

フラァーヴィオ・ロペス・デオニャーテの

「法の安定性」論(一)

中村喜美郎

一、序論

若くしてこの世を去ったイタリアの法哲学者、フラァーヴィオ・ロペス・デオニャーテ (Flavio Lopez de Oñate 1912-1944)⁽¹⁾は、その「法の安定性」論によって、現代イタリア法哲学史上に独特の位置をしめている。天逝する二年前、すなわち彼三〇才のときにあらわした主著「法の安定性」(La certezza del diritto 1942)は、その思惟の特異性によって、大いなる成功をばくすとともに、そのこの法の安定性をめぐる論議・展開の契機をなすものである。本稿は、主としてこの「法の安定性」を中心に、彼の法思想の一端を解きあかそうとするものである。

法の安定性の問題ほど漠然とした、かつ困難な問題はないであろう。ロペス思想は、この不明瞭きわまりない問題を理解するさいの

フラァーヴィオ・ロペス・デオニャーテの「法の安定性」論(一)

基本的な視点をわれわれに提供する。安定性論は、かれにとって、安定性の理論的分析というよりはむしろ、まったく次元をこととする哲学的視点に立脚している。法の安定性をめぐるかれの問題設定および研究は、法の世界を生成せしめる原理そのものにかかわるという意味において、「純思弁的性格」(G・カポグラッシ)のものなのである。このことをまづ知っておく必要がある。

つぎに、かれの法の安定性論は、現代法思想の根底によこたわっている根元的な意識、すなわち「法の危機」(La crisi del diritto)の意識とふかいかかわりあいをもっていることを否定することができない。かれの短い生涯の大部分が、ファシズム体制の形成・確立期であり、またその崩壊寸前の時期でもあったということは、すくなくから重要であるとおもわれる。つまり、そのような変動せる時代状況のもとにおいてはじめて、法の安定性にかんするかれの特

フラーヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論 (一)

異なる問題設定が理解されるのである。より具体的にいうならば、第一に、主として第一次世界大戦以降のヨーロッパ的伝統的価値の危機状況、そしてそれとふかく関連する（とロペスが規定する）法の危機意識が、第二に、かれが生きた当時のイタリアの政治的状况のなかでつよく主張されるべきであった、個人の自由とその尊厳性の擁護のイデオロギーが、ロペス思想の基本的部分を決定しているということである。G・カポグラッシ (G. Capograssi) にいわせれば、「危機は、実在の諸根底を暴露することにおいて、思惟する者に、法の深奥なる本質を思惟するための刺激材、方法そしてまた資料を提供する」ものであるが、ロペスの書は、「……法の危機を思惟し知慮しようとする、たくましく熱烈なる試みがいかななものでもない」のである。かれの安定性論は、このように、法の危機という歴史的意識の次元における思惟にもとづいていることを、みのがすことができないのである。

さて、「法の危機」がロペス思想のプロローグであるとするならば、「法の特殊倫理性」(specifica eticità del diritto)としての法の安定性の規定は、そのエピローグであり、そのもつとも基本的なモチーフである。しかしながら、この「特殊倫理性」の理論は、正義と法の安定性との関係の問題にかかわるものであり、かならずしも理解が容易ではない。正義と安定性がつねに超えがたいアンチノミ

ーの関係にあるのか、それとも究極的に統一性をうることができるのか、また両者がつねに矛盾対立するばあい、ロペスの「特殊倫理性」論はどのように解釈され位置づけられるのか、といった諸問題が問われねばならない。意思とか正義とかの内的原理が客観化されることにより、法は客観化された、歴史的事実 (realtà storica obiettivata) としてたちあらわれ、そこに法の「特殊倫理性」があるわけであるが、それゆえに「特殊倫理性」として規定される法の安定性は、客観性としてのそれである。そして「真実の現実内所在の理論」(la dottrina dell'insidenza della verità nella realtà)をとうじて、正義と安定性とは客観的世界(法の世界)において究極的統一性を獲得する。こういったロペスの思惟は、後述するように、多分にヘーゲル的であるといわねばならない。しかるに、ロペスにたいする批判(とくに、フランチェスコ・カルネルッティのそれはもつとも激しいものであるが)は、この点にむけられるのであるが、かならずしも適切なる批判とはいえないむきもある。「特殊倫理性」論をめぐる詳細は、のちにゆづらざるをえないが、そのさい、ロペスが法の世界そのものが崩壊の危機にさらされている時代において、鋭敏かつ明確なる歴史意識をもって、いかに法の世界が、いかえれば客観性||「特殊倫理性」としての法の安定性が成立しうるかを悩みかつ思惟したかということをおぼろしく、おそらくは、

