

・レーモ・カポーニ
訴訟法の継受と伝播

“無境界的”客体についての一考察

出口雅久*
小西菜穂子** (共訳)

・はじめに

まず民事手続法の継受と伝播に関するイタリア法の観点からの報告を行うよう、私を招待して下さった出口雅久教授のご親切に感謝の意を表したい。

かように重要かつ困難なテーマについて、教授は2006年に立命館大学において「民事訴訟法の継受と伝播」と題する学会 *International Association of Procedural Law* を企画することにより、優れた能力と権威をお持ちであることを実証された¹⁾。

私は、日本に来られたことを非常に嬉しく思う。それはこの国の法文化が、私も強い絆で結ばれていると感じているドイツのそれと深い関係を有するからである。私は、その美しさゆえに世界に名高い歴史ある町であり、さらに私の出身地フィレンツェと姉妹都市関係にあるこの町京都に来られたことを非常に嬉しく思う。私は、世界的な名門大学研究・教育機関である立命館大学に来られたことを非常に嬉しく思う。そこは、出口教授が

* でぐち・まさひさ 立命館大学教授

** こにし・なおこ フィレッツェ大学法学部在学中

1) Vgl. M. Deguchi, M. Storme, The reception and transmission of civil procedural law in the global society, legislative and legal educational assistance to other countries in procedural law, Antwerpen, 2008.

2006年シンポジウムにて、素晴らしい報告の最後に言及された“立命”という名の由来、「夭寿貳わず、身を修めて以て之を俟つは、命を立つる所以なり」の下に人々が集う場所である²⁾。

“民事訴訟法の継受と伝播”とタイトル付けられたシンポジウムにおいて、私は フィレンツェより発信された Mauro Cappelletti (マウロ・カッペッレッティ) が現代社会の憲法的・社会的・越国的側面における法の循環について論じた偉業について言及しないわけにはいかない³⁾。

・無境界性の側面

超国家法および国境を越えた法によって開かれた観点との関係では、イタリア人法社会学者、Maria Rosaria Ferrarese (マリア・ロザーリア・フェッラレーゼ) が“無境界”法について述べている⁴⁾。私の報告書のタイトルにおいて、私はかかる素晴らしい表現を、それにさらなる意味を与える意図を持って使用した。

第一の意味は、より直接的なもので、(訴訟)法の継受と伝播についてのテーマを研究しようとする者の目の前に広がる可能性の果てしなさを意味する。そのため、私は長い間自分が寄与する対象をはっきり見極めることができずにいた。

第二の意味は、Maria Rosaria Ferrarese の支持した語義により近く、国内的、超国家的 (EU)、国際的など、法律的レベルにおける重なり合い

2) Vgl. M. Deguchi, Legal Education for Global Citizen Lawyers in the Global Society, in M. Deguchi, M. Storme, The reception and transmission of civil procedural law in the global society, legislative and legal educational assistance to other countries in procedural law, Antwerpen, 2008. zit. 29.

3) Vgl. In Honorem Mauro Cappelletti, The Hague, 2005; M. Cappelletti, Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee. Studi di diritto giudiziario comparato, Bologna, 1994.

4) M. R. Ferrarese, Diritto sconfinato, Bari, 2006.

や増殖を意味する。つまり、これがグローバリゼーションの多様な現象を意味するのは言うまでもない。その一つとして、今日では法律的知識と慣行の循環という現象が現れている。

・法の継受と伝播：伝統的モデル

伝統的に継受と伝播という現象は、その対象として客観的に国家規範による制定法を有し、基本的に二つの異なるモデルに従って生じる。

一つは、放射状コース、つまり中心から周囲へ向けた放射というコースをとる。例えば英国植民地におけるイギリス法の継受、ナポレオン時代におけるフランス法の継受などである。もう一つは、多数の法制度から唯一の国家的法制度に向かう、集中的コースをとる。例として、近代化過程にある発展途上国における西洋法の継受が挙げられる。

