

資料

法をめぐる歴史と理論

ジャン・ルイ・アルペラン
岩谷 十郎 訳
薙本 将典

〔訳者はしがき〕

一 本稿は、フランスの高等師範学校教授ジャン・ルイ・アルペラン (Jean-Louis Halpérin) 氏を、二〇〇七年二月二六日に三田キャンパスにお招きして開催した講演会の講演原稿『Histoire du droit et théorie du droit』を訳出したものである。訳文を本誌『法学研究』に掲載するにつき、ご快諾を頂いたアルペラン氏にまずお礼を申し上げます。

二 アルペラン氏は今回で三度目の来日となる。まず一九

九九年に九州大学にて開催された日本民法典百年記念国際シンポジウムに報告者として招聘され（その成果、「一八九八年から一九四五年にかけてのフランスの法律家の日本民法典と法例に関する知識について」は、野上博義氏の訳にて『日本民法典と西欧法伝統』九州大学出版会、二〇〇〇年に収載される）、次いで二〇〇五年四月には、法制史学会主催の「コード・シヴィルの二〇〇年」記念シンポジウムへの招聘に応じられ（その成果は、野上氏の訳にて「コード・シヴィルの二〇〇年―法制史家からのまなざし」として、石井三記編『フランス民法の二〇〇年―法制史と民法からのまなざし』創文社、二〇〇七年に収載される）、

そしてこの度の訪日である。今回の来日は、名古屋大学(石井三記氏)が招聘元となり、主として名古屋と東京(三田)において、シンポジウムや研究会が催され、アルペラン氏を知る多くの邦人研究者たちが各地から集い、熱心な意見交換の機会となった。

三 慶應義塾大学を会場としたアルペラン氏の講演及びセミナーは、二〇〇五年来日時にも数回に亘って開かれ、その一部、「フランス人にとつての記憶の場としてのナポレオン法典」と題する報告の訳稿は、前掲『フランス民法の二〇〇年』に収載されている。これにとどまらず、同氏がこれまでに日本でおこなった講演については、「一九世紀フランスにおける法の歴史的研究と法典編纂」、「特別講演・なぜ、そしてどのようなヨーロッパ法史か」(双方とも野上氏の訳で『名城法学』のそれぞれ、第四八巻四号、一九九九年、第五五巻一号、二〇〇五年に掲載される)や、「法典化と司法解釈ーフランスの経験から法の理論へ」(『名古屋大学法政論集』第二〇九号、二〇〇五年、小柳春一郎氏・石井三記氏共訳)などがある。

四 アルペラン氏の代表的な著作として、まず学位論文を

基に出版した『革命下の破毀裁判所と権力 一七九〇—一七九九 (Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution 1790-1799)』LGDJ 一九八七年、を皮切りに、『不可能な民法典 (L'impossible Code civil)』PUF 一九九二年、『民法典 (Le Code civil)』Dalloz 一九九六年、などでは、革命期の司法、立法、とりわけて民法典の起源やその編纂史についての詳細な研究を世に著してきた。さらに、『一八〇四年以降のフランス私法史 (Histoire du droit privé français depuis 1804)』PUF 一九九六年では、フランスでは従来、法史学者が殆ど手を付けてこなかった民法典制定の一八〇四年から一九七〇年代に至る近現代の私法の歴史を判例や学説を通覧し、それに社会状況の推移にも丁寧言及している。フランス民法に関心を寄せる我が国の研究者であれば、一度は必ず目を通すこととなる代表作である。こうした民法典を主題とした歴史研究にとどまらず、アルペラン氏が比較的近代として発表した『ヨーロッパ法史 一七五〇年から現代まで (Histoire des droits en Europe: de 1750 à nos jours)』Flammarion 二〇〇四年は、優れて現代的な課題が豊かな歴史的背景の下に緻密に論じられている。

五 以上の業績が示す如く、アルペラン氏は、現代のフランスを代表する気鋭の近代法史研究者として活躍している。以下に掲げる講演では、これまでの同氏の業績の根底に流れるアルペラン法史学のいわば方法論がじっくりと語られている。歴史考察の対象として把握される「法」の範囲や定義については、ケルゼンの純粹法学的な法実証主義を基調としつつ、近時のフランスの法理論を代表するミシェール・トロペールを中心とした「解釈のレアリズム」にも一定の共感が示されている。また、ピエール・ブルデューの法の圏域論やフランスに展開する法をめぐる歴史社会学的な方法論への丁寧な言及も為されるが、それらを総括する視点としての法文化研究については理解を示しつつも、立法・判例による法規範の創成やその規範内容の形成に対する「要因」の説明としては、慎重な留保を付している点が印象的である。歴史の説明理論については、(自然科学的な意味での) 厳密な原因―結果による因果論的な事実連鎖の解明には力点を置かず、マックス・ウェーバー流の「理解社会学」的な包括的な歴史像の再構成を目指すことが触れられ、歴史叙述の方法論としては、ポール・ヴェーヌの言う「遡及話法」への親近感が表明されている。

