

多元主義法理論の共時性と主権国家 — サンティ・ロマーノの「制度」概念と憲法秩序の周縁 —

江 原 勝 行

- I はじめに
- II 「危機」の公法理論と近代国家
 - 1. 「危機」の認識
 - 2. 法秩序と制度及び私人の法
 - 3. 近代国家の布置
- III 国家主権と制度としての国家
 - 1. 制度の態様と国家の主権的地位
 - 2. 主権の概念における多元性と相対性
 - 3. 法秩序の「法的性格」と「観点」の原理
 - 4. 法秩序の多元性と国家主権
- IV 結びに代えて —— 制度と憲法上の権利

I はじめに

サンティ・ロマーノ (Santi Romano, 1875–1947年) は、王国時代のイタリア (1861–1946年) を代表する法学者の1人であり、その業績は憲法、行政法、国際法、教会法等多岐に亘っている。彼はまた、1929年に国務院長官に就任し、1934年以降は、ファシスト政権が崩壊した後の1944年に公職追放を受けるまで、元老院議員を兼職するという、その体制内部の実務家・政治家でもあった。

研究者としての彼の名前を広く知らしめる契機となった業績が、いわゆる「法秩序の多元性」が説かれた『法秩序』¹⁾の刊行 (1918年) であるが、これは一般法理論を構築する、すなわち、当時のイタリア法のすべての領域に妥当する諸概念を探究するという観点から著されたものである。それゆえ、ロマーノの法理論が検討・批判の対象となる際には、「法秩序の多元性」という原理、及びそれを基礎づける「制度」の概念をめぐって為されることがこれまで圧倒的に多かった。例えば、20世紀のイタリアを代表する法哲学者であったノルベルト・ボッビオ (Norberto Bobbio, 1909–2004年) は、かつて、かかる原理・概念に関する検討の総括として、「ロマーノは理論的には (絶対的ではなく相対的な) 多元論者であるが、イデオロギー的には (絶対的ではなく相対的な) 一元論者である」と述べ、ロマーノの思想を「穏健な多

1) Santi Romano, *L'Ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, Spoerri, 1918.

元主義にして相対的一元主義」として特徴づけることによって、その多元主義法理論としての不純性を指摘した²⁾。

ところで、近年のイタリア公法学界におけるローマーノ理論の再読は、彼が1908年にピサ大学における憲法講座の正教授として迎え入れられた際に行われた開講講義「近代国家とその危機」³⁾を対象とするものが比較的多い。その理由は、同開講講義から100周年が経過したという事情があるに留まらず、それが国家と公法の観念に関する彼の青年期の思索を当時の社会状況に対する観察を通して1つの到達点に至らしめる契機となり、『法秩序』における一般法理論に関する構想を予示するものであったと考えられるためである。

本稿は、「近代国家とその危機」に向けられたものを始めとする、ローマーノ理論に対する現代のイタリア公法学界の評価を手がかりに、ボッビオが提起した上記の批判を念頭に置きつつ、ローマーノ理論の核を成す「法秩序の多元性」原理の含意と主権国家との関係について考察するものである⁴⁾。

Ⅱ 「危機」の公法理論と近代国家

1. 「危機」の認識

近代市民社会の新たな諸要求を解釈しようとしたローマーノの営為は、19世紀末から20世紀初頭にかけての産業化の過程と不可分の歴史的与件を起点としていた。その歴史的与件とは、一方では、大都市部の形成、資本の蓄積、市場の獲得のための競争、世界レベルでの資源の再配分をめぐる闘争の深化、他方では、労働者階級の登場、労働組合の発達に伴う労働争議・社会闘争の激化、大衆政党の台頭、といったものであった⁵⁾。

青年期におけるローマーノは、かかる歴史的与件がもたらした近代国家の「危機」の克服に関する省察を研究上の主要関心とすることとなる。彼によれば、フランス革命が「最高潮の決定的契機」を成す近代国家は、持続することが人々によって期待されるある大きな特質を内包している。その特質とは、「国家は、それを構成する諸個人、及びそこに包含される集団に対して、自己を構成する多彩な要素を統一体に還元し、しかし、それらの要素のいかなるものとも一体化せず、それらの要素を前に固有の人格をもって構築され、それ自身の本性及び力、すなわち法の力以外には由来しない権力を備えた即自的団体 (ente a sé) である。」⁶⁾ という原理

2) Norberto Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 2ª ed., Milano, Comunità, 1984, p. 183. ボッビオがローマーノの——言うところの——「一元主義」を「相対的」と形容するのは、ローマーノ在世当時のイタリアにおけるナショナリストの「絶対的一元主義」を意識してのことである。

3) S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Discorso inaugurale per l'anno accademico 1909-10*, in *Annuario della R. Università di Pisa per l'anno accademico 1909-1910*, Pisa, Vannucchi, 1910. 本開講講義の内容に対する分析を行った邦語文献として、特に井口文男『イタリア憲法史』(有信堂、1998年)102頁以下参照。

4) 本稿筆者は、拙稿「多元主義法理論の共時性と通時性——サンティ・ローマーノの「制度」概念と憲法秩序の変動」法律時報88巻12号(2016年)125頁以下において、ローマーノの多元主義法理論における共時的及び通時的という2つの局面の存在を指摘したが、本稿は、特に法秩序の「共時的」多元性の含意について、同論稿の中で紙幅の関係上記述が不十分になっていると思われる内容を補完する意味をも併せ持つものである。

5) Mauro Fotia, *Il liberalismo incompiuto. Mosca, Orlando, Romano tra pensiero europeo e cultura meridionale*, Milano, Guerini e Associati, 2001, p. 248.

6) S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 7.

である。この特質により、近代国家は、それ自体非人格的でありながらも自己を媒介に人格化される権力の唯一の源泉として認識される。

かくして、国家は、「ある階級、ある政党、ある派閥の機関ではなく、多様な社会的諸力の完成した総合、それなくしては適切に秩序づけられた社会は存在しない、諸個人と諸個人の集団との協働に関わるより高次の表出、至高の規制権力、それゆえ均衡の強力な手段として現出する」、「実体はないが、なお実在する人格、影でも鏡でもなく真の生命原理、詩的空想ではなく、法の驚異的な創造物」⁷⁾ という修辞を付与される。

近代国家に対するこのような譲歩を前提として、ロマーノは、その危機の診断に移行する。「法の驚異的な創造物」が単なる「法的擬制」に還元されることに至りうるこの危機は、国家の人格や主権といった、近代法の諸概念が有するイデオロギー的前提を攻撃する反国家主義的諸理論よりも、次のような実践的運動によってもたらされているものと捉えられる。すなわち、近代国家の内部において、「相互に異なる特別の目的の追求を企図するが、すべてがある共通の性格、つまり、自己の職業を、より正確に言えば自己の経済的利益を基準として諸個人を統合するという性格を有する」「一連の組織・結社が、旺盛な生命力と実際上の影響力をもって増大し繁栄しており、のみならず、相互に結合・結束する傾向にある」⁸⁾ という現象に要約される運動である。ロマーノは、この運動を「職業を基礎とした同業組合的 (corporativo) 傾向の復活」と規定している。