19 20世紀において、イタリア訴訟法文化は前者の伝統的モデルに従った受容の壮大な現象の舞台となった。最初にフランス法が受け入れられた。1865年イタリア民法及び民事訴訟法におけるその影響は顕著である。引き続いてドイツ文化が継受されたが、とりわけ Giuseppe Chiovenda (ジューゼッペ・キオヴェンダ)、Francesco Carnellutti (フランチェスコ・カルネルッティ) 及び Pietro Calamandrei (ピエトロ・カラマンドレイ) の功績によってイタリアに浸透した。それはいまだに効力を有する1942年民事訴訟法に痕跡を残している。かかる影響の歴史を通じて、イタリア法体系の根底にある発展の道筋の幾つかを示した要因を個別化し、検討することが可能である⁵⁾。

さらには、イタリア手続法文化は、アメリカに起源を発する、いわゆる

5) ドイツ手続法の継受については、Vgl. N. Trocker, in W. Habscheid (Hg.), Das deutsche Zivilprozessrecht und seine Ausstrahlung auf andere Rechtsordnungen. Grundlagen- und Landesberichte anlässlich der Tagung der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V. vom 11.-15. Oktober 1989 in Passau, Bielefeld, 1991.

裁判外紛争解決手段に向かう文化的運動や *class action* のような現象や法制度にも影響を受けている⁶⁾。他方で、イタリア訴訟法文化は、外国の法制度に影響を与えることもあった。かかる点で顕著なのは、ブラジル法制度との繋がりである。それは第二次世界大戦中に Enrico Tullio Liebman (エンリーコ・トゥッリーオ・リーブマン) がブラジルのサン・パウロに到着したことによって始まった。彼はブラジル民事訴訟法学者の育成および1973年ブラジル民事訴訟法の体系化に消すことのできない痕跡を残したのである。その法典は Enrico Tullio Liebman の直弟子、Alfredo Buzzaid (アルフレード・ブツァイド) の功績によるところが大きい⁷⁾。

・法の継受と伝播：現行モデル

今日(すでに数10年前からであるが)、国境を越えた法の循環プロセスは、その権威の本来の根拠を国家の法制度に見出すのではなく、国際取引に従事する人々の私的自治(約款または同一契約モデルの循環)、非政府組織、若しくは国際組織に委託され、あるいは自身の“私的”イニシアティブに基づいて行動し、その構成員である法律家の権威及び能力に根拠を置く検討委員会などによって直接生み出される規範を主に対象としている。

かかる現象は細分化され、あるいは網状の形態で、政治的領域から相対的に独立した形で生じる。それは伝達手段として、経済だけでなく科学、技術、文化を有している⁸⁾。典型的一例として、まさにこの学術会議がそ

6) Vgl. Die internationale Tagung ‘Tutela collettiva. Verso la class action in Europa?’, am 30.-31. Oktober 2008 in Florenz, organisiert von: Accademia di diritto europeo (ERA) di Treviri, Fondazione per la formazione forense dell’Ordine degli avvocati die Firenze, Centro interuniversitario di studi sulla giustizia vivile ‘Giovanni Fabbrini’.

7) A. Pellegrini, K. Watanabe, Brazilian Report, in M. Deguchi, M. Storme, The reception and transmission of civil procedural law in the global society, legislative and legal educational assistance to other countries in procedural law, Antwerpen, 2008, 223, 225.

8) Vgl. G. Teubner, ‘Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus’, in Rechtshistorisches Journal, 15, (1996), 255-290; A. Fischer-Lescano, G.

れである。訴訟法の継受と伝播に関して論ずる際に、我々は現象を外部から叙述するのに留まるのではなく、直接的にその存在を提示するのである。We are really 'do thing with words', 遂行行為を完了させるのである⁹⁾。一つの小さな学術的なネットワークが一つの小さな法律的循環の現象を生じせしめるために始動したのである。

・法律家の育成

本シンポジウムがその理念的継続である2006年大会の広範な設定範囲から、最初に、私は法律家の育成、わけても、過去に私自身の関心が向けられていた¹⁰⁾法律専門職の育成について論じたいと考えた。実際、世界における法律知識や法的慣行の伝播の網状的構造が、法曹実務家(弁護士、裁判官)を法の国境を越えた継受および伝播のプロセスにおいて強く結合させている。

もっとも、イタリア法制度における法律家育成というテーマは、すでに私のイタリア人同僚 Michele Lupoi(ミケーレ・ルポイ)によって2006年の学会において見事に論じられている。それ故に、ここでは全面的に省略させて頂くこととする¹¹⁾。

Teubner, Regime-Kollisionen, Zur Fragmentierung des globalen Rechts, Frankfurt a. Main, 2006.