六 本講演原稿の中に引用されている著作物のうち、邦文訳のあるものについては、極力その訳例を参照した。例えばマックス・ウェーバー『職業としての学問』(文中には、『学者と政治的なもの (Le savant et le politique)』の題名の下に引用される) については、岩波文庫、尾高邦雄訳、一九八〇年改訳版を、ポール・ヴェーヌ『歴史をどう書くか』については、法政大学出版局、大津真作訳、一九八二年版を、それぞれ参考にした。

訳稿をまとめるにあたっては、岩谷と数本が共同して翻訳の作業にあたったが、訳文の検討に際しては、アルペラン氏ご本人を含む講演会参加者の方々から寄せられたご意見に助けられた。特に金山直樹氏(本塾大学院法務研究科教授)や、上述の野上博義氏(名城大学法学部教授)、出口雄一氏(桐蔭横浜大学法学部専任講師)からは誤訳の指摘などを含む有益なご意見を頂戴し、訳文の完成のために大いに参考にさせて頂いた。

尤もあり得べき解釈の誤り等については、訳者にその責めが帰せられることは言うまでもない。(岩谷十郎記)

今日フランスでは、法の歴史と理論の双方が、互いについて黙りを決め込んでいるかのように見えます。法史家は、自らの方法論はおろかその学問対象の定義についても、何ら疑問を抱いていません。一方、法理論の側は、一般にケルゼン流の規範主義の下にくぐられる、法実証主義者によって支配されているのですが、彼らにとつての法学とは、純粹に記述的かつ形式的なものであつて、歴史のあるいは社会学的な事実の調査などは、研究の領域からいつさい排除すべきもののなのです。

一九世紀末以降、法の歴史性なるものを考慮する歴史法学派の主張は、その影響力の失墜に歯止めがかけられずにいます。エールリッヒやカントロヴィッツに代表される自由法学派の闘士達は、自分達が歴史的方法論を受け継ぐものであることは全くもって認めるものの、サヴィニーの示した方向性からは離れてゆきました。また一九一五年には、エールリッヒとの論争において、ケルゼンは歴史のアプローチと形式主義的アプローチ、即ち「あるもの (ce qui est)」の学と「あるべきもの (ce qui doit être)」の学との融合を目指す、方法論的折衷主義に異議を唱えています。イギリスの分析法学の伝統においても、ダイシー以降は歴史的研究への関心が薄らいでゆきました。法の概念に関する

ハートの研究 (『法の概念』、一九六一年) に至つては、まったくと言ってよいほど歴史の観点が考慮されていないのです。歴史主義そのものに対してすら、例えばミシェル・フーコーによる、歴史の連続性をめぐる言説への異議申し立てによつて、批判が加えられました。二〇世紀の偉大な法理論家達にあつて、ほとんどアルフ・ロス (『法と正義について』、一九五八年) ただひとり、法現象の把握において、法の歴史に入り込む余地を与えようと配慮しているに過ぎません。

法理論家から法史家に対して加えられる批判には、主に三つのタイプがあります。法実証主義者である彼らは、まず、法史家というのは、法律家によつて発見され正義の万古不易の原則を古代から連綿と受け継ぐ自然法を、伝統ないしは信念から未だに信奉しているのではないかと疑います。こうした疑念は、フランスについて言えば、法史家特にローマ法学者達が時代と文明を超越するとみなされた制度や規範に執着することからして、私としては至極もつともなことであると認めることにやぶさかではありません。ミシェル・ヴィレーの歴史的かつ哲学的な業績は、自然法とローマ法学のモデルに基づいた法律家の役割に重きを置く、そうした方向性を端的に示すものです。今日、課題と

すべきは、法実証主義者たちの確信（個人的には私も共感するものであります）と歴史的方法論に折り合いをつけることです。それはあらゆる法規範の歴史的性格（即ち、その法規範が歴史のどの時点に「生起したか」ということを認めるだけでは不十分なのです）。