ロマーノは、そのような現象をもたらした原因を「フランス革命の原罪」と呼んでいる。その「原罪」は、国家と諸個人の間にある社会的諸力を無視または破壊することを志向し、領土や国籍といった指標に基づく結合の中にのみ政治的組織化を観念することによって、「個人のみが国家に対峙する」「過度に単純な」政治秩序を創出したことである⁹⁾。「近代国家の危機」に関するロマーノの認識を正当化しようとする文脈においては、かかる政治秩序の創出は「還元主義 (riduzionismo)」と規定され、現在においても批判の対象となっている¹⁰⁾。

他方では、ロマーノにとって「冷酷にも」確認しなければならないことは、「社会生活は、決して法準則によっては支配されておらず、自律的に発展し続けてきており、それとは調和しないシステムと矛盾する状態に身を置いてきた」¹¹⁾ ということであり、「近代公法は、社会運動を支配しているのではなく、社会運動によって支配されているのであり、辛うじて社会運動に適応しつつある。その一方で、社会運動は固有の法をもって自己を統治している」¹²⁾ とい

7) *Ibid.*, pp. 8-9.

8) *Ibid.*, p. 12.

9) ロマーノによれば、「公法に直接関係する社会的関係は、一方では個人を、他方では国家及び領土上のより小さな共同体を項辞とする関係に尽きるものではない」(*Ibid.*, p. 18)。したがって、個人と国家その他の公共団体のみを項辞とする国家観に立脚した「政治代表」の観念にも批判が向けられ、「選挙によって形成される議院の構成は、極めて人為的で虚構に満ちた何物かを有する」ため、「議会による媒介なしに人民と政府を直接的に接触させることへと通じる、大臣のある種の社会的責任」への志向が表明されている。V. *ibid.*, pp. 22-23.

10) Paolo Grossi, *Il diritto tra potere e ordinamento*, in *id.*, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 180-181. ここでは、法人としての国家と自然人としての個人という2つの人格の間の弁証法に社会の複雑な組織・構成を還元することという意味において直接的には用いられている。ただし、かかる意味における「還元主義」への批判は、一般意思の唯一の表明としての法律という観念に基づく法律の体系への法の還元という、啓蒙思想を起源とする「還元主義」に対する批判と不可分のものであろう。V. *id.*, Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti, in *ibid.*, p. 146.

11) S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, *supra* note 6, p. 14.

12) *Ibid.*, p. 15.

うことである。

国家と社会との関係についてのこのような分析から、ロマーノは、近代国家の変遷過程に関わる「真理の核心」を導き出す。それは、「協同体体制 (sistema corporativo)」に向かう国家の傾向である。ロマーノによれば、「公法に直接関わる社会的関係は、一方では個人を、他方では国家及び領土上のより小さな共同体を項辞とする関係に尽きるものではなく」、「領土に関わる拘束とは異なる拘束から発生した社会的組織をも考慮に入れること」が、近代国家の統治プロセス上の欠陥を補完しうる公法理論の構築に通じている¹³⁾。その意味において、「協同体体制は、その墮落した形態においてではなく、その正常な展開において考慮されるならば、過度の個人主義がもたらす有害な帰結を緩和し、諸個人間の連帯感、及び諸個人から成る様々な集団間の相互尊重の感情を発達させることに仕え、もって、より完全で一体化した社会的組織が形成されることに寄与しうる」¹⁴⁾ものと、彼は考えたのである¹⁵⁾。

結論として、「近代国家の危機」は、次の2つの現象の収斂として要約される。一方では、「益々原子的性格を喪失しつつある社会の個別的利益に基づく漸進的組織化」、他方では、「国家の構造の内部で社会それ自身はその構造を反映させ承認させるために保持する法的・制度的手段の欠如」、である。この2つの現象が、「探究すべき英雄的な救済策を、国家によって創出され、国家の秩序において枠づけられた諸制度の中に見出す可能性に対する不信」を引き起こしているとロマーノは診断している¹⁶⁾。

しかし、その一方で、「ある上位の組織が、それを特定化しゆく下位の組織を統合し、共存させ、調和させる」¹⁷⁾という原理が存続しゆく展望をロマーノは描いており、多様な社会階層による権力行使への参加がいかに広範かつ適切なものになりうるとしても、公権力の不可分性を肯定する必要があることを再確認している。近代国家は、「法の驚異的な創造物」として、「部分的・偶然的な諸利益を超越し、一般的と言われうる意思を貫徹する組織体として、すなわち、人類が今まで経験してきた制度の中で、将来の協同体的社会が封建的国家体制と非常に類似した体制に回帰するのを阻止する政治秩序を創出することができる唯一の制度として、自己の存在を確立する潜在性を有している」¹⁸⁾。「近代国家とその危機」におけるロマーノの構想の中で、国家は社会的、政治的、法的統一性の放棄しえない源泉としての地位を付与されている¹⁹⁾。

個別的利益と一般的利益との調整をめぐる近代国家の危機に対する処方箋を提示することについての以上のような展望は、1918年刊行の『法秩序』の中で、多様な個別的利益を代表する

13) *Ibid.*, p. 18. ロマーノにとっての主題は「破壊することではなく、建設すること」、特に、近代国家の原理・構造と矛盾しない、資本主義と共産主義との狭間の「第三の道」を、であった。V. *ibid.*, p. 20.

14) *Ibid.*, p. 19.

15) ロマーノが示した「協同体体制」に対する共感は、資本主義と共産主義との間の「第三の道」として構想された、ファシスト政権の「協同体国家 (Stato corporativo)」の構想を予示するものと評価されている。V. Andrea Morrone, Per il metodo del costituzionalista: riflettendo su «Lo Stato moderno e la sua crisi» di Santi Romano, in *Quaderni costituzionali*, 2012, n. 2, p. 373.

16) S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, *supra* note 6, p. 23. 逆に言えば、「危機」とは、「個別的利益を超越した国民全体の一般的・優越的利益を代表し、追求し、保障するという高次の機能を近代国家が果たせなくなっている状況」(Alberto Romano, Nota bio-bibliografica, in *L'ultimo Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 869.) のことである。

17) *Ibid.*, p. 24. ロマーノは、近代国家が多数派支配を隠蔽するための「恐るべき偽善」(*Ibid.*, p. 25.) であるという単純な見方には与しない。

18) *Ibid.*, p. 25. したがって、ロマーノが剔抉した「危機」は近代国家の一時的衰退への傾向を意味するが、国家はなお「益々大きな一貫性・整合性を獲得する運命にある広範で包括的な集団の真の人格化」を体現する。

19) A. Morrone, Per il metodo del costituzionalista, *supra* note 15, p. 375.

