

ジェニーとダバン : 二人のトミスト

水波, 朗
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1504>

出版情報 : 法政研究. 32 (2/6上), pp.67-116, 1966-03-15. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :



ジェニーとダバン

—二人のトミスト—

水 波 朗

一 はしがき

一 トミストとしてのフランソワ・ジェニーはわが国においては従来、ほとんど語られたことがない。従来語られてきたのは、二十世紀初頭の自由法運動の大いに成功した推進者の一人として、または今日の「自然法の復活」の最大の先駆をなした自然法論者としてであった。しかし自由法運動の推進者としてならば、一九世紀の「註釈学派」*l'école de l'exégèse* の意味での法実証主義の雰囲気があったく失われてしまっている今日の法学界において、ジェニー学説の意義は失われたと思われるに違いない。それに、自由法運動は周知のようにジェニーとはその基本的立場をまったく異にする人びと——E・エールリッヒやH・カントロヴィツ——によっても推し進められたものであ

論

説

説 論 説て、自由法運動の推進者としてジェニーをいうことは、ジェニー学説の固有の本質的特徴を語ることでない。凡そ
いづれの学説でも、それがどういふ学説史的影響を残したかという観点だけから理解され評価されるにとどまれば

ならぬものであって、まずそれが何であったのか、その学説の全体をそこから一望の下に見渡すべき内在的な統一原
理はそもそも何であり、この原理に則してみられたその学説の基本的・本質的特徴、立場は何なのか、と問わねばな
らぬ筈である。ジェニーの理論においても、もっとも問題なのは、この学説がその基本的な特徴・立場においてトミ
スムであることであり、今日大いに隆盛なものとなっているトマス主義法哲学の二十世紀における——ある意味での
——創始者、開拓者であることではなからうか？

他方において、ジェニーを単純に自然法論者としてのみ扱う者は、ジェニーがその「最後の言葉」Ultima verba
において、「実定法は唯一の眞の法である」ということ(一)の前に戸迷うであろう。又かれがスコラ哲学の自然法論を
めて全ての自然法の体系に自分(二)は関知しない、とのべていることをどう解するであろうか？ 現にパリ大学のミッシ
エル・ヴィレー教授は、正にこの矛盾を採りあげる。ヴィレー教授は、一九六二年十月二十六、七の両日ナンシー大
学においてもたれた「ジェニー生誕百年記念祭」の催しにおいて、ジャン・ダバン教授らと相並んで講演し、上記(三)
のジェニーの言葉「実定法は唯一の眞の法である」を引用しながら、ジェニーが自然法論を説く一方でこうした言葉
を残したことを今日のトミストの代表的哲学者ジャック・マリタンやエチエンヌ・シルソンによって明かにされたよ
うな眞のアリストテレス(四)聖トマス学説の淵源に遡りえなかつたトミスト、ジェニーの自己矛盾、その折衷主義の徴
しとしている。しかしジェニーはヴィレーが考えている以上にアリストテレス(五)聖トマスの源泉に遡りえていてマリ
タンやシルソンの説く今日の水準のトミスムに先駆的に到りえており、かれのこの所説に矛盾があるとしても、それ
はヴィレーのいうのとは違った意味ではないか？ ——いづれにせよこうした点を吟味するためにもジェニーは今日

において、単なる自然法論復活の先駆者ということ以上にでて、そのトマス主義的核心から問い直されねばならないであろう。

ただしジェニーのトマス主義的法哲学の今日における意義を誤解することなく理解するためには、次のことを注意深く観察しなければならないであろう。すなわち同じくトミスムの法哲学といっても、道徳学者(モラリスト)のそれと法律家のそれとは大いに途を異にして発展していることである。つまり一方では Boistel—Cathrein—Messner といった道徳学者としてのトミスム法哲学 (Jusnaturalisme) の系列があり、他方には Génny—Dabin と繋る法律家のトミスム法哲学(Juridisme)の系列がある。この両系列はどういう意味で相分れるのか？ そして今日の法律家のトマス主義法哲学の推しも推されせぬ第一人者ジャン・ダバンは、^(五)ジェニーから何を受け、ジェニーの何を批判して自らのその独創的な体系を形成しているのか？

われわれが本論文において尋ねようとするこの大綱は、こうしたところである。

- (一) Génny, *Ultima verba*. 後出註(四)をみよ。
- (二) Génny. *Science et technique, en Droit privé positif*, t, II, 1915, pp. 316, 362, 364, 399.
- (三) それらの講演は次の論文集に集められ公刊された。Le Centenaire du Doyen François Génny. *Recueil des conférences*, 1963.
- (四) Le Centenaire, p. 50, なお pp. 47-9 をみよ。
- (五) Morris, *The great Legal Philosophers*, 1959. ジャン・ダバンは「ジャック・マリタンと共に、新スコラ哲学の法および政治哲学のリーダーシップを分っている」 p. 460.

II トミスト・ジュニー

二 ジュニー学説のトミストとしての特徴は、従来のわが国の法学界において、ほとんど知られていない。これまでわが国に知られているジュニーといえば、一八九九年の *Méthode d'interprétation et source en droit privé positif* 「実定私法の解釈方法と法源」二巻でもって自由法運動の決定的な口火を切った碩学、といった面であり、又これと結びつけて自然法論の二十世紀における復活者といわれる面である。周知のようにジュニーはこの「解釈方法と法源」の書では、いわば破邪の劔を振ってそれまでの一九世紀フランスの「註釈学派」の法実証主義を打破し、「自由な科学的探求」を唱えたのであるが、更に、一そう広汎に顕正の仕事をして、自己の考えを鬱然たる一大体系に纏め上げたのは、そのあとの主著、一九一三年から二四年にかけて発表された *Science et technique en droit privé positif* 「実定私法の科学と技術」であった。^(一) この後者の方を徹底的に吟味して、一体この強靱な論理的構想力をもった碩学の強固な体系の統一原理は何なのか、ジュニーの根本的な立場は如何？ といったことを考えつめることは、日本では今日まであまり多くはなされていない。牧野英一博士や野田良之教授がジュニーを論ずる場合も、こうした自由法運動の火つけ役、又は自然法論者の一人といった観点からにすぎない。^(二) 但し横田喜三郎博士は、今から三十五年も昔に書かれた優れた論文のなかで、ジュニーの「科学と技術」に法哲学的に真正面からとり組んで、ジュニーの根本的立場をかれ自らいうところに従って「常識の哲学」 *la philosophie de sens commun* と正しくいあてている。しかし惜しいことには、この「常識の哲学」の——われわれがすぐあとで吟味するような——正体を看破することなく、これを漠然と歴史法学にたいする自然法論の傾向、といったこと^(三)で把えている。

われわれの知るただ二つの例外は、杉山直次郎博士と田中耕太郎博士である。前者は、用心深い表現で次のように

のべる。「彼(ジュニー)の自然法思想は同時にカトリック信仰と切離し得ない。これらの点の多少の留保の下に一種の『トミスト的自然法の立場』といっても差支えないであろう」^(四)。このように書いているところをみると、「法の世俗性」を強調しているジュニーにとって「トミスト的自然法」はカトリック信仰とある意味で切り離しうるものであったことを、博士は考えなかったらしい。^(五)ここでもトミストとしてのジュニーは立ち入っては考えられていなかったのである。後者の田中耕太郎博士は昭和十六年に書かれたそのある論文において、フランスの法律学者のトミストとしてオーリユー、ルナルル、ル・フェールと並べて、ジュニーを数えている。そしてこれらの者のうちオーリユーやルナルルはわが国では制度論者の面でのみ、ジュニーは自由法論者としてのみ知られていて、そのスコラ学的立場においてではないことを、正しく指摘している。^(六)但しジュニーがどういう意味でトミストなのか、博士によっては全くのべられていない。^(七)

ところで海外の文献では、ジュニー法学の正体は、一そうはっきりと把握されている。ほんの一、二を例示すればパウンドはその晩年の大著の第一巻のある箇所^(八)で、またことに、わが国にもその翻譯のある「経験と理性とを通じての法発見」のなかで、^(九)ジュニーを目して聖トマス・アクィナスに由来する新スコラ派の社会哲学の「筆頭にあげられる指導者」とみている。又、こうした高い評価とは反対に、ジュニーを酷評して、その哲学的価値は凡庸であり、折衷主義で、なんでも並べてある「真の形而上学的市場」^(十)だというベルギーのガン大学のハザルトが、この折衷主義はカトリック信仰に全く滲透されたものであるというとき、かくいう理由は、ジュニーのいう自然法の所与の中核をなす正義の観念が聖トマスに従ったものであり、——ハザルトによれば——この種の道德法は神からくるものであることに、^(一〇)求められている。

では、ジュニー自身は自己の基本的立場をどう考えていたのか？ ジュニーは自らの立場をトミスムと規定してい

説る。尤もトミスムという言葉は用いていない。ジェニーがその主著を書き上げた一九二四年頃までは、まだこの用語は一般にはほとんど用いられていなかった。しかし実質的には同じことを意味して、「科学と技術」第二巻で次のようにいうわけである。私としてはソクラテスやプラトン、アリストテレス等ギリシャの大哲学者達によって説かれ、キリスト教の教義や神学の確かな基底となった伝統的哲学の方向に従うものである。(二二) 又いう。私にとっては、唯物論や観念論の一元主義や超越主義あるいはその反動としての懷疑説に対立する中庸的實在論 réalisme modéré の伝統的哲学のみが満足なものである。(二二) さらにジェニーは、この伝統的哲学を他のところでは philosophia perennis (久遠の哲学)とも言い替えている。(二三) またこれを la philosophie du sens commun progressif (進化的良識哲学)とも呼んでいる。(二四)

三 しかしこのようにジェニーが自らをトミストとしていたことを確証したからといって、直ちに実際に彼がトミストであったことが証明されたわけではない。人は思い誤って自らをトミストであると信ずることもできるのである。それにジェニーはあまりにも早くトミスムの先駆者として立ち現れたので、その偉大な著作活動をなした時期には、今日の成熟した新トマス主義、ネオ・トミスムは、まだ充分形成されていなかった。(二五) ジェニーが引用するトミストといえば、カートラインのような優れたトミストの倫理学者の外には、イタリアの若干の先駆的な、従って多分に折衷的なトミスト、(二七) それにせいぜいメルシエ枢機卿とかドウプロワジュといったトミスムのルーヴァン学派の創始者(二八) 達にすぎない。そこで、ジェニーは果して今日の成熟したトミスムの水準に照してなおかつトミストと言えるかどうか、吟味する必要があるわけである。

では、一体何を規準にして、人はある者をトミストとして他の者から区別すべきだろうか？
こうした基準として、トマス主義の哲学的なものを——例えばボヘンスキーがいうような、「存在論と同一

視されたその形而上学」の現勢・潜勢説 Akt-Potenz-Theorie やその自然哲学における質料・形相論 Hylemorphismus、有靈魂論、有神論、認識論上の中庸的實在説ないし主知主義などを——^(一九)数えあげることが、今は問題ではない。今問題なのは、一そう実際のな観点であって、われわれの論文の主な読者である法律家達の教養の現状に鑑み、ジェニーの法哲学のトミスト的基本傾向を浮彫りにするためには、トマス主義哲学のどういう基本的理論をとり出せばよいか、である。われわれはこうした基本的理論として唯一つ、その中庸的實在論に結びついた認識論上の一テーゼ、共通感覚の理論、あるいは「前概念的・非反省的・非説明的・本性的認識」と「概念的・反省的・説明的・自覚的認識」との区別の論を採りあげよう。

共通感覚 *Sensus communis* は、又「常識」 *sens commun* とも言いかえることのできるものであるが、この場合マリタンも強調するように、常識の二つのものを区別しなければならぬ。一つは事物を反省により原因から説明して認識している点では学的認識に類しているが、その不完全さが、この説明の不充分さにある「偽科学的命題にすぎない経験の説明」という意味での「常識」つまり「通俗的知識」 *connaissance vulgaire* である。これは「単純な臆見と多少とも根拠ある信念より構成されるもの」である。他はこうした通俗的知識の核心にみいだされる(反省的認識以前の)「それ自身自明的な第一原理の直接的知覚」としての「哲学的意味での常識」である。後者は人間存在の存在論的構造に基いて「人間本性自身より出てくるもの」、人間の「本性の持参金」 *dot de nature* と呼ぶるものであり、万人においてみいだされる共通の確証(自明性)である。この確証性は、あらゆる学問的な結論以上に確実なものであるが、ただ学的認識のような自覚的・反省的な完全な様態の認識でないという意味でのみ、不完全な様態の認識である。^(二二)この意味での共通感覚(哲学的意味での常識)は、正に理性的存在である人間のそれであるが故に理性認識の一樣態であることには間違いなく、この点で理性に関係のない純粹に本能的な機能をこれにみたり(一八

説 世紀末から一九世紀初頭にかけてのスコットランド学派)、同じく理性と関係のない理性以上の感情をこれにみたり論 (ルソー、ヤコービー、ベルグソン等) するのは謬りである。^(二二) 又同じくこうした共通感覚の理性的性格を否定して理

性とは合理的・反省的・学的理性のみであるとするところに近代のデカルト以後の観念論(及びこの点では共通の誤謬を犯す唯物論)の誤謬があるのである。^(二三) 共通感覚の理論は、こうして、近代の全ゆる他の流派の哲学へのトミスムの側からの批判を可能にうる。又こうした理性的な共通感覚の本性的認識によってこそ客在する事物の本質的契機への人間理性の透徹が充つ可能となることが、トミスムの特徴としていわれる中庸的實在論の弁証される認識論的可能根拠である。このいづれの意味からも共通感覚の理論がトマス主義哲学の一つの要め石であることに注目しよう。^(二四)