また法史家はケルゼンの理論を知り、あるいは理解すべきだともみなされてきました。ヨーロッパにひろく薫陶を与えた最も著名な学者の幾人かは（例えば、優秀なる我がイタリア人の同僚パオロ・グロッツィ氏が想起されます）、ケルゼンの形式的諸概念は冷徹で歴史の実体を持たず、法史家には無用のものだとして、ケルゼンにある種悪魔のような思想の持ち主であると思なしています。こうした解釈はケルゼンのテクストのある部分が原因であるように思われます。ケルゼンは事実（あるもの）と法規範（あるべきもの）の区別を強調する際、社会学の領域における事実現象を扱う法史学を純粹法学によって定義される学問対象から外れるものとして、これを排除しています。とりわけフランスにおいて、こうした批判に法史家がさらされていることは紛れもない事実であり、これは、彼らがここ数十年の間に法の歴史と社会的事実の歴史とを混合させて法の歴史社会学研究を展開していることによるものなのです。そ

うした批判は、彼らが固有に法的な現象に関する研究の中心に法史学を再び位置付けようとアピールしていたとはいえ、全く根拠がなかったわけではないのです。

法史学が、その性質上過去に根差し、長期の視点を不可欠の要素とする古法の慣習規範の理解に有用であることは認めつつも、結局のところケルゼンは、歴史的方法論というものが、国家法には適合しないものと理解される余地を残していました。国家法が現代的な意味で「立法されたものである」ということは、今も変わらず規範主義の基本概念であり続けています。また、それと共にフランスにおいては、法史家が自己の研究領域を一七八九年以前の時代に限定してきたということも、こうした考えを一般化する所以となりました。しかし、一九世紀および二〇世紀を扱った法史学の研究が増えている今日、こうした時代制限をものはや維持する必要があるのでしょうか。ここで私見を申し上げますれば、一七八九年からごく最近に至るまでの、私の同僚が「現代史」と呼んだものを扱う現代法史学、つまりは国家の立法権ばかりでなく、憲法・司法・行政の各裁判所に発する膨大な数の法規範についての歴史は可能であると確信しております。それは、およそ法の歴史性を再び組上にのせるようなものとはほど遠く、我々がこれまで生き、

また現に生きているこの歴史が加速度的に進捗し、適用される規範も絶え間なく急速に変容する中において、法の創造過程こそが法律家による研究の重要な関心事となるわけです。法学とはマックス・ウェーバーが『学者と政治的なもの』の中で示しているように、「ある法規範とその解釈方法がいかなる時点で有効 (obligatoires) と認められるかを確定すること」であり、それはハートの中心課題である権力の正当性ならびに政府と法律の連続性の問題にさえ先立つもののなのです。ケルゼンの主張を真摯に受け止め、また法の歴史学を正当化するために歴史性の議論それ自体だけでは不十分であるということが分つてさえいれば、法史家は法規範の最も古い時期の変遷を扱うごとくに、ごく近時の変遷を扱う資格はないなどと卑下する必要はないというのが、私の見解なのであります。

こうして所与の異論が取り払われたからには、今度は法をめぐる歴史と理論の対話を再開するための予備的考察が必要であるように思われます。そこで私はまず、自然法を拒絶することと、現代では法規範創造性を持たない学説を規範の領域から除外することといった、法実証主義の主要な公準を前提に、現在や過去における諸規範と法との間に境界画定を行うことに賛同いたします。次に私は、少なく

とも最低度の範囲で、法規範の歴史と法の歴史社会学との間の区別をはっきりさせることが有益であると考えます。私にとつての法学とは、法規範の創造に向けられるものであり、この一方で社会学的方法論は、社会における法規範の受容に関心が向けられるのであります。社会学は、規範よりも実践の方に目を向けるのです。こうした観点から、ケルゼンによつて確立された法規範の研究と社会現象の研究との分離は、慣習だからといって必ずしも新たな法規範の定立を導かない現代だからこそ、容認されるものと思われるのです。もちろん、法の理解と社会現象の理解は不可分一体であることを考慮する限りにおいて、この法社会学というものがピエール・ブルデューの言う「法の圏域 (champ juridique)」と全く無関係ではあり続けません。法社会学が、法律家ではない人々の慣習 (彼らがいかに法を遵守するのか、あるいはしないのか、いかに法を理解しあるいは表現するか、いかにしてそれを用いあるいは修正しようとするか) に対し、法律専門家の実践 (いかにしてそれらが組織され、相互に競合しつつ、法文化を養い伝播させるのか) と同じような興味を抱くこともあるのです。法文化 (culture juridique) という概念は、それが「法伝統 (tradition juridique)」という概念ほど固定化されず、