構造として捉えられる組織・結社が「法秩序 (ordinamento giuridico)」としての「制度 (istituzione)」という別の概念に規定し直されることにより²⁰⁾、法の概念を定義づけることとの関連という一般法理論の観点から正当化されるに至る。

2. 法秩序と制度及び私人の法

ローマノは、青年期の著作において、「法は本質的に関係、2つの人格の間の、2つの主体の間の関係である」²¹⁾と述べ、法の本質を「関係 (rapporto)」に求めていたが、その後、いわゆる制度理論をもって法の概念の拡大ないし質的転換を図るに至った。この転換は、「即自的統一体 (unità a sé)」としての「法秩序」の概念による法の定義づけによって象徴される²²⁾。ローマノにとって、「法は、規範である以前に、単なる関係もしくは一連の社会関係に関わる以前に、法が展開され、法が統一体として、すなわち即自的実在として構成する社会そのものの組織化 (organizzazione)、構造、状態」²³⁾である。法の概念に対するかかる規定は、一般的意識の有機的産物としての法という概念によって国家主権の概念を制限的に捉えることを可能ならしめるという志向性の下に、法源の国家外的次元たる社会に着目し、自己の公法体系の構成要素として社会の概念を採用するという、彼の理論的営為全体に通底する基本的手法を象徴するものであった²⁴⁾。

ローマノにとって、法秩序が「統一体」であるということは、前者が意思行為の発現たる諸規範の体系には還元されないということの意味する。彼の述べるところ、「法秩序は、ある部分において諸規範に従って運行する実体であるが、なかならず、恰もチェスボードの駒のように、諸規範それ自体を動かす実体であり、「諸規範は、法秩序の構造の一要素というよりも、むしろ法秩序の活動の目的を、そして法秩序の活動の手段をも表象する」ものである²⁵⁾。彼は、法現象が客観化される過程を諸規範の生成・運用という契機に還元することを回避するという見地の下に、権力機関によって相互に結びつけられる諸規範の総体を意味する「システム (sistema)」の概念を忌避し、諸規範を生成し適用する社会的諸力の現実的動態を表象しうる概念としての「秩序」を自己の法理論の鍵概念として設定したのである²⁶⁾。

20) V. A. Romano, Su Santi Romano. *Lo Stato moderno e la sua crisi e L'ordinamento giuridico*, in Eugenio Ripepe (a cura di), *Ricordando Santi Romano in occasione dell'inaugurazione dei corsi dell'a. a. 2010-2011 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa*, Pisa, Pisa University Press, 2013, p. 79.

21) S. Romano, La teoria dei diritti pubblici subbietivi, in Vittorio Emanuele Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, Sel, p. 117.

22) S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, 2ª ediz., Firenze, Sansoni, 1946, p. 12.

23) *Ibid.*, p. 27. 『法秩序 第2版』では、私人による法律行為も、単なる法的関係を創造する行為としてではなく、秩序創造行為として捉えられるに至っている (*Ibid.*, p. 71, n. 47 quater.)。

24) Maurizio Fioravanti, 'Stato giuridico' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909), in id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento* t. I, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 317-318.

25) S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, supra note 22, pp. 15-16. 他方において、法の概念についても、「法は、定立される規範ではなく、あるいは単に定立される規範であるのではなく、かかる規範を定立する実体そのものである」(*Ibid.*, p. 19.)とされる。

26) V. Mauro Barberis, Santi Romano, il neoistituzionalismo e il pluralismo giuridico, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, n. 2, p. 352. ただし、ローマノが諸規範の総体としてのシステムの概念を重視しなかったことは、彼が諸規範の形態・内容に無頓着であったことを意味しない。彼は、法規範の形態に関する青年期からの考察を晩年に総括し、法規範を国家秩序内部の創設・構成規範、国家秩序に包摂された諸秩序の法規範、特定の国家秩序の外部に位置する始源的法秩序の法規範であって、当該国家秩序が何らかの効力を付与しているもの、特定の法規範が法的効力を付与する道徳、慣習、適正 (correttezza) 等の諸規範、国家秩序にとっては法的効力を有さず、場合によっては反法的なものでさえあるが、国家秩序以外の特定の法秩序の観点からは法的効力を有する諸規範に類型化している。V. S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, 2ª ediz., Milano, Giuffrè, 1946, pp. 81-82.

そして、ローマノにとって、システムと秩序との弁別を可能にする特質こそが、秩序の「制度」としての性格であった。すなわち、彼は、法秩序の本質を制度の概念をもって指示した。制度の概念は、「あらゆる団体または社会体 (ente o corpo sociale)」として定式化される。この「あらゆる団体または社会体」は、第1に「客観的・具体的存在」、[「外面的・可視的個性」、第2に「人間の個人的本性ではなく、社会的本性の発現」、第3に「固有の個性性を有しているがために、即自的な考慮対象たりうる閉じた実在 (ente chiuso)」]、最後に「構成員、財産、規範等の個々の要素が変動したとしても、自己同一性を喪失すること」なく、「同一の実体を保持し、固有の個性性を維持しつつ、改良されうる」、[「堅固で恒久的な統一体」、といった本質的特質を内包するものと説明される²⁷⁾。この制度としての法秩序の本質は、所与の法秩序が法源体系という規範的与件によってではなく、諸規範を発生させる源泉たる構造的与件の存在を含意する実効性の原理に基づき正統性を付与されることを理論上可能ならしめる要因として捉えられうる²⁸⁾。

それらの特質によって組織化を伴った実在としての法秩序は同定され、法秩序の概念と制度の概念が等式化される²⁹⁾。ローマノにとっては、法秩序が制度という「社会的組織化」によって表象される限りにおいて、事実と法とを二元的に把握することを前提に、両者を因果連関によって説明することも、制度の概念を法の源泉として捉えることも誤りである³⁰⁾。また、法秩序の概念が社会的事実の実効的構造を定義上含意するのであれば、法秩序の起源に関する正当性／正統性を問い直し、法の拘束力を説明する必要性は否定されるに至る³¹⁾。そして、法秩序が諸規範の体系には還元されてはならないのであれば、法秩序の概念と等式化される制度の概念もまた、所有制度や婚姻制度といった、特定の事項に関する規範体系を具現化した個別的制度 (istituto) と混同されてはならないことになる³²⁾。

制度の概念によって本質規定される法秩序と法の概念との同一視は、いわゆる私法の概念の再構成に至る。ローマノにとって、私法 (diritto privato) とは、私人たる法主体及びその主体間の関係を対象とする国家法であって、立法・執行・司法という基本的権力に分節化される国家の統治権に類比された権能が国家によって付与される場合に現出する自治 (autonomia) の概念を前提的内容とするものである³³⁾。ローマノは、法の概念を国家による一元的生成の産物としては捉えないがゆえに、私法の概念についても、私人による意思表示が行われる領域を

27) S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, supra note 22, pp. 35-39.

