

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（Ⅰ）

——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——

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. デュブーシェ「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
現代的実在性（以上、本号）

第2節 サンティ・ロマーノ学説に対する
形成的仮説

第2章 サンティ・ロマーノ学説に関する
解釈実践

第3章 公法学におけるサンティ・ロマーノ
学説の刻印

終 章

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. デュブーシェ「規範的制度体理論」の視点

P. デュブーシェ (Paul Dubouchet) は、所謂「規範的法理論」⁽¹⁾の一環として「規範的制度体理論」を提示する。その理論の——具体的内容ではなく——着眼点のみを約言するならば、次のようになろう。

彼によれば、法に対する規範的アプローチは (行為内容に関わる) 第一次規範と (権限内容に関わる) 第二次規範の区別に存するが、制度体 (institution) の観念は、その 2 種類の規範の接合に起因する「複合的規範体系 (système normatif complexe)」⁽²⁾⁽³⁾に相応する。換言すれば、その制度体の概念に関して、デュブーシェは、客観法と実定法の均衡の体系としての、即ち、権力の発現という現象と、その権力に対する、ある理念 (idée) を媒介とした利害関係者の同意という現象とが均衡した体系としての制度体という局面を重視し、⁽⁴⁾それ故、「法治国家」の本質は、統治上の法源が既にナシオン (nation) によって確立された法に従属している状態に存するということを強調するが、⁽⁵⁾他方において、制度体形成の過程は法体系の自己制御 (auto-régulation) が為される過程であり、その過程においては制御規範たる第二次規範という媒体が必然的に介在するのであって、法秩序の核心は前規範的な体系にではなく、第二次規範を備えたまさしく「複合的規範体系」に存する⁽⁶⁾ということが彼にとっては決定的に重要な事柄である。法理論若しくは制度体理論に関して「規範的」という形容語が付されることによって、法的アプローチという方法的純粋性の固守が試みられるのは、法生活の中核に位置づけられるべきものとして、言わばメタレヴェルの諸規範が措定されるという意味においてなのである。

かかる「規範的制度体理論」の着眼点を以って、デュブーシェは M. オーリウ (Maurice Hauriou) や G. ルナール (Georges Renard) の制度体理

論に対して——更には G. セル (Georges Scelle) の公役務理論に対しても——現代的意義を付与することを企図しているが、結論的に述べるならば、現代においてそれらの理論が正当化される法的文脈、即ち現在のフランスにおける「複合的規範体系」つまり制度体は、(とりわけ1970年代以降の) 憲法院判例を媒介とした、憲法部門に対する様々な法部門の統合現象(諸法部門の根本法としての憲法という観点)⁽⁷⁾であると捉えられる。

II 本稿がめざすところ

「規範的制度体理論」が有する企図の対象を構成するものは、明示的にはオーリウ、ルナールの制度体理論であるが、彼らとほぼ同時期にイタリアにおいて制度体理論を発展させ、オーリウの制度体理論をその基本的発想の確認たる地位に時に帰着せしめた S. ロマーノ (Santi Romano) の法律学説も、——デューブーシェの明示的意欲を超えて——論理必然的には「規範的制度体理論」による現代的精緻化という企図の視界に進入するものである。デューブーシェは、ロマーノの制度体理論において1つの核を成す「組織体 (organizzazione)」という観念も、第二次規範というメタ規範を媒介させなければ法の科学における説明力を有しえないと想定し、ロマーノによる制度体理論が「規範的制度体理論」の対象たりうることに非常に懐疑的な態度を表明する。しかしながら、デューブーシェの「規範的法理論」の1つの有力な核心が客観法の探究に存するのであれば、自然法イデオロギーに対する忌避を幾度となく強調しつつも、その一方において自己の理論の鍵概念を構成する「法秩序体 (ordinamento giuridico)」を客観法の領域として捕捉し、その限りにお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追究しようと試みるものと言えるロマーノの制度体理論は、N. ボッビオ (Norberto Bobbio) 流の第二次規範を法現象の展開の中に媒介させる可能性を包蔵した理論であると評することができるのである。

本稿は、法規範が生成される、あるいは法秩序が形成されるという現象

に対して、言わば広義の客観法概念を介在させることによる被制約性を帰属させるという属性を内包する制度体理論への着目を維持することによって、法による国家制限を現実化する為の理論装置を創出する知としての憲法学という観点から、——直接的にはないが、憲法裁判所が定立する諸規範（＝憲法判例）をも視野に収めた——憲法規範が生成される契機に関する構想の 1 つの在り様を提示することを究極的にはめざす論考である。その際、制度体理論の中でも、——その法学方法論の内実が如何なるものであったのかということについてはここでは留保する必要があるが——観念論的手法から脱却することに間断なく拘泥したローマノの法理論を検討対象として採用することによって、本稿は、日本において多少なりとも紹介・検討されてきた制度体理論が、現代の憲法学説において精練性をもった理論としてその有用性を発揮しつつも、自己の起源における独自性を喪失せずにかかる目的を獲得するという難問に応え、以って日本の公法学説における制度体理論の研究に対して新たな地平を開くことを目論むものである。

ローマノの法理論は、これまで日本における法律学説の展開において——少なくとも彼の法理論の根幹を成す部分については——本格的な紹介・検討を十分に見出してはこなかったと言つてよいと思われるので、やはり近代立憲主義の自明性が揺らぎ始めた「イタリア社会の新たな政治的・道徳的意識の核心において新たな法を捕捉する」⁽¹³⁾という目的を以て、法の科学の任務は如何なるものであるべきかということを根本的に問うた彼の法思想の全体像を提示・解明せんとする企てはそれ自体として少なからぬ意義を有すると考えられるが、そのような意図が保持されつつも、主として緊要性 (necessità)・制度体 (istituzione)⁽¹⁴⁾・法秩序体の多元性 (pluralità degli ordinamenti giuridici) という諸概念をキーワードとした、憲法法源の生成及び統治体の在り様に関する照射が行われ、また、イタリアの公法学説によるローマノ理論に対する現代的評価も射程に収められることによって、もう 1 つの制度体理論とも称されうるローマノの法律

学説に対する検討が進められることになる。

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

ロマーノの学説における理論的支柱を探究しようと欲するのであれば、2つのそれが容認されるであろう。即ち、制度体の理論と法秩序体の多元性⁽¹⁵⁾の理論である。ここにおいて、彼の法律学説において根幹を成すのはいずれの理論かということを考慮に入れた場合には問題が生じる。従って、制度体の理論にヨリ重要性を付与し、法秩序体の多元性の理論を、派生的及び帰結的という意味において理解される従属的地位に置くか、それとは反対に、法秩序体の多元性の理論をヨリ重視し、制度体の理論を法的多元主義⁽¹⁶⁾の前提条件⁽¹⁷⁾と見なすかによって、ロマーノの学術的思惟に関して、制度体及び、法を制度体と見なすことによって到達する結果、即ち法秩序体の多元性の双方を際立たせる2つの解釈が生じるということになる。

かかる解釈は、ロマーノ学説に対してあるいは内的観点を、あるいは外的観点をヨリ以上に取り込むことによって提示されたものであるという。彼の理論に対して内的観点を拠り所とすれば、制度体の構造を、即ち制度体の発現である社会的闘争性を構成する諸要素を捕捉しようと試みることによって、制度体の理論をその本質において、且つ現実と理論の関係において検討することになり、反対に外的観点到立脚点を見出すのであれば、彼の制度体の理論が導出する学術上の結果を検討することになるというのが必然的帰結である。

しかしながら、それら2つの解釈がロマーノ学説に関する真に正しい了解をもたらしうるものとなる為には、ロマーノによる学術上の成果の中でも、1909年からロマーノの最後の著作に至る、即ち「現代国家とその危機⁽¹⁸⁾」というピサで行われた講演から『法律用語断片集⁽¹⁹⁾』に至る彼の業績

のみを共通の領野とし、1894年から1909年に至る、即ち「公的授益制度体の概念」⁽²⁰⁾から「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・レッジェ (decreto-legge) 並びに戒厳令について」⁽²¹⁾に至る彼の青年期の著作を等閑視するという態度は回避されなければならない。ローマーノの青年期における著作においては、制度体としての法という概念構成に関する示唆が散在しているということばかりではなく、成文法並びに不文法の第一次的法源としての緊要性⁽²²⁾という1つの理論が存在しているからである。この理論は、それが定式化された時代には、法律尊重主義という閉鎖的な論理に従順なのではなく、理論と実践との持続的な浸透関係としての開かれた論理に従順であるという意味において、研究者の関心を引き付けたのである。⁽²³⁾ここに至っての本稿筆者の意図は、1909年にローマーノは、かかる理論が十分な検証可能性を有すると見なした時にかかる理論を提示したということ、そして、それ以後彼独自の方法を以って、様々な論文において様々な観点からかかる理論を検討し検証したということである。⁽²⁴⁾

斯くして、ローマーノの学術上の成果を2つの時期に区別する可能性が導出される。第1の時期は1894年から1909年までであり、その時期においては、事実としての法に関する直観に基づき、とりわけ緊要性の問題への言及が行われつつ、制度体としての法という理論に対するアプローチが遂行されることによって、法源に関する諸問題が検討された。第2の時期は1909年から1947年までであり、その時期にローマーノは、社会的事実の組織化としての法という原理へのより確固たるアプローチを成し遂げ、その結果、1917年に制度体の理論と法秩序体の多元性の理論を提示し、それ以後、それらの理論の更なる発展を試みることになる。更に付言すると、第1の時期においては、緊要性と制度体の関係として理解される緊要性の理論が検証され、第2の時期においては、法源としての緊要性という概念構成が確たる法的信念を以って獲得されるや、制度体と法秩序体との等値関係として理解される制度体の理論が検討され、同時に制度体の理論の必然

的帰結として、法秩序体の多元性の理論が提示されることとなろう。

しかし、ロマーノの学術的成果の2つの時期への区分から、一方の時期において法秩序体概念が、他方の時期において緊要性概念が論じられなかったという意味における、2つの時期の間の明確な切断が推論されるわけではなく、ロマーノの学術的成果が2つの局面に分割されることによって、彼は、1894年から1947年に至るまでの様々な時期において、調和の取れた系統的な理論提示にとって不可避的な思惟の観点を段階的に明確化することで、自己の学説の形成及び完成を目指したということが意図されている。⁽²⁵⁾従って、ロマーノ学説への言及は、緊要性－制度体－法秩序体の多元性という概念上の三項式の使用を必然的に伴うのである。

II 緊要性・社会的意識・法

緊要性の理論は、現在における立法政策のレベルにおいては留保が付されるとしても、学術レベルにおいてはその重要性を帰属させられる。⁽²⁶⁾ロマーノの学説において緊要性は、成文法並びに不文法の、秩序体の部分的且つ暫定的な変更の、秩序体の永続的な変更及び新たな秩序体の創設の源泉としての位置づけを与えられている。

ロマーノは、1902年論文において、⁽²⁷⁾決定的に法源としての緊要性という観念を明示し、それ以後一貫してかかる観念を固守した。特にロマーノは、緊要性という言葉を経験的な意味において使用した。

経験的な意味において使用されるこの言葉を以って、法の根源的な源泉であるような緊要性を意味したいと思う。ここにおける法とは、法規範を生ぜしめる社会的欲求そのものと、その法規範の発見並びに宣言との間に、この宣言を行う権限を有する機関の合理的な活動が介入することを許さない程、無条件的で、明示的で、確実な仕方において、即時的且つ直接的に社会的諸力から湧出する法のことである。緊要性は、このように理解されるならば、*regula iuris* の前提条件ではなく、それ自身が法である。それは、法がかかる緊要性の即時的な、言わば第一段階の産物であるとい

