

## 論 説

# 憲法法源生成観並びに多元主義的統治体観に 関するある導きの糸(IV)

— SANTI ROMANO 《法秩序体=制度》理論のこと、  
若しくは法規範生成の契機における  
事実性を循環する概念構成とは —〔了篇〕

江 原 勝 行

## 序 章

I 制度体理論に対する1つのアプローチによる問題提起  
—P. デューシェ「規範的制度体理論」の視点

II 本稿がめざすところ

## 第1章 サンティ・ロマーノ学説に関する 2つの仮説

### 第1節 サンティ・ロマーノ学説に対する 解釈的仮説

I 仮説へのアプローチ

II 緊要性・社会的意識・法

III 法源理論における緊要性

IV 事実としての法

V 制度体の理論

VI 法秩序体の多元性の理論

VII ロマーノ学説における基本原理の  
現代的实在性(以上、76巻1号)

### 第2節 サンティ・ロマーノ学説に対する 形成的仮説

I ロマーノ学説における制度体理論の  
発生的契機

II 国民概念を媒介させた法多元主義  
との断絶性

III 法の概念の特質

- IV 社会的事実の組織化としての法
- V 法の機能
- VI 制度体と法秩序体との二元論及び相互作用
- 第 2 章 サンティ・ロマーノ学説に関する  
解釈実践
  - 第 1 節 サンティ・ロマーノ学説の確定性
    - I 確定性への疑義
    - II 法・制度体・国家という三項式の属性
    - III 一般実定法としての法の概念
  - 第 2 節 サンティ・ロマーノ学説における  
社会学主義的方法という問題(以上、76巻 2 号)
  - 第 3 節 制度体と法秩序体との関係における等値の含意
  - 第 4 節 サンティ・ロマーノ学説の還元的解釈
    - I 制度体概念と法秩序体の多元性の原理との相克
    - II 法の論理的観念と団体国家
  - 第 5 節 実効性・法・憲法秩序体
  - 第 6 節 サンティ・ロマーノ学説における法的経験の  
構想様式
    - I 法的形式としての行為の構造、及び法秩序体概念  
における非意志的契機
    - II 法的経験了解の位相並びに方法
- 第 3 章 公法学におけるサンティ・ロマーノ  
学説の刻印
  - 第 1 節 社会政治的現実を構造化する原理としての法  
—— V. フロズィーニの形態学的法理論
  - 第 2 節 制度体理論に対する規範主義的法理論の順接続  
—— 組織化規範の総体への法概念の変容  
(以上、76巻 4 号)
  - 第 3 節 制度体理論の発現形態
    - I 憲法学におけるロマーノ学説の問題性
    - II 国家理論への制度体主義の昇華
    - III 行政国家の概念に関する形成的仮説
- 終 章
  - I 回 顧 —— 循環する概念構成のこと
  - II 展 望 —— ある導きの糸のこと (以上、本号)

### 第3章 公法学におけるサンティ・ロマーノ学説の刻印

#### 第3節 制度体理論の発現形態

##### I 憲法学におけるロマーノ学説の問題性

これまでに示唆されてきたように、S. ロマーノ(Santi Romano)の法理論を分析するに際しては、公法学の領域における制度体概念の導入は、彼の初期の著作を対象とすることによっても——その萌芽的形態において——検証されうるという判断が1つの有効な解釈として成立しうるのである<sup>(1)</sup>が、そのような解釈が成立することを可能にする、ロマーノによって制度体概念が提示されるに至る必然性は、彼が抱いていた法学上の根底的な問題意識に関する分析を試みた次の言明を1つの発現としている。

公法学者は、諸規範を具体的に存在する状態に置き、あるいは、少なくともそれら諸規範を実現し保護する「制度体」を直接的に考慮に入れることによって、当該準則によって支配される領域を越えて、諸規範それ自体の生成源に遡るよう殆ど常に余儀なくされる。換言すれば、公法の研究者は、単なる「諸規範」とは異質のものであることが判然とする法の諸要素、即ち、ヨリ明瞭に述べれば、法秩序体の構造それ自身、法秩序体が形成され発展する過程、法秩序体が作用し、諸規範それ自身を生ぜしめる際に用いられる機関並びに手続といった諸要素を優先的に考察するよう必然的に導かれるのである。<sup>(2)</sup>

従って、ロマーノによって創案された制度体理論が有しうる妥当性は、諸規範が法的現実の全体を未だ包含していないような法の領域において、つまり、法現象を捕捉する作業において規範概念と制度体概念という2つの局面の相互補完性が肯定されつつも、実定法規範を媒介とした技術主義に依存することがしばしば要求される私法の領域とは対照的に、法と社会的諸力との関係を視野に収めることを常に前提とすると想定される公法の

領域においてヨリ検証可能なものとなるということが推論される。この推論は、憲法秩序が変動する際の態様に関するロマーノによる省察は、現代イタリアにおいて生じうる憲法改正に関わる諸現象が呈する妥当性を判断するという問題を解決する為の理論的枠組を提供したという点において、その有用性を今なお維持しているということをも意味するであろう。<sup>(3)</sup>

第二次世界大戦末期に展開されたファシズム勢力からの解放運動下にあったイタリア社会において生じた一連の事象に対して合理的な説明を提供する営為が、ロマーノ学説の中に顕在化しうる理論的妥当性に関する検証作業に接合すると判断したビスカレッティ・ディ・ルッフィアは、ロマーノによって創案された制度体理論は、憲法現象に関連しうる核心的な諸問題の中でも、新しい国家を創出する事象を法的に規定する作業、及び、事実上創設された新たな憲法秩序体に対して正統性を承認する様式という問題に対して解決策を提示することにとりわけ資するものであると想定した。自然法主義並びに法意志主義を排斥するビスカレッティ・ディ・ルッフィアは、生命並びに生命力という特質を内化させるに至った場合に社会的諸力は法に変質するという確言を以って、自己の基盤を社会的現実の中に、そして社会的現実の持続的な刷新の中に見出す首尾一貫した体系たる法理論の構築をロマーノに対して可能ならしめるが故に、双方いずれの問題の解決に際しても鍵概念を構成するものとしての「実効性原理」に共感を覚えるからである。即ち、前者の問題に関しては、国家秩序体が有しうる本質的な三要素(政府、国民、領土)が実在としての内実を帯びるに至り、且つ、国家秩序体の中の複合的な統治機構が自己の正常で自律的な作動を安定的に開始するという事実こそが、国家秩序体の形成過程に対して法的体系性を付与する為の決定的な要件であり、後者の問題に関しては、新しい憲法秩序体は、ひとたび安定的に創設されるや、かかる創設に到達するまでの一連の行為についての有効性を否認せず、従って、それらの行為に対して事後的にある種の正統性を付与することになり、反対に、新しい国家の創設を目的としつつ既存の秩序に反して行われる運動が持続性を以っ

て自己の目的を達成することができない場合には、従来存在していた秩序体は、かかる運動を指導した権威によって行われた諸行為を論理必然的に違法なものとなすことになるため、新しい秩序体それ自体に対する正統性の承認は問題とならず、その既存の秩序体を発生させた諸行為が正統性を帰属させる対象となるとされるのである。他方において、やはりビスカレッティ・ディ・ルッフィアにとっても、実効性原理との接合を以て国家秩序体の形成現象を説明する試みは、イタリアにおける州(regione)、県(provincia)、市町村(comune)といった行政単位のみならず、教会、政党、国家間連合、国際的共同体といった団体が有する秩序体をも憲法秩序体における不可欠な構成要素として承認する、法秩序体の多元性の原理と親和的なものである。<sup>(5)</sup>

実効性概念から法秩序体の多元性概念に至る原理を含意する制度体概念に立脚した国家理論は、国家秩序体の形成に関わる局面から国家秩序体が作用しゆく局面へと自己の理論展開を不可避免的に移動させるものである。<sup>(6)</sup> ビスカレッティ・ディ・ルッフィアの手に係る上記引用文中の言表において明瞭に確認されうるように、国家秩序体の形成に対する説明を試みる理論的営為は、国家権力の運用様式に対する説明、つまり法秩序体の発展過程に関する解釈を規定する必然性を有し、その意味において、ロマーノによって提示された国家理論は、制度体概念の導入を以て、国家の統治機関を巡る概念構成の根源的な変容をも予示するものであったのである。<sup>(7)</sup>

## II 国家理論への制度体主義の昇華

制度体としての法という概念構成を公法学、とりわけ憲法学の領野に導入することによって、ロマーノの法理論が法と国家の一般理論に関する決定的な方向転換をもたらしたという認識が正当性を有するのであれば、ロマーノ学説における国家理論の分析から現代におけるその国家理論の発展形態の析出へと至る作業、即ち、ロマーノが自己の学術生活において影響を被らざるをえなかったが故に克服の対象とした法実証主義の刻印を留め

