
種 別： 講演

タイトル： マルティン・アヴェナリウス 自然法・現に生きている法・主張された法意識——学説纂纂 50 卷 17 章第 1 法文（パウルス『ブラウティウス註解』第 16 卷）の釈義と影響史に関する覚書

著 者： 訳 福田 誠治

所 収： 『上智法学論集』第 59 卷 4 号（平成 9 年 6 月）299-316 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

講 演

マルティン・アヴェナリウス*

自然法・現に生きている法・主張された法意識

——学説彙纂 50 卷 17 章第 1 法文(パウルス『プラウ
ティウス註解』第 16 卷)の釈義と影響史に関する覚書

訳 福田 誠治

I 序

ここで釈義の対象にするのは、古典後期の法学者ユリウス・パウルスによる非常に有名な法文である⁽¹⁾。前半では、まずこの法源が元々もっていた意味を少しみたいうえで、法文に関する影響作用史の一断面を若干検討する。後半における法史上の問題関心は、古代法ではなく、人々が法文から得た諸々の示唆に焦点を合わせる。そこでは、理解のありようが如何に様々であるかを考察することにも重大な興味がある。

法文は次のように伝承されている。

学説彙纂 50 卷 17 章第 1 法文パウルス「プラウティウス註解第 16 卷」

* マルティン・アヴェナリウス教授（ケルン大学）は法制史学会秋季シンポジウムで報告するために来日し、そのさい本学ローマ法研究会で講演を行った。本稿は、その講演原稿を翻訳したものである。

(1) ここでの準則の問題性を論じた文献のうち、まずは M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen 1962, S. 60 ff. および次掲の *Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt* (1966) に関するカーザーの書評 *ZRGRA* 84 (1967), S. 608-611 (609, Fn. 1)、ならびに、H. Hausmaninger, *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest - eine Regel der veteres in der Diskussion der Klassiker*, in: *Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt*, hrsg. von E. Seidl, Berlin 1966, S. 399-412 (407 ff.); P. Stein, *Regulae iuris*, Edinburgh 1966; B. Schmidlin, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Wien, Köln 1970 を参照。

【準則とは、現に存在する対象を簡潔に描写したものである。】準則から法が導出されるのではなく、現に存在する法から準則が形成される。【だから、準則によって、諸対象の簡潔な描写が与えられる。】さらにサビヌスが言うように、準則は争点の要約のようなものであり、何らかの瑕疵があれば機能しない。

括弧書きの部分2カ所は、明らかに、いわゆる註釈 *glossema* であり、パウルス文に付けた後古典期の付記である。明らかに、その2カ所はテキストの欄外註記として書かれたものであり、——これはよく起きたことなのだが——後に訂正のための追記だと誤解され、さらにその後の写本にさいしてテキストに紛れ込んだ。その2カ所がパウルス文への付記であることが分かったのは、とっくの昔に克服された法文修正研究などによるものではなく⁽²⁾、現代の丁寧な研究によるものである。註釈だとみることについて、もっとも重要な論拠はこうである。第1に、奇妙なことに2つの文は同じことを述べており、叙述を繰り返したことに何か特段の理由があるわけではない⁽³⁾。第2に、双方の文は、レトリックに由来する概念の描写 *narratio* にあたるものであり、描写はできる限り簡潔でなければならない(クインティリアヌス『弁論術入門』4,12, 128: 描写は簡潔でなければならない。 *narratio brevis esse debet.*)。その概念が法学者〔パウルス自身の手で〕利用されていたというのであれば、ある読者がレトリックに興味をもってパウルス文に註釈を施したという推測が考えられるところであり、その読者にとっては、特に法分野からレトリックへと随分前に移行した「事案摘示」 *causae coniectio* という概念を想起したことが註釈のきっかけになったのかもしれない⁽⁴⁾。第3に、2つの文を他のテキストに繋

-
- (2) 特徴的なことに、1935年の *Index Interpolationum* 印刷版には、法文修正の疑いが1つも挙がっていない。 *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. Editionem a Ludovico Mitteis inchoatam ab aliis viris doctis perfectam curaverunt Ernestus Levy, Ernestus Rabel, Bd. 3, Weimar 1935, Sp. 591* を参照。補足であることが分かったのは、ようやくテキスト批判研究の段階に入ってからであり、そこでは、法源テキストに対してユ帝期よりも前に干渉があったことを認めるかどうかについて予断をもっていなかった。
- (3) この点は、F. Pringsheim, Beryt und Bologna, in: *Festschrift für Otto Lenel, Leipzig 1921, S. 204-285 (247, Fn. 2)* (= ders., *Gesammelte Abhandlungen, Bd. 1, Heidelberg 1961, S. 391-449 [421, Fn. 224]*) がすでに指摘している。
- (4) まとまったものとして、O. Behrends, *Die Causae coniectio der Zwölf Tafeln und die Tatbestandsdisposition der Gerichtsrhetorik*, in: *ZRGRA 92 (1975), S. 162-185 (176 ff.)*.

げると、筋の通った思考過程を示したものとはならず、むしろ、もとの論証の筋道を事後的な挿入部分が切断したのは明らかである⁽⁵⁾。

テキストの叙述として残るのはこうである。「準則から法が推論されるのではなく、現に存在する法から準則が形成される。(…)さらにサピヌスが言うように、準則は争点の要約のようなものであり、何らかの瑕疵があれば機能しない。」

II 2つの法源論の鑑

パウルスはマルクス・アウレリウスの死(180年)後に出した⁽⁶⁾ブラウティウス註解において、法準則の正しい理解に関する論争につき自分の態度を示した。そのテキストは〔現代ローマ法学の〕文献において頻繁に取り上げられてきた⁽⁷⁾。これは繰り返し推測されたことなのだが、テキストでは、具体的紛争に近づいて考えるローマの法学者が硬直した理論的命題に対して抱く一般的な嫌悪感が示されている⁽⁸⁾。ローマの法準則に関して最新の包括的なモノグラフィイーをまとめたブルーノ・シュミドリンがいうところによれば、パウルスは、カズイスティークの総括として「現に存在する法 *ius quod est, bestehendes Recht*」を直視することへの賛意を示している⁽⁹⁾。

近時の諸研究を基礎にして、ここでは次のことを示したい。それは、パウルス文が準則に関する2つの異なる理念を俎上にのせており、だからパウルスが否定した理念も別の法学者によって支持されていたということである。2つの理念は準則と法の間にある関係を扱ったものであり、また「法が準則に依拠するか、それとも準則が法に依拠するか」という問題に関係する。

(5) Schmidlin, Rechtsregeln (oben Fn. 1), S. 7 ff.