28) A. Romano, *Su Santi Romano*, supra note 20, pp. 48 e 50.

29) ローマノは、「総体的かつ統一的に考察の対象となる法秩序としての法の概念を正確な用語において表現するために必要かつ十分であるように思われる概念は、制度の概念である。あらゆる法秩序は制度であり、反対に、あらゆる制度は法秩序である。2つの概念の間の等式は、必要かつ絶対的なものである。」(S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, supra note 22, p. 27.) と述べている。

30) 制度の概念の特質について、さらに、「制度は、理性の要求、抽象的原理、観念的な何か (quid) ではない。反対に、それを生成し支配する物理的諸力の観点からではなく、それが他の存在と相互依存的な現象として展開され存続する環境との関係においてではなく、それが関係づけられている因果関係との関連においてではなく、したがって社会学的にはなく、それ自体において、すなわち法秩序に起因するものとして考察される実在である。」(Ibid., pp. 96-97) と補足される。

31) Filippo Fontanelli, Santi Romano and *L'ordinamento giuridico*: The Relevance of Forgotten Masterpiece for Contemporary International, Transnational and Global Legal Relations, in *Transnational Legal Theory*, 2011, volume 2, issue 1, p. 79.

32) Michele Fabio Tenuta, *Le sovranità ordinamentali. Lineamenti di una teoria a partire da Santi Romano e dalla scienza giuridica del Novecento*, Roma, Aracne, 2012, p. 64.

33) S. Romano, Autonomia, in id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 18.

汲み尽くすものとは考えない。したがって、私人たる法主体間の関係は、その正統性の肯定という局面において国家秩序との結合とは無関係に構成される秩序として捉えられるべき場合があり、かかる秩序において法主体が享有する権能は、国家による承認を前提とした自治の概念には包摂されない規範創造力を含意することになる³⁴⁾。彼は、国家秩序との結合の埒外に私人が構成する秩序を、私法の概念と対比的に「私人の法 (diritto dei privati)」として提示している³⁵⁾。

3. 近代国家の布置

「近代国家の危機」に対する処方箋としての法の一般理論を「法秩序」とそれを具象化する「制度」の概念を基軸に構築するというローマーノの回答について、その実体を単なる多元主義法理論に還元する解釈は放棄されうる。この放棄は、ローマーノ理論の底流に伏在している「ジレンマ」の摘出を起点とする。そして、その「ジレンマ」は、多元性という属性に帰着する「秩序-制度」の概念をもってしても、多様な法秩序が相互に自制し共存する舞台を組織化する歴史的能力を自己に留保した国家の覇権³⁶⁾を克服することはできないという見立てが、「制度の制度 (istituzioni di istituzioni)」³⁷⁾としてローマーノが国家の存在意義を説明したことに適合するということを意味する。この見地において、「革命」でも「反動」でもない「国家改革」——社会に対するポスト個人主義的・有機主義的観念を前提に、ブルジョアの政治代表の観念を協同体主義 (corporatismo) の方向性において再構成し、権力の組織化のレベルにおける正統性を強化するという国家の「民主的」改編³⁸⁾——への志向性をローマーノの「危機」論の中に見出す試みが理解される³⁹⁾。

そのような「国家改革」への志向性という局面を強調するとき、少なくとも「近代国家の危機」について論じたローマーノにとって、「国家」の観念は不変の定数として捉えられていたという解釈に至りうる⁴⁰⁾。かかる解釈は、その性質上、ローマーノが「危機」の処方箋を明確とは

34) 場合によっては、このことが、社会的・法的生活の起源にして終末として国家を捉える国家主義的一元論を否定し、法秩序の多元的存在様式を肯定するための条件と見なされている。V. M. F. Tenuta, *Le sovranità ordinamentali*, supra note 32, p. 116.

35) S. Romano, *Autonomia*, supra note 33, p. 24.

36) M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, supra note 5, p. 137.

37) S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, supra note 22, p. 38.

38) V. M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, supra note 5, p. 143.

39) Roberto Ruffilli, Santi Romano e la «crisi dello Stato» agli inizi dell'età contemporanea, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, anno XXVII, 1977, p. 316 ss. ここでは、代議制民主主義に立脚した国家意思の中での「ratio」の表出という観念を前提に、リベラルデモクラシーに由来するブルジョア的・資本主義的發展モデルが有する「根源的諸価値」の回復という見地において国家と社会との関係の変動に対応する姿勢が、ローマーノの中に刻印されていたということが指摘されている。そして、ローマーノが展望した、国家体制内部的な危機への解決策は、選挙の社会的基盤における限定性に基づく、代表者と被代表者との同質性というブルジョア的的政治代表の問題性を可視化していないという点で、「ブルジョア憲法の民主化」ではなく、「危機の議会政治化 (parlamentarizzazione)」への選択とも評されている。V. A. Morrone, *Per il metodo del costituzionalista*, supra note 15, p. 377. ただし、後にも触れるように、国家改革を推進するうえでのローマーノの基本的思想について、リベラルデモクラシーの構想を国家機構の中で実現することによって第一次世界大戦後に顕在化した社会的矛盾を解消することはできないという認識、また、議会と有権者との間の代表関係は擬制にすぎないという、政治代表の観念に対する不信に基づく議会権力の制限及び行政権の独立性の拡大への志向性を指摘した方がより一般的と言えるかもしれない。V. M. Fotia, *Il liberalismo incompiuto*, supra note 5, p. 150 e pp. 152-153.

40) Cesare Pinelli, *La Costituzione di Santi Romano e i primi maestri dell'età repubblicana*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, n. 2, p. 13.

言い難い態様において提示しようとした際、近代国家の弁別的特徴たる国家の法人格を、彼は公法学の基本的前提として放棄することができなかつたという推論に立脚している⁴¹⁾。少なくとも、社会における多元的利益の総合という観点に基づく国家権力の維持を志向していることを示唆する内容は、国家の存在を相対化するという戦略に直結していないという指摘は妥当であるかもしれない⁴²⁾。

元々、ローマーノの学術上の師であるヴィットリオ・エマヌエーレ・オルランド (Vittorio Emanuele Orlando, 1860–1952年) は、ローマーノがイタリア公法学にもたらした「天才的なほど独創的な貢献」を認めつつも、ローマーノの「学説が伝統的理論と明確に対立し、学術上革命的な性格を有すると断言することが認められたわけではない」ということを指摘していた。なぜなら、「近代国家が主権を保持するという原則と、近代国家の内部において複数の法秩序が形成される可能性との、国家の命令及び強制の権力と競合する、国家内部の法秩序が有する同様の固有の権力との、そして、国家内部の法秩序における独立した固有の存在理由との両立性」という根本問題に対し、ローマーノの学説が肯定をもって回答すると「信じる根拠を与えるものは何もない」とオルランドは考えたからである。オルランドの理解によれば、「国家以外の制度が国家の中に包含され、しかも固有の法秩序を有する異なる実在と見なされる」のは、「国家という一般的法秩序の側からの制度としての承認」の埒外に「特殊な法秩序」があるという、国家と「特殊な法秩序」との無関係性によって成立しているとされるのである⁴³⁾。