9) J. Austin, E. V. Savigny, Zur Theorie der Sprechakte (How to do things with words, 1962), Stuttgart, 2007.

10) Vgl. R. Caponi, Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto pruzzuale civile, in Riv. Trim. Dir. E. Proc. Civ., 2003, 127.

11) Vgl. M. A. Lupoi, Between tradition and innovation: the formation of a jurist in Italy, in M. Deguchi, M. Storme, The reception and transmission of civil procedural law in the global society, legislative and legal educational assistance to other countries in procedural law, Antwerpen, 2008, 93.

・作家と法律家

最終的に、私は、法の継受と伝播の理論の観念的な総則に含まれる論証、すなわち、法律文献の翻訳に自分の関心の焦点を合わせることにした¹²⁾。私の論文は、比較法の領域において、このテーマの考察を始めた偉大なイタリア人学者 Rodolf Sacco (ロドルフォ・サッコ) へささやかな敬意を示すものである¹³⁾。

数年前、イタリアのある大学において「作家の翻訳」をテーマとして開催された学術会議の際に、Antonio Tabucchi (アントニオ・タブッキ) は次のように語った。「作家にとって他の作家を翻訳することは素晴らしい学習の形式である。別の言語で自らの言葉を発する人に自分の言葉を提供しなければならない。それはプロンプター (後見人) を務めるのに少し似ている。さらに、翻訳することを選択した作品への大きな愛情が必要である」と。

もし「作家」を「法律家」と読み替えるならば、Antonio Tabucchi (アントニオ・タブッキ) の、この言葉は法律文献の翻訳についての小論を展開するための格好の出発点となり得る。

・法、言語及び翻訳

法律文献、表記されている言語及び由来する法制度の間の密接な関係が、当該文献を他の言語に翻訳することを不可能ならしめるという異議が唱えられたことがある¹⁴⁾。しかし、実際には、かかる関係はかような主張を生

12) すでに開始された議論は、R. Caponi, Interpretazione, traduzione e comparazione, Riv. Trim. Dir. E proc. Civ., 2006, 131.

13) R. Sacco, Dall'interpretazione alla tradizione, in Interpretazione e traduzione del diritto, Atti del convegno svoltosi a Trento il 30 novembre 2007, hrsg. Von E. Ioritti, Padova, 2009.

14) P. Legrand, The impossibility of "legal transplants", in Maastricht journal of European

み出し得るものではない。さもなければ、このような方法で、伝統的に大きな相違がありながらも、グローバリゼーションという枠組みの中で様々な側面においてますます重要性を増している国々の多くの法制度を比較することにとっては、しばしば依然として不可欠となっている、比較法的な研究手段の利用が拒絶されてしまうことになるであろう。

このような法と言語の密接な関係は、むしろ法律文献の翻訳作業特有のデリケートさを考慮することを要求する。すなわち、ここで言う法律文献とは、非常に広義の意味において大まかに言えば、法規範的な文献、すなわち、法規、行為規範（法律、行政命令・裁判所の命令、私的法律行為）のみならず、学術論文、すなわち、法律研究者の考察を表現する文献をも指すものとする。

・法律文献翻訳の不確定領域

この小論においては、体系性を求めることなく、外国の法制度（具体的にはドイツの制度）に関連した法律文献、特に法的効力を持つ文献の翻訳に関わる幾つかの問題の概略を示すことが試みられる。

たとえば、カナダにおいて見られるように、同一の法規が法律文献の翻訳で生じる問題についても簡潔に言及したい。他方、同一言語における法律用語の多様性に由来する問題は取り扱われない。それは、たとえば、ドイツ語においては、ドイツ語を表現手段とする国内法制度の多様性の結果として生じる。従って、ドイツの法律用語はオーストリアとドイツ語圏スイスどちらの法律用語とも一致しない。それは、イタリア語においても生じる。イタリアの法律用語は、イタリア語圏スイスのそれと一致しない。

さらに、翻訳者が権威主義的に、異なる言語または法制度に由来する二つまたはそれ以上の概念の間に同価性を創造する権限を有する¹⁵⁾、という

and comparative law: MJ, 4 (1997), 111-124.