う意味においてである。立法者は、そのような法を公式に記録し、それを認めるにすぎない。その際立法者は、一般的に言われるように、一般的意識の中に見出される法を創作するのではなく、かかる法を集積し宣言するのであるが、その行為に当たって、幅広い自由が彼に対して認められているというような、広範な様式においてではなく、立法者の知的な、人格的な媒介を排除する、言わば強制的な様式においてそのような法を確認するのである。更に、緊要性の概念の中には、かかる目的の為に国家の憲法生活のうちの何らかの部分における改革を要求する、公共の意識の一定の顕著で切迫した表出さえ内包されうるのであろう。この場合においては、立法者は多少なりとも異なった、ヨリ自由な役割を担う。即ち、世論は、ある改革が導入されるべきことを立法者に対して命じることはできるが——そして、立法者が服従する緊要性の要素はこのことに限定されるのである——、まさしくそれ自身の性質により、その改革それ自体の方式を立法者⁽²⁸⁾に対して提示し明確化することはできない。

斯くして、ロマーノの学説においては、法が形成される本拠、即ち、立法者が法を宣言する以前に法を発見する領域を構成するのは社会的意識 (coscienza sociale) である。

各人が統合される共存並びに体制の理性を体現し、調停者の役割を果たし、部分相互の関係並びに部分と全体との関係を掌り、社会的自我 (*io sociale*)、即ち典型的、抽象的、客観的な *socius* の体現として存在するこの意識は、まさしく法によって与えられる。⁽²⁹⁾

しかし、ロマーノにとって、社会的意識は単に法が形成される本拠なのではなく、まさしく法そのものである。

この社会的自我が法の出発点であるとする如何なる理由も存在しない。社会的自我は法それ自身であり、規範はその声、否むしろ声のうちの一つ、即ち、社会的自我が作用しその目的を達成する手段のうちの一つにすぎない。⁽³⁰⁾

以上のように、ロマーノは、社会的意識における要求が構造化される際に準拠されなければならない不可欠の要素として緊要性を理解したので、一般的に法の歴史の発展段階において必要とされるような特質から法の生成を、及び法それ自体を切除したと言いうる。斯くの如くして、彼は、何某かの特定の実定法において法現象が帯びる独自の様相とは無関係に、それ自体としての法現象を自己の省察対象として設定し、その一方において、常にその実証性において、即ちその歴史的実現において法現象を考察したのである。法に対するかかる考察方法から、緊要性は法であり、まさしくその緊要性の生来の本拠は立法者の意志においてではなく、社会的意識において探究されなければならないということが確言され、人間の意識の中に含まれる言わば格率を基点とすることによって緊要性の理論が構築される。ロマーノは、社会的な需要における確証に基づいて一般的意識の中で実現される法を実定法として位置づけ、そのような実定法を眞の法と見なすことによって、自然法や理性法を偽りの法にまでその地位を押し下げ、その結果、緊要性を法源理論の中核において引き受けたのである。⁽³¹⁾

立法者の意志においてより以前に社会的意識において決定的に存在し形成された法をロマーノは考察していたので、法における言わば明証性とも言うべきものが少なくとも全面的には重視されていなかったのであるが、それだけに彼の学説は、相關的且つ動態的な関係に従って展開する、市民社会と法との調和的な二元論の可能性を、社会的事実と法との相互作用において持続的な関係が介在する可能性を探究したものとも評価されうる。⁽³²⁾ ロマーノの法理論において、法の生成を規制する諸規範の総体のまさしく欠如によって特徴づけられるものが緊要性であるとも言いうるのである。実際、緊要性は、まさしくそれ自身の性質により「少なくとも通常は、また実際に効果的で完成された様式においては、予め設定された諸規範によって規律されえない」が、そうであるとしても、法源としての緊要性の機能は、「政府の緊急権が発動される場合に」限定されえず、「はるかに広範なものであり、はるかに重要且つ一般的な発現を有する」⁽³³⁾のであり、要す

るに、緊要性は、法に関する他の全ての源泉がそこに還元されうる広範な源泉としての価値を有するということが付言されうる。

これまでに見てきたロマーノによる推論は、緊要性が、法の源泉及び生成が規範において設定される場である成文法の第一次的な源泉と見なされるという帰結に不可避的に到達するであろう。諸規範の段階秩序に関して、「自己の存在を生ぜしめた緊要性からのみ自己の効力を引き出したであろう最初の法律⁽³⁴⁾」という定式化が行われているように、成文化された憲法秩序体を有することで特徴づけられる現代国家においても、緊要性はあらゆる法の第一次的且つ始源的な源泉たる役割を獲得し、他の法源は、緊要性との関係においてある意味派生的な法源であると見なされるに至る。斯くして、緊要性は、緊要性に起因する諸措置、クーデター、憲法制定議会によって下される諸決定、事実上創設された憲法秩序体等々の源泉と見なされるのである⁽³⁵⁾。

ロマーノをして、成文法並びに不文法の全ての源泉を緊要性に逢着させるというかかる結論に到達することを可能ならしめたのは、「現実が——法学者によって——概念に従属してはならず、概念が現実に従属しなければならない⁽³⁶⁾」という格率の原理である。この原理を法と国家に関する自己の学説の基底に定立することによって、彼は、社会的事実と法の同時性及び相互作用が存在しなければならないということを意欲し、そのことを検証する為に、社会的現実と法的現実という2つの現実の縫合・接続として緊要性を提示し、社会的意識の中に緊要性を位置づけ、立法者の認識以前に形成された法として緊要性を想定していたのである。

緊要性は法源であるのみならずそれ自身法そのものであり、また、全ての規範が緊要性に逢着しうる、詰まるところ緊要性は根源的法源・根本的準則たる形姿を帯びるという、これまでに見てきたロマーノ学説の思考を繰り返すことによって、1つの重大な帰結が導出される。即ち、ロマーノが想定する法秩序体においては、緊要性、他の諸法源、他の諸規範の間に言わば物質的類型に属する接続が存在するのであり、諸規範は相互の内容

を考慮に入れることによって接続しているということが意図されている。そして、あらゆる制度体の領域において、全ての規範は、まさしくその制度体そのものの根源的法源・根本的準則として理解される緊要性から演繹される。従って、全ての規範は、まさしくそれらの起源故に法規範なのであって、他の制度体によってかかるものと見なされているという事実故に法規範なのではないということが推論される。他方において、この推論によって、緊要性がその他の法源を承認し、階続性の上で緊要性の下位に置かれるそれらの法源が法を生成することを許可する機能を果たし、そのことから、緊要性、秩序体の残余の法源、秩序体の残余の規範の間に形式的な接続が存在し、それらの残余の法源・規範が緊要性という根源的法源への逢着において自己の正当化を見出すということが否定されるわけではないであろう。⁽³⁷⁾

III 法源理論における緊要性

ローマノ理論における法は、たとえ彼にとっての現代国家においては、法律が所定の立法機関によって発せられる意志行為として法の大部分を構成するとしても、全く意志によらない法である。法律に関して述べるなら、それは「厳密な意味における意欲、即ち具体的で現実態にある、行為たる意欲」と見なされてはならず、「将来の具体的な意欲に先行し、それを規制する前提的な意欲」と見なされなければならないと彼は明言して⁽³⁸⁾いた。

ローマノ理論における法の非意志性という性格は、法規範は制度体の表出を構成するという原理から演繹可能なものである。特に、ローマノ理論における法の概念構成において、規範は制度体と共に発生し、かかるものとして純然と非意志法 (*ius involuntarium*) である諸規範において、また、制度体が存続している限り所定の諸機関によって発せられる諸規範において識別される。これらの規範は、特定の手続を通じて発せられるので、意志行為としての外観を呈するが、実質においては、有効性を獲得する為に

ではなく、ヨリ多くの認識を獲得する為に立法者の意志を経由する限りにおいてのみ意志的なものであろう。かかる考察は、無差別的に全ての制度体に対して、即ち法の歴史の原初にあるような制度体に対してでさえ有効なものであるが、ロマーノによって制度体のヨリ良き例と見なされている彼にとっての現代国家に対して一層有効なものである。

ロマーノにとっての現代の憲法秩序体の領域において、彼は不文法から成文法を区別し、明確にそれぞれに相関する法源を指示した。即ち、成文法については法律、慣習、法の一般的諸原理 (*principii generali del diritto*)、不文法については法の一般的若しくは基本的諸原理 (*principii generali o fondamentali del diritto*)、慣習、緊要性である。但し、成文法の領域における 2 つの不文法源の存在はロマーノの混同を表出せしめるものではなく、成文法におけるそれら 2 つの不文法源が、法律によって容認される限りにおいてのみ効力を有する、つまりそれら 2 つの不文法源は法律に依存するということを意味している。ロマーノによれば、彼にとっての現代国家の領域においては、「意志の発現である諸規範」と並んで、「意志によらない事実の中に分類されるべき諸規範」が存在するということが明確化されている。一般的に言われるところの意志に基づく諸規範は、所定の立法機関によって発せられる為に成分化された文書の中に含まれており、「適法に公布されなければならないこれらの文書に起因するものでないならば、有効性を有さない」ものである⁽³⁹⁾。このことから、ロマーノにとって、意志法 (*diritto volontario*) は、成文化された文書に起因するものである場合にのみ、また、万人に対して将来の行動を知らしめることができるように万人の認識にもたらされる場合にのみ有効なものであるということが推論可能である。ロマーノは、意志法の有効性を所定の文書における諸規範の公布から派生させることによって、意志主義に譲歩したのではなく、社会的意識において立法者が個体化した新たな法対象性 (*giuridicità*) の空間を万人が認識するに至るという確信を持ったと言える。その新たな空間とは、自己の構造の動態性を通じて制度体が獲得する、新た

な法対象性の領域として理解されなければならないであろう。従って、ローマノ理論における意志法は、社会における全ての成員によって未だ認識されているわけではないが、制度体の部分を構成する全ての個人が、それを有効なものとする見なすことが可能となる為に認識する必要がある社会的意識の中に存在するものとして立法者が個体化する法であるということになる。

しかしながら、ローマノは、新たな法対象性の領域を獲得する為に、あるいは現存する法対象性の領域を部分的に変更することの可否についての決定を行う為に、立法者に対する完全な信頼を吐露したと判断する必然性は存在しない。彼の法律学説においては、意志主義が陥りかねない危険（例えば、《*quod principi placuit legis habet vigorem.*》という法格言において表される危険）に対する認識、そして、法律に基礎を置いた諸規範がもはや社会的需要に合致しないときには、緊要性に基礎を置いた諸規範がそれらの諸規範に優越するということへの確信が見出されるのである。緊要性は「法律に優位する自律的法源」たる役割を有するのであり、この「自律的法源」は、二重の機能、即ち、現行法律が適用不能であるということを理由として、それら現行法律を廃止する機能（かかる場合、《*necessitas non habet legem.*》という法格言に到達することになる）、及び、「緊要性によって招来された新たな諸規範に従って行為する」機能（かかる場合、「緊要性は法律を作る」という原理が是認されることになる）⁽⁴¹⁾を果たすものである。

詰まるところ、ローマノは、成文法・不文法を問わず、全ての規範の第一次的な法源たる役割を緊要性に託したということを確言することができる。この確言は、彼の学説においては、諸規範が現実、即ち社会的事実と適合していることの中にそれら諸規範の妥当性の基盤が設定されていることから、法が当為（*dover essere*）ではなく、存在（*essere*）と見なされていると評価可能であるということに起因している。以上においても見たように、ローマノにとって、法規範は、それが存在との連関を維持するが故に、即ち、それが経験的現実と合致するという意味において現実の表出で

