

権威と「理性」と法（二四）

——イギリス法における——

下山 瑛二

一 序論（三卷一号）

二 本論

第一章「世俗的」権威と「理性」論
はしがき

第一節 教皇庁の権威と世俗的権力

序——聖俗二権威とその統合とウェイトの変化——世俗権力の独立と構成

第一款 教皇の裁治権

一 教会の法的権力

二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立（三卷二号、四号一号）

三 イギリスの特殊性（四卷二号、五卷一号、二号）

四 聖俗裁判権競合の前提（六卷一号、二号、七卷一号、二号、八卷一号、二号、九卷一号、二号、十卷一号）

五 教会権力の世俗化と若干の法理論的検討課題（十卷一号、二号、十一卷一号、二号、十二卷一号、二号、十三卷一号、
二号、十四卷一号、本号及び次号）

第二款 世俗裁判権

第三款 教会世俗裁判権

第四款 聖俗裁判権の競合

第二節 教皇庁の「権威」からの解放と人間社会の自立的「権威」の抬頭

権威と「理性」と法（二四）

第三節 人間の「理性」論と「権威」の問題提起の過程

第四節 聖俗裁判権の競合と補完——イギリス法

第二章 法と「理性」論——宗教改革前

第三章 「自然法理性」と「人為的理性」

三 むすびに代えて

五 教会の世俗化と若干の法理論的検討課題（続）

(一) 世俗権力の正当化と聖職者の係わり方——「権威」と「権力」の癒着の理論的契機（続）

(ハ) とくにカノン法学に内包される「自然法と理性」論——トマス理論——（続）

(2) トマスの「自然法と理性」（続）

(c) トマスの人定法論と理性論（続）

(i) 自然法と人定法と理性（続）

③ トマスの自然法と人定法——人は如何にして自然法を行為規範となしうるのか

世俗権力者の「理性」の所産たる人定法と自然法との関係を検討せねばならなくなる前に、前述の「段階論」に立てば、人は如何なる段階をへて自然法を行為規範として扱いうるようになるのかという問題を、トマスがどう取り上げたかを見ねばならない。それは、「自然法」と「人定法」との問題を見る場合に、その理論的前提となると思われるからである。

ところで、この課題はすでに断片的に言及しているが、ここで概括的に取り上げておきたい。敷衍すれば、本稿の趣旨に照らして見るとき、一四世紀以後、いわゆる「学識法」といわれる法制度イデオロギーが西欧社会を風靡していく

にあたって、その社会的制度的イデオロギー形成の前提条件がいかに一三世紀に、そして、とくにトマスに代表されるスコラ学によって形成されてきたか、という点が問題にされなければならない⁽¹⁾。そして、トマスの自然法が、現実の社会における機能的意義をもつことによって、単に宗教上のイデオロギーとしてではなく、社会的影響力をもつということになる、トレルチの摘示する「社会教説」としてのトマスの説く法が、世俗社会において行為規範としての意義をもったことになるが、それは一体いかなる経緯でかかる力を持つに至ったかを検討せねばならない⁽²⁾。すなわち、その論理構成をいかに形成しようとしたか、その結果自然法が世俗社会において行為規範性をもちうるように構成されるに至ったか、ということの考究が求められてくる。

しかも、ここで重要なことは、人間の自然本性にもとづく自然法への準備ということだけで、自然法を人間は行為規範化することはできず、人定法において認められた「強制」措置によって、その法の遵守が強いられる場合があるとするならば、その「強制」措置の必要性の理論的根拠を提示せねばならなくなる。しかも、それは自然法と矛盾することなく観念されねばならない。

ただ、この点は、後期スコラ学の時代に激しい論争になったし、そこで頂点を形成したといわれているので、それらは後の課題になってくるし、そこで再度取り上げるつもりであるが、ここで若干言及しておくことが便宜かと考えて、言及することにした。⁽³⁾

なお、付言しておきたいことは、言うまでもないことでもあるが、トマスの自然法と人定法の関係を見る場合に、トマスの神学的立場から見たこの問題点と、トマスの社会哲学的観点から見たこの問題点と、当時の制度的イデオロギーを検討する立場から見たこの問題点とは、自ずから異なってくるということである。本稿では、もとより、この第三の立場に立つ考察ではあるが、その点への到達の前提として、第一、第二の立場への言及は避けられないものとして取

り扱っている。⁽⁴⁾

そこで、この問題を整理してみると、自然法が実践理性の第一原理であるとするならば、⁽⁵⁾ いうまでもなく、人間にとって「他律的」であることになる。しかるに、人間の「意志」によって「法」として遵守するならば、それは「自律的」ということにもなる。一人人は、自然法と人定法をどのように自己の行為規範たらしめようとトマスは考えていたのである。⁽⁶⁾

この点は、今日に至るも、個人の意志と全体の意志との関係、すなわち、法的表現を用いるならば、民主権の下における国家意志と個人の自由意志の問題として議論が噴出しているが、⁽⁷⁾ 基底的には、それは同質の問題点を含んでいるものといえようか。

ところで、本稿においても、先に、「意志」と「自由意志」の問題の箇所、⁽⁷⁾ 些かこの問題に触れてきた。しかし、現実の世界でものを考えたとき、「神法」ないし「自然法」は、「教会」の「カノン法」との関係を含むことになる。したがって、「人が如何にして自然法を行為規範となしうるか」という問題の中には、「自然法とカノン法（教会法）」の関係が明らかにおかねばならぬし、そのことが自然法と世俗法との関係をも明らかにする所以にもなる。ことに、この期に、教会法制度を規範として世俗法体系を形成していったことが想起されねばならないであろう。

だが、法が人間の行為に対して、規範としての拘束性を不可欠の要素とすること、その規範拘束性に制度的効果を付与するということは、密接であるが別の次元の問題である。そこでとくに問題になるのは、先にも触れた「強制」という要素が、法の拘束性とどう絡むか、また規範の受取人たる人間の「意思」とどう絡むのかという問題にもなる。換言すれば、人間理性による自律的意志によって法が遵守されるなら、かかる問題はそもそも生じないであろう。個々人の意志と法規範との間に齟齬の生ずることが、そこでの大前提となる。具体的には、この問題が端的に現れるのは、

規範違反の行為が現に生じうることを前提として、それに対していかに制度的強制をもたらすか、という問題として提起されてくる。しかも、かかる「強制」現象は、現に世俗法の特徴であるともされてきているため、その点を「自然法」との関係でどう調和させうるのかが問題になるし、その結果、自然法論としては極めて重要な点になる。

教会法の場合には、その強制方法の最たるものが「破門」であり、教会は、叙任権闘争の場合にも、この武器を振りかざしたことは周知の事実である。⁽⁹⁾ だが破門ということは交わりを断つということであり、世俗社会においても、それに類することが「法外追放」として措置されている。⁽¹⁰⁾ しかし、ここで問題になる「強制」は、法違反者に物理的強制をも加えうる点としてある点であり、それは世俗社会の権力の重要な要素として肯認されているという点であり、しかもその物理的強制が世俗権力の独占物として主張されているという点である。⁽¹¹⁾ そこで、それをトマスがいかなる論拠で容認しているのかという問いを発することが、まさしく、ここでの問題になるのである。その点、留意せねばならぬことは、教会法も世俗社会の法であるという点であり、それは世俗社会の「人定法」と同質のものであるということができるにしても、信者をもって構成される共同体の規範と、異教徒・不信者を包摂して構成される世俗社会のその他の共同体では、基本的に異なるという点である。それゆえ、「物理的強制」を含む「強制」の存在意義を、キリスト教的論理、あるいは、トマスの論理で、はたしてどこまで説明しうるか、ということがここでの問題になるし、それゆえ、「自然法と人定法」の関係を検討する上でも、不可欠の課題として考究せざるをえなくなる。

そこで、この問題にアプローチするために、次に、トマスの自然法がこの世俗権力をどう評価したかという点を瞥見することから始めたい。

この問題は、一見したところよりもなお複雑な問題を孕んでいるように思われる。その点、「人定法」というものが、世俗社会の人民の中の選ばれた「君主」によって制定・公布されるというトマスの「法」の定義を想起されたい。⁽¹²⁾

がって、一般に法の受取人が人間であるといいながら、同じ人間が（人定）法の発信人になり、その意志を媒介として、法がその他の人間へ適用されるという構造をとる。そこで、この人間の質的相違が何故社会的に肯認されうるのか、という点の考究を媒介にせねば、自然法と人間との関わりを論ずることにはならぬであろう。⁽¹³⁾ そこから、迂遠ながら、次に「(ii)自然法と世俗権力」の問題を取り上げることにはしたい。

(1) ハイッツ・ハイムゼートは、「われわれは、一五、一六世紀の予言者たち以上に、一四世紀の巨匠たち、さらに一三世紀から一四世紀への転換点に位置する巨匠たちと、彼らの真の後継者たちを忘れてはならないのである。」と摘示しているが、われわれが、制度的イデオロギーを見る場合にも、その点は同様であろう。ハイムゼート、前掲「近代哲学の精神——西洋形而上学の六つの大テーマと中世の終り」一四頁参照。

(2) まず、自然法が「法」であるという指摘は多く存在するが、一例として、ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」〔六 自然法は法であるか〕二〇一頁参照。「自然法 (lex naturalis) もまた法の性格をもつ。」

尤も、法の性格をもつということは、行為規範としての性質をもつことであるが、その場合、行為規範として、世俗人一般に関してか、あるいは、キリスト教徒に関してのみか、という問題が生じるであろう。異教徒はそれぞれの神をもつだろうし、その意味では、キリスト教の神を信じないことになる。その場合に、世俗社会の行為規範として、トマスの自然法論は、それらの人々にかんしてどう法規範であるという論拠づけをしようとしていたのであろうか？ この際留意せねばならぬこととして、思想家の言は、一般的表現を用いる場合が多いが、しかし、その文脈を辿れば、一定の時間的空間的範囲内においてのみ妥当性を有するものであることがしばしばある。そのことは、現在における法思想家の場合も同じである。ここに思想史学の検証が必要になるし、また思想史学の存在意義があるものと思っている。だが、この作業は相当の困難を伴うものとなるため、一般に概括的にしかなされておらず、もとより、本稿の場合にも、私にとって、その課題を遂行しうるわけでもないで、これまでの先人の業績の上に立って、傾向性を摘示しようとするものに過ぎなくなることは断っておきたい。

ところで、自然法が、異教徒を含む人々一般にたいしても規範性を有するという点に関して、トマスは、既に本項においては、前述「2. トマスの神学における「人定法」の位置づけ」の箇所でも摘示した如く、キリスト教徒であるか否かを問わず、人間の行為規範として機能するものであるし、また、人間の自然本性から、万民に適用になる法を人定法として定立する場合にも、その自然法は

かかる人定法の基盤になりうるとしている（拙稿、前掲一四卷一号二四頁以下参照）。

キリスト教徒間の規範性のみならず、世俗社会の人々にも普遍的に自然法が妥当するという点をカトリック教会が強調し出した点については、トレルチは、グリゴリウス闘争の社会的意義を重視している（トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四一巻一号六三二頁以下〔第四節 普遍教会の立場からの反動とカトリックの統一文化〕参照）。この点は先にも触れたところであるが、それによって、教会の立場が大きく変わったという点にある。すなわち、

「教会は、今や、神政的王権の理念に奉仕するのではなく、位階制に編成された聖職者による神政政治と、教会によって指導・監督される文化に奉仕するようになった、ということである。」六五四―五頁。「すなわち、カロリング型に代わって、グレゴリウス型が現れたのである。グレゴリウス型の登場は、教会によって指導・監督される文化の浸透を意味する。」（傍点筆者）六五五頁。

「もちろん、グレゴリウスの理念は、それ自体としては、むしろ、法的・外交的理念である。しかし、それは、同時に、倫理的理念でもあった。」六五五頁。

(3) ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」二〇一頁。
かくして、教会は、すべての世俗社会の人々の行為に関しても、指導・監督するというテオクラシーの道を拓いたのであるという。

「いうまでもなく、後期スコラ学のところですでに述べたように、はげしい論争が行われた。この論争はヴァスキスとスアレスの間でその頂点に達した。」二〇一頁。「この論争は、法の本質、すなわち『法は理性の働き』であるか『意志の働き』であるか、をめぐって闘わされた。」「ヴァスキスは伝統に従って法は意志の働きを基礎とする知性の働きである、法は内容としては理性の働きであり、形式としては意志の働きである、とのべた。」「そこで、彼は自然法を本来的な意味の法と名づけようとはしなかった。というのは、彼の自然法は、何がそれ自体善であり理性に適合しているか又何がそれ自体悪であり理性に反しているかを示すものとしては、意志に何らの契機をも認めなかったからである。」「そこで、ある人々は自然法 (lex naturalis) を命令的、法 (lex praecipiens) と區別して、指示的、法 (lex indicens) と呼んだことがあった。理性的本性そのものが自然法であり、自然法は神なしでも妥当するといふことが公式化されるとともに、この思想はアリアーガおよびグロチウスによって人間理性の自律にまで押し進められた。」「二〇一頁。「法は意志の働きでしかなく、したがって自然法は実定的神法であるというオッカム派の教えは、これと全く対立するものであった。」「二〇一頁。なお、この点に關し、稲垣良典、前掲「トマス・アクィナス倫理学の研究」二六二頁以下参照。

(4) この点については、トマスの神学体系の中で、この問題を神学的にどう取り扱っているかという検討と、トマスがその中でこの問題を社会哲学的にどう取り扱っているかという検討との違いにまず留意せねばならなくなるであろう。稲垣良典、前掲「トマス・アクィナス倫理学の研究」三四五頁以下「トマスの社会思想」の項参照。さらに第三の立場としては、トレルチの立場に代表されることになろう。トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四一巻一号三三〇頁以下「教会的統

一文化はトマス主義の倫理学によって理論的に解明された」。しかしなお、法制度的イデオロギー考察の見地から見ると、さら検討の余地が生じてくる。ギールケ、前掲「中世の政治理論」参照。但し思想史からこの問題へ言及するものは数多いが、その立場もいろいろであることも留意しておきたい。なお、ウェーバー、前掲「法社会学」三頁以下「一 法秩序の法学的および社会学的な概念と意味」参照。

(5) 自然法が実践理性の第一原理であるという点については、すでに拙稿、前掲一三卷二号五二頁「トマス神学における自然法論」、五五頁注(2)参照。稲垣良典、前掲「トマス・アキナス倫理学の研究」五頁以下、二〇一頁以下「第九章 知慮と自然法」参照。とくに、その内容を要約したものとしては、同書五―六頁参照。

「トマスによると行為にかかわる実践理性は何らかの第一原理を自体的あるいは自然本性的に認識するが、そのような原理とは『善は為すべし』『悪は避けるべし』『理性に従って行為すべし』のごとく命令の形をとるものである」「さらに、こうした実践理性の第一原理にもとづきつつ、いかなる人でもその自然的理性によって即座に、自体的に為すべきである、あるいは為すべきでない」と判定することから、すなわち絶対的・無条件的に自然法に属することからがある。」五頁。

「このような実践理性の諸原理は、われわれが現実に関わりの状況の下で選択し、行為するに先立って形成する実践的三段論法の出発点であるだけではなく、実践的学 *scientia practica* としての倫理学において行為の善・悪、あるいは正・不正について一般的に考察するさいの実践的推論の出発点でもある。」五頁。

なおトマスは、「実践理性はその第一原理、すなわち自然法の掟を当初から、根源的に、自然本性的ないし自体的に、当為命題として捉える。言い換えると、実践理性の第一原理としての自然法の認識に関するトマスの立場は徹底的に義務論的である。」としている。六頁。

(6) この問題は、法の発信人としての立場ではなく、法の受取人としての立場から、翻って法の内容をどのように自己の行為たらしめるかという問題である。

稲垣良典、前掲「トマス・アキナス倫理学の研究」二二二頁以下「知慮と自然法」参照。そこで、稲垣良典は、自然法を人間がどのように把握するか、という問題に関し「知慮」の働きを重視している。すなわち、

「知慮は実践理性の第一原理としての自然法なしには不可能である、というトマスの立場は次のような議論によって基礎づけられている。」「すなわち、倫理徳は目的そのもの(人間の生の全体の目的)にかかわるが、その目的とは人間善 *bonum humanum*、すなわち人間精神の善 *bonum humanae animae* であって、それは『理性に従って在ること』 *secundum rationem esse* であるから、倫理徳の目的は理性のうちに先在 *praexistere*——すなわち、意志によって欲求されるに先立って在ること——する必要がある。」二二二頁。「ところが、実践理性のうちにはじっさいに何らかの自然本性的に知られた原理が先在しているものであって、それらが

倫理徳にとっての目的にはかならない、とトマスは論じている。」二二二—二二三頁。「倫理徳の目的、つまり意志が直しい仕方でも欲求する目的は、実践理性のうちに『自然本性的に知られる』実践的原理、つまり自然法として見出される、というのである。」二二三頁。「実践理性のうちには、いうまでもなく原理と共にそこから導きだされる諸々の結論も見出されるのであり、知慮は本来的にそれら結論にかかわるものである。一言でいえば、実践理性（という能力 *potentia*）の完成態としての知慮（という徳）が形成されるためには、実践理性の働きの必要であり（徳、すなわち習慣 *habitus* は働きを通じて獲得されるものであるから）、その働きのためには働きの原理・出発点として『自然本性的に知られる実践的原理』すなわち自然法が必要とされる、という議論である。」二二三頁。そして、この「トマスの知慮論は自然法論にかかわるものとして、あるいは自然法を無用化したり、排除するような仕方でも展開されているのではなく、むしろ自然法（実践的原理ないし実践理性の第一原理としての）をその不可欠の構成要素として要求するような仕方でも展開されているのである。」二二三頁。

なお、実践的なことながらにおける判断 *judicium in agendis* について、トマスは次の如く摘示している。トマス、前掲「神学大全」第一一分冊第五七問題「知的徳について」第六項 思慮深き、賢察および明察は知慮に結びついた徳であるか」一六五頁以下参照。まず、トマスは人間の能力について、次の如く摘示する。すなわち、

「すべてお互いに秩序づけられた諸能力においては、最も主要的な行為に秩序づけられた能力が最も主要的である。ところが、人間の為すべきことから *agibilia humana* に関しては、理性による三つの行為が見出される。」一六六頁。「その第一は思案をめぐらすこと *consilium* であり、第二は判断すること *judicare*、第三は命令すること *precipere* である。」六七頁。このうちはじめの二つは「思弁的知性」の働きに対応する。「第三の行為は行為的 *operativus* であるかぎりでの実践的知性に固有のものである。」一六七頁。

「人間によって為されることがらにおいて主要的な行為は命令することであって、他の行為はそれに秩序づけられていることはあきらみである。」「それゆえに、善く命令することも可能にする徳、すなわち知慮を最も主要的な徳として、それに、善く思案をめぐらすことを可能にする徳である思慮深き *eubulia* および判断にかかわる部分である賢察 *synesis* と明察 *gnome*……とが第二次的な徳として付加されているのである。」一六七頁。

また、トマスは同箇所で、「じっさいには、（実践的なことながらにおける）最終的な完了 *complementum* は、理性が為すべきことについて善く命令を下すときに到達されるのである。」という。一六七頁。

(7) 拙稿、前掲一三巻二号四三頁以下 (ii) トマス神学における人間の自由意志と実践理性論」の箇所参照。

(8) 法と強制との関係について、トマスは断片的ながら次の如く摘示している。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九六問題「人定法の権能について」第五項 すべての者が法の下にあるか」参照。

「法はその本質から二つの側面を有する。」「第一は人間的行為の規則 *regula* であるということであり、第二は強制力 *coactiva* を有するということである。」「一八頁。(この点はまた後述する。)