た国家概念を多元主義的法秩序体理論に立脚した現代民主制国家の概念へと変容させることに通ずる理論的営為を捕捉する作業によって、かかる正当性は一面において担保されるであろう<sup>(9)</sup>。

ロマーノが自己の師たる V. E. オルランド (Vittorio Emanuele Orlando) の公法学説を凌ぐ固有の学術的自律性並びに学術的獨創性を付与されうる法理論を創出しえたことは、既に「主観的公権の理論」<sup>(10)</sup>の提示を以って、ドイツ流の実証主義公法理論がもたらした学術的遺産を継承しつつも、それを超克しようと試みることによって、「法治国家 (Stato di diritto)、国家と法、国家と現実」<sup>(11)</sup>に関わる公法上の諸問題を体系化することには留まらず、「イタリア国家並びにイタリア社会の『新たな』政治的・道徳的意識の中心点において『新たな』法を捕捉することに専心していた」彼の姿勢に起因している。そして、その「法治国家」の概念に対してロマーノ理論が新たな次元を帰属せしめたことは、「分権化 (decentramento)」の制度の創案をその端緒としていた。

ロマーノが分析するところ、「行政の分権化の観念が現代になって初めて発生しえた真の原因は、一般的に社会的なものと言われる国家の活動によって獲得された大いなる拡大である。国家のそのような活動が呈する規模は今やあまりにも広大且つ複雑化したものとなっているので、地方公共団体が国家の名において、また国家による監督の下にかかる活動に従事するように、国家がその活動の一部をそれらの地方公共団体に委任することが必要となっている。反対に、国家の機能が単に法的若しくは警察的功能に存していた時には、それらの機能が他の機能よりもはるかに分権化に適していないという理由からのみならず、それらの機能の単純性故に、それらの機能を行使するには少数の中央権力機関で事足りていたという理由から、真の意味での分権化の必要性はあまり感じられてはいなかった」<sup>(12)</sup>のであるが、この点に関して、国家の危機論からあるべき国家像を導出したロマーノによる国家理論に関する省察にとりわけ着目した F. テッシトーレ (Fulvio Tessitore) によれば、公権力の分権化が提出する諸問題につい

て論じるという文脈においてロマーノによって問題とされた国家概念は、ロマーノと同時代における抑え難き新たな現実の発現を了解する上での有力な枠組となりえた伝統的な国家の形姿を越えるものではなく、地方公共団体が自己に対して授權される裁量権限を行使しうる範囲・程度という問題のみへの着目が維持される以上は、如何なる形態の分権化も「法治国家」が内包する限界内において枠づけられるに至ると捉えられうる。<sup>(13)</sup> 斯くして、「行政の分権化」論文に関しては、「法治国家」が有する論理との関連において行政上の新たな諸要求が構成されることになるというかかる譲歩に言及されなければならないものの、法、法秩序体、制度体という概念から成る三項式を精緻化しゆく、ロマーノ学説におけるそれ以降の一連の仕事へと通ずる2つの重大な局面を当該論文が内包していることにテッシトーレは留意する。即ち、第一に、諸個人が有する権利・自由の保障を重視する為に、議会の立法活動による規制にはそぐわない社会的利益が発生する多様な本拠の自律性を容認しつつ、議会に帰属する立法権に対して制限を加えることを表象する「行政国家」の到来、それに伴う「法治国家」概念の実質的変容という局面が、第二に、社会政治的現実への一連の準拠をロマーノに対して可能ならしめる、政治的配慮と法的配慮の並行性という局面が抽出される。<sup>(14)</sup> ロマーノは、既に「行政の分権化」論文において、個人の意志を自己の源泉としつつ、国家からは独立した公共制度体が存在するということを明言していたのであり、その意味において、法秩序体の多元性の原理を以って表象されることになる「権威の分権化」<sup>(15)</sup> (decentramento dell'autorità)」の承認を予示していたのである。

「権威の分権化」は、ロマーノの学術的思惟において、議会によって担われる機能の変容が招来される道標となった。ロマーノにとって、「議会」は、権力分立の学術的・機械的な理論を反証しつつ、2つの異なる機能を行使している。一方の機能は、法の一般的諸原理を設定する、即ち、一般的な法意識が表明しゆくものを蒐集し、それを確實且つ明確な準則において設定することに存する。もう一方の機能は、国家の行政生活が生ぜしめ

る莫大な仕事に何某かの国家機関をも参画させることを目的として有<sup>(16)</sup>する。」ものとなっていたのであり、議会が担うべき機能に関するそのような考察を以って、議会は、国家の行政活動に対する統制機関として概念<sup>(17)</sup>構成されることにより、自己の概念を根本的に変容させるに至る。

ロマーノが国家による立法作用において見出されるべき限界について論じたことは、議会に対する概念のかかる根本的変容を経由してのことであった。彼は、議会が主として統制機関として認識されるべき必要性を説いたことにより、立法における国家活動が有しうる自由の問題に関して、<sup>(18)</sup>「事物の必然、儀礼上の諸基準、道徳による内心的暗示等々」に起因する、立法作用に対する事実上の限界(=外的限界)と並んで、「議会は、あらゆる場合において、そして、議会が意欲しさえすればあらゆる意味において、法が有するあらゆる点について立法を行う権力を有するの可否かということを探究すること」において具体化される、立法作用に対する内的限界<sup>(19)</sup>が追究されるべき必要性を帰結したのである。そして、この内的限界は、ロマーノによって構想される法源理論に関連して既に示唆されたように、<sup>(20)</sup>不文法源<sup>(21)</sup>とりわけ緊要性原理に立脚するものである。従って、「法治国家」が内包する論理からの逸脱を志向する理論的営為は、詰まるところ、立法権に対して法的限界を設けようとする試みにおいて鍵概念を構成する不文法源、特に緊要性原理によって一面において担保されると結論づけうることになろう。ロマーノは、緊要性概念の提示により不文法源の範疇化に対して革新的な射程を付与しつつ、議会に対して局外的な存在であるはずの社会的諸力が、如何にして議会によって担われる立法作用に対する内的限界を、即ち、旧来の立憲主義を人権保障の局面において基礎づける精巧な権力均衡の体系から派生する限界ではなく、社会的要求から法が湧出するに至る際の即時性及び無条件性から派生する限界を構成するののか<sup>(22)</sup>ということを明らかにすることを企図していたのである。斯くして、立法者の単一性という事実によって引き起こされうる恣意的行為から社会内部の組織体を保護し、国家によって調整される法源並びに秩序体の多重性を



承認する為に、「ローマーノがその存在を保障することに配慮していた現実が、確かに国家を越えてではあるが、しかし国家に抗してではなく、最大限の自律性において承認される力を、また、立ち代わって『国家法の改革』を要求する力を見出していたという意味において、『法治国家』が有する系統学からの離脱が後戻りの可能性なく実現される<sup>(23)</sup>」。

多元主義的法秩序体理論が構想される領野において国家概念が帯びるに至る新たな意義をローマーノは以上のように提示したのであるが、その新たな意義は、次のような文飾を以って約言されることが可能である。

ローマーノが言及していた国家は、自律的な組織体を自らに与える能力を有するがために、固有の法対象性を備えた一連の社会体を自己の内部において、また自己と並んで承認した国家という、変容した新たな国家である。要するに、国家は、単一の秩序体<sup>(24)</sup>なのではなく、他の秩序体の中の1つの秩序体なのである。

この(=あらゆる社会体の内在的な生命を構成する構造としての)死活的秩序が、秩序体としての実体(corpo)である。この意味において、秩序体は、実体が有する有機的な生命に対して重層的な存在なのではなく、その実体の有機的な形成、運行、発展においてその有機的な生命それ自体なのである。斯くして、秩序体は全体にしてその部分である。即ち、その部分の中で現実化され生存する全体であり、且つ、全体の中で生存し、運行し、発展するその部分なのである。<sup>(25)</sup>

詰まるところ、多数の自生的な制度体の存続様式を調整することによって社会秩序・社会平和を保障する機能が認識されるに至る過程を付随させた、国家概念の根本的変容が呈する不可逆性がローマーノによって検証されていたのである。

### III 行政国家の概念に関する形成的仮説

公権力の分権化並びに議会に帰属すべき機能の変容を捕捉する作業において具象化される国家理論の刷新は、前世紀の初頭において顕在化した

「新たな制度体が有する諸要求に対するヨリ首尾一貫した最初の回答<sup>(26)</sup>」をロマーノが提示したことに収斂する。この「ヨリ首尾一貫した最初の回答」は、ロマーノと同時代において国家の内部で発生していた多様な社会的・政治的運動に起因する「選挙権の拡大、教育の充実、社会立法、鉄道、地方の公役務、そして保険の公的管理、労働争議に対する国家の新しい役割<sup>(27)</sup>」という、従来の立憲主義によっては想定されてこなかった社会・国家生活上の重大な事実を理論的に代弁しようとする彼の姿勢を基点とするものであった。