15) Cfr. R. Sacco, La traduzione giuridica (1992), in Il linguaggio del diritto, hrsg. Von U.

事例は、本報告のテーマから外れる。それは、かかる関係では特別な論述に値するものの、ここでは考察不可能である。そのような状況は、もし立法者が多言語併用者で、二つまたはそれ以上の文献に同じ意味を持たせるよう指示した場合に生じる。

たとえば、EU 法は、それが複数の公用語の異なるバージョンにおいて表記されているにもかかわらず、その存在自体は唯一である。それ故に、欧州司法裁判所はその全言語バージョンに照らし合わせて、共同体の規定を解釈することになる¹⁶⁾。

・ 法律家による法律文献の翻訳

翻訳学 (Traduktologie) の内部においては、法律文献の翻訳は、最も困難で複雑な問題の一つと見なされている。

言語学は、法律的言語学あるいは法言語学と呼ばれる一つの独自の専門分野を發展させ、その内部でこの問題に関して科学的な取り組みが行われてきた。実は、法律家もこれと格闘してきた。とりわけ、比較法学者は、原文の言語、基礎となっている法制度、そして翻訳によって引き起こされた問題の三者間の重要な相互関係を明らかにしようと試みてきた。

冒頭で引用した Antonio Tabucchi (アントニオ・タブッキ) の言葉にあるように、法律文献の翻訳は法律家に委ねられることが望ましい作業としての側面を持つ。かかる見解は、文学作品の翻訳は作家に委ねる必要性を主張するのと同じほど明白な論拠により支えられている。

文学作品の翻訳は、本質的に文学作品それ自体の享受が目的であり、従って元の言語における作家の言葉が翻訳後の言語における他の作家の言

Scarpelli und P. Die Lucia, Mailand, 1994, 475 ff., 487.

16) このテーマに関しては、E. Ioriatti, Linguismo eurunionico e redazione della norma comunitaria scritta. Prime riflessioni, in Visconti, Jacqueline (Hg.) [...]; P. Biavati, *Europa e processo civile*, Turin, 2003, 109 ff.

葉によって仲介されることが望ましい。文学作品の翻訳は、ただ間接的にのみ、遵守されるべき行動規範の前提条件を意味しうるにすぎない。

これに対して、法律文献、とりわけ法的効力を有する性質の文献の翻訳は、翻訳された法制度のよりよい理解のための方法であるのみならず、とりわけ、実務家（立法者、行政官、裁判官、弁護士、あるいは公証人など）の活動にとって重要である場合には行動規範の選択の前提条件とししばしばなることがある¹⁷⁾。

それゆえ、かかる作業は法律家（文献の翻訳後の言語を母国語とする）によって行われることが望ましい。より正確には、かかる作業は、翻訳すべき文献を扱う法律分野の専門家であると同時に、翻訳を行うに際して考慮される二つの法制度の比較研究者としての確固たる権威を有するという、二つの条件を満たす法律家がなすべきである¹⁸⁾。

かかる二つの専門的知識を結合し、調和をもって作業することにより、二つの異なる法制度に由来するアイデアが相互に合致することが可能な限り保障されるのである。

17) Vgl. 実務的な端緒は R. Schütze, *Probleme der Übersetzung im Zivilprozeßrecht*, zit. S. 871 ff., S. 874 (不十分な翻訳が翻訳瑕疵と等値されている)。たとえば、2000年民事・商事事件における裁判所および裁判所外における訴状の送達に関する規則 Nr. 1348 の第8条を参照せよ。この規定によれば、受取人は、受取人が理解する受取加盟国の公用語または送達加盟国の言語で書かれていない訴状の受取を拒絶する権限がある、とされている。これに関して、EuGH, 8. November 2005, Nr. 443/03によれば、同規則8条は、訴状の受取人が、上記の両方の言語で書かれていないために受取を拒絶した場合には、送達者は、(受取人に対する期限は翻訳の受領によって開始する)要請された翻訳を引き渡すということで、その瑕疵を事後的に治癒することができる、という意味に解釈するべきであるとしている。

