

5月16日（火）に変更されました

法制史学会第 69 回総会のご案内

法制史学会第 69 回総会を下記の要領で開催いたします。ふるってご参加くださいますよう、ご案内申し上げます。

総会等への参加につきましては、同封の振込用紙に必要事項をご記入のうえ、~~5月9日（火）~~までに振込手続をお済ませください。お振込の確認には若干の日数を要しますので、総会準備の都合上、期限を厳守くださいますようお願い申し上げます。

なお、非会員の方々も、当日会場にて参加費をお支払いいただければ、研究報告に限り自由に傍聴できます。ご関心をお持ちの方々のご来場をお待ち申し上げます。

（1）研究報告

第 1 日：2017 年 6 月 3 日（土）午前 10 時開始（受付は午前 9 時 30 分から）

第 2 日：2017 年 6 月 4 日（日）午前 10 時開始（受付は午前 9 時 30 分から）

会場：京都産業大学壬生キャンパス むすびわざ館 大ホール

参加費：1,500 円

（2）懇親会

日時：2014 年 6 月 3 日（土）午後 6 時開始予定

会場：京都産業大学壬生キャンパス内 つむぎ亭

参加費：6,000 円

（3）見学会

見学会は実施いたしません。

（4）昼食

壬生キャンパスでは、総会当日食堂をご利用いただけません。また同キャンパス周辺にも飲食店はあまりありません。そのため、両日とも弁当（1000 円）のご利用をおすすめいたします。事前にご予約いただいた分のみのご用意となりますので、ご利用の方は同封の振込用紙にてお申し込みください。

（5）宿泊

申し訳ありませんが、準備委員会では宿泊のお世話はいたしておりません。

（6）連絡先 ※なるべく E-mail をご利用ください

〒603-8555 京都市北区上賀茂本山 京都産業大学法学部内

法制史学会第 69 回総会準備委員会（耳野健二）

電話：075-705-1880（耳野健二研究室 大会当日はつながりません）

Fax：075-705-1496（京都産業大学法学部事務室受付 大会当日はつながりません）

E-mail：mimino@cc.kyoto-su.ac.jp（耳野健二アドレス）

会場へのアクセス



JR 丹波口駅 徒歩 4 分 / 阪急大宮駅 徒歩 7 分 / 京福 四條大宮駅 徒歩 7 分

総会プログラム

第1日 6月3日(土)

シンポジウム「ヤマト政権=前方後円墳時代の国制とジェンダー——考古学との協同による比較封建制論の試み」

午前の部 (10:00 - 13:00)

開会の辞、開催校挨拶

企画趣旨説明 水林彪 (早稲田大学)

第1報告 広瀬和雄 (国立歴史民俗博物館・総合研究大学院大学)

第2報告 清家章 (岡山大学)

第3報告 水林彪 (早稲田大学)

午後の部 (14:00 - 17:30)

コメント1 大久保徹也 (徳島文理大学)

コメント2 義江明子 (帝京大学)

コメント3 朧山明 (東洋文庫・元埼玉大学)

コメント4 田口正樹 (北海道大学)

全体討論

18:00～ 懇親会

第2日 6月4日(日)

10:00～11:00 加賀藩非人小屋の生活と規範 ——加賀藩における「非人」の一例——
丸本由美子 (金沢大学)

11:00～12:00 「天皇主権学派」の実像——穂積八東・上杉慎吉を中心として——
坂井大輔 (一橋大学)

12:00～13:00 昼休み

13:00～15:00 総会

15:00～16:00 19世紀ドイツ歴史法学派プフタの法源論と法実務
鈴木康文 (広島修道大学)

16:00～17:00 律疏における不応為条の適用事例
川村康 (関西学院大学)

