

## サンティ・ロマーノ 『法秩序』（2）

井口文男

（承前）

〔§22の3）の第1段落の最後に登場する「外見だけの空虚な影」については、ダンテ『神曲』煉獄篇第2歌79行を見られたい。〕

§15. この等価性を基礎として解決すべき若干の問題の指摘。

法は制度においてしか具体化，実体化しえないとすれば，そして逆に社会的に組織化されたものが制度の要素として取り込まれた場合には，それがすべて法的性質を獲得するとすれば，法はあらゆる制度の生命原理であり，制度の種々の要素を活性化し統合し，無体の実在の構造を確定し固定し維持する，という帰結を引き出すことができる。立場を換えれば，制度は常に法体系である。ある意味では，制度を法の体，骨格，肢体とみなすことも不正確とはいえないであろうが，このことは，生命を身体から区別することができないように，実体的にも観念的にも法は制度から分離し得ないということを妨げるものではない。制度と法は，一方が他方に続くという関係にある二つの現象ではなく，同一の現象なのである<sup>(33-2)</sup>。

このようにして，しばしば提起される問題は全くむだなものとなる。たとえば，法が国家に先行するのか，あるいは逆なのかという問題である。これは，法は国家より先ではなく国家を離れて存在するか，すなわち真の法は国家法のみなのかという問題とは正確にいえば同じではない。我々の視点から出発すれば容易に答えることができる。国家が存在するならば，同時に法秩序が存在せざるをえない。法秩序はまさに国家体制を現すものであり，この体制が存在すれば国家は存在せざるをえない<sup>(34)</sup>。

同様に，国家は本質的に法的団体なのかそれとも倫理的団体なのか<sup>(35)</sup>という問題も存在理由を有しないし，少なくとも設題そのものが誤っているように思われる。倫理も国家の基本目的（とはいえ唯一のものではないが）になりうる—あらゆる場所及びあらゆる時代に妥当する目的をアプリアリに国家には付与することができる—とすれば—が，法は国家の生命原理，有機的構造，本質であり，それ以外のものではありえない。国家は法的団体なのか，むしろ倫理的団体なのではないかを問うことは，人間は生ける存在なのかそれとも道徳的存在なのかと問うことにほとんど等しい。あらゆる制度はその目的，その提唱する使命に鑑みて異なる定義をすることができる。かくして宗教制度，倫理的制度，経済的制

度、芸術的制度、教育制度等が存在しうるし、これらはすべて制度である以上、法的団体なのである。法も他の目的と比較し関連づける国家目的の一つと考えることから事態があいまいとなるのである。この考えは不正確である。法すなわち国家を構成する秩序により国家は存在し、国家が法を保護するとき一法は国家活動の相当な部分を吸収することができ一は、国家自身、国家構造、国家生活をまさに保護しているのである。このことは国家の使命及び目標一それが何であろうと一には関わることではなく<sup>(36)</sup>、国家目的が更に一層遂行されるための前提、必要条件にすぎないのである。

(33-2) [私の制度の概念は法の問題を前提とし、したがって法が制度よりも先である (prius) と異議を唱える者はこの考察に注意を向けていない。たとえば、Del Vecchio, *Moderne concezioni del dir.*, loc. cit., p. 11 dell' estr.; Ferrara, *Trattato di dir. civile*, Roma 1921, p. 3 nota; Miceli, *Le distinzioni nel dominio del diritto*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, 1923, p. 27; Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, loc. cit., p. 12 dell'estr. in nota; Volpicelli, Santi Romano, in *Nuovi studi di dir., economia e politica*, II, 1929, p. 13 segg.; Capograssi, *Alcune osservazioni sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, Sassari 1936, p. 6; *Il problema della scienza del dir.*, Roma 1937, p. 9; Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici, loc. cit., 1939, p. 6 segg. dell' estr.; Crisafulli, *Sulla teoria della norma giur.*, Roma 1935, p. 9 segg.; Bobbio, loc. cit., pp. 35-6 がそうである。もっとも、このうち若干の者は (Volpicelli, Capograssi, Crisafulli), 哲学的視点からのみ法の制度に対する先在を主張し、本書におけるように法の一般理論の探究において必要となる経験的歴史的地平においては、法と制度の相関関係あるいは同一化を受け入れざるをえないと明確に認めている。たしかに、法秩序は制度であり、制度は法秩序であるというべきであるとすれば、制度は法を、すなわち秩序を有するというのもできよう。ここで秩序というのは、制度の部分成す、あるいは制度から発する諸原則、諸規範のことと理解されている。かくして、全体は、自らを構成するあれこれの要素を有しているというのがごときである。同様に、「私は霊を有している」というのもできよう。この時、語る者は霊のある体を想定しているのである。あるいは逆に、「私は体を有している」と語るのもできよう。ここでは体を捉えた霊が想定されているのである。すなわち、その者は同時に霊的及び体的存在であるというのが真理である。次に、私が§ 13の最後のところで、「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」と主張したが、これは矛盾であるとの論難が先述の若干の者からなされているが、これは全く根拠がない。鶏は卵から生まれるという主張は、卵は鶏から生まれるという主張と矛盾するものではない。肝要なのはいかなる意味で、いかなる意味で、その主張をしているかを知ることである。両者ともに真なのである。同じく、卵と鶏は同一の現象の二つの側面であるという主張も真である。注(30-3)をも見られたい。]

(34) 国家に関してであるが、国家と法を同一化し、同じ実体を成すとし、あるいは時に、同一の実体の二つの側面であるという観念が不用意に主張され、そこから誤った帰結が引き出されながら、それが含む正しい面が指摘されないというのは、奇妙なことである。かくして、近時、Kelsen, *Hauptprobleme*, p. 245 segg.: *Ueber Staatsunrecht* (*Zeitschrift f. das priv. u. öff. Recht*, 1913, pp. 44 segg., 114) は、旧理論を流布させながら、国家は法秩序としかみなされないで、国家不法ということは想定しえないと主張する。明らかに、この命題は、国家が存在するということが国家がなすことを混同している。存在する限りにおいては、国家は法 [自己の法] に対立するということが決してありえない。機能する限りにおいては、対立はありうる。

(35) この論点については、わけても、Ravà, *Lo Stato come organismo etico*, Roma 1915 を見られたい。

§ 16. 法の最初の地位が規範ではなく制度の生成により与えられるケース、そして制度を規範に解消することが不可能であること。

かくして多様な視点による論拠により証明せんと努めてきたことが、他の方法により証明された。法の基本的かつ一次的側面は法が具体化されるところの制度によって与えられるのであり、法が働くところの規範もしくは一般に命令によるのではない。これらは派生的かつ二次的側面を成しているのである。このことは、法を有機的統一体として捉え定義しなければ直面することになる不可能性 (§ 3 以下)、上述した法の客観的性質 (§ 7)、法に内在し規範の概念に還元しえない制裁の要素 (§ 8) のみからではなく、以下の考察からも帰結する。ある制度が誕生し、その秩序を有しはじめる瞬間に注目するならば、この瞬間は先在する規範によって惹起せしめられるのではないこと、したがって法が制度ではなく、それによって制度が存在し機能する規範の総体であるとみなすのは不可能であることが、ただちに分かるであろう。このことは、たとえば、国家の場合には明らかであるが、国家の場合に限られない。国家は存在するが故に存在し、そして、それが存在し、誕生する瞬間から国家は法的団体である<sup>(37)</sup>。国家の起源は法規範に規制された手続ではなく事実である。このことは繰り返して示してきたところである。そして、この事実が完成し、実効的で生きた活力のある国家が存在するやいなや法は存在する。これに対し、規範は国

36) さらにひどいことには、時折、本文で述べたあいまいさに他のあいまいさが融合することがある。いわゆる警察国家は、通常の型通りの観念によれば、主要な機能として社会的平和及び成員の平穏な共存を確保し保障する機能を付与されており、まさに純粹に法的任務を有する国家であると確信されている。しかしながら、法の保護と公共の安全、公共秩序等の保護とは別のことである。前者は言葉の真の意味での国家目的ではなく、国家の保持を超える目的であり、後者はそうである。法学者と哲学者によく見られるこの混乱については、拙著 *Principii di dir. amministrativo*<sup>3</sup>, Milano 1912, n. 201 [ ; *Corso di dir. amministrativo. Principii generali*<sup>3</sup>, Padova 1937, p. 4] を見られたい。

37) この意味で私の、*L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giur.*, LXVIII, 1902[ ; *Principii di dir. costituz. generale cit.*, cap. XIV] を見られたい。これに対し、次のように主張する者がいる。「国家の誕生の初期における国家秩序は、単なる事実上の組織である。……そして後に、……国家の組織は、すべての秩序と同様に、法規範によって規制され、法的性質を帯びるようになる。」(Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, I, Napoli 1912, n. 111). これに同意するものとして、Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*<sup>3</sup>, Berlin 1914, p. 337 segg. を見られたい。同じく、「あらゆる秩序は、時間において、その原因が何であれ、現実のものから法的なものに転化する瞬間というものを有している」(Marinoni, *La responsabilità degli Stati*, cit., p. 20) と考えられている。かかる見解は、法は規範以外のものに探究し見出すことはできないという先入観に依拠していることが明らかである。ところで、まるで秩序というものが、定義上、すでに規律されたものではないように考えて、法的なものではなく、後に規律されるようになることを期待し、そのうえ規律するようになる「国家秩序」というものはいかなるものか、そのようなものが観念しうるのか、これは私の理解しがたいところである。[私の見解に同意するものとして、さしあたり、Biscaretti di Ruffia, *Contributo alla teoria giuridica della formazione degli Stati*, Milano 1938, p. 11, nota 11 e passim を見られたい。]

家により後に制定されることになる。したがって、法の第1の地位は規範によって与えられるのではない。規範は法の事後的に補完的な表明である。ところで、法は制度より先に、そしてその外では存在しえないというのは、規範を法的なものにする組織がまさに欠けているからである。しばしばいわれるように、法は社会組織の定立する規範であるばかりでなく、社会組織でもあり、それが他の発現とともに規範を設定するのである。規範の法的性質が、それを定め少なくとも是認する社会権力により与えられることが真であるならば、この性質はすでに制度の中に見出されなければならない。そして制度は法的性質を保有していなければ、それを規範に帰属せしめることはできないであろう。

法は、まず何よりも、社会団体の地位、組織であるということは真である。この公理を受け入れなければ、法の根拠と拘束性を超法的に説明しなければならないという不都合に直面することになる。そのために法を純粹に心理的な力とする理論<sup>(38)</sup>が出てくる。これは真理の要素の若干を含むものではあるが、法理論としては受け入れることのできないものである。この他にも法の中に個人的に単に物質的な力を見る理論があるが論外である。ところで、このように構想された組織は規範もしくは規範の総体ではないことは確かである。というのは、すでに検討したごとく、組織は規範に先行しうるものでありうるからであり、後行しそれと接続するものであるとすると、これは明らかに規範の執行の結果として生じる現象であり、したがって規範ではない。規範は組織に方向性を与えることができる。だが、規範自身が行うのではない、ましてや規範の存在という単なる事実により自動的にそうなるのでもない<sup>(38-2)</sup>。

(38) たとえば、この理論については、Triepel, *Völkerrecht u. Landesrecht*, Tübingen 1899, p. 82; Hold v. Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Jena 1903, I, § 20をみられたい。幾分緩和された形では、Miceli, *op. cit.*, § 25; Anzilotti, *Teoria generale della responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Firenze 1902, p. 68を見られたい。「法の拘束性は法的原理というより道徳的観念である」と主張している。

(38-2) [この観念を適用して、別の所で国家につき次のように記した(最近では拙著 *Principii di diritto costituzionale generale cit.*, cap. VI, § 2, n. 2において)。国体は規範により宣言され、その帰結であることが多い。だがそれ自体として認知した場合には、規範に尽きるものではない。規範は国体の外的徴表、成文化、確立の形式にすぎない。国体が実効的なものとして与えられるのは制度によってであり、この制度において国体は明確な形を成す。換言すれば、国体は建築物であり、建築物は建築家が描く図面ではない。図面は建築を続けなければならない者もしくはそこで勤しむ者の指標である。明晰な洞察でもって古代の理論は国体と法律を区別した。アリストテレスは書いている(『政治学』第4巻1289a)。「法律は根本的に国体と区別される」。注釈者と翻訳者は確認している。法律は「国体と宣言されるものから分けられる」(Victorius), 「国体と記されるものから区別される」(Ramus), 「国体とされるものから分離される」(Giphanus), 「国体を構成するものが法律に列挙されないことを十分明白にする」ために (Heinsius)。しかしながら、国体のこの性質は、一般に思われているように、国体自体が国法より先にあり、国法の外にあることを意味するものではない。もしそうだとすれば、国体と憲法は同一のことなので (*op. cit.*, cap. I), その論理的帰結として憲法というものを否定せざるをえなくなるであろう。]

