法学と「法学提要」の結びつきを念頭に、近世法学の特質を提要システムから説明するという形で、史料についても提要からのパラフレーズの部分を主に取り上げた。これに対し、質疑では軍法学の特質に関する内容の質問が多く、近世法学としての軍法学により焦点を当てた構成とした方が、趣旨が伝わりやすかったのではないかと考える。また、研究史に関する時間を割いた割に、内容をもっぱらバイアー『軍法学』の『法学提要』引用部分に限ってしまったことも、その内容を伝えることに資することが少なかったように思われる。

本報告で取り上げたバイアーは、その著書『軍法学』において「学

問としての形態」（artis forma）という、グロティウス『戦争と平和の法』（プロレゴメナ第 30 節）と同様の理念を掲げている。学問性を追求し、ユ帝『法学提要』を範型として取り入れたことは、その帰結であると理解した方が著作の位置づけとして適切であろうと立場を改めた。以上のような反省および認識の変化により、報告後は特にバイアー『軍法学』におけるグロティウス『戦争と平和の法』との関係の解明を進めた。以下ではそこで得られた知見の概要を示し、それを踏まえた形で、報告で明らかにすることを試みた近世ドイツにおける特有の法思想としての軍法学の性格について述べる。

まず、引用に際して記したページ番号から、バイアーが参照した『戦争と平和の法』は 1646 年から 1663 年にかけてアムステルダムのブラウ（Blaeu）の工房で出版された 5 つの版のうちのいずれかであると特定することができる。これらの版は、グロティウスの生前中の加筆をすべて反映し、かつ後の学者による註釈を含まない版である。17 世紀後半のヨーロッパでは複数の註釈つき『戦争と平和の法』や、同書の註釈書が出版されているが、それらの入手がイェーナ大学法学部教授であったバイアーに困難であったとは考えにくい。1710 年頃に執筆された本著作において、このような版を使用したことおよびプーフェンドルフらを明示的に引用する箇所が極端に少ないことは、バイアーが近世ドイツにおける『戦争と平和の法』理解において、自然法論—国際法論という、今日広く知られた流れとは異なる立ち位置であることを示唆する。

典拠に加え、立論について、バイアーは軍法学を基礎づけるに際して、グロティウス『戦争と平和の法』およびプーフェンドルフ『自然法にもとづく人間および市民の義務』の自然法論を踏まえつつ、

自然状態における戦争を、人間の堕落した本性に起因するものとして議論の対象から除く（第 1 巻第 2 表題第 2 テーゼ§.1. なお、この立論に際しバイアーはそれらの著作を明示的には参照しないが、文言から典拠を明らかにすることが可能である）。

バイアーは、上述の軍公法と軍私法という彼に特有の枠組みを、戦争と訴訟がともに権利遂行であるという戦争観によって基礎づける（第 1 巻第 2 表題第 2 テーゼ§. 2）。周知の通り前近代ヨーロッパの社会では、実力をもって自己の権利を行使することは正当であるという観念が根強かった。バイアーの『軍法学』は、一方でそのような観念の持続と、他方で「ルイ 14 世の世紀」のただ中である 17 世紀後半から 18 世紀初頭にかけての大規模な常備軍による列強の角逐という同時代的状況の両方を調和させようとした、と解することができる。すなわち、同書は『戦争と平和の法』を踏まえつつ、なおかつ自然法論は論究の範囲外に括りだすという仕方で、同時代のヨーロッパの戦争・軍事を法的に枠づける一つの試みであったと言えよう。この点で、「提要」の構成に依拠したことよりも、『戦争と平和の法』の同時代的受容と理解する方が、同書における「軍法学」の性格の評価としては妥当であると考える。

The Losers of the Arbitration and Litigation in Greek and Roman Law (Summary)

Yasunori Kasai
26 September 2024, Osaka, SIHDA

In 53.6 of Aristotle's *Athenian Politeia*, the party who is allegedly wronged by the arbitrator can bring a case of *eisangelia* against the arbitrator to the body of arbitrators. If the arbitrator is convicted, he is ordered by the laws (*nomoi*) to be disfranchised. But he can appeal (*ephesis*). Demosthenes 21 (Against Meidias), 83-87 seems to testify such a case.

Robin Osborne argues in his classic article, 'Law in Action in Classical Athens', *JHS* 1985, that in the 'open' texture of Greek law both parties can bring new cases from their own advantageous points of law endlessly (in theory). In such a case as the above, the conflicts can involve the third party (arbitrator) and develop into further and more complicated conflicts. Is this true only in Greek law?

Lastly, I draw your attention to a parallel in Roman Law. Ernest Metzger in his article 'Absent Parties and Bloody-Minded Judges', in A. Burrows and A. Rodger (eds.), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford 2006, 455-473, discusses the interaction between various kinds of (mis)behaviour of the parties and their advocates and (mis)behaviour of judges on the one hand, and rules in the relevant texts of Roman law. He concludes that the Romans sought to give both sides an opportunity to be heard at trial.

Chapter 1: Introduction -The loser against the judge or the arbitrator-

Currently, I am working on the enforcement and execution of the judgment in ancient Greek law, especially Athenian law. In modern law, the enforcement and execution is carried out by the state, rather automatically.

By contrast, in ancient societies, both Athens and Rome, the systems of execution and enforcement of the judgment were not developed and remained minimal. In the civil litigation in particular, the execution is largely carried out by the parties themselves, it can be called a private execution. Under those conditions, what happens, if the loser does not obey the decision of the court or the arbitration? Today, I shall draw your

attention to the situation where the loser of the judgment and the arbitration disputes against the judge or the arbitrator and even sues the judge or the arbitrator.

Chapter 2: Aristotle, *Athenian Constitution*, 53.6
(53)‘They allot also the Forty, four from each tribe, before whom plaintiffs obtain their hearings in the other private suits. Previously they were thirty, and went round the demes trying cases, but after the oligarchy of the Thirty they became forty. [2] The cases up to ten drachmae they (the Forty) have independent authority to try, but those over that assessment they hand over (*paradidoasin*) to the *deaitetai*. These take them over (*paralabontes*), and if they are not able to make a settlement they decide (*dialysai*), and if both parties are satisfied with the decision and abide by it the case is completed. But if either of the opposing litigants appeals to the lawcourt, they insert in jars (*echinoi*) the testimonies, challenges and laws, those of the plaintiff and of the defendant separately, and they seal these, attach the decision of the *diaitetes* written on a board, and hand them over the 4 who are trying cases for the defendant’s tribe. [3] These take them over and introduce them into the lawcourt, those up to a thousand a court of two hundred and one, and those over a thousand four hundred and one. It is not permitted to use laws, challenges or testimonies except those inserted in the jars from the *diaitetes.* [4] The diaitetai are those in their sixtieth year. This is clear from the archons and the eponymous heroes: for there are ten eponymous heroes of the tribes and forty-two of the age-classes. The *epheboi* when they were entered used to be entered on whitened boards, and the names were written on them of the archon under whom they were entered and the eponymous hero of the previous *diaitetai*; but now they are written up on a bronze stele, and the stele is erected in front of the council house by the eponymous heroes. [5] The Forty take the last of the eponymous heroes and distribute the arbitrations among the men, drawing lots for which cases each is to arbitrate; and it is obligatory for each man to complete the arbitration of whichever cases fall to him. For the law enjoins that if anybody fails to act as a *diaitetes* when his age-class has come he is to be *atimos*, unless he happens to be holding some office or to be abroad: only these are exempt. [6] It is possible to make an *eisangelia* to the *diaitetai* if one is wronged by the *diaitetes*, and if they convict anybody the laws enjoin *atimia*; but it is possible for them to appeal. [7] They use the eponymous heroes also for

military campaigns, and when they send out an age range they prescribe from which archon and hero to which the men must go on campaign.'

(Peter Rhodes, *The Athenian Constitution, written in the School of Aristotle*, Aris and Phillips Classical Texts, 2017)

The 'Forty' is a judicial body before which the plaintiffs (people) obtain their hearing in the other private suits than those stated before in the *Athenian Constitution*. It should be noted that all the other private suits are firstly the business of the Forty. Of course, this is a simplification. As Peter Rhodes comments, not only excluding cases mentioned in 52, 2 and 3(*eisagogeis,* monthly suits), but also cases mentioned in 56.6 (*hybris*), 57.2-4 (*basileus,* murder), 58.3 (*polemarchos*, women's succession), 59.5-6 (*thesmothetai*, maritime law, international private cases) of which one of nine Archons is in charge, are out of the jurisdiction of the Forty.

However, it should be again emphasized that ordinary private litigations except petty claim up to 10 drachmae as the amount of the litigations must be firstly heard by the arbitrators, *diaitetai*. In this sense, the arbitration can be regarded as the first instance of the civil litigation.

As is well known, Plato in his last work *Nomoi*, puts a great emphasis on the arbitration as the first instance of the machinery of justice. By comparing Plato's *Nomoi* with the *Athenian Constitution* in terms of arbitration or *diaitetai*, differences and similarities will become clear. Firstly, the similarities are as follows; Except for petty claims in *Athenian Politeia*, both *Nomoi* and *Athenian Politeia* start with the arbitration. Then, if one of or both of the parties are not satisfied with the result of arbitration, he or they can bring that case to the court. In this sense the arbitration does not have a binding power. This is, I think, different from the modern notion of the arbitration. At least in Japan, the arbitration is a legally established institution and once the two parties choose this, they are bound by the decision of the arbitration. On the Roman law of arbitration, please see Buckland's Textbook of Roman Law (1963), pp. 659-660, also on *Compromissum*, p. 532.

On the other hand, the differences between *Nomoi* and *Athenian Politeia* exist. It should be noted that in the *Athenian Politeia*, the arbitrator is selected not by the parties as in Plato's *Nomoi*, but by the Forty, namely by the officials. In this sense, the arbitrator is a public one. The litigants cannot choose the other way of the dispute resolution than the arbitration procedure. Of course, behind the curtain the informal or private arbitration

is often employed by the parties. But in such a case no litigation occurs if they reach the settlement, in other words, if the arbitration is successful. Therefore, it is understandable that the parties do not always accept the decision given by the arbitrators and they go on to resort to the formal court.

Plato's arbitration is closer to the ordinary/normal arbitration in a sense that the parties agree to employ the arbitration as a way of the dispute resolution and they choose their arbitrator. This is called a private arbitration and can be seen and practised every day and every time. But the situation is not quite so simple, because, as Plato mentions, if one of the parties is not satisfied with the decision of the arbitration (arbitrator) and he does not comply with it, what happens? Can the winner of the arbitration use his force? Or, can the loser criticise and do something against the arbitrator? This is indeed mentioned in *Athenian Politeia* at 53.6. The loser at the arbitration can sue the arbitrator for *eisangelia*, by arguing that he has been wronged (*adikethei)*. But on the other hand, if the body of the arbitrators of that year convict that arbitrator (*katagnosin*), that arbitrator has become *atimos* (*atimousthai,* disfranchised), and he can appeal to the ordinary court, *ephesis* (appeal; see, Douglas MacDowell, The Law in Classical Athens, London, 1978, p.31).

From Ath. Pol. 53, it has become apparent that in Athens the arbitration was established as the first instance for the civil cases (53.1) except petty claims. The arbitrators (*diaitetes*) must be on the 60th year, i.e. 59 years old (MacDowell, Ibid., on arbitration, 203-211).

But the section 6 is not clear at all. For an example, Peter Rhodes says, 'It is possible for these to appeal: A dissatisfied litigant could appeal from the board of diaitetai to a dikasterion' (Rhodes, Ibid., p.384)

Stephen Todd (*The Shape of Athenian Law*, Oxford, 1993), says that 'It is unclear that such cases, namely, if charged with delivering a corrupt verdict at the instance of a dissatisfied litigant, he could apparently be punished with *atimia* (53.6), were heard by the board of *diaitetai* (MacDowell) or a court of *dikastai* (A. R. W. Harrison, *The Law of Athens* vol.II, Oxford 1971, pp.67-8), the more so as either reading could readily be emended into the other. We can only guess the case against the single *dikastetes* (Dem. 21. 86-87). Rhodes seems to have changed his view from the former to the latter'.

There are two readings of the texts, *eis tous diaitetas, or dikastas*. Depends on which reading you take, the interpretation will be changed,

board of arbitrators or popular courts.

Also, it is very uncertain; they can appeal (*ephesis)*; who are 'they', to where they can appeal ?' (Todd, Ibid, p. 128, n.9)

All I can say here is that if we choose here the former interpretation, it seems to be strange to me that the litigation between the convicted arbitrator and the dissatisfied (lost) party will be treated and decided by the whole body of arbitrators. The whole body of the arbitrators seems to exercise a kind of judicial review, with which I do not know any parallel in the history of the arbitration.

On the other hand, in the Athenian law, as *The Athenian Constitution* says to us, the public arbitration does not exclude from the litigants the possibility to go to the court (*dekasterion*) and obtain the verdict there. However, the arbitration is very important as the first instance because the evidence collected at the arbitration was kept in the jars (separately between the plaintiff and the defendant). At the court as the second instance, the parties cannot present any new evidence. The evidence including challenge *proklesis* which they can use is limited to that kept in the jars. In modern legal terms, the arbitration as the first instance is a kind of fact-finding court, the formal court as the second instance.

The arbitration in Plato's *Nomoi* plays much more an influential role than the Athenian law. Plato tries to make it much harder for the litigant to appeal to the formal court after the decision of the arbitration. But, as I mentioned earlier, this is a compensation for his idea of the arbitration, in which the two parties must agree on who becomes an arbitrator. Namely, the litigants are strongly expected to accept the decision of the arbitrator whom they have chosen.

Chapter 3: Demosthenes 21, *Against Meidias*, 83-87

Then, what kind of wrong (*adikema*) does the loser suffer? Now I introduce you to the case in Demosthenes, 21, *Against Meidias*. Demosthenes accused his opponent, Meidias, for several reasons; physical assault, punch, etc.. In this passage Demosthenes draws audience's attention to Meidias' misbehaviour against Stratos, the arbitrator, as follows,

(83) 'Now, listen to what he's done about the case, men of Athens, and observe his insolence and arrogance at every point. As arbitrator in the case, I mean the one in which I got him convicted, I got Straton of Phaleron, a

poor man without experience of affairs, but in the other ways not bad, in fact very respectable; and that's what has ruined the unfortunate man, in a manner not right or just but quite disgraceful.
(84) This man Straton, acting as an arbitrator for us, when the day for judgement eventually arrived and all the legal possibilities were now exhausted, *hypomosiai* and *paragraphia*, and there was nothing else left, first asked me to put off the arbitration, and next to postpone it to the following day; but finally, as I wouldn't agree and Meidias didn't appear, and it was getting late in the day, he gave a verdict against him.
(85) And when it was already evening and dark, this man Meidias came to the magistrates' office, and found the magistrates coming out and Straton already leaving after delivering the verdict given in the deserted case (as I was told by one of the bystanders). At first he had the face to urge him to change his verdict from condemnation to acquittal, and the magistrates to alter the record, and he offered them fifty drachmas.
(86) But as they got annoyed at his doing this and he wasn't managing to persuade either of them, after threatening and abusing them he went away and – does what? Just look at the nasty way he behaved. After applying to have the arbitration annulled he didn't take the oath, but he let the condemnation become final and was reported as having failed to take the oath. Wishing his intention to escape notice, he waited for the arbitrator's last day, on which some arbitrators came and some didn't;
(87) he persuaded the chairman to take a vote, quite illegally; and without putting down the name of a single summons-witness, accusing in a deserted case, when nobody was there, he expelled and disfranchised the arbitrator. And now one Athenian, just because Meidias was convicted in a deserted case, has been deprived of all the rights of a citizen and permanently disfranchised. It isn't safe, it appears, to prosecute Meidias when he wrongs you, or be appointed arbitrator for him, or even walk along the same street!'

(Douglas MacDowell, *Demosthenes 21 Against Meidias*, Oxford 1990, pp.139-141.)

In those passages several things become clear and some remain unclear. Firstly, Stratos was appointed to the single arbitrator of the disputes between Meidias and Demosthenes. Secondly Stratos' decision (*dike*) is not favourable to Meidias. This decision is a judgment by default, because Meidias did not appear. Thirdly, Meidias appeals to a body (not whole) of

arbitrators and won the case. Fourthly, Stratos lost his case and was deprived of his citizenship.

Demosthenes alleges that Meidias lost his case against Demosthenes, namely Meidias was the loser, and the decision by Stratos was right and legal. All the behaviour of Meidias is contrary to the law which seems to be procedural ones, not against the substantive law.

But how much can we believe Demosthenes' speech? The result is that Stratos became disfranchised. And we do not know the result of the original decision given by Stratos.

Chapter 4 : Conclusion – A parallel in Roman Law?

Ernest Metzger recently argues in his article, 'Absent Parties and Bloody-Minded Judges (in A. Burrows and A. Rodger (eds.), *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford 2006, pp. 455-473) as follows;

'The Roman judge, *judex* is liable for the misconduct of the justice, not for the miscarriage of justice, but for the inappropriate administration of justice, such as adjournment. As regards the duty of the judge, a separate action is prepared to enforce the judge to sit. On the other hand, the judge is expected to act carefully for the absent party, whether the absent party has a good reason for his absence or not.'

He mainly refers to Digest and newly discovered *Lex Irnitana* in 1981, when one party is absent. *Lex Irnitana* is the statutes of a small city in Spain. It is a local court. The adjournment by dividing day is a very difficult passage to interpret.

