

罗马法在日本

——大学·大家·思考

李求轶 李硕芬*

Roman Law in Japan

——College·Expert·Thinking

Li Qiuyi Li Shuofen

摘要:明治维新初期日本在移植欧洲法制的同时,也继受罗马法(学)。日本的罗马法继受分为罗马法学继受和罗马法继受。罗马法学继受是以围绕着大学的罗马法教育和研究而展开的。罗马法继受是围绕着日本民法典的制定和“法典论争”而展开的,日本民法典间接继受罗马法。日本在继受罗马法(学)过程中产生了众多的罗马法大家和优秀的科研成果。日本罗马法研究经历了从私法到公法,从教授讲义到原典研究直至问题研究等的发展过程。参与罗马法研究的大家包括了民法学家、法史学家和比较法学家等法学大家。日本的罗马法研究引发的罗马法研究中心问题、罗马法继受方式问题和罗马法研究范围和方法问题等的思考,对中国的罗马法研究具有启示作用和借鉴意义。

关键词:罗马法 在日本

* **作者简介:**李求轶(1963—),男,法学博士,民商法博士后,华东政法大学兼职教授,民商法硕士导师;李硕芬(1990—),女,华东政法大学2013级民商法学硕士研究生。

Abstract: When it was the beginning of Meiji reform, while planting legal system from Europe, Japan also inherited Roman Law. The Japanese inheritance of Roman Law divided into the inheritance of Academic Roman Law and the inheritance of Statutory Roman Law. The inheritance of Academic Roman Law is about Roman Law's education and research in college. While the Statutory Roman Law is concentrated on the debate of Civil Code and its draft, and the Japanese Civil Code inherits from Roman Law indirectly. Lots of outstanding research findings and Roman Law experts appeared during the process. The study of Roman Law in Japan experienced the change from Civil Law to Public Law, from research of professors' manuscripts and study of the original code to the problem resolving. Civil Law experts, legal history experts and Comparative law experts are involved in that process. The study of Roman Law in Japan, which produced the questions regarding the Roman Law research center, the way to inherit Roman Law, the scope of the Roman Law research and the method, can be learned by Chinese for its research on Roman Law.

Key words: Roman Law In Japan

一、罗马法教育与罗马法大家

日本的罗马法教育形成于明治维新时期并几乎与大学的创办同步。大学的罗马法教育形成三个大学中心，分别是东京大学、京都大学和早稻田大学。东京大学、京都大学是日本最杰出的公立大学，早稻田大学是日本最出色的私立大学。

(一) 东京大学

东京大学的罗马法教育大体上可以分为三个阶段。

第一阶段：“东京开成学校”。日本的罗马法教育最早是从东京大学开

始的。东京大学最早由“开成所”^①发展成为“开成学校”，而后在明治七年（1874年）改名为“东京开成学校”。罗马法教学最初是以“罗马律”的讲座方式出现的。“东京开成学校”设置了本科二年（中级）和三年（上级）的罗马法讲座课程。在此走出了日本罗马法教育的第一步。这个罗马法讲座课程属于必修课程。讲座教授为明治七年从英国聘请来日的英国人古里格斯庇（Grigsby）。古里格斯庇除了主讲罗马法讲座课程之外，还为预科生担当拉丁语讲座。当时的罗马法讲座是以优士丁尼帝法典的《法学提要》原文作为教材而利用的。但授课教学是使用英语，因为古里格斯庇教授是英国人。讲座的内容与其说是直接汲取罗马法，不如说是罗马法与英国法的比较研究。

第二阶段：“东京大学”（明治十至十九年）。明治十年（1877年）“东京开成学校”与“东京医学院”合并成为“东京大学”。从明治十年至明治十四年（1881年）罗马法教育不知何故停开。明治十五年（1882年）再次开办罗马法课程。此时的主讲教授仍然是外国教授，是从美国聘请来日的特立（Terry）教授。特立教授的罗马法讲座的目的与其说是罗马法本身的必要性，不如说是与英国法律上的必要关系。学科细目也是按照此目的设置的。它是作为英国法与法国法的基础课程加以定位和评价的。因此，东京大学的罗马法教育最初是以比较法形式出现的。

第三阶段：“帝国大学”（明治十九至三十年）以及“东京帝国大学”（明治三十年之后）。明治十九年（1886年）“东京大学”成为“帝国大学”，东京大学法学部也因此成为法科大学。进而在翌年明治二十年（1887年）采用了英国法、法国法和德国法的三部制。从明治十九年开始罗马法课程作为必修课并由穗积陈重教授亲自授课。据《东京帝国大学50年史》记载，穗积陈重教授有三次教授基本内容。明治二十年由德国聘请来日的德国瓦依贝鲁特担当讲座。接着明治二十一年（1888年）由冈崎三郎接任，同时讲授的内容逐渐地固定下来。其后的罗马法大家原田庆吉对当时的穗积

^① “开成所”是指1862年江户幕府设立的法学教育机构。它是文久二年（1862年）将“洋书调所”（蕃书调所的前身）扩充组织而改称的洋学教育机构。除了教授外语（荷兰语、英语、法语、德语、俄语）之外，还教授自然科学（天文、地理、化学、数学、物产学等）和兵学等科学。它成为之后日本洋学的源流。大政奉还之后，明治政府在明治元年（1868年）将其作为官立学校而再兴，并改称为“开成学校”。之后数次改换名称，最后合并成为东京大学。

陈重的罗马法授业的评价是“当时最高水平的罗马法学家讲授极其好的罗马法课程”。^①此后，从明治二十三年（1890年）起担当帝国大学的罗马法讲座的是宫崎道三郎教授。宫崎道三郎教授研究范围极广，包括了罗马法、日耳曼法、教会法等研究内容，而且他从明治十七年（1884年）到二十一年留学德国四年。在德国留学期间经历了温德海得和耶林等法学大家的顶尖的课程授业，因此，从某种意义上说他是携带当时最尖端的法学而归国的。归国后的明治二十三年他即成为帝国大学教授，同时担当罗马法的讲座。一直持续到帝国大学在明治三十年（1897年）成为“东京帝国大学”即现在的东京大学，宫崎道三郎是日本作为法史学家讲述罗马法的最初学者。在此之后不久，教鞭从宫崎道三郎教授转移到户水宽人教授（明治二十七至四十二年），户水宽人教授除了著有《斯多葛哲学与罗马法》之外，还著有诸多私立大学的罗马法讲义。在明治四十五年以后再由京都帝国大学引进的春木一郎教授接任，罗马法课程的内容也不断深化和扩展。