## § 17. 制度の概念と国際法秩序。

いかなる法の定義においても比較の試金石は特にいわゆる国際法の問題によりあたえられている。したがって、我々がこの問題を吟味することも無益ではなからう。我々の公理は次のようなものである。国際法を各国の国内法の発現または投射であるとみなして、その存在あるいはその自律性—この二つは結局のところそれ程異なるものではない—を否定するに至るような定義は、いうまでもなく誤謬であるか不完全である。法の定義は、学問的伝統にとつてのみでなく、社会通念とりわけ決して否定されることのない確固とした実務にとつても、かかるものとみなされるところのものを含みうるような方法で与えられなければならない。そうでなければ、それは恣意的なものになる。現実が—法学者により—概念に服すべきではなく、後者が前者に服すべきである。

それ故、我々にとって、問題は次の間に尽きる。国際法秩序は制度であるか。制度の像をどこに探究しなければならぬかは疑いもなく次のようになる。諸国家の共同体は、我々が叙述した見解に即して、あらゆる法システムの本質的特徴でもあるところの制度としての特徴を示しているかを探究しなければならない。そして、さしあたり、かかる共同体が広義の意味において理解さるべきか、すなわち、それは単一のものであり、諸国家が普遍的にそれに参加しているのか、それとも、相互に多様な形で関係を結んでいる諸国家の集合ごとに個別の国際法が定められているというような共同体が存在しているのか、ということを決定的ことは差し控えておくことにする<sup>(39)</sup>。この見解のいずれを選択するかは、確かにどうでもよいことではない。だが、われわれの推論は双方に関わりうるものであるので、いずれの立場もとらない方が有益であろう。

周知のごとく、国際社会は法人ではない、という点につき学説は一致しており、このことを疑うことはできない。だが、制度というものはかかる性質とは全く関わりのない概念であると述べた我々にとっては、このことは全くどうでもよいことである。とはいえ、国際社会は法的に組織されたものではない<sup>(40)</sup>、という別の主張もしばしば繰り返されている。制度はまさしく組織と同義語であるので、この主張は国際社会を制度として考察することの妨げとなりえよう。だが、このような主張に帰すべき意味はあまり明確とはいえない。ある場合には、この主張によって、国際共同体は人格性を有しないという原則を他の形態で繰り返しているようにも思われる。他の場合にはそうではなく、国際共同体には各国が服従すべき最高の権力が欠けていることを明らかにしようとしている—このことは我々も関心を持たざるをえない。だが、組織の概念が、このような意味での最高性とそれに関連する従属性の関係を必然的に含意しているものとは思われない。実際、いかなる国家も、そして多数の国家も他国に対して決して優位しないという形で、かかる権力にすべ

(39) 後者は、周知のごとく、Triepel, *op. cit.*, p. 83 segg. の見解である。

(40) だがこれと反対の所見については、Marinoni, *La responsabilità degli Stati ecc.*, p. 31 segg. を見られたい。

ての国家が服従すべきだとすれば、かかる権力は国際共同体自体に帰属せざるをえないだろうし、このことは、国際共同体が必然的に人格を構成せざるをえないことを意味するであろう。したがって、国際共同体のごとく、全く対等の共同体は法人である限りにおいて法的に組織されていることになる。ところで、この命題は恣意的であり、論証されえないように思える。むしろ、国際社会の構成国の間に見られる平等と相互の独立という条件は、その組織の特質であり、あるいはその組織の結果といってもよい、とみなすべきであろう。これと反対の意見は、しばしば繰り返される一面的視点によっておそらくもたらされたものであろう。この視点によれば、法概念の本質的特徴は単一の法分野—ここでは国内法—においてのみ現れる偶有的なものにすぎない特徴のことである。

他方では、国際法の根拠と本質に関する近時の学説においても諸国家の社会の組織化を必然的に含意する要素を容易に見出すことができよう。もちろん学説の中にもこれと反対の主張はある。実際、国際法の法源である協定が、個別の国家の意思とはもはやいえないような意思、国家の根拠となり国家に優越する単一の意思を産み出すことになる場合、かくして国際法が当事者を超える法 (*ius supra partes*) としての性質を獲得するといわれる場合<sup>(41)</sup>、あるいはより強調した形で、国際法は国家に向けられた指令もしくは命令に解消されるといわれる場合、このことすべては国際共同体の組織化—単純なものではあるにしても—を前提にしている。国際共同体は、人格を有する団体<sup>(41-2)</sup>におけるのと同じ意味での機関を有していないであろうし、若干の国家の他の国家に対する服従と依存の地位に依拠していないであろう。そうではなく、その構成員であるすべての国家の非人格的で主格でない権力に服従する地位を含意しているのであろう。この権力こそは国際共同体の存在を許容し決定するものである<sup>(42)</sup>。そして我々は、「組織」という表現に、制度の概念を明らかにするために採用したのと異なる意味を付与しないようにしよう。国際共同体の「構成員」としての国家に通常付与される資格も、結局、類似の意味を有している。「体」、「有機体」でなければ、構成員となれないことが真であるからである<sup>(43)</sup>。かくして、異なる国家に共通の機関があるケース、もしくは複数の国家の機関が唯一の体あるいは機構に統合されるケースが稀ではないということを想起しないことができる。このことは、

(41) こうした観念については、すでに引用した Triepel, p. 74 segg. の労作を見られたい。一般に、これに追随するものとして、とりわけ、Anzilotti, *La responsabilità cit.*, p. 71 segg.; *Corso di diritto internazionale*, I, Roma 1912, p. 47 segg. [3<sup>a</sup> ed., 1928, p. 41 segg.; ed. tedesca cit., p. 34 sgg.] がある。

(41-2) [通説と異なり現在の私の見解によれば、社团的なものであれ、制度的なものであれ、人格を有しない社会団体も、法人と同様に機関を有する。拙著 *Corso di dir. internazionale*<sup>4</sup>, Padova 1939, p. 213 segg.; *Corso di dir. amministrativo*<sup>3</sup> cit., pp. 95, 100, 102-3; *Corso di dir. costituzionale. passim* を見られたい。私の見解に与するものとして、Fedozzi, *Introd. al dir. internaz. e parte generale*, in *Trattato di dir. internaz. diretto da Fedozzi e Romano*, ristampa della 3<sup>a</sup> ed., Padova 1940, p. 472 がある。]

(42) Anzilotti, *Responsabilità*, p. 74:「国際法は、国家が服従する権勢を表現している」。

(43) グロチウスの *De iure belli ac pacis*, II, cap. 8 §26, cap. 15 §§5 e 12 は国家につき、「単一体の成員 (*Membra unius corporis*)」(すなわち万民社会 (*societas gentium*) の成員) という。



その非人格化と両立しうる形での国際社会の組織化を含意している。

ところで、我々によれば国際法秩序が具体化されている国家共同体に見出されるべき制度の特徴は、従前の学説においては明瞭に観念されており一定式の仕方は異なるが一、それが忘却され、あるいは否定されることにもなったのはつい最近のことである。このことは今や広範に流布することになった観念に帰すべきである。それによると国際法の唯一の法源は諸国家の集合的意思に見出されることになる。そして、この意思は慣習または協定もしくは条約の形式で表明され、かかる意思がその都度具体的に構成されるのに先行するいかなる要素と契機をも国際法の領域から排除する。

まず第1に、かかる観念は、法を単純なる規範の総体に還元する共通の見解に明らかに結び付いている。この視点からすれば、先に我々が一般的にこの見解に向けた批判を免れるものではない。ところで、この見解は国内法の場合以上の重大な帰結を国際法にもたらしている。実際、国家の個々の法律は、法律を制定し法律の拘束力と実効性の唯一の根拠である国家というものにすべて依拠していることを否認する人はいないであろう。ところが、先の見解によれば、国際協定は、後によく見るごとく、各々自体的に存立しており、各々が自らの効力を自ら引き出すことになり、法源として法の第1原理を構成していることになろう。このような前提からは、一の国際法が存在するのではなく、この協定の数と等しい多くの国際法が存在するという帰結が引き出されうることになるし、少なくとも部分的には引き出されている。

加えて、この学説は、国際法の法源を列举する際に実定法分野を超越する自然法の原理に支配された理論に対する反動であることを指摘する必要がある。かかる側面の下では、この学説は疑いもなく健全なものであり、多くの概念そしてとりわけ方法の修正に有益で多大な貢献をなした。とはいえ、そのかなりの根本的部分及び起点そのものにおいて内在的な矛盾を抱えていると思われる。この矛盾は、その展開において、種々の技術的方便のおかげで軽減されているが、いまだ除去されたとはいえない。実際、この学説は、古い自然法論の多くの影響から国際法を純化するという目的をもって、法実証主義の定立として定式化されてきたが、自然法論が国内法を説明しようとしてきた典型的理論の一つである社会契約論が設定したのと全く同一の公理を繰り返している。社会契約論の出発点は、いわゆる自然状態において完全に自由で独立である孤立した個人であり、この個人は意思の合致により自らが創設した国家体制に服従する。そして、全く類似したイデオロギーにより、各国家の始源的な独立が主張される。各国家は自ら国際法を設定し、相互の協定によってそれに服する。この協定は真正の社会契約であり、名称とそれを分析する法技術が異なるのみである。国内法において対応する理論を克服するためには—全く異なる側面を有する哲学的意味については触れないで—、個人の法的地位は、それがいかなるものであれ、それを与える秩序である国家の誕生の結果であるということを指摘することで十分であった。その結果、国家秩序が個人の地位を説明することができるのであり、その逆ではない。同じ異論が国際法学者に向けられていないのは奇妙なことである。諸国家が相互に独立していれば、この条件は、法的視点からは、国際法に先行するものではなく、国際法

によって措定されているのである。そして、あらゆる国家は、自らが固有の意思でもってその形成に与った規範によってでなければ拘束されえないという原則は、実定国際法の原則であり、したがって実定国際法がすでに構成され施行されていることを前提にしている。これに対し、国際法秩序が諸国家の協定から誕生し、この協定は法に先行する契機である等々と主張する場合には、かかる秩序の基礎に諸国家の自然的条件を置いていることになる。加えて、国家の誕生以前の諸個人の自然的条件といわれるものがそれに符合するものを有していないのと同じように、この条件は現実にそれに符合するものを有していないのである。自然状態において孤立して生存する人間の景観が純粋に形而上学的で非歴史的なものであるように、他の国家から孤立し、他の国家と共同体を成して生存していない国家の観念は、それに劣らず形而上学的であり、神話的であるとさえいえよう。歴史的視点からすれば、近代以前の国際法は、帝国の俗権と教会の靈権に諸国家が服している原理に依拠するものであった。もちろん若干の国家が他の国家に服従するということはあった。したがって、諸国家が現在は独立しているということは、国際法と無関係な始源的で自然な条件ではないのであり、まさに偶有的なものであり、近代になってから国際法が帯有することになった特別な性質の帰結なのである。次に、独立と結び付いてはいるがこれと同視することのできない諸国家の平等の原則は、本則ではあるが、現在でも例外がないわけではない。このことは必ずしも正確に評価され判断されていない。

以上述べたところから引き出されるべき結論は、我々によれば、極めて単純なものである。国家というものが国家とそれに関連する法秩序の存在の唯一の契機であるので、国内法は国家の存在そのものと関わっているごとく、国際法は国家共同体の存在自体と関わっている。そして後者は、それを構成し規制する法秩序を必然的に前提とする。国際法の具体的規範は、共同体を構成する個別の国家の意思をもってしてでなければ存在しえず、そのことを欲した国家の間でのみ妥当するという原理（主張されているように絶対的なものであるのかということについてはここでは探究しないでおく）は、法的原理である。このことは、各国家の内部における立法権は個々の市民ではなく一定の機関に付与されているという他の原理一異なる、というより対立する原則一と同一の性質を有している、というに等しい。それ故、この原理は、国際法の始源的な契機においてではなく、新しい規範、新しい制度を設定し、先行のものを修正する等々のことが問題となる事後の契機において妥当する。たとえば、法律は両院により可決され国家元首により裁可されなければならないという原理は国家が設定された瞬間から妥当するが、国家自体は国家形成の瞬間に、すなわち先行する規範の基礎なしに誕生する憲法とともに措定される。このことは我々を次のような見解に導く。国内法と同様に国際法も、その初期の瞬間においては、制度として、国家間組織の必然的産物として確立する。そして国家間組織が形成されるとともに、事実上も法上も構造が産み出される。

