

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（Ⅲ）

——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、本号)

終 章

第 2 章 サンティ・ロマーノ学説に関する解釈実践

第 3 節 制度体と法秩序体との関係における等値の含意

これまでに繰り返し指摘されたように、S. ロマーノ (Santi Romano) の制度体理論においては、制度体概念と法秩序体概念との発生的契機の同一性、若しくは両者の等値という原理が確言されるのであるが、この原理

は、制度体概念の発生、及び制度体概念の存続過程という2つの異なる契機が弁別されることによって考慮に入れられるとき、その概念が有する意義に関して更なる明晰化を受けることになる。ローマーノの制度体理論は、制度体の発生的契機において考察される場合には、法と社会的・制度体的現象との同一性を提示するであろうが、制度体と法秩序体は同時に誕生するという意味において、それは一時的な同一性であると言えることができる。従って、かかる意味において、制度体と法は同時に誕生するということが、更に、社会体とその組織化との間には伴立関係が存在するということを主張する、V. E. オルランド (Vittorio Emanuele Orlando)、F. メッシネーオ (Francesco Messineo)⁽²⁾、D. パズィーニ (Dino Pasini)⁽³⁾ といった法学者達の解釈は正確なものであろう。それに反して、ローマーノ理論は、もはや制度体の発生的契機においてではなく、その存続過程において考察される場合には、制度体概念と法秩序体概念との如何なる同一性をも提示せず、非分離且つ非同等という意味での等値を提示する。このような解釈は、他ならぬローマーノ自身が制度体を人体に準えた(肉体=制度体、靈魂=法秩序体)ことによって裏書きされるであろう。

しかしながら、ローマーノ理論における制度体概念と法秩序体概念との間に——等値関係ではなく——同一性を認めることによって、両概念は同語反復的關係によって構成されており、1つの現象が別の現象に還元されることになるという判断の見解が見られる。かかる見解は、たとえローマーノの制度体理論をその発生的契機においてではなく、制度体の存続過程において考慮に入れるとしても、制度体と法秩序体との間には同一性の関係が存在すると主張し、その結果、制度体概念に対して法対象性の資格を付与するに際して、ローマーノは——同語反復という修飾語を克服するだけの——十分な説明を提供していないという確言によって表象される。

G. キアレリ (Giuseppe Chiarelli) によれば、ローマーノ学説は、規範主義的理論の抽象性並びに未完成性を克服し、法を諸規範の複合体としてのみならず、一元的な態様において組織化される多元的な主体として考慮に

入れたことにその主たる学術的功績を有する。キアレッリにとって、このような功績は、制度体理論が法秩序体をその歴史的現実において捕捉することに成功したことの要因である。そして、法秩序体が有する歴史的現実とは、社会的現実の組織化としての、また、社会的平和の保全の中に自己の本質を有する命令としての「法の普遍的な理念」に合致するものである。⁽⁴⁾

しかしながら、同じくキアレッリによれば、ロマーノ学説は、以上のような功績を有するものの、法秩序体の概念を法の自律的且つ普遍的な概念に連関させなかったということを、また、「あらゆる他の組織化並びにあらゆる形態の社会生活を条件づけ、諸団体ではなく、それら諸団体が個別的な発現を成すところの社会（即ち社会生活）を可能にする至上命令として」法秩序体の概念を捉えることがなかったということを、その主たる誤謬として有している。⁽⁵⁾そして、ロマーノは、制度体の諸要素間の同一性及び等式を設定することによって、制度体概念と法秩序体概念によって構成される同語反復的推論に陥ったとされる。即ち、あらゆる制度体は法秩序体であるという確言の中には、既に同一のものとして規定されている項辭の同一性が提示されているにすぎないとキアレッリは想定していた。「それ故、概念構成全体がある循環論法の中に閉ざされる。その循環論法とは、他ならぬ制度体と同様の様式において法秩序体が概念構成された後に、あらゆる制度体は法秩序体であるということを確言することに存するものである」。⁽⁶⁾言述のレヴェルを転換して述べると、「制度体は法秩序体である」という確言は、キアレッリの思惟においては、総合的判断としてではなく、分析的判断としてまさしく分析される。即ち、かかる確言の中には、「主語を陳述する命題におけるその主語の単なる陳述の中に既に含意されているわけではない如何なる新たな要素」も提示されていないがために、「法＝制度体という等式は、法の概念を確定する如何なる価値をも有さないであろう」ということになる。⁽⁷⁾ここにおいては、制度体概念と法秩序体概念との間に単なる同一性の関係を見出す解釈は、2つの概念は同一

の現象の2つの局面を構成するという意味において、また、法秩序体は制度体を構成する諸原理並びに諸規範を指示する概念である限りにおいて、制度体概念と法秩序体概念との間には従属関係が認められるという意味においての両概念間の相違、及び、その相違に基づき間接的に設定される両概念間の等値関係を等閑視することに自己の正当性を立脚せしめるものであるということが指摘されうる。更に付言するなら、ロマーノは、制度体概念と法秩序体概念を等値関係によって架橋することにより、新たな社会的諸力が持続的な様式において組織化される場合には必ず完成に向かい革新される社会的現実の動態的構造としての機能を秩序体概念を以て指示したという解釈が導出されるとき、そして、この文脈において、法秩序体と制度体の関係が1つの比喩表現を以て靈魂と肉体の関係に準えられる必然性が理解されるとき、ロマーノの立論に対して循環論法の異論を提起する見解はその正当性を喪失する。また、主語が示すことと同一の何かを述語が示す命題に還元される同語反復的判断についてであれば、述語が如何なる別の要素をも付加しないという判断が下されうるであろうが、ロマーノによる言明が分析的判断として概念構成されうるとしても、ロマーノにとって、法秩序体は制度体の動態的構造、即ち制度体の死活的な本質であるということが想起されるならば、確かに制度体は法秩序体を内包する概念ではあるが、主語の中に明示されていない内容を述語が説明することになるので、制度体概念は法秩序体概念と等価なものであるとする、ロマーノによる確言に対して同語反復的であるとの批判は妥当しないであろう。それ故に、ロマーノの制度体理論は、規範主義の抽象性を克服することを可能ならしめたばかりではなく、持続的且つ非人格的な様式において組織化されるべき要求を自己の客観的な表出とする社会的意識の中に法を配置することによって、自然法主義若しくは法実証主義の形態を纏った意志主義から法の觀念を解放することができたのである。

キアレッリは、以上のような非常に興味深い批判と同時に、法秩序体の多元性の理論の中にその論理的恣意性を見出すことによって、ロマーノ理

論に対する別の疑義を表明していた。キアレツリによれば、「循環論法から脱する為には、あらゆる社会的存在体は有機的構造を有するということではなく、法の概念を構成する諸要素は専ら社会的存在体における諸関係の組織化に還元されとする為の論拠を提示することによって、あらゆる社会的存在体の有機的構造が法秩序体であるということを論証する必要がある⁽⁸⁾」のであるが、ロマーノ理論は、論理的な法の範疇への依拠が欠落していたがために、一連の恣意的な論理展開によって構成される。「制度体が自己の組織化を介して追求する諸目的を法的には関連性を有さないものと見なすことによって、制度体と法秩序体の同一視を前者の単なる組織化及び単なる構造に限定すること⁽⁹⁾」は恣意的な論理展開に他ならないとキアレツリは捉えていたのである。

ロマーノ理論についてのキアレツリによるこのような分析から、ロマーノとキアレツリのそれぞれが自己の理論構築を行う領野が異なっていたということが推論される。ロマーノは、制度体の定義を提示するに際して、あるがままの、ヨリ正確に言えば法学者にとって可視的な法的現実のレベルに留まり、「制度体は法秩序体、即ち客観法の多かれ少なかれ完成された独立した領域である。⁽¹⁰⁾」ということを確認することによって、実在的な観点からの法の定義を提示した。これに対し、キアレツリは、論理的な法の範疇の存在を前提とし、ある社会的存在体を法的なものであると規定する為に、前提とされる法の概念を構成する諸特徴をその社会的存在体が有する秩序体に対して要求した。この見地に基づき、キアレツリは、何故あらゆる社会的存在体の構造が法的なものであるのかということを論証しなかったとして、法を構成する諸要素が社会的存在体における諸関係の組織化のみに還元されとする為の論拠を提示しなかったとして、そして、組織化を介して制度体によって追求される諸目的を法的には関連性を有さないものと見なしたとして、ロマーノを批判していたのである。

制度体の生成過程に関するロマーノによる構想、制度体概念と法秩序体概念との同一性という言葉表におけるロマーノによる含意、こういった事柄

への言及が欠落していること、そして、制度体の発生の契機を等閑視し、制度体が法的な概念として是認される為の条件を追究することによって、法の一般理論のレベルの埒外に陥るという——少なくともロマーノの制度体理論を解釈するに当たっての——誤謬を招来せしめることは、一人キアレッリに特有の解釈様式ではない。

M. S. ジャンニーニ (Massimo Severo Giannini) は、ロマーノ理論に従えば、制度体の概念及び法秩序体の概念は、社会的存在体若しくは社会体の概念を通じて定義されなければならないのであるが、当の社会的存在体若しくは社会体の概念が不明晰性を免れうる概念ではないと主張した。制度体若しくは法秩序体の概念がそのように不明晰な概念に依拠せざるをえないところに、ジャンニーニは、制度体概念と社会体概念との同一性を見出し、その同一性により、制度体若しくは法秩序体に関する概念規定が同語反復的な定義をもたらしていると結論づけた。⁽¹¹⁾ ジャンニーニの思惟においては、単に社会体の概念に依拠することを以て、制度体は法対象性の資格を取得するとされるが故に、制度体概念におけるかかる資格についての説明が欠如しているということになるのであろう。また、G. ファッソ (Guido Fassò) は、「何故制度体は法的なものなのであろうか。その制度体をかかものとして規定するものは何であらうか。まさしくここが、やはりロマーノの学説の弱点なのである。[……] 彼は、制度体の法対象性を前提とし、その次に、そのような制度体を法と同一視することによって、循環論法に陥っているのである。」と主張することによって、ロマーノ理論においては、如何なる社会的諸力が制度体の概念に相応しうるものであり、如何なる社会的諸力が制度体の概念には相応しえないものであるのかということの指示から、あらゆる制度体は法秩序体であるという確言に至るまでに論理的飛躍が認められると考えていた。更に、V. グエーリ (Vincenzo Gueli) もまた、——ロマーノ学説における理論的前提並びに探究領域を不問に付しつつ——「制度体の本質の、つまり法の本質の確定は、この点で実に同語反復的なものである。即ち、(法を単純に秩序体、組