第四阶段（昭和五年至今）。此后东京大学由“日本罗马法四君子”之一原田庆吉从1929年起担当罗马法教席。原田庆吉（1903—1950年）著述颇丰，主要著作有《罗马私法纲要》第1—3卷（第1卷：总则、家族，第2卷：物权、债权，第3卷：继承、法律行为）、《法学提要希腊语义解》第1—4卷、《罗马法制史序说》、《罗马法》上下卷、《楔形文字法的研究》、《罗马法原理》，等等。据说原田庆吉是在战后因出书经济上拮据而上吊自杀的，逝世时才48岁，可见其对学术的钟情和对罗马法研究的热爱。原田庆吉在教课期间，曾作为主要发起人发起成立日本法制史学会。从原田庆吉著作上可以看出，其学术研究范围不仅包括了罗马法，而且包括了法制史其他部分，即使是罗马法也是作为法制史加以研究的。发起成立的日本法制史学会研究范围包括了西洋法制史（罗马法和西洋法制史）和东洋法制史（包括中国和日本法制史）。罗马法属于西洋法制史的组成部分，现在日本法制史学会的论著目录仍然将西洋法制史与罗马法相并列，可见罗马法在西洋法制史上的重要地位。也正是在此之后罗马法归入了法制史研究范围，成为其重要组成部分。东京大学现罗马法由木庭颯（1951—）教授掌舵。木庭颯教授是东京大学自己培养的罗马法大家，是日本鲜见的法学家。他对结

^① [日] 藤野奈津子：《岡松参太郎とローマ法研究：『岡松参太郎文书』の手稿》，CiNii <http://ci.nii.ac.jp/>，2015年4月1日访问。

构主义和人类学有很深的造诣，并将其应用于政治、民主和罗马法研究过程，主要著作有《政治的成立》、《民主的古典基础》、《法存立的历史基础》、《罗马法向导：为现代的法律家》、《迈向现代的日本法》，等等。

(二) 京都大学

京都大学的罗马法教育可以分为三个阶段。

第一阶段：京都帝国大学（明治三十二年）。根据《京都大学百年史》记载，京都帝国大学始于理工科大学，在明治三十二年（1899年）根据敕令创设了法科大学和医科大学。同时，法科大学扩展并涵盖了所有学科种类。罗马法首先是以讲座形式出现的。在此之前的明治三十一年（1898年）日本民法典也已颁布实施，德国法学影响也在加强。这些理所当然对罗马法授课的内容施加了不少影响。京都大学最初的罗马法讲座由春木一郎教授（1870—1944年）担当。春木一郎留学德国四年（原定三年而后延长一年）。他是日本首位到外国（德国）专门从事罗马法研究的学者。学成回国后，春木一郎理所当然地成为日本最早的罗马法专职教授。罗马法大家原田庆吉博士对春木一郎是这样评价的：“春木一郎教授引发了日本罗马法研究的新机轴，构筑了日本罗马法学的基础。”同时，“春木一郎教授是我国最早到海外专门学习罗马法的学者，他在京都大学开创了我国最早的以罗马法原典的真正的科学研究。”因此，以春木一郎这一关键人物为新的出发点，促成了日本罗马法学走向发达。

第二阶段：新京都帝国大学（明治三十四至四十五年）。从这一阶段春木一郎教授所使用的罗马法讲义上可以看到罗马法研究的姿态。据《新帝国大学五十年史》记载，春木一郎教授罗马法讲义的内容为：第一编：罗马法入门，第二编：罗马法本论。第一编罗马法入门包括法源史、优士丁尼帝之后的罗马法、罗马法研究史以及若干基础概念。第二编罗马法本论包括潘德克顿式体系7卷组成的罗马私法，分别为第1卷：法律事实（法律行为、时效）；第2卷：人（自然人、法人）；第3卷：物权（性质、标的、迟滞、主体、发生、效力、转让、消灭）；第5卷：家族（亲属、婚姻、家长权、监护）；第6卷：继承（总论、无遗嘱继承、遗嘱继承、必要份额、继承的效力、继承权的保护、遗赠、死因赠与、埋葬）；第7卷：诉讼（裁判所的构成、诉讼当事人、诉讼代理人以及保佐人、法庭传唤、*iudicatio*程序、*iniudicatio*程序、*extra ordinaria cognitio*、裁决的执行、狄奥多西帝之后的诉讼程序大要、诉讼时效）。从春木一郎教授的讲义上可以断定当时开

始了以优士丁尼帝的学说汇纂（Digesta）为原典的罗马法研究具有很高的水准。春木一郎教授罗马法讲义是以潘德克顿体系为线索，类似于日本民法典归纳了法律行为、人等总则内容，再进入物权、债权部分。讲义主体是私法，没有公法内容。此时不仅是春木一郎教授，而且当时日本的罗马法研究大体上就是罗马私法的研究。在此期间，千贺鹤太郎教授、春木一郎教授交替主持罗马法讲座。根据《京都大学百年史》记载，千贺鹤太郎（1857—1929年）在明治七年（1874年）就学于庆应义塾，明治九年（1876年）成为庆应义塾的职员。明治十七至三十二年（1884—1899年）作为《东京每日新闻》的通信员派往德国并滞留15年。明治十八至二十六年（1885—1893年）在柏林大学修学文科，明治二十二至二十六年（1889—1893年）在柏林大学修学法律。明治三十年（1897年）取得柏林大学法律学位（*doctor juris utriusque*），其学位论文是《日本的现行领事裁判权的形态与批判》（*Kritik heitigen konsulargerichtsbarkert in Japan*）。1889年千贺鹤太郎回国之后即成为京都帝国大学教授并开设罗马法讲座。明治三十四年（1901年）由春木一郎教授接任。春木一郎教授转职东京帝国大学之后，又在明治四十五年（1912年）由千贺鹤太郎接任罗马法讲席一直到大正十三年（1924年）10月停年退官后仍然以讲师名义讲授罗马法到大正十五年（1926年）。接掌春木一郎教授教鞭的千贺鹤太郎教授的罗马法讲义也是以罗马私法为主要内容的。据日本著名刑法学家泷川幸辰回忆：“入学最初的课程是罗马法，千贺鹤太郎的罗马法教授是以私法为主的，没有刑法等内容。”之后京都大学的罗马法教授为田中周友（1900—1996年）。1926—1963年他在京都大学主持罗马法讲座和进行罗马法研究。主要著作有《古代庇护史研究》、《世界法史概况》、《比较法制史讲义》，等等。田中周友博士的罗马法研究开启了从公法和法史角度研究罗马法的范例，而且罗马法研究特色在于从比较法制史上研究罗马法。他与同时期的罗马法大家春木一郎、船田享二、原田庆吉被称誉为“日本罗马法四君子”。

