

翻訳

サンティ・ロマーノ 『法秩序』（1）

井口文男

はしがき

- 1 Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, 1946の翻訳を行う。初版は1918年、第2版は1946年に刊行された。ここでは1951年の第2版増刷を使用した。
- 2 サンティ・ロマーノ（パレルモ, 1875. 1. 31—ローマ, 1947. 11. 3）の経歴, 主要な業績, 『法秩序』の概要, 日本における研究状況については, 井口文男「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115頁（2000年）を参照されたい。これ以降の研究として, 以下のものがある。
石川健治『自由と特権の距離（増補版）』（日本評論社, 2007年）
仲野武志『公権力の行使概念の研究』（有斐閣, 2007年）
梶山伸久「サンティ・ロマーノの法秩序論—法と国家の制度論的仮説—」法学政治学論究47号（2000年）
同 「秩序の「動的」理論—サンティ・ロマーノの法思想—」同49号（2001年）
江原勝行「憲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—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—(I)—(IV)」早稲田法学76巻1号, 2号, 4号, 77巻1号（2000年, 2001年）
- 3 同僚の田近肇教授のご好意により, 独訳 (Roman Schnur, *Die Rechtsordnung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975), 仏訳 (Lucien François et Pierre Gothot, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975) を参照することができた。記して謝意を表したい。
- 4 訳注は付さないことにした。煩にたえないし, 思考が中断されるからである。ただ1点だけここで指摘しておこう。§ 2の注3に登場するカントの言辭は, 『純粹理性批判』からの引用であり, レクラム版では748頁, 岩波文庫版の篠田英雄訳では(下)の32頁を参照されたい。
- 5 翻訳すること (tradurre) は裏切ること (tradire) でもあるという。識者の叱正を乞いたい。

序

本書は、当初は論文としてトスカーナ大学紀要の1917年版と1918年版に掲載され、同じく1918年にピサにおいて単行本として出版されたものである。私は、本書に続いて法の一般理論の研究を別途行うことを意図していたのであるが、本書自体で完結したものとなっている。

初版が絶版となってからかなりたった後に登場する第2版においては、本文自体は何らの修正なしに刊行されるのが適切であると確信していた。脚注における追加（角括弧で囲われている）、そして新たな脚注（これも他の注と区別するために角括弧で囲われている）において、本書で取り扱われた多様な論題につき刊行後に表れた文献、そして私に対するもっとも重要な批判に言及することにした。それもかなり控えめに行っている。これに対し、学問上の誠実性が明らかに欠如しており、法の一般理論の根本問題をまったく理解していないと思われる類の文献や批判には触れていない。

今や本書へのアクセスは容易なものになったので、本書に書かれていることを直接に知ることなく、したがって著しい誤解に陥って本書につき語る者一かかるとにかくことはないのであるが一がもはや登場することがないように祈念している。

1945年11月、ローマにて

I 法秩序の概念

§ 1. 規範として通常捉えられている法。かかる概念の不十分さ。

法に与えられる定義には、何らの例外なく、共通の要素がある。そして、それは法の概念がそこに還元されるどころの類（genus proximum）をなしている。すなわち、その定義は、一致して、法とは行為の規則であると主張している⁽¹⁾。とはいえ、法規範⁽²⁾を他の規範から区別する種差（differentia specifica）を特定する際には多少とも意見が分岐する。

本書の第1の重要な目的は、このような法の定義は、少なくともある意味では、そしてある目的のためには不正確とはいえないが、それ自体として考察したならば、不適切かつ不十分であり、したがって通常は考慮に入れられていないがより本質的で特有のものと思われる他の要素により、この定義を補完する必要があることを論証することである。法が

(1) 近時、かかる視点は、いろんな意味で、また多くの者により、いわば極端なところまで行き着くことになっている。法現象の他のすべての契機を「法規」という契機に解消する、あるいはとけ込ませる Duguit の独特の業績（L'État, le droit objectif et la loi positive, Paris 1901, p. 10 segg., さらにその後の著作を見られたい）の他に、たとえば、Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssätze, Tübingen 1911 を参照されたい。この著書の意図はタイトル自体から明らかになっている。[だが、後に引用する最近の文献においては、かかる概念に、多くの者から、そしていろんな意味で、反論がなされている]。

規範としても現れること、法をこの側面の下でも評価する必要があること、それどころかこのような視点は、多くの場合そしてとりわけより一般的な実務上の目的のためにも、必要であるとともに十分であること、これらの理由が他の理由と一緒にあって、法の抽象的定義が規範の範疇を超えることのなかった理由である。しかし当然のことであるが、このことはこの定義が克服しえないもの、そして克服すべきではないことを意味するのではないし、法の概念の論理的要請においても、法が現出する現実の正確な評価のためにも、それに先行するより根源的な法の他の側面を明らかにすることを排除するものではない。

§ 2. かかる不十分さの若干の一般の指標、とりわけ通説的な法の定義に由来すると思われるもの。

かかる主張の最良かつ説得力のある論証は、もちろん、本書全体によってなされるであろう。そのためには、現在まで極めて不明瞭で未解決のままとなっている法の各分野に関わる一連の問題を明確にし、解決することに成功しなければならない。ともあれ、通説的な定義の不十分さにつき若干の証明を行い、その間接的な徴表を提示することは無益なことではなかろう。

間接的徴表については次の点を列挙することができよう。

第1に、法の概念は未だ完全なものではないということを誰もが感じ、告白しているという事実がある⁽³⁾。学説は、法を規範の範疇に還元するという考え方では完全に一致しながらも⁽⁴⁾、次いで法規範を他の規範から区別している。その際、多様な言辞を弄している

(2) 我々は、「規範」という語と「規則」という語を区別することなく使用している。ところが、誤解を避けるために留意すべきは、ドイツの文献において、法は規範のみから構成されているのかにつき論争する際には（たとえば、Thon, Rechtsnorm u. subjektives Recht, Weimar 1878, p. 1 segg., 8; Bierling, Juristische Prinzipienlehre, I, Leipzig 1894, p. 30 segg.; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, § 27; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen rechts⁶, Marburg 1911, I, p. 27 [=nella 13^a edizione, 1931; ecc.] を見られたい）、「規範」という語には、我々が使用するように「規則」の意味はなく、「命令」又は「禁止」、あるいは「命法」という意味があるということである。したがって、法のいわゆる命法的性格が問題になっているが、我々はこうしたことを問題としていない。イタリアにおけるこの用語の問題については、Brunetti, Norme e regole finali del diritto, Torino 1913, § 5 segg. が取り扱っている。これに対し、規則としての法について、Jellinek, Allgemeine Staatslehre³, Berlin 1914, p. 332 [ここでの引用及びその他の引用においてもその後の版との違いはない。] は次のように述べている。「法が人間の行為に対する規則の総体から成っていることにつき何らの争いも存在しない」。

(3) G. Radbruch, Gundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, p. 30 は次のようにいう。「法学者は今でも法の定義を探究している」というカントの嘲笑的な言辞は今日においても妥当する。[Rechtsphilosophie と題する1932年の第3版には登場しない。]

(4) 「法の本質 (quid proprium)、その特有の契機、又は哲学者一般に受け入れられる法の定義を見いだす希望」は虚しいという視点も興味深い、ここでは取り扱わない。この点では、[とりわけ]、G. Maggiore, Il diritto e il suo processo ideale, Palermo 1916, p. 59 segg. を見られたい。[この著者のこれ以降の著作については後で引用する。]

が、多くの場合その違いは外見的なものでしかない。先の感覚は一つにはこの違いによるが、これは重大なものでもなく、数も多くない。むしろ、すべての問題は適切に設定されていないのではないかと、そして満足のいく解決は問題設定そのものを変更しなければ得られないのではないかという、漠然としたとりとめのない直感によるもののように思われる。

第2に、法の正しい定義は、法哲学とか法の一般理論とかの抽象的な科目のためだけでなく、個別の法律科目のためにも必要とみなされながらも、通説的な定義は後者にとってほとんど役に立っていないという顕著な徴候がある。

実際、公法においても私法においても、とりわけ前者においては、その諸原理を確定するにあたり、それらは直接かつ間接に法の一般的概念に由来し、この概念が変化すれば、少なくとも諸原理の位置と発展方向も変化するという程度にまでその相互関係に影響を及ぼすようになっていく。この諸原理の確定における根本的な違いは、参照すべき中心的かつ根本的な点は何であるかを明確な形で示している。たとえば、国際法、憲法さらには宗教法における最大の諸問題を認識している者は、この問題の解決に異なるアプローチをとる者の間での論争に着手すべき立脚点が欠如しているために、多くの場合、論争そのものが無益、いや不可能となっていることを熟知している。そしてこの立脚点こそが、疑いもなく、法の定義そのものであり、このことはまったく看過されていたわけではない⁽⁵⁾。黙示的あるいは明示的に、そこから出発する定義は異論の余地のないものであろうが、未分化で無差別な要素しか含んでいないので、当面の目的のためには役に立たない。

さらに、法の通有の定義の起源であると少なくとも想定されるものを浮き彫りにすることも意義がないわけではなかろう。それは私法学によって錬成されたもので、次いで他の法分野にもちこまれた。あるいは私法学固有の定義を克服しえなかった視点により錬成されたものであった。実際、この定義は私法学にとって、他の法分野では見られないほど満足すべきもののように思われる。後に検討するごとく、私法学においても、若干の問題は、より完全な法の問題から出発することによってめざましく処理しうるのであろうが、私法の原理と問題の大部分にとっては、法を規範以外のものと想定する必要は感じられないということも否定することはできない。これに対し、公法の若干の分野においてはこうはならない。このことは、周知のごとく、公法にも私法にも共通の多くの一般的概念が私法学によって片面的に考案されたという事実から生じた不利な帰結の唯一の例であるというわけではない。そもそも公法学は存在していなかった、あるいは遅れた発展段階にあったのである。公法学の一般的概念は、一連の新しい要素を考慮に入れて、再考され、訂正され、完成されなければならなかったのである。かつては専ら私法学的なものであった概念を補完し訂正するという近代の公法学により開始された多難ではあるが極めて重要な過程を知る者は、公法と法哲学が私法から盲目的に借用した—このことは繰り返し指摘する必要が