織体として規定するだけでは不十分であろうが故に) 法は法秩序体であると規定され、法の目的はまさしく社会の組織化であるので、秩序体は必然的に法的なものであるということが付言されるのである。⁽¹³⁾」と指摘した。

ローマーノ学説においては、彼が制度体に対して付与した法対象性の資格に関する説明が欠落しているという批判は、ローマーノによって前提とされた法の一般理論の観点からは、法学者は法現象についての説明を提供することを自己の任務として有しているわけではないということの忘却に立脚している。ローマーノ学説の根幹は、哲学的若しくは社会学的な観点からの法の検討ではなく、歴史的に現実化されるという意味における実証的な観点からのみの法の検討によって構成される。法の観念に関するこのような探究様式に立脚しつつ、ローマーノは、生命並びに生命力という特質を備えるに至った場合に社会的諸力は法に変質するということを確言することによって、間断なく法の実効性に対する注意を促したのであり、また、哲学的な法や社会学的な法といった(ローマーノにとっての)似而非法的観念は法学者による探究とは無関係なものであると主張することによって、自己の探究領域を実定法の概念に限定する態度を維持したのである。

第4節 サンティ・ロー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

不確定性、社会学主義、同語反復を項辞とした一連の異論を経由することによって、ローマーノ学説の解釈実践において見出される批判的指摘が国家理論の領域において到達しうる選択肢の1つは、法的制度体として概念構成されうる実体は国家のみであるとする結論に至らしめる論理的脈絡を自己に纏うことである。⁽¹⁴⁾かかる論理的脈絡は、あらゆる社会的発現を国家現象の中に包摂する立場に接続しており、社会的運動に対する公法の支配を含意する。この原理は、社会的意識には依存しない法を概念を個体化する必然性を招来する。その法の概念は、法は何某かの法主体の意志の表出であるという確言を付随させることによってのみ構想可能なものであ

う。意志主義的概念構成が前提とされる場合には、制度体は、社会的現実が適応する対象となって然るべき規範若しくは概念、あるいは、その制度体が法対象性という資格を有する為の基点となりうる規範若しくは概念の現実化であるという帰結が導出されうる。換言すれば、国家乃至は権力保持者のみが、ある特定の社会的現実の法対象性を規定する資格を有するということになる。ここにおいて提示された構想が、制度体概念と法秩序体の多元性の原理との相克をありうるものにする為の前提条件となる。

ロマーノ理論を解釈するに際して、制度体の理論を受容しつつも、法秩序体の多元性の理論を排斥したのがA. ヴォルピチェッリ (Arnaldo Volpicelli) である。ロマーノ学説のこのような部分的共有は、法秩序体の多元性の原理が前提とされるならば、法の制度体性という定言が否定され、原子論的法理論が復活することになるという考察に立脚したものである。ロマーノ理論を以てすると、制度体の多重性が諸個人の多重性にとって代わり、そのことにより、法は再び純然たる「関係 (rapporto)」に還元されるに至るとヴォルピチェッリは指摘した。⁽¹⁵⁾ この立論によれば、法秩序体の制度体性とその多元性は相矛盾した概念である。かかる矛盾を克服する為に、彼は、制度体の一元性、そして一元的な制度体としての法秩序体という性格を想定し、以って、社会的諸制度体の自律的な領域は法対象性の空間の中には包含されえないと判断していた。⁽¹⁶⁾

ロマーノは、社会的制度体の諸形態の中に法秩序体の多元性の理論が具象化されるという認識を有していたのであるが、それに対して、ヴォルピチェッリは、18世紀並びに19世紀における個人主義的原子論若しくは政治的形式主義を克服するという、彼の時代に特有の使命をそれらの諸形態において個体化していた。彼の時代に特有の使命とは、団体国家 (Stato corporativo) としての形姿を帯びるに至る結合主義を認識・説明することであり、ヴォルピチェッリによれば、その団体国家においては、社会生活全体が国家生活に還元され、個人は完全に国家と一体化することになる。従って、法秩序体の多元性の原理を承認することは、そのような結合主義

的多元主義の現象を理論化することを不可能にするものである。結合主義的多元主義は、法現象に対する社会現象の優位及び支配としてではなく、法並びに国家の新たな形態を準備する過程において歴史が經由する労苦として、即ち、形式主義的且つ原子論的な国家の概念構成から、社会化・有機化された国家の概念構成への移行によってもたらされる労苦として解釈されなければならないと彼は主張していた。⁽¹⁷⁾

ヴォルピチェッリは、結合主義的多元主義に関する自己の解釈を以って、社会現象に対して国家現象を優位させる見解に与し、法の社会性に対して法の国家性を選択した。彼にとって、当時の法学並びに政治学の特質は、旧来の自然法主義的諸理論の超越性に対抗して、歴史的・実証的な源泉を法に対して付託させることを意欲することであった。この点において、ロマーノの法理論は、社会的意識という事実から法の源泉を抽出しようとするものであるが故に、国家を法に従属させるという、自然法主義が陥るものと同一の誤謬に究極的には陥る必然性を有する理論であるとして、彼は懸念を表明していた。⁽¹⁸⁾ヴォルピチェッリによれば、ロマーノは、国家を法に従属させたことにより、規範理論と制度体理論との非実在的な論理上の二元論を提示し、制度体の精髓としての組織化をその経験的且つ物質的な現実において社会的組織化に還元するに至ったとされる。それに反して、ヴォルピチェッリは、組織化を規範性の組織化として理解し、法的なるものは規範概念に適合した概念であるということ、そして、当為に適応している存在のみが法的なるものであるということを確認していた。かかる前提を基点とすることによって、彼は、制度体上の諸規範の具体的現実化のみが制度体であると主張することに到達したのである。⁽¹⁹⁾約言すれば、彼は、法の国家性並びに規範性を擁護することによって、権力保持者の意志を唯一の法源として承認することを企図していたと言えよう。

ヴォルピチェッリは、社会現象を法現象に還元しなかったという理由に基づき、ロマーノを批判したことに留まらず、彼によれば、国家制度体は真の自己決定権を内在させた唯一の制度体と見なされるので、この国家制

制度体という形態に対してのみ法対象性を承認するという意味において、社会若しくは制度体を国家と同一視していた。社会内部の諸制度体に対して、国家制度体の付随的な存在及び構造としての地位が否定されるわけではないが、それらの社会内部の諸制度体は固有の権力並びに固有の現実的自律性を欠落させていると彼は考えていたので、それらの諸制度体の法対象性が否定されるのである。⁽²⁰⁾

ロマーノ理論に対するヴォルピチェッリの批判は、制度体の概念についての曲解が認められるという指摘の中に集約されることになる。ヴォルピチェッリにとって、その曲解というのは、国家から社会を弁別することによって、社会を構成する無数の社会的細胞にまさしく社会それ自身を粉碎し、あらゆる社会的存在体に対して法対象性を承認したという、ロマーノ学説における基底の原理に起因する。⁽²¹⁾従って、彼の批判は、国家に対抗する存在体としてではなく、国家を補助する存在体としての社会的・法的な自律的存在体をロマーノが想定していたという事実とは無関係に、ロマーノ理論に対して向けられるものである。⁽²²⁾

かかる批判に直面して斟酌されなければならないことは、ロマーノ理論の解釈に際して、国家の概念と同一視される制度体の概念が有しうる妥当性の問題である。ロマーノ学説における制度体概念が自己の基盤を社会的意識並びに社会的事実の中に有しているのに対し、ヴォルピチェッリの思惟においては、制度体は、継続性という性格を以て組織化される何某かの社会的事実ではもはやなく、つまり、何某かの社会的要求の表出なのではなく、ある規範の現実化から発生する概念なのであり、更に、その規範は権力保持者の意志から発生するものである。2人の法学者の理論は異なる位相に位置するのであり、一方の理論は意志主義の一形態から派生したものであるとして、それに反して、もう一方の理論はリアリズム法学の独自の形態の発現として捕捉されうる。その意味において、ヴォルピチェッリの理論を制度体のそれとして形容すること、ロマーノ理論に対するヴォルピチェッリ理論の順接続について語ることは不可能である。ロマーノ理論にお

ける制度体概念とロマーノ理論に関するヴォルピチェッリの解釈における制度体概念との断絶はあまりにも大きい。

II 法の論理的観念と団体国家

キアレッリは、「人間の生活において、つまり歴史において人間の人格性が確言される⁽²³⁾」独自の様式としての法という局面を強調する。彼にとって、法の定義を行うに際しては、歴史的実在性という要素を顧慮することが決定的に重要である。ロマーノが、法秩序体は制度体の構造であるということを確認することによって、形式的な法の概念構成を提示したのとは対照的であろう。キアレッリによれば、法の概念は、「歴史において生存し、固有の自律的且つ独特の生命を有する具体的実在」を指示し、「物質的な内容が如何なるものであろうとも、あらゆる実定法体系が包含される法の観念を設定する論理的要求」を有していなければならない、「しかし、かかる論理的観念は、所謂法の『形式』を確定することに仕えうるものとなるように、現実を包摂するこのような価値を有することに加えて、法的な現実を非法的な現実から識別する価値をも有していなければならない⁽²⁴⁾」。法の観念は、形式的な観点から十全なものたりうる為には、法的なるものの個体化の淵源を内包していなければならないのであろう。キアレッリが指示した法の弁別の特徴は、それ自体として法的なるものとしての資格、及び、個別的な結合が法的なるものであるのか否かということを評価する権利を付与されている論理的範疇として捉えられうるものであり、彼にとっては、法的なるものの論理的範疇を個別的な社会的組織体に適用することによって、それらの社会的組織体のうちの如何なるものが法的な資格付与を有しうるものであり、それらの組織体のうちの如何なるものが法的な資格付与を有しえないものであるのかということ⁽²⁵⁾を確定する作業に、「正当性を有し、合理的に妥当性を有する唯一の論理的手続」が存するのである。

