

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（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——

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、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、本号)
- 第 3 章 公法学におけるサンティ・ロマーノ
学説の刻印
- 終 章

第 1 章 サンティ・ロマーノ学説に関する 2 つの仮説

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

S. ロマーノ (Santi Romano) の才覚は、「公的授益制度体の概念について」⁽¹⁾というプログラムとして提示されていた論文を彼が執筆した1894年以降、一貫して制度体としての法についての省察を推進するよう駆り立てられていたという解釈は、免れ難き言述として存立しうるように思われる。その論文は、V. E. オルランド (Vittorio Emanuele Orlando) の指摘に従えば、「監獄から釈放された者の為の慈善団体に対して資格づけを行う様式についての問題、即ち、国务院の諮問部と裁判部の間の意見の対立、そして著述家達の間で再生産されていた対立を既に惹起していた問題」⁽²⁾を執筆の動機としていた。

ロマーノのこの最初の著作においては、暗示的な表現を以ってではあれ、制度体理論のヨリ顕在的な特質を垣間見ることができるであろう。即ち、法制度 (istituto giuridico) と制度体との相違、自律的なあらゆる社会

的組織體は固有の法秩序體を有するという原理、ある制度體の組織體はその制度體とは異質な何かであり、且つ、その組織體は、ただ制度體においてのみ、現實に存在するものとして概念構成可能なものであるという確信、こういった理論的特質が既に1894年に明確化されていたのである。確かに、それらの理論的特質は、その後の制度體理論の展開との関連においては単に暗示的な概念上の萌芽にすぎない確言を内容としているといえるものではあるが、単に直觀のレヴェルにおいてであっても、依然として論者の思惟における制度體理論への徵表を想起させる決定的な確言であり、上記論文を執筆するに際して言わば默示的・間接的な示唆をその外面的な文飾とするものではあるが、しかし、十分に規定對象となりうる特質を既に内在化させた、制度體としての法という理念についての直觀である。彼の最初の論文に対するこのような立論を以って、以下の一節が理解される。

監獄から釈放された者の為の假定上の、若しくは觀念上の團體を、あるいは法制度としてのこのような團體を検討することはもはや重要ではなかった。同様の目的を有する別の團體から弁別される契機となる固有の組織體、固有の規約、固有の目的を有している實在の團體が問題となっていたのである。⁽³⁾

ここで言及の對象となっている論文においては、制度體理論が顕在化させる諸局面に加えて、ロマーノ理論の別の局面が萌芽的に存在しているということが指摘されうる。その別の局面とは、制度體及びそれに相關する秩序體が社会的現實から派生するという原理であり、ロマーノの科学的思惟全体を特徴づけ、ある意味において彼の學說の基盤を構成するに至る。彼は、ここで検討對象となっている論文を執筆した際、あらゆる社会的實在は、社会的需要を統制する自己の組織體を有しているという確信を既に示唆していたのであり、概念が現實に従属するという、彼の法理論において極めて一般化されることになる原理にかかる確信は還元されうるのである。⁽⁴⁾

II 国民概念を媒介させた法多元主義との断絶性

「公的授益制度体の概念について」の論考において認められうる、制度体が有する理論的特質に関する萌芽が確認されたことにより、ロマーノは如何なる論者から学術的影響を受けたのかということ、如何なる環境において彼はその後の学術生活の準備をしていたのかということ、そして、彼の理論の独創性は如何なる事柄に存するのかということを探究するよう導かれる。

これら 3 つの疑問のうちの第 1 のものに対する回答は、オルランドがロマーノに対して学術生活の指針を提供していたであろうということが述べられることによって提示される。ロマーノは、1893年から1898年にかけてオルランドの研究室に日常的に出入りし、オルランドとの関係において理論的な議論ばかりではなく、実務活動にも参加していた。⁽⁵⁾⁽⁶⁾そして、オルランドとロマーノとの間に存在した、この種の知的生活上の密接な関係に、オルランドが1926年に確認したことであるが、今一つ、オルランドは1888年以降一貫して歴史学派に与していたという事実が付け加えられるならば、ロマーノが彼の学術生活における初期の知的経験を成し遂げていた領野たる文化的環境に対する多少なりとも正確な観念を獲得することが可能となる。

法学における歴史主義の良き信奉者として、オルランドは、法は人民 (popolo) の意識の中に、そして国民 (nazione) の過去の中に求められなければならないと確信していた。彼にとって、法は、人民の意識の中で形成された自生的現象であり、まさしく歴史的に現実化されたものであるが故に実証的現象である。それ故、法学者の活動は、抽象的な理性的活動の産物である理性的規範の発見にではなく、歴史的事実の吟味に向けられるべきものであるということが確言される。そのことにより、抽象的原理からではなく、歴史的事実から、一連の抽象化及び一般化の過程を通じて法準則が抽出される。それ故、そこに言われる法は、立法者の意志における

よりも以前に社会的意識において存在するものであり、人民の意識の中に歴史的に存在している事実の組織化から湧出するものである。斯くの如くして、オルランドは、自然法主義において特徴的に現れる法的一元論と国民概念を媒介させた法多元主義とを對置させ、国民の数と同じだけの法が存在する⁽⁹⁾という理解を示していた。

確かにオルランドは歴史学派への傾倒を公言したのではあるが、とりわけ国家の危機論との関連においてロマーノ学說に対して関心を示したF. テッシトーレ (Fulvio Tessitore) によれば、F. K. サヴィニー (Friedrich Karl von Savigny) の学說へのオルランドによる追隨は、2つの契機において識別されうること⁽¹⁰⁾に留意する必要がある。第1の契機においては、即ち、オルランドが初期において方法的関心を有していた時期においては、彼は、歴史学派に全面的に同調することを表明したであろう。オルランドは、この時期において、『現代ローマ法体系』の研究から、「サヴィニーの表現に従えば、立ち代わって自然的全体 (totalità naturale) として理解される人民の意識において (数学に値するような厳密な論理を以て) 見出されるべき法現象の『必然性』並びに『自然性』という意味において」理解される、歴史学派のプログラム原理を獲得した。それに対して、第2の契機においては、サヴィニーへのオルランドによる依拠は緩和されるであろう。殊に、オルランドは、「人間生活の特別な、従ってそれ自体としては殆ど實在しない局面としての法という評価に関するサヴィニーによる確言を拒否する。詰まるところ、オルランドは、自律的な仕方において、初期のサヴィニーの歴史主義と無意識のうちに調和しつつ、法体系が政治生活に内在しているということにおいて1つの歴史主義的見地を殆ど個体化するに至るのである」⁽¹¹⁾。ここに至って、1893年から1898年にかけて、ロマーノがオルランドと日常的な學術上の関係を有していたという事実が想起されるならば、彼は、歴史学派に全面的に同調していたオルランドを、即ち、オルランドが歴史学派のプログラム原理を無条件に受容していたということを認識していたということが推論される。そこに言われ

るオランダは、人民の意識の中に備わった現象たる必然性並びに自然性を法のプログラム原理として承認していた彼であり、「法は生命、即ち、人民の歴史的な性格並びに共同体の感情を内化させた究極的な能力である⁽¹²⁾。」ということをも明らかにする必要性を感じていたオランダである。オランダによるかかる法の概念構成は、もはや「自然法主義的な交霊術の杖によって呼び覚まされる空想的な幽霊という、時と場所、人種と歴史による影響を捨象した抽象的な実体⁽¹³⁾」としてではなく、人間が生存し実在する場である歴史的現実において具象化されるものとして概念構成される人間に関する考察に起因していた。

従って、ロマーノによって、法は立法権を保持する者の意志の表出ではないとされた点において、また、法は人民の慣習・文化等々の上で積み重ねられた経験と無関係には形成されえないということが想定されえたという点において、ロマーノに対するオランダの影響が語られうるであろう。しかし、他方において、ロマーノは、法の実証性に関しては歴史学派による確言に追随する余地を有する法理論を展開したのではあるが、「国民」という概念を援用した法の概念構成を行うには至らなかったという意味において、ロマーノによるオランダの法理論の盲目的な受容について語ることはできない。換言すれば、ロマーノは、彼の学術生活の初期の段階において、人民の意識の中に現実に存在している実在的な法という省察に到達する可能性を獲得し、法は現実に社会的意識によって存在し形成されそこから湧出する有機的統一体であるという想定を行うことになったであろうが、法は、かかる有機的統一体として、また社会的意識の表出として、「国民」という概念を循環する現象の一局面とは見なされえないという理解を示していたということも、彼の法理論の俯瞰を通じて容易に推論されるのである。

約言するならば、ロマーノは、彼の最初の論考である「公的授益制度体の概念について」を執筆することによって、彼が検討していた団体（監獄から釈放された者の為の保護団体）は、固有の組織体を、固有の規約を、固

有の合目的性を有する団体であるということを、即ち、自律的な生命及び生命力を有することに加えて、自己を他の団体から弁別する固有の特質を有する、自己の有機的な構造を備えた団体であるということを承認していた。詰まるところ、巨視的団体（例えば「国民」概念を支柱とした団体）とは異質の自律性を包蔵した微視的団体が存立するということの確認が、彼の最初の論考において為されたのである。

ロマーノの最初の著作、及び、ロマーノの学術的思惟は1895年と1900年の間に自律的な形成を見出したとするオルランドによる確言⁽¹⁴⁾を考慮に入れるならば、ロマーノは、制度体理論を誕生させる為の時が熟していた時期として、1894年に制度体としての法という理念を默示的に提示する機会を持ち、その直後、即ち1895年と1900年の間にかかる理念を成熟させたと言えることができるであろう。そして、そのような理念の成熟過程は、以下の諸契機において具体化されうる。

- a) 制度体は、法外的な領域においては、組織体、自律性、固有の構造、生命並びに生命力を有することによって特徴づけられる事実上の社会的存在体であるという指摘⁽¹⁶⁾。
- b) 例えば家族のような、社会内部の全ての存在体を法人格の中に組み込む法理論が内包する困難性の認識。
- c) 自己の地位、自己の存在、そして自己の発展の根源的な源泉としての緊要性を有する全ての自律的な法的存在体を包括する、法人格の概念よりも広範な法的概念を創案する必要性の了解。
- d) 制度体という項辞の、法外的な領域から法的な領域への移転、及び、あらゆる自律的な法的存在体は制度体であるという確言。
- e) 法は、それが組織化を行う対象とは無関係に組織体であるということの明示、即ち、組織化される事実と法との分離、組織体が制度体の内的形式、つまり制度体の構造と見なされること、制度体の概念と法秩序体の概念の等値、これらの構想による、社会と法との完全な接合の