S. カッセーゼ(Sabino Cassese)によれば、前段において言及された社会・国家生活上の重大な事実<sup>(28)</sup>は、「統一国家イタリアの第一の憲法が閉ざされ、その第二の憲法が開かれる」契機を表象するものである。カッセーゼにとって、その「第一の憲法」とは寡頭制的憲法という概念を、「第二の憲法」とは自由民主制的憲法という概念を指示するのであるが、前者は、政治の運営と行政の運営との間の高度の同質性、及び、公共機構の内部にアクセスしうる利益が限定されていることによって特徴づけられるために、もはや前世紀の初頭において現出した社会状況の変化に対応しうる装置たる資格を獲得することはできなかったということが顧みられる<sup>(29)</sup>。詰まるところ、「第一の憲法」から「第二の憲法」への移行は、新たな様相を呈するに至った社会が間断なく提示する諸利益へのアクセスに対して、国家は拒否権を行使しえない状況に陥っていたという事実により検証され、換言すれば、ロマーノが新たに提示する国家像は、国家と市民との関係の中に見出される経済的内実の組織化を顧慮する秩序体として想定される必然性<sup>(30)</sup>を有したであろう。従って、かかる憲法上の移行は、社会的存在体を内化させた行政システムを前提として政治的要求が発せられるという意味において、その政治的要求の方向転換を招来するに至る。そのような行政システムこそが、伝統的な類型に属する行政からの脱却を以って社会に対する安定化の要因として機能しうる官僚機構を創出する条件であったから<sup>(31)</sup>である。そして、カッセーゼにとって、ロマーノは、前世紀の初頭におけ

る行政システムの現実に立脚しつつ、公権力の領域に制度体が接合しゆく過程を分析し、また、現代国家が制度体を包摂するに際して立脚する根本原理を検証したが故に、憲法上の転換をもたらすに至った新しい社会政治的状况は、イタリアの法学史において、ロマーノによって著された『法秩序体』を以て初めて構想可能となった多元主義的憲法秩序体のモデルを法理論上必要としていた。<sup>(32)</sup> カッセーゼは、ロマーノによって構想された多元主義を「公権力と市民社会の結合構造との間の関係」という次元においてやはり捕捉していたのである。<sup>(33)</sup>

更に、カッセーゼは、次のような疑問の提示により、イタリアにおける行政機構が果たすべき機能を変革するに至った社会政治的状况との関連においてロマーノの多元主義的法理論が有した意義を抽象化する。

『法秩序体』は、現実に対する即応の、また、現実の直接的分析の所産であったのか、それとも、反対に他の社会科学からの置換であったのだろうか。確かに、ロマーノは、「全ての原理が間断なく矛盾し合う」如何なる「寄せ集め」において「矛盾が多く、また、それらの矛盾の狭間で自己決定を行うのみならず、それらの矛盾を弁別された状態に保つことさえも困難である」のかということを明瞭に理解する術を持っていた。しかし、如何なる程度において、多元主義的国家についての彼による法的論証は、彼自身が1909年に行っていた分析に立脚しているのであろうか。あるいは、逆に非法的文化、即ち政治的文化、経済的文化、哲学的文化によってもたらされた貢献を糧としているのであろうか。サンティ・ロマーノは、「体系化を行うという意欲なしに観察された、法についての具体的経験からの影響と同様に、—— 今ではもう殆ど忘れ去られている当時のイタリアにおける —— 社会学からの影響を受けてはいないように思われる」ということは事実なのである。<sup>(34)</sup>

ロマーノによる理論的営為が有する方法的前提に関わるこのような問題提起は、他の社会科学において認識されえた制度体噴出の現象が、ロマーノによって法の科学の領域の中に移転されつつ、多元主義的法理論を構築

するに際しての概念上の道具として理論的精緻化・体系化を獲得したという帰結に到達する。カッセーゼは、ロマーノの学術生活の背景を成していた社会文化的な現実を考慮に入れることによって、「ロマーノは生ける現実の中に身を置き、その生ける現実において、自己が傍観者にして主人公を成すことによって、他者の文化を吸収し、自分自身で文化を生み出していたのである。」<sup>(35)</sup>ということを確認したのであるが、この確言を以って、前世紀の初頭において全ての科学によって捕捉されえた新しい現象の理論的発現として『法秩序体』を指示し、ロマーノにとっての現代国家の基盤を構成するに至った根本的事実を個々の制度体から抽出し、且つ、公権力の領域の中に新たな制度体を包摂する能力を有する新しい類型の国家の基本的輪郭を描出する試みをロマーノがもたらした学術的貢献として認識することを意図していた。カッセーゼが理解するところ、ロマーノは、国家理論の刷新を必然的に惹起する未知の社会政治的現実に直面しての法の科学の構想様式という問題を認識し、かかる問題の中に包含される項辞を最も明瞭に同定する最初の法学者であったのであり、その後の多元主義的国家理論の基盤を提供しうる学術的独創性を以って、組織化概念を付随させた諸利益の存在並びにその法対象性を承認し、それらの諸利益を調整する役割を担う国家が有する一般的秩序体の中にそれらの諸利益を組み込むことを企図する制度体主義並びに多元主義を創案したのであった。<sup>(36)</sup>

従って、ロマーノが自己の学術的営為を最高潮に到達させるべく提示した『法秩序体』が公刊されるに至る過程を巡るカッセーゼの解釈は、ロマーノ学説が有しうる学術的妥当性に関する検証例の1つとして、行政国家が形成される現象を理論化する作業に接合しうる首尾一貫した理論的基礎を発生させるものとしてロマーノ理論を分析するという文脈においてヨリよく機能するものである。但し、ロマーノによって提示された制度体理論は、一般実定法のレヴェルにおいて考察対象となる、法と社会的意識との関係の中に自己の理論的支柱を見出す理論として、彼の学術的成果が集積されゆく時期のイタリアにおいて展開されていた内政上の諸事実を越え

て、歴史的・政治的現実と法との間の一般的關係において理解されるべきであり、その意味において、現在のイタリアにおける共和政体が有する基本的特質を分析・解明する営為をも自己の射程として包蔵した理論の中に列挙されうることが留意されて然るべきであろう。<sup>(37)</sup>このような留意に立脚してこそ、ロマーノ理論が摘出した国家概念の変容は、制度体理論が発展しゆく過程における1つの道標として、自己の存在理由に対する説明を見出すのである。

## 終 章

### I 回 顧 — 循環する概念構成のこと

最終章においては、本稿が了解の対象としてきたロマーノの創案に係る制度体理論が有する基本的特質、それを巡る解釈が内包する視点、そして、それらを踏まえて導出されうであろう、現代の公法学がロマーノ学説に対して帰属させうる問題性を跡づけることによって、本論における論述内容に対して脈絡をつける作業が試みられ、以って、ロマーノによって提示された制度体理論が憲法解釈方法論に直面して帰結しうる何某かの意義に関する探究様式の明確化が志向される。当然のことながら、この志向は、—— 特定の歴史的状況とは無関係なあらゆる法現象において顕在化する法的現実を概念化することを目的とした一般理論の構築をロマーノが企図していたことと相俟って——<sup>(38)</sup> ロマーノ学説が形成される背景となった事実上の状況とは無関係に摘出されうる、ロマーノ学説の理論的帰結を精緻化することに傾斜したものである。

純粹に形式的な規範性の表出としての法という觀念と至上権に基づく決断としての法という觀念の狭間にあって、ロマーノが公法学者としての自己に課した特有の役割は、当時の私法学を支配していた教義学的理論構成に起因する方法論的嚴密性という要請と、法概念が帯びうる実効性並びに社会性という理念との収束点を識別し、公法学に固有の方法論を構築する

作業に資する諸概念を精緻化することであつた。<sup>(39)</sup> 規範性概念の源泉としての社会的事実の再構成を法理論の主たる任務と想定するローマノ学説において確認される、その後者の理念を志向した基本原理、特に制度体理論が有する徴表は、彼の青年期における初期の著作が公にされて以降既に萌芽的な形態において垣間見られ、その後、法と社会という基本的項辞を媒介として新たな法的概念体系の構築を試みた『法秩序体』の公刊を以って最大限に顕在化することになるのであるが、ローマノは、その『法秩序体』<sup>(40)</sup>における省察を制度体の理論と法秩序体の多元性の理論という2つの支柱に立脚させた。従って、ローマノ学説に関する実体的な解釈は、それら2つの理論の了解なくしては語りえないものとなると判断することが可能であろうが、かかる了解は、一方において自然法への回帰を回避しつつも、他方において法的に制限を受ける国家という形姿を追究することを以って、憲法秩序体の漸進的改革に基づく「現代国家の危機」からの脱出を図らんとする彼の理論的営為へと接続する、成文法並びに不文法の第一次の源泉としての緊要性に関する考察を前提とする。彼は、自由民主制国家において代表制度が新たに突きつけるに至った諸要求に直面して、現実的な観点に立脚したそれらの諸要求の理論的再構成を遂行する<sup>(41)</sup>為に、諸集団が有する特殊利益と国家によって体现される一般的利益を調整する過程において公法に対する社会的運動の優位を擁護し、立法者の認識以前に形成される法たる緊要性の概念を提示・検証することによって、事実としての法という概念構成に立脚した法源理論の展開の下に、社会的意識によって歴史的に希求され実現される社会的事実の組織化として個体化される法という原理に基礎づけられた制度体の理論、及び、その理論の不可避的帰結としての様相を呈する法秩序体の多元性の理論を精緻化する準備作業を行い、以って、市民社会と法との調和的な二元論が成立する可能性を、更には、公法学における理論と実践との持続的な浸透関係を現実化させる開かれた論理<sup>(42)</sup>を追究したのである。ローマノにとって、実在的な観点から考察される法の現実は、公法学における根本的な接岸点たる地位を付与される