強制についてはいろいろの研究者が発言しているが、ウェーバーもまたその著書「前掲『法社会学』——『経済と社会』第二部第一章、第七章」における各所で取り扱っている。ただ、ここでは、ウェーバーが法秩序には「強制装置(ツヴァングスアパラート)」がなければ、主観性を失うことを強調している点だけ紹介しておきたい。

「参加者たちの広範な層が法秩序にしたがって行態をしているのは、周囲の世界がこれを是認し、その反対を是認しないという理由からか、あるいは習俗(ジッテ)として慣れ親んできた生活の規則性にしたがう無気力な習癖(ゲボンハイト)からしてそうしているのであり、服従を法的義務と感じているからではない。」「この無気力な習癖という態度が普遍的であるとするならば、法は、たしかに、主観的には法としての性格をまったく失ってしまい、主観的には単なる習俗として守られるということになるであろう。」「それにもかかわらず、いざとなれば強制装置(ツヴァングスアパラート)が、右の諸規範の遵守を強制するというチャンスが、客観的に存在しているかぎりでは、われわれはやはり、これらの諸規範を『法』とみなさなければならぬであろう。」「第一章 第一節 法秩序と経済秩序」五頁。

この認識は、確かに、今日の一般的認識になっているものと言えようが、しかし、では一体、強制という要素は、人間社会にとって不可避的要素なのか、あるいは、可避可能な要素なのか、と言う点については、殆どその存立理由を摘示していないように見受けられる。そこで、トマスは、一体、人間社会と強制との内在的関係をどう見ていたかを見てみたい。

なおまた、トマスは、「強制 *coactio*」の問題を「神学大全」の第一三分冊、第一八分冊において取り扱っている。

そこです、トマスが「強制」の必要性について語っているところを見てみよう。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」「第一項 人間によって何らかの法が定められることは有益であったか」九二頁以下参照。

「ところで、生まれつきの善は性向、あるいはむしろ神の賜物によって、徳の行為への傾きを有する若者たちに関しては、勧告によって行われる父親的訓練で充分である。」九二頁。

「しかるに、言葉によっては容易に動かすことのできないような過激な者や悪徳に傾き易い者共が見出されるので、彼等が力と怖れによって悪から引き離されることが必要であった。」(傍点筆者)。「それはすなわち、すくなくともこのようにして彼等が悪事を働くことをやめて、他の人々が静穏な生活を送ることをえしめ、ついに彼等自身も、このような習慣づけ *assuetudo* を通じて、さきには怖れによって実行したことがらを自分の意志でなすところまで導かれ、こうして有能なる者とならんがためであった。」「しかるに、罰に対する怖れによって強制するところの、このような訓練が、法の訓練にはかならない。」九二頁。

「したがって、人々の平和と徳のために法が定められることが必要であった。」「なぜなら、アリストテレスが『政治学』第一巻で

のべているように、『人間は、もし徳において完全であるならば動物のうちで最善のものであるが、もしも法と正義から離れてしまっているならば、すべての動物のうちで最悪である』からである。「それというのも、人間は欲情と野獣性とを充足する *explere* ための理性という武器——他の動物はそれを有していない——をそなえているからである。」九一頁。

したがって、強制という措置は、悪しき者に対してのみ発効されるものであり、その限りで容認されるべきものとされている。すなわち、

「もう一つの仕方においては、或る人は、強制されている者が強制するものにたいするような仕方、法の下にある。このような仕方においては有徳なる人々や正しい人々は法の下にはなく、ひとり悪しき者どものみが法の下にある。」「けだし、強制 *coactum* ならびに暴力的 *violentum* なことがらは意志に対立するものだからである。」「しかるに善い人々の意志は法と合致しており、悪しき人々の意志はこれは不一致である。」「それゆえ、この意味では、善い人々は法の下にはなく、ただ悪い者どものみが法の下にある。」第九六問題「人定法の機能について」第五項 すべての者が法の下にあるか」一一九頁。

この文章において、トマスは、制度面における「強制」と機能面における「強制」を同時に取り扱っている感があるが、それはともかく、トマスは、世俗社会において悪人のいる限り、その是正手段として「強制」が不可避的であるとされている点をここで留意しておきたい。

そこで次に、かかる「強制力 *vis coactiva*」を誰が保持するかという点に眼を転じてみたい。

まず、強制力を有するのは誰かという問題について、私人はかかる力を保持しえないという。但し、家父長権については、別に後述する。そこで、この問題について、同書第九〇問題「法の本質について」第三項 いかなる人の理性も法を創出しうるか」でトマスが言及した箇所を瞥見してみたい。一〇頁参照。

「私人は徳へと有効に導くことはできない。けだし、かれはたんに勧告することができのみで、自分の勧告が聴きいれられなかったときは、強制力を行使することはできない。」一〇頁。

このことは、私人の力による自力救済の禁止の原則への道となっている。では一体誰がそれを保持するのかという問題になってくるであろう。そこで、トマスは同箇所でこれに関連する指摘を次の如くしている。すなわち、「しかるに、あとでのべるように（第九二問題第二項第三異論解答、第二一二部第六四問題第三項）、刑罰を課するという機能を行使するところの人民、ないし公職者は、こうした強制力を有する。」一〇頁。

しかも、かかる強制力は法の規定に含まれているという。同分冊第一〇〇問題「旧法の倫理規定について」第九項 有徳な在り方は律法の規定のもとにふくまれるか」二一九頁以下参照。

「さきにいわれたごとく（第九〇問題第三項第二異論解答）、法の命令・規定 *praeceptum* は強制力 *coactiva* を有する。それゆえ、

法の強制力のむかうところが、直接に *directe* 法の規定のもとにふくまれるものである。」二一九頁。

ところで、前述の如く、私人は強制力を保持しえないといわれているが、家父長には、一定の権力をトマスは認めている。そこで、家父長の懲戒権と強制力について、前述の強制権は公職保持者等が独占するという点とどう調和するのを見ても、トマスは同書第一〇五問題「司法的規定の理由について」第四項 旧法は家の構成員に関して適切に規定を定めたか」において、次の如く摘示している。すなわち、

「アリストテレスが『ニコマコス倫理学』第一〇巻でのべているごとく、家父権は訓戒 *admonitio* の権能をふくむにとどまるのであって、反逆者や頑固な者どもをおさえつけることができるような強制力 *vis coactiva* を有するものではない。」四一四―四一五頁。

「それゆえ、この場合には、律法は頑固な息子が町の首長たちによって罰せられるべきことを命じたのである。」四一五頁。

この点、トマスは、第一八分冊第六五問題「人身にたいして加えられるその他の危害について」第二項 親が子供を、あるいは主人がしもべを殴打することは許されるか」でも、次の如く摘示している。

「或る者に傷害を加えることは、正義のための刑罰という仕方によるのでなければ許されない。」「しかるに、何びとといえども、自らの権限の下にある者以外の者を正当に罰することはできない。」(傍点筆者)。「したがって、殴打を受ける者にたいして何らかの権力 *potestas* を有する者でなければ、誰かを殴打することは許されないのである。」一九三頁。「ところで、子供は父親の権力に、そしてしもべは主人の権力に服する者であるから、父親は子供を、そして主人はしもべを、矯正および訓練という理由で殴打することが許されるのである。」一九三―四頁。

その根拠について、トマスは同箇所での如く摘示している。

「より大なる権力はより大なる強制力を行使すべきである。」「ところで、国 *civitas* が完全なる共同体であるごとく、そのように国の首長は完全なる強制権力を有する。そのゆえに、死刑や(手足)切断刑のような、回復不可能な刑罰を科することができる。」「これにたいして、不完全な共同体である家族社会の長である父親および主人は、回復不可能な傷害を加えることをしないところの、より軽い刑罰でもって行使される、不完全な強制権力を有する。そして、殴打はそのような刑罰なのである。」という。一九四頁。

トマスの場合には、共同体でも、国はかくして家族共同体と異なった次元の公的権力「この概念については後述」をもつと観念してくる。そして、「人間社会においては公的権力によるのでなければ何びとも強制力を有しない。」同書第八七問題「裁判における裁判官の不正について」第一項 或る者が自分の下に従属していない者を正当に裁判することは可能か」二二二―二二三頁。

では、国の公権力と君主の公的権力の関係はどのように論理づけられているのであろうか。トマスは、君主の場合には公的権力を委託されていると地位づけている。そしてそれは、彼は「正義の護持者となるためである。」という。尤も、その限りで「暴力および強制力」の行使が許されているのであるということも強調されている。第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」第八項

罰を犯すことをなしに強奪が為されるか」二二五頁。

そこから、公的権力の行使の中でも、人間社会の中であって、その裁治権を委ねられている者もまた「強制」の権力をもつことになる。その典型が裁判官ということになる。

「一般的な法が強制力を有しななければならないように、裁判官の判決も、それによっていずれの側も裁判官の判決に従うように拘束されるところの、強制力を有しななければならない。」「そうでなければ裁判は有効なものとはならないであろう。」「しかるに、人間的な事柄においては、公的権力を行使する者の他は強制的権力をもつことは許されない。」「そして、この権力を行使する者は、当の権力に従属する者共にたいして、その上長を見なされるのである——かれらがこの権力を（職務上）通常の仕方で取得しているか、あるいは委託によって取得しているにせよ。」「したがって、何びとも、委託 *communissio* もしくは通常の権力 *potestas ordinaria* によって自らの下に何らかの仕方に従属している者のほかに、何びとも裁判にかけることはできない、ということはあるからである。」「二二二頁。

なお、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六七問題「裁判における裁判官の不正について」【第一項 或る者が自分の下に従属していない者を正当に裁判することは可能か】において次のように摘示している。すなわち、「裁判官の判決 *sententia* は、いわば何らかの指定の事実にかかわる特殊な法 *particulari lex* のようなものである。」「したがって、アリストテレスが『ニコモコス倫理学』第一〇巻（一一八〇a二一）でべているところからあきらかなごとく、一般的な法が強制力を有しなければならないように、裁判官の判決もそれによっていずれの側も裁判官の判決に従うよう拘束されるところの、強制力を有しなければならない。」「二二二頁。

では、教会の場合に「強制」概念をどう観念していたのであろうか。

そもそも、制度としての強制について教会が関心をもったのは、グリゴリウス改革によってであるとトレルチはいう。トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四〇巻一号六五〇頁以下参照。少しく長くなるが引用してきた。

「グレゴリウスの最大の武器は、秘跡からの排除、すなわち破門だった。」「そして、かれらの後継者たちのそれは、禁止制裁 *excommunicatio* と十字軍の宣言であった。」「古代教会の時代と際違った相違を見せているのは、今や、それに、社会からの排除と完全な法喪失 *Rechtlosigkeit* という市民（法）的効果が結びつけられていることである。」「もつとも、それは、この間に、教会の事情と社会の状況とが、いかに強く浸透し合いもつれ合うようになったか、ということを示しているにすぎない。」「教会は、理論上、古来の霊的組織という立場を堅持し、霊的審判で満足した。」「しかし、他方で、教会は、現世の権力に対して、そのような、もはや市民的社会においても適合しない人間を、市民法によって処罰することを求めた。」「これは、しばしば言われるような、偽装ではない。」「

「むしろ、それは、靈的なものと世俗的なものが結びつくことによって自然に生ずる、次のような確信なのである。」「すなわち、重罪を犯した者や異端者は、なるほど靈的な罪の赦しを得ることはできるかもしれないが、市民社会にとって、かれらは、公共の利益を害する危険性の高い、したがって世俗の権力によって処罰されなければならない革命家なのだ、という確信である。」「われわれは、後に、宗教改革者の中で、これと同じような見解を見出すであろう。」「確かに、この武器は、過度に使用された結果、鈍くなり、靈的なものと世俗的なものとの混同に対する懸念を誘発した。」六五〇頁。「しかし、それが鈍った時、すでにその目的は完遂されていた。」六五〇—一頁。「今や、これに代えて、はるかに精密な手段を利用することが可能であった。この新しい手段は、秘跡から排除するのではなくて、秘跡の執行を良心および行動に対する裁治権の行使と結びつけることにより、秘跡それ自体を手段とする、というものである。これが、計り知れないほど重要な、悔悛の秘跡である。」(傍点筆者)。「この秘跡は、その他の秘跡の前掲条件として、その他の秘跡の一部分ときわめて巧妙に結びつけられており、宗教による世界支配の支柱となった。」六五一頁。「そして、この秘跡から、教会のキリスト教的倫理全体が生まれ育った。」「良心を探索し、良心の声に耳を傾けなければならぬ」とか、罪を贖い、名誉を回復し、さらに功德へと導かれなければならないとか、倫理上のあらゆる問題や対立は教会の権威によって統一化されなければならない。(したがって、教会の権威は、生活の営みを統一化する責任を、個人から奪って、自らの手に引き受けたのである)といったことは、この秘跡から生まれ育ったのである。」「さらに、教会の倫理は、この秘跡を通じて、たんなる理論から実際のな力となった。この力は、貧富や貴賤の相違を越えて、すべての人々の良心に助言を与え、これを罰し、その罪を赦し、とりわけ、人々に真の生の価値を実施させ、罪深い現世から靈魂が救済される方向へと、人々を導いた。ここに、秘跡の教義と上述の二つの教義、すなわち教会の統一性に関する教義と教会の支配権に関する教義との間の密接な内面的関連性が、明らかに示されている。」(傍点筆者) 六五頁。

「この関連性は、理論によっても明確に認識され、表明されている。」「歴史的存在としての神人 Gott-Mensch は、自らの中に、神の性質と自然の性質とを統合している。」「このために、かれは、教会をかれ自身の似姿として、一つの神的・人的有機体として、設立した。」「この有機体は、その神的性質の故に、全体的に統一的でなければならず、神人において神的性質が人的性質を支配するのと同じように、自然的なものを支配しなければならない。」「そういうわけで、神人は、実際、祭儀において、秘跡的キリストとして現われ、ここで、その都度新たに、神的なものとの統合を顕現させるのである。」「その際に、犠牲を捧げる司祭が、この統合の実行者となる。」六五一頁。「また、神人は、自然的なるものを神的なもの指揮・監督下に置き、自然的なものや物質的なものの中にある神的なものを、確実にそして驚くべき仕方で明らかにするために、秘跡という感覚的・超感覚的な乗り物に乗って、各個人の許にも到来する。」六五二—三頁。「秘跡とは、神が人となることによって被造物に神性が分け与えられたこと、つまり、神的なもの物質化の、延長、継続、反復なのである。」六五二頁。「しかし、この「恩寵による」指導・監督は、キリスト教的理念の

全性格からして、決して、秘跡の純粹な魔術として存在することはできない。それは、同時に、倫理的に統制し、監督することによって、効果を發揮しなければならないのである。「こうして、秘跡の思想から、まったく倫理的かつ裁治権の意味に理解された悔悛の秘跡が生まれる。」「この秘跡が二次的な秘跡の性格しか持たないことは、この秘跡がいかなる固有の質量 *materia sacramenti* (直訳すれば、『秘跡の質量』。洗礼における『水とそれを注ぐ動作』のような、秘跡を構成する物質および行為を指す。) も持たないという定義により、教義として示されている。」「しかし、この秘跡は、実際には、ミサと共に、基本的な秘跡となっている。」「教会の統一性と自治、秘跡を通じての恩寵が人間に浸透すること、そして、この両者は、悔悛の秘跡と組み合わされた、良心に対する裁治権と関係づけられていること、これらは、きわめて厳密に関連し合って、教会の社会学的構造を完成させるのである。」「六五二頁。このトレルチの指摘は、イギリス法における衡平法の発生と機能を見る上でも貴重な示唆を与えるものと思うので、後述の該当箇所でもまた取り上げたい。また、この点は、先に取り上げた「煉獄」思想とも関連するところがあることも摘示しておきたい。拙稿、前掲三卷二号一八頁以下「第一款 教皇の裁治権」「一 教会の法的権力」参照。

なお、公権力の発動対象になる人に関してのみ強制ということが、その人の意志に反して行われうると、トマスが摘示していることも、ここで付記しておきたい。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九六問題「人定法の権能について」「第五項 すべての者が法の下にあるか」一一九頁参照。

ただ、異教徒に関する強制問題は異なった扱いが生ずることも留意しておかねばならぬ点かとも思う。トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四二卷二号二二六頁以下「異教徒と強制」。

「ユダヤ人および非キリスト教徒を力づくで改宗させることは許されない。」「確かに、異端者が頑強に否認する場合には、その他の人々の靈魂の救済に配慮して、異端者は破門され、その後、社会に害を与え社会秩序を乱した者として、処罰のために国家権力に引き渡される。」「ただ、「信者が非信者の支配に服することが許されるのは、外面的な法関係ならびに権力関係からそうすることが必要な場合に限られる。」という。

トマスの「強制」概念については次の法(9)でも言及するとして、法と強制の問題は近代になっても主要なテーマの一つであったことにはかわりはない。尤も、強制のうち、最終的担保手段は事実行為に依存して来るが、明らかに、観念的な構成物たる法とかかる強制は次元を異にした存在である。しかるに、その観念的構成物たる法さえも、最終手段たる事実行為の担保なしには、何の意味ももたなくなると観念する者にとっては、両者は分かち難いものと映じてくる。そこで、その文脈を考慮せずに、この問題に関する所説を範疇的に分類することは危険であるということをおきつつ、以下現代における幾つかの所説を紹介しておきたい。

まず我が国においても、法と強制の関係をどう見るかは説の分かれるところであり、古典的論争としては、我が国の行政法の祖といわれる美濃部達吉と我が国の英米法学者の開拓者と言われる高柳賢三との間のそれを挙げうるし、この点に関し見解のズレのある

ことは興味深いところであり、また、奥深い問題を孕んでいるものといえる。美濃部達吉、『法の本質』、日本評論社、昭和二三年、六八頁以下「第四節 法は強要的規律である」、ことに六八頁以下「一 法の強要性」、七一頁以下「二 強制は法の要素なりや」。高柳賢三、『法律哲学』、日本評論社、昭和三年、四〇頁以下「強制可能性」。ただこの点に関しては、いろいろの問題点を含んでいるため、以下の点を除き、深く立ち入ることは避けたい。

高柳賢三は同書で、「カント以後強制が法律規範の要素であるや否やに就いて多大の論争が戦かはされた。」という指摘をしている。なおまた、一九世紀から二〇世紀初頭に架けてフランスにおいて活躍したデュギーもカントの言及に際して、この問題に触れていることは興味深い。レオン・デュギー、『法と国家』、堀真琴訳、岩波文庫、一九三五年、「第三章 カントの政治理論及び法律理論」六八頁参照。

では、カント自身は、この点、どのように摘示しているのであろうか。一例として、カント、『道德形而上学原論』、篠田英雄訳、岩波文庫、一九六〇年参照。そこで、カントは、意志に対する強制の問題を次ぎの如く述べている。すなわち、

「およそ自然におけるいっさいの事物は、何ひとつとして「自然」法則に従ってはたらかざるをえない。」六四―五頁。「ひとり理性的存在者だけは、法則の表象に従って、――換言すれば、原理に従って行為する能力すなわち意志を有する。」「ところで行為を法則から導出するには、理性を必要とする、この意志が取りも直さず実践理性なのである。」六五頁。「もし理性が、絶対確実に意志を規定するものなら、かかる理性的存在者の行為が客観的に必然的と認められる限り、その行為は主観的にもまた必然的である。」「すると意志は、理性が傾向性にかかわりなく、実践的に必然的と認められるところのもの、すなわち善と認めるところのものだけを選択する能力ということになる。」「しかし理性がそれ自体だけで意志を完全に規定するものでないと、意志は必ずしも客観的条件と一致しないような主観的条件（ある種の動機）に、まだ従属していることになる。約言すれば、意志がそれ自体として理性と完全に一致しない（人間にあっては事実その通りである）ならば、客観的には必然的と認められる行為も、主観的には偶然的であり、またかかる意志を客観的法則に従って規定すれば、それはこの意志に対して強制となる。」「それだから客観的法則と、その本性から言って必ずしも完全には善ではないような意志との関係は、なるほど理性的根拠によって理性的存在者の意志を規定するというふうに考えられるが、しかしこの意志は、その本性にかんがみて、これらの根拠に必ず従順であるとは言えないのである。」六五頁。

「客観的原理の表象は、その原理が意志にとって強制的である限り、命令（理性の）と呼ばれる。」六五頁。「そしてかかる命令の方式がすなわち命法（注一）である。」六六頁。

（注一）「実践的規則は、理性だけが意志の唯一の規定根拠ではないような存在者に対しては命法（imperativ）であり、この命法は『べし（Sollen）』によって表示される。なおこの『べし』は、行為に対する客観的強制を表現する。」「すると実践的規則は、もし理性だけで意志を完全に規定するならば、行為はこの規則に従って絶対確実になされるであろうと、いうことを意味する。それ

だから命法は、客観的に妥当するものであり、主観的原則としての格率とは異なるのである。」(「実理」・三四)。

「すべて命法は、『べし』という語によって表現され、この語によって、理性の客観的法則と或る種の意志——換言すれば、その主観的性質のために、かかる客観的法則によって必ずしも必然的に規定されないような意志との関係(強制)を表示するのである。」六六頁。

ところで、その後も多くの哲学者法律学者が言及しているが、法と強制に関する検討は現代でもなおテーマになっている。例えば、エールリッヒ、前掲「法社会学の基礎理論」、(本項との関連では)一九二〇頁、五八頁参照。ただ、エールリッヒは、強制は法の本質的特質ではないという立場をとる。しかも強制そのものの存在理由については触れていない。

なお、cf. Hart, *Law, Liberty and Morality*, 1963, p. 53 et seq. [III Variety of enforcement], esp. pp. 57~8 [Enforcement as coercion], p. 58 et seq. [Enforcement as punishment].