But what is the criteria of the inappropriate conduct? What are good reasons for the absence? Illness which suddenly appears in the middle of trial is a good reason? As regards Meidias' case, what was a reason why Meidias did not appear at the arbitration? He did not appear for a good reason? Demosthenes' speech cannot offer a fair statement of the fact. And what is a remedy for the loser of the arbitration or the litigation? The loser at the court can sue the judge for the damage which falls upon the loser. But what and how much is that damage?

Having seen several differences between the judge in Roman law and the arbitrator in Athenian law, it can be said that it is the single judge in Roman law and the single arbitrator in Athenian Law that the loser can dispute against. By contrast, it can be assumed that the loser cannot sue the

collective body of jurors in Athenian Law.

(Question and Answer)

After I read my paper above, I was given the following question from the audience.

(Q) Is it possible that we talk about the loser in the arbitration process?

(A) Yes, it is true that the arbitration process is one of ADR (Alternative Dispute Resolution) and its result is not the judgment but something which both parties accept. However, as far as the Athenian arbitration is concerned, unlike the modern arbitration, the arbitrator is not elected by the agreement of both parties but allocated by the Forty (so called 'Public Arbitrator). Also both parties cannot avoid the arbitration as the first stage of their litigation except for particular types of litigation. In this sense I think that we can talk about the loser in the sense of the unsatisfied party at the arbitration.

ローマ法雑誌第 6 号[2025]

『学説彙纂』第 41 巻第 2 章第 1 節第 3 法文における原告と被告は誰か？

石川真人

Ⅰ　2007－2008 年の冬学期、報告者はミュンヘン大学で Bürge 教授のゼミ Digestenexegese に参加した。10 月 24 日のゼミでは以下の法文（史料 1 ）が検討された。

『学説彙纂』第 41 巻第 2 章第 1 節（パウルス『告示注解』第 54 巻）第 3 法文

精神錯乱者は〔そもそも〕、被後見人は後見人の助成なしには、占有を開始しえない。なぜなら、彼らは物を所持する意思をもたないからである。たとえ身体が物に触れていようとも。それはあたかも眠っている者の手に誰かが何かを置くようなものである。しかし、被後見人は後見人の助成があれば占有を開始しうる。これに対してオフィリウスとネルウァ息は、被後見人は後見人の助成がなくても占有を開始しうる、なぜなら、この事柄は事実に属し法に属さないからである、という。この見解は、被後見人が理解力を有する年齢に達している場合に承認しうる。

これは、占有は事実か法かが論じられる際、とりわけ事実説の根拠としてしばしば引用される有名な法文である。本法文について Bürge 教授はゼミで次のように説明された。すなわち、原告は被後見人の後見人、被告は自らを所有者と称し、被後見人の占有を侵害した者、訴権は不動産占有回復の特示命令である、と。これに対して報告者は 1992 年、次のように書いていた。すなわち、原告は所

有者、被告は被後見人であり、所有物取戻訴権に基づく原告の請求に対して被告は使用取得を主張した、と。本報告は改めて私見の検証を試みるものである。

Ⅱ　Lenel（史料 2）によると、パウルス『告示注解』第 54 巻の表題は「占有および使用取得」である。このことは私見の正しさを象徴的に示唆している。さらに同書の法文は大部分が『学説彙纂』第 41 巻第 2 章～第 10 章に収録されている。これらの法文で問題になっているのは不動産占有回復の特示命令でなく使用取得であることもまた、私見に有利な事実であろう。これに対して下線を付した 10 法文は『学説彙纂』の別の場所に配置されており、私見と矛盾する可能性がある。そこで、本報告ではこれらの法文のうち 2 法文を検討する。

Ⅲ　まず次の法文（史料 3）を検討する。

『学説彙纂』第 43 巻第 16 章第 8 節（パウルス『告示注解』第 54 巻）

フルキニウスいわく、占有者が暴力によって追い出された場合、彼が所有者でなくても、占有は暴力によって奪われる。

本法文は『学説彙纂』第 43 巻第 16 章（de vi et de vi armata）に収録されているため、私見に反する可能性がある。本法文では不動産占有回復の特示命令が問題になっているのであろうか。

Lenel は『学説彙纂』第 41 巻第 3 章第 4 節第 22 法文～第 24 法文（翻訳は省略する）を本法文の前に配置している。第 22 法文には不動産占有回復の特示命令が登場するが、第 22 法文～第 24 法

文でパウルスが、暴力によって占有された農場は使用取得されうるか否か、を論じていることは明らかである。

これらの法文の後に本法文が配置され、さらに『学説彙纂』第 41 巻第 3 章第 4 節第 25 法文～第 28 法文が続く。

第 25 法文にも不動産占有回復の特示命令が出てくるが、これは主要問題ではない。より重要なのは、所有者が暴力によって占有者から農場の占有を奪った場合、農場は所有者の支配下には戻らないとされていることである。第 26 法文では、ある土地上の通路の所有者が暴力によって占有を奪われても、長期間これを使用していなければ、彼は通路を失うとされる。通路はおそらく土地の所有者に帰属する。なぜなら、占有者は通路を使用取得しうるからであろう。第 27 法文では、所有者の立ち入りを拒んだ農場の占有者は、暴力によって占有している者とはみなされないとされる。それゆえ、占有者は農場を使用取得しうるのであろう。第 28 法文でパウルスは、スクリボニア法の解釈を通して、役権が使用取得されうることを明示的に述べている。

以上のことから、本法文の前後の法文で問題になっているのは使用取得であり、それゆえ本法文でも不動産占有回復の特示命令は問題になっていないと考えることができる。

Ⅳ　次に以下の法文（史料 4）を検討する。

『学説彙纂』第 34 巻第 2 章第 4 節（パウルス『告示注解』第 54 巻）

ある者が紫の染料を購入する目的で自らの被解放者をアシアに送り、彼の妻に紫の毛織物を遺贈した場合、被解放者が染料を購

入したのが遺贈者の生前であったときは、毛織物は妻に帰属するとセルウィウスは解答した。

本法文では使用取得についても不動産占有回復の特示命令についても言及されていない。しかし、本法文の前に配置されている『学説彙纂』第 41 巻第 8 章第 4 法文（668）と、後に配置されている『学説彙纂』第 41 巻第 9 章第 2 法文（670）では使用取得が問題になっている。したがって、両法文が本法文と直接つながっていないとしても、本法文でも使用取得が論じられているのではないかと推定することは不当ではなかろう。

では、本法文はどのように理解できるか。報告者は以下のように考えた。紫の染料（貝）を購入するために属州アシアに赴くことを保護者（「ある者」）が彼の被解放者に委任し、その後、この染料から作られた毛織物を自らの妻に遺贈して死亡したという事案について、被解放者が染料を購入したのが委任者たる保護者（遺言者）の生前であったときは、毛織物は妻に帰属するとセルウィウスは解答した。かかる結論になる理由は書かれていないが、おそらく、受任者たる被解放者は委任者たる保護者のために染料を購入したからであろう。これに対して、被解放者が染料を購入したのが保護者の死後であった場合は、毛織物は妻のものにはならないという結論になるはずである。それはおそらく、保護者の死亡によって委任契約は終了し、受任者たる被解放者は委任者たる保護者のために染料を購入したことにはならないからであろう。

では、毛織物は誰に帰属するのか。誰が毛織物を使用取得するのか。使用取得の要件が充足されるときは、被解放者であろう。これに対して、要件が充足されないときは、毛織物は保護者の相続人に

帰属することになろう。しかし、後者の場合には、使用取得は問題とならない。なぜなら、この場合、毛織物は相続財産の一部であって、相続人がこれを使用取得する必要はないからである。

V　報告者は『学説彙纂』第 41 巻第 2 章第 1 節第 3 法文（史料 1）を以下のように理解する。すなわち、後見人の助成がなければ被後見人は占有を開始しえないとする当時の通説に対して、オフィリウスとネルウァ息によれば、後見人の助成がなくても被後見人は占有を開始しうる。それゆえ彼は占有物を使用取得しうる。パウルスは、被後見人が理解力を有する年齢に達している場合にこの見解を承認した、と。

いうまでもなく、私見と Bürge 教授の説明のいずれが正しいかを決めることは非常に困難である。なぜなら、占有の開始は、使用取得と不動産占有回復の特示命令に共通する前提だからである。しかし、少なくとも私見の成り立つ余地は十分にあることが本報告で明らかになったといえるのではないだろうか。

〈配付史料〉

1．D. 41, 2, 1, 3 (Paul. 54 ad ed.)

Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem

et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.

2． Paul. ad ed. 54 “de possessione et usucapione”[8]

656：D. 41, 2 (de adquirenda vel amittenda possessione), 1, pr.-1
657：D. 41, 2, 1, 2-16：D. 1, 3 (de legibus senatusque consultis et longa consuetudine), 14 = D. 50, 17 (de diversis regulis iuris antiqui), 141, pr.；D. 41, 2, 1, 17-ult.
658：D. 41, 2, 3, pr.-5；D. 50, 17, 141, 1；D. 41, 2, 3, 6-20
659：D. 41, 2, 3, 21-23
660：D. 41, 2, 7
661：D. 41, 3 (de usurpationibus et usucapionibus), 2
662：D. 41, 3, 4, pr.-3
663：D. 41, 3, 4, 3 extr.
664：D. 41, 4 (pro emptore), 2, pr.-9；D. 3, 3 (de procuratoribus et defensoribus), 49；D. 41, 4, 2, 10-21
665：D. 41, 6 (pro donato), 1
666：D. 41, 7 (pro derelicto), 2
667：D. 41, 8 (pro legato), 2
668：D. 41, 8, 4
669：D. 34, 2 (de auro argento mundo ornamentis unguentis veste vel vestimentis et statuis legatis), 4

[8] Lenel, Palingenesia Iuris Civilis I, 1889, 1063ff.

670：D. 41, 9 (pro dote), 2
671：D. 41, 10 (pro suo), 2
672：D. 41, 3, 4, 4-5
673：D. 41, 3, 4, 6-21
674：D. 41, 3, 4, 22-24；D. 43, 16 (de vi et de vi armata), 8；D. 41, 3, 4, 25-28
675：D. 18, 1 (de contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt), 52
676：D. 48, 11 (de lege Iulia repetundarum), 8
677：D. 47, 8 (vi bonorum raptorum et de turba), 3
678：D. 47, 9 (de incendio ruina naufragio rate nave expugnata), 4

3．D. 43, 16, 8 (674)

D. 43, 16, 8
Fulcinius dicebat vi possideri, quotiens vel non dominus, cum tamen possideret, vi deiectus est.

D. 41, 3, 4, 22-24
§22 Si tu me vi expuleris de fundi possessione nec adprehenderis possessionem, sed Titius in vacuam possessionem intraverit, potest longo tempore capi res: quamvis enim interdictum unde vi locum habeat, quia verum est vi me deiectum, non tamen verum est et vi possessum.
§23 Ceterum etiamsi mala fide fundum me possidentem deieceris

et vendideris, non poterit capi, quoniam verum est vi possessum esse licet non a domino.
§ 24 Idem dicendum est in eo, qui eum expulit qui pro herede possidebat, quamvis sciat esse hereditarium, quoniam vi possidet.

D. 41, 3, 4, 25-28
§ 25 (26) Si dominus fundi possessorem vi deiecerit, Cassius ait non videri in potestatem eius redisse, quando interdicto unde vi restituturus sit possessionem.
§ 26 (27) Si viam habeam per tuum fundum et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intellegitur ius incorporale nec de via quis (id est mero iure) detruditur.
§ 27 (28) Item si occupaveris vacuam possessionem, deinde venientem dominum prohibueris, non videberis vi possedisse.
§ 28 (29) Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute. itaque si, cum tibi servitutem deberem, ne mihi puta liceret altius aedificare, et per statutum tempus altius aedificatum habuero, sublata erit servitus.

4． D. 34, 2, 4 (669)

D. 34, 2, 4

Cum quidam libertum suum in Asiam misisset ad purpuras emendas et testamento uxori suae lanam purpuream legasset, pertinere ad eam, si quam purpuram vivo eo libertus emisset, Servius respondit.

D. 41, 8, 4 (668)
Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit aut testatoris quidem sit, sed adempta codicillis ignoratur: in horum enim persona subest iusta causa, quae sufficit ad usucapionem. idem potest dici et si in nomine erit dubitatio, veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit.

D. 41, 9, 2 (670)
Si aestimata res ante nuptias tradita sit, nec pro emptore nec pro suo ante nuptias usucapietur.

付記　本稿は、2024 年 9 月 24 日～27 日に大阪大学で開催された国際古代法史学会（Société Internationale Fernand De Visscher pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité）におけるドイツ語の報告を再現したものである。挨拶や自己紹介などは省略し、配付史料を掲載した。関連史料および文献については、本報告の基になった拙稿「占有は事実か法か ── 2007 年 10 月 24 日の Bürge ゼミ ── 」本誌 1 号（2020 年）1 頁および「続・占有は事実か法か ── Paul. D. 34, 2, 4 と使用取得 ── 」本誌 2 号（2021 年）376 頁を参照されたい。

質疑応答の際、Gregor Albers 氏から、使用取得における占有開

始と不動産占有回復の特示命令におけるそれとは意味が異なるのではないかとのご指摘を頂いた。実は報告者もそのことを承知していたので、『学説彙纂』第 41 巻第 2 章第 1 節第 3 法文で占有の開始が問題になっていることは私見に有利な証拠となりうるという脈絡で、「土地については 2 年間、その他の物については 1 年間の占有の継続が使用取得の成立要件であるため、使用取得にあっては、いつ占有が開始したかが重要である。これに対して、1 年以内に行使されなければならない占有訴権にあっては、いつ占有が侵害されたかは重要であるが、いつ占有が開始したかは問題にならない」と書いた（同誌 1 号 24 頁）。報告時には単に「占有の開始は、使用所得と不動産占有回復の特示命令に共通する前提」であると述べたのであるが、報告者が端折った点を突く、鋭いご指摘であった。

また、他会場におられた Thomas Finkenauer 教授に、学会が終わってから報告原稿をお送りしたところ、『学説彙纂』第 41 巻第 2 章第 1 節第 3 法文は講義でよく取り上げるが、報告者の説明に納得した（plausibel）とのコメントをいただいた。

さらに、同様に他会場におられた佐々木健教授にも報告内容をお知らせしたところ、Bürge 教授と報告者が訴訟形態（原告、被告、訴権）を想定するのは、現代ローマ法研究とその実践的価値を「裁判」研究が体現するからなのか、それとも教育的配慮から（学生に現実の紛争類型を理解させるため）なのか、とのご質問を賜った。Bürge 教授がこの日に限らず毎回のように当事者と訴権を説明されたのは、おそらく教育的配慮によるものであろうが、報告者は、事案を明らかにし、結論に至る法学的思考ないし論理を解明することこそが法学の核心に迫る、唯一ではないにせよ有力な道であると

考えている、とお答えした。

最後に、本報告を聴講してくださった皆さま、とりわけ、司会の労をお取りくださったばかりか、上記 Albers 氏のご指摘を十分に聞き取れなかった報告者を助けてくださった森光教授に、この場を借りて感謝申し上げます。

ローマ法雑誌第 6 号[2025]

近代日本初期におけるローマ法研究

宮坂渉

報告概要

日本では 19 世紀後半から、法典編纂事業のために、ローマ法の原典翻訳が開始され、ローマ法大全やガーイウス『法学提要』といった LEX の研究が進展した。他方で、パピルス文書研究等を基に、古代法における IUS を明らかにすべく、東方の法制度の研究に関心が向かった。本報告では、1938 年にサヴィニー雑誌 58 巻に投稿された原田の論文（Der Verzicht auf den Patronat und das Gesetz Justinians in C. 6. 4. 3）をレビューし、原田が日本のローマ法研究・教育に対して果たした貢献について再考したい。原田は、遺言で解放された被解放自由人が保護者の権に服する、という法理は、ユスティニアヌス帝の 531 年の勅法 C. 6.4.4.27 で初めて認められたのであって、この法理の存在を前提とする C. 6.4.3 pr.はインテルポラティオの影響を受けている、というものである。報告者は、その見解には賛同できない。

報告要旨

日本では 19 世紀後半から、近代西洋諸国に範を取った法典編纂事業が開始された。1874 年には東京開成学校（後の東京大学）において「ローマ法」の科目が設けられた。講師は当初、国外から招聘された外国人であった。その後、彼らに学び、外国で研鑽を積んだ日本人がローマ法教育を担当した。次第に、ラテン語、ギリシャ語の原典を直接日本語に翻訳する者も現れた。春木一郎、佐伯好郎、末松謙澄、宮崎道三郎らの翻訳により、ローマ法大全や十二表法と

いった LEX の研究が進展した。他方で、当時の欧州で Mitteis らによって盛んに行われていた「比較古代法」研究の動向も、中田薫らによって日本に紹介された。

春木や中田に学んだのが、京都大学の田中周友と、東京大学の原田慶吉である。当時の欧州における研究トレンドであった「比較古代法」は両者の研究内容にも大きな影響を及ぼした。例えば、1929 年から京都大学でローマ法を教えた田中はパピルスにみえるヘレニズム期エジプトの不動産登記制度や証書実務を研究し、ローマ法との比較を試みた。