社会が追求する切望に即時的に合致しているが故に、社会によって要求される行動が有する表象の総体として理解されるのであり、斯くの如く法概念が事実の法への変質を表象しうるという意味にいて、自然法主義並びに法実証主義が——法を命令の総体と見なすことを意欲することによって、異なる内実から成る意志主義的法理論にいずれの主張も陥る限りにおいて——排斥される<sup>(43)</sup>。この文脈において、ロマーノ理論において規定される法概念は実効性概念との不可分性を留め置くのであり、その実効性概念は、彼の学説全体の統一性を存立せしめる鍵概念を構成するが故に、ロマーノの制度体主義に対して提起されてきた、多様な観点に基づく異議申し立ての妥当性を切り崩しうる1つの手段概念としての地位を帰属させるものであった<sup>(44)</sup>。

ロマーノ学説においては、法の分析をその動態的構造において行うことを可能ならしめるとされる緊要性が全ての規範の第一次的源泉と見なされることにより、諸規範の妥当性が社会的事実・経験的现实とのそれらの諸規範の適合性に依存することになるため、——規範概念への不可還元性並びに意志主義的觀念の捨象を前提とする——法概念は当為(dover essere)の領域においてではなく、存在(essere)の領域において捕捉されるに至る<sup>(45)</sup>。そして、そこに言われる存在概念とは、制度体が非意志性という属性と共に構造的に有する自己の存立条件を指示するものであった<sup>(46)</sup>。それ故、ロマーノ学説を解釈するに際しては、彼は、法学者が自己に課すべき任務としての法現象に対する説明の提供を否定しつつ、社会的事象を法の基底に想定することによって、法現象に対する内的観点に身を置いた、即ち、外部からの観察・記述・説明の対象となる事実としての法ではなく、法規範を実定的に生成する際の操作者概念を構成する人格乃至機関の行動から湧出するものとして検討される事実としての法を想定したということに留意する必要がある<sup>(47)</sup>。事実としての法の研究が企図されると言っても、その根底においては、制度体を創出し統御する物的諸力の観点や、制度体が存続する過程における因果連関の観点から、つまり社会学的な観点から法

の発現様式の記述を行うことではなく、客観法体系としての制度体をそれ自体において考察対象とすることによって、非意志法並びに社会的事実の構造としての実定法の本質並びに構造の認識という、法の言わば内的形式を自己充足的に分析することが要請されているからである。ローマーノによって構想された法秩序体概念は、まさしく社会的存在体の内的形式を構成するものである。彼が構築を試みた法の一般理論において言及される社会的事実は、厳格に法的な意味において指示されることによって当該理論の基盤に設定されていると評価されうるのは、まさしくかかる観点に立脚してのことであった。歴史的に現実化される実体としての法に関する研究は、法は制度体の生命の中に本来的に備わっており、その生命から湧出するものであるということのみならず、法はそれを操作する者の行動を自己の表象とするという言わば必然的な原理をも視界に収めるに至るのである。<sup>(48)</sup> 斯くして、ローマーノ理論は、一方において、法概念の規定に際して自然法への依拠を忌避することによって観念論的思考からの脱却を間断なく意識し、他方において、彼の法理論が内包する言わば現実主義的的局面を肯定することに通じうる社会的事実の援用を構造概念との関連において法概念の規定作業の中核に位置づけることにより、社会的現実の単なる観察者としての地位には留まらない法学者像を提示したという点において、独自の精錬性を付随させた制度体理論として捉えられうるものとなる。

法人格という類概念の中の種概念には留まらない広範な意味において理解される法律用語としての制度体概念は、フランスにおいてはオーリウによって法の科学に対して提供されるところとなったのであるが、権力概念に対する法概念の優位を理論化することを共に志向する制度体理論の展開においてオーリウ理論に対してローマーノ理論が有する決定的な弁別要素は、法は制度体の産物なのではなく、制度体と法との間には等置並びに発生的同一性の関係が存在するということをローマーノが確言したことであった。ローマーノ学説において制度体概念が法概念と等置されたことは、第一次的法源としての緊要性の概念構成にのみならず、社会的事実—制度体—



法という三項式を成立せしめる為の社会的な事實は、社会的諸要素並びに社会的諸力の総体として理解されるものではなく、組織化・構造化されることによって自己の生命を生成する社会的存在体を構成する可能性を有する社会的動因によって具象化されるという思考過程に起因している。<sup>(49)</sup> ロマーノは、この思考過程が内包する観点を前提として、法は社会的な事實の構造並びに持続的な組織化を構成する、あるいは組織化される余地のある社会的諸力が有する組織化原理を構成する概念であり、また、あらゆる組織化された社会体は法秩序体を構成するがために、社会的諸力の構造化として理解される制度体概念と法秩序体概念との間には相関関係が設定されるという主張を導出し、以って、《ubi societas ibi ius.》及び《ubi ius ibi societas.》という法格言双方の妥当性を肯定するに至る。ここにおいて留意すべきことは、彼は、法が有する秩序形成機能の中に、即ち、制度体に依拠して異なり、また、同一の制度体の内部においてでさえ多岐に亘るものでありうる何某かの目的・利益を実現する為ではなく、事実の法との接合を獲得する為に展開される作用の中に制度体の本質を析出していたということである。換言すれば、法が有する本質的機能は、市民社会と法との接合を現実化する為に展開される活動として発生するのであり、それ故、全ての秩序体において単一のものとして概念構成されるという、制度体の存在様式乃至本性に起因するものである。規範定立現象と組織化された社会生活との相関関係なくして法秩序に関わる問題は語りえないと考えるロマーノにとって、その全体の統一性において考察の対象となりうる法的現実を検討する手段概念として一般的な様式において規定される制度体に関わる中心的問題は、法秩序体概念の中に包含されるものと見なされる社会秩序の、つまり制度体の構造・組織化の問題であつた。<sup>(50)</sup> この問題においては、実在的存在体としての制度体が有する道徳性乃至合法性といった属性は背景に追いやられ、当該制度体に固有の秩序の現実化という観点を必要十分条件とする法対象性の個体化が追究される。制度体理論の発展は、組織化の概念を法対象性の基準として採用しつつ、法概念の倫理性という問

題を結論先取的議論として回避することによって特徴づけられるのである。なお、以上のように社会、秩序、組織化という 3 つの基本的項辞を媒介として構造化される制度体理論においては、法概念が付随させる規範的な局面が否定されるわけではなく、制度体の実存に起因する社会秩序を現実化する為の手段に規範概念が還元され、そのため、—— 制度体理論は規範的な法概念を補完・克服することを企図するが故に、法概念が規範概念に帰着することは決してない<sup>(51)</sup>のであるが—— 法規範の分類において行為準則のみならず、制度体創設若しくは組織化の為の諸規範という概念が援用されるといふことが付言されるべきであろう<sup>(52)</sup>。

本稿においては、制度体理論の描出作業を受けて、かかる理論の必然的帰結としての、あるいはその学術的妥当性の論証としての法秩序体の多元性の理論への言及が行われた。ローマーノは、第一次的法源としての緊要性概念を基点とすることによって、ある制度体が、たとえその制度体が最も完全に最も発展した形態を有するものであっても、他の全ての制度体の自律性を凌駕しつつ、それらの他の制度体を統合し吸収する可能性を否認したのであるが、このことは、現代において指示されるところの近代国家の形成期に検証された歴史的理由のみにより、つまり、国家現象の歴史的発現形態のうちの 1 つにすぎない存在に対する、国家の一般理論へは昇華しえない観察を以って、法を生成する唯一の存在体として国家を概念構成すること、そして、立法者の意志の表出として法を概念構成することに対する拒絶に通じている<sup>(53)</sup>。制度体として法を構想する営為は、社会体の内部において展開される自己組織化の現象を法の生成過程に関して援用するために、強制力の行使の下に一定の法規範を命じる至上権を法現象に連関させる試みとは根本的に弁別されるのである。ローマーノにとって、国家機関を主体とした立法活動という局面において識別されるべき法概念は、社会と国家という 2 つの基軸に対する媒介項として機能するが故に、国家に対する言わば上位概念として設定される<sup>(54)</sup>。従って、国家が自己の法秩序体の領域の中に組織化された社会性の現象全体を包摂することは不可能となり、