この点に固執することは無意味なことではない。国家が形成される過程は、いうまでもなく、前法的なものである。しかし国家が現実に誕生したならば、それはすでに法の秩序であり、立法権の付与された機関はその構成部分となる。それ以降においては、当該機関



は法的存在となり、それにより制定された法律は法的効力を有することになる。国際共同体に関しても別途に考える必要はない。現在の構造を具備するその形成は、漸次に行われ法に規制されることのない事実である。だが、一旦それが現実にあるがごとく構成されると、国家が自らの意思で新しい規範の制定に寄与すべきであるという原理は法的なものとなり、さらにかかる協定により形成された行為も法的なものとなり、これらは国際法という建築物に次第に追加されていくことになる。したがって、国際法に事後的に集積されることになる他のものの基礎となる国際法の最初の試金石が誕生する瞬間は、通説がいうごとく、この協定により示されるのではなく<sup>(44)</sup>、今日の国際共同体の誕生自体により示されるのである。このことは次のことを意味する。国際協定は、多くの人々がいうごとく、法の先在性から独立した自己の効力を有するのではなく、また他の者がいうごとく、その実効性を慣習から引き出すものでもない。そうではなく、国際協定は、国際共同体が存立するとともに措定され、その構成、その現実の制度的特質と共通の性質を有する原理に依拠している。そして、当該原理が、国家の意思の一致した表明の効果としてのみではなく、国際共同体が時宜に応じて服すべき変更により事実上においても、変化するということは抽象的には可能であろう。たとえば、ある国家の憲法秩序が、合法的手段以外でも、法的ではない変革によっても行われうるように、一もしくは複数の国家による覇権の獲得による場合である。かくして相互的に、中世においては皇帝と教皇への服従という関係に依拠していた諸国家の社会は、近代においては一連の歴史的事件により均等な社会に変化していく。このような考察は、諸国家の平等と独立という今日の条件は、今日では前法的なものではなく、国家共同体という構造により惹起されたものであることを示している。次いで、特に国家に関わる事後規制に必要な諸国家の協定の原理を主張して、国家共同体が何故に現在の形で構成されたかを問うことは、まさしく法とは無縁の探究である。これと同類のことは、ある国家において立法権が他の者にではなく一定の機関に付与されているのは何故かと問うことであり、あるいは、その機関が合議体である時には、その機関の過半

(44) かかる前提から出発して到達する帰結は、完全に論理的なものではあるが極端なものであることを指摘することは興味深いことといえよう。そして、我々によれば、この帰結は、かかる前提を再検討する必要性を示すものである。Anzilotti, Corso cit. I, pp. 48, 49, 53 segg., は, [ediz. 3, del 1928, ed. tedesca cit., p. 189 segg., 273 segg. におけるのとは異なり], 規範的な合意は法を設定し、法に先行し、法の外にあり、法的ではないが法に先行する事実である、という見解に現在は立っている。これに対し、通常の見解及び伝統的な学説は、すべての国際条約を法的行為とみなしている。Anzilotti, La responsabilità, p. 48 もかつてはこのように考えていた。同様な視点から、規範的な合意と資格づけられるものは、先法的な事実であり、いかなる法的決定にも関わるものではないので、規範と資格づけることはできず、したがって契約と区別されると主張されていた。(Gabr. Salvioi, Sulla teoria dell' accordo in diritto internazionale, Napoli 1914, p. 30). これも論理的ではあるが、帰結に注意せよ (cave a consequentiariis) という格言を想起されたい。かくも精密に彫琢された合意の理論が、国際法の基礎に関する近代の見解を産み出したのか、それとも近代の見解が合意の理論を産み出したのか、いずれであるかは分からないが、現在では合意の理論が近代の見解により否定されていることはいずれにしても暗示的である。サトウルヌスは我が子を喰らい、あるいは……その逆となる。

数ではなく全員一致が、そして逆に全員一致ではなく過半数が要求されているのは何故かと問うことであり、これも法とは無縁の探究である。

以上の所見は国際法の他の原理の存在を明らかにすることにより確証されるであろう。それはいかなる協定によっても措定されたものではなく、したがって協定に根拠づけることはできず、国際共同体という総体から帰結するものである<sup>(44-2)</sup>。たとえば、国際秩序の尊重を強制するために国家による実力の行使を容認する原理は法的原理である。このことは我々にもそう思えるし、国際秩序を専ら国家の共通の意思に根拠づける人々も一般にそう信じているところである<sup>(45)</sup>。しかしながら、この原理はいかなる協定に由来するのか。条約はそれを規律し限定したが、すでに存在することを前提にしている。いかなる条約もそれを措定したことはない。そして慣習に訴える場合であるとも思われぬ。ここでもすでに述べた意味での制度と性質を共有する原理が存在している。

そしてこの点で、国際法は国家共同体に内在する秩序であり、それとともに誕生し、それから分離しえない、個別の協定から帰結する個々の規範である以前に共同体自体が具体化されている制度の中に国際法を探究すべきであり、したがって国際法は、まず何よりもそしてその統一という側面においては、組織化されたものまたは制度である、という主張に我々は留まるべきであろう。国際法の法源論に関して引き出すべき更なる帰結は、ここで展開することはできない。それはより適切な場で取り扱われるべきである。

とはいえ一つの考察を追加するのは無益ではなからう。本節の冒頭で述べた通り、その中にすべての国家を包含する国際共同体が存在することを若干の者は否定し、各国家と他の国家との関係の数ほど、それだけの共同体が存在すると主張している。この説の由来は、これまで指摘したことを踏まえれば、今や明白であるように思われる。それは、国際法をベネローベの糸のように各規範的協定ごとに新たに (*ex novo*) 織ることから始めるような

(44-2) [この基本原理または構成原理は、国際共同体の存在自体により措定され、協定を根拠とする法の規範でもなく、慣習法上の規範でもない。これについては、拙著 *Corso di diritto internaz.*<sup>4</sup>, p. 31 segg. を見られたい。国家の秩序に関する類似の性質の原理については、拙著 *Corso di dir. costituz.*<sup>8</sup>, cap. XXIV n. 1 及び最近の *Principii di dir. costituz. generale*, cap. VII §6 n. 7 を見られたい。この原理に関する自説に実質的に与するものとして、Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principii generali del dir.*, in *Studi sui principii generali dell'ordinamento giur.*, Pisa 1941, p. 186 segg. を見られたい。]

(45) とりわけ、Anzilotti, *Corso*, I, p. 28 segg. [; 3<sup>e</sup> ed., 1928, p. 44 ; ed. tedesca, pp. 395, 402 segg.] を見られたい。この著者は、国際規範を法的なものにする強制をここに見出している。他方で、国際規範の法的性質の論理必然的な帰結であることのみを理由にして、力の行使が法的に許容される、とみなすべきだとは思われぬ。国際規範は法的なものであるので強制を必要とすることになるであろうとか、強制は個々の国家に優位する権力により与えられないということにはならない。実際、明示された合意による限定を除いては、力の行使一般が国際法により許容されているということとはできない。たとえば戦争のごとく、積極的に確定された一定の手段のみが合意されているのである。このことは、言及した他のものから帰結されるのではなく自体的なものである原理あるいは多様な原理が問題となっていることを示すものである。これは他の論証から切り離さなくてはならず、ここで主張すべきことでもない。

ものとみなしている他の説の単純なる論理的帰結である。そして首尾一貫したものであるためには、そこから次の結果を引き出さなければならないであろう。すなわち、これらの協定の各々は、相互に同意する国家の数のみではなく、その合意する特定の対象においても限定された単純なる関係を形成するのであり、一の共同体を形成するのではない。かくして一般国際法の存在が否定されることになる。一般国際法なるものは、理論上の抽象、あるいは、すべての国家間もしくは国家の大部分の間の関係に事実上共通する諸原理の総体としかみなされえないものである。こうした原理は真の法的統一体を成すものではなく、便宜と簡略な取り扱いのために一体のものとして示されるのである。実定国際法は、各国が関係する他の国家に対する個別法以外の何ものでもない。すなわち国家Aと国家Bとの関係、次いで国家Cとの関係と続いていくことになる。まさしく各々の具体的協定から帰結する法である。これが現実と矛盾することは明白であり、そしてそこから引き出されるべき帰結のすべてを実際に追及するよりも抽象的にそれを主張する方が容易である。このような帰結に至る途に足を踏み込んだ者も途中で留まり、かくして前提の誤謬を証明することになり、前提を忘却せざるをえなくなるが、その説明は以上のようになされるのである。そこで、個別国際法は一般国際法に接続し、それを前提とする法であるとする通説が登場するが、この前提が正しいとしても拒絶せざるをえないであろう。

したがって、このような視点からしても、統合的な統一体とみなされる国家共同体の存在を再確認することに引き戻される。すなわち制度であり、誕生する新しい国家は、いわゆる承認によりそこに加わり<sup>(45-2)</sup>、そしてこの加入の行われるごとに自己の同一性を更新せず、むしろ保持しつつ、この制度は拡大する。かくして国際法も、その独自の立場から、我々が一般的に叙述した法秩序の概念の正しさをよく確証することになる<sup>(45-3)</sup>。

(45-2) [国際共同体への加入は、いわゆる承認により行われるということを後に私は否定している。私の Corso di dir. internaz.<sup>4</sup>, p. 60 segg., 106 segg. を見られたい。]

(45-3) [本文中述べた概念に依拠して国際法を論じたものとして、拙著 Corso di dir. internazionale cit. を見られたい。かかる概念を一般的に支持するものとして、Breschi, La Società delle Nazioni, Firenze 1920, p. 87 segg.; Fedozzi, Trattato di dir. internaz., per cura di Fedozzi e Romano, Introduzione e Parte generale<sup>3</sup>, Padova 1938, p. 15; Monaco, Solidarietà e teoria dell' istituzione nelle dottrine di dir. internaz., §§ IV e V, in Arch. giur., 1932 がある。個別の論点への適用についての支持として、とりわけ次のものがある。1) 国際秩序と国家秩序の関係につき, Monaco, L'ordinamento internazionale in rapporto all'ordinamento statale, Torino 1932; 2) いわゆる国際法の一般原則につき, Fedozzi, op. e loc. cit.; 3) 国家連合につき, Zanobini, in Enciclopedia it., voce Stato, XXXIII, p. 621; Biscaretti di Ruffia, Sull' esistenza di unioni non internazionale di Stati diverse dagli Stati di Stati, in Scritti in onore di Santi Romano, Padova 1939, III; Lo Stato democratico moderno, § 78; C. Schmitt, Führung u. Hegemonie, in Schmollers Jahrbuch, 1939, p. 5 dell' estr.; 4) 保護国につき, Zanobini e Biscaretti citt., Baldoni, Le unioni internazionali di Stati, in Riv. it. di sc. giur., 1931, p. 13 estr.; 5) 国際組織の内部法につき, Baldoni, Gli organi e gli istituti nelle unioni internazionale, in Riv. di dir. internaz., 1931; Monaco, I regolamenti interni degli enti internazionali, in Jus gentium. Annuario it. di dir. internaz., I, 1938, p. 52 segg.]