純粹法学者として著名なケルゼンもその立場「二元論 dualism」から各所で法と強制の問題に言及していることは興味深い。e. g. Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*, 1992 (Orig. 1934), esp. p. 20 [§12 The Law as Coercive Norm].

さらに、現代の法(哲)学者に関しても、ロールズ、ハーバーマスなどでも問題にされているが、その点は、私も深く立ち入って考察してないので、省略したい。しかし、この問題は、決して現代においても無視しえない問題であり、それどころか、人間社会のいろいろな側面にかかわる問題として提起されていることは留意しておいてよいと考えている。例えば、我が国でも、法哲学者などの間で問題になった John Rawls, *Political Liberalism*, rev. 1996 どころか、ロールズ追悼論文集ともういっく、ed by S. Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls*, 2003 〇中、Frank I. Michelman, *Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law*, p. 394 et seq. ほか、Stephen Mulhall and Adam Swift, *Rawls and Communitarianism*, p. 52 et seq. はロールズの強制概念に触れて、このこの角度からアプローチしているし、ロールズと論争を交えたドイツのハーバーマスとその著書 [Between Facts and Norms, 1997] の各所で言及している。さらに、現代の多岐に亘る法哲学課題の問題点を取り上げた ed by Peter Fitzpatrick, *Dangerous Supplements: Resistance and Renewal in Jurisprudence*, 1991 の中で、特に、ハイエクとマルクスの国家的強制論に触れた Alan Hunt, *Marxism, Law, Legal Theory and Jurisprudence*, p. 102 et seq. や Alan Thomson, *Taking the Right Seriously: The Case of F. A. Hayek*, p. 68 などの論文のあることも留意しておきたい。

ただ、現代のカノン法学者として、ヘルムホルツが次の点を取り上げている点は興味深い。Helmholz, op. cit., [The Spirit of Classical Canon Law], pp. 167, 252 et seq. その一つは、「強制された宣誓 Coerced oaths」に関する点であり(一六七頁)。「他は、「敬虔的怖れ」という要素に関するものである(二五二頁以下)。(後者については後述する [3 法の遵守と強制——「怖れ Timor」] の箇所参照)。これらは、ローマ・カノン法の世俗法への寄与を知る上で貴重であるといえよう。また、これらの点は、

イギリス法の衡平法を理解する鍵をなすものと考えている。

因みに、稲垣良典が、法の拘束力と強制力の関係について発言していることも留意しておきたい。殊に、一七世紀初頭のスペインの神学者フランシスコ・スアレス「体系的著作『法および立法者・神について』、一六一二年」をトマスと極めて対立する主義を採用のものと地位づけているが、彼の著しい法概念の特徴として、「拘束力ないし強制力が法の本質 *ratio legis* に属するものであることの強調をあげるべきであろう。」と摘示している。稲垣良典、前掲「トマス・アクィナス倫理学の研究」二七八頁。なお、この点について同書三一九頁以下「第三章 道徳的責務と神」「一 当為と拘束」の箇所参照。

- (9) 教会法の「破門」については、拙稿においても、理論面ではないが触れてきた。拙稿、前掲三卷二号三三頁、四五頁注(60)、四卷一号一一頁、三〇頁注(42)、(46)、五卷一号五三頁、五九頁、五卷二号二〇二頁参照。

なお「破門 *excommunicatio*」について、トレルチの指摘も留意に値する。トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四〇巻一号六五〇頁以下参照「前出注(8)参照」。

- (10) 「法外追放」については、拙稿、前掲三卷二号三三頁、四五頁注(60)、また、その事実上の廃止については、九卷一号一四三頁注(52)参照。

- (11) 観念的措置としての「力」の使用ではなく、人の身体・自由に外的物理的強制を加える問題は、キリスト教でも極めて重要な問題であった。

トマスでは、*vis*の問題として取扱った。この点、後述(ii) 自然法と世俗権力注(12)参照。

- (12) トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九〇問題「法の本質について」「第三項 いかなる人の理性も法を創出しうるか」。

- (13) トマスにおける「王」概念の歴史的後天性は留意しておく必要がある。

第一三分冊第一〇五問題「司法的規定の理由について」「第一項 旧法は首長たちに関して適切に規定していたか」三七九頁。

トマスは、まず、「旧法は首長たち *princeps* について適切に規定していなかった」という異論の中で、「(i) いかなる国家あるいは人民にせよ、その最善の秩序づけ・支配は王によって統治されることである。なぜなら、この種の統治が神的統治、すなわち唯一なる神が始めから世界を統治したもう、あの統治にもっとも似通っているからである。」「それゆえ、律法は人民の上に王を確立すべきだったのであって、…そのことを民の決定にゆだねるべきではなかった。」と述べていることに對して、次の如く述べている。三七四—五頁。

「王制は、墮落しないならば、民を統治する最善の型態である。」「しかしながら、王にたいしては大いなる権力が付与されるがゆえに、王制は容易に僭主制へと墮落してしまう——かかる権力を手にする者が完全な徳 *perfecta virtus* をそなえているのでないか

ぎり。なぜなら、アリストテレスが『ニコマコス倫理学』第四巻でのべているごとく『有徳な人々でなければ好運な諸条件をよく担ってゆく』ことはできないからである。」「しかるに完全な徳というものは少数の者においてしか見出されないのであり、しかも、とくにユダヤ人は残酷であり、貪欲に陥りやすかったのであるが、人間はこれらの悪徳によって最も僭主制・暴政に落ちこみ易いのである。」「それゆえ、主は始めから強大な権力をそなえた王をかれらのために確立されたのではなく、かれらを治めるために裁判官や行政官を確立された。」「しかし、後になって、民が請うままに、いわば腹をたてながら王を持つことを譲歩されたのであって、このことが主が『列王記第一』第八章（第七節）において、サムエルにたいして『（この民は）あなたを退けたのではなく、わたしがかれらの上に支配をふるうことのないよう、このわたしを退けたのである』と述べられたことは明白である。』三七九頁。

「しかし、主ははじめから王の確立に関して規定を定められていたのであって、その第一は王の選出の方法であり、この点については二つのことが確定された。」「すなわち、王を選出するにあたっては主の判断を期待すべきこと、および他国民から王を選び出さないことである。」「なぜなら、他国民出身の王たちは、自分たちがその上に君臨している国民にたいしてあまり関心がないのが常であり、その結果、かれらのことを配慮しないからである。』三七九頁。」「第二に、位についての王に関して、かれらが自分自身に関していかにもふるまうべきかを規定された。』三七九—三八〇頁。」「すなわち、かれらは数多くの戦車や馬、さらには多くの妻や膨大な富を所有してはならない、と定められた。」「なぜなら、これらのものを欲しがりすぎるあまり、首長たちは僭主制へと墮し、正義をないがしろにするものだからである。』三八〇頁。

いわば「君主」における倫理論、より一般的には統治者の倫理論が特殊に論ぜられねばならぬ所以であろう。その点は、現代においても、人民の代表者たるものの倫理性が問題になるが、現実には、学問的にはそう詰めて論ぜられていないようである。思想史的・歴史的には、かかるテオクラシーの下における君主等の統治者の倫理論から、世俗社会における人文主義の台頭にもかわらず、この問題が次第に捨棄されていった傾向性を問題にしておかねばならぬであろう。換言すれば、世俗の統治者が、テオクラシーから「権威」を承継していったのに、その「倫理性」の問題が希薄になっていった点の考究が求められる。マキャヴェリの「君主論」が改めてこの観点から検討されねばならないかと思っている。マキャヴェリ、『君主制』、河島英昭訳、岩波文庫、一九九八年、とくに、「第一八章 どのようなにして君主は信義を守るべきか」一三一頁以下参照。なお、佐々木毅、『マキャヴェリと「君主論」』、講談社学術文庫、一九九四年参照。

なお、この問題は、一部「職務・職分」論に触れた際に、提起されている。拙稿、前掲一一巻一号八頁、三六頁(32)参照。

(ii) 自然法と世俗権力⁽¹⁾

ここで、これまでの考察を振り返って、「自然法と世俗権力」という課題を見てみたい。

これまで、われわれは教皇の裁治権を中心に考察してきた。しかし、教皇を中心とした教会組織は一つの権力をもつ現実的存在であった。そしてまた、首長・君主を頭とする世俗権力も、多様な存在形態をとるよせよ、現実的存在であった。そこに当然両者の権力の競合関係が生じ、これを調整するイデオロギーの必要性が生まれてくる。

トマス理論の存在意義は、この点に関し、単に中世神学的分野において理論的に顕著な貢献をしたのみならず、神学大系の構成において、聖俗世界にわたる統一的イデオロギーを形成し、それが客観的にみて、西欧社会において一つの社会哲学を始めて確立した点にあると思う。

尤も、当時の世俗権力そのものの裁治権の態様は、本稿では「第二款 世俗裁判権」での課題とし、ここでは、トマスの神学大系における世俗権力の位置づけを検討し、その裁治権をトマスが、そのイデオロギーの中でどう観念していたかを見ておきたい。

そこでまず留意すべきことは、ここでいう「世俗権力」という概念についてである。当時の具体的世俗権力の態様は複雑多様であり、一概に包括的に「世俗権力」という概念で捉えることは困難である。その点については、後述の「第二款 世俗裁判権」の箇所、その後の国民国家の形成過程を考慮して、世俗権力の考察に必要な限りにおいて具体的な形で考察して見たい。しかし、ここでは、霊的概念に対する「世俗」概念として、とくにトマスによって構成された「世俗」概念として言及するものであることを断っておきたい。「但し、本項の考察に必要な限りにおいて、具体的な世俗権力への言及は避けられない。」⁽²⁾

ところで、自然法と人定法の出発点として、トマスは、前にも触れた如く、「すべての法は立法者の理性と意志から

発出する、すなわち、神法ならびに自然法は神の条理にかなった意志 *voluntas rationabilis* から発し、これにたいして人定法は理性によって規制された人間の意志から発出する」という。⁽³⁾

キリスト教社会においては、人間の「罪」の意識を原点におくことは言うまでもない。しかし、罪に対する罰の問題を如何に取扱うべきか、という点は、キリスト教の倫理からみて大きな問題になるのである。本稿においても、教皇の裁治権の問題の一環として、教会と世俗社会における刑罰の問題に触れてきた。⁽⁴⁾ だが、その箇所では科罰の問題に重点は置かれていなかった。

そこで、⁽⁵⁾力の行使を究極の担保とする世俗権力の科罰体制に対して、トマスの神学、ことにその倫理的立場から、罪と罰の問題をどう取り扱ったか、ことに、その論理的裏づけとして、「自然法」概念をどう活用したか、という点を本項では取上げておきたい。そのために、まず、トマスの自然法と世俗権力の裁治権の関わりを問題にしておきたい。

ところで、この点に関しては、すでに言及した点でもあるが、トマスのみならず、カトリック教会の立場は、ストア学派の「相対的自然法」理論をキリスト教化することから始まる。⁽⁶⁾ ストア学派の「相対的自然法」については、拙稿でもすでに言及してきたごとく、その特徴は、人間社会における罪の発生を標識として、「絶対的な自然法」と「相対的自然法」に区分する点にあった。そして、それは、キリスト教における、原罪観念の存在を媒介にする現世の堕落社会と、堕落前の社会を区分する宗教観と類似性をもつことにより、容易に、その「相対的自然法」の観念はキリスト教化、とくにトマスによって包摂されていたことにも触れた。その結果、世俗社会における法の強制装置を伴う権力の存在を容認し、それを規制する「自然法」の機能を重視してくる。⁽⁷⁾ そこでは、世俗権力の肯定に伴う権威づけと、その乱用の規制が自然法の課題になっていた。

そこで、トマスの自然法の観点からみた世俗権力の規制に関する問題点を摘示すれば次のごとくなるであろう。

第一に、世俗権力に対して、前にも言及したごとく、テオクラシーの下における権威づけは、王権神授説に依拠していた。しかもそれは、一定の制約の下にあると言われてきた。⁽⁸⁾それは神学者もローマ法学者も、君主は法から解放されている (princep legibus solutus) が、その義務と責務の枠から解放はされず、そこでは「自然法」が絶えず機能していたという。⁽⁹⁾したがって、カッシーラーの「法が強制、権力に関するかぎり、(quoad vim coactivam) ではないが、統治の権力に関するかぎり、(quoad vim directivam)、主権者を拘束すべきであるという原則から出発する。」という指示が生じてくる。⁽¹⁰⁾

だが、科罰は、庶民一般、聖職者一般を対象としている。そこで、先に問題を提起した如く、まず、トマスは、その倫理学において、力(物理的強制力を含む)の問題をどう評価しているのであろうか、すなわち、一定の法ないし規律違反に対して力の行使をどのように考えるのか、それと自然法との関係をどう位置づけるのかが問われねばならなくなる。⁽¹¹⁾

ところで、「力」を現す言葉として、しばしば vis の語が用いられる。⁽¹²⁾それは、確かに観念的な「効力」を意味する場合もあるが、英語の force に当る「力」としてこの語が使用される場合が多い。イギリス法発展の基礎となるもの一つに trespass という概念があり、その要件として vi et armis (= force and arms) があるが、この場合の vi はまさに vis、すなわち、「力」を意味する。⁽¹³⁾尤も、「力」という概念それ自体が、狭義の自然科学の対象としての「力」と異なっていて、人間の行為に関連して用いられる場合には、人間の「精神力」という曖昧な概念が、分析抜きで使用されることが多いため、今日に至るまで、リアリストとアイデアリストの見解の相違を生み出し、法学においても、その点に関する見解の相違が関わってくる問題にもなっている。⁽¹⁴⁾ましてや、一三世紀後半の当時においては、トマスのような神学大系学者にあっても、その実体の把握には曖昧な点を残さざるをえなかった点があり、その点は留意しておきたい。

事実、トマスが、*vis*の概念を用いる場合には、「法の力」といったような観念的表現として捉えた「力*vis*」概念を使用していることが多い⁽¹⁵⁾。しかし、物理的な力の概念について、包括的に論じた箇所には出会っていないが、例えば、*violentia*「暴力」と言った概念を使用する場合には、かかる意味内容を包摂している⁽¹⁶⁾。

かかる意味では、*potestas*に対比させた「力」の問題を取り上げる場合には、強制力*vis coactiva*の概念を取り上げた方がよいかも知れない⁽¹⁷⁾、わが国の法学においてしばしば使用される強制力に相当する語を捜した方がよいかも知れない。トマスはあまり用いてはいないが、*executio*概念の意味を検討しておく必要性もあろう⁽¹⁸⁾。しかし、この問題は、後述の「罪と罰」の考究箇所を取り上げることとし⁽¹⁹⁾、ここでは、かかる強制力を保持する*potestas*概念と自然法の関わりを瞥見することに留めておきたい。

そもそもポテスタス概念は、ローマ法に由来する⁽²⁰⁾。但し、その用法についての考究は専門家の検証にまつ以外にない点が多い。だが、トマスの場合には、その用語を用いつつ、その神学体系の中でいろいろの意味を持たせている⁽²¹⁾。そこで、ここでは、その内、世俗権力について語ったときのポテスタスについての言及しておくことにする⁽²²⁾。

ところで、前述の如く、法の制定権者の制定した法には人民は服さねばならぬ⁽²³⁾、また、執拗な違反者には強制権が発動されうるといふ⁽²⁴⁾。しかし、人定法の制定権者は、全くの権限を委ねられているわけではない。そこでは、自然法の規制を受けてくるという。では、法の制定権者が具体的に自然法に拘束されるとするならば、その範囲の逸脱の有無が問題にならざるをえない。現在のイギリス法でも、*ultra vires*、*intra vires*は権限行使の有効無効の境界線を示す基本原則である⁽²⁵⁾。

この権限の有無を示す標識が、当時にあつては、前述のポテスタスの語で表示されていたといつてよいであろう。そこで、以下、①トマスの自然法と*potestas*「権力」と正義、②トマスの自然法と世俗権力の裁治権——とくに科罰権

の根拠と限界、③法の遵守と強制——「怖れ timor」の三点にわたって、世俗権力の有するポテスタスを瞥見しておきたい。

(1) 世俗(的)権力(あるいは世俗的権能) potestas secularis は、トマス、前掲「神学大全」第一六分冊第一九問題「怖れの賜物について」第三項 此世的怖れは常に悪いものであるか」五〇頁、第一八分冊第六〇問題「裁きについて」第六項 裁きは篡奪によってゆがめられるか」九三頁で使用されている。この点は、後出注(22)参照。

(2) トマスが、どれだけ世俗国家の具体的問題に関心をもっていたかは、考慮しておかねばならぬ点ではあるが、私には把握しかねる点である。トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト諸集団の社会教説」四二巻二号二二四頁。

「その時代の具体的な国家の仕組みとの関係が、トマスの理論では著しく色褪せている。しかし、その結果、カトリックの理論はレーエン制ないし封建制からの比較的大幅な独立性を獲得し、公権力と公的権利の関係をきわめて抽象的に取り扱うことができた。」二二四頁。

「トマスの場合には、まさにこの点で机上の理論の影響を強く受けており、かれの記述は、中世の国家にも近代の世界にも適用することができない。」二二四頁。

「国家の成立ならびに自然法、実定法、万民法の關係に関するトマスの教説や、政治史の流れに関するかれの見解、当時の法理論および法源に対するかれの理解の仕方は、単行論文でしか取扱うことができない。」二二四—五頁。

(3) トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九七問題「法の改変について」第三項 慣習が法の力を獲得することが可能か」一三三頁。

なお、第九一問題「法の多様性について」第一項 永遠法なるものがあるか」一六頁では、「法とは何らかの完全なる共同体を統治する首長・支配者の発するところの実践理性の命令にはかならぬ。」といている箇所、また、第九五問題「人定法それ自体について」第二項 人間によって制定された法はすべて自然法から導出されたものであるか」九三頁以下参照。

