慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	法史家の孤独
Sub Title	Die einsamkeit des rechtshistorikers
Author	Caroni, Pio(Ozawa, Nana) 小沢, 奈々
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2011
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.18 (2011. 1) ,p.227- 250
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20110131-0227

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

法史家の孤独

ピオ・カローニ
小沢奈々／訳

訳者はしがき
1　Prof. Dr. iur. PIO CARONI（1938-）
（1）略歴
（2）主要研究テーマ
（3）主要著書
（4）主要論文
2　翻訳――PIO CARONI, Die Einsamkeit des Rechtshistorikers――
Ⅰ　序
Ⅱ　法典編纂までの法史の歴史
Ⅲ　法典編纂による外見上の変化
Ⅳ　現行法の歴史性の探究
Ⅴ　歴史性が意味するもの
Ⅵ　孤独について

〔訳者はしがき〕

2003年６月、スイスを代表する一人の法史家ピオ・カローニ（Pio Caroni）教授が、32年間を過ごしたベルン大学を後にした。同教授は数々の新しい理論を提唱し、戦後ヨーロッパの法史学界にその名を広く轟かせた著名な法史学者のひとりである。特に彼は、従来、法史学の領域において支配的であった“Dogmengeschichte”（（法）教義史）に対峙する理論である“Sozialgeschichte”（（法）社会史）の立場にたち、それに基づき、法典編纂論をはじめとする近代私法史上の様々な問題に取り組んでいった

ことで知られている。我国の法史学界において、カローニ教授は残念なことにあまり紹介されていないように見受けられるが、ヨーロッパ法史学界において、彼を知らない研究者はまずいないといっても過言ではないだろう。現職を離れた今も、同教授の講義を聴講したいと望む者は少なくない。事実、カローニ教授はベルン大学を離れ７年たった現在も、休む暇なくヨーロッパ各地で講演・講義を行なっている。

そのカローニ教授が現役を退く際、聴衆に公開した講演がある。それがここに紹介する「ベルン大学ピオ・カローニ教授の最終講義」である。訳者は、カローニ教授の最後の門弟の１人としてその指導を受け、この最終講義の場にも出席する機会を得た。2003年６月26日、ベルン大学法学部最大の教室（Hörsaal）で催されたこの講義には、多くの聴衆がつめかけ、立ち見が出るほどの盛況さであった。最終講義でのカローニ教授は、最後の教授生活を名残り惜しむどころか、彼独特の講義スタイルで、最後まで「学ぶ」姿勢を崩すことなく、自らの学問へのポリシーを貫いた姿が印象深い。カローニ教授は「こうである」と結論づけることを好まず、常に「なぜ」「どうして」という疑問を抱きながら、学問を深化させていく研究者であった。彼は、学者人生の集大成ともいえるこの講義でも、それを我々に披露した。この最終講義は大成功に終り、「ブラボー」と声あげて拍手する者も、また感動のあまりに泣き崩れる者もいた。

そこで本稿では、カローニ教授が退職して既に７年という年月はたってしまったが、同教授によるこの最終講義を紹介したい。「法史家の孤独（Einsamkeit des Rechtshistorikers）」と題する同教授の講義内容は、翌年の2004年に、ZNR（Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte）１・２号に「寄稿論文（Beiträge）」として活字化された。本稿で翻訳を試みるのはこの寄稿論文である。同論文（講義）では、彼自身のこれまでの「法史家」としての人生を「旅路」に喩え、また自身を論文（講義）のタイトルにある「孤独な法史家」とし、自らの研究を振り返ると同時に、法律学における「法史」の位置付けといった、非常に重要なテーマにも触れている。また彼は、法史学者の取り扱う「歴史性」（Geschichtlichkeit）についても言及している。そのような意味において、本講義は非常に有意義なものであると同時に、我が国の法学とりわけ法史領域に対しても、示唆深い点を多く含有しているといえよう。因みにこの最終講義は、教授自らによって加筆・修正がなされ、2005年に“Die Einsamkeit des Rechtshistorikers –Notizen zu einem problematischen Lehrfach”というタイトルのもと、175ページにわたる著書として公刊された。同著は、以下に紹介する論文（講義）内容をベースとし、

法学教育における法史学の役割についての言及を中心にしながらも、法史学の諸課題（特に法典編纂に関して）に対するカローニ教授の見解を交えた、興味深い内容となっている。本書もまたあわせて参考にしていただきたい。

なお本書に関して、カローニ教授自身より簡単な解説を頂いた。以下にその内容を紹介する。

Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrbuch, Basel/Genf/München 2005.

La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra, Milano 2009.

La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente, Madrid 2010.

この著書は2003年の最終講義をもとに作られたものであり、ローマ・ラ・サピエンツァ大学で法史学を担当しているItalo Birocchi教授による紹介文（これはイタリア語・スペイン語版に限るが）及び著者による５つの寄稿論文から構成されている。そして次の３つのテーマが本書において重要な位置付けを占めている。：

Ⅰ私法典の編纂が達成された後に法史科目に課された新たな役割についての考察

Ⅱ法史とその隣接教科（歴史に関連するもの、例えば社会（Gesellschaft）、経済、文化等の歴史を扱った教科）との関連性ならびにその教授法の関連性への評価

Ⅲ従来からの法史学の傾向とは異なった、そして見たところ競合する関係にある新しい傾向（とりわけNeopandektismus）に対する（批判的）評価――この新たな趨勢は従来のように法学教育における法史科目の重要性を唱えてはいない。