ロペス思想を真に理解することは不可能となろう。「特殊倫理性」は、まさしくロペス思想の要諦であるといわねばならない。

以上のごとく、ロペスの安定性論は、歴史的意識を背後にもっている、きわめて思弁的性格のものであることがあきらかであるが、それなるがゆえに、「法の安定性」というテーマから一般に連想されるがごとき、既存の法律秩序の無批判的承認を安易に説くものではけっしてない。かれの「法規」(Legge)の重要視とそれへの期待とは、かれをして典型的な法実証主義の代弁者たらしめるであろう。たしかに法実証主義の基本的エレメントが、ロペス思想のなかにはみられるところである。しかしながら、「個人の保障」(garanzia del singolo)、「恣意にたいする闘争」(la lotta contro l'arbitrio)という観点から、「法規」の重要性を主張するとき、その法実証主義には、ある価値評価的側面のあることを否定しえないであろう。さらに、立法者がほんらい恣意的たりえぬとするR・フォン・イェーリング(R.v. Jhering)の見解を形式的なものとしてしりぞけ、むしろ立法者を拘束する原理をかれがみいだそうとするとき、そこにおいて、ほんらいの法実証主義を超越する何ものかがあるといわねばならない。しかもその何ものかが、「思惟」(pensiero)を媒介とする「歴史的」なものであるとすると、ロペス思想には、わたくしの憶測によれば、歴史的色彩の濃い一種の自然法思想への契機がふくまれて

フラウヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論(一)

いるようにおもえるのである。ロペス思想をこのように理解するならば、主として戦後のイタリア自然法が歴史的な自然法へと移行してゆくプロセスのなかで、それは重要な意味をおびることになる。戦後イタリア法思想の特質としての、「法実証主義と自然法という容易には和解しがたい両思想の相互的接近」⁽⁸⁾は、じつはロペス思想に内在する発展的契機をなすものである、とわたくしは考えるのである。

ロペス思想の重要な側面を序論的に述べてきたのであるが、以下さらに詳細にかれの法の安定性の思想をあきらかにしてみたい。

- (1) 略歴 一九一二年七月一日、ミラノで生まれる。二〇才でローマ大学を卒業したのち、ただちに、ジョルジョ・デル・ヴェッキオ(G. Del Vecchio 一八七八—一九七〇)のもとで助手となる。しかし、そのころ、文部省官吏(Funzionario del ministero della educazione nazionale)(二十四才)、ローマ・ヴィスコンティ高校教師(二十五才)をへてから、マチェラータ大学にて法哲学を講じた(二十七才—三十二才)。かれが学問研究をした時代は、いうまでもなく混乱動揺の時代、まさしく危機の時代であり、また独・伊ファシズム体制の形成・確立期であった。一九四四年、ローマが解放されたのち、かれは、同年六月五日、わづか三十二才の若さで、ローマに病死した。

ちなみに、かれの名を引用するさい、イタリアで通常公二

フラーウィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論 (1)

Lopez」と略記するのにならう。本稿においても、簡単に「ロペス」と表記することにした。

《著作》 かれの主著は、一九四二年、三〇オのときに単行本として公刊された。この二著である。

- ① *Compendio di Filosofia del diritto*, Milano, Cetim, 1942, pp. 222.; Nuova ed., Milano, Giuffrè, 1955, pp. VIII-265 (《Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia del diritto dell'Università di Roma》 N. S., III)

- ② La certezza del diritto, Roma, Tip. Consorzio nazionali, 1942, pp. 201; Ristampa postuma a cura di G. Astuti con prefazione di G. Capograssi. Roma, Gismondi, 1950, pp. 201; Nuova ed. riveduta. In aggiunta saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele, a cura di G. Astuti. Appendice di M. Corsale. Milano, Giuffrè, 1968 (《Civiltà del diritto 19》)

なお前者は、ロペスがマチュエラータ大学で講義をしたさいの教科書でもあり、叙述はきわめて総括的である。必要な限度で本書も参照することにするが、本稿のテーマは、かれの「法の安定性」論であるので後者を中心に論ずることにする。後者は、かれの死後再版され、最近ふたたび、本書をきっかけとする他の法学者たちの論争、および「一九五〇年以降のイタリアにおける法の安定性の問題」と題するM・コルサーレの論文がつけ加えられ、公刊されるにいたっている。本稿は、この最新版(一九六八年)をもとにしている。本書に収録されているロペスいが