(4) 拙稿、前掲三巻二号一九頁以下「第一節 教皇庁の權威と世俗的権力」第一款 教皇の裁治権」二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立(統)」、四八頁以下「(二) 教皇庁の「裁治権」の構成」、四卷一号二頁以下「二 中世後期における教会の現世の「裁治権」の確立(統)」(三) 教会裁判所」、四卷二号七二頁以下「三 イギリスの特殊性——複雑性」、五卷一号二頁以下「三 イギリスの特殊性——複雑性(統)」、五卷二号「三 イギリスの特殊性——複雑性(統)」、五卷二号「三 イギリスの特殊性——複雑性(統)」。

尤も、科罰の問題に重点はおかれていなか

ったが。

(5) 拙稿、前掲一二巻二号二〇頁注(38)。そこではカッシーラーの指摘を紹介している。

(6) 「ストア学派の相対的自然法」に関しては、拙稿、前掲一巻一号六四頁注(16)、一二巻一号五六―七頁(68)、一二巻二号一六頁注(21)、二〇頁注(40)。また「ストア学派と「自然法」」については一二巻二号六頁以下参照。

ストア学派の「相対的自然法」の考えをキリスト教化する点については、トレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」四三巻一号六六八頁以下参照。

「自然法についての考え方に對する教会型とセクテ型の姿勢の違いもまたあきらかになる。」六六八―九頁。

「すでに久しく聖書の法思想と融合し、これと一体化していた。」この一体化はキリスト教徒の感覚からすれば当然のことであった。」六六九頁。「教会は、自らの道徳律と倫理的な自然の掟に遡らせることによって、その道徳律の合理性と一般的妥当性を説明する。」この場合の自然の掟は、人類が創造されて間もない時期に、完全な形で存在していた自然の掟である。「教会は、たんにこの掟に特別の道徳性を付与することによって、その掟が教会の中で占める地位を高める。」しかし、それは、理論的・護教的な意味で重要であるにすぎない。「実際には、教会がそのような自然法および神の掟を實行することは不可能である。というのは、その掟は、必然的に、万人が兄弟として平等であり、国家や財産所有や法や強制が存在しない状況を伴っているからである。」(傍点筆者)。「罪の状態にある現世でこの掟を實現することは不可能であり、もし、キリスト教の掟がそのような急進の意味で理解されるならば、教会は、それを糾弾して無効とするか、もしくは革命を余儀なくされるであろう。」「そういうわけで、教会は、この絶対的な自然および神の掟を相対化しようとし、決心した。」(傍点筆者)。「そして、この掟は、罪の状態の下で、国家ならびに社会の秩序に関する相対的自然法に変化した。」「国家および社会の秩序の権力的、法的、強制的性質は、罪に對する罰であると同時に罪からの救いおよび罪に對する抑制でもある。」(傍点筆者)。「しかし、やがて、相対的自然法に属するさまざまな組織が救済の諸段階または低次の段階のものとして救済の施設に編入され、教会の中央權威がそれを統一的に支配することによって、この相対的自然法の基礎の上に、現世を支配する救済の施設を設立することができるようになる。」(傍点筆者)。「その際に、罪の状態の結果として不完全な部分が生ずることとは避けられない。」しかし、それは、一方で、教会に与えられた罪を赦す力によって贖われ、他方で特別の禁欲身分が獲得する功績によって償われる。」(傍点筆者)。「確かに、神学や倫理学といった学問的な高みにおいて、教会は、絶対的自然法から論理的に導き出される帰結として、すでに、現世の社会秩序を絶対的自然法そのものの中に移し入れ、痛みを伴う暴力装置や強制装置への変化だけを墮罪の責任にしていた。」(傍点筆者)六六九―六七〇頁。

(7) 拙稿、前掲一二巻一号五三頁以下注(58)、とくに五七頁以下参照。

(8) カッシーラー、前掲「国家の神話」一三三頁。

「いかなる政治権力の権威も、つねに絶対的たりえないということである。」「政治権力はつねに正義の法に制縛される。こうした法は、神的な秩序そのもの、至高の立法者の意思を表現するものであるゆえに、変えることも犯すこともできないものである。」「たしかにローマ法からは、後になされたように、主権者はあらゆる法律の拘束より自由であるという結論もひき出されることができた。」「しかし、中世思想においては、王権神授説の原理は、つねにある一定の根本的な制限を受けていた。神学者もローマ法学者もともに、君主は法より解放せらるる (Principes legibus solutus) というマキシムを、君主は法律的強制からは自由であるが、この自由は彼をその義務と責務とから解放するものではない、という意味に解釈した。」「主権者は法律に服すべく外的に強制されることはない。」「一三三頁。

(9) カッシーラー、前掲「国家の神話」一三三―四頁。

「しかし《自然法》の権力と権威は、つねに絶えることなく存続する。王侯は法に基づいてなしうるよりほかをなすことあたわず (Rex nihili potest nisi quod iure potest) という格言は、つねに十分な効力をもっていた。」「それが中世の著作家によって、かつて疑われたり、または真剣に攻撃されたりしたことは決してなかったように思われる。」「一三三―四頁。

トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九五問題「人定法それ自体について」[第二項 人間によって制定された法はすべて自然法から導出されたものであるか] 九四頁以下参照。前出注(7)参照。

なおトレルチ、前掲「キリスト教会およびキリスト教諸集団の社会教説」、都立大法雑四二巻二号二二三―四頁以下「政治権力および共同体」参照。「国家、あるいは中世的意味でより正確にいえばお上 (Obigkeit) の目的は、自然法上、公共の秩序と領邦の平和を維持することにある。したがって、国家またはお上の課題は、平和な職業生活のための前提条件を実現し、道徳が少なくとも適法である限り、その道徳の最低限を実現し、配分的正義ならびに交換的正義の理想を実現することにある。」「二二三―四頁。

また、ロンメン、前掲「自然法の歴史と理論」四八頁以下「七 自然法の第二次的原理と実定法」参照。

「いかなる実定法もが自然的道徳律とこのような内的関連をもっていることから、トマスが、次のように帰結してのは正当である。」「すなわち、実定法は自然と矛盾してはならない。実定法が自然法、すなわち普遍的規範と矛盾する限り、それは一般的に法ではなく、良心を義務づけることができない。」「五一頁。「法律の力と意味とは正に良心を義務づけることである。」「五一頁。

「しかしながら、不正な実定法(この場合は自然法に反し [contra legem naturalem] てはいない) に服することも正しい場合もありうる。」「何故なら、個々のケースによっては、特殊の善(利益)により一般的な善(利益)(例・法的安定性。外的平和秩序。――これらは確かに権利よりも高い価値である)のために犠牲にされることが要求されるからである。」「したがって、不正な法が義務づけるのではなくて、平和とか社会の維持とかのより高次の規制が義務づけるのである。」「五一―二頁。

「それ故に、すべての法は、個別的な実定法規に至るまで、自然的道徳律を超えて永久法と関連し、これによって培われる。」「そ

ここで、実定法においても実践上の正しさ (rectitudo practica)、合理性、人間本性とのつながりがやはり本質的要素であり、又そうであるべきである。「トマスにとって法はただ単なる恣意ではなく、何程か理性的なものであった。」「自然的道徳律はいぜん実定法の規律であった。しかし、この立場は自然的道徳律の普遍性ならびに人間本性の不変性の教えと、又神および人間における知性の意志に対する優位と最も密接なつながりをもってしている。」五二頁。後出、注(10)―(14)参照。

(10) カッシーラー、前掲「国家の神話」一三四頁。

「トマス・アクィナスは、法が強制の権力に關するかぎり (quoad vim coactivam) ではないが、統治の権力に關するかぎり (quoad vim directivam)、主権者を拘束すべきであるという原則から出発する。」「彼はこの原則を説く別の論文『君主の統治について』(De regimine principum) において説いているが、そこでは中世思想家の体系において、まことに驚くべき、且つ革命的な要素を蔵するきわめて大胆な結論に到達したのであった。」「中世哲学においては、支配者にたいする公然たる抵抗権は容認されなかつた。君主の権威が直接に神から由来するものである以上、あらゆる抵抗は神の意志にたいする公然たる反抗ということになり、したがってまた永劫の罰を受くべき大罪となる。不正な支配者さえ神の代理人たることを止めず、したがって、それに服従しなければならぬ。」「トマス・アクィナスは、こうした論証を否認したり、くつがえしたりすることはできなかった。けれども彼は、当時の通説を当然 (de iure) 受け容れはしたが、實際上、その意味を一変するような解釈を与えたのであった。」「彼はこう敵命した。」「人間は世俗的権威に服さなければならぬが、しかし、この服従は正義の法によって制限され、したがって、臣下のものは不正な権威や篡奪者の権威に服すべき義務はない。たしかに、反乱は神の法によって禁じられているが、しかし、不正な権威や篡奪者の権威に服すべき義務はない。《暴君》に服従しないことは、反抗や反乱という性格のものではなく、むしろ正当な行動なのである。」(傍点筆者) 一三四頁。

なお、トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九六問題「人定法の権能について」【第五項 すべてのが法の下にあるか】一七頁以下参照。

中世における国家論としてのトマスの見解について、cf. Kelly, op. cit., [A Short History of Western Legal Theory], p. 124 et seq.

(11) わが国では、力と法の関係について、かつては、法学においても論ぜられていたが(前出、【(i)自然法と人定法と理性(統)】【③トマスの自然法と人定法——人は如何にして自然法を行為規範となしうるのか】注(8)参照)、今日では、哲学・政治学・法学とあまり論ぜられてきていない。しかし、西欧社会においては、ここに社会秩序の観念的把握の原点を置くものが多い。それは、戦争と平和の問題から発する問題が絡んでくるからである。拙稿においても、その問題提起はしてきた。拙稿、前掲一〇卷一六七頁以下【(一)「正当な戦争」理論と世俗権力の正当化の契機——世俗権力の権力行使に対する実体的判断基準】。しかし、それは戦争の

みならず、「私戦・私闘」の止揚の問題として、この問題は避けて通ることの出来ない問題であり、いわば、「裁判」の起点になり、またそれ故に、「法」の問題にもなってくる。拙稿、前出八二頁注(6)参照。

なお、この問題の現代的意義については、カール・ヤスパース、『戦争の罪を問う』、橋本文夫訳、平凡社、一九九八年、五六頁以下「力・法・恩赦」参照。

ところで、二〇世紀のトミズムを代表する一人として、ロンメンと並ぶジャン・ダバンは、この問題を正面から取り上げている。ジャン・ダバン、前掲「国家とは何か」、一六六頁以下「第二章 国家の構成的な諸要素」「第二項 権威あるいは政治的権力(詳細目次では「権威あるいは公権力」となっている)」参照。但し、二〇世紀前半におけるこの問題状況を踏まえての論述なので、必ずしもこの問題の発生・変遷における歴史的諸条件との関連における検討に深く立ち入っているわけではないようであるが、問題意識的観点からなお参照に値いする。

この問題にかんする研究史上の観点からの立ち後れについては、例えば、レオン・デュギー、『法と国家』、堀真琴訳、岩波文庫、一九三五年、二一〇頁以下参照。

この点に関しては、次の注(12)参照。ことに、ダントレーヴ、前掲「国家とは何か」の摘示箇所参照。

(12) ダントレーヴ、前掲「国家とは何か」参照。

ダントレーヴは、国家論に関連して、force or mightyとpowerとauthorityの語義についてまず言及している。その点、本稿考察に便宜かと思われるので、要点を紹介しておきたい。

「私は、これまで略説して来た三つの接近方法を次ぎの三つの異なる名称によって区別することを提案する。」「即ち、(実力 might)、(権力 power)、(権威 authority)によってである。」「七頁。(なお、ダントレーヴはイタリア語では forza・potere・autorita、フランス語では puissance・pouvoir・autorité、ドイツ語では Macht・Gewalt・Herrschaftという語が普通の会話では用いられていると摘示している。八頁。)

「(実力)即ち単なる力と見なされる国家は、いわゆる(政治的現実主義)によって考えられているところの国家である。」「政治的現実主義とは、長い伝統を有する、国家に関する一種の考え方であって、恐らく今日の生活情況に由るものと思われるが、最近ではこれが、政治の問題への接近方法の唯一の客観的で尤もらしい方法になってきたようである。」「この伝統的な考え方は、歴史上の或る特定の時点に存在する実力的関係の考察と密接に結びついたものであるのに、政治の用語にも政治の理論にも、非常に多くの概念を与えることになった。」「実際のところ、後に述べるように、(国家 state)という語を最初にこしらえたのは、この(現実主義者)であり、しかも甚だ驚くべきことに目下この語が完全に不適當であることを主張しているのも彼らである。」「七頁。

「(権力)と見なされる国家は、法理論上の国家であって、法理論においては、権力とは法によって限定される実力、即ちプラス記

号の附いている実力（つまり、実力プラス・アルファ）を意味する。」七頁。

「法学者たちの注意を専ら惹きつけたのが、まさにこのプラス記号であったことは、不思議ではない。」七―八頁。「国家の概念が精緻にされ、一段と練り上げられたこと、また国家が不可欠ないろいろの属性——それらの中で最も重要なのは、（主権 sovereignty）という属性である——の性質が明らかになったのは、法学者たちのお蔭である。」八頁。

「（権威）と見なされる国家は、単なる権力の行使によっては提供されない、また提供され得ないような一種の正当化を要求する国家である。」八頁。「この種の正当化は、非常に古くからあるものであって、激しい競争と深刻な思索とに材料を提供したものである。」「こうした論争と思索がまた、近代的な国家概念のみならず、その形式とその構造とに強い影響を与えた。」「単にこの特殊な構造をわれわれが理解するためにも、政治理論は哲学的認識によって導かれねばならない。」八頁。

一三―四頁における注では、さらに、この点を敷衍して下記の如く摘示している。すなわち、「（実力 force or mighty）（権力 power）および（権威 authority）」という語の私の用い方について、ここでもう少し説明を加えておく方がよいであろう。」「すでに指摘したように、これらの語の意味は、現代政治科学の術語と称しているものにおいてさえ、決して明瞭なものではない。実際のところ、これら三語の中で最もよく用いられるのは、言うまでもなく、〈権力〉であって、この語は、私がこの序論で区別しようと試みて来た三つの観念のすべてと一緒に表現しようとして、余り注意を払われずに用いられることが多い。そのために、さまざまな形式の権力を示すため、〈権力〉に形容詞を付け加える必要が生ずる、例えば、……と言った具合である。」「一三頁。「まことに奇妙なことだが、〈実力〉という語は面白からぬ語と見なされ、近代政治学者から殆ど一斉に締め出しを食わされている。」「一三頁。

そして、ダントレーヴは、この点に関するマックス・ウェーバーの定義づけを先駆的なものとして、これを参照して、彼のこれらの語の説明を加えている。一三―四頁。

因みに、これらの概念の混淆の例は多いが、一例として、Machtを「権力」として使用した場合をあげよう。ヘルマン・ヘラー、『国家学』、安世舟訳、未来社、一九七一年。社会的権力 Gesellschaftliche Macht、政治的権力 Politische Macht。なおヘラーは、権力と法の関係につき、Macht und Rechtの語を使用しているが、この場合のMachtは、通常 Gewalt [権力]と言われているものである。

なお、権力と力の関係について触れたヘッフェ、前掲「政治的正義」の各所の記述は示唆に富むが、本書全般に及んでいる問題なので省略したい。

また、本稿でもすでに言及してきた「両剣論」は、この問題に関係している。拙稿、前掲三巻二号一六頁、七巻二号二二二、二二六頁、一一款二号三、四頁。

この両剣論を含めて、世俗の「剣」の権利をキリスト教化する過程を描いたものにヘルムホルツの『古典カノン法の精神』がある。

cf. Helmholtz, op. cit., [The Spirit of Laws], p. 339 et seq. [13 Cooperation and Coercion in the Courts of Church and State; Invocation of the Secular Arms].

その *potestas* との関連で、トマスの *vis* の語義についてとくに見てみたい。尤も、*vis* 概念はトマスにあっては、靈的作用あるいは人間の観念的作用に関わる力概念としても使用しているが、ここでは、世俗社会における物理的力を含む事実行為としての「力」概念の問題を権力概念との関連で取り上げていることを断っておきたい。そしてこの問題は、先にも触れた如く、科罰権の行使・強制執行等に優れて関係してくる。刑罰による強制権については、後述するが、とりあえず、トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第一〇〇問題「旧法の倫理的規定について」第九項 有徳な在り方は律法の規定のもとにふくまれるか」一〇〇頁参照。

なお、この点に関する若干のトマスの摘示箇所を紹介すれば、次の如き指摘がある。

トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九〇問題「法の本質について」第三項 いかなる人の理性も法を創出しうるか」。(一部、前出)③ トマスの自然性と人定法——人は如何にして自然法を行為規範となしうるか」注(8)にて紹介している。

「私人は徳へと有効に導くことはできない。」「けだし、かれはたんに勧告することができるのみで、自分の勧告を聴きいれられなかったときは、強制力 *vis coactiva* を行使することはできない。」「ところで、アリストテレスが『ニコモコス倫理学』第一〇巻においていうごとく、法は善へと有効に導かんがために、こうした強制力を持つべきなのである。」「しかるに、あとでのべるように(第九二問題第二項第三異論解答、第II—II部第六四問題第三項)、刑罰を課するという機能を行使するところの人民、ないしは公職者は、こうした強制力を有する。」一〇頁。

第九五問題「人定法それ自体について」第一項 人間によって何らかの法が定められることは有益であったか。

「しかるに、言葉によって容易に動かすことのできないような過激な者や悪徳に傾き易い者共が見出されるので、彼等が力と怖れによって悪から引き離されることが必要であった。」(傍点筆者)。「それはすなわち、すくなくともこのようにして彼等が悪事を働くことをやめて、他の人々が静穏な生活を送ることをえしめ、ついには彼等自身も、このような習慣づけ *assuetudo* を通じて、さきには怖れによって実行したことがらを自分の意志でなすところまで導かれ、こうして有徳なる者とならんがためであった。」「しかるに、罰にたいする怖れによって強制するところの、このような訓練が、法の訓練にほかならない。」九一頁。

(力と精神的恐怖による善導をトマスは認めているし、ここでの「力」は、物理的力を含むものと解せられる。)

第九六問題「人定法の権能 *potestas* について」第五項 すべての者が法の下にあるか」(既出、(i) 自然法と人定法と理性(統))③ トマスの自然法と人定法——人は如何にして自然法を行為規範となしうるか」注(8)(参照) 一二〇頁では、人定法の君主に対する「強制力」について言及している。

「君主は法の強制力に関するかぎり、法によって拘束されないとされる。」「けだし、厳密に言えばなんびとも己れによって強制

されることはないのであるが、法は君主の権能によるのでなければ強制力を持つことはないからである。」一二〇頁。

「しかし、法の指導的な力 *directiva* については、君主は自分の意志でもって法に従う」のである。一二〇頁。

「したがって神の審判の前であつては、君主も法の指導的な力に関する限り、法の拘束から除外されてはいないのであつて、強制されてではなく自分の意志で法を遵守しなければならない。」一二〇頁。(ドイツ、日本の第二次大戦までにおける行政権の自己拘束性の原理は、同質のものであり、かかる意味では、一般的には中世的神権論を離脱した近代においても、その論理は、長く援用されてきたことも留意せねばならないであろう。そして、それは、中世的有機体説を離脱し、紆余曲折をへた後、国家法人説と絡み、特殊ドイツ・日本的な第二次大戦までの公法の原理として機能してくるし、ここに特殊「法治主義」理論の論理的基盤があつたといえよう。)