18) 事実, A. Gambaro, P. G. Monateri, R. Sacco, Stichwort *Comparazione giuridica*, in *Digesto civ.*, III, Turin, 1988, 48 ff., 53によれば、比較法は、学術的な法規定も、かかる規定が遵守される形式性も考慮している。

・ 様々な文化の出会いとしての翻訳

一般的には、翻訳とは、ある言語によって書かれた原典が、それを通じて変換された文が原典と類似あるいは同等と判断しうるよう、他の言語に移し替えられるプロセスであると定義されてきた¹⁹⁾。

すでにかかる短い定義から、翻訳とは、以下の二つの段階における等価的な意味の探求であることが明らかとなる。

- a) 元の言語における、翻訳される概念の意味の探求
- b) 翻訳先の言語における、その意味を表現するために適した概念の探求²⁰⁾。

言語学者の言明によれば、まず第一段階の領域においては、その概念が定義され、その言語学的环境に配置されるによって、その概念が属する経験領域が明確化されなければならない。それに続いて、その概念が使われる典型的なコンテキストが分析されなければならない。最後に、場合によってはたとえば地域的または文体上におけるその概念の利用の制限を検討する必要がある²¹⁾。第二の段階においては、翻訳先の言語において問題となる概念に関して、このような方法で等価値の表現を探索するためには、第一の段階と同じ過程が適用される。

かかる両方の作業段階を理論的に正しく位置付けるためには、18世紀末から19世紀初頭にかけての翻訳作業に関する議論の歴史上におけるドイツの経験において生じた変化に注意を喚起しなければならない。かかる変化の後に、翻訳は、原則として哲学のおよび解釈学の問題として看做された。すなわち、翻訳は、言語同士の遭遇としてのみならず、様々な文化お

19) Vgl. Eco, Cosenza, Stichwort *Traduzione*, in *Dizionario di filosofia* di Nicola Abbagnano, dritte Auflage aktualisiert und erweitert von Giovanni Fornero, Turin, 2000, 1112 ff., 1112.

20) So R. Sacco, *La traduzione giuridica*, zit., S. 480.

21) Vgl. Mayer, Tedaldi, *Traduzione di formulari giuridici*, in www.tradulex.org, 2.

よび世界観の出会いとして看做されている。翻訳者は、自己の言語および文化を原典の言語的および文化的な環境に適応させ、自らの読者にそのための門戸を開き、(中略)作者自らよりもより良く文献内容を理解しなければならない²²⁾。

翻訳すべき表現が翻訳元の国の現実や伝統において、他に類例のない関連性を含む場合には、一般的な言語使用であっても同価値の意味の探求が常に成功裏に終わるとは限らないという指摘は殆ど陳腐であるように思われる。そのような場合、翻訳先の言語が等価値の意味の用語を持たないことが多いのである。このような場合には、翻訳先の言語はしばしば等価値的な意味を持った概念ではない。

しかし、通常は、かかる問題は克服することができる。翻訳元の言語における意味を調査した後で、翻訳者は、その概念を書き換えたり、翻訳されるべき概念に関する現実や伝統を総合的にテーマとして扱うことができる。

・ 様々な法秩序の出会いとしての法的文献の翻訳

もし法律文献、とりわけ規範的な文献の翻訳が問題とされている場合には、様々な文化や世界観が遭遇することになる。そこでは、通常は、翻訳の範囲において、具体的には両法秩序の遭遇として、いかなるものが翻訳作品の基礎(原文と翻訳)を構成するのかということが問題となる。

ここでは、まず第一に、翻訳されるべき文献の意味は、法律言語においてのみならず とりわけ 原文を構成する法秩序においても理解されるべきである。その後で、専門用語や翻訳先の文献の法秩序において等価値的な意味を借用する表現を探索しなければならない。