## § 18. 制度と法関係：多数人間の関係。

制度の概念及びそれが法秩序の概念と等しいことについては、概念自身を他の混同しやすい概念から区別することにより確証され明確にされた。第1に、制度は個別の関係または特定の複数の法関係に決して解消されることはない (§ 10)。法関係は、基準点として少なくとも2項を前提にするので法の主観的観念に関わっている。我々によれば、この2項のうちの1は、包括的にもしくは限定的にその側面において考えられた人格あるいは(法人の場合は)機関とされた人格からなり、他は、第1の側面もしくは機関に他の側面もしくは機関が対峙する時には同一の人格、またはその権利もしくは義務の客体により与えられる。したがって、関係は自体的な実体ではなく、異なる実体間の関連である。ここでは実体という語は広義の意味で使用されている。これに対し、制度は客観的法であり、そして客観的法というのは、法の世界において実効的、具体的、客観的存在を有している団体、社会体だからである。制度は関係を含意するが、これに解消されない。むしろこれに先行するものである。それは、関係自身がその軌道内で展開する場合に、法的なものと資格づけられるために必要な組織または構造に制度は存するという意味においてである。制度は統一体である。関係は、法的なものであれ非法的なものであれ、多元性を前提とする。このような理由により、たとえば、国家を単なる法関係とみなす観念<sup>(46)</sup>は不十分であるばかりでなく、誤謬であることが論証されるのである。この観念は、法人格を有しない国家についても峻拒すべきである。

このことから、制度が誕生するためには、単純なる関係で相互に結合している人格の存在では十分ではなく、その間により緊密で有機的な結合が必要であるという論理的帰結が引き出される。超越的な社会構造が形成される必要がある。個々の関係のみではなく、何よりもその一般的な地位そのものがこれに依拠し、または支配されているのである。かくして二人の自然人のみから成る制度を想定することは不可能である。これは常に二つの個体として留まり、一つのもを構成する様式を有しないであろう。だが留意しておくべきは、人格的要素が二人の人物のみによって体现される制度が存在しうることが、これにより排除されないということである。とはいえ、このような場合には、この要素が、結合し統一する効力を有する他の何らかの要素によって補完される必要がある。この他の要素は欠けている場合が多い。かくして夫婦からなる社会は、それ自体を考察すれば関係以外の何ものでもないが、家族という法的形姿すなわち制度になりうるし、通常はそうになっている。実際、夫婦からなる社会は、たとえば夫に戸主としての資格を承認することによりそれを組織化する国法の介入により、あるいは、このことを別にしても、個人が服従する目的—この目的は、現在の成員を過去と将来の成員に統合する絆により、通常は夫婦を超えて継続することが可能なものとして追及される—の性質自身により、継続的な統一体、社

(46) この観念は、状態説 (Zustandslehre) という名で主張されている他の正しい観念と決して混同してはならない。ところが、Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, p. 38 della traduz. it. (Milano 1912); *Allgemeine Staatslehre*<sup>3</sup>, Berlin 1914, p. 167 はかかる混同に陥っている。

会体に転化する。その要素は時と所により異なる構成により変化する。ローマ時代の家族、王家、或る国において広範な自律性を付与されている高級貴族の家族、近代家族は、たしかに単一の範疇に含めることはできないが、すべて制度である<sup>(47)</sup>。

これに対し、二つの法人は、外的介入なしに、そして他の要素が加わらなくとも、それ自体で制度を形成することができる。何故かという、その内部構造がすべて法の創造によるものであり、したがって、法は、二つの法人が真の統一体を構成するという目的に正確にあわせて、その内部構造を造形することができる。そして、この統一体は、それ自体、人格とみなされる必要はない。このように国際共同体及び国際法は、国家が二つのみに減少したとしても、疑いもなく存続することができよう。ところで、多数の国家からなる国際共同体の他にも、連邦もしくは連合として、二つの国家からのみなる制度である他の個別的な共同体もある。このことは、その各々の固有の構成によって可能となる。通説は、かかる国家連合に社会関係のみを見ている。だが、それは正しくない。というのは、この連合をなす国家は、それにより内部的変更を被っており、そのため一つの国家は必然的に他の国家を補完するものとなっているからである。双方の国家とも、より複合的な制度、集合的実在の要素に変形するようになっているが、にもかかわらず新しい法人格を構成することはない。次に、このような実在の人格性を主張する見解は、これを単純なる関係に解消する学説の不十分さを直感しているが、この見解も認容しがたい。というのは、制度であるために必要とはいえず、この形姿には欠けている性質をそれに付与しているからである。最後に、この連合を成立せしめる行為は、言葉の厳格な意味での契約ではなく、客観的法を設定するものであり、したがって、それが条約であるならば、通常用語法を使用するならば、契約一条約の範疇ではなく、合意一条約の範疇に入るのであろう<sup>(47-2)</sup>。同様に、協約体制においても国家と教会は連合をなしており、それは個々の一定の関係に解消されることは決してなく、真の制度を産み出す。このことから、他の要素を度外視しても、協約の形姿を、もしくは少なくとも一定の協約を通常の契約に還元する際に常に直面する困難が出てくる<sup>(47-3)</sup>。

かかる例は、制度を単純なる関係から区別する基準のより明白な確証であると思われる。前者は実在の安定した地位であり、後者は複数の実在の多少とも暫定的な接近である。ある関係が制度に変化するのには、内的もしくは外的力により、その要件自身が変わり、実体自体の構成部分のごとく有機的地位に安定的に結合される場合のみである。

(47) 社会組織としての近代家族については、とりわけ、Cicu, *Il diritto di famiglia*, Roma 1915, p. 7 segg., 77 segg. を見られたい。

(47-2) [合意一条約と契約一条約の区別を、現在の私は否定する。拙書 *Corso di dir. internaz.*<sup>4</sup>, cap. V, n. 5 を見られたい。]

(47-3) [条約の範疇において、いわゆる合意一条約が自体的な形姿を有しているとはもはや信じていないという同じ理由により、教会上の協約も契約的性質を有しているとの見解に現在では与している。教会と国家の協約上の連合の本性的については、拙著 *Principii di diritto costituz. generale*, cap. X, §4, n. 2 を見られたい。]

次に、制度は、まさに法実在として、それ自体が秩序であるのに対して、関係は秩序ではなく、それに依存している。秩序は、関係がそこで生存する大気圏みたいなもので、その外部にある何物かである。このことは、関係のみを設定する法律行為が客観的法を誕生させるのに十分ではないことを説明している。このことを達成するためには、既存の秩序の範囲内において、その要素のすべてを動かすところの関係を構成するのに限定されることなく、少なくとも部分的にでも秩序を設定すべき行為が必要である。まして、規則は、それ自体、孤立して考察した場合には、我々が論証に努めてきたように、客観的法、法律行為ではないので、法源として考察されるためには、単に規則を定めるのみではなく、多少とも完全な社会組織を定める必要がある<sup>(47-4)</sup>。

§ 19. 人と物との関係：この関係のうち、より包括的に考察した場合に制度として形をとることができる関係の例。

法秩序もしくは制度というものは複数の人の間の単なる関係と同一視することができないとすれば、ましてやそれを一人の自然人に託したり、負わせたりすることはできない。そのためには、自然人が他の要素と確固として結び付き、後者により制度の形をとる必要がある。ここで示すかかる要素は物すなわち法もしくは個人に帰属する何らかの権利の客体により構成されることもありうる。とはいえ、それが制度の要素として考察されることになる場合には、その法的性質は単なる物 (res) に還元しつくすことはできない。物そのものと人の間、主体と客体の間には、すでに指摘したごとく (§ 18)、ある関係が介在する、そしてこの関係だけでは制度を生ぜしめることはない。

若干の例をもって我々の制度概念を明確にしておこう。そうすれば、この概念の興味深い適用例を示すことができるであろう。その際、制度の形がしばしば半影として残っているところまで探索することにしよう。半影というのは、制度の要素が、その真正の位置においてではなく、単なる実在の性質の関係において考察されているからである。

まず、典型的にして特徴的な制度として国家がある。これについては、学説が固有の人格を有する国家とそうではない国家を区別し、後者を領主、君主の権利の客体とみなし、その際、君主は国家の外にあってその上位に位置するものと捉えていたことを想起することができる<sup>(48)</sup>。我々の視点からすれば、この観念及び他の類似の観念は不正確であり、あるいは少なくとも不十分である。たとえば、いわゆる家産国家のごとく、更なる適切な光に照らす必要のある一定の国家像を再構成しようと思わなくとも、次のように考察することで足りる。すなわち、国家は、常に何にもまして、体制、法秩序、制度であり、君主、

(47-4) [法律行為の本性についても、現在の私の見解は本文で言及したものと異なっている。法律行為は、単に関係として設定されるのみではなく、この関係を規律する法的な規範でもある。したがって、制度的である。というのは、その依拠する自律性は国家に由来し、国家によって保護されるからである。この論題については、多くの私の著作、わけても *Principii di dir. costitut. generale*, cap. XIII, § 6, n. 6 を見られたい。]



臣民、領土、法律はその要素にすぎない。したがって、君主も制度に包摂され、君主は制度の外にあってそれより上位のものであるということは決してなく、その地位は制度と無関係なものではなく、制度により付与される特別な立場であり、制度自体において具体化される法の基本点である。この視点からすれば、国王と王国は必然的に不可分の統一体を成している。したがって、後者は外面的な帰属関係のみによって前者と結合したもの (res) とみなすことはできない。両者の間には、国家は制度であり、君主はその要素の一つであるという事実由来する同一化がある。これに反対する見解は、君主に帰属する主権的地位についての正確なものとはいえない評価に依拠するものである。確かに君主は国家の主 (dominus) あるいは支配者とみなされることもあるが、その言おうとするところは、君主が国家の頭部であるということであり、したがって、国家の単なる所有者ではなく、国家の統合的部分であることを示唆しているのである。次に、ある国家においては国王は法律の上にあるのかというという古来の問題は、国王は国家の上にあるのかという問題とは大いに異なっている。国王は、その臣民、領土、自ら公布し廃止する法律の上にあるものと考えることができる。現代の用語を用いるならば、臣民、領土、法律は国王権力の客体であるということもできよう。ただ、いずれの場合にも、君主自身をも含む国家全体ではなく、国家の個々の要素が問題となっている。換言すれば、君主は単なる個人的支配権ではなく、国家の主権を担う者として彼に帰属する権限を有しているものであり、したがって、国家における君主の地位を示す権限である。もっとも、同種の秩序においては、臣民が自らの権能の単なる客体に対して有するものよりもはるかに凌駕する支配権が問題となっているのであるから、その行使の効果は国家の構造、組織、法律の変更をもたらしうることになるし、したがって新しい法の制定ということになる。ある君主から他の君主への国家の譲渡または移転は、まさにかかる性質を有しており、権利の譲渡または移転のみではなく、個人的地位 (status) の喪失、国王の王国からの退出と新王の王国への登場をももたらす。たしかに、客体としての国家という観念は外見にのみ依拠しているというのは真実であり、おそらく主体としての国家という像に用語においてもこれとは全く反対のものを表彰する像を対置するという希求から示唆されたものであろう。国家は、人格を有しているといえないにもかかわらず、その元首を含む制度として常にある。そうでなければ、元首の権利及び権限の表明である法を発見することはできないであろう。

国家という法的マクロコスモスから、他の類似のものについてなした考察を確認するために、小さなあるいは最小の制度に移ることができる。それには、通常は法学者が自己の

(48) 国家－客体論及び国家外の上位にある君主という形姿については、Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*<sup>3</sup> cit., pp. 164 segg., 669 segg. を見られたい。ただし、イェリネクが行っているように (pp. 165-166), 国家－客体論を営造物 (Anstalt) としての国家論と混同すること一何者かが展開したというよりは示唆したものであるが一は不正確であると思われる。[営造物という語は我々のいう制度とは異なる意味で使用されている。この二つの理論のうち、一方は他方を顕著に完成させたものである。拙著 *Principii di dir. costituz. generale*, cap. VI, §1, n. 10 e §3, n. 7 を見られたい。]

分析の対象にすることはないが、それだからといって、興味深くないとはいえない若干のものも含まれる。いかなる個人であれ、自らを自己の王国における国王とみなすことができる領域において、すなわち家郷（広義の意味で理解された）において、その家族、その従者、自ら処分しうるもの、賓客等のために秩序を定める場合には、その者は実体として小さな制度を創設することになり、自らがその頭首であり、統合的部分である。とはいえ、この制度の像を国の法律の中に探究することはできない。国の法律は、自己の立場から、個別にそして他の視点から、個人の自由を保障するために、その者の住所、その家族またはその従者である他の者との関係、その者が何らかの権利を有する物との関係等を考慮するであろう。しかし、これらのことすべては、ここで語っており、国法の関わるところではない「家宅権」<sup>(49)</sup>にとっては、少なくとも直接には無関係であろう。それは自律的内部秩序であり、人及び物という異なる一連の要素を統治と指導の統一に還元し、それを自己の視点から考察する。かくして、国の法律にとっては、たとえば、自己所有の建物に対する物権、または賃貸借契約上の権利の主体しか存在しないが、自律的内部秩序にとっては、このような関係はそれ自体として重要ではなく、この建物は、それが組み込まれている制度の一要素にすぎず、所有者または借家人としてではなく制度の頭首として自己に帰属する権利を行使しうる領域である。

同様に、いかなる人もその工場、その設立する学校、会社に体系、秩序、組織を与えることができる。これらすべての場合にも、小さな制度、法的ミクロコスモスが存在することになろう。そしてその制度の主 (dominus) を現す人的要素は単一の個人が担うことになろう。そしてこれが他の要素によって補完され、それらは一体となり協調して企業と呼びうる統一体を構成することになろう。これは制度であろうし、その内部の法によって、そしてかかるものとして、頭首、立法者、服従者、固有の法律、権威と行政機構を調整するものをすべて有しているであろう。したがって、その類において、その目的において完成された自体的な法的世界であろう（後述の §§ 31, 45, 47 を見られたい）。国法の視点からすれば、全く異なる何かであろう。それを構成する各人の間に介在する諸関係に解体されるか、もしくは統一体としては、商活動の貸し方と借り方の物的普遍体 (universitas rerum) あるいは総体と考えられるであろう。かくして、国法はこの企業の所有者の地位を定め、所有者は国法の客体となるであろう。私たちが取り扱う内部秩序にとっては、企