ところで、*vis* がときには *potestas* 概念と同義語になってくる。ではいかなる経緯で *vis* 概念が *potestas* の意味をもつようになりうるか。その点アルノ・バルツィ、『近代政治学入門』、池上哲司・岩倉正博訳、法政大学出版社、二〇〇二年、二三頁以下「力の理性」、ことに二七頁以下「理性の原理から力の君主へ」が一つの示唆を与える。すなわち、

「力は人間を試す。力という環境の真つ只中で人間自身が力に対する関係を規定せねばならない。その規定を行う活力も理性から人間に生じるわけではない。人が力それ自体から力との関係を規定せねばならない。」三〇―一頁。

「力の非理性的事実を人間によって作られた事実性という枠組みの内へと連れていくことができるが故に、力の君主は君主と自称しうるものであり、自らを原理と類似のものとすることができるのである。」三一頁。「君主の力の本質は、力を根拠とすることができる点にある。そしてそれぞれの根拠形成行為が一つの理性の行為なのである。」三一頁。

かくして、バルツィは、力に対峙させた「理性」というプラトンの図式を、マキアヴェリは「力」を「理性」に代えていくと暗示している。二三頁。

(13) *vis et armis* のことばは、Black, L. Dict., op. cit., p. 1787. with force and arms と訳されている。

(14) 例えば、規範と事実、当為と存在、解釈と適用等の問題に至るまで関わり、その曖昧さ故に、「事実の規範力」とか「要件事実」とかといった用語がオーソライズされてきている点も、実は、根底にはこの問題が絡むといえよう。

「法の力」という問題は、最近でも使用されている。J・デリタ、『法の力』、堅田研一訳、法政大学出版社、一九九九年。なお、ダントレーヴ、前掲「国家とは何か」八頁の指摘も参考になる。すなわち、

「国家の問題の三つの側面を叙述するために選ばれたこれらの語（「実力」、「権力」、「権威」は、単に語として有するところの価値を持っている。」しかし、「それらが通常用いられる場合に何を意味するかは、決して明瞭であるとは言えない。」そして、「最も偉大な思想家たちでさえ、これらを用いていい加減に使っていることがある。」という。八頁。

(15) トマス、前掲「神学大全」第一三分冊「*Quaestiones*」(注(6)参照)。ここでは、そのうちから「法の力」についての例を挙げておきたい。

第九〇問題「法の本質について」[第一項 法は理性に属するところの何ものかであるか]。

「理性が何かを動かす力を取得するのは、上述のごとく(第一七問題「意志によって命ぜられるもろもろの働きについて」[第一項 命ぜられるということは理性の働きであるか、それとも意志の働きであるか])、意志からである。」五頁。「支配者の意志は法たるの力を有する」という言葉はこの意味に理解すべきであり、さもなければ、支配者の意志は法であるよりはむしろ無法 *iniquitas* であることになる。」五頁。

第九六問題「人定法それ自体について」[第四項 人定法は良心の法廷において人間を拘束するか]。

「人間によって制定された法は正しいか不正であるか、である。」[その源泉たる永遠法からして、良心の法廷において責務を課する力 *obligandi* を有する。それは『箴言』第八章(第一五節)に『われによって諸王は統治し、立法者たちは正しいことながらを命ずる』とあるごとくである。](傍点筆者) 一一五頁。

第九六問題「人定法それ自体について」[第六項 法の下にある者が法の字句からはずれて行為することが許されるか]。

「さきにご述べたごとく(第九四問題第二項、第九六問題第四項)、法はすべて人々の共同の福祉に秩序づけられており、またその限りにおいて法たるの力と本質を有する。」一二二頁。

(16) トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九三問題「永遠法について」[第三項 法はすべて永遠法から導き出されるか]。

「人定法はそれが正しい理性 *ratio recta* にもとづくものである限りにおいて、法たるの本質・側面を有するのであり、またその意味でそれが永遠法から出てくるものなることも明白である。」「これにたいして、それが理性から離反している限りにおいては、邪悪なる法 *lex iniqua* と呼ばれ、そのようなものである限りでは法たるの本質よりは、むしろ或る種の暴力 *violentia* の性質をおびるものとなる。」「しかしながら、邪悪な法においてさえ、立法者の権力秩序・権限 *ordo potestatis* のゆえに、法との類似性がなほどこ保たれている限りにおいて、邪悪な法もまた永遠法から出てくるものである。」「けだし、『ローマ人への書翰』第三章(第六節)にあるごとく『すべての権力は主たる神からくる』ものだからである。」「五四頁。

第九六問題「人定法の権能について」[第四項 人定法は良心の法廷において人間を拘束するか]。

「法が不正であるのは二つの仕方においてである。」「一一六頁。

「その一つは、右にご述べたことと反対に人間的善に対立することによってである。すなわち、目的についていえば、或る支配者が共同の福祉ではなく、おのれの欲望や名声を実現するための負担の重い法を市民たちに課する場合である。」「また制定者についていえば、或る者が自分に委託された権限を越えて法を制定する場合である。」「さらに形相についていえば、たとえ共通善をめざしてで

はあっても、集団にたいして負担が不均等な仕方では配分される場合である。このような法は法というよりはむしろ暴力 *violentia* である。」一一六頁。

(17) 強制力 *vis coactiva* の概念については、前出 (i) 自然法と人定法と理性 (続) ③ トマスの自然法と人定法——人は如何にして自然法を行為規範となしうるのか」注 (8) 参照。

またトマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九〇問題「法の本質について」第三項「いかなる人の理性も法を創出しうるか」参照。前出注 (12) 参照。

さらに、第九六問題「人定法それ自体について」第五項「すべての者が法の下にあるか」、第一〇五問題「司法的規定の理由について」第四項「旧法は家の構成員に関して適切に規定を定めたか」参照。(既出 (i) 自然法と人定法と理性 (続) ③ トマスの自然法と人定法——人は如何にして自然法を行為規範となしうるか」注 (8) 参照)。

なお、近代社会において、法と道徳律の区別が一般化されてくるが、その理論化にカントの役割が大きいといわれる。だがカントの場合にも、道徳性の法則への一致が唱えられ、そこに「強制」概念が持ち込まれている点に関しては、私は専門外ではあるが、トマスのこの点に関する立論と一脈通ずるところがあるように思われる。村上淳一、『ドイツ現代法の基層』、東大出版会、一九九〇年、三一五頁「一 普遍的法則」参照。カント、『道徳形而上学原論』、篠田英雄訳、岩波文庫、一九六〇年、六四―五頁参照。

なお、強制概念について、矢崎光圀、前掲「法哲学」二一五頁以下「四 担保」(1) 強制、制裁」参照。加藤新平、前掲「法哲学概論」、三六三頁以下「五 法的強制」参照。

(18) 周知の如く、イギリス法で、Execution といえは死刑執行であり、また writ of execution といえは強制執行令状である。これらはいずれも、事実行為に關係する語として使用されている。

今日でも、わが国の行政法学における「強制」概念に關し、強制執行の諸形態が論ぜられるが、その「執行行為」は事実行為である。拙著、『現代行政法学の基礎』、日本評論社、一九八三年、六一頁以下、一八二頁以下。しかし、我が国では、イギリス法の executive と administrative という概念については、その区別を念頭におくものは少ないようである。例えば、田中英夫編、前掲「英米法辞典」三一八頁以下で、これらの語にかかわる諸概念について説明が加えられているが、これらの概念が、ときには、事実行為に關係し、ときには法行為に關係してくる点を意識的に区別して摘示していない。

また、いわゆるわが国の伝統的行政法学といわれてきたものの中で摘示されてきた行政法の特徴として、行政権力の自力執行性という概念を挙げるものも多かったが、その「強制」概念の法的意義が必ずしも明らかにされてきたとは言えないように思われる。しかし、美濃部達吉、前掲「法の本質」では、各所でこの問題に言及されているが、とくに六八頁以下「第四節 法は強要的規律である」[「二 強制は法の要素なりや」]は参考になる。そこでは、事実行為と法行為の相違について言及されてきた点、この問題につ

いて貴重な示唆を与えている。

これらの概念が、如何なる内容を含むかは、事実問題と法律問題を厳格に区別する国とそうでない国の制度の間では、いろいろの点において相違をもたらす。英米法では、陪審制度を發達させたため、この区別は厳格であったし、それが大陸法との相違をもたらしたことも留意に値するであろう。尤も、今日では、英米法でも、事実問題と法律問題の混淆問題が増えてきたという現実も無視しえぬが、なお、かかる傾向性を学問的に分析する場合には、この問題の原点を追求しておく必要性に迫られる。かかる意味でも、そもそもその問題の原点にある「強制」という要素をどう理解するかは重要な事柄に属するといえる。

(19) 後述② トマスの自然法と世俗権力の裁治権——とくに科罰権の根拠と限界」[2. 「科罰権」の箇所参照。

トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第一〇〇問題「旧法の倫理的規定について」[第九項 有徳な在り方は律法の規定のもとにふくまれるか]参照。(既出、[i] 自然法と人定法と理性(続)) [③ トマスの自然法と人定法——人はいかにして自然法を行為規範となしうるか]法(8)参照)。

(20) potestas はローマ法に由来する。柴田光蔵、前掲「法律ラテン語辞典」二七二頁参照。「権力、権利、権能、権限、職権、官職、効力、支配、主権、統治者、能力、力能、支配権、王権、可能性、可能態、恚意、力、価値、機会、許可」。

Oxford, op. cit., [A Elementary Latin Dictionary] pp. 630-31. そのでは、ポテスタスは多義的であることを示す。人については、ability, power, capacity, force「物については efficacy, force, virtue」また裁治権、権威を意味する場合には、自己統制権、自己命令権を意味し、そこから、主権、公的権威、支配、権限等を意味する。また、かかる力をもつ者の権限をも意味し、執政権、執政職等を意味し、さらに、その権限の保有者をも意味する。

またバンヴェニスト、前掲「インドヨーロッパ諸制度語彙集」一八五頁参照。

「サンスクリット語の patyate やラテン語の potior《何かに対して力をもつ、何かを自由に使用する》のように、poti から派生した動詞にはすでに《できる》の意味が現れている。」(傍点筆者)。「おそらくこれを、ラテン語の動詞 possidere《所有する》に対比してもよいだろう。」「この動詞は物の上に立つ《所有者》を示す pot-sedere に由来しているが、そうしたイメージは besitzen に、さらにラテン語の形容詞 compos《自由にできる、思いのまま扱える(者)》へと移っていった。」「やがて《力、能力》(理論的)という概念が形作られ、縮約されて前述した potest となり、動詞活用 possum, potest《私はできる》を産み出す属辞的表現 pote est から、その語形を受けいれることになる。」(傍点筆者) 八五頁。

(21) この点はなお後述① トマスの自然法と potestas [権力・権限]と正義の項参照。

ここで、ポテスタスの概念について触れておきたい。patria potestas [家父長権]の語として、ポテスタス概念は我が国でも馴染み深いものがあるが、注(20)でも言及した如く、この概念は多義的である。(patria potestas については、トマスの当面の課題につ

いては除外する。)とところで、留意しておきたいことは、potestasとimperiumとの違いである。古代ローマ法において、一定の權威をもつ公職保持者が、作用法の分野において制限的権限を保有するとき、その権限はpotestasであり、一般的な命令権、すなわちimperiumをもつものではない。Wolfgang Kunkel, An Introduction to Roman Legal and Constitutional History, 2nd ed. translated by Kelly, p. 17.

(ポテスタス論は現代でも色褪せたものではない。カール・シュミット、前掲「憲法論」[第八章 憲法制定権力] 九八―九頁注参照。)

しかし、トマスの場合、本稿においてpotestasに言及した場合を見てもわかるが如く、多義的に使用されている。前述のトマス、前掲「神学大全」の訳者の間でもいろいろの訳がふされている。例、「権力、権能、権限、ちから、力、能力、力能、可能態、權威」。拙稿でもいろいろの点に絡んでポテスタスには言及してきた。その主たるものは、聖俗権力にかかわる両剣論の問題であった。拙稿、前掲一巻二号四頁、一八頁注(12)、一九頁注(13)。その他、教皇の権力に関するものとして、七巻二号二二五頁、一巻一号三二頁、一三巻一号一〇二頁、教会の世俗権に関するものとして、六巻一号四六頁等においても言及してきている。

尤も、これらの言及は、ポテスタス概念にかかわる歴史的事象として摘示しているものが殆どである。それゆえ、トマスの神学的体系叙述にかかわる観点とは直接結びつくものではないかも知れない。しかし、トマスの所説も、当時の歴史的諸環境の中で構想してきたものである。したがって、トマスのポテスタス概念に触れる前に、世俗権力のポテスタスの歴史の変遷過程の一例をもう少し眺めておきたい。マルタン、前掲「フランス法制史概説」参照。

マルタンは、フランク王国時代の封建制の先行物を探索する中で、世俗権力の直接人民とコンタクトをもつ主人のポテスタスに言及することから、世俗権力のポテスタスを取り上げる。それは、素朴な形で存在する事実的な権力を観念的な権力へと構成していく第一歩として捉える。少し長くなるが、この期のポテスタス概念を知る一助ともなると思われるので、紹介しておきたい。

「ガロローマの大土地所有者『potens』は、その所領で、独立に近い事実上の一地位を持つ。」「即ち、彼は、その奴隷衆の上に普通法に従い主人権力『dominica potestas』を持つ。」「彼の土着農夫衆は、理論上は自由人であるが、事実上は彼の権力から殆ど免れない。」「主人は、彼らの不和を仲裁し、もし彼等が所領外の者とは何か訴訟をするときは、公裁判所で彼らを代表する。」「フランク時代には、この事実状態は『ポテスタス』(力の意)なる名のもとに法によって認められる。」「この権勢者は、彼の保護下で生活する、自由身分たると否とを問わず全人の行為に関し責を負うものと考えられている。」「一三六頁。」「その代り、彼は、彼が他に対し負わねばならない人びとの上に何程かの懲戒権力を行使する。」「一三六頁。

「しかしながら、伯に対して、特権的諸所領にここで裁判するために立入ることを禁止することは、重大な一つの結果を齎すことになる。即ち、大土地所有者が彼の領民に対して行使する聊か漠然たる『ポテスタス』が拡大するという結果である。裁判が行わ

れ続けることは、正しく必要である。」一三七頁。

次に、フランスではキリスト教会の支配の拡大に伴い、両権力関係の摩擦が生じ、そのどちらかの優越性を競う状態が形成され、ここに双方の側に、その優越性を擁護しようとするイデオロギーが輩出することになる。「両剣論からテオクラシーの時代へ」。

「一つの大きいなるキリスト教徒団の中に確固として合流したフランス社会は、二つの力により統治される。」「即ち、教権力と俗権力がこれである。」「俗権力だけが、物理的力を保有しそしてそれを使用しうる。」「教権力は、屢々その支援を必要とする。」「両権力は、キリスト教徒の平和と救済とのために一致して行動しなければならぬ。」「しかし、両者は異なるものである。」「即ち、各々は自身の分野を有し、相手のそれを相互に尊重しなければならない。」「その上、この、一体であると同時に相違する両権力は、同じ足の上に立っているものではない。」「教会は、自身の目的は世俗社会のそれより重要であり、教権即ち聖権は俗権に優るものでなければならぬことを教え、全人も教会に賛同する。」「一六二頁。」「困難は、周知の『汝らカエザルのはカエザルに返せ』というキリストの言葉に基く、神法から生ずる。」「一六二―三頁。」「両権力の区別を害うことなしに、右の優越性を現実に調整することにある。」「一六三頁。」「この問題をめぐって重大な理論闘争が生じた。」「それらは、教皇と神聖ローマ帝国との間に中世に生じそして様々な交錯で行われた大闘争の結果であった。」「この和解は遂に、教権の俗権に対する間接的権能『potestas indirecta』なる命題を基礎にして達成された。」「即ち、俗権に対し、後者の固有分野においては、優越するものでない。」「しかし、君主は他の人びとと同じくキリスト教徒である。」「教権は彼を、私人としての行為や君主としての行為に関して、もし彼が神法および自然法に対し重大なかつ公然たる罪を犯した場合には、裁判しうる。」「その場合には、教権は、君主の俗権より優ったものとしてではなくて、彼が犯した罪の故に『pro peccato』干渉するのである。」「この闘争から、教皇は中世に神政政治の体制を達成するために俗権を従属せしめようと努めたのであろうとの結論を引き出ししてはならない。」「神聖ローマ帝国に味方する人びとは皆、このことにつき教皇を非難した。事実、闘争が白熱化しているときには、教皇達の中には過激な言辞を発したものも居る。しかし、実行面では、彼らは、教権活動の独立と自由とを保持しようとするに過ぎない。彼らは、苦勞なしにはそれを達成しえなかつたのである。」「一六三頁。（ただ「今研究対象と成っている時代には、フランスではドイツで程にその闘争は重大ではなく、殆ど理論面だけに限られるものであったからである。」といわれている。一六三頁。）

他方、この間に、領主領保持者のポテスタスの獲得現象が生まれ、それを正当化しようとするイデオロギーが形成されてくる。そして、その両者の関係をどうみるかという点をめぐって、いろいろの説が生まれるが、それを後世古典学説と荘園（所領）学説という二つの学派に整理してくる。

まず、マルタンはそれを要約して以下の如く述べている。

「事実、一二および一三世紀に完全に展開する領主領は、観察者に、所領的諸機能と高権的諸特権との混淆を見せてくれる。」「例

えば、低級裁判権は、厳密には、フランク時代の大土地所有者の私的裁判権「ポテスタス」の中にその起源を有する。」(傍点筆者)。「しかし、低級裁判権は、不輸入特権の正規の譲与からも、また、フランク國の伯により彼の下役人ヴォワイエ、即ち、「ウイカーリウス(伯代官)」に委任された控え目な裁判機能の侵奪からも生ずる。」この意味において、一三世紀にアンジューにおいて、ブルゴニエにおいてと同じく、低級裁判権がヴォワリ、即ち「ウイカーリア」なる名称を附けられているという事実の中に、その一つの指標を見出しうるであろう。「混淆は往々頗る密であるために、或るものを莊園から展開したものとすべきかあるいは罰令権に結び着けるか、全く分らない程である。」例えば、大所領がノルマン人の荒掠後殆ど残らなかったブルタニエや、伝統が維持されたボヴェジでは、「邦と裁判権とは全く一なり」なる諺が、もつと後においても真実たるままに見受けられる。「この諺は、封の各所有者はそのこと自体で裁判権を有する、ということをおうとしたものであって、これらの地方では、公権力の職能たる裁判権は、所有権と不可分に結合している。」このことは莊園學説にとっては有利と思われる。「しかし、他の慣習の大部分は、『封と裁判権とは共通なる何をも持たず』と説明する。即ち、それは古典學説のように、所有権と主権との區別を維持しているのである。」「施設独占罰令権に関するものについても、同じ確認が可能である。」「ブルタニエでは、封を持つ領主は総て、罰令的な粉挽場を有しうる。しかし、また、殊にパリでは、施設独占罰令を自身の権利として要求するためには、裁判権、往往にして高級裁判権を保有する必要がある。」二二二頁。

「古典學説が供する説明は、所領學説よりも良く、歴史の実態に適合するし、また、一段と良く精神に満足を与える。」しかし、兩學説の間に存する対立は少しく不自然である。殊に、その根底には、言葉の争いがある。主権とか所有権とかの語は、可變的内容の語である。」(傍点筆者)二二二頁。「それらは、ローマ法では明確な意味を有していたし、また更に、近代法においても依然暫くはそうである。」二二二頁。「しかし、中世においては、兩者を分ける溝は甚だ明瞭とは言えない。」二二二—二二三頁。「莊園學説に属する人びと——彼らは専ら、ないしは、殊に歴史家であるが——はその溝を識別しようと努めなかった。」「彼らは、総てを、所有権の対象たる所領に結び附ける。」二二三頁。「他方、古典學説の味方たる法律家衆は、或る明確さをもって、多分それを跡づけたのであるが、しかし、その明確さは、中世には存在しなかったものであって、国王主権の再編成を容易ならしめるために、もつと後の時代に生みだされたものに過ぎないのである。」二二三頁。(なお、この点は後出注(22) ⑦ 使用する権能 potestas utendi——支配権との關係「箇所参照」)