ローマーノの法思想の支柱を成す「法秩序の多元性」の概念がこのように理解されるとき、彼の多元主義は「国家中心主義的モデル」⁴⁴⁾として規定されるに至る⁴⁵⁾。また、ローマーノの多元主義法理論が、単一の政党・単一の労働組合によって支配される、ファシスト政権の協同体体制に道を開いたという手厳しい評価を前提に、彼の思想を「控え目な多元主義」の典型として提示する例も見られる⁴⁶⁾。ローマーノ学説に対するこのような規定の仕方は、ある意味においてトリヴィアルなものと言えなくもない。なぜなら、「近代国家の危機」を問題化すること自体が、「社会における個別的利益に基づく組織化」と「社会構造反映のための法的・制度的手段

41) M. Fioravanti, Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: Nuove prospettive della ricerca, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. 10, 1981, pp. 215-216. この点に関し、ローマーノの学説は、「至高の人格としての国家が含意する絶対的中心性を保護するまさしくその必要性によっていかなる場合においても支配されていた」(Carlo Magnani, *Stato e rappresentanza politica nel pensiero giuridico di Orlando e Romano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2000, n. 2, p. 365.)とまで評されている。

42) V. Alessandro Mangia, La rappresentanza politica e la sua crisi. Un secolo dopo la prolusione pisana di Santi Romano, in www.forumcostituzionale.it, 3 gennaio 2013, p. 12.

43) Vittorio Emanuele Orlando, Lo «Stato sindacale» e le condizioni attuali della scienza di diritto pubblico, in *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia*, 1924, pp. 11-12.

44) A. Morrone, Per il metodo del costituzionalista, supra note 15, p. 380.

45) これに反対する解釈として、V. Sabino Cassese, Ipotesi sulla fortuna all'estero de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2015, n. 1, p. 179.

46) M. Barberis, Pluralismi, in *Teoria politica*, 2007, n. 3, p. 7. ただし、同様にローマーノの「法秩序の多元性」の観念に批判的ないし懐疑的な目を向ける場合でも、多元主義の「不徹底」という視点とは反対のベクトルに基づく批判も成り立ちうる。例えば、「法的多元主義 (pluralisme juridique) は、国家と重複する外延をもつ法秩序の還元不能な独立性を国家における改革への意思と対置させるとき、社会的保守主義 (conservatisme social) の擁護へと変貌しうる。」(Olivier Beaud, *Ordre constitutionnel et ordre parlementaire. Une relecture à partir de Santi Romano*, in *Droits*, n. 33, 2001, p. 85.) というように、多元主義と保守主義との接続性について語る見解が見られる。確かに、教会及び教会法 (特に教会裁判権) の自律性を擁護し、教会に対する国家の支配を刻印する社会の世俗化に対抗する手段としてローマーノの理論を解釈することも不可能ではないであろう。

の欠如」を協同体体制への国家の再編を媒介にして是正するという、国家における政治的統合過程の保全に向けた軟着陸戦略への企図を内包していると考えられるからである。

そのように、近代国家の弁証とも解釈されうる理論内容を提示していた一方で、ローマーノは、当時における政治代表の観念を代表者と有権者との間にいかなる関係も創出しない名目ばかりの法的擬制として捉えているように⁴⁷⁾、とりわけ研究生活の初期における一連の著作の中では、立憲主義体制の確立が依拠してきた種々の観念を、「教条の内実」をもつにすぎない「原理・定式」として脱神話化しようとする問題意識に貫かれていた⁴⁸⁾。彼にとっては、いわゆる「権利章典」と呼ばれるものは、「哲学的原理、教条的格言、おめでたい勧告の冗長な表明に満ちた」、「法律というよりもカテキズム」⁴⁹⁾にすぎない。それにも拘らず、ローマーノは、時として「国家中心主義的モデル」とまで評される多元主義を理論化する企図の下に近代国家の存続を弁証しようとしていたように受け取られている。このことが単なる矛盾でないとすれば、どのように正当化されうるであろうか。正当化の鍵は、近代国家が随伴させていることが自明であった主権の概念、換言すれば国家の秩序としての性格についての観念にあるように思われる。

Ⅲ 国家主権と制度としての国家

1. 制度の態様と国家の主権的地位

ローマーノは、『法秩序』において、制度の態様を「始源的 (originarie)」、「派生的 (derivate)」、「中間的 (intermedio)」という3つの類型に分類していた。制度の始源的性格は、当該制度の定立が他の制度に依存していないことに、派生的性格は、当該制度の定立が従属の対象となる他の制度に依存していることに、中間的性格は、当該制度の中に始源的性格と派生的性格が混交していることに、それぞれ由来している⁵⁰⁾。そして、『初版』においては、国家は制度の第1の態様または第3の態様をとりうる⁵¹⁾とされていたが、『第2版』においてその見解は修正され、国家はいかなる態様であっても始源的な法秩序として規定されるに至った。元々ローマーノは、制度の第3の態様について連邦国家構成国をその典型として想定していたが、『第2版』において、連邦国家構成国は、他の上位の国家秩序に従属する秩序であっても、完全に始源的な制度であるとされている。その理由は、連邦国家構成国の源泉それ自身が

47) S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, supra note 6, p. 21. このことは、ローマーノが代議制民主主義に対して王政及び寡頭制の否定という消極的価値しか認めていなかったことを示すものとして解釈されている。

V. P. Grossi, *Lo Stato moderno e la sua crisi*. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano, in E. Rippepe, *Ricordando Santi Romano*, supra note 20, pp. 33-34. 実際、「議会の全能性という誤った教条を解体」しなければならないと考えていたローマーノは、19世紀(1898年)の段階で、法の生成を国家による権威的命令に還元する「国家主義」に対し懐疑的な態度を示していた。V. S. Romano, *Saggio di una teoria sulle leggi di approvazione*, in id., *Scritti minori*, volume primo, ristampa dell'edizione del 1950, Milano, Giuffrè, 1990, p. 109.

48) V. S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in id., *Scritti minori*, volume primo, supra note 47, p. 217.

49) S. Romano, *Le prime carte costituzionali*, in id., *Scritti minori*, volume primo, supra note 47, p. 327. したがって、当時のイタリア王国憲章の諸条項は、「各ページが空白になっている本の単なる見出しのようなもの」であって、その「空白」を埋めていくのが「政治慣習、伝統、公共生活の変遷」であるとされていた (Ibid., p. 326.)。

50) S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, supra note 22, p. 141.