第三阶段：京都大学罗马法大家柴田光藏教授接任罗马法教鞭至今。柴田光藏精通拉丁语，出版了一系列的拉丁语法律著作。主要著作有《为学习法律拉丁语的人们》、《解读法律拉丁语格言》、《法学拉丁语纲要》、《罗马法拉丁语用语辞典》、《法律拉丁语格言的世界》、《法律拉丁语格言集》、《拉丁语法格言辞典》，等等。除此之外还著有大量的罗马法专著，主要有《罗马法论坛》第1卷、第2卷、第3卷，《学说汇纂第50卷17章（古法

的各种规范》，《法学的步伐》，《古代罗马法物语》第1卷、第2卷，《罗马法史概说》，《罗马法上的人》，《罗马私法概说》，《罗马刑事法概说》，《古代罗马的刑事裁判》，《罗马法技术论时间轴的视点》，等等。柴田光藏教授堪称是研究罗马刑事法的开创者和第一人。另外从柴田光藏著书上就可以看出京都大学与东京大学一样，此一时期，日本的罗马法研究已经从私法归入法制史范围，并且已经从私法扩展到公法的刑法。

（三）早稻田大学

早稻田大学的罗马法教学和研究因其创始人小野梓是最早的罗马法学家而成为私立大学罗马法研究的佼佼者。早稻田大学前身的东京专门学校创始人小野梓（1852—1886年）（大隈重信被称为“早稻田之父”，小野梓被称为“早稻田之母”），因受到其义兄小野义真的援助，在1871—1874年近三年留学英、美两国，接受罗马法教育。明治七年（1874年）回国后，将其在英国学习到的荷兰莱顿大学的罗马法学家豪得·斯密特的著作《潘德克顿体系（Pandecten-Systeem）》的英译本纂译成为日本罗马法著作《罗马律要》^①，小野梓的《罗马律要》或许是第一线的罗马法著作。小野梓充分地认识到罗马法是法律的基础。他曾说到在英美留学的感受：“美国是美国、英国是英国、德国是德国。它们具有自己本国的法律。但这些国家法律的源泉是罗马法。学习罗马法的各位，日后都会在日本法制的创制时发挥作用。打好罗马法的基础，就可以很好地创制日本的法律。”罗马法真可谓是任何法律的源泉。据说小野梓留学时不是学习各国法律的细节，而是专注于罗马法，加上自己在英国对边沁的功利主义法学和法典编纂论的思考，回国后，仅仅3—4个月就创作了《罗马律要》。小野梓教授对权利按照罗马法体例进行了体系化，他的罗马法研究渗透了功利主义，堪称为功利的罗马法。其后他在司法省从事法律调查工作，如果不是因患肺结核仅33岁就英年早逝而仍然健在参加民法典论争的话，或许他是持有边沁的法典编纂论的立场，主张民法断行而支持旧民法典的实施的罗马法大家。另外，小野梓在其所著《民法之骨》一书中，触及了萨维尼（Savigny）、普赫塔（Puchta）、温得海德（Windscheid）、亚安特（Arndt）等的学说。在明治初年英国、法国法学独占时代，介绍德国潘德克顿法学是非常出色的工作。他进而还将《十二

^① [日] 小野梓：《羅馬律要》，载《早稻田大学比較法研究所叢書》1974年版，第6号。

表法》翻译成日文介绍到日本。小野梓早逝对日本罗马法研究和传播有很大损失。接着他的马场辰猪在《罗马律略》中也简单地介绍了罗马外史。^①早稻田大学正是由于小野梓作为创立者提倡罗马法教学和研究,才使早稻田大学获得私立大学罗马法研究的桂冠。早稻田大学在其前身东京专门学校创立时,就将罗马法列为讲座课程。当时罗马法讲座由杉田金之助(1859-1933年)教授主持,杉田金之助曾经留学美国,归国后历经东京裁判所判事、开业律师等职务后,成为东京专门学校罗马法讲座教授,其著有明治初年鲜见的罗马法讲义。

此后早稻田大学的佐藤笃士教授是日本著名的罗马法研究大家。佐藤笃士教授的主要著作有《盖尤斯法学提要》、《罗马法史》第1卷、《罗马法史》第2卷、《罗马所有权的理论》、《古代罗马法的研究》、《改订十二表法原文、译文以及解说》,等等。早稻田大学设有罗马法研究会,同时具有专门培养罗马法(法史方向)的博士学位。许多罗马法大家均出生于早稻田大学,例如谷口贵都、西村隆誉志、原田俊彦、足立清人、藤野奈津子等罗马法新一代大家都是日本早稻田大学专门培养的罗马法研究有生力量。他们是日本本土培养的罗马法大家,也体现了早稻田大学追求卓越和本土化的大学的建学精神的成功。

二、罗马法研究及其发展

罗马法研究有广义和狭义之分。广义上的罗马法研究包括外国罗马法知识的介绍和本国罗马法研究的著述。狭义上的罗马法研究仅指本国罗马法学者的罗马法研究著述。从广义上观察,日本罗马法研究大体上分为外国罗马法知识介绍阶段和本国罗马法研究的著述阶段。而从狭义上观察,日本罗马法研究分为罗马法研究前的阶段和(狭义)罗马法研究的阶段。

(一) 罗马法研究前的阶段

罗马法研究前的阶段按照时间顺序大体上可以分为两个时期。第一个时期是明治初期。明治初期最早的法学讲义都是用英语和法语教学的,其内容是英国法和法国法。其目的是通过了解外国法律制度,创制或者移植欧洲版的法典、司法制度和行政制度。介绍罗马法知识的目的是为了更好地了解英

^① [日]原田慶吉:《我が国に於ける外国法史学の発達》, CiNii <http://ci.nii.ac.jp/>.