かつ一般化されていない限りにおいて、容認され得るものであると考えます。それは、法律家の養成や教科書、あるいは啓蒙書の役割を端的に理解させるものであり、いわゆる学説とは異なる要素を構成します。繰り返しますが、これらの現象はすべて法を創造するものではなく、そのため法規範の研究とは別個の研究領域を構成するものです。私の見ますところ、ここに言う規範とは法律と判決という二つの大きなカテゴリーに帰着します。ここでは、目下フランスにおいて立法寄りの法実証主義の闘士達と、法文を解釈する裁判官に規範定立の権能を認める「解釈のレアルismus」の旗手達との間で白熱している議論には立ち入るつもりはありません。むしろ私には、立法上の規範と判例上の規範とのバランスは、個別の法体系（ここでは大陸法体系とコモン・ロー体系が想定されていることは言うまでもありません）と時代によって様々であるように思われます。こうした現状については、既に一九世紀末に、いみじくもオスカル・フォン・ビューロー（『法律と裁判官』、一八八五年）をして次のように言わしめています。曰く、（法に）先ず通じているのは立法者、お次は裁判官。

以上を出発点に、これから検討を加えてゆくべき第一の懸案事項は、法実証主義におけるこれらの公準と法史学研究

究との両立です。ケルゼンの概念によれば、法規範創造についての歴史は法の外部へと排除されているように見えます。つまり、法に先行するものは法に属さないのです。以下この問題を論ずるに際して、私はまず、伝統的な立法史を検討し、次いで法秩序の歴史に光を当ててみたいと思います。

I

立法史は一九世紀の法学者、なかでも比較法学者にとつては最重要課題と目されていましたが、今日では多くの観点から時代遅れのものとなっているように見えます。法的多元主義を掲げる人々によって、判例の役割と国家の立法権のあらゆる限界性（国家の下部構造における法秩序の存在、しばしば慣習的な身分法のいくつもの国での維持、規範の国際化）が明らかにされました。今日、法史学を比較法と並んで実定法の研究に限るべきであるなどと主張する人は、もはやいないでしょう。しかしそれでも、一八世紀末以降の代議制立法府の手になる国家法というものの到来が、法の歴史の大きな転換点であることは否めません。イギリスの議会主義からフランス・アメリカの両革命を経て

福祉国家の発展に至る過程で、政治権力は揺ぎない権限を獲得して法を「上からのもの」に変え、また民主主義国家に顕著に見られる多数派の交代は、法規範に深甚なる変遷をもたらしたのです。その一方で国家は、相も変わらず現代においてさえ、看過し得ない程の法規範創造力を有しています。法的多元主義がますます声高に叫ばれる中で、一九世紀および二〇世紀の立法史には見るべきものがないとしてこれを看過するなど、とんでもない話です。法律の優越性が確立され維持されてきたという、この紛れもない事実が、法の創造と解釈の関係を問うことを妨げないことは言うまでもありませんし、このことは立法史の目的とその重要性についても同じなのです。

まさにこの点において、法史家は法規範の形成過程についてのケルゼンの立場と対立するのです。『純粹法学』の二つの版においてケルゼンは、法律の定立に先立つ諸現象、すなわち異なる利害の要求、党派や圧力団体によるアクション、様々な準備草案や準備作業といったものは、法（あるいは命令）を構成しないと繰り返し断言しています。しかし、法と「パラレルである」事実、まさに「パラレルである」がゆえに法の領域から排除されるのです。ケルゼンの論法は、カント流の存在と当為の区別から結論を導く、

峻厳なる論理性に貫かれています。現象の因果関係を確定する自然科学とは異なり、法というのは法規範を通してしか理解され得ません。ヒュームの公準によれば、人は存在から当為を推論することはできないのであり、したがって社会学上の、あるいは政治上の現象は、法規範の原因とはなり得ないのです。

さらに、ケルゼンとはつながりのない他の多くの法学者によつて提示された実際の考察からは、立法準備行為の中に条文についての満足のゆく説明を見出すことは不可能であるようです。まさに、こうした法源の目覚しい発展の原動力であるはずの議会制度のうちに、なぜ議員の多くが法案に賛成票を投じたのか、またこうして可決された法律に有権者はどのような意味を与えようとしていたのか、という疑問の正確なところを知ることができないのです。全ての議員が法案審議において思うところを述べるわけではありませんし、議員の多くは自らの選択とその理由を胸に秘めています。また、多数の法規定をめぐる意見と採決の多さが、当該法律の「起草者」間での合意点を正確に見極めることを不可能にしているのです。こうした準備作業の効用の問題については、当時アンリ・カピタンによつて再評価されたイギリス古来の伝統的解釈があり、近代議会制

を創始した国のものとして注目に値します。それによれば、準備作業というものはいわゆる立法者の「意図」を明らかにするものとしては役に立ちません。込み入った上に次第に消えてなくなってしまうような集団の意図などというのが、将来（それは法案採決の段階で検討されたものとは異なる状況を言います）にわたって適用されることが想定されている法文の命令としての性質の足枷となることなど、あつてはならないのです。また、立法規範の解釈というのは過去に囚われるべきではなく、時代によって変化しました創造的であることを免れません。「解釈のレアリズム」を掲げる人々はこれに、条文というものはあらかじめ一義的なものである必要はなく、むしろ（裁判官、行政官あるいは立法者それ自身によって）規範となるために適用されるということが要請されている、という観念を付け加えています。