17:00 閉会

報告要旨

第1日：6月3日（土）

2017年度法制史学会シンポジウム

ヤマト政権=前方後円墳時代の国制とジェンダー ——考古学との協同による比較封建制論の試み——

企画趣旨説明

1 支配とジェンダーの発生の時代としてのヤマト政権=前方後円墳時代

ヤマト政権=前方後円墳時代¹（3世紀中葉～7世紀初頭）は、日本列島のほぼ全域にわたって、(1) 支配（階級的支配、政治的支配）、および、(2) ジェンダー（社会的^{モラル}性）という、今日にいたるまで人類が抱え込みつづけている大問題が形成された時代であった。すなわち、(1) 古代文献史学が用いる意味での在地首長制とこれを基礎とする全列島の規模での支配体系（国制）の形成であり（3世紀中葉）、(2) この支配体系を担う権力者の性の男性化、そして父系化である（5世紀とくにその末期以降）。かかる意味において、この時代は、日本史学や日本法制史学のみならず、わが国の社会科学²全般にとって、格別に重要な意義を有する時代だと言うことができる。

2 ヤマト政権=前方後円墳時代研究のアクチュアリティ

(一) 当該時代の研究は、また、アクチュアルな意義を有する。というのも、戦後日本の「国の形」を決定した日本国憲法の「改正」問題がかなりの現実味を帯びて浮上し、「改正」をめぐる論議において、この国の国制史がどのようなものであったのかが最重要の論点として取り上げられているからである。諸草案の中でも、現在の政治世界において圧倒的力をほこる自由民主党の「日本国憲法改正草案」（2012年）は、この国と国民の命運を実際に決しかねないという意味において、特に重要であり、徹底的な学問的検証が必要である。

自民党「日本国憲法改正案」前文は、「日本国」を「長い歴史と固有の文化を持ち、国民統合の象徴である天皇を戴く国家」と定義し、日本国憲法「改正」の目的は、「良き伝統と我々の国家を末永く子孫に継承するため」であるとする。同草案「Q&A」は、「日本国憲法改正草案」のポイントが「天賦人權説に基づく規定振り」の「全面的見直し」にあることを隠さない。要するに、日本国憲法が西欧近代に誕生した自然法・自然権思想にもとづくものであることを問題視し、改正草案起草者がわが国固有の歴史と文化と考える天皇制中心の国家に立ち返る必要を説くのである。しかし、「日本国」

¹ 3世紀中葉から7世紀初頭にかけての約350年間、現在の奈良県・大阪府一带（旧国名で表現すれば、大和・河内）に存在した中央政権により、列島のほぼ全域にわたって地方支配が行なわれたが、この国制は、今日、前方後円墳とよびならわされている独特の墳墓によって可視的に表現されたことに注目し、ここでは、この時代を「ヤマト政権=前方後円墳時代」と表現する。大和・河内の旧国名称によって指示される地域を「ヤマト」の名で表現することは、必ずしも適切ではないが、慣例にしたがった。この時代の中央政権は、今日、大和川水系とよばれる河川群が流れる地域に成立していたので、「ヤマト政権」よりも「ヤマト川水系政権」が実態に即しているように思われる。

² ここでの「社会科学」は「自然科学」との対における「人間社会を対象とする学」の意味であり、「人文学」を含む。

の「長い歴史と固有の文化」は、はたして、「天皇を戴く国家」だったのか。

そもそも、儀制令において「天皇」号を正式な王号の一つと定めた8世紀の律令国家は、文字をはじめとする文化の総体を中国から継受することによって成立したものであり、その意味で「固有の文化」ではなかった（「天皇」号は、中国道教における北極の神格化としての「天皇大帝」、唐の高宗が「天皇」と自称したこと、などに由来する可能性が高い）。王号にはこだわらず、視野を広げて「王」と概念化する存在に着目しても、列島のほぼ全域を支配するにいたった王権は、3世紀中葉を遡ることはない。列島のほぼ全域を支配する政権の成立が3世紀中葉のことだったからである。それ以前の、優に1万年をこえる弥生・縄文の時代—文字通りの「長い歴史」—は、王政とは無縁であった。