あるが故に正しいものである。更に彼の法理論に関して重要なことは、ここで言及されているところの存在は、「純粹に理性上のものではなく、制度体上の要求」として説明され、「そのことによって、自然法概念構成に依拠する諸学説が時に指示していた緊要性から、是認されるべき緊要性が区別されることとなる」⁽⁴²⁾ということである。彼は、制度体の源泉としての、そして制度体それ自身としての緊要性を、自然法概念構成に従って捕捉される緊要性からのみならず、一見したところ制度体若しくはその源泉としての緊要性に類似したものと見なされうる別の法源からも弁別していたのである。それ故、彼は所謂「事物の本性」を不文法源の中で考慮に入れてはいなかった。「制度体はそれ自体として実証的に効力を有する法である」という理由で、「制度体の本性」に対して彼は真の形式的法源たる価値を承認していた。⁽⁴³⁾

また、緊要性概念の特質について付言するなら、ロマーノは、法律との対比においてのみならず、他の不文法源との対比においても、緊要性に対してより大きな重要性を承認していた。特に慣習との対比における緊要性の地位に関して、かかる法源は、まさしく不文法に帰属するがために緊要性との類似性を有することを回避しえないが、それと同時に、緊要性という法源の固有の特質が指摘される。緊要性は、法的な是認の為の期間概念を不可避的に伴う慣習とは異なり、社会的需要の即時的な発現であり、新しい事実が現実において現れる際に付随するかかる即時的な様式から湧出する、「慣習から派生する規範との対比において、緊要性から派生する規範が備えているより重大な活力並びに確定性」⁽⁴⁴⁾を有するが故に、法的な資格付与を受ける為の期間概念を必要としない。更に、法の一般的若しくは基本的諸原理からも緊要性は区別される。ロマーノの学説においては、かかる法源を以って、「解釈を通じて、または法律若しくは法の類推の手続を伴って、同様な事例若しくは事項を規制する 1 つの、または複数の成文規範から、あるいはまた、その体系において考慮に入れられる成文諸規範の総体から演繹される」⁽⁴⁵⁾ような一般的諸原理に言及することが意図されて

いたわけではないということを明確にする必要がある。彼は、一般的若しくは基本的諸原理という表現を以って、制度体のまさしく存在そのものの中に暗黙のうちにあり、即ち、制度体の本性から演繹されるべきものであり、また、制度体が成文化された秩序体を有していない場合であっても、その制度体が法それ自身であるために法的なものである諸原理を意図していたのである。ローマーノの法源理論においては、基本的諸原理としての法的諸原理の存在を緊要性が表出させるという理由からではなく、社会的意識によって意欲された様式においてかかる諸原理を構造化する必要性を緊要性が表しているという理由から、緊要性は法の基本的諸原理に優越する法源であるということが推論されうる。

ローマーノの法源理論に対して表明される懐疑的態度に言及するならば、「全ての法源が唯一の形式的法源に還元されるという障害と、全ての法源が無差別的に増大するという障害の二重の障害⁽⁴⁶⁾」という問題点が指摘されうるが、彼は、かかる指摘を前にして、存在、即ち社会的事実として理解される法という、彼による法の構想を完全に固守した解決策を選択したと確言することができるであろう。法源に関する理論において、ローマーノは、制度体と法秩序体の持続的且つ調和的な二元論を維持しなければならないというまさしく配慮から、法の生成の契機に関して適法性という観点のみを考慮に入れる「立法による単一起源論⁽⁴⁷⁾」が成立する余地を認めることができなかった。反形式主義的な法律学説は、ローマーノの学説がそうであるように、法において未だ具象化される場を見出していない社会的切望・需要・要求が組織化され、まさしくそれ故に新たな法へと変質する際の媒介となりうる開かれた論理のみを受容しうる。しかしながら、このことは、ローマーノが「立法による単一起源論」を忌避しつつ、多元的起源論の中に逃避したということを意味しない。彼は、成文法と不文法との区別、及びそのそれぞれに相関する法源の区別を明確化したばかりではなく、また、成文法に対する不文法の優位を確言したばかりではなく、彼にとっての現代国家においては大部分の法が法源として理解される法律から

発生するということを繰り返し述べてきた。とりわけ彼は、成文法源に対して不文法源がより重要性を有するということを主張することによって、法源たる法律は、制度体の構造における動態的な機能を介して、制度体によって獲得されるに至る新たな空間が法秩序体の部分を構成するようになる際の媒介となる立法技術上の道具として捉えられうるということを、当時において既に実質的には意図していたということが指摘され⁽⁴⁸⁾うる。

法源に関するローマーノの理論を総括しようとするなら、次のことを言うであろう。即ち、あらゆる法秩序体は、そして特にあらゆる新たな憲法秩序体の創設は、緊要性の中にその源泉を見出す。秩序体は、法の科学の進歩を原因として、そして特に単一起源論的な手法の進歩を原因として、その秩序体の構造における動態的な機能の展開を通じて新たな法対象性の空間を獲得し、かかる動態的な機能が、一定の行程を通して、刷新されゆく社会的意識において既に形成されたものとその秩序体が見なす法を成文規範において、つまり法律において設定する。斯くして、法は外観上の意志性を獲得する。繰り返しになるが、外観上と言われるのは、ローマーノにとっての立法者は、社会的意識において既に形成された法を発見する機能を果たすからである。立法者が自己の使命を果たさないならば、即ち、自己が集団的意識の中に見出す法を宣言するのではなく、その法を変質させるのであれば、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断絶が確立される。まさしくそのような断絶の検証が緊要性を発動させるのであり、この緊要性は、あるい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、あるいは直接的に新たな憲法秩序体の事実上の創設を介して、事実と法との均衡を回復させることができるものであるということが想定されている。かかる様式においてローマーノの法源理論を、とりわけ緊要性を捕捉することによってのみ、《*necessitas non habet legem.*》及び「緊要性は法律を作る」という法格言が、即ち、前記1902年論文からの引用文中において表明された言表の中に反映されている緊要性概念の正確且つ総合的な表現であ

るところの法格言が、自己の説明を見出すのである。

Ⅳ 事実としての法

ローマノ理論の前提的基盤に緊要性の理論を、即ち、社会的意識によって歴史的に希求され実現されるものとしての社会的事実という觀念を想定することによって、事実として、とりわけ社会的事実の構造として個体化される法という概念構成が獲得される。

ローマノの學術上の仕事は、法をその本質において、即ち、社会的現實を組織化するという意味において、その社会的現實に影響を及ぼす實在的現實として検討することである。法の現實は、社会が追求する切望に一致しているが故に、社会によって希求される行動が有する表象の總体として理解されるのである。かかる見解は、例えば神の意志といった概念を媒介させることに通じる形而上學的意志主義においてではなく、社会的現實において自己の源泉を見出し、社会的事実と共に發生し、まさしく社会それ自身によって要求されるものとしての法による規制の要請を指示している。法は、以前は存在していなかった、若しくは以前はそれを規制することが法的なことではなかった社会生活上の必要性から即時的に生じうる、換言すれば、法は事實の法への変質を表象しうるといふ、言わば始源的な形成に浴する法の側面が強調されるのである。従って、非意志主義的で非人格的な法の概念構成が意欲されているのであり、特に自然法主義や法実証主義の形態において、法を命令の總体と見なし、法は立法者の意志を唯一の法源として有するといった主張を行う法理論とは対置される見解がそこにはある。

以上のことから、ローマノ学説は、社会が提示する要求に法の基礎を置くという意味において、不文法源にヨリ立脚する法源理論を有しているといふことが導出される。⁽⁵⁰⁾ローマノ理論における不文法源は、緊要性、慣習、法の一般的諸原理であったが、これらの不文法源は立法に対する限界を構成し、実践と理論との間に不可分の關係が存在するということの意味

するものである。かかる関係により、国家のみならず、結社、共同体等々も法を生成する社会体と見なされ、その結果、法は社会的事実の観点から分析される。そのことは、一方において社会的事実の組織化であり、社会に秩序を付与するものとしての、他方において社会的要求を反映するものとしての法の概念が存在しているということを意味する。このことから、法は、国家法としてではなく、社会的事実の構造として、そして社会的事実そのものとして理解されるということが推論される。かかる意味において、彼の法理論においては市民社会と法との調和的な二元論の可能性が描かれていたのであり、また、次のような比喩表現も理解されるのである。

法と制度体の相関性、乃至は同一性が確認されなければならない。実を言うと、法秩序体は制度体であり、制度体は法秩序体であると言わなければならないのであれば、制度体は法、即ち秩序体を有するということも述べることができる。同様に、語っている者が差し当たり魂を有する肉体として概念構成されるならば、「私は魂を有する」と言うこともできるし、あるいは逆に、語っている者が肉体を持った魂として概念構成されるならば、「私は肉体を有する」と言うことができる。しかし、実のところは、⁽⁵¹⁾彼は同時に精神的存在でもあり肉体的存在でもあるのである。

また、ロマーノは、法を分析した結果、社会的事象を法の基底に想定することによって、法現象の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、法規範を実証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が、彼の法理論を検討するに際しては重要な事柄である。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
わば内的形式を分析することが必要とされているからである。まさしく事
実としての法の研究は、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ことを確言せしめるものであろ
う。この点において、ロマーノの関心を引いた事柄は、社会において服従
の念を抱かせ存続し続ける力を有する法を、即ち、事実上存在し、将来の
生存の可能性を有する法を彼は真の法と見なしたという意味において、法
の実効性であるとも言いうる。更に、ロマーノ理論における法は、立法者
の宣言を受ける以前に社会的意識の中で生存し、それ故実質的には既に完
成されたものであるために、諸規範を制定する手続は彼の関心を引く事柄
には属さないであろう。⁽⁵³⁾

V 制度体の理論

ロマーノの法律学説の中でも、法源に関する理論について、特に緊要性
と制度体との関係についてその概略をこれまで述べてきたが、彼の科学的
思惟に関して目下成し遂げられるべき言述に対して論理的な脈略を与える
ことが意欲されるのであれば、その統一性及びその構造において考察の対
象となる制度体について論じなければならないであろう。

ロマーノの科学的思惟は、彼の制度体理論において具体化されると捉え
られうる。彼の制度体理論は、その発生的契機において考慮に入れられる
なら、緊要性の理論としての外観を呈するが、然るに、生命(vita)及び
生命力(vitalità)という意味でのその本質的契機において考慮に入れられ
るなら、制度体理論としての外観を呈すると言える。従って、彼の法理論
において緊要性の理論は制度体主義の基盤を構成し、それ故、緊要性の理
論についての理解が捨象される場合には、彼の制度体主義の正確な解釈を
遂行することは可能ではない。緊要性と制度体に対する言及が別個に行わ
れるとしても、それは分析上の便宜という観点に起因している。

ローマーノ理論の前提条件たる緊要性は、かかるものとして、ローマーノ学説における制度体とオーリウ学説における制度体との弁別的要素のうちの 1 つを構成すると考えられる。ローマーノ理論の制度体においては、まさしく緊要性が法の基盤であり法そのものであるがために、法は社会的産物ではない。それに反して、オーリウ理論の制度体においては、緊要性はその余地を見出しえない。オーリウの企図は、ある理念を巡って権力が組織化されることに法の発生が起因するということを論証することであったからである。⁽⁵⁴⁾その時、何故オーリウが自己の制度体に対して法的ではなく社会学的な基礎を与えたのかということが、即ち、何故彼が、法的な意味において理解される、法としての社会的事実においてではなく、社会学的な意味において理解される、法を生成するものとしての社会的事実において制度体を基礎づけたのかということが了解されるのである。従って、記述対象をローマーノ学説に転換して述べるなら、彼は、緊要性が法の源泉であり法そのものであるということをまさしく確言したが故に、更に、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事実とは、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湧出させる社会的存在体を構成する可能性を有する社会的力によって具象化されるものであると考えたが故に、制度体が法を生成するのではなく、制度体は法であるということを主張することができたのである。斯くして、ローマーノの思惟において、制度体と法は相互作用の関係にあり、同一の存在体の一方は肉体、他方は靈魂を構成する、同一の實在の 2 つの契機となるに至る。⁽⁵⁵⁾⁽⁵⁶⁾