らの他の法学者の論文を引用するときは、同時に《La certezza del diritto》をも表記する。

右二著以外はすべて論文である。参考のためこゝを年代順にかかちきく(Cfr. R. Orecchia, *La filosofia del diritto nelle università italiane 1900-1965*, Milano, 1967, pp. 304-5)。

- ① Intorno ad una storia delle dottrine politiche, in 《Sophia》, 1935, n. 3-4, pp. 590-594
- ② A proposito di diritto e filosofia della pratica, in《 Rivista int. di Filosofia del diritto》1936, fasc. III, pp. 288-294
- ③ A proposito di una recente bibliografia rosminiana. Proposta di addizioni, rettifiche e complementi, in 《Sophia》, 1936, n. 2-3, pp. 218-244; n. 4, pp. 476-504
- ④ Su una storia delle dottrine politiche, in 《Logos》, 1938, fasc. 2, pp. 252-265
- ⑤ Attualismo, solipsismo, protagorismo, in 《 Rivista int. di Filosofia del diritto》, 1939, fasc. III-IV, pp. 215-231
- ⑥ Tocqueville storiografo della rivoluzione del 1848, in 《 Logos》, 1939, fasc. II, pp. 328-333
- ⑦ Studi filosofici sulla scienza del diritto, in 《 Annali della Regia Università di Macerata》, Vol. XII-XIII, 1939, pp. 210-284

- ⑧ Responsabilità e azione, in « Bollettino dell' Istituto di Filosofia del diritto della R. Università di Roma », 1940, n.5, pp. 181-188
- ⑨ L'Italia e l'Egitto. Nota bibliografica, in « Egitto moderno e antico » (Varese-Milano, Industrie Grafiche A. Nicola e C., 1941), pp. 391-402
- ⑩ La bibliografia di Giorgio Del Vecchio, in « Rivista int. di Filosofia del diritto », 1942, fasc. I, pp. 80-86
- ⑪ Recenti dottrine processuali e crisi del diritto, in « Rivista int. di Filosofia del diritto », 1942, fasc. VI, pp. 558-564
- ⑫ Intelligenza di Tilgher, in « Archivio della Cultura italiana », 1942, fasc. I, pp. 75-84
- ⑬ Pasquale Stanislao Mancini e la dottrina della nazionalità nel Risorgimento italiano, in P.S. Mancini, Saggi sulla nazionalità (Roma, Sestante, 1944), pp. VII-LXXV
- (2) G. Capograssi, Flavio Lopez de Oñate, in « La certezza del diritto », pp. 9, 10
- (3) 拙稿・現代イタリヤ法思想における「法の危機」と自然法の問題、群馬大学教養部紀要第四卷(一九七〇年)、八、九頁。いわゆる「Diritto naturale vigente」がその象徴的なものであることを、ここではしめした。

フラーヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論 (一)

一 「法の危機」(Crisi del diritto)

「法の危機」は、ロペス思想の主要モチーフであるが、同時にそれは、現代法思想のそれでもあることが重要である。この問題については、かつて自然法思想との関連において論じたことがあるので(前掲拙稿、序論註③)詳細については省略するが、ロペスの問題設定を良く理解するためには不可欠であるとおもわれるので、あらためてここでの主張を要約しておくのが便利であろう。

「法の危機」は、よりひろくかつ深い現代の危機 (crisi della nostra epoca) を背景として起る、⁽¹⁾と云うのがかれの主張であった。この危機解釈については、かならずしも異論がないわけではないが、⁽²⁾現代文明の危機と「法の危機」との関連性をはじめて指摘したものであるといわれているとく、⁽³⁾やはりロペス思想の滅すべからざる特色であるとおもわれる。それでは、かれのいう現代の危機とはなにか。

その根源を、かれは、個人の精神的危機、つまり自己喪失としての個人の危機のなかにもとめたのである。このような現代の危機は、つぎの言葉に、じつに繊細にかたられている。

「精神は、自己自身を獲得し、そしてただ自己自身であることができるようにと着手してきたながい過程のまさに最後にいたっ

フラーヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論(二)

て、かくも自己をあざむいていたことに気づく」⁽³⁾。

「自己自身への感覚をえようとして、その試みが失敗してから、つぎに生は、そのすべてをあらゆる行為のなかに分散せしめ、すべてを完全にそのなかに没入せしめようところをみる。そして、実のところは多様性のなかに消えちってゆき、決定的に自己自身を喪失することをもって終る。無の感覚からは、もはやいかなる救いも、けっして生まれてはこない」⁽⁴⁾。

