

In April 2022, Osaka City University and Osaka Prefecture University merge to Osaka Metropolitan University

Title	F.C.サヴィニ 『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』(その一)
Author	守矢, 健一
Citation	大阪市立大学法学雑誌. 59 卷 2 号, p.298-281.
Issue Date	2012-10
ISSN	0441-0351
Type	Departmental Bulletin Paper
Textversion	Publisher
Publisher	大阪市立大学法学会
Description	
DOI	

Placed on: Osaka City University

Osaka Metropolitan University

〈翻 訳〉

F. C. サヴィニ

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の
使命について』（その一）

守 矢 健 一

目 次

はしがき
第一章：導 入
I. Einleitung.

は し が き

以下に訳出されたのは、フリードリヒ・カール フォン サヴィニ (Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) が1814年に公にした小冊子『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について (Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)』の第一章の拙訳である。でき得れば、この続きの翻訳（この小冊子は、全部で12の章を含んでいる）も、準備がととの次第、公表し、批判に供し、以て訳業の改善を期してゆきたいと考えている。

底本として用いたのは、Savigny, F. C., Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814 である。さらに、Thibaut und Savigny. Ihre Programmatischen Schriften, hg. von H. Hattenhauer, 1. Aufl. (1973), 2. Aufl. (2002) も参照した。なお、F. C. Savigny, Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum „Geist der Gesetzgebung“, hg. von H. Akamatsu u. J. Rüchert, 2000, にも本テキストは収録されているが、多少誤記があることが惜まれる。それから、[]

二九八

にくくった数字は、『使命』初版の頁数を示している。原著書の註は、頁毎に振り直されているが、本翻訳では、アラビア数字で一章毎の通し番号を与えた。ローマ数字は、訳註。訳註の煩瑣をおそれ、サヴィニが簡略に書誌情報を与えているに過ぎぬ場合、邦語訳の脚註にはより詳しい書誌情報を与えて、便宜に供した。

サヴィニの数ある業績からなぜこの小冊子がとくに選ばれたか、と問われれば、返答に窮する。けれども、この小冊子はいろいろの意味でおもしろいうえに、その扱うテーマが立法と法学という大きなものであるため、法の専門的な知識をあまり持たない者をも、はじめから読者層から排除しない、という長所を持っている。そのため、わたくしは講義でもしばしば素材として利用してきた。ところがその準備のために再読すると、いつも新たな発見がある。古典、と呼んでもよいのであろう。

翻訳は須くテキストの解釈でもある。そこで、訳文に原語を添える、という手法が予てより存在する。現代のドイツ語であれば、それはかなり説得力を持つ方法であろう。しかし、歴史的なテキストの場合、訳文と原文との関係は、もっと複雑なものになるのではないか。訳文の含意を明瞭にしようとするほど、そこには解釈が介在して来ざるを得ない。訳者の立場をはっきりさせるため、訳註をつけた。しかしより原則的に、対訳、という、ドイツにおいては古典の翻訳においてしばしば選択される形式を採用することにした。

ここに今後、世に問おうとしている翻訳の仕事は、直接的には、2011年4月から開始された、毎週金曜日に大阪・梅田の一角で、大阪市立大学・神戸大学・大阪大学・京都大学から集う、学生や大学院生（専攻は憲法から商法に及び多様である）、准教授、教授、名誉教授、さらに篤学の市民によって、つまり世代を超えた研究仲間によって、夕方6時から8時まで開催されるドイツ語原書講読会における『使命』講読をペースメーカーとして、進められていった。この原書講読会自体の起源はもっと遠くに遡り、ケルゼンを読んだことも、トイブナを読んだこともある。わたくしは、この集まりから多く

【立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について】(その一) (守矢)

の刺激を受けている。ここではご自身、サヴィニ研究について学界を現在にいたるまで長年、しかも国際的に牽引してこられた石部雅亮さん、講読会の講師の役を務めてくださっている高田 篤さん、様々のサポート役を引き受けておられる高山佳奈子さんの名前を挙げておくと、およそすべての研究仲間からの、遠慮のないいわゆる *Verständnisfrage* の数々に立ち往生したこと、そこからテキストへの新たな接近の手がかりを得たこと、を記して、彼ら彼女らにも、感謝したい。もとより、訳業はまだ到底完成に近づいているわけではないから、確実な歩みを重ねたい。