3世紀中葉以前の何万年もの歴史は非王権的秩序であり、8世紀初頭に成立する律令国家は、「天皇を戴く国家」であることは確実であるが、この間に位置するヤマト政権=前方後円墳時代の国制はどのような性質のものであったのか。律令天皇制の根幹をなすものは中国舶載の諸制度であるが、ヤマト政権=前方後円墳時代の国制は、前方後円墳が列島の産物であることが端的に示すように、その全体少なくともその根幹部分は、列島固有のものであった。そのようなヤマト政権=前方後円墳時代の国制はいかなる性質のものであったのか。このシンポジウムの目的の一つは、まさしく、この問題の究明にほかならない。

(二) ジェンダー問題のアクチュアリティも国制論に劣らない。日本国憲法は、戦前の「家」制度を否定するために、「すべて国民は、個人として尊重される」（13条）、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立し、夫婦が同等の権利を有することを基本として、相互の協力により、維持されなければならない」（24条1項）と規定しているが、自民党改正草案は、13条を「全て国民は、人として尊重される」と書き換え（「個人」から「人」へ）、24条1項については、これを2項に繰り下げた上で、「婚姻は、両性の合意に基づいて成立し…」と修正し（「のみ」の削除）、1項として、「家族は、社会の自然かつ基礎的な単位として、尊重される。家族は、互いに助け合わなければならない」という規定を新設しようとする。自民党は、社会の基礎的単位を「個人」ではなく（個人主義の否定）「家族」に求め、国制全体を、家族を基礎単位とする団体主義秩序として再構築しようとしている。家族主義およびこれを基礎とする団体主義秩序は、形式上は男女平等ではあっても、事実上は、男性優位・女性劣位の構造を再生産し続けるであろう。自民党は、法制審議会や野党が立案した選択的な夫婦別姓案さえも葬り続けてきたが、その背景には、以上のようなイデオロギーが控えている。しかし、そのような家族主義は、はたして、「長い歴史」をもつ「固有の文化」なのであろうか。この問題についても、厳密な学問的検証が必要である。本シンポジウムでは、この問題に、古墳時代は、ジェンダーという観点からみて、どのような時代であったのか、という観点から切り込むことになる。

3 西欧中世との比較

(一) 日本国憲法と自民党「日本国憲法改正草案」の対立は立憲主義³と反立憲主義の対立であるが、このように問題を捉え返したとき、ヤマト政権=前方後円墳時代はきわめて重要な時代として立ち現れる。すなわち、ほぼ全列島の規模において、中央政権と地方在地勢力との統一的な政治的關係がはじめて形成された時代として。そして、ここに、西欧との比較国制史的関心が生まれてくる。西

³ 「立憲主義」概念を、ここでは次のように定義しておく。「政治社会の形成にあたり、これに組み込まれることになる各社会成員の権利ないし自由を最大限に保障することを最も重要な目的として設定し、この目的の実現に資するような仕方で権力秩序（国制）を編成しようとする法原理」。

欧において近代立憲主義が誕生しえたことの歴史的 premise は、中世的立憲主義とも表現される、西欧的な中世の法と国制にほかならないが、それは、中央政権と地方在地勢力との関係の一つのあり方を提示するものであった。そのような西欧中世立憲主義との対比において、この国のヤマト政権=前方後円墳時代の国制はいかなる特質を有していたのか。前方後円墳の威容から、強大な王権が存在していたように見えるが、近年の考古学研究は、そのような見方を否定しつつあるように思われる。後年、ヤマト政権は、列島の政治社会を強力なものとするためには、中国から律令や官僚制システムなどを導入して、自らを律令国家へと転換させねばならなかったという事実も、古墳時代の国制の質を考える上で、重要な論点となろう。