⁽¹⁷⁾
獲得。

これらの諸契機においてローマノ学説の形成過程が明瞭に記述されうるということが事実であるとすれば、靈魂と肉体という比喻表現がしばしば適用される、法と社会的現実とは、ローマノにとって同一の現象の、つまり法現象の必要且つ不可欠な2つの要素であるということもやはり事実なのである。両者は同時に誕生するものであり、別々の自律的な生命を有しえないものとして概念構成される。

III 法の概念の特質

ローマノが第一次的法源としてその重要性を承認した緊要性は、その本質において、そしてその動態的構造において考慮の対象となる法の分析を彼に対して可能ならしめるものであった。法を対象とする研究において彼が採用した手法は、前述した如く、公法を科学としての威厳にまで上昇させるに際してオランダが採用した手法に類似したものであるが、その点においてオランダから範を取ったことにより、ローマノは、法秩序体の静態的及び動態的要素の重要性を強調することに、即ち、法は「生命並びに生命力」であるということを確認することに到達したのである。⁽¹⁸⁾

斯くして、彼は、緊要性と制度体との関係に立脚しつつ、社会的事実の構造は、それが完成された社会体において考察されようとも、例えば革命運動において認められるように、変容期にある社会体において考察されようとも、法であると主張することができた。⁽¹⁹⁾ローマノ学説においては、静態的な法の概念ではなく、社会的現実の変容と並行して発展する余地のある法の概念が、緊要性と法の関係から派生するのである。それ故、ローマノが想定した法の概念は、言わば弾力性・柔軟性という性格をその顕著な特質とするが、かかる性格こそが、自己の個性性を決して喪失することなく、社会的現実であろうと、進歩によって獲得された新たな社会性の空間であろうと、それらを規律し、あくまで暫定的な形態において、確定的な

ものたりえない特殊な社会状況を規制すること、裏を返して平易に述べるならば、ある法律を制定する原因となった大義が欠如するや否や、当該法律が廃用に追い込まれる状態を現出させることを法に対して可能ならしめるのである。

法の概念がかかる様式において規定されることによって、組織化並びに持続性を獲得しうる社会的事実の必然的な構造として法秩序体が形成されるに至るという意味において、制度体と法秩序体との間の首尾一貫し調和の取れた二元論がローマノ学説において展開される。そして、そのような法の概念は、まさしく弾力性・柔軟性を有するものであるが故に、実在する秩序体の諸類型についてのみならず、ありうる秩序体の仮定されうる諸類型についても妥当するものであり、更に、法の世界によって認識される境界を超えてもなお妥当性を有するものとしての外観を呈するので、社会的意識の中に、そして究極的には人間の意識の中に実在するものと見なされる事実において自己の妥当性を根拠づけるであろう。ローマノによる法の観念は、現実態と可能態とを問わず、人間によって組織化されるあらゆる何某かの社会的存在体について妥当性を有するのである。従って、法の概念の弾力性・柔軟性は、何らかの法主体において認められうる意志性という要素の中にはなく、社会的諸力の中に、ヨリ正確に言えば、法がその需要を表明する社会的意識の中に自己の基盤を見出す。意志性という要素は、ローマノにとっての法の概念とはあまりにも無縁な特質であるので、彼は、法規範の発見の契機と法規範の宣言の契機との間には、立法者の合理的な活動が欠如しているということを主張したのであった。⁽²⁰⁾かかる意味においてこそ、「非意志法」という表現は了解されなければならないであろうし、あらゆる類型の法源が緊要性に接続していなければならないであろうということと同様に、成文法であろうと不文法であろうと、この非意志法にあらゆる類型の法は直接的若しくは間接的に接続していなければならないということになるであろう。

従って、ローマノが自己の法理論において想定した法は、その法が相関

関係にある制度体の本性の中に存在するというよりも、自律的な、しかし社会的現実の中に包摂された現実である。ロマーノにとって、法の概念は、制度体概念を規定手段として用いるという意味において、即ち、社会的意識において歴史的に実現されるものという意味において理解される実定法として、つまり、社会的諸力を特定の様式において組織化する緊要性から派生するものとして解釈されるべきなのである。そこに至って、微視的秩序体の領域においてであろうと、巨視的秩序体の領域においてであろうと、新たな秩序体の創設、秩序体の持続的な変更、そして秩序体の部分的な変更を惹起する、緊要性と法との関係がその重要性全体において現出する。

ロマーノが緊要性において第一次的法源を指示したことに起因する、法の概念が有する特質は、これまでに確認されてきた特質には還元されない。ロマーノ学説においては、法は、神概念若しくは権力の保持者を援用した意志性の所産なのではなく、社会的意識から派生するという意味において、つまり緊要性と法との不可分の関係により、法の非意志性の明示としての法の独立性が顕在化する。換言すれば、法はそれが構造を成す制度体と共に誕生するという意味において、即ち、法は自己の生成を制度体の誕生の中に見出すという意味において、法の独立性という性格は、法の概念の必然的特質として理解されなければならないのであろう。また、法の概念が独立性という性格を有することから、かかる性格と連関する法の概念の特質として、多かれ少なかれ自律的な領域を構成し、また、それ故に、自己の源泉が複数存在するにも関わらず、単一性を保持するという意味における、法の概念の統一性という性格が導出される。ロマーノが構想した法の統一性が具体化される領域は、法源概念が適用されるものから、社会学的な領域若しくは哲学的な領域に進入することなく依然として法的空間に留まることが可能であるような極限的境界にまで及ぶ。⁽²¹⁾法の概念が接合される現実は、その広汎性にも関わらず、法の領域において単一性を具現化するものでなければならないのである。

ロマーノ學說における法の概念が有する特質に関して付言するなら、これまでにも示唆されたように、彼は、理論的基準及び実践的基準の尊重によって構成される方法を以って法を分析したが故に、実在的なもの、可能態に留まるものを問わず、全ての秩序体において存在する必然性を有する法の本質的な諸要素の存在を指示し、且つ、特定の秩序体に固有の付帶的な諸要素の存在をも描出した。イタリア國家の法秩序体、國際的法秩序体、あるいはマフィアの法秩序体等々、あらゆる法秩序体は、それが法秩序体として規定される為の本質的な諸要素に加えて、全ての法秩序体に共通して存在するわけではない固有の諸要素を自己に刻印することによって特徴づけられるであろう。斯くして、ロマーノの法理論においては、抽象化——一般化を行う過程を通して、個々の実定法から抽出される一般実定法の概念が存在することになる。実定法の概念と哲學的・理念的な法の概念の言わば中途に位置する法の概念である。歴史的に實現された個別的な法という所与から導出されるという理由においては実証的なものであり、個々の法秩序体に付帶するものではなく、それらの法秩序体が有する本質的な諸要素によって形成されるという理由においては一般的なものと言える法の概念である。但し、緊要性概念がロマーノ學說において第一次的法源としての価値を承認されたとしても、一般実定法は、間接的にのみ自己の源泉を緊要性の中に見出す、即ち、連續的な抽象化並びに一般化の手續を通して個々の実定法から導出される実在であるので、直接的に法學者の精神若しくは確信の中に、そして、間接的に社會的意識が有する要求の中に自己の源泉を見出すと言うべきである。約言すれば、ロマーノの學說においては、実定法の法対象性として、特殊なそれと一般的なそれという2つのレヴェルが存在するのである。それらのレヴェルのうち、前者は、社會的現實の中で生存し、社會的諸力を組織化し、まさしくそれ故にその社會的諸力を法的な力に変質させる実在としての諸特質を有するであろう。それに対し、後者は、個別的な実定的秩序体において歴史的に具体化されるという理由のみによって、言わばモデルとして法學者の精神若しくは確

信の中で生存する、実証性のみによっては説明づけられえない性格を有する実在としての概念構成を受けるであろう。

Ⅳ 社会的事実の組織化としての法

これまでに概観された、ロマーノ学説における法の概念の特質は、彼にとっての一般実定法の概念が如何様に捕捉されなければならないのかということ、そして一般的に、制度体学説によれば、あらゆる特殊実定法は如何なる外観を呈するのかということを指示している。未だ明らかになっていないことは、ロマーノにとって、法は如何なる内実を有するものであるのかということである。

ロマーノの法理論に依拠するのであれば、緊要性が法の第一次的源泉と見なされることによって、自己の特質並びに本性により、一定の存続力を有することが予定された特定の構造が現実化される場合には、常にその構造は法的なものであると言わなければならないであろう。ロマーノにとって、持続的な社会状況が規制されることを社会的意識が意欲する際の基準となる構造が法なのである。このことから、法は人間による結合の内的形式⁽²²⁾であるとされる。即ち、法は、物質的には個体化可能なものではないが、実在的には個体化可能な概念なのである。このことにより、双方とも法現象を構成する 2 つの種類の現実、即ち実在的現実 (realtà reale) と社会的現実が認識されることになる。ある社会的現実が特定の特質を有する生命並びに生命力を以って現出するとき、実在的現実もまた発生し、共に法的現実を構成するという解釈が生じるのである。

ロマーノによれば、法は、社会的現実を組織化する実在的現実として、「法が展開される場となり、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化、構造、⁽²³⁾地位」であり、従って、法は制度体の本質であるとされる。法は、かかる様式において理解されるならば、「あらゆる制度体の死活的原理、即ち、あらゆる制度体が現出する際の基点となる多様な諸要素に生命を与え、そ

これらの諸要素を結合した状態に保つもの、つまり、非物質的存在体の構造を確定し固定させ保存するものである」⁽²⁴⁾。このような理論上の核心的想定が行われることにより、法は、自己の基盤を社会的現実の中に見出し、それを思惟する者の精神の中に存在する現実なのではなく、自己の死活的な所在として社会的事実を有する現実であるということが導出される。かかる意味において、ロマーノは、国家に言及しつつ、「法は国家の生命原理、国家の有機的结构、国家の本質であるし、またそうでないことはありえない」⁽²⁵⁾ということを確認した。約言すれば、法は社会的事実の組織化なのである。従って、組織化の概念は、制度体の本質としての、即ち法対象性の基準としての外観を呈する。その時、そのような法対象性の構想は、組織化されうるもの全てが法的なものであり、組織化される余地のない社会的諸力及び社会的諸要素は、法的なものではありえないということを用意するといった具合に、法対象性が自己の弁別基準において顕在化するのである。更に、厳密な意味における法規範に限定されず、組織化される余地のあるあらゆる何某かの他の要素及び活動は法的なものと形容される余地があるがために、法対象性は、規範である以前に、制度体に、即ち組織体に帰属し、諸規範は法現象の1つの発現であって、唯一の発現ではないということが帰結される⁽²⁶⁾。この意味において、ロマーノ学説における法は事実と共に発生し、自己を特徴づける要素を組織体の中に有すると言える。ロマーノにとって、「組織化は規範に先行するものでありうるという理由においてのみならず、組織化が後に発生して規範に接続する場合であっても、組織化は、規範が実施される結果として検証されるであろう現象であって、それ故規範ではないということは明らかであるという理由において」⁽²⁷⁾、組織体は諸規範の複合体としては捕捉されえないのである。