国法和法国法。例如，东京大学最早就是采用由英国人著述的罗马法教科书和英国人翻译的优士丁尼法典。美国人讲述罗马法的讲义就是英文教材。在一些早期的私立大学也开始设立罗马法讲座，但也是使用外国的罗马法教科书、翻译出版的论文。渡边安积《罗马法（完）》（明治十九年）就是其中的典型。不用说渡边安积当时虽然意识到罗马法研究的必要性，但他所讲授的罗马法讲义是英国的罗马法学家参考了狄骥、波利斯塔等的著作。而当时对罗马法原典的研究完全是按条文顺序介绍的知识，因为其根本目的是服务于明治法典编纂的命令。法典编纂形式上是优士丁尼法典（*corpus iuris civilis*）的继受。从历史上强调的是罗马法的延续性，在日本编纂法典，罗马法似乎被视为日本法的“母法”。在法典继受的同时，当时欧洲罗马法研究的成果也介绍到日本。例如，中世纪的注释法学方法和萨维尼的历史法学方法。在明治十九年（1886年）至二十二年（1889年），东京帝国大学罗马法讲座由穗积陈重博士担当。穗积陈重博士的罗马法讲义指出：“研究罗马法的原因正如耶林所述是罗马法的世界支配，而决非罗马法本身之美。”罗马法研究是作为认识现在欧洲诸国的法律之材料而加以利用的。“穗积陈重进而认为，研究罗马法存在的两个必要：第一是立法上的必要，第二是法学上的必要。第一立法上的必要。与渡边安积观点一样，穗积陈重认为，现今欧洲诸国的母法是罗马法，因此，不理解罗马法也就不能真正理解欧洲诸国的法律。现行日本民法参考继受罗马法的欧洲诸国法律实在太多，因此，立法界、司法界的人们都要通晓罗马法。第二法学上的必要。穗积陈重认为，既有的法学理论都是通过研究罗马法而得到的。例如，波伦那的注释法学派、萨维尼的历史法学派、奥斯丁的分析法学派，等等。与其说当今罗马法学家是探究罗马法之意义，不如说是以罗马法作为材料而研究其学理的。实际上，穗积陈重自身在讲授《法论》、《法理学》课程时也贯彻了罗马法法理。”^①

（二）第二时期：“法典论争”时期

日本旧民法是由聘请的法国专家保阿索那特起草的。“法典论争”主要是围绕着家族法、继承法而展开的。“法典论争”的结局是潘得克顿式的新民法典的制定与实施。新民法形成过程涵养了罗马法学的基本素质。因为为

^① [日] 佐藤篤士：《日本におけるローマ法学の役割》，CiNii <http://ci.nii.ac.jp/>.

了解欧洲法律、为了法典编纂、为了司法，就必须学习民法学原理，而民法学的原理由来于罗马法。此可谓罗马法学自身的正当性。围绕着“民法论争”，日本出现了意识形态上的市民主义与家族主义的对抗，《新民法典》的颁布实施也就意味着罗马法研究的新的意义与必要性。户水宽人《罗马法》（明治三十二年）就是这个时代的产物。户水宽人是因明治二十年（1887年）渡边安积英年早逝而继承英吉利法律学校（中央大学）最初的罗马法教学的。在此之后，相继在帝国大学（东京大学）、东京专门学校（早稻田大学）、专修学校（专修大学）、东京法学院（中央大学）、日本法律学校（日本大学）执掌教鞭，他一人独自肩负着明治后半期罗马法学的教学重任。对于罗马法研究，户水宽人归纳了罗马法研究的三个作用（标志）。第一个作用是为比较研究诸国的法律所必需的，即罗马法以外的法律都是随着短命王朝的灭亡而消失的，唯独罗马法虽经千年历史长眠，但却愈加光芒灿烂。因此了解到罗马法的发达，也是从反方面上明了其他法律的得失。第二个作用是为了明确法律的历史作用所必需的。与欧洲大陆直接继受罗马法不同，英美的法律是间接地汲取“罗马法之源”。日本法律自明治十三年（1880年）颁布《治罪法》以来，都是通过欧洲大陆法制的影 响而形成的。因此罗马法研究也是为了了解日本法制的沿革所必要的。此对于研究新民法来说，更是“重中之重”。第三个作用是学术上了解法律原则所必需的。罗马法是希腊思想和罗马的应用技术相结合的产物。法学正是通过研究罗马法而生成的，因此，为了理解现代法理，就必须研究罗马法。户水宽人归纳的罗马法的三个作用与穗积陈重的想法可谓是一脉相承的。“法典论争”结束后日本制定出《新民法典》，并不因此结束罗马法研究。千贺鹤太郎教授在《罗马法研究的必要》一文中说起 Heinrich Dernburg 博士（1829—1907年）所云“诸君不要以为新民法制定，罗马法即行废止。无论成文民法如何精密，也必然存在无数的欠缺和疑义。对此加以补充的非罗马法的法理莫属”；同时也说起在德国期间访问基尔克（Otto Gierke, 1841—1921年）博士的情景：“我在柏林就学时期访问了著名的德国民法学家基尔克先生，先生曾云‘日本什么都模仿欧洲的法理，但我认为的确不宜如此。正如继承法，德国因为模仿罗马法，后世不知如何程度之弊害’。”^① 基尔克是德国民法学界日耳曼法的领军人物，其主张是与日本的“法典论争”的