すなわち、二重かつ並行的な解釈に直面している。かかる解釈は、常に

22) Vgl. Eco, Cosenza, Stichwort Traduzione, zit., S. 1113 は、とりわけ Schleiermacher によって主張された見解について報告している。

体系的にでなければならず、他の法制度と同一である法秩序は存在しないのであるから、法的に等価的な意味を探求することはそれが専門的に見て正しく実行されたとしてもしばしば結果として接近することもあれば、偶には奏功しないこともある。たとえば、これが、二言語または多言語の法制度内で起こるように(たとえばスイスやベルギーにおいて)、両法の言語が同一の法秩序において関連性を有している場合にのみ、完全な等価性を獲得することができる²³⁾。

言い換えれば元の言語と翻訳先におけるそれぞれの言語における二つの概念間の言語的等価値性は、その法律的等価値を自動的にもたらすものではない。

反対に、法律用語とそれが表す概念は、すべての言語において不変であるのではない。なぜならば、二言語または多言語の同一法秩序内部における翻訳が行われる場合まで、法律専門用語は絶えずある一定の法秩序に対する表現伝達手段であり、翻訳元の法秩序は通常は翻訳先の法秩序と区別されるからである。

ここで我々は法律的翻訳の真の問題点に行き着く。二つの概念が言語学的にみて共に一致し、相互に両法の言語に翻訳することが可能であることは、二つの概念が同一のコンセプトまたは法規定であることを意味しない。

一例として、Rodolfo Sacco(ロドルフォ・サッコ)による鋭い指摘が挙げられる。すなわち、ドイツ語の *Besitz* が完全にイタリア語における *possesso* と訳されることに疑う余地はない。しかしながら、ドイツ民法によれば、*Besitz* が物に関する一般的な支配力を意味するのに対し、イタリア民法によれば(少なくとも伝統的な見解に基づけば) *possesso* は *animus domini*(所有の意思)を伴う、物に関する支配力を意味する²⁴⁾。

23) Vgl. De Groot, La traduzione di informazioni giuridiche, in *Ars interpretandi*, 5 (2000), 135 ff., zit., 137.

24) So R. Sacco, La traduzione giuridica, zit., 477. しかし、かかる伝統的な見解に対する激しい批判としては、S. Patti, Una nuova lettura degli articoli 1140 e seguenti c.c., in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, S. 149 ff.

この場合においても、言語的等価値性と法的相違とを描き誤ることがありうる。

しかし、かかる翻訳作業の困難さは 法律的な翻訳のより狭い分野においてだけでなく 言語上の制度間の比較およびある言語を他の言語に翻訳することは不可能であるという主張をする理由とはならない²⁵⁾。

これに対して、空間的にではなく、時間的に相次ぐ複数の法秩序間にならって同様な活動を行う、法制史家の作業方法をまず分析するならば、かかる問題の解決法が見込まれる。財産法を研究する法制史家は、その論文の展開上、歴史上の様々な時代においてそれが根本的に異なる意味内容を帯びていたことを自覚しながらも、所有権という概念の使用を放棄することができないのは当然である。彼の責務は、まさにこの差異をテーマ化し、それぞれの歴史的時代との関連において所有権という名詞の性質決定を通して(たとえば中世の所有権、現代の所有権というふうに)、読者の注意をその差異に引き寄せることに存在するのである²⁶⁾。

では、翻訳者はどうだろうか? 翻訳者が たとえ比較法的な能力をも備えているとしても 原文の論述と翻訳後の論述との間に生ずる法律的相違をテーマ化し、記録することを彼に強要することはできない。さもないければ、彼の仕事は翻訳ではなく、比較法的作業となってしまうであろう。そのような相違を把握し、言語的等価値性と法律的等価値性を同次元に置くことを避けるという役割は、必然的に翻訳の受け手たる読者の文化に委ねられるべきである。

25) 考慮する価値のあるのは、die-von Eco e Cosenza, Stichwort Traduzione, zit., 1112 zitierte-Auffassung von B. Croce, La poesia. Introduzione alla critica e storia della poesia e della letteratura, 1936. Croce は、詩文の翻訳は、比類なさおよび模倣不可能性の故にすべての個々の言語学的な表現は不可能であると主張する。彼は、たとえば、学術的な文献など、その翻訳が国際的な領域で分かち合っている専門用語によって容易にされている翻訳の可能性の若干の程度が存在すると認めている。Croce の論拠は、明らかにまずはじめに自然科学的な文献を念頭においているものと思われる。

26) Vgl. P. Grossi, Stichwort Proprietà (dir. interm.), in Enc. del Dir., XXXVII, Mailand, 1988, 226 ff.