原田も、早くから「比較古代法」に関心を有し、その研究の端緒であったローマの家父権 patria potestas の研究では、ギリシャ法、ゲルマン法、インド法、ヘブライ法にまで言及している。1929 年から東京大学でローマ法講座を担当するようになり、パピルスや碑文にみえる古代法研究に取り組んだ。1936 年から 1938 年にかけてベルリン大学に留学し、後に恩師と仰ぐ Koschaker の下で学んだ。一方で楔形文字法の研究を進め、これは後に日本で『楔形文字法の研究』というモノグラフとして結実した。他方で、Koschaker の助力もあり、1938 年と 1939 年にサヴィニー雑誌に論文が掲載された。

今日の報告は、1938 年の Der Verzicht auf den Patronat und das Gesetz Justinians in C. 6, 4, 3, ZSS, RA 58, 1938, S.136-160 を取上げる。原田の論文は、奴隷解放と解放後の解放者（保護者）ならびにその家族（特に子）と、被解放自由人との関係について論じたものである。

市民法は奴隷解放について 3 つの種類を認めていた。すなわち、遺言による解放、戸口調査による解放、杖による解放である。後二者は主人が生前に解放することになる（a）。これに対して、遺言に

よる解放の場合は（b)、遺言者が「誰誰は自由人たれ」と単純に定める場合（直接的な directo 解放）(b1)、被解放者は亡霊によって解放されたこととされ、orcinus 被解放自由人と呼ばれる。解放に条件ないし期限を付ける場合（b2）も同様である。これに対して、元首政期以降に広まった方式として、相続人あるいは第三者に信託遺贈を通じて解放の義務を負わせる場合には、義務負担者が解放者となる（b3)。

以上の解放方式に対応して、保護者の権に含まれる内容も異なっている。総じて、生前に解放された被解放自由人に対する保護者の権（a1）が最も強力である。保護者の死亡によりその子に生じる権利（a2）はその一部にとどまる。それよりも弱いのが、信託遺贈を通じて解放の義務を負わされた者が持つ権利（b3）である。問題は orcinus 被解放自由人に対する権利であり、これが原田の論文の焦点の一つである。

原田はその論文で 2 つのテーゼを提出している。

第 1 に、原田は、古典期には、エジプト出土のパピルス文書では保護者が保護者の権を放棄する約定が見られるが、「帝国法」では、すなわち法学者の見解によれば、約定によって保護者が保護者の権を放棄することはできなかった、それゆえ、保護者が保護者の権を放棄することを認める C. 6.4.3 pr.[9]はオリエント法の影響を受けた

[9] C. 6.4.3 pr.: Imperator Justinianus
Si quis patronorum in posterum huiusmodi narrationem conceperit [vel] in libertatibus, quae inter vivos actitantur, [vel in his, quae ex testamento vel codicillis scriptis vel sine scriptis habitis proficiscuntur,] ut liberti eorum a iure patronatus liberentur, antiqua interpretatione semota non dubitet etiam patronatus ius ex sola tali verborum conceptione libertis esse remittendum nec successionibus quae ab intestato descendunt, quas veteres et post huiusmodi

改革立法であった、と主張している。この主張自体は、La Pira[10]がすでに提唱していたものであるが、原田は自ら多くのパピルスの内容を解読し、ローマ法文と比較した上で、La Pira と同様の結論を導いている。このことは、ローマ法教育が始まって半世紀ほど経過したに過ぎない当時の日本においては注目すべき業績と言える。他方で、「帝国法」なるものが何を指すのか（法学者の見解なのか、皇帝の勅法なのか)、エジプトにおける実務と「帝国法」とは完全に切

---

actus servari in libertorum bonis decreverunt, a nobis patronis integris reservandis. * Iust. a. Demostheni pp. * <a 529 recitata septimo miliario in novo consistorio palatii Iustiniani. d.Iii k.Nov.Decio vc.Cons.>

勅法集 6 巻 4 章 3 法文首項、ユースティーニアーヌス帝が近衛長官デモステネスに。

保護者たちのうちのある者が、〔解放の〕後に、[あるいは]生きている者同士の間でしばしば行われる解放について、[あるいは遺言で若しくは小書付で若しくは書面によらずに生じる解放について、]彼らの被解放自由人たちが保護者の権から解放されるように、と考えを抱いた場合、昔の解釈は退けられ、保護者の権もまたこのような文言を考えただけで被解放自由人に免除されるべきであることは疑いがないのであって、無遺言の場合に生じる相続が、これを古法学者たちは、このように述べられたとしても、被解放自由人の財産について遵守されると判断したのであったが、〔今や〕保護者にそのまま認められることはない。クラリッシミ級のデキウスがコンスルの年〔529 年〕10 月 30 日、ヘブドモンで、ユースティーニアーヌス帝の宮殿の新しい議場において読み上げられた。

[10] Giorgio La Pira, Precedenti provinciali della riforma giustinianea del diritto di patronato , Studi italiani di filología classica, Vol. 7, Fasc. 2, 1929, p. 145-154.

断されていたか、という疑問は残るが、本報告ではこの点は扱わない。

第 2 に、原田は新勅法彙纂（534 年制定）におけるインテルポラティオの可能性を指摘している。C. 6.4.3 は 529 年制定の勅法である。そこでは、生前の解放による被解放者に対する保護者の権の放棄と並んで、遺言による被解放者に対する保護者の権の放棄が可能であることが定められている。他方、531 年制定の勅法 C. 6.4.4.27[11] は、遺言による被解放者に対する保護者の権を遺言者の卑属に認めることを定めている。原田は、531 年の勅法は改革立法であり、従来は、遺言による被解放者は保護者の権に服していなかった、と推測する。そうすると、存在しない権利を放棄することはできないので、529 年の勅法のうち、遺言による被解放者に対する保護者の権の放棄を定める部分は、インテルポラティオである、と原田は主張する。

原田が、531 年の勅法以前は遺言による被解放者は（遺言者の卑

[11] C. 6.4.4.27: Imperator Justinianus

27 ταῖς ἀληθείαις κρίνοντες, ὅσοι ταῖς ἀληθείαις τὴν ἐλευθερίαν ἐπιτιθέασιν. Τὰ αὐτὰ δὲ δίκαια [(BΣ)
δίδομεν καὶ τοῖς κατιοῦσιν καὶ τῇ λοιπῇ φαμιλίᾳ τῶν ἐν διαθήκαις ἢ τελευταίαις ὅλως βουλήσεσιν
ἐλευθερωσάντων τινὰς κατὰ τῶν καλουμένων ὀρκίνων ἀπελευθέρων, ὡσανεὶ παρ' αὐτῶν τούτων ἐλευ- 15
θερωμένων. PP. K. DEC. CONSTANTINOPOLI POST CONSVLATVM LAMPADII ET ORESTIS
VV. CC. a. 531

勅法集 6 巻 4 章 4 法文 27 項

遺言で解放された者たちに対する同じ権利が、あたかも彼らが彼ら自身によって解放されたかのように、遺言あるいはその他の終意で奴隷を解放する者の卑属およびその他の家族に与えられる。ともにクラリッシミ級のランパディウスとオレステースがコンスルの年の後〔531 年〕12 月 1 日、コンスタンティノポリスで。

属である）保護者の権に服していなかった、とする根拠は、orcinus 被解放自由人についての研究である Loreti-Lorini の 1925 年の論稿である[12]。Loreti-Lorini によれば、従来、orcinus（死者ないし幽霊によって解放された、との意）被解放自由人とそれに準じるとされる人々は、死者の家族の被解放自由人とされ、遺言者の息子の保護者の権に服すると理解されてきた。そのような理解とは異なる内容を含む法文、特に C. 6.4.4 の改革的内容からして、orcinus 被解放自由人は、ユ帝の時代にはそのような地位にあり、義務負担者によって解放された被解放自由人よりも弱い地位にあった。これに対して、古典期には、遺言者の息子の保護者の権に服しないがゆえに、義務負担者によって解放された（結果、信託遺贈義務負担者の保護者の権に服する）被解放自由人よりも優遇された地位にあった。

Loreti-Lorini は、遺言による被解放者が保護者の権に服していなかった例としていくつかの法文（A 群）を挙げる。他方で、反対に解される法文（B 群）にインテルポラティオの疑いをかけている。原田はサヴィニー雑誌の論文では全体として Loreti-Lorini の見解に賛同しているものの、Loreti-Lorini が挙げる個別の法文については一切検討していない。実は、原田はすでに 1933 年に日本語で執筆した論文においてこの問題を取り扱っていた。しかし原田はその論文でも、A 群については検討したものの、B 群については、インテルポラティオの主張を受け入れるだけで、検討していない。

こんにち、ローマ法研究において、インテルポラティオの疑いを当然のものとして受け入れることはできない。インテルポラティオ

[12] Loreti-Lorini, La condizione del liberto orcino nella compilazione giustinianea, Bullettino dell'Istituto di diritto romano. Nuova serie, 34(1925), p. 29-66.

を受けたとされる B 群の法文を見ると、確かに遺言による被解放者が保護者の権に服することを前提としているように解することができる[13]。しかし、本報告は Loreti-Lorini が主張するインテルポ

[13] 例えば、D. 26.4.3.3 は、トラヤヌス帝期のルブリウス元老院議決に関連する。ルブリウス元老院議決は、信託遺贈を通じて解放する義務を負担する者が、解放せずに逃亡した場合に、法務官の宣告により、その奴隷に解放されたのと同じ地位を認めるものである（D. 40.5.26.7）。ウルピアーヌスによれば、ルブリウス元老院議決によって自由を得た場合、その奴隷は orcinus 被解放自由人となり、遺言者の家族の保護に属することとされる（b1′）。なお、Loreti-Lorini は ad familiam 以下をインテルポラティオの対象と理解している。

D. 26.4.3.3 Ulpianus 38 ad Sab.
Plane si forte Rubriano senatus consulto pervenerit ad libertatem, non habebit tutorem eum qui rogatus est, sed orcinus libertus effectus ad familiam testatoris pertinebit. in qua specie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere, quae ad patronos non pertinuit: quod quidem in omnibus orcinis libertis locum habet testamento manumissis.

学説彙纂 26 巻 4 章 3 法文 3 項、ウルピアーヌス、サビーヌス註解 38 巻

確かに、ルブリウス元老院議決によって解放に至った場合、〔解放するよう〕指示された者を後見人として持つことにはならず、orcinus 被解放自由人となり、遺言者の家族に属することになる。そのような形で、後見は、保護者たちには属しなかったが、保護者の第一世代の子たちに属することになる。確かに、そのことは遺言で解放された orcinus 被解放自由人全員において当てはまる。

D. 40.5.26.7 Ulpianus 5 fideic.
Subventum libertatibus est senatus consulto, quod factum est temporibus divi Traiani Rubrio Gallo et Caelio Hispone consulibus in haec verba: " si hi, a quibus libertatem praestari oportet, evocati a praetore adesse noluissent, si

causa cognita praetor pronuntiasset libertatem his deberi, eodem iure statum servari, ac si directo manumissi essent".

学説彙纂 40 巻 5 章 26 法文 7 項、ウルピアーヌス、信託遺贈録 5 巻

神皇トラヤヌスの時代、ルブリウス・ガッルスとカエリウス・ヒスポがコーンスルの年に、次の文言で制定された元老院議決によって、解放から障害が取り除かれた。「その者たちによって自由が与えられるべきところの者たちが、法務官によって召喚されたが出頭するのを拒絶した場合、事案が審理され、彼らには解放が義務付けられる、と法務官が宣告したならば、あたかも直接に解放されたのと同じ法によってその地位が保護される」。

もう一つの例は、シーラーヌス元老院議決に関連する。シーラーヌス元老院議決は、主人を殺害した犯人を告発した奴隷に恩恵として自由を与えると定めるものである。マルキアーヌス D. 40.8.5 によれば、そのような奴隷は orcinus 被解放自由人とされた。そして、ウルピアーヌス D. 38.16.3.4 によれば、自由を与えられた奴隷が法務官によって誰かに割り当てられると、その者が保護者となる。割り当てられない場合には、直前までその者の奴隷であったところの者、すなわち殺害された主人の相続人を保護者とすることになる。なお、Loreti-Lorini は si quidem 以下をインテルポラティオの対象と理解している。

D. 40.8.5 Marcianus 5 reg.

Qui ob necem detectam domini praemium libertatis consequitur, fit orcinus libertus.

学説彙纂 40 巻 8 章 5 法文、マルキアーヌス、法範録 5 巻

主人の殺害〔の秘密〕を暴いたがゆえに、解放の恩恵を与えられた者は、orcinus 被解放自由人となる。

D. 38.16.3.4 Ulpianus 14 ad Sab.

Quid si necem domini detexit et ex senatus consulto libertatem meruerit? si quidem adsignavit praetor, cuius libertus sit, sine dubio eius erit et ei legitima hereditas deferetur: quod si non addidit, efficietur quidem civis romanus, sed

ラティオの有無を論じることはしない。第 1 の理由は、本稿の目的があくまで原田の主張の妥当性を検討することにあるからである。第 2 の理由は、インテルポラティオの有無を論じるためには法文ごとに、当該法文の本来の内容、その法学者の他の法文との比較、学説彙纂編纂者の意図等を総合的に検討する必要があるが、その余裕はないからである。本稿はむしろ、遺言による被解放者が保護者の権に服していなかった例として Loreti-Lorini が挙げ、原田も検討している A 群を検討の対象としたい。

Harada (1933) p. 27-30 は Loreti-Lorini (1925) p.38 が挙げる A 群の法文を以下の 3 点に分けて紹介している。

（1）Harada (1933) p.29 n.2（イ）; Loreti-Lorini p.38

パーピニアーヌス D. 26.5.13 pr.[14]について、Harada (1933) p.29 に

---

eius erit libertus, cuius proxime fuerit servus et ad legitimam hereditatem ipse admittetur, nisi sicubi quasi indigno deneganda fuerit hereditas.
学説彙纂 38 巻 16 章 3 法文 4 項、ウルピアーヌス、サビーヌス註解 14 巻
主人の殺害〔の秘密〕を暴き、元老院議決に基づいて自由を得た場合はどうか？なるほど、法務官が、誰の被解放自由人であるかを割り当てた場合、疑いなくその者の被解放自由人となり、その者に法定の相続財産が渡ることとなる。これに対して、追加しない場合、確かにローマ市民とはなるが、直前までその者の奴隷であったところの者の被解放自由人となり、その者が法定の相続財産へのアクセスを認められる。ただし、例えば恥ずべき者には相続財産〔の承継〕が拒否されるが、そのような場合はその限りでない。

[14] D. 26.5.13 pr. Papinianus 11 quaest.
Si impuberi libertas et hereditas per fideicommissum data sit et institutus adire

よれば、「若し遺言による直接被解放者が、遺言者の子の保護者の権に服するならば、今の場合遺言者の子が当然法定後見人となる可く、官選後見人設置の余地はない。」

しかし、この事案では、遺言者の子が相続承認を拒絶したため、当然に保護者とはならず、また、法定後見人とはならないのではないだろうか。

（2）Harada (1933) p.30 n.2（ロ）; Loreti-Lorini p.40-41

すでにみたように、ルブリウス元老院議決またはシーラーヌス元老院議決によって自由を与えられた奴隷は orcinus 被解放自由人（b1′）[15]とされた（Loreti-Lorini は彼らを orcinus 被解放自由人と同

---

nolit, senatus censuit eum, si impuberis nomine desideretur, adire cogendum, ut tamen pupillo pupillae tutor ab eo, cui ius dandi erit, detur, qui tutelam retineat, quoad restituatur hereditas et rem salvam fore ab herede caveatur. postea divus Hadrianus, ut idem in eo servetur, cui directa libertas data fuerit, rescripsit.