以上に基づき、本稿ではまずカローニ教授の経歴、研究業績等を簡単に紹介した上で、具体的に最終講義の内容を翻訳していく。

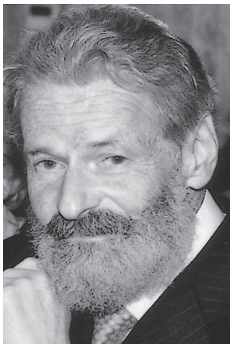
なお、本稿において翻訳を試みる右寄稿論文は、法務研究科2010年度春学期の「ドイツ法Ⅰ」において参考資料として活用したものであることをここに付記する。

拙訳を本誌に掲載するにあたってご快諾をしてくださり、また経歴等に関する資料の提供をはじめ、翻訳に際して生じた疑問に対してご丁寧なご意見をくださったカ

ローニ教授には心から感謝の意を表したい。また本稿の執筆に際して、岩谷十郎教授（本塾法学部）ならびに北居功教授（本塾大学院法務研究科）の両氏には、訳文の誤訳の指摘をはじめ、種々ご指導を頂いた。両教授に深甚なる謝意を申し上げたい。

1　Prof. Dr. iur. PIO CARONI（1938-）

（1）　略歴



法学博士ピオ・カローニ教授は、1938年8月1日、ベリンツォーナ（Bellinzona）（スイス・ティチーノ州）に生まれ、ギムナジウム卒業まで、同地にて過ごす。その後、ベルン大学にて法律学を、またフライブルグ（ブライスガウ）、ミラノ、ハンブルグの各大学で歴史学を専攻する。1967年にはベルンにて法史及び民法の大学教師資格（Habilitation）を取得する。1971年に同教授はベルン大学正教授（Ordinarius）に昇任し、1973-74年に、同大学法・経済学部（Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät）学部長（Dekan）を務める。またベルンでの教職の他、ジュネーヴ（1985-1987）、バルセロナ（1993）、ヌシャテル（2000-2001）、メッシーナ（2001）の各大学でも、客員教授（Visiting Professor）として私法史を講ずる。2003年にベルン大学を定年退職し、現在は同大学名誉教授である。またカローニ教授は、メッシーナ大学（2004、2007、2010）及びマドリード・カルロス３世大学（2009、2010）の客員教授として今もなお教鞭を執り続けている。

（2）　主要研究テーマ

カローニ教授は、彼の専門のあらゆる領域において、今日も研究を継続している。従来からの研究テーマとして、中世・近代における地域コミュニティ（ländliche Gemeinschaft）の歴史（例えばビュルガーゲマインデ（Bürgergemeinde）、

マルク共同体（Markgenossenschaft）、ソーミュール共同体（Saumurgenossenschaft）など）についての研究が挙げられる一方、歴史法学（historische Rechtsschule）の存立（Bestand）とその国際的な影響力（internationale Ausstrahlung）に関する研究、私法の法典編纂及び統一――商法の除外（Ausgrenzung des Handelsrechts）及び〈私法〉の現代的概念の成立（Entstehung des modernen Begriffs <Privatrecht>）について――の研究もその対象として扱っている。また最近は、近代私法史上の主要な問題に取り組み、その際、法史研究における社会史的手法（sozialhistorische Methode）の意義を指摘している。

カローニ教授は現在まで数多くの業績を残しており、次の(3)（4)ではその主要なものについて紹介しておきたい。なお、その際に取り上げる著論文はすべて、カローニ教授ご本人によって選ばれたものである。

(3)　主要著書

代表的なものとして次の著書を挙げるが、カローニ教授による著書はその他多数に及ぶ。

- Einflüsse des deutschen Rechts Graubündens südlich der Alpen, Köln/Wien 1970.
- Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV, Basel/Frankfurt a.M., 1986.
- “Privatrecht”: Eine sozialhistorische Einführung, Basel/Frankfurt a.M. 1988（2. Auflage 1999）.
- Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Basel/Frankfurt a.M., 1996.
- Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte, Basel/Genf/München 2003.

(4)　主要論文

約100本に及ぶ論文より、以下のものを紹介する。

- Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des ‘Berufes’, in

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung 86, 1969, S. 97-176.
- Der 'demokratische' Code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie, in P. Caroni (Herausgeber), Das Obligationenrecht 1883-1983, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des Schweizerischen Obligationenrechts, Bern/Stuttgart 1984, S. 19-68.
- Zur Geschichte und Dogmatik der Gesamthaftung im Schweizerischen Recht, in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 103, 1967, S. 289-328.
- L'educazione giuridica in Isvizzera dal XVI al XIX secolo, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 5-6, 1976-1977, S. 1009-1030.
- Kathedersozialismus an der juristischen Fakultät (1870-1910), in Hochschulgeschichte Berns 1528-1984. Zur 150-Jahr-Feier der Universität Bern, Bern 1984, S. 201-237.
- Liberale Verfassung und bürgerliches Gesetzbuch im XIX. Jahrhundert. Rektoratsrede, in Universität Bern - Jahresbericht für das Studienjahr 1987/1988, Bern 1988, S. 7- 28.
- Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage silenzioso del diritto statutario, in Archivio Storico Ticinese 32, 1995, S. 129-160.
- Quelle continuité dans l'histoire du droit commercial?, in P. Caroni (Herausgeber), Le droit commercial dans la société suisse du XIXe siècle, Fribourg 1997, S. 3-13.
- Il mito svelato: Eugen Huber, in Zeitschrift für Schweizerisches Recht NF 110, 1991, I, S. 381-419.
- Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert, in Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 16, 1994, S. 243-271.
- Republikanisches Handelsrecht im XIX. Jahrhundert, in Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 22, 2000, S. 391-405.