不安、苦惱、孤独、絶望、そして自己喪失の感覚すなわち無の感覚、これが個人の精神的危機としての現代の危機にかんするロペスの規定である。

このような現代の危機は、ただちに法的世界にも正確に反映し、ここに「法の危機」が生まれる。法的危機は、とくに法(*diritto*)の名における法規(*legge*)への果敢な批判に根ざしている。個人の特殊的個性にはまったく関知せざる、峻厳にして固定的かつ抽象的な法規のまえに立って、「無力であわれな、そして孤立せる」(トクヴィル)個人は、法という逃げ場所をもとめる。しかるに、この法とは、あらかじめ知りえない不変に変わってゆく意思であり、各人の法である。自己を喪失した個人が容易に手にいれることのできない、このような法をもって、法規と対立し、これを批判するところに、「健全なる法意識の欠如」が見られ、法の不安定としての「法の危

機」が生まれるのである。「法の不安定は、現在せる法の危機の中心のかつ支配的モチーフである」⁽⁵⁾と、ロペスは主張したが、「法の危機」はそれゆえ、法の安定性への思惟の道を不可避的に準備することになる。そして、法の安定性は、「法規の必要性および有効性」を再認識し、法規の安定性を確保することによってえられるものと、

かれは主張するが、ここに、じつはロペス思想における法規、あるいはレガリタ(*legalità* 適法性)の重要性の一端が看取されるであろう。

ロペスは、このような「法の危機」についての明確な解釈においても、現代イタリア法思想史における特異な地位を有していると考えられる。かれの法の安定性論は、この危機意識を根底にもつものである。

(1) たとえば、E・オポケルは、もっとも具体的な問題性——危機は、これをつうじて人間経験の各別の形態においてたち現われるのであるが——を一般的性格をもつ方式のなかに無意味ならしめる傾向を、危機にかんするもっとも危険な表明であるとして批判し、この傾向を「危機の神話」と呼んでいる。

E. Opocher, *Il diritto senza verità*, in «*Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Vol. I», 1950, p. 179

(2) M. Corsale, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in «*La certezza del diritto*» p. 289

(3) F. Lopez de Oñate, *op. cit.*, p. 28

(4) F. Lopez de Oñate, *op. cit.*, p. 28

- (5) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 40.
 (6) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 40, 41

三 行為の安定性(Certeza dell'azione)

ロペスは、法の安定性を「行為の安定性」として把握するが、これは、危機のモチーフとふかく関連している。

社会における個人の立場(situazione)というものは、個人が歴史的現実である社会のなかで附与される安定性によって、具体的に決定され、かつその発展が可能ならしめられる。道徳的経験は、それじたいとしては十分なものではなく、はじめの動機が純粹に道徳的なものであったとしても、つぎには、それはある客観的、関係のなかに自らを具現化することを要するのである。この客観的關係は、たんに観念的なものでもなく、認識的なものでもなく、「行為—認識」(azione-conoscenza) 的性格のものであり、それゆえに、個人は、「不断の決定、decisione」として、「不断の個人性」として他者と対面するのである。だがこの客観的關係の実現は、個人の多様な発展を可能にする「恒常的かつ客観的構造」の上に基礎づけられ、確認されることを要する。行為の道徳的提議の保証(garanzia)が必要なのである。そして、ひとたび行為がなされるや、その行為がい

フラーヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論 (一)

かに、性格づけられ、またいかに社会の歴史的生活のなかにとり入れられるかを知ることができるのでなければならぬ。このような観点から、法は行為の保証の体系(sistema di garanzie dell'azione)として、諸行為の客観的秩序(coordinamento obiettivo delle azioni)として定義づけられ、また、たんなる人間共存(convivenza)と社会(società)とが区別されるのである。⁽¹⁾

それでは、社会における人間の行為の保証、その客観的秩序は、いかにしてなされるのであろうか。それは、規範による行為の予見可能性によってである、とされる。実証主義とくにコントの科学観によると、安定性は予見(Previsione)にたいして何ものでもないとして、この科学観を類推して、ロペスはつぎのようにいうのである。「法は、その規範をもって、ありうべき行動(comportamenti possibili)の特性を保証することにより、社会生活のなかに安定性をもたらすのである」⁽²⁾と。人間は、現在の行為をなすがために、将来の行為、その価値、さらに他人の行為について計算することができるのでなければならぬ。規範をつうじて、人間が予測し計算することができる、信頼(Fiducia)がはたされるということは、きわめて人間的な事象としての法の理解を可能ならしめる。さらに、規範による人間行為の予測可能性は、ロペスがベンサム流にいうところによれば、「現在の世代を未来のそれにむすびつけるところの連続性を可能ならし

フラーヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論(一)

める」⁽³⁾のである。以上のごとく、規範は、行為の予見、それゆえその保証と信頼を可能ならしめるがゆえに、規範をつうじての法の安定性は、けっきょく、行為の安定性なのである(行為の安定性としての法の安定性は、ロペス思想において、きわめて重要な規定であるといわねばならない)。

ところで、行為の安定を可能ならしめる法の安定性にとって、法の抽象性(*astrattezza*)、厳格性(*rigidità*)、正確性(*precisione*)、固定性(*fissità*)といったものが要請されねばならない。これら諸性質をきわだって代表するものが「法規」(*legge*)である。法規のもつこれら諸性質にたいしては、たしかに、「沢山の弓から無数の矢が射られる」⁽⁴⁾のであるが、ロペスは、むしろ行為の保証という観点より、法規の必要性を承認するのである。すなわち、「自己の意思を法規の必要性に服せしめる」という法の安定性のもつ「制約」に個人が服するのは、「法規の必要性が個人にその保証を贈りあたえる」という条件のもとにおいてである。つまり、「機械的で断片的な瞬間瞬間のなかに尽きはててしまう諸行為の連続ではなく、ある未来にひろがりゆく行動をおこない、それゆえ生活設計の表現たる行為を遂行する可能性をあたえる」という条件のもとにおいてはじめて、個人は法規に服するのである。⁽⁵⁾この意味において、法規は、一見したところ、他者(*altro*)として主体に強いられるばあいでも、けっし

て他者ではない。すなわち、「法規の名にあたいる法規にしたがうということは、各人が、その生とその内面の律法として自己のうちにもっているふかき理性(*ragione*)にしたがうことである」⁽⁶⁾。かくして不安定なる法規は、法規の使命に背馳する、といわねばならない。なぜならば、不安定な法規は、「行為」の実現だけではなく、「自己自身たらんとする要求」(*desiderio di essere se stesso*)の実現をもはばむ結果になるからである。

ロペスの、法の安定性の基礎がここにあきらかとされる。行為の安定性は、自己を喪失した危機としての個人が、「自己自身たらんとする要求」を実現するために必要であるが、その条件である、確実なる法規による法の安定性は、まさしく危機の克服という次元において、問われ、思惟されていることがあきらかである。

だが、ひろがえて考えてみるに、「法の危機」なるものは、万能をはこる法規のまえにたたされた弱き個人が、動揺をよぎなくされ、「法」の名において「法規」を批判するところに生じたはずであった。それは、「法規への信頼の危機」(P・カラマンドレ)であり、「立法のインフレーション」としての「法規の危機」(F・カルネルッティ)であったはずである。しかり、だからこそロペスは、法と法規との間の対立・批判に顕現せる価値的危機のなかにあって、「法規の必要性と有効性」を再認識することを要求し、これ

によって法の安定性をえようとするところである。だがそれはいかにしてなされるか。これがロペスの根本的な問いであると考えられねばならない。

法規による法の安定性が、現実・歴史に内在する原理（正義）の客観化として、それゆえまさに「特殊倫理性」として規定され、正義と合致する次元においてはじめて、法規は、社会における個人の行動・発展の保証として承認される可能性をもちうるであろう。そして、この法規の体系としての法的世界は、歴史的・客観的世界として、個人の行為を保証し整序する機能をはたし、その世界において個人は自己自身を回復する可能性をうるであろう。ロペスの思惟は、けっきょく、「法の危機」（法の不安定）と「法の特種倫理性」（法の安定性）、より根本的には「個人の危機」（個人の自己喪失）と「行為の安定性」（個人の自己回復）という二つのモメントによってみちびかれているといえるのではあるまいか。危機においてこそ本質が暴露されると考えるかぎり、法の安定性は、まさしく法の本質性として思惟の次元にはいつてくるのである。

- (1) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 48 ロペスは Filomusi Guelfi および G. Del Vecchio にしたがってうる (Nota, p. 56)
- (2) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 49
- (3) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 50

フラレーヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論 (一)

- (4) « La certezza del diritto si traduce in certezza dell' azione ed in possibilità dell'azione » (op. cit., p. 52) : « La certezza del diritto è invece la certezza dell'azione, poiché è la garanzia dell'azione » (op. cit., p. 160)
- (5) 予見可能性としての法規の機能については F. カルネルッテの批判があった。F. Carnelutti, La certezza del diritto, 1943, in « La certezza del diritto » pp. 194-5.