学説彙纂 26 巻 5 章 13 法文首項、パーピニアーヌス、質疑録 11 巻

未成熟者〔である奴隷〕に信託遺贈を通じて自由と相続財産とが与えられ、指定相続人が〔相続の〕承認を拒絶した場合、元老院は、未成熟者の名で要求されたならば、相続人は承認することを強制されるべきである、もっとも、相続財産が〔未成熟者に？〕移転され、その財産が安全であることが相続人によって保証されるまでは、未成熟者には官選後見人が、後見を維持する者として、付与されるべきである、と決議した。その後、神皇ハドリアーヌスは、同じことが、〔遺言で〕直接的に自由が与えられた者においても見られるべきである、と勅答した。

[15] 前掲註 5 を参照。

種 assimilati と呼ぶ)。他方、パウルス D. 38.2.4 pr.[16]によれば、後者の orcinus 被解放自由人は、「誰にも属さない nullius esse」とされる。これは、そのような奴隷は誰の保護者の権にも属さない、と解し得る。そこから、orcinus 被解放自由人（一般、b1）が遺言者の子の保護者の権には服しない、と Loreti-Lorini は推測する。C. 6.4.4.7 は前者の元老院議決についてこれを確認しているとされる。

しかし、そのような推測には疑問の余地がある。orcinus に準ぜられている「同種」の人々について、保護者の権に服しない、との元老院議決があるからといって、本来の orcinus もまた保護者の権に服しない、とは直ちに言えないのではないか。本来の orcinus は保護者の子の権に服するが、その例外である「同種」の人々は保護者の権に服しない、という可能性も否定できない。この「同種」の人々は、主人の子が相続承認を拒絶するとか、主人の子が父の殺害を放置している、等の理由で被解放自由人を保護者の子の権に服せしめるのが妥当でない、特別な人々であると考えることもできる。

（3）Harada (1933) p.29-30 n.2（ハ）;Loreti-Lorini p.31-33, p.37-38, p.62

Loreti-Lorini によれば、もしウルピアーヌス D. 26.4.3.3 が伝える

---

[16] D. 38.2.4 pr. Paulus 42 ad ed.
Si necem domini detexerit servus, praetor statuere solet, ut liber sit: et constat eum quasi ex senatus consulto libertatem consecutum nullius esse libertum.
学説彙纂 38 巻 2 章 4 法文首項、パウルス、告示註解 42 巻
奴隷が主人の殺害〔の秘密〕を暴いた場合、法務官は、彼が自由人である、と定めるのが常である。そして、元老院議決に基づくとの理由で自由を得た被解放自由人である彼は誰〔の保護者の権〕にも属さない、ということは確定している。

ように、orcinus 被解放自由人が遺言者の家 defuncti familia に属するとすれば、orcinus 被解放自由人は生前に解放した保護者の子が有するのと同一の権（a2）に服することになる。この権利は、信託遺贈を通じて解放の義務を負わされた者が解放後に有する保護者の権（b3）よりも強大である。他方で、ルブリウス元老院議決に基づき、そうした義務負担者が逃亡したために自由の地位を与えられた者は orcinus 被解放自由人とされる（b1′）[17]。そうすると、その者は本来であれば義務負担者の有するより弱い権利（b3）に服するはずが、保護者の子の権というより強い権利（a2）に服することになる。しかし、逃亡という、義務負担者の「怠慢」によって、orcinus 被解放自由人が通常よりも劣った地位に置かれることはあり得ない、という。

また、D. 40.7.2 pr.[18]は候補自由人も orcinus 被解放自由人となる期

---

[17] 前掲註 5 を参照。

[18] D. 40.7.2 pr. Ulpianus 4 ad Sab.
Qui statuliberi causam adprehendit, in ea condicione est, ut, sive tradatur, salva spe libertatis alienetur, sive usucapiatur, cum sua causa usucapiatur, sive manumittatur, non perdat spem orcini liberti. sed statuliberi causam non prius servus nanciscitur nisi adita vel ab uno ex institutis hereditate: ceterum ante aditionem sive tradetur sive usucapietur sive manumittetur, spes statutae libertatis intercidit.
学説彙纂 40 巻 7 章 2 法文首項、ウルピアーヌス、サビーヌス註解 4 巻
候補自由人の地位にある者は、以下の状況にある、すなわち、引渡される場合には、自由への期待を保ったまま譲渡され、ウースーカピオされる場合には、その地位でウースーカピオされ、解放される場合には、orcinus 被解放自由人の〔地位の〕期待を失わない。しかし、特に指定相続人たちのうち 1 人によって相続が承認されない限り、奴隷が

待を有するとする。そして、候補自由人が引き渡されたりウースーカピオされたりした場合でも、その期待を失わないのと同様に、第三者によって解放された場合でも、その期待を失わない、とされる。この第三者には例えば信託遺贈を通じて解放の義務を負担する者も含まれると解される。そうすると、両解放が競合することになるが、その場合でも、候補自由人が orcinus 被解放自由人となる期待を失わないのは、orcinus 被解放自由人の地位が信託遺贈による被解放自由人の地位よりも優越しているからである、という。

こうした理解にも賛同することができない。ルブリウス元老院議決は、受託者によって解放されるはずだったが、その逃亡により、法務官によって解放された者を保護するために、（保護者の子の権（a2）に服する）orcinus 被解放自由人の中でも例外的な（保護者の子の権に服しないという）地位（b1′）に位置付けたのであって、「劣等の地位に置いた」と評価することはできない。また、D. 40.7.2 の後段によれば、候補自由人は、指定相続人が相続承認を拒絶するか、承認前に（例えば原田が言う信託遺贈の義務負担者によって）解放された場合には、orcinus 被解放自由人の希望を失うのであって、その地位が信託被解放自由人に優越する、とは言えない。

以上のように、Loreti-Lorini と原田が、遺言による被解放者が保護者の権に服していなかった例として挙げた法文（A 群）は、彼らの言うのとは異なる解釈があり得るのであって、論拠として十分とは言えない。それゆえ、報告者は彼らの主張に賛同することができ

候補自由人の地位を取得することはない。そうではなくても、承認されるより前に、引渡されるか、ウースーカピオされるか、解放されるかした場合、候補自由人の地位への期待は消滅する。

ない。

報告に対する反応

報告後の質疑では、ローマ法大全等の邦訳事業を可能とした当時の日本の学問情況についての質問があった。また、セッション後、吉原達也先生から、末松謙澄によるユ帝法学提要の邦訳の経過については議論があるとのご指摘をいただいた[19]。ここに改めて御礼申し上げたい。

[19] 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）』東京帝国大学、297 頁。

ローマ法雑誌第６号[2025]

２０世紀前半日本の西洋法史学

田口　正樹

１．はじめに

本報告は、おおよそ 1920 年頃から 1945 年ないし 1950 年頃までの日本における西洋法史研究について、学問史的検討を試みるものである。この時期は、前の時期に東京帝国大学と京都帝国大学で出発した近代的な意味での法史研究が、大学数の増加とともに他の大学にも広がりをみせた時代である。東京帝国大学では 1880 年代から法制史の本格的な講義が継続的に行われるようになり、京都帝国大学でも 1900 年前後から西洋法の歴史が講じられるようになっていた。それが 1920 年代には東北帝国大学、九州帝国大学、京城帝国大学でも西洋法の歴史が教えられるようになる。更に半ダースほどの私立大学でも 1930 年代に西洋法の歴史を担当する専任教員が現れる。日本では法史の研究・教育は専門化されており、ドイツのように民法などと法史が同一の講座とされることは基本的になかった。その際、どの大学でもローマ法が先行し、西洋法史（西洋法制史）の教育・研究は比較的新しい現象であったことが確認される。ともあれ、1940 年前後には 7-8 人の西洋法制史学者が日本の大学で教えていた。本報告ではその中から、栗生武夫、西本頴、久保正幡の３人を取り上げる。

２．西洋法史の構想と研究

この 3 人をはじめ、草創期の西洋法史研究者にとって大きな課題は中田薫（1877-1967）の比較法制史を乗り越えることであった。こ

の後の神野教授の報告でも触れられるが、東京帝大で比較法制史・日本法制史を講じた中田は、日本法制史の諸問題について重要な業績を遺した。彼はドイツやフランスの（例えば封建制度や領主制に関する）法制史研究の成果を摂取し、それとの比較で日本史上の歴史現象（荘園制や主従関係）を理解しようとした。中田にとって西洋史上の法現象は、日本史との比較のために参照されるのであった。このような比較法制史に対して、3 人は異なる構想を打ち出そうとしたのである。

（1） 栗生武夫

栗生武夫（1890-1942）は 1917 年に京都帝大法学部を卒業後、研究者生活に入り、1925 年から東北帝大の教授となった。彼は最も初期の公表著作の一つである「西洋法制史研究の必要に就て」（1921 年）において、比較法制史を批判した。彼によれば、比較法制史が行うのは、制度の記述・分類・比較であって、比較法制史は史学ではない。比較（ヨコの類型）と歴史（タテの時間的変化）とは相容れない。そして現在、比較法制史でなく西洋法制史が必要なのだ、というのである。

そのように主張する栗生の研究は、古代の後にローマ法が東ローマ帝国で被った変容を問題にすることから始まった。日本における西洋法の歴史的研究がローマ法先行で始まったという前述の事情がよく表れている。栗生は 1923-1925 年にはヨーロッパに留学し、主にベルリンで家族法史の研究に従事した。その成果に基づいて栗生は帰国後に多数の論文を公表し、それをまとめて著書『婚姻立法における二主義の抗争』（1928 年）を出版した。栗生は婚姻法史をローマ主義と教会主義の二つの主義の間の抗争として理解する。そ

こでの大勢は、中世におけるローマ主義から教会主義への変化と、16 世紀以降における教会主義の衰退とローマ主義の復活である。叙述にあたって栗生は余り二次文献は挙げず、史料と条文を参照指示している。しかし自分で直接史料と条文を調べたわけではなく、二次文献からたどったのではないかと推測される。参照される二次文献は基本的にドイツ語の文献である。

そのうえで栗生は現行日本民法（や判例・学説）を批判し、更に立法論を展開する。栗生によれば、法史はある法律関係について、その内容がいかに変化して今日に至っているか、そして今日どのような方向に向かって発展しつつあるかを叙述する学問である。そして発見された発展傾向（Entwicklungstendenz）の線上に自国の現行法を置きその歴史的位置を明らかにすると同時に、法解釈学に向かって歴史的動向に合致する解釈を下すよう要請する、という。そして栗生によれば、外国法も我々日本人の規範であり、そこには人類一般の規範意識の進展が認められる。したがって西洋法史も現行日本法に対する指針を与えうるのである。栗生は更に、日本民法の婚姻法全体にわたって矛盾と欠陥を指摘する。例えば、具体的には、婚姻故障に関する規定が多すぎ、婚姻故障違反の効果も重すぎ、親族婚姻の禁止範囲も広すぎる。以上は教会的でありすぎる諸規定である。一方婚姻予約の規定がなく、内縁の規定もないのは、異教的すぎるものである。

しかし、こうした栗生の批判と立法論は民法学者には受け入れられなかった。家族法の代表的な研究者であった民法学者中川善之助（1897-1975）は、栗生の二主義抗争という説明方法は西洋法制史の理解のためには便利だけれども、日本法制史もそれで説明しようと

するのは無理であろう、この方法だけでは説明できない事象が日本には非常に多いし、西洋でもないわけではないであろう、と評している。

栗生はこの後、財産法史の分野に研究を拡大し、また大学での西洋法制史講義に基づく著書を出版する。1929 年に公刊された『西洋立法史　第 1 分冊』は、冒頭で古代ローマから現代までの西洋立法史を概観したうえで、第 1 章でビザンツの立法史、そのイタリア、トルコ、ギリシア、バルカン諸国、ロシアへの影響、イスラム世界の立法史が述べられ、第 2 章はカール大帝までの西欧立法史・法源史で、ゲルマン諸王国の部族法典とローマ人法典、カール大帝の勅令が扱われる。1932 年の『中世私法史』は民法総則の最初の部分にあたる、権利能力、行為能力、法人を扱う。栗生が実際に講義した西洋法制史は、近代私法の体系を前提としつつ、中世ドイツの素材を中心に、主にドイツ学界の研究に基づきつつ、整理・紹介するものであった。

（2）西本穎

西本穎（1904-1982）は、栗生と同様に京都帝大法学部で学び、1927 年の卒業後すぐ同学部助手となって西洋法制史の研究を始め、1929 年には助教授となった。西本の西洋法制史構想は、1936 年の論文「西洋法制史研究の方法に就て」に見られる。西本によれば、西洋法制史は、法学研究の不可欠な基礎学である。法史学は過去における法的事実をその発展の傾向に従って取り扱うものとされる。西本が打ち出す西洋法制史は、アメリカで試みられたような西洋全体の法制史でなく、国別法制史である。更に、西洋法制史の研究は法系にしたがってなされる必要がある。法制史研究は過去の法的事実を

発展の経過として認識し、将来に関しても発展という性格において考察するものであるから、法の発展の軌跡すなわち法系にしたがって研究することが当然である。法系を離れた研究は無関係な事項の羅列にすぎない。そして法系の形成（法の継受）は国家立法によってなされることが多く、立法によらない継受においても継受法を国家法として認定するのは（国家の）司法作用であるから、法系は常に国家的権力を中心として発達している。それゆえ法系に従って研究する以上法制史の研究が国別となるのは当然である。そして、西洋法制史叙述の体系については、結局ローマ法系以外、各法系で指導的体系は存在しない。ゆえに西洋法制史の体系は、ローマ法系に由来する現行法体系（パンデクテン体系）であるべきだとされる。西本の構想においても、比較法制史はありうるとされるが、比較は同一法系内でのみなされるべきであるという条件が付けられる。西本の構想では中田薫が遂行したような西洋中世と日本中世との比較法制史などは認められないのである。

こうした構想は、西本が京都帝大で行っていた西洋法制史の講義に反映していた。彼の講義に基づく『西洋法制史講義』(1936) の内容は法源史と私法史がほぼ半々で、法源史はゲルマン・ドイツ法源史、私法史はドイツ私法史であり、目次には「独逸私法史」という副題が付いている。時期的には中世までを扱う。前半部は、中世ゲルマン・ドイツ法の法源を時代ごとに解説しており、ドイツ法制史の教科書などに依っている。後半の私法史は、人・物（物権法）・権利変動（債権法）という体系で整理され、やはりドイツ法制史・ドイツ私法の教科書類などに依っている。この構成は先に見た栗生武夫の西洋法制史と大きくは異ならないものであったが、それよりも

時代的・内容的に拡大している。

個別の研究においては、西本はゲルマン・ドイツ法史に関する論文を発表し、またドイツやヨーロッパの学界の新刊研究をすぐに日本で紹介する。そうした活動の中で西本が裁判制度や裁判手続に対する関心も示していることは注目される。また西本の論文は多くはドイツの研究に基づいているが、「レックス・サリカに表われたる所有権思想」（1933）のように、みずから史料研究を行おうとする志向もうかがわれ始める。西本は論文冒頭でレックス・サリカ刊本と翻訳について整理したうえで、Geffcken のラテン語刊本に依拠すると述べる。また、「市風自由の原則」（1935）で西本は、Luft macht frei の原則を、Heinrich Brunner 等の研究によりつつ、しかしやはり都市法史料などの原文と翻訳を引きつつ論じている。彼は更に、ドイツだけでなく、イングランド、フランドル、フランスの事例も史料を引用しつつ紹介し、ドイツと比較している。

西本が早い時期から取り組んだテーマは利息法の歴史であり、いくつかの個別論文に基づいて、著書『利息法史論』（1937）を公刊した。西本は、ローマ法、教父、カロリング朝、スコラ学、プロテスタントと時代を追って変化をたどり、スコラ学の利息禁止理論や、教会による利息禁止の試みとそれを潜脱する手段（定期金、組合など）の発達を叙述する。プロテスタントは利息自由の理論を立てたが、それでも完全自由にはせず、利息制限法を立法し、その後になって完全自由化へ至った。更に、19 世紀近代法における利息の自由化（利息制限法の撤廃）と個人的高利制限立法が論述される。そして社会的高利（正当価格の問題）の歴史と第一次大戦時ドイツの社会的高利規制の法制度の詳しい解説がなされる。こうした歴史的検

討を踏まえて、現行日本法の利息法法源（利息制限法、質屋取締法、金銭債務臨時調停法など）の解釈論、およびとりわけ立法論が展開される。西本によれば、利息制限法は歴史的に 17 世紀の立法なので改正して個人的高利法に変える必要がある。つまり、契約自由原則に任せたうえで債務者の個人的弱点に乗じて高利を徴収する者だけを刑罰で取り締まれば十分である。そのうえで西本は改正利息法の細則にまで及ぶ立法論を提言する。こうした、歴史的根拠による現行法のあるべき解釈論や立法論の主張は、栗生も採った路線であった。そしてそれが実定法学者によって受け入れられなかったこともまた、栗生の場合と同様であった。

（3）久保正幡

久保正幡（1911-2010）は、1934 年に東京帝大法学部卒業後すぐ助手になり、1937 年には助教授となった。彼の西洋法制史構想は、1942 年の論文「ゲルマン法史の構想」で表明された。自身の構想の前提を、久保は次のようにまとめる。現在の「西洋法制史」講座は、当初は「比較法制史」と呼ばれていた。この「比較法制史」は、日本法制史の研究に必要な知識を得るために、我が国の法制史と比較して西洋諸国の法制史を研究するという特殊な任務を持っていた。中田薫の功績により日本法制史の学問体系が樹立されるとともに、この任務は一応果たされたのであり、そのため「比較法制史」は「西洋法制史」と改称されて、西洋法制史の研究は、日本法制史研究の参考手段たるにとどまらず、それ自身が目的として意義を獲得するに至った。その際、西洋法制史の時代的範囲は中世以降とされる。教育制度上、ローマ法が先行しているからである。更に、（西本が説くような）国別法制史もありうるが、その他に超国別的総合的考

察もありうるという。そこで久保が打ち出すのが、ゲルマン法とローマ法の混合として西洋法制史を理解する「ゲルマン法史」の構想である。そこにおいてはローマ法のゲルマン化とゲルマン法のローマ化が扱われるが、西洋法制史では特に後者が扱われる。こうしたタテの変化とともに、ヨコにゲルマン法史としての統一性を見出しうる。国別法制史の違いはゲルマン法・ローマ法の混合度合いの違いによるというのである。こうした統一的観点から西洋諸国における法制の発展を跡づけるとき、そこに「西洋法制史」として一つの超国別的総合的考察が成立し得るとされる。

このように西洋法制史を構想した久保の個別研究は中世初期のゲルマン法史であった。フランク時代の家族共同体と自由分権の発達、ゲルマン古法における贈与行為の有償性、フランク時代における属人法主義などがテーマであったが、いずれの論文においても久保は、ドイツを中心とした学説を参照しつつ、その当否を一次史料を広く検討することを通じて検証しようとする。例えば、ゲルマン古法における贈与行為の有償性に関して（1937）は、通説であった形式的有償性説を、北欧ゲルマン諸法、西欧ゲルマン諸法、ランゴバルド法とそこにおける有償性の変化を一次史料から検討することによって検証し、同説が妥当するのは時代が下り有償性が変化（退化）した（元来贈与物と同等の物を返していたところ、非同等物を形式的に返すだけでよくなった）時期（ランゴバルド法の時代など）にとどまると結論している。このように久保は、ドイツの学説を史料研究により批判するのである。