(6) H. Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Bearb., Halle 1908, S. 90 mit Nachweisen.

(7) 注(1)にあげた文献を参照。また、以下で述べることにに関してまとめたものとして、M. Avenarius, Ein „Allgemeiner Teil“ der Digesten? Strukturmerkmale eines neuzeitlichen Konzepts in der Stoffdisposition der Kompilatoren Justinians, in: Ch. Baldus/ W. Dajczak (Hrsg.), *Der Allgemeine Teil des Privatrechts. Erfahrungen und Perspektiven zwischen Deutschland, Polen und den lusitanischen Rechten*, Frankfurt am Main u.a. 2013, S. 69-94 (84-86 mit Nachweisen) 参照。

(8) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Bd. 1, 2. Aufl., München 1971, S. 182.

(9) Schmidlin, *Rechtsregeln* (oben Fn. 1), S. 120 ff. mit S. 24 ff.

1 古典期を代表する理解：人間が作り、整然とまとめられた法

パウルスはまず、準則に関する、ある理解を批判する。その批判対象となった理解によれば、準則は自立した規範内容を自由に形成することができ、法はその都度、準則から導出される。こういった準則の理解は、その都度、法を演繹するという考え方と同じで、古典期に特有の法源論を前提とする⁽¹⁰⁾。その

- (10) 用語の意味を明確にすると、ここで「古典的」という表現はある時期を指す (a.) と同時に、「古典的」と「前古典的」を対置しつつ法思想に関する特定の伝統を示す (b.) ために用いている。

(a.) ギュスタフ・フーコー Gustav Hugo [1764-1844] にならって、紀元後における最初のおおよそ 250 年間を含む期間を示すものとして「古典期」という表現が一般に用いられる。新人文主義法学者であるフーコーは、この時期の法学者による知的業績に関する好意的な評価を示そうとして、租税負担階級というアウルス・ゲッリウス Aulus Gellius [2 世紀] の隠喩 (*Noctes Atticae* 19, 8, 15) を使って「古典的 *klassisch*」と表現した。「[軍団編成や選挙などで] 第 1 に選ばれ、農地をもって安住しており、無産者ではないある著述家 *classicus adsiduusque aliquis scriptor, non proletarius*」、すなわち「第 1 階級」(原義は、第 1 租税負担階級に属するもの) であり、「子どもしか残さないものたちの階級」(租税負担がない) でないような著述家 [という表現について]、語法として適切さを考えてその意味を理解するよう、2 世紀に生きた著者は助言している。それからすると、本文でも、「前古典的」、「古典期盛期」、「古典期後期」、「後古典期」という表現は一定の期間を示すだけで、そこでは特に何かの評価を伴っているわけではない。

(b.) それとは区別すべきこととして、特定の伝統的な [2 つの] 法思想を示すために「前古典的」、「古典的」という表現を用いることがある。その法思想は、本稿で依拠するオッコー・ペーレンツ説において概念上区別されたものである。そこで「前古典的」とは、共和政期の先人たち *veteres* によるより古い法学を指し、これは、ストア哲学の影響を受けて法を主に自然法上の諸原理へと還元した。それに対し、後に Servius Sulpicius Rufus [前 106 年頃—前 43 年] が提唱した「古典期」に特有の思想はアカデメイア派懷疑主義の影響を受けて、人間が創造し、整然とまとめられた諸々の法制度——法学 (*ars iuris*) の枠内で改訂され、適用されるもの——を総括したのが法だと捉える (Cicero, *Brutus* 41,152)。名称選択にさいして出発点となるのは、ゲッリウスが「古典的」という表現で考えていたのが、断然に最高の著述家というのではなく、——整然としているために——特に代表的な著述家だったという理解である。2 つの理念は元首政期に影響を及ぼし続けた。両者を区別することで、古典期における 2 つの学派の対立をそれぞれ特有の理論基盤に還元することが可能になる。すなわち、法理論に関わる幾多の論争の淵源は、古典期においてほぼ同時にサピヌス派のなかで前古典的な自然法思想が流行する一方で、プロクルス派では古典期に特有の法学が隆盛し、2 世紀初頭 (ユリアヌスとケルススの影響で) に 2 学派の思考傾向が接近するまでそれが続いたことにある。これにつ

法源論が出発点とするのは、過去において、人間によって人間のために法が作り出され、かつ現在もなお不断に作り出されているという発想である。そこでは、人間が導入する (*instituere*) ものだけが法制度 (*institutio*) である。そのように理解された準則は自立的に妥当する。また、法制度を整然と定式化すれば、どういった事実関係がいつもどういった法的結果をもたらすかについて、体系的に信頼できる形で吟味できるようになる。固定し、明確に区切られた抽象性の徴表を、古典期盛期の法学者ネラチウスは「法は確定することが可能であり、またそうすべきである⁽¹¹⁾」と表現している。ネラチウスはプロクルス派であり、だからその法思想の伝統における構成員である。その伝統のなかでは、法制度を人間が作り出して明確に定義したものだとする思想が元首政の初めには定着していた。

き詳しくは、O. Behrends, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in: ZRGRA 95 (1978), S. 187-231 (= ders., *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen. Ausgewählte Aufsätze*, herausgegeben von M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl und C. Möller, Bd. 1, Göttingen 2004, S. 15-50)。

【訳注】 Gellius, *Noctes Atticae* 19, 8, 15: [カエサルによれば、「4頭引き戦車」は4頭繋ぎという意味で複数形の *quadrigae* と言い、「砂」は構成部分となる砂粒ではなく全体を指して単数形の *harena* と言う。] さて、だから、休みのときがあれば、行って、次の点を注意深く聞いてみよ。弁士や詩人たちによる年嵩大隊に限るのだが、そのなかの誰か、すなわち〔騎士階級の次の〕第1階級の資産家であり、無産者階級でない著述家の誰かが〔単数形の〕*quadriga* であったり、〔複数形の〕*harenae* という言葉を使うかどうかを。