翻訳者は、書き換えまたは新論理主義といった（しばしば相互に結合された）意識のおよび調和の取れた手段ならびに移し替え（すなわち、翻訳元の言語からの逐語訳）という方法により読者に歩み寄ることはできる。

． 続き：事例

さて、より良い理解のためには、ドイツとイタリアの法秩序における幾つかの例を挙げておいた方がいいだろう。

もし *Verhandlungsmaxime* というドイツ語表現を逐語的にイタリア語に翻訳して、ドイツ民事訴訟が *principio della trattazione* に拠ると記すとしたら、それは、翻訳先の法制度（イタリア制度）の専門用語上・概念上の対象物についての解釈的处理を介することなくして、法的等価に変換することが不可能な“移し替え”に手を出すことになる。

実際のところ、イタリア訴訟ドグマでは、*principio della trattazione*（弁論主義）は現実に認識されていない。イタリア民事訴訟法に用いられた *trattazione*（弁論）という用語の訴訟専門的意味の分析を通じて、その対象が容易に把握されるわけでもない。もっとも、かかる処理は誤りではなかろう。*Verhandlungsmaxime* を *principio della trattazione* と翻訳し、我々の法律用語に新論理主義を通して「訴訟において判決のために重要な事実を提示し、裁判官に証拠方法を明らかにするのは当事者の責任であるとする主義」と、広範な婉曲表現によってその意味を説明しうる新造語を導入させた著者たち（例えば Mauro Cappelletti）の業績は、ある種の先例価値としてむしろ承認されるであろう²⁷⁾。

27) これとの関係では、新論理主義は、翻訳先の言語には存在しない概念ではなく、翻訳先の法制度の専門用語には該当しないすべての表現と理解されている（意味論的な新論理主義）。かかる広範囲にわたる新論理主義のコンセプトは、我々の中でも見解が割れている結果である。すなわち、翻訳元の言語で起草された法制度の専門用語の表現が翻訳先の言語で起草された法制度の専門用語に翻訳されるかという点である。Vgl. De Groot, La traduzione di informazioni giuridiche, zit., 145.

第二の例は、債務法の改正に伴い最近 BGB に導入されたが、これまで信義則 (§ 242 BGB) に基づいて学説・判例領域に解釈を委ねていた、*culpa in contrahendo* (§ 311 BGB) の制度を成文化した条文の翻訳についての考察から引き出すことができる²⁸⁾。通訳者または翻訳者にとって、BGB に規定された契約前の責任の最初の 2 類型 (1) *die Aufnahme von Vertragsverhandlungen* と (2) *die Anbahnung eines Vertrags* の表現を、翻訳先の言語において法律用語で区別する問題が発生する。最初の逐語訳作業では、二つの類型はそれぞれ “*inizio (o apertura) delle trattative contrattuali* (契約交渉の着手)” と “*avvio di un contratto* (契約締結の用意)” という表現に行き着く。しかしながら、イタリア法律用語において前者の意味が明確なのに対して、後者の意味は曖昧である。それ故に、すでに *Verhandlungsmaxime* の翻訳に関して検討されたのと同じような問題が再び持ち出される。

最初の例との第一の差異は、立法者によって最近創造された定義が問題となっているために、過去の翻訳を引用することは不可能であるという状況を看取しうる。もっとも、第二の例の場合も、同様に、新論理主義と評価される逐語訳的な翻訳は 翻訳元の法制度における *Anbahnung eines Vertrags* (契約締結の用意) という概念の解釈に鑑みて 適切であると看做され、将来に向かって先例として遵守されるべきである。