51) 国家に対し、コムーネ(市町村)は常に派生的制度として位置づけられるとされる (Ibid.)。

上位の国家秩序の中に見出されるわけではなく、連邦国家構成国それ自身の規範によって定立または承認される限界が、上位の国家秩序との関係において発生するにすぎないというものである⁵²⁾。

このことは、国家はそれ自体としては、すなわちその内的観点からは常に主権的 (sovrano) であるという帰結をもたらす⁵³⁾。その一方で、連邦国家の秩序において見られるように、ある国家の地位を、その国家が構成するより大きな共同体において具体化される他の秩序との関連において考慮に入れる場合、当該国家に主権が欠如していると言いうることをロマーノは認めている。この欠如は、異なる秩序から派生する2つの異なる地位という視点により、すなわち、国家への帰属がその国内法の観点から説明される主権と、国際法に代表される、より広範な共同体の法によって国家に帰属しうる、または当該国家に対し否定されうる主権とは異なるという説明により正当化される。その結果、ある国家に対外的主権が欠如している場合であっても、その国家は対内的主権を有するという命題が成立することになる。秩序としての国家は常に主権的であるが、他の法秩序がもつ観点によって、主権的ではない国家が存在しうるということも肯定される⁵⁴⁾。

2. 主権の概念における多元性と相対性

『法秩序 (第2版)』における制度の「始源性」に関する説明と、『一般憲法原理』における国家の「主権性」に関する説明とを総合すると、制度の主権性=その始源性という等式が成立する。ロマーノにとって、主権の概念は、優越的権威に基づく最終審の権力 (potere di ultima istanza) または絶対的命令権 (*imperium*) に還元されず、むしろ法秩序の存在様式、つまり始源的法秩序としての「質 (qualità)」を意味する⁵⁵⁾。反対に言えば、ロマーノにとって、秩序としての制度を構成しない実在ないし観念たる議会にも、国民 (nazione) にも、人民 (popolo) にも、主権は帰属しない。また、始源的法秩序の対外的主権は、当該法秩序が相互関係を形成する法秩序と同数存在しうることになる。したがって、ロマーノの理論においては、始源的な社会組織の多元性は主権的実体 (corpi sovrani) の多元性と同義となる⁵⁶⁾。このような主権的実体の多元性という観念を前提とするなら、19世紀から20世紀にかけての中間団

52) *Ibid.*, p. 141, n. 94 quater.

53) S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, supra note 26, p. 70. 「国家の内部秩序に考慮を向けるならば、国家は常に主権的である。なぜなら、まさしくその秩序の効力範囲の中では、当該国家秩序に優越するいかなる他の主体も存在しないからである。仮にかかるとすれば、その主体の内部では、もはや始源的ではない当該国家秩序に、その主体に固有の秩序が重畳しているということであろう。」と述べられている。

54) *Ibid.*, p. 71. そのように観点によって国家の主権性の有無が異なるということに鑑み、対外的主権は必ずしも単一のものとして存在するわけではなく、当該国家を包含する共同体と同数の主権が存在しうることになる。

55) *Ibid.*, p. 65. このような観点から、国家の不可欠な構成要素としての主権=統治権という観念は否定され、制度を支える力が帰属する諸個人の総体及びそれらの諸個人が任ぜられる個別的統治機関を意味する「政府 (governo)」がそれに取って代わる。V. *ibid.*, p. 49.

56) ロマーノは、国家以外に始源性ないし主権性という性質を保持する秩序としてカトリック教会や国際社会 (comunità internazionale) を想定していたが、領域的秩序としての始源性ないし主権性という性質は国家の中のみ見出されるものと考えていた。V. *ibid.*, p. 68. なお、国際社会と「組織化」との関係については、「『組織』という語は多義的である。狭義においては、固有の意思、及びこの意思を実現する手段としての機関を有する団体 (ente) を意味する。この意味においては、国際社会は部分的にしか組織化されていないであろう。しかし、広義における組織は、諸個人もしくは他の諸団体の単なる集合ではない真の団体としての『実体 (corpo)』を有すると言えらることを可能ならしめる、団体の安定的・永続的構造を意味する。この意味においては、国際社会は組織化されている。」(S. Romano, *Corso di diritto internazionale*, 4ª ed. riveduta, Padova, CEDAM, 1939, pp. 6-7.) と説明されている。

体の噴出という社会現象は、「近代国家の危機」を象徴するものであっても、近代的主権の完全性における危機を——ローマーノの認識においては——意味するものではないということが指摘されうる⁵⁷⁾。

ただし、主権の実体が多元的に存在するという観念について留意しなければならないことは、ローマーノが主権の概念を構築するに際して第一に重視していたのは法秩序の内的効力範囲であったということである。法秩序の内的効力範囲に着目すればこそ、「固有法 (*ius proprium*)」を構成する各法秩序が固有の領域の内部において自己の主権を行使するという想定が可能となっていたのである⁵⁸⁾。特に、国家秩序が内包する主権性とその外部秩序に随伴すると彼が考える主権性との併存可能性については、次のように説明される。

国家秩序の領域においては、直接的に国家から派生する、また、自己の自律性が国家に由来する他の団体及び主体から派生する諸規範のみならず、特に国際社会、外国国家、教会といった、国家に対して始源的である秩序から、すなわち制度から派生する諸規範もまた価値を有しうる。しかし、国家もまた始源的秩序であるために、それらの諸規範は、国家の内部においては、それ自体としては直接的に効力を有さない。それらの諸規範が効力を有するのは、まさしくその国家の法律がそれらの諸規範に効力を付与する限りにおいてのみであり、かかる付与の限界内においてである⁵⁹⁾。

したがって、特定の法秩序の主権的地位は、他の法秩序に対する絶対的な優越性を含意するわけではなく、主権の優越性は相対的または内的なものとして捉えられる⁶⁰⁾。各法秩序が生成する法的効果は効力範囲の内部に留まり、別個の法秩序によって準拠される場合にのみ、かかる法的効果は外部の法秩序に妥当するという、主権の実体の併存可能性に関わる観念は、現代のイタリアにおいて、ローマーノによる「観点 (*punto di vista*)」の原理の提示として理解されている。

3. 法秩序の「法的性格」と「観点」の原理

法秩序としての主権の実体の多元性と国家の独占的な領域的支配権との整合性という不可避的に問われるべき問題との関連では、『法秩序』においてすでに提示されていた「関連性 (*rilevanza*)」という視点に基づく法秩序間の関係の理解が参照されるべきであろう。この視点は、「ある秩序の『存在』、『内容』または『効力』が、ある法的『資格 (*titolo*)』に基づき、他の秩序との関係において条件づけられている⁶¹⁾」ことを表すとされる。そして、その「資格」、すなわち各法秩序の間に関連性が形成される態様は、ある制度が他の制度の中に包含され、両者が相俟って1つの制度を構成し、その結果、2つの秩序のうち的一方が他方の秩序に対して劣位の状態に置かれること (従属)、国際社会がそれを構成する諸国家の存在を前提とする場合のように、一方の秩序が他方の秩序の前提条件を成すこと (前提)、2つないしそれ以上の秩序が、その直接的関係においては相互に独立しているが、それらの秩序のすべての上位にある1つの秩序に共に依存していること (共同依存)、ある秩序が、強制によらずにその

57) M. F. Tenuta, *Le sovranità ordinamentali*, supra note 32, pp. 182-183.