まさしく法の根源的な源泉としての緊要性という概念構成がローマーノの法理論の中核を構成することはこれまでに見てきた通りであるが、その概念構成から、あらゆる組織化された社会体は、継続性を伴って法秩序体を構成するという確言が派生する。彼は、客観法の多かれ少なかれ完成された領域、即ち彼にとって自律的なものである客観法の領域が存在するのと同じだけの法秩序体が存在するということを主張するに至っていたのであ

る。ローマノの思惟において、制度体は法の産物なのではなく、それ自体として法なのであるという事実から、かかる自律性は湧出するものである。従って、自律的な仕方において、且つ何某かの類型の意志主義からは独立した仕方において社会的需要の総体を組織化しなければならないという緊要性から制度体は派生するということを、そのことは意味する。この意味において、彼は《ubi societas ibi ius.》及び《ubi ius ibi societas.》という法格言を制度体の基盤に位置づけるに至っていたのである。ローマノは、法なき社会、つまり組織体なき社会が容認されえないものであると考え、制度体の概念と法秩序体の概念が等価なものであるという判断を表明していた。従って彼は、まさしく法を社会的事実の永続的な組織化と見なすことによって、社会から隔絶された法が構想不可能なものであるという⁽⁵⁷⁾ことを主張していた。

詰まるところ、法の概念を社会の概念に結びつけることによって、また逆に社会の概念を法の概念に結びつけることによって、社会秩序の概念が法秩序体の概念の中に包含されることをローマノは主張するに至っていたと評価されうる。「人々が活動を行う場となり、また法が統一体 (unità) として、即ちそれ自体で存立している存在体 (ente) として構成するまさしく社会それ自身の組織体、構造、地位」⁽⁵⁸⁾の概念に社会秩序の理念が還元されていたのである。斯くの如くして、次のような言述が彼の法理論において現出する。

法秩序体は、単なる諸規範という部分であろうとなかろうと、多様な諸部分の総和ではなく、それとは別個の統一体——留意すべきことに、この統一体というのは、人為的なものであったり、抽象化の手續を以って獲得されたものではなく、具体的且つ実地的なそれである——であるということが疑う余地のない程容認されるのであれば、法秩序体は、それを構成する個々の物的諸要素とは異質な何かであるということが更に承認されなければならない。ヨリ明確に述べれば、法秩序体の統一的概念を先行させることなしに、法秩序体の中に包含されている諸規範について適切な概念を

持つことはできないと考えるべきである。⁽⁵⁹⁾

ロマーノ理論における制度体概念は、自律性に加えて、統一性という特質をも付与されるに至り、その結果、法秩序体の概念は、自己を構成する部分とは異なる実体としての性格を獲得することになったのである。そして、かかる考察を基点とすることによって、彼は以下の結論に到達していた。

制度体は不動且つ不変の、即ち、自己の個別の諸要素を、その制度体の部分を構成する人格を、その財産を、その手段を、その利益を、その名宛人を、その規範等々を変容させる為に、少なくとも絶えず必然的に自己のアイデンティティを喪失するとは限らない統一体である。制度体は、同一の制度体を自己に保存しつつ、且つ固有の個性性を保持しつつ革新されうるのである。⁽⁶⁰⁾

制度体の統一性並びに個性性という性格は、生命及び生命力として理解される自己の存在故に、他の法秩序体に立脚することを必要としない、多かれ少なかれ完全な法秩序体をその制度体がそれ自体として構成するという意味において、まさしくその制度体に対して完全性を付与すると言えよう。また、ここで付言すべき重要な事柄としては、ロマーノは、自己の制度体概念を以って法の倫理性という結論先取的議論の展開にも通じかねない問題を論じていたわけでは決していないということがある。制度体を巡る中心的問題は、社会秩序の、即ち制度体の組織化の、また制度体の構造の問題である。まさしく組織化によって、制度体はそれ自体において考慮対象となる統一体になり、他の制度体との対比においてかかるものとしての外観を呈することが可能となる。従って、実在する存在体と見なされる各制度体は、道徳的なものであらうと非道徳的なものであらうと、適法なものであらうと違法なものであらうと、その制度体が追求する目的とは無関係に固有の秩序を現実化する。ロマーノによれば、法学者は、「客観的、

制度体的で、それ故法的な秩序体の存在を確認するに留まら⁽⁶¹⁾なければならないのであり、そのような秩序体に対する倫理的な評価に関心を持ってはならないのである。それ故、実定法が道徳から必然的且つ絶対的に独立しているか否かを論証することは不可能であろう。斯くして、彼は、法の秩序形成的機能の中に、即ち、何某かの目的を実現する為にではなく、事実と法との接合を獲得する為に展開される活動において制度体の本質を具体化していたと判断することができる。従って、かかる所見を基点とするならば、ある団体の合法性若しくは違法性は、彼の法理論における法対象性とは無関係なものと成らう。

ローマーノの法律学説における制度体の特質をより詳細に指示しようとするなら、以下のことが想起されるべきである。

- a) 制度体は、「客観的且つ具体的な存在を有していなければならない、それ故、たとえ非物質的なものであっても、その個性性は外面的且つ可視的なものでなければなら⁽⁶²⁾ない」。即ち、「統一性を欠き、しばしば分岐している」諸力の結果であってはならず、「単に概念上においてのみ一団のものとして統合されることになる多様な諸関係、若しくは個別的な諸規範」の総体と見なされてもならず、「現実的な社会的統一⁽⁶³⁾体」を構成しなければならない。
- b) 制度体は、「人間の専ら個体的な本性ではなく、社会的な本性の発現であるという意味において、社会的存在体若しくは社会体である」と見なされなければならない、それ故、制度体の基体は「相互に連帯した人間」ばかりではなく、「制度体それ自体に帰属している人格ではなく、外部にある人格に資するように、不断に特定の目的に仕えることに差し向けられた、物質的または非物質的、人格的または実在的、財産的または観念的性質の手段の総体」でもありうるということに⁽⁶⁴⁾なる。
- c) 制度体は、自律性を内包する個性性である「まさしく固有の個性性

を有しているので、それ自体において考慮対象となりうる閉じた存在体である⁽⁶⁵⁾」。但し、ロマーノの思惟において、制度体における自律性は絶対的なものではなく相対的なものである。相対的な自律性か、または絶対的な自律性かという問題は、複合的な制度体（従属原理を内包する法的事実）の場合において、あるいは複数の単純な制度体若しくは複数の複合的な制度体（等位原理を内包する法的現実）の場合において発生する。いずれにせよ、制度体のかかる性格を明確化することによって、ロマーノは、「法秩序体、即ち客観法の多かれ少なかれ完成された独立した領域⁽⁶⁶⁾」として制度体を定義することが可能となっていたのである。

- d) 制度体は、「不動且つ不変の、即ち、自己の個別の諸要素を、その制度体の部分を構成する人格を、その財産を、その手段を、その利益を、その名宛人を、その規範等々を変容させる為に、少なくとも絶えず必然的に自己のアイデンティティを喪失するとは限らない統一体である。制度体は、同一の制度体を自己に保存しつつ、且つ固有の個性⁽⁶⁷⁾を保持しつつ革新されうる」ものである。

これらの制度体の性格を明示することによって、単に諸規範から、ヨリ正確に言えば諸規範の複合体からのみ構成されるのではなく、「概念の論理的要求の為にのみならず、法が外在化する場である現実の正確な評価⁽⁶⁸⁾の為にヨリ根本的な、そしてなかなづく先行的な」何らかの別の局面からも形成される法を概念を精緻化することに、そして、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が還元されとすることに、ロマーノは自己の意図において成功したということが推論される。彼は、法の規範的な局面を拒否していたのではなく、かかる局面を不十分なものと見なし、その結果、彼が言うところの「ヨリ本質的で特徴的な」別の要素とその局面を統合する必要性を主張していたのである。そして、そのような必要性を彼に対して導出せしめたものは、限定的な法規範の概念構成、

即ち行為準則としての法規範の概念構成の維持ではなく、法の科学の進歩に大いに寄与した制度体の概念を彼が現実には個体化していたという事実である。彼は、自己の学術的成果において、諸規範を分類するに当たって行為準則を想起していたばかりではなく、なかならず「行為準則を命じるのではなく、制度体を創設し、変更し、廃止するという主要な、且つ根本的な目的を有する、制度体創設の為の、あるいは組織化の為の法律」⁽⁶⁹⁾にも言及していた。換言すれば、その性質上成文規範の形では発現しえない「ヨリ本質的な」別の局面が法においては存在しているために、法を行為準則として、若しくは組織化の為の諸規範の総体として捕捉することが不可能であるということから、ローマーノは、法の規範的な概念の補完及び克服を探究するよう導かれたのであろう。この点に関するローマーノの見解に対して提起されうる1つの疑問に言及するなら、それは、彼によって組織化の概念が明示されていないということにおいて具体化されうるが、組織化の概念は、それ自体として明証的なものであり、また他の諸局面によっても形成されるので、組織化の為の諸規範の総体には還元されえないと彼はまさしく考えていたが故に、彼の学説において組織化の概念が更なる明確化を受けることはなかったということが確言されうる。そのような他の諸局面とは、例えば、法を規範的に定義することは不可能であるということ⁽⁷⁰⁾において、サンクションは規範の概念に依拠するものではありえないということ⁽⁷¹⁾において、制度体と法との発生的契機における同一性を考慮すること⁽⁷²⁾において指示されうる。

かかる思惟を経由することによって、法は「規範である以前に、即ち単なる関係若しくは一連の社会的関係に関わる以前に、人々が活動を行う場となり、また法が統一体として、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組織体、構造、地位」であり、また、規範的な局面に加えて、社会の組織化という「ヨリ本質的な」別の局面を法の概念において個体化したことにより、制度体としての法という概念を導出し、「全体として且つ統一的に考慮対象となる法秩序体として、法の

概念を正確な言葉で表現する為に必要且つ十分であるように吾人には思われる概念は、制度体の概念である。あらゆる法秩序体は制度体であり、反対にあらゆる制度体は法秩序体である。2つの概念間の方程式は必要且つ絶対的なものである⁽⁷³⁾」ということをロマーノは確言していたのである。

以上のようなロマーノ学説における制度体理論から、彼によって意味される制度体は、社会的産物としての法という概念構成の克服を以て、そして社会と法との等値を以て、社会的意識における、即ち、未だ立法者によって宣言される以前に既に形成されることによって法が存在する場である社会における法の存在について、法学者の関心を向けることに有効であったということが指摘されうる。かかる考察は、社会内の存在体は、それらが創設されるまさしくその瞬間に法によって画定されるということを確言することにロマーノを至らしめるものであろう。

VI 法秩序体の多元性の理論

ロマーノの法理論において、法秩序体の多元性は——フランス並びにイタリアの高名な法学者の見解に反して⁽⁷⁴⁾——彼の制度体理論の論理的帰結を構成するという仮定が成立しうる。かかる確言は、『法秩序体』から、及びロマーノの学術的成果全体から導出され⁽⁷⁵⁾るものである。

『法秩序体』の第2章が執筆されなかったとしても、法秩序体の多元性という論理的帰結においてではなく、緊要性の理論並びに制度体の理論において彼の学説の重要性はヨリ以上に探究されるべきであると思われるので、彼の学説においてその価値が減殺されるところは少なかったであろう。特に、制度体の概念は、法秩序体の多元性という帰結の了解ではなく、緊要性の理論の了解を前提とすることによって、正確に解釈されうるということが指摘されうる。但し、この指摘を以て、法秩序体の多元性の理論は法の科学に対する重大な寄与を構成しないということが意図されているのではなく、制度体的な法の多元主義が立脚する基本的諸前提が制度体理論において明瞭に存在するということが考慮に入れられるならば、