Cicero, *Brutus* 41, 152: そこでブルトウスは「Q スカエウォラと比べてさえも、わがセルウィウスの方が君にとっては上なのか？」という。私は答える。「そうだ。だってブルトウスよ、私はこう考える。市民法に関する多大な経験をスカエウォラや多くの学者は備えていたが、*ars* はセルウィウス一人しか備えておらず、セルウィウスは法自体の知識に加えて、さらに次のような *ars* を修得しなければ、そこには決して到達しなかった。その *ars* とは、包括的なものを部分に分割・配分することや、よく分からないものを定義を通じて解き明かすこと、漠然なものを解釈を通じて説明すること、曖昧なものをまずは観察したうえでその特徴を見抜き、さらに、真偽を判別するルールや、どういった前提の下でいかなる結論が出てきたり出てこなかったりするかに関わるルールを提示することを教える技術である。」

(11) Neratius 5 *membrarum* D. 22, 6, 2.

【訳注】 D. 22, 6, 2: 法の錯誤はいかなる点でも事実の不知と同列におかれるべきでない。これは、法は確定することが可能であり、またそうすべきであるのに対し、事実の解釈はもっとも思慮深い者でさえもしばしば見誤らせるからである。

2 前古典期の流れを汲むサビヌス派の理解：規範的に解釈された自然法

「準則から法が導出されるわけではない」という註釈によって、パウルスは、準則に関する上記理念の正当性を批判する。パウルスは、それとは別の理解をとっている。パウルスの意見によれば、準則に自立的な効力があるわけではなくて、どの準則も一定の方法で解釈された法にそれぞれ依拠している。「現に存在する法から準則が形成される。」〔ここでは〕サビヌス派の立場が関わる。サビヌス派は、前古典期における先人たちの法学にみられた自然法思想を維持している。2つの学派による方法論上の対立は、たしかにパウルスの時代には十分に克服されていたが、しかし法の起源やその特徴に関しては、いくつかの基本理念〔の対立〕が法源論上の議論のなかで続いている。それどころか、それは現在まで残っているのであって、我々は今日に至るまで実定法と超実定法の関係を検討対象にしている。

パウルスの理解からすると準則の背景となるのが「現に存在する法」である。これは共和政期の先人たちを介して引き継いだ考え方に由来しており、それによれば法はあらゆるものを貫き、しかも（自然法の領域では）幅広い解釈を容認するものである⁽¹²⁾。だから、サビヌス派の自然法理念によれば、すべての民族の生活基盤となる万民法は本性的理性 (*naturalis ratio*) に依拠する。サビヌス派のガイウスは、理性法上の本性的な法の起源論を註釈つきでこう表現している。本性的理性は、それ自体が人間相互における法の基本関係に効力を与えた。「自然の本性が定めるもの、それが『万民法』と呼ばれる」⁽¹³⁾。

(12) O. Behrends, *Der Kommentar in der römischen Rechtsliteratur*, in: *Text und Kommentar. Archäologie der literarischen Kommunikation IV*, hrsg. von J. Assmann und B. Gladigow, München 1995, S. 421-462 (459) (= *Institut und Prinzip*, Bd. 1 [oben Fn. 10], S. 225-266 [262 f.]); ders., *La nuova traduzione tedesca dei „Digesta“ e la critica interpolazionistica*, in: *Index 25* (1997), S. 13-69 (21) (= ders., *Scritti „italiani“ con un'appendice „francese“*, una nota di lettura di C. Cascione ed una postfazione dell'autore, Napoli 2009, S. 121-177 [129]); ders., *Die Causae coniectio* (oben Fn. 4), S. 162-185.

(13) Gaius, *institutiones* 1, 1; P. Stein, *The Development of the Notion of Naturalis Ratio*, in: *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, ed. by A. Watson, Edinburgh u.a. 1974, S. 305-316; ders., *Logic and Experience in Roman and Common Law*, in: *Boston University Law Review* 59 (1979), S. 433-451 (445). ガイウスの自然法は古典期に特有の自然法とは異なっており、それは D. 1, 1, 1, 3 (Ulpian 1 *institutionum*) [との比較] から明らかである。ガイウスの自然法概念が純粋に記述的なものであることは、古典的な伝統が確立した諸

そうすると、サビヌス派の立場では、具体的準則は「現に存在する法」、すなわち超実定法にその都度、直接依拠しており、その超実定法は自然法上の諸原理を総括したものと認識される。この理論によれば、具体的準則は「現に存在する法」を使って不断に何度も繰り返し吟味しなければならない⁽¹⁴⁾。だから、この発想は固定的な——同時に図式的な適用が可能な——準則を完全に排除する⁽¹⁵⁾。そのため、サビヌス派のヤウォレヌスもまた、どんな定義であっても危険だ (*omnis definitio in iure civili periculosa est*)⁽¹⁶⁾ とみる。すなわち、定義というのは、原理に依拠しているのだから、原則としていつでも反論可能である。

以上から推測できるように、パウルスは第2文でのみサビヌスを引用しており、第2文でその旨が明示されているが、それだけでなく第1文もサビヌスに由来する。ほかの2つの文が註釈であることを明らかにすることで、サビヌスによる論証の流れが浮き彫りになる。すなわち、具体の準則が「現に存在する法」の前に留まらなければ、直ちに意義を失う。

そのことは、このテキストの中で事案摘示 *causae coniectio* に似たものとし

準則を形成するための前提となっている。

【訳注】 Gai.Inst. 1, 1: 諸法律と諸々の習俗に支配されるすべての人民は、各人に固有の法を使うこともあれば、すべての人に共通の法を使うこともある。というのはこうである。ある人民が自らのために定める法は、当該人民に固有のものであり、「市民法」と呼ばれる。市民に固有の法だからである。それに対し、自然の本性がすべての人々に定めるものは、すべての人民の下でまったく等しく守られ、「万民法」と呼ばれる。その法をすべての民族が使うからである。そのため、ローマ市民はローマに固有の法を使うこともあれば、すべての人に共通の法を使うこともある。それぞれの法がいかなるものであるかを、それぞれの箇所で見よう。

D. 1, 1, 1, 3: 自然法とは、自然がすべての動物に教えたものである。というのは、自然法は人類に固有のものではなく、地上や海中に生まれるすべての動物や鳥にも共通するものだからである。ここから出てくるのが、婚姻と呼んでいる雌雄の結合や、生殖・養育である。他の動物や野獣でさえも、この法に関する知識を授かったようにみえるからである。

- (14) Stein, *Regulae iuris* (oben Fn. 1), S. 73.
 (15) Vgl. A. Schiavone, *Il pensiero giuridico fra scienza del diritto e potere imperiale*, in: *Storia di Roma*, Bd. 2: *L'impero mediterraneo*, Teil 3: *La cultura e l'impero*, Torino 1992, S. 7-84 (37); Stein, *Regulae iuris* (oben Fn. 1), S. 73; ders., *Logic and Experience* (oben Fn. 13), S. 450.
 (16) Iavolenus 11 *epistularum* D. 50, 17, 202.