- Philipp Lotmar und Eugen Huber zur sozialen Frage, in Pio Caroni (Herausgeber), Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922). Colloquium zum 150. Geburtstag, Frankfurt a.M. 2003, S. 165-193.
- Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero, in P. Caroni/E. Dezza (Herausgeber), L'ABGB e la codificazione absburgica in Italia e in Europa. Atti del Convegno Internazionale Pavia 11-12 ottobre 2002, Padova 2006, S. 497-524.
- Al difuori di ogni contrapposizione dialettica: 'Vaterländisches Recht' nella Svizzera settecentesca, in I.Birocchi/A. Mattone (Herausgeber), Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX), Roma 2006, S. 173-318.
- Codificare su due versanti: quello civile e quello penale. Riflessioni sul mito del codice-guida, in E. Tavilla (Herausgeber), Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione, Modena 2009, S. 337-363.

2　翻訳　――PIO CARONI, Die Einsamkeit des Rechtshistorikers――

寄稿論文
PIO CARONI, Bern
Die Einsamkeit des Rechtshistorikers（法史家の孤独）*

"Ti piace viaggiare?
Se impoverisce.
Che vuoi dire?
Se libera dal superfluo."

"あなたは旅することが好きか？
貧しくなるのだ。
それはどういう意味か？
余計なものから開放されるのだ。"
F. Biamonti, Le parole la notte, 1998, 39

Ⅰ序　Ⅱ法典編纂までの法史の歴史　Ⅲ法典編纂による外見上の変化　Ⅳ現行法の歴史性の探求　Ⅴ歴史性が意味するもの　Ⅵ孤独について

Ⅰ　序

一般的に――私もまたそうであるのだが――あるテーマを語る上で、そのアプローチの仕方に労力を費やしている者が、詩人から助力を得るのは稀ではない。詩人は的を射るような連想で私たちを驚かせるため、私たちはそれに喜んで身を委ねられる。それはあたかも、私がフランチェスコ・ビアモンティ（Francesco Biamonti）のちょっとした会話の箇所に身を委ねるかのようにであ

＊定年退職にあたり、2003年６月26日ベルン大学で催された最終講義〔のタイトルである〕。

る。ビアモンティは、本質観照的（entstofflichend）[1] で自由な経験として――核となるものを見る目をますます鋭くさせる動きとして――有意義にみえる「旅」（Reise）を喚起している。このような隠喩が、まるで寸法にあわせて仕立てられたかのように私の中にフィットする。私は教えることもそのように行なってきた（erlebt）。失われた時間（du temps perdu）とは言わないまでも、探し求める遍歴（Wanderung à la recherche）のように、常に「何のために」「どのように」「なにゆえに」といった問いに、理論整然とした、そして可能な限り明確で（entscheidend）結論的な答えを求め、学生に示してきたつもりである。私がここで意としている問いというのは、つまり、何のために、どのように、そしてなにゆえに、ある人には愛され、しかしながらある人には受け入れられない、またある人には感嘆され、しかしながらまた同様にある人からは嘲笑されるような、常に問題をはらむこの歴史科目が、法学部に存在しているのかということである。ここで本日、私は、この「旅路」を報告し、そして――もしうまくいけば――以前には法史科目の存在を確固たるものとしていた多くのものは、今日では形を変えているか、または消滅してしまっているにもかかわらず、なにゆえ今なお、この法史という科目が残っているのかという点についても説明したい。

Ⅱ　法典編纂までの法史の歴史

私の〔法史を〕[2] 回顧〔するそ〕の出発点には、あまり多くのことを期待させてはくれないひとつの所見がある。〔つまりそれは〕法学を初めて感銘深い形で表したという業績をあげたかの法曹家たち、すなわち、ローマの〔古典期の〕

1)〔訳注〕カローニ教授にこの意味について質問をしたところ、次のような補足説明があった。「つまり、旅を通して本質を見極める目を養うことができ、Entstofflichungというのは、そうした本質に集中すること（Konzentration auf das Wesentliche）を意味するということである。最終講義までたどりついた教授（おそらくCaroni教授自身のことを指すだろう）もまた、教授生活を長く続けるに従い、自らが研究する上で何を追求してきたのか、その本質的な意義を徐々に明確に見る事が出来るのである。」

2)〔訳注〕本文中の訳にあたって、翻訳者による補記は〔 〕により示す。

法学者は、歴史的な論証を特別大事に扱ったわけでも、また教授したわけでもなかったように映るということである。彼らは「一千年（ein Jahrtausend）〔という歳月〕を一度たりとも振り返ってみることがなかった[3)]」。なぜなら、彼らはそのようなことを必要としていなかったからである。彼らは生活に根ざしており、〔そのため〕「古い文化遺産や写本の陰にいる、歴史・古代研究者としてではなく、市場あるいは依頼人の家や法廷の椅子、あるいはその付近に座を占めていた[4)]」。法の発展や過去を特に考慮せずとも、彼らはどうやら法を理解し、適用し、そして研究する（fortbilden）ことが出来たようである。それについて私たちは彼らをおよそ非難することは出来ないだろう。

一千年後、ボローニャに法学のルネッサンス（Renaissance der Rechtswissenschaft）が台頭したとき、その状況が一変したように思われる。今度その中心となるのは、遥か昔に公布され、まさしくその時に忘却のかなたから引き戻された原典（Quellen）――つまりローマ法大全の原典――である。このローマ法大全であるが、これは新たに発見された宝物を保護するような扱いを受けた。そのため、普通法学全体は、歴史的な要素をその特徴としてもつことになった。専らこれは、法史的な調査方法を通じて、必要不可欠な前提（Vorfrage）――すなわち、過去を構成していたどのようなものが現在までなお生き続けているのか、つまりどのようなものが慣習を通じて現行法になったのかという問題――に答えていくべきものであった。このようなことは、法がいまだに国家機関の外で主に形成されていた時代――中世はこれに属している――では、いわ

3）W. Munzinger, Zur Frage eines Schweizerischen Handelsgesetzes. Ein Gutachten an das Tit. Justiz- und Polizeidepartement des Schweizerischen Bundesrates, 1862, 24.