(49) 主観の意味で語られ、客観法に依拠する「家宅権 (Hausrecht)」については、種々のねらいでもって語られる。住居の不可侵に関しては、たとえば、Listz, Lehrbuch des D. Strafrechts<sup>5</sup>, Berlin 1905, p. 401 segg. [25<sup>a</sup> ed., p. 581 segg.] を見られたい。さらに、懲戒権から区別する必要のある若干の権利については、Hubrich, Die parlamentarische Redefreiheit u. Disciplin, Berlin 1899, p. 419 segg., 424 segg.; Romano, Sulla natura dei regolamenti parlamentari, n. 23 segg., in Archivio giur. LXXV, 1905; Tezner, Die Volksvertretung, Wien 1912, p., 416 segg. 等を見られたい。「家宅権」は、その固有の領土内において、国家にも帰属する。Donati, Stato e territorio, n. 30 segg., in Rivista di dir. internazionale, VIII, 1914. これと全く異なり、重要な意義を有するのが王室及び宮廷であり、その独特の自律性は、若干の国の法により王室の一族に与えられている。

業の頭首に所有者と異なる者が据えられた場合には、所有者は企業自体の外に留まることもでき、いずれにしても、この頭首が企業統治に携わる場合には、決定的なのは所有権ではなく、頭首としての資格である。

要するに、あれこれの実体に付与すべき制度の特質は、その構造、その内部法によるものであり、国の法律により表示される様式一多様でありうる—によるのではない。そしてこの構造に関していうならば、しばしば当該実体そのものに法人格をみてとる理論には何らかの根拠があるということになるであろう。そしてこの理論は固有の意味における企業体のみではなく、一見奇異に思えるが<sup>(50)</sup>たとえば商船にも法人格をみてとるのである。疑いもなく不正確な理論である。というのは、人格の要素は国法にも、通例は内部法にも関わるところがないからである。ただ想起すべきに値するのは次の直感である。すなわち、内部法においては、確かに現実に適合せず、すべての人が不十分さを感じている単なる物 (res) または物の総体 (universitas rerum) の形に対して、活力があり新鮮で生き生きとした制度の形を重ね合わせるというものである。そして国の法律も確かにこのことを考慮に入れるであろう。

## § 20. 制度と法人格。

一の法関係または単独の自然人が制度を具体化するのに十分とはいえないが、逆に単独の法人は、それ自体で、制度である。ここでは法人に関する悩ましい問題に直面することなく、我々が展開しようとしている諸原理から若干の帰結を引き出すことができる。要するに、学説はかかる人格の単一概念を形成し、次いでこれを多様な範疇に区別するという正しい直感を常に有していた。とはいえ、この課題を学説が成功裡になしとげたとはいえないであろう。すなわち、いわゆる社団の基体を人の集合に求め、財団または狭義の意味の制度の基体を他の要素—これについては意見が一致せず極めて不確実である—に求め、かくして二元主義をもたらすことになったが、創意に富んだ努力がなされているにも関わらず、これを除去するに至っていない。我々が言及した (§ 11) 組織に関する学説がこの問題を首尾一貫して解決するのであるが、注意したごとく (§ 13)、真の法的意思が明らかでない概念に訴えており、それどころか全く法的でない用語でもってそれを叙述して

50) Ferrara, Teoria delle persone giuridiche, p. 704[e anche Persone giuridiche cit., nel Trattato dir. da Vassalli, pp. 86-7. 若干の著者はこの私の企業体の概念に賛同したが、時にその誤解から幾分の変異がある。とりわけ, Ferrara, Trattato di dir. civ., I, Roma 1921, p. 811 segg.; Ferrara junior, Lezioni di dir. commerciale, Firenze 1939, p. 137; L'azienda, Firenze, 1945; Greco, Profilo dell'impresa economica nel nuovo cod. civ., in Atti dell'Accademia delle sc. di Torino, 1941-2; Messineo, Manuale di dir. civ. e comm.<sup>5</sup>, I, § 77 n. 17; Valeri, Man. di dir. comm., Firenze 1945, I, p. 12. を見られたい。当初は企業体の名で示されていた企業の定義において1942年の民法典はこれに近づいている。この法典では企業と企業体が区別されている。私の論文, A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola, in Riv. di dir. agrario, 1944を見られたい。]

いる。我々によれば、法人の基礎は常に客観法の秩序であり、それは上述したところの制度において、そして制度により具体化され、包み込まれる。人格の基体は、社団の場合でも、それを構成する人ではなく、その財産、その機関または理事、その目的ではなく、常に法秩序のみである。法秩序こそが人を結合し、財産を特定目的化し、その機関を特定し、すべてを一定の目的のために調整するのである。法人の基体としての法秩序について語る時、我々が言及せんとしているのは内部秩序のことであり、たとえば国家のごとく法人を含む上位のより広範な制度の部分として参照されうるものではない。たしかに、人格性はこうしたより包括的な秩序によって付与されうるであろうが、常にこの秩序に依拠しているものであり、前者にとっては必要な前提、不可欠の基体となっている。要するに一ここではこの問題に長く留まることはできないが一制度が人格という性質を帯有するのは、それが、自己の秩序により、または常に前者に依拠しつつも他の秩序により、自己に固有な意思を有する団体とみなされる場合である。すなわち、制度の広い意味での要素（構成員、機関、理事）である一定の個人により、その構造を指定する形式と目的をもって実質的に表示された意思が、制度自体の意思とみなされる場合である<sup>(50-2)</sup>。このことは、人格化されるものは、ある結果を産み出し、自らもしくは他のものによって意思することのできる実体とみなされるように形作られ構想された客観的秩序にほかならないということの意味する。次に、人格の源泉のこのような多様性は、何故にある実体が他のものではなく自己の固有の秩序により人格をなすかを説明することになる（たとえば、国家により法人として承認されていない事実上の団体の場合：§31以下を見られたい）、逆に、ある実体がそれ自体人格とみなされないが（たとえば、主権者の意思が国家自体の意思としてではなく、そのようなものとしての価値を有する一定の国家）、他の秩序、たとえば国際秩序においては人格とみなされるかを説明する。とはいえ、内部秩序が人格化の可能性を提供することが常に必要であり、自ら人格を付与しなくても少なくとも他のものに付与させるような方法を与える実体が問題となっているのである。

以上のことがすべて真であるとすれば、法人を設立する行為は客観法を指定する行為である。もちろん他の側面の下では異なる形をとる場合でもそうである。たとえば、何らかの私的取引の場合である。実際、それは常に「定款」または「寄付行為」、総じてそれを何と呼ぼうとその基本法律であろう。学説は、同一の行為が帯びることになる二つの側面を常に区別しえた訳ではない。すなわち、法人に閉じ込められた秩序の視点から考察した場

(50-2) [Ferrara, *Persone giuridiche*, nel Trattato cit. del Vassalli, p. 25, nota 2 e p. 28, nota 1, は本文で叙述した私の見解に反して、自己の意思を有しない法人が存在しうること、自己の意思は、いずれにしても、人格の存在ではなく行為に役立つと述べている。いわば人格の意思主義的理論の内実を吟味するのはここでの課題ではない。かかる理論は排斥すべきであるとすれば、そのためにはそれが含む真理の要素を少なくとも保持することなしにならうとは思われないが、本文でなした叙述のいくらかは除去し、または手直ししなければならない。だが、社会体である法人（そして人格は、抽象的もしくは理念的実体、人間ではない実体、神、聖なるもの等々に付与されることもある）は法秩序であり、自らもしくは他の秩序により権限、権利及び義務の保持者とみなされる制度であるという根本観念は不変である。]

合と、考慮に入れうる他の秩序、通常は国家秩序の視点から考察した場合である。そこで存在理由がなく、いずれにしてもうまく措定されたのではない一連の問題が生ずる。かくして、法人が国法上の効果を説明しなければならないときに、国家がいわゆる承認によって介入する動機もよりよく説明されうる。国家による人格の付与または承認を特別法 (lex specialis) として表示する旧い原理による説明を一連のこうした概念に求めるべきであるところで主張する意図はないが、この視点により、当該行為そのものの性質をよりよく照明しようと思われる。

§ 21. 1) 国家の権能の法的性質, 2) 国家の人格の拡張, 3) 領土と国民の法的重要性に関する問題についての我々の法の概念。

我々が展開してきた法の観念は、そこから引き出される簡明なる帰結を利用することにより、現在流布している一定の傾向に断固たる態度をとることを可能にする。この傾向とは、伝統的学説が常に、そして正当にも、法の領域に取り入れていた若干の事実または契機を超法的なもののみなすものである。かかる学説は、その前提においてよりも、それが到達する結論においてより正しく注意深いものであると承認されるべきである。それどころか、この前提、すなわち先に言及した法の不十分な観念から出発するならば、たとえ正当化する必要を感じていても、この結論を正当化することはできないであろう。むしろ、近年の傾向は出発点、すなわちその採用する法の観念を変えることなく、論理的ではあろうが現実には真なるものからは遠い帰結を引き出しており、したがって、その著者の意図に反して、その第1の措定が認めがたいという背理法による論証であるとみなすことができる。

誤って法の軌道から締め出され一種の冥府に宙づりにされているこれらの点のうち、ここで若干のものを列挙することにしよう。その他のものは後述する。さらにその他のもので国際協定などについては、ある意見によれば、国際法の外で考察すべきことになるが、すでに言及した (§ 17)。

1) まず第1に、国家の権能についてであるが、若干の著者はこれを事実上の権能、国家自身の先法的属性とみなしている<sup>(51)</sup>。こうした観念は、少なくとも根本的には、法は常にかかざる場合にも国家の権能によって制定され、その地位は法秩序の限界を成すもの(un

(51) Perozzi, Istituzioni di diritto romano, Firenze 1906, p. 57 in nota [=2ª ed. 1928]; Petrone, op. cit., pp. 140 segg., 149; Marinoni, La natura giuridica del diritto internazionale privato, in Rivista di dir. internazionale, 1913, pp. 348, 358; La responsabilità degli Stati, ecc., p. 9 segg.; Breschi, La volontà dello Stato nell'ordine giuridico internazionale, in Rivista di dir. internazionale, 1914, p. 422, を見られたい。次に、他の者(Ottolenghi, Intorno ai fonti del diritto internazionale pubblico, in Giurisprudenza it., 1902, p. 21 dell'estr.) は、国家の能力は、個人の法的能力よりも自然的能力に対応すると述べた。最後に、自己制限により国家を法に服従させる理論は、要するに、国家の登場以降の時期においてのみ国家の権能は法的性質を獲得すると主張しているのである。

limite a quo) であり、法秩序より先なる (prius) ものであるという理念に示唆されたものである。せいぜい譲歩してみても、法秩序が一旦確立すると、国家の権能を制限し、したがってそれを法的権限とするが、かかる性質はその始源、その最初の確立においては有していないということになる。明らかにかかる見解は、国家法秩序は、国家が自己の立法権を利用して制定する規則と命令の総体にすぎないという我々が反論したところの原理に依拠している。そうではなく、既述のごとく、国家と国家法秩序は二つの異なる現象ではないし、同一の現象の異なる表明でもなく、同一のものである。したがって、このことは、国家の権能というその本質的属性は決して法外のものまたは法に先行するものではなく、法および法秩序とともに誕生するものであり、法秩序はこの権能を規律し規制することを意味しているのである。次に、この権能は新しい法を定立する権能であるということは、法に先行するものであることをいおうとしているのではない。こうした表明および外在化も先行する法によって許された軌道内で動いているのであり、その最初の生活はかかる権能の生活そのものである。このことが真であるならば、そこから次の帰結を引き出すことができる。国家の自己制限の理論は、真理の要素がそこに含まれているとしても、それに与えられてきた余りに広範な定式においては受け入れることができない<sup>(52)</sup>。法秩序が定立されるときは、国家は自己制限していることが真だとしても、国家が制限を受けないという契機というものは何ら存在しない。というのは、その起源からして、国家は秩序だからである。国家の自己制限なるものは更なる制限以外のものではありえない。したがって、法律というものは一般に信じられているごとく決して法の始まりではなく、先在する法への追加（法に欠缺がある場合）もしくは法の変更である<sup>(53)</sup>。かくして立法者は、言葉の完全かつ十全の意味における法の創造者、すなわち第1の創造者ではない。ここから法を完全に無効とする権限が立法者には欠如していることになる。法を無効とするためには国家自体の終焉を命じなければならないであろう。

2) 先述のものとは緊密な関係にはあるが常にそれと結び付いているのではない見解として次のものがある。すなわち、国家の人格に一種の切断を行い、そのより高次の表明においては人格を否定し、他の従属的なものに対しては人格を完全に承認する見解である。事実、若干の者によれば<sup>(54)</sup>、国家が人格を具備するのは、その主権的機関—我々においては立法権であり、他のところでは制憲権であろう—を通して登場したり、行動することがない限りにおいてである。というのは、かかる機関はあらゆる可能な法的規律を免れるからである。そして、次のことに気づいていない。もしこのことが真であるとしたら、そこか