共通感覚の前概念的・非説明的本性的認識と、諸学や「通俗的知識としての常識」の概念的・説明的・自覚的認識との区別の理論は、認識論上の基本理論であるから、人間活動の全ゆる領域での認識に聳関するものであるが、今はわれわれの行論に關係する自然法(人間本性の倫理的傾向)の認識に關する場合に限定して、更にこの区別を明確にしておこう。ジャック・マリタンは、その著「人間と国家」において、自然法の認識について聖トマスをひき合いにししながら、自然法の認識は、先づは、合理的な認識 *la connaissance rationnelle* ではなく「傾きによる認識」*la connaissance par inclination* であることをいう。「この種の認識は、概念による又は概念を用いての判断による明瞭な認識ではない。それは朦い非体系的な生きた認識であって、(一定の方向へ)傾向づけられた経験、あるいは「合本性性」*connaturalité* に由来するものである。そしてこの認識のうちにおいて知性が、判断を形成するため、人間自らの内的傾向の響鳴により人間主体のうちに生じている一種の合唱の聲に、聴き入り、これに相談するものである」。^(二六) この、「人間の存在論的構造を構成するもの——それは生きた理性的なものである——の本質的傾向に拘束された概念化の所産」であって、「自由な概念化の所産ではなく」^(二七)「論証ということが問題となりえぬ」「本性的

に知られた自然法「*la loi naturelle naturellement commune*」の認識^(二八)、つまり前概念的・非反省的・本性的認識と、自由な概念化の、判断の、論証の世界のものである自然法についての概念的・反省的・説明的認識(自然法についてのもろもろの学説や通俗的説明の認識)とを区別すべきなのである。前者については人間存在の構造の同一性に基く万人の了解的洞察の一致がありうるが、後者については完全な意見の一致は決してありえないのであり、(自然法に結びついた人権の認識の歴史がそれを示すように)「イデオロギー的誤謬」の危険に不断にさらされている。^(二九)

四 さて、それではジェニーは、人間理性の認識のこの二つの様態の差を知っていただろうか？ 知っていたといわねばならない。

その証拠は、先づ第一にかねが、*la philosophie du sens commun progressif* が自分の哲学だ、というところにあらわれている。ジェニーがこの場合、もちろんマリタンほど明確に反省してではないにせよ、「常識」*sens commun* として考えていたものが、共通感覚の本性的認識(哲学的意味の常識)であって、概念的・反省的認識の一部としての下手な説明的認識(臆見或は通俗的知識としての常識)でなかったことは、この常識の認識論的真理価値を強調したり、「告白された一般的哲学」からこれを区別していること^(三〇)からみて明かである。こうした共通感覚の前概念的・本性的認識は、前述のようにいわば不変な「人間本性の持参金」として万人に普遍的でもあれば又変らぬものでもある筈であるが、これが *progressif* (進化的)であり時代により人によって進歩してゆくのは、この(哲学的意味の)常識の方は不変であるにもかかわらず、これから出発し、これを反省し、概念の組みあわせをもって判断し、論証してゆく哲学の認識が、反省的・概念的認識の常として時代により人によって異りうるものであり、進歩のあるものだ、という意味である。

説 実はこのと同じ意味で *philosophia perennis* (久遠の哲学) ということも語られるわけである。「久遠の哲学」は

論 すでにでき上った何かの学説体系を、例えば聖トマス(三二)のそれを永久不変の真理としてこれに固執するという意味で久遠の哲学なのではない。反対にそれは、不断に自己自身の哲学体系を改変し破壊して前概念的・本性的認識に立ちかえって事を問うことを自覚的に遂行する哲学であり、しかもこの立ちかえるべき所与の出発点——コプルストンもいのようにそれは、ある程度「日常の言語のうちに含意イムプリシット的に含まれている」——ある恒常的にして可知的な実在の形而上学的構造である——の認識の同一性、恒常性の故に永久・不変の要素を含むので久遠の哲学と呼ばれるのだ、との趣旨に理解されるべきである。(三二) ジェニーが一方では「進化的常識の哲学」を自らのものであると言ひ、他方では一見これと矛盾してこれを「久遠の哲学」といひかえることの裏には、これらの言葉についてのトミストとしての極めて正統的な理解があるわけである。

ジェニーが本性的認識と概念的認識との区別を前提していたことは、第二には、当時のいわゆる「新哲学」 *philosophie nouvelle* への彼の讃同と批判との態度のうちに読みとられる。ここでいう「新哲学」とはベルグソンやブールーの哲学であつて、この哲学は、周知のように人間の合理的思惟、その形成する概念などは、人間の生のあるいは行動の道具として以上の認識論的価値をもたぬもので、人間を含め諸事物の本質的核心に迫つた認識をなしうるものではなく、そうした認識は合理的理性以外の途、一種の感性的直観のようなものによつてのみ可能だ、と考える。*sens commun* の認識を重視するジェニーもまた概念の途による認識の不充分さを強調して、或は *l'intuition* (直観) が、或は *sentiment* (感じ) が、或は *sympathie* (共感) が、或は *croissance* (信念) が充実な認識には必要であるとして、大いにこの新哲学を引き合いに出しこれに讃同している。(三三) しかし他方においてジェニーは二つの方向において「新哲学」を批判している。一つの方向は、概念の途による認識はそれだけでは不十分なものであるとはい

え、「新哲学」がそうしているようにこれに認識論的価値を不当に拒みすぎてはならない、という批判である^(三三)。更に一そう決定的な他の方向は、概念的認識以外にも理性認識の途があることを指摘し、「新哲学」の直観の非理性的性格を批判するものである。ジェニーは「科学と技術」第二巻のある箇所で、(伝統的哲学の法律観をのべつつ)いわゆる *sentiment* も正に人間的なそれとして *rational* なもの、理性的なものであることを説いている^(三四)。これからみてもジェニーにとって概念的認識を補うべき直観的認識の種々のもの (*intuition, sentiment, sympathie, croyance*) が、今日のトミスム哲学でいう前概念的・本性的な理性認識にほぼ相当し、この点において——正に上述のマリタンの所説と一致して——ベルグソンの直観の非理性的性格と相対立するのである^(三五)。ジェニーは、結局のところ次のように強調する。遂には懷疑論に終るべき純粹な主知主義も、理性を忘れ理性的な人間の価値を忘れる「新哲学」の極端をも却けて、知的分析の不足を理性的な直観的認識で補いつつ、われわれの理念的なものを直証的にとらえそれを^{イデアール} 実在的なものに服せしめる中庸の途を(中庸的実在論の途を)歩むべきである、と^(三六)。

ジェニーが本性的認識と概念的認識との区別を前提している第三の証拠は、つぎの点にもある。かれは、「告白された」、人毎に必然的に異りうる「一般的哲学」と、実定法の所与を結果の有益さに基いて決定する上での実践上の一致とを区別する。後者はいわば中間的・媒介的目的ともいふべきものをめぐる一致である。ジェニーの志す法の自由な科学的探求は、前者の意味での一致など求めない。それは不可能を望むものである。かれが求めるものは、世界および人間についての多様な根本的觀念に遡ることなく、人間本性的に一致に基礎づけられていかなる哲学の^{バルテイザン} 加担者にも受け容れられているような理解にもとずくところの、最小限の不可欠の正当化により有益とされ、一致して承認されている中間的・媒介的目的である。これのみが法学の探求の共通の出発点、共通の基礎となりうるものであ

る^(三七) こうした主張は、概念的・説明的認識の一部としての「告白された一般的哲学」の多様さと、この多様さにもか
 かわらぬ万人の前概念的・非反省的認識の一致との区別を樹てることなしには言いえぬことである。

このことは、第四にジュニーが、自分は良識 *Bon sens* の語る自然法の所与を重んじはするが、スコラ哲学の自
 然法体、系、やカトリックの教義^(ドグマ)に関心を向けない、としていることについてもいえる。^(三八) 前概念的本性的認識から汲んで
 きた自然法は、それ自身ではこうした自然法についての反省的・概念的認識であるスコラ自然法論の体系やカトリッ
 ク信仰のドグマではないわけである。^(三九) ジュニーによって理解されていた自然法認識のこの二つの様態の差は、更にあ
 とで彼のいう合理的所与及び理想的所与なるものをわれわれが分析するさい、なお一そうあらわになるであろう。

五 以上のように、今日の水準のトマス主義哲学の基本的理論の一つを規準として吟味して、ジュニーの立場が明
 かに純正なアリストテレス^{||}聖トマス主義であったことを確かめたうえで、さらにかれのこの哲学的立脚地が、その
 法律論の全体としての構成の上にもどのように影響しているかをみてみよう。

先づかれのいう「科学」と「技術」という対概念は、伝統的哲学の構図に従ってのものである。ここでは「知るこ
 と」と「働くこと」とが、「認識」と「実践」とが、アリストテレスの哲学の展望において対立している。ジュニーの
 言葉でいえば *Savoir* と *Pouvoir* との区別が「科学」と「技術」との区別に対応するわけである。 *Savoir* (知る)
 とは、ジュニーによれば、所与の事実や目的や手段の難易などを識別することであるのみでなく、また現実化すべき
 規範^(レギュル)を判定することでもある。 *Pouvoir* (なし能う) とは、上記の仕方であつた規範^(レギュル)を実行すること、つまりそれを可能
 態から現実態へと移すことであり、或は他の言い方をすれば、人間の実生活をこの規範^(レギュル)に適合させることである。^(四〇)

ジュニーはこうした区別を実定法秩序の総体について適用する。そして正にここでもアリストテレス^{||}聖ト

マス哲学の途に随う者らしく、例の「質料・形相論」を登場させ利用する。この区別はシェニーによれば、「アリストテレスに基いてスコラ哲学により注意深く樹てられ、後の批判哲学によって一般化された貴重な区別」である。^(四一)

シェニーは、実定法秩序を先づ「質料」の観点からみる。そうすると実定法秩序のいわば基体 *substratum* としての「所与」 *donnée* の面が、われわれの知性の営みである学的認識の前に現われてくるわけである。この「所与」はその中核的な一部に、法の目的となるべきもの（正義）を蔵している。他方においてこの同じ実定法秩序をその「形相」の観点でみる。そうすると人間の有意的行為として、技術によりいまのべた「所与」のいわば延長線上に実定法規が形成されること（*construction*）とその結果としての「所造」 *construit* およびこの形成の上でのもろもろの技術的手続・手段の存することが立ち現れてくる。前者の「所与」の学的探求は、その最上の意味では哲学的な仕事であり、後者の形成は職業的法律家の職人仕事、つまり *métier* である。「科学と技術」の第四巻でシェニーが総括してのべるところに従っていえば、この二つのものの対立は、*donnée* と *construit*（「所与」のものと「所造」のもの）、知性と意志、認識と行為、目的と手段、哲学の業と職人仕事との対立である、ということになる。^(四二)ところで実定法秩序の学との面でも、はたまた技術の所造の面でも、シェニーの更に詳論するところ、いよいよトミスト的である。このことを次に吟味しよう。

六 (A) まず前者の側面からみてみよう。シェニーは、法学が諸法規の基体 *substratum* として、その土台 *base* として四種の「所与」 *données* を見出すことをいう。第一には *données réelles* 或は *données naturelles* と呼ばれるもの、つまり「実在的所与」或は「自然的所与」、第二は *données historiques*（歴史的所与）、第三は *données rationnelles*（合理的所与）、第四は *données idéales*（理想的所与）^(四三)ではまずはじめに「実在的」あるいは「自然的所与」とは何かといえ、それは法がそこで形成される自然的・心

理的況位ミリチの一切である。一切といってもジュエニーには、法の「所与」ドシネの語によって結局は法規範の形成に何かの方向づけを、*ordination* を与えるそれ自身規則的なものを指している傾向があるが、この場合も、自然科学的、心理学的な法則性を主として念頭において云っているわけである。さればこそジュエニーは、これはローマの法学者（例えばウルピアヌス）が人間と動物に共通の *jus naturale*（自然法）としてのべたものに相当する、（四四）という。

第二の「歴史的所与」はジュエニーによれば、同じくローマの法学者達の *ius gentium*（万民法）にあたるもので、人間がその共同的な社会的実践の過程において生み出しているすべての社会的規律がこれに含まれる。社会道徳的・宗教的・政治的・習俗的規範のすべてがそうである。更に既存の実定法さえも、成文法であれ、慣習法であれ、この観点からは、ジュエニーにとって歴史的所与に入るのである。しかしこうした観点からだけ実定法をみている法実証主義者達が誤って考えているようにこうした所与がそのまま法の組織・形成の原理とならないのは、正に人がこれを改正しようとして法形成を行なうことから分る、とジュエニーは（四五）いう。

そこで法形成に一そう決定的な第三の所与、「合理的所与」が登場する。ジュエニーはこれを四つの所与のうちでももっとも重要なものとしている。（四六）ジュエニーによれば、これは所与の法的組織が目的に適合するかどうかを判定する際の規準であり、正にこの組織にその目的を供するものである。それは一切の法形成の主軸 *pivot* （四七）である。これは固有の意味で「自然法」と呼ばれるものであり、したがって理性が発見するものであって、人間が考え出すものではない。理性はこの場合、これが発見の道具にすぎないものである。それは（理性により知られ語られるかぎりでは）法的関係の諸要素についての反省的考察から結果しているとしても、人間本性により必然的に要求されてわれわれの理性に提示され、反省されているものだけに限定されるべきであって、こうした要求の基礎以上にでて人間により主観