4）A. v. Feuerbach, Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung, 1816. 本文は同氏による著書である“Kleine Schriften vermischten Inhaltes”, 1833, 133頁以下（引用145）を引用した。同テクストの引用文には、さらに次のような考察が続いて記されている。:「ローマ人は一千年前に没落した民族の法の亡骸を新しく人工的に構成し、再びその輝かしい生命を呼び覚ますために、分析するなどということはしなかった。」（同書146頁）

ば自明のことであった。

これから先のことは皆さんもご承知のことだろう。：振り子運動（Pendelbewegung）、これには下降・断絶・上昇の一連の動きが見られるが、カントロヴィッツ（Kantorowicz）が叙述したように[5]、この振り子運動こそ、まさしく歴史教科の運命（Schicksal）と任務（Aufgabe）を表しているようである。つまり歴史教科の運命と任務は自らの手で展開出来るものではなく、何かによって遠隔操作されている、あるいは他分野の考え――個別的には法理論や国家政策の類のものかもしれない――によって決定付けられているようだということである。私はこのことに関して、特段不快にも思わないし、また驚きもしない。私はこの問題はそれぞれの〔時代や社会における〕法理解に対する相違から必然的に生じているのだと考えている。〔つまり〕人文主義、世俗自然法理論、法学的啓蒙主義（die juristische Aufklärung）あるいは歴史法学はこの問題について異なる見解をもち、それゆえ、歴史的論拠の意義についても、それぞれが重要とする程度を異にするということは自明の事実として受け入れなくてはならない。

Ⅲ　法典編纂による外見上の変化

私法の法典編纂は、この〔前章でふれた〕振り子運動と、普通法理論の歴史的構造に、とりあえずは突然の終焉をもたらしたようである。法典編纂は、市民国家の複雑な現状（Präsenz）、そして国家によって要求された立法独占（Rechtssetzungsmonopol）の所産である！　それゆえ法典編纂ははじめて実定法の存立を、権威をもった形で、そして信頼出来る形で決定付けたのであった。それに伴って、それまで独占的に法学者に任されていた〔歴史を〕遡った調査というものが不必要となった。法学者は〔今までは〕単なる訴訟手引き的な問

5）H. Kantorowicz, Die Epochen der Rechtswissenschaft, 1914. Nun in : Hermann Kantorowicz, Rechtshistorische Schriften, hrsg von H. Coing-G. Immel, 1970, 1-14.

題〔つまり弁護士がやるような仕事〕に答えていく以上のことを確固たる信念に基づいて行なってきたために、この変化によって大きな痛手を被った。〔つまり〕——近頃よく強調されている点であるが[6]——彼らとしては、自らの権利が奪われ、〔その権利は〕公に没収されたように思っていただろう。なぜなら以前と比べて、〔編纂された〕法典は彼らに、法史的な論証を全く使用しなくとも作業出来るような、より小規模な仕事内容しか与えなかったからである。〔従って〕普通法におけるinterpretatio〔解釈〕の世界と〔近代における〕法典のExegese〔注釈〕の世界の間には、実際において、大きな隔たりがあったといえよう。

それに基づいて法典編纂が法律の授業（Rechtsunterricht）に関しても大きな転機をもたらしているとみることは、的を射た見解であるように思う。法典編纂が歴史的な素材を新しい形式の中へ投入し、内容的にも変更が加えられたということだけに、このような見解はより一層明確である。こうしたことを通して達成された新たな統一（Einheit）、つまり新たな（これは仮に根のないものではないとはいえ）法典の普遍主義を、法史家は主たる課題とすべきであったのだろう。しかしそのかわりに彼らが選択したのは、全く異なる方向性であり[7]、これは要するにius commune〔普通法〕とius proprium〔固有法〕の二元論——これは従来の法源システムの基盤となっていた——を基本的に維持したということである。〔従って〕法典が主張した、統一化の戦略（vereinheitlichende Strategie）は法史家たちによって誤認され、今日にいたっても、法の歴史を扱う授業では二元論が扱われている。但し、こうした授業は、（昔とは異なり）せいぜいのところ予備知識的な役割だけを果たすこととなったのである。このよ

6）これに関しては近年、P. Grossi, Assolutismo giuridico e dritto privato, 1998にて繰り返し述べられている（9頁以下、21・128-130・140・266・170頁を参照のこと）。また基本的には次の著書も参照した。: ders〔同著〕、Metodologie giuridiche della modernità, 2001, 111ff. さらなる参考指示として、P.Caroni, Saggi sulla storia della codificazione, 1998, 184f を挙げておく。

7）以下にさらなる参考指示を挙げておく。: P. Caroni, Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice? in : ders, wie Fn4, 165-199.