^① [日]《太陽》第28卷第14号，大正11年12月号。

“延期论”观点相一致的。罗马法研究的目的是“经过罗马法而超越罗马法”，而非全盘照搬照抄罗马法。

(三) 第三阶段：明治末年到第二次世界大战之前

这个时期罗马法的存在形式可以分为两个研究组团。

其一是以罗马私法为研究重点的组团。对第一阶段罗马法学粗放的介绍加以反省的是春木一郎教授。春木一郎是日本最初的专门的罗马法学者，1894年在东京大学法科大学毕业之后，在明治三十年（1897年）为专门研究罗马法而到海外（德国）留学。明治三十四年（1901年）归国后成为京都大学教授（1901—1912年），担当罗马法讲座。春木一郎最早的论文《波伦那时代以后至十九世纪末之间的罗马法研究方法》。^①在这篇论文之中，他主要依据萨维尼的研究思维，承认注释学派（12世纪）以前的罗马法研究的存在（以前通说是罗马法研究中断说），并进一步论及罗马法学的发展脉络是注释法学派——后期注释法学派——德国继受罗马法——法国、荷兰的罗马法研究——18世纪的德国自然法——18世纪末的历史法学派。最后指出历史法学派的缺失：“第一，历史法学派大伽勉强地穷究其本身的发达变迁，但却未与其他社会想象共同研究法律。第二，历史法学派是从过去、现在来研究法律的，但却将法律的将来置之度外。因此，二十世纪法学家研究罗马法要克服这些缺失，改进研究方法。”为此春木一郎教授在将目光投向罗马的社会史的同时，驱使其精湛的语言能力，再构成了基于原史料的罗马法史。此成就填补了与欧洲罗马法学比肩的空白，但他所指的新方法即指向将来的罗马法研究的途径并不明确。不用说，在这个时代，日本的罗马法研究基本的定式仍然是历史研究法。具体说就是法文的批判研究，即证明 *Corpus Juris Civilis* 之中的法学家的原著、*Institution* 的修正加笔。春木一郎教授研究其特点是从与优士丁尼法典区别开始的，并且研究方式是运用罗马法的史料，并将私法史置于重点。春木一郎教授是日本罗马法研究的确立者。1894年他从东京大学法科大学毕业后，到德国留学四年，回国后历任京都帝国大学教授（1901—1912年）、东京帝国大学教授（1912—1930年）。他担当罗马法讲座和从事优士丁尼法典的研究和翻译工作。春木一郎教授不仅是日本罗马法研究的确立者，而且为日本罗马法研究留下了一笔宝贵的丰富的罗马法资料。春木一郎教授逝世后，其罗马法资料由中央大学图

^① [日]《明治法学》64号，明治三十年十二月，CiNii <http://ci.nii.ac.jp/>.

书馆建立“春木文库”。“春木文库”收集了以罗马法为核心的从东罗马帝国优士丁尼帝一世（482—565年，在位527—565年）敕令所编纂的《罗马法大全》为主的各种法源集文本至20世纪各个时代的代表法学家的主要著作的外文书籍1776册。之后继承春木一郎教授担任东京大学罗马法研究的是原田庆吉教授，原田庆吉教授在昭和四年（1939年）公开发表《严格市民法上的罗马家族法的研究》的论文，这个研究从家族法出发，精括了有关古代罗马的家族法所有史料文献，对家族组织、婚姻、养子、监护、保佐进行了比较详细的叙述。特别是检讨了在罗马古代之中，是否存在母权制的部分、比较法上解明 Gens 的属性的部分具有特色。直到昭和二十五年（1960年）病倒，原田庆吉教授仍然遗留有多个研究项目。片冈辉夫先生在《追悼原田庆吉逝去》^①之中，将原田庆吉教授的业绩归纳如下：（1）对语言有精湛的造诣，精通希腊语、拉丁语、印度语、阿拉伯语等十多种语言；（2）在中田熏的影响之下，返回了比较法制史的方法，通过楔形文字法的研究，归纳了明确了本来的罗马法；（3）指出了罗马法在我国民法之中，“制度上或者各个规定上或者法律考量和思维形式上存在着顾此失彼的状态。相反地，日耳曼法的德国法、法国固有法或者我国固有法，近于废止，都不能进入现代法的状态。”原田庆吉教授特别擅长的是在柏林大学留学时受教的 Paul Koschaker 的 Aktualisierung（现实化）的思维方法。除此之外，京都大学的田中周友教授、京城大学的船田享二教授也都是以罗马私法研究为重心的。

其二是以公法和精神为研究重点的组团（略）。

三、罗马法研究诸问题的思考

（一）罗马法研究中心问题

罗马法被称为“罗马法”本身就会引发罗马法研究是否以罗马（意大利）为中心的争议。户广仓在《罗马法继受的比较》一文中认为，罗马法研究以罗马为中心。“所谓‘不变的罗马’或者‘永远的罗马’的 *Roma aeterna* 的思想是潜在欧洲的普遍主义意识。正如史学家 Ranke 在《罗马史概说》之中所说的，一切古代文明都流进罗马这样一个大湖，并制造出世界