斯くして、制度体概念が提供する学術上の価値は否定されることにはな

らないが、法理論の構築に際しての制度体概念の用法が問題となる。法の弁別の特徴を識別する作業は、制度体理論への立脚を要請するものではあっても、個別的な客観法の分析から導出される抽象化並びに一般化の手続を媒介としてではなく、法的現実としての人間的現実の考察を通して行われるべき性質のものであるとキアレッリは主張した。このような前提が基点とされることによって、「法的制度体は、その部分を成す主体の関係の組織化、及び、そこから派生する社会秩序の保障を自己の本質的な目的として有する制度体である。」と規定され、「かかる目的を本質的なものとはせず、自己を構成する主体の組織化を（宗教的、道徳的、経済的、慈善的、等々の）個別的な目的を達成する為の手段にすぎないものとする他のあらゆる制度体は、法的制度体ではないであろう。」⁽²⁶⁾ということが確言される。ここにおいて留意しなければならない点は、社会秩序は法の目的を構成するのではなく、まさしく法それ自体であるがために、キアレッリの見解に依拠しつつ、正確な法の観念を獲得することを意欲するのであれば、法に対して目的論的な性格を付与することは誤った概念構成に通ずることになるということである。彼にとって、法の目的としての社会秩序は、任意の社会秩序においてではなく、社会生活上の他のあらゆる発現が存立しゆくことを可能にする社会秩序において具象化される。法の本性に関するこのような分析から、組織体の合法性若しくは違法性という区別に関して、「この目的、及びこの目的に向けられた活動が、法秩序体によって実現される、社会的諸活動の一般的な調整において身に纏う地位に応じて、組織体は合法的なもの、若しくは禁じられたものとなるであろう。」⁽²⁷⁾と彼は判断していた。

キアレッリは、合法的な結社と違法な結社との相違を描出する目的を以てのみならず、一般的な法秩序体と個別的な法秩序体との相違を描出する為にも社会秩序の概念を使用し、普遍的な社会秩序を目的として有する組織体を前者に対して、反対に、個別的な特有の目的を後者に対して帰属させていた。法秩序体に関するこの区別により、多様な類型に属する法秩序

体が有しうる特有の機能が明確化される。普遍的法秩序体に対しては、「集団を構成する成員の行動領域及びありうる諸関係を調整することによって、社会生活『を』現実化する」機能が、個別的法秩序体に対しては、「特定の諸関係を調整することによって、独自の目的を社会生活『において』現実化する」機能が付与され、更に、「前者の場合においては、諸関係の調整がそれ自体として目的となる。後者の場合においては、そのような調整は単なる手段である。何某かの社会的組織体から成る秩序体を法秩序体として規定することは、一般的な社会現象（一般的諸規範に従った人格の組織化）の外面的な諸特徴を法現象の、即ち、法の概念、本質、及び機能に合致する組織化の本質的な諸特徴と混同することを意味する。⁽²⁹⁾」と結論づけられる。一般的法秩序体と個別的法秩序体との間のこのような目的上の相違により、キアレッリにとって、個別的法秩序体とは異なり、一般的法秩序体が他の法秩序体への吸収・移転を伴うことなく消滅することは想定されえないということが推論可能であろう。そして、社会生活の継続性は、個別的法秩序体が内包する諸目的ではなく、社会秩序を不可欠な要請としているということにこの推論は立脚している。

キアレッリは、法を概念構成する様式を以て、その帰結としての国家理論を定式化するよう導かれた。この国家理論の定式化は、法秩序体の多元性の理論、及び、継続性という性格を以て組織化されるあらゆる社会的存在体の自律性並びに法対象性という定言に対する批判を前提としている。彼は、言わば権力の粉末化現象が顕在化することを回避する為に、国家を強力な執行権を備えた実体と見なすのではなく、憲法秩序体の存在の実証性によって指示される社会秩序の実現の為に、国家の内部において存在している制度体の自律性を尊重しつつ、それらの制度体の存続を調和的に調整することを自己の機能として有する実体と見なしたのである。従って、現代民主制国家を基礎づける法理論の構築を試みたロマーノ学説とは異なり、キアレッリの法理論は、一般的法秩序体と個別的利益を内包する組織体との区別の中に自己の法的基盤を見出す団体国家の形姿を存立せし

める試みであつたと評価されうる。更に留意すべきことは、キアレッリの思惟において、個別的利益を内包する組織體は法対象性という性格を有さず、国家による法的後見の対象たりうるものと、法的後見の対象たりえないものとに分岐する、換言すれば、個別的組織體は、自律性・独立性という性格を欠落させているが故に、それらの組織體を法的に後見し、それらの組織體の活動並びに目的においてそれらの組織體に対して制限を加える一般的組織體を前提とするということである。⁽³⁰⁾個々の組織體に対して国家による法的後見を拡大することは、「社会的諸關係の體系に対して法的性格を授与することであり、その社会的諸關係の體系は、かかる授与それ自体の效果として根底的に変容するに至」り、そのため、「社会と団体国家との關係は、社会的諸關係の独立的・自律的な2つの領域間の關係とは見なされえず、むしろ、集团的諸利益を自己に生成するものと、それに対応してそれらの諸利益の法的後見を自己に生成するものとの關係と見なされ⁽³¹⁾うる。」とされるのである。ローマーノ學說においては、社会的現實の展開が國家を支配し、社会性が國家性に対して優位を占めるが、キアレッリの理論においては、上記のような団体國家の機能的特質により、団体的法秩序體の本質的特徴としての國家性が、即ち、団体的秩序體は、それが國家的なものであるが故に法的なものであり、法的なものであるが故に國家的なものであるということが首肯されるであろう。キアレッリの國家理論において、団体性、國家性、法対象性という諸概念は等置されるのである。

國家を概念構成するこのような様式から、「法秩序體の多元性の理論を団体的體系に適用しようとする企ては、団体國家のこのような本質的に一元的な性格を變形させたもの、そして団体國家に固有の法的形態を變形させたものしか生み出しえない。」⁽³²⁾ということをキアレッリは推論した。それ故、彼は、「団体國家は、集團生活の法的組織化におけるあらゆる不完全な形態を克服したものであり、かかるものとして、本質的に一元論的な國家としての様相を呈するものである。」⁽³³⁾と断言することによって、ローマーノ學說における多元主義的國家理論を統治形態の不完全性を具現化した

法的組織体に関する理論であると評価していた。斯くして、団体国家は、キアレッリにとっての現代国家を克服する概念として捉えられる。

経済生活の団体的組織化は、今ではもう反歴史的な形態となった旧来からの政治代表を、人民並びに国民が有する諸利益の代表という、能動的且つ具体的な新しい形態に取って代えるものであるが故に、国家生活の政治的組織化として提示される。その国民というのは、我々の時代の経験を十分に斟酌するならば、歴史を支配しつつ、社会改革の現実と並行して存在する唯一の實在のことである。⁽³⁴⁾

キアレッリは、社会的需要並びに社会的諸力の表出としての民主制国家という形態を、つまり法的客観性に立脚した国家形態を重視せずに、論理的な法の概念に、即ち意志によって前提とされる概念に準拠する国家形態に対してのみ科学的価値を承認したであろう。

法的制度体を国家概念に対してのみ承認する見解は、一般的に意志主義の立場を前提とすることによって、ロマーノが提示した制度体主義を批判的に解釈し、不確定性、社会学的方法、同語反復という観点からロマーノ学説に対して異論を提起してきた。従って、「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。」⁽³⁵⁾という原理を確言したロマーノの立場とは正反対の学術上の立場に依拠した批判が問題となる。ロマーノは公法に対する社会的運動の優位を確言したのに対し、ロマーノ学説に対するかかる批判は、社会的運動に対する公法の優位という定言に立脚する。社会的運動に対する公法の優位を擁護するこの立場においては、制度体は、歴史的に現実化される社会的意識の中に自己の源泉を見出すことはなく、ある規範の中に、あるいは、現実において予め前提とされる法の概念、及び、法対象性という資格を獲得する為に現実が接続しなければならない理性から導出される法の概念の中に自己の源泉を見出すと判断することが可能であろう。

しかしながら、上述の原理を確言したロマーノ理論に関する正確な解

釈、及び、そのような解釈に基づくローマーノ理論に対する批判は、ローマーノ理論における制度体主義が内包する基底的原理としての実効性概念を顧慮することを必然的に要請する。ローマーノ学説における実効性概念は、既に言及された観点に立脚した、ローマーノ理論に対して提起されてきた異論の妥当性を切り崩しうる鍵概念であり、ローマーノ学説全体の統一性を存立せしめる支柱を構成しうるのである。

第5節 実効性・法・憲法秩序体

ローマーノ理論の特質は、現実に対する概念の従属性を説いた先の言表を以って、『法秩序体』においてヨリ明示的に表明されつつも、例えば「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」⁽³⁶⁾論文が示唆するように、ローマーノによる学術上の成果全体において確認されうる概念、つまり実効性原理に忠実であったことである。ローマーノ学説の解釈を行うに際して、特にその点に留意したのは P. ピオヴァーニ (Pietro Piovani) である。彼は、ローマーノによって提示された制度体理論において実効性原理が有しうる意義を重視することによって、ローマーノ学説において第一次的法源として指示される緊要性概念の有効性をも帰結した。