58) S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, supra note 26, p. 67.

59) *Ibid.*, pp. 93-94.

60) ローマーノが意図する主権の優越性の一端は、始源的法秩序から派生し、それに従属した他の内部秩序の効力 (*efficacia*) に対する当該始源的法秩序の効力の優越性を意味する。V. *ibid.*, p. 68.

61) S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, supra note 22, p. 145.

任意の決断により、自己の内容もしくは効力の何らかの点を、自身が本来は独立している他の秩序に従属させること（片務的関連性）、ある秩序が別の秩序の中に移入されることによって存在しなくなる（承継）、に分節化される⁶²⁾。国家と他の始源的制度との関係については、法秩序間の関係をめぐるそれら5つの契機のうち、従属の契機が排除される。ローマノによれば、自治権の付与も、特定の規範の定立または廃止を命じることも、法文・判決等に対する効力・権威の付与も、上記の態様を伴って法秩序間の関連性が形成された帰結として捉えられる。

かかる関連性の概念によって表象される、法秩序間の関係に関する多様な形姿の析出は、法的性格（giuridicità）の、すなわち秩序としての法の存在や効力あるいは正当性の重層的観念を可能ならしめるものとして評価されている。

ローマノによれば、法現象は自己目的を追求することに適合的な有機的・永続的構造の確立を意味する「組織化」の概念を中核とする法秩序の定立・存続に還元され、その法秩序の本質は制度の概念によって指示される。よって、法・法秩序・制度という3つの概念がつかまる場所同一視されるに至るのであるが、このことは、制度としての法秩序が、特に国家という外部的秩序による客観的規定とは無関係に法的性格を——相対的・主観的に——構成することを意味する。そのことをローマノは、法学者の基本的任務との関連において、次のように確認する。

一定の団体が合法なものか、それとも非合法なものなのかを判断するに際して国家が採用する基準がいかにか恣意的で、偶発的で、可変的かということは誰もが知っている。しかし、そういったことのすべては、法学者にとって完全に無関係なことであるはずである。法学者は、かかる場合において、それぞれが自己の軌道の中で客観的、制度的、それゆえ法的な、他方で国家法に対しては反法的な秩序の存在を確認すること以外のことを為しえないのである⁶³⁾。

したがって、国家にとっては関連性をもたない、または反法的であるが、他の秩序の観点からは法的性格を承認すべき諸規範が国家秩序の中に事実上存在することになる⁶⁴⁾。そして、法的性格のかかる相対的・主観的な構成は、ローマノにとっては法秩序が多面的に存在するがゆえに、法的性格が国家を媒介とした一元的生成を超えて発生する⁶⁵⁾ということのみならず、法秩序間の関連性が多面的に存在するという想定に鑑み、法的性格が重層的に捉えられうるということを帰結する⁶⁶⁾。このような法的性格の重層性は、法秩序に応じて異なる観点による法

62) *Ibid.*, pp. 146-148.

63) *Ibid.*, p. 124.

64) V. S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, *supra* note 26, pp. 81-82.

65) この代表例として、コンコルダート上の婚姻という、国家と教会との取極に基づき、宗教上の効果のみならず、民事上の効果をも生み出し、教会秩序と国家秩序双方の規範的規律に服する教会婚の形式が考えられる。V. M. F. Tenuta, *Le sovranità ordinamentali*, *supra* note 32, p. 176.

66) ローマノは、国際法秩序と国家法秩序との関係につき、国際法優位の一元論も国家法優位の一元論も共に否定する。それら2つの法秩序は、包含関係において捉えられるべきではなく、各秩序の存在が双方の合意または一方から他方への承認に依存しないこと、及び各秩序の効力範囲が分離していることを意味する分立原則を帰結する「固有の始源的独立性（*indipendenza propria e originaria*）」を有しつつも、後者に対する前者の「限定的優越性（*superiorità limitata*）」の観点から捉えられるべきであるとされる。すなわち、国際法は、国家法の存在それ自体に、及び国家法に由来する行為、規範、制度等の妥当性に影響を及ぼすことはできないが、特定の客観法を定立するよう国家に対し命じる、もしくはそうすることを禁じることによって、または、特定の客観法を定立することを国家に対し許可することによって、国家法の内容に影響を及ぼしうるという想定をローマノは行っている。V. S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, *supra* note 22, pp. 163-164.

的性格の被制約性を前提としているため、ローマーノが描いた多元的法秩序相互の関連性は、「パースペクティビズム (perspectivism)」とも規定されている。この規定の仕方によれば、各法秩序の自律性が「関係性」を含意するものであることを説明するために、ローマーノの多元主義法理論が援用されうる⁶⁷⁾。

4. 法秩序の多元性と国家主権

ローマーノが提示した以上のような主権の観念及びそれを基礎づける法秩序間の関係についての理論構成は、主権概念におけるある種の二元性を帰結するものとして整理されている。すなわち、一方では、始源的法秩序の複数性から派生するがゆえに複数形概念として語りうる、各法秩序に固有の主観的な「内的秩序主権」として、他方では、ローマーノが関連性の概念の下に提示した、複数の法秩序を結合させる因子を通じて形成される秩序間の客観的相互関係の多元性に基づき、及び、各始源的法秩序が複数の他の法秩序と潜在的に形成しうる主観的関係の多元性に基づき、共に複数形概念として語りうる「外的秩序主権」として、法秩序の多元性を前提とした主権の概念が説明されている⁶⁸⁾。

このように国家主権の二元性を「秩序の主権」という視点から捉える議論は、一方において主権国家という制度を弁証し、他方において、特に共通の規範的成果または慣習法に加盟国ないし関係国が服従することになる相対的にマクロな国際レベルの秩序との関係における国家主権の被制約性を基礎づけることに資するものと想定することができる。かかる想定を、「法秩序の多元性」原理が有する理論的射程を現代のイタリアにおいて見極めようとする試みの最大公約数として理解しても不当ではないように思われる。なぜなら、1990年代以来の欧州連合(EU)による政治的・経済的統合をめぐる法学上の議論との関連において、国際公法に基づく伝統的国際秩序とEU秩序との相違を念頭に、国家の中心性及び権力行使の垂直性に立脚しない体制の下での主権概念を展望するために、秩序間の関係——ローマーノ理論で言うところの「関連性」——を議論の中核に据えようとする志向性がイタリアにおいても見られるからである⁶⁹⁾。

ローマーノの多元主義法理論は、国家という制度の始源性を前提として、国家の周縁に位置するより大きな法秩序＝国際社会及びより小さな法秩序＝国家領土内の多様な制度と国家法秩序との関係の客観的にありうる姿を説明し、かつ、その説明の中に、法的性格の重層性を基礎づける「観点」という思考様式を導入することをその趣旨とするものであった。よって、かかる理論は、多元的に存在する各法秩序の固有性ないし自律性の提示には留まらない。法秩序としての国家の完成性と社会的諸力の「社会体」としての組織化という不可逆的傾向との調整を理論化しようとしていたという点では、ローマーノのことを理論的な相対的多元主義者と呼ぶこと

67) F. Fontanelli, Santi Romano and *L'ordinamento giuridico*, supra note 31, p. 90. 同様の理解として、V. M. F. Tenuta, *Le sovranità ordinamentali*, supra note 32, p. 166.