的に希求されているもの、つまり *desiderata* とラテン語で呼ばれるもの (それは第四の「理想的所与」である) を含んではない。^(四八)

この場合ジュニー自身が自然法の様態を異にする二つの認識を区別していることに注目すべきである。すなわちジュニーは、自然法の理論とこの理論の本質的内実、*fond essentiel* とを区別し、「この合理的所与は古典的自然法論の本質的内実を成すものである」という。^(四九) では先づこの自然法の理論としての「古典的自然法論」から吟味してみよう。これは正しい自然法の理論としてジュニーが受け容れているものであり、さきにもみたアリストテレス＝聖トマスの伝統哲学の自然法論である。それは「近代哲学により形成された自然法論」のような自然法論の「一切のまがいのものから厳密に区別された古典的自然法論」である。ではどういふ点で区別されるのか？ ジュニーにとっては例えれば近世啓蒙期の合理主義哲学は細目に亘って合理的理性により續釋された「自然法の体系」を語るものであるが、この古典的自然法は、決して概念化され尽すことのない (その意味では神秘的な) 人間本性の实在的レエールな少数の基本原理に限定されるところの、そして哲学の体系としてよりも良識ボン・サンズの声として (本性的自然法認識によって) まず知られる自然法を、指し示すのである。^(五〇) それでは、古典的自然法論の指し示すこの「本質的内実」としての合理的所与を、更に吟味してみよう。ジュニーはいう。法規範は所与事実 (つまり自然的・歴史的所与) のたんなる確認から生じはしない。むしろそれは人間行為を決するに足るある基本的要請 *postulat* から生ずる。そしてこの要請は理性によって示されるものとはいえ、人間本性の实在的な所与的現実に根基して、不断にすべての者に自ずと理解された「すべての人間に内在的な法の一般原理のうちにあるもの」として、「思惟の自ずからなる推進力 *impulsion spontanée* の果実」と考えられるべきものである。^(五一) ではこの「果実」の内容は何か？ 正義である。ジュニーはいう、人は誤って余りに多くのものを法の合理的所与から求めるが、正しくは正義の觀念のみをそこにみるべきである。これのみが社

説 會生活に秩序と平和とを樹てることを許す。(五二)

論 こうして全法形成の中軸であり正義をその内容とするものである合理的所与は、本性的・前概念的認識として概念的・反省的認識たる古典的自然法論、そのものではないが、この自然法論によってのみ正しくその存在と内容と認識方法とが指示され、反省されているものであるというのが、シェニーの所説の趣旨であることが分る。そしてこのべてきてはじめて、シェニーがその「科学と技術」の第二巻に附した副題「還元しえぬ自然法」*L'irréductible* \blacktriangle *droit naturel* \blacktriangle ということの意義が明かになる。これは古典的自然法論が（あるいは例えば前にのべたマリタンの自然法論が）正しく指摘しているような前概念的・本性的洞察による自然法以外の何ものでもありえない。これが「還元しえぬ」ものであるのは、それが古典的自然法論を含めて全ての理論的反省の不断の出発点であり、しかも不断に理論の全ゆる概念化、体系化の綱目をこの自然法の本性的・洞察的認識は漏れこぼれるからである。(五三)

七 さて、このような「合理的所与」という嚴格に限定された「最少限の」自然法の客觀的所与のまわりに、第四の所与が、「人間の希求の一切を含むとみえる理想的所与 *données idéales*」が、浮動的で漠然とした内容をもって拮っている。それは、「物理的・心理的・道徳的・宗教的・経済的・政治的な秩序の考慮の全体をなすものであるが、必然的なきかたで社会的行為の新しい掟を決定するといったことはなしに、あるしかたで傾動 *l'inclination* を投射し、或はすくなくとも従うべき指針 *direction* を示唆するものである」。それは、「法形成を推しすすめるために貢献しうる生活上の所与ではあるが、純粹に觀念的イデアールな所与である。なぜならそれは、感覺的につかみうるような現実でもなく、合理的な規定条項、ましてや歴史的に獲得したものなどではないからであり、法の諸關係の望ましい組織化へと向うたんなる傾動に帰着されるものであるから」。つまりそれは「望まれたもの」*desiderata* である。(五四)

シェニーはこの微妙な所与を一見相反する二つの方向で説明する。すなわち一方は「合理的所与」に比べてこれが

「幾分主観的」なものであるという方向においてである。理想的所与は各文明社会で多様なしかたで考えられているかぎりで主観的で、合理的所与の普遍性・不動性をもたぬものである。しかし他方の方向ではジェニーは、この理想的所与の基底的なものを説明しては、これを一そう合理的所与の基礎にあるもの——人間性——に近づける。理想的所与は合理的所与と同じくその基底たる人間の本性そのものにおいては概念化し判断命題のうちにとり入れえないもので、つねに感じ、直観、確信など、『統合的体験』 *l'expérience intégrale* の手段によってのみ把えうる客観的のものであり、人々のたんなる「世論が問題なのではない」^(五五)。こうした統合的体験は、「弱い理性を補うものであり、その必然性と深さによって、人類の普遍的な証言がそれに認めるような影響に価するものである」^(五六)。合理的所与を中軸としてなされる法の形成は理想的所与によって「完成され」より柔軟になり、より事情適合的となる。^(五七)

八 以上のような四つの、結局はいずれも自然法 *loi naturelle* である所与を要約すれば、次のようになる。第一の「自然的・実在的所与」は、人および動物に共通な自然法則的自然法であって、これは、法の道徳的核心、すなわちその規範性には関知せぬ事実的法則性である。第二の歴史的所与は、諸文明民族の社会生活のうちで自覚されているかぎりの自然法 *droit naturel*、つまり万民法 *jus gentium* であって、法の「経済的真理の基調」を含むとともに、また法の道徳的核心にも無縁のものではないが、何分にも万民法は各文明の形態に応じてかなり多様で主観的なものであり、法形成の共通の出発点たる所与たりえぬのみでなく、それは法に固有の道徳的核心を与えるもの——例えば「客観的正義」のようなもの——ではない。さらに第四の所与、人々の *desiderata* としての「理想的所与」は、その主観的側面はともかく、その基底は結局第三の所与たる「合理的所与」に帰着し、そうしたものであるかぎりでは合理的所与を補うものである。そして正にこの第三の合理的所与こそ、古典的な伝統的自然法論によって正しく指し示されているところの、万人一致した本性的認識による「還元しえぬ自然法」であり、その内容は「客観的正

説義」である。これのみが法に固有の道德的核心を、法に固有の規範を、原理を供するのである。^(五八)

論 しかもここで注目すべきことは、ジュニーにとって、法学の自由な科学的探求の途が出发点とするべき中枢的所与は、古典的自然法論を含めてのいかなる自然法の理論でもなく、この最少限の「還元しえぬ」本性的に認識された自然法そのものであることである。ジュニーはおおよそ次のようにいう。合理的所与は実定法形成の萌芽（客觀的正義）を含むとはいえ、そうした萌芽について種々の説を樹てる「自然法の体系」は、今ここでの問題関心の外にある。私の「実定私法の科学と技術」の目的は、そうした自然法の「綱要」*Traite* を供することではなく、実定法の自由でゆるやかな形成に参すべき探求の途を供するものである。^(五九)そしてこの途は、人びとにより告白された一般的哲学の差や信奉される自然法論の体系のいかなる問はず、万人によって一致して承認されうるので共同の法形成のわざの共同の出发点となりうるもの、つまり本性的に認識された自然法そのもの、客觀的正義そのものを中枢的所与とし、この土台の上に法形成の技をなすうえでの技術的法則を尋ねることの外にはない。ジュニーによればトミスムの倫理学者ボワステルやカートラインが誤ったのは、正にこの点であった。かれらは、（みずから多分それ自体としては正しく洗練した）「自然法の体系」が、あるいは「正義の理論」が、直ちに法形成の所与的指針として法形成の細目に亘って指導しうるものと考えることによって謬りに陥った。実際においては法の立法・解釈・適用、要するに広義の法形成は、本性的に認識される自然法そのものの所与から出発しつつ、その主な部分は複雑な技術的配慮を含んだ *juridisme* の独立的作用をもってより多く行なわれるものである。こうして道德学者のトミスム法哲学、すなわち *iusnaturalisme*（自然法主義）から分たれた法律家のトミスム法哲学の途が、*juridisme* の途が、本性的認識と概念的認識との区別にかかわる前記のトミスム的前提と密着して切り拓かれたのである。^(六〇)これについては、更に後述しよう。

九 (B) では今度は技術の側面から事をみて、ジュニーはどういうのであろうか？ ここでもトミストとしての面目躍如たるものがあるのを、人はみるであろう。

かれははじめに、従前の法技術の概念を四つに分類する。第一の概念はサヴィニーによって説かれはじめたもので、国民の意識にあるものに対立した法曹の造るところ、といった意味で法技術の語を用いるものである。第二はこの語を主として一般に概念決定や法構成といった法的形成にかかわらしめるもの（イエリリング、ヴィントシャイト、コーラー等）。第三はさらに広く法学の体系的部分を指称するものとする者（シュタムラー、ミシュ、サレイユ）。第四は、学とはまったく切りはなされた実践（立法解釈、適用）にかかわる技術をいうという者（コーラー、シュタムラー^(六一)）。ところでジュニーは、まずこの第四の概念は、法の実践が内容のイデーに依拠してのみなされるのではないかのように前提する点を不可とし、又これでは法の技術の概念が法学の視野を拡げるのに役立たない、として却ける。さらに第二および第三のものは狭きに失し、又結局は第一のそれに含まれもするとして、かくてサヴィニー^(六一)の第一の概念を、考究のもっとも妥当な共通の前提となしうるものとしている。

こうしてジュニーは自らの法技術の定義を提示して、結局ここでの技術とは「法律家の独特の職人仕事^{イデエ}たる全てのことであり、社会のうちにおいて法律家の格別な役割りを創り出すものであり、人間のあいだでの正義の有効な現実化を追求するという法律家の特別な目的に応じた形式や手段を、法律家のそうした活動に与えるもの」である、としている。^(六三)

ところでこのように把えられた法技術を、さらに立ち入って説明するにさいしては、ジュニーは再び例の質料・形相論に立ちかえる。前には「所与」を「科学」を問題にして質料の観点から眺めたものを、今度は「所造」を「技術」を問題にして形相の観点からみるのである。

ジュネーはいう。「凡そすべての社会的制度のうちには、規定を生みだす物理学的・心理学的・社会学的現実といった社会的制度の質料の外にも、命令規範を示唆するに適した経済的・道德的指針のうちにあるその質料もある」^(六五)。

法律的な社会的制度に移してこれをいえば、この質料は、さきの実定法の第一および第二の所与としてみたものに、これは該当するわけであるが、この質料に「法は、法の固有の目的をもつば現実化する形相を附与する」^(六四)。つまり、さきにみた四つの所与の中の第三の合理的所与⇨客観的正義という法目的を第四の理想的所与の影響下に一そ

う現実化するに適した法形相附与行為を、個々の法規の立法・触積・適用を問題としつつおこない、全体としての実定法規範秩序を現存させることに、正に法律家特有のメチエがあり、法の技術があるわけである。^(六五)

結局のところジュネーにとって法の技術は、「実定法の総体において質料に対する形相の面を表現するものであり、この形相の面は、本質的に所与からの『構成』 *construction* であり、大いに人為的なもの、知性というよ

りむしる行為の所産であるにとどまるものである。そこでは法律家は、現実化の適当な手段を示唆する法の組織の予め定められている目的に指導されつつ、自由にことをなしうるのである」^(六六)。そしてこのような手段は、目的達成のうえでその「形式的現実化可能性」 *réalisabilité formelle* あるいはその「実行可能性」 *practicabilité* において、つまりはその「有効性」 *l'efficacité* においてその価値が問われるものである。^(六七)

こうした技術論の全体を通じて、人は顕著なトミスム的思考をみないだろうか？ 又同時に、*juridisme* の途の開拓をみないだろうか？ 後にダバンと比較しつつ法の定義の問題としてのべるように、あるものの本質はその形相の何であるかによって決められねばならないから、法規範の「形相」の面が「所与からの構成」であり、「技術」であり、「所造」であるならば、法規範とは端的にいつて技術であり、所造である。この面の考究こそが、法学の大部分を占めるものでなければならぬ。また上述の *Ultima verba* での「実定法は唯一の法である」というジュネーの

語は、この意味ですなわち形相の観点からみるかぎりで理解されれば、ジュニーの他の観点からの自然法的所与論と矛盾しはしない。いずれにせよここにトミストの *juridisme* の途が歩みはじめられる他の出発点がある。

一〇 以上によって、科学と技術、所与と所造とのおのおのが分ったとして、ではこの両者はジュニーにより、どう綜合され統一されていたのか？ これを次にみてみよう。ここでもまたかれのトミストの特徴が顕わになるであろう。

ジュニーは自ら「科学と技術」の第四巻でいう。自分は「実定私法の解釈方法と法源」ではなお十九世紀フランス民法学の伝統の枠内にとどまっていた、「自由な科学的探求を成文法の厳格な適用に従属すべきもの、又はせいぜいその補足をなすにすぎぬもの、と説いていた。ところが今や本書では、逆に自由な探求によって知られる『所与』が基礎となつて、成文法を含めての法の技術的手続のすべてが、その有効性において吟味されることとなつた^(六八)。「進化的法学の一切の方法の至高の目的として私の前に立ちあらわれた『自由な科学的探求』がこうして存することになる^(六九)。どうしてこうした根本的転換が生じたかは、ジュニーが「科学」と「技術」、「所与」と「所造」とのあいだに設けた位階秩序をみれば分ることである。ジュニーは繰返して、「所与」が第一のものであることを強調する。