(5) 国際法に関しては、Rivista di diritto internazionale, VII (1913), p. 567 における Anzilotti の論文を見られたい。宗教法に関しては、わけても、V. Del Giudice, Il diritto ecclesiastico in senso moderno, Roma 1915, p. segg. を見られたい。

ある一法の定義自体に類似の手続がとられる必要性を容易に洞察するであろう。

それどころか、かかる定義のためには、法の頂点にあるものは、そして法のより本質的といってもよいものは、主要には公法であるという旧くからの確証は近年においても行われているが、これはかなりの程度真理であることに留意しなければならない。この真理を誇張して、公法と私法の区別を否定する最新流行の理論⁽⁶⁾を承認すべきであるということではない。そうではなく、私法は、疑いもなく、公法を単に加工したもの、公法の形態と方向性の一つ、その分枝の一つであるということである。私法は、その根であり幹である公法に依存し、私法の保護には公法が必要であるのみではなく、公法によって継続的に支配されている一黙示の場合もあるが一のである⁽⁷⁾。このことが正しいとしたら、法の概念の諸要素は、概して、私法ではなく公法から導き出さなければならないという帰結がそこから引き出され得る。このことは、これまで優位にあったものとは逆の手続を採用しなければならないことを意味している。もっとも、専ら公法を考慮して作られた法の定義が私法には何ら役に立たず、ここで嘆いた不便の逆を繰り返すことのないようにしなければならない。換言すれば、法というものが、その表示形態において単一のものではないとしても、統一的な概念に還元しうることが真であるならば、法一般の真にして完全な定義は、これまであまり評価されることのなかった要素を考慮に入れる必要があり、法のあらゆる分野に理論的ばかりでなく実務的にも役立つ目標を提示しなければならない。

以上考察したことを確認し完成させるために次のことを付言することにしよう。通常、法学者は、裁判所で適用されるか考慮される法の範囲内で法の観念を形成しているということである⁽⁸⁾。ところで、裁判官の視点からは、法は規範以外の何ものでもなく、まさし

(6) とりわけ, Weyr, Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystem, in Archiv f. öff. R., XXIII (1908), p. 529 segg.; Kelsen, Die Hauptprobleme cit., pp. X, 268 segg.; Weyr, Ueber zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre, in Zeitschrift f. das priv. u. öff. R., XL (1913), p. 183 segg.; Laun, Eine Theorie vom natürlichen Recht, in Archiv f. öff. R., XXX (1913), p. 397 segg.; Kelsen, Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, ivi, XXXI (1913), p. 55 segg.; Weyr, Zum Unterschiede zwischen öffentlichem u. privatem Recht, in Oesterr. Zeitschrift f. öff. R., I (1914), p. 439 segg. を見られたい。

(7) Petrone, Il diritto nel mondo dello spirito, Milano 1910, p. 134 segg. の考察を参照されたい。もっとも、この著者は法の厳密な国家性の概念に依拠しているので、これに賛同することはできない。類似のものとしては、N. Coviello, Manuale di diritto civile italiano², I, Milano 1915, § 6 [=4^a edizione, 1929] を見られたい。過去の学説においても、同じ視点から出発する主張もないわけではない。たとえば、P. Rossi は、民法は、憲法を根元とする一つの分節であると述べていた。これと全く正反対の見解 (かなり多くの学者により示唆され、特定の論証のためにも採用されているが、とりわけ Rava, Il diritto come norma tecnica, Cagliari, 1911, p. 102 において定式化されている)、すなわち真の法は私法のみであり、公法関係は本来法関係ではないという見解は、本文で述べたことを念頭に置かなければ説明することができない。つまり、その出発点になる法の共通の定義は、本質的に私法に関して定式化されたものであり、したがって、ある意味で、その概念の範囲から公法を排除する。ゆえに公法的視点からかかる定義を再検討する必要を確認せしめる見解といえる。

く裁判規範であることは自然なことである。そして、当初は専ら私法のものであった裁判上の保護は、公法の大部分—それはまた公法の基本的なものでもありうる—にとっては、今日においても、問題にならないので、法というものは、私法上の紛争を解決する規範であることを念頭に置いて主要には形成されてきたことが説明されるのである。

§ 3. 個々の法規範と統一的に捉えられた法秩序を区別する必要性。法秩序を規範の総体と定義することの論理的不可能性。

次に、法の概念の修正を必要とせしめる直接的かつ実質的な論拠がある。

極めて抽象的な理念の定義における不正確さは、それに対応する言葉の不確定性、他の類似のものと区別されるべき独自の語を有しない言語の貧困により惹き起され永続的なものとなることがしばしばみられる。おそらくこのような理由もあって、法が行為規範であると主張されるときには、「法」という言葉は実際には多様な意味において使用されていることが自覚されていない。この多様な意味の違いを明瞭にする必要があるのに、何らこのことに気づいていない。

第1の意味においては、法は単一または複数の規範—法律、慣習、法典等—とされる。その際、その共通の対象またはその源泉またはそれを含む文書または多少とも外在的で個別の基準に即して、各々がそれ自体においてまたは各々を集積した上で各規範が考察されることになる。この場合には通常定義は完全に正しいものと思われる。

だが、法については、より複合的で実質的には異なるものを理解していることもある。このことは、ある実体の法秩序全体に関して生じる。たとえば、イタリア法またはフランス法そして教会の法について語られる場合には、それは各々の総体に包み込まれたものごとである。そうだとすると、一般的に採用された定義は、次のような便宜に訴えるのでなければ維持しえない。すなわち、かかる秩序の各々を規範の総体または複合体とみなすことである。しかし、これは定義の判断において重要な役割を果たす論理法則に反するようと思われるし、加えて、それ自体、現実にはほど遠いものである。

実際、法秩序全体を定義しようとするならば、その個々の部分、または部分だとされているもの、すなわち全体に含まれている規範のみに関わり、そして法秩序はかかる部分の集合であるというわけにはいかず、この総体またはこの全体の特質、性質を把握する必要があることは明白である。このためには、法秩序は各種の規範の算術的総和にすぎないと認め、同時に、法律、規則、法典は一質料的及び外在的視点からみて—相互に付加することのできる一連の条文にすぎないことを認めても、必要条件をみたしたことにはならない。これに対し、上述の意味での法秩序は、各部分—これが単なる規範であろうとなかろうと

(8) イギリスの訴訟の歴史を書くことはイギリス法の歴史を書くことと同じであるという Maitland の言葉を想起されたい。そして、Ehrlich, *Der praktische Rechtsbegriff*, in *Festschrift f. E. Zitelmann*, München u. Leipzig 1913, p. 8 segg. を参照されたい。

一の総和ではなく、それ自体が実体—抽象化の手続で得られた人為的な実体ではなく、具体的で実在する実体—であることを認めるとすれば—このことは疑いない—、同様に、それは、それを構成する個々の質料的要素とは異なる何ものであることも承認されなければならない。それどころか、法秩序の統一的概念を前提にしないと、そこに含まれている規範の適切な概念を得ることもできないとみなすべきである。すなわち、人間または機械が何であるかを先に知ることがなければ、人間の肢体または機械の歯車の正確な像が得られないのである。

§ 4. 法秩序の統一性はこれまでも洞察されてきた。

法秩序を先述の意味における統一性と捉える必要性はこれまでも指摘されてきたことである⁹⁾、むしろ法律の解釈に関する理論を定式化するにおいてはいわば常識的なことでもあった。だが、奇妙なことにそれを論理的につめて法の定義のために用いられることは一切なかった。そうであるがゆえに、看過してならないのは、この定義は口先だけのものに留まっており、解釈に関する理論において、しばしば単なる直感的で漠然として捉えがたい不明瞭な理念に留まっていたということである。ところが解釈理論そのものは何らかの基本原りに依拠して構成されていたのである。実際、法秩序が論理的に相互に関連する規範の「システム」であること—それが断片的に形成され、不十分なものであったとしても—を浮き彫りにすることに解釈理論は留まっではない。このことは、立法機関の意図をもってすれば、極めて簡単に説明することができよう。立法機関は、法律が制定されたときには、その法律は従来のもものと結びつくことを弁えているのみならず、この結合体が解釈という作業の中に取り込まれることを想定しているのである¹⁰⁾。だが、多くの場合このような概念を越えた点にまで行く。そしてそれを脚色したり、より鮮明な像を提供するという目的に限定されているのではなく、実質的に異なる概念に言及するためである。かくして、たとえば、法秩序の意思、権能、心素 (mens)、固有の効力について語られ、これは個々の規範のものとは区別され、規範を制定した立法者の意思からも切り離されたものとされる。法秩序そのものが「生ある全体」、[有機体]を成し、それは「潜在的ではあるが、拡張し、適応する固有の力」を有している。この力に基づけば生あるものとの類比