(二) 西欧中世社会との比較法史的考察は、ジェンダーについても求められよう。ヤマト政権=前方後円墳時代の女性首長・女帝論を世界史的視野において考えようとするとき、想記されることの一つは、かつてマルク・ブロックが、名著『封建社会』において指摘したジャンヌ・ダルクに関するエピソードである。彼女は裁判官の前で、「私は時にはジャンヌ・ダルク、また時にはジャンヌ・ロメと呼ばれています」と陳述した。ブロックは、これについて、「この娘は歴史では最初の名前でしか知られていないが、しかし、彼女の生地の慣習では、娘たちには母の姓を付ける傾向があった」と解説している（堀米庸三監訳『封建社会』岩波書店、1995年、177-178頁）。西欧中世社会は、母系原理がなお生き続ける双系制社会であったということであろう。

総じて、ヤマト政権=前方後円墳時代は、国制の面でも、ジェンダーの面でも、西洋中世社会との比較的考察を通じて、一層豊かに認識されるであろう。

4 中国・朝鮮も視野におさめて

列島社会を国際的視野で観察しようとするとき、西欧だけが問題になるわけではない。列島の原始・古代史は、常に中国や朝鮮からの影響のもとに展開してきたのであるから、ごく自然に、東アジア世界が視界に入ってくることになる。ヤマト政権=前方後円墳時代の国制とジェンダーの歴史の国際的契機の探求である。

中国・朝鮮は、しかし、以上の同時代的パースペクティブとは異なる、歴史的パースペクティブにおいても問題になる。それは、次のようなことである。滋賀秀三氏は、かつて、中国の国制史を「最も大局的に見る」場合の時代区分に関して、〈封建制（上代、春秋末・戦国初まで）-郡県制（帝政時代、戦国以降とくに秦漢帝国から清末まで）-近代（清滅亡以後）〉の3段階論を提示された（『中国家族法の原理』創文社、1967年）。「封建制」とは「邑を単位とした基盤とする族制的な自立勢力の間の幾段階もの統合関係によって形成される秩序」、「郡県制」とは「官僚制的領域国家」の謂である。歴史を春秋よりも前に遡ると、「自立勢力の間の幾段階もの統合関係」ではなく、「自立勢力の水平的な結合関係の割拠」の時代があったようであるから（宮崎市定『中国史』上、岩波全書、1977年）、これをかりに「前封建制」と命名するならば、中国国制史は、〈前封建制-封建制-郡県制-近代〉の4段階となる。いま、これを国制史の普遍史的段階論の理念型とうけとめて列島の国制史に適用するならば、当面問題のヤマト政権=前方後円墳時代は列島における封建制の最初の階梯ということになる。そして、ここに、日中の比較封建制論という課題が浮上するのである。

先に、西欧の中世と日本のヤマト政権=前方後円墳時代との比較の課題について言及したが、これも、「族制的な自立勢力の間の幾段階もの統合関係」としての封建制の比較論であるから、ここに、日中に西欧を加えて、日本・中国・西欧の比較封建制論という課題が提起されることになる。

⁴ この比較封建制論は、かつて、大塚史学などの比較経済史的関心から行われた比較封建制論とは甚だしく異なり、一見すると、言葉だけが同じで、内容は全く無関係な比較封建制論のように見えようが、真実はそうではない。この点については、水林彪「歴史学的概念としての〈封建制〉と〈郡県制〉-「封建」「郡県」概念の普遍化の試み」（同『国制と法の