ローマーノ学説についての解釈に対して正当性を提供しうる1つの解釈様式は法の発生的契機への着目であるが、とりわけ、かかる着目は、「法は、実定法として生成され、実定法として自己を義務づける力を有するようになった法のみである」⁽³⁷⁾、あるいは、「正統性を有する国家は、実在し生命力を有する国家である」⁽³⁸⁾といった確言を成立させる実証性の源泉として緊要性概念を位置づけることとなって顕在化する。社会的現実と法との浸透関係の設定は、法源としての緊要性概念の承認に起因するのである。緊要性概念が法源として承認されることにより、「正統性を持たない法秩序体」というのは名辞における矛盾であり、法秩序体の実在とその正統性は唯一つの事柄なのである」⁽³⁹⁾という結論が導出され、そのことを以って、ある法秩序体の誕生が確認されるや否や、その法秩序体は生命並びに生命力と

いう要件を所持することになるという原理が肯定されるに至る。換言すれば、法を生命、構造、現実という項辞から成る制度体として規定することは、ある法秩序体に関する正統性の概念と実在の概念との同一視を媒介としている。斯くして、ローマーノ理論における法秩序体は、「事実の法状態への変容は、その変容が有する緊要性に、即ち、社会的需要並びに社会的要求に対するその変容の合致に立脚している。」⁽⁴⁰⁾という定言を内化させることによって、自己の正当化を見出すであろう。

ピオヴァーニは、社会的現実と法との浸透関係、あるいは、ある法秩序体に関する正統性の概念と実在の概念との同一視を前提とした、法概念と歴史概念との並行性、更には、この並行性から、社会的なるものの組織化、詰まるところ制度体の存立が継続性という属性を随伴することの必然性を帰結する。ローマーノにとっては、継続性という属性を以って組織化される余地を持たない社会的諸力は、法と歴史との関係の埒外にあるので、法対象性を獲得しえないという認識をその帰結は意味する。

ある共同体の実在的な緊要性をその共同体の歴史において解釈する術を持たず、そのような緊要性を解釈する為に、共同体が自己の理法並びに自己の起源において根を下ろしている、古くからある根源に結合する術を持たない全てのものは、法的には実体のないものである。即ち、法は、歴史⁽⁴¹⁾が拒否し排斥する場当たりのな事象を承認しないのである。

ピオヴァーニは、ローマーノ理論が内包する根源的な諸局面、とりわけローマーノが提示した国家理論並びに不文法源に関する理論について省察を加えることにより、国家が生成する法規のみを以ってしては、社会生活を規制する為の十全な手段を創出しえないという意味において、法実証主義を克服することが肝要であるという主張を正当化することを企図していた。この文脈において、ピオヴァーニは、ローマーノ理論における実効性原理の有効性を強調し、「一定の関係を規制する為に、国家は、少なくともそれ自身の様式において、即ち、立法者の命令的意欲によっては統制不可能な

様式において、国家の意思を宣言するが故に、国家のものであって国家のものではなく、国家の意思を基点とするが、国家の意思を超越する『原理』に訴えなければならぬ⁽⁴²⁾。』という認識を示した。そして、そのような諸原理は、学説上の解釈者によって明らかにされつつ成文規範に妥容しうるものであり、それ故、立法者がそれらの諸原理を制御しようと試みることは無益であると彼は考える。彼によれば、それらの諸原理は、法典化されうるものが有する規定可能性を凌駕し、且つ、公式に承認されようがされまいが、立法の爲の不可欠な要因を構成する一般原理であり、「この公式の承認というのは、国家の意欲の中に起源を有するものであるとしても、その意欲を越えるある現実を国家化しようと試みる際の方策以外の何物でもない⁽⁴³⁾。」とされる。

ピオヴァーニにとって、持続的に組織化される社会的現実が規制されようようになる為には、法概念の国家性を克服する必要性は、法概念の社会性並びに実効性を肯定することに通じている。「国家は、自身のみの命令に従って存続することを意欲していたが、他ならぬそれらの命令は、それが含意する社会的組織化を受容するよう国家に対して強制し、その結果、この組織化は、今や国家それ自身の命令行為を拘束し、国家に対して義務を定立し、国家に対して権威的に方針を指示するということを国家は承認することを余儀なくされる⁽⁴⁴⁾。」という言葉表において示されるように、国家の主たる機能は命令すること (comandare) ではなく、秩序立てること (ordinare) であると捉えられるに至る。国家は社会的現実を調整する機能を有するとする、裏を返して述べれば、命令は、組織化される社会において秩序を保障する為の手段たる地位に基づき国家から発せられるとするかかる視点が前提とされることによって、国家は、秩序体の一類型としての地位を自己に対して帰属させ、組織化された社会において実在する法秩序体の多元性という現象を承認せざるをえないという認識が獲得されるであろう。

社会的・政治的現実には国家法を凌駕するということを想定したことによ

り、更には、法秩序体の多元性の原理を承認したことにより、ピオヴァーニは、法源に関わる諸問題についての省察を行うよう導かれるが、かかる省察は、当時における国家の危機を肯定することに到達する過程でもある。法秩序体の多元性の原理が含意する必然的帰結は、国際的法秩序体の存在のみならず、例えば教会秩序体といった国家内部の法秩序体の存在をも法主体との関連において承認せざるをえない状況に国家が追い込まれる⁽⁴⁵⁾ということである。この現象から、国家の絶対性に対する制約、及び、国家に対する諸個人の信頼の喪失が派生する。

国家の危機は、何よりもまず、国家に対する個人の信頼の危機である。個人は、古くて新しい危険に抗して自己を保護する新たな防御物を必死に追求し、その防御物を獲得する為に、あらゆる無思慮な行動を行う用意がある⁽⁴⁶⁾のである。

諸個人が国家に対して有しうるそのような不信から、個別的な諸利益を巡って自己を組織化する緊要性がそれらの諸個人によって自覚され、そのため、固有の自律性並びに固有の法秩序体を内包し、経済上、職業上、文化上、スポーツ上等々の諸利益に対する配慮を目的として有する、社会内部の多様な結社が発生する。個別的利益の擁護を目的とする存在体が社会内において充溢する現象を、国家の危機という文脈において説明する論理を媒介として、国家は、個々の利益の後見人ではなく、社会秩序の保証人たる地位に位置づけられる実体として概念構成されることになる。斯くして、ピオヴァーニによれば、国家による立法活動に関してもその機能的変容が見出され、議会は、対立する諸利益間の仲裁機関となるよりも、秩序立てられた社会生活の継続性を目的としつつ、両立し難い職業上の諸利益間の交渉の道具となるとされる⁽⁴⁷⁾。

ピオヴァーニは、実効性原理という、ローマノ学説の解釈実践においてそれまであまり顧慮されてこなかった局面を捕捉したという学術的功績を有すると評価することが可能であろう。法哲学者であるピオヴァーニがロ

ローマーノ理論に対する哲学レベルでの批判から解放されえたことは、解釈実践の視点を一般理論の領野に留めることによって、ローマーノが企図した制度体理論の深層を同理論全体の統一性という観点から探究することを意欲した彼の姿勢に依存している。それに反して、ローマーノ学説に対して哲学レベルにおいて提起された異論は、制度体、法秩序体、社会的事実といった、ローマーノが自己の法理論の展開に際して使用した基礎的諸概念に関する逆説的にも表層的な了解に起因し、自足的に明晰な理論を不透明にする結果をもたらす解釈に他ならなかったと言えよう。

第6節 サンティ・ロー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

ローマーノの法理論は、その解釈実践における彼の法思想の更なる展開をG. カポグラッシ (Giuseppe Capograssi) の法哲学の中に見出す。カポグラッシによるローマーノ理論の展開は、ローマーノによって提示された制度体主義における構造概念への着目によって特徴づけられる。カポグラッシは、「経験の構造と経験の具体的内容との間には、つまり外在性と内在性との間には、分離ではなく一体性が存在する。即ち、経験は、その内容を有するが故に、その構造を有するのである。具体的人間性を構成するまさしく生活上の諸利益——所謂内容——こそが、法的経験の構造として現実化されるに至ることによって、それ自身を創造し組織化する。そして、これらの構造は、これらの諸利益が生活において現実化される際の手段となる、まさしく具体的且つ死活的に確言され形成されるものなのである。」⁽⁴⁸⁾と主張することによって、ローマーノ学説における構造概念を行為の構造という内的形式として再構成した。従って、ローマーノ学説に対するカポグラッシによる解釈実践は、法の形式に関するローマーノによる概念構成を捕捉する可能性を提供する議論として捉えられうるものである。

ローマーノが有した科学的思惟の核心は、一面において、「非意志法」と⁽⁴⁹⁾組織化概念との不可分の関係において捕捉されうるのであるが、カポグラ

ッシによるロマーノ理論の解釈が有する特質は、内的形式としての形式概念の明示に留まらず、ロマーノ理論の根幹を成す法の非意志性に留意したことにおいても具体化されるであろう。カポグラッシは、ロマーノ理論の核心は当為ではなく存在によって構成されるのであるが、この存在の構造並びにその死活的秩序は、非意志性という概念を自己の特質として有するという想定を行った上で、ロマーノが前提とした非意志性の概念は「特有の志向性 (intenzionalità specifica) としての意志」の欠落として理解されるべきであることを説いた。⁽⁵⁰⁾ かかる意志の欠落に立脚することにより、カポグラッシは、ロマーノが提示した制度体理論においては、現実化される社会体の生命作用それ自身において発生する、秩序体の統一性並びにその構造という諸概念において顕在化する「秩序への意志 (volontà di ordine)⁽⁵²⁾」が存在するという認識を示す。⁽⁵³⁾ この「秩序への意志」という、法の観念における非志向性を表象する概念は、自己の生命の継続性にとって不可欠な条件を現実化する為に、自己が内包する諸要素の彼岸において、自己に内在する規則性に従って生存する制度体の能力として捕捉されるであろう。⁽⁵⁴⁾ その意味において、ロマーノ理論における制度体概念は、自己が内包する諸要素の生命を超越し、秩序体の統一性並びにその構造において具象化される生命並びに生命力を内化させた実体なのである。