これらの久保の仕事は、当時の日本の学界としては、従来の研究レベルを一段高めたものと評価できよう。栗生や西本がしていたよ

うな、ドイツなどの研究に依拠して歴史の流れをたどるという作業から、ドイツなどの研究を使いつつも、一次史料まで下りてみずから考え、そこからドイツなどの学説を評価・修正するという作業への移行がここには見られるのである。

３．戦時体制と西洋法史研究

全体主義が台頭する世界情勢と、1931 年の満州事変以後次第に強まっていく日本の戦時体制は、西洋法史学の研究者たちにも、さまざまな影響を及ぼした。1942 年に死去した栗生武夫については本報告では触れず、あとの２人を扱うことにしよう。

（１）西本頴

西本は、1937-1939 年にドイツ・ミュンヘンのクラウディウス・フライヘル・フォン・シュヴェリンのもとに留学する。フォン・シュヴェリンはこの時期のドイツの法制史学者のうちで日本の西洋法制史研究者から最も注目されていた人物であり、上述した西本の西洋法制史構想に対しても彼の仕事はかなりの影響を与えていたので、この留学先選択は不思議ではなかった。

帰国直後の西本は、留学中に見たドイツについて、ドイツの法制史学は、法制史研究とナチの国策との密接な結合を特徴とし、そのため政治地理学と法制史学も密接に結合しているという所見を披露している。今や、歴史研究に立脚して現在と将来を論じることに重点が置かれているというのである。法制史学が国策に多大な貢献をしているという理解であり、フォン・シュヴェリンもそうした文脈で法制史学の主要人物としてとらえられる。

しかし、このような西本の認識が当時のドイツにおけるナチと法制史学者との関係を正確にとらえていたかどうかは、疑問である。

シュヴェリンも、近年の研究によれば当時法制史学者としてそれほど目立った活動をしていたわけではない。また、法制史学者たちがドイツの大学教授としての自意識に基づいて、政治と政策に関わる活動を志向したとしても、ナチ幹部のほうは彼らを尊重したわけではなかった。西本によるドイツ学界の描写は、むしろ留学前から見られた西本本人の志向と関心によって変形されているのではないかと思われる。

帰国後の西本は実際に、政策提言を主とする論文を数多く発表していく。満洲国の宗教政策、アジア情勢と各国の対立、ユダヤ人問題、イスラム教徒の政治的動向などなど。これらの「論文」における歴史の部分はすべて概説書等の二次文献に依拠しており、留学前に芽生えていた史料研究の萌芽はまったく見られなくなった。ドイツ留学からの帰国後、西本頴は法制史学者であることをやめたのである。そして彼の多方面にわたる提言は政策決定者の元で何ら反響を見いださなかった。

（2）久保正幡

久保については、西本のような政策提言の試みも、日本の戦争遂行に関与する動きも知られていない。しかし久保の仕事にはナチ期のドイツ学界との関連を考えさせる部分も存する。久保が注力した部族法典史料の日本語訳である。その際に久保は、ナチ期ドイツでドイツ法アカデミーが進めた部族法典など中世法史料の現代ドイツ語訳のプロジェクトからも一定の刺激を受けたものと思われる。久保は、このプロジェクトに対して早くから関心を払い、その進捗状況を紹介していた。

ドイツ学界の動向をにらみつつ、久保は自身で部族法典の日本語

訳に踏み出していく。久保が最初に手を付けたのはリブアリア法典であるが、翻訳の前提として、彼は、法典の研究史、法典の名称、内容、区分、更に成立年代についての議論を紹介し、適用区域と付加勅令、また法典の性格をめぐる学説も紹介する。それを通じて、従来よりはるかに詳しい法源史を提供するのである。リブアリア法典全体の日本語訳を提供する『リブアリア法典』（1940）の冒頭で久保は、わが国における西洋法制史の研究が既に直接根本史料に基づいて研究をなすべき時期に到達していると述べる。しかし、ローマ法の主要な法源が 1910 年代以来ローマ法学者によって日本語訳されてきたのに対して、ゲルマン法系の重要な法源の日本語訳はほとんどなされていない。これはわが国の西洋法制史学界にとって大きな欠陥である、という。このように、一次史料に基づいて西洋法制史の研究を行うという明確な意識と、ローマ法分野における翻訳事業の先行という認識が示されている。そこで久保はまずリブアリア法典の翻訳から始め、この後更にサリカ法典の研究と翻訳へと進んだ。

以上のような久保の部族法典翻訳は、ナチ期のドイツ学界の動向を見つつ遂行されたことは間違いなく、その限りでは世界大戦の時代の影響のもとに行われた。しかし久保は上述のように、一次史料に基づいた法制史研究が行われる時期に達したという明確な意識を持ち、またみずからそのような研究を遂行する中で、平行して翻訳作業を進めたのである。そしてその過程で従来から栗生や西本が書いていた法源史よりはるかに詳しいものをも公表したのであった。上述のように、西本が政策提言へ傾いていったのに対して、久保の進路はそれとは大きく異なる方向をとった。この時期の久保の

仕事において、日本における本格的な西洋法制史学がスタートしたのである。

４．1945 年：断絶と連続

1945 年の世界大戦敗戦をはさんで、日本の西洋法制史学界には、どのような断絶と連続性が見られるであろうか。栗生武夫は前述のように既に 1942 年に死去していた。西本穎は 1945 年に公職追放で京都帝大の教授職を失う。その他にも若い研究者で 1945 年前後に死去した者もいる。全体で 7,8 人ほどの学者しかいなかったわけであるから、人的な断絶は大きかった。

そのような中、久保正幡の西洋法制史構想において、我々は重点移動と連続性の双方を確認することができる。「西洋法制史学界の展望」（1948）において久保は、過去についての法社会学としての法史学という像を打ち出し、そのうえで西洋法制史学の課題として、①史料翻訳、②法・制度以外の歴史への注目（一般文化史としての法史）と一般史家との協力、③普遍的人間性という仮説を挙げる。①は戦前からの継続であり、②も戦前の久保に見られた。③は戦前の「極端な民族主義的法律観」に対する反省からであるという。これは戦前には少なくとも明示されていなかった課題である。一方「西洋法制史の概念と研究方法とについて」（1949）において、ゲルマン法史の構想は戦後も維持された。（狭義の）西洋法制史とローマ法が教育制度上並立している中、西洋法制史は中世以降、それもゲルマン法系の発展を扱うとされる。一方、ローマ法は古代（古代ローマ法、古代法史）と中世以降のローマ法系の発展を扱う。西洋法制史の方法としては、国別的方法と超国別的方法がありうるが、ヨーロッパ的共通性が存するので、後者の超国別的方法も可能であ

るという。

このようなスタンスで、久保は戦前にスタートした部族法典翻訳事業を継続し、平行してゲルマン法史および戦前より手を広げてローマ法史の仕事をも公表していった。部族法典翻訳関係としては、サリカ法典について戦前からの翻訳作業を継続し完成させ、『サリカ法典』(1949) で、サリカ法典の法源史と日本語訳をまとめた。この分野の久保の仕事は 1945 年前後の連続性を顕著に証言する。

こうした久保のゲルマン法史構想を 1954/55 年に世良晃志郎が撃つことになるが、それはまた別の報告で扱われるべきであろう。

以上のような学会当日の報告に対しては、戦時体制と西洋法史学の部分について、ナチ期ドイツのドイツ法アカデミーとナチの政策との関係についてより注意が払われるべきではないかというコメントがあり、また武藤智雄など他の西洋法史学者・ローマ法学者と戦時体制との関係についても質問があった。栗生武夫とマルクス主義との関係など時間の制約から報告で触れることができなかった問題も含めて、『法の思想と歴史』 5 号に詳しい論文を公表する予定である。

Japanese Legal History Research and its Methodology in the Early Twentieth Century

神野潔

１　「法科派」と「文科派」

滝川政次郎（1897-1992）や石井良助（1907-1993）がまとめた古い法制史の教科書・概説書の中には、日本の法制史学史の丁寧な整理があり、そこでは「法科派」と「文科派」というグループが強く意識されている。一般的に、過去の法体系を考察する際に現在の法体系の知識・論理を適用して再構成しようとする研究者たちのグループが「法科派」であり、過去の法を研究する際にその時代の文化的背景をより重視する研究者たちのグループが「文科派」だと理解される。前者のルーツは東京帝国大学法科大学（法学部）教授であった中田薫（1877-1967）で、後者のルーツは京都帝国大学文科大学（文学部）教授だった三浦周行（1871-1931）である。

本報告では、まず「法科派」・「文科派」という二つのグループが出現する前の、日本法制史学のいわば「夜明け」の時代について、宮崎道三郎、穂積陳重という二人の学者を中心に、法学と史料との出会いを見ていくことにする（下記２、３）。続けて、「法科派」・「文科派」という二つのグループの最初の提唱者であると考えられる三浦周行の研究について概観し、彼が「法科派」・「文科派」という区別を言い出した背景に欧米の学界の影響があったことを紹介する（下記４、５、６、７）[20]。

[20] なお、本報告は日本近代の法制史学史を概観・整理して海外の研究者に伝えることを目指したものであり、２・３については、拙稿「明治期における日本法制史学の展開図」(『法制史研究』70 号、2021 年)、

2　『法学協会雑誌』に掲載された「史料」について

日本近代の法制史学史における一つの転換点は、明治 25 年（1892）1 月、『法学協会雑誌』に「史料」というコーナーができ、日本史の史料の紹介・翻刻が行われるようになったことであった。その目的については、第 10 巻第 1 号に掲載された、宮崎道三郎の論文「法律史料ノ研究ハ目下ノ急務ナリ」[21]に明確に示されている（この論文は、「史料」の欄の趣旨を説明するために書かれたものであった）。

宮崎は世間がまだ十分に「法律沿革の学」の大切さに気がついていないことを嘆き、明治政府が西洋法（近代法）の継受を進めている状況の中で、西洋の法律を輸入すればそれで良いと考えている人も多く、それが法律の沿革を研究しない理由であろうが、それは誤りであると説く。法律の沿革は、現在の法律の精神を探究する者にとっても重要であり、日本人がちょうど体験している法律上の変革の中で、法の変化の原因結果を探究することをしなければならない。そのためには法律沿革の学を研究することが最も大事である、と宮崎は述べる。そして、そのためには、研究の素材としての法制に関係する史料を収集する必要があると提案するのである。この翌月の

同「近代法制史学史のなかの穂積陳重」（小澤実・佐藤雄基編『グローバルヒストリーのなかの近代歴史学』、東京大学出版会、2025 年刊行予定）をもとにしている。内容の重複についてご海容いただきたい。また、本報告は多くの先行研究に基づいているが、報告要旨という性質上、ここではその一つひとつを挙げることはできなかった。

[21] 宮崎道三郎「法律史料ノ研究ハ目下ノ急務ナリ」（『法学協会雑誌』第 10 巻第 1 号、1892 年）。

第 10 巻第 2 号以降、歴史史料の紹介・翻刻が具体的に行われるようになっていく。

この欄の登場は、史料を用いるという近代的な法制史学の基本的な方法を法学界が共有し始めたことを示しているが、その背景には、ちょうどこの時期に史学の分野において一次史料に基づく考証が深められ、史料収集の重要性が指摘されていたことがあった。宮崎は、古文書の研究に関心を持つ歴史学者たちと研究会を行っており、法学の中に歴史学の方法を取り入れる上で重要な役割を果たした人物であった。

3　穂積陳重と自国史研究

史料の重要性は多くの法学者に共有され、ドイツ・イギリスに留学して歴史法学の影響を非常に強く受けていた法学者穂積陳重も、具体的に史料を使って研究をするようになった。

穂積はもともと留学を経て身につけた歴史法学の方法を重視してはいたが、日本の法の歴史を具体的に研究することについては、あまり関心を示していなかった。しかし、明治 24 年（1891 年）刊行の『隠居論』[22]では、史料保存の重要性を強調し、古文書や古記録による考証を基盤とした日本法の歴史について、多くの箇所で言及している。さらに、明治 25 年（1892 年）に刊行された『日本古代法典』[23]に対する書評「日本古代法典批評」[24]では、法律は国の歴

---

[22] 穂積陳重『隠居論』（哲学書院、1891 年）

[23] 萩野由之・小中村義象・増田于信著、小中村清矩校閲『日本古代法典』（博文館、1892 年）

[24] 穂積陳重「日本古代法典批評」（『法学協会雑誌』第 10 巻第 6 号、

史、民衆の歴史の「結果」であり、国体・気候・風土・人情の全てが法律の淵源であって、法律の最終目的が同じでも、そこに至るまでの法は時と場所とによって異なっていると述べる。よって、外国法の継受のさかんな時期だからこそ、その基礎となる日本の法律の歴史の研究が必要であり、日本の法律の歴史を研究しておかなければ、桃の木に梅の枝をついできれいな花が咲き果実が実る、ということにはならないのだと主張する。

穂積はこの後、江戸時代の五人組制度の研究をスタートさせ、明治 35 年（1902 年）に『五人組制度』[25]として刊行した。穂積は宮崎と同じように日本史の学者たちから大きなサポートを受け、特に彼の五人組研究に影響を与えたのは、帝国大学史料編纂係に勤務していた若き日本史学者三浦周行であった（**4** 参照）。

ただし、穂積の史料の使い方は、後に大きな批判を浴びるようになったことにも注意しておきたい。穂積は大正 4 年（1915 年）に大幅に改訂を加えて『隠居論』第二版を刊行したが[26]、この時、不確かな史料を使っていること、史料がきちんと読めていないことについて、複数の学者から批判を浴びることになった。その中には、京都帝国大学文科大学の教授となっていた三浦も含まれていた。

4　『法制史の研究』の構成と「京都法科大学法制史研究室に於て」

三浦周行は、明治 4 年（1871 年）に生まれ、明治 26 年（1893 年）に東京帝国大学文科大学選科を卒業し、史料編纂係に勤務した。後

1892 年）

[25] 穂積陳重『五人組制度』（有斐閣、1902 年）

[26] 穂積陳重『隠居論[第二版]』（有斐閣、1915 年）

に「法科派」のルーツとされる中田薫とは違い、一貫して日本史学の分野でキャリアを積んだが、3 で述べた通り若い頃は穂積陳重と親しく、この頃は法学としての法制史研究に強い意欲を持っていた[27]。

明治 40 年（1907 年）に京都帝国大学文科大学に移った三浦は、史学科の発展に注力しながら、法科大学でも法制史を教えることになる（この頃の京都帝国大学法科大学には、日本法制史のいわゆる専任教員はいなかった）。また、彼が「東京時代」・「京都時代」を通して蓄積してきた法制史に関する論文は、大正 8 年（1919）に『法制史の研究』[28]としてまとめられ、刊行された（論文 40 本を、総論・親族法・戸籍法・財産法・商法・刑法・裁判法・雑纂という現行法的な区分での 8 編に分けて収録したものである）。三浦は、この『法制史の研究』冒頭の「自序」で、「法は国民的発達的のものにして、其基礎を各民族の文化思想に置かざるべからず」・「我国民間に於ける文化の反影、民族思想の表現として、各般法制の連続的発達を観察せざるべからず」と述べて、民族の文化の中での法の発達（連続性）を重視しているが、この認識（法制史のあり方）は、「東京時

---

[27] 三浦と対比されることの多い中田薫は、明治 10 年（1877 年）に生まれ、東京帝国大学法科大学・大学院で学び、明治 35 年（1902 年）に東京帝国大学法科大学の助教授となった。その後留学を経て明治 44 年（1911 年）からは教授となり、日本法制史学の基礎を築いた。その功績は数多いが、①ヨーロッパとの比較の視点を導入したこと、②法制史を公法史と私法史とに分け、日本で初めて「法制史」の通史を講義したこと、などをここでは挙げておきたい。

[28] 三浦周行『法制史の研究』（岩波書店、1919 年）

代」・「京都時代」を通じて、三浦の中で一貫していたと言って良いであろう。

なお、この「自序」で報告者が注目しているのは、「京都法科大学法制史研究室に於て」と書いている点である。ここに、法学としての法制史の担当者となった三浦の自負（そしてその自負が『法制史の研究』をまとめるエネルギーとなったこと）が、見え隠れしているように思われるからである。

5　『続法制史の研究』の構成について

それから 6 年後の大正 14 年（1925 年）に、三浦は『続法制史の研究』[29]を刊行する。『法制史の研究』と『続法制史の研究』とは、現在では合わせて（あまり区別されずに）説明されることが多いようであるが、報告者は、『法制史の研究』と『続法制史の研究』とのあいだに存在する“違い”に注意を向けた方が良いと考えている。ここにこそ、本報告の大事なテーマである「法科派」・「文科派」というグループの、いわば萌芽があると思うからである。

三浦は、『続法制史の研究』でも、「自序」で「法制史は法制の史的研究を目的とする」・「一国文化の系統的発達より大観すれば、各時代の法制も、亦これ国民の社会的生活の一表現」・「法制史家が文化の背景として一般史の考察を閑却すべからざる所以なり」という意識を明確にしており、これは『法制史の研究』の延長上にあるものと思われるが、この『続法制史の研究』では、29 本の論文を総論・古代・中世・近世・雑纂と主に時代区分で編を立てて収めており、この点については『法制史の研究』と大きく異なっている。