(9) わけても、Perozzi, Precetti e concetti dell'evoluzione giuridica, estr. dagli Atti della società it. per il progresso delle scienze, V riunione, Roma 1912, p. 13 segg. を見られたい。さらに、Redenti, Intorno al concetto di giurisdizione, estr. dagli Scritti in onore del Simoncelli, Napoli 1916, p. 5. も見られたい。[近時のものでは、M. S. Giannini, L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione, Milano 1939, p. 111 e autori ivi cit., そして私の Principii di dir. costituzionale generale, Milano 1945, cap. VI, § 7 を見られたい。]

(10) この点については、V. Thur, Der allgemeine Teil des d. bürgerlichen Recht, I, Berlin 1910 p. 37 segg. e anche p. XI の考察を見られたい。

も許されよう⁽¹¹⁾。いわゆる進化的解釈の信奉者にとっては、法秩序のこの自律的意思は、法が適用されるべき社会環境の変化とともに、新しい規範を受け入れることがなくとも、変化することができることは周知のところである。

ところで、有意義ではあるが、本件で頻繁に見られる誇張を別とすれば、こうした概念は、すでに述べたごとく、常套のものとなっており、解釈という作業の根拠を雲で覆い神秘をもって包む傾向にある法学者の秘技あるいは秘伝とみなすことは決してできない。そうではなく、この概念は、その統一体を見ることなく、それを構成する種々の規範を見ていたのでは法秩序の性質は明らかにならないという真理を正しく洞察したものである。もちろん、この洞察については論証される必要がある。この統一体を構成する何か (quid) は規範とは異なるものであり、少なくともある点までは独自のものである。このように理解された統一体の存在の論証が欠如していることが、いわゆる個々の規範の「論理的拡張」の原理に通常帰せられる不正確さを同時に説明しているのである。また、この原理が有する真理の要素を救済することなく原理全体を崩壊せしめることができると信じている者の見解⁽¹²⁾も同じように受け入れることはできない。

§ 5. 法秩序は単に規範の総体であるのみではなく、他の要素からも構成されている。

ともあれ、もっと深く考察することができるし、考察すべきであると思われる。我々は、これまで次のように主張してきた。すなわち、法には規範以外の本質的要素を見いだすことはできないという仮説を認めたとしても、法の定義は、それに含まれる規範の定義とは一致しえない。今、我々は次のように推論する。法のすべての定義の自明の前提ともいべきこの仮説は、現実に反するし、それ故、この定義は、すでに言及した理由により、真の定義すなわち論理的に正しい定義ではなく、精密にすべきところのものを未確定のままに放置しているという欠点を有しているのみではなく、より深刻なことに、全く誤った公理から出発しているという欠点をも有している。

この推論は多様な形で論証しようと確信している。

まず、一般的な経験、あるいは法秩序という表現が自ずと呼び起こす意味に訴えることは無益ではなかろう。かかる意味で、たとえば、イタリア法またはフランス法につき語る場合には、単に一連の規則のことを考えている、あるいは整然と書架に配列された法令の公式集のイメージを抱いているというのは正しくない。法学者、ましてここで語っている法の定義を知らない非法学者が考えるのは、より生き生きした活ける何かである。第1に、イタリアまたはフランス国家の複合的で多様な組織である。法規範を制定し、改正し、適

(11) たとえば、N. Coviello, op. cit., § 28; Miceli, Principii di filosofia del diritto, Milano 1914, § 135 を見られたい。同旨の引用は、容易に追加することができよう。

(12) たとえば、Stampe, Rechtsfindung durch Konstruktion, in Deutsche Juristen-Zeitung, X (1905) を見られたい。ある意味では、Donati, Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico, Milano 1910, passim e specialmente p. 126 segg. も同旨である。

用し、保障するが、法規範とは同一視しえない多くの機構または装置、権威及び力の結合体である。換言すれば、このように総体的に理解された法秩序は実体であり、それは部分的には規範に従って動くこともあるが、何よりもまず、あたかもチェスにおけるコマのように、規範そのものを動かす。かくして規範は、この実体の構造の要素であるというよりも、むしろその活動の客体であり手段でさえある¹¹²⁻²⁾。ある視点の下では、むしろ次のようにいうこともできよう。法秩序の本質的特徴に規範が何らかの影響を及ぼすとしても、それは反射的なものでしかない。規範、少なくとも若干の規範は、この特徴が変化しなくても変化しうるし、多くの場合、ある規範を他のものに代えることは、法秩序の変更の原因ではなく、むしろその結果である。しかし、ここではこのような思惟の論証を先取りする必要はなく、後に再びとりあげて、その帰結を引き出すべきであろう。

§ 6. かかる要素は、法を識別する特質の共通の探究において暗黙の裡に指定されていた。

そこで、法規範を多少とも類似した他のものから区別せんとする多様な試みが提示するいくつかの論議から出発することにして、より具体的で、しかも相対的により平明な地平に留まる方が有益であろう。こうした試みが満足のいく結果を与えているとは何人も主張しようとはしないであろう。このことは、問題が通常提示される方法自体に欠陥があることを想定させるであろう。そして欠陥は次のようなものであると思われる。すなわち、法とは規範以外の何ものでもないという公理を認めた上で、法規範の特色または特質を探究しているのである。だが、かかる探究は法の観念を与えることはできない。というのは、法のすべてが常に規範に解消されるものではないからである。こうして、この問題が他の問題と等価であると信じて、より広範な射程を有する問題を解決しようとしたが、実際はより限定されたものであった。ここから一連の便法と便宜的なものが生じ、それらは我々の命題に何らかの光を投じているように思われる。実際、提案された解法は、多様な概観の下で想定しうる以上に一致したもので、次のような共通のものを有している。すなわち、そのことに気づくことも考慮に入れることもなく、法規範を識別する特質を規範の概念とは無縁の要素に求めたのである。かくしてこの解法は、出発点とした公理と矛盾することになり、はからずも規範の概念は法の概念に適合していないと主張することになった。

かかる視点から、法と他の規範とは、何よりも、その「形式的」性質により区別されるという通説を検討することは無益なことではなかろう。この表現自体が、法規範の外部にあってその包皮あるいは外在的側面を成している何ものかを明らかに指示しているので、考察に値するものになろう。そして、何故に、法は、それを構成する規範の実質よりもその外皮により定義されなければならないのかを熟考させることになろう。厳密にいうと、法は規範ではなく、規範を包み込み、それに一定の様相を刻印するものである、という帰

[12-2) [この私の考察に、C. Schmitt, Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934, p. 24 は賛同している。]

結が引き出されなければならないであろう。しかしながら、「形式」という語は多様な意味で理解されるものであるので⁽¹³⁾、こうした考察法に執着しないことにしよう(後の§14を見られたい)。それよりも、このいわゆる形式的性質が何であるかを検討することにしよう。

このうちの若干のものは度外視することができよう。というのは、そのようなものとして一致して列挙されていないからであり、また、本書の別のところでより決定的な視点から考慮に入れなければならないからである。この性質のうち2つのものを検討することで十分であろう。それは、常に同じ方法では理解されていないが、学説のほぼ一致した同意を得ているものである。すなわち、一般に規範の客観性及び法的制裁という名の下で主張されているものである。

§ 7. いわゆる法の客観性のこのような視点からの評価。

この2つの性質の前者に基づき、それを遵守すべき者の良心とは別個のものとされ、独自の自律的な存在を獲得している規範から法は構成されていると主張される。法は、その深い根をこの良心の中に有していない、その内奥から投射されているのではない、その光ある反射ではないというのではなく、法はそれを超越し、克服し、それに対立しているのである。通常は、各人は相互に仲間として承認し、相互の自発的協力と相互の自由の尊重へと至る。しかしながら、相互の間には違いと争いが生じうるので、各人の統合を反映し代表する上位の良心の介入が必要となる。この良心こそは、個人を統合する共存とシステムの存在理由を体现するものであり、部分相互及び部分と全体の関係に訴える仲介となるものであり、社会的な自己、典型的、抽象的、客観的な成員の体现のごときのものであるが、それはまさに法により与えられる。法のいわゆる形式的地位はこれに由来し、客観性の王国と定義される⁽¹⁴⁾。

とはいえ、論理的に厳密に言えば、このことは次の原則を意味している。法とは、このように措定された規範ではなく、もしくは規範のみからなるものではなく、かかる規範を定立する実体そのものである⁽¹⁵⁾。法現象を生ぜしめる客観化の過程は規則の制定とともに始まるのではなく、それに先行する時期にはじまっている。規範は、この客観化の過程の一表明、多様な表明の一つにすぎない。ここで語っている社会的自己の権力を通用せしめる一手段にすぎない。この社会的自己が法の出発点であるときみなす何らの理由もない⁽¹⁶⁾。それは法そのものであり、規範はその様態、もしくは様態の一つ、法が作動してそ

(13) G. Del Vecchio, I presupposti filosofici della nozione del diritto, Bologna 1905, p. 173 を見られたい。[実際、この著者が, *Moderne concezioni del diritto*, in *Riv. internazionale di filosofia del dir.*, 1921, p. 6 dell'estr. において、私の考察に反論して、形式がものの存在を与えることを理由に法の形式的性質はその本質的性質である、というのは全く正しい。だが、「形式」という語を哲学的意味で使用しており、私がここで述べたものと厳密に一致するものではない。]

の目的を達する様式の一つにすぎない。規範の存在とその構造は、法の性質を固有のものたらしめる客観性という要素の最高段階を示すものであり、法秩序の境界を画するラインに沿って理解されなければならない。規範の客観性は、かかる実体の客観性の反射にすぎず、極めて弱く全く虚弱でさえある反射であり、この実体との関わりなしには定義することさえできないであろう。法規範が客観的であるというのは、単に書かれたもの、あるいは他の方法で正確に定式化されたものであるからではない。もしそうだとすれば、法規範を他の多くの規範から区別することができないであろう。後者は外在的に定式化することができるし、ましてかかる意味での厳密化に達していない慣習なども法規範とされているのである。客観性という性質は規則を作成し制定する権力の非人格化と結びついているのである。この権力が個人を超越し個人の上にある何ものかであり、それ自体法であるという事実と結びついているのである。このような概念を度外視すれば、いわゆる客観性という性質は何も語っていないか、悪くすれば誤謬を含むものとなる。