II 法的経験了解の位相並びに方法

法概念における内的形式並びに非意志的契機を重視するカポグラッシの姿勢は、「周知の書物におけるロマーノの深層にある直観は、法は本質的に現実であり、それが人間の現実において現実化され組織化される(従って、経験全体と一致する) ことによって現実のものとなる限りにおいてのみ、かかるものなのであると理解したことの中にある。」⁽⁵⁵⁾ という認識と同様に、ロマーノの法理論との符合を見出しうるものである。しかし、カポグラッシは、「秩序体の本質を示す特徴的且つ本質的な契機」という概念を以って、事実と法秩序体とを弁別する必要性を主張し、集団の存在

が事実として考慮され、秩序体としての集団という契機が疎外される場合には、法全体の同質性の識別、経験としての法の捕捉、法秩序と主体の意志との関係の個体化が困難なものとなると指摘することによって、ローマノ学説からの逸脱をも宣明する。⁽⁵⁶⁾カポグラッシにとって、「あらゆる秩序体は、それが行為の構成原理に従う限りにおいてかかるものであり、また現実化される。その原理とは、要するに、法的経験の具体的合理性並びに人間性を形成するものであり、その原理により、法的経験は、行為の総体的経験と全面的に関連づけられ、そこに組み込まれる⁽⁵⁷⁾」が故に、かかる行為の構成原理は、秩序体に関する如何なる概念構成にとっても捨象されないものとされるであろう。

しかし、カポグラッシの法哲学を以ってしても、ある特定の実定法が考察対象となる場合には、カポグラッシによって想定された上述の原理を、秩序体概念との関連において提示する必要性は縮減する。彼によれば、「法が経験として、即ち、ある経験において現実化され、事実を秩序体に変容させる限りにおいてかかるものである原理として斟酌されるとき、秩序体の創設それ自体の行為は法であり、且つ、法であらざるをえないという⁽⁵⁸⁾ことは明白である」ので、法は、哲学的観点から観察されるならば、制度体に先行する概念たりうるであろうが、個々の実定法の観点からすると、制度体概念に対する法概念の先行性に対して疑義が唱えられうる⁽⁵⁹⁾。このような推論は、実定法のレベルにおける法秩序体概念と制度体概念との相関性を確言したローマノの立場と親縁性を有するものであろう。但し、ローマノは、個別的な法秩序体に対して相関的な法の概念を提示したわけではなく、個々の実定法秩序体においてのみ検証されうるものであっても、かかる実定法秩序体を超越しつつ、一般理論に帰属する法の定義を試みたということに留意する必要がある。ローマノ理論における法秩序体概念と制度体概念の発生的同一性、及び、国家によってその違法性を認定される制度体の法対象性の承認といった、制度体の法対象性を巡る諸問題を実証的に考察することによってローマノが到達した一定の結論は、この文

脈の中に位置づけられる。⁽⁶⁰⁾

ロマーノ学説とカポグラッシによる哲学的構想との間には、斯くの如く探究の位相が異なるという事実が確認されうるにも関わらず、カポグラッシは、ロマーノ理論において提起された根本的な諸局面を共有したと評価することが可能である。次の言表は、法的現実を捕捉するに際してのロマーノの姿勢に対する、カポグラッシによる賛意の発現として捉えられうる。

ロマーノは、公法学者としての逆説的な模範を我々に対して示した。逆説的であると言われるのは、彼が、法の国家性に対する殆ど普遍的な信仰に抵抗した、即ち、ヨリ特徴的には、法的経験を有する秩序体の 1 つとしての、自己の控え目で制限された機能に恐らく国家を引き戻すであろう法概念構成を我々に対して提示したからである。つまり、自己の全生涯を通じて国家を、国家の諸機能を、国家の至上性を研究し、全ての自律性を正当化し完全に機能させる最も柔軟な、最も分権的な、最も自由な、経験についての概念構成を我々に対して提示した公法学者であったのである。〔……〕ロマーノは、まさしく現実の内部に、現実が有する生命上並びに作用上の真正な実体の中に純然と身を置いたことにより、このような現実の発見に導かれたのである。⁽⁶¹⁾

カポグラッシが成し遂げた学術上の成果、とりわけ——彼の国家理論よりも——彼の法源理論に対してロマーノ学説が及ぼした影響を過小評価することはできない。「ロマーノは直観及び即時的感覚について語る。何故なら、法に関わる現実を分解乃至分割することではなく、その内部において認識する、即ち、法に関わる現実をその内的組織化並びにその直接的生存において捕捉することが重要であるからである。」⁽⁶²⁾と述べることによって、ロマーノが制度体の内的形式としての構造概念を理解するに至った方法を、論理作用による歪曲に陥ることなく事物をその存在の本質、その固有の個性性において認識することを可能ならしめるものとしてカポグラッシが評価するとき、2 人の法学者の手に係る法理論の間には派生関係が設

定されうる。ロマーノが提示した制度体理論の根幹を成すかかる方法を重視したことにより、カポグラッシは、国民概念を媒介させた法多元主義よりも、制度体的法多元主義に自己の法哲学を接近させたということを推論⁽⁶³⁾することが可能であろう。

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

人間の内的本性とそれが社会生活において帯びる形態との関連を捕捉するという文脈において法が有する構造を分析する為に、ロマーノとカポグラッシ双方によって精緻化された法律学説の再評価を試みた V. フロズィーニ (Vittorio Frosini) によれば、両者それぞれによる法理論の展開は、他の法学者によって継承されることにもなる形態学的な法の概念構成の創始・発展が認められる過程であった。⁽⁶⁴⁾

殊に、フロズィーニは、真理性並びに合理性を行為の構成原理と見なすことを以て、行為の構造として構造概念を使用したカポグラッシの法理論について検討を加えつつ、「吾人が何らかの様式においてカポグラッシの構想を規定しようと欲するのであれば、それを『形態学的』構想と呼ぶことを私は提案するであろう。何故なら、既に仄めかされたように、彼は、外的形式に代えて内的形式乃至は行為の構造を用い、この内的形式乃至は行為の構造を内部から柔軟性を以て形成されるものとして観察することによって、それを精査しそれに追隨しているからである。」と述べる⁽⁶⁵⁾ことによって、社会政治上の諸問題の解決を現実的観点から捕捉することに成功する、法並びに国家の新たな概念構成を提供しようという意図に基づき、ロマーノ理論に特有の社会体の構造という定式に取って代わる、行為の内的構造という定式を構造概念の新たな用法として明確化した。

フロズィーニが斯くの如く新たな構造概念を自己の法理論の基底的原理

に昇華させることによって、自己の形態学的法理論を提示するに至る過程は、「法は国家の生命原理、国家の有機構造、国家の本質であり、また、⁽⁶⁶⁾そうでないということはありません。」というロマーノによる確言に着目しつつ、ロマーノが想定した構造概念を発展的に解釈することを基点としていた。フロズーニは、ロマー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る為の前提条件を内包するものであると解釈したのであるが、なかんずく、ロマーノ理論における構造概念は、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、自己の法理論に特有の構造概念としての特質をも付与されるものであるということを強調する。即ち、フロズーニにとって、構造という用語は、不活性な物質の領域を支配する概念上の道具として理解されるのではなく、「生命を有する形式の根源的一体性」⁽⁶⁷⁾として理解されるならば、有機体の内的形式を表象するが、このように理解されるべき構造概念は、「規範という言葉において同定される、行為に対して外部にある内容空虚な形式として理解される『形式』の概念とは対置される。」⁽⁶⁸⁾という意味において、更に、「自己の機能を、即ち自己の内在的な理法を有する。斯くの如くして、法的形式は、客観性並びに規則性の要求として、それ自体により正当化を受ける。」⁽⁶⁹⁾という意味において、ロマーノによって前提とされていた構造概念と親和的なものである。

形態学的概念構成は、構造概念に立脚することによって、法が有する形式を外的形式から内的形式へと移動させつつも、社会若しくは社会的意識を法の基底的原理とするのではなく、法の定義に際しては、具体的な主体に、即ち、行為との対比における行為者の地位に依拠することが肝要であるという主張を提示する。形態学的法理論による省察において、「法は、行為者からの行為の疎外を刻印するが故に、意識が個体的意識と社会的意識とに『二重化』するようになる契機、即ち、自己自身と他者との間の分離、及び発生しつつある緊張という契機を表象する」⁽⁷⁰⁾。殊に、法は、抽象的な社会性の具体的な表出、即ち、特定の利益を実現する為の自覚的行為

の一定の形態を結晶化させたものであると捉えられるので、社会的事実として、特に社会的意思疎通に関わる事実として提示されるに至る。⁽⁷¹⁾換言すれば、法は、単に実践性の観点から把握されうるものではなく、ある構造を自らに獲得した行為、即ち、行為そのものの進行において確認される、行為に対して付与される諸形式の複合体であると見なされなければならない行為の形式であり、従って、法は、経験が内包する実践的及び理論的要素から成る複合概念であるということが確言される。⁽⁷²⁾かかる確言においては、社会と法との関係ではなく、行為と法との関係が設定されるのであるが、この関係に基づき、フロズーニは、現実根ざした妥当な基盤を有する法の本性に関する探究を成し遂げるに際して、形態学的概念構成が獲得しうる斬新性を次のように示唆する。

ここにおいては、法に関わる現実それ自身が人間による行為に関わる現実であり、また、法が有する諸形式は、行為者の意志から疎外される過程を通じて、行為と「同本性化された」ものとなるという前提条件が基点とされる。それにより、法の世界は、各人に対して「客観性」としての、即ち、各人が自己の行動の模範・準拠としなければならない形式若しくは構造⁽⁷³⁾の総体としての外観を呈するのである。

斯くして、主体から疎外され、形式において客観化された人間による行為としての法の本性という概念が発生するであろう。そのような客観化は、人間による実践活動に対して規則性並びに正常性という性格を帰属せしめ、ある行為を他の諸行為と調整することによって、その行為に対して法対象性を付与するものでもある。⁽⁷⁴⁾フロズーニがこのような結論に到達しえたことは、内的且つ動態的な形式としての構造概念を前提としつつ、社会的現実と法的現実との持続的な浸透関係を法の基底に設定する見解に与することに依存していたと評価することが可能であろう。個々の行為者による行為が成文法の領域の中に組み込まれる際の媒介となる形式へとその行為が変容するという観念を以って、法の生成を概念構成する様式は、