I. Einleitung.

[1] In vielen deutschen Ländern hat jetzt ein äußeres Bedürfniß die Frage nach der besten Einrichtung des bürgerlichen Rechts angeregt, und so ist diese Frage, welche unsere Staaten lange Zeit auf sich beruhen lassen konnten, zur gemeinsamen Berathung der Staatsmänner und der Gelehrten gediehen. Aber noch ein edlerer Grund als das bloße Bedürfniß hat zu dieser öffentlichen Berathung gewirkt: das Gefühl, daß in der abgewendeten Unterdrückung der deutschen Nation eine dringende Aufforderung an jede lebendige Kraft liegt, sich dieser Zeit nicht unwerth zu zeigen. Darum ist es nicht Anmaaßung, sondern recht und gut, wenn jeder, der ein Herz hat für seinen Beruf, und eine klare Anschauung von demselben, diese Anschauung öffentlich mittheilt, und [2] die Rechtsgelehrten dürfen darin am wenigsten zurück bleiben. Denn gerade im bürgerlichen Rechte ist der Unterschied der gegenwärtigen und der vergangenen Zeit recht augenscheinlich. Ohne Zweifel kann auch hierin im einzelnen noch viel Verkehrtes geschehen aus Unverstand oder bösem Willen. Aber die erste Frage darf doch wieder seyn: was ist recht und gut? Die Sache trägt doch wieder ihren Zweck und ihre Bestimmung in sich selbst, die Fürsten können wieder thun nach ihrer Ueberzeugung, und ihre Ehre setzen in das gemeine Wohl. Das wird von der vergangenen Zeit niemand behaupten. Als der Code in Deutschland eindrang, und krebstartig immer weiter fraß, war von inneren Gründen nicht die Rede, kaum hie und da in leeren Phrasen: ein äußerer Zweck bestimmte alles, dem eigenen Werthe des Gesetzbuchs völlig fremd, ein an sich selbst heillooses Verhältniß, selbst abgesehen davon, daß es der verderblichste unter allen Zwecken war. Darum war es bis jetzt fruchtlos darüber zu reden. Die in dieser Zeit geredet haben, waren theils eigennützig der schlechten Sache hingegeben, theils in unbegreiflicher Gutmüthigkeit von ihr

第一章：導 入

[1] ドイツの多くの領邦において、いま、ある外在的な必要から、市民法ⁱの最良のすがたかたちはどのようなものかという問いが活気を帯びるに至っている。これまで長いことⁱⁱ、ドイツの邦々は右の問いを棚上げしておくことができたが、その問いが現在では、邦の為政者や学識者がこぞって審議する対象となるに至ったのである。かような公然たる審議を惹起するには、しかし、単なる必要ばかりではなくそれより一層高貴な、ある根拠ⁱⁱⁱが作用している。その根拠とは即ち、ドイツ同胞^{iv}が抑圧から解放され、この、いまという時代に自分の価値が無ではないことを示したいという、切実な要請が活力の担い手の全てに向けられている、という感情にほかならない。自らの使命に対する心がけがあり、そしてその使命についてはっきりした考えを持っている者ならば誰であれ、そうした考えを公然と提示することは、その意味で、決して思い上がりではなく、むしろまことによいことであり、[2] そして法曹こそ、この点で人後に落ちることがあってはならない。ほかならぬ市民法においてこそ、現代と過去との相違がまさに一目瞭然たるものになっているからである。なるほど、市民法においても、個々の点では、あるいは無理解に基づいて、あるいは悪意に基づいて、筋違いが行われることも少なくないには違いあるまい。だがようやくふたたび、なにがまことによいことなのかという問いこそが、何より問われるべき問いなのだと言えるようになった。ようやくふたたび、ものごとは自らの目的を弁え、自らの臍に落ちる役割を担うに至り、諸侯は再び自らの確信に基づいて行動し、また自らの名誉の真価を公共善^vに賭けることが可能になった。これまでも同様であったなどと主張する者はあるまい。ナポレオン法典がドイツ圏に侵攻し癌細胞のように絶え間なく浸食していったときには^{vi}、内的な根拠のことなど話題にはならなかった。空虚な絞切り型に、内的な根拠などというものは殆んど見当らなかつたのである。ある外在的な目的が、全てを、法典^{vii}の固有の価値とは全く無縁に、定めた。これは、それ自体として、救いがたい状況であった——そもそも法典というものの自体が、およそ目的のなかでも最も頹廢的なものであることをすら度外視しても。したがってこれまでは、内的な根拠について語ったところで、成果は見られなかつた^{viii}のである。そうした時代においてあれこれ論じた者たちのなかには、この筋の悪いことがらに、利己心から身を委ねるものもあつたし、また、首をかしげるほどの人の良さから

bethört, die meisten bloß zur Ausführung mitwirkend als Geschäftsmänner, ohne sich in ein Urtheil einzulassen: einzelne ehrenwerthe Stimmen ließen sich hören, strafend und warnend, andere andeutend und winkend, an Erfolg aber konnte keiner denken. Daß wieder eine Verschiedenheit der Meynungen wirksam werden, daß wieder Streit und Zweifel entstehen kann über die Entscheidung, gehört zu den Wohlthaten, womit uns jetzt Gott gesegnet hat, denn nur aus dieser Entzweyung kann eine lebendige und feste Einheit hervorgehen, die Einheit der Ueberzeugung, nach welcher wir in allen geistigen Dingen zu streben durch unsre Natur gedrungen sind.