「『所造』は『所与』の上に積み重ねられて、一種の階を成して現れるものである」。また、こうもいう。「『所与』はその本質そのものからいって、所造を支配すべきものである」。そのゆえにこそ「自由な科学的探求」は成文法その他の形式的法源を超えて自由に働きうるのである。そしてこの探求のみいだす「自然法は、何ごとにつけても成文法に優越している^(七〇)」。

しかしこうしたことにもかかわらずジュニーは実際上の便宜から、その自由な科学的探求に限界をおいて、云う、「しかしわれわれの実務的な本能が、われわれの深い確信を伴って、こうした問題解決には断乎とし反対する。すく

説なくもわれわれはここで、社会的な確乎たる共通の常識 (consensus) の前にいるのであって、それは、よし粗野なものであっても成文法の命令が通常は自然法の示唆に——その示唆がわれわれの魂にどんなに深く根ざしたものであっても——優位することを、よしとする^(七二)。なぜそうなのか？ ジェニーによってはこの理由は、結局これまた一種の自然法的要請であるとされている。曰クその含む多少の不正にもかかわらず成文法は、すでに確立された状況を固めて社会的な安定をはかるといふ重大な使命を負っており、これは、「法組織の恒常的本質そのものである」^(七二)。これは、それ自体同時に合理的でも理想的でもある「所与」の要求であって、「実定法の必然的ヘゲモニーを生ずるのは、恰も上級の自然法原理からの如くである、といえる」^(七三)。

しかし、これではジェニー自らも気付いているように実は問題は解決されていない。これでは実定法に反する自然法と、原則としての実定法の優位を基礎づける自然法、という二つの自然法の間には撰択をすることへと、一般にもるもろの自然法のあいだに位階秩序を定めることへと、問題は推し移されているだけである。そこでどういふ場合にはどういふ自然法が優越するか、ジェニーによってさらに詳細にのべられることになり、この問題はおのずと、不正な法規の問題やそれへの抵抗権の問題にも触れてゆくのである。そしてここでは、国家の公共の利益のために一般的には不正な法規が受忍されるべきであるとはいえ良知あるいは良心が教える致命的な(還元しえぬ自然法 *droit naturel* *irreductible* に結びついた)「かけ代えない正義」*justice irreductible* が侵害される例外的な場合には、抑圧的な權威の恣意にこの正義が打ち勝つべきであり、人民は抵抗する権利のあることが語られている^(七四)。いまは詳しくは語りえないが、これらの論法は伝統的なもので他の多くのトミストの主張と一致するものである^(七五)。

一一 結論としていえることは、ジェニーの所説は、常識の哲学をいうその哲学的基調においても、質料形相論の実定法規範秩序への適用においても、また本性的に認識される自然法をいうその合理的所与(および理想的所与の基

底)の論においても、はたまた所与の質料に形相を附与することが実定法規を「造ること」でありそこで法の技術が問題になるとの理論においても、また最後に所与と所造とを綜合して説く自然法の位階秩序や抵抗権の論義においても、もっとも厳密な吟味にも耐える「純正な」、熟したトミストたるの実を示しているわけである。

(一)ジュニー自ら語るところによれば、「解釈方法と法源」でなしたことは、「成文法は現行法の全てを含んでいるという幻想を、卒直、決定的に放棄—するということに要約される。Science et technique, t. I, p. 37.」ここで提唱された「自由な科学的探求」Méthode, t. II, p. 74 et s. も、この限界内のもので、その点ではなお保守的伝統に従っていた。この探求法による積極的な結論となると、——とジュニーは自ら厳しく批判する——不確実で漠然として不完全の感を免れない。Science et technique p. 10. これにたいし「科学と技術」では、「どういふしかたでわれわれ法律家は事実働いているのか？働くべきか？」と問題がより一般的なものに広げられ、「自由な科学的探求」の見地から、法源や法学の方法の全問題が問い直されるのである。Science, t. I, p. 3, なお t. IV, p. 36.

(二)牧野英一「科学的自由探求と進化的解釈」(「法学協会雑誌」五四巻四、五、六、七、八号、五三巻一〇、一一、一二号)。「民法の基本問題」第二巻—「法律に於ける実証的と理想的」—二一八頁以下。「法理学」第二巻、上、下。ことに下の三五頁以下。野田良之「ジュニー」(「近代法思想史の人々」所収)。「註釈学派と自由法」(「法哲学講座」第三巻所収)。(三)横田喜三郎「フランス私法学の動向」(「フランスの社会科学」所収)。

(四)岩波「法律学辞典」巻二、一〇七八—九頁。

(五)Gény, *L'écrit du Droit naturel, Archives de philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, 1933, nos 3—

4. ここでジュニーは聖トマスを引き合いに出して自然法は超自然的、理性的の光に照らされた信仰によってではなく、自然的・合理的理性により知られるものであることを考えている。なお拙稿「法の世俗性」(「法政研究」三一巻一号所収)参照。

(六)「スコラ的法律哲学の現代的任務」(「法律哲学論集」三所収)。因みにこの論文において博士は、われわれもまた後に採り挙げるジャック・マリタン「哲学綱要」第一巻「形而上学序論」J. Maritain, *Éléments de philosophie*, I : Intro-

duction a la metaphysique, をひき合いに出し、そこでのべられている考え方を法哲学の基本問題（法哲学と法学との関係、常識の法認識論的価値、その他法の真理問題等）に適用して、スコラ的法律哲学の「綱要」と称されるものをのべている。しかし、われわれのみるところに謬りがないとするなら、博士はマリタンの哲学を余りにも通俗的に簡略化して解した上でこうした適用を行なっているので、そのいわゆるスコラ的法律哲学の綱要は曖昧の感を免れない。例えばマリタンはそこで、「通俗的知識としての常識」と「哲学的意味での常識」とを区別しているが、田中博士はこの重要な区別を無視して「常識」を語っているので、常識をめぐってのここでのすべての論議がほとんど意味のないものとなっている。

(七) その他大島豊「現代フランス法学におけるトマス説」〔法律論叢〕一四卷一二号、一五卷一号)や米谷隆三「ネオ・トミスムの法学序説」〔法学新報〕五八卷三〇号)は、シエニーを扱わない。

(八) R. Pound, Jurisprudence, vol. I. 1959, pp. 157-183. 以下 pp. 180-1, p. 183.

(九) Pound, Law Finding through Experience and Reason, 1960. (海原裕昭訳「現代法学の一般理論」五五—六頁。) なお An Introduction to the Philosophy of Law, rev. ed, 1954, p. 175. (恒藤武二訳「法哲学入門」二二四—五頁) 参照。

(一〇) J. Haesaert, Théorie générale du droit, 1948, p. 231-5. かれのこうした批判があたりぬこと、ことにカトリック信仰に「滲透」されなどしていないことについては、本稿の敘述の進むにつれ、しだいに明かになる。

(一一) Gény, Science et technique, en Droit privé positif. t. II, 1915, 2^e tir. 1927, p. 325, なおその他 pp. 359-60, P. 361 参考。シエニーがここで「キリスト教信仰の方向に従う」とはいわないで、教義や神学の「基底となった哲学の方向に従う」といっていることに注目せよ。

(一二) Gény, Science et technique, t. I, 1913, p. 75. なお唯物論や観念論への批判としては、t. I. p. 35-9. 懐疑論にたよっては、t. I. pp. 357-8.

(一三) Gény, ibid, t. I. p. 74. この語がトマス主義哲学のあだ名であることは今日周知の通りである。

(一四) Gény, ibid, t. II. p. 355 note 2. この語のトミスト的意義については、すぐ後でのべる。なおシエニーは自らの理解する伝統的哲学の綱要を次のように最も簡潔に要約している。「宇宙の構成の上での〔物質的なものおよび霊的なもの〕二元論、否むしろ〔更にその両者に多様な段階を認める〕多元論。有神論およびその必然的諸帰結〔注意！——シエニ

「は有神論の『哲学』を言っているのであって、「カトリック信仰」ではない。人間と他の被造的諸事物との間の基本的区別。人間の靈魂の不滅やその本質的自由。神にたいする人間の崇高な使命（これもカトリックの信仰に直接には関係のない哲学的命題である）」。Science, t. II. p. 356.

(一五) シエニーはその「科学と技術」の法哲学的にもっとも主要な部分を第一次大戦前から大戦中にかけて書き、一九一三年には第一巻、一九一五年には第二巻を、第四巻も一九二四年にはすでに出版しているわけであるが、ネオ・トミスムのもっとも代表的な哲学者ジャック・マリタンやエチエンヌ・シルソンが活躍しはじめるのは第一次大戦後であり、マリタンの主著 *Des degrés du savoir* 「認識の諸段階」がでるのは、ようやく一九三二年、シルソンの有名な *L'esprit de la philosophie médiévale* (服部英二郎訳「中世哲学の精神」上・下) や *Le Thomisme* が出るのが、前者は一九三二年後者は一九二二年である。ボクンスキーの「J」の学派随一の体系的思想家」たる *Garigou-Lagrange* の *Le sens commun*, 1909 はかなり早いものであるが、シエニーによつては引用されていない。J. M. Bochenski, *Europäische Philosophie der Gegenwart*, 1951. 梶田訳「現代ヨーロッパ哲学」二七六頁参照。但しシルソンにつき *Gémy*, *Laïcité*, p. 11.

(一六) V. Cathrein, *Die Catholische Weltanschauung*, 1921; *Moralphilosophie*, 6 Aufl. 1924; *Recht, Naturrecht und positives Recht, Eine Kritische Untersuchung der Grundbesriffe der Rechtsordnung*, 1909 をそのおもつてのシエニーの詳細な分析と批判については、*Science et technique* t. II, pp. 294-350. なお後に改めて吟味するつもりでシエニーはボワステル *Boistel* のようなトマス主義の倫理学者をも詳しく分析しているが、*ibid.*, t. II, pp. 280-294. ボワステルがいかに伝統的哲学から（觀念論者 ^{イデアリスト} Rosmini 等の影響の下に）逸脱しているかについても正しく指摘している。Science, t. II p. 280-1.

(一七) シエニーは *Tabarelli* の他を挙げる Science, p. 277. じれひの折衷的トマス主義については *G. Van Riet, L'épistémologie thomiste, Recherches sur le problème de la connaissance dans l'école thomiste con temporaire*, 1946, pp. 3-114, 参照。

(一八) メルシエ枢機卿については *Gémy*, *Science*, t. IV, p. 78. なお現ルーヴァン大学教授たる前記ヴァン・リットの大著 *Van Riet, L'épistémologie thomiste*, pp. 135-78, 同じく同大学のチ・ラマケル教授 *L. De Raemaeker, Le Cardinal Mercier et l'Institut supérieur de philosophie de Louvain*, 1952 及び F. コプルストン「トマス・アクィナス」

F. Copleston, Aquinas, 1955 (稲垣訳) 三〇—三三頁参照。ジャンニーはデュルケーム学派の法哲学を批判するに際しては、トミスト側からの批判として好んで *S. Deplaigne, La conflit de la morale et de sociologie*, 1 éd, 1911; 4 éd 1927 を引用している。Science, t. I, p.93, p.94.

(一九) ボヘンスキー「現代ヨーロッパ哲学」(「梶田訳」二七七一—二八五頁)。

(二〇) *J. Maritain, Introduction à la philosophie*. I p.88. 吉満訳「形而上学序論」一〇六頁。

(二一) *Maritain, ibid.*, pp.77—8. pp.87—9. 吉満訳九一—二頁、一〇四—七頁。なお未熟な考察であるが、拙稿「自然法の存在と認識についての一試論」(「法政研究」二二卷二—四合併号)参照。

(二二) *Maritain, ibid.*, pp.93—4. 吉満訳一一三—四頁

(二三) デカルトが人間の魂の中に天使的理性をおいた、といふことについて *Maritain, Trois Réformateurs*, 1925 中の *Descartes ou l'incarnation de l'ange* の章 pp.75—128 をみよ。なお前掲拙稿、一九三—四頁参照。

(二四) トマス主義哲学における「天性の認識及び確証」*Naturregegebene Erkenntnis und Gewissheit* あるいは「常識」(「健全な人間理解」) *gesunder Menschenverstand* の、今日ますます強調されるようになってくる重要な点については *C.Nink, Ontologie*, 1952. S. 8 参照。なお前掲拙稿二九—頁。又 *G.M. Manser, Das Wesen des Thomismus*. 1949.