52) Jellinek, Die rechtliche Natur der Staatenverträge, Wien 1880, p. 9 segg.; Gesetz u. Verordnung, Freiburg i. B. 1887, p. 199 segg.; System, pp. 95 segg., 214 segg. della trad. it.; Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup>, p. 367 segg.; Ranelletti, Principii di diritto amministrativo, I, Napoli 1912, n. 94 等を見られたい。

53) 極めて異なる視点、すなわち法秩序は決して欠缺をもたないという見解から、Donati, Il problema delle lacune, p. 136 segg., は、新しい法律は常に先在する法の変更であると主張する。だが、この前提から引き出されたかかる主張は最初の法律には妥当しえないであろう。



ら論理的に引き出しうる唯一の帰結は、国家は、この側面においては、単に人格とみなすべきではなく、法によって考慮に入れることができないということにもなる。立法権（または他の国においては制憲権）は憲法の客体ではなく、前提にすぎないことになる。ところでこれは真理に反することになろう。というのは、憲法は自らが設定する権力構造を規律するのみではなく、その権能をも、少なくとも手続的かつ形式的側面から規律するからである。我々によれば、立法権に関していうならば、部分的とはいえ実体的側面からも規律するのである（§22の4）。

3) 部分的には同じ理由により、国内法の視点からすれば、国家の領土が法的に重要であることも否定されている。領土は国家の構成要素であり、したがって法の外にあり、法より先のものである<sup>54)</sup>。

同じく、国家への帰属を意味する国籍も、それ自体では法的価値がなく、個人の政治的条件にすぎず、法的な権利及び義務の単なる前提にすぎないことになろう<sup>56)</sup>。

両方の見解とも、我々にとって受け入れがたい視点に加えて一このことについては然るべきところで検討しよう—国家の存在を決定するすべての要素は法に先在するという信条により培われたものである。そしてそれは次のような推論に依拠している。法は国家により定立される。したがって国家は法より先にある。したがって国家を構成するものは法より先にある。そしてこの推論は次の点に気づいていない。国家を構成する異なる要素を結合しているものは法秩序であり、それ以外のもではありえない。この法秩序こそが国家構造を決定し、その要素の状況をその各部分に充当する。換言すれば国家と国家法秩序は同一のものである<sup>56-2)</sup>。

54) Kelsen, Hauptprobleme, pp. 395 segg., 434 segg.; Ueber Staatsunrecht, in Zeitschrift f. das pr. u. öff. R., LI (1913), p. 4 segg.; Donati, Stato e territorio, in Rivista di diritto internazionale, 1914, p. 320(彼は誤解して私もこの見解に与するという); Falchi, I fini dello Stato e la funzione del potere, Sassari 1914, p. 28; Breschi, nella Rivista di diritto internazionale, 1914, p. 421; Anzilotti, Corso di diritto internazionale, vol. III, parte I, Roma 1915, p. 2 segg. [だが後の版ではこの見解を放棄したようである: 3<sup>a</sup> ed., 1928, p. 39 segg.; ed. tedesca, p. 309 segg.]; Il concetto moderno dello Stato e il diritto internazionale, Roma 1915, p. 10.

55) Marinoni, Dell'annessione della Tripolitania e della Cirenaica, in Rivista di diritto e procedura penale, 1912, p. 7 segg. dell'estr. [in Scritti vari, Città di Castello, 1933, p. 102].

56) Marinoni, Della condizione giuridica degli apolidi secondo il dir. it., Atti del R. Istituto veneto, LXXIII, p. 147 segg. [e in Scritti vari, p. 201 segg.].

56-2) [もっとも、国家は自体的に非法的実体であり、したがって国家の法的概念に異なる性質の概念が先行することは、すでに言及する機会があったように、一般的に肯認されている。わけでも、Rehm, Allg. Staatslehre, pp. 11 segg., 159 segg.; Jellinek, Allgemeine Staatslehre<sup>3</sup>, pp. 137 segg., 162 segg.; Seidler, Das juristische Kriterium des Staates, Tübingen 1905, p. 17 segg.; Ranelletti, Principii, nn. 87-88, 91, 111; Ravà, Lo Stato come organismo etico, Roma, 1914, p. 1 segg.; Marinoni, L'universalità dell'ordine giur. statale, in Riv. di dir. pubbl., 1916, p. 236, e in Scritti vari, p. 355; La responsabilità degli Stati, p. 20; Donati, La personalità reale dello Stato, in Riv. di dir. pubbl., 1921; ecc.]

§ 22. 複数の人の間での関係を反映しているのでなければ法秩序に重要性を与えない見解の批判的検討。1) 法の制裁, 2) 領土と国籍, 3) 国家の機関, 4) 立法権能の限界に関する適用。

ところで、国家の構成要素は法の地位に先行するので、法外的性質を有するのみではなく、国家のその後の生活の契機の一連の重要なものも法の領域から完全に排除されているか、あるいは法によって僅かに二次的なものか反射的なものとしか考えられていない。我々が言及している視点は、まず何よりも、法秩序は規範の総体にすぎないという通有の公理から黙示的に出発しているし、第2に、かかる規範の目的もしくは客体を多様な主体間に介在しうる諸関係に見出し、それを特定化し縮小せしめている。こうした諸関係の一つに還元されないすべてのものは、何らの法的重要性も備えていない。かかる視点を打ち負かすために特に時間を費やすのは余計なことであろう。その両方の前提—すなわち、法を規範と同一視すること、そして複数主体間の関係の規律に法を限定すること—ともに誤っていることは、まさしくこれまでに論証してきたからである。しかしながら、この視点にとって受け入れ可能な顕著な適用のうちの若干のものに簡単に言及することは無益ではなからう。

1) 制裁が法の本質的要素とは考えられないという説については先に言及する機会があった (§ 8)。そして、かかる視点の論証が、法とは複数の主体間の関係の規範にすぎず、そのために義務と権利を定めるものであるという観念に依拠していることを見てきた。他の者は、同じ考察から出発しながらも、法秩序が制裁または強制の体系に依拠していることを否定しないが、このことは法学者ではなく哲学者にとって重要でありうるとみなしていた。換言すれば、制裁は、「法秩序の保障として、客観的規範の総体から抽象的に引き出されるであろう」から、法外のものであろう。そして、法学者にとっては、法体系に関わる目的からは独立して引き出される義務と権利に関して個別に考慮された規範しか存在しないからである<sup>57)</sup>。この考察はいくらかの真理の核心を有しており、我々もこれを明らかにするように努めてきた。ただ、そこから引き出される結論は明白に受け入れがたいものであり、法の異なる概念から出発しているので、自ずから排除される。

2) さらに、領土と国籍は法的評価の対象にはなりえないという先に言及した見解は、これらは国家の構成要素に関わり、したがって、この視点によれば、国家法に先行するものであるという考察にのみ依拠しているのではなく、法学者に関わるのは各規範がこれらの要素との関連で惹起する個々の関係であり、その総体的地位ではないという考察にも依拠している。このことが少なくとも不完全な評価へと導き、そのようなものとして誤ったものであることは、領土は国家の構成要素であるとはみなさずに先の考察の第1のものを放棄して、第2のもののみを採用する者の説に見出すことができる。そうすると、先に言及した絶対に虚無的な観念は他のものに代えられることになる。それは確かに現実

57) Marinoni, La responsabilità degli Stati, p. 35 segg.

により一層対応するものである。というのは、法の中にそれに関連するものを投入するからである。もっとも、かなり縮小せしめて小さな窓から投入するのではあるが。かくして、国内法において国際法に関わりなく、領土の性質に係る問題は次の要件に圧縮される。領土自体に関して国家と臣民とに介在する法的関係はいかなるものか<sup>58)</sup>。ここではこの問いに対する回答には関心がない。重要なのは、かくして領土が国家に関して有する法的地位という根本的な問題が抹殺されるということである。というのは、領土が国家の構成要素でない（これは正しくないと思われる）とすれば、国家がこの客体に対して有する権限は、国家と臣民との関係に関わる2次的かつ派生的契機より以前に、それ自体として評価されなければならない。

3) 要するに、制度が具体化されている秩序が、複数の主体間の関係を反映しない限り、それに法的重要性を付与しないのは、公法の多くの分野において、また時折私法の分野においても繰り返される同じ誤謬である。かかる観念から引き出され、少なからず著名な支持者を見出している<sup>59)</sup>不条理な帰結の一つは、国家とその機関（行政庁の意味で理解された）またはその機関の間の関係に法的性質を否定することである。かかる機関は法の主体ではないということのみを明らかにするだけで、この全く正しい考察を法の不正確な概念と結びつけて、我々によればより明確な現実を否定する一連の推論を引き出すことになる。各人の眼の下では、かかる機関の間で法にとって極めて重要な一連の行為、手続—細密にまで法に関わり、あらゆる種類の法律、規則、規定の対象である—が展開する。しかし、かかる関係は、国家組織の内部において尽きるといことのみを理由にして法的性質を有しないであろう。他のいかなる性質を有しうるかについては分からない。ところで、これらが主体にとって何らかの価値を有する行為に翻案されるならば（このことは常に起こる訳ではないが）、かかる行為のみではなく、それを準備しそれに先行した機関間の関係も法にとって重要性を獲得することになろう。このことに留意すべきである。見られるように、これは間接的で気づかれない重要性であり、生活の陰であり、それどころか瞬間的な電通である。この関係がなくなると—これはその効果の一つであり、加えて必ずしも必然的なことではない—、透明な眼で観察する者にとっては、それらは、恣意的ではなく、より複雑な秩序に即して、現実を展開し、交差し続けることになる。法学者もこれを見ており、そして見ないではいられないが、法学者は、法についての信念を形成しており、そこから離れようとは夢想だにしないのであるから、それを「外見だけの空虚な影 (ombre vane fuor che nell'aspetto)」であると信ずるのである。

国家機関間の関係が国家自体の反射的關係、あるいは他のものとして表示されるべきであるとすれば、ここは行政庁として擬人化された国家機関の概念と性質を検討すべき場ではないことは確かである。かかる関係のみでなく、各機関の国家に対する地位も法の共通

58) Donati, Stato e territorio, in Rivista di diritto internazionale, 1914, p. 535 segg. はこのように問題を設定する。

59) 最も明瞭なものの中でも、Jellinek, System, p. 213 segg. della trad. it., 及び近時においては、Ranelletti, Principii di diritto amministrativo, I, nn. 116 segg., 174 を見られたい。

の概念から出発して決定することができないことを浮き彫りにすることのみがここでは重要である。事実、後者はすでに述べた帰結へもたらすばかりでなく、厳格に適用されるならば、機関の概念は法的には何ら価値を有していないという主張<sup>(60)</sup>をもたらすのである。法的に重要なのは国家と行政庁とされた人物との関係のみであろう。とはいえ、かかる視点は明らかに認容しがたい。これは、官吏との関係を含意する国家組織の契機にのみ法的価値を帰属せしめるのであるが、臣民との関係にかかわる場合にのみかかる機関の行為に法的重要性を帰属せしめる他の視点と同様の欠点を有している。この二つの説は相互に補完することができるし、そして補完しているのであり、第2の説の主張者の若干の者が第1の説を拒否したことが理解しえない。だが、融合し相互に補完したとしても、それは国家の組織の現象すべてを考慮したものではない。これに対し、法は単なる関係の規範であるばかりではなく、とりわけ第1に組織であるという我々が一般化した原理を受け入れるならば、かかる現象は完全に、そして内在的にも法的なものとして現れてくるであろう。実際、国家法秩序そして他のいかなる実体の法秩序が提起する第1の問題は、国家と臣民及び官吏の関係をいかに規律すべきかということではなく、職務を区別し、調整し、分離し、集合し、上下及び先後の関係におき、統制する等々の様式にかかわるものである。これが行われた後に官吏が考察され、そして官吏は—主要には—一定の関係の下での権力または義務の主体としてではなく、国家が意思し、行動するための手段として考察される。法は（ここに代表理論の弱点がある）官吏を国家のために意思し行動する人格としてではなく、国家を意思させ行動させる人間として取り扱う。官吏は奴隷の軍隊でもありうる。この契機において重要なのは、その法的能力ではなく、その自然の能力である。そして以上すべてのことは、他の主体に対して国家が形成した意思または遂行した行動のみでなく、かかる意思の形成またはかかる行動の具体化を法的に可能とするものも法に含まれるという原理をも措定している。