【訳注】 D. 50, 17, 202: 市民法に関する定義はすべて危険である。ひっくり返すことのできないような定義は稀だからである。

て表現されている。そこでの問題は民事訴訟に由来する、1つの概念である。事実摘示は、争点項目を明らかにする事実の申述であり、その説得力が訴訟を左右する。事実申述のある一点が攻撃を受け、その攻撃が成功すれば、その事実申述は無意味となった⁽¹⁷⁾。

3 新法と旧法の関係

実定準則と法の関係について考え方が以上のように対立することで現れた結果としてここで例にしたいのは、新法と旧法が競合する場合の帰結に関する諸見解である。これにつき、元首政期には、古典期に特有の法思想を基礎とする廃止理論がまず支配的になった。それによれば、公式見解に基づいて、旧法が新法によってその都度、抹消される (*abrogare*)。そのさい、旧法における特定の部分だけを廃止し、あるいは新法に置き換えることも可能である (*derogare*, *obrogare*)。この理論の基礎にあるのは「読むことを起源とする法律 *lex a legere*」という公式の理解であり⁽¹⁸⁾、この理解に基づいて、法律は「読むことのできる」文言の範囲で、その規律対象に関して排他的に通用し、それゆえに既存の法律を全部または一部排除する⁽¹⁹⁾。

サピヌス派の伝統に留まる前古典的な学派はまったく別の考え方をした。この学派は、「正しいものを選ぶことに由来する法律 *lex a legere iustum*」(「正義の選択」⁽²⁰⁾) という基本理解にしたがって、立法の中に正しい原理の実践を認

(17) Behrends, *La nuova traduzione* (oben Fn. 12), S. 21 u. S. 59, Anm. 17 (= *Scritti „italiani“* [oben Fn. 12], S. 129 u. 167, Anm. 17) und ders., *Die Causae coniectio* (oben Fn. 4), S. 165 ff.

(18) この理解をさらに Isidorus, *etymologiae* 2, 10, 1 が裏付けている。

【訳注】 Isidorus, *etymologiae* 2, 10, 1 : 法律は人民の定めたものであり、長老たちが平民たちとともに承認したものである。というのは、王または皇帝が命じたものは勅法または告示と呼ばれ〔て、法律と区別され〕るからである。公平の観念には法律におけるものと習俗におけるものの2つがある。しかし、法律と習俗の違いは、法律が書かれているのに対して、習俗はその古さによって認められた慣行だという点にある。だから、法律 *lex* は書かれているがゆえに、読むもの *lego*, *-ere* と呼ばれるのである。

(19) M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen 2005, S. 167-170.

(20) Cicero, *de legibus* 2, 5, 11 はストア派の典拠に基づいている。

【訳注】 Cicero, *de legibus* 2, 5, 11 : クイントゥス : 兄よ、正しいことや真実であるものは永遠でもあり、〔平民会〕決議を記した文字とともに生まれたり消えたりするものではないということに賛同する。

マルクス : だから、かの神的精神が至上の掟 *lex* であるのと同様に、〔理性が〕人の中で完成したときに〔法が〕賢者の精神に宿る。それに対し、人民に対して種々の形

めた。陸続する諸法律もその任務を果たし得たのであって、旧法は効力を失うのではなく、解釈のため当然にいつまでも注目すべきものだった。この伝統に端を発して、個別の法律の全体関係に照らした解釈も生じている。この解釈は当初、サピヌスのために記録され⁽²¹⁾、次いでケルススが規律に高めた⁽²²⁾。古い法と新しい法を協力関係におき、その枠内で健全な解決策を探ろうとするのは正しいことだとみられた。古典期後期のパウルスとテルトゥリアヌスに出てくるのだが、「前法を後法の下に引き連れてくること *priores leges ad posteriores trahere*」、すなわち新法を灯火として旧法を解釈すること⁽²³⁾が示すように、

で、また時々規定される諸法律は、実質よりも〔人民による〕支持の点で、「法律 *lex*」の名を得ている。というのは、以下の論拠によって説かれているように、まさしく「法律」と呼びうる法律はすべて賞賛可能だからである。すなわち、市民の安全や国家安寧・平穏で幸福な人間生活のために法律が按出されたのはたしかである。また、そのような決議を最初に承認した者たちが、書いて提示するものに人民が賛同・承認すれば高潔・幸福な生活を送ることになるだろうし、そのように作成・承認されることで当然に法律と呼ぶことになると人民に提案したこともたしかである。そうすると次のように捉えるのが適切である。すなわち、人民に対して有害・不正義な命令を定めた者たちは、約束し公言したことに反する行為をしたのであり、法律ではない、何か別のものを提示したことになる。そうすると、法律という名称自体を解釈すれば、正義と真理を選択する *lego-ere* という意味と意図が伏在するのは明らかだろう（中村善也訳「法律について」鹿野治助編『キケロ、エピクテトス、マルクス・アウレリウス』166頁（中央公論社・1980年）、岡道男訳『キケロー選集 8』230頁（岩波書店・1990年）を参照した。）。

(21) Inst. 4, 3, 15.