S. 271—5 なお、最近の文献では *F. Copleston, Aquinas*, (稲垣良典訳「トマス・アクィナス」二七頁以下)と五三—四頁)参照。

なおドイツのトマス主義の法哲学者として知られるペトランチック *K. Petraschek* が、その著 *System der Rechtsphilosophie*, 1932 の序文で、彼のこの書は、結局「健全な常識への自然的信頼に外ならぬもの」に敬意を表するものである、というのと同じような文脈においてである。

(二五) 例えばマリタンは、芸術については *Maritain, Creative intuition in Art and Poetry*, 1953. 同上 pp.90—100. において、教育については *Pour une philosophie de l'éducation*, 1959. pp.27—8; pp.61—4; pp.71—2; pp.152—4. において、こうした様態の認識の重要性を語っている。

(二六) *Maritain, L'homme et l'Etat*, 1953, p.84. 本書には邦訳あり、久保正幡・稲垣良典訳「人間と国家」創文社。なお拙稿「ジャック・マリタンの国家観と主権否認論」(「法政研究」二四卷四号三五—六七頁)参照。

- (二七) *Maritain*, *ibid.*, p.87.
 (二八) *Maritain*, *ibid.*, p.85.
 (二九) *Maritain*, *ibid.*, p.87. 又 *Maritain*, *Neuf Leçons sur les notions premières de la philosophie morale*, 1949. の第三講は殊に詳細にこれを扱っている。なかんずく pp.51—7. をみよ。又 *G. M. Manser*, *Das Naturrecht in thomistischer Beleuchtung*, 1944. S.73—4. も有益である。
 (三〇) *Gény*, *Science*, t. II, p.316. p.362. p.364.
 (三一) コプルストン「トマス・アクィナス」(稲垣訳三一七—三二〇頁)の「久遠の哲学」の説明をみよ。
 (三二) *Gény*, *Science*, t. I, p.86. t. III, p.1921, pp.176—7, p.205.
 (三三) *Gény*, *Science*, t. I, pp.80—3, 又 pp.85—7.
 (三四) *Gény*, *Science*, t. II, p.360, 又 t. I, p.132.
 (三五) ヘルグソンがその直観を非理性的なものと考えたのは、理性認識を概念的・合理的認識のみに限定するデカルト以来の合理主義的観念論にとらわれていたからである。この点でジュニーが次のようにいうのは深い洞察であって、われわれの興味を惹く。「新哲学」やデュルケーム的な「社会学派」の理論は、伝統的哲学の指示する一般原理を具体的状況に適用する際、学的探求の補助としてこれを利用すべきではあるが、この何れの学派もこの近代的な合理主義的観念論がその途を踏みはずしたものとしてあらわれてきているのであって、「新哲学」は結局は不可知論であり、「社会学派」はその当然の帰結として実証主義である。 *Science*, t. II, p.362, pp.359—60. こうした批判を無視してジュニーを単純にヘルグソンの徒として見る例として *G. Ripert*, *La morale dans les obligations civiles*. p.9—10.
 (三六) *Gény*, *Science*, t. I, p.15—6. ヴィレイ教授は上記の「ジュニー生誕百年祭」の講演において、ジュニーを法哲学史的に位置づけようと試みているが、そこでジュニーが余りにも多く、法学の素養を欠いた哲学者であるヘルグソンやブートルの影響をうけすぎ、法学の素養の大いにあったアリストテレスや聖トマスの法理論に汲まなかったのを遺憾とした。
M. Villey, *François Gény et la renaissance du droit naturel (dans Le centenaire du Doyen François Gény*, 1963) pp.47—8. しかしこれは、アリストテレス—聖トマス哲学にジュニーが深く汲んだ結果新哲学にたいして懐いていた明確な批判を、全く見落しているものである。

- (三七) *Gémy, Science, t. II, p.362—4.*
- (三八) *Gémy, Science, t. II, p. 316, p. 399.* 又 *Method, t. I, p. 251, p.256, p.345—7.*
- (三九) さきに見たようなハザルトのジュニー批判が見当違いであることが、この新しい見地から明かになる。ジュニーが自己の理論の出発点とする自然法は、聖トマスの正義や自然法の学説を含めていかなる自然法の理論体系でもなく、又勿論カトリック信仰でもないのである。なお同じ謬りにつき牧野「法理学」第一巻、三四四頁をみよ。
- (四〇) *Gémy, Science, t. I, pp.95—6.*
- (四一) *Gémy, ibid., t. III, p.16.* 尤も「後の批判哲学によって一般化された」といってもジュニーは、アリストテレス＝聖トマス主義の形相および質料の観念と、批判哲学（カント学派）のそれらとの間の差を意識していないわけではない。シュタムラーを批判しながら、新カント派的なしかたでの形相と質料との区別はギリシャ哲学でのそのの（合理主義的）歪曲であることをのべている。*Gémy, ibid., t. II, p.148.*
- (四二) アリストテレス＝聖トマス哲学の意味での質料形相論の本来の趣旨に忠実に従って、ジュニーのこの区別がむしろ同じ事物をみる観点の相違であって、みられる対象そのものにおいての^{レヴェル}実在的な区別でないことに注意すべきである。この点の誤解から、ジュニーの所与、所造の区別は曖昧で実際には両者ははじめから分ちがたく混じているのではないか、との批判が生じた。（例えば *M.Hauriou, Principes de droit public, 2 éd, 1916, p.XXV—VII*）。しかしダバンが「ジュニー生誕百年祭」の講演でもいうように、所与と所造という実定法の二要素は、「時間的に相統いて存するものではない」（*Centenaire, p.35*）。常に一体を成したものである実定法を相異った観点からみて、或は所与の、或は所造の側面をひき出しているのである。これについては人間について質料・形相論を適用して各個人の「人格性」*personnalité* と「個性性」*individualité* とをどうマリタンの理論を参照せよ。 *Marrain, La personne et le bien commun, 1948*, 大塚訳「公共福祉論」二五—四二頁。なお、この「所与」、「所造」の語がよしベルグソンについての *Le Roy* のある著作から藉られたものであるとしても、このことはヴィレイがいうようにジュニーのベルグソニスムの徴ではないのである。 *Centenaire, p.51*, 参照。
- 因みに、宮沢俊義教授は「法律における科学と技術」（「国家学会雑誌」三九卷八・九号）というすでに早く一九二五年に書かれた論文で、ジュニーのいう「所与」と「所造」の区別および両者の関係を、それ以上は今日の学者も望みえぬ正確さをもって要約している。（九号、一六四〇—一六四五頁）。但し、宮沢教授が新カント派的な構成主義の認識論の立場か

ら下してゐるシェニーへの批判——シェニーの「所与」についての認識論は、素朴实在論である——にたいしては、シェニーがその主張の基礎におく中庸的实在論が、通俗的知識の意味の「常識」によって事を論ずる素朴实在論ではないこと、上へのた常識の二つの区別の論からも明白であることを指摘すれば、足りよう。

(四三) *Gény, Science*. t. II, pp. 369 et s.; t. I, pp. 96—100.

(四四) *Gény, Science*. t. II, pp. 371—6.

(四五) *Gény, Science*, t. II, p. 374. こうした仕方での法実証主義への批判は、ダバンによっても受け継がれている。 *Dabin, Théorie, générale du Droit*, 1953 pp. 124—5. 水波訳「法の一般理論」一七〇—一頁。

(四六) *Gény, Science*, t. II, 399. 444 p. 416, p. 419, p. 420.

(四七) *Gény, ibid.*, t. II, p. 380, p. 390.

(四八) *Gény, ibid.*, t. I, p. 52—4; t. II, p. 315, 381.

(四九) *Gény, ibid.*, t. II, 380.

(五〇) *Gény, ibid.*, t. II, 380—1, 399; t. IV, pp. 119—24. シェニーを正確に読むかぎり、かれの自然法論を近世啓蒙期の観念論的自然法論と混同することはありえない。ところが正にそうした混同を *J.M. Jones, Historical Introduction to the theory of Law*, 2 ed. 1956. p. 112. がなしてゐる。

(五一) *Gény, ibid.*, t. I, p. 70.

(五二) *Gény, ibid.*, t. II, pp. 390—1. こうのへた後シェニーは、正義とは「各人ニ各人ノモノヲ」の原則であり、それはアリストテレスの古典的な区別に従って交換的・配分的・社会的の三種に分けうるとする。又他のところでは、「各人ニ各人ノモノヲ」と並んで「他人ヲ害スナ」も正義の内容を成すという。t. II, 392; t. IV, 220. 又更に他のところでは、「諸利益の均衡」という表現で正義を定義している。t. IV, p. 147. いづれにせよ、法の合理的所与が四つの所与のうちもっとも重要なものとして「科学的処理の第一次的方向」を含むのは、それが正義という法の本質を啓示するからである、と考へている。t. II, 389. (なお横田、上掲論文二四九頁をみよ)。しかし、はたしてシェニーのいうように正義は法の本質的要素を成すのであろうか？ これこそダバンが、同じトマス主義の伝統の只中から問いかえしてくるところである。これについて後述。(五三) *Gény, Science*, t. II, p. 409, p. 415. t. IV, p. 68. シェニーは還元しえぬ自然法ということと最少限の自然法という

ことを同時にのべている。しかし誤解があつてはならない。最少限だから還元しえないのではない。反対に概念化、理論的反省化の多様を超えているので、つまり還元しえないから、それは最少限の人間行為の道徳的基本法則としてのみ知られるのである。古いスコラ哲学の用語に従えば *synderes* (良知) によって知られる自然法が、この「還元しえぬ自然法」である。 Manser, *Das Naturrecht*, s.74, 参照。

(五四) *Gény, Science*, t. II, p.384—5. なお t. I, p.53—4. *droit naturel et droit idéal* との差及び後者の二義性(即ち人びとの主観において考えられているかぎりの法 || 「観念法」とその一部としての理想と考えられているかぎりの法 || 「理想法」)については t. IV, 215—6, *droit idéal* の各人毎の多様さについては t. IV, p.231.

(五五) *Gény, ibid.*, t. II p. 378.

(五六) *Gény, ibid.*, t. II, p.386—7, なお p.420—1. t. I, p.187.

(五七) *Gény, ibid.*, t. II, p.383. なお t. I, p.211. 更に *Laïcité du droit naturel*, p. 19—20, 参照。

(五八) こうしたところが、シェニーが自ら四つの所与を要約している——ダバンもいう通り「慎重のためらい勝てさえある」——有名なテキストの意味である。「所与なるものは、ほとんど『自然法』の基本的観念に相当している。それは事実の前におかれて事実を指導するために一定の指図を与えるところの、道徳的・経済的真理の基調に存している。意志の恣意性を超えたこの指図の内容は、狭く漠然と、云々。」 t. IV, p.147. *Dubin, Théorie*, p. 175 邦訳一八〇—一頁。

(五九) *Gény, Science*, t. II, p.399.

(六〇) 私がここでのべた全てのことと反して、M・ヴィレーは、シェニーを、結局は法形成に直接資するところのない応用自然法の命題体系を語る *jusnaturaliste* の一人ととり違えながら、次のようにいう。「シェニーは『科学と技術』の第二巻に『還元しえぬ自然法』の副題を与え、自然法論的托宣 *declarations jusnaturalistes* の数をさらに多くしたが、こうした托宣であつて雲を把むような不明確の例外であつたものはけつしてない。」 *Centenaire*, pp.50—1.

(六一) *Gény, Science*, t. III, pp.5—10.

(六二) *Gény, ibid.*, t. III, d.11, p.16. pp.23—4.

(六三) *Gény, Science*, t. III, p.12. なお法技術の他の定義は p.23.

(六四) *Gény, Science*, t. III, p.17. *donner la forme juridique de* シェニーは、他では (t. IV, p.144) *informer*

という。なおこの場合、*forme* は哲学的な意味であって、法学上の特殊な意味での「形式」*forme*、つまり外面的な要式性 *solenité exterieure* の全体の意味ではないと、ここでジェニーはわざわざことわっている。

(六五) *Gény, Science, t. IV, pp. 16—24*. 所与についての「科学」とは違って、この法の「技術」は、単に客観的所与を容的に受取るだけではない構成的なものである。「法の最上目的達成にもっとも適した手段を、一種の絞智、*trucs* の如きしかたで選り組織することを狙う構成的性格により特徴づけられた技術」とジェニーはいう、*t. III, pp. 17—8*. なおこの技術に註して「それは知性のわざであるというよりも意志のわざである」というが、この意志はジェニーが他のところで説明するところによればある程度合理的なものであり (*t. II, p. 20*)、つまりは実践理性に導かれた意志である。ジェニーがここで、いわゆる「主意主義」に陥っているわけではない。こうしたところにも、ジェニーの正統的なトシズムの神経が行き届いている。

(六六) *Gény, Science, t. III, p. 23*.

(六七) *Gény, ibid., t. IV, pp. 32—3*.

この有効性の条件を論じて (*t. III, p. 32—3*) 法技術の一般論を終えた後ジェニーは、いわばその各論として、この技術のさまざまの形態の一端を詳論する。(一)形式手続および公示制度。(二)客^レ在^ル的な範疇。(三)知的な作業によるものとしては、(イ)法の概念構成。(ロ)ことと類推と擬制。(ハ)言語——これがジェニーの法技術論(「科学と技術」第三卷)全体の結構である。例えばジェニーは、(ドウモーグ *Demogue* を批判しつつ)物権・債権の区別は、「所与」の考察によってではなく法技巧 *artifice juridique* の観点からのみ説明できるものとして *Science, t. III, p. 232*.

(六八) *Gény, Science, t. IV, p. 36*.

(六九) *Gény, ibid., t. IV, p. 26*.

(七〇) *Gény, ibid., t. IV, p. 60*. その他 *p. 71, p. 74; Méthode, t. II, pp. 191 et s.*

(七一) *Gény, Science, t. IV, p. 74*. なお *pp. 30—4*.

(七二) *Gény, ibid., t. IV, pp. 75—6*.