言葉の固有の意味での成文規範を見いだすことのできない法秩序あるいは不文の規範さえも見いだすことのできない法秩序の例は、抽象的に想定されるのみではなく、よく知られているように歴史的にも存在していることは真実である。よくいわれてきたように、立法者が存在せず裁判官のみが存在する秩序を構想することは可能である。この場合に裁判官は具体的事件に判決を下すと同時に、裁判官の判断が従うべき規範を設定しているとい

14) 注(7)で引用した Petrone, *Il diritto nel mondo dello spirito*, passim を見られたい。同じく, *Contributo all'analisi dei caratteri differenziali del diritto*, in *Riv. it. di scienze giur.*, XXXII (1897), p. 367 segg. も見られたい。さらに, Miceli, *La norma giuridica*, Palermo 1906, p. 197 segg.; *Principii cit.* § 54 を見られたい。

Il Croce, *Filosofia della pratica*², Bari 1915, p. 323 segg. [5^a ed., p. 307 segg.] は、法を経済に還元する彼の命題に従って、社会規範も個人がある計画のために自ら設定する規範も単一の範疇に置く。かくして、客観性と制裁により与えられ、何人も哲学において使用しえない経験的概念を表す法の形式的要素を消去する。ここはクローチエの理論を飾いにかける場ではないが、次のことだけを指摘しておこう。この理論は、専ら哲学的視点から、法概念の自律性を否定し、それをより広い範疇に解消させるので、法概念の存在と自律性を、たとえ経験的意味においてであれ主張する者にとっての基礎にはなりえない。換言すれば、この理論の哲学的価値がいかなるものであれ、固有の法学にとってはいかなる価値も有しないし、有しようとする。法学は、自己を否定することなしには、法概念を作成することを放棄しえないのである。

「個人といわれる人格の内奥に」欠けることのないあらゆる権威とあらゆる法律の「内密さ」については、Gentile, *I fondamenti della filosofia del diritto*, estr. dagli *Annali delle Università toscane*, Pisa 1916 pp. 39 segg., 47 segg. を見られたい。

15) 構成員の承認に関する法の義務的性格を根拠づける理論の視点からは、かかる承認は規範そのものではなく、規範を制定する権威に関わっていると考察されてきた。Anzilotti, *Corso di diritto internazionale*, I, Roma 1912, p. 27 [p. 42 nella 3^a ed., 1928; ドイツ語版の *Lehrbuch des Völkerrechts*, I, Berlin 1929, p. 32.]

16) 正しいと思われるこの見解に対する反論がなされているが、その反論の依拠する視点については後に検討することにしよう。たとえば、Petrone, *Il diritto ecc.*, p. 140 segg. 及び後に引用する他の文献を見られたい。

うことは、現実に適合するものではなく、我々の近代的心性により示唆された便法である。真実は、裁判官の判断は、個別の事案における正義、公平、真性の法規範とは全く異なる他の要素によってなされるのであり、法規範というものは、その本性からして、一連の訴訟または一群の訴訟に関わるものであり、したがって抽象的で一般的のものである。そうだとすると、ここで言及した仮定において、法的契機となるものは、存在しない規範ではなく、司法官という権力に見いださなければならない。これこそが、より複雑でより進化した秩序に固有なものとは異なる手段によって、客観的な社会的良心を表現しているのである。

ところで、通説のように、法は、単に一般性という要件を充足する規範から成るのみならず、個別的で具体的な命令からも成っていることを承認する者にとっては、後者も規範であるとみなさなければならないこと、あるいは法は規範の外に他の要素からも帰結するというのを承認しなければならない。ところが、規範は一般的で抽象的であるが故に規範であることは疑いの余地がなく、その概念の中に措置あるいは一定の特別の措置を含ませることによってこれを拡張せんとする試みは、空虚にして無意味なことのようと思われる。いわゆる実質的法律は一般的のものでなければならないかという憲法がよく知られた問題は、まさにこの故に、概して設定そのものが誤っているのである。固有の意味の、もしくは実質的な意味的法律は法規範のみを含んでいるという公理が設定されるが、我々によれば誤ったものである。そして、明らかに客観的な意味の法を構成する一定の措置に法律としての性質を否定しなければならない、あるいは同じく明らかに規範でないものを規範として理解しなければならないとしたならば、解決不能のディレンマに陥ることになる⁽¹⁶⁻²⁾。

要するに、常に同じ出発点に回帰することになる。法秩序のいわゆる客観性は、法規範に限界を画定することはできないのである。法規範にも関わり、それに反映されるのであるが、論理的にも質料的にも規範に先行する契機から常に出発し、そして、時折むしろしばしば規範自体の位置が占める契機と同一化したり混同することのできない契機に到達する。このことのいわんとすることは、規範は法秩序の一部であり、一部でありうるということであるが、それに尽きるものではない。

§ 8. 制裁という要素の評価。

同じような考察が法のいわゆる形式的要素の他のものに関しても妥当する。すなわち法の制裁であり、若干の者にとっては唯一の形式的要素の特質とされるものである⁽¹⁷⁾。ここは、制裁とはいかなるものと理解すべきについての多くの問題に言及する場ではない。その結果、概念をより明確にするために、この言葉を他のものに置き換えることが適切な

(16-2) [この思惟のより厳密で部分的に異なる定式化については、さしあたり私の *Principii di dir. costituz. generale cit.*, capp. VII § 2 nn. 2 e 3; XI § 5 n. 1; XXII § 1 n. 10 を見られたい。]

(17) とりわけ Jhering, *Das Zweck im Recht*, Leipzig 1893, I^o, p. 435 segg. を見られたい。

か、議論の余地のない法の義務拘束性につき語ることが可能なのか、ここで問題となっているのは強制力なのか、それとも若干の者が好んでいうように拘束力なのか、ある意味で法秩序という構築体そのものに組み込まれ組織化されている以上、直接または間接の、無媒介的または媒介的の、事前のまたは事後の確実なまたは単に蓋然的な、それ故不確実な単なる保障なのかということを検討する場ではない。明らかにする必要があるのは、法とは制裁—それがどのようなものと理解されようと—を伴う規範であるという時、このことは、法とは規範に制裁を科す他の規範を加えたものであるということ以外を意味しえない—一般にはこれと反対のことが信じられているのであるが—ということである。もしそうだとしたら、制裁は法の本質的かつ必然的な要素ではない、ということが必ず帰結しなければならないであろう。実際、この前提からすべての論理的帰結を引き出した者は、この結論に到達せざるをえなかった。要するに、次のように推論したのである。支配的な見解によれば、命令が法的なものであるのは、強制する法を付与し、この命令により創設された法を保護する他の命令が追加された場合のみである。形式的には、この異なる命令は結合されうるが、実質的には区別されており、主観的意味でのその一つは始源的または主要なものであり、他のものは二次的または付随的なものである。したがって、同一の規範に由来するものではない⁽¹⁸⁾。ともあれ、第2の命令が法的であるというためには、第3のものを伴わなければならない、第3のものは第4のものを、という具合になる。かくして、この補充的命令が欠け、したがって制裁なき法規範が生じる時にまで必然的に到達しなければならない⁽¹⁹⁾。実は、この推論は、制裁が法の必然的な要素であることを否定するためになされたもので、それ自体では正当であるが、我々によれば、その前提が根拠なきものであり、そのために旨く利用されうるということのみを論証しているのである。実際、我々の信ずるところでは、制裁というものはいかなる特定の規範に含まれうるものではないし、特定の規範により科せられるものではない。制裁は総体としての法秩序の機構、有機的装置に内在し潜在しうるものである。そして間接的な方法でも作用する力でありえ、いかなる権力をも生じさせず、したがってこの権利の由来となるいかなる規範をも生じさせない実践的保障であり、社会的権力の生来的で必然的な抑制である。このことは次のように等しい。法の要素は制裁であると主張することは、意図するところとは異なって、法は単に規範のみで成り立っているのではないこと、そして法規範は、その効力が引き出される他の要素に結合していること、それどころかそれに依拠していることを主張しているのである。かくして制裁、すなわちこの他の要素は、規範にとっての補充的なもの、付随的なものであるどころではなく、規範に先立つ契機、そのよって立つところの基礎、根源であり、法を定義する際に規範自体よりも先に考慮に入れる必要のあるものということに

(18) この点につき同意するものについては、Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze 1902, p. 61 in nota 及びそこに引用された他の著者を見られたい。

(19) Triepel, *Völkerrecht u. Landesrecht*, Leipzig 1899, p. 103 segg.