法的現実と社会的・歴史的現実という二重の現実が存在することを承認することではなく、実践的行為と法との間に確立されうる浸透現象により、法秩序体を有する社会的現実、また、法秩序体そのものである社会的現実を承認することに通じているのである。そして、フロズビーニの思惟においては、ローマノ学説における制度体と法秩序体との関係が等値の関係として——この等値の関係のみが、社会的現実と法的現実とが浸透する過程を惹起するが故に——存在していると評価することもまた可能であろう。詰まるところ、フロズビーニの法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関係は、ローマノ学説における制度体と、その靈魂と見なされる法秩序体との関係に相応する。

フロズビーニは、以上のように、法の概念を実践的行為の形態学として総合することによって、法源に関わる諸問題について省察する様式を刷新することを企図する。特に、彼にとって、成文法と不文法の区別は、実践的行為の2つの次元に関する区分可能性の基準としてではなく、法的にその実践的行為を検証する為の基準として再構成されることになり、法的な意味において、即ち、固有の構造を顧慮するがために正当な行為としての資格付与を受けることによって、自己自身が有する尺度を追究するよう実践的行為に対して義務づけるという意味において、その実践的行為を形成するそのような2つの過程は、いずれにせよ合目的性を機能性に置き換える傾向を有する論理を、即ち、一方において、法律を適用する裁判官による判決や、法律の執行を規律する行政規則において確認されうるように、予め構成された立法上の定式において行為の真理性並びに客観性を根拠づけ、それ故、その行為と成文法との構造上の連関を設定する、適法性という閉じた論理を、他方において、慣習や経済過程において確認されうるように、法体系に未だ組み込まれていない行為の存続力に法律の正当性を立脚せしめ、その行為が法体系に組み込まれる為に、その行為と成文法との機能上の連関を設定する開かれた論理を生ぜしめ⁽⁷⁵⁾うる。実践的行為に関わるこれら2つの形態発生上の過程は、法的現実が形成される際の2つ

の局面を、即ち、その行為が法的に客観化される際の媒介となる2つの異なる径路を表象するであろう。

既に指摘されたように、構造概念を根幹に据えた形態学的法理論における法の概念構成は、自己の真理値を規則性という属性において獲得するであろうが、このことは、実践的行為を組織化するものとして、目的論的な性格ではなく、機能的な性格を以って実践的行為それ自体の中に内在している構造概念によって、法の真理性が裏打ちされるということを意味する。換言すれば、形態学的法理論が提示する構造概念により、実践的行為の論理性を、即ち、日常生活が帯びる具体的な諸形態の持続的な継承並びに弁証法的な連関を担保する為に法が有する一貫性の原理として、法の真理性が指示されることになり、このように指示される法の真理性から、実践的行為をその構造において個体化することによって、その行為を認識することを可能にする、また、特定の実践的行為をある行為者から別の行為者へと伝達することを可能にするという意味における法の価値性が導出される⁽⁷⁶⁾。

このような価値性を法が有するということは、法が体现する諸形式の総体は、公共秩序という概念に還元される構造化の原理を有するということを意味する。形態学的法理論において法の概念構成が有する公共秩序の概念は、ローマノ理論において確認されうる社会秩序の概念を想起される側面を内在させていると判断することも可能であろうが、しかしながら、2つの学説がそれぞれ提示した両概念間の派生関係は問題となりえない。法の一般理論のレベルにおいてローマノが省察した概念を、フロズィーニが自己の法理論を展開するに際して如何に利用したのかということが問題となるのである。フロズィーニにとって、公共秩序の概念は、法が有する実践的諸価値の中の基底の価値としての外観を呈し、法の構造における機能性の表出、つまり、それぞれの法体系が機能しゆくことを目的として法生活を組織化する機能を内化させた実体を構成する⁽⁷⁷⁾。更に、かかる特質を付与される公共秩序の概念を媒介として、国家は、個別的法秩序体を調整

することによって、それらの法秩序体を包摂する可能性を獲得するに至る⁽⁷⁸⁾とされる。

従って、公共秩序という概念が介在することにより、憲法秩序体という最大の法主体としての国家の存在が正当化されることになる。フロズイーニにとって、「ある法体系の *ubi consistam* を、即ち、ヨリ正確に言えば、実践の諸形式の展開がそれに沿って行われる力線を発見することを意欲する者は、それが如何なる者であっても、現代世界においては、国家の構造において斯様な力線を認識しうる⁽⁷⁹⁾」。この確言においては、形態学的法理論によって想定される法の概念構成は、社会的諸力に立脚した国家秩序体の構成という方針ではなく、構造概念を通じて、未だ法化されていない実践上の新たな諸行為が法体系の中に受容されることを可能ならしめる開かれた論理は、国家という憲法秩序体によって化体されるという承認を行う方針を採用するという含意が確認されうる。詰まるところ、法概念において秩序立てられる人間活動、即ち、一定の実践上の諸形式の中に配列される行為であり、且つ、法それ自体を秩序立て、以って、ある一元的な論理に従って法的諸形式の生命を統御する活動としての国家概念が導出される⁽⁸⁰⁾。このように概念構成される国家は、その生命を現実化する為に内在する道具と見なされる法が有する諸形式を介して、法の基盤を確立する動因たる社会的権威を行使することを自己の任務とするという意味において、もはや力の集合体としてではなく、市民が有する政治的義務が対応する⁽⁸¹⁾ところの権威として捕捉される。

以上の論述において俯瞰された形態学的法理論が、目的論的観点からの法の概念構成を排斥しつつ、制度体概念の援用を法の概念構成の中に取り込むことによって、国家が内包する有機的構造をも推論したローマノ学説の1つの発展形態であるとも評価されうる。

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

法秩序体概念に対して厳格に規範的な属性を付与することは、規範科学としての法律学という前提に立脚しているというのがローマーノによる確言⁽⁸²⁾である。ローマーノと同時代において規範理論としての法の科学の凋落を認識し、かかる法の科学が内包する誤謬を明示しながらも、更に新たな規範主義的法理論の構築を試みたのがN. ボッピオ (Norberto Bobbio) である。

ボッピオによれば、法の科学は、事実の個体化ではなく、知性が有する直観力による本質の了解を理論的目的とするために、法的諸関係並びに法的諸制度の起源についての探究が行われる場となる法対象性の領域は、科学的探究の補助の対象という手段を構成する法典並びに法律によって表象されるものとはならず、かかる誤った表象が、規範科学としての法の科学⁽⁸³⁾について語るという誤謬を惹起したとされる。法の科学の対象領域に関するこのような省察に基づき、法の技術の任務は、科学の作用によって形成された理論的諸命題に立脚することによって、実践的諸価値の実現に資する行為規範を定式化することに存するが、しかし、そのように現に存在するところのものを義務性を体现する名辞に翻訳する作業には還元されないとボッピオは主張する。彼にとっては、規範性の概念は現実化可能性という概念と不可分に結びついており、それ故、法の技術による定式化に係る諸規範が法を適用する役割を担う、つまり、現実化される可能性を獲得するに至る過程の分析を、法の技術が有する前記の任務は含意するからである⁽⁸⁴⁾。

法の科学を規範科学として概念構成する見解が内包する欠陥は、前段において言及された表象を提示したことに留まらず、「組織化された社会において多数の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を、法が獲得するに至る有効性は前提とするということを、即ち、社会的組織化、法秩序体、法規範と

いう、法の概念構成において必然的に介在する 3 つの項辞を忘却していることにも存するとポッピオは分析する。⁽⁸⁵⁾ 諸個人の総体がある社会において接合する際の準拠となる諸規範の体系として法が概念構成されるために、歴史的に組織化される社会集団の存在と法の存在との間に介在する比例関係が推論される。その意味において、「あらゆる集団が自己の法を有するということは、あらゆる集団は、別の集団が別の歴史的状況において無関係なものとなす一定の諸準則の複合体を自身の保存にとって肝要なもの⁽⁸⁶⁾となすということの意味する。」ということが確言されるのである。

従って、ポッピオは、ロマーノが提示した制度体理論における法の充足理由としての組織化という概念について分析するに際して、制度体化という現象の中に、即ち、ある社会集団が無機的な位相から有機的な位相へと、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の中に法概念の発生的契機を確認する見解を受容するのではあるが、その組織化概念が、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意味するのであれば、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——成文化されたものであれ、不文のものであれ——行為準則を媒介とすることによって以外には行われえず、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と主張することによって、ロマーノ学説における組織化概念が⁽⁸⁷⁾呈しうる新たな様相を明らかにする。換言すれば、ポッピオにとって、社会的組織化は、集団が有する社会的権威が自己を尊重させ自己を表現する為の道具、かかる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つた。⁽⁸⁸⁾ 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⁽⁸⁹⁾を意味するとされる。斯くして、組織化概念と規範概念の不可分性が肯定されることにより、ポッピオの思惟において

は、制度體理論が規範的法理論を包摂することに帰着する。ポッピオは、制度體概念を法教義學が當時において識別するに至った最も重要な概念のうちの1つとして評価し⁽⁹⁰⁾つつ、事實、組織化、規範といった諸概念を彼による法の定義の中に取り込むことによって、制度體理論の刻印を留めた規範主義という彼独自の法理論を構築することを試みていたのである。

しかし、ポッピオは、ロマーノ理論が提示した諸要素のうち、社会的事実・社会的諸力といった要素を基点とすることによつては、法概念に対する社会學的・實証的な了解に留まらざるをえないために、法の本性を捕捉することには到達しえないということを強調する。⁽⁹¹⁾他方において、ポッピオは、個別的法規範の觀點に身を置くことによつては法の定義を行うことは不可能であり、サンクションの實體並びにサンクションの執行を確定する複合的組織體によつて、特定の規範が有効性を獲得するに至る様式について考察することが不可欠であることを主張する。彼にとつて、そのような複合的組織體は法秩序體形成の所産であり、そのため、法秩序體の觀點に立つ場合にのみ、十全な法の定義が行われうることになるために、「法規範の理論」を補完するものとしての「法秩序體の理論」という構想が提唱⁽⁹²⁾される。従つて、ポッピオの法理論においては、行為規範を発する集團の能力としての権力という局面が、社会的組織化が行われる過程において介在する諸規範に対して一般性という属性を付与する為の手段概念としての様相を呈する、規範體系としての法秩序體概念に常に依存することになる。