また、組織化の概念は、その構造において必ずしも支配・従属関係を含意するわけではなく、組織化される存在体乃至諸要素が、国際的秩序体において認められるように、対等のレベルに位置づけられているという意味において、対等の構造を有するという付言する必要がある。し⁽²⁸⁾

かしながら、かかる場合において、組織化の構造の中に複合的な階統性が欠如していたとしても、単純な階統性は存在するということが承認される。対等性によって特徴づけられる組織体においてでさえ、2つの層、即ち、国際社会の領域において完全な法的平等の状態にある諸国家によって形成される平面と、「主観的ではない非人格的な権力」⁽²⁹⁾を具備した唯一の国際社会によって形成される平面とが存在する。斯くして、組織化の概念の中には、常に何某かの階統的關係が存在すると言いうる。対等性によって特徴づけられる制度体への言及が為された場合でも、そこにおいては、国際的組織体の構成員である諸国家の中に見出される対等關係が指示されているのであって、その国際的組織体において階統性が欠如しているということが含意されているわけではない。ロマーノが前提としていた、対等性を内包する組織体の概念は、自身の周囲に制度体の多様な諸要素を組織化する求心力の如くに、社会的事実を凝集し規制する力として理解されるであろうが、組織体の概念がそのように理解されるとしても、制度体は自己が包摂する諸要素からは識別されるべき実体を構成する。かかる場合においては言わば派生關係が存在すると言ってよいであろうが、派生關係においても、派生させるものと派生したもの、要するに階統性が前提とされるのである。

組織化の概念に関して更に付言するなら、その概念は社会秩序の理念を包含するものであるということを確言しなければならないであろう。かかる理念は、如何なる様式においてであれ創造された秩序という意味においてではなく、創設されたと同時に、組織体並びに構造を自ずと獲得した社会の地位及び本性(=制度体)から湧出する秩序という意味において理解されるべきである。そのことは、ロマーノにとって、秩序概念を含意しない意志並びに物質的な力は、たとえそれらが社会的諸關係を規律する諸規範を生成するものであっても、法対象性の空間とは無関係なものであるということを意味している。かかる諸規範は、社会規範と規定されるものではあるかもしれないが、法規範の範疇には包含されえないであろう。制

度体の概念に依拠する観点からすれば、法規範は、制度体における社会秩序の現実化の為に不可欠なものとして、その制度体から発せられ、その制度体によって承認される規範なのである⁽³¹⁾。

法的現実における一方の極を成す組織化の概念に関する更なる考究は、法的現実とは社会的現実とは異なる起源を有するということを認識する必要性を生ぜしめる。ある社会的事実がある特定の様式において規律されるべきであるという理念を内包する緊要性は、社会的意識によって惹起されるものである。このことから、社会的意識は、特定の要求並びに特質が確認される場合には、如何にして持続的なある社会的事実が規制されるべきであるのかということを、つまり、如何にしてそのような一定の現実が組織化されるのかということを必然的に指示するということが推論される。その時、実在的現実とは、その始源的な本拠としての社会的意識と接合されるであろう。それに反して、社会的現実とは、自己の始源的且つ決定的な本拠として社会的意識の外部にある世界を含意するであろう。しかし、このような説明の仕方によってもなお、法は、自己の機能を果たすと同時に、即ち、自身による社会的現実の組織化を契機として、かかるものとしては是認されるという原理は維持されるべき必然性を有する。

V 法の機能

ローマノ学説における法の概念に関する考察は、生命力という要素により実在的現実として理解される、ローマノが想定していた法は、持続的なある事実上の状況が先在する社会的事実上の状況に関係するに至る場合には、常に修正を受けることが可能となるという重大な構想を提示する。それ故、ローマノの法理論においては、制度体と法秩序体の発生的契機の同一性のみならず、理論と実践との間に存在及び発展の上での補完関係が設定されているという意味において、社会と法との間に持続的な相互作用もまた存在すると言えるであろう。ローマノにとっての法の機能は、かかる原理の明示においてその重要性を誇示する。ローマノによれば、法の機能

は、制度体の意志といった概念からではなく、制度体の存在並びに制度体の本性に起因するものである。即ち、法の機能は、制度体に応じて異なり、また、同一の制度体においてさえ多岐にわたるものでありうる、何某かの目的を実現する為ではなく、市民社会と法との間の接合を獲得する為に展開される活動として発生するのであり、それ故、全ての秩序体において単一のものとして概念構成されるのである。⁽³²⁾ ロマーノが想定していた法の機能は、秩序立てを行う、即ち、社会的事実と組織化との縫合を行う活動において具体化されるであろうし、そのように提示されることによって、例えば倫理的若しくは経済的活動といったような実践的活動の範疇に法を還元することは不可能であるということを説明づけるものとなるのであろう。客観法を実践的活動に還元することが不可能であるということは、ロマーノにとって、法の機能は意志性という性格を有さないという事実においてその正当性を見出す。彼は、客観法を、制度体の存在並びに本性から自生的に湧出する「非意志法」と見なし、それに対して、主観法を「意志法」として捕捉した。⁽³³⁾ それに反して、法を経済若しくは倫理に還元した研究者達にとって、客観法は、「全面的に且つ排他的に人間の活動及び意志の発現」⁽³⁴⁾ であるという理解が為される。

法が有するかかる秩序立てを行う機能は、ロマーノにとって、規範理論の観点をもってしては明晰なものとはならない。規範理論に依拠する場合には、「他の諸規範によって具象化される何某かの類似した機能から法が具象化する機能を識別する」⁽³⁵⁾ 相違が、「従って、法の本質的特徴」が明示されないことになるからである。更に、ロマーノによれば、規範理論は、その性質上市民社会と法との断絶を惹起しうるものであり、このことは、法秩序体が、諸規範の総体と見なされるのであれば、社会が提示する持続的な要求にもはや合致しえなくなるという概念構成によって確証されるであろう。詰まるところ、規範主義的な諸理論は、自己の理論の本質上法の安定化機能を明確化したという利点を有するのではあるが、組織化された社会的現実の存在並びに本性の表出ではないが故に、社会と法との間の並

行的且つ持続的な相互作用を確固たるものにすることができないのである。それに反して、秩序立てを行うという法の機能は、制度体理論の観点から考慮に入れられる場合には、制度体の生命のみならず、制度体の生命力・存続力の安定化をももたらすものであろう。制度体学説は、規範主義的な諸学説と比較して、「ある存在体の多様な要素、それらの要素の地位並びに機能を、それらの要素が部分を成すに至る存在体にそれらの要素を従属させることによって固定化し、更にはそのことの結果として生じる統一性を固定化する組織化⁽³⁶⁾」たることを、法に対して可能ならしめるということが構想されているのである。かかる意味において理解される法こそが、ローマーノによって強調される法の秩序化機能を十全に發揮することに通じていると言えよう。

社会生活上のいくつかの契機並びにいくつかの運動を安定化し、標準化し、固定化する機能、従って保守的とも呼ばれうであろう機能が法に対して託されるとき、そのことは、保守的傾向によって性格づけられることになるような政治上の計画において自己の輪郭を示すという意味における保守的傾向への如何なる依拠をも排除するという意味において理解されなければならない。法秩序体は、全面的にその構築の様式が誤ったものでは限り、一方において上述の機能を有しているのであれば、他方において、自己を刷新する可能性を、及び、自己の構造並びに機能様式の徹底的且つ根源的でさえある修正を受ける余地を見出す可能性を常に有するのである。もしそうでない場合には、法秩序体は生命を有するものではなくなる⁽³⁷⁾であろう。

法は、法的空間の領域における既定の社会的現実に対してのみならず、法対象性が獲得することになる新たな社会空間との対比においても秩序立てを行う機能を果たすであろう。

VI 制度体と法秩序体との二元論及び相互作用

制度体と法秩序体の発生的契機の同一性という原理がこれまでに一度な

らず言及されてきたことは、ロマーノの科学的思惟の解釈において、「制度体の概念と法秩序体の概念の等値」と題された、『法秩序体』第13節⁽³⁸⁾が際立った重要性を有することを示している。そこにおいては、「制度体は、客観法の多かれ少なかれ完成された独立した領域たる法秩序体⁽³⁹⁾である。」という制度体についての定義が看取される。ロマーノは、かかる定義を行うに際して、自然法主義並びに法実証主義として理解される意志主義の観点からではなく、歴史的に実現される法として了解される実定法の観点に身を置くことによって、厳密に法的な意味において制度体という用語を使用した。⁽⁴⁰⁾彼の法律学説における法の概念は、立法者の合理的な意志並びに活動とは無関係に、社会的意識において現実化される実定法を指示するということが、制度体概念の適用態様において顕在化している。斯くして、法の概念の実証性について語るに際しては、実効性乃至実在性という概念が中心を占めるに至る。彼は、「実効的実在性 (realità effettuale)⁽⁴¹⁾」の平面において制度体の概念を考察し、そうすることによって、かかる制度体の概念を自己の理論の基盤として採用したのである。

ロマーノの思惟を明晰化するに際して重要なことは、彼は、制度体の法的な局面に加えて、組織体という制度体の本性が有しうる法対象性をも明らかにしたということである。この点において、「組織体の概念は、それが法的概念に還元されない限りは、法学者にとって有用なものたりえない⁽⁴²⁾」ということが明言される。彼は、哲学的若しくは社会学的な意味における組織体及び制度体の概念の存立可能性を否定しなかったであろうが、当然のことながら、法の科学にとっては、純粹に法的な意味におけるそれらの概念の精練性が要求される。従って、制度体並びに組織体の法的概念は、社会的意識の中に内在した概念であるということ、そして、それらの概念の法的意味は、実定法のレベルにおいてその意味が考究されることが意欲されるのであれば、哲学的な意味と混同されてはならず、また、社会的なるものの構造並びに本質である法を社会学主義という方法論を以って無効にすることが意欲されているのではないとすれば、社会学的

な意味とも混同されてはならないということが指摘されうる。かかる見地において、ロマーノによる次の言表は理解されるのである。

他方において、吾人は、かかる存在体を生成し支配する物質的な諸力という観点からではなく、その存在体が他の存在体と相互依存的な現象として発展し存続する場となる環境との関連においてではなく、その存在体に接続する因果関係を考慮してではなく、従って社会学的にではなく、その存在体が法秩序体に起因するものであるが故に、もっとはっきり言えば客観法の体系であるが故に、それ自体においてその存在体を考察してきたのである。⁽⁴³⁾