【訳注】 Inst. 4, 3, 15 : [故意または過失によって奴隷または四足獣を殺害した者は、アクィリウス法第1章により損害賠償の責めを負い、故意または過失によってその他の損害を惹起した者は第3章によって責めを負う。ただし、第3章では1年間の損害ではなく最近30日分の損害に留まる。] 確かに『最高額』とは付加されていないが、正當にもサピヌスが嘉としたところによれば、第3章にさえも『最高額』の文言が付加されていたのと同様に損害評価をすべきである。というのは、護民官アクィリウスの問いかけに応じてこの法律を定めたローマの平民は、第1章でその文言を用いたことで満足していたからである。

(22) Celsus 8 *digestorum* D. 1, 3, 24; O. Behrends, Gesetz und Sprache, in: O. Behrends/ W. Sellert (Hrsg.): *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen 1995, S. 137-249 (159 mit Fn. 61) (= ders., *Institut und Prinzip*, Bd. 1 [oben Fn. 10], S. 91-224 [119 mit Fn. 61]).

【訳注】 D. 1, 3, 24 : 法律全体を検討せずに、その法律のうち何かの一部分だけをみて判決または解答を書くのは乱暴である。

(23) F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte. Erster Abschnitt: Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit*

古典期後期においては廃止理論が抑制された⁽²⁴⁾。

Ⅲ 近時における、「現に存在する法」の援用

〔以上では〕パウルス文がおそらくは歴史的に意味のある言明であることを確かめた。そのうえで次に、この100年の間にテキストに接合したいいくつかの理念に眼を向けたい。その理念のすべてが、古代におけるテキストの理解を論じたものだといえるわけではない。むしろ、非歴史的な観念を論ずる限りにおいて、その観念が〔史的な観念の〕投影図だと見抜くことは、ひとまずここで

und Republik, München 1988, S. 427, Fn. 82.

- (24) Paulus 4 *quaestionum* D. 1, 3, 26; Tertullian 1 *quaestionum* D. 1, 3, 27; Paulus 5 *ad legem Iuliam et Papian* D. 1, 3, 28; Julian bei Ulpian 18 *ad edictum* D. 9, 4, 2, 1.

【訳注】D. 1, 3, 26/28: [I. 26]前法は後法を灯火として解釈されるというのは目新しいことではない。[I. 27]古い諸法律は新しいものを灯火として解釈されるのが慣行となっていることから、法律には常に次のような定めが内在すると考えるべきである。それは、今後いつか生じる同様の人や事件にも及ぶというという定めである。[I. 28]しかし、反対がない限り後法も前法を灯火とする。これは多くの論拠によって示されている。

D. 9, 4, 2, 1: [奴隷の行動を] 阻止しなかった所有者は、所有者であることを継続するか否かに拘わらず、アクィリウス法訴権に拘束される。というのは、阻止しなかった時点で所有者だったのであれば十分だからである。ケルススが考えるように、奴隷が全部または一部譲渡されたり、解放された場合に、加害行為は奴隷を追及しないのだからなおさらである。これは、所有者の命に従った奴隷は何も法を犯していないからである。そして、たしかに〔所有者が〕命じた場合はそのように言える。しかし、[奴隷の行動を] 阻止しなかった場合は、同様に奴隷の行為を赦すだろうか？ ケルススはアクィリウス法と12表法を区別する。古い法では、所有者の認識のもと、奴隷が盗んだり他人に損害を与えたならば、奴隷の名で加害訴権が成立し、所有者は自己の名では義務を負わない。それに対しアクィリウス法では、ケルススのいうところによれば、所有者が奴隷の名ではなく、自己の名で義務を負う。〔ケルススは〕双方の法律の理由を示しており、12表法では奴隷が当該行為に関しては所有者に従わないようにと望むのに対し、アクィリウス法ではもし奴隷が所有者に従わなければ殺害されたであろう場合において従った奴隷を赦した。しかし、「奴隷が盗んだり損害を惹起した場合に」〔という12表法の文言は〕後の諸法律さえも灯火にするとユリアヌスが〔学説集〕第86巻で書いていることを嘉とするならば、奴隷の名で所有者を被告として加害訴訟を行うことさえできるということになり、その結果、所有者に対するアクィリウス法訴権が付与されたことは奴隷を容赦せず、所有者に〔重疊的な〕負担を課すことになる。われわれはユリアヌスに賛同した。その意見には理由があり、マルケルスもユリアヌス〔の意見〕を承認している。

は重要でない。ここではそれよりも、法史上の問題関心は影響作用史やそういった後世における連想の意義に関する法史上の解釈学における興味に向けられる。

「現に存在する法」〔という観念〕がいかに多様な解釈を容れたか、あるいは何れにせよ、いかにして連想の誘因となったかをみていこう。その観念のもとで、裁判の前提事実に適用される法を準則形成の基礎としてみようとするものがいた。別の学説は、裁判の前提事実の中ではなく、確定可能な法的確信の中でこそ浮き彫りになるようなものを考えて、そういった「現に生きている法 gelebtes Recht」への接合を確立した。

1 自由法学派

自由法学派は 20 世紀の初めには幾多の賛同者を得ることができたところであって、この学派は「現に存在する法から準則が形成される」というパウルス文を、そもそも準則にはいかなる規範的価値もないという発想に接合した。すなわち、この発想は、準則形成の基礎にある「現に存在する法」を彼らの目的のために捉え直し、それを個別事件に関する諸判決の総括だと捉えた。場合によっては、それらの諸判決から帰納的に諸準則を形成することができたかもしれない⁽²⁵⁾。この見解によれば、準則は個別事件の諸判決に依拠するのだから、準則が自立的な拘束力を獲得することはあり得ない。裁判官による法創造に焦点を合わせると、自由法学の賛同者たちは古代ローマの例をよく参照する。ローマでは、法務官が市民法の脇に補充法を作り出した⁽²⁶⁾。諸法源が伝えるところによると、法務官はこの方法で本性的理性 (*naturalis ratio*) を実現した。それに対応して、自由法論系の一部学説は自由法を自然法の近くに動かした。だから、この思想のごく初期の論者であるヘルマン・カントロヴィッチは、裁判官が実現すべきものが自然法だと捉え、その基本論文である『法学のための闘争』(1906 年)では、「自然法の復興」について述べた⁽²⁷⁾。

裁判の前提事実および法を「補充する」法務官による法創造に注目しようと

(25) この命題の自由法上の意味については、O. Behrends, *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in: R. Dreier/W. Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Frankfurt am Main 1989, S. 34–79 (49 ff.).