なる⁽¹⁹⁻²⁾。規範のみに関わるとすれば、すでに明らかにしたように、制裁が法の要素であることを否定することにならざるをえない。かかる要素を認めながらそれに法外の性質を付与することは中途半端である。このことは時折生じるのであるが、中途に留まるわけにはいかない。実際、法の本質的要素を法の外に求めることは非論理的であり、かかる見解⁽²⁰⁾は、法の性質から制裁を排除するという他の見解に解消することにならざるをえない。いづれにしても、この見解は、通説に従って法を規範であると観念しながら、そこから制裁を除外し、一方ではそれに何らかの地位を与えざるをえない、ということを自覚しているので注目すべきものである（§22を見られたい）。

§ 9. 「法秩序」という表現。

通説に対する批判としてここまで我々が描き、今やより積極的な議論により論証することになる命題には幾分の困難があるが、それは「法秩序」という表現に通常与えられる過度に文字上の意味に由来する。実際、この表現は規則及び規範の理念を想起せしめるのであるが、この理念に全面的に還元されるわけではない秩序をイメージせしめることは容易ではない。だが、この困難は、これから検討するごとく、実質的なものではなく、外在的で専ら文言上のものを起源とするものである。上述のごとく、言語上の不明確さと貧困一極めて抽象的な概念を定義する際の不正確さの原因である—がもたらす困難の一つである。この困難を除去するためには、「秩序」という言葉を他のものに置き換えれば十分であろう。それは、執拗に、かつ、常習的な性向として、規範の理念を呼び起こすことなく、ざりとて規範の理念を排除するものでもないものである。他方では、このものも少なからず不正確なものとなるであろう。

§ 10. 法の概念の本質的要素。制度としての法及び命令としての法。

我々によれば、法の概念は以下の本質的要素を含むものでなければならない。

a) まず第1に、社会の概念に還元されなければならない。このことは相互に補完しあう二つの意味においてなされる。全くの個人的領域を出ることなく、個人としての生活を越えることのないものは法ではない（法あるところ社会あり）⁽²¹⁾。加えて、社会に法現象が現れなければ、言葉の真の意味での社会は存在しない（社会あるところ法あり）。ところで、後者の命題は社会の概念を前提にしており、このことを明らかにすることがどうしても必要である。社会とは、たとえば、法のいかなる要素とも無縁な友人関係のような単な

(19-2) [かかる思惟に賛同する者として、ともかく Ago, *Lezioni di dir. internazionale*, Milano 1943, p. 24 segg. を見られたい。]

(20) これについては (Marinoni, *La responsabilità degli Stati per gli atti dei loro rappresentanti secondo il diritto internazionale*, Roma 1914, p. 35 segg.), 後で (§22) 取り扱うことにする。

る個人間としてではなく⁽²²⁾、ある実体であり、そこに含まれる個人とは区別される具体的統一体を形式的にも外在的にもなしている。そして実際に構成されている統一体として取り扱われなければならない。他の例を挙げるならば、個人間の単なる親近感により惹起され、組織化されていない、個人からなる階級あるいは階層は真正な社会ではない。この点については以下において強調する必要がある。

b) 第2に、法の概念は社会秩序の理念を含むものでなければならない。このことは、単なる恣意もしくは物理的实力、すなわち秩序のないものに還元されるあらゆる要素を排除するということになる。ところで、かかる原理は第1のもの一つの側面である。いやむしろ、第1のものからその帰結として引き出すことのできる限界内において理解されなければならない。すなわち、あらゆる社会的表明は、それが社会的であるという事実のみによって、少なくともその成員に対しては秩序あるものである⁽²³⁾。

c) 法により設定される社会秩序は社会諸関係を規律する規範の存在一たとえ規範が誘因となるとしても一により与えられるものではない。社会秩序はかかる規範を排除するものではなく、むしろそれを利用し、自己の軌道内に取り入れるのであり、同時に規範に先行し、規範を越えるものである。換言すれば、法は、規範である以前に、単純なる関係もしくは一連の社会諸関係に関わる以前に、自らの展開の場である社会の組織、構造、状況である。すなわち、法とは統一体、自存する実体である。このことも、法現象が生起する社会の類型を明確化し画定するために先に考察したところからの帰結である。

もしそうだとすると、総体的かつ統一的に捉えられた法秩序としての法の概念を正確に把握するために必要かつ十分と思われる概念は、制度の概念である。あらゆる法秩序は制度であり、そして逆にあらゆる制度は法秩序である。二つの概念の等値は必然的でありかつ絶対的である。

かくして、我々によれば、「法」という表現には二重の意味があることになる。すなわち、まず次のことを示している。

(21) Croce, *Filosofia della pratica*², p. 323 [5^a ed., p. 307 segg.] の見解については注(14)で述べたことを見られたい。Rosmini, *Filosofia del diritto*, I, Milano 1841, p. 146-7 も、「法の概念一般から社会の概念のみではなく、実在的共存というものも」排除したが、その意味は、個人が常に「他の類似の可能態との仮説的關係において考察され」うという方法で、「可能態としての共存」があれば十分とみなしたという意味においてである。[もっとも、法は何らかの社会形態と本質的に結びついているのではないという概念は、周知のごとく、近時の文献においても継続して現れているが、哲学的視点から判断するならば、法学者が出発点とすべき実定法とは異なる法の概念を含意している概念である。]

(22) 友人関係においても尊敬、相互の親密さ等々に由来する権威という要素が欠如するわけではないが (Gentile, *op. cit.*, p. 47 segg.), このことは当然のことながら、こうした広義の社会と法現象が生じる狭義の社会を区別することの妨げとはならない。

(23) ご覧のように、哲学で行われているような法と力の関係一般という問題を取り扱うものではないし、いわゆる正しい法と正しくない法の関係に係る問題—より広範な法の倫理性という問題の副次的問題—の特別な側面にも触れることはない。

- a) 完全かつ統一した秩序，すなわち制度。第2に
- b) 命令または多様な形で集積された諸命令（規範であれ，もしくは個別的規定であれ）の総体である。

この第2のものを非法律的命令から区別するために，制度的なものと呼ぶことにしよう。かくして，それが秩序全体，あるいはそれを要素としている制度との関連が明らかにされることになる。この関連こそは，この第2のものに法的性質を付与するのに必要かつ十分なものである。

後者については本書の別のところで再度言及しなければならないであろう。ここでは，法の二つの側面の第1のものについてのみ敷衍することにしよう。そうすることにより，我々の法の概念が通説の概念に対して有する接点と相違点を明らかにすることになる。そして，まず何よりも，多様に理解されている制度という用語を採用することの意義を最大限に明確にしておく必要がある。

§ 11. 制度概念についての従前の学説。

実際，次の点に留意しておく必要がある。世俗的とまではいわないが非法的言語において制度につき通常語られる場合，その意味は極めて広範なものであり，我々が採用している意味に近い。すなわち，一般に「政治制度」，「宗教制度」等という表現が見られる。これに対し，法の専門用語としては極めて限定された概念として制度が用いられており，最近になってはじめて次第にそれが拡張され活用されているが，完全に利用し尽くされていない。

法学者にとっては，数年前までは，制度は法人という類の種以外の何ものでもなかった。そしてある時期からは，その中でも社団に対立するものを示すために通常は使用されてきた。したがって，この概念は法人格の学説においてのみ言及されてきた。そして，この学説は，当初は私法の分野において広範に展開されてきたことは周知のところである。制度の理念は，その効用が明らかに最大となる領域，すなわち公法においては，ほとんど利用されないままとなってきた。かかる事態は，法人を公益団体とみなす古い傾向により僅かに緩和されてはきた。いずれにしても，制度は，多少とも法人として常に考察されてきたことは真実である。我々が今この概念を採用するのは，こうした意味，このように限定された領域ではないということに注意する必要がある。

ところで近年においては，ドイツの文献においてもフランスの文献においても，この概念を拡大し，それが展開された領域外に持ち込もうとの傾向がはじまっている。ドイツの学説においては，偶発的に気づかれることなくなされ，多くは法人に関して見られる。フランスの学説においては，公法の多くの議論との関係で，そして私法の若干の議論との関係で，より自律的な形で展開しているが，課題設定の厳格さと精密さにおいては劣っている。

この意味では，まず何よりも，法人の基底を組織に見だし，組織の概念を法人の概念

に先行させる学説⁽²⁴⁾を想起する必要がある。組織または制度 (Einrichtung) は、固有の生命を有する自然の実体ではなく、法の主体と考えられ、またはみなされる特定の社会目的の達成に奉仕する実体である。しかしながら、このような組織、このような新しい社会的勢力が正確に何であるかについては、影に覆われたままである。それどころか、問題となっているのは基礎的な概念であるから、これ以上の分析に値しないものであると主張されている⁽²⁵⁾。いずれにしても、ドイツの学説においては、この概念は法人の概念を明確にするために利用されていることを再言しておく必要がある。したがって、我々の命題にとっての重要性は単に間接的なものであり、法の世界には、いわゆる有機体論者が主張したごとく、真性の自然有機体ではない実体 (人格性を有しているか、人格性をいかに考えるべきかは我々にとって重要ではない) が存在しているという主張に尽きている。この実体は単なる制度、すなわち、複数の個人の組織 (社団)、または他の要素からなる組織 (財団) である⁽²⁶⁾。

次にドイツ行政法の分野においては、営造物 (Anstalt) という観念が用いられた。これは法人ではなく、物的または人的施設の総体、統一体であり、行政主体により一定の公益に永続的に仕えるべきものである。たとえば、軍隊、学校、測候所、専門学校、郵便などである⁽²⁷⁾。

フランスには、オーリウが、その後改訂された多くの著書において⁽²⁸⁾、より広い制度の概念を示しており、それは公法のすべての分野にとって一般の範疇をなすものであり、少なからざる原理を説明するのに適しており、したがって適用されることの多いものであると主張している。

オーリウによると、制度とは社会組織、すなわち「すべての恒久的な装置であり、これ

24) これについては、Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli 1915, p. 315 segg., [そして、最近では彼の別の業績、*Le persone giuridiche, nel Trattato di dir. civile it. diretto dal Vassalli*, Torino 1938, p. 27 segg.] を見られたい。