ロマーノは、厳密に法的な意味において制度体の概念を採用したことに加えて、法の誕生の異なる契機をも指示するという、法に対する新たな境界設定をも試みた。彼によれば、制度体は、生命並びに生命力を有している場合に存在していると捉えられるのであるが、法が有する生命力という性格は、「一時的な横暴を以ってではなく、規制を受ける継続的な法の支配力を以って拘束力を有し自己を尊重させる適性」⁽⁴⁴⁾をそれ自体において有する社会的諸力あるいは社会的要求は、それらの立法による定式化への転換を契機としてではなく、社会的意識において形成されるや否や法的なものと見なされるという原理を意味している。社会の中で顕在化する全ての力が法に変質するというわけではなく、組織化される余地のある力のみが法に変質するという概念構成は、このような様式を以ってしても正当化を受けるのである。この原理は、次のような断定的な章句において看取される。

制度体においては、法とは別の種類の力が確実に顕在化し自己を正当なものとして認めさせるが、この力は専ら個別的なものであるか、または如何なる場合であれ組織化されていない力であるし、また、そのようなものでしかありえない。実際に社会的なものであり、それ故組織化されるようになるあらゆる力は、まさしくそれがために法に変質するのである。⁽⁴⁵⁾

このような法規範生成の契機に関するロマーノによる分析について更に

考察を推し進めるのであれば、制度体の概念と法秩序体の概念は、同一の実体に関連する概念ではあるが、その関連は異なる意義を以てのことであるということが推論される。制度体の概念は、その本質上、完成された自律的実体として組織化された社会的現実の概念に相応し、法秩序体の概念は、法という非物質的な現実の概念に関わるものであるという理解が可能であろう。このことの例証は、『法秩序体』においては、一方の概念が生命体の概念に関連づけられることによって、そして他方の概念が靈魂の概念に関連づけられることによって行われた⁽⁴⁶⁾。同一の現象を指示する為に無差別的に使用されるものであっても、異なる現実を指示する2つの項辞として制度体と法秩序体の両概念は存在するのである。このような概念構成が前提とされることによって、「制度体の概念と法秩序体の概念の等値」という表題を付された『法秩序体』第13節において見られるように、制度体概念が指示する現実と法秩序体概念が指示する現実の等価性が主張され、更に、例えば「任意的存在体もまた、これらの全ての同義的な表現に対して吾人が付与してきた意味において、客観法の体系であり、制度体、組織体なのである⁽⁴⁷⁾」とされることによって、かかる等価性が強調される。ローマーノの思惟においては、制度体と法秩序体という2つの概念の間には、社会的諸力や社会的需要は、それらが継続性という性格を以て組織化される場合には、常に絶え間なく法秩序体に変質する、つまり法として生成されるという意味において、持続的な弁証法的関係が存在するであろう⁽⁴⁸⁾。

以上のような法規範の生成に関する概念構成、更には、その概念構成における制度体と法秩序体との概念上の連関を捕捉する様式が、社会が有しうる、政治と法に関わる最も重大な存在体つまり国家に適用されることによって、国家観を巡る新たな地平が創出されたと言えよう⁽⁴⁹⁾。ローマーノは、立法者の側からの法の定式化という契機から、社会的意識における法の現実的・歴史的な存在という契機へと法の誕生を移動させたが故に、国家の生命の始源的な契機を再構成するよう導かれたのである。

ロマーノ理論における国家は、公共の意識の中に存在している特定の社会的・政治的諸力を組織化することの緊要性の表出を自己の構造並びに本質とする複合的な制度体である。国家は、たとえそれが存続している一定の期間において憲法制定権力によって正統性を付与されることがないとしても、自己の秩序体と共に発生するがために、かかる特質を常に有するものとして提示される⁽⁵⁰⁾。他方において、ロマーノの国家理論の付随的且つ本質的な特質は、法秩序体の多元性の原理から明らかなように、国家内部の単純な制度体が国家によって組織化され調和的に配列されたとしても、それらの制度体が依然として保持する自律性によって構成されるであろう。更に、ロマーノが構想した国家理論に、概念が現実に対応しなければならないのであってその逆であってはならないという、彼の法理論における1つの基本的原理が結合するならば、憲法秩序体は社会的・政治的現実に対応しなければならないのであって、その逆であってはならないという原理が帰結される。この原理の尊重が欠如する場合には、国家秩序体が発揮する非妥協性にも関わらず持続的に発展しうる社会的存在体並びに社会的諸力の存在が無視されることによって、国家と市民との間の——社会的・政治的現実に適したものではないが故に——誤った直接的関係が設定されることになる。ロマーノにとっては、社会的運動——それが国家と如何なる態様の関係を有するものであれ——に対する公法の従属関係が決定的に重要な公準であつた⁽⁵²⁾。よって、国家の危機の招来は、ここで言及された諸原理の尊重が欠落するに至ったことに起因するとロマーノは分析していた。即ち、「ヨリいっそう自己の原子論的な性格を喪失している社会の個別的利益を基礎とした漸進的組織化」において、また、「社会それ自身が国家の構造の内部において自己の構造を反映させ尊重させる為に所持する、法的な制度体上の手段の欠乏」⁽⁵³⁾において、1909年当時における国家の危機の原因が摘出されていたのである。

ロマーノにとって、国家は1つの制度体であるので、制度体と法との間で、社会的現実と法との間で肯定される弁証法的関係が憲法秩序体におい

ても有効であるという帰結が生じる。しかしながら、ロマーノは、社会的運動に対する公法の従属関係を確言していたのではあるが、社会内部が政治的に原子化されることに対して懸念を表明していたということも付言する必要がある。国家は、社会内部の存在体を組織化する能力を有する唯一の存在体であるが故に存続する必然性を有するということを彼は想定していたのである。この想定により、強力な執行権を有する国家の形姿が描出され、より小さな政治的存在体を凝集させるより大きな力がかかる国家に対して付与されることになる。但し、社会的・政治的意識において、憲法秩序体の変動という緊要性によってより小さな政治的存在体の存立が正当化される場合には、国家の支配下においてのみならず、国家と並行した状態においても、また国家と対立した状態においてさえも、そのような政治的存在体が存続しゆく可能性が生じるとすることがロマーノによる理論的要請であった。従って、強力な執行権を有しつつも、自己の第一次的な法源を不文法から、殊に緊要性から導出しなければならない立法権を有する国家を彼は理論化していたと言えよう。それ故、ロマーノにとって、国家の諸目的は、諸規範において結晶化するものではありえず、国家の具体的な秩序体の複合体から、即ち、その時々⁽⁵⁴⁾の社会的・政治的意識によって命じられる要求から派生する。このような概念構成は、法現象に対する社会現象の優位という原理の表出であると捉えられうるのであるが、彼は、かかる原理を尊重することによって、「社会的関係において抽象的若しくは観念的な正義を実現する為に、その社会的関係に干渉することによって、全ての社会的関係を規制する任務」を国家に対して否定し、また、「全てのことを斟酌し全てのことを判断する存在体として国家を表示することは、恐らく実定法を自然法と混同することから、更には自然法上の誤った概念構成から派生する錯覚であろう」と主張するに至っていた⁽⁵⁴⁾。そして、これまでに概観されてきた国家理論を、ロマーノは自己の学術生活において一貫して維持していたということが考慮に入れられるならば、現代民主制国家の理論の誕生に対して彼が成し遂げた貢献についての理念を獲得す

ることが可能となるのである。

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

ロマーノの法理論に対しては、漠然性乃至不確定性の異論が一定程度の頻度を以ってこれまでに提起されてきた。この異論を提起してきた研究者の中には、まさしくオルランドが含まれている。彼によれば、「結局のところ、ロマーノにおいて現出する制度体の概念を切り離して考察してみるならば、この概念は些か漠然とした仕方において提示されていると指摘するような批判には一定の理由があるということを否定することはできない⁽⁵⁵⁾」。この種の批判に反して、ロマーノが前提としていた制度体の概念は、法の概念の一局面を自己の対象として有する概念ではなく、反対に、その全体の統一性において考察の対象となりうる法的現実を検討する手段概念であるということが、ここでは指摘されて然るべきである。換言すれば、ロマーノによる制度体の定義は、確定的若しくは個別的なものではありえず、継続性という性格を以って組織化されるあらゆる何某かの社会的実体を意味することが可能となるように、一般性並びに弾力性という性格を必然的に有さなければならないのである。ロマーノは、彼が提示した制度体の概念に対して提起された不確定性の批判に対して、次のような主張を行う。

少なからぬ者達によって機械的に繰り返されているこの非難を吾人は了解することができない。制度体を定義する為には、例えば家族、「事実上の存在体」、少なくとも現代法において通常提示される形姿における法人といった概念のように、それなくしてはそのような概念を前提とする他の諸概念を理解することができないような、根本的な、また同時に基礎的な概念である社会的存在体若しくは社会体の概念をあらゆる法学者が有さな

いわけにはいかない以上は、私が付言してきた全ての別の明確化を省略することによって、制度体は社会的存在体若しくは社会体であると述べるだけで十分であったであろう。また、一定の基礎的な諸概念を過度に明確化することが意欲されるとき、それらの諸概念を不透明にする結果にしか行⁽⁵⁶⁾き着かないのである。

ある一般的な概念の定義は、その概念が適用されうる全ての個別的な現実において存在するような諸要素のみを包含しなければならないものであるとすれば、ロマーノによるこの所見は正当性を有する。それに反して、特定化された定義は、個別的な諸概念に固有のものであり、特定の範疇に属する全ての存在が有する一般的な特質に加えて、ある存在体が、たとえそれが特定の類概念を構成するとしても、その類概念のある個別的な実体を構成すると評価される為の個別的な特質をも包含していなければならない。ロマーノ理論においては、制度体概念と法秩序体概念が等値関係の中に位置づけられ、更には法秩序体の多元性という原理が確言されるがために、全ての制度体を包摂しうる制度体の一般的な観念を定式化することが構想されたのであった。

制度体に関する一般的な概念を提示するかかる必要性を、他ならぬオルランドは、彼が自己の制度体概念を定義するに際して認識していた。彼は、「人間の共生状態 (stati di convivenza umana)」という彼自身が提出した概念に対しても、その不確定性が指摘されうるのではないかということ懸念しえたのであるが、「対象を表示する態様についての相関的な不確定性を惹起する、その対象のまさしく初歩的且つ原初的な存在様式が描かれることになるように、極めて単純な社会的所与を単に基点とすることを欲していると吾人は述べた」⁽⁵⁷⁾と弁明することによって、かかる懸念を打ち消していた。詰まるところ、オルランドによれば、ロマーノが提示した制度体概念は、発達した複合的な社会的実体の表出であるが故に、不確定的ではない様式において定義されるべきであったが、それに反して、オルランドが提示した制度体概念は、他ならぬその提唱者によれば、初歩的且つ

原初的な単純な社会的所与であるので、不確定的な様式において定義されうることであろう。しかし、ロマーノが提示した制度体概念は、既に確認されたように、単純な社会的実体から複合的な社会的実体に至るまで、あらゆる可能な社会的実体に適用されうるものでなければならない概念であり、その本質上特定化されない様式において規定されて然るべきであるということが想起されるとき、オルランドのかかる見解はその正当性を切り崩される。