うな解決策は、おそらく妥協的性質をもっていたのだろう。〔つまり〕これは、法史家をなだめることができ（なぜならこの策は、彼らに未だなお、戦略的な、つまり解釈＝実務的な役目を割り当てているからである）、そして私法学者を悩ますということもしなかった（なぜなら、最悪な場合においても、彼らは、二元論の通りのままに教えている法史家を恐れる必要がなかったからである）。しかしこの解決策が、果たして、法典－歴史間の見事な和解として見なされているのか、あるいは、むしろ解決不能な試みと見なされるのかについては、とりあえず留保しておくこととしよう。事実として挙げられることは、このような出発点〔すなわち法史家が「新たな統一」を誤認しながら二元論をいまだに扱っているという点〕には既に問題がはらまれていたということである。法典は予備的に細分され、競合する〔法〕史家（Historiker）の各人には、独占出来る領域が与えられた。そして彼らは与えられた職分をもって（mit legitimierender Funktion）各自の独占領域を回顧することが期待された。つまり現行法を予期せぬ任意の構造物としてではなく、長期にわたる発達から自然に派生したものとして捉え、そういった視点から過去を顧みることである。違う言葉で表現するならば、次のようなことである。すなわち現行法は、歴史家が原典（Quellen）の集積を探査する際、彼らが何を見たらよいのかを示唆している。彼〔歴史家〕はとにかく、それに従って、出典をはっきりとした期待を持って調べる。〔そして〕彼は現行法の原形（Vorform）・根源（Wurzel）・土台（Grundlage）・予示（Präfiguration）・予見（Antizipation）として何が問題となっているのかに目を向け、適合しないものについては必ず無視をする〔という方法をとっている〕。このように出典の選択が遠隔操作されているため、（推定上）多かれ少なかれ現行法上変わらずに再び現われている過去しか目にはいらない。〔そして〕現行法は過去から派生したものだと見せかけることにより、偶然にも国会の審議で可決された成果に払われえないはずの尊重を求めるのだ。

多くの、ひょっとすると殆どの法史家に好まれるような、このようなやり方に対しては、様々な理由から、早急に批判していくことが必要である。その理

由としてはまず、このようなやり方は、法典編纂、特に法典編纂によって獲得しようとした私法秩序の統一というものを完全に無視し、そのかわりに昔の法源システムに固有の観念を意図的に存続させているからである。初めから揺ぎ無い結果を獲得するために過去をごまかして扱うような法史家はいっそう非難されるべきである。〔さらに〕成功の圧力にさらされると、過去は必然的に期待された観念や連想の供給者（Lieferantin）となってしまう。過去はまさに搾取されるのである。過去は独立したものであること、過去はすでに過去としての意味をもっているということ、そして過去は後の時代に借用されるのではないということは（彼らの求めている結果に合致しないために）そのような状況下では、まったく擁護されてはならない。またそれに加えて、歴史のこうした疑わしい扱い方（zweifelhafter Umgang）がどこへ必然的につながってゆくのか（もしかしてそれは意図的につながるのか）、つまり生成された法を正当化する、すなわち事実的なるものの規範的な効力を是認することにつながると考えてみると、非常に不快感を覚える。そのような批判に値する手法を支持する多くの法史家による学問の中に、私たちの学生たちの教育への貢献はあるだろうか。そして現在を正当化するためのこうした歴史の疑わしい扱い方の中には〔私たちの学生たちの教育への貢献はあるだろうか〕。

Ⅳ　現行法の歴史性の探求

私は以上の方法を、公然と支持することが現実的に出来ないがために、長い間、異なる別の道を歩むようにしてきた。それは法史の科目・講座を救済するためではなく、〔法史を学ぼうとしている人への〕知的でより正直な教育をしたいがためである。その際、私は常に繰り返し、自分自身にこう問いかけてきた。〔法史学者が〕現行法の過去について伝え、この法における時間の経過の影響というものを〔これらの学生に〕気づかせようとする場合、〔この学者は〕一体、〔そのことによって〕何を達成させようとしているのであろうか、と。

〔この問題に対する〕私の回答は、年月がたつと共に、ますます簡略化され、

明白なものとなった。私が考えるに、〔なぜ法史を教えるのか、学生の立場からいうならば、何のために法史を学んでいるのかというならば、〕文化を学ぶためでも、法史をどのように学ぶかといった技術的なことを学ぶでもなく、また現行法の法政策的な正当性を裏付けるためでもなく、また別のものが重要な意味をなしているのである。つまり、法そのもの――従って現行法も含めたもの――の歴史性を洞察すること（Einsicht in die Geschichtlichkeit des Rechts）である。〔さらにいうならば〕法というものは、空間的時間的（raumzeitlich）に制約されているため、時代の制約の中でのみ、すなわち「意識の視野」（in das Blickfeld des Bewusstseins）の中で、法はその姿を現すことが出来るということを理解することが大切な点であろう[8)]。またそれに伴い、そこから生じる、多様な社会的要因への法の従属関係――この社会的要因を考察することなくして、法知識は考えられないだろう――への是認というものも重要となる。従って、時代に制約されるということは、常識の枠を超えた法の特異性というわけではなく、〔むしろ〕法の根本的特質なのである。〔従って〕時代に即した講義を行なうということは、実際になされた現行法の制定に対する不愉快な連続性を喚起する講義よりも、必要性の高いものであり、なおかつ（仮により難儀なものであったとしても）有益なものである。ただ、歴史性というものに対するアプローチはどのように行なっていくのであろうか。そしてどこに出発点があるのだろうか。

その答えは当然、現在を起点とする、である。そうでなければ一体どうすればいいというのか。しかし現在については、承認されている現在もあれば、疑わしく思われている現在もある。従って、現行法や法典――これは、従来独自に伝えられてきたものの付加、混合、妥協（Transaktion）としての法典ではなく、〔こうしたものをも〕調和しつくられた成功作として公布なされたという法典――〔を同様に出発点とする〕。そしてこうした出発点に、出典の探求（そし

8）G. Husserl, Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays, 1955, 42.
〔訳注〕このゲルハルト・フッセルによる『法と時間』（Recht und Zeit）については、千葉正士『法と時間』信山社、2003年、９頁以下に詳細な記述が見られる。