なお、ポッピオが斯くの如く法現象の複合性を提示したと言っても、なかなかずく、その法現象においては、集團が有する權威の構成並びに保存の為の諸規範の形成が重視されるとしても、規範定立権力を國家権力と等値することはポッピオの企図するところではない。彼は、「法を國家法と同一視する傾向は、現代國民國家の發生を特徴づけてきた、規範定立権力並びに強制権力が集中化する過程の歴史的帰結である。」⁽⁹³⁾という認識を明確に示すが、かかる傾向を有する國家主義的理論の法的枠組を超越する手

段を提供したということを理由として、「まさしく法の科学が自己の所在を見出す、可変的な現実を概念化する過程において到達される目標⁽⁹⁴⁾」としての制度体概念を評価する。ポッピオは、法秩序体の多元性の原理を確言することを以って、法に対する広汎な概念構成を提示した制度体理論が、⁽⁹⁵⁾より適切な法の定義を体现すると判断したのである。従って、ポッピオの思惟において、法の概念構成における規範主義と制度体理論とは、法概念が呈する 1 つの局面をより以上に重視しつつも、即ち、一方は法現象における規則性を、他方は法現象における社会的組織化をそれぞれ明示しつつも、相互に補完し合う理論として了解されているということが推論される。⁽⁹⁶⁾両理論間において確認されるかかる相互補完性を前提として、ポッピオは次のような帰結を導出する。

法的経験は、我々に対して、行為「準則」の使用を介して社会において安定的に「組織化された」人間主体間の「関係」の世界を提示する。それでもやはり、3つの補完的な局面のうち、根本的な局面は規範的局面であるということに変わりはない。間主観性及び組織化は、法秩序の形成の為に「必要な」条件ではある。規範的局面は、「必要にして十分な」条件なのである。⁽⁹⁷⁾

結論的に述べるならば、ロマーノとポッピオという 2 人の法学者が提示した理論間の相違は、社会的事実の考察様式の相違に帰着する。厳格に法的な意味において社会的事実を捕捉することをロマーノが企図したのに対し、ポッピオは、事實的・経験的な、詰まるところ社会学的な所与として社会的事実を考察した。ロマーノ学説においては、生命並びに生命力を有するあらゆる社会集団は、それが自己の秩序体と共に誕生するという意味において法秩序体を有する。それに反して、ポッピオは、社会集団の組織化に先在する諸規範を介して、その社会集団が無機的な位相から有機的な位相へと移行する現象の表象として、制度体化の過程を指示する。従って、ロマーノは《ubi societas ibi ius.》並びに《ubi ius ibi societas.》と

いう格率を確言するが、ボッピオにとっては、《*ubi societas ibi ius.*》という格率は——後者の格率とは反対に——受容されえないものである。その結果、ボッピオは、法概念を定義するに際して、社会的事実の組織化という観点を基点とすることはなく、諸規範の複合体として説明される法秩序体概念を想定することによって、法現象が有する根本的な局面を規範概念の中に見出したのである。

- (1) Ved. Vittorio Emanuele Orlando, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato (Ordinamento giuridico-regola di diritto-istituzione)*, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1926, p. 290.
- (2) Ved., Francesco Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, Nona edizione riveduta e aggiornata, Milano, Giuffrè, 1957, p. 26. メッシネーオによれば、制度体と規範は唯一つの作用により (*uno actu*) 誕生するものであり、両者は、時間的な先後觀念を伴う年代上の依存関係ではなく、論理的な相互伴立 (*mutua implicazione*) の関係にある。制度体は、規範を定立する限りにおいて、そして、それと同時に自己自身を規律することにより、かかるものとしての資格を認められ、他方において、規範は、それを定立する制度体においてその名宛人に対して有しう効力の源泉を見出し、それとは逆に、自己の定立を以って、制度体に対して法的妥当性を付与するとされる。そして、メッシネーオにとって、制度体と規範の関係に関するこのような理解は、制度体理論が伝統的な規範主義的法理論に順接続しうることを示すものである。
- (3) Ved. Dino Pasini, *Vita e forma nella realtà del diritto*, Giuffrè, 1964, p. 23, n. 1.
- (4) Giuseppe Chiarelli, *Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico*, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*, vol. IV, Diritto del lavoro. Diritto pubblico interno e internazionale. Teoria generale del diritto. Storia del diritto, Bologna, Zanichelli, 1953, p. 163.
- (5) *Ibid.*, p. 165.
- (6) *Ibid.*, p. 167.
- (7) *Id.*, *Lo Stato corporativo*, Padova, CEDAM, 1936, p. 138.
- (8) *Ibid.*, pp. 139-140.
- (9) *Ibid.*, p. 139.
- (10) Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Ristampa della II Edizione, Firenze, Sansoni, 1951, pp. 41-42.

- (11) Massimo Severo Giannini, Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, in *Atti del XIV Congresso Internazionale di Sociologia*, vol. IV, 1950, pp. 458-459.
- (12) Guido Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, 1953, pp. 30-31. Ved. anche Id., *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Nuova edizione aggiornata a cura di Carla Faralli e Gianfrancesco Zanetti, Bologna, Mulino, 1994, p. 245.
- (13) Vincenzo Gueli, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto come introduzione al diritto pubblico*, Roma, Foro Italiano, 1959, p. 183.
- (14) しかしながら、本文において言及されたような論理的脈絡は、ローマノ理論を研究してきた法学者全てに共有されているものではない。前稿においても言及されたように〈拙稿「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 (II) —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—」〉早稲田法学76巻2号(2000年)31-32頁参照)、例えばファッソは、ローマノ理論に対する不確定性及び循環論法の異論を提起した一方において、法的制度体の概念を国家の概念に還元することではなく、反対に、ローマノ理論における制度体概念の外延を更に拡大した制度体概念を自己の法理論において採用していた (Ved., G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, op. cit., pp. 82-83.)。
- (15) Arnaldo Volpicelli, Santi Romano, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1929, p. 360.
- (16) Ibid., pp. 360-361.
- (17) Ibid., pp. 359-360.
- (18) Ibid., p. 23.
- (19) Id., I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo. Prime linee di una teoria generale del Diritto Corporativo, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1932, p. 112.
- (20) Ibid., p. 113.
- (21) Ibid., p. 112.
- (22) Id., Risposta alle obiezioni, in *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, 1932, p. 129.
- (23) G. Chiarelli, Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico, op. cit., p. 168.
- (24) Id., *Lo Stato corporativo*, op. cit., pp. 140-142, n. 1.
- (25) Id., Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico, op. cit., p. 172.
- (26) Ibid.
- (27) Id., *Lo Stato corporativo*, op. cit., p. 143.
- (28) Id., Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico, op.

- cit., p. 175.
- (29) Ibid., p. 176.
- (30) キアレッリによれば、社会的組織体の法対象性は始源的に承認されうるものではない。彼は、例えば職業上の諸利益を保護する為に発生する職業団体に関して、「職業団体は、確かに諸関係の特定の組織化の中に所在するのであるが、かかる組織化は、制度体としてのその団体の目的を構成せず、即ち、それ自体の中に固有の目的を汲み尽くすものではなく、かかるものとしての組織化を越えたところに位置する諸利益の擁護並びに諸目的の追求の為の手段にすぎないのである。」(Id., *Lo Stato corporativo*, op. cit., p. 151.) と述べ、職業上の諸利益を保護することは団体的利益とはなるが、職業上の諸利益を規制することがそれ自体として法的利益となるのではないと判断していた。
- (31) Ibid., p. 124.
- (32) Ibid., p. 154.
- (33) Ibid., p. 166.
- (34) Ibid., p. 250.
- (35) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 53.
- (36) Id., L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, in *Archivio giuridico*, vol. 68, 1901, pp. 3-74.
- (37) Ibid., p. 12.
- (38) Ibid., p. 60.
- (39) Id., *Principii di diritto costituzionale generale*, Ristampa seconda edizione riveduta, Giuffrè, 1947, pp. 192-193.
- (40) Id., L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, op. cit., p. 59.
- (41) Pietro Piovani, Effettività (principio di), voce in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Giuffrè, 1965, p. 429.
- (42) Id., I falsi universali e le tutele infide, in Id., *Linee di una filosofia del diritto*, Terza edizione, CEDAM, 1968, p. 159.
- (43) Ibid., p. 160.
- (44) Ibid., p. 161.
- (45) 国家からは独立して自律的に内部規制を行おうとする社会集団の傾向を契機として、当時の国家が直面するに至った危機的状況に対するロマーノによる分析(Ved. S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Scritti minori*, vol. I: *Diritto costituzionale*, a cura di Guido Zanobini, Ristampa dell'edizione del 1950, Giuffrè, 1990, pp. 379-396.) は、自律的に規範定立行為を行う無数の秩序体が形成されるということ、及び、保護対象となる利益の観点からは、それらの秩序体が国家秩序体と衝突する潜在性を秘めた存在であるということを含意する結社運動が具象化したという認識に立脚していた。Cfr. Angelo Costanzo e Bruno