Aber es giebt einen zweyfachen Streit, einen feindlichen und einen friedlichen. Jenen führen wir, wo wir Ziel und Zweck verwerflich finden, diesen wo wir Mittel suchen zu gemeinsamen löblichen Zwecken. Jener wäre auch jetzt noch, da nicht mehr vom Code die Rede ist, an seiner Stelle, wenn Einer behaupten wollte, jetzt sey die rechte Zeit, wo alle einzelne Staaten in Deutschland sich fest abschließen müßten: dazu sey auch das Recht gut zu gebrauchen, und jede Regierung müsse für ein recht eigenthümliches Gesetzbuch sorgen, um auch hierin alles gemeinsame aufzuheben, was an den Zusammenhang der Nation erinnern könnte. Diese Ansicht ist nichts weniger als willkürlich ersonnen, vielmehr sind ihr manche Regierungen offenbar günstig: wohl aber hindert eine gewisse Scheu, sie jetzt laut werden zu lassen, und ich wüßte nicht, daß sie in Schriften für das bürgerliche Recht benutzt worden wäre. Ganz anders ist es mit den Vorschlägen, die bis jetzt für dieses kund geworden sind, denn mit ihnen ist, wo wir [4] nicht übereinstimmen, ein friedlicher Streit möglich, und ein solcher führt, wo nicht zur Vereinigung der Streitenden, doch zu besserer Einsicht im Ganzen.

Von zwey Meynungen über die Einrichtung des bürgerlichen Rechts, die mir bekannt geworden sind, geht die eine auf Herstellung des alten Zustandes¹⁾, die

1) *Rehberg* über den Code Napoleon. Hannover 1814.

『立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について』（その一）（守矢）

心を奪われてしまったという人もいた。もとより、大半の者たちは、事務屋として、判断は棚上げしつつ、こうしたことにただお付き合いをした。敬意を払うに値する見解が発せられなかったわけではない。あるいはそれはあぶないですよと注意し警告する、あるいはこうしたらよいのではと暗示し指示する、そのような見解が、あった。しかしこうした見解が成功を収めるとは誰にも思えなかったのである。ところが、意見^{ix}の相違というものがいまふたたび機能するようになった。[3] 決定に対して論争が行われ疑問が提起されるということがふたたび可能になった。これは、神のわれわれに対する祝福の賜物のひとつにほかならない。あの、活気を帯びていながら確固としてもいる一体性というものは、こうした不和を踏まえてのみ、立ち現われるものだからである。それは、確信^xに基づく一体性である。われわれは、その本性によって、精神的なことがらのすべてについて、この、確信に基づく一体性を目指すべく仕向けられている^x。

ただし、論争にも、敵対的な争いと、平穏な争いとの種類がある^{xi}。相手方が目指すところ自体を打ち捨てるべきだと考えるとき、われわれは敵対的な争いを行い、相手方と共通の、賞讃に値する目的に達するための手段を探す場合、われわれは平穏な争いを行う。こんにちでも敵対的な争いが適切な場合が考えられないではない。いまヤナポレオン法典について論ずることはもうない。そこに乗じて、次のように主張する者が居るとしよう。いまこそドイツにおけるすべての邦がみな相互に絆を断つべきときである、そのために法も存分に利用されねばならない、各々の政府はその邦にだけ固有な法典を作るよう配慮せねばならない、そしてドイツ人はみな同胞なのだという観念を想起させかねないところの、各邦に共通のことがらを余さず廃棄するのである、と。こう主張する者に対しては、敵対的に争わねばなるまい。かような見解は単に恣意的な思いつきとして片づけることはできない。否、かかる見解に好意を寄せる政府もないのではないのは明らかである。ただ、かかる見解を声を大にして言うことがいまはおそらく憚られはしよう。いずれにせよ、この見解を市民法のために活用した例を読んだことはわたしにはない。市民法についていままでに為された諸提案は、かかる見解とまったく性質を異にしている。蓋し、これらの諸提案については、われわれは見解を同じくしないとしても、とにかく平穏に論争することができる。[4] そしてそうした平穏な論争は、論争当事者に見解の一致を齎さないとしても、全体としてよりよい洞察に導びくのである。

わたくしの知るところでは、市民法という制度について、二つの意見があるが、そのうちの第一は、旧来の状態を取り戻すことを狙い¹⁾ ^{xii}、第二は、ドイツ諸邦に共通して

1) *Rehberg, A. W. Ueber den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland, Hannover 1814.*

zweyte auf Annahme eines gemeinschaftlichen Gesetzbuches für die Deutschen Staaten²⁾. Zur Erläuterung dieser zweyten Meynung sind gleich hier einige Bemerkungen nöthig, indem sie in einem doppelten historischen Zusammenhang betrachtet werden muß.