て選択）が相応する。上記に論じられた（〔私が〕批判している〔大半の法史家によってなされた出典の探求方法、すなわち現行法を長期にわたる発達から自然に派生した物と理解し、出典の選択を〕遠隔操作するもの（ferngeleitet）であるとしたもの）選択と比べて、この出典の探求方法は〔予断上の〕期待がない傾向の（tendenziell erwartungslos）ものである。事実、歴史性の発見に努めている者は、果たしてそれに該当するものを見つけられるか否か、そしてそれはどこで見つけることが出来るのかということを最初から知ることはない。なぜなら、その原典（Quellen）――それからはせいぜいのところ〔上記より〕言及されている、法の〔社会的要因への〕従属関係（Abhängigkeit des Rechts）が推察されうるくらいである――は、境界が定められていて、あらかじめ決められている範囲に由来するものとは限らないからである。また原典は、さらなる解明によって、あるいは、他との関係によって、はじめて有用な示唆を含んだものとして認識されることが多いからである。〔しかし〕このことは、選択のあらゆる基準を欠くことになるということを意味しているわけではない。ただ、探求自体がはるかに複雑化したにすぎない。〔つまり〕この探求は、直線的な「原形」（Vorformen）の発見では決して満足はいかないだろう。その際に、今まで無視されていたり、または関連ないものとして置き去りにされていた原典に遭遇することも、探求には期待されているのである。私は、生成過程にはあるが、現行法までは達することの無かった原典（Quelle）をここでは言っている。あるときに提案がなされ、議論がなされたが、〔それと同時に〕その後の経過の中で、より適したものに（あるいはよりやさしいものに）代替され、または、代わりのものがたてられることなく、そのまま抹消された制度、規則、そして解決案がこれに分類されるだろう。

これらのものは目標に導くものではないがために前史の一部と見なされないと簡単に言ってしまうことは、私は不適当であると思う。なぜなら、それらの運命、つまり法にまで至らなかったものもまた、法典が依拠しているのと同じ論理や法政策上の見解の影響を受けているからである。〔従って〕法の歴史的

探求に際して、〔法の〕概念・教義・定義が徐々に形成されることに関する証言（Aussagen）だけではなく、〔法が〕成立した時代の社会的背景――それはもちろん、法的な規定の社会的な価値が考量されるときに限ってのことだが――への認識（Einblicke）をも求める人は、私たちがすぐに見ることになる通り、「法律にならなかった〔または生成されなかった〕ものの世界」（Welt des Nicht-gewordenen[9]）こそが決定的なものを明るみに出してくれることを期待している。この「法律にならなかったものの世界」は、〔私たちに〕注意を促し、細分化を勧め、そしてとりわけ〔私たちが〕いつも法の発展の頂点（Krönung）〔つまり現行法となったもの〕に目にとめ、賞賛することをしないためにも、失われたもののリスト（Verlustliste）を敢えて閲覧することが重要であることを教示してくれるのである。

V　歴史性が意味するもの

このような意味において、偏見をもたずに――つまり現在を出発点とするものの、その現在に対して先入観をもつことはない――後ろを振り返ってみるならば、そこには一体何が見えるだろうか。私たちの学生への教育に関連する〔法の歴史への〕理解というものは、これまで考察してきた情況から導きだし得るのであろうか。〔以下の〕３点が、この関連において意味があるように私は思う。

まず第一に、過去を、未知の、意のままにならない、独立した（eigenständig）国――その「違い」（Diversität）は、いかなる方法によっても自分のものにすることは出来ない――として理解することである。過去はそれ自体に、そしてそれ自体にとってその意義を――根本的にそして常に――持っており、そして私たちがその過去を意識するか否か、そして過去は私たちの現在の先駆者であるように見えるか否かということとは全く関係ない。従って過去を、何らかの

9）P. Caroni, Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte, in : G. Arzt-P. Caroni-W. Kälin（Hrsg）, Juristenausbildung als Denkmalpflege? Berner Ringvorlesung 1992 aus Anlass der Reform des juristischen Studiums, 1994, 27-56, insb 48f.

連続性（beliebige Kontinuität）を確証づける素材（Materialien）の供給者として意のままに扱うことはできない。過去は私たちの解釈では把握できないという人が時折いるが、それは過去の歴史性を確認出来る出典次第である。一般的に口伝えの法慣習が中心だった時代全般の扱いが難しいということは明白なことであり、それについての異論はないだろう。

第二に、生成された法（gewordenes Recht）を過去の派生物、つまり過去の結果とみなすことを、上記の違い（Diversität）に基づいて断念することである。ここではサンテグジュペリ（Saint-Exupéry）を思い浮かべないわけにはいかない。彼は、将軍・歴史家・建築家・教授の立派な愚動（solide stupidité）に対して説得することで立ち向かい[10)]、彼らによる、発展の機械的説明（「因果関係の長い連鎖」（la longue chaîne de causes et de conséquences）[11)]）に対し「創造とは、創造された事物とは別の本質に属するものであり、それがおのれのあとに残す符号から遁れ去るがゆえに、いかなるしるしのなかにも読み取れぬものだからである。[12)]」という確信を対置させた。過去から出発し〔現在の〕私たちのところへ通ずる路線は、そのことによって否認されるべきではない。しかし直接に目的に導いてくれる線など殆どなく、むしろその多くは特別な点線のようなものであり、時々見失われ、また後に予想もつかないところで現れる。そのためこのような線はその合理性が確認しにくく、また予想が困難な道順を表している。法的なメッセージの運命も同じように説明しなければならない。

10）A. de Saint-Exupéry, Citadelle, in : Oeuvres complètes II, Bibliothèque de la Pléiade, 2001, 411, 417, 420, 422, 424, 431.