ロマーノ理論に対するこのような解釈が成立可能であるにも関わらず、オルランドは、自己の制度体概念のみが確定性を有しうるものであるとすることに固執していた。彼は、ロマーノ以上に、「法的経験についての所与を概念的な形式において再構築することを更に推し進めよう⁽⁵⁸⁾」努めたが故に、彼が想定していた制度体の觀念は不確定性の疑義を免れると考えていた。更に、彼の制度体概念は、次のような説明を付加されることによって敷衍される。

歴史的な領野においてであれ、概念的な領野においてであれ、かかる再構築の多様な領域がこのように後退したことにより、私は、ヨリ単純な諸形態を基点とせざるをえなかったのであるが、しかしながら、私によれば、そのような諸形態において、法秩序体の存在が認識されなければならなかったのである。このような私の努力に対して、ロマーノは、私であれば「人間の共生の全ての状態において法現象を識別する」よう突き動かされたであろう原因となるような、ある性格を付与している。そして、その性格とは、彼に従えば、まさしく彼自身が前進する為の条件となりうるであろうような形態上の最低限の単純性という限界を越えていた。そのような限界を越えては、彼によって認識され再構築された意味における制度体の性格は認識されえなかったであろう。実を言うと、私の思惟は、制度体の性格に付与される、かかる様式としての形容の此岸に留まっており、越えることができない「限界」の例としてロマーノが提示するような事例と混同を起こしてはいない。斯くして、彼が私に帰する見解を批判する為に、法秩序体としての特徴を認識することができるということを彼が否定

する対象となるかかる極限的事例の例として、彼は、窓口に到達する為に一列に並んだ群集、あるいは、賭博またはスポーツの愛好者といったような、一定の形式若しくは慣行を遵守する態様において形成されるような、発生したばかりの社会集団を持ち出している。〔…〕私は、「人間の共生状態」を指示していたとき、「安定した集団」という形態における安定的な人間の共生を可能にするような「最低限」の条件が、その「人間の共生状態」において確証されるということを必然的に前提とし、以って、制度体という名称は、これらの非常に単純な諸形態に適用されうると考えていた（そして、そう考え続けている）のである。⁽⁵⁹⁾

制度体の観念を巡るオルランドのこの説明は、彼とローマーノとの間で発生した何某かの論争的な考察を越えて、制度体概念の規定様式に関する 2 人の公法学者の思考における方向性はそれほどかけ離れたものではないということを示唆するものである。この点において、彼らによれば、集団が安定性並びに生命力を獲得する為に必要とされる条件は如何なるものであるのかということ、そして、彼らの理論構成に相違が存在するとすれば、それは如何なる事柄において顕在化するのかということ进行考察することが問題となる。

オルランドは、動物に固有の本能的な共生としての特質を有さない人間の共生が創始される契機において、制度体が存在する端緒を見出していた。彼にとって、この契機は、「理性や言葉に劣らず、人間性を動物性から弁別する特徴を構成する、秩序体における社会生活が可能となるための始源的形態」⁽⁶⁰⁾を指示するものである。従って、原初的な社会集団における制度体乃至法の生成の契機が考察対象となるとき、「法は、最初は単細胞を以って存在する状態にあるが、それにも関わらず、そのような存在においては、生命の非常に基礎的な所与が検証されなければならないであろう」ということが言わば類推的表現によって主張されるが、「ところが、まさしく非常に単純で十分なものではあるが、平和の維持という目的にとっては不可欠なこの最初の存在様式は、将来の法となるであろう全てのものを

潜在的に包含するものであるとしても、準則に転換しかかるものとして義務づけられるような規範若しくは命令形式を始めとして、來たるべき時代が獲得しようと努めるであろう補助的で、競合的なものではあるが、しかし強力な手段のうちの如何なるものをも未だ保持していない⁽⁶¹⁾」という事実は、かかる集団に対して制度体としての資格を承認することへの妨げとはならないであろう。ここにおいて、オランダが想定した社会集団が安定的に存在し始めるこの始源的契機が、ローマーノ学説における制度体の実効性という性格に接近するということが指摘されうる。これまでも一度ならず確認されたように、ローマーノによれば、制度体は、それが生命並びに生命力を有した瞬間に、即ち、たとえ未発達の様式においてであっても、一定の期間存続し続けるという目的に向けられた組織化の為の手段を有した瞬間に誕生するのである⁽⁶²⁾。

詰まるところ、オランダによれば、彼の制度体概念とローマーノの制度体概念との相違は方法論上の立場の差異の中に認められ、彼の方法論上の立場は体系的・歴史的な配慮によって支配されるが、それに反して、ローマーノの方法論上の立場は、「現実態にあった、それ故、ヨリ発達した手法において提起されていた」諸問題の吟味によって特徴づけられ、換言すれば、オランダにとって「複数の結合した者による共生のそのような統一性は、根源的且つヨリ基礎的な形態の法準則を生ぜしめるのに対し、ローマーノにとっては、反対に、彼の制度体の理念ははるかに『特有で精緻化された』ものであろう。つまり、ローマーノにおいては、制度体は法秩序体であり、法秩序体は法なのである。」という判断が示される点において、制度体概念を巡る2つの思考次元の内容上の相違が適切に描出され、そのことにより、2人の法学者による制度体の觀念の間には本質的な差異が見出されないということになるのである。確かに、オランダが想定した単純な原初的共生状態は、その存在の条件である律法を自生的に生成するのに対し、ローマーノが提示した制度体の理念は法秩序体を生成する端緒とはならず、また、彼が前提としていた法秩序体は規範的命令を生成するもので

もない。ローマーノ学説における制度体は、オルランドにしてみても、既に法秩序体を内包する概念なのである。⁽⁶⁴⁾しかし、律法が集団の存在の条件であるとするオルランドの確言が、集団は、その構造及びその死活的な要素を構成する律法を有するに至って初めて実在性を獲得するということを意味しているのであれば、2人の法学者にとって、法の発生的契機は法それ自身であると考えることが可能となる。ここに至って、革命運動といった未発達な社会集団もまた制度体であるとローマーノが判断するのであれば——彼は必然的にそう判断するであろう——、オルランドの制度体概念とローマーノの制度体概念の相違、及び後者に対する不確定性の疑義は、単に外観上のものにすぎないという帰結に我々は到達することになる。

II 法・制度体・国家という三項式の属性

ローマーノとオルランドの法思想を論じるに際して認識される根本的な相違は、彼らの法理論を構成する項辞を理解する営為において見出される。即ち、オルランドの学術的思惟は、国家と法という二項式によって特徴づけられるのに対し、ローマーノの学術的思惟は、制度体と法という二項式によって特徴づけられる。しかし、他方において、2人の法学者の精神において、恐らく、国家以外の如何なる制度体も、国家以上に技術的に完成された制度体の事例を提供しえないであろうが、オルランドの制度体概念とローマーノのそれとの間には、構造上の相違ではなく、単に外観上の相違のみが認められるということ、及び、後者に対する不確定性の疑義には信憑性が付与されないということは、発生的契機並びに歴史的発展過程においてではなく、技術的に完成された社会的実体として、オルランドの制度体概念が考察対象とされることによって更なる正当化を獲得する。

オルランドは、法は人間の特定の組織化に関わる律法であると主張し、この主張に基づき、制度体としての国家について次のような理解を示す。即ち、「このもう1つの命題も、即ち、『国家は人間の組織体のうちの1つである』という命題も同様に明白なものである。確かに、国家は、法の観

点からすれば、(少なくとも今のところは)最も重要且つ最も特徴的な組織体ではあるが、『唯一の組織体ではない』。この2つの命題を対比すれば、この帰結が明白に現れる。即ち、法は『類概念』としての、そして国家は種概念としての外観を吾人に対して呈するということである⁽⁶⁵⁾。と。彼は、彼にとっての現代国家の特質について検討していたとき、まさしくこういった確言から出発することによって、国家内部の存在体に対する国家の寛容を示唆していた。ローマノ的な制度体主義の彼の国家理論へのかかる浸透は、物理的強制力の法的独占権、及び物理的強制力の行使は国家のみに帰属すると主張されることによって緩和されるのではあるが、「国家の中で存在している組織体は、固有の力を以ってその内部における固有の律法の遵守を確保する、しかも、物理的強制力を排除することなくそうするという、(ある意味においてそれらの組織体に本来的に備わった)自己の始源的な適性をやはり『貯蔵』している。この適性は、国家の独占権の完全な実現に対抗しようと努めるものである。現代諸国の最大の矛盾の根源的な原因を内包するものである。」⁽⁶⁶⁾という事実も、オランダによって直ちに確認されている。

オランダは、国家と国家内部の存在体との関係をこのような様式において説明することによって、国家の別の機能、即ち「法を統一体に還元する」⁽⁶⁷⁾機能をも間接的に指示していた。換言すれば、彼にとって、いくつかの法現象は、「もはや閉ざされた周期のように、完成されたものと見なされうる構造段階を以って現れるのに対し(…)、他の現象は、大部分の国内公法のように、その形成において更なる苦心を以って逐次的な諸段階を辿る。そして、最後には、国際法のように、必然的に生のままの、未完成の、そして原初的な形態を帯びることによって、今や辛うじて無政府状態の混沌から脱するのである。」⁽⁶⁸⁾という意味において、法は、異なる発展段階を有する現象の総体によって構成されるということが捕捉される。この点においても、オランダの思惟における法と国家との関係を巡る概念構成により、ローマノ学説における法と制度体との関係を巡る概念構成が

必然的に想起される。法は、その発展が進行した段階において考慮に入れられるとしても、それと同時に、異なる発展段階にある異なる法を、しかし、唯一の法を構成するという意味において、国家の側からすれば全てが統合された異なる法を提示するとオルランドは主張していたのであるが、ローマーノによれば、全てが異なる発達段階にある制度体と同じ数の法秩序体が存在するということに加えて、国家のみが、彼にとっての現代国家というその形態において、多様な制度体を統一体に還元し続けることができるということも同様に承認されうるという意味において、オルランドが有していたかかる理念は、ローマーノの見解に順接続しうるからである。

更に付言するなら、オルランドの制度体概念がローマーノの制度体概念に接近するという仮定は、制度体がそれ自身に付随させる諸目的のうちで最も不可欠なものは、集団の平和を追究することであるとオルランドが想定していたという事実によっても裏書きされるであろう。ローマーノにとっての法は、人間の脆さや無力さを克服する存在体の創出を目的とするということに加えて、諸個人と社会的組織体との共存という原理において具体化される限りにおいて、オルランドが提示した集団の平和という概念とローマーノが提示した法の機能とが親縁性を有すると言えるからである。⁽⁶⁹⁾