そのため、国家秩序体とは独立した法秩序体を構成しようとするあらゆる国家内部の存在体が法の生成の中核に位置づけられるに至る。そして、前段においても述べられたように、このような法の生成観は、法の生成主体が呈する倫理性や合法性とは無関係な法対象性概念を前提とするものであり、法の領域と道徳の領域との分離を固守することが、法秩序体の多元性という定言に対する究極的な論拠を構成する。<sup>(55)</sup>以上のような省察に立脚した法秩序体の多元性の理論は、契約論的国家観に取って代わる有機体論的国家観に則りつつ、国家を源泉とする規範の領域を教義学的概念構成に基づき精緻化する作業に法の科学を還元する潮流が優勢となっていた状況下で、至上権を有する国家という構想に依拠することによって、規範定立活動の所産の複合体としてのみ法を概念構成する法的・政治的一元論を打破せんとするロマーノ学説において、その最も顕在的な局面を構成すると評価されてきたであろう。<sup>(56)</sup>

ロマーノ理論においては、国家は制度体という類概念の中の1つの種概念に還元されるのであるが、制度体理論並びに法秩序体の多元性の理論を国家理論に適用することによって国家秩序体の形成に対する説明を試みる理論的営為は、国家権力の運用様式に対する説明、つまり法秩序体の発展過程に関する解釈を規定する必然性を有し、その意味において、ロマーノによって提示された多元主義的国家学説は、制度体概念の導入を契機として、国家機関を巡る構想の根源的な変容に対する予兆ともなるものであった。彼は、国家行政において確認されえた公権力の分権化傾向への着目を以って、「法治国家」の概念に対して新たな次元を付与する端緒としていたのであるが、公権力の分権化は、彼にとって、諸個人が有する権利・自由の保障を重視する為に、議会の立法活動による規制にはそぐわない社会的利益が発生する多様な本拠の自律性を容認しつつ、国家の行政活動に対する統制機関へと議会が果たすべき機能が変容することを含意する「行政国家」の到来を刻印するものであった。ロマーノは、多数の自生的な制度体の存続様式を調整することによって社会秩序・社会平和を保障する機能

が認識されるに至る過程を付随させた、「法治国家」概念の実質的変容が呈する不可逆性を示すものとして公権力の分権化を検証し、それにより、彼と同時代において国家の内部で生起していた多様な社会的・政治的運動に起因する社会・国家生活上の重大な転換を従来の立憲主義が享有する理論装置に成り代わって理論的に代弁していたのである。イタリアの法学史において、自由民主制国家が新たに提起するようになった公法理論上の諸要求に法の科学が適応することをローマノ学説が可能にしたと評価される所以である。<sup>(58)</sup>

## II 展 望 — ある導きの糸のこと

ローマノの手に係る制度体理論が公法学に対して及ぼした理論的影響は、前項において言及された行政国家の形成に関するローマノによる理論的寄与に加えて、形態学的法理論としてのローマノ学説の昇華、そして、規範主義的法理論を予示する公法理論としてのローマノ学説の仮定という、少なくとも2つの位相において抽出可能である。

V. フロズイーニ(Vittorio Frosini)によれば、目的論的観点に立脚した法の概念構成を排斥したローマノによる制度体主義の展開は、形態学的な法の概念構成が創始される契機を公法学説史において刻印するものであった。フロズイーニは、「法は国家の生命原理、国家の有機的構造、国家の本質である」<sup>(59)</sup>とするローマノによる確言に着目しつつ、ローマノが想定した構造概念を発展的に解釈することを以って、「行為の内的構造」という定式に基づく新たな構造概念を自己の法理論の基底的原理に昇華させた。ローマノによって構想された制度体主義は、法の構造を内的形式として指示したが故に、形態学的理論として規定されうる為の前提条件を内包するものであり、なかんずく、ローマノ理論における構造概念は、公共秩序の概念に収斂するように社会政治的現実を構造化する原理を構成する行為の構造という、法的行為の客観性並びに規則性を担保する特質をも付与されるものであるという解釈をフロズイーニは示す。フロズイーニは、斯く

の如くローマーノ学説の中に包含される構造概念を基点とし、社会的現実と法的現実との持続的な浸透関係という概念構成に依拠することによって、法概念を規定する際の中心概念として——社会若しくは社会的意識ではなく——行為との対比における行為者の地位を設定する独自の形態学的法理論を發展させたのであった。かかる様式において、ローマーノ理論における制度体と法秩序体との間の等置の関係が、フロズィーニ理論において顧慮される実践的行為と、それが獲得しうる規則性という属性との間の関係として継承されているのである。<sup>(60)</sup>ローマーノ学説に関して、彼の法理論が有する真の目的は、市民社会の内部における多様な対立・紛争が有する衝動性に起因する変動の影響から憲法を保護することを可能にする法秩序体概念を精緻化することであったと解釈する見解は、<sup>(61)</sup>このような文脈と接合することによって正当化されうるのであろう。

フロズィーニによる形態学的法理論の形成は、法概念が纏うべき内的形式を明らかにすることを追究する局面を有する理論としてのローマーノ学説の意義を強調する過程を付随させたものであるが故に、非意志法並びに社会的事実の構造としての実定法の本質並びに構造を認識すること、つまり、法現象に対する内的観点に身を置くことがローマーノに対して要請されていたということの1つの例証を構成する。この事実、法秩序体概念を客観法の領域として捕捉し、その限りに於いて憲法現象を事実の領域に還元するのではなく、憲法現象の発現に対する限界を法的な規範定立作用において探究することを試みた理論として評価されうるローマーノ学説と、ローマーノ学説以後の規範主義的法理論との一面における接合可能性の示唆へと通じている。

旧来の規範科学としての法の科学という観念について語ることの誤謬性をローマーノと共有した N. ボッビオ (Norberto Bobbio) がかかる法の科学を克服する規範主義的法理論の構築を試みた営為においては、法の有効性は、社会において諸個人が接合する為の媒介となるような諸準則の複合体若しくは体系によって形成される社会的組織化に依存する。ボッビオは、

法概念の規定においては社会的組織化、法秩序体、法規範という 3 つの項辭が必然的に介在すると考えるのである。従って、規範定立権力を国家権力と等置することを拒否するボッピオの思惟においては、法を国家法と同一視する傾向を有する国家主義的法理論の枠組を超越する手段を提供するものとして制度体概念が評価されるために、ある社会集団が未組織の集団としての位相から組織化された集団としての位相へと移行する過程である「制度体化」という現象の中に法概念の発生的契機を認識する見解が受容されているのではあるが、それに留まらず、ある社会集団における共通の目的を達成する為に、その集団の各成員に対して、それらの成員の能力に応じた任務を配分することを組織化概念が意味するのであれば、その共通の目的の達成は各成員による自己の行動に対する規律を含意するが故に、かかる配分は行為準則を不可避免的に媒介とすることになり、従って、法秩序体の発生という制度体化の過程は行為準則の生成過程とは分離されえず、詰まるところ、法秩序体は諸規範の複合体と等置されるに至るということを彼は強調する。ボッピオにとって、社会的組織化は、集団が有する社会的権威が自己の構成及び自己の保存の為に不可欠な諸規範を命じる際の媒介となる手段であり、それ故、法秩序体の構成は、社会的組織化が行われる過程において顕在化するそれらの一般的諸規範が形成され妥当性を獲得することを意味していた。斯くして、ボッピオが創案した規範主義的法理論は、組織化概念と規範概念の不可分性を肯定するという、規範主義理論としての自己の本領を最大限に発揮しつつも、ローマノ学説の法源理論において中心的地位を占める不文法源を、社会集団の各成員に対して配分される任務を規律する行為準則の中に取り込んだがために、制度体理論の刻印を留めた規範主義という独自の理論としての様相を呈するに至ったと評価することができよう。ここに至って、ローマノ学説における組織化概念が開放しうる新たな地平が明らかにされることにより、規範主義的法理論を包摂・補完する理論として制度体理論を解釈することが可能となる。<sup>(62)</sup>