4) 我々が言及してきた虚偽の観念に影響されている個別の諸問題<sup>(60-2)</sup>が多数存在する。そのうち最も重要かつ典型的なものの一つは、立法権能の限界に関するものである。この権能は法的に制約されるか、いかにして制約されるかということは、我々によれば、抽象的にではなく、多様な実定法に即して解決されなければならない。イタリア法に関しては、種々の制約が存在することを別の機会に主張した<sup>(61)</sup>。ところが、国内法におけるこのような拘束の可能性については、若干の者によって一般的に否定されてきた。というのは、国家は臣民に対してある法律を制定し、あるいは制定しない法的義務を有していない

(60) Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, p. 623 segg. [最新の著書である *Le persone giuridiche*, nel *Trattato del Vassalli*, p. 89 segg. においては改説している。]

(60-2) [政治的代表的問題もこうした問題のうち留意に値するものである。拙著, *Principii di dir. costituz. generale*, cap. XI, §3, とりわけ n. 6を見られたい。]

(61) *Osservazioni preminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico e dell'amministr. it.*, I, 1902においてである。[現在では, *Principii di dir. costituz. generale*, cap. XXII, §1, n. 2を見られたい。]

し、有するということもありえないからである<sup>(62)</sup>。このような拘束について語る憲法の規定は、立法機関を構成する自然人の国家に対する義務のみを定めたものと理解すべきであろう。明らかに、こうしたものの見方は、複数の主体間に介在しない、したがって現在の場合には国家と臣民もしくは官吏との間に展開されるのではない関係を法の領域から排除する観念から出発している。かくして、問題の正しい設定が回避されている。すなわち、所与の秩序において、立法機関が一あるいは国家に対して、もしくはその相互の関係において、もしくはそれ自体において考察されたその地位そのものにおいて—一定の制約を遵守すべきであるか—ということを探究すべきであろう<sup>(63)</sup>。

§ 23. 法の主観的側面、法関係、人の地位 (status)、物権、権利と義務の相互関係、主体間の平等または不平等の地位に関する我々の観念からの若干の帰結。

以上述べてきたことから容易に推測することができるように、法に関して叙述し展開してきた定義は権利に関する学説にも重要でないわけではない。かくも困難で全く異なった問題を含む事項にここで拘泥することはできないが、多くの概念と制度に光があてられ、それが修正されることにもなろう。

そしてまず、法関係の概念がある。これは、今日の法教義学においては、あらゆる内実を喪失せしめるほど極端に拡張されることがない場合にも<sup>(64)</sup>、複数の人の間に介在する関係に極端に制約されているのがしばしば見られる。その際、かかる関係のみが法の客体を形成する事項に含まれ、他方、すでに検討したごとく、法はより広い射程を有すると信じられている。このような見解の帰結は、本質的に法に含まれるところの契機を法の外にあるもの—先法的なもの、あるいは法外のもの—とみなすばかりではなく、他の概念を歪曲し、上述の意味での関係の概念に還元している。

かかる歪曲の中で、時に地位 (status) の概念が受けることになったものに言及することができる<sup>(65)</sup>。市民の地位 (status civitatis) 及び他のものについても生じたように、法

(62) Triepel, op. cit., pp. 268-269. 同調するものとして、Anzilotti, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna 1905, p. 205 nota 2 がある。彼は、近代国家が立法権能において直面する唯一の法的制約は国際法に由来するものであり、「他のすべての場合に、国家の法的責務に対応する主体を見出すことが困難であるからである」と主張する。

(63) 教会法を念頭に置けば、最高の立法権威も神法 (ius divinum) により法的に拘束されているが、この拘束にはいかなる主体の権利も対応していない。

(64) Kelsen, *Hauptprobleme cit.*, p. 705 segg. は、法関係を主体と法秩序との関係であるとみなした。もっとも、このことは、ケルゼンより先に、Cicala, *Rapporto giuridico, diritto subiettivo e pretesa*, Torino 1909, p. 10 segg. [2ª edz., Firenze 1935, p. 12 segg.] により主張されていた。かかる視点が、それ自体誤謬であるというのではない。伝統的意味での法関係を語る場合に考慮に入れられるものとは異なるものにそれは関連しているように思える。

(65) かかる問題については、Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, p. 91 segg.; Arangio Ruiz V., in *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, XXI, p. 237 segg.; Cicu, *Il concetto di «status»*, Napoli 1914 (estr. dagli Scritti in onore del Simoncelli). を見られたい。

関係ではないということではなく、諸関係の単なる前提であるということにより、それは端的に否定されてはいない<sup>(66)</sup>。

かくして、我々によれば、物権の定義も不正確である。いわゆるその外部的側面が浮き彫りにされる。すなわち、その主体と他の人との関係、前者が物に関して他の者を排除し、その物の利用を妨害することを禁止する権利とされる。我々の見解によれば、そうではなく、物権の基本的かつ主要な側面は、物に関する支配であり、この支配は、既述の予断によれば、反対に法的には無関係のもの（*res merae facultatis*）とみなされることが多い。物権が関係とみなされ、同時にその真の内容に即して捉えようとするならば、法関係は人と物との間にも生じうることを承認する以外にない。

以上すべてのことから次の帰結が引き出される。一方では、法関係の概念に、伝統に即して、現在時折それに帰属せしめんとするものより広範な拡張を確たるものに行うことができる。他方では、一定の事実または契機または地位の法的評価が可能ではない誤った前提に基づいてのみその形を、それが実際には存在しないところで、識別する必要はない。この視点からすれば、訴訟法において、容易に正当化されず必要でもない関係の概念が使用されているが、こうした学説に対しては大いなる留保をなすべきであると思われる。

さて、法秩序が関係のみを規律するのではない、ましてや対応する権利と義務との間の関連という意味で理解されたものを規律するのではないということがひとたび確認されると、一の主体の法的義務には必然的に他の主体の権利が対応すべきであるという、一般には承認されているが、しばしば実定法には反する学説には、何らの根拠もないということになる。かかる学説は、近代私法の分野においては真であり得るかもしれないが、公法に関しては、少なくとも大部分のケースにおいて、主張することができない。公法においては、現在でも、現在以前の秩序においてはより明白に、一連の公共団体の義務というものがあるが、それには臣民の利益となるいかなる請求権も対応していない<sup>(67)</sup>。このことは多くの問題の正しい設定のために極めて重要なことである。一般的には、個人の公権の性質

66) 先述した Marinoni の市民権に関する見解を見られたい。そして、地位 (*status*) の概念のみではなく、人格の概念も、かかる視点からすれば、破壊され、それを結びつけている個々の関係に裁断されるのは論理的なことである。かくして、Marinoni 自身も、*La natura giuridica del diritto internazionale privato*, loc. cit., p. 351 in nota において次のように主張している。「主体の法人格—それを付与する法秩序がいかなるものであっても—は、この法秩序における、そしてこの法秩序を通じての、単数または複数の権利、単数または複数の義務の帰属によってのみしか構成することができない。かくして、人格を構成し特徴づけることのできる特定の権利または特定の義務と切り離して人格を帰属せしめたり、承認することはできない」。ところで、他の者は (*Jellinek, System*, p. 31 della trad. it.) は、総体的に関係として考えられた人格を構想した。人格は、「とりわけ存在というものではなく、主体及び他の主体と法秩序の間に介在する関係である」。

67) この意味での若干の考察については、Cicu, *Il diritto di famiglia*, Roma 1915, p. 143 segg.; Carnelutti, *La prova civile*, I, Roma 1915, pp. 59-60 in nota を見られたい。[現在では他の多くの著者がいる。拙著 *Principii di dir. costutuz. generale*, cap. VIII, § 2, n. 4, そして近時では、G. Miele, *Principii di dir. amministr.*, Pisa 1945, § 4 を見られたい。]



という問題であり、より個別のものとしては、たとえば、先述した立法権能の限界という問題である。それどころか更に深く進むこともできる。そして、この概念は、これまでなされた以上により正確に、すべての公権力には臣民の義務が対応するという相互的な命題の意義と射程を評価することに役立つであろう。この相互関係は概括的な意味で理解すべきであり、具体的諸関係の特定の分野においてよりも、公共団体と個人、あるいはその逆の関係という包括的な地位において理解されるべきである。

後者の考察は、先のものとして一体となって、法に対してはすべての法主体が平等であるとみなすべきであるという見解—近時多くの方面から言及されてきた<sup>(68)</sup>—が許容しがたいものであることを論証することに役立つ。この意見は、明らかに、法秩序は規範により個別に決定され帰属される権利と義務の関係しか考慮しないし、したがって、ここでは権利と義務が対応しているような関係の一つに翻案されないで、法秩序は主体間の相互の地位からは捨象されているという先入観から出発している。かくして、個人の国家への服従は前法的なものとなり、国家の統治権 (imperium) に同類の性質を見るこれと併行する命題—§ 21において検討された—に適合することになろう。法が支配するところでは、「相互に等しい帰責」という法関係しか存在しないであろう。かかる命題は、法関係の概念という限定された視点からしても正しいものとはみなされないであろう。いずれにしても、国家の概括的で総体的な地位、すなわち国家の至高権も、臣民の地位、すなわち臣民の依存と服従も、法秩序の固有の領域に入ることを、いやむしろ法秩序によらなければ決定されないし、決定することができないことを認めるならば、すでに克服された見解である。

## § 24. ま と め

したがって、抽象的次元の要請のみでなく、多くの具体的問題—その若干のものについては言及してきた—に正確でないと思われる解決を与えることを避ける必要も、法について我々が与えた観念を正当化する。正確な理論的定義を得よう試みることなく、結局伝統がそれに常に実質上付与してきた限界をそれに要求したとしても、それを過度に弱体化し、加えて、それに与えられる狭隘な分野において歪曲する傾向に直面しているので、このことは今や必然のことである。法の実定的観念の領域に厳格に留まり、いかなる自然法的な視野をも避けて、我々はこのような要請を試みようとしてきた。その中に法秩序の概念を見出し、それどころか法秩序と同一視した制度の概念は、より実定的な概念であり、

<sup>(68)</sup> Petrone, op. cit., p. 140 segg.; Marinoni, La rappresentanza di uno Stato da parte di un altro Stato, Venezia 1910, p. 260 segg.; La responsabilità degli Stati cit., p. 9 segg.; Kelsen, Hauptprobleme, pp. X, 225 segg., 702 segg.; Schenk, Die Abgrenzung des öffentlichen u. privaten Rechts, in Oesterr. Zeitschrift f. öff. Recht, I (1914), p. 72. ケルゼンに反対するものとして, Tezner, System der obrigkeitlichen Verwaltungsakte, in Oesterr. Zeitschrift cit., I, p. 5 segg. e anche Nawiasky, Forderungs- u. Gewaltverhältnis, p. 13 segg., in Festschrift f. Zitelmann, München u. Leipzig 1913 を見られたい。

法理論はこれをその基礎に据えることができるのである。制度は、理性の要請、抽象的原理、理念的な何か (quid ideale) ではなく、むしろ実際の現実の実体である。他方で、かかる実体を、それを産出し支える質料的力の視点からではなく、他のものに依存する現象として展開し生存する環境との関係においてではなく、それと結合する原因と結果との牽連に関してではなく、したがって社会学的にではなく、法秩序から帰結するものとして、いやむしろ法のシステムとしてそれ自体において、我々は考察してきた。当然のことながら、法的雰囲気息づく最後の区域まで押し進んでいったが、それを越えることは決してなかった。そして通説は法分野を抽象的に画定せざるをえず、したがって不確実性がないわけではないが、我々は法をそれ自体において、すなわち法の原理、法の王国そして法の目標である客観的実体において完結させるよう試みてきた。