一九世紀および二〇世紀を研究する法史家は、こうした主張が法理論を席巻していることに当惑を覚えているかもしれません。それでも法史家は、なぜこのような法規範がこの時期に生起し、こうした形態をとるに至ったのかというものの答えを得られるのではないかとこの希望を胸に、法の生成過程（ジャン・ゴドゥメの言うところの「法の誕

生」、すなわち立法の経緯や法律草案、法案準備作業や相対立する利害の衝突に関する研究に人生をかけて取り組み続けているのです。伝統的に、法源はその形式面と実質面が区別され、法史家は立法規範の創造における政治的・社会的あるいは経済的・文化的な「要因」に関心を抱いているものと見なされてきました。実定法は一定の歴史背景の下で創造されたものである以上、歴史的なものであると言えるのでしょうか。あるいは、そうした歴史背景を法的ではないという理由で捨象することは可能なのでしょうか。

私は、法史家というのはこうした厄介な問題に無関心であつてはならず、できる限りこれに立ち向かつてゆかなければならないと考えます。法律とその準備行為を区別し、同様に法律と後の条文の適用あるいは解釈を区別することは、法実証主義的方法論の至上命令ですが、法史家も、自然法学派に与するものであるという、よくある予断を与えて誤解を招くことを避けるためには、常にこのことを念頭に置くべきでしょう。そこで、私が専門としておりますナポレオン法典の例を挙げさせていただきますと、私にとつてのナポレオン法典というのは常に、一八〇四年の公布時に収録された多くの規範とフランス革命（より時代を限定すれば一八〇〇年から一八〇四年まで）以来の大量の準備

作業、そしてフランス民法の法典化のそもそもの出発点で見られる(特に学説の)影響といったものを必ず区別するべきものとしてたち現れます。これらの膨大な資料の集まりの中で、唯一ナポレオン法典の原始規定二二八一条に含まれる規範だけが実定法と言えるのです。したがって「ナポレオン法典の精神」において、こちらの条文はボルトリスのあの演説、あちらの条文はポティエのあの部分の引き写し、といった貼り混ぜをおこなうことは厳に慎まなければなりません。民法典全体がポティエにあるわけでもボルトリスにあるわけでもないのです。このことは、法典に含まれる多くの規範が、此々然々の学者によって表明された様々な見解の中にその実質的な淵源を有しているのではないということばかりでなく、条文に含まれる命令というのは、その性質上、法の創造には直結しない政治あるいは学説における権威の位置づけといったものとはまるで違ったものであることを意味しています。規範命題(それらは性質上命令的なものであり、また例えば草案の中に、立法されたものとしての形式に則って示されるのですが)と規範それ自体の間には、超え難い大きな溝が横たわっています。法典編纂者達がおこなおうとした(あるいはおこなったと信じていた)ことと、不可避的に解釈への道が拓

かれた条文との間には、ある隙間が口をあけているのです。一般的で柔軟な文言のナポレオン法典は、二世紀を生きながらえるうちに、法典編纂者の考えとはおよそかけ離れた規範で満ち溢れてしまっています。所有権に関する第五四条、契約の効力に関する第一一三四条、あるいは不法行為責任に関する第一三八二条など、ここではこれら代表的なものにとどめますが、それらは(実定法の中で)法として生きながらえ、そして今でも息づいています。が、「起草者達」が思い描いていたようなものとの共通点は失われてしまっているのです。

したがって、ここは法実証主義者として、私は草案と法律と、あるいは学説上の見解と命令規範とを同一の次元で論じることが避けたいと考えます。私は制度史という特定の形式、例えば所有権史といったものに疑念を抱いております。というのもそれは、ナポレオン法典第五四四条を指してグロティウスやロック、ポティエはおろか、大革命の間けっして可決されなかった民法典の数々の草案までも一緒くたにしてしまうからです。しかし、だからといって、立法史を断念しなければならないということにはなりません。立法史は、何より政治史あるいは社会史としてとらえられるべきであって、厳密な意味での法史としてとら

えられるべきではないということなのです。ここで再びフランスの例を挙げますと、フランスにおける離婚に関する立法の歴史は、極めて政治的なものであり、一七九二年に離婚が認められて以来、一八〇四年にはその枠組みが確定し、一八一六年の廃止と一八八四年の復活を経て、一九〇四年・一九〇八年・一九四一年・一九七五年そして二〇〇四年と相次いで修正されるという経過をたどっています。そして、そのいずれの時点においても、法律には国家・教会・家族・社会階級との関係がコンテクストとして結び付いているのです。私は、歴史研究が、法規範創造の起点としての政治・社会現象に向けられたものと、規範に特化したものとの間に、少なくとも一時的であるにせよ、細分化していることを認めるのにやぶさかではありません。