このような文脈において、ローマノ理論と規範主義的法理論との断絶性

を強調する見解が懷疑の俎上にのせられる。<sup>(63)</sup>確かに、ロマーノは、法秩序体が諸規範の総体に還元されることと、市民社会によって持続的に提示される諸要求に法秩序体が合致しえなくなる状態とが不可分に結合する限りにおいて規範主義を排斥する。しかし、規範主義が法秩序体概念を置換する対象と見なされる規範概念が呈する意義は依然として問題とされるべきであろう。「組織化は、ある規範若しくは諸規範の複合体ではないということ<sup>(64)</sup>は確実である。」とロマーノが明言するとき、かかる章句において前提とされている規範概念は、「構造若しくは権限に関わる諸規範(*norme di struttura o di competenza*)」と称される規範概念との対比において、極めて限定的なものとして想定されていると解されうるのであり、<sup>(65)</sup>その意味において、彼が明示的に批判の対象とした規範主義は、組織化の概念についての説明を欠落させた理論として観念されるものであった。<sup>(66)</sup>法現象を捕捉する営為の中核に構造概念がロマーノによって設定されたということは、組織化の概念の中に統合されることなくしては自己に固有の機能が認識されえなくなるという点において、法現象に対する包括的な了解を提供する手段たりえないものと見なされる行為規範を法秩序体の概念構成に際してロマーノが第一に想定したということの証左であると解釈することが可能なのである。<sup>(67)</sup>このような解釈は、組織化乃至構造に関わる規範という概念構成の徴表が既にロマーノ理論において確認されうるという定言へと通じている。<sup>(68)</sup>従って、「行為規範と並んで組織化規範の重要性を承認することを通じて、[...] 法を組織化の概念の中に解消することによって法の概念が定義されていたという事実に起因する、制度体学説の最大の困難が解決されたであろう。」<sup>(69)</sup>という指摘が正当性を有するのであれば、逆説的にも、ロマーノ学説以後の規範主義学説が「第一次規範」と「第二次規範」との区別に関する諸々の法的言辞を創出することを可能ならしめた理論として、ロマーノの制度体理論を仮定することもまた可能となるであろう。かかる仮定を媒介として、如何にロマーノが従事した一連の仕事は、法現象が生起する領野において秩序体を組織化する属性を備えた「第二次

規範」が帯びる肝要性を説明することに資する言説を内包するものであったかという認識が正当性を以て導出される。<sup>(70)</sup>そして、このような様式において理論的意義が付与されるローマーノの制度体理論に対する了解を経由した後に、——フランスのみならず——現代イタリアにおいて認識される「複合的規範体系」<sup>(71)</sup>が獲得しうる正当性を憲法裁判所における判例の集積過程をも視野に収めつつ検証する作業への展望が開かれるのであろう。

最後に、本稿執筆から百年前にローマーノが吐露した彼の法学上の根底的な問題意識を——ローマーノ学説が獲得しうる理論的意義を探究するに際して本章の冒頭において明言された原則に対して、ある種の例外を設けるが如き行為に帰着することになりつつも——ここに至って敢えて提示することにより、本稿を締め括るに際しての1つの問題提起に代えることとする。本稿における最後の引用文は、時として冗漫の感を免れえない本稿の論述を以て意図されたことに対する、即ち、何故ローマーノは、国家の人格性と個人たる市民という二項対立を止揚する理論として、換言すれば、国家が有すると想定されていた至上権を制限するに際して、国家とは対置される個人の存在を前提とはせず、且つ自然法とは異質の法原理を追究する理論として、固有の制度体主義を公法学の領野において創案するに至ったのか<sup>(72)</sup>ということに対する根本的な了解に資する思考の契機を提供する言表たりうる可能性を包蔵している。故に、下記引用文中に内包されたローマーノによる問題提起が——我が国の公法学における研究対象としては極めて少数派に属する準拠国から発せられたという事実とは無関係に——今日性を以て受け止められるのであれば、本稿が公にされた目的がほぼ達せられたと言えるのかもしれない。

疑いもなく、現代国家は、複雑化した装置を以て、自己の秩序体の一般的意識との合致をより生き生きとした、より触知可能な、そしてより確実なものとするよう努めてきた。即ち、現代国家は、それなくしては制度体が長期に亘り存続することが不可能となってしまうような制度体の承認を、一般的意識がより即時的且つより直接的な態様において顕在化させる



ことを目指してきたのである。そこから、一定の人民投票への訴え、一定の選挙に基づく諮問、いくつかの形態の国民投票、等々が行われるようになった。しかし、このことから人民の中に憲法定権力が推論されようようには思われない。ある制度についての法的評価に際しては、その制度の目的論的契機に対して決定的な重要性を帰属させる前に、非常に慎重になることが肝要である。——少なくとも法が有する論理上の要請、即ち教義学的立論上の要求にとって——結果は大抵の場合その原因から分離するあまり、原因に準拠することなく、結果をそれ自体において考察することが必要となるのである。原因への準拠は、たとえ単なる技術上のものであっても全く自己に固有の合目的性を有している法体系において結果に帰属する限界並びに地位の規定にとってもはや必要なのではなく、全く別の探究にとってのみ、即ち、結果に対する哲学的若しくは政治的評価にとってのみ必要なものであろう。黙示的なものであれ明示的なものであれ、直接的なものであれ間接的なものであれ、自覚的なものであれ無自覚的なものであれ、人民による承認は、ある制度が、とりわけその制度が根本的なものである場合に、機能しうる為に必要なものではあるのだが、これは、立法者が忘却してはならず、政治家が利用し、哲学者が自己の探究の為に活用するであろう事実上の必要性である。しかし、単に政治秩序体がその集団的意識の中に合致を見出すことが必要であるからといって、人民が制憲権を有すると述べることはできないのである。<sup>(73)</sup>

- (1) この点に関しては、特に本稿第1章第2節(早稲田法学76巻2号(2000年)186-207頁)参照。
- (2) Paolo Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale. Istituzioni di diritto pubblico*, XV edizione interamente riveduta, Napoli, Jovene, 1989, p.2. P. ビスカレッティ・ディ・ルッフィア(Paolo Biscaretti di Ruffia)は、法現象を理解する為の出发点として、法の概念構成に際して私法学者がしばしば採用する「規範的」アプローチと、公法学者が採用するべき「制度体的」アプローチとを対置する。
- (3) Ved. Alessandro Pace, L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale, in *Quaderni costituzionali*, a.XVII, n.1, 1997, p.7 e segg.

- (4) P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, pp.78-80. 本文において示されたビスカレッティ・ディ・ルッフィアの視点は、例えば、第二次世界大戦直後のフランスにおける共和臨時政府に対する「正統性(légitimité)」について論じるといふ文脈において、政府が樹立される以前に存在した何らかの憲法論文若しくは憲法慣習への適合性を意味する「合法性(légalité)」とは異質な概念としての「正統性」の論理を強調する視点(Maurice Duverger, *Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de fait (à propos du Gouvernement provisoire de la République)*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1945, p.73 et suiv.)とは根本的に断絶していると評価することが可能であろう。
- (5) Ved. P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, p.55 e segg.
- (6) 至上権を有する主体として包括的に概念構成される国家概念から脱却し、国家権力が行使される各局面において顕在化する権限(competenza)並びに機関(organo)の概念を支柱とした国家概念を提示することは、ロマーノの学術生活における初期の段階からの問題意識を形成するものであった。Ved. Santi Romano, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura dell'Orlando, vol. I, Milano, 1897, pp.118-119. Cfr. Maurizio Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: Nuove prospettive della ricerca*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, no.10, 1981, p.199.
- (7) なお、ビスカレッティ・ディ・ルッフィアは、公法学に対してロマーノ理論によってもたらされた貢献が有する意義をロマーノの死後直後に逸早く総括した。その総括によると、ロマーノによる初期の憲法上の著作と彼の制度体理論の形成・発展との関連において、制度体主義を機関理論に適用することによって、「イタリア公法学派」による同理論の精緻化を容易ならしめたという意義が「国家の憲法上の諸機関の観念と性質」論文(S. Romano, *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, in *Scritti minori*, vol. I : *Diritto costituzionale*, a cura di Guido Zanobini, Ristampa dell'edizione del 1950, Milano, Giuffrè, 1990, pp.1-49.)に対して、憲法秩序体が確立される現象に関する省察を以て、法が生成される契機を如何なる位相において捕捉するかという問題に対して、特に、前法的なるものの局面が法対象性を有するの否かという問題に対して1つの解決策を提示したという意義が「憲法秩序体の事実上の創設とそれに対する正統性の承認」論文(Id., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giuridico*, vol.68, 1901, pp.3-74.)に対して、国家の存続が呈する現実に立脚することによって、国家とその領土との間の法的関連に関して、国家理論が新しい現実に即応することを可能ならしめるような説明を提示したという意義が「国家の領土の法的性質に関する所見」論文(Id., *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp.203-215.)

に対して、立法権において根源的且つ絶対的な規範定立権力を承認する「実証学派」の原理が共有されえないものであることを明らかにしたという意味において、公法学に対する革新的な寄与を成し遂げたという意義が「イタリア法における立法作用の限界に関する理論に向けての予備的所見」論文(Id., Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislative nel diritto italiano, in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp.217-243.)に対して、慣習法規範とは区別される不文の社会規範を個体化したという意義が「法と憲法的適正」論文(Id., Diritto e correttezza costituzionale, in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp.331-348.)に対して、デクレート・レッジエを制定する統治権力の基盤を法源理論との関連において明らかにしたという意義が「メッシーナ地震及びレッジョ・カラブリア地震の際のデクレート・レッジエ並びに戒厳令について」論文(Id., Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria, in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp.349-377.)に対して、国家秩序体の内部における分権化傾向という、現代国家が有する最も顕著な特質のうちの1つを析出したという意義が「現代国家とその危機」論文(Id., Lo Stato moderno e la sua crisi, in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp.379-396.)に対して、それぞれ帰属させられる。Ved. P. Biscaretti di Ruffia, Santi Romano e la sua opera scientifica, in *Il diritto ecclesiastico*, 1948, pp.127-129.