(26) Vgl. I. Pokrovskij, *Grundprobleme des bürgerlichen Rechts* (1917), übersetzt, herausgegeben und eingeleitet von M. Avenarius und Anastasia Berger, Tübingen 2015, S. 85.

(27) Gnaeus Flavius (= H. Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, S. 10; vgl. dazu Johann Braun, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Tübingen 2006, S. 48.

する動きを助長したのは、判例法というローマ法の性質に関わる観念である⁽²⁸⁾。その自由法思想の根拠づけを可能にするために、——歴史的には不適切なのだが——当時の人々はこの観念を古代のなかに見出した。しかし、すでに古代法の認識作業が自由法思想によって影響を受けていたと推測することが許されるだろう。だから、自由法学派の見解は法制史研究に影響を及ぼしていたのである。

歴史法学派が展開し、影響を及ぼし続けている観念——法学者は個性的すぎる才能に恵まれたために「代替可能」、すなわち別人に置き換えることもできるという観念——に支えられて⁽²⁹⁾、ローマの法学者はカズイステークの実践者だったという誤解から、法源の理論的内容を否定することに繋がった。むしろ、法は個別事件に関する諸判決の総括に還元された。ローマ法研究では、こうして、一般化によるパウルス文の非歴史的解釈がとりわけマックス・カーザーを介して受け継がれた⁽³⁰⁾。この解釈は今日に至るまで広く行き渡っている。今日では、ローマ法が全体として1つの「判例法」だったという観念には誇張があるとともに非歴史的だとみることができよう。これは、最近10年間の現代ローマ法学にはじめて、種々の法理論的立場の基盤となる理論に適切な形で眼を向けるようになったからである⁽³¹⁾。古代ローマ法の草創期に関するイメージに対して歴史法学派による空想上の観念や自由法学派がいかなる影響を与えたのかを、近時のローマ法学はよりはっきりと認識し、ローマに関する既存の基本的観念を穏当に修正する作業をしている。これとの関係でいえば、テオドア・モムゼンはキケロを軽視することで帝政期の法思想がその前史として共和政期にどうだったかについて理解するのを長く妨げていたが、そのキケロも、ローマにおける法思想の伝統に思想史上の影響を与えた第1級の資料として再評価されている⁽³²⁾。

(28) Behrends, *Der Kommentar* (oben Fn. 12), S. 460 (= *Institut und Prinzip*, Bd. 1 [oben Fn. 10], S. 264).

(29) この著名な言い回しの起源については、F. C. v. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), in: H. Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, 2. Aufl. (2002), S. 61-127 (125) [1814年版157頁] 参照。

(30) Kaser, *Zur Methode* (oben Fn. 1), S. 54-67、および、比較的新しいものとしては J. P. Meincke, *Die Institutionen Iustinians aus heutiger Sicht*, in: *JZ* 1997, S. 689-693 (690) 参照。

(31) 詳しくは前掲注(10)の(b.)を参照。

(32) モムゼンはきわめて重要な影響力のある地位を占めており、権威ある著書『ローマ史』のなかで、キケロを節操がなく、定見をもたない風見鶏と評した。Th. Mommsen, *Römische Geschichte* (dtv-Ausgabe), 6. Aufl., München 2001, Bd. 4, S. 175, 212 u. 316。また、

2 ロシアの法律家たち

「現に存在する法」に関する元々の理解だと思われるものは、前古典期の伝統のなかで自然法を指向していた。それに対して、自由法学派は「現に存在する法」に非歴史的な意味を与えており、彼らの法思想も少なくとも部分的には同様に自然法的に理解されたものと位置づけようとした。その対立のなかで、ロシアの法律家は形而上の理念の利用を放棄することで、際立った形でパウルス文を正しく捉えている。

それは、帝政ロシアの最後の10年間における法学者にとっても、また初期ソ連のマルクス主義法学者にとっても、いぶかしいものではあり得ない。帝政ロシアの法律家は、皇帝の出す諸規則の文言に縛られていた。高度な連関を灯火とする解釈は排除されていた。たとえば、自然法は危険な思想資料の源であり、実定法を批判的に考察するための基盤だとみられていた。こういった背景のもとで、民法学者イオシフ・ポクロフスキー⁽³³⁾——帝政期における最後の世代の法学者に属する——が述べているのだが、「彼の世代は、実証主義的な恐怖〔を抱くように〕という教育を受けた。それは『形而上の自然法的な諸々の空想』に似ている」⁽³⁴⁾。だから、そういった法学者が国家によって厳しく規制された研究をしても、形而上の価値序列あるいは哲学上の連関に関わる感覚が発掘されることは決してなかった。それにもかからず、国家の制定法と伝承された市民の多彩な法観念とが伝統的に緊張関係に立っていたことで疑念を容れる余地がなかったのだが、まさにそういったロシアだからこそ、法を正しく理解すると、それは諸規範を総括したものとしてではなく、諸々の法律関係から明らかになる1つの秩序の全体だとする考え方が問題関心の対象になっ

まとまったものとして、S. Rebenich, *Theodor Mommsen. Eine Biographie*, München 2002, S. 87 参照。現在のローマ法学は、共和政末期における方法論の転換を灯火として古典期のローマ法を理解しようとするから、そうすると、クイントゥス・ムキウス・スカエウォラやセルウィウス・スルピキウス・ルフスの同時代人による著作は第1級の資料である。

(33) Iosif Alekseevič Pokrovskij (1868-1920) はキエフ〔ウクライナ〕とベルリン（特に Heinrich Dernburg に師事）で学び、ローマ法と民法を専攻した。と歴史に関する重要な著者をポクロフスキーはサンクト・ペテルブルグの教授として書いた。ロシア革命の前後において、彼はリベラルな法秩序を支持して、尽力した。詳しくは A. Makovskij, *Das herausgefallene Kettenglied* (1998), in: Pokrovskij, *Grundprobleme* (oben Fn. 26), S. 329-360 参照。

(34) Pokrovskij, *Grundprobleme* (oben Fn. 26), S. 4.