(七三) *Gény, ibid., t. IV, pp. 77*. ここでジェニーは、ジェニーによれば、近代憲法の国々にみいだされる「平等の原理」を正

当化するのと同じくした上級の自然法原理である。

(七四) *Gény*, *ibid.*, t. IV, pp. 112—34. かくて人々の良心を拘束する法の当為性・規範性の根拠は、正義に求められている。
 (七五) *Datin*, *Philosophie*, pp. 668 et s. pp. 712 et s. は「ジュニーの記述をうけて、不正な法および抵抗権について詳しく論じている。ことにジュニーが抵抗権行使の条件としていう法の「基本的所与」(良心「良知」の教えるかけがえのない正義)への侵犯は、余りに広すぎるもので加えるべき若干の制限条件があるとしてこの条件を説いている。pp. 718—22. なお杉原泰雄「フランソワ・ジュニーの抵抗権論」(「一橋論叢」四九卷三号)参照。トミスムの伝統的抵抗権論の一例としては、*J. Messner*, *Das Naturrecht*, S. 497. 邦訳「自然法」下巻七四頁以下。

三 ジュニーとダバン

一二 ジャン・ダバンが、いかに深くジュニーに繋り、ジュニーから出発する者であるかは、ジュニーに献げたその著「実定法形成の技術」の序文で自らいうところから明かである。ダバンはこの書をかくにあたって、ジュニーの「科学と技術」の第三巻を、座右の書としたことをいい、いかにも謙遜にジュニーに負うものが多いことを謝しつつ、また同時にこの書のすべての記述がダバン自らの考察・反省の濾過を経ていることをのべている。^(一)

また前にのべた一九六二年のリヨンでの「ジュニー生誕百年祭」での記念講演で、同じくジュニーの諸著、ことに「科学と技術」が自らのたいいていの著述の際の多年の枕頭の書であったこと、ジュニーが自分の終生の導師であったことをのべた後に、この七十才を超えた老碩学は、巨匠の一筆書きをもって、ジュニーの二つの大著「解釈方法と法源」および「科学と技術」に即してその学説体系の要点をのべ批判に及んでている。^(二)

ダバンはトミスト・ジュニーに深く学びこれを承継した人であるが、また実に独創的な人であって、ジュニーを内在的に批判しこれを超えて、学説のある根本的な諸点において、ジュニーとは正反対のテーゼを打ちだしている。次にのべるのは、そうした消息である。

一三 では先ずはじめに、ジュニーからダバンは何を承け継いだのか？ そのジュリディスムである。

このことを理解するためには、一口にトミスムの法哲学といっても区別すべき二つの系列のあることを考えねばならない。つまり一つは Boistel, Cathrein, Messner, Welty, Utz といった道徳学者の法哲学の系列 (jurnaturalisme) であり、^(三) 他は Geny, Dabin に代表される法学者の法哲学の系列 (juridisme) である。^(四)

前者の系列のおおよその傾向は、たんに前概念的本性的認識によって知られる自然法のみでなく、この所与を反省しこれを現実の歴史的状況に適用して樹てられたいわゆる「応用自然法」の諸命題が、法律家の立法、解釈、適用のわざを指導する直接の所与的指針となると考へるのであるが、後者の系列の考へ方では、それらは法形成の所与的指針ではありえない。後者では万人共通の本性的に洞察された自然法が法形成の共通の出発点となる所与であるとしても、応用自然法の諸命題がそうなのではない。また法形成のわざそのものは、固有独立のメカニスムをもって働くものである。例えばジュニーにあっては、社会的制度としての実定法秩序の「質料」は、固有に科学的な探求の対象である「法秩序の所与」とかれのいうものと混じているが、実定法的制度の「形相」は法律家による人為のわざ l'oeuvre artificielle にあるのであって、このわざは、それによって法律家が法の「所与」より発した諸要求「ことに正義」を現実化せんとする観点から現状に変更を加えるものであり、「構成的性格によって特徴づけられた知性」のわざなのである。「社会組織の総体のうちにこの種の要素〔人為のわざ〕があること、この要素が juridisme の目途であることは、生きた法のもっとも厳密な表現とわれわれのみなしているものを一瞥すれば分る」。つまり、国家、成文法、慣習、判例、学説その他一切の形式的法源と呼ばれるものをそうすれば分る、^(五) というのである。

ジュニーにおいてはまだどちらかといえば一つの現象事実の指摘に外ならなかったこの juridisme は、ダバンにあっては、しだいにみるように、一種の法形而上学的原理の水準へと高め移される。法は後述する如きその独特の存

説 在根拠のお蔭で他の規範から区別される特徴をもって立ち現れる。この根拠の故に、法律家が一切の自然法的所与論なしに自ら根本的に法創定をするところにこそ実定法固有の特質があることになり、この法を学ぶ法の科学や法の哲学がその独立性・自律性をうることとなる。ジュリディスムはここで堅固に法哲学的に基礎づけられ、ジュニー||ダバンの系列のトミスムが、その完成の頂点に達するのである。

ではダバンのジュリディスムを語るに先立って、ジュニーがいかにして *jusnaturalistes* のトミスト達と対決しつつ、自らのジュリディスムの途を切り拓いていったかを吟味しよう。かれはその「科学と技術」の第二巻において当時の主要なあらゆる法思潮の諸傾向を、自分の考えにもっとも近い者へと順次採り挙げて検討しているが、最後に二人のトミスト、ボワステルとカートラインとをもっとも多くの讃同と敬意をもって吟味し、かつ批判している。

一四 先づボワステルからみてみよう。かれは法が他のもの（宗教、道德、慣習等）から区別されるところの用途を、外面的には法規範が「社会的強制への傾向」*la tendance à la contrainte sociale* に結びつくこと、内面的には「正」*juste* の現実化を志向することにみている。^(六)この二つの種類の用途はジュニーが法の観念をのべる際に、採って一応自らのものとしていうところでもある。^(七)しかしジュニーは、少くも後者の *juste* の内容に関しては、ボワステルののべるところに承服しない。ボワステルではこの「正」^(ジュニスト)は客観法（実定法）に先立って存し、その基礎となっていると彼のいう主観法（権利）の現実と密接に結びつき、この権利の体系をのべることが即ち実定法の内実を語ることになる点で、一九世紀の個人主義的法観の影響の下にあるわけである。^(八)ジュニーはこうしたフランス革命的な、個人権を實定法秩序に先行させる考え方を却ける。^(九)又、ボワステルが弁護しようとしている実定法的規定の大ていのが「常識」と「一般的衡平」の観念とに支えられているのであって、ボワステルの説くような

「正」や権利についての抽象的学説によってではないこと、又さらに、ボワステルは自己の観点の純粹さを失うまいとして「正」がそこであらわれる歴史的・経済的・社会的所与を倫理学以外の他の学科にまったく委ねて閑説せぬことによつて、自己の結論の力を弱めているのみでなく、法律組織という極めて重要な所与を無視する弊にも陥っていることをも、ジュニーは批判する^(二〇)。こうした批判の一行一行が、学的に反省された認識の体系からではなくして、万人に共通な本性的認識、ことに法の本質的契機に繋る正義の所与の本性的洞察から出発し、かつ法組織固有の技術的側面を正面にすえて実定法体系をみつめるジュニーの *juridisme* の基本的構図を示している。

同じことは、カートラインへの批判についてもいえる。カートラインによれば、自然法から実定法は由来する。自然法は実定法にとって「大地」の如く「基底」の如きものである。実定法は自然法の道徳的秩序の一部である。つまり、実定法は自然法を、(一) 明確なものとして決定し、(二) その一そう具体的な細部を定め (三) それへの違反行為に制裁を設けるため、法律家によりつけ加えられた部分である^(二一)。こういうわけでカートラインは本性的な洞察によつて知られる自然法的所与^(二二) 正義 (それはかれにとつても法の唯一の本質的契機を成すものである) つまり「何人ニモ不正ヲナスナ」、「各人ニ各人ノモノヲ」の第一原理から出発し、この「各人ノモノ」*sum* の内容を、つまり権利を人間の個人的・家庭的・社会的・国家的・経済的生活の各般の中で現れるところに即して詳細、厳密に体系だて、これら権利の細目を語るもろもろの命題が法律家の活動を指導し、法規範の内容となるべきことをいう^(二三)。

ジュニーはカートラインの、伝統的哲学に根ざしたその堅固な第一哲学や形而上学に讃同する。又かれが「本性的理性 *raison naturel* (つまりわれわれが哲学的意味の常識と呼んだもの) のもっとも確かな第一原理」と、歴史的検証により拡大された経験とに基く、思弁的にしてかつ経験的なその強力な道徳哲学を打ち樹てていることを讃える^(二四)。又更にかれが、法を道徳に基礎づけ、ことに正義の客観的・実在的な道徳的所与に法の本質をかかわらしめることに同

説意し、自らの仕事は、カートラインの仕事の延長線上にあることをいう。^(一四)とはいえジュエニーは、ボワステルに反して論カートラインが、正義の要素を強調するあまり「社会的強制への傾向」を法の本質的要因から除外しているのを非とするのみでなく、これは今の場合一そう重要なことであるが、自然法の第一原理から権利の一切をひき出すことは不可能なことであって、直観によって補われた自然法をもってしても、婚姻、家族、労働等々の具体的問題を解決できないことをいう。カートラインのこの出発点と到達点との間には距離がありすぎて、両者は無関係のものとなり、第一原理は原理でなくなっている。そこで実際においてはカートラインは法の「科学」と「技術」とを絶えず混同しながら、経済学や政治学や功用などの考慮からのみ必要な解決をえてくることになり、これはしばしば法学者達に受け容れがたい命題をかれらに押しつけることになる、と批判している。^(一五)

ジュエニーは要約していう。ボワステルにせよ、カートラインにせよ、両者に共通の欠陥は、法の所与となるべき自然法を「最少限の」「還元しえぬ」それに限定して考えないで、一そう拡大された自然法、「応用自然法」にまでひろげ、それが直ちに（法技術を媒介しないで）法規範の内容を形成する、と考えることである。^(一六)ボワステルやカートラインによって代表されていたトミスムの「自然法主義」*jusnaturalisme* は、こうしてジュエニーによって却けられた。

一五　そこで次の問題は、ジャン・ダバンがいかにこのジュリディスムを受け継ぎ、これをおし進めたかである。ダバンはかれの最初の体系的名著「実定法秩序の哲学」の序文で、この書は、「*juridisme*」の固有の観点を説明し、例示し、弁護することを志す」ものであることをのべている。^(一七)

ダバンのこのジュリディスムを説明することは、いかにダバンがジュエニーに追隨して事を考えているか、しかもいかにかれがジュエニーを超克しているかを語ることである。このことを次の三つの点に即して、以下に順次考えてみよう。

う。一、法規範形成の「形相的所与」の否定。二、法の存在根拠の理論。三、法概念の変更。

ダバンは上記のジュニー百年祭の記念講演においてジュニーの体系を全体として批判するにあたっては、この第一の点だけしか挙げていない^(一八)。もちろんこれはもっとも重要な論点であるが、他の二点はこれに密接に併関するとともに、これまた極めて重要なものである。

では第一の論点から。われわれのみるところでは、ダバンがジュニーに加える内在的批判の一番深い根は、ジュニーの *Savoir* と *Pouvoir*、認識と実践との対立にある分析不十分な要素を看破して、一そう正確なアリストテレス的把握をこれについてなしているところにある、と思われる。ダバンはアリストテレスに従って「実践」に二つのものを区別する。一つは行為者の存在の外に何かを生み出すこと（質料に形相附与を行なうこと）、つまりは「制作すること」であり、他は、人間が自己自身のうちに自らの存在を生み出すこと、あるいは人間が自己の形相を自らのうちに現実化して存在性の密度を増し、存在充足をそれだけ多くとげようとする^(一九)こと、つまりは「行なうこと」である。本来の意味で「技術」ということが、又職人仕事^{メチエ}ということが問題になるのは、この前者の「制作すること」に併関してであり、これにたいし後者の「行なうこと」、人間行為の業は、「思慮」と呼ばれる実践理性の作用がこれを導く。この実践理性の問うところは常に、人間の行為はいかにすればその目的（つまり存在充足）に適合したものとなるか、である^(二〇)。

ところでダバンによると、実定法規範はその形式において、なるほど人間によって「制作されるもの」であり、技術の所産であり、一種の文化財であるが、その内容の上からいえば、人間の「行なうこと」を、行動を指導する掟であるという特異な制作作品である。実定法規範はそれ自体としては（その形式においては）人間存在の外に制作される何ものかであるが、もともと人間存在をより高い密度のものとして、より存在充足を遂げたものとして造り出すべく指

説 導する掟を定めるその内容を問題にするならば、この内容を決めることは、「法的思慮」*juris prudentia* という特
論 殊な実践的理性のわざであって、このわざは二つの要因を含んでいる。つまり一方では目的としての國家の「公共の
福祉」であり、他方ではこの目的を現実化するための手段としての法律的道具だてである。法律家は一方ではこの公
共の福祉を各國家の具体的な歴史的状况に則して判定し、他方ではその具体的な公共善の現実化に用いるべき法律的
道具だての技術的・心理的な実践的可能性を勘案したうえで、國民の行なうべきことの指針 *directive* (或は *solu-*
sion 即ち解決—事案決定) を含んだ掟を決定するのである。ここにこそ「法律政策」*politique juridique*——なぜな
ら公共の福祉の現実化にかかわるから「政治」*politique* の一部であり、法的道具だての手段を用いてそうするから
「法律的」*juridique* である——を事とする「為政者たる法律家」*l'homme d'Etat-juriste* つまり國家の権力を行使
して立法し法解釈・適用を行なう法律家の固有の活動領域がある。——そして実にこの領域こそ法の核であり、固有
の意味での「法律家の人為的わざ」の中核的部分である。^(三三)

これに比べれば一そう従属的で、法律家の職人仕事^{メテ}であるにすぎぬものは、法規範の「制作」の仕事、法規範の形
相附与 *mise en forme* の仕事である。これは右の法的思慮によりすでに特定された法内容をいかに法規範として現
実化させるか、という問題であって、労働者が橋を造る技術によって橋を造るように法形成の技術的法則を用いて一
個の存在物を、法規範を作り現存させることである。ついでにいえば、ダバンの二大主著の中、「実定法秩序の哲
学」は実にこの前者の法的思慮の本性とその方法を反省するものであったの^(三三)にたいし、「実定法形成の技術」は、
後者の技術の本性やその種類、その固有法則を吟味するものであった。^(三三)