様々な立法の前提条件に関する歴史と規範それ自体の歴史、つまり規範定立の前と後の歴史を方法論上しっかりと区別することは、そうした前後史が相互に混じり合うひとつの流れの中に、規範創造が含まれる状況を確認する、ということを防げるものではありません。この点に関して私は、解釈のレアリズムを標榜する人々、とりわけフランスにおいてはミシエル・トロペールによって擁護されてきた多くの議論、つまりはケルゼン流の公準を捨て去らずともその

目指すところに変更を加える議論の数々に影響を受けています。そこではまず、現代国家における法創造というのは、かなりの数の法的拘束によってその枠組みが定められている、ということの確認が問題になります。憲法上の規範によれば、立法者にはしかるべき議会の手続きに従うこと、また今日多くの国において、階層的に法律の上位におかれた規範によって保障されている基本権（すなわち、実体的な規範）を侵害してはならない旨が命ぜられています。判例上の規範を創造することが可能である裁判官の活動は、より多くの法的拘束の対象になります。手続き上のルールや合議制、上訴による合法性のチェックというのは、裁判官には規範の解釈さらには創造において最も広汎な自由が認められているとしても、それが「勝手放題」にはなり得ないようにしているのです。ここで、立法者や裁判官が新たな規範を創造する場合には、ほとんど常に廃止・修正あるいは補正すべき法規範が存在することを付け加えるとするならば、それは「法の前に法あり」ということになりましょう。立法に至る前提条件の幾つかは、間違いなく法的な性質を持つています。かくして、法の生成過程のある部分は、法規範の形体をとって現れ、それは規範主義を掲げる者が法学から排除し得ないものなのです。ただここ

では、玄関で追い払った政治史を窓から再び招き入れることはしない、という点にご注意頂きたいのです。立法者は広汎な裁量権を最も頻繁に行使しますが、その決断というのは基本的に法的ではない要因に導かれています。しかし、法的な要因に導かれている場合もまったくないわけではなく、法史家であれば、法律家としてそれらを扱うことが可能なのです。

続いて問題になるのは、もちろん規範の解釈における裁判官の役割です。あらゆる法規範をめぐる法律の歴史は、その定立時からそれらが有効に適用されている期間にまで広がってゆきます。判例は法規範の適用によって生じるものとして代表的なものです、しばしば法を生み出す原動力となる限り、社会において実際に活動している者達の実践とは区別されます。ここで再びフランスの例を挙げますと、民法典第一三二条をめぐる歴史というのは他でもない、フランスに新たな実定法規範を確立した、不法行為責任に関する膨大な判例の歴史でもあるのです。これについては、法学の対象のところですでに触れた通りです。法規範に至る前提条件に関する研究と、こうした規範の法としてのありように関する研究を概念上区別することは、歴史家が明確な方法論と目的意識をもって、これらの領域に相

次いで参入することを妨げるものではありません。ここまです、あるひとつの規範の歴史というものが、他の様々な規範に結び付いたものであるということを示しつつ、早くも私は、法史学の対象とは法体系全体の内的な歴史をも包括するものではないか、という予感を抱いているのです。

II

一九世紀以来、歴史家はテクストをめぐることは、外的な歴史（つまり、テクストの起源・形体・伝播についての歴史）と内的な歴史（つまり、テクストの内容とその影響力の範囲についての歴史）を区別することを慣わしとしてきました。こうした古典的な公式化には限界があるにせよ、そこには法史学にとって多くの利点が含まれていることが、自ずと示されています。存在と当為との線引きを画定した法実証主義の厳密さは、規範の形成要因をめぐる政治史や社会史を法それ自体の外にあるがゆえに外的な歴史として、そして規範の適用の歴史を法の世界の内に息づく内的な歴史として区別するまでになっているのです。私も他ならぬケルゼンの影響で、法秩序の静的な次元と動的な次元を区別し、憲法からの憲法の発生や規範の序列化、あるいはま

さしく革命としての性質を持つ諸状況の研究をめぐって「変動の中の法」というものを強調する際に、こうした手法を用いています。諸々の規範の相互作用と時間におけるその継承関係は、法の領域の内にまったくもって留め置かれる、言うなれば法学の対象にのみなり得るような、無限の視点を法史家に開かせるのです。私はたったひとつの規範をめぐる歴史について研究しているのですが、こうした歴史ですら他の多くの規範の歴史を抜きにしては全く成立し得ないのですから、実に驚くべきことであります。