そして、我々が定式化した法の概念は、法が規範または規範の総体としての形をとることを(決して!) 排除するものではないことを(上述、とりわけ§10を見られたい)再言することは余計なことではなかろう。論証しようとしたのは単に、規範は射程の狭い2次的な概念として前者に含まれること、それが部分となっている全体そして有機的に結合している全体から切り離しては正確に定義し評価することはできないという必然性である。我々にとっては、特定の実定法に見出される規範のすべては、より広範で複雑な秩序の要素にすぎず、その必要かつ不可欠の基礎をなしている秩序に依拠しているのである。国家制定法に限定するならば、そこにおいて規範という要素が浮き立ち、ある一点までは排他的であるとみなしうる部門がある。たとえば、私法及び刑法である。前者については、その一定の側面は、より広範な法秩序の観念から切り離されるならば、理解されない、またはよく理解されないことを見てきたにも拘わらず、そうなのである。この側面または契機としては、法人及び他の制度を想起すればよい。他の制度とは、統一体とされたが正確には定義されていない家族、物の総体 (universitates) へと不適切にも追いやられた企業体である。さて、国家制定法の他の部門においては、我々の説は極めて明白になる。憲法は国家の諸関係を規律する規範に尽きるものではなく、まず何よりもそしてその大部分は、国家それ自体、その要素、その構造、立法権能のごとく、個別のかつ具体的関係を生じさせない権能を構想する。それは、法を制度と捉える視点が決然として広く及んでいる王国なので、それを忘れることまたは否定することは憲法を全面的に、もしくは殆ど無効にすることになるのである。また行政法も、行政権能から生まれる諸関係を規律する以前に、それを行使する実体の組織化を定める法である。同様に、訴訟法も、その展開の究極においては司法権の組織化に根拠を有しているのである、等々。そこで、法のこの部門の学問的取扱いにおいて、制度が現在化し、その構造において確立する契機に係る説明から規範としての法の視点が優位する部分の説明に移行する際に、環境の変化という感覚が生じ、取扱いは異なった色調を帯びるようになる。このことは法の多様な契機と側面に対応するために全く自然に必要なことである。ところが、この必然性を説明することができず、真の法、純粹の法は規範のみが支配するところがあると信じている者は、このような感覚から当惑と不安の状態に陥り、他の部分の取扱いを排除するか、全く制限するということに

追い込まれるのである。かくして、とりわけドイツの学説においては、行政法学者は行政組織に関する理論をしばしば看過し<sup>(69)</sup>、訴訟法分野においては、我々の間においても、いわゆる司法組織は蔑ろにされ、僅少の前提的觀念に還元される。こうした法の偏頗な觀念の表層的、間接的、そしてしばしば注意されないが徴候的な帰結を補完しようと我々は努めてきたのである<sup>(69-2)</sup>。

(69) ドイツ行政法にとって、行政組織の取扱いを排除し、それを憲法または国法学に委ねることの適切さについては、O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*<sup>2</sup>, I, pp. 17-18の考察を見られたい。明らかにここで問題となっているのは単なる便宜であり、その各々において異なる視点が優位する二つの説明を一緒に結合することを避けるためである。彼の著書の初版においては (I, p. 14)、マイヤーは更に徹底して、行政組織は必然的に法秩序であるわけではないと主張していた。[3<sup>rd</sup> ed., 1934, I, p. 18 においては改説している]。もっとも、かかる見解はドイツの学説においては通説となっている。とりわけ、Anschütz, *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person und über die juristische Persönlichkeit der Behörden insbesondere*, nell'Archiv. f. öff. Recht, V を見られたい。

(69-2) [法秩序の概念を、我々がその言葉に帰属せしめた意味での制度の概念と同一視する我々の見解に関する学説の多様な対応を総括することは容易なことではない。

明らかに学問的内実が欠如し、法の一般理論の根本的問題の理解を全く欠いていることを暴露している一群の文献と批判を考慮に入れないうことにしよう。そうすると、私の提起した概念は、とりわけ法哲学者及び哲学的視点から法を考察している者により批判されていることが分かる。注(33-2)及び他のところで既に引用した、Del Vecchio, Miceli, Cesarini Sforza, Volpicelli, Crisafulli, Capograssi, Bobbio の著作を見られたい。さらに、Cammarata, *Contributo ad una critica gnoseologica della giurisprudenza*, I, Roma 1925, pp. 49 segg., 158 segg.; Il concetto del diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici, Catania 1926; Condorelli, *Ex facto oritur ius*, in Riv. internaz. di filosofia del dir., 1931, p. 585; Passerin d'Entrèves, *Il negozio giuridico*, Torino 1934, p. 44 segg.; Perticone, in vari scritti e per ultimo in *La théorie du droit*, Paris 1938, p. 49 segg.; Battaglia, *Corso di filosofia del diritto*, II, Roma 1940, p. 170; Orestano, *Filosofia del diritto*, Milano 1941, pp. 103, 143, 278, ecc. を見られたい。もっとも、これらの著者の何人かについては、どこまで、そしてどのような意味で私の概念に反対しているのかを正確に把握することは容易ではない。まして私の概念を正確に理解されているのかについてはそうである。実際、彼らは私の概念を端的に排除しながら、論理的にはその受容を前提にせざるをえない適用を行っている場合もある。ある者は、私とその概念を描く際に明白に表明しているように哲学的意図は有していないことを承認しながらも、哲学の場での批判においてはこのことに固執されている (例えば、Bonucci, Perticone)。逆に、哲学的価値を否定しながら、法教義学の領域においては、支持している者もいる (Volpicelli, Crisafulli, Capograssi)。さらに、法哲学のために受け入れている者もないわけではない。Maggiore, *Filosofia del diritto*, Palermo 1925, p. 127, e in altri scritti, come in *Principii di dir. penale*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna 1937, I, nn. 2 e 3; e almeno in parte, Carlini, in *Nuovo Digesto it.*, Torino, IV, 1938, p. 887, voce Diritto, n. 7. 同じく、完全に私の考えを誤解している少なからざる者を考慮に入れなければ、法学者の中で反対する者については、Ferrara, *Trattato di dir. civ.*, I, p. 13 nota; Orlando, nei due scritti citati, (ただし、彼は私に対する批判のかんりのものを退けている。); Maiorca, *Il riconoscimento della personalità giuridica degli enti privati*, Palermo 1933, p. 311; Chiarelli, *Lo Stato corporativo*, Padova 1936, p. 135 segg. (しかし、彼は規範主義理論には反対している。); *La personalità giuridica delle associazioni professionali*, Padova 1931, p. 152; Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano 1940, p. 58 segg., (少なくとも本質的な点において);

Gueli, Regime politico ecc., cit., specialmente pp. 126 segg., 212 ; Ziccardi, La costituzione dell'ordinamento internazionale, Milano 1943, p. 71 segg., pp. 108 segg., 120 segg., (私が到達するかもしれない若干の結果は承認してはいる。)等々を見られたい。

哲学的視点からは私の見解を退け、法学的視点からは受け入れている上述の著者 (Volpicelli, Crisafulli, Capograssi) 及び同じく引用した Maggiore の他に、全面的にあるいは部分的に支持する者として挙げられるのは、Criscuoli, La discrezionalità nelle funzioni costituzionali, Roma 1922, p. 32 ; Mastino, Analisi critica delle più recenti teorie sul concetto e i caratteri della legge in senso materiale, Cagliari 1923, p. 187 segg. ; F. Ruffini, Corso di dir. eccles., I, Torino 1924, p. 70 ; A. Levi, Saggi di teoria del dir., Bologna 1924, p. 70 ; Breschi, La Società delle Nazioni, p. 87 segg. ; Cereti, L'ordinamento giuridico internazionale, Genova 1925 ; Fedozzi, op. e loc. cit. ; Longhi, in Diritto del lavoro, 1927, I, p. 903 ; Salemi, ivi, 1930, I, p. 244 segg. ; Corso di dir. corporativo, Padova 1935, p. 77 segg. ; Baldoni, op. e loc. cit. ; Rocco (Arturo), Lezioni di dir. penale, Roma 1933, p. 42, e in Annali di dir. penale, 1935, p. 976 ; Manzini, Trattato di dir. pen. it., Torino 1933, I, n. 103 ; Caristia, Saggio critico sul valore e l'efficacia della consuetudine nel diritto pubblico interno, Macerata 1919, p. 18 segg. ; Corso di istituzioni di diritto pubblico, 3ª ed., Catania 1935, n. 4 ; Paresce, Diritto, norma, ordinamento, in Rivista internazionale di filosofia del diritto, p. 14 segg. dell'estr. ; Monaco, op. e loc. cit. e inoltre in Dizionario pratico del diritto privato, IV, p. 518 segg., voce Ordinamento giuridico ; Zanobini, in Enciclopedia it., XXXIII, p. 621, voce Stato ; Corso di dir. ecclesiastico, 2ª ed., Pisa 1936, p. 10 segg. ; G. Miele, Le situazioni di necessità dello Stato, in Archivio di dir. pubblico, 1936, I, pp. 418, 419 ; Principii di dir. amministr. cit., I, § 1 ; Sinagra, Principi del nuovo dir. costituz. it., Napoli 1935, p. 18 segg. ; Biscaretti di Ruffia, op. e loc. cit., ed ora nel volume Lo Stato democratico moderno, Milano 1946, p. 43 segg. ; Schmitt, op. cit., p. 11 segg. ; Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale<sup>6</sup>, I, § 1, nn. 10, 15, 16 ; § 4, nn. 20, 21, 23 等々である。

他の著者については、その考えを正確に解釈しているか私は確信を持ってない。Piccardi, La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio, in Scritti in onore di Santi Romano, I, p. 256 segg. e passim ; Carnelutti, Metodologia del diritto, Padova 1939, pp. 40, 65, e Teoria generale del dir., Roma 1940, p. 95, 96, § 54 ; Ago, Lezioni di dir. internazionale, Milano 1943, p. 22 segg. の叙述であるが、それは次のようなものではないかと思われる。法秩序の概念を組織、したがって制度の概念と同一のものとし、後者を規範 (Carnelutti の用語によれば命令, Ago の用語によれば衡量) の総体またはシステムと同一のものとしている。ところが、命令、規範、衡量というそれ自体は法的なものではないものが、規範、命令または衡量のシステムに帰属することにより、すなわち、いずれもそれ自体は法的なものではない他の規範の全体の一部になることにより、いかにして法的性質を取得することになるのか、私には理解が及ばない。非一法プラス非一法は法と等しいものにはなりえない。また、組織、システム等につき、規範の単なる総体ではなく、何か異なるものと理解するのでなければ、規範のみから帰結するのではなく、その総合体そしてその基本的かつ一次的側面において法秩序が具体化する社会実体としての制度の概念に辿りつけないのではなからうか。換言すれば、上述の著者達は正しい途の中間に踏みとどまっているように思われる。このことは、彼らが用いる用語にも表れている。実際、「組織」という語は、それ自体としてみるならば組織とはとてもいえない規範の総体をそれが指すものとするれば、極めて不適切な用法といわざるをえない。

法の国家的または非国家的性質に関わる問題とこの問題との関係については、後の注(94-2)に引用した文献を見られたい。

要するに、私が定式化した法の制度理論に対するより重要な異議は、簡略化すれば、次のようなものである。

1) 制度の概念は、明確かつ正確に定義できていないようだ。この点については、注(30-2)及

び(29-3)を見られたい。

2) 制度の概念は法的概念ではない。制度が法秩序と等しいものとして描かれ、従って、法的なものとなりえないということを念頭におくならば、制度理論の考察は明らかに根拠がない。注(30-3)、その注が言及する文献の各頁及び§24の考察を見られたい。

3) 同語反復の概念である。これに対し、注(30-3)及び§24において次のように考察されている。この概念は法の概念という自律性の必然的帰結であり、その論証である。法の概念は、非法的概念または要素に依拠することによっては定義しえない。

4) 制度の概念は法の概念を前提とし、法に先行する。従って、法に解消することはできない。この点に関しては、とりわけ§15、注(30-3)、(33-2)、§21、そして注(56-2)において述べたことを参照されたい。

5) 法は義務論的要請を現し、制度は事実であり、存在を当為と同一視することはできない。これにより、法の規範主義的概念が再確認され、その擁護のために対立する論証を打倒すべき論証は何ら追加されていない。留意すべきは、法の規範的及び関係的性質を私は排除していないし、この性質と制度的性質との関係を浮き彫りにすることにより、この両者を統合しようとしたのであり、それは私にとって必然なことと思われる、ということである。かかる必然性は、法的次元の要請であるとともに、各種の哲学的次元の要請でもあったと確信している。たとえば、法を道徳及び経済から区別する要請である。一語でいうならば、いわゆる実践的活動の他の表明からの区別である。さらに、非意思法 (*ius involuntarium*) の存在とその本質の説明、法の機能の問題に関わる要請である。しかし、原著においては厳密に法的な領域に留まるとの意図から離れたくない。したがって、次の考察に限定する。法秩序に規範的性質のみを付与するのは、法学、より正確には判例法学と称される法学は、規範学であるという指摘におそらく示唆されているのであろう。かくして、文法の規範的性質から言語の同様の性質を帰納するのと類似のあいまいさに陥ることになる。もっとも、極端な法学の規範理論が凋落傾向にあることは周知のところである。とりわけ、Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino 1934; Piccardi, *op. e loc. cit.*, pp. 260, 283; Ziccardi, *op. cit.*, p. 113; Ago, *Lezioni di dir. internaz.*, p. 43; Gueli, *op. cit.*, p. 16 segg 等を見られたい。

6) 法秩序の概念はすべての制度に関わることはできず、国家、あるいはせいぜい他の若干の制度に限定されなければならない。この後、第2章においてこうした限定された見解の根拠のなさ、及びその他の見解の論理上の恣意性を論証することにしよう。]