III 一般実定法としての法の概念

ローマーノが提唱した制度体理論に対する不確定性の疑義は、既に言及されたように、殆ど「機械的に」イタリアの著名な法学者達が復唱するところとなった。彼らが提起した問題点は多岐にわたる観点を内包しているが、かかる問題点を概観することは、ローマーノの制度体理論が包蔵しうる意義を照射することに資する地平をも開くであろう。

法規範並びに客観法の概念構成という、ローマーノの法理論において根幹の一部を成す項辞に対しては、それらの概念構成が依然として漠然性を留め置いているという指摘が A. ボヌッチ (Alessandro Bonucci) によって為された。ローマーノ理論に対するボヌッチによる指摘の核心は、ローマーノ

は、過度に法規範並びに客観法の観念を拡大し、それらの観念の中に異質な規範及び現実を包摂したと判断することに存する。特に、ボヌッチによれば、ローマノ学説においては、社会規範という類概念は、道徳上若しくは慣習上の諸規範と、ローマノ自身によって法規範であると見なされている制度体上の諸規範とに区分されているが、このような諸規範の分類方法により、全ての制度体上の諸規範は、それらがかかるものとして規定されうということを理由として、法規範を構成すると判断することは無益である。この点において、諸規範を規定するという問題に関するローマノの立場は、科学的な不確定性を惹起せずにはおかぬものであるとされる。ボヌッチにとっては、ローマノ学説に追随しようとするのであれば、諸規範を分類するに際して、国家的な法規範と非国家的な法規範の区別を行わなければならないであろう。しかし、ボヌッチは、そのような区別に関して、「双方の間にはその起源における〔…〕『外在的な相違』、〔…〕即ち、『対象』の中に備わっているものではなく、『対象と何か別のものとの間の』、この場合においてはその対象の原因との間の『関係』の中に備わっている相違のみが存在するように思われるであろう。ところがその一方においては、制度体上の諸規範が、他の諸規範とは異なり、法的なものと呼ばれていたとき、また、たとえ国家的なものであるがために法的なものであるとしても、国家的なものであるのみならず法的なものと呼ばれていたとき、そのような外在的な相違に加えて、ある内在的な相違を肯定することが意欲されていたのである。」⁽⁷⁰⁾という理解を示すことによって、国家法のみを法として擁護する立場を強調していたのであった。従って、ローマノに対してボヌッチが提起した批判は、制度体を概念構成する視点とは無関係にかかる立場に依拠する限りにおいてのみ成立しうる性質のものであろう。

ローマノが提示した制度体概念それ自体に対する疑義は、更に、G. ファッソ (Guido Fassò) によって——ボヌッチ的方法的立場とは全く異なる観点から——表明された。ファッソは、制度体を「あらゆる社会的存在

体若しくは社会体」としてロマーノが定義するに留まっている限りにおいては、単純且つ明確な観念を表示するものとしてその定義を承認したが、『法秩序体』において社会的存在体の極限事例に関わる問題への言及がロマーノによって為されたとき、概算的で不明瞭な制度体の概念が提示された⁽⁷²⁾とファッソは判断した。ファッソは、まさしく「あらゆる社会的存在体若しくは社会体」としての制度体の概念に立脚することによって、「国家がこの意味における法秩序体であるならば、同様に、家族、教会、政党、ギャング団、〔…〕要するに、『拡散した状態にある組織体』も含めて、また、他ならぬ群集それ自体も排除されずに、諸個人の何某かの集合体もまた法秩序体である。そして、そのことにより、〔…〕孤立した個人でさえも現実には決してかかるものではない以上は、隔絶された個人が問題となる場合において法秩序体が認められることにすら至る。〔…〕そして、現実には、一者ではなく、多岐にわたる所与の複合体として我々の精神によって思惟される全てのもの、つまり複数の諸要素間の関係は秩序体である。それらの諸要素を配置する〔…〕律法によって秩序体が支配されることを思惟することによって以外には、我々は秩序体を思惟することはできないからである。そして、この律法が〔…〕法秩序体であるがために⁽⁷³⁾である。」⁽⁷⁴⁾ということを確認するに至っていた。ファッソがこのように主張するに至ったとき、「制度体は、客観法の多かれ少なかれ完成された独立した領域たる法秩序体である。」という定義は考慮に入れられておらず、専ら「あらゆる社会的存在体若しくは社会体」としての制度体という、制度体それ自体の定義ではなく、その定義を試みる為のアプローチにすぎない局面への着目により、何某かの社会的集合体としての制度体若しくは秩序体という概念構成が導出されていると言えよう。

ロマーノ理論に対する同様の立論を媒介とした異議申し立ては、ファッソ以前に M. S. ジャッニーニ (Massimo Severo Giannini) により提起されていた。ジャッニーニによれば、ロマーノによって指示された社会的存在体若しくは社会体の概念、及びそれらの概念から導出された秩序体の概念

の不確定性に、ロマーノ理論の中に見出されうる漠然性の外觀上の原因が存し、更に、組織體概念への直觀を展開する作業がロマーノ理論においては欠如しているという事実の中に、その理論が有する漠然性の實質的な原因が求められる。ロマーノが創出した組織體の概念は、法の科学に対してその進歩を可能ならしめる手段たる地位を占めるものではあったが、ロマーノ理論そのものを以てしては、その進歩は直觀のレベルに留まるということをジャッニーニは推論していたのである。⁽⁷⁵⁾それ故、ロマーノ理論における組織體の概念が獲得しうる革新的な射程を展開・検証する必要性が生じるということになるのであろう。

ここに至って確認する必要があることは、ロマーノ理論に関する以上のような批判的考察は、概念が現實に適應しなければならず、その逆であってはならないという、ロマーノ学説の基底的原理、及びロマーノの探究対象に相應するものでない場合には、その妥当性に対して疑義を唱えられうるということである。ロマーノは、制度體が實在する場となる現實と制度體の觀念との間に調和的な關係が成立しうるような理論構築を行うことを試みたのであり、それに際して、実定法の特殊な形式においてではなく、その一般的な形式において、その実定法の諸特徴を識別する為の検討を行った。換言すれば、最小の社会的實體が有する秩序體から、最大の社会的實體が有する秩序體に至るまで、實在している、乃至は想定されうるあらゆる秩序體に適用されうる一般的な法の概念を提示することが意図されたのである。そのように一般実定法に関わる法の概念に相關する定義は、一般的な諸概念の類型に帰属するものでなければならない。法を国家法として概念構成することによって、法秩序體は国家秩序體のみを表象する概念であるとする見解、それとは逆に、かかる概念構成を否定することによって、ロマーノが創出した制度體概念を何らかの社会的集合體にまで拡大する見解が提示されるに至ったことは、ロマーノ学説に関するこのような確認が顧慮されなかったことに起因している。

更に言えば、ロマーノの制度體理論に対しては、拡大的な法概念を基点

とした批判と、限定的な法概念を基点とした批判の双方が見受けられるのであるが、限定的な法概念の主張者が、非国家法をも法と見なしているということを理由に、拡大的な法概念の主張者をその不確定性について批判する場合には、理論間の衝突が問題となっているが故に、その限定的な法概念の主張者は直ちに誤っているとは評価されない。それに対して、限定的な法概念の主張者は、拡大的な法概念に立脚することによって、拡大的な法概念に依拠した理論をその不確定性故に批判する場合には、当然のことながら誤謬に陥っているということになるであろう。ある理論若しくはある概念の不確定性は、何某かの現実を規定する作業にとって必要な全ての要素を考慮に入れることなく、その現実の観念を提示することが企てられる場合においてのみ存続しうるものである。概念を以って表象することが意欲される現実と合致しない概念をロマーノ理論が内包しているという批判を試みる際には、ロマーノが概念構成した制度体において認められる諸概念が法を定義する為には不十分であるということを確認するに留まってはならず、法概念を拡大的に規定する為には、如何なる諸概念を以ってその制度体概念を補完しなければならないのかということを明確化しなければならない。暗黙裡に拡大的な法概念から限定的な法概念に移行する過程において、法概念の規定に関する不確定性の疑義を提起する手法は、ロマーノの制度体理論に対する批判としては有効性を持ちえないものである。

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

ロマーノの制度体理論が現代的意義を以って有しうる射程を測定する為には、ロマーノが如何なる方法論に基づき自己の制度体理論を構築したのかということを、特に社会学主義的方法との関連において確認する必要がある。実際、彼の制度体理論において不確定性を見出す批判的見解の中には、ロマーノ学説は社会学主義を浸透させた理論であるという判断におい

てその根拠を具体化するものがある。即ち、ローマーノ学説は、社会的事実の社会学的考察の中に自己の基盤を有しているがために、不確定的な諸概念を提示しているとする見解が問題となる。

ローマーノは、組織体並びに制度体の概念を明らかにすることによって、法秩序体概念と制度体概念との間に同一性の関係を設定したであろうという G. デル・ヴェッキオ (Giorgio Del Vecchio) による指摘⁽⁷⁶⁾は、ローマーノの法理論と社会学主義との関連を検討する際の重要な素材を提供する見解を含んでいる。デル・ヴェッキオによれば、ローマーノの制度体理論は、「法的・社会学的経験主義の今ではもう廃れている定言に従って」、法の概念に関する自己の探究を実定法の領域に限定し、「何某かの『制度体』という単なる事実の中に、あるいは、やはり彼が自ら表明しているように、何某かの社会の『地位』の中に法を直ちに起因せしめ」たという点において、「ありきたりの実証主義、若しくは偽りの哲学的社会学主義」の理論と基本的には変わるところがないとされる。実証主義及び偽りの哲学的社会学主義にとっては、法は社会の産物、即ち社会現象として捕捉されるであろうが、デル・ヴェッキオのかかる指摘においては、ローマーノの法理論は、そこにおいて前提とされている法の概念が社会の概念の中に暗黙裡に存在することを承認しているという事実のみによって特徴づけられるものとされるであろう。ローマーノ学説をこのような態様において概念構成する見解は、デル・ヴェッキオが《*ubi societas ibi ius.*》という原理を過度に重視したことに起因するものである。

また、デル・ヴェッキオは、法の真理は実在的若しくは経験的なものではなく、更に、法対象性を特徴づける局面は実効性ではないと主張することによって、ローマーノの立場を批判していた。デル・ヴェッキオにとっては、「『制度体』の法対象性は、(ローマーノにとってはそう思われるように) その制度体の『実在』という単なる事実から派生するものではない。それどころか、かかる実在が、まさしく法であるところの内部準則によって既に⁽⁷⁸⁾支配されたものとして想定されているということから派生するのである」。

彼によれば、正確な法の観念に到達する為には、組織化された社会と社会を組織化する原理という——実定法学上ではなく——法哲学上の区別を行わなければならない。この後者の契機にこそ、「法の真の存在」が存する⁽⁷⁹⁾というのである。