Erstens nämlich steht sie in Verbindung mit vielen ähnlichen Vorschlägen und Versuchen seit der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts. In dieser Zeit hatte sich durch ganz Europa ein völlig unerleuchteter Bildungstrieb geregt. Sinn und Gefühl für die Größe und Eigenthümlichkeit anderer Zeiten, so wie für die naturgemäße Entwicklung der Völker und Verfassungen, also alles was die Geschichte heilsam und fruchtbar machen muß, war verloren: an die Stelle getreten war eine gränzenlose Erwartung von der [5] gegenwärtigen Zeit, die man keinesweges zu etwas geringerein berufen glaubte, als zur wirklichen Darstellung einer absoluten Vollkommenheit. Dieser Trieb äußerte sich nach allen Richtungen: was er in Religion und Staatsverfassung gewirkt hat, ist bekannt, und es ist unverkennbar, wie er hier durch eine natürliche Gegenwirkung aller Orten einer neuen, lebendigeren Liebe die Stäte bereiten mußte. Auch im bürgerlichen Rechte war er thätig. Man verlangte neue Gesetzbücher, die durch ihre Vollständigkeit der Rechtspflege eine mechanische Sicherheit gewähren sollten, indem der Richter, alles eigenen Urtheils überhoben, bloß auf die buchstäbliche Anwendung beschränkt wäre: zugleich sollten sie sich aller historischen Eigenthümlichkeit enthalten, und in reiner Abstraction für alle Völker und alle Zeiten gleiche Brauchbarkeit haben. Es würde sehr irrig seyn, jenen Trieb und diese Anwendungen desselben einzelnen Irrlehrern zuzuschreiben: es war, nur mit sehr achtungswerthen Ausnahmen, die Meynung der Völker. Darum stand es nicht in der Macht der Regierungen,

2) *K. E. Schmid* Deutschlands Wiedergeburt. Jena 1814. S. 135 sc. *Thibaut* über die Nothwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland. Heidelberg 1814. Jener wünscht für den Augenblick Annahme des Oersterreichischen Gesetzbuchs, dieser sogleich ein neues.

妥当する法典の採択を狙うもの²⁾ xiii xivである。第二の意見を明らかにするためには、いささかの註解を直ちにここでしておかねばならない。それは、この意見が、二つの意味で歴史的な脈絡において理解されねばならないからである。

この意見は、第一に、18世紀中葉以降に見られた数多の相互に類似する提案や試みと結びついたものである。このころ、ヨーロッパ全体に亘り、全く分別の欠けた知的形成への衝動が活発化した。かつて存した様々の時代にはそれぞれにひとつのまとまりを持ち個性もあること、あるいはまた各々の民族とその国制とにはその本性に相応しい発展があること——こうしたことに対する感受性こそが、何にもまして、歴史を救いあるもの実りを齎すものにするために不可欠なのに、これが消失した。その代わりに出て来たのは、いまという時代に対する、ある法外な期待であった。[5] 絶対無欠性とでも云うべきものを実際に表現するには、この期待こそふさわしいのだと、ひとは信じた。かような衝動はあらゆる方面であられた。この衝動が宗教および国制の領域でいろいろと作用したことは知られている。ただし、この領域において、こうした衝動に対していたるところで自然な反撥が見られ、以て、かかる衝動はまぎれもなく新たな一層生氣ある愛^{xv}を大いに呼び覚ますこととなった。また、市民法の領域でもかかる衝動は作用した。すなわちひとは、新たな法典を欲した。法典はその包括性によって司法実務にある種の機械的確實性を提供するものとされた。法典さえあれば、裁判官は、自ら判断を下す任務から凡そ解き放たれて、法律の文言の適用に専心するだけだ、というのである。しかも法典は、歴史的個性とは凡そ無縁たるべく、また純然たる抽象性にとどまることにより、どの民族にも、そしてどの時代にも、同じく有用たるべし、とされた。さて、かかる衝動にせよ、あるいはまた右に紹介したような、この衝動のさまざまな作動にせよ、その責を個別のおかしな学者にのみ帰せしめる、などというならそれはとんだお門違いである。極めて敬意に値する例外はないわけではなかったが、これは、当時のヨーロッパのさまざまな民族に共通する意見に他ならなかったのである。従って、こうした衝動の作動を完全に阻止することは、政府の力の及ぶところではなかった。衝動の作動