5 考古学に学ぶ

一般に、事の重要さに比例して、研究は困難の度をますものであるが、古墳時代の研究の場合には、そのことに加えて、他の時代には存在しない、特別に大きな困難が待ち受けている。「無文字時代」⁵という困難である⁶。法史学研究は、掘り所とする史料を、主として文献に求めてきた。法は現代においてさえ必ずしも成文法につきるわけではなく、時代を遡れば遡るほど非成文法が比重をましてくるが、にもかかわらず、法史学研究の対象は伝統的に主として成文法であり、非成文法を対象とする場合も、その認識手段は、ほとんどの場合、文献であった。しかるに、ヤマト政権=前方後円墳時代の前期（3世紀中葉～4世紀末）および中期（4世紀末～5世紀末）は無文字時代であるから、この時代を対象とする法史学は、以上のような方法だけではほとんど歯がたたない。この時代の人々の社会関係を表現する第一次史料は、当時の人々が生みだし、そして、現在にまで伝わる「考古資料」であるから、法史学はこれを史料として、これを生み出した社会について考察することを課題とする考古学に眼を向けねばならない。考古学が発掘してきた「考古資料」は文字通り膨大であり、それらを史料として当時の社会を「復元」する考古学の成果は、近年、とみに豊かになってきたように見受けられる。そのような考古学に、法史学は真摯に学ぶ必要があるのである。

6 文献史の限界と文献批判の課題

無文字時代の法史学・国制史学は、考古学を基礎としなければ存立しえないのであるが、しかし、実際には、そのような試みはこれまで少なくとも十分ではなく、反対に、文字史料に依存することを基本としてきたと言うことができる。その文字史料とは、(1) 中国人が列島社会について記述した文献、および、(2) 『日本書紀』および『古事記』などである。しかし、前者(1)は、同時代史料ではあるものの、当時の中国人の「眼」を通しての列島社会記述であるという意味において、後者(2)は、ヤマト政権=前方後円墳時代とは異質な律令国家の時代の人々の「眼」を通しての記述であるという意味において、第二次史料にすぎない。特に後者は、律令国家を正当化するために、それに至る歴史を意図的に再構成した「作品」であるから、真実の歴史との懸隔が甚だしい可能性のあることを常に念頭におかねばならない性質のものである。

以上のことから、記紀、および、これらを史料として組み立てられてきた無文字時代の法史・国制史像を、考古学を基礎とする法史学・国制史学によって、厳しく検証するという課題が生まれる。記紀などの古代文献史料のテキストクリティークは古くから文献史学によって試みられてきたものであり、大きな成果をあげてきたが、近年の考古学研究を基礎とするそれは、それを新しいステージに押し上げる可能性を有しているように思われる。

7 シンポジウムの構成

以上のように考えてくるならば、「ヤマト政権=前方後円墳時代の国制とジェンダー—法史学と考古学の対話」と題する研究領域は、きわめて広大であることが知られる。したがって一本シンポジウ

歴史理論-比較文明史の歴史像』2010年、創文社。初出は2006年）を参照されたい。

⁵ 列島に居住する人々が漢字に接したのは弥生時代に遡るが、列島居住人自らが、自らの社会関係を文字（漢字）で表現するようになったのは、稲荷山古墳出土鉄剣銘文（471年と推定されている）成立の頃、すなわち5世紀末（古墳時代後期開始期）と考えられる。古墳時代前期および中期までは、以上のような意味で、無文字時代であった。

⁶ 古墳時代の比較国制史的研究の対象として、先に、西欧中世および中国上代に言及したが、これらはもはや無文字時代ではなかった。比較の対象としたい中国と西欧の封建社会が無文字社会ではないのに対して、列島の封建制の開始期はなお無文字社会であったことのうちに、列島の歴史の特徴の一つが認められる。

ムは、丸一日を戴くことが出来たとはいえず、その全体を論ずることはできない。今回の法史学と考古学の対話の最初の試みは、いくつかの重要なテーマを重点的に取り上げることで、満足しなければならない。

本シンポジウムは、次のように構成される（報告題名はすべて仮題）。

シンポジウム企画趣旨説明（水林彪）

I 報告

- 1 広瀬和雄「前方後円墳国家論」
- 2 清家章「古代女性首長・女帝論」
- 3 水林彪「考古学研究の国制史学的読解と記紀・文献史批判」

II コメント

- 1 大久保徹也「総括的コメント」
- 2 義江明子「日本古代史・女性史からのコメント」
- 3 靱山明「中国古代史からのコメント」
- 4 田口正樹「西洋法制史からのコメント」