以上において概観されたデル・ヴェッキオによるローマノ理論に対する批判は、デル・ヴェッキオ自身による法の観念に関する間接的な説明に立脚している。彼によって、法は、『形式 (forma)』と、即ち、まさしく多様な諸個人間に調和的な関係が確立されることから発生する、新たな種類の観念的実体を生成し確定する原理と」見なされ、「要するに、法は、行動上の相互的な可能性及び必要性を規定することによって、複数の提携した存在間の関係を統御し形成する生命付与的な精神なのである。法は、社会的存在体に対して間主観的な配列の形式を与える限りにおいて、その社会的存在体を創出するが、社会的存在体を構成する諸要素を創出する⁽⁸⁰⁾のもなければ、物質的にそれらの諸要素と同一視される⁽⁸⁰⁾のでもない。」と捉えられるのであるが、彼は、哲学的な意味において理解される、また、実定法が存在する為には、社会生活を規制する適性を備えた規範体系を自己の存在を以て義務づけることのできる、個人を超越した意志の確立が必要であるという意味において、実定法が存在する為の前提条件と見なされる形式概念を援用した法律学説を構想したのである。更に言えば、その個人を超越した意志というのは、経験的自我の意識の中に自己の起源を有してはいるものの、個人の意欲＝主観を超越した秩序体として想定される⁽⁸¹⁾ものである。

しかしながら、デル・ヴェッキオによるそのような批判にも関わらず、ローマノ学説においては、哲学的な意味における形式概念、即ち、「可変的な内容及び外観と対照される真の実体⁽⁸²⁾ (sostanza)」としての形式概念が承認されているわけではない。「法の多様な局面若しくは契機⁽⁸³⁾の間の内奥の連関を正確に識別する」可能性を与える法の概念構成を獲得することが可能となるのは、形式概念を援用することによって確認される法の諸特

徴を法の本質的な特徴であるとする、デル・ヴェッキオの立場を採用することによってのみである。それ故、ロマーノの制度体理論に対するデル・ヴェッキオによる批判は、法の概念の定義を探究するに際して、ロマーノ理論が誤った発想に陥っているということの論証を目論む、哲学レベルに留まる批判ではあっても、ロマーノ理論が展開される領野となる法の一般理論のレベルにおいて為されたものではないということが指摘されうる。更に、これまでも強調されたように、ロマーノは、社会的事実を哲学的若しくは社会学的な意味において指示することによって、その社会的事実を自己の理論の基礎に置いたのではなく、社会的事実を厳密に法的な意味において指示することによってそうしたものであるということが想起されるとき、ロマーノ理論が経験主義及び社会学主義に陥っているとする、デル・ヴェッキオによる異論は受容されえないものとなる。ロマーノは、制度体において認められる因果関係や行動様式を考慮に入れることによって制度体の概念を検討したのでもなければ、制度体の観念的な形式を考察したのでもなく、集団の要求を現実化する為に、社会的意識によって持続的な様式において組織化された実在的な実体としての制度体概念について省察したのである。⁽⁸⁴⁾

ロマーノ理論に対するデル・ヴェッキオによる批判的解釈において確認されたように、ロマーノ理論の中に社会学主義的方法を見出し、以ってその理論に疑義を提起する見解は、ロマーノの制度体理論の基礎には《*ubi societas ibi ius.*》という原理が留め置かれているという認識に立脚するものであると言えよう。そのような認識は、純粋な法理論としてのロマーノ理論については語りえず、社会学的法理論としてのロマーノ理論についてのみ語りうるという立論を惹起する。G. キアレッリ (Giuseppe Chiarelli) によるロマーノ学説の解釈も、この文脈の中に位置づけられる。キアレッリにとって、制度体の概念構成は、その前提条件として《*ubi societas ibi ius.*》ではなく、法の普遍的な観念を受容する場合にのみ、法的な概念構成たる資格を付与されるが、それにも関わらず、ロマーノ学説において

は、制度体概念は、社会と法との一体化を推論する為の概念としての様相を呈し、その際、「社会は、それが現実化される場となるあらゆる組織化された実体において考慮に入れられるならば、法秩序体である。」という帰結を付随させている。⁽⁸⁵⁾ 詰まるところ、ロマーノ学説に対するキアレッリによる異論は、ロマーノによって導出された社会的組織化と法との同一視において、また、「この同一視においては、制度体主義による法の概念構成は、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る至上命令として理解される、法の自律的且つ普遍的な概念と制度体の概念とを結びつけていないという点において、〔…〕社会学的な概念構成となる。〔…〕それ故、社会的存在体若しくは社会体として考慮に入れられる制度体の諸特徴を同定することは、単なる社会学である。」という分析において個体化され、そして、ロマーノは制度体が有しうる諸特徴の探究に向かったが、「如何なる諸特徴のために、制度体は法に合致するのであろうか。」という問題を追究しなかったという事実において、自己の正当化を見出すであろう。⁽⁸⁶⁾

ロマーノは、自己の法理論を構築する過程において、社会学主義的方法を混在させたということの指摘に留まらず、更に、ロマーノの法理論は、社会学的な局面において不完全性を免れないとする批判的解釈も、ロマーノ学説に対しては提起されてきた。制度体理論は法理論としてのみならず、社会学的理論としても提示されているという分析は既にジャッニーニ⁽⁸⁷⁾によって為されていたが、E. アッロリーオ (Enrico Allorio) によれば、かかる分析が正当な指摘として存立するのであれば、「何故法秩序体の中に制度体と諸規範とが同席しているのか」という疑問に対して、ロマーノ⁽⁸⁸⁾はまさしく社会学のレヴェルにおいて回答を与えなければならない。換言すれば、一方において、法秩序体の概念は典型的には社会学的な概念としての価値を有するために、他方においては、社会体若しくは社会的存在体という法的概念は存在しないために、社会的存在体としての法の研究を推進することによって法的なレヴェルから社会学的なレヴェルに移行し、以

って後者を前者として規定することを要求する必然性が論証されなければならないのである。そして、このような分析に従えば、社会的存在体若しくは社会体の概念に依拠することは、規範の観念、及び秩序体と規範との関係についての観念を軽視することを意味するであろう。⁽⁸⁹⁾但し、ローマーノは、アッロリーオによる確言とは対照的に、秩序体、規範、そしてそれら2つの概念の相関関係に言及していたということが想起されるべきである。ローマーノが提示するに至った法は、秩序体と諸規範との複合概念としての局面をも有するのであり、ローマーノによって一度ならず確認されていたことは、法を諸規範に還元することの不可能性、その一方において、制度体概念と等値される秩序体概念の法現象における必然性なのである。⁽⁹⁰⁾

《ubi societas ibi ius.》という原理を理論的基盤とすることを以って、厳密に社会学的な支柱を自己の理論に付与したという、ローマーノ学説に対する疑義に関しては、以下のことが明確にされなければならない。ローマーノは、社会的事実並びに社会的諸力という概念を媒介として自己の法理論の個体化を試みた。社会的要求の表出として理解される緊要性が第一次的法源として指示されることによって、社会的意識がローマーノ理論における法の核心を構成するに至ったということをそのことは意味する。ローマーノは、哲学的若しくは社会学的な観点からではなく、厳密に法的な観点から組織化される社会的事実の探究を目的として有する研究、換言すれば、歴史的に現実化されるものとしての法に関する研究を遂行したのである。このような研究方法により、ローマーノは、法現象を捕捉する領域の限界を追究するという文脈において、一般的には前法的なものと考えられていた概念が有する諸局面を法現象の中に包摂するよう導かれ、その結果、拡張的な法の観念を提示することによって、「非法的な諸要素若しくは諸概念に訴える」⁽⁹¹⁾方法を排斥することを、法学者に対して可能ならしめたのであろう。「かかる存在体を生成し支配する物質的な諸力という観点からではなく、その存在体が他の存在体と相互依存的な現象として発展し存続する場となる環境との関連においてではなく、その存在体に接続する因果関係

を考慮してではなく、従って社会学的にではなく⁽⁹²⁾」制度体という実在的な存在体を考察する態度を表明した言表において確認されうるように、ロマーノは、客観法の体系としての、法秩序体としての、自己が内包する個別的な諸要素を越えて組織化され実在する社会的存在体としての、生命及び生命力を有する組織化された社会的実体としての制度体に関する自己充足的な省察を行ったのである。このことが前提とされるならば、社会学的方法とは無縁の理論としてロマーノ学説を捕捉することが可能となるであろう。

- (1) Santi Romano, Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza. A proposito della società di patronato pei liberati dal carcere, in *Scritti minori*, vol. II : Diritto amministrativo, a cura di Guido Zanobini, Ristampa dell'edizione del 1950, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 1-6.
- (2) Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico, in *Scritti minori*, vol. I : Diritto costituzionale, a cura di G. Zanobini, Ristampa dell'edizione del 1950, Giuffrè, 1990, p. IX.
- (3) S. Romano, Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza, op. cit., p. 2.
- (4) Ved. p. es. Id., *L'ordinamento giuridico*, Ristampa della II Edizione, Firenze, Sansoni, 1951, p. 53. なお、「ある制度体の本性は、資格 (titolo) からではなく、その組織体、その規約から導出されるということは確実である。さもなければ、その制度体の概念を歪曲し、その制度体の重要性を変質させ、しばしばその制度体の実存を侵害する危険を冒すことになる。」(Id., Del concetto di istituzione di pubblica beneficenza, op. cit., p. 5.) と主張することによって、ロマーノは、本文において言及された原理を擁護する必要性を説明づけることにも一定の配慮を示していた。
- (5) V. E. Orlando, Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico, op. cit., p. VI.
- (6) Ibid., p. VII.
- (7) オルランドは、「異なる人格の理念の間にあるこのような親縁性の基準から、同一の人格の精神的な自己適合性の基準に移行すれば、私の最も初期の著作のうちの1つにおいて、即ち『憲法原理』(1888年)において、私は、無条件に歴史学派に与することを表明していた(第2章第34節)ということ想起することが私にとって正当である。そのような信じて疑わない決然とした態度は、明らかに青年期の幸福な無思慮と結びついていた。しかし、それでもやはり、かかる態度は、かなり