^① [日]日本法制史学会：《法制史研究》第三集，东京大学法制史学会昭和三十七年（1972年）。

性的罗马文化，这种罗马文化又从罗马这个大湖流出输送到世界各地。”因此，正如意大利历史学家 Ferrero 在《罗马史的特征》之中所说的：“尽管欧洲各国语言、风俗、习惯、地理等状况以及历史传统各自存在差异，但罗马史具有将罗马法作为一种理性的实态上的统一的强大的精神力量。正如梅因在《古代法》之中所说的，‘罗马法是形成拉丁文化的根干，法律是罗马人所具有的独创的文化’。简言之，罗马史的核心是罗马法。”罗马法不仅是罗马史的核心，同时也是欧洲法的源流。户广仓认为：“借用侠曼的语言，各国的法律是罗马法脱去固有的拉丁的服饰，而穿上 20 世纪的服饰。即德国是罗马式的德国法，法国是罗马式的法国法，甚至英国也是罗马式的英国法。”^① 它们的法律都是罗马法穿上各式各样的服饰。但另一种观点认为，罗马法研究并非以罗马为中心，而是多中心主义。从历史地理上看，西罗马帝国最强大时期的地域包括了现有的意大利、法国、德国等国的大部分欧洲大陆，同时罗马帝国也征服和统治过英国。现有的意大利、法国、德国都是原有罗马帝国的统治地域。它们的罗马法研究不是以罗马为中心，而是以原有罗马帝国的罗马法为基础的本国法制史研究。从历史上看，罗马帝国分为西罗马帝国和东罗马帝国。而优士丁尼法典编纂是东罗马帝国皇帝查士丁尼时期在君士坦丁堡所为的历史伟绩。而君士坦丁堡现在的地理上则属于土耳其。因此。罗马法研究从法源和地域上看，也不能说是纯粹以罗马为中心。日本罗马法学家武藤智雄是当时唯一到意大利学习罗马法的罗马法学者。他师从当时罗马法大家 Ricoborio。其主要研究对象是“拜占庭的法律是罗马法抑或东方法”的课题。他在《罗马进化的诸阶段——关于罗马法制史的时代区分：罗马法抑或东方法？》一文中认为：“拜占庭时期的法律存在方式是所谓的法律融合而制定的新法。其精神支柱是基督教《圣经》经典原理。东方法的影响非常薄弱。”从而将拜占庭法律也列入罗马法区分时期。因此，“罗马法”是一个通用的俗语，不能从地理或者从历史上断然认为是以现有的罗马或者意大利为中心进行罗马法研究。实际上，日本的罗马法学大家例如小野梓留学英、美两国，穗积陈重留学英、德两国，春木一郎留学德国，保阿索那特来自法国，梅谦次郎博士和富井政章博士留学法国，千贺鹤太郎、春木一郎留学德国，田中周友博士留学德、法、意三国，等等。从日本罗马法大家留学路径上看以法德两国居多，意大利仅为少数。

^① [日] 户广仓：《ローマ法継受の比較》，CiNii <http://ci.nii.ac.jp/>。

而法国的孟德斯鸠、惹尼、波利斯塔、狄骥，德国的萨维尼、耶林、温德海得，英国的布拉克顿、布莱克斯通、梅因、边沁等罗马法大家均非出生或者留学意大利（罗马）。中国早期的罗马法学家周相和陈朝壁留学比利时鲁汶大学、黄右昌留学日本法政大学、郑玉波留学日本京都大学，等等。中国当代罗马法学家江平教授的罗马法学识来源于莫斯科大学，米健教授的罗马法学识来源于德国法，以徐国栋教授为代表的一些学者的罗马法学识来源于意大利，徐涤宇教授的罗马法学识来源于西班牙，苏彦新博士的罗马法学识来源于英国，等等。经验证明罗马法研究并非以罗马为唯一中心，而是呈现出多中心主义。诚如中国谚语所言：“一花独放不是春，百花齐放春满园。”因为只有罗马法研究的多中心主义才能“条条大路通罗马”，才能促使罗马法成为世界真正的共同语言。

（二）罗马法继受方式问题

罗马法继受可以分为直接继受和间接继受。大陆法系国家继受罗马法也存在这两种途径。法国民法典以及法国民法法系（大陆法系的法国支系）和德国民法典以及德国民法法系（大陆法系的德国支系）属于直接继受罗马法，因为大陆法系的法国、德国、意大利在地理和历史沿革上与罗马帝国（包括西罗马帝国和东罗马帝国）存在密切的联系。现在以德国直接继受罗马法的原因加以分析。对“罗马法继受这种复杂多岐的现象最早加以研究的是斯德贝（stobbe）。他将德国继受罗马法的原因划分为外在原因和内在原因。外在原因列举出三种：（1）德国国王作为神圣罗马帝国皇帝对意大利的政治上的关系；（2）多数德国人学生参与了以波伦那为中心的罗马法研究，并将罗马法知识带回德国；（3）当时掌握法律的素养成为公共的、私人的利益，法学家是作为皇帝以及诸侯的高级官僚加以重用，内在原因由来自于德国的性质。有关外在原因的学说值得瞩目。这种说法的基础在于探究12世纪伦巴萨诸城市的罗马法再生的原因的萨维尼的见解。萨维尼认为，这种罗马法再生的第一原因是伦巴萨诸城市需要罗马法。这种需要不是政治上的需要，而是内在的必然的寄付。伦巴萨等城市繁华、商业发达，而日耳曼的民族法不适应这些城市的新的事态，只有罗马法的源泉才能满足这种要望，民众渴望完备的罗马法。希特茨伯认为萨维尼的这种见解的背景在15—16世纪。他紧接着萨维尼作出如下结论：“伴随着社会的变迁，原有的先民中心的德国固有法已不再起作用，开始迫切渴望新的成文法。德国固有法自己发展的不可能性，致使这种内在的动机成为罗马法继受最重要的因

素。如果没有这种内在原因，就不能促进上述外在原因。”^①

法国民法典和德国民法典的体系也直接来源于罗马法上的法学阶梯和学说汇纂体系。日本民法典起草过程中，原是聘请法国法学家保阿索那特（Gustave Boissonade）以法国民法典为样板起草旧日本民法典，在旧民法典颁布未施行期间，发生了“断行派”与“延期派”之间的“法典论争”，“法典论争”的结果是“延期派”取胜。为此旧民法典不加以施行，而由穗积陈重、梅谦次郎、富井政章三位留学法国、德国和英国的法学博士负责起草日本新民法典。日本新民法典在民法体系上摒弃了旧民法典的法国式的优士丁尼（法学阶梯）体系，转而以德国民法典草案为样板的潘德克顿（学说汇纂）体系，但在民法典具体制度和内容上仍然遗留大量的旧民法草案的制度和内容。因此，日本民法典在地域、时间和体系等方面不是直接来源于罗马法，而是通过对法国民法典和德国民法典的继受而间接继受罗马法的。“在日本，因明治维新的社会大变革之后，为了迅速与欧洲诸国为伍，建设近代社会，开始了以民法为中心的急切的诸法典的编纂。此时期期待的是欧洲大陆诸国的法典的继受。旧民法典是巴黎大学的保阿索那特（Gustave Boissonade）起草的，是以法国民法为范本的旧民法为基础的民法典。而新民法典起草小组则是来自东京大学的三位教授。他们以德国民法草案为中心，参考了其他国家的民法而起草新民法。在起草小组三人之中，二人（富井政章、梅谦次郎）是在法国取得法学博士学位的。但其中只有梅谦次郎可以说是法国学派，另一人富井政章则认为当时法国法学衰退而高度评价德国法学。三人起草小组的另一人穗积陈重在英国伦敦大学留学后又转往德国柏林大学留学两年，他高度评价德国法学。日本民法学定位的诸要素几乎全部是直接地、间接地来源于像这样情事的法典继受。”^②新民法典起草成员穗积陈重博士、梅谦次郎博士、富井政章博士通过留学欧洲诸国，掌握了精湛的罗马法的知识和立法技术，从而在起草新民法典过程中，将这些罗马法知识和立法技术加以运用。“在此引人注目的是我国民法三巨人穗积陈重、富井政章、梅谦次郎在当时可谓是无可比拟的最高水准的罗马法学家。大正六年从事帝国立法事业的穗积陈重在此之前的经历是从明治十九至二十