水林彪（日本法制史・比較法社会史、早稲田大学法学学術院特任教授）

広瀬和雄（日本考古学、国立歴史民俗博物館名誉教授・総合研究大学院大学名誉教授）

清家章（日本考古学、岡山大学大学院社会文化科学研究科教授）

大久保徹也（日本考古学、徳島文理大学文学部教授）

義江明子（日本古代史・女性史、帝京大学名誉教授）

靱山明（中国古代史、東洋文庫専任研究員・元埼玉大学教養学部教授）

田口正樹（ドイツ法制史、北海道大学大学院法学研究科教授）

第1報告。広瀬和雄氏ご自身の発掘調査を含めて、膨大に蓄積されてきた遺跡発掘調査をふまえて、「前方後円墳国家」（文献史家がヤマト王権とよんできた体制）の全体像を提示していただくとともに、これまでの考古学および文献史学に対する批判を展開していただく。

第2報告。清家章氏ご自身が発展させつつある性をめぐる考古学研究（弥生墳丘墓や古墳に埋葬された人骨や副葬品などの考察を通じて、原始・古代の親族構造や女性の社会的地位を解明する考古学）をふまえて、弥生・古墳時代の女性首長および女帝について論じていただく。

第3報告。広瀬氏・清家氏による考古学の立場からの研究報告に、水林彪が法制史・国制史学の立場から応答する。広瀬・清家両氏の考古学研究を、法史学・国制史学の立場から読み解き、国制史論として再構成すること、そのことをふまえての、記紀のテキストクリティークを試みる。

以上の3つの報告に対して、大久保徹也氏、義江明子氏、靱山明氏、田口正樹氏から、それぞれのご専門の立場から、コメントをいただく。（文責 水林彪）

第2日：6月4日（日）

自由報告

加賀藩非人小屋の生活と規範 ——加賀藩における「非人」の一例——

丸本由美子（金沢大学）

「非人小屋」、「施行小屋」、「御救小屋」、「御小屋」。江戸時代に各地で設置・運用された、困窮者や浮浪者を収容するための施設の名称は多様であり、その内実もまた多様である。中には、収容した者への授産を旨とする江戸の人足寄場のような施設もあれば、食い詰めて気力・体力を萎えさせた困窮者が餓死体や病死体になる前に集約し、効率的に処理することを意図したかと思われ、収容者の死亡率が高い盛岡藩が宝暦の飢饉に際して設けた施行小屋のような例もある。

今回、当報告が焦点を当てる加賀藩の非人小屋の性質は、どちらかといえば前者に近い。飢饉年であるか否かを問わず継続的に維持された施設で、独立して生活を営めず、面倒を見る身寄りもない困窮者を収容し、必要な医療や生活物資を支給する。入所者の健康状態を改善し、その程度に応じた労働を行わせつつ、小屋を出て自立した生活を再建させることが目的である。

非人小屋や、それが代表する、江戸時代に加賀藩が作り上げた困窮者扶助のシステムは、『金沢市史』や『石川県史』などの自治体史にも紹介されており、また、田中喜男、若林喜三郎、高澤裕一らを筆頭に、60年代から70年代にかけて研究が蓄積されてきた。それによって、非人小屋の設立やその後の変遷、そして明治の閉所に至るまでの一通りの経緯は描き出されている。