11）同前書、431頁。

12）同前書、545頁。理性や論理によって生成されたものへの十分な説明や解明が得られない――なぜなら、何が経験の各々の要素を有意義に結び付けている、つまり結合させているかは、理性や論理には見えない（そして簡単な因果関係にも見えない）からである――確信は、サンテグジュペリの後期の未完成のままになってしまった「哲学的な小説」の主題のひとつである。

〔訳注〕本文の日本語訳は、山崎庸一郎訳『サン＝テグジュペリ著作集２ 城砦Ⅱ』、みすず書房、昭和37年、80頁より引用した。

目指した目標を外し、そのかわりに意図しないことを可能にするような規定が時々公布される。または途上で次第に忘却されていき、ゆっくりと姿を消していくような規定や、新たに浮上した問題への解決法として再利用されるような規定、あるいはその意図はよいのだが（例えば争いを緩和させる目的があるようなもの）、議論する余地なくして、社会の圧力や権力に屈せざるをえないような規定も時々公布される。これはご承知のことであろう。また、ある目的に達したメッセージを理解・解釈・実現するためには、常に予測のつかない路線があることを認識することが不可欠である点についても異論を唱えるものはいないだろう。

第三に、今なお見えて、そして法の歴史性と矛盾することのない唯一の連続性（die einzige Kontinuität）とは、寧ろ評判のよくない（unbeliebt）唯一の連続性である。連続性というものは、法の成立条件を、もっと正確にいうならば、常に相反していた法の社会的背景を指し示している。〔またそれは〕法のなかに社会的な弁証法（Dialektik）の所産を見ている。それゆえに、連続性は、いつ、どのようにというよりも、なにゆえ法はこういうふうになったのか（一方的であり、また公平でもなく、〔さらにはある一方の当事者に〕傾いている〔というような、現行法の一部にある傾向〕をも含め）ということをより明るみにだしてくる[13)]。従ってこのようななかで認識されている歴史とは、決して素直で安心出来るようなものではない。というのも、歴史は現行法を例外なく相反する二者間をうまくとりもつ仲裁として見做しているわけではないからである。歴史は〔法の〕意図と実現の間に大きな隔たりがあることに嘆いている[14)]。歴史は、期待の出来る原則が事実上どのくらい違って機能しているのか、そしてその原則は最終

13）R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 1, 6. Aufl 1907, 48fに明らかに依拠している。同様の意味において、今日〔発表された著書として〕A. -J. Arnaud, Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours, 1975, 198ff〔が挙げられる。〕

14）P. Caroni, Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte, 2003, 310ff.

的に領域の関心事（sektorielle Anliegen）へ達するためにどのくらい役立たなくてはならないのかを示している。〔しかしながら〕歴史が与えることの出来る唯一の慰めは僅かでしかない。〔結局のところ〕この歴史自体が生みだした不安とまさにそのままの社会とがどこまでも適合しているように見えることは否定出来ないであろう。

Ⅵ　孤独について

出来る限り、このようなものの見方に従って、私は己の道を歩み、この〔法史という〕学問を（又はむしろこの学問から生じる問題性を）法学部の学生（Juristen）に親しませることを試みてきた。その過程において、支障なくわが道を歩むためには、いかなる条件を満たさなければならないか、また、いかなる不利益を受け入れることになるのかについて、容易に認識することができた。冒頭のタイトルは何を伝えているのか、その点について最後に言及することで、私の道の到着点としたいと思う。

このような見方を支持する法史家も、〔現在を切り離すことなく、むしろ〕現在を出発点とすることから逃れることができない。というのは、それが有益で合理的で適切だからというのではなく、必然的であるからである。要するに〔私たち〕法史家は、単にどこかに腰掛けるのではなく、川の河口において、〔つまり〕他のすべての法律学者と並んで〔自らの〕場所を確保するのである。彼らの多くは、河口に着いたものしか完全に目にしていない。そして彼らは流れ着いたメッセージを即座につかみとり、そのメッセージから〔それに〕付着している歴史を入念に〔切り離し〕洗い落とす[15)]。言い換えれば、彼らは「実証

15）出来る限り、モンテーニュ（Montaigne）の要求にしたがって記した。:「法はその権力を所有と慣習からとる。法をその生まれたところまで戻すのは危険だ。法は流れながら、時間とともに膨れ上がり、さらに威厳がもたれ、それは私たちの川と同じである。その川を源まで遡ってたどると、それは殆ど目に見えないほどの細かい水の糸しかない。それも、時間とともに膨れ上がり、力を増し、大河となる。」（Essais, in : Oeuvres complètes, Bibliothèque de la Pléiade, 1967, 567）

された」(positivierten)、つまり現行法を無条件に支持する。そしてそれを徹底的に適用するという役割に徹する。彼らの任務にはそのようなことが要求される、いずれにせよそのように一般的に考えられている。

遅くともこの時点で、確かに道は分かれており、私たち法史家は〔実定法学者とは〕もうひとつ別の方向を選んでいる。つまり、現在ある法を法史家は効力ある法としてではなく、生成された法(nicht als geltendes, sondern als gewordenes Recht)として認識する。それゆえに法史家は、自分自身をこの現行法とその論法、ルール、価値の檻の中に閉じ込めないように気をつける。法史家の道は檻の外である。その道はこうした意味において、実証主義(Positivität)——その時その時の法政策的格付けにおいても同様に——とは傾向的に異なるからである。〔むしろ〕法史家の道は、〔実際に〕支配的解釈、構造、戦略(さらにいうならば、実定法の基礎をなしているものも、〔また〕私が批判しているものの、なお大半の法史家の行なっていることも含めて)からの完全な独立を目指している。その独立とは、疎外され、相手にされず、要するに孤独(Einsamkeit)となることであり、〔法史家はこれを〕獲得しなければならない。極端かもしれないが、これは自発的に行なう亡命(Exil)のようなものに等しい[16)]。あるいはこういうふうに言うことも出来る。:亡命をする〔に値する〕この道は自由をもたらす。なぜならこの道は、〔ある程度の〕距離が保たれているからであり、この距離さえきちんと確保していれば、都合の良い同伴者(bequemer Mitläufer)を無意味に探す必要もなくなるだろう。〔そして〕その道は、選択のひとつとしてではなく、必然的(zwangsläufig)に歩まなければならない道である。その道が導く「孤独」とは、罰(Strafe)〔として与えられたもの〕でも見栄(Koketterie)〔から生じているもの〕でもなく、むしろもっと味気ない(nüchterner)ものである。孤独であるということは、歴史性を——現