また今日、一般的には、現代社会における法規—法典の安定性は疑われている。Cfr. G. Fassò, La legge della ragione, 2ed., 1966, p. 233 ; S. Cotta, La sfida tecnologica, 1968, pp. 179-181

- (6) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 52
- (7) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 53

なおかれは « legge » が « ragione senza passione » (アリストテレス) の上に基礎づけられていることを主張しているが (op. cit., p. 140) 、「これら主張のなかに」 « razionalismo » のイデオロギーを看取しうるようにおもわれる。

四、恣意にたいする闘争 (La lotta contro l'arbitrio)

法の不変的要求は、なによりも恣意を排除することにある。それゆえ「恣意にたいする闘争」は、ロペス思想において重要な意味をおびてくる。⁽¹⁾恣意は法の安定性を侵害するものはないからである。

フラー・ヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論 (一)

ロペスにおいて、法の安定性は客観性そのものである。つまり、現実・歴史に内在する原理の客観化であるが、それによって法の世界（客観的世界）が成立する。この世界において恣意は、はじめて排除されうるのである。

かれは、裁判官の恣意と立法者の恣意について論じている。

まづ裁判官の恣意は排除されねばならない。訴訟は安定への法の憧憬の結果である。「自己の訴訟物について行為する」(de re sua agitur) ということは、たんに自己の特殊利益のみならず、安定性そのもの（これもまた *res sua* である）もまた訴訟において問われていることを意味する。だから、訴訟にあつては恣意は存在してはならず、裁判官は ≪ *viva vox juris* ≫ (生きた法律の声) にあまんなければならない。⁽⁹⁾ ロペスは、このように裁判官を厳格に法に服せしめるが、すくなくともこの点については、できるかぎり裁判官の専断を法規によって排除しようとする近代合理主義的イデオロギの色彩が濃厚であるといわねばならない。今日、裁判官はむしろ、法創造的機能を現実的とはいとなんでいることは否定しえないであろう（仮に法規にしたがつたというフィクションの要素が、判決においてあらわれているにしても）。だが、裁判官による法の自由なる発見あるいは創造の名において、かれの主観性—恣意—が、それゆえ法的不安定性が訴訟を支配する可能性は、まったく避けられる

というわけにはゆかないであろう。この意味で、「恣意にたいする闘い」を徹底しようとするかぎり、裁判官を ≪ *viva vox juris* ≫ として規定せざるをえない。ただそれが、多分にイデオロギー的主張であることは否定できないであろう。

ロペスは、しかしながら、このイデオロギーをさらに徹底し、立法者にまでこれを拡張する。

立法者は現行法規を変更する権限をつねに有するがゆえに、「法的意味においては立法者はけつして恣意をなしえない」(R・フォン・イェーリング・「法における目的」) とする見解を、まったく形式的な観点であると批判し、ロペスは、立法者とても恣意をなしうる可能性をみとめ、立法者を拘束する原理をみいだそうとする。なるほど、ロペスは、立法が恣意的であり、「法規が恣意的」(A・ロスマーニ) であることを、ある意味ではみとめる。⁽¹⁰⁾ しかし、立法者がその万能を主張するならば、かれはその使命に背馳する。ロペスは、つぎのように主張した。

「立法者はその欲するところをなしえない。よりよくいうならば、かれは歴史的に (*storicamente*)、すなわち、無制限なる恣意にしたがつてかれが公布した規範をそのまま実効的かつ妥当的規範たらしめるようなしかたでは、その欲するところをなすことはできない。立法者は、現実 (*realia*) すなわち歴史 (*storia*) が求めている法規たる

ものに考慮をはらうばあいにはのみ、その信ずるところをなしうるものである。諸々の拘束を設定する、ときには無拘束にそれらを設定するものと信じている立法者もまた、あらゆる人間とおなじく、歴史にしばられるのであり、またしばられねばならないのである。⁽⁴⁾

立法者を拘束する原理は、*«realità»* つまり *«storia»* である。だが、立法者が歴史的拘束をうけるというのは、一体どのような意味であろうか。かりに歴史の原理が立法者を拘束するといってみるところで、どのように立法者はこの原理を発見し、みづからを拘束するのか。もしも歴史が「機械的になかたで何らかの態度を決定する」ということを主張するならば、それは何という神秘的色彩をおびることであろう。ロペスの主張は、だがけっしてそうではない。