しかし、それらの中に、非人小屋入居者の生活や、運営の実態に関するまとまった言及は多くない。「入所者に衣食住と医療を提供した」と表現する、その実態はどのようなものなのか。非人小屋にはどのような設備があり、どんな衣類を支給され、どんな食事を食べていたのか。小屋は、先端に金沢城を擁する台地の一角、城下の南側を流れる犀川を見下ろす斜面に長細い平屋を新設したのが濫觴だが、その維持や、入所者への支給品を調達するための資金はどの程度必要で、その財源は何だったのか。小屋は藩が運営・維持したが、実際に現場で入所者と接する担当はどのような立場の者で、彼らが準拠する基準はどのようなものだったのか。本報告では、小屋の運営に関わる藩吏が作成した先例集や、各地の十村らへの達や彼らからの上申書類、書式集等の書類を素材に、加賀藩非人小屋での入所者の生活と運営の立体視を試みる。

「天皇主権学派」の実像——穂積八束・上杉慎吉を中心として——

坂井大輔（一橋大学）

昨年8月に公表された「象徴としてのお務めについての天皇陛下のおことば」を発端として、現在、天皇の在り方を巡る議論は俄に活況を呈している。その中で、明治以降に展開されたいわゆる「国体」に関する言説が注目を浴びていることは、周知の通りである。これらは、大日本帝国憲法の制定とその解釈学の確立に伴って法の世界と関わりを持つようになり、美濃部・上杉論争や天皇機関説事件などの原因ともなった。

法学史においては、「天皇主権学派」と言われる穂積八束・上杉慎吉が君主専制の解釈論を提唱したのに対して、美濃部達吉らの「立憲学派」が自由主義的な解釈論を提起し、学問的に勝利を収めた、という見方が常識化しているといつて良いであろう。そのため、今日に至るまで、「主権学派」に属する法学者たちに関する研究は、「立憲学派」のそれとの比較においては、少数に留まっている。しかし、近代日本における天皇の在り方を解明するためには、積極的に天皇権力の基礎付けを論じようとした「主権学派」の理論に対する分析を行なうことが必要であり、本報告はそのような分析を試みるものである。

本報告では、「主権学派」に属する穂積八束・上杉慎吉の議論の構造を、憲法学のみならずその著述活動全体を対象として再構成することを試みる。天皇が最高権力者であることをいかに弁証しようとしたのか、そのもとでいかなる法体系を構想したのか、さらに、その枠組を維持するためにどのような活動に従事したのか、という多角的な視野から彼らを観察し、比較することで、単に「専制的」とだけ評することのできない彼らの議論の特徴が浮かび上がると共に、両者の差異も認識されるであろう。また、これによって、美濃部との論争の結果が何をもたらしたのか、についても、明確になるとと思われる。

加えて、上杉慎吉が東京帝国大学に弟子を残せなかったことから 2 代で断絶したかのように見える「主権学派」が、上記論争にも拘わらず学界において命脈を保ち、戦後まで存続していたことを確認しておきたい。たとえば、穂積八束のもとで学んだ公法学者のひとりである清水澄は、学習院教授、東宮御学問所御用掛などを歴任し、戦後においては憲法改正時において枢密院議長を務めた人物であるが、八束から受け継いだ憲法学説を大きく改めることはなかった。美濃部の機関説が勝利したと言われる中でも、清水のような法学者も十分にその活躍の場を与えられていたのである。このような視点から、「主権学派」の広がりについて考察してみたい。

19 世紀ドイツ歴史法学派プフタの法源論と法実務

鈴木康文（広島修道大学）

歴史法学派の法源論は、国家制定法との関係で取り上げられることが通例であった。周知の「法典論争」は、国家制定法をめぐるティボーとサヴィニーの論争である。しかし同派の法源論は、国家制定法だけでなく、法実務との関わりでも読まれるべきものである。

歴史法学派と法実務との関わりという視点が本格的に提示されたのは、おそらく、2004 年に刊行されたハンス・ペーター・ハーファー・カンフ『ゲオルグ・フリードリヒ・プフタと「概念法学」 *Georg Friedrich Puchta und Begriffsjurisprudenz*』においてであろう。書簡などの史料分析を通じて同書で明らかにされたことは、歴史法学派のプフタが、並々ならぬ熱意をもって法実務の改革を志向し、独自の法源論（とりわけ彼の『慣習法論 *Das Gewohnheitsrecht*』1828 年、1837 年）を構築していったことである。