ローマーノ学説による學術上の貢獻から何物も奪われることなく、かかる帰結がローマーノの足跡に従って發展させられえたであろうということが意図されている。法秩序体の多元性はローマーノ理論における制度体主義の結果として現出した學術的構想であるが、緊要性の理論はその制度体主義にとって不可欠な學術的要請である。オーリウは——ローマーノとは異なる様式において——制度体の概念を發展させたが、制度体概念の所産としての法秩序体の多元性に関する理論を導くことには至らなかったということが想起されるとき、一層そのことが確証される。しかし、以上のような考察は、制度体概念との対比における法秩序体の多元性の概念の帰結性を証明するものとはなるが、制度体理論に続いてかかる論理的帰結を提示することの必然性を証明するものとはならない。ヨリ明確化して言えば、『法秩序体』をその全体の統一性において把握しようと欲するならば、その著作においては、第1章の妥当性の証拠としてのみ第2章が提示されているという解釈が成立しうる。一般的に、ローマーノは、法における多元主義の先驅者としてよりも、制度体の理論家として認識されているのである。⁽⁷⁶⁾

詰まるところ、前段における所見は、ローマーノの科学的思惟において法秩序体の多元性の理論を否認するものとしてではなく、かかる理論の核心が緊要性の理論並びに制度体の理論において探究されとする更なる明確化として解釈されなければならない。法秩序体の多元性の理論はローマーノ学説の最も顕在的な局面を構成するかもしれないが、その最も本質的な局面を構成するものではなく、また、法秩序体の多元性はたとえ重大な科学的事象として捉えられうるものであっても、緊要性の理論並びに制度体の理論との関連においては依然として副次的な理論なのである。制度体の理論と法秩序体の多元性の理論は不可分の関係にあるのであり、この意味において、制度体の内在的特質、法秩序体の機能、そして制度体の概念と法秩序体の概念の等値が想起されるべきである。

制度体理論の帰結たる法秩序体の多元性の理論に関する『法秩序体』第2章がローマーノによって執筆されたのは、彼にとっての現代國家に関する

法律学説が国家現象の歴史的現実⁽⁷⁷⁾に合致していないという事実に起因しているということが指摘されうる。彼は、彼にとっての現代国家に関する諸学説が科学的に妥当性を有さないということを主張することによって、自己の制度体概念の、即ち一般実定法に関する自己の概念の妥当性を立証することを意欲したのである。

社会的意識を鍵概念とした緊要性の理論により、社会の国家化の過程を拒否することがローマーノの法律学説における 1 つの定言となるが、このことは、立法者の意志の表出としての法を拒否したことに立脚している。彼によれば、法を生成する唯一の存在体としての国家を承認することは、彼にとっての現代国家の発生と共に「法秩序体を統一したという錯覚が生じ、あまりにも明白ではっきりとした現実との撞着を呈することなく、国家法のみならず法全体の所有者並びに支配者を国家の中に見出す理論が⁽⁷⁸⁾発展しえたのである」という批判に遭遇する。国家並びに法に関するかかる概念構成は、意志主義の唱道者にとっては好ましいものでありえても、法は立法者によって宣言される以前に、社会的意識において既に形成されたものとして存在すると考える、制度体の概念を基点とする者の科学的関心を充足させるものではありえなかったということは明白である。

ローマーノは、法の第一次的な源泉としての緊要性の概念から出発することによって、ある制度体が、たとえその制度体が最も完全で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完全に圧迫することによって、それらの他の制度体を統合し吸収することができるとい⁽⁷⁹⁾うことを容認することはできなかつた。彼は、国家と並んで（他の国家や教会）、また国家の上部に（国際機構）創設される制度体の自律性の承認、及びそれと同時にされる国家内部の制度体の自律性の否認を、彼にとっての現代国家に関する諸学説の一貫性の欠如と判断していたのである。ローマーノにとって、かかる態度表明は「歴史と、及び現実において展開される現代の法生活と明瞭に矛盾する⁽⁸⁰⁾」からである。

国家内部に存在する制度体の自律性を否認することは、国家に統一性を

与えようとする配慮によって招来されたものであるとロマーノは指摘していた。彼によれば、かかる否認は、国家に統一性を付与してはきたが、国家内部の制度体の自律性を犠牲にし、以って彼にとっての現代国家の理論を国家の一般理論と同一視し、即ち、国家現象の発現形態のうちの1つをそれ自体において考察対象となる国家現象と同一視することに通じていた。如何にしてロマーノが彼にとっての現代国家に関する諸理論が陥っていたかかる誤謬を認識することができたのかということが問われるのであれば、その答えを彼の制度体理論の中に見出すことができるであろう。制度体の理論において、彼は——彼の時代の歴史的所与からのみならず——歴史的所与から抽出される一般実定法概念を定式化していた。そのような法の概念がロマーノの理論的前提たる地位に置かれたので、彼にとっての現代国家という国家の中の1つの歴史的形態の表出を取り扱う理論を国家の一般理論として受容することは不可能であったのであり、更に言えば、彼にとっての現代国家の形成期に検証された歴史的理由のみにより、国家の領域において国家の立法者が法を生成する唯一の機関であるとする⁽⁸¹⁾ことは、彼にとって明白な誤謬であったのである。彼にとっての現代国家の理論が国家の一般理論へと上昇することがロマーノによって受容されたならば、そのような上昇は、緊要性及び制度体の理論と法秩序体の多元性の理論の間の一貫性の欠如となって現れたであろう。これまでに見てきたように、制度体としての、非意志法としての法という、ロマーノによる法概念は、国家の領域において立法者の意志が唯一の法源であるという定言の否認に帰着するのであり、それ故、自然法主義的な概念構成と、及び「国家の中に優れて倫理的な存在体を表示する」⁽⁸²⁾概念構成と結びつく、彼にとっての現代国家に関する理論とは合致しえなかったのである。ロマーノの思惟におけるこの局面から、彼は、法現象を、法を生成し強制力を使用することができる至上権とは連関させていなかったということが推論可能であろう。

ロマーノによれば、法を専ら国家による生成物として捉えることはでき

ないとする見解は、彼にとっての現代国家の危機が想起されるや否や、即ち、国家が自己の法秩序体の領域内において社会生活全体を包摂することは不可能であるということ、そして、「個別的利益を基礎とした社会の漸進的組織化」⁽⁸³⁾が想起されるや否や、全く明瞭に顕在化する。ロマーノにとって、国家内部の各存在体は、彼が『法秩序体』を執筆していた時期においてのみならず、歴史上の他の時代においても個体化されうる歴史的現実である。それどころか、国家が人間社会のヨリ進化した形態と見なされ、国家秩序体の法対象性が容認されるならば、その結果として、歴史上国家に先行した秩序体の法対象性も容認されなければならないということを彼は確言していた。結局のところ、政治的・社会的結合という事実は、もはや先行する歴史的契機においてではなく、その事実が最大限に完成される契機においてのみ法対象性という属性を獲得するという解釈は承認されえなかったのである。斯くして、国家現象に対する社会現象の優位が明示され、国家は組織化された社会性の領域全体を吸収するものではありえず、「国家は『法』という類概念の一種にすぎない」⁽⁸⁴⁾ということが強調される。法秩序体は社会的意識の中に自己の第一の本拠を有しているが、憲法秩序体は、まさしくその本質並びに構造故に、立法者の（とりわけ国家の立法者の）意志を法の生成の唯一の中心とは決して見なしえない公共の意識の中に、自己の第一の本拠を有しているということであろう。更に言えば、法の概念と同様に、社会的意識の表出である国家の概念を定式化するというかかる説明が行われることによって、国家の一般理論の輪郭が描かれていたとも言うえる。

斯くの如くしてロマーノは、国家や国際的秩序体の、あるいは教会の秩序体のみならず、国家の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（＝制度体）を法の生成の中核に位置づけていた。彼によれば、法の生成主体としての国家内部の存在体の否定は、かかる存在体の倫理性若しくは倫理性の欠如に関する判断を必然的に付随させる、誤謬に貫かれた見解である。法学者は、「それぞれが固有の勢力範囲

において認められる、客観的で制度体的な、それ故法的な秩序体の存在⁽⁸⁵⁾」のみを確認しなければならないのである。ローマーノが観念する法学者の任務は、制度体的秩序体の存在を確認し、それらの秩序体の倫理性ではなく、法対象性を宣言することである。彼は、法学者の任務に関するこのような概念構成に依拠することによって、「国家によって自己に付与される法秩序体とは異質なものであり、また、時として国家を補完するに留まらず、国家に対抗する」内的な法秩序体を自らに創設し、以って、国家の権力機構によって規律されるのではなく、かかる権力機構が予定するところとなる、「製造所、工場、事業所、学校あるいは寄宿学校、娯楽施設⁽⁸⁶⁾」といった存在体のみならず、例えば違法な結社のような、国家に反逆する結社をも国家内部の制度体として承認するに至っていた⁽⁸⁷⁾。従って、ローマーノ学説においては、あらゆる制度体はそれ自体から派生させる自律性を有するものと捉えられ、国家的法現象乃至国際的法現象は、組織化された社会性の現象全体を包摂しうるわけではないとする原理が依然として維持されるであろう。

法秩序体の多元性に関する以上のような立論を以って、ローマーノは、当時支配的であった彼にとっての現代国家に関する諸学説を克服することに、そして、ヨーロッパにおける多元主義的法理論の先駆者として名を馳せることに成功したことが指摘される⁽⁸⁸⁾。成功という語が使用されうるのは、国家を法の唯一の生成者と見なすことが不可能であるということを論証し、合法・違法という観点とは無関係に、制度体が存在するのと同じ数の法秩序体が存在するということを確言する過程において、法秩序体の多元性に制度体の概念を適用するという、この局面に関する彼の学説の主たる価値に起因している。彼は、道德活動や経済活動といった他の実践的活動から法を弁別したために、また、社会的諸力を組織化し、社会秩序を維持する機能を、即ち、社会的現実を秩序化する機能を法に対して付与したために、かかる結論に到達することができたのである⁽⁸⁹⁾。

VII ロマーノ学説における基本原理の現代的実在性

現代イタリアの法律学説の領域においては、ロマーノ学説の主要な基本原理が何某かの影響を及ぼしていると言ってよいであろうが、当然のことながら、その影響力の程度は、今日の法現象が有する問題性に対して、それらの基本原理が如何なる程度の適応力を有しえるのかということに依存している。

今日の反形式主義的な法律学説は、ロマーノ学説について、法源に関する広範な概念、即ち、閉じた論理の観点ではなく、開かれた論理の観点から法源を考察すること、事実としての法という概念構成、市民社会と法との持続的な二元論、法秩序体の多元性の理論を受容しているように思われる。それに対して、秩序体を諸規範の総体と見なす法律学説においては、ロマーノ学説における——諸規範から構成されるものとして再規定された——組織体の概念、及び法秩序体の多元性の理論が影響力を発揮しているであろう。従って、法秩序体の多元性の理論のみが遍く今日の学説によって共有されており、殆どそのアイデンティティ全体において存在しているように思われる。そして、かかる理論の受容は、学説の現況に鑑みて、緊要性並びに制度体の理論に対する評価とは無関係に行われているということが首肯されうる。

ロマーノ学説におけるもう 1 つの非常に重要な基本原理、つまり組織体概念の使用は、それ自体としては法の科学において一層高い程度の存続性を有してきたと言いうる。しかしながら、ロマーノによって定式化された通りの組織体、即ち、諸規範、社会的諸力、及び諸規範に先行する他の諸要素の組織化としてのそれが、今日如何なる意義を以って公法学説の中に残存しているのかということについては議論の余地を残すところである。特に組織化の為の諸規範の総体として組織体の概念は展開されたという意味において、ロマーノ以後の法学上の業績における組織体概念の使用は了解可能なのである。⁽⁹⁰⁾ 詰まるところ、ロマーノによって定式化された組織体の概念に関しては、今日理解されている組織体概念との異質性が指摘され