「現実(pensiero)によって押しすすめられうる、すなわち思惟を自己内に受けいれることができる」のであり、「思惟が現実を、まさしくその歴史的構造のなかで考慮し、それゆえ現実を自然(natura)としては考えないばあいにのみ」、その思惟のまえにあって現実としてたちあらわれるのである。⁽⁵⁾ かれにおいて現実(歴史)であり、たんなる自然ではない。しかも、その現実(歴史)は思惟によって把握された歴史なのである。歴史は、思惟を媒介としてはじめ、主體的・評価的原理となりうるのである。現実—歴史のなかでの個人の主体的思惟あつてはじめて、拘束的・評価的原理としての現実—

フラーヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論(一)

歴史が成立し、万能をほこる立法者とても、これには絶対に服さねばならないのである。ロペス思想は、きわめて歴史意識的であるが、立法者を拘束する原理としての現実—歴史を肯定する点において、それは顕著である。しかのみならず、後述する「特殊倫理性」概念は、いわゆる「真実の現実内所在の理論」に立脚するものであるが、そこにおける現実とは、たんなる事実的あるいは自然的なものではなく歴史的なものなのである。だが、かかる歴史性は、つねに人間の思惟において媒介されたものである。思惟なくして *«realità-storia»* は成立しえない。思惟はまた理性であり、これによって把握された歴史は客観化さるべきであり、法規として確立さるべきである。この意味において、法規はまさに理性であり、法は *«ragione senza passione»* ⁽⁶⁾ なのである。ロペス思想は、ある意味で *«razionalismo»* の表明であると考えられうるであろう。

しかるに、思惟—理性の把握する歴史が拘束的(それゆえ評価的原理として機能するとき、ほんらい没評価的な法実証主義は、ここにおいて超克されうる可能性をもつものではあるまいか。思惟—理性が把握する歴史原理が具体的・内容的にいかなるものであるかは、(おそらくロペスにおいてさえも)不明であるとしても、すくなくとも、この歴史原理が拘束性を有することをみとめるかぎり、序論でも触れたように、ロペスにおいて一種の歴史的・自然法思想への契機が存

フラーヴィオ・ロペス・デ・オニャーテの「法の安定性」論 (一)

在するように、わたくしにはおもえるのである。⁽⁷⁾ だが、この点については、かれの若き死によって遂に発展せしめられえなかったことはいうまでもない。

恣意という「法の宿敵」(il naturale nemico del diritto)を排除することによって、個人の自由を保證する⁽⁸⁾という思想は、近代合理主義のイデオロギーであるが、全体主義の支配したかれの時代において、このイデオロギーは、「恣意にたいする闘い」という名のもどき、ふたたび強調されねばならなかったのである。

- (1) ロペスの思想は多分にヘーゲルの色彩をおびているが、こころでもかれは恣意すなわち「矛盾としての意思」にかんするヘーゲルの言葉を引用している。⁹ op. cit., p. 123 «l'arbitrio invece di essere la volontà nella sua verità, è piuttosto la volontà come contraddizione. » („Die Willkür ist, statt der Wille in seiner Wahrheit zu sein, vielmehr der Wille als der Widerspruch.“ Philosophie des Rechts § 15)
- (2) F. Lopez de Oñate, op. cit., pp. 123-4
- (3) «... non v'è dubbio che il legislatore si vale dell'arbitrio, per eliminare l'arbitrio. » (op. cit., p. 124) かれはまた「聡明なる恣意」(un illuminato arbitrio)を Scialoja にしたがってみよめつゝる。¹⁰ Scialoja は、日本がヨーロッパ法を採用したことを «illuminato arbitrio» としつゝる。¹¹ F.