2) Schmid, K. E., Deutschlands Wiedergeburt. Ein politischer Versuch, Jena 1814. S. 135 sc. Thibaut, A. F. J., Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814. シュミートの著書は、一時的にオーストリア法典を受容することを希望し、ティボーの著書は、直ちに新たな法典を持つことを希望する。

allen Anwendungen auszuweichen, und die bloße Milderung und Beschränkung derselben konnte oft schon als sehr verdienstlich und als Beweis innerer Kraft gelten. Vergleichen wir mit diesen vergangenen Zuständen die gegenwärtige Zeit, so dürfen wir uns freuen. Geschichtlicher Siun ist überall erwacht, und neben diesem hat jener bodenlose Hoch= [6] muth keinen Raum. Und wenn auch angehende Schriftsteller oft noch einen ähnlichen Anlauf nehmen, so ist es doch gar nicht mehr herrschender Geist. Auch in den oben genannten Vorschlägen von Gesetzbüchern ist zum Theil diese erfreuliche Vergleichung bewährt. Frey von jenen übertriebenen Ansprüchen gehen sie auf ein bestimmtes praktisches Ziel, und auch ihre Motive stehen auf festem Boden. Das Durchlaufen jener Periode aber gewährt uns den großen Vortheil, daß wir ihre Erfahrungen zu Rathe ziehen können. Aus den Ansichten derselben sind nach einander Gesetzbücher für drey große Staaten hervor gegangen. Diese, und zum Theil ihre Wirkungen, liegen vor uns, und es würde unverzeihlich seyn, die Lehre zu verschmähen, die sie uns aufmunternd oder warnend geben können.

Zweytens stehen jene Vorschläge in Verbindung mit einer allgemeinen Ansicht von der Entstehung alles positiven Rechts, die von jeher bey der großen Mehrzahl der deutschen Juristen herrschend war. Nach ihr entsteht im normalen Zustande alles Recht aus Gesetzen, d. h. ausdrücklichen Vorschriften der höchsten Staatsgewalt. Die Rechtswissenschaft hat lediglich den Inhalt der Gesetze zum Gegenstand. Demnach ist die Gesetzgebung selbst, so wie die Rechtswissenschaft, von ganz zufälligem, wechselndem Inhalt, und es ist sehr möglich, daß das Recht von morgen dem von heute gar nicht ähnlich sieht. Ein [7] vollständiges Gesetzbuch ist demnach das höchste Bedürfniß, und nur bey einem lückenhaften Zustande desselben kann man in die traurige Nothwendigkeit kommen, sich mit Gewohnheitsrecht, als einer schwankenden Ergänzung, behelfen zu müssen. Diese Ansicht ist viel älter als die oben

【立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について】(その一)(守矢)

を緩和し限定するだけでも、すでに大きな功績でありまた内的な力あることの証しであると考え得る場合もしばしばあった。過去におけるこうした状況と比較するなら、こんにちの状況をわれわれは喜んで良いであろう。歴史感覚が至るところで目覚めている。そして覚醒した歴史感覚あるところ、かの、土壤に根ざさぬ高慢の〔6〕居場所はない。それでも、駆け出しの言論人がかの衝動まがいのことをまた言い出すことはあろうが、それはもはや支配的精神足り得ない。右に紹介した如き、新たな法典の提案においても、かつてと比して現在の喜ぶべき状況が反映されていないではない。すなわちかの提案は、過剰な要求をすることなく、ある特定の実践的目標にねらいを定めており、提案の動機も確固たる土壤に根ざしたものである。もとよりあのような一時期を過ぎたということは、この時期の経験を参考にできるということの意味するから、われわれにとって非常に有利である。すなわち、この一時期に存した見解に基づいて、三つの大国に、相次いで法典が成立した。われわれの眼前には、これらの法典が既にあり、その法典の作用も少しわかってきている。これらの法典は、われわれに、推奨すべきまた警告すべき教えを与えてくれるのであり、こうした教えを端から拒絶するなどというのは許されることではなからう。

第二に、右に紹介した法典提案は、ドイツの法曹の大多数に予てより支配的な、凡そ実定法^{xvi}の成立についてのある総論的見解と結びついたものである。この見解によると、通常は、凡そ法は法律によって、つまり最高の国権が公布した規範によって、成立するとされる。法学の扱う対象は法律が定めた内容のみということになる。この見解によると、立法そのものの内容も、また法学の内容も、まったく偶然的で定まらないものになるから、明日の法が今日の法と似ても似つかないものになることも大いにあり得る。〔7〕この見解によると、完全な法典こそ最も必要であり、ただ、法典に欠缺がある場合にのみ、欠缺の頼りない補完である慣習法に嘆かわしくも依拠せざるを得ない、というのである。かような、第二の見解は、前段に紹介した第一の見解よりもはるかに古く

dargestellte, beide haben sich auf manchen Punkten feindlich berührt, weit öfter aber sehr gut vertragen. Als Vermittlung diene häufig die Ueberzeugung, daß es ein praktisches Naturrecht oder Vernunftrecht gebe, eine ideale Gesetzgebung für alle Zeiten und alle Fälle gültig, die wir nur zu entdecken brauchten, um das positive Recht für immer zu vollenden.