さて、これらの歴史的環境の中におけるポテスタス概念の多様性、可變性を念頭におきながら、トマスのポテスタス概念を瞥見してみたい。「なお前出、(ii) 自然法と世俗権力」注(12)、ダントレーヴの指摘参照。尤も、トマスの世俗権力のポテスタスと自然法との関わりについては、次の注(22)に譲りたい。

まず「靈的権能 potestas spiritualis」に一言触れておきたい。それは「世俗的権能」が「靈的権能」に従属しているといわれる

からである。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六〇問題「裁きについて」「第六項 裁きは篡奪によってゆがめられるか」九三頁参照。すなわち、

「身体が靈魂にたいするよう、世俗的権能は靈的権能に従属している。」「したがって、もし靈的な権能の保持者が、世俗的権能が自らに従属しているような事柄に関して、あるいは世俗的権能によって自らに委託された事柄に関して、現世的な事柄に介入したとしても、それは篡奪的な裁きではない。」九三頁。

そこで、このことを前提として、ここでは、トマスが使用した「人間の能力 *potestas hominis*、人間の権能 *potestas humana*」についてののみ瞥見することにした。

まず、トマスは、人間の能力に基づく行為の余地を認めると同時にその限界の存在を指摘している点が注目される。トマス、前掲「神学大全」第一一分冊第六三問題「徳の原因について」「第二項 或る徳は行為の習慣化からしてわれわれのうちに生ぜしめられるか」二六五頁参照。

「人間理性の規制に則して規定されるところの善へと秩序づけられた人間の徳は、人間的行為によって生ぜしめられることが可能であって、それはこうした行為が理性——その力能 *potestas* および規制の下に右の善は成立する——から出てくるかぎりにおいてである。」「これにたいして、人間理性によってではなく、神法によって規定されるかぎりにおいての善へと人間を秩序づける徳は、理性を根源とするところの人間の行為によって生ぜしめられることはできない。」二六五頁。

ここでは、人間的行為に対する、神法と理性による人定法との二元性を認めている。

それでは、人間的行為にもとづく立法はすべて人間理性の所産であるか、という問題が生ずる。この点は、次の注(22)でより立ち入って眺めたいが、トマスの「人定法」理論の特色の一つとして、人間理性に基づくかぬ「邪悪な法」の存在も認め、それにも人間は秩序維持的観点から服従の義務を課している点を留意しておかねばならぬであろう。そして、邪悪な法も、なにほどかの点で、「法」的類似性をもつならば、それは「永遠法」の所産であるという。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九三問題「永遠法について」「第三項 法はすべて永遠法から導き出されるか」五四頁参照。(前出、注(16)参照)。

(22) 概念史はしばしば社会史を反映していることもある。そこで、ここでは、世俗権力のポテスタスの概念について瞥見しておきたい。ところで、前述の注(1)で言及した如く、世俗的権能 *potestas saecularis* は神の権能 *potestas divina* に対する概念として使用されている。なお、後者については、主として第一三分冊、第一八分冊で言及している。

そこで、本項にかかわるこの概念を瞥見するに当たって、①世俗的権力(世俗的権能・現世的権力・現世的権能)一般、②公的権力、③全面的能力、④上位者の権能、⑤裁判官と任命権、⑥通常裁判官の権能(通常裁判官の権限、通常の権力)、⑦使用する権能の諸側面に分けて眺めてみたい。就中、*potestas* と *dominium* 概念のかかわり、「支配」と「所有」の觀念の絡みに留意しておきた

い。

① 世俗的権力（世俗的権能・現世的権力 現世的権能）一般

もとより世俗的権力については、本稿では、「第二款」にて取り扱うつもりであるので、ここでは、トマスのポテスタス論に絡んで、その世俗的権力に関する一般的な点を瞥見しておきたい。

(i) トマスの世俗的権力 *potestas secularis*、現世的権力 *potestas temporalis* 概念

世俗的権力 *potestas secularis* については、前出注(21)の箇所で触れた。トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六〇問題「裁きについて」〔第六項 裁きは篡奪によって歪められるか〕九三頁参照。また、現世的権力、現世的権能 [*potestas temporalis*] については、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六四問題「殺人について」〔第四項 聖職者には悪事を為す者を殺すことが赦されるか〕一六八頁参照。

まず、人間的権能 *Potestas humana* は神からのものという指摘がある。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第九六問題「人定の権能について」〔第四項 人定法は良心の法廷において人間を拘束するか〕参照。

「使徒パウロが『ローマ人への書翰』第三章（第一節）でのべているように、『すべての人間的権能は神からのものである。』それゆえに、当の権能の範囲内のこととがらに關して『権能にさからう者は、神の定めにさからうものであり、』そのゆえに良心にしたがって咎あるものとなる。」一一六―七頁。

その上で、ローマ教会が世俗権力を普遍的権力として持つことを主張していた点については、拙稿、前掲一三卷一号一〇〇頁以下注(4)参照。

(ii) 「王」のポテスタス

次に、世俗権力の中でも優れて、世俗社会において、その担い手になる「王」の権能 *potestas* については、トマスではいかに地位づけられていたのであろうか、という問題を取りあげたい。この点についても、本稿ではすでに触れた。拙稿、前掲一一卷二号一八頁注(12)、一九頁注(13)「王の権力」、三四頁注(41)「地上での神の代理人」参照。

まず、この地上での代理人としての「王」は、神の統宰の執行者としての地位づけがなされる。トマス、前掲「神学大全」第八分冊第一〇三問題「諸事物の統宰全般について」〔第六項 すべてが直接に神によって統宰されるか〕二二頁参照。

「自己」(＝神)の統宰の執行者たち *executores* を擁するということは、地上の王の場合にあって、その単なる不完全性に属することがらるにはつきないのであって、それは王の優位性 *dignitas* に属することがらでもある。「けだし、代行者たちの秩序と、いふものに基づき、王の権能 *potestas* はよりいっそう光彩を加えるのだからである。」二二頁。

そしてその「王」の権能が、単なる個別的権能ではなく、普遍的権能として機能するとする。第八分冊第一一〇問題「天使たちの

物體的被造物に対する統括について」〔第一項 物體的被造物は天使たちによって宰領されるか〕一五六頁参照。

「個別的権能 *Potestas particularis* が普遍的権能 *potestas universalis* によって統率され支配されるものなることは、人間世界のことならにおいても、自然界のことならにおいても、ひろく一般に見出されるところであって、『管領』 *ballivus* の権能が『王』 *rex* の権能によって統率されるごときはその一例である。」一五六頁。

なお、世俗界における秩序は、この王の権能に依拠すること大であるが、その場合、その王の権能には力の行使が含まれ、それによって法は強制力をもつことになるという。第一三分冊第九六問題「人定法の権能について」〔第五項 すべてのものが法の下にあるか〕参照。すなわち、「法は君主の権能によるのでなければ強制力を持つことはない」という。一二〇頁。（強制力については、前出注(17)参照。）

ただ、ここで断っておかねばならぬことは、いうまでもないことではあるが、トマスが「王」とか「君主」とか「首長」とかいう概念を使用したとしても、当時の現実の統治形態が一樣なものではなかったということである。したがって、それらの統治者としての地位も、それぞれの集団、小集団の態様によってさまざまであり、それを、観念的な一義的な概念で捉えることには無理が存在する。その点を弁えた上で、なおローマ・カトリック教会の統治というものを考え、また、トマスの神学、社会哲学の存在意義を考慮せねばならぬであろう。

ところで、王のポテスタスとその統宰 *ubernatio* の関係はいうまでもなくトマスのヒエラルギア論に依拠している。「ヒエラルキア・階層については、拙稿、前掲一二巻二号四一頁以下」「トマスの秩序論と体系化——団体論とヒエラルキア的・階層的秩序化」、一三巻一号一二七頁以下」「ヒエラルキア・階層性の問題」参照。」

トマスの「王」のポテスタス論に直接に関連しているとされるわけではないが、天使論の中で、「主権」「権能」「かしら」の概念定義をしている箇所は、この問題説明の前提問題を取り扱っているものと思われるので、ここで取り上げておきたい。すなわち、トマス、前掲「神学大全」第八分冊第一〇八問題「ヒエラルキアと階層とによる天使たちの序列について」〔第五項 天使の諸階層は適切に名づけられているか〕一二五頁において次の如く摘示している。

「ディオニシウスが『神名論』第二章にいうごとく、『主権』とは、一種の超出的といつた仕方においては、もっぱら神において讃えられるところであるが、然し、神の言葉 *divina eloquia* (＝聖書) は、「下位の者たちがそれを通じて神の賜物を分与されるところの首長的な一面」をも、分有的という仕方で「主」 *Domini* と呼んでいる。」一二五頁。

「ディオニシウスが『天上階序論』第八章において次のように述べるのもこの意味にはかならない。「すなわち彼は、『主権』 *Dominiones* なる名称は、まず第一には、『奴隸的な状態からの、また(一般の人 *plebs* の置かれているごとき)世の常の従属からの、そして(時としてはもっと上層のひとたちの被るところともなる)僭主的な圧制からの、或る自由 *libertas*』を表示するし、

第二には、『奴隸的な如何なる行為にも、また臣民や「僭主下の被抑圧者たち」におけることき如何なる行為にも傾くことのない、厳正にして確乎たる統宰』を表示するし、第三には『神において存在することき真の意味での主たること、verum dominiumへの欲求、ならびにその分有』を表示する、となしている——。」一二五頁。

「同様に、この階層の名称も、神においてあるところのもの分有を表示しているのであって、例えば『ちから』という名称は神におけるちからの分有を表示するものであるし、その他の場合もこれに準ずる。」一二五頁。

第八分冊第一〇八問題第五項では、続いて、その点を敷衍して次ぎの如く摘示している。

『主権』・『権能』・『かしら』という名称が統宰に関わるのはそれぞれ異なった仕方においてである。「一二五—六頁。「すなわち、行なわれるべきところを命ずるのみが、主の任務である。」「このゆえにグレゴリウスも、『天使の或る一団が「主権」Dominationesと呼ばれるのは、他の諸々の集団が彼らに服従すべく従属しているからである。』と語るのである——。」一二六頁。

『権能』Potestatesという名称は、これに対して、或る種の『秩序づけ・定め』ordinatioを示すものとなること、使徒の『ローマ人への書翰』第一三章（第二節）の、『権能に逆らうものは神の定め逆らう』ということばにおけるごとくである。「（傍点筆者）。」「そしてこのゆえにディオニシウスは、『権能』という名称は、神におけることながらdivinaの受けいれとか、上位の天使たちが下位の天使たちに働きかけてこれを上方に導くといった彼らの遂行する神的活動とかをめぐる或る『秩序づけ・定め』を表示する、となすのである。」「かくして、従属せるものによって行われるべきことがらを秩序づける・定める、ということが、『権能』の階層には属している——。」一二六頁。

「また、『かしらたるhanc』principariとは、グレゴリウスというところでは、『他の者たちの間にあつて先んずるprior existereということ』、つまり、命令されることがらの遂行において先頭に立つというほどの意味にはかならない。」「ディオニシウスが、『天上階序論』第九章のなかで、『かしら』Principatusなる名称は『聖なる命を帯して導くもの』を表示するとす所以である。」「すなわち、他の者たちの間にあつての先頭に立ち彼らを導くものこそが、固有の意味において長principesと呼ばれるのであつて、『詩篇』第六七篇（第二六節）の、『その長たちは衆人たちを従え先に進んだ』ということばはこのことを示す。」一二六頁。

なおここで、governmentに相当するgubernatioの特質に触れておきたい。統宰は世俗権力概念と密接に関連しており、次のpotestasとdominiumとの関係にも絡むが、トマスのヒエラルキア・階層論の箇所を取り扱った統宰論は、ここで取り上げておいた方が便益なので紹介しておきたい。この点は、第八分冊第一〇八問題「ヒエラルキアと階層とによる天使たちの序列について」第六項 諸階層の段階づけは適切な仕方で行われているか」において、次の如く摘示されている。

「また、『統宰』gubernatioということの特質には三つのことがらが属している。」一二三頁。

「その第一は、行われるべきことがらを規定することdefinitioであつて、これが『主権』Dominationesに固有なことがらであ

る。」一三三頁。

「第二は、ことがらが成就されんがための権能の供与であり、これは『ちから』Virtutesに属する。」一三三頁。

「第三は、命令され規定されたことがらが如何ようにして成就されるかを、その衝にあたるもののために、秩序づける・定めるといふことであるが、こうしたことは『権能』Potestatesに属している。」(傍点筆者) 一三三頁。

そこで、これらの統宰の特質と諸階層との関連をトマスは次の如く摘示している。

「諸階層のかかる配置の整合的なるものであることは明らかであらう。」一三三頁。

「天使の第一のヒエラルキアに属する最高の階層、即ち愛の焰にその名の由来している階層は、この聖霊との間に近親性を有している。」一三三―四頁。「また、第一のヒエラルキアに属する最低の階層は『王座』のそれであるが、これはその名称からしても『主権』にたいする或る近親性を有している。事実、『王座』とは、グレゴリウスに従えば、『神がそれを通じて自らの決定を実現せしめるところの者たち』をいう。すなわち、『王座』が神の照明を受けるのは、神的な職務の措置ということがその役割であるところの第二のヒエラルキアを直接に照明するのに、それがふさわしいものであることによる。」(傍点筆者) 一三四頁。

「また、『権能』の階層は『かしら』の階層との間に近親性を有する。」(傍点筆者)。「けだし、従属者たちに秩序づけを与えるのが『権能』の役割であるが、こうした秩序づけは『かしら』という名称において直ちに示されている。『かしら』は、すなわち、諸々の種族 gentes や王国 regna の統宰を統べる者として、神的な職務の遂行において首位に立つ者なのである。(事実、こうした仕事は神的な職務のうち最も先行的で必要なものである。『種族の善はひとりの人間の善以上にさらに神的なもの』なのだから。)」一三四頁。

(iii) potestas と dominium との関係

ところで、ポテスタス概念は、今日に至るまで、西欧諸国で、それぞれの母国語に翻訳され、いろいろの形で使用されてきているが、前述のポテスタスの多義性の中で、支配の語義を有する点を、これまた支配を表す dominium 概念と対比して見ておくことは、今日の諸国の公法関係に関わる点を考察する上で意義をもつと思われるため、ここで取り上げたい。

尤も、dominium という言葉が、法学的にとくに意味をもつのは、今日の、私法関係における所有権と、公法関係に関わる支配という概念であるが、この語には両者の意味合いを含んでおり、それゆえ、ある人は、この語の所有権の意味合いを重視し、ある人は、統治的支配の意味合いを重視してくる点にこの語義の難しさがある。だが、重要なことは、中世のこの時代において、この語が両方の語義を含んでいたという事実である。(なお、この点に関連し、前出注(21)中の、マルタンの古典学説と荘園(所領)学説にかかわる叙述を参照。)

そこで、廻り道になるが、dominium の語義から触れておきたい。

まず柴田光藏、前掲「法律ラテン語辞典」一〇八頁での *dominium* の語義としては、「支配、所有、主たること、自主性、所有権、主人権、所有財産、ドミニウム」が挙げられている。因みに、関連する *dominus* の語義については、「主、家長、主人、主たる者、所有者、本人、夫、支配者、領主、皇帝、君主、主君、絶対的所有権者、ドミヌス、キリスト」が摘示されている。前掲一〇九頁。

拙稿においても、これらの言葉については、いろいろな意味で使用してきた。例えば、*dominium*, *dominion*, *dominus* の語については拙稿、前掲七巻一〇一六頁注(3)「聖堂の私有化」、四巻二号一二五頁注(12)「ローマ法のドミニウム」、七巻二号二〇六頁、二一五頁注(17)「所有権」、二一八頁、二三八頁注(4)「支配と所有」、二四〇頁注(5)「聖堂の私的所有権に代る保護権」、一〇巻二一四頁注(25)「ローマ法の絶対的単一支配」、一二巻二号四八頁注(12)「支配」で触れてきており、また、*dominium superius* について、一三巻二号四七頁注(5)「他のものへの支配」とか、*dominium directum* について、四巻二号一二五頁注(12)「領主の本来の所有権」、一〇巻二号一四頁注(25)「領主の直接支配」とかという形でも言及している。

さらに、*dominica potestas* として、七巻一〇一七頁注(4)「主人権力」、*dominium utile*, *dominium utilis*、四巻二号一二五頁注(12)「本来の所有権に対する利用しうる所有権(利用権)」、一〇巻二号一四頁注(25)「使用権、下級所有権」で触れている。

さらにまた、類語として、*domain* として、六巻一〇七七頁注(3)「領主」、六巻二号五六頁注(5)「*demesne* (領有地)」との関連性¹⁾、あるいは、*domaine immuable et muable* については、九巻一〇一一頁注(8)「王領の収入とりわけ土地収入」にて言及してきた。

ところで、この問題を考える場合に、まず古代ローマ法と、中世の卑俗法における「公法と私法」の観念の相違を摘示した吉野悟、『ローマ所有権法史論』、有斐閣、昭和四七年、三〇九頁が示唆に富む。すなわち、

「しかし古代法初期と卑俗法期とは、公法の領域と私法の領域がちがっているであろう。」「所有権の分割という現象が古代法期では、私法の他物権或は家族法相続法の分野に限られたように見える。」「卑俗法では、これよりずっとはんが広い。同じく所有権分割の現象が生じることのできるであろう社会的基礎の上に、そのはんいとこれに加えて機能が異なることができるのは、公私の領域のちがいによると思われる。」三〇九頁。

「公と私の観念については——一九世紀の法学からの逆輸入が『絶対的』所有権の場合と同じく——検討されねばならないが、卑俗法では権力の基本的性格が変わり、目的意識が法の世界で露わとなつて、所有権の機能が直接に公的機能をもつに至ったことは、確である。(軍事・警察・財政・貿易・流通・交通等の公的機能)。(傍点筆者)。「古代法初期では氏族貴族の大土地所有のプレカリウムの分配、いわゆる公有物の分配、植民制度などが、このような所有権の公的機能を代替している面がある。」三〇九頁。

(なお、プレカリウム概念については、拙稿においても聖職禄との関係ですでに多く言及してきた。拙稿、前掲六巻二号三四頁、

五〇一頁、五一―二頁注(2)、五七―八頁、六〇頁、六六―七頁注(17)、七卷一号二〇〇頁注(15)参照。)

このことに関連して、バンヴェニスト、前掲「インドヨーロッパ諸制度語彙集」I、四六頁では、次のような指摘もある。すなわち、

「peculium, peculatus とつた一連の語は、こうして、dominium [支配]、dominor [支配する]、dominatus [支配者] の関係に対応するようになり、peculium を巡る一群の派生語が合理的に形成されるのである。」という。

なお、キリスト教において、dominion が「支配」という意味で使われることについては、cf. Richards, op. cit., [Expository Dictionary of Bible Words], p. 538 [rule/dominion]。「聖書時代には権威は制度よりも人に帰属するものと見られていた。支配 rule and dominion の理解は、聖書思想のこの特徴を把握することをもとめている。かくして、『rule』として翻訳されたいろいろの言葉に留意せねばならない。」五三八頁。