- (8) Vgl. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4., unveränderte Auflage, Tübingen, JCB Mohr, 1990, S.292, N.266. J・エッサー(米山隆訳)『原則と規範』(青山社、2000年)504頁註(266)参照。
- (9) Ved., Antonio Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, seconda edizione, Giuffrè, 1980, p.226.
- (10) S. Romano, La teoria dei diritti pubblici subbiettivi, *op. cit.*
- (11) Fulvio Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, terza edizione, Giuffrè, 1988, p. 191.
- (12) S. Romano, Decentramento amministrativo, in *Scritti minori*, vol.II : Diritto amministrativo, a cura di G. Zanobini, Ristampa dell'edizione del 1950, Giuffrè, 1990, p.19.
- (13) F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, *op. cit.*, p.193. Cfr. S. Romano, Decentramento amministrativo, *op. cit.*, p.45.
- (14) F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, *op. cit.*, p.195. Cfr. S. Romano, Decentramento amministrativo, *op. cit.*, pp.36-37 e p.79.
- (15) Ved. Ibid., p.26 e p.76. Cfr. F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, *op. cit.*, p.196.更に付言するなら、テッシトーレによれば、「法治国家」が内包する論理からの脱却としての象徴的意義を付与されるべき「権威の分権化」という概念は、国家主権を否定する原理としてではなく、国家主権への参加原理として了解さ

れる (*Ibid.*, p.200.)。ロマーノは、国家の組織化原理を化体するものとして当時の憲法が有していた刻印を、直接的に主権を共有する機関が増大した現象に求めたからである。Ved. S. Romano, Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislative nel diritto italiano, op. cit., p.220.

(16) Id., Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione, in *Scritti minori*, vol. I, op. cit., p.107.

(17) F. Tessoro, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, op. cit., p.197.

(18) S. Romano, Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislative nel diritto italiano, op. cit., p.219.

(19) *Ibid.*, p.235. 立法作用に対する「内的限界」について、ロマーノは、「今日の憲法における根本的な制度体が有する内奥の性質について考究することが意欲される時、その性質は、法規範が最も高次の表出の中に浸透するという可能性において、また、最上級の国家機関のうちの如何なるものも *legibus solutus* (=法律から解放されたもの) と呼ばれないように、それらの国家機関によってその法規範の存在が感知されるという可能性においてなかならず探究されなければならない。」(*Ibid.*, pp.225-226.)と主張する。

(20) 本稿第1章第1節Ⅲ(早稲田法学76巻1号(2000年)83-89頁)参照。そこにおいては、社会的需要の表出としての法的現実と、立法者によって発せられる法との間に確立される断絶が全ての法規範の第一次の源泉としての緊要性を発動させる原因となり、その緊要性は、秩序体の部分的且つ暫定的な変更を通じて、あるいはその永続的な変更を通じて、更には新たな憲法秩序体の事実上の創設を介して、事実と法との間の均衡を回復させる機能を果たすということが指摘された。換言すれば、国家による立法活動が社会的需要の表出としての法的現実と準拠したものではないという原理を究極的には緊要性原理が担保するという体系がロマーノによって描出されていると言えよう。

(21) F. Tessoro, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, op. cit., p.199.

(22) Ved. *Ibid.*, pp.199-200.

(23) *Ibid.*, p.211. なお、立法作用に対して課せられるべき内的限界を理論化する試みは、法秩序体並びに法源に関する多元主義的理論に立脚することによって、法解釈理論において規範定立権力の非人格性を含意しうるものであるが故に、意志主義的法理論を打破する射程を獲得し、そのことを以て、「国家の人格性」についての定言に対する再検討を迫るものであるということが指摘されうるのであるが (*Ibid.*, p.221.)、この点に関して、ロマーノは、法人格概念から制度体概念を解放する理論として M. オーリウ (Maurice Hauriou) によって創案された制度体主義を評価しつつ (S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Ristampa della II Edizione, Firenze, Sansoni, 1951, p.32.)、国家を法秩序体として指示することと、法人としての国家を承認することは理論的には同値ではないと主張する。人格概念の基盤としての制度体概念を構想するロマーノにとって、自己が有する構造という静態的な

局面においては客観的秩序体としての様相を呈し、動態的な局面、とりわけ権利・義務の行使・履行が問題となる局面においては人格としての様相を呈する秩序体が存在するため、あらゆる法秩序体は法人であるというわけではないが、あらゆる法人は必然的に法秩序体であるということが確言される(Id., *Corso di diritto costituzionale*, Ottava edizione aggiornata, Padova, CEDAM, 1943, p.55.)。従って、国家に対して社会体としての性格を帰属させることは、国家に対して法人格を付与することを直ちに意味するものではないとローマーノは想定するのである(Id., *Principii di diritto costituzionale generale*, Ristampa seconda edizione riveduta, Giuffrè, 1947, p.48.)。

- (24) F. Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, op. cit., p.227.
- (25) Giuseppe Capograssi, L'ultimo libro di Santi Romano, in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, 1959, p.228.
- (26) Sabino Cassese, Ipotesi sulla formazione de 《L'ordinamento giuridico》 di Santi Romano, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, no.1, 1972, p.246.
- (27) Ibid., p.244.
- (28) Id., L'amministrazione dello Stato liberale-democratico, in Id., *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, 1974, p.12.
- (29) Ibid., pp.13-14.
- (30) M. Fioravanti, Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Tomo I, Giuffrè, 2001, p.417. なお、本文において言及された国家生活上の根源的な変動に直面して、イタリアの官僚政治は、「変化と引き換えにしつつも安定化の要因としての自己の役割を、即ち、新時代の全ての矛盾を『内在化させ』、そして、新しい制度体を管理する総合的な責務を自ら引き受けるという異なる様式において果たすべき、そのような安定化の要因としての役割を維持することによって、それ自身を変動させる」(S. Cassese, *L'amministrazione dello Stato liberale-democratico*, op. cit., p.15.)に至るべきことをカッセーゼは主張する。彼にとって、イタリアの官僚機構に帰属すべき機能に関するこのような主張は、社会的諸力のとりわけ経済的發展と並行して行政システムが拡充されること、新しい社会構造が創出される原因となった諸問題を解決する責務を行政システムが引き受けること、構造的に援助を必要とする社会・経済活動の存在を背景として、行政システムがそれ自身産業支援の主要な要因となる、という3つの原因により裏打ちされるものであった。Ved. Ibid., pp.15-17.
- (31) Ibid., p.19.
- (32) Ibid., p.12. ローマーノ理論が有する主たる学術的功績は、多元主義的政治行政システムを科学的に了解するという問題を初めて提起することにより、自由民主制国家が惹起する新しい諸条件に法の科学を即応させたことに存するとカッセーゼは認

- 識している。Ved. Id., *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico»* di Santi Romano, op. cit., pp.245-246.
- (33) Ibid., p.282.
- (34) Ibid., p.270. Cfr. Guido Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Nuova edizione aggiornata a cura di Carla Faralli e Gianfrancesco Zanetti, Bologna, Mulino, 1994, p.244.
- (35) S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico»* di Santi Romano, op. cit., p.271.
- (36) Ibid., pp.278-279.
- (37) Cfr. Vittorio Frosini, Santi Romano e l'interpretazione giuridica della realtà sociale, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Volume I : Teoria generale e filosofia del diritto, Giuffrè, 1991, p.330.
- (38) Cfr. Giovanni Tarello, Il diritto come ordinamento, in Rinaldo Orecchia (a cura di), *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello Stato contemporaneo (Atti del X Congresso nazionale)*, Giuffrè, 1976, p.60, G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Mulino, 1988, pp.183-184, e Id., *La dottrina dell'ordinamento e la figura pubblica di Santi Romano*, in P. Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, 1977, pp.246-247.
- (39) Cfr. Massimo Severo Giannini, Profili storici della scienza del diritto amministrativo, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, no.2, 1973, p.255, Mario Galizia, Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale, in *Archivio giuridico*, 1963, p.100, Norberto Bobbio, Dell'uso delle grandi dicotomie nella teoria del diritto, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, p.197, e M. Fioravanti, Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano, op. cit., pp. 447-448.
- (40) ロマーノの制度体理論が自律的に形成・発展しゆく過程に対する 1 つの解釈様式を提示するものとして、特に本稿第 1 章第 2 節 I 及び II (早稲田法学76巻 2 号 (2000年)186-192頁)参照。
- (41) Ved. S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico»* di Santi Romano, op. cit., p.269, e Virgilio Mura, Pluralismo e neo-statalismo nella cultura giusfilosofica italiana del primo Novecento, in Aldo Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Ottocento e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp.387-388.
- (42) ロマーノの公法理論が獲得しうる現代的意義に関する総括を試みた M. フィオラヴァンティ (Maurizio Fioravanti) は、ロマーノ学説における理論と実践との根本的な浸透関係を「『社会』において、彼(=ロマーノ)は——彼にとっては、やはり