現代の国家秩序の中核をなす法秩序の内的な歴史こそ、法史家が法源に関する古典理論を再発見する便となるものです。ここでもまたケルゼンの著作が、法源という曖昧な概念に対する警戒を促してくれるという、まことに得難いご利益を授けてくれます。私は、法に由来する形式的な法源と法に由来しない実質的な法源とを混同しないよう、常に細心の注意を払わなければならないものと考えます。法学説というのは、現代の法体系がローマにおける法律顧問の権威のモデルには程遠いにもかかわらず、あまりに簡単に、今も法の創造者であると信じ込まれてしまうのです。これとは反対に法律と判決の関係は、ここ二〇〇年の間、

法秩序の変遷の中心に位置しています。この間、法律の支配と判例の隆盛が一度に現れたのです。制定法、特に法典化された法が、「判決機械」あるいは法的三段論法の理論によって、裁判官の権能を制限しようとしてきたとするならば、法律のモデルにならった判例（法）という新しい概念の登場が歓迎され、それによって創造された一般的な射程を持つ規範が、古法にはないやり方で、広まっては作られ、また広まっていったということの説明がつきません。

フランスにおいては、帝政時代に法典化された法というのは、破毀院の判例ともうひとつ、行政事件に関するコンセイエ・デタの判例と共に広まってゆきました。二〇世紀、とりわけ終わりの数十年間は、多くの国で憲法判例の発展がこれに付け加わり、今日の法のダイナミズムを特に感じさせるものとなっています。

法源をめぐる立法と判例を論点とする歴史研究というのは絶えず流動的でありながら、古くからある法史学と比較法学との接点のひとつでもあります。大陸法の国々とモン・ローの国々を対置し、それぞれの特徴を識別するのに際して歴史が果たす役割に、よもや異議を唱える人などないでしょう。例えばイギリスとフランスとを比較して、法史家は法典編纂の進行と失敗、立法の発展の類似性、立

法の形態の相違、先例拘束性を持つ判例法主義やフランスにおける民事あるいは行政法判例の特異性、成文憲法という意味での憲法の形式を持たない国で憲法的な性質を持つ法の地位、そして、一九五八年以降の法律の合憲性審査などを記述します。こうした変遷を記述しつつ、法史家はまた、裁判に則したプラグマティックな性質を相も変わらず保持し続けるコモン・ローと、この先も変わることなく立法に根差して厳格を旨とされるフランス法、というあまりに単純化された対立点を、より陰影に富んだものとすることも可能です。反対に法秩序のダイナミズムの歴史は、まさに法秩序の変化の歴史であります。私にとってその歴史は、フランス法や日本法といった永遠に自己同一的な法は存在せず、異なる法源形式の間の関係が再定義されるたびに常にその内容も刷新されるという、変遷する法体系の存在を示しているのです。

このような法秩序の内的な歴史において、私は法規範についての境界画定の問題が他とは切り離され、個別に論じられていることは問題であると見ています。法秩序の特徴はふつう、外的な要因（政治的、社会的、経済的あるいは文化的な要因）によって説明されますが、今日では、比較法学者達がこぞって言語やハビトゥス、大学や職業上の伝

統、あるいは学説における概念の枠組みといったものに結び付いた法文化の違いを強調しています。私にとつての実証主義的な法史家とは、こうした文化による説明に慎重であらねばなりません。繰り返しになりますが、法規範と法の形成につながる要因（ここでは文化的要因）との間の線引きをしつかりと胸に刻んでおかなければならないのです。このことは、ある時あるがままのフランス法、イギリス法あるいは日本法を、フランスやイギリス、あるいは日本の法律家がそれらについて抱く表象と混同してはならない、ということを意味しています。また、このことは立法者や裁判官の活動にかかる「メンタリティー」や法文化といった比重を過大評価してはならないということをも意味します。それは例えば、判決の形成過程に関する研究において、法的拘束（合議制の有無、少数意見の可否、上訴における判決理由の開示の有無）と文化的要因（裁判官の養成、伝統や序列を前にしての裁判官の行動）を混同してはならないのと同じです。もう一度繰り返しますが、文化的要因というのは法に由来せず、それはまた、その影響を押し量ることが困難なほどに内面化されているのです。