- の時が流れてもなお、そして、斯くの如く変化した研究条件及び環境条件の中にあってもなお、私の学術的精神の一般的方向性が如何に揺るぎないままできたのかということを明らかにするのに有効である。」(Id., *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. 307, n. 16) と述べることによって、歴史主義への同調を再確認していた。
- (8) オランダは、歴史学派によるとりわけ帰納法に立脚した方法的基準を自己の国家論に適用することを宣明していた。Ved. Id., *Principii di diritto costituzionale*, Terza edizione, Firenze, G. Barbèra, 1894, p. 23.
- (9) Id., *Studi giuridici sul governo parlamentare*, Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, 1940, pp. 354-355 e pp. 375-379.
- (10) Fulvio Tessoro, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Terza edizione, Giuffrè, 1988, p. 172, n. 171. Vgl. Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Band 1, Darmstadt, Aalen, 1981, S. 30. サヴィニー (小橋一郎訳)『現代ローマ法体系 第一巻』(成文堂、1993年) 53 頁参照。
- (11) F. Tessoro, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, op. cit., p. 172, n. 171. Vgl. F. K. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Neudruck nach der dritten Auflage (1840), Freiburg i. B., J. C. B. Mohr, 1892, S. 18. サヴィニー (大串兎代夫訳)『法典論争』(世界文学社、1949年) 45頁参照。
- (12) V. E. Orlando, I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico, in Id., *Diritto pubblico generale*, op. cit., p. 20.
- (13) Ibid., p. 21.
- (14) Id., Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico, op. cit., p. XVIII.
- (15) N. ボッビオ (Norberto Bobbio) は、法多元主義の歴史において、制度体的位相として規定されうる新たな位相がローマノによって提示されたということを指摘していた。ボッビオによれば、かかる位相において、「多元主義」という項辞は「ヨリ含蓄のある意義を有する。[...] 即ち、単一の普遍的法とは対照的に多くの(しかし全て同一の類型の)法秩序体が存在するということのみならず、多くの様々な類型の法秩序体が存在するということをも意味するのである。吾人はかかる多元主義を『制度体的多元主義』と呼ぶ。その多元主義の主たる定言は、制度体、即ち組織化された社会集団が存在する至る所に法秩序体が存在するというものであるからである。」(Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, p. 188.) とされる。
- (16) Cfr. Vittorio Frosini, Istituzione, voce in Antonio Azara e Ernesto Eula (diretto da), *Novissimo Digesto italiano*, vol. IX, Torino, 1963, p. 266, e V.

- Frosini, *La struttura del diritto*, Giuffrè, 1962, pp. 72-73.
- (17) Cfr. V. Frosini, Il dualismo tra diritto e società nell'Italia contemporanea, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1975, specialmente, pp. 90-91.
- (18) Ved. p. es. S. Romano, L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, in *Archivio giuridico*, vol. 68, 1902, pp. 58-60.
- (19) Cfr. Id., *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 43-45.
- (20) Id., Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano, in *Scritti minori*, vol. I, op. cit., p. 236.
- (21) Id., *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 96-97, e Id., L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, op. cit., pp. 20-24.
- (22) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 17 e pp. 44-46.
- (23) *Ibid.*, p. 27.
- (24) *Ibid.*, p. 46.
- (25) *Ibid.*, pp. 48-49.
- (26) *Ibid.*, p. 51.
- (27) *Ibid.*, p. 52.
- (28) *Ibid.*, pp. 54-55.
- (29) *Ibid.*, p. 56.
- (30) Id., L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, op. cit., pp. 36-37.
- (31) Id., *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 26.
- (32) Id., Diritto (Funzione del), voce in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Giuffrè, 1953, p. 77.
- (33) *Ibid.*, pp. 79-80. Ved. anche Id., Diritto e morale, voce in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, op. cit., pp. 64-75.
- (34) Id., Diritto (Funzione del), op. cit., p. 80.
- (35) *Ibid.*, p. 82. ロマーノは、何某かの範疇に属する規範は、それが如何なる性質を有するものであっても、固有の機能性を内包しているとする立場に立つので、道徳的・経済的あるいはその他の観点から法を規定する一切の試みを拒絶する。その意味において、法的活動を経済的・道徳的原理に従う実践的活動に還元する B. クローチェ (Benedetto Croce) の見解 (Benedetto Croce, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, Settima edizione, Bari, Laterza & Figli, 1957, pp. 363-364. クローチェ (阿閉吉男訳)『実践の哲学』(三笠書房、1940年) 206頁) に対して、彼は法の科学にとってのその有用性を全面的に否定する。Ved. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 18-19, n. 14.
- (36) Id., Diritto (Funzione del), op. cit., pp. 82-83.
- (37) *Ibid.*, p. 86.

- (38) Id., *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 40-43.
- (39) *Ibid.*, pp. 41-42.
- (40) Ved. p. es. *Ibid.*, p. 96.
- (41) Cfr. Antonio Tarantino, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico*, seconda edizione, Giuffrè, 1980, p. 105.
- (42) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 40.
- (43) *Ibid.*, pp. 96-97.
- (44) Id., L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, op. cit., p. 59.
- (45) Id., *L'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 43.
- (46) *Ibid.*, p. 47, n. 33 bis.
- (47) *Ibid.*, pp. 136-137.
- (48) Cfr. Id., Realtà giuridica, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, op. cit., p. 205.
- (49) ロマーノは、国家という概念が有しうる徴表に関して、「国家は、『存在体』若しくは『社会体』という意味における『制度体』と見なされるべきである。国家は、複数の諸個人にも、諸個人の間に介在する関係若しくは一連の関係にも解消されないということをそのことは含意する。国家は、永続的な不動の統一体である。即ち、国家は、客観的且つ具体的な、外面的且つ可視的な独立した存在を有し、また、国家の部分を成す諸要素を吸収し、まさしくそれらの諸要素それ自身及びそれらの諸要素の關係に優越し、且つそれらの諸要素及びそれらの諸要素の關係に対して予定される組織体乃至構造を有する。その結果、国家は、かかる諸要素が個別的に変動したがために、少なくとも常に且つ必然的に自己の同一性を喪失するとは限らないのである。〔…〕国家は、ただ実定法秩序体を構成するが故に、固有の実在的な存在を有する。国家は——しばしば確言されるように、抽象概念なのではなく——1つの実在なのであるが、法的実在とは異質の事実上の実在なのではないのである。」(Id., *Corso di diritto costituzionale*, Ottava edizione Aggiornata, Padova, CEDAM, 1943, pp. 48-49.) と述べる。
- (50) Id., L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, op. cit., pp. 53-54 e p. 64.
- (51) Ved. Id., *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 38-39.
- (52) Id., Lo Stato moderno e la sua crisi, in *Scritti minori*, vol. I, op. cit., p. 387.
- (53) *Ibid.*, pp. 393-394.
- (54) Id., *Principii di diritto costituzionale generale*, Ristampa seconda edizione riveduta, Giuffrè, 1947, p. 73.
- (55) V. E. Orlando, Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato, op. cit., p. 291.
- (56) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, op. cit., pp. 39-40, n. 30 bis.

- (57) V. E. Orlando, Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato, op. cit., p. 291.
- (58) Id., Intorno alla crisi mondiale del diritto, la norma e il fatto, in Id., *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Giuffrè, 1955, p. 322.
- (59) Ibid., pp. 322-323.
- (60) Ibid., p. 324.
- (61) Ibid., p. 327.
- (62) Ved. S. Romano, L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione, op. cit., pp. 58-60, e Id., *L'ordinamento giuridico, op. cit.*, p. 37.
- (63) V. E. Orlando, Giorgio Jellinek e la storia del diritto pubblico generale, in Id., *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, op. cit., p. 130.
- (64) Id., Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato, op. cit., p. 290.
- (65) Ibid., p. 275.
- (66) Ibid., p. 282.
- (67) Ibid.
- (68) Ibid., p. 286.
- (69) Ved. S. Romano, *L'ordinamento giuridico, op. cit.*, pp. 41-43, e V. E. Orlando, Intorno alla crisi mondiale del diritto, la norma e il fatto, op. cit., pp. 327 e segg.
- (70) Alessandro Bonucci, Ordinamento giuridico e Stato. Contributo alla teoria della definizione, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1920, p. 110.
- (71) Ibid., p. 102.
- (72) Guido Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Giuffrè, 1953, pp. 27-28. 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, pp. 244-245.
- (73) Id., *La storia come esperienza giuridica, op. cit.*, pp. 82-83. Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico, op. cit.*, pp. 35-36, n. 29 ter.
- (74) Ibid., pp. 41-42.
- (75) Massimo Severo Giannini, Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici, in *Atti del XIV Congresso Internazionale di Sociologia*, vol. IV, 1950, pp. 458-459 e pp. 467-468.
- (76) Giorgio Del Vecchio, Moderne concezioni del diritto, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1921, pp. 192 e segg.
- (77) Ibid., p. 198.
- (78) Ibid., p. 201.

- (79) Ibid., pp. 195-196.
- (80) Ibid., p. 196.
- (81) Cfr. Ibid., pp. 197-198. この文脈において、デル・ヴェッキオは、「法の妥当性は、あらゆる経験上の現実を、従って、まさしく社会の实在それ自体をも論理的に凌駕するものである。」(Ibid., p. 198.) と主張する。
- (82) Ibid., p. 196.
- (83) Ibid., p. 197.
- (84) デル・ヴェッキオは、方法的純粋性という観点から、社会学主義的方法を導入するものとしてローマーノ理論を批判したが、それに対して、S. パヌンツィオ (Sergio Panunzio) によれば、ローマーノ理論は、サンディカリズムという歴史的・社会的な基盤を具象化したものにすぎず、サンディカリズムという事実上の状況と秩序体の多元性との間に直接的な関係を現出せしめるものであり、更に、ローマーノが構想した制度体主義は、社会的事実に関わる諸関係によって確定される理論であるということに加えて、それが定式化されるに至った時期にはもはや克服されていた状況の表出であるという意味において、矛盾を孕んだ理論であるがために批判の対象となる。Ved. Sergio Panunzio, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento (1904-1929)*, vol. II, Modena, Società Tipografica Modenese, 1931, p. 187, pp. 196-197, e Id., *Stato e Sindacati*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1923, pp. 1-20.
- (85) 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. 164.
- (86) Ibid., p. 165. また、F. カルネルッティ (Francesco Carnelutti) によれば、制度体は「社会学上の結合 (combinazione sociologica)」の一種である、即ち、有機体を種概念として有する生物学上の結合、機構を種概念として有する物理学上の結合と並んで、制度体を種概念として有する社会学上の結合が存在する (Francesco Carnelutti, *Metodologia del diritto*, Ristampa anastatica 1939, CEDAM, 1990, p. 65.) が、このような見解も、ローマーノ学説は、《ubi societas ibi ius.》という原理を自己の理論的支柱として採用することによって、法理論における方法的純粋性を達成することができなかったという、本文において言及された、ローマーノ理論に対する解釈と軌を一にするものであろう。
- (87) M. S. Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, op. cit., p. 456.
- (88) Enrico Allorio, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, in *Rivista di diritto civile*, 1955, p. 250, n. 6.
- (89) Ibid., p. 250.

230 早法 76 卷 2 号 (2000)

(90) S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 5.

(91) *Ibid.*, p. 41, n. 30 ter.

(92) *Ibid.*, p. 96.

(未完)

付記 本稿は、2000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。