25) Behrend, *Die Stiftungen*, Marburg 1905 I, p. 312 segg. この著者は法人という形姿を私法の分野のみに限定していることに留意するのが重要である。したがって、彼が語る制度には公的なものは含まれない。我々にとっては公的なものこそが典型的なものである。

26) 有機体と組織のこの対比については、Enneccerus, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*⁶, I, Marburg 1911, § 96 (p. 231 segg. della 1^a parte) [13^a ed., 1931, p. 288] を見られたい。

27) 主に、O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, § 51; Fleiner, *Institutionen des D. Verwaltungsrechts*³, Tübingen 1913, § 18, [8^a ed., 1928, § 19] を見られたい。

28) 著者が自らの学説に与えた最新の定式で、我々に関わるのは、*Principes de droit public*², Paris 1916, p. 41 segg. に含まれている。[後に、オーリウは多くの著作においてこの論点に言及している。*Principes de droit public* のその後の版、*Théorie de l'institution et de la fondation*, Paris 1925, *Précis de droit constitutionnel*², Paris 1929. オーリウの理論については、わけても、Leontovitch, *Die Theorie der Institution bei M. Hauriou*, in *Archiv f. Rechts u. Sozialphilosophie*, XXIX-XXX, e *La teoria della istituzione di Hauriou e il suo significato per il dir. costituzionale*, in *Bollettino dell'Istituto di filosofia del dir. della R. Univ. di Roma*, II (1941), p. 85 segg. を見られたい。]

によって特定の社会集団の内部において、支配権を有する機関が集団全体の目標と協調する活動により、集団に関わる目標に仕えるようになる」ところで2種の制度を区別しなければならないであろう。不動の事物の範疇に関わるもの（たとえば基金、これは土地台帳において考察される、村道、等）と社会体を構成するもの、すなわち社団制度である。前者も後者も社会的個性体であるが、法システムにおいては社団制度のみが独自の形姿として考察される。というのは前者と異なり自律性を有しているからである。このことは次のことを含意している。あらゆるこの種の制度は、それを構成する個人から区別される真の社会的現実、完結した実体であり、固有の人格を有している。あるいは少なくとも人格化される資格を具備している。したがって、それは二つの側面の下で考察することができる。他との関係における生活という視点からは、その主観的個性性、法人としての資質が浮き彫りになる。その内部的な生活の視点からは、客観的個性性の形姿を帯びることになる。この後者の側面は、その自律性に還元されるのであるが、社団制度を法の源泉ならしめる。というのは、規律法、慣習法、規約法または実定法という三つの形態の法を自発的に産み出すからである。

以上がオーリウの理論の根本的中核である。ここではその更なる展開に言及することはできない。ここでは、若干の簡単な批判的考察を正当化するのに必要なものとして関係するものだけに留めておこう。

我々によれば、このフランスの法学者の主要な功績は、広義の制度概念を法の世界に取り込むという発想を押し進めたことにある。これまで制度概念は政治的及び社会学的用語においてしか痕跡を留めていなかった。しかも取るに足らない程であり、政治的及び社会学的思索においては更に少なかった²⁹⁾。そして疑いもなく、この概念そのものを法人の概念から解放したのは適切であった。一定の条件の下では法人は制度と重なりうるが、そうでない場合もある。おそらく、このような区別は、オーリウが彼の理論に付与した従前の定式化においてはより明白であるが、客観的個別体とみなした制度の重要性に付与した展開は、今日でも注目に値するものである。

しかしながら、まず第1に、制度の形姿はより広範なものとして、そして同時により正確に描くことが可能であり、第2に、その本質、その根本的特徴は異なる形で浮かび上がらせることができるように思われる。

我々の考えは次節以下においてより完全な形で示されることになるが、ここでは次の点

29) この主張は我々の取り上げている近代理論にのみ妥当する。より古い理論においては、他の多くのものと同様にこの点においても展開がなされており、今日では看過されているが、これは過ちといわざるをえない。たとえば、ホップズ『リヴァイアサン』第22章の「諸組織 (systemata)」及びプーフェンドルフ『自然法と万民法』第1巻第1章の「法人 (entia moralia)」の分析を想起することができる。この法人は、創造 (creatio) による自然人とは異なり、設定 (impositio, フランス語への翻訳者バルベラックはこの語を制度 (institution) と訳している) により誕生する。ただ留意すべきはプーフェンドルフの法人が我々のいう制度に接近するのは「概念の実体的類比 (ad analogiam substantiarum concepta)」によってのみである。

を指摘しておきたい。すなわちオーリウは制度の概念を一定の発達と完成の段階に達したある種の社会組織のみに限定しているが、その基準は正当なものとは思われない。オーリウが社団と資格づける制度の他に、同じ権限で法体系に受け入れられるものがある。すなわち、それは一定の個人から独立した固有の存在を有し、多少とも広範な自律性を享受している。まして、立憲的かつ代表制の形式で組織された団体のみが制度であるという見解にも与することはできない。このような団体の成員には自由が保障されているが、たとえば商事会社の株主が問題となっている時には、それをいかなる意味で政治的…自由と性質決定していいのか分からない。この団体は分権と権力分立を実現しており、公開制の原理を受け入れており、最後に憲法典を有している。明らかにオーリウは、彼のいう制度を、その中で最大のもの、すなわち国家わけでも近代国家のイメージと類似で作り上げるという思いにとらわれている。しかしながら、問題となっていたのは、一般的な形姿—その性質は変化しうるものであり、実際に無限に変化する—を描くことだったのである。

加えて—このことは我々がすでに指摘し、より積極的に論証する必要があるわれわれの視点に再び結びつくことになる—制度が法の源泉であり、したがって法は制度の結果、産物であると我々は考えていない。そうではなく、制度の概念と統一的かつ総体的に考察された法秩序の概念との間には完全な同一性があると考えている。だが、この結論に到達するためには、法を規範または規範の総体とのみ観念する伝統的な理論を克服しなければならなかった。

これに対し、オーリウは次のように主張する。制度は事物の総体に「接近する」、それどころか制度は「一種の事物にほかならない。実のところ、それは能動的なもの、一種の機構である」。かかる表現には思考の不確実性そして曖昧さともいべきものが明瞭に現れていることを指摘することができる。このことを別としても、かかる構想に到達したのは、直接的な論証によるというよりも消去法によることがみてとれる。制度が法人格性を有しているにしても、それは法人格の基底、したがってそれに先行するものしか現していないので、制度が法人であることを正しくも否定しているが、制度を法秩序そのものと同一化することには思いが至らなかった。したがって、制度を事物の中で範疇化するという考えは必然的なものではなく未必のものであった。ところで、ローマ人が国家、すなわち最も重要な制度を示すために用いた *res publica* (公のもの) という名称がかかる視点に何らかの手がかりを与えうるとしても、次のことは明らかである。「もの」という言葉が正確に法的な意味で使用されているとしても、制度の概念を正確にしていけないし、それどころか範疇自体としての制度を無にしている。より広い他の意味で使用されているとしたら、概念自体を説明していないことになる。というのはこの意味が何であるべきかを定めることが残っているからである。確かにオーリウは制度の客観的性質を明瞭にせんと欲したが、この性質は制度が客体、*res* (もの) とみなされなければならないことを意味しているのではない。むしろ制度は客観的な法秩序⁽²⁹⁻²⁾なのである。

§ 12. 我々の制度概念とその根本的特徴。

我々の理解する制度とはあらゆる実体又は社会体のことである。この簡明な定義には次のような敷衍が必要であろう。

1) 制度の客観的存在。

ここでいう実体は客観的で具体的な存在でなければならない。そして非質料的なものではあるが、その個性性は外的で可視的なものでなければならない。まさにこの性質を明確にするために、我々は社会「体」であるとも述べたのである⁽²⁹⁻³⁾。このことは、我々が制度という語をその固有の意味で用いているのであり、極めて頻繁に行われているように単に比喩的な意味で用いているのではないことを示すものである。かくして、通常用語において、たとえば、出版制度、または法技術的用語において贈与、売買の制度等につき語っている場合には、実効的な社会統一体に言及しようとしているのではなく、第1の場合には、現実には統一されておらず、しばしば多様な一定の勢力を同一化するための表現としてであり、第2の場合には、それが現すところの典型的性質の共通の像の視点から、概念上においてのみ集積された多様な関係または個々の規範のことである⁽³⁰⁾。

2) 制度と社会体。

制度は人間の単なる個人的本性ではなく社会的本性の発現であるという意味において実

(29-2) [後にフランスの学説においてオーリウのとも私のものとも異なる別の制度概念が創られてきた。いずれにしても法的探究の目的を超える視点からのものである。とりわけこのことが言えるのは、Renard, *Téorie de l'institution*, Paris 1930 ; Delos, *La théorie de l'institution*, in *Archives de philosophie du droit*, 1931 ; Gurvitch, *L'idée du droit social*, Paris 1932, e *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris 1935 についてである。これらの著者については、わけても、Bobbio, *Istituzione e diritto sociale*, in *Rivista internazionale di filosofia del dir.*, 1936 を見られたい。また、Desqueyrat, *L'institution, le droit objectif et la technique positive. Essai historique et doctrinal*, Paris 1935 も見られたい。]