---

[29] 三浦周行『続法制史の研究』（岩波書店、1925 年）

つまり、『法制史の研究』においては、三浦は自身のそれまでの研究を、近代的な法学の体系・枠組（現行法の体系・枠組）で構成し直していたが（編の下の階層に時代区分を設けている）、『続法制史の研究』では、時代区分をより上位の階層として、日本史的に構成を考えているということが言えるであろう[30]。三浦自身も「正編の編纂は大体法制の分類に依りたりしが、本書に於ては、各編の対象たる問題の年代を主として五編に編次し」と書いている点が注目される。

6　『続法制史の研究』と三浦周行の海外経験

三浦は『続法制史の研究』の「自序」において、法制史が「法律家と歴史家との間、おのづから研究の態度・方法・範囲等につきて逕庭を生ずるものあるを免れず」と書き、「大正十一年、亜米利加

[30] ただし、例えば三浦の講義録に目を向ければ、『法制史の研究』よりも前に、構成を時代区分によっているものもある。また、『続法制史の研究』総論に収められる「法制史講義」（大正 9 年）・「法制史概論」（大正 10 年）では、「鎌倉室町時代」・「戦国時代」・「江戸時代」という日本史的時代区分の下に「式目時代」・「国法時代」・「前期諸法度時代、後期御定書時代」という法制史的時代区分を設けている。『続法制史の研究』後の、昭和 5 年（1930）の概説「法制史」では、時代区分による各章の中に、「法源」・「社会制度」・「土地制度」・「親族制度」などの統一した分野・領域を設定して記述している（三浦周行「法制史」、（末弘厳太郎編『現代法学全集』第 22 巻、日本評論社、1930 年）。つまり、三浦の中にも、論集をどうまとめるか・概論をどう構成するかについて様々な葛藤や工夫があったものと想像されるが、ともあれ『法制史の研究』だけが趣を異にしていることは確かである。

史学協会第三十七回年会に於ける法制史部会が、法律家の見たる法制史の意義と歴史家のそれとにつきて討議を重ねし」として[31]、「法律家」と「歴史家」とで法制史における研究方法が異なる（二つの研究方法が存在する）ことを示している。また「大正十二年、第五回万国史学会の法制史部会が、法学の教育に於て特に法制史及び其史料の研究に重きを置くべきことを決議したりし」たことにも触れて、史料や「史学研究法」の重要性を指摘している。これらのことについて、『法制史の研究』が（内容はともかくとして）現行法の体系で構成されていたことと対比する時、三浦が自身の法制史研究を「歴史家」のそれとして強調するようになっている、と見ることができるのではないだろうか。

さらにこの「自序」では、三浦自身が「欧米諸国を歴遊」した経験と、そこで学んだ法制史の「二傾向」（＝「法律家」の法制史、「歴史家」の法制史）についても触れている。三浦はパリ大学法学部教授 P.フルニエを訪ね、法制史とローマ法の講座には 10 程度もの講義があること、「法制史の補助学科としての書史学・古文書学・古文字学及び金石文学」もあり、フランス法制史とローマ法のような必修科目だけでなく「随意科目たる寺院法制史」などのためにも研究室があって図書・古文書が利用・指導できるようになっていることを知り、しかし、フルニエの「法制史家が其時代の社会事情を解

[31] 三浦が読んだのは、以下 2 つのアブストラクトと思われる。Edward Grant Buckland “What legal history means to lawyer”, Charles Howard McIlwain “What legal history means to historian”（*ANNUAL REPORT OF THE AMERICAN HISTORICAL ASSOCIATION FOR THE YEAR 1922*, VOL. 1, 1926）

せずして法文のみの考察をなすの無意義なるは、法文を知らずして習慣を説くの無意義なると選ぶところなし、只学者各自の傾向に依りて、おのづから文科的なるあり、法科的なるあり、教授（＝フルニエ、報告者注）の先任者は主として法律家たりしが、教授自身は重きを各時代に於ける社会周囲の事情に置くものなるも、法学部の学生が一般に歴史知識に乏しき為め、教育の効果を挙ぐること難きを遺憾とす」という「真摯なる述懐」を紹介して、「法制史の研究及び教授の前途の遼遠なるに想到するを禁じ得ざりしなり」と述べている。

この「自序」はこれまであまり注目して扱われてこなかったと思われるが、『法制史の研究』と『続法制史の研究』のあいだには、三浦の意識の変化（変化というよりは、「歴史家」＝「文科派」としての強い自覚の成長）があり、そこでは海外経験（と、おそらくそれをきっかけに熱心に目を通すようになった海外の学会誌）が一つの意味を持っていたものと想像される。

7　『欧米観察 過去より現代へ』再読の必要性

この三浦の海外経験についての詳細は、大正 15 年（1926 年）の三浦『欧米観察 過去より現代へ』[32]で確認することができる。三浦は、大正 11 年（1922）5 月 7 日から 12 月 25 日まで欧米各国の大学や博物館を回り、「欧米の史風」・「史学研究室」・「古文書館」・「博物館」・「史的遺物の保存」・「地方史会」・「史学専門雑誌の経営」・「大学の夏期講演」・「大学教授及び学生々活」などに関心を持った。

この著書の中では、フルニエとの関わりは具体的に触れられてお

[32] 三浦周行『欧米観察 過去より現代へ』（内外出版、1926 年）

らず、三浦の興味はもっぱら、史学研究室の運営や授業、古文書館のあり方、学術雑誌の運営などに向けられている。とはいえ、フルニエとの交流の中で体感した法制史の「二傾向」（＝「法律家」の「法制史」、「歴史家」の「法制史」）は、「法科派」と「文科派」と重なるものであり、三浦自身も上記「自序」において実際にこの言葉を使っているから、「法科派」・「文科派」について考えていく上で、三浦とフルニエとの出会いは重要である。そして、そのことも含めて、三浦の海外経験全般にもっと注目していく必要があるだろう。

　そのための一つの方法として、この『欧米観察 過去より現代へ』の再読・詳読を次の仕事として行きたい。

ローマ法雑誌第 6 号[2025]

モンテネグロと日本の Institutional writer：ボギシッチとボワソナード

（Valtazar Bogišić (1834-1908) and Gustave Boissonade (1825-1910), writers of the modern Institutes in Montenegro and Japan）

松本英実*

I. ボギシッチとモンテネグロ一般財産法典

1888 年、モンテネグロの独立の 10 年後、一つの特徴ある民事法典がこの国で作られた。その起草は一人の法律家、ヴァルタザール・ボギシッチ Valtazar Bogišić（1834-1908）に委ねられた。言語や文化は多くの共通性をもつものの、モンテネグロ人ではないセルビア人のボギシッチに、つまり外国人に法典起草は依頼されたのである。

ボギシッチは現在クロアチアに属するツァヴタットという都市に生まれ、ヨーロッパ各地の大学に学び、多くの言語を身につけ比較法の素地を作ると同時に、歴史法学の提唱した民族固有の言語・文化・慣習の調査を行い、これを法に生かすことを試みた。オーストリアの宮廷図書館スラヴ部門司書を務めた後、オデッサ大学のスラヴ法制史講座教授に就任してまもなく、モンテネグロ公国のニコラ一世から法典起草の依頼を受けた。

ボギシッチの法典は『モンテネグロ公国一般財産法典』[33]という

---

* 本稿は、2024 年 9 月 27 日に SIHDA2024Osaka で行った発表に修正を加えたものである。

[33] Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru. フランス語訳は Code général

名称で、いくつもの点で斬新な法典であり、当時のヨーロッパで大いに注目され、各国語の翻訳が出された。フランス語（1892 年）、ドイツ語（1893 年）、スペイン語（1893 年）、イタリア語（1900 年）、ロシア語（1901 年）、そして英語（2006 年）である。

まず法典の構成を見ると、全体は六部構成で、序の部（第 1 部）に始まり、第 2 部所有権とその他の物権、第 3 部売買とその他の典型契約、第 4 部契約一般と、債務のその他の原因、第 5 部法の主体と能力、第 6 部説明・定義・補足となっている。

特徴として、『一般財産法典』の名称通り、「財産法」を主として規定していること、売買から始めて契約へ、契約から債権・債務一般へ、というかたちで各論から総論へという順序で規定していること、第 6 部は先立つ 5 つの部の説明で、いわば教科書的な部分、法典中に置かれた Institutes ともいうべきものである。さらに、この第 6 部の最後の章、第 8 章に 45 か条に及ぶ法格言が収められている（第 987 条-第 1031 条）。この格言にはボギシッチが調査をして集めたものが含まれている。

法典の特徴の中でも、最も重要であると、ボギシッチ自身が考えているのは次の点である[34]。

---

des biens pour la principauté de Monténégro.

[34] ボギシッチの法典起草方針・方法論については、V. Bogišić, Quelques mots sur les principes et la méthode suivis dans la codification du droit civil au Monténégro, 2e édition, Bulletin de la Société de Législation Comparée, mai 1888, p. 3-19 (バルタザール・ボギシッチ（難波譲治訳）「モンテネグロ民法典について――その制定について採用された原則及び方法に関する小論――」政法論集 10 号、1990 年、79-93

モンテネグロ一般財産法典は、通常民法典が規定する領域から家族法・相続法を除いた「財産法」のみを規定するものであること。いわゆる「人の法」を民法典から除いて、「財産法」のみを対象とする「財産法典」とした。この背景にはボギシッチの次のような省察がある。法典作りには財産法と家族・相続法の性質の相違をふまえる必要がある。法の近代化を必要とし、かつ西洋法とは異なる文化・伝統を有する社会にとって、両者を切り離して取り扱うことが必要である。なぜなら、財産法はローマ法に基本的に従うことが可能かつ適当であるとしても、家族法・相続法についてはそれは適当でないと考える[35]。その結果、モンテネグロ法典は専ら財産法を対象とすることとなったのである。

II. ボギシッチとボワソナード

以上をふまえた上で、クロアチアにあるボギシッチ・コレクションで調査した資料をもとに、ボギシッチとボワソナード Gustave Boissonade（1825-1910）のかかわり、モンテネグロ法典と日本の民法典の関係について考察したいと思う。

ボギシッチ図書館の蔵書カタログには、ボワソナードの著作が

頁。

[35] 家族法・相続法を法典化すれば、その適用により家族制度が破壊されるか、法典が無視され適用されないか、二つに一つであろう、とボギシッチは考える。松本英実「ボギシッチによる日本民法典編纂への助言(松方正義･ボギシッチ会見)――ボギシッチ博物館所蔵資料の紹介」青山法学論集 57 巻 4 号、2016 年、441-466 頁（https://doi.org/10.34321/18706）、特に 446-447 頁、452 頁。

含まれている。現に、ボワソナード民法典草案のプロジェが異なる版で二揃い、加えて刑法、治罪法のプロジェがコレクションの中に存在する。刑法典、治罪法典の草案には、ボワソナードからの献呈のサインがある。

ボギシッチ・コレクションの中に保存されている書簡資料[36]の中には、ボワソナードとボギシッチの交流を示す複数の書簡が含まれている[37]。その中の一つ、ボワソナードからボギシッチに宛てられた葉書は 1893 年 8 月 1 日付で、日本にいるボワソナードからモンテネグロにいるボギシッチに送られている。ボワソナードがボギシッチに日本民法典を贈ること、またボワソナードの手がけた民法が施行延期になった、という重大ニュースをボギシッチに伝えている。この例が示すように、日本の法典についての情報がボ

---

[36] Archives には、1481 名の相手との間の 10,092 通の書簡が保存されている。

[37] ボワソナードとボギシッチ、およびその関係者の間の書簡の翻刻、翻訳、解説については、松本英実「ボワソナード／ボギシッチ書簡—ボギシッチ博物館所蔵資料の紹介（１）」青山ローフォーラム 4 巻 2 号、2016.2、p. 11-35（https://doi.org/10.34321/18740）、松本英実「ボワソナードとボギシッチ」沖野眞己他編『比較民法学の将来像』岡孝先生古稀記念論文集、勁草書房、2020 年、751-779 頁（754-755 頁に資料一覧）、Emi Matsumoto, Bogišić and his unrewarded contribution to the modern Japanese Civil Code, Montenegrin Academy of Sciences and Arts, Slavic and Eurasian Research Center at Hokkaido University, *International Symposium. Comparative Studies of Civil Law Between Modern South Slavic Regions and Japan: Structure, Origin and Language*, 2020, Scientific meetings Vol. 157, Department of Social Sciences Vol. 53, ISBN978-86-7215-482-5, p. 123-163.

ワソナードからボギシッチに伝えられていた。

ボギシッチ図書館所蔵のボワソナード民法のプロジェ、つまり公刊された草案の第 2 版には、ボギシッチの書き込みが見られる。日本の民法が早い時期に海外でどのように読まれたかを示す貴重なエヴィデンスである。ボギシッチがどのような関心をもってボワソナード民法を読んだのか、書き込みから垣間見えるものがある。

ボワソナードによるプロジェのイントロダクションは、次のような文章から始まる[38]。

> この草案は第 2 巻から始められる。
>
> 第 1 巻は準備中で、社会と家族の中における人の身分について扱うことになる。それはフランス民法典その他の外国の法典の第一編で扱われている事柄である。
>
> 公法及び私法のこの領域は、日本においては古く堅固な慣習に基づいているため、慣習法に大いに配慮することなしに法典化すべきでない、と考えられる。また、この部分の法典化は、財産についての法典化ほど緊急性をもたない。それゆえ草案の他の篇よりも後で完成するであろう。

ボギシッチは、ボワソナードのこの記述に下線・傍線をいくつも付している。

> On commence ce Projet par le Livre deuxième.
>
> Le Livre premier est en préparation : il comprendra l'*Etat des personnes* dans <u>la société</u> et <u>dans la famille</u>. Ce sont les matières du Livre Ier du Code civil français et de la plupart des autres Codes étrangers

[38] G. Boissonade, Introduction, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire par Mr. Gve Boissonade*, deuxième édition corrigée et augmentée, tome premier, 1882, p. 1.

> Cette partie du droit *public et privé* étant, au Japon, fondée sur d'anciennes et fortes traditions, ne devra être codifiée qu'avec de grands ménagements pour les coutumes : la codification n'en présente pas non plus la même urgence que celle des Biens ; il est donc vraisemblable qu'elle ne sera terminée qu'après les autres Livres du Projet.

そして頁右上の欄外に箇条書きでこう書き込んでいる。

-Titre Théorie des Biens (dédicace)	タイトル：財産の理論（献呈辞）
-Numérotage séparé	編ごとの条文番号付け
-Aucune mention de la succession	相続について言及なし
-Dans le I^{r} livre il traitera très superficiellement des personnes	第一編で極めて表層的に人を扱う
-Ce livre vient après les autres	この編は他の編のあとで出る
Ce sera donc un code séparé	つまりこの法典は分離された法典
ayant un némérotage séparé	別々に条文番号の付された

さらに第一段落の右の余白には、「社会と家族の中における人の身分 l'Etat des personnes dans la société et dans la famille」という箇所に対応するように、次の如く書き込んでいる。

il en dira, d'autant que cela touche le monde extérieur, comme j'ai fait moi même

私がしたのと同様に、外の世界に関係する限り、と言うことができよう

この記述は、ボギシッチが法典化方法論についての「小論」の

中で « Je dois seulement vous dire que, tout en regardant comme nécessaire d'exclure du Code le droit de famille, j'ai cru cependant indispensable d'y incorporer les règles concernant les biens, en tant qu'elles règissent les rapports non des membres de la famille entre eux, mais de la famille et de ses membres avec le monde extérieur. L'incorporation de ces *externa* du reste m'a forcé d'y fixer même certains éléments constitutifs de la famille. »（「次のことだけは言っておかなければならない。法典から家族法を除くことが必要であることは前提としつつ、なお、財産に関するルールで、家族の構成員同士の関係を規定するのではなく、家族とその構成員と外の世界との関係を規定するものは、法典内に置くことが不可欠であると私は考えた。この「外部関係」を法典に入れることによって、さらに、家族についての基礎的な要素についてもいくらか定めざるをえなくなった。」）と述べているのと呼応する[39]。

つまり、ボギシッチは、ボワソナード・プロジェの最初の巻として手にしているのは財産 biens についての篇で、全体は編ごとに条文の番号付けが行われ、通し番号ではないことを確認し、全体構成はどのようなものか、相続についてはどのような扱いになるのか、「人の身分」の扱いはどこでどのように行われるか、人についての編と財産についての編はどのように編成されるのか、そしてこの峻別すべき二つの領域のどこに線引きをするか、について関心を寄せているのである。

これは、彼が日本法の全体構成の仕方、とりわけ財産法と家族法（相続法を含む広義の家族法）をどのように分けるのか、さらに後者を法典に入れるのかどうか、について大きな関心を抱いていることを示している。家族法・相続法を民法典から除外したの

[39] Bogišić, Quelques mots..., *op. cit.*, p. 10-11.