① [日] 勝田有恒：《ローマ法継受研究ノート：ドイツにおけるその原因について》，CiNii <http://ci.nii.ac.jp/>。

② [日] 星野英一：《日本における民法学の発展と法学研究者の養成》。

二年在帝国大学担当罗马法讲座。在其比较法的进化论中散见着罗马法论文。除此之外，在其早期的论文《万法归一论》和《讲述罗马法之必要》中可以窥见其罗马法学力之片鳞。富井政章明治十五年在里昂大学的博士论文《罗马法和法国法之中价金不给付的卖主的契约解除权》^①和梅谦次郎明治二十二年在里昂大学的博士论文《和解论》^②在当时日本是无人可以写出如此程度的罗马法和法律史论文。若与明治二十年代介绍性的罗马法杂录的论文相比较，真有如大巫见小巫之感。”^③穗积陈重博士的巨著《法典论》更是涉及众多的罗马法史料和罗马法的民法编纂体例与立法技术和程序。^④

（三）罗马法研究范围问题

由于比较法学的发达，将直接源于罗马法的民法法系称为大陆法系或者民法法系，而与英美法系或者普通法系相对称。而东罗马帝国查士丁尼帝的法典编纂主要是私法（民法）典的编纂。因此，罗马法研究一直是注重私法研究，但实际上罗马法史是一个跨度很长的时期，而且罗马法的法源不仅包括了市民法和万民法，同时还有裁判官法和学识法（罗马皇帝敕令盖尤斯等法学大学学说具有法律效力）。从现代法学部门划分角度上看，罗马法不仅仅是私法，同时也是公法，有关罗马的国家体制等无疑属于公法。日本罗马法大家对罗马法的研究是从私法逐步扩展到公法。船田享二（1898—1970年）是京城帝国大学（现在的韩国首尔大学）派往欧洲德、法、英、意留学的，其研究范围包括了罗马公法和私法以及罗马法制史和思想史。其在京城大学的博士学位论文《罗马元首政治的起源与本质》（昭和11

① [日] 富井政章：《ローマ法及びフランス法における代金不払による売主の契約解除権（des droits du vendeur non payé ; Droit français ; du droit de résolution du vendeur non payé ; thèse pour le doctat 仏語版）》（日本立法資料全集）信山社出版；復刻版（2003/10/20）。

② [日] 梅谦次郎：《和解論（De la transaction 仏語版）》。《和解論》是梅谦次郎1889年在法国里昂大学取得法学博士的论文。它是就罗马法和法国法之中的和解（transaction）创作的大作。在最后部分梅谦次郎还对法国民法与日本帝国民法草案、意大利民法典进行了比较研究。

③ [日] 原田庆吉：《我が国に于ける外国法史学の発達》，CiNii <http://ci.nii.ac.jp/>。

④ [日] 穗积陈重：《法典论》，李求轶译，商务印书馆2013年12月第1版。

年)^①，开启了罗马法公法研究之路。船田享二博士的其他罗马公法研究成果还有关于诉权的研究。^② 其罗马法研究体系包括了公法，公开出版的罗马法系列教科书第1卷法源公法^③，以下第2卷和第3卷是私法。^④ 同时第4卷之中的民事诉讼也是公法范畴。^⑤ 第5卷为罗马法研究资料^⑥等著作。从船田享二博士的著书上可以看出这一时期罗马法研究已经从罗马私法扩展到罗马公法。不仅因为船田享二博士的罗马法系列教材包括了罗马公法，而且，其研究的罗马元首政治的架构属于国家体制的宪法范畴，同样属于罗马公法的范围。

之后与船田享二博士能比肩的横跨罗马公法和私法领域的罗马法大家屈指可数，京都大学的柴田光藏是其中之一。其研究领域包括了罗马公法和罗马私法以及罗马法史等范畴。罗马公法研究开启了罗马刑事法研究的先例。他除了大量的拉丁语和罗马私法著作之外，还有独具特色的罗马刑事法研究著作，代表性著作是《罗马刑事法概说》、《古代罗马的刑事裁判》。

罗马法研究不仅包括罗马私法和公法，同时包括了罗马法制史和思想史。日本的罗马法最早由民法学家从事研究，之后发展到由法制史学家和比较法学家从事研究。罗马法研究的大家队伍扩大，意味着罗马法研究的深度、广度、高度都在扩展。与船田享二博士注重罗马法史研究存在不同的冈松参太郎则是注重比较法（制）史的研究。冈松参太郎曾经与穗积陈重一同留学德国，深受德国比较法学家柯勒、波斯特等影响，他不仅对罗马法饶有兴趣，而且具有语言学的天才，精通英语、德语、法语、意大利语尤可，拉丁语虽说不是无敌，但至少超过穗积陈重。语言的天赋为其比较法研究奠定了工具基础。冈松参太郎应用比较法的经验法则在台湾和满洲（现中国东北）进行习惯法调查。冈松参太郎博士的满铁调查资料是当时中国绝无