(29-3) [本文中述べた性質を有する制度が存在するのはどのようなときであるかを確認することは容易なことではない。限界的事例というものがある。初発的なものにすぎない組織が存在する場合である。たとえば、窓口に達するために、またはある場所に入場するために列をなしている人の集合からなる組織、あるいは萌芽的とはいえないが「拡散状態」にあり、ゲームやスポーツの愛好者、騎士の規範を実践するいわゆる紳士、ある世俗の慣行に従う者を、慣行もしくは共通の規則を遵守していることに着目して観念上結びつけている組織である。これらの「制度」については、Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, 1929, p. 25 segg. dell'estr., e *La teoria degli ordinamenti giuridici e il diritto sportivo*, in *Foro it.*, 1928, (そこで引用されたPerrau, Huguet等の他の著者も見られたい) ; Calamandrei, *Regole cavalleresche e processo*, in *Riv. di dir. processuale*, 1929, I, p. 145 segg. e in *Studi sul processo civile*, III, Padova 1934, p. 1 segg. を見られたい。いずれにしても、最も広い基準を採用し、発達度の低い極めて単純な一定の社会形態にも制度の性質を見いだそうとしても、あらゆる「人間の共存状態」に法現象を見いだすことに到達しようとは思われぬ。ところが、Orlando, *Recenti indirizzi circa i rapporti fra diritto e Stato*, in *Rivista di dir. pubblico*, 1926, e in *Diritto pubblico generale, Scritti varii*, Milano 1940, p. 223 segg. col titolo *Stato e diritto (Ordinamento giuridico, regola di diritto, istituzione)* はそう思っている。]

体または社会体である。しかし、このことは制度の基底が常にかつ必然的に相互に結合した人間でなければならないということをいおうとしているのではない。このような結合は特別の形態の制度を生起せしめる。実際、その若干のものは、その要素でもある複数の個人に由来する。この複数の個人は共通のもしくは継続した利害で結ばれ、または彼らの追及する目的、使命によって結ばれて共存し、もしくは相互に継起することができる。しかし、これとは異なる基底を有する制度もある。すなわち、質料的もしくは非質料的、人的もしくは物的、財産的もしくは理念的という手段の総体から成っており、一定の目的のために恒常的に仕えるようになっており、その制度に帰属する個人の利益のためにではなく、その制度の成員ではなく名宛人にすぎない外部の個人の利益のために存在する。この場合には、他のすべてのものと同様に制度は人間に役立ち、人間により運営され維持されるが、人間によって構成されているのではない。ところで、この概念については、一般的に、そして我々の視点にとってはどうでもよい個別の論争に立ち入ることなしに、法人理論に関して生じた展開を当てにすることができる。そこでなされた社団と財団もしくは狭義の意味における制度との区別、さらにはかかる二つの基本的範疇の再分類は人格を有しない制度についても妥当しうる。後者は団体の一定の構造を前提にする資格であるが、上述の二つの範疇を浮き彫りにした際に言及するものではない。この範疇は、制度というより広範な類の一つの種であることに関してのみ法人と関わるることができる。

3) 制度の特性：複合的制度

制度は固有の個性性を有するが故にそれ自体として考察することのできる完結した実体である。このことは、制度が他の実体、他の制度と関連を有することができない、視点を変えていえば、後者の多少とも構成的な部分とはなりえない、ということの意味するので

(30) 場合によっては、法制度につき、その単純に抽象的な性質とは矛盾する概念が与えられることがあり、そこで語られる表現が概念自身の造形的イメージにすぎないことを想定しえないこともある。たとえば、Jehring, *Jahrbücher f. die Dogmatik ecc.* (I, P. 10) が公刊される際のプログラムを見られたい。それは法制度については余分のように思われるが、我々のいう制度にはうまく参照されうる。「今や法の総体は単に命題、思考の体系としてではなく、いわば生ける本性、奉仕する精神の法的存在の総括概念として現れている。我々は、法的団体の観念を単純にして自然なものとして保持することを欲する……」。イェーリングは、我々が明らかにしようとしている法の本質的特色を直感していたようである。もっとも、それが見い出されないところで探究していたのである。

[他の者は、法制度と社会体の意味における制度の二つの概念を区別することなく混同している。たとえば注(29-2)で引用したフランスの著者の何人かがそうである。Croce, *Teoria e storia della storiografia*, Bari 1917, p. 133 [5^a ed., 1945, p. 135] は「制度」について語るが、この語を「極めて広い意味で、つまり、内奥の感情から生活の外見の様式に至る個人と人間社会の実践的態度のすべてを包括するもの」と理解している。これはもちろん法学者に関わるものではないが、次に、「狭義の制度……家族、国家、商業、工業、軍隊、等々」につき語っている。「制度」という語に広い意味を与えている。すなわち、彼の引用する家族、国家のみに限定されない団体または社会体にも制度の語を使用している。

Orestino, *Filosofia del diritto*, Milano 1941, pp. 105, 143 は、法の分野に留まりながらも、明らかに二つの概念を混同し、これにより私の理論を正確に評価することができなくなっている。]

はない。かくして単純なる制度とともに、複合的といいうる制度そして制度の制度というものもが頻繁に存在することになる。たとえば、それ自体一つの制度である国家は、国際共同体というより広範な制度の中に含まれている。そして次に国家の中において他の制度が区別されることになる。かかるものとして市、県、行政庁としてのその各種の機関という国家に従属する公共団体がある。近代国家においては、いわゆる立法権、司法権、行政権があり、相互に関連した機関からなる統一体である。学校、学術団体、各種の施設等の行政法において特定の規定されている制度等がある。各制度の自律性は絶対的なものではなく、単に総体的なものでしかありえない。自律の観念は一定の視点からのみ帰結するのであり、この視点は変化しうるものである。完全な制度というものがあり、少なくとも基本的には自体的に満足し、その排他的な目的を達成するために十全の手段を有している。不完全な制度もしくは完全ではない制度というものもあり、これは異なる制度に依拠しており、しかも依拠の仕方には多様なものがある。実際、異なる制度と単に共存しているものもある。これに対し、大きな制度があり、前者はそれに内包され、それに従属しているものもある。そしてかかる従属は多様な形をとりうる。たとえば国家の個々の機関または施設のごとくより広範な構造の多少とも構成要素となっている制度がある。あるいは、いわゆる私的団体のごとく、国家により保護もしくは保障されているにすぎないものもある。最後に、他の制度と敵対的な地位にある制度があり、他の制度からすれば違法なものともみなしうる。たとえば、国法と対立する目的を提示する実体、あるいは教会から別れた分離派教会である。制度が現出せしめるこの多様な側面については、以下の考察において幅広く取り上げねばならない。ここでは我々が定式化した制度の概念の広範さを浮き彫りにするために総括的に言及したことで十分であろう。

4) 制度の統一性。

制度は確固とした永続的な統一体である。すなわち、その成員である人、その財産、その手段、その利益、その名宛人、その規範等々の個々の要素が変化しても、必ずしもその同一性を失うことはない。それは、同一の個性を保持し、固有の個性性を維持しながら刷新することができる。ここからそれを<自存する体>とみなす可能性が出てくる。そしてそれに生命を付与するのに必要なものであるが、生命を付与するとそれと一体のものとなるものとを同一視しない可能性もこれに由来する⁽³⁰⁻²⁾。

§ 13. 制度の概念と法秩序の概念の等価性。

七七

かくして制度につき、その本質的特徴を明らかにした。これによりその本質を探究することが可能となる。他の点については後述することにしよう。その本質はどこに存在しているのか。

これまで意図的に避けてきた言葉がある。それは制度の本性を明確にするのに必要かつ十分なものであると思われる。すなわち「組織」という言葉である。実際、制度が社会組織であることは疑いない。このようにして、制度の中で法人を成すものを定義しようと努

めてきたし、この単純かつ基礎的な概念をこれ以上分析することは不可能であると公言した。大いに濫用された用語が惹起せしめ、説明し明確にすることができないものにペールを被せるためにしばしば採用されたもっともな不信は別として、組織の概念は法的概念に還元されなければ法学者にとり役に立ちえないとすべきであろう（このことは我々にとって本質的なことである）。このことをなすために、同一のものしくは類似の意味の別の言葉で言い換えたり、言及することも十分ではないことも確かである。組織を自然有機体から区別するために、「神秘体 (corpus mysticum)」, 構造または建物または社会システム, さらに機構につき語っているかぎりは、正確でもあり、法的ではない観念を創造豊かで造形的なものにしていう用語が利用されており、したがって法学者の助けになりうるのであるが、この概念を社会学ではなく法学の世界で受け入れるために必要な形式と実体を同時に有する他のものと置き換える義務から法学者を解放するものではない⁽³⁰⁻³⁾。

かかる問題に与えられなければならないと思われる解は、すでに言及したところのものである。すなわち、制度とは法秩序であり、法の多少とも完全な自体的な領域である。先述した (§ 10) 法の本質的特質は制度の特質と一致する。制度が秩序であることは疑いない。制度を特徴づける組織、システム、構造、機構等の言葉は、まさしくこの概念を視覚化するものであり、「国家」という言葉の語源的意味もこれと異なるものではない。この言葉により今では制度の中で最も重要なものが示されており、以前においては、とりわけ市のような他の公共団体をも示していた。次に、かかる秩序が常に必然的に法的なものであるということは、法の特徴的目的はまさしく社会組織の目的であるという考察からの帰結である⁽³¹⁾。法は、単に諸個人の共存の原則を是認するのみではなく、個人よりも強力で継続的な社会団体を創設することにより、個人の力の弱さと限界を克服し、その短命さを凌駕し、一定の目的を個人の自然的生命を超えて永続化せしめることをも目指しているのである。かかる団体はある統合体、融合体を樹立することになる。そこにおいて個人は閉じ込められ、その活動のみではなく地位そのものも規制され、他の者の地位がある時は凌駕し、ある時はそれに従属せしめられ、事物とエネルギーが永続的かつ一般的な目的のために用いられる。そしてこのことを、それ自体離散している一連の要素を統合しシステム化する保障、権限、服従、自由、抑制の総体をもって行う。このことは、我々の描いた制度