本報告では、このハーファー・カンフの研究などを参照しながら、プフタの法源論を法実務との関わりから再度確認する作業を行ってみたい。法実務における法源といえば、判例（裁判慣行 *Gerichtsgebrauch*）である。したがって、プフタの法源論において裁判慣行がどのように扱われていたのか、を明らかにすることが、ここでの課題となる。

報告は次の通りに進める。(1) まず、裁判慣行とは何であるか、そしてまた、この法源をめぐるどのような問題が提起されていたか、を確認する。(2) 次に、プフタの法源論を考察するための比較材

料も提示しておきたい。ひとつはティボーの『パンデクテン法体系 *System des Pandektenrechts*』（初版 1803 年）である。もうひとつは当時のいくつかのラント（ヘッセン、バイエルン、プロイセン）における法政策である。これらの比較対象は、プフタにとっては、いわば対抗勢力として存在したと思われるからである。(3) そして、その上で、プフタの『慣習法論』を扱っていきこう。そこで彼が、裁判官（とその活動）や裁判慣行についてどのように述べていたのか、ティボーの見解やラントの動向をどう評価していたのか、を確認する。以上のように、報告の力点はプフタの法源論に置かれるが、より広い視野で見れば、近代においてプフタの法源論がいかなる意味を持ったか、ということも考えてみたいと思う。

律疏における不応為条の適用事例

川村 康（関西学院大学）

前近代中国の律における不応為条は、主としていわゆる罪刑法定主義の存否と関係づけて論じられてきた。滋賀秀三氏が「構成要件を特定せずあらゆる軽犯罪を包括的にとらえる一条」と定義づけたように、それは律条によって構成要件が特定されていない行為を個別具体的に処罰してゆくための欠缺補充条項として抽象的に理解され、罪刑法定主義の存否との関係もそのような理解を前提としてきた。

しかしながら、不応為条の存在意義は、それがどのような場面において、どのような行為に対して適用されたていたのかを実証したうえで検討されるべきである。このような認識のもとになされた研究は、清代の刑案や判語にあらわれた不応為条適用事案を分析対象とする中村茂夫氏の成果が、今なお唯一のものであり続けている。中村氏は清代の不応為条適用事案を「当該行為を懲らしめ、叱り置くという意味合いを強く持った」懲戒叱責型のものと「何程か近似した犯罪構成要件や罰条と比較衡量の上で」なされた比較衡量型のものに大別し、それをもとに罪刑法定主義との関係を論じたのである。けれども、中村氏の手法を他の時代に敷衍した論考はいまだに公表されていない。唐の律疏に存在する多数の不応為条適用事例も、仁井田陞氏や戴炎輝氏がその一部を概括的に紹介しているにすぎない。

このような研究の現状を踏まえて、本報告は律疏における不応為条の適用事例を分析する。その結果として、懲戒叱責型の事例は少数であり、比較衡量型の実例が多数を占めることが明確になるであろう。後者には単純な欠缺補充にとどまらず、きわめて周到に刑等差の設定をはかる事例も存在し、さらには律条が予定していない不応為からの減等を示す疏文も指摘できるであろう。なお本報告はあくまで基礎的作業にとどまるものであり、不応為条といわゆる罪刑法定主義との関係への論及をめざすものではない。

〔主要参考文献〕

滋賀秀三訳註「名例」『訳註日本律令 5：唐律疏議訳註篇 1』東京堂出版、1979

戴炎輝『唐律通論』国立編訳館・正中書局、1964

中村茂夫「不応為考：「罪刑法定主義」の存否をも巡って」『金沢法学』26 卷 1 号、1983

仁井田陞「宋代以後における刑法上の基本問題：法の類推解釈と遯及処罰」『中国法制史研究：刑法』東京大学出版会、1959（補訂版、1980）