うるので、かかる概念を理解する2つの様式の間に派生関係を設定することは、ロマーノ理論を理解する様式としてなお論議の対象となる試みである。但し、ロマーノは、法律の分類法において、制度体を創造、修正、廃止する制度体創設の為の、若しくは組織化の為の法律の存在を指示していたということは想起されて然るべきであり、この点において、組織化の為の法規範の総体としての法という原理が、ロマーノ理論においてその存続する余地を全く否定されるべき性質のものであるのか否かということは依然として問われうるであろう。

今日のイタリアの法律学説において部分的に存在している、ロマーノ学説が有する更なる基本原理は、第一次的法源としての緊要性という概念構成である。第一次的法源として理論上構想される緊要性は、法源に関する開かれた論理を擁護することによって、実践と理論、事実と法との間の絶えざる浸透関係を容認することの適切性に対して法学者の注意を促すこと(91)に成功したということを確認することができるように思われる。

- (1) デューブーシェの「規範的法理論」については、拙稿「法実証主義克服の試みとしての法解釈理論について——憲法解釈における主観性の理論的限界に関する一考察——」法研論集88号(1998年)93-106頁参照。
- (2) Cf. Norberto 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.
- (3) Paul Dubouchet, Pour une théorie normative de l'institution, in *Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif*, 1993-3, p. 739.
- (4) Ibid., p. 744. Cf. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1929, p. 73.
- (5) P. Dubouchet, op. cit., p. 745.
- (6) Ibid., p. 743. Cf. N. Bobbio, op. cit., pp. 172-173.
- (7) P. Dubouchet, op. cit., p. 748. Cf. Louis Favoreu, Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit, in *Revue française de Droit constitutionnel*, no. 1, 1990, pp. 85-88.

フランスにおける所謂「憲法化」現象について言及した国内における極最近の業績として、蛸原健介「フランス行政裁判における憲法院判例の影響(一)」立命館法学263号(1999年)156-159頁。言うまでもなく、諸法部門の憲法化現象を理論的

観点から正当化することをデューシェは試みている。

- (8) Gian Franco Lami, *Ordine e ordinamento*, in *Archivio giuridico*, Fascicolo 2-3-1993, p. 190.
- (9) P. Dubouchet, *op. cit.*, pp. 743-744.
- (10) 拙稿・前掲註 (1) 103-106頁参照。
- (11) Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Ristampa della II Edizione, Firenze, Sansoni, 1951, pp. 41-42.
- (12) ロマーノ学説に言及した、国内の法律学における業績は列挙されうる。それは、管見に属する限りでは次のようになる。米谷隆三「制度法学の展開」一橋論叢 1 巻 5 号 (1938年) 712-717頁、同「企業法の生成——制度法学の一つの展開として——」牧野先生還暦祝賀論文集『法律における思想と論理』(有斐閣、1938年) 394-395頁、424-426頁、同「ネオ・トミストの法学序説」法学新報58巻 3 号 (1951年) 240-244頁、同「約款法の理論」(有斐閣、1954年) 506-509頁、518-519頁、665-670頁、ホセ・ヨンバルト『法哲学入門』(成文堂、1975年) 225頁、梶村寛「サンティ・ロマーノの国際法思想——制度と国際法——」法研論叢10号 (1983年) 52-77頁、小谷真男「親子関係をめぐる国家制定法と〈私人たちの法〉(2)——19世紀イタリア法秩序の重層的構造について——」社会科学研究47巻 6 号 (1996年) 167-170頁、石川健治『自由と特権の距離 カール・シュミット『制度保障』論・再考』(日本評論社、1999年) 193-194頁。最近における憲法学上の成果としては、「近代国家の危機」に関するロマーノの省察を媒介として当時のイタリア社会の「暗転」を浮き彫りにした、井口文男『イタリア憲法史』(有信堂、1998年) 102-108頁、及び、「法」、「制度」、「法秩序」から成る三項式と「法秩序の多元性」という概念を以てロマーノ理論のエッセンスを描出した、同「サンティ・ロマーノの『法秩序』論」岡山大学法学会雑誌49巻 3・4 号 (2000年) 115-141頁が特筆されて然るべきであろう。なお、ロマーノの法学者としての略歴については、梶村論文 53-58頁参照。

また、ロマーノの生涯における全著作を敢えて掲げるなら、次のようになる。

Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza. A proposito della società di patronato pei liberati dal carcere, in *Archivio del diritto pubblico*, Roma, 1894 (anche in *Scritti minori*, vol. II: Diritto amministrativo, a cura di Guido Zanobini, Ristampa dell'edizione del 1950, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 1-6.).

Decentramento amministrativo, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, 1897 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 7-82.).

La teoria dei diritti pubblici subiettivi, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura dell'Orlando, vol. I, Milano, 1897, pp. 111-219.

Defensor civitatis, in *Il Digesto Italiano*, vol. IX, parte I, Torino, 1898.

Funzionario, in *Il Digesto Italiano*, vol. XI, parte I, 1898.

I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni, in *Giurisprudenza*

italiana, Torino, 1898 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 83-138.).

La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa, in *Circolo giuridico*, Palermo, 1898 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 139-168.).

L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico, in *Filangeri*, Milano, 1898 (anche in *Scritti minori*, vol. I: Diritto costituzionale, a cura di G. Zanobini, Ristampa dell'edizione del 1950, Giuffrè, 1990, pp. 115-129.).

Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato, Palermo, 1898 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 1-49.).

Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione, in *Filangeri*, 1898 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 59-113.).

Sui cosiddetti "Staatsfragmente", in *Archivio giuridico*, Modena, 1898 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 51-58.).

Comune (diritto amministrativo), in *Il Digesto Italiano*, vol. VII, parte III, 1899.

Gli atti di un ramo del Parlamento e la loro pretesa impugnabilità dinanzi la IV sezione del Consiglio di Stato, in *Circolo giuridico*, 1899 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 169-177.).

Deputazione provinciale, in *Il Digesto Italiano*, vol. IX, parte II, 1901.

I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, 1901, pp. 1169-1273.

Le giurisdizione speciali amministrative, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. III, 1901, pp. 507- 630.

L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, in *Archivio giuridico*, 1901 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 131-201 ed in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, a cura di A. E. Cammarata, Giuffrè, 1969, pp. 27-116.).

Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislative nel diritto italiano, in *Archivio del diritto pubblico*, 1902 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 217-243 ed in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, *op. cit.*, pp. 117-150.).

Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato, in *Archivio del diritto pubblico*, 1902 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 203-215.).

Principii di diritto amministrativo italiano, Milano, 1^a ed., 1902 ; 2^a ed., 1906 ; 3^a ed., 1912.

Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche, in *Archivio del diritto pubblico*, 1903 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 245-259.).

Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari, in

La Legge, Roma, 1903 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 179-193.).

Sulla responsabilità degli enti amministrativi per mancata manutenzione delle vie pubbliche, in *La Legge*, 1904 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 195-200.).

Sulla natura dei regolamenti delle Camere parlamentari, in *Archivio giuridico*, 1906 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 261-315.).

Le prime carte costituzionali, in *Annuario dell'Università*, Modena, 1907 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 317-330, ed in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, *op. cit.*, pp. 151-170.).

Il Comune. Parte generale, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, 1908, pp. 497-789.

Diritto e correttezza costituzionale, in *Rivista di diritto pubblico*, Milano, 1909 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 331-348.).

Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria, in *Rivista di diritto pubblico*, 1909 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 349-377.).

Lo Stato moderno e la sua crisi, in *Rivista di diritto pubblico*, 1910 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 379-396, ed in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, *op. cit.*, pp. 3-26.).

L'età e la capacità delle persone nel diritto pubblico, in *Rivista di diritto pubblico*, 1911 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 201-247.).

Fondazione e dotazione delle persone giuridiche, in *Foro italiano*, Roma, 1912 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 249-256.).

I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia, in *Rivista di diritto internazionale*, Roma, 1912 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 397-418.).

Lezioni di diritto ecclesiastico, Pisa, 1912.

Le Camere di commercio, il tribunale camerale e le casse di risparmio, in *Rivista di diritto pubblico*, 1913, ed in *Rivista di diritto commerciale*, Milano, 1913 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 257-273.).

Corso di diritto coloniale, Roma, 1918.

L'ordinamento giuridico, 1^a ed., Pisa, 1918; 2^a ed., Firenze, Sansoni, 1946.

Oltre lo Stato, in *Rivista di diritto pubblico*, 1918 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 419-432.).

Lezioni di diritto ecclesiastico, a cura di N. Jaeger, Pisa e Palermo, 1^a ed., 1921; 2^a ed., 1923.

Di una particolare figura di successione di Stati. A proposito dell'annessione di Fiume, in *Rivista di diritto internazionale*, 1925 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 433-448.).

La libertà di commercio nei mercati municipali, in *Rivista di diritto commerciale*, 1925 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 275-281.).

L'approvazione sovrana di alcuni atti concernenti il riordinamento degli usi civici, in *Rivista dei demani*, Roma, 1925 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 283-287.).

Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale, in *Pubblicazioni della Regia Università di Modena*, Modena, 1925 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 449-459 ed in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, *op. cit.*, pp. 171-185.).

Relazione riassuntiva della Commissione dei XV sui rapporti tra potere esecutivo e legislativo, in *Presidenza del Consiglio dei ministri, Relazioni e proposte della Commissione Presidenziale per lo studio delle riforme costituzionali*, Roma, 1925, pp. 201-206.

Corso di diritto costituzionale, Padova, 1^a ed., 1926; 2^a ed., 1928; 3^a ed., 1931; 4^a ed., 1933; 5^a ed., 1940; 6^a ed., 1941; 7^a ed., 1943; 8^a ed., 1943.

Corso di diritto internazionale, Padova, 1^a ed., 1926; 2^a ed., 1929; 3^a ed., 1932; 4^a ed., 1939.

Diritto amministrativo, in collaborazione con V. Feroci, Milano, Mondadori per le scuole medie, 1^a ed., 1927; 2^a ed., 1928; 3^a ed., 1933.

L'incendio della cosa locata e la responsabilità contrattuale degli enti pubblici, in *Rivista di diritto commerciale*, 1927 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 289-297.).

L'età e la responsabilità civile verso lo Stato dei suoi funzionari ed impiegati, in *Rivista di diritto pubblico*, 1927 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 299-310.).

Discorso per l'insediamento al Consiglio di Stato, in *Il Rinnovamento Amministrativo*, 1928, pp. 878-884, ed in *Foro italiano*, 1929.

Il rimborso al comune delle spese per l'estinzione degli incendi, in *Rivista di diritto commerciale*, 1928 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 311-319.).

I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, in collaborazione con Damiano D'Amelio, in *Rivista di diritto pubblico*, 1929 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 321-332.).

Intervista, pubblicata il 15 febbraio 1929 nel *Giornale d'Italia* sul carattere confessionale dell'Italia a seguito degli accordi della Conciliazione.

Contratti collettivi di lavoro e norme giuridiche, in *Archivio di studi corporativi*, Pisa, 1930 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 333-349.).

Corso di diritto amministrativo, Padova, 1^a ed., 1930; 2^a ed., 1932²; 3^a ed., 1937.

Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato, in *Studi di*

diritto pubblico in onore di O. Ranelletti, vol. II, Padova, 1931 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 351-358.).

Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-1930. Relazione del Presidente al Capo del Governo, Roma, 1931.