- 優先的には依然として国家の法であろう——法『なるもの』ではなく、総体的に理解されるならば、国家の至上権における内奥の実質を侵食することなく、その国家の至上権を制限された態様において概念構成することを彼に対して可能ならしめる『ような』法を探究する。」(M. Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, op. cit., p.211.) ことの中に見出していた。
- (43) 以上につき、特に本稿第1章第1節I(早稲田法学76巻1号(2000年)77-79頁)参照。なお、緊要性理論は、組織化という「形式的事実」を媒介として社会的現実を法化する理論としての様相を呈するが故に、ローマノ学説における「現実主義」的側面と「形式主義」的側面の混交を表象するという、ローマノ学説に関する言わば折衷的な解釈も成立しうる。Ved. Alfonso Catania, *Riconoscimento e potere. Studi di filosofia del diritto*, Napoli, Scientifiche Italiane, 1996, pp.199-210.
- (44) 本稿第2章第5節(早稲田法学76巻4号(2001年)101-105頁)参照。
- (45) Ved. A. Catania, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Jovene, 1987, p.129.
- (46) 本稿第1章第1節III(早稲田法学76巻1号(2000年)83-89頁)参照。
- (47) Ved. Massimo La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma, Laterza, 1999, p.121.
- (48) 以上につき、本稿第1章第1節IV(早稲田法学76巻1号(2000年)89-91頁)、及び第2章第2節(早稲田法学76巻2号(2000年)218-224頁)参照。
- (49) まさしく法現象の社会性という確言と組織化概念と不可分の属性としての社会性という概念構成が、制度体としての法という定義の前提条件であった。Ved. M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori, op. cit.*, p.125.
- (50) Ved. Angelo Costanzo e Bruno Montanari, *Teoria generale del diritto. Regole-Casi-Teorie*, Torino, Giappichelli, 1998, p.133.
- (51) Ved. Stefano Maria Cicconetti, *Le fonti del diritto*, Volume I : L'ordinamento giuridico-La Costituzione. Le leggi costituzionali-Le leggi ordinarie, Giappichelli, 1997, pp.11-12.
- (52) 以上につき、本稿第1章第1節V(早稲田法学76巻1号(2000年)91-98頁)、及び第1章第2節V(早稲田法学76巻2号(2000年)199-201頁)参照。
- (53) ローマノは、自己の制度体理論の提示により、立法者の側からの法の定式化という契機から、社会的意識における法の現実的・歴史的な存在という契機へと法の生成を同定する視点を移動させたが故に、自己の制度体理論の国家理論への適用により、国家の存在の始源的な契機を再構成するよう導かれた。この点については、本稿第1章第2節VI(早稲田法学76巻2号(2000年)201-207頁)参照。
- (54) Ved. Pietro Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, 1986, p.128.
- (55) 以上につき、本稿第1章第1節VI(早稲田法学76巻1号(2000年)98-103頁)参照。

- (56) Ved. M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori*, op. cit., pp.120-121.
- (57) Cfr. A. Costanzo e B. Montanari, *Teoria generale del diritto*, op. cit., p.131.
- (58) 以上につき、本稿第 3 章第 3 節 II 及び III (前掲 39-47 頁) 参照。
- (59) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp.48-49.
- (60) 以上につき、本稿第 3 章第 1 節 (早稲田法学 76 卷 4 号 (2001 年) 109-114 頁) 参照。
- (61) Ved. M. Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, op. cit., p.214.
- (62) 以上につき、本稿第 3 章第 2 節 (早稲田法学 76 卷 4 号 (2001 年) 115-119 頁) 参照。
- (63) 梶山伸久「サンティ・ロマーノの法秩序論——法と国家の制度論的仮説——」法学政治学論究 47 号 (2000 年) 20-21 頁は、「ロマーノの関心は規範主義理論との差別化よりも、部分的であるが重大な修正を加えることでイエリネクの理論との差別化を図ること」であったために、「少なくとも『法秩序論』執筆時点では、自己の理論を規範主義と対決させるほどの明確な意図を持って」おらず、『法秩序論』から二十年以上後に出版された『一般憲法学原理』では、自説を『制度主義』と呼び、『規範主義』と意図的に対照させているが、それは、ロマーノが「法学に社会学的な視点を持ち込むことを否定するケルゼンへの対抗意識を強く持つようになった」ためであると説明し、「ロマーノの制度理論が果たして規範理論に對置されるほど明確に對立する理論といえるのか」という疑問を提示する。
- (64) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p.52.
- (65) Cfr. A. Catania, *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, 1ª ristampa II edizione, Scientifiche Italiane, 1993, pp. 57-58 e p. 58, n.20. 本文において言及された「構造若しくは権限に関わる諸規範」という概念は、「秩序体が有する組織化の局面において、即ち、行為規範間の論理的関係から成る体系の中に秩序体が解消されることにはならない為の原因となる局面においてその秩序体を構成する機能」を共有する、「構造、組織化、地位、生成、権限」に関わる「独自の範疇の諸規範」(Luigi Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Ristampa inalterata, Giuffrè, 1975, p.388.) という概念に直接的には依拠している。
- (66) A. Catania, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 204. 事実、ロマーノは、国家法が国家による意志行為から直接的に派生すると主張する見解を否定するという文脈において、新たな秩序体の誕生にとって本質的なものであるが故に、その秩序体に対して拘束力を発揮しつつその秩序体の存続を担保することになる諸規範並びに諸制度の複合体が存在するという見解を提示し、新国家の形成という現象を純然たる事実の問題には還元せず、かかる現象の理論化を試みていた。Ved. S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, op. cit., p.64.



- (67) Cfr. A. Catania, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, op. cit., p.134, e N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in P. Biscaretti di Ruffia(a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, op. cit., p.27.
- (68) Gaetano Carcaterra, *Le norme costitutive*, Giuffrè, 1974, pp.114-115. によれば、「既に『法秩序体』の初版における様々な章句において、組織化は、一方においては法と同一視されるのに反して、他方においてはある意味において法の産物と見なされている。即ち、『法に特有の目的はまさしく社会的組織化という目的であり』、法は社会的存在体の『地位』であり、ある一節において、法は、『それが展開される場となり、また、それが統一体として、即ちそれ自体で存立している存在体として『構成する』まさしく社会それ自身の地位』であると率直に述べられている。ここにおいてローマーノは、『制度体』、『組織化』、『社会的存在体』等々の意味において法という『単語』を使用することはできない。何故なら、制度体の目的は制度体である、制度体は制度体の地位である、そして、制度体は制度体を構成するということを確言することは、(同語反復にすらならない)明白な反意味であろうからである。『法』は、これらの文脈において、ある行為若しくはある活動(オーリウにおける創設の『作用』)以外のものを、従って、詰まるところ、制度体の母型となる規範以外のものを指示しえないのである。」とされる。かかる分析は、ローマーノ学説の解釈において一般的に抽出される反規範主義の立場が修正される事態を前提としている。即ち、法は規範である以前に組織化であるという言葉は、規範を媒介としない組織化が存在するという意味ではなく、個別の諸規範に対して法対象性を刻印する為の決定的な要素として組織化が概念構成されるという意味を付与されることとなり、また、規範は制度体の存在にとって本質的なその制度体の部分を構造化するという意味において、規範と制度体との間に構造化の関係が捕捉されるため、制度体理論の規範主義との共存化傾向が確認されることとなる。Ved. *Ibid.*, pp.113-114.
- (69) N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, op. cit., p.27.
- (70) Ved. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, op. cit., pp.389-391, n. 29, e A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Seconda edizione, Laterza, 1999, p.23.
- (71) Cf. N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, traduit par Michel Guéret avec la collaboration de Christophe Agostini, Paris, LGDJ ; Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 167 et suiv.
- (72) Ved. M. Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, op. cit., p.193 e pp.205-206. フィオラヴァンティによれば、ローマーノが法学者として自己に課すべき根本的な任務は、個人的諸権利が帯びうる何某かの前国家的な側面を否定しつつ、国家が至上権を有することの必然性を容認することと、国家並びに個人とは区別される公法上の主体を析出することという、撞着を惹起し

かねない 2 つの要求を充足させ、以って、法実証主義と自然法主義とを巡る伝統的な二者択一論から脱却し、至上性と被制約性という 2 つの属性を同時に兼ね備えた「法治国家」という選択肢を指示することであった。Ved. anche Ibid., p.198.

- (73) S. Romano, L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, in *Archivio giuridico*, vol.68, 1901, pp.11-12.

(了)

付記 本稿は、2001年度早稲田大学特定課題研究助成費による研究成果の一部である。