Ob diese Ansicht von der Entstehung des positiven Rechts Realität habe, wird sich aus der folgenden Untersuchung ergeben.

【立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について】(その一) (守矢)

から存在するもので、両見解が相互に敵対的になるような論点も少なくないが、しかし両見解が仲良く共存することのほうがはるかに多かった。しばしば両者の^{なかだち}媒となったのは、次のような確信である。すなわち、実践的自然法あるいは実践的理性法とでも云うべきものがあるに違いない、あらゆる時代にまたあらゆる事件に妥当する理想的立法とでも云うべきものがあるに違いない、そして実定法を最終的に完結させるためには、われわれは、そうした法を、発見しさえすればよいのだ、と。

実定法の生成に係るこの見解が裏うちを持つかどうかは、次章に行う考究があきらかにするであろう。

翻 訳
訳 註

- i *bürgerliches Recht* という語は、こんにちの民法だけを含意するのではない。実体法と訴訟法、公法と私法とが、截然と区別されその区別が定着するに至るのは、ドイツにおいてもなお先のことである。ローマ法をその核心とする、ある規範群が念頭に置かれている、ということが理解されれば、大きな誤解を避けることはできよう。
- ii フランス革命がおこった1789年からの20年強が念頭に置かれていよう。たとえば、サヴィニも直ちに引用する *Schmid, K. E. Deutschlands Wiedergeburt. Ein politischer Versuch, Jena 1814* は、冒頭で、ナポレオン軍がドイツから撤退する1813年までの20年間には、ドイツにおいて、フランスおよび革命、さらに革命の前提する理性的哲学を意識せずに、政治的基本問題すなわち国制的諸問題にかかる考察を行うことが困難であったと語っている。なお、この間、1806年に神聖ローマ帝国が瓦解するが、その前年にはこの帝国は *Confédération germanique* と名づけられていた。1806年にはライン同盟が成立。神聖ローマ帝国の記憶は急速に薄れていく（と同時にドイツの（イデオロギーとしての）ナショナリズムが目覚めのときを迎える）。この20年は、激動の時代であった。
- iii 「ある外在的な必要 *ein äußeres Bedürfnis*」と「根拠 *Grund*」とが対比されている。*Grund* の語を、「土地」とか「土壌」といった具体的な意味をはなれ、論理的な前提といった抽象的な意義を獲得するのは、近世以降、その用語法の普及は18世紀以降のことである、*Art. „Grund“, in: Deutsches Wörterbuch von J. und W. Grimm (DWGrimm), 9. Bd. (1935), Spp. 667-731, bes. 720.*
- iv *Art. Nation, in: DWGrimm, 13. Bd. (1889), Sp. 425,* は、*„das (eingeborne) volk eines landes, einer groszen staatsgesamtheit“* と解説し、*Nation* を *Volk* で置き換えている。本文の文脈でも、*Nation* は *Volk* と同義と理解してよい。ドイツ人のなかで仲間であることを強調する文脈に於いては主に「同胞」という訳語を、*Volk* の語が一つの単位として用いられている場合には、主に「民族」と訳した。いずれにしても、以下の概念史を踏まえることが重要であろう。コゼレクの見解を紹介しておく、*Koselleck, R., Art. Volk, Nation I, in: Geschichtliche Grundbegriffe, 7. Bd. (1992), 142-151, bes. 149:* ドイツ語の *Volk* は1800年前後によく基礎概念となる。この概念は、「神聖ローマ帝国瓦解後に散り散りになった各邦の人民を、ひとつの *Volk* に束ねることを目指す。『ドイツの同胞 (*das deutsche Volk*)』というものを表現しそもそもそうした観念を生み出す、という要請が、*Volk* という概念に強い含意を与える。それは、『ドイツ

【立法と法学とに寄せるわれわれの時代の使命について】(その一)(守矢)