因みに、拙稿、前掲一二卷二号四八頁注(12)「人間間の支配」について触れた箇所参照。

そこで、「神の支配」については、トマスは各所で言及しているが、「人間の人間に対する支配 dominium」について、トマスがどのように把握していたかを瞥見してみたい。

まず第七分冊第九六問題「無垢の状態における人間にふさわしい支配について」[第四項 無垢の状態において、人間は人間を支配したか]参照。

「支配(=支配者たり主たること) dominium ということは二種の意味に解される。」「一つは、奴僕的従属 servitus に対立するものとしてであり、こうした意味においては、『支配者・主』 dominus とは、何者かがこれに『奴僕』 servus として服するところのものにはかならない。」「一三五頁。「いま一つには、支配が、およそ如何なるふうでもあれ、一般に『そのもとに立つところの者』 subjectus への関係において語られるのであって、こうした意味においては、自由人を統べ導く任務を有するときそうした者もまた『支配者・主』と呼ばれることができる。」「もし、だから、支配ということを第一の仕方に解するならば、無垢の状態にあっては人間は人間を支配しなかつたのであるし、支配を然し第二の仕方に解するならば、無垢の状態においても人間は人間を支配するといふことはありえたであらう。」「一三五頁。

ところで、支配するという語義に、職分として支配するのか、支配者として君臨するのか、という問題が生ずる。中世においては、なお職分と担い手との関係が明確に分離していない側面があった。ことに君主制、もしくは貴族制の場合にその例を見出しうる。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第一〇五問題「司法的規定の理由について」[第一項 旧法は首長たちに関して適切に規定したか]参照。

「或る国家もしくは国民における首長たちの善き秩序づけに関しては、二つの点に注意しなくてはならない。」「その一つは、すべ

ての者が統治に何らかの仕方でも参与するように配慮することである。けだし、このことによって人民の間に平和が保たれ、すべての者がこうした秩序づけを好み、大事にするからであって、この点『政治学』第二巻にいわれているごとくである。「もう一つは統治型態 *regimen*、もしくは主権者確定 *ordinatio principatum* の種類にしたがって留意されることがらである。」「すなわち、アリストテレスが『政治学』第三巻において論じているごとく、それには様々の種類があるが、主要なものは、一人が卓越さにもとづいて *secundum virtutem* 支配するところの王制、および、或る少数者が卓越さのゆえに支配するところの貴族制——つまり最善なる者の権力——である。」「ここからして、或る国家もしくは王国において首長たちを秩序づけ・確定する最善の方式は、すべての者にまさる一人が卓越さにもとづいて君臨し、そしてその下に、卓越さのゆえに支配するところの何らかの者たちがいるような種類のものである。」「三七七頁。

トマスは、「王制は、墮落しないならば、民を統治する最善の型態である。」としながらも、「しかしながら、王にたいしては大いなる権力が付与されるがゆえに、王制は容易に僭主制へと墮落してしまう——かかる権力を手にする者が完全な徳 *perfecta virtus* をそなえているのでないかぎり。」と語っている。三七九頁。

私見によれば、この王（君主）制と主権性の関わり合いが、主権概念と主権者概念の混淆をまねく一つの契機になってくる。この点の指摘は、多くの研究者によって為されているが、中でもギールケの指摘が参考になった。ギールケ、前掲「中世の政治理論」六六頁以下「第五章 君主制の理念」、とくに六七頁以下「君主の神権」、六九頁「君主の地位」、六九頁以下「君主の神格化」、七一頁「主権の理念」、七一頁以下「教皇主権説」、七二頁「皇帝主権性」の箇所参照。

ここで留意しておかねばならぬことは、*dominium* 概念に含まれる事物の支配、ことに土地の支配と、その土地に緊縛されている住民（ことに農民）に対する支配との関係である。この一三世紀においては、地域地域により、その *dominium* の態様は異なってくるし、その条件として、地域地域での世俗権力の支配権の独自性を次ぎの時代に確立してくるが、その点は、次の第二款「世俗裁判権」の課題とし、ここでは、取りあえず、ギールケ、前掲「中世の政治理論」七〇頁「官職としての君主制」をまず参照することにした。すなわち、

「しかし他面においては、あらゆる支配は官職であるという思想が、精神的に展開せられるのである。」七〇頁。「したがって君主と総体性との間の関係は、徹頭徹尾相互的な権利義務の関係として把握される。」「両者はともに、相結合して始めて有機的全体を形成する政治的実体として現われる。」「そして総体性において、同時に個々のすべての臣民は、君主への関係において真正かつ相互的な法律関係に立つのである。」「したがってあらゆる支配は、権利であるだけでなく、むしろ第一義的には義務である。」「支配は、一つの神に類似する、しかしその為それだけ一層困難な職務であり、公的官職、公共団体への奉仕である。」「支配者は人民のために制定されているのであり、人民が支配者のために存在するのではない。」「したがって支配者の権力は絶対的ではなく、その使命の枠

内に縛られているのである。「その権力の課題は、公共の福祉、平和および正義すなわち万人の最大可能限の自由の促進に存立する。」「これらの義務のあらゆる侵害において、また義務によって与えられた限界のあらゆる侵犯の中に、正統的支配の僭主制への退行が存在するのである。」七〇頁。

ところで、ポテスタスとこの「職分」論との関係は、この当時の権限保持の態様を示す一つの標識となるだろう。これまで、拙稿においても、いろいろの形で言及してきた。拙稿、前掲一巻一号七—八頁「職分」概念の導入」、三〇頁注(26)「世俗的職務と霊的職務との分離」、三二頁「同前」、三六頁注(32)「職分論——身分(人定法による)から職分への移行」参照。さらに、「職務と職分」については、拙稿、前掲二巻二号四四頁注(8)「職務」、四五頁注(8)「職務と身分の分化」。また、「階層論と職分論」については、前掲一三巻一号一二九頁「トマスの階層論が職分論であること」、一三二頁注(4)「同前」。なお、「ポテスタスと賢人論」について言及した拙稿、前掲一四巻一号五〇頁注(10)参照。

(iv) *dominium* と政治的従属

ここで、支配の対概念としての従属という概念に触れておきたい。(但し、ここでは、領主と領民との関係は、領民の主要構成部分たる農民が未だ政治的次元に登場してこない)ので、その点は取り扱わない。)

封建制の下では、支配は、封、すなわち、土地の領有を認めるのみならず、臣従の礼が行われることが附带的となっていた。そこで、「臣従の礼と *dominium*」の関連が問題になる。すなわち、上級者が法の執行者(ポテスタス保持者)である場合、当然に服従の義務が下級者に課せられるかという問題である。この点は、前述 (iii) *potestas* と *dominium* の関係」の問題と表裏をなす問題である。この点まず、ギールケ、前掲「中世の政治理論」七〇頁「無条件的服従義務説の否定」の指摘の中の関連した箇所を参照しておきたい。

「それ故、臣下の無条件的服従義務という教説は、中世にとってもまた完全に無縁である。」「あらゆる服従義務はむしろ、中世にとつては命令の合法性により制約されたものとして現われる。」「あらゆる個人は何らかの人間の政府に従うより、以上に神の掟に従わねばならないという命題が、中世には端的に不可侵なものとして確立している。」「たとえ初期においては多くの著作家達が、あらゆる服従義務といふこの聖書自身によって規定された枠のもとに立ち止まり、暴君に対しても殉教者の消極的抵抗の権利と義務を容認するだけであったとしても、固有中世的理論はこの枠を決然と踏み越えたのである。」七〇頁。「なんとすればこの理論は、一方ではおよそその権能の枠をこえる支配者のあらゆる命令はその臣下達にとつては無効であり拘束力を持たず、何人も服従づけるものではないと説いたのである。」七〇—一頁。「他方では、それは不正かつ暴君的な処分強制執行に対し、その中に単なる暴力行為をみることによって、「臣下の側での」暴力的な武装的な反抗の権利を宣明し、それにとどまらず、尤もそれには厳格に法的に思量する人びとの反論が常に存在したのではあるが、暴君殺害の許容性ないし少なくとも責任阻却事由たりうることをすら説いたのであ

る。」七一頁。

そこで、トマスの「服従」概念を瞥見してみたい。

トマス、前掲「神学大全」第七分冊「人間の創造と人間の最初の状態」第九二問題「女人の産出について」〔第一項 女人は諸事物の最初の産出にあたって産出さるべきであったか〕において、次の如き指摘がある。

「服するといふは subjectio に二通りある。」「一つは奴隷的服属 subjectio servilis であって、この場合、統轄者はその服属者を自己自身の効益のために使用する。」「罪のうちに導入されたのはこうした 'subjectio' であつた。」「いま一つは、家族的な、乃至は市民社会的な服従 subjectio oeconomica vel civilis であつて、ここでは、統轄者は彼のもとにあるひとびとを、こうしたひとびとの効益と善のために役立たせる。」「こうした 'subjectio' は、罪の以前にあつても存在したことであろう。」「実際、もし、或るひとびとが他のより多く智慧に富んだひとによって統率される、という事態が存在しなかつたとするならば、人間集団に秩序の善が欠けることとなつたであらう——。」三七頁。

かくして、トマスの場合には、善観念を前提にした上で、服従義務を説く。反対に善観念を前提に支配権の存在を認めることになる。

(v) 支配と「人民」の合意

ポテスタスとドミニウムの関係を見る場合に、もう一つ、トマスの「人民の合意」という概念に留意しておきたい。トマスにあつては、人定法概念について一定の委託観念を前提としていたことは、本稿でもすでに取り上げている。拙稿、前掲一四巻一号一四頁。そこで、「法を制定することは全人民の配慮を委ねられている公職者 persona publica に属する」と摘示している点を紹介した（一五頁）。しかし、トマスは、同時に、「人民の同意」という概念も使用している。全人民の配慮を「上から」実施するのと、「人民の同意」をえて行うのとは、統治の本質に関わる相違が生ずるのであろうか。

本稿においても、この時代の統治の基礎としての同意論として、ティアニーの所論があることは紹介した。拙稿、前掲三巻二号五三頁、五七―八頁注(24)参照。さらに、ウルマン、前掲「中世ヨーロッパの政治思想」二二―一頁以下〔第八章 人民主権〕参照。そして、今日に至るまで、この問題はなお理論的には解決していないように思われる。その意味では、近代初期の社会契約論、その後 の立憲主義、あるいは、憲法制定権力論などの基底に横たわる問題であるといえよう。愛敬浩二、『近代立憲主義思想の原像——ジョン・ロック政治思想と現代憲法学』、法律文化社、二〇〇三年、八三頁以下〔3章 ロック立憲主義思想の憲法史的前提〕参照。そこで、この点を、トマスがどのように考えていたかを、公職者のポテスタスを瞥見する一環として、眺めておきたい。

トマスは、全人民の合意について、例えば、第一三分冊第九七問題「法の改変について」〔第三項 慣習が法の力を獲得することが可能か〕で触れている。一三一―二頁、一三四頁。

まず、トマスの例示した異論から眺めてみよう。すなわち、「法の制定は共同体を統治するところの公的権力の担い手たち *sonae publicae* に属する権能である。したがって私人 *privata persona* は法を作ることとはできない。しかるに慣習は私人たちの行為を通じて力を得てゆくものである。それゆえ、慣習が法の力を獲得し、この力によって法をおしのけることは不可能である。」という異論を取り上げている。一三一—二頁。

これに対して、トマスは次の如く解答を述べている。

「慣習がその間において成立するところの人民は二つの条件の下にあることが可能である。」「すなわち、もし人民が自由であって自らの法を制定しうる場合には、或ることを遵守すべしとする全人民の合意 *consensus* ——これは慣習の明らかにするところである——の方が、人民を代表するかぎりにおいてでなければ法を制定する権能を有しないところの、首長・君主の権威よりも、より優っている。したがって、個々の人間は法を制定することはできないけれども、全人民は法を制定することが可能である。」「しかるに他方、人民が自分の法を制定したり、あるいは上位の権力によって課せられた法を排除する自由な権能を有しなかったとしても、こうした大衆の間であって有効であるところの慣習そのものは、人民に法を課する権限を有する者によって容認 *colere* されているかぎりにおいては、やはり法たるの力を獲得する。」「けだし、彼等がそうした慣習を容認しているという事実そのものからして、彼等は当の慣習が導入したことを是認 *approbare* しているものと考えられるからである。」「一三四頁。

「なお、ここで用いた「人民」概念については、トマス、前掲『神学大全』第一三分冊第一〇五問題「司法的規定の理由について」第二項 司法的は人々の共同生活に関して適切に定められていたか」三八六—七頁参照。「アウグスティヌスが『神国論』第二巻においてキケロの言葉としてのべているごとく、『人民 *populus* とは、法にたいする同意 *consensus juris* ならびに福祉を共有 *utilitatis communio* することによって結合したところの、多数者の集合体である。』したがって、人々の相互関係・交渉 *communicatio* が法の正しい規定によって秩序づけられることが、人民なるものの本質に属する。」「三八六頁。」

では一体、トマスにあって、合意 *consensus* と同意 *condictum* 概念は同じであったのであろうか。この点、興味深い指摘があるので紹介しておきたい。第一八分冊第五七問題「権利について」第一項 権利を自然権と実定権とに区分するのは適切であるか」七頁参照。

「前述のごとく（第一項＝「権利は正義の対象であるか」、正・権利 *ius* もしくは正しいこと *justum* とは、或る種の均等さに即して他者に適格的である *adaequatum* と同様の、何らかの業 *opus* である。」「しかるに、或ることは或る人にたいして二つの仕方である。」「すなわち、その一つは事物の本性そのものからして *ex ipsa natura rei* 適格的である場合であって、たとえば或る人が同じ量の者を受けとるべくしかじかの量のものを与えるのがそれにあたる。」「とここで、このことは二つの仕方である。」「その一つは何らかの私的同意 *privatum condictum* によるものであり、何らかの契約 *pactum* によって私的人格 *privata per-*

sonaの間で確立されることがそれにあたると。「もう一つは公的同意 *condictum publicum* によるものであり、たとえば或ることが他者にたいしていわば適合的かつ相応的と見なされる、ということに全人民が合意する場合、もしくはこのことを、人民の福祉を配慮し、その代理であるところの首長が命令する場合がそれにあたると。「そしてこれが実定権と呼ばれるものである。」七頁。

この指摘を見てもわかる如く、トマスは、「神律的」規範を前提としており、民法についても、ヒエラルキア・階層論の下、絶えず、上位者の支配の下でその権威に基づいての成立が裏付けられているため、「人民の合意」は限定的に認められるものであり、この点に関しては、「同意論」と基本的に変わらぬものになっているといえる。その点、第一三分冊第一〇五問題「司法的 *judicialia* 規定の理由について」第二項 司法的規定は人々の共同生活に関して適切に定められていたか」三八六―七頁も参考になるであろう。(既出、拙稿、前掲一四卷一号五六頁注(10)〔iv〕 共有 *communio*〕参照)

② 公的権力 *potestas publica*

仲裁が不成功に終われば私戦・私闘の復活する時代に、君主権力・首長権力の他に、すでに言及しているトマスの諸記述の中でも「公的権力」概念が使用されているが、その意味は一体いかなるものであるのか？ 君主権力とどう違うのか。制度的確立の形成期における公的権力とはいかなるものなのか。近代国家における「公権力」概念と関連性ある概念なのか、瞥見しておきたい。(なお、現代の「公権力」概念は、大陸法において顕著であるが、とくにフランス法における *puissance publique* が、現代フランス行政法の一つの中核的概念となっている。J・リヴェロ、『フランス行政法』・兼子仁・磯部力・小早川光郎編訳、東大出版会、一九八二年、四節一一頁、三一節三五頁、三九節四八頁、一六三節一八一頁。さらに、フランス行政法の影響の下で、ドイツ行政法を樹ち立てたオットー・マイヤー *Otto Mayer* の公権力については、塩野宏、『オットー・マイヤー行政法学の構造』、有斐閣、昭和三七年、二六六頁以下参照。)

尤も、トマスの公的権力概念は、「神学大全」では、第一八分冊で言及するのみで、その概念定義をしているわけでもなければ、また、「公」概念についても、明確性を欠くところも多い。しかし、この概念を使用しなくとも、そのような意味合いをもつ用語は、第一三分冊でも使用されている。なお、第一八分冊で使用される公的権力という概念は、今日でいう刑事法関連の事案について使用し、また、強制力との関係で言及していることには留意しておきたい。しかも、かかる権力を委託されたもののみがもつ権限であることを強調するために用いられている。

例えば、第一八分冊第六五問題「人身にたいして加えられるその他の危害について」第一項 或る人の手足を切断することは場合によっては許されるか」参照。「或る人から生命を奪うことは、共通善の確保を委託されているところの公的権力(の保持者)をのぞいては、けっして何びとにも属しないのである。」一九〇頁。

第六六問題「窃盗と強奪について」第八項 罪を犯すことなしに強奪が為されうるか」参照。「人間社会においては公的権力によ

るのでなければ何びとも強制力を有しない。」二二五頁。「ところで君主たちにたいして公的権力が委託されているのは、かれらが正義の維持者となるためである。」「したがって、かれらは正義の原則にもとづいてのみ暴力および強制力を行使することが許されるのであって、それは外敵にたいして戦うことによってであるか、あるいは悪事を為す市民たちにたいして刑罰を科することによってである。」二二五—六頁。

なお第六〇問題「裁きについて」〔第六項 裁きは篡奪によって歪められるか〕参照。「しかるに、法を解釈することと法を制定することとは同一の権限に属するものであるから、公的権限なしには法の制定が不可能であるごとく、共同体に所属するすべての人々の上に及ぶところの公的権限なしには裁きを下すことも不可能である。」九二頁。

③ 全面的能力 potestas plenaria

これまで、ポテスタスとドミニウムとの関係を見てきたが、一体、ドミニウムと全面的能力 potestas plenaria とはいかなる関係に立つのであろうか。包括的にポテスタスを有することと、個別的にポテスタスを有することでは、質的相違が存在するのではないかという疑問が湧くであろう。そこで、トマスの、全面的能力という概念を瞥見しておきたい。

トマスは、第一八分冊において、「全面的権力」という概念を使用している。第一八分冊第六七問題「裁判における裁判官の不正について」〔第四項 裁判官は刑罰を軽減することが許されるか〕二四三頁参照。

「国家において全面的権力 plenaria potestas を有するところの君主は、もし危害を被むった者がそれを許すことを望むならば、有罪ある者にたいする刑罰を免除することが許される——もしこのことが公益にとって有害ではないと認めたらば。」二四三頁。

ここでトマスは、君主が、国家における権力を全面的に保有していると摘示している。ただし、この「全面的」という概念が制度的にいかなる法的効力・効果をもたらすのか、という点まではつまびらかにしていない。（この問題は、後にいわゆる「大権」論にかかわってくる。）

なお、教皇権力の充全性と世俗権力の制限性にかんする考察としては、ギールケ、前掲「中世の政治理論」七一頁以下参照。

④ 上位者の権能・権力 potestas superioris

ところで、公職保持者が組織化されてくると、その権能が複数の者の間に分割される傾向性が見出されてくる。

そこでこの問題を瞥見してみると、一見してヒエラルキアと階層性を建前とするトマスの場合にあつては、当然に下位の者は上位の者による委任された範囲を逸脱することができないものとされていることを知る。例えば、第一六分冊第三二問題「施しについて」〔第八項 他者の権能の下にある者は施しをなしうるか〕四〇二頁参照。「他者の権能の下にある者は、そのような者であるかぎりにおいて、上位者の権能にもとづいて規制されるべきである。」「というのも、下位の事物が上位の事物に即して規制されるということが自然本性的秩序だからである。」「したがって、それに関しては下位者が上位者に従属しているところの事物は、上位者によつ