ところがジェニーは、とダバンは批判する、法の所与の学に対比させてかれが法律家の実践をいいその技術をいう
際、法律家のこの人為的わざの含む二つの面の区別を忘れた。つまり法律家達が、一方では「制作」のわざをなしつ

つ、他方では「思慮」のわざをまなしていることである。ジェニーは本当は法の制作のわざについてのみいいうるものである。「実践的可能性」の觀念に、法律家のわざのすべてをかかわらしめている。このため法の所与的現実の認識（法の科学）と、特定の法内容のものを実際に現実化可能のものとして形成する制作のわざ（技術）との間にある広大な領域、つまり外ならぬこの法内容そのものを定める法的思慮の働きという、明らかに法形成のもっとも重大な段階を、この「法律的作業の本質的・独自の部分」を見落している。^(二四)あるいは少くもこれを法の所与の整備・適応 *aménagement et adaptation* といつた瞬味なしかたで把えている。^(二五)

このことがジェニーとダバンとのさらに決定的な差異をひき出す。それは法は所与か所造か、という問題をめぐるものである。実はこの点においてジェニーの体系は、ヴィレー教授がいう矛盾——それは同じ実定法規範秩序をみる観点の差ということと解決しえた——とは違った意味で深い内的矛盾を含んでいる。さきにもみたように一方では、ジェニーによれば法は科学であり、同時に技術でもある。社会的制度としての法規範秩序は、質料の観点からは、科学の対象たる「所与」として現れるが、その形相においてはジェニーの意味での法技術の所産であり「所造」のものであった。^(二六)そして端的に事物の何たるかはその形相に即していわれるのだから、ジェニーも自らいうように、法規範は本質的に「むしろ所造である」ということになる。^(二七)ところが他方では、法は正義の自然法的所与から（つまり合理的所与から）その法としての独自の規範性、当為性、「価値」を獲てくること、これまた前にみた通りであり、法規範を法規範たらしめるこの種の形相からみれば、反対に法規範は本質的に「所与」のものであり、法律家は自らの恣意でこの正義の所与を造りだしはせず左右しえない。——これはジェニーの体系の解きえぬ自己矛盾である。^(二八)

ダバンの理論体系は、正にこの矛盾を解決する。ダバンにあっても、法律家がそのわざをなすにあたって自らの前にみいだす状況——といった意味での法的所与は存在する。それは一方では経済的・心理的現象事実であり、他方で

は自然法の諸要求を含めた宗教的・道徳的・政治的要求の所与であって、法律家は法律家としてではないとしても一般に他の人間がそうであるのと同じ意味ではこれらの所与に拘束される。しかしこれらの所与は法律家としての法律家を拘束はしない。それらは法律家がそれをそのまま受け容れて以って法内容とすることのできるもの（法の指針 *directive* を与えるもの）ではない。法律家がこの内容を決定し指針をそれに盛り込む際には、法の目的と手段の効果とを考勘するさきへのべた一そう複雑な考量をもって、文字通り根本的にこれを創り定めるのである。もし前者の法形成の環境ミクリユという意味での所与をダバンに従って「質料的所与」*donnée matérielle*、否むしろ「与件」*une donnée* と呼び、後者のよって従うべき指針を与える所与を「形相的所与」*donné formel*、あるいはむしろこれをのみ端的に「所与」*un donné* と呼ぶならば、法律家は法形成に際して法の「与件」は成程これをもっているが、法の「所与」をもちはない。法規範の所与なるものはそもそも実在せず、法律家は所与なしに法を創定する。作られた法規範は、徹頭徹尾「所造」のものである。法規範の本質的部分は正にここにあり、法規範は、本質的に所造である、ということになる。(二九)

では、法規範に規範性を、価値を与えるもの、ジュニーの場合の正義の合理的所与に該当するものは、ダバンにあっては何なのか？ それが法規範の形相的所与の要素を形造らないか？ ——そこで問題は法規範の存在根拠へ移ることになる。

一六 第二の論点たる法規範の存在根拠について、ジャン・ダバンは次のように考える。国家の実定法秩序は、その存在の根拠を人間の本性にもっている。人間存在の構造そのものからして人は、国家の權威が公共の福祉のために定める行為の一般的法則の下で生きることへと、本性的に傾く。この本性の傾向は、国家の中での自己のことも完全な存在充足を求めて国家生活を送ることへと傾き動くところの、人間の国家的本性（或は同じことであるが政治的

本性)の一部である。^(三〇)ダバンはかくべつな名称を人間本性の傾向のこの部分につけていないが、この本性が法規範の形而上学的存在根拠でもあり、法規範の規範としての特性を規定するその「種相」でもあることに鑑みて、これを假りに人間の「法形相的本性」或は「法形相的自然法」と名づけるならば、結局国家の実定法規範の総体は人間の法形相的本性にすなわち法形相的自然法によって存在し、それからその規範性、当為性をえているということになる。^(三一)

ダバンの法形相的自然法は、ジェニーの正義を志向する人間本性の所与(正義の自然法)がそうであるとされたように、法の種相である。ではジェニーの正義の自然法がそうであるように、それは法律家にとっての法形成上の形相的所与なのか? そうではない。なぜなら、この法形相的自然法は、法律家が法形成の形相的何らの所与なしに自ら法を創造し創定することそのことの根拠なのだから。どうしてこのような根拠づけが可能なのか? 正にここに全ダバン法学の *clef de voûte* (かなめ石)がある。

どうして可能なのか? なぜなら、国家の権威が公共の福祉のために定める行為の一般的法則の下で生きることへと、本性的に傾くことは、正義であれ、愛であれ、何かの道德的徳目へと傾く人間の本性とは同一ではないからである。なるほど国家の公共の福祉は国民の道德的水準に無関係なものではないから、これらの道德的要請は公共の福祉の要素として登場する。しかし公共の福祉は、物質的・経済的・心理的・社会的な他の要因をも含めた複合体であって、単に道德的要請であるだけのものではない。^(三二) それに一そう決定的な事であるが、公共の福祉は、本質的に社会的集団にかかわることであるが、道德は常にいわゆる社会道德を含めて各個の人格的存在の充足の問題であり、両者はもともとその範疇を異にする。^(三三) 尤も法形相的本性の傾向(自然法)もそれ自体道德的本性の傾向(自然法)であるから——だからこそ法規範の超存在事實的「規範性」・「当為性」を根拠づける——そして人間本性のもろもろの傾向は相調和して人間存在の充足の条件となっているのであるから、両者の自然法の間には矛盾があってはならない。この

意味では法律家は法形相的自然法に従って法形成をなしつつ、他の一切の自然法の掟に反することをなさない。しかし、これは単に消極的な命令であって、法律家に法形成の指針を与える積極的の命令即ち所与ではない。他のこの一切の自然法は法形成の「与件」でこそあれ、「所与」ではないのである。^(三四) 法律家は正義であれ愛であれその他の倫理的要請の何であれ、それをそのまま受け容れて法内容の決定をする「形相的所与」としては、受取らない。形相的所与がないという意味では自由に國家の権限ある法律家（為政者たる法律家 [l'homme d'Etat-juriste] は法規範の内容を定め「無よりの創造」をなしているのである。正にそうしたことをなしつつかれは、そうすることを命ずる法形相的人間本性の傾向の現実化に仕えているのである。ここでこそ「為政者法律家は、^{モクリスト}道徳学者との關係で自己の自律性をみいだす」^(三五)。

こうしてジェニーがジュリディスムの方向へあゆみでて法の広義の技術的形成面をあれほど強調しながらも、自らの体系に矛盾を蔵してさえ残していた法の所与の要素（ことに正義）が、ダバンによっては法律家のわざから全く追放され、法は正義とは違った他の人間本性の現実に基礎づけられる。この特別な人間本性の傾向のお蔭で法の所造性が矛盾なく説明されることとなったのである。

一七　ところで第三に、このような法の存在根拠の把え方の差が、ダバンの法概念をジェニーのそれから根本的に異らしめる。

ジェニーにあつては、法律家にとっての法は多様で、実定法の外にも、人びとの主観において表象されているだけの法である「觀念法」或はその一様態としての「理想法」*droit idéal* や、（人間本性の^{レニール}実在的な傾向としての）道徳的自然法と実定法との中間に位する「法律的、自然法」——道徳的自然法の中で「有効な強制を受けうる」ので特に區別された一部——が存している。法そのものは、これらの何れとも區別され、しかもこれらの何れにも通ずるもので

ある。そうした法そのものについてのジュニーの定義の核心は、正義と社会的強制への傾きとを主な二要素とし、これに前者をその形相的中核とする。つまり「各人ニ各人ノモノヲ」又は「各人の利益の調和」という意味での正義がその法観念の中核を成していて、^(三七)「組織された社会」といったことは、ようやく(この法の一般的定義を前提した)実定法の定義の段階において、附加的に現れる。^(三八)これにたいしダバンにあっては、法律家にとっての法は実定法以外にはないのであって、実定法の定義は即ち法の定義である。そしてダバンの定義は「組織された社会」*société sociétaire* ということをし、またその社会の目的、その社会の權威、權威の用いる組織された強制力ということをし、その中核的要素としていて、正義ではない。^(三九)

こうした片や「正義」、片や「組織された社会」の観念をめぐる法概念の対立は、今ここでは詳論できない深い存在論的対立に應ずるものである。^(四〇)正義は人間存在の構造の個人的、人格性の契機に結びつく。すなわち各人格の生存使命の平等な尊嚴、この使命を対他人生活の中で遂げることを保障する一方法としての「各人ノモノ」*sum*の相互劃定。正義とはこうした *sum* の相互尊重へと傾く徳であり、こうしたことの背後には、「各人ノモノ」の尊重を通じて生存使命を遂げ存在充足をする人間本性の實在的・客観的な傾向(自然法)がある。正義はまた自由や権利に結びつく。自由とは、あるいは自律 *autonomie* とは、この「各人ノモノ」の限界内で各人が自らの欲するがままに生存使命達成のしかたを選ぶことであり、正義は各人にこの選びを委ねて無用な介入をしないことを含意している。又この *sum* の相互尊重の要求は、必要とあれば物理的實力によっても保障されうるものであって、もし「各人ノモノ」への不当な侵害があれば、實力に訴えてもこれが排除を求める道徳的(自然法的)資格が、即ち「権利」であり、正義の要求なくして「権利」は存在しない。

こうした一連の事態にたいし「組織された社会」は根本的には、人間存在の構造の社会性の契機に結びつくもの

説で、共同に追及される特定集団全体の目的（共同善）、この目的を具体的に特定し他の成員をこれに方向づけることを自らのこととする集団成員の部分、即ち権威の存在、行為の一般的規範をもってする権威の集団指導、等にかかわる。これらの「組織された社会」にかかわる一連の事態には、正義の一連の事態にかかわる何もそれ自体としては含まれない。しばしば人が瞬時に「主観法」（権利）——「客観法」（法規）の対立と考えているものの根底には、正しくは人間存在の構造契機の対立、すなわち人間の「個人性」と「社会性」との対立が存しているのである。この対立が根本的なものであるだけに、今日まで現われた法哲学上の法概念のあらゆるものを、「正義の法概念」の系列と「組織された社会の法概念」の系列との二つに分けて考えることができるほどである。^(四)

共にトミストではあり、しかも共に自然法主義 *iusnaturalisme* のトミストに対抗してジュリディスム *juridisme* のトミストの途を拓き推し進めた者としてかくも相近いジュニーとダバンとは、かくして遙かに遠くに引き離される。そして二人の法概念の比較はこの距離の遠さをもっとも端的に示したが、その理由を遡れば、両者における法の存在根拠の理論の差異にいたるし、この差異はまたその法の所与・所造の論の対立にも結びついて、問題は結局両者の理論体系の隅々にまで波及してゆく。共にジュリディスムの途に立つトミスムの師とその弟子として親しく相並ぶジュニーとダバン。この二人の巨匠が、他方ではそのそれぞれの壮大にして緊密な学説体系のいかに相異った乾坤を織り成しているか、人はこれによって推知しうるであろう。

(1) *J. Dabin, La technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé, 1927. Avertissement. pp. XI—XIII.*

(1) *Le Centenaire du Doyen François Gény, Recueil des conférences, 1963. pp. 13—37, 17 et p. 13.*

- (三) A. Boistel, Cours de Philosophie du droit, 1899 ; Cour élémentaire de droit naturel, 1870. J. Messner, Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik. 3 Aufl. 1958 ; Kultur-ethik, mit Grundlegung durch Prinzipienethik und Persönlichkeitsethik, 1954; Moderne soziologie und scholas-tische Naturrecht, 1961. E. Welty, Herders Sozialkatechismus, Ein Werkbuch der katholischen Sozialethik in Frage und Antwort. Bd. I, Grundfragen und Grundkräften des sozialen Lebens, 1951 (稲垣良典訳キリスト教社会論講座1' 一九六二年) ; Bd. II, Der Aufbau der Gemeinschaftsordnung, 1953. Gemeinschaft und Einzelmensch, Eine sozial-metaphysische Untersuchung bearbeitet nach den Grundsätzen des hl. Thomas v. Aquin. 1935. A. F. Utz, Sozialethik, I Teil, Die Prinzipien Gesellschaftslehre, 1958. ; II teil, Rechtsph-ilosophie, 1963.
- (四) この区別は、必ずしも個々の道徳学者・法学者によって分けられる区別ではない。例えば法律家のトミニストのうちに『*Le Fur, M. Villey* 及 *Petrashchek* わが国の大沢章博士、田中耕太郎博士等は前者の系列に入れるべきであり、』「制度理論の *Hauriou* 及 *Renard* は更にやや別に扱ひべきであらう。
- (五) *Gény, Science et technique*, t. IV, pp. 17—8, p. 144. *juridisme* の語の *W. Arnold, Cultur und Rechtsleben*, 1865. 以下の由来については *ibid.*, t. III, p. 6. note 4.
- (六) *Boistel, Cour élémentaire de Droit naturel*, pp. 58—60. *Gény, Science*, t. II, p. 281.
- (七) この両要素を含んだ法の定義については *Gény, ibid.*, t. I, p. 51. なお「強制への傾向」或は「制裁への傾向」 *tendance à la sanction* が法の本質的要素の一つなのではなくして「現実には有効な強制」がそうである、という観点からのダバンの批判については *Dabin, Philosophie*, p. 56. P. 303 ; *Théorie générale du droit*, 1953. pp. 45—6. (水波訳「法の一般理論」五九—六〇頁)。
- (八) *Gény, Science*, t. II, pp. 284—7.
- (九) *Gény, ibid.*, t. II, p. 292.
- (一〇) *Gény, ibid.*, t. II, pp. 242—3. ボワステルは大いに折衷的なトミニストで、ロスマーニ (*Rosmini*) の影響の下に人間