① [日]《羅馬元首政の起源と本質》，岩波書店 1936 年，京城帝国大学法学会叢刊。

② [日]《近代訴權理論形成の史的研究》，刀江書院，9月6日刊。

③ [日]《羅馬法第1卷（公法・法源）》，岩波書店，3月5日刊。

④ [日]《羅馬法第2卷（私法第1分冊〈總論，物權〉）》，岩波書店，6月15日刊；《羅馬法第3卷（私法第2分冊〈債權〉）》，岩波書店，11月10日刊。

⑤ [日]《羅馬法第4卷（私法第3分冊〈家族・相續・民事訴訟〉）、補遺》，岩波書店，5月20日刊。

⑥ [日]《羅馬法第5卷（附錄〈I年表，II資料集・辭書・參考書等，III事項・人名索引，IV引用法文索引〉）》，岩波書店，10月20日刊。

仅有的社会调查史料，是中国社会史的宝库。尽管比较法制史最后在日本式微以及习惯法调查并不成功，但作为学问无疑是极大地拓展了罗马法研究空间、丰富了罗马法研究方法。

（四）罗马法研究方式问题

罗马法研究方式可以有各种各样。归纳以下日本罗马法研究成果，可以从不同角度区分研究方式。现从罗马法著作分类角度考察并将日本罗马法研究方式归结如下：（1）罗马法教科书。罗马法教科书分为原理的教科书和原典的教科书。原理的教科书即归纳罗马法基本原理成为标准的教科书。例如总论式的著作：小野梓的《罗马律要》，穗积陈重的《罗马法》，春木一郎的《罗马法》，船田享二的《罗马法入门》，原田庆吉的《罗马法纲要》、《罗马法》、《罗马法原理》，户水宽人的《罗马法》，冈本芳二郎的《罗马法讲义》，柴田光藏的《罗马刑事法概说》和《罗马法的基础知识》，等等；分编式的著作：船田享二的《罗马法》第1—5卷（第1卷公法、法源；第2卷私法第1分册总论、物权；第3卷私法第2分册债权；第4卷私法第3分册家族、继承、民事诉讼；第5卷附录，包括年表、资料集、事项、人名索引、引用法文索引），户广仓的《罗马法讲义：总则及物权》、《罗马法讲义：债权、婚姻、继承》，Kligenberg·Georg著，泷泽荣治译的《罗马物权法讲义》和《罗马债权法讲义》，等等；原典式的著作：春木一郎的《盖尤斯罗马私法讲义案》，原田庆吉的《法学撮要希腊语义解》第1—4卷，佐藤笃士的《盖尤斯法学提要》，矢田一男的《优士丁尼帝法学撮要》，末松谦澄译《盖尤斯罗马法解说》、《优士丁尼帝钦定罗马法学提要（3册）》和《乌尔比安罗马法范》，江南义之的《学说汇纂的日语翻译》1—2卷，安西文夫译《梅因：古代法》，小桥一郎译《萨维尼：现代罗马法体系》第1—8卷，等等。（2）译文类的著作：Jhering, Rudolf von著，原田庆吉译的《罗马法的精神第1卷》；Gibbon·Edward著，户广仓译的《罗马法的理念》；Schulz·Fritz著，真田芳宪、森光译的《罗马法的原理》；Watson·Alan著，泷泽荣治译的《罗马法与比较法》；Manthe·Ulrich著，田中实、泷泽荣治译《罗马法的历史》；Kaser·Max著，柴田光藏译的《罗马私法概说》；Stein·Peter著，屋敷二郎、関良德、薛本幸二译的《罗马法与欧洲法》；Kaser·Max著，柴田光藏译的《罗马私法概说》；Sherwin-White·A. N.著，保坂高殿译的《新约圣经与罗马法·罗马社会》；Schulz·Friz著，埴浩译的《古典罗马私法要说》；Vinogradoff·Paul著，矢田一男译的《中

世纪欧洲的罗马法》；Zimmermam·Reinhard 著，佐佐木有司译的《罗马法·现代法·欧洲法》；Sohm·Rudoff 著，久保正幡、世良晃志郎译的《法兰克法与罗马法：德国法史序论》；等等。（3）论著类著作：石田雅男著的《罗马法与日耳曼法：不法行为法》、石本雅男著的《无过失损害赔偿原因论》第1—4卷、^①入江俊郎著的《Ius praetorium 研究：罗马私法进化论》、平野义太郎著的《民法上的罗马思想与日耳曼思想》、中村英郎著的《民事诉讼中的罗马法理与日耳曼法理》、片冈辉夫著的《古代罗马法研究与历史诸科学》、原田俊彦著的《罗马共和政治初期立法史论》、谷口贵都著的《罗马所有权转让法研究》、吉野悟著的《罗马所有权法史论》和《罗马法及其社会》、西村隆誉志著的《罗马损害赔偿法理论史》、柴田光藏著的《罗马裁判制度研究》、恒藤恭著的《罗马法上的习惯法的历史与理论》、户广仓著的《罗马法的世界史的使命》、林智良著的《共和国末期的罗马法律学家与社会》、江南义之著的《罗马法·市民法研究》、町田实秀著的《罗马法史概说》，等等。

从日本罗马法著作上看，罗马法研究可以划分为综合研究和问题研究两大类型。属于综合研究的方式包括法史研究和体系研究以及比较（法史）研究，等等；属于问题研究的方式包括分析研究、部门研究和具体研究，等等。罗马法研究方式不同也就意味着罗马法研究的方法论上的差异。不同的方法论研究罗马法就理所当然会产生不同的法学流派。“事易时移，变法亦宜”，罗马法是否是永恒的世界共同法始终是一个法学上的哥德巴赫猜想。但是历史的变迁已经确认罗马法内在的精神却是世界的共同价值。

最后用耶林的命题“罗马曾经三次征服世界”的原汁原味话语作为结尾：“罗马曾经三次征服世界，三次统一诸民族。第一次是在罗马民族仍具有充分活力的充实状态之时，结合国家的统一；第二次是在罗马民族已经没落之后，结合教会的统一；第三次与前面二次相比，具有精神的力量。”^②

^① [日] 石本雅男：《無過失損害賠償責任原因論》，第1卷、第2卷副书名：《ローマ法におけるCulpaevisissimaの比較法学的研究》；第3卷、第4卷副书名：《近代法とCulpaevisissimaの理論》，京都：法律文化社，1983。3-1993。6。

^② [德] Jhering：《Der Geist des römischen Rechts》。Bd1. pl. イェーリング〔著〕；原田慶吉 監修訳：《ローマ法の精神 第1巻》，東京：有斐閣，1950。9。