た⁽³⁵⁾。国家が制定する諸規律は独自の適用請求権を伴うような何か他の法とは区別すべきだという観念から出発すると、パウルスや「現に存在する法」を繰り返して指示していることを理解できる。

法律家がパウルス文を引き合いに出している問題を 3 つ挙げたい。

a 「法の一般原則」に基づく法の補充と適用

帝政期の実定法には隙間があり、辻褄の合わない部分もあった。法律家は長年にわたり解釈禁止によって規定の文言に縛られていたが、その後、現行法の改善に役立つ最初の足場が 1864 年の民事訴訟法によって導入された。その第 9 条は、法律が不完全・不明確であるとか、欠缺・矛盾があるといった場合には、事情によっては判決の根拠を法律の「一般的な意味」に求めることを裁判所に許した。まもなくこの規定は、「法の一般原則」——すなわち、もはや法律の一般原則にとどまらない——を引っ張り出してよいという意味に理解された。

民事最高裁である元老院破棄部による 1886 年の判決を契機として、モスクワの弁護士ミヒヤイル・ブルン⁽³⁶⁾は、裁判所の立ち位置を批判的に検討し、ある確定準則——すなわち、「自己の有するものを超えて権利を移転することは誰にもできない⁽³⁷⁾」——は「一般準則」であり、そういったものとして適用可能だとする⁽³⁸⁾。我々にとって問題なのは、ブルンの論拠である。すなわち、彼がいうところによると、この準則は法的な諸現象の考察結果ではないし、ローマ人自身が承知していた例の法理念、「現に存在する法から準則が形成される」という理念の中から見出されたわけでもない。考察対象となる法的諸現象こそが「現に存在する法」として問題になるという理解を根拠づけるために、ブルンは、譲渡人自身が有するものを遙かに超えて権利が移転されたという場合を例に出す。さらに、彼は特に善意取得や他人物への差押えを取り上げ、また債務者が債権譲渡後でも新債権者に対して主張できる抗弁の範囲に関

(35) Vgl. W. E. Butler, *Russian Law*, 2. Aufl., Oxford 2003, S. 64.

(36) Michail Isaakevič Brun (1860-1916) はオデッサ [ウクライナ] で学び、国際私法を専攻した。ブルンはモスクワの弁護士および雑誌 „Juridičeskij Vestnik“ の編集助手 wissenschaftlicher Mitarbeiter として活動した。最重要の業績は抵触法とその歴史に関するものである。

(37) Vgl. Ulpian 46 *ad edictum* D. 50, 17, 54.

(38) M. Brun, *Chronika graždanskogo suda* (Chronik des bürgerlichen Gerichts), in: *Juridičeskij Vestnik* 1888, Nr. 1, S. 86-103.

する論争を参照する⁽³⁹⁾。

b 社会学的な法思想

同様の理解が根底にあることで、「現に存在する法」が「実際社会で現に生きている法 *praktisch gelebtes Recht*」に接合され、その理解を社会学的な法思想の初期の主張者が示している。ロシアでは、この法思想がモスクワのローマ法学者セルゲイ・ムロムチェフによって確立していた⁽⁴⁰⁾。彼は学問的な実証主義から出発して、「実際社会で現に生きている法」、すなわち人間が実際に参照する諸規範を指向しながら法を論じたいと考えた⁽⁴¹⁾。この理解は、ゲッチンゲンにおける彼の師ルドルフ・フォン・イェーリングを指している⁽⁴²⁾。〔当時〕すでにイェーリングは「事実上支配的な」法を基盤として法学をさらに発展させようと考えており⁽⁴³⁾、「現に効力のある」法を基準とする考え方が正しいことを示すためにパウルス参照していた⁽⁴⁴⁾。そういった文脈のなかで、ムロムチェフにとってのローマ法の意義は、第1義的には既定の諸準則あるいは体系的なものという点にはなかった。むしろ、彼が問題にしたのは、ローマ法が19世紀の間に多様な形で発展したことで、法現実を指向する記述的な学問のために大きな価値のある基盤、「事実に関わる資料⁽⁴⁵⁾」をもたらしたと

(39) Brun, *Chronika graždanskogo suda* (oben Fn. 38), S. 102.

(40) Sergej Alekseevič Muromcev (1850-1910) は主にモスクワとゲッティンゲン (Rudolf von Jhering に師事) で学んだ後、モスクワ大学ローマ法講座の教授となった。歴史に関する主要業績は、1883年に出版された概説書「古代ローマの市民法 (*Graždanskoe pravo drevnego Rima*)」である。ムロムチェフは社会学の手法を法学に導入し、また政治的には体制運動の中心人物として活動した。

(41) N. Azarkin, *Istorija juridičeskoj mysli Rossii* (ロシアの法思想史), Moskva 1999, S. 336 を参照。

(42) この点を批判的に指摘するものとして、Semen Pachman, *O sovremennom dviženii v nauke prava* (法学における現今の運動について), in: *Žurnal Graždanskogo i Uголовnogo Prava* 20 (1882), Heft 3, S. 1-68 (18) を参照。ムロムチェフの理論に関する詳しい検討については、M. Avenarius, *Fremde Traditionen des römischen Rechts. Einfluß, Wahrnehmung und Argument des „rimskoe pravo“ im russischen Zarenreich des 19. Jahrhunderts*, Göttingen 2014, S. 424-428 参照。

(43) R. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 1. Theil, 2. Aufl., Leipzig 1866, S. 47 f. mit S. 33.

(44) Jhering, *Geist des römischen Rechts* (oben Fn. 43), S. 33 f.