人格を余りに主知主義的に解したり (Cours. p. 68—9) / 今日のトミストが決して企てないこと / つまり完全な自然法の法典の「人間的な立法者の役割りを演ずる」ことを志している (Cours. pp. 30—3)。それにしてもかれが *droit* としているもの、つまり、正しくは「権利」と解すべきものの存在論的基礎現実の説明においては、今日なお多くのトミストのいうところに一致した主張をしている。かれはこの基礎現実を「人間人格の不可侵性」の尊重の相互要求にほかならないものとし、その第一の要求は「他人の人格にたいしそれにもさわしくない悪をするな」ということであり (Boistel, Cours, pp. 70 et s. spéc. pp. 81—3. *Gény, Science, t. II, pp. 281—2*)、更にこの要求の窮極的根拠は、人間がその活動の「発展」*expension* を、その存在の完成 *perfectionnement de son être* を求める傾向に存していることである (Boistel, Cours, pp. 73—4. *Gény, Science, t. II, p. 284*)。なほ *J. Dain, Droit subjectif, 1952, pp. 38 et s. spéc. pp. 48—50.*

(一) *Gény, Science, t. II, p. 315. V. Cathrein, Recht, Naturrecht und positives Recht, 2 Aufl. S. 230—1; Moralphilosophie, 4 Aufl. S. 489—490.*

(二) カートラインによっても繰返し云われる自然法の本性的認識については、*Recht, Naturrecht, S. 42ff. S. 66. S. 81—3. S. 225. S. 232 ff S. 278—9.* をみよ。なおカートラインの権利本質観「事物と人格との依属関係」というのは、後にダブンによって受けつがれ大いに発展せしめられている。 *Dabin, Droit subjectif, pp. 80—93. Gény, Science, t. II, p. 301 et s.* 拙稿「権利の基礎」(「法政研究」二五卷二—四合併号) 参照。またメスナーの記念碑的大著、上掲の「自然法」は、社会生活の中におけるの *sum* を規定するこれらの *jusnatura listes* の応用倫理学の努力の最近における頂点である。

(三) *Gény, Science, t. II, p. 298.*

(四) *Gény, ibid., t. II, p. 344.*

(五) *Gény, ibid., t. II, p. 346. pp. 347—9.*

(六) *Gény, ibid., t. II, pp. 349—50.* ボワステル、カートラインを経てメスナーに至る「自然法主義」の目覚ましい発展の系列をそのものとして詳細に吟味することは——それ自体興味ある有意義な仕事ではあるが——今のわれわれの問題ではない。今はこの系列とジュリディスムとの考え方の差異が、上にのべたボワステル、カートラインとシェニーとの影響受容・反撥の幾分複雑な関係の記述を通じて、読者にある程度明瞭となれば足りるのである。また哲学的意味での「常識」

というトマス主義哲学の核心を顧慮しての解説のみがあらわにするシュニーのシュリディスムへの断乎とした出発が、以上の記述によって明かになればよいわけである。

- (一七) *Dabin, la philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*, 1929. Avertissement, VI. なお、このシュリディスムはダバンによれば、法学者の「二つの潮流、すなわち一方では心理学的・社会的潮流、他方では道徳学者 moraliste (ひまの jusnaturaliste) によって今日危くされている」ものである。
- (一八) Centenaire, pp. 35—7.
- (一九) *Aristoteles, Met.* 1025 b, (出隆訳(河出版)二六四頁); *Nic.* 1094 a (高田三郎訳、一頁および五六七頁の註)。
- (二〇) *Dabin, Théorie générale du droit*, pp. 120—1, (水波訳「法の一般理論」一六五—六頁)。
- (二一) *Dabin, ibid.*, p. 156, (水波訳「法の一般理論」二〇六—二二二頁)。
- (二二) *Dabin, Théorie*, pp. 150—61. *Technique de l'élaboration du droit positif, spécialement du Droit privé*, 1935, p. 22—28. 拙稿「ジャン・ダバンと法観念の二つの系列」(法政研究二十八卷二号)、ことに一四二—一五六頁およびそこで引用された全ての文献参照。
- (二三) 同右論文。一五一—二頁ごとく、一五四頁註一六参照。なお、*Technique*, pp. 36—56。
- (二四) Centenaire, p. 35—7. *Dabin, Philosophie*, p. 101—14; *Théorie*, pp. 157—8, (水波訳、二二七—八頁)。
- (二五) Centenaire, p. 37.
- (二六) *Gény, Science*, t. IV, 153.
- (二七) *Gény, ibid.*, t. I, 70—1. シュニーの場合、法規範は本質的に所与なのか、所造なのかと問うて、「むしろ所造である」などと曖昧なものを残している。この曖昧を *Jones, Jurisprudence*, p. 112 もいう。
- (二八) 一方ではむしろ所造であるとして、他方では法の所与を認めることの矛盾、シュリディスムの破綻について、*Dabin, Philosophie*, p. 305. note 2.
- (二九) *Dabin, Philosophie*, pp. 101—5. pp. 304—5. pp. 433 et s.; *Théorie*, pp. 123 et s. 161—5, (邦訳二〇六頁以下、二一三—一八頁)。 *Technique*, pp. 22—28. シュニーと関し、 pp. 31—2.
- (三〇) *Dabin, Philosophie*, pp. 79—83, *Le Droit* p. 79. p. 301; *La Doctrine générale de l'Etat, Elément de philoso-*

phie politique, 1939. pp. 88. et s. ; L'Etat ou la politique, 1957, p. 8, p. 200—3.

(三二) この「法形相的自然法」をダバンによって繰返し力をこめて否定されている「法律的自然法」*droit naturel juridique* と混同してはならない。ダバンによれば法律的なものは必然的に実定的なもので、自然法ということと適合しない。*jusnaturaliste* たる道徳学者(例えばメスナー)が、そして実際にシェニーさえもが「道徳的」自然法と区別している「法律的」自然法は、その実全く道徳的自然法にすぎない。Philosophie, pp. 300—6 ; Théorie, pp. 253—265 (水波訳、三五〇—三六六頁)。又これを、ダバンが「法秩序の自然法則」*loi naturelle de l'ordre juridique* と呼んでいるものと混同してもさげなご。「法秩序の自然法則」とは法律家の法的思慮の方法論的な法則である。Philosophie, pp. 10—11.

(三三) *Dabin, Philosophie*, pp. 153—9 ; *Doctrine*, pp. 42—54 ; *L'Etat*, pp. 94 et s. ; *Théorie*, pp. 166—177. spéc. p. 176. pp. 294—5, (邦訳、二二八—二四七頁。もと二四四—五頁。四〇九—一〇頁)。

(三四) *Dabin, Philosophie*, pp. 187—194 ; *Théorie*, pp. 297—301, (邦訳四二—四一八頁)。

(三五) *Dabin, Philosophie*, p. 439. *Dabin* の法形相的自然法は、何らの道徳的徳目の要求をも含まぬという意味では中性的

・形式的である。この点で、まさしくケルゼンの根本規範に類している。ケルゼンの根本規範は、意志のいかなる世界観的要請からも独立した、その意味で中性的で形式的な規範性をもつことに特徴のある法規範の存在を可能にする根拠であった。但し、ダバンの法形相的自然法なる「根本規範」が人間存在の構造法則として実在的(レヘル)で客観的なものであるのにたいし、ケルゼンのそれは、たんに認識論的な仮設的前提である点で異なる。拙稿 *Dabin et Kelsen* (*Annales de Droit*, t. XXV, n°4, 1965 pp. 323—331) 参照。

(三六) *Droit idéal* のことは *Gény, Science*, t. I, p. 52—5. *Droit naturel juridique* については前註 (31) 参照。

(三七) 法とは「人間が他人との関係での外的行為をそれに服させる規範の総体であって、しかも正義についての自然的な観念の靈感の下に、……必要な場合には社会的制裁の裏打ちをうけうるものとしてあらわれ、……かつ社会生活のうちに秩序を維持するため私人の意志を支配する定言的命令の形態をとって定められるものである。」*Gény, Science*, p. 51.

(三八) 「実定法は、強度に組織された、そして義務必然的な内容を含む規範であり、適当な手段を用いて規定し強課することができる権力を内包した社会によってのみ、樹てられる。こうした社会は、そのタイプを近代国家のうちで完成させている

が、他の社会のうちでも出遭われうるものである。」*Gény, Science, pp. 55—6.*

(三九)ダバンの法の定義は次の書にみられる。*Dahin, Théorie, pp. 16—7.* 水波訳「法の一般理論」一七—八頁。*Philosophie, p. 34—5.*

トミストの伝統において正義の或るもつとも広い意味は、(そのうちにおいて全ゆる種類の人間本性の要求が充足される外的条件が整う社会、すなわち)「完全社会」としての国家の「公共の福祉」に結びつけて考えられた。公共の福祉は多様な物質的・精神的諸善を含むが、これら諸善の統一原理が正義である。この種の正義の原理は、人間本性の多様な傾向(さまざまな自然法)の中にみられる統一の原理であり、結局は人間存在の存在論的構造の内的統一原理に由来するのである。ダバンにとって公共の福祉は法の目的であり、この目的を現実化することを法形相的自然法は要求するのであるから、この意味での正義は、法に本質的にかかわることになる。ダバンが「法規範は決して正義を廃するものではない。なぜなら法規範に正当性を与えるものは外ならぬ正義であるから、」*Droit subjectif, p. 46.* というのは、この広義の正義である。しかしこの種の正義を認めることは、そして法規範はこの種の所与を否定しえぬということは、「各人ニ各人ノモノヲ」の意味の狭義の正義が法の内容を定める上での法の「所与」であることを認めないのと矛盾しない。かつてトミストの法学者A・ピオはダバンを批判して、ダバンは正義を狭義のもの、即ち「各人ニ各人ノモノヲ」に限定して考えたために法と正義とをまったく切り離すこととなった。もし広義の正義の存在を認めるなら法と正義とを切り離す必要はなかったらう、といった。*A. Piot, Droit naturel et Réalisme, 1930, p. 143.*—5. 最近のダバンは、自己の従来の体系に矛盾することなく、ピオのいう広義の正義を承認しているのである。

(四〇)拙稿、「ジャン・ダバンと法観念の二つの系列」(「法政研究」二八卷二号)一七〇頁以下、参照。

(四一)同じく右の論文、参照。

四 むすび

一八 　しかし最後に、ジュニーとダバンとをおし距てるこうした差異の大きさを充分考慮したうえで、いま一度この両者がひとしくジュリディスムの途をあゆむことを考えてみよう。ダバンにとって法規範秩序の存在根拠は人間の

論 本性であった。そして人間本性の諸傾向は、すでにのべたように本性的認識のおのずからなる洞察をもって、すべての人びとに知られるのである。ということは（国家生活一般がそうであるように）国民の法的生活も、法規範についての人びとの——人毎にvariouる——反省的認識、つまり様々の学説や臆見によって、イデオロギーによっては根本的には営まれていない、ということである。法律家は、ダバン学説においても、人びとの本性的認識を出発点として法律家独自の「人為のわざ」をなすのであって、この際と、ダバンはいう、「法律家には、争がある場合にでも各人が実際に実行している常織の結論に加担してもろもろの理論の間に選択することが、否むしろ「そうした理論の」多くの論争を無用なものと考えることが、求められる。あらゆる点で、これが一番賢明な態度なのである」^(一)。こうしてダバンもまた人間の本性的認識のうえにそのジュリディスムを築くこと、ジェニーと全く同様なのである。

われわれはこの論文のはじめで本性的認識と概念的認識とを分つことが、トミスム哲学の一要点であることをみた。ジェニーがこの区別を知っていたことは、かれがすでに早く「純正な」成熟したトミストであったことを証拠立てていた。ついで、科学と技術（或は所与と所造）の両側面から実定法規実秩序を眺めるその理論の到るところにこの区別の認識が貫いていることを、われわれは吟味した。しかもこの区別に立って本性的認識を、概念的認識の多様にかかわらぬ万人共通の法認識の出発点とすることが、ジェニーのジュリディスムへの道の歩みはじめの一契機であったことをもみた。今や同じことが、ジェニーの先縦を履むダバンのジュリディスムの一そう徹底した——その極は自然法的「所与」のある意味での否認にまで至るものである——おしすすめを可能にしているのをみるのである。

(一) *Dabin, Technique, Avetissement, p. IX.* など *Droit subjectif, p. 48.*