16)(とりわけ壮絶な自身の経験に基づくものであるがゆえに)説得力のある〔著書として〕E. W. Said, Des intellectuels et du pouvoir, 1996〔の〕15-18, 69, 77-79頁その他随所を参照のこと。

行法のそれを含めて――有意義に取り扱うための不可欠な条件である。つまり「孤独」とは、夜とよく似ている。詩人は夜を〔単に〕「光を否定する」（négation de la lumière）ものとして認識しているのではなく、むしろ「いくら光を照らしても目には見えないものを、人間の目に目立たせるため[17]」（fait pour nous ouvrir les yeux sur ce qui reste irrévelé tant qu'on l'éclaire）の技巧（Kunstgriff）として認識している。

もしかすると孤独はいつも簡単に耐えられるものではない――それも隠さず言うならば――にもかかわらず、意味があるものである。世の中には生まれながらの隠者は少ない。「世間から離れて」生きることは好きこのんでするものではない。隠者は、常に懐疑的であるアウトサイダーであるから、従ってどのような形においても公的な称賛や承認の見込みもない。実際には多くの人はそれに耐えられなく、遅かれ早かれ、威信をもった行動――現行法へ従事すること――をとるようになる。なぜなら現行法へ従事するということは、ランプの明かりの下で行なわれ、加えて経済的により有益な状況で行なわれるからである。

私個人について言うならば、再三、誘惑の歌を耳にしたが、そのたびに抵抗することは出来た。オデュッセウス（Odysseus）の様に、私は、帆船の帆柱に自らを巻きつける必要はなかった。一匹狼に生まれ、せいぜい少数派に囲まれ、サバイバル精神（selvatichezza）が幸い身に付いた者として、世間から離れて生きる（vivre à l'écart）のは私に合っていた。「国」というものを考えるとき、自分の「祖国」を考えると、私ははじめから中心から離れたところ（peripher）にいた。それも不運なことではなく、むしろ好機なのである[18]。周縁部（Peripherie）ではいやおうなく隔たり（Distanz, Abstand, recul）を意識させられる。しかし〔また同時に〕それは、中心の相対性（Relativität）を明らかにし、中心

17）P. Jaccottet, L'ignorant. Poèmes 1952-1956, 1957, 27.

18）その意味において、L. Hohl, Dass fast alles anders ist, 1967, 74ff〔を挙げておこう。〕

につきもののリーダー主義（Protagonismus）を滑稽な態度として表している。さらに〔周縁部は〕次のようなことも〔私たちに〕教示してくれる。それは、あらゆる中心――いくら重要であっても――は、人の観測する場所が移ると、前ぶれもなく、周縁〔つまり郊外〕へとなりえるということである。それは今年私たちがウィーンを離れるときに見た、「さようなら、グラーツの最も美しい郊外であるウィーン」という大きなポスターから読み取れる機知に富む格言に、何か暗示をかけられたのと似たようなものである。

全体としてみてみれば、今日終わる教職生活は素晴らしい時間だった。忘れがたき〔人物である〕カルロ・ディオニソッティ（Carlo Dionisotti）がよく「不穏な幸福」（felicità inquieta）[19] といっていた状況下で私は生きてきた。しかし私は、「法史がたった今説明した意味において明るみにだしているもの、つまり、再度目に見えるようになったもの」や「連続性に沿った一面的な探求によって、大多数のものがフェードアウトされたり美化されたことへの胸苦しさや不愉快な想い」について考えると、その学問を幸福感に満ちて明け渡すことがおそらくできないであろう。なぜならそのようにして発見されたものに時おり〔私たち法史家は〕打ちひしがれるからである[20]。〔そこでこのような場合には〕沈黙〔をすること〕がむしろ適切であるかのように思う。つまり、弁者が全ての工夫をこらし、論じたあとに戻らなければならない場所、それが沈黙である。歴史の中の敗者たち、特に、法的論証によって敗北（Niederlage）をもたらされ、〔その存在を〕奪われ、だがそれでも歴史家によって認知を受けた者に対しての敬

19）それは“研究や歴史的知識につきものである”（Dionisottiのように）、これはとりわけP.L.Mengaldo,in : L'Indice dei libri del mese, März 1995, 32と比較せよ。

20）〔訳注〕カローニ教授は次のように考える。「法には勝利を収めたものと敗北したものがあり、「公布」をもってこれらの勝敗が決まる。こうした事実に法史家は直面することとなる。法には「義なるもの」が存在していると皆信じているため、こうした事実を発見してしまった我々法史家たちは、時折不快な気持ちになり、また押しつぶされる思いにもなる。」

意の表明としての沈黙である。従って、私はここで、カミュ（Camus）の言葉をもって、静かに締めくくりたいと思う。:「そうだ、美があり、そして辱しめられた人々がある。それを企てることがいかに困難であろうと、私はそのどちらにたいしてもけっして不忠実ではありたくないと思う。[21)]」

21）A. Camus, L'été. Retour à Tipasa, in : Essais, Bibliothèque de la Pléiade, 2000, 875.
〔訳注〕本文中の日本語訳は、滝田文彦訳「夏」（佐藤朔・高畠正明編『カミュ全集 7 十字架への献身・精霊たち・夏』新潮社、1973年）、175頁より引用した。