らしさ (Deutschtum)』と『同胞らしさ (Volkstum)』とは、相互が相互を説明する体の、同時並行的に形成された概念である、ということと連動している。Volk とは、つまり特殊ドイツ的な補完的概念であると言ってよい。というのは、隣人たるフランスが、nation という語で以て、適切に表現しただけでなく実現したことがらを、一身に引き受けるべきものとする概念だから。『ドイツらしさ』の土俵上で Volk と Nation の両方の言葉が入れ替え可能であるということは、したがって、隣人であるフランス人との構造的共通性を示すと同時に、ただの同胞ではなく『ドイツの同胞だぞ』と自己規定し他者を区別するのだという意志を示すものでもある。この間、文化同胞、^{なかんづく}就中、言語上の同胞という観念が発見されるが、それは、1806年以降の『ドイツ』各邦同胞の多様性に照らして、よく理解できることである。各邦の同胞相互を結ぶ包括的な紐帯は、共通の(書かれた)言語およびかかる言語による著作にこそ、確実に見出されるからである。』

- v 原語は Gemeinwohl. これは語史的に見れば、英語 Commonwealth の翻訳借用である、vgl. Art. Gemeinwohl, in: DWGrimm, 5. Bd. (1897), Sp. 3272. しかし概念史的に見れば、観念の淵源は、古典古代の伝統 (bonum commune, utilitas publica) にまで遡り得るトポスである。もとよりこの観念は多義的である。ジーモン¹⁾の簡潔な要約によると、Simon, Th. Art. Gemeinwohl, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG), 2. Aufl., 9. Lieferung (2009), Spp. 90-94. 中世から近世にかけて、この観念には、多義的とはいっても大きく三つの特徴的な性質が看取される。すなわち、この観念は、第一に、政治的単位(当初は国家に限定されず、都市なども含まれた)の行為目標の包括的表現として用いられた。とくに《良きポリツァイ》とは守備範囲に重なるところが多く、なかんづく立法との観念的聯合の度合いが高い。第二に支配者の支配実務に対する要求として、かかる観念が投入される。第三に、逆に支配者の側からする被支配者に対する忠誠要求を基礎づけるものとして右の観念が利用された。近世に入って、かかる観念は領域国家との結びつきが高まるとともに、都市との関連性は弱められていった。また、支配を正当化する文脈でかかる観念が利用されるようにもなった。近代に入って、公共善の観念は、単一の世界観を基礎とする閉じた社会においてのみ見出されるような価値観であるとされるに至り、多元的社会との観念的聯合性は消滅した。以上のようなジーモンの要約を前提とするならば、近代の Gemeinwohl のイギリスの Commonwealth との意味上の隔たりはかなり大きいということになる。ただし、サヴィニにおける用語法においては、支配そのものの正当化のみならず支配者に対する要求という近世以来の観念がなお残存しており、ジーモンの図式に則るとす

れば、近世から近代に至る過渡的な用語法であると言えるのかもしれない。もとより過渡的かどうかより重要なのは、サヴィニの用語法の多義性に対して明晰な感受性を獲得することである。

- vi フランス市民法典 (Code civil, 1806年以降はナポレオン法典 Code Napoléon) は、ラインラント地方に属するいくつかの領邦に継受された。フランス革命の成果をヨーロッパにおいて継承せんと意気込むナポレオンの政策による。その政策通りの継受がドイツに実現したわけではない。しかし他方、1808年にランツフート大学 (バイエルン) に着任し、1810年にベルリン大学に招聘されたサヴィニから見て、ナポレオン法典の影響が、対岸のライン左岸地域に浸潤するように拡大するという印象は、現実のものだったであろう。ナポレオン法典のドイツにおける影響について、現在なお基本的な文献として、*Fehrenbach, E., Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht, 1974* がある。
- vii 原語は *Gesetzbuch* である。この語については、第三章の訳註でいささか立ち入った解説を行うこととした。
- viii 原語は *fruchtlos* である。ここでは、単に無益である、ということではなく、具体的に、成功を齎さない、という意味であろう。内的根拠を語ること自体が無益だとサヴィニが考えていたわけではないからである。参照、*Art fruchtlos, in: DWGrimm, 4. Bd. (1878), Sp. 276.*
- ix 原語は *Meinung* である。カントによれば、*Meinung* は、形而上学ではなく経験的諸科学に適切な概念である、*Kant, I, Kritik der reinen Vernunft (KrV), 1. Aufl. (A), 1781, 2. Aufl. (B), 1787, B 850f, A 822f* その限りで、意見は不安定であり、対立を惹起する。
- x ここで言われる一体性の原語は *Einheit* である。神による恩寵として人間に論争の可能性が認められ、論争の結果として一体性を生み出そうというサヴィニの考え方は、結論から見れば、神は一体性を直接導き得ないという観点、すなわち徹底的に世俗化され、しかも討論を許容する政治概念を根本におくものであり、こうした考え方の直接の淵源を、われわれは、トマス主義を厳しく批判するパドゥアのマルシリウスにまで辿ることができるであろう。そしてこの伝統は、カントによって、ふたたび活気を取り戻すのである。カントは形而上学を、終わりなき論争を闘わせる場と定義した、vgl. *Kant, KrV, Vorrede zur 1. Aufl., A VIII.*
- xi 争いに二種類あるというくだりは、ヘーシオドス『労働と日々』冒頭における「二種のエリス」を想起させる、*Ἡοιδοῦ Ἔργα καὶ Ἡμέραι (11-41)*. 本作品は、Hesiodi