はボギシッチの法典の最大の特徴であり、ボギシッチは彼の法典と日本法とを比較しているのである。

ボワソナードと日本における法典化、ボギシッチと南スラヴの法典化はほぼ同時代の進行であるが、ボワソナードとその法典は、同時代の外国の法典起草者、比較法学者であるボギシッチから注視されていたのだ。

ボギシッチにとっての注目の的は何といっても家族法、相続法の扱いであった。ボワソナード・プロジェの冒頭を読み、日本は家族・相続法を財産法から切り離したのだ、と彼は解釈した。

翻って、ボワソナード民法の構成を見れば、全体で五編からなる組み立てとなっている（人事編、財産編、財産取得編、債権担保編、証拠編）。プロジェは二番目の財産編についてのものであり、ボワソナードは法典の全体を担当・執筆したのではない。人事編の全部と、財産取得編の後半はボワソナードではなく、日本人の起草者に委ねられた（財産取得編の後半、包括名義の取得法とは相続法のことである）。つまり、人に関する法と相続法をボワソナードは書かなかった、この点はボギシッチとの関係で大変重要な点である。

III. Institutional writer としてのボギシッチとボワソナード

ボワソナードの民法の組み立ては、フランス民法典をモデルとして作られている。基本はコード・シヴィルに拠りながら、ボワソナードが改良を試みているのである。そして、1804 年のフランス民法典の下敷きは、ユスティニアヌス法典の中の『法学提要』Institutes に求められる。この 6 世紀に成立した法典は、人

（persona）の法・物（res）の法・訴訟（actio）の三部構成となっており、この組み立てが 19 世紀に到るまでヴァージョン・アップを重ねながらもほぼ唯一の体系として使われ続けてきた、といってよい[40]。

ボギシッチは、日本における民法の法典化を、モンテネグロにおける法典化と比較して見ていた。両法典化にとって、最も重要な問いは、彼によれば「家族と相続の法を民法典に組み込むか、それとも民法典から排除するか」にあった。彼はモンテネグロ法典について、これを「財産法典」に特化させる、すなわち Institutes の伝統であった「人の法」を法典から外す、という解答を出した[41]。ボギシッチは日本がどのような解答を提出するかに注目していたのである。果たして、ボワソナード起草は財産法に限られていた。ここに彼は共通点を見出し、自説をサポートする好例として日本を捉えたのである。ボギシッチは、次のように述べ

---

[40] 葛西康徳編「比較法学史研究の一素材としての『法学提要（The Institutes）』――特に体系と普及に関して――」法制史研究 72 号(法制史学会年報 2022 年)、2023 年、161-313 頁。

[41] ただし、ガイウス『法学提要』においても、ユスティニアヌス『法学提要』においても、相続財産 *hereditas* は無体物として「物の法」の中で論じられている。相続を民法体系中のどこに位置づけるかは、その後の Institutes の書き換えの重要な論点となる（吉村朋代「ガイウスの法学教育と学派論争――相続財産 hereditas とは何か：G.2,34-37/G.3,85-87」法制史研究 72 号、2023 年、206-237 頁）。ボギシッチは、相続法は狭義の家族法とあわせて、広義の家族法に含め、これを財産法から切り離すべきである、と主張する。

ている。「モンテネグロは、日本と同様に、慣習法の世界に属する国で、古きヨーロッパの西側が経験した法的発展の外に完全に取り残されていた。西洋との国際関係に新たに入ったモンテネグロや日本のような国家にとって、民法の法典化の仕事はそれ自体が困難で重大な事業であるが、一方ではヨーロッパの学問によって彫琢された要素が、他方では生きて根付いている国民的素材が避けがたく存在しているために事業はさらに複雑となった。これらの要素はその起源も性質も全く異なっているため、…衝突することが頻繁であった」[42]と。つまり彼はモンテネグロにとって意味のある比較対象として日本を捉えていたのである。

ボギシッチのこのような視点は、ボワソナードとの出会いよりも早く、獲得されていた。これを表す重要な出来事として、1878 年、明治 11 年にパリ万博が開催された折、日本政府代表の松方正義が将来の法典化についてボギシッチの意見を求めた、ということがあった[43]。これに応えてボギシッチは、松方の一行と面会し、

---

[42] 前掲、松本「ボギシッチによる日本民法典編纂への助言」443 頁、449 頁

[43] この邂逅については、Werner Zimmermann, *Valtazar Bogišić, ein Beitrag zur südslavischen Geistes- und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert*, Wiesbaden, 1962、 前田達明「モンテネグロ財産法」同『民法随筆』成文堂、1989 年所収、22-26 頁、高橋眞「バルタザール・ボギシッチとモンテネグロ財産法」書斎の窓 384 号 21-26 頁、瀧井一博『明治国家をつくった人びと』209-216 頁等を通じて既に知られているが、松本英実「ボワソナードとボギシッチ」沖野眞己他編『比較民法学の将来像』岡孝先生古稀記念論文集、勁草書房、2020 年、751-779 頁で

家族法・相続法は「法典から除かれねばならず、これらを法典化する必要が感ぜられた際は、その仕事は、外国人法律家によるのではなく、この任務を果たす力のあるその国の法律家、為政者によって行われなければならない」[44]と助言した。松方は大いに納得して、ボギシッチの意見をすぐに翻訳して日本政府に送るように命じたと言う。これ以来、ボギシッチは日本の法典化がどのようになるか、関心を持っていた、そこにボワソナード・プロジェが出現した、ということになる。

ボワソナードは――ボワソナードの意思でそのようになったのではないとはいえ――「人の法」を書かない民法典起草者となり、その意味でボギシッチとの共通点を持つに至った。この共通点は、「人の法」の扱いをどうするかは、モンテネグロだけでなく、また日本だけでなく、より一般的な大きな問いであることを基礎としている。ボギシッチはボワソナード民法の情報を得て、「人の法」を民法から取り除くという斬新でラディカルなアイデアが、思いもかけず日本で実現した、と喜んだ。それは松方に与えた助言の実現であった、と彼は考えたのである[45]。

は、一次資料を用いて前後の経緯をより詳細に明らかにし、ボギシッチに対する評価について論じた。

[44] 前掲、松本「ボギシッチによる日本民法典編纂への助言」451 頁。

[45] 松方への助言とその意義について、未公刊資料を数多く紹介する論稿として、Zoran P. Rašović, The systematics of the General Property Code for the Principality of Montenegro and the (un)known Bogišić‘s Records on its Impact on the System of the Japanese Civil Code from 1890, in Montenegrin Academy..., *International Symposium. Comparative Studies of Civil Law...*, 2020, *op. cit.*, p. 33-91、特に p.74-91（3. Bogišić’s Notes on

しかし、他方で、パリでの会見以来、松方や日本政府との意思疎通は芳しくなく、先の喜びも自ら書店でプロジェを手にしての青天の霹靂であった。ボギシッチは日本政府に自らの貢献を認めてほしい、と願い、それは日本からの叙勲を願うというかたちを取るに至った。彼にとって、これは単に栄誉の問題ではなく、法典をめぐる重要な理論的問題であった。

これに対し、日本側の反応は終始ネガティブなものであった。松方との会見の際のボギシッチに対する好評価にもかかわらず、数年経つとボギシッチの名前も忘れられ、ボギシッチからの、ボワソナードや皇族を巻き込んでの顕彰の働きかけにも、反応は極めて鈍かった。ボギシッチは晩年、松方ないし日本政府は自分のオリジナルな考えを「盗んだ」のだといって非難さえしている。

ボギシッチの貢献を評価するうえで重要となる点、すなわち人事編と相続の規定をボワソナードに委ねず日本人起草者に任せるという判断が、どのような経緯で日本政府内で決定されたかは、研究上、未だ明らかにされていない。ボギシッチと松方の会見が 1878 年 7 月、この年いわゆる明治 11 年民法草案が提出され、その消極的評価をふまえてボワソナードに民法典起草が付託されるのが 1879 年 3 月、ボギシッチの意見が政府の態度決定に何らかの作用をしたのかどうか、タイミングとしてはありえないことではないかもしれない[46]。

---

the Impact of the General Property Code for the Principality of Montenegro on the systematics of the Japanese Civil Code from 1890）を参照。

[46] 池田眞朗教授は、ボワソナードも、明治政府も、ボギシッチが構想したような「民法典における財産編と人事編の分離」は全く採用しな

明治の民法制定当時においても、現在においても、ボギシッチの貢献を認めようという態度が日本側に薄弱であるのは、家族・相続法の位置づけの問題を、フランス型 Institutes 方式か、ドイツ型パンデクテン方式か、という二者択一に回収してしまう発想に、我々がとらわれ続けているからかもしれない。現行日本民法においてパンデクテンの体系を採用したことによって、旧民法においてボワソナードが家族・相続法に携わらなかったことも、ボギシッチが財産法と家族・相続法を切り離すべきと助言したことも、切断されたものとして処理される、とでもいうように。

「人の法」を法典化するか、しないか、という、いわばグローバルな課題が存在し、ボギシッチもボワソナードも「人の法」を書かなかった。ボギシッチは「人の法」を除外するというラディカルな Institutional writer であり、ボワソナードもフランス法典の伝統に連なりつつ革新を行う、そして日本民法の基礎を与える Institutional writer である[47]。そのような Institutes の書き換えを遂行したという点に着目し、両者を比較することによって、我々の「近代法典」の理解も少々異なったものになるかもしれない。

かった、としたうえで、歴史的には(「現象的」には)ボギシッチの提言は「一定程度現実化している」と評価される。池田眞朗「旧民法典とボワソナード——家族法起草「不関与」についての再考」同『ボワソナードとその民法』増補完結版、慶応義塾大学出版会、2021 年、468 頁。

[47] 拙稿「『法学提要』の近代的書き換え——スコットランドとモンテネグロ——」法制史研究 72 号、246-275 頁。

明治初期における Ius naturale のユニークな理解と夫婦財産法の「慣習」

吉村朋代

本報告では、19 世紀末に始まった日本における西欧法受容のプロジェクトにおいて、西欧法の何が受容され、何が受容されなかったのか、夫婦財産法に焦点を当てて考察した。

大会最終日午前の「日本法セッション」での報告には、先行して、松本英実（青山学院大学・日本）「モンテネグロと日本の二人の近代提要作家、ヴァルタザール・ボギシッチ Baltazar Bogišić（1834-1908）とギュスターヴ・ボワソナード（1825-1910）」、および Janko Paunović（ウィーン大学・オーストリア）「南スラブの社会学者から見た日本の慣習とローマ法：ヴァルタザール・ボギシッチの遺産と近代比較法制史」の二報告が行われた。これら二つの報告では、ボアソナードの旧民法典（1890 年公布）が提要システムを採りながら、財産法と家族法を分けた発想の経緯について、モンテネグロ一般財産法典の起草者ボギシッチとの興味深い繋がりが論ぜられた。ボアソナードの旧民法典は、財産法に関わる部分のみをボアソナードが起草し、家族法にかかわる「人事編」および「財産取得編（続）」は、日本人の起草者に任せられたことはよく知られる。家族法の分離は、「日本の慣習や風俗を尊重するため」というのが通説的理解である。一方の、モンテネグロ一般財産法典は、ボアソナードの旧民法典に先立つ 1888 年に施行されている。ボギシッチは、財産法と異なり家族法は、文化・伝統に深く根差しており、その国や地域に固有のあらゆる条件から生まれるものであるから、一般化して西

欧法（ローマ法）の原則に還元することはできないという旨の主張を述べている。彼の洞察、そして家族法の切り離しは、非西欧社会への西欧法の「法移植 Legal Transplant」（アラン・ワトソン）の観点からも、あらためて考える必要があるだろう。

本報告では、これらの二報告に寄せて、この切り離された家族法分野の中の夫婦財産法と慣習の関係の方に、当初予定の報告内容の中で重心をシフトさせた。そのため、ius naturale への言及が十分できなかったが、別の機会に試みたい。

日本民法の起草にあたって、家族法から手を引いたボアソナードだが、彼の学究生活は、夫婦財産法研究からスタートしている。彼は、パリ大学のローマ法講座の教授の下で作成した博士論文『夫婦間贈与の歴史、およびナポレオン法典における同制度にかんする試論』（1852）で、法学部博士論文コンクールの最優秀賞を受賞している。その後、グルノーブル大学でローマ法講座を担当しながら執筆した、「遺留分とその精神的経済的影響の歴史」（1867）で精神・政治学学士院賞を受賞し、これを評価されて、パリ大学に移ってから、『生存配偶者の諸権利の歴史』（1872）を著している。つまり、1873 年に来日するまで、ボアソナードはローマ法とローマ法伝統に通じた家族財産法のエキスパートでもあったのである。旧民法典で磯部四郎、井上正一らが起草した「人事編」および「財産取得編（続）」に、直接関与があったことは報告されていないが、間接的な影響については、十分明らかにされておらず、調査中である。

ボアソナードが、その学究生活を「夫婦間贈与の歴史」からスタートさせてきたように、夫婦財産法は、西欧ではローマ法以来、継続して法学上重要な地位を占めてきた。そこは人間関係と経済（財

産）関係が交錯する場として、高度な法技術が生み出され続けてきたところであり、法的思考の重要な水源である。現行法においても、各国は夫婦財産法に詳細な規定を設けており、例えば、ドイツは 200 か条、フランスはパクス婚の規定などを除いても 135 か条、スイスは 72 か条の条文数を備えている。ところが、日本民法では、現行法ではわずか 7 か条であり、この状況は旧民法典の頃から大きく変わってはいない。旧民法典では 14 か条、明治民法では 15 か条、戦後の改正では、戸主制や夫婦の平等に反する規定が削除されただけである。条文数の少なさだけではなく、現在に至るまで、その利用頻度が極端に少ないことも特徴である。たとえば、2023 年で見ると、婚姻件数約 47.5 万件に対して、夫婦財産契約の利用者はわずか 23 件であり、低い数値は明治民法の施行以来、変わっていない。こうした状況は、外から日本法を見たときには、ミステリアスな「謎」に映るであろう。ローマ法以来、婚姻に際して、夫婦間で財産に関して何らかの取り決めをすることを当然の前提としている国、地域がほとんどだからである。日本では、確かに、相続法でこの空白を補完することができる部分もあるのだが、法的規律にしっかりと捉えられていない夫婦財産はしばしば紛争や不公正を引き寄せている。こうした状況がどうしてできたのか、明治期の法典編纂に溯って検証した。

旧民法典「財産取得編（続）」の起草過程は、1888 年の「第一草案」からスタートする。第一草案では、「夫婦財産契約」の章は、「第一節総則」7 か条、「第二節財産共通」89 か条、「第三節財産分離」7 か条、「第四節嫁資」29 か条、計 132 か条の規定があった。規定数だけでなく、夫婦財産も共通制、別産制、嫁資制と三つの類

型が用意されていた。ところが、次段階の 1890 年の法律取調委員会上申案（第二版）では、すでに総則と別産制の条項以外は、すべて削除され、この時点で条文数も 13 か条になっている。この形式と内容は、若干の変更を加えられながら、旧民法典として公布される。法典論争を経て、明治民法でも、起草過程で若干の加除修正はあったが、おおむね保持されたままで公布されている。さらに、戦後の現行民法への改正でも、内容的には戸主制に関わる条項を外しただけの改正で、社会的経済的変化にもかかわらず、旧民法典編纂初期に選択された夫婦財産法、すなわち、別産制を法定財産制とし、それ以外は、婚姻時に夫婦財産契約を締結するという選択肢が、おおむね継続して維持されている。

旧民法典の第一草案の規定自体は、フランス民法典に影響を受けていることがわかる。こうした法文は継受しながら、制度のバリエーションを縮減したのは、選択的に「日本の慣習や風俗」にそぐわないものを排除していった結果だと言えるのだろうか。慣習法の成文化にあたっては、慣習法の採集は前提であり、中世以降のヨーロッパ法史で積み重ねられてきた営みでもある。日本においても、お雇い外国人 George W. Hill の意見書に基づき、早くも 1876 年から各地の法慣習が調査され、『民事慣例集』（1888）が編纂されているのだが、民法編纂にはほとんど影響を与えなかったといわれる。この慣例集では、夫婦財産についての慣例は、「嫁資」のタイトルの下に編集されており、日本各地の慣例が離死別時の嫁資返還など法的に有意な情報を入れて、コンパクトだが要領よく採集されている。つまり、「日本の慣習や風俗」を反映した慣例では、夫婦財産は嫁資制とまとめられているのである。にもかかわらず、嫁資制は第一

草案からは直ちに削除され、「家」制度の導入に合わせて、別産制のみが法定財産制とされた。「日本の慣習や風俗の尊重」と言いながら、実際には別の意図に基づいて選択と排除がなされたことがわかる。「慣習、風俗」とはいったい何だったのか、問われる必要があろう。

ローマ法（学識法）と慣習法の調和は、ヨーロッパ法史を通じた主要テーマでもある。しかし、結局、日本の西欧法移植プロジェクトにおいては、こうした摺り合わせを、少なくとも夫婦財産法に関しては、長くペンディングにしてきたと言えるのではないか。ローマ法の伝統は、西ヨーロッパという限られた地域ではあるが、多様性を超越する一般法の地位を確立してきた。各地の多様な慣習は、ローマ法の技術的な語彙と概念構造を使って表現され、法化されてきた（D. Ibbetson and A. Lewis, The Roman law tradition, 1994）。非ヨーロッパ世界に、このローマ法伝統が移植され、慣習法と接触するとき、ローマ法の生きた法文化の伝統は新たに大きく展開するのかもしれないが、ローマ法伝統への学問的探求のベースがそれを可能にすると思われる。極東におけるローマ法研究が必要とされるところである。

SIHDA 大阪大会報告：婚約破棄に関するコンスタンティヌス 1 世の立法：CTh.3.5.5 の措置は兵士の貧しさゆえか？

関　雄介

本報告は、法制史学会東京部会などで扱った内容を、SIHDA という国際学会の場で改めて発表したものである。

この報告では、兵士との婚約およびその破棄に関するコンスタンティヌス 1 世の勅法（CTh.3.5.5）を扱った。この勅法は、兵士と婚約してから 2 年以内に婚約を破棄した者に対して、島流しという罰を科している。このような措置は、他の勅法には見られない特徴的なものである。すなわち、コンスタンティヌス 1 世以前の勅法には、婚約破棄に関する罰則は見られず（例えば CJ.5.1.1 や CJ.5.17.2）、コンスタンティヌス 1 世の他の勅法および彼以降の勅法には、婚約を破棄した当事者に経済的な損失を負わせる措置はある（例えば CTh.3.5.2、CTh.3.5.6）ものの、島流しを科すものは見いだされない。CTh.3.5.5 で島流しという罰が科されたのは何故なのだろうか？

Judith Evans Grubbs[48]は、この措置の所以を兵士の貧しさに求めた。すなわち、「兵士は、おそらく全く慎ましい環境にある属州民で、田舎の農民から補充された（或いは徴兵された）のである。交換されたであろう如何なる婚約贈与物も、（社会的階層が高い縁夫によって与えられたものとは異なり）高価なものではなかっただろうし、このような贈与物の喪失は、婚姻適齢期の少女を嫁がせようとする

[48] Grubbs, Judith Evans. *Law and Family in Late Antiquity: The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford 1995.