- Montanari, *Teoria generale del diritto. Regole-Casi-Teorie*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 137.
- (46) P. Piovan, I falsi universali e le tutele infide, op. cit., p. 165.
- (47) Ibid., p. 167.
- (48) Giuseppe Capograssi, Impressioni su Kelsen tradotto, in Id., *Opere*, vol. V, Giuffrè, 1959, p. 352.
- (49) Ved. Alfonso Catania, *Il diritto tra forza e consenso. Saggi sulla filosofia giuridica del Novecento*, 1ª ristampa II edizione, Napoli, Scientifiche Italiane, 1993, p. 152 e n. 14.
- (50) ロマーノによれば、法の概念は、規範概念への不可還元性並びに意志主義的観念の捨象という 2 つの点を前提とするが、規範概念は——存在の形式を含意する制度体概念とは異なり——当為の形式を含意するのが通常であり、更に、義務並びに意志という範疇は、客観法概念に従属する主観法の発現形式を共通項としているとされる。Ved. S. Romano, Diritto (Funzione del), voce in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Giuffrè, 1953, p. 84.
- (51) G. Capograssi, L'ultimo libro di Santi Romano, in Id., *Opere*, vol. V, op. cit., p. 229, n. 1.
- (52) 本文において言及された「秩序への意志」という用語法自体は、P. デ・フランチスチ (Pietro De Francisci) によって使用されたものであるが (Ved. Pietro De Francisci, Punti di orientamento per lo studio del diritto, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1949, pp. 69-100.)、彼は、「法秩序体は、論理的観点からすると、社会秩序体と吾人が呼びうるより広汎な類概念の中の 1 つの種概念にすぎない。また、歴史的観点からすると、法秩序体が他の秩序体と並んで生存し発展する場となる社会秩序体が有する諸局面のうちの 1 つにすぎない。そして、法秩序体もまた、これらの他の秩序体のそれぞれと同様に、(始源的・原初的な) 秩序への意志の形式であるが故に、集団の意志による、即ち、まさしく集団それ自身の自由による創造物である。」(Ibid., p. 73.) と記すことによって、ロマーノ学説を受容することへの躊躇を表明する。特に、デ・フランチスチは、規範としての法という概念構成を否定するという文脈においては、ロマーノが提示した制度体理論を評価するが、社会体若しくは制度体の概念を法秩序体の概念に還元することは、恣意的な抽象化作用であり、ありのままの現実を歪曲する抽象的な論理図式を固守することに他ならないと判断する (Ibid., pp. 75-76.)。詰まるところ、ロマーノ理論に対するデ・フランチスチによる批判は、社会体の実体を生成する諸力がロマーノによって斟酌されなかったという認識に集約されるであろうが、かかる批判においては、ロマーノが提示した制度体理論の支柱を成す構造概念が明確化されないままに、その概念が「秩序への意志」という概念に置き換えられているということも指摘されうるであろう。
- (53) G. Capograssi, L'ultimo libro di Santi Romano, op. cit., p. 229.

- (54) 換言すれば、ロマーノによって援用された「非意志法」が有機的に作用したことの自生的な産物として、秩序概念が説明されることになるであろう。Cfr. A. Catania, *Il diritto tra forza e consenso*, op. cit., p. 165.
- (55) G. Capograssi, Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici, in Id., *Opere*, vol. IV, Giuffrè, 1959, p. 188.
- (56) Ibid., pp. 189-190. 特に、カボグラッシは、法秩序と主体の意志との関係に関して、主体を自己の統一性において統合することによって、その主体からあらゆる機能及びあらゆる自律性を奪う優越の実体として、ロマーノ学説における秩序体概念を捕捉し、詰まるところ、制度体理論は、人格、意志行為、法秩序といった諸概念の間に存在する連関に対する説明力を有せず、主体、主体の意志、主体による確言を後景に追いやる可能性を包蔵した理論であると判断する (Ibid., p. 190.)。
- (57) Ibid., p. 191.
- (58) Ibid., pp. 192-193, n. 1.
- (59) Ibid., p. 192.
- (60) 自己以外の全ての秩序体を否定する団体 (例えばギャングの団体) が法秩序体たりうることをカボグラッシも承認していた点において、2人の法学者による結論上の一致は確認されうるのであるが、かかる団体の法対象性を承認するに際して、カボグラッシが秩序体発生契機において介在する普遍的原理という概念を援用していたことを以って、本文において言及されたような、カボグラッシが構想した法哲学とロマーノ学説において認められる省察のレヴェルの相違が裏書きされるであろう。Ved. Ibid., p. 202.
- (61) Id., *L'ultimo libro di Santi Romano*, op. cit., p. 241.
- (62) Ibid., p. 242.
- (63) カボグラッシによる国家理論も、例えば直接民主制について論じられた論考 (Id., *La nuova democrazia diretta*, in Id., *Opere*, vol. I, Giuffrè, 1959, pp. 403-573.) において、「法を形成する自生的活動」の再生、公役務の拡大、「国家的活動の社会化」、「公共秩序体が契約体制に向かう傾向」、社会的有機体が有する新たな諸機能の政治的・公的性格、議会の全能という概念の危機と地方自治の再生、政府に対する立法機能の委任、国家元首に対する政府の自律性等々が主題とされている点で、ロマーノ学説による問題提起を継承したものであるという指摘も見られる (Ved. 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, pp. 276-277.)。
- (64) Vittorio Frosini, Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1959, pp. 175-176.
- (65) Id., *Diritto e Stato nel pensiero di G. Capograssi*, in Id., *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Seconda edizione ampliata, Giuffrè, 1998, p. 104.

- (66) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 48-49.
- (67) V. Frosini, *Il concetto di struttura e la cultura giuridica contemporanea*, op. cit., p. 168.
- (68) Id., *La struttura del diritto*, Quinta edizione, Giuffrè, 1976, p. 17.
- (69) *Ibid.*, p. 52.
- (70) *Ibid.*, p. 27.
- (71) *Ibid.*, p. 28.
- (72) *Ibid.*, p. 34.
- (73) *Ibid.*, p. 37.
- (74) *Ibid.*, p. 86.
- (75) *Ibid.*, pp. 94-95. なお、フロズィーニにとって、形態発生上の過程が提示する開かれた論理の局面は、衡平 (equità) の概念の中にその明白な実例を見出す。衡平の概念が法源として斟酌されようが、成文規範の解釈基準として斟酌されようが、いずれの場合においても、衡平の判断は適法性の判断とは異なるものとして顕在化すると彼は主張する。適法性の判断は、3つの名辞によって構成される三段論法において具体化され、且つ、三段論法における最後の名辞、つまり結論は、最初の名辞、つまり成文規範という大前提の中に内包されており、一連の演繹的推論による図式を用いて一般的原理を再確認することのみ資するものであるが、それに対し、衡平の判断は、唯一の前提から結論への移行が行われる、大前提を欠落させた省略三段論法に基づく判断であり、認識上の直観により、三段論法が有する論証的図式が遮断される推論において具体化されるということが、かかる主張の理由である。適法性の判断と衡平の判断にそれぞれ帰属するそれらの性格により、前者は、循環論法に陥る法的推論を付随させている点において閉じた論理の体系に相応し、後者は、柔軟且つ自由な法的推論を付随させている点において開かれた論理の体系に相応するとされる。Ved., Id., *L'equità nella teoria generale del diritto*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, volume 1, t. I : Diritto civile, Giuffrè, 1978, pp. 853-854.
- (76) Id., *La struttura del diritto*, op. cit., p. 49. 本文において指示された意味において法の価値性が導出されるために、フロズィーニにとって、かかる観念は、正義若しくは自由といった概念においては具体化されえない。それらの概念は、精神作用の質を表象するものであるが故に、法の埒外において規定される概念であり、規則性、権威性、義務性といった法の弁別の特徴に起因する法の価値性とは無縁のものであるとされる。Ved., *Ibid.*, p. 61.
- (77) *Ibid.*, p. 222. 従って、フロズィーニによれば、国家の内部において形成される結社の違法性は、その結社が「法に関わるゲームのルール」に違反している場合ではなく、公共秩序を、即ち、法的有機体を条件づける構造それ自体を侵害している場合に認められるとされる。Ved., *Ibid.*, p. 225.
- (78) *Ibid.*, p. 224.

- (79) *Ibid.*, p. 131.
- (80) *Ibid.*, p. 132 e p. 137.
- (81) Id., *La ragione dello Stato. Studi sul pensiero politico inglese contemporaneo*, Giuffrè, 1963, pp. 176-177.
- (82) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, pp. 99-103, n. 69 bis.
- (83) Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, L'Istituto Giuridico della R. Università, 1934, p. 27. 法と法規範の關係が言語と文法規則の關係に準えられることにより、法規範は正しき法を現実化する為の道具として捉えられる。Ved. *Ibid.*, p. 44.
- (84) *Ibid.*, p. 37.
- (85) Id., *La consuetudine come fatto normativo*, CEDAM, 1942, pp. 17-18.
- (86) *Ibid.*, p. 80.
- (87) Id., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993, p. 9 e pp. 13-14.
- (88) Id., *La consuetudine come fatto normativo*, *op. cit.*, p. 24.
- (89) *Ibid.*, p. 25.
- (90) *Ibid.*, p. 6.
- (91) Id., *Istituzione e diritto sociale* (Renard e Gurvitch), in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1936, pp. 417-418, n. 1.
- (92) Id., *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, 1960, p. 7.
- (93) Id., *Teoria generale del diritto*, *op. cit.*, p. 11.
- (94) Id., *Sulla "filosofia dell'istituzione"*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1940, p. 101.
- (95) Id., *Teoria generale del diritto*, *op. cit.*, p. 13.
- (96) この点に関連して、S. コッタ (Sergio Cotta) によれば、規範主義、制度主義、關係主義といった諸理論は法的経験に関する独自の領域を以って発生し、その独自の領域が法的経験を説明する際の各理論の方向性を特徴づけてきたにも関わらず、それらの諸理論は、法的経験全体にまで拡大適用されるようになり、そのことを以って、政治的経験を了解する為の理論としての様相を呈するに至ったとされる。殊に、それらの諸理論のうちのいずれも、他の2つの理論によって提示された範疇を否定するものではなく、3つの理論のうちのいずれかを受容する際には、各理論が固有のものとして有する範疇を「本質的範疇」から「下位的範疇」へと降格させ、自己の理論に固有の総括的な範疇の観点からその「下位的範疇」を説明するという方法を採用することになるということが指摘される。Ved. Sergio Cotta, *Primi orientamenti di filosofia del diritto*, Giappichelli, 1966, pp. 82-84.
- (97) N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, *op. cit.*, p. 22.

(未完)