Pel centenario del Consiglio di Stato, in *Rivista di diritto pubblico*, 1931, pp. 501-506.

Prolusioni e discorsi accademici, in *Pubblicazioni della R. Università di Modena*, 1931.

La potestà normativa del Consiglio Nazionale delle Corporazioni, Relazione al II Congresso di studi sindacali e corporative, Roma, 1932, ripubblicato in *Studi in onore di F. Cammeo*, vol. II, Padova, 1933 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 359-380.).

Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. I, Roma, 1932, pp. 3-28.

Relazione finale della Commissione dei XVIII, in *Relazioni e proposte della Commissione per lo studio delle riforme costituzionali*, Firenze, 1932, pp. 231-237.

Prefazione a *Scritti vari* di Mario Marinoni, Città di Castello, 1933, pp. V-VIII.

Vittorio Brondi, Prefazione al volume: V. Brondi, *Scritti minori*, raccolti a cura della Fac. Di giurisprudenza della R. Università di Torino, Torino, 1934 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 381-385.).

La "debellatio" dell'Etiopia, in *Popolo di Roma* del 6 maggio, 1936.

Annullamento (Teoria dell') nel diritto amministrativo, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1937 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 387-396.).

Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1931-1935. Relazione del Presidente a S. E. il Capo del Governo, Roma, 1937, 2 voll.

Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi, in *Scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1937 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 397-410.).

Relazione al Senato per la legge sull'istituzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, in *Atti parlamentari, Legisl. XXIX, sess. 1934-38, N. XCV - Documenti*.

L'insegnamento del diritto pubblico nelle Facoltà di giurisprudenza, in *Annali dell'Università d'Italia*, Roma, 1939 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 411-414.).

Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936-1940. Relazione del Presidente al

Capo del Governo, Roma, 1942, 2 voll.

Gaetano Mosca, in *Rivista di diritto pubblico*, 1942.

Luigi Rossi, Commemorazione tenuta il 6 aprile 1943 nella R. Università di Roma, in *Rivista di diritto pubblico*, 1943 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 467-478.).

Principii di diritto costituzionale generale, Giuffrè, 1^a ed., 1945; 2^a ed., 1946; Ristampa seconda edizione riveduta, 1947.

A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola, in *Rivista di diritto agrario*, Firenze, 1947 (anche in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 415-424.).

Frammenti di un dizionario giuridico, Giuffrè, 1947; Ristampa inalterata, 1953.

Osservazioni sulla efficacia della legge, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Milano, 1947 (anche in *Scritti minori*, vol. I, *op. cit.*, pp. 479-489.).

Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo, scritto inedito che doveva costituire la prefazione della IV edizione dei *Principii di diritto amministrativo*, già pubblicato nelle precedenti edizioni a Milano, 1902, 1906, 1912, in *Scritti minori*, vol. II, *op. cit.*, pp. 425-468.

Scritti minori, 2 voll., a cura di G. Zanobini, Giuffrè, 1950; Ristampa dell'edizione del 1950, Giuffrè, 1990.

Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale, Giuffrè, 1969.

Il diritto pubblico italiano, Giuffrè, 1988.

- (13) Fulvio Tessitore, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra otto e novecento*, 3^a ed., Giuffrè, 1988, p. 191.
- (14) 本稿においては、フランス語の “institution” 並びにイタリア語の “istituzione” という単語に原則として「制度体」という訳語を当てているが、これは、ローマーノが “istituzione” の概念を「安定的且つ永続的な局面を有し、固有の生命を持った独立した実体を形成する何某かの社会的存在体 (ente sociale) 若しくは社会体 (corpo sociale)」(S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, *op. cit.*, Ristampa inalterata, p. 82.) として規定し、また、“istituto” という単語がしばしば慣行的制度を指示する概念として用いられていることに基づいている。
- (15) ローマーノの代表的著作と確言しうる『法秩序体』(S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*) は、(制度体としての) 法秩序体の概念に関する第1章と、法秩序体の多元性という原理に関する第2章によって構成されている。
- (16) Ved. p. es. Salvatore d'Albergo, *Il potere sociale nella dottrina di Santi Romano*, in Paolo Biscaretti di Ruffia (a cura di), *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, 1977, pp. 202-203 e Id., *L'ordinamento giuridico*, in *Rinascita : rassegna di politica e di cultura italiana*, n. 35, 5 settembre 1975, p. 38.

- (17) Phocion Francescakis, Introduction à l'édition française, in Lucien François et Pierre Gothot, *L'ordre juridique*, Traduction française de la 2^e édition de l'《Ordinamento giuridico》, Paris, Dalloz, 1975, p. X. においては、現実的説明力並びに実践的有用性という観点から、『法秩序体』第 1 章において提示された理論よりも、第 2 章において提示された理論の方が評価されている。同様の視点に立つものとして、Ved. 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. 26, anche in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 2^a ed., Milano, Comunità, 1984, p. 171.
- (18) S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, op. cit.
- (19) Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, op. cit.
- (20) Id., *Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza*, op. cit.
- (21) Id., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, op. cit. なお、デクレート・レッジェは「形式的法律としての効力を有し、従って先在する法律の適用を除外することができる、政府機関の命令」(Id., *Il diritto pubblico italiano*, op. cit., pp. 247-248.) であると定義されている。
- (22) 緊要性とは「新たな制度体、若しくは、現行の制度体の防衛に仕える規範が即時的に発せられる原因となる社会的需要による明瞭且つ切迫した要求を含意する」(Ibid., pp. 273-274.) 法源である。
- (23) ロマーノの緊要性の理論に賛成する立場を表明していた例として、Ved. Giovanni Miele, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Archivio di diritto pubblico*, vol. I, 1936, specialmente, pp. 413-419. 当該理論に反対する立場を表明していた例として、Ved. Tomaso Perassi, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, anno IX, 1917, pp. 269 e segg. 一方において、法源としての緊要性という概念構成をロマーノが前景に押し出すに至るまでには、その緊要性に関してロマーノ学説に影響を及ぼしていた法律学説も存在していた。Ved. p. es. Alfredo Codacci-Pisanelli, *Sulle ordinanze d'urgenza* (note), in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, S. Lapi, 1900, specialmente, pp. 94-105. Cfr. S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, op. cit., in *Scritti minori*, vol. I, Ristampa dell'edizione del 1950, p. 81 e n. 63, e Id., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, op. cit., in *Scritti minori*, vol. I, p. 365 e n. 17.
- (24) ロマーノは、特に以下の論考において、緊要性に関する理論が有する多様な局面を検証した。特殊な状況において秩序体を防御する緊要性によって引き起こされた、秩序体の暫定的且つ部分的な変更の可能性を検討したものとして、Saggio di

una teoria sulle leggi di approvazione, op. cit. 秩序体の部分的且つ暫定的な変更を超えて、永続的な変更を、即ち新たな秩序体の事実上の創設を分析し、外観上そうではない場合であっても、かかる変更が緊要性によって引き起こされるということを確認したものとして、L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, op. cit. 立法作用の限界を分析することによって、独自の様式において不文法源について論じた、即ち、緊要性を成文法及び不文法の第一次的法源として指示することによって、明確に緊要性を規定したものとして、Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislative nel diritto italiano, op. cit.

(25) ロマーノによる学術上の成果が2つの時期に区分可能であるという仮説は、彼が1909年に、緊要性の理論を系統的に提示した後に、「現代国家とその危機」と題される講演 (S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, op. cit.) において、制度体理論へのアプローチを遂行したという事実によって1つの裏書を獲得する。Cfr. Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico, in *Scritti minori*, vol. I, op. cit., p. XIX.

(26) ロマーノ流の緊要性概念の継承を表明した業績も見られる。Ved. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, 11ª ed., Napoli, Jovene, 1980, p. 110. Ved. anche Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1960, pp. 157-158, pp. 607-613.

なお、緊要性に関わる諸論考をロマーノが発表した当時においては、ロマーノの法律学説が国家の立法政策、とりわけデクレート・レッジェの制定に影響を及ぼしたことが指摘されている。かかる立法政策につき具体例を挙げるなら、法律としての効力を有する規範を公布するという、政府に委ねられた任務に「切迫した絶対的緊要性を伴う理由 (ragioni di urgente ed assoluta necessità)」という要件を課すことによって、初めてデクレート・レッジェを規制した1926年1月31日法律第100号第3条第3項、同様に、「戦争を原因として、あるいは財政上若しくは税制上の性格を有する緊急措置を講じる為に緊要性の状態にある場合」という要件を課した1939年1月19日法律第129号第18条、政府による緊急命令の制定について規定した1948年共和国憲法第77条、等である。裏返して言えば、これらの法文の規定においては、法源としての(特にデクレート・レッジェの制定事由としての)緊要性という構想が受容されている。Cfr. Antonio Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, seconda edizione, Giuffrè, 1980, pp. 12-13.

(27) S. Romano, Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislative nel diritto italiano, op. cit., in *Scritti minori*, vol. I.

(28) Ibid., pp. 236-237.

(29) Id., *L'ordinamento giuridico*, Ristampa della II Edizione, op. cit., p. 18.

(30) Ibid., pp. 19-20.

(31) Id., Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di

- Messina e di Reggio-Calabria, op. cit., pp. 362-363.
- (32) Vittorio Frosini, Il dualismo tra diritto e società nell'Italia contemporanea, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1975, pp. 90-91.
- (33) S. Romano, Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria, op. cit., p. 362.
- (34) Ibid.
- (35) Ibid., pp. 362-363.
- (36) Id., *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 53.
- (37) Cfr. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 18-19.
- (38) S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, op. cit., Ristampa seconda edizione riveduta, p. 82.
- (39) Ibid., p. 83.
- (40) Cfr. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 23.
- (41) S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, op. cit., p. 92. ロマーノは、彼が主張するところの緊要性が自然法の諸理論の残滓たりえないことを強調する。彼の法理論においては、緊要性は事実上の状況から湧出する命令、即ち社会的需要の所産であるが、然るに自然法に依拠する諸学説における緊要性は、多少なりとも理性上の諸規範の表出であるとされる。従って、前者においては、理性概念が制度体の組織化において具現されるが、それに対して後者においては、人間精神の中に本来的に備わるものとして概念構成される法、あるいは理性を通じて捕捉される法において理性概念が具現されると確言することができるであろう。Ved. anche Id., Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria, op. cit., p. 363.
- (42) Id., *Principii di diritto costituzionale generale*, op. cit., p. 92.
- (43) Ibid., p. 90.
- (44) Id., Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria, op. cit., p. 363.
- (45) Id., *Principii di diritto costituzionale generale*, op. cit., p. 90.
- (46) V. Frosini, *La struttura del diritto*, Giuffrè, 1962, p. 80.
- (47) Ibid., pp. 80-81.
- (48) Ved. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 27.
- (49) S. Romano, L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, op. cit., in *Archivio giuridico*, vol. 68, 1902, p. 55.
- (50) 憲法に関しても、イタリア憲法は、その外観に反して、その大部分が不文法であるとロマーノは想定していた。Id., *Le prime carte costituzionali*, op. cit., in

Scritti minori, vol. I, p. 326.