最初の例との第二の差異は、イタリアの法制度においては、*Anbahnung eines Vertrags* (契約締結の用意) と相当する法規範が存在しない点にある。従って、逐語訳が望しい(この場合には、他の可能性は殆ど存在しない)。さらに、翻訳を改変し、比較法的な論文に変化させることなしに、概念の法的な意味を直接的に意識によって翻訳文の中に説明するという考え方も、実行することは難しい。結局、翻訳された概念の法律の意味を翻訳先の法制度の概念及び法規範と比較することは、翻訳の受け手の文化に

28) Vgl. S. Patti, Traduzione e interpretazione nell'Unione europea: brevi appunti di un civilista, in *Ars interpretandi*, 8 (2003), 309 ff. 313 f.

委ねることが不可避である。これとの関連において、BGB 823条の解釈の隘路が想起される。同条は、傾向として特定の法益に鑑みて民事法上の責任が課せられる事例を規律しているが、ドイツの判例は、イタリアの法秩序において不法な一般条項に該当するであろう(イタリア民法2043条)不法行為を契約締結前の責任として性質決定することを強制してきた。すなわち、デパートに入店した後にバナナの皮で滑ったか、あるいはリノリウムのロールにぶつかって怪我をした人の事例がその典型である。*Anbahnung eines Vertrags*(契約締結の用意)という規定の導入の際に、ドイツの立法者は、かかる事例を想定していたと思われる²⁹⁾。

翻訳する文と翻訳において使用される文のと間に同価値性を見出そうとする場合には、二つの言語(翻訳元言語と翻訳先言語)と翻訳される文献の性質により、翻訳者の役割は楽にもなればより困難にもなりうるものである。

BGBのイタリア語訳を例にとると、翻訳すべき文の法的意味の追求は、19世紀のドイツ法典学派が、一つの概念は唯一の単語に対応し、それぞれの単語はただ一つ概念に対応するという、一連の分析的で、良く整理された、そして殆ど理想に近い概念を規定していたという事情により容易にされていた。これは、BGBにおいて、とりわけ、その総則において反映されている。

・逐語訳への賛辞？

最後に、法律的文献の翻訳を傾向的に著者の翻訳として性質決定することへの反対意見について言及してみよう。

反対意見は以下の通りである。すなわち、翻訳元の言語の表現と翻訳先の言語の表現との間の法的な差異をテーマ化し、記録化することは、翻訳

29) Vgl. Patti, Traduzione e interpretazione nell'Unione europea: brevi appunti di un civilista (Fn. 28), 314.

者に要求することはできないので、法律文書の翻訳は(少なくとも優先的に)法律家に信頼して任せなければならない、という要求を放棄し、法律専門辞書の助けを借りて二言語に精通した翻訳者が行うことを委託してもよいのではないか。

一方、もしそのような差異を把握する役割が傾向的に翻訳の受け手たる読者の文化に委ねられるべきであるという前提に立てば、翻訳者の解釈の自由が読者側の正確な理解を妨げることを避けるため、翻訳元のテキストの字句内容にできるだけ近い翻訳を採用するのが望ましい。

もちろん 法律家でないにもかかわらず とりわけ経験と法律家との共同作業によって、素晴らしい成果を挙げるとも優秀な翻訳家が存在することを否定することはできない。同様に、逐語的翻訳の方がしばしば好まれることもまた否定できない。

もっとも、これを一般化することはできない。翻訳先の言語において適当な用語を選択する際には、文脈と法律文献の翻訳の具体的目的に関連したプラグマチックな性質の観点が重要となってくる。

ある一つの文脈において、あるいはある一定目的のためには、受容可能な等価値性を有する一定の語彙が、別の文脈ではそうではないということはあるのである³⁰⁾。

かかる文脈と目的は、言語学者の翻訳者(いずれにしても十分な法的知識は必要であるが)よりも、おそらく法学者の翻訳家(翻訳の言語学的側面に情熱を持っているならば)の方がより斟酌することができるであろう。

翻訳の文脈および具体的な目的に関する知識は、非常に注意深く かつ同時に非常に慎重に 法的翻訳の標準化のための幾度となく試行することを妨げるものではない。

30) Vgl. De Groot, *La traduzione di informazioni giuridiche*, zit., S. 139.