Theogonia; Opera et dies; Scutum / edidit Friedrich Solmsen: fragmental selecta ediderunt R. Merkelbach et M. L. West, Ed. 3. (Striporum classicorum bibliotheca Oxonjensis), 1990, pp. 49-85, esp. pp. 49-50, に所収されている。ただ、ヘーシオドスのギリシャ語は、現在のわたくしにはむずかしかったので、邦語訳としてヘーシオドス（松平千秋訳）『仕事と日』（岩波文庫 1986），をも参照した。ヘーシオドスは『神統記』においては、「悪しきエリス」にのみ言及しており、これが普通である。Eπίς に二種類を見る例は、少ない、Art. Eris, in: Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, 11. Bd. (1907), Sp. 463-466 (Waser). 『労働と日々』においては、ヘーシオドスの弟ペルセースをいさめることを目的とする体裁をとるこの詩において、善きエリスにも言及する。このようにして兄弟の対立を、意味あるものと考えながらも、対立が直ちに兄弟の関係に対して破壊的であるというわけではない、という含意を明瞭にしたいのであろうか。この点について、木庭顕『政治の成立』（1997）229-230頁は、ホメロスの『イーリアス』における兄弟の観念との構造的な比較を試み、示唆的である。ともあれ、われわれは、法典論争に分け入ろうとするサヴィニが、あらかじめ、この論争にある性質を与えようとするために、二種類の争いのトポスに言及していること、「敵対的な争い」にも意義がある場合があることを認めていること、しかしサヴィニ自身がこれから行おうとしているのは「平穏な争い」のほうであること、そして、このサヴィニにおける「平穏な争い」がある種のナショナルイズムに親和性を持っていること、に着目しておくこととしよう。

xii アウグスト＝ヴィルヘルム＝レーベック (August Wilhelm Rehberg) は1757年1月13日にハノーファーに生まれ、1836年8月10日にゲティンゲンに没する。ルター派。ハノーファーの役人であると同時に、漸進的保守主義の立場から、政治的論考を執筆した。サヴィニが引くレーベックの著作については、後註で触れるが、本書でレーベックが基本的に、法は言語や習俗などと同様に、歴史的に生成するものと捉え、その限りで理性の手に負えないものという認識をはっきりと示していることは、ここで指摘しておく。この点で、サヴィニは、レーベックの立場を、後述のシュミートやティボーの見解に対比するのである。

xiii カール・エアンスト・シュミート (Karl Ernst Schmid) は1774年10月24日ヴァイマルに生まれ、1852年6月28日イエナに没する。ヴァイマル、プロイセン、ザクセン＝ヒルトブルクハウゼンなどで行政官をつとめる。またイエナ大学で国法学を教授。サヴィニの引くシュミートの著作において、シュミートは、基本的に極端な革命に反対し、漸次的改善路線を基本的に採用する。そのうえで、国法を含むプロイセン一般

翻 訳

ラント法と、主に私法を規律するオーストリア一般民法典とを比較し、ひとまずオーストリア一般市民法典をドイツ全土に一時的に導入せしめ、同時にこの市民法典を改善すべく法律委員会を設立することを提案している。

xiv アントーン・フリードリヒ・ユストゥス・ティボー (Anton Friedrich Justus Thibaut) は1772年1月4日にハーメルンに生まれ、1840年3月28日ハイデルベックに没す。亡命ユグノーの家系の法学者。幼少期をハノーファーで過ごす。1792年にゲティンゲン大学に法学を学ぶ。1793年にはケーニヒスベック大でカントの講義を体験し、1794年から1796年にかけてキール大において後の偉大な歴史家ニーブーアと知己となる。1798年キール大員外教授、1801年に生教授。1802年にイェナ大にうつる。1806年にハイデルベルク大教授。ハイゼ、ツァハリエ、マルティーンなどと接する。音楽評論も行う。

xv この文章は、一見理解が困難である。しかし、以下のような背景に照らして不審ではない。サヴィニは、いわば、理性という衝動に、ロマンティクを遠くに響かせつつ愛の概念を対置しており、しかもこの概念には言わば郷土愛とでも云うべき、ナショナルリズムの初期の観念が共鳴している。

xvi 原語は positives Recht. サヴィニにおいて、実定法は(国家)制定法だけを意味するわけではないので、注意を要する。詳細は、第二章を参照されたい。