Lopez de Oñate, op. cit., nota. p. 128

- (4) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 125
- (5) F. Lopez de Oñate, op. cit., p. 125
- (6) アリストテレーレスの規定にたがひ、ロペスも、法規の根底を «ragione senza passione» (パッシェンなき理性)にまよめてゐる。F. Lopez de Oñate, op. cit., 140 e nota p. 147 にお、本稿二註(7)参照。
- (7) G. カポグラッシは、ロペスにおいてある自然法を承認している。それは「客観的理性」(ragione obiettiva)としての自然法である。(G. Capograssi, Considerazioni conclusive, in «La certezza del diritto» p. 244) M. コルサーンの「カポグラッシの「自然法としての自然法」の「自然法としての自然法」の意味で用ゐられた」といふことについては M. Corsale, La certezza del diritto fra razionalismo e positivismo. Flavio Lopez de Oñate, in «Rivista int. di Filosofia del diritto,» 1967, fasc. II, pp. 288-9
- わたくしは、ロペスに自然法的要素がみられると理解するところを、それを歴史的なものとしてみる。それゆゑカポグラッシのいう «ragione obiettiva» や M. コルサーンのいう «razionalità» を「これら「歴史的」なものとして理解するのだから。このように考えることにあつてはじめて、ロペス思想を、主として戦後から今日にいたるまでの、イタリア自然法思想の流れのなかで正しくとらえることができるのではないかとおもふ。
- (8) ロペスは «La lotta contro l'arbitrio» の前の章で、よくに «Il diritto come garanzia del singolo» (個人の保証としての法)なる一章をもちきつゝる。

«La certezza del diritto» di F. Lopez de Oñate (1)

Kimio Nakamura

Lo scopo di questo saggio è di chiarire il pensiero giuridico-filosofico di F. Lopez de Oñate (1912-44), immaturamente strappato agli studi. In particolare dal punto di vista della «certezza del diritto»—la sua principale opera (1942; ristampa postuma, 1950; nuova ed., 1968).

Il Lopez non mira a ricercare analiticamente i diversi aspetti della certezza giuridica, bensì a considerarla appunto come la funzione essenziale, specifica del diritto, ed a chiarire come si realizza il mondo obiettivo, cioè del diritto. Così, il suo discorso ha carattere puramente speculativo. Certamente non intendo con ciò, di affermare che questo discorso non sia significativo nel campo pratico del diritto; piuttosto il Lopez si trova nella posizione specifica non poco importante nella storia contemporanea della filosofia del diritto italiana. Il Lopez si presenta, a mio avviso, come un sostenitore del diritto naturale, sia pure nel senso specifico, cioè «storico», sebbene ci sembri un tipico esponente del positivismo giuridico.

Il pensiero del Lopez è profondamente fondato sulla coscienza contemporanea della crisi. Egli inizia l'argomento con il tema della «crisi della nostra epoca», i cui elementi «si manifestano con la chiarezza maggiore nel campo del diritto». La crisi del diritto si presenta come contrapposizione del diritto alla legge, attraverso la quale diventerebbe incerto il mondo del diritto.

Il nucleo centrale del suo pensiero, salvo questo presupposto della crisi, è propriamente la certezza come «specifica eticità» del diritto, nella quale per lui si è già inteso l'identificazione di certezza e di giustizia, che risulta, in modo hegeliano, dalla «dottrina dell'insidenza della verità nella realtà». In questo volume,

tuttavia, non si tratta questo problema che è la causa principale delle difficoltà che s'incontrano nell'interpretazione del suo pensiero, e quindi il suo Libro sollevò allora delle discussioni fra alcuni giuristi italiani.

Qui mi limiterò soltanto a chiarire dei punti fondamentali per poter comprendere meglio la concezione lopeziana della certezza del diritto, cioè «la crisi del diritto», «la certezza dell'azione» e «la lotta contro l'arbitrio».

Il pensiero di Francesco Guicciardini (dai "Ricordi")

Yoshitaka Ieda

I "Ricordi" sono un libro scritto da Francesco Guicciardini. Esso non si limita ad un soggetto particolare, ma è l'insieme dei "Ricordi" della vita attiva dell'autore. I "Ricordi" riflettono le vicissitudini della vita nonché lo sviluppo di pensiero della mente profonda e fine del Guicciardini. Questi "Ricordi" furono scritti durante il periodo di circa diciotto anni.

Al loro inizio, Guicciardini occupava un alto ufficio pubblico, ma poi, perduto questo ufficio, fu obbligato ad un involontario ritiro. Guicciardini continuò, anche allora, a scrivere i suoi "Ricordi" esprimendo in essi non solo i suoi pensieri, ma raccogliendo anche la comparsa di essi che le mutate circostanze dei tempi gli fornivano.

La caratteristica di pensiero del Guicciardini è un completo empirismo: "Non si confidi alcuno tanto nella prudenza naturale che si persuada quella bastare senza l'accidentale della esperienza, perché ognuno che ha maneggiato faccende, benché prudentissimo, ha potuto conoscere che con la esperienza si aggiugne a molto cose, alle quali è impossibile che el naturale solo possa aggiugnere" (C. 10), perciò, per lui, ciò che vale non è la filosofia (i principi filosofici), ma la storia (l'esperienza).