(45) S. Muromcev, *Opređenje i osnovnoe razdelenie prava* (法規と法の基礎入門), Moskva 1879, S. 31; vgl. M. Zieliński, *Der Transfer juristischen Gedankenguts innerhalb Europas am*

いう点だった⁽⁴⁶⁾。

法が向かう方向を法現実に設定するのが正しいという考え方は、引き続き多くの法学者によって、パウルス文と関係づけられた。社会学者であり国法学者でもあるボグダン・キスチャコフスキー⁽⁴⁷⁾は、とりわけマックス・ヴェーバーとの学問的交流によって西側で有名だったが、キスチャコフスキーは、ここでの法現実、すなわち「現に生きている法関係 *gelebte Rechtsverhältnisse*」や主観的権利が客観的法に優先するという考え方がパウルスの「現に存在する法から準則が形成される」〔という言葉〕に表現されているとみた⁽⁴⁸⁾。法哲学者レオン・ペトラチキー⁽⁴⁹⁾はサンクト・ペテルブルクにある単科大学の教員として、次のように書いている。法的実存のための闘争において、ローマ人にとっての成功は最終的に法状況に依拠していた。その法状況がどこから出てくるかといえば、それは法制度 (*институт / institut*) に関して法学者が行う、多かれ少なかれ素朴で表面的な理論考察であり、また何によって正当化され、要請されるかといえば、それは幾多の諸事実 (*фактов / faktov*) である。だから、ここでは、一般的な法概念あるいは原理を確立したものという意味での法理論は問題にならなかった。この意味で、すでにパウルスが警告していたように、「準則から法が導出されるのではなく、現に存在する法から準則が形成される」の

Beispiel der Versuche der Modernisierung des Zivilrechts im ausgehenden Zarenreich, Hamburg 2007, S. 71.

- (46) A. Medushevskij, Konstitutionelle Projekte in Rußland am Anfang des 20. Jahrhunderts und ihre deutschen Prototypen, in: D. Beyrau/ I. Čičurov/ M. Stolleis (Hrsg.), Reformen im Rußland des 19. und 20. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1996, S. 237-259 (247); Avenarius, Fremde Traditionen (oben Nr. 42), S. 421 f.
- (47) Bogdan Aleksandrovič Kistjakovskij (1868-1920) は1903年以降、モスクワ大学その他で国法学と商法を講じた。社会学の業績でいうと彼はジンメルやテンニースの理論に近く、国法学に関してはイエリネクの立場に近かった。
- (48) B. Kistjakovskij, Social'nye nauki i pravo. Ocerki po metodologii social'nych nauk i obščej teorii prava (社会学と法、社会学の方法と法の一般理論の基本的特徴), Moskva 1916, S. 338 f. und S. 361; vgl. A. Walicki, Legal Philosophies of Russian Liberalism, Oxford u.a. 1967, S. 357-359.
- (49) ポーランド人 Leon Petrażycki (1867-1931) は主にキエフとベルリンで学んだ。1898年から1917年までサンクト・ペテルブルクの教授だったが、1918年に亡命した後は1931年に死亡するまでワルシャワ大学の教壇に立った。その業績は法哲学・ローマ法・民法の領域で多岐にわたる諸問題に及んでいる。彼は、社会心理学派 *psychologisch-soziologischen Rechtsschule* の創始者となった。K. B. Baum, Leon Petrażycki und seine Schüler, Berlin 1967, S. 14 ff 参照。

である⁽⁵⁰⁾。

c. マルクス主義の立場

締めくくりに挙げる最後の例は、革命後におけるマルクス主義法という文脈のなかでのものである。初期のソ連邦において際立った方法で主張された考え方によれば、法は社会における一定の支配的関係に依拠して理解すべきである。マルクス主義の思想によれば、現実の関係は法の形式よりも強い力があるとされる⁽⁵¹⁾。そのため、他に先んじて基準になるのは、——場合によっては既存の制度を範とし——実定法として定められるものではなく、現実関係の印象として「正しい」と実証されたものである。国法は根本的に疑わしいものとみなすことができたというロシアの特殊すぎる経験を背景として、マルクス主義の立場は伝承された考え方をすくい上げることができた。

そうすると、たとえば理論的な根拠づけのために、伝承された形式を使いつつそこに新たな内容で満たしてよいような空間が生まれた。それが度々生じたのは初期のソ連邦であり、民法典を導入し（1922年）、ローマに由来する西欧の法伝統から幾多の制度を受容したが、その法伝統には多くの点で西欧とは別の意味を加えていた。諸規定には、必要に応じて「社会主義上の道徳」と「労働者階級の法意識」を灯火として解釈すべしという旨の留保が当初から付いていたのである。だから、実定法が、継受され確立した形式ではあっても、諸関係からいって妥当だと思われるものと牴触した場合には、場合によってはまったく新たな方法でその法を適用しなければならなかった。これは唯物論的歴史解釈に関わる問題である。その場合において「継受したもの」は諸規定の外形的形状だけである。これを背景としてソヴィエトの法学者がとった立場によれば、ソヴィエトの法秩序はローマ法とは何も関係しないし、したがってまた、伝統的な法をすくい上げている民法典上の多くの諸規定とも無関係である。もちろん、支持者たちの眼からみて「社会主義上の道徳」あるいは「労働者階級の法意識」から明らかだといっても、その内容は経験的な研究によって決して確認されておらず、イデオロギーに基づいて主張されただけである。初期ソヴィエトの法律家であり、政治家でもあるピョートル・ストゥチカ⁽⁵²⁾は、そう

(50) L. I. Petražickij (= Petrażycki), *Prava dobrosovestnogo vladel'ca na dochody s tocek zrenija dogmy i politiki graždanskogo prava* (民法の理論と政策からみる善意占有者の諸権利), S.-Peterburg 1897, Ndr. Moskva 2002, S. 273 f. mit Fn. 1.

(51) P. Stučka, *Die revolutionäre Rolle von Recht und Staat* (1924). Übersetzung und Einleitung von Norbert Reich, Frankfurt am Main 1969, S. 166 f.

やって法を根拠づけるために、「現に存在する法」というパウルス理論を繰り返し引き合いに出した⁽⁵³⁾。

ここでは、——現在のロシア法でも稀ではないように——伝統の流れに関する意識よりも、むしろ連想がローマ法を引用する基礎となっていることを考察した。

(筆者：ケルン大学ローマ法研究所教授、訳者：本学法科大学院教授)

(52) ラトビア人 Pēteris Stučka (1865-1932) はソ連時代の民法理論に関する指導的創始者の一人だった。ストゥチカは法を単に規範として捉えるだけでなく、常に、現実の社会関係の似姿だと理解したが、そのさい民法の優先を出発点とした。彼は、初期のソ連邦で高い職に就き、1922年からその死まで最高裁判所判事だった。N. Reich, *Einleitung*, in: Stučka, *Die revolutionäre Rolle* (oben Fn. 51), S. 20-22 参照。

(53) Stučka, *Die revolutionäre Rolle* (oben Fn. 51), S. 68 u. 141.