(30-2) [しばしば、私の制度概念に対しては不確定であるという論難がなされた。わけても, Orlando, Stato e diritto, loc. cit., p. 250 があり, 最近では, V. Gueli, Regime politico e ordinamento del Governo, Milano 1942, p. 12 segg., nota 7 がある。多くの場合、機械的に繰り返されたこの論難に正当なものを見いだすことができない。制度を定義するのに、それは実体または社会体であるといつて十分であろう。私が追加した他の説明は省略してよい。かくしてあらゆる法学者は、基本的で、同時に基礎的な概念である実体または社会体の概念をもたざるをえない。これなしでは、これを前提としている他のものを理解できない。たとえば、家族、「事実上の団体」、法人という制度であり、少なくとも近代法において法人が通常現出している形態における制度である。そして、一定の基礎的な概念が過度に明確化されようとする、かえってそれを不透明なものにせざるをえない。]

とは法の始源的で本質的な第1の表明であることを意味している。法は制度においてでなければ外面化することなく、そして制度は、法によって創設され維持されるのでなければ存在しないし、そもそも制度であるとはいえない。

(30-3) [この考察とこれに続く考察は十分に理解されていないし、ある者からは誤解さえも受けている(とりわけ、Bonucci, *Ordinamento giuridico e Stato: contributo alla teoria della definizione*, in *Riv. di dir. pubblico*, XII, p. 97 segg.; Bobbio, *op. e loc. cit.*, p. 35-6 dell'estr., in nota; Capograssi, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, 1939, p. 6 segg., dell'estr.; Ziccardi, *La costituzione dell'ordinamento internaz.*, Milano 1943, p. 72; ecc. を見られたい)。彼らの判断によれば、私の探究は法的なものではなく、単に前法的なものであり、社会的秩序という事実とそれが産み出す法秩序の区別を浮き彫りにしない社会学的なものである、等々ということになる。これらの批判の若干のものについては、Orlando, *Ancora del metodo in dir. pubblico con particolare riguardo all'opera di Santi Romano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova 1940, I, p. 17 segg. が私を鮮やかに擁護している。結論として、「これらの批判は結局は大いなる賛辞になっている。というのは、私が述べたことはロマーノの論述の比類のない称賛になっていること、すなわち、一般公法に係る探究方法の完全な類型であることを確認するものであるからである」という。私の方で付言しておく。私がまさに目指したのは、一般的には法に先行するものであるとみなされていた社会秩序という事実を法の世界に取り入れることである。法の通常の定義の欠点と一貫性のなさは、まさにこの誤謬に由来することを証明しようとしたのである。とりわけ、かかる定義は非法的な要素または概念に訴えざるをえなかったのである。あるものは多く、あるものは少なくという違いはあるが、おしなべてかかる欠点を有していた。私の法の概念に対する既述の批判は、他の概念に向けられてしかるべきものであった。この点に関する判断がいかなるものであれ、私が試みたのは法に法学的定義を与えることであつたということをおそらくとも承認せざるをえないであろう。このような結論に到達するためには、法現象を社会・制度的現象に解消し、後者を法的現象に解消するしかない。すなわち前者と後者を同一視するのである。これは循環論法、同語反復、不当前提ではない。法の概念の完全な自律性、法それ自体の全体としての自己充足性及び自己完結性を論証しているのである。オルランドは(彼の別の著作、*Stato e diritto*, nel volume *Dir. pubbl. generale*, *cit.*, p. 249において)、私の概念につき正しくも次のように指摘している。「秩序が制度を産み、法が秩序を産む」ということではない。「これらの概念の各々は、ある意味で、親となり子となり、その逆でもある」。Messineo, *Manuale di dir. civ. e comm.*⁶, Padova 1943, I, n. 10 も法の概念における規範的側面を強調しながらも、次のようにいう。制度と規範は一時に誕生し、「連座」の関係にある。制度は規範を定立するから制度であり、規範は制度から自らの効力を引き出す。まさにかくのごとしである。これこそ私が論証しようとしている定理、一連の諸定理であり、このような意図が私のすべての作業の導きの糸である。]

(31) Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*⁷, Napoli 1917, § 13を見られたい。こうした法の特徴の明確化に貢献した者のうち挙げるべきものはギールケである。彼はこの命題の証明のためにその全著作を捧げたといえよう。より限定された範囲において異なる視点からではあるが、規範的法律と構成的法律の区別(Duguit, *op. cit.*, p. 551 segg.; *Les transformation du droit public*, Paris 1913, p. segg.) [; 同く、*Traité de droit constitutionnel*⁸, Paris 1927, I, p. 172 segg. も見られたい。], そして決定法規範と組織法規範の区別(Ehrlich, *op. e loc. cit.*, そして他の先行する著作)も何らかの重要性をもちえよう。

§ 14. 法は「形相」にすぎないという学説によるこの等価性の確証。

この真理の確証は、制度においては法以外の種類の力が確かに現れ貫徹するが、この力は単に個人的でいずれにしても組織化されていない力であり、それ以外ではありえない、ということを考察することにより得られる。実際に社会的であり組織化されている力は、いずれもそれ自体によって法に変化する。しばしば生じることであるが、この力が他の制度と対立する形で展開するならば、このことはそれに法的性質を否定する理由となりうる。あるいは制度により端的に反法的なものとみなされる。すなわち、その力は組織破壊的または反社会的力として働き、秩序に敵対することになる。しかしながら逆に、このような関係そしてこのような視点から離れてそれ自体として考察するならば、固有の要素を組織し規律しているので一つの法秩序である。すでに述べたごとく、革命組織または犯罪結社は、打倒の対象であり、その法律が侵害される国家にとっては法を構成しないであろうし、分離したセクトは教会により反法的であると宣言されるであろう。だがこのことは、このような場合に、それだけを取り出し、内在的に考察した場合には法的なものである制度、組織、秩序が存在していることを排除することはない。逆に、社会組織を有しないことはそれだけで法ではないということになる。

この議論には他の視点からアプローチすることにして、ここでは次のことを明らかにすることで十分であろう。すなわち、このことは極めて重要な真理であり、法は「形相」に他ならず、法にとり、法の概念にとり、その質料の内容は無関係であるという広範に流布している学説に含まれているものである。必然的かつ絶対的に法に敵対する、あるいは法から切り離されている要素、力、社会規範というものはおよそ存在しない。法への敵対あるいはいずれにしても法への対立は、不可避的に反社会的であり、あるいはその本性上個人的なものにおいて専ら生じるのである。かかる性質を有しないものが法の外に留まりうるのは、制度に組織化されない限りにおいてであり、形相、すなわち制度の構造、体制に組み込まれていない限りにおいてである。

したがって、しばしば行われるように、宗教、道徳、習俗、いわゆる慣習、経済、技術的規則等に対して法現象を区別する特質を定めるとの提案がなされるが、全く無益なことである。人間精神のこれらの表明の各々は、それが制度の境界内に入るたびに法の世界に全体としてまたは部分的に取り入れられ、その内容を成すことができる。法は倫理の最低限 (minimum) であるという文句が述べられ⁽³²⁾、人口に膾炙したとき、一部は真理が述べられたのであるが、大いなる誤謬でもあった。法は、単に道徳の分量のみではなく、経済、習俗、技術等の分量をも現す。そしてこの分量は、アプリアリに限定し測定することはできないし、最低限 (minimum) であるといわれたこともない。近代国家にとっては、一般に、倫理の基本的で本質的な原則のみがその秩序により組織化され、したがって法的なも

(32) Jellinek, Die socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht u. Strafe², Berlin 1908, p. 45 segg.

のなるということがありえよう。しかし、より広範かつ包括的な道徳的使命を帯びた、もしくは帯びるであろう他の国家にとっては、このことは真ではありえない。ましてや、その唯一の目的が道徳的使命により構成される他の制度にとっても真ではありえない。同様に、経済事象の大部分を自己の下に集中化し組織化する社会主義国家というものを想定することもできる。ところで、この意味において極めて意義深いのは教会に関する法である。教会法にとっては、倫理的及び宗教上の原理も、さらには純粹に典礼に関わる原理も法的性質を帯びている。それどころか、内心の行為に関する命令は宗教法の体系に含まれなければならないというのが古来からの共通した学説である。その際、若干の者は、外部的な行為と結び付く場合であるとし、他の者は、それ自体で十分であるとし、この結び付きが欠ける場合も含むとする⁽³³⁾。というのは、この制度の中には、かかる命令を遵守せしめる権威があるからである。以上のすべてのことは、法の概念を国家法モデルにのみ依拠して形成してきた者には、確かに理解の及ばないところであろう。しかしこれが現実であり、我々が提示している諸原理から出発して、説明されなければならない。同様に、原始社会においては法は習慣や宗教とも混同されていたと多くの人が主張しているが、これは重大な誤謬である。その本性上、区別されたままでおこななければならない要素の混同もしくは無差別化が問題となっているのではない。このような社会においては、習慣及び信条に由来する一連の豊富な諸原理が法の内容になっているのであるが、この点ではより進歩した他の社会の法と同じであるとみなしてよい。現在においても、進歩していないとは何人も判断しないであろうイギリス法は、国会制定法のみではなく、裁判所が適用し遵守せしめるルールをも、その起源と内容の如何を問わず、「法」とみなしているのである。

(33) この問題については、Wernz, *Ius decretalium*², I (Romae 1905), n. 98 ; [Ius canonicum³, Romae 1938, pp. 148, 150 segg.] ; Sebastianelli, *Praelectiones iuris canonici*², De personis (Romae 1905), n. 50 を見られたい。