- (51) Id., *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 47, n. 33.
- (52) *Ibid.*, pp. 96-97. この点において、法現象の考察におけるハートによる所謂「内的観点」と「外的観点」の区別(H. L. A. Hart, *The concept of law*, Oxford, Clarendon, 1961, pp. 86-88. H. L. A. ハート(矢崎光圀監訳)『法の概念』(みすず書房、1976年)98-100頁)をロマーノは予示していたとも言う。Ved. Neil MacCormick e Ota Weinberger, *Il diritto come istituzione*, a cura di Massimo La Torre, Giuffrè, 1990, p. 389.
- (53) 事実としての法という概念構成は、スカンディナヴィアにおいてリアリズム法学を体現するウプサラ学派における代表的論者であったK. オリヴェクローナ(Karl Olivecrona)の法律学説を想起させるものである。オリヴェクローナは、国家並びに国民が法による社会の組織化なくしては観念しえない存在であるということから、法の源泉としての国家乃至国民という概念構成の排斥、換言すれば、法は最高権威の意志の表現であるとする意志主義の排斥を行い(K. Olivecrona, *Law as fact*, 2nd ed., London, Stevens, 1971, pp. 71-73, pp. 79-80. カール・オリヴェクローナ(安部濱男訳)『法秩序の構造——経験法学としての——』(成文堂、1973年)100-102頁、110頁)、また、法の主たる源泉は国民の社会的気質と社会的本能(social habits and instincts of the people)であると主張する(Id., *Law as fact*, Copenhagen, Einar Munksgaard: London, Humphrey Milford, 1939, p. 70. 同(碧海純一・太田知行・佐藤節子訳)『事実としての法』(勁草書房、1969年)63頁)点で、法の非意志性・非人格性の肯定、及び、法は社会において提示される需要に立脚する現実であるという見解に接近する。しかし、立法行為の有効性を担保する装置が成立する為に依存する概念としての国民の心理的圧迫が提示され(*Ibid.*, pp. 67-68. 同60頁)、法は主として力に関する規範から成ることによって、組織化された力による制裁に対する恐怖という観点から法の拘束力が検討される(*Ibid.*, pp. 134-150. 同130-147頁)点で、制度体と法の発生的契機の同一性を確言するロマーノの法理論との相違点が指摘されうであろう。
- (54) V. M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, in *Cahiers de la nouvelle journée*, no. 23, 1933, p. 96 et suiv.
- (55) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 47, n. 33 bis.
- (56) ロマーノ学説とオーリウ学説の相互関連性、若しくは一方に対する他方の依存性という問題は、制度体理論について検討する際に問われうる事柄であろう。方法的客観性の観点から、デュギー、オーリウ、ケルゼンの法理論に対するロマーノの法理論の優越性を肯定する見解も見られるが(V. E. Orlando, *Ancora del metodo in diritto pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Volume I, Filosofia e teoria generale del diritto. Diritto costituzionale, CEDAM, 1940, p. 16.)、しかしながら、制度体理論の展開を跡づけるに際して、ロマーノ学説とオーリウ学説のうちのどちらか一方の

学説の自律性や理論的優越性を確言することは困難であろう。法律用語としての制度体という概念の使用について言えば、社会学と法学とを架橋する概念として (Ved. V. Frosini, Istituzione, voce in Antonio Azara e Ernesto Eula (diretto da), *Novissimo Digesto italiano*, vol. IX, Torino, 1963, p. 266.)、換言すれば法現象を評価する適性を備えた社会的範疇として、オーリウが1896年に『伝統的社会科学』(M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, Paris, Larose, 1896, pp. 187-197.)において、厳格に法的な意味を指示する概念として、ローマーノが1894年に「公的授益制度体の概念について」(S. Romano, *Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza*, op. cit.)において、それぞれ制度体という用語に広範に言及した。本稿において指摘しなければならないことは、当然のことながら、2人の法学者による制度体概念の使用の時期ではなく、やはり彼らが基点としていた理論的探究のレベルが異なる、即ち、一方は社会学的考察対象を視野に収めた政治哲学の表出として、他方は、社会的事実の本質並びに構造において法対象性の基準を具体化する為に社会的事実を検討する、法と国家の一般理論の表出として、2つの法律学説はフランスとイタリアにおいて同時期に固有の特質を以って発展したと推論する可能性が発生する (Cfr. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 55.) ということである。統治権力の組織化の基盤を権力分立と代議制という2つの原理に還元し (M. Hauriou, *Aux sources du droit*, op. cit., p. 103.)、更に三権分立の再規定を志向する (Id., *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916, pp. 31-40, pp. 114-128 et Id., *La souveraineté nationale*, Sirey, 1912, pp. 147-152.) ことによってオーリウが制度体理論を展開したのは、立憲主義的且つ代議制的形態を以て組織化されている社会的組織体として制度体概念の適用領域を彼が想定していたことの証左であると言いうる。また、オーリウ理論においては、制度体は法に先行するものであり、法は制度体の産物であるとされる (Id., *Aux sources du droit*, op. cit., p. 128. Cf. Eric Millard, Hauriou et la théorie de l'institution, in *Droit et société*, no. 30/31, 1995, p. 399.)。それに対し、ローマーノ理論においては、既に見たように、制度体と法との間に等値並びに発生的同一性の関係が存在する。ローマーノにとって、法は社会的事実の構造並びに組織化を構成するのであり、制度体の概念と法秩序体の概念の間には相関関係が設定されているのである。ローマーノをして《ubi societas ibi ius.》及び《ubi ius ibi societas.》という法格言を強調せしめたものは、制度体と法は等価なものであり、同一の発生的契機を有するとすることによって特徴づけられる、制度体に関する彼独自のかかる立場である。オーリウによれば、法は制度体の産物であるので、彼の理論は前者の法格言のみの妥当性を肯定することには到達するであろう。但し、2人の制度体論者の学説は、法人格という類概念の中の種ではないという広範な意味において理解される制度体の概念を共に法の科学に対して提供したという理論的特質を有し、そして彼らの法理論における制度体概念は、法は意志によってではなく社会的事実によって生成されるということを論証することを目的として有している概念であり、命令

を与える者と服従を提供する者との関係とは無関係に法規範を考察するという地平を開く為の手段概念であったということは承認されうる事実であろう。

なお、付言するなら、ローマノ学説における制度体概念は、「パウロ神学の用語においては、教会裁判権を有する個別の自然人並びに法人格がその『器官 (organi)』を構成するような *corpus mysticum* 若しくは *corpus Christi* として表示される、教会のピラミッド状の階統的な組織体全体と明瞭に結びついている」(Franco Modugno, Istituzione, voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Giuffrè, 1973, p. 78.) *voluntas superioris* を不可欠の媒体とすることによって、制度体の淵源として定立される言わば優越的要素を承認する、教会法の伝統において現れた *institutio* 概念よりも、社会及び法秩序体の多元論的な概念構成を、中世の歴史的経験の中でそれを検証することによって描いた O. フォン・ギールケ (Otto von Gierke) における共同体 (Genossenschaft) 概念にヨリ親近性を有する。ギールケにとって、法は社会的事実を組織化する機能を有し、かかるものとして、法は国家によって義務づけられるものではなく、共同体において現存する精神独自の所産であるからである (Vgl. Otto von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Erster Band: Allgemeiner Teil und Personenrecht, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1936, S. 120 f.). 但し、ローマノは、「あらゆる制度体は、判明な法秩序体において具体化される」という観点から、「『それぞれの有機的共同体は法を生成する能力を有する』とする、ヨリ勇敢な擁護者をギールケに見出してきており、また非常に多数の信奉者を有する学説に接近する」が、「しかしながら、吾人は様々な点においてこの学説とは距離を置く。まず第一に、吾人は共同体という概念を、ヨリ本質的に法的なものであるということに加えて、ヨリ広範で、ヨリ完全なものであるように吾人には思われる制度体という概念に置き換えるからである。第二に、その学説は、客観法は規範、準則若しくは命令の複合体であるという一般の原理を留め置いているが、然るに吾人は、客観法を制度体の産物ではなく、制度体それ自身と見なすからである。結局のところ、法の基盤に関して、前述の学説を信奉する者達によって表明されてきた様々な見解を吾人は受け入れない」(S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 131-133.) と述べていた。なお、ローマノ学説とギールケ学説の異同につき、Ved. Antonio Tarantino, *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1977, pp. 687-693.

(57) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 25-28.

(58) *Ibid.*, p. 27.

(59) *Ibid.*, p. 12.

(60) *Ibid.*, p. 39. ローマノによるかかる主張により、法秩序体の多元性という局面においてではなく、組織体並びに秩序概念において、C. シュミット (Carl Schmitt) に対するローマノ学説の影響が語られうる。Vgl. Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, Hanseatische

Verlagsanstalt, 1934, p. 24. V. aussi Id., *Les trois types de pensée juridique*, Paris, PUF, 1995, p. 80.

- (61) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 124.
- (62) *Ibid.*, p. 35.
- (63) *Ibid.*, p. 36.
- (64) *Ibid.*, p. 37.
- (65) *Ibid.*, p. 38.
- (66) *Ibid.*, pp. 41-42.
- (67) *Ibid.*, p. 39.
- (68) *Ibid.*, p. 5.
- (69) Id., *Principii di diritto costituzionale generale*, *op. cit.*, p. 85.
- (70) Id., *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, pp. 10-12.
- (71) *Ibid.*, pp. 22-24.
- (72) *Ibid.*, pp. 49-52.
- (73) *Ibid.*, p. 27.
- (74) 前掲註 (17) 参照。
- (75) 『法秩序体』においては、「前章において与えられた法秩序体の概念から、制度体の数だけ法秩序体が存在するという論理的帰結を導出することができる」(S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 106.) と記されている。
- (76) ロマーノはヨーロッパにおける多元主義的法理論の先駆者であり、且つルナール等のフランスにおける制度体論者の法律学説の基礎を築いたと捉える見解も見られる。Vgl. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4., unveränderte Auflage, Tübingen, JCB Mohr, 1990, S. 292, N. 266.
- (77) Ved. A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 39.
- (78) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 109.
- (79) 「国家は、それ自体として 1 つの制度体であるが、国際的共同体といったより広範な制度体の中に包含されるし、更に、国家の中では他の制度体が弁別される」(*Ibid.*, p. 38.) と主張される。
- (80) *Ibid.*, p. 108.
- (81) *Ibid.*, pp. 111-112.
- (82) *Ibid.*, p. 109.
- (83) Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, *op. cit.*, in *Scritti minori*, vol. I, pp. 393-394.
- (84) Id., *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 112.
- (85) *Ibid.*, p. 124.
- (86) *Ibid.*, p. 126.

- (87) 客観的秩序体の存在を確認することを任務とする法学者にとって、国家法によって採用される合法・違法の基準は無関係な事柄であるとされる。 *Ibid.*, p. 124.
- (88) A. Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 43.
- (89) N. MacCormick e O. Weinberger, *Il Diritto come istituzione*, *op. cit.*, p. 388.
- (90) 第一次規範と第二次規範の区別に関するボッビオの論考 (N. Bobbio, *Nouvelle réflexions sur les normes primaires et secondaires*, in Id., *Essais de théorie du droit*, *op. cit.*, pp. 159-173.) やハート『法の概念』(H. L. A. Hart, *The concept of law*, *op. cit.* H. L. A. ハート・前掲註 (52))、のみならずまた、法規範の類型(=法規範の構造)の問題と法規範のレヴェル(=法規範の地位)の問題を自覚的に峻別する展望に立ち、その結果、法規範概念と法秩序体概念それぞれに対応した理論化の作業が必要とされることを説くという文脈において、第一次規範と第二次規範を区別するに際しての問題を展開した Giacomo Gavazzi, *Norme primarie e norme secondarie*, Torino, Giappichelli, 1967, specialmente pp. 129-150. は、この観点からの学術的成果であるという位置づけを行うことが可能であろう。
- (91) 繰り返しになるが、ロマーノによって精緻化された通りの第一次的法源としての緊要性という観念は、例えば C. モルターティによって (Ved. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, *op. cit.*, pp. 157-158, pp. 607-613.)、また、緊急 (urgenza) 概念と等値される緊要性概念は、例えば P. ビスカレッティ・ディ・ルッフィアによって (Ved. P. Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, *op. cit.*, p. 110.) 受容されており、更に、かかる緊要性概念は共和国憲法制定議会によっても採用された (1948年共和国憲法第77条としての結実)。

(未完)

付記 本稿は、1999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。