両親や後見人には、ほとんど関係なかった。よって、帝国の兵士へのあまりに早い婚約破棄を阻止するために、コンスタンティヌス帝は、より脅威となる罰、すなわち島流しを、2 年が経過する前に娘や被後見人の婚約を破棄した者へと科したのである」[49]。

しかし、島流しは社会的階層の高い者に対して科される罰として現れる（例えば Pauli sententiae 5.22.2）。すなわち、婚約当事者は Grubbs が念頭に置くような者であるとは考え難いと言わざるを得ない。

CTh.3.5.5 の措置の所以を探るべく、兵士に関するコンスタンティヌス 1 世の立法を分析すると、兵士の世襲化のための施策を確認することができる。すなわち、退役兵の息子は兵役負担か都市参事会員の負担のいずれかを強制される（CTh.7.22.2）とともに、兵士の世襲化のための優遇措置、例えば税制上の優遇や遺言作成手続きの簡略化も講じられている（CJ.6.21.15、CTh.7.20.4）。

兵士の世襲化のための施策は上記で確認したが、世襲には一つの前提がある。それは、兵士が子孫を残すことに他ならない。如何なる世襲政策も、子孫がなければ意味を成さないだろう。CTh.3.5.5 は、島流しという罰を科すことで、兵士の婚約が早期に破棄されることを抑止している。この勅法は、兵士の世襲化政策の一環として、あるいはその核心として理解することができるのではないか。

報告の後、参加者の一人（Massimo Miglietta 先生）より「Grubbs は法学者 légiste か歴史家 historienne か？」との質問を一つ受けた。なるほどそういう質問が来るのか、と思いつつ応答しようとしたが

[49] Grubbs, ibid. p.168-169.

その刹那、司会の Fabio Botta 先生が「historienne に違いない。légiste であればこのような理解にはならないはずだ」という旨の発言をされた。ただ首肯する私を尻目に、以降お二人の間で議論が交わされることとなる。旧知の仲と見える大家の、しかもイタリア語の議論に口を挟む余地などなく、質疑時間は幕を閉じた。会話の間合いの大切さ、語学力研鑽の必要性など、多くを学ぶ貴重な機会となった。

「学説彙纂 12 巻 5 章に見る古典期ローマ法における『不法』原因給付の事例」（報告原題：Cases of Performances for “Illegal” Causes in Classical Roman Law Seen in D. 12, 5）

清水　悠

１．報告概要

本報告[50]では、学説彙纂 12 巻 5 章の「不道徳なあるいは不法な原因のための不当利得返還請求について（De condictione ob turpem vel iniustam causam）」に登場する事例をタイプごとに分類し分析した。

D. 12, 5, 1 pr.[51]のパウルスによれば、不道徳な目的のために金品

[50] 報告内容は、清水悠「学説彙纂 12 巻 5 章に見る古典期ローマ法における『不法』原因給付の事例」大阪産業大学経済論集 25 巻 2・3 合併号 1-38 頁（大阪産業大学学会、2024）を要約的にまとめたものである。

[51] D. 12, 5, 1 pr.（Paulus libro decimo ad Sabinum）: Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque. 学説彙纂 12 巻 5 章 1 法文首項（パウルス、サビーヌス註解 10 巻）:「交付される全てのものは、あるいは目的のために交付され、あるいは原因のために〔交付される〕。そして、目的のためとは、あるいは不道徳な〔目的〕あるいは名誉な〔目的〕である。：ところで、不道徳な〔目的〕は、あるいは不道徳が交付者に属し受領者には属しない、あるいはせいぜい受領者に属しさらに交付者には属しない、あるいは両者に属するものである。」

が交付される場合は、次のように分類できる。第一に、交付者に不道徳性があるが受領者に不道徳性は無い場合、第二に、交付者には不道徳性は無いが受領者に不道徳性がある場合、第三に、交付者と受領者の両方に不道徳性がある場合である。本報告では、第一、第二、第三のそれぞれのパターンを、それぞれ、**【パターン 1】**、**【パターン 2】**、**【パターン 3】**と名付けて分類した。

さらに、D. 12, 5 においては、交付者と受領者の双方が不道徳であるが、交付者（奴隷）の主人が不当利得返還請求権者であり不道徳ではないため、主人による不当利得返還請求が認められる事例が存在する。この事例のパターンを本報告では**【パターン 4】**とした。**【パターン 4】**は、交付者と受領者の双方が不道徳であるが、交付者（奴隷）、受領者、不当利得返還請求者（奴隷の主人）という三者間の関係を考慮する必要があるため、いわば**【パターン 3】**の変形バージョンとして登場する。同じパターンの事例は D. 12, 5, 4, 4[52]

[52] D. 12, 5, 4, 4（Ulpianus libro 26 ad edictum）: Si tibi indicium dedero, ut fugitivum meum indices vel furem rerum mearum, non poterit repeti quod datum est: nec enim turpiter accepisti. Quod si a fugitivo meo acceperis ne eum indicares, condicere tibi hoc quasi furi possim: sed si ipse fur indicium a me accepit vel furis vel fugitivi socius, puto condictionem locum habere. 学説彙纂 12 巻 5 章 4 法文 4 項（ウルピアーヌス、告示註解 26 巻）:「私の逃亡奴隷を、あるいは私の物の盗人をあなたが明かすように、私があなたに褒賞金を交付した場合、交付されたものは返還請求され得ないだろう。：なぜなら、あなたは不道徳に受領したわけではないからである。しかし、私の逃亡奴隷から、あなたが彼を明かさないように、あなたが受領した場合、私が盗人に対して可能であるのと同様に、あなたに対してそれを不当利得返還請求できる。：さらに、盗人

の第二事例と D. 12, 5, 5[53]で登場するが、12 巻 5 章において【パターン 4】はこれら 2 例しか存在しない。なお、不当利得返還請求権（condictio）の行使の可否については、【パターン 2】と【パターン 4】の事例の場合には認められるのに対して、【パターン 1】と【パターン 3】の事例の場合には認められない。

ただし、12 巻 5 章には、【パターン 1】から【パターン 4】に該当しない事例も 2 つ含まれている。1 つは、交付者・受領者双方にまったく不道徳な要素がない事例である、D. 12, 5, 4, 4（注 3）の第一事例である。そして、もう 1 つは、学説彙纂を編纂したユスティーニアーヌス帝の編纂委員が、「違法・不法」に関する法文のつもりで混入させた法文（D. 12, 5, 6[54]）である。一見すると、違法・

自身、または、盗人のもしくは逃亡奴隷の仲間が、私から褒賞金を受領した場合、私が思うに、不当利得返還請求の余地がある。」

[53] D. 12, 5, 5（Iulianus libro tertio ad Urseium Ferocem）: Si a servo meo pecuniam quis accepisset, ne furtum ab eo factum indicaret, sive indicasset sive non, repetitionem fore eius pecuniae Proculus respondit. 学説彙纂 12 巻 5 章 5 法文（ユーリアーヌス、ウルセイウス・フェロークス註解 3 巻）:「ある者が、私の奴隷から金銭を、その奴隷によってなされた盗を明かさないように、受領した場合、明かしたのであれそうでないのであれ、その金銭の返還請求〔の訴権〕はあるだろうと、プロクルスは解答した。」

[54] D. 12, 5, 6（Ulpianus libro 18 ad Sabinum）: Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est. 学説彙纂 12 巻 5 章 6 法文（ウルピアーヌス、サビーヌス註解 18 巻）:「ゆるぎなく、サビーヌスは、次のように判断する古法学者たちの見解に賛同した。すなわ

不法に関連する法文のようにも見えるが、この法文は、交付の目的の不道徳性・不法性に関連するものではない。D. 12, 1, 4, 1[55]と D. 25, 2, 6, 5[56]の内容との比較において明らかになるように、D. 12, 5,

---

ち、正当でない原因に基づいて誰かのもとに存在するものは返還請求され得る、ということである。：ケルススもその判断に属する。」

[55] D. 12, 1, 4, 1（Ulpianus libro 34 ad Sabinum）:Res pignori data pecunia soluta condici potest. Et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio. 学説彙纂 12 巻 1 章 4 法文 1（ウルピアーヌス、サビーヌス註解 34 巻）:「質に入れられた物は、金銭が弁済されれば、不当利得返還請求され得る。正当でない原因に基づいて収取された果実も、不当利得返還請求されるべきである。：というのも、小作人が、5 年間が満了した後に果実を収取した場合でも、次のときにのみ、それらの〔果実〕が不当利得返還請求されるというのが通説だからである。すなわち、所有者の意思に基づかずに収取されたときである。：なぜなら、〔所有者の〕意思に基づいて〔収取された〕場合、疑いなく不当利得返還請求は生じないからである。」

[56] D. 25, 2, 6, 5（Paulus libro septimo ad Sabinum）: Sed si morte mariti solutum sit matrimonium, heres mariti hereditatis petitione vel ad exhibendum actione eas consequi poterit. Aristo et condici ei posse recte putat, quia ex iniusta causa apud eam essent. 学説彙纂 25 巻 2 章 6 法文 5（パウルス、サビーヌス註解 7 巻）:「しかし、夫の死によって婚姻が解消された場合、夫の相続人は相続財産の請求によって、あるいは提示訴権によって、その〔持ち去られた物〕を追及できよう。アリストーは、その〔婦女〕に対して不当利得返還請求もされ得ると、正当にも考える。なぜなら、〔それらの物は〕正当でない原因に基づいてそ

6 の「正当でない原因（iniusta causa）」は、「不法な原因」という意味ではない。むしろ、「正当な原因（iusta causa）」が無い状態で占有されている物は不当利得返還請求の対象となるという意味であると解される。この法文は、そのような正当な原因、つまり法的に正当化できるような原因なくして物を占有する者に対しては、不当利得返還請求の訴権を行使できるという一般的な原則を示しているに過ぎない。結局のところ、ここにいう「正当でない原因（iniusta causa）」とは、不当利得の返還義務に関する現行日本民法 703 条の「法律上の原因なく」に相当する文言であると考えられる。

D. 12, 5 に登場する法文を分類・整理すると、事例はほとんどが**【パターン 2】**か**【パターン 3】**で構成されており、**【パターン 1】**（1 例）と**【パターン 4】**（2 例）は極めて少ない。ただ、いずれにせよ、全ての事例を分析しても、純粋に違法・不法な目的で交付された金品に関する法文は皆無であり、不法に関連する法文であっても前提として不道徳な目的を帯びた交付しか登場しない。そして、規範が不道徳性に全く関連しない場合において、交付の目的の不法性を問題として不当利得返還請求を排除するような法文は一切登場しない。違法・不法が問題となりそうな事例であっても、その場合に違法・不法を判断せず不道徳性のみを問題としているというのではなく、むしろ違法・不法の問題は不道徳の問題に吸収されている[57]。道徳的・倫理的にニュートラルな法規違反は問題とされず、

の〔婦女〕のところにあるからである。」

[57] その意味では、Meyer-Spasche, Rita Antonie.: The Recovery of Benefits Conferred under Illegal or Immoral Transactions. A Historical and Comparative Study with particular emphasis on the Law of Unjustified Enrichment (unpublished Ph.D. thesis, University of Aberdeen, 2002) p.58

当該規範が道徳に関連するものであることを前提としており、その場合には、違法性・不法性は不道徳性（turpitudo）の一場面でしかなかったように思われる。

従って、12 巻 5 章の表題は「不道徳なあるいは不法な原因のための不当利得返還請求について（De condictione ob turpem vel iniustam causam）」とされているが、その内実は、不道徳な目的での金品の交付に対していかにして対処するかという内容であり、純粋に不法性のみを扱う法文は無い。ユスティーニアーヌス帝の編纂委員が iniusta causa の意味を誤解（ないし曲解）してまで不法な目的での交付に関連する法文を仕立て上げなければならなかったことからもわかるように、12 巻 5 章を編纂するにあたって、純粋な不法のみを問題として不当利得返還請求を排除する法文を収録するのは困難であったと考えられる。よって、史料から見るかぎり、古典期ローマ法における「不法」原因給付は、「不道徳原因給付」とでも言うべき存在であったと考えられる。

奇しくも、現代日本民法における 708 条の不法原因給付の「不法」に関しても、判例・通説では、単なる強行法規違反を指すのではなく、反倫理性・反道徳性をともなってはじめて 708 条にいう「不法」と解釈されるに至っている。すなわち、現代の我々の法学は、不法原因給付の「不法」概念の解釈について、巡り巡って古典期ローマの法学者の思考と同じ境地に達したということになる。

の、ローマの法学者が不法性の問題に対して「沈黙」しているという結論は妥当ではない。

２．質疑応答

上述の報告内容に対して、質問が２件あったので、それらの質問の概要と、それに対する報告者としての回答の概要を記しておく。

（１）質問①

ラテン語の condictio に対する英語訳として、“claim for the restitution of unjust enrichment（不当利得返還請求）”という語を用いているが、古代ローマにおいて現代法の不当利得に該当するような概念があったのか、という趣旨の質問があった。報告者として、condictio と不当利得返還請求は完全に一致するものではないが、近似する概念であったと理解している旨を回答した。報告者の拙い英語による回答の意図が伝わったかは分からないが、「不当利得返還請求（claim for the restitution of unjust enrichment）」という翻訳以外ならば、condictio という原語のままにしておくという選択肢もあるが、他に良い翻訳があるならば誰か教えて欲しいというコメントを付言しておいた。

（２）質問②

iniusta causa の iniustus は、やはり違法な・不法なという意味なのではないか、という質問があった。他の史料との比較においても、iniustus という形容詞は違法・不法を表すと理解できるという趣旨であった。これに対して報告者は、iniustus という形容詞は意味において幅のある表現であり、必ずしも違法性・不法性と連結して考える必要はないという趣旨の回答を行った。

アリストファネス『鳥』1660-1668 のノトイ再考【責了】

栗原麻子

本報告では、アリストファネス『鳥』1660-1668 行の新たな解釈を通じて、古典期のアテナイにおけるノトイ（婚外子）の相続について再考した。『鳥』の当該箇所では、婚外子であるヘラクレスが自分にも相続権があると思い込んでいたところ、①（父親に）「嫡出子が存在する場合」には、法律上の近親者としての権利を持たず、②嫡出子が存在しない場合にも、相続財産は法律上の近親者のものとなるとの指摘を受けるのである。①と②の間にはギャップがある。前半部である法①で、「嫡出子が存在しない場合」には、婚外子の相続が可能となるかのように期待させながら、即座に法②で、嫡出子が存在しない場合にも相続権がないことを告げるところに笑いが生ずる。

古くは H. J. Wolff が、①の法と②の法の間に時代的な変遷を見いだし、法①の成立段階では、嫡出子がなければ婚外子にも相続の可能性があったところ、徐々に婚外子の排除が進み、やがて②の規定するように、嫡出子が存在しない場合には婚外子を飛び越えて近親者が相続することとなったと指摘した。それに対して S. C. Humphreys は、法①と法②の間に本来ギャップはなく、法①の「嫡出子が存在する場合」の文言は、法嫡出子がいなければ相続できるかのような錯覚を与えて笑いを導くためのアリストファネスの創作であるとする。

ところで、アテナイの相続には、①嫡出子による相続と②無遺言相続に加えて、アリストファネスが敢えて触れない第 3 の方法があった。嫡出子がいない場合の養子縁組である。アッティカ法廷弁論

には、母親がアテナイ人であるらしき婚外子の入籍事例が散見される。報告者は、フラトリアへの入籍規定の読み直しを通じて、養子縁組の承認のために必要とされるのが、手続きの正当性とアテナイ人女性から生まれたことの 2 点であったことを示し、養子縁組によって婚外子を嫡出子に「なおす」ことが、非合法的な闇取引ではなく、de jure に承認されていた可能性を示した。かつて P. Rhodes は、アテナイ人の両親から生まれた非嫡出の女子が、アテナイ人と合法的に結婚し、再びアテナイの親族体系の中に取り込まれえた可能性を指摘した。同様に婚外子をアテナイの親族体系に戻す便法として、養子縁組が利用されていたと考える。

本報告では、婚外子の養子縁組を想定することで、アリストファネスの「笑い」に、オルターナティヴな解釈を提示した。ペリクレスの市民権法とその弛緩、アテナイ市民階層出身の妾（パラケ）の置かれた立場やメナンドロス喜劇における婚外子との関連付けが更なる課題となる。