て委託された以外の仕方では処分してはならない。」四〇二頁。

しかし、イギリス法では、従位立法については、再委任禁止の原則というものがあり、法律によって、明示的に授權されていない限り、再委任は禁止されている。The Statutory Instrument Act, 1940, Section 1. 我が国の如く、法律の下に、命令、規則、規程等の制定が行政庁に委ねられているわけではない。そこに、官僚制の形成上大きな差になっている点が対照的である。かかる意味において、トマスの所説は、当時の教会の組織体制を反映しているものといえるし、その組織体制を模倣した大陸の世俗権力の組織化の場合の組織原則に反映されてきたともいえる。

⑤ 裁判官と任命権 potestas dandi honores

しかし、裁治権の行使の一環を担う場合の裁判官に関する場合には、特殊に考えねばならない。すなわち、第一三分冊第一〇五問題「司法的規定の理由について」[第二項 司法的規定は人々の共同生活に関して適切に定められていたか]では、聖書を引用して、「律法は『申命記』第十六章(第一八節)に『あなたがたのすべての門ごとにさばきつかさ index とつかさ magister とを任命して、かれらが正しいさばきをもって民をさばくようにしなければならぬ』とあることからあきらかなごとく、裁判官を擁立した。」と述べ、裁判官の確立の必要性を強調する(三八七頁)のみならず、「第一項 旧法は首長たちに関して適切に規定していたか」では、「主は始めから強大な権力をそなえた王をかれらのために確立されたのではなく、かれらを治めるために裁判官や行政官を確立させた。」(三七九頁)と摘示し、王の存在以前に裁判官の確立が神の業としてなされたことを摘示している。申命記第十七章第一五節参照。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第一〇五問題第一項三七八―九頁。しかも、トマスは、上訴 appellatio あるいは審査 consultatio を含めて、その裁判官の確立に言及している。第一〇五問題第二項三九四―五頁参照。

このことは、人間社会における裁判官の王に先立つ存在性をトマスが考えていたことを示すものといえる。因みに、この点、近代社会になると、人間同士の関係をどう秩序づけるかという問題に、安易に権力の分立の原則に依拠する傾向が生ずるが、権力そのものの存在事由と、人間同士の関係の秩序化にかかわる裁判官の存在事由を根源から問い直してみる必要があるのではないかと考えている。

尤も、中世においては、後には、通常裁判官の任命は王あるいは君主の権力に基づくことになる。第一三分冊第一〇四問題「司法的規定について」[第一項 隣人との関係を秩序づけるものたるかが司法的秩序の本質であるか]三六二―三頁参照。

なお、下位裁判官の権限の制約性については、第一八分冊第六九問題「被告の側における正義に反する罪について」[第三項 被告は上訴によって判決を逃れることが許されるか]参照。

「(一)については、それゆえ、こういわずにはならぬ。或る者がより下位の権威に従属しなければならぬのは、後者がより上位の権威の命令に従っているかぎりにおいてであって、もし違反しているならばそれに従う必要はない。」二六八―七〇頁。「通常裁判

官の権限は、その裁判に服するところの者の合意に依存するのではなく、むしろそれを任命した王もしくは君主の権力に由来する。」二七〇頁。

⑥ 通常裁判官の権能 *potestas iudicis ordinarii*

では一体、通常裁判官の権能はいかなるものであつたらうか。

ここでまず留意せねばならぬことは、そもそも *ordinarius* は、通常、「教会裁判権者」という意味を持っていることである。小林珍雄編、前掲「キリスト教用語辞典」一〇一頁参照。この点、現在の『カトリック新教会法典』でも「裁判権者」と訳されている。前掲「カトリック新教会法典」一三四頁参照。また、英米法においても、*ordinary* は、教会裁判所の裁判権者の意味を包含している。Black, L. Dict., pp. 1248-9. 因みに、教会裁判所の裁判権については、本稿においても、すでに取り上げている。前掲四巻一七頁以下参照。

では、トマスは、この点、どのように捉えているであらうか。

まず、トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六七問題「裁判における裁判官の不正について」[第二項 裁判官は自分が知りえた真実に背き、提出された反対の証拠にもとづいて判決を下すことが許されるか]において、「判決を下すことが裁判官に属するのは、かれが公的権力を行使するかぎりにおいてである。」としている。二三五—六頁。

ただ、下位の裁判官と最高の裁判官との間には権限行使に関し相違がある。同前「第四項 裁判官は刑罰を軽減することが許されるか」参照。「この点に関しては下位の裁判官たちと、最高の裁判官、すなわち公的権力が全面的に *plenarie* 委ねられているところの君主との間には相違が見出される。」二四二頁。

では、「公的な権力を行使するかぎり」とは如何なる内容をもっているのであろうか。

同前「第一項 或る者が自分の下に従属していない者を正当に裁判することは可能か」参照。すなわち、

「人間的な事柄においては、公的権力を行使する者の他は強制的権力をもつことは許されない。」「そして、この権力を行使する者は、当の権力に従属する者共にたいして、その上長と見なされるのである——かれらがこの権力を（職務上）通常の仕方取得しているか、あるいは委託によって取得しているにせよ。」「したがって、何びとも、委託 *commissio* もしくは通常の権力 *potestas ordinaria* によって自らの下に何らかの仕方で従属している者のほかは、何びとも裁判にかけることはできない、ということはあるからである。」二三二頁。

しかも、下位裁判官の権限は任命権者の権力に依拠するとする。第一八分冊第六九問題「被告の側における正義に反する罪について」[第三項 被告は上訴によって判決を逃れることが許されるか]参照。

「或る者がより下位の権威に従属しなければならないのは、後者がより上位の権威の命令に従っているかぎりにおいてであって、

もし違反しているならばそれに従う必要はない。」二六九—七〇頁。「通常裁判官の権限は、その裁判に服するところの者の合意に依存するのではなく、むしろかれを任命した王もしくは君主の権力に由来する。」二七〇頁。

ここで断っておかねばならぬことは、トマスの用いる「司法的規定」という概念は、かなり広義に使用しているという点である。トマス、前掲「神学大全」第一三分冊第一〇四問題「司法的規定について」[第一項 隣人との関係を秩序づけるものたることが司法的規定の本質であるか]参照。

「裁判は裁判する権限を有するところの、何らかの首長たち *principes* の職務によって行われるものである。」三六二頁。「しかるに首長たる者の職務は、たんに訴訟事件を処理することだけではなく、人々の間で結ばれた自由な契約や、人々の共同体ならびにその統治にかかわるすべてのことさらに關して秩序づけることである。」三六二—三頁。「それゆえ、司法的規定はたんに法廷訴訟にかかわる規定のみではなくて、最高の裁判官 *judex supremus* としての首長による秩序づけに服するところの、人間相互間の秩序づけにかかわるすべての規定をふくむのである。」三六三頁。

⑦ 使用する権能 *potestas utendi* —— 支配権との関係

先に、*potestas* と *dominium* の関連について、とくに、支配権を巡ってもつ関連性について眺めてきた。しかし、*potestas* 概念の中には、物財の支配権に関わる場合にも使用されてきたものもあった。とくに、使用する権限 *potestas utendi* という形においてである。しかし、ここでも、かかる物財の支配権について、多く *dominium* 概念が当時多く使用されていたので、最後に、かかる側面における *potestas* と *dominium* との関連を見ておきたい。

そこです、この点にかんする一つの研究資料として、先にも触れた五百旗頭真治郎、前掲「キリスト教所有権思想の研究」一九〇頁以下「第二節 外的事物の支配権と財の共有の思想」の要点を参照してみたい。

「聖トーマスの所有権思想は、まず外的事物に対する人間の支配権に基礎づけられる。」(傍点筆者)。「トーマスは、所有権の問題をしばしば支配または支配権 (*dominium*) の問題として論じている。」「彼においては、例えば被治者に対する統治者の支配や、用人に対する主人の支配についてとともに、外的事物に対する支配についても、その支配権が考えられる。」一九〇頁。

ここでは、人的支配と物的支配の不分化状態における *dominium* 問題を取り扱っている。

ここでは、この状況の下で、*potestas* 概念と *dominium* 概念とが、どのように交錯するのであろうか？

この点について、五百旗頭真治郎は、同書一九六頁以下「第三節 私有共用の思想」の中で次の如く述べている。

「上述の如く、『外的事物の利用』の権能が自然的に人間に属し、『諸物の共同』が自然法(の第一次的規定)に帰するのであるが、これらは、それだけではまだ所有権制度の問題、すなわち私有制か共有制かの問題に解答を与えるものではない。」「これについてトーマスは、いかに考えていたか。」「彼は、外的事物に対する人間の支配権の内容を区別することによって、この問題を考察してい

る。」「すなわち、『神学大全』第二編第二部第六六問題第二条において、次のように言っている。『外的事物に関しては、二つの事項が人間の能力に属する。まず第一に、それについて配慮し管理分配する権能 (potestas procurandi et dispensandi) である。第二に、それらの利用 (usus)、(すなわち財を利用すること) である。』」一九六頁。

(財の共用) —— 「外的事物はその目標よりして人類全体の生存と向上のために利用されるべきもの、換言すれば万人によって共用されるべきものである。」一九七頁。「このことは、自然法の第一次の規定たる生存権から帰結される一定の財の個人々々への帰属と矛盾するものではない。」一九七頁。「物財の共用は、外的事物に対する人間の自然的支配権を人類全体と外的事物一般との関係において見た場合の規定であり、一定財の各人への自然的帰属は、これを個人々々について見た場合の帰結である。」一九七―八頁。「したがって、私的所有権は、絶対的な排他性をもって特定個人に属するものではない。」「後に論ずるであろうように、所有権は生存権に優位し得ず、余剰の財は困窮者に向けられるべきものである。」「この意味においてトーマスは言う。『この事(財の利用)については、いえば、人間は外的事物を自己のものとしてではなく公のものとして、すなわち、何人も他人の困窮に対しては進んでこれを分かち与える心掛けで、所有しなくてはならない』と。」「約言すれば、自然法の第一次の規定たる財の共同は人々に財の共用を命じ、これは私的所有権を限界づけ、この権利の行使に一定の義務を課する。それゆえ、これらの義務がなんらの強制もなく果される場合には、共有制はなんら否定されるべきものではなく、むしろすぐれた形で財の共同の理念を実現するものでさえある。』という。一九八頁。では、トマス自身は、この点をどのように捉えていたのであろうか。尤も、トマスの場合にも、この dominium 概念は多義的に使用されているということが前提となる。

まず、物財に対する支配権を表す dominium 概念について見よう。
トマス、前掲「神学大全」第一八分冊第六六問題「窃盗と強奪について」[第一項 人間にとって外的物財の所有は自然本性的であるか]における dominium 概念として次のような使われ方をしている。

はじめに、dominium naturale (自然本性的支配権) に関する叙述を紹介しておきたい。

「外的な物財は二つの仕方でも考察することが可能である。」二〇三頁。

「その一つは、その自然本性 natura に関してであり、これは人間の権能 potestas の下にあるのではなく、ただ神的権能の下にあり、万物は神的権能にその命令のままに ad nutum 服従するのである。」「もう一つは、当の物財の使用 usus に関してであって、この場合には人間は外的な物財にたいして自然本性的な支配権 naturale dominium を有する。なぜなら、人間は理性と意志によって外的な物財を、いわば自分のために造られたものとして、自らの利益のために使用することができるからである。」「けだし、上述のごとく(第六四問題第一項)、より不完全なものより完全なもののために使用することができるからである。」「そして、アリストテレスは、『政治学』第一巻(1256b7)において、このような論拠からして外的な物財の所有が人間にとって自然本性的であること

を証明している。」二〇三頁。

また、「神はすべてのものになりたいして主要な支配権 *dominium principale* を有する。そして、神はその摂理にもとづいて、何らかの物財を人間の身体的維持へと秩序づけたのである。」「このゆえに、人間は物財にたいして、それらを使用する権能 *potestas utendi* に関して、自然本性的な支配権を有する。」二〇四頁。

なお、*dominium* 概念に「所有権」の訳が付されている場合の例として次の事例がある。

「我が国の民法五八七条の「消費貸借」に対応する場合の事例として」第七八問題「利子の罪について」「第一項 貸した金（カネ）のゆえに利子を受けとることは罪であるか」三八八頁参照。「ここからして、このようなものにおいては事物の使用と事物そのものを別々のものと考へてはならず、誰にたいして使用が容認されようと、そのこと自体からして物（そのもの）も与えられるのである。」「このことのゆえに、こうしたものにおいては貸借によって所有権 *dominium* も移譲されるのである。」「三八八頁。

「使用貸借の場合の事例として」同箇所参照。「銀製の容器の主要的な用途 *usus* は、その消費そのものではない。」「したがって、品物の所有権を保持しながら、その使用 *usus* を正当に売ることが出来る。」「しかし、銀貨の主要な用途は交換における金の消費である。ここからして、或る人が貸した金額の返還を欲しつつ、その使用を売ることとは許されないのである。」「三九一頁。

「組合契約の場合の事例として」第二項 或る人は貸した金のゆえに何らか他の便益を要求できるか」参照。「金を貸す者は、借手に金の所有権を移譲する。」「三九六頁。「したがって、金を借りた者は自らの危険を冒してその金を保有しており、また金を返還することを義務づけられている。」「三九六―七頁。「ここからして、貸した者はそれ以上取り立ててはならないのである。」「三九七頁。

「しかるに、自分の金を商人あるいは職人に何らかの組合 *societas* を形成するような仕方で委任する者は、自分の金の所有権を後者に移譲するのではなく、それは前者のものでありつづけるのであり、したがって前者の危険において、商人はその金で取引を営み、職人は仕事をするのである。したがって、かれはそこから生じてくる利得の一部を、あたかも自分のものであるかのように要求することが正当にできるのである。」「三九七頁。

そこで続いて、支配権 *dominium* と使用的権能 *potestas utendi* の関連性の論拠を見てみなければならぬが、その点は、既に第一八分冊第六六問題第一項の当該箇所を引用しているので、ここでは、それを要約して摘示すれば、人間の個体と種の保存のために、物財に対する使用権能を、人間の自然本性的支配権として容認するということになる。

しかし、ここで留意しておきたいことは、これまで、世俗権力の権能 *potestas* 概念を瞥見する上で、*potestas* と *dominium* の関係を見てきたが、この *dominium* 概念の多義性に起因して、以後ますます両者が相交わらざる概念として使用されてくるといった傾向性を見出すという点にある。それが顕在化するのは次の時代ではあるが、その萌芽がすでにこの時期に現れ始めている。すなわち、先にも言及した如く、この *dominium* という語が、高権的意味合いをもつ支配権として使用される場合と、私的所有を意味す

る所有権を意味する場合があったが、その概念の使用上の分岐が、次の時期には、ますます顕著になってくるという点である。そのことは、社会現象として、公的領域と私的領域の区分の顕在化の反映であるともいえるが、しかし、過渡期においては、この語の語義の混合性を認識しておくことが、かえって当時の実情を認識する上で重要ではないかと思料する。少しく敷衍して言えば、これまでに瞥見したところで、すでに、家庭内権力から発した *dominium* (前出) [(iii) *potestas* と *dominium* の関係] の箇所のパンヴェニストの指摘(参照) の概念が一二・三世紀の間に、領主制の確立とともに、所領的機能と高権的機能を表す語義の混合形態を提示し、それがまた学説の分岐を生む一因ともなっていたことに留意したい。前出、注(21)参照] とくに、マルタンの指摘(参照)。

ところで、この分岐現象は次の時期には、*dominium* 概念が表わした領有概念について、ますます、支配概念と離れた所有概念を意味する場合も生ぜしめてくる。したがって、現代の研究者の間でも、この *dominium* の所有権的機能を重視するものと、高権的機能を重視するものがあり、私見によれば、その混淆形態がなぜ存在し、それがなぜ分岐していったのかという歴史過程の分析が必要になってくるのではないかと思料している。「なお、この *dominium* 概念は、現代あまり使用されなくなったが、現在でも、アメリカ法では使用され、絶対的な所有権を意味するとともに、*eminent domain* [公用収用] の如く、州権の基本権とされている如く、その高権的意味合いを保持している例を見出すことができるが、そのことは、この概念史における複雑性を物語っているともしえよう。cf. Black, L. Dict., op. cit., p. 571. *dominium eminentis* = *eminent domain* 概念について、cf. Otto Gierke, *Natural Law and the Theory of Society—1500 to 1800*, translated by E. Barker, 1960) と言及している点は、*dominium* の概念史について有益な指摘をしていることにも注目しておきたい。とくに、国家の私法的権利と統治の公法的権利の分離と自然法の関係については、一六二頁参照。また、*dominium* の概念の複雑性を表す諸学説については、その原注が有益である。二六一、三〇四、三五二、三六六、三七九頁参照。」(なお、*dominium eminentis* の根拠として、物財の共有概念がトマスの場合にも存在することには留意しておきたい。拙稿、前掲一四卷一号五五頁以下 [(iv) 共有 *communio*]、とくに五七頁参照。)

なお、近代国家になるに従って、この公的権能概念と私的所有概念の分離が当然の如く取り扱われ、それらに対応する権利概念の構成に力を注ぐようになる。ヒューム、『市民の国について』(H)、小松茂夫訳、岩波文庫、一九六二年、二二六頁以下「政府の第一原理について」。

なおまたこの点は、本稿では、「第二款 世俗裁判権」の箇所で再び言及したいと考えている。

(23) 前出注(22)参照。

(24) 前出 [(3) トマスの自然法と人定法——人は如何にして自然法を行為規範となしうるのか] 注(8)参照。

(25) 現在でも、イギリス法における公権力に対する法の拘束・非拘束性を示す基本的標識が、*ultra vires* の原則であることは、周知の事柄である。cf. Jorgen Schwarze, *European Administrative Law*, 1992, pp. 145~7, 282~6. この記述を紹介することは避ける

が、次の点は留意しておいてもよいであろう。すなわち、連合王国の「行政法の諸原則、特にいろいろの *ultra vires* の解釈と自然的正義の概念は、大陸法システムによって発展された行政法の一般原則に類似する権限と法的意義を有している。」一四五頁。しかし、この原則がとくにイギリス行政法における基本原則となるについて、さらに、次の如く摘示している。「イングランド行政法の核をなすこの原則、すなわち、*ultra vires* の法理は、しかしながら、それ自身、ブリティッシュ憲法思考の論理的帰結であり、国会主権と『法の支配』の概念の結合から生ずる結果とみなされうる。」一四六頁。また事実、第一次大戦前後、とりわけ第二次大戦後の英米における大陸行政法と異なる行政法の発達は、この *ultra vires* の法理を中心とした司法審査方式の不備を補う形で発展したもので、行政争訟手続を中心として形成されたものであり、そこに特色を有する。私もこの点に多大の関心を払い、これまでいろいろの角度からこの問題に接近してきたが、その概括的考察の一つとして、「イギリス行政手続法の法理」(拙著、「人権と行政救済法」所収、三省堂、一九七九年、一七〇頁以下)を挙げる。

ただ、この法理がイギリス行政法の特色を形成するといわれる所以から、大陸行政法との間に、具体的にどのような相違が発生するか現在のEUの大きな問題になることは明らかで、その点に留意して、イギリス行政法のこの原理の由来と守備範囲を明確化することが一つの課題になっている。J. Neville Brown, *French Administrative Law*, 3rd ed. 1983, pp. 23, 132, 141, 145.

この点に関するイギリス行政法については、多くの著書があるが、とりあえず、cf. H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 6th ed. 1988, p. 39; P. P. Craig, *Administrative Law*, 3rd ed. 1994, p. 4 et seq.

因みに、中世の *ultra vires stautentis* 「法定権限を超える諸命令の無効性」について、ギールケ、前掲「中世の政治理論」一九〇頁注(129)参照。