個々別々に把握された法規範の外的な歴史から法秩序の内的な歴史へと検討を進めた結果、法史学はその学問領域

を著しく広げ、法についての歴史と比較という学問的パースペクティヴにおいて法史学は比較法学と軌を一にします。が、このパースペクティヴは法現象を記述するという点では、ケルゼンの思い描いた法実証主義に基づく公準とは対立しないのです。そもそもケルゼンは法学者、つまりは過去あるいは現在の法学説に関する研究を無用なものとはみなしていません。彼ら法学者の手になる構築物は、むしろ法の理解の助けとなり得ると考えていたということをお忘れではありません。したがって、さしあたり問題となるのは、法史学が単に対象を記述するばかりでなく、これを解釈し理解することが可能であるかということですから、上述しましたように、法を生み出す非^{ノン・ジュリディック}法的要因のところで、この歴史の説明というものには用心が必要です。もちろん歴史家が、何らかの現象に合理的な理由を見出す誘惑にかられることは当たり前のことです。歴史家というのはテキストの中に、あるひとつの現象ともう一方の現象との間に繋がり（この法律の原因として、この法案がある」といったようなもの）を見出すことができると考えており、あるいはポール・ヴェーヌの『歴史をどう書くか』（一九七一年）に言う「遡及話法」へと進んでゆくのですが、これは歴史の証言には直接現れないような、しか

し蓋然性の高い因果関係に基づいた仮説なのです。私も、例えば此々然々の判例が登場した理由をあれこれ推論する際に、よくこの種の遡及話法を用いています。判決文には、裁判官がこうした判決を出すに至った理由（あるいは真の理由）が見当たらないので、私は知り得る限りの裁判官の慣習、法文化、利害関係あるいは彼らが置かれたコンテキストから、そうした理由を推定しようと試みるわけです。アメリカのリアリズム法学を奉じる人々は、裁判官の意見は当の裁判官が朝食に食べた物に左右されるか否か、という議論を通じて、この種の観点の豊かな可能性と共にその限界性のすべてを明らかにしています。今日歴史家は、簡略主義に基づく歴史解釈というものの存在をもしや信じていませんが、法史家にとつての原因の探求には、一九世紀には多くの法学者を進化論的図式へと導いたように、存在と当為の混同に陥れて法の領域から逸脱させるという落とし穴があるのです。

法の変遷を記述し、政治史・経済史・社会史・文化史という法に影響を及ぼす「外的な」要因をこれに関連付けながら、私は歴史の説明というものを探求していますが、今のところ、それを見出すには至っていません。規範には単純な決定によるものと複雑な決定によるものとがあると見

られ、それらは「上から定められるもの」と「下から定まるもの」に分けられるということを確認するのが私には精一杯のところですが、それだけでも過分な事です。思いつくままフランスの例を挙げてみますと、一八八四年の修正によって一八七五年の憲法的諸法律には、改正によって共和政体を侵害することを禁ずる旨が付け加えられています、これは君主制への全面回帰を阻止するという、明らかに共和主義者の政治目的に対応するものであるように思われます。同じ年の離婚を復活させる法律は、カトリック教会との対立、共和主義の伝統、女性運動の高まり、契約としての婚姻の概念、諸外国の法律の影響、等々ずつと多くの要因によって「説明」されます。これらの要因はみな、法史家にとってごく当たり前のものです。しかし法史家は次のようなことをめつたに口にするのではないのです。それは、彼らがこうした規範の定立を「説明する」要因の選択に困惑しているということではなく、彼らが実は、立法者に他ならぬそのような技術的解決法を選び取らせた本当のところについては分らない、ということであります。法や法的拘束を除外しては、その出現がほとんど説明されないような「下から定まる」規範も、おそらく我々の複雑化した社会において存在し、しかも徐々に増えてきてい

ます。法体系の変遷についての記述に際しては、あまりに常套化している、法秩序の合理性と等質性を前提にする、というようなことがあつてはならないのです。この点について私は、「法と経済学」の潮流に与する学者達の主張するように、法の発展や「規範の混乱」には、不合理性や非論理性、偶然性というものが無視し得ない形で関わっているものと考えerようになっていきます。言うなれば、法規範の内容の変遷を説明する「理由 (reasons)」の存在を信用し過ぎないための、もうひとつの「道理 (raison)」というわけです。

このような歴史の説明よりも、私はマックス・ウェーバーの著作、あるいはそこから着想を得た歴史家達から、能う限りに全体的である歴史によつた理解、という観念を進んで取り入れています。ポール・ヴェーヌの言うような「完璧なる (complète)」歴史というものは、理解社会学との近接 (さもなくば融和) を果たすために「現代的なもの」と歴史的なものとの対立、連続体 (continuum) のしきたり、出来事重視の視点」を放棄します。かくして私の実践する法史学というのも、現在と過去に境界線を設けず、また制度本来の継続性といったものを想定せずに、法規範の全体としてのダイナミズムを研究しようとするものなの

です。法律学としての私の進める法史学研究は、ケルゼンによって定義された法学の学問対象の内にとどまり続けま
す。ただし、歴史学としてのそれは、社会学、つまり法規
範と社会現象の間のあらゆる相互作用に関する研究へと開
かれているのです。