68) M. F. Tenuta, *Le sovranità ordinamentali*, supra note 32, p. 209.

69) V. Pasquale Serra, Il problema dello Stato. Scienza giuridica e rapporto tra ordinamenti (Analisi critica di due modelli di relazione), in *Democrazia e diritto*, 2008, n. 2, p. 31 e F. Fontanelli, Santi Romano and *L'ordinamento giuridico*, supra note 31, p. 90. また、ローマーノによるファシズム体制への協力に対する評価という問題が公法学の領域において先鋭に意識されていた時期からローマーノ理論を一貫して擁護してきた論者によれば、ローマーノの根本的問題意識は、国家主権の自明性と自然法の肯定という伝統的二者択一を止揚し、国家以外の公法上の法主体を析出させつつ、主権的かつ制限的法治国家という「第三の道」を指示することであったと分析されている。V. M. Fioravanti, Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano, supra note 41, p. 198.

ができるかもしれない⁷⁰⁾。このように考えると、青年期に著された「近代国家とその危機」から、言わば円熟期において自己の法思想を集大成した『法秩序』を経て、晩年に著された『一般憲法原理』における自己の法思想の再確認へと至る、ロマーノが辿った思考の軌跡は、国家から「近代性」を剥ぎ取る、特に「主権」の概念を再構成することによって国家の存在を弁証する、そのために「制度」としての「法秩序」の多元性を仮定し、多様な「法秩序」の相互関係を明らかにしようとしたと解釈することはできないであろうか。

IV 結びに代えて —— 制度と憲法上の権利

「一にして不可分の共和国」としてライシテ (laïcité) を国是とするフランスにおいては、国家と社会の狭間にある結界を象徴する学校＝公教育が、公共空間から宗教性を排除することを要求する闘争の主戦場となる。それに対し、カトリック教会に独立国家としての地位を承認せざるをえなかった——承認することに成功した、と表現したほうが歴史の実情には適合しているかもしれない——イタリアにおいては、宗教と非宗教とがせめぎ合う「主戦場」は遍在しうる。イタリアでは、公共空間から宗教性を排除するための要求は、カトリックの価値観を社会の至るところにおいて顕在化させようとする——多数派の——圧力から——少数派が——自己の個人的アイデンティティを防御するための応力という、フランスとは反対のベクトルをしばしば象徴するからである。そして、少数派によるかかる要求は、イタリア社会におけるカトリック教会の歴史的影響力を背景とした宗教的価値観を前に時として無力である。この無力さは、社会におけるカトリックの価値観の顕在化に対して正当性を裏書きした最高行政裁判所のある判決によって表象されうる。国務院曰く、「イタリアにおいてキリスト十字架像は、イタリアの文明が内包する、寛容、相互の尊重、人間がもつ権利・自由に対する肯定・配慮、権威に対する道徳的良心の自律、人間の連帯、あらゆる差別の拒絶といった諸価値の宗教的起源を象徴的に表現しうる」⁷¹⁾と。

ロマーノの思想に照らして考えるに、たとえ彼の理論的営為の総体が教会秩序の自律性を弁証することに貫かれていたとしても⁷²⁾、自身が長官を務めた国家機関のそのような判示内容に対し、彼は極めて強い拒絶反応を示すように思われる。その理由は、当該国務院判決が——「無信仰者 (non-credente)」というカテゴリーも含めた——宗教的少数派の信教・良心の自由に対する配慮を欠いているというものではない。当該判決の論理を突き詰めると、すべての宗派の平等という観点から、イタリアに存在する全宗派の宗教的標章を公共施設内に設置しな

70) 所与の国家という歴史的事実＝イタリア王国の構造分析を行う局面と、一般公法理論を構築する局面とでは、国家の存在を弁証する程度に差異が生じるのではないかという、ロマーノに対する擁護論として、V. Aldo Sandulli, Santi Romano and the perception of the public law. Complexity, in *Italian Journal of Public Law*, 2009, Vol. 1, p. 21. この擁護論は、一方においてロマーノの思想的基盤を反個人主義・反啓蒙主義に求め、他方において彼の政治的基盤を南イタリアにおける農業ブルジョワジーを支持・代弁する保守性に求める、彼の人物像に対する分析を前提としている。V. *ibid.*, p. 24.

71) Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza n. 556 del 13 gennaio 2006, punto 3. del *Diritto*.

72) 教会秩序の始源性について、ロマーノは、「教会の事項について、教会秩序と各国家秩序は、固有の領域、固有の源泉、固有の組織、固有の制裁措置を有する2つの異なる別個の秩序であり」、「教会は、国家から派生したのではなく、それ自身の秩序に立脚したその自律性に基づき、信者に対して自己の権力を行使する」と強調している。V. S. Romano, *L'Ordinamento giuridico*, *supra* note 22, pp. 120-121.

ればならなくなるという——一部の学者・政治家が真剣に主張している——滑稽とも思える事態を招きうるからでもない。近代立憲主義の到来を象徴する人権宣言や権利章典を指して「おめでたい勧告の冗長な表明」と言い切った⁷³⁾ ロマーノの目には、公共空間におけるキリスト十字架像の可視化を共和国憲法の中に化体された「普遍的価値観」に訴えることによって正当化しようとした国務院の姿勢が許容し難いものに映るであろうから、だけでもない。

国務院判決に対しロマーノが拒絶反応を示すであろうと推測しうる最大の理由は、同判決が、公共空間を中立化する企図⁷⁴⁾を排除することによって、宗派を問わない積極的信教の自由の行使を尊重しようとする、ある種の「多元主義」を論理的に内包しているということである。国務院判決における「多元主義」は、ロマーノが提示した「法秩序の多元性」原理とは両立しえない帰結を含意している。なぜなら、彼にとって「憲法上の自由」とは、その享有主体に留保された領域への不介入という、公権力の限界を示す「消極的権利」に留まるものであるからである⁷⁵⁾。近代の発明に係る教条的確信——と彼の目には映ったもの——との闘争に彼が身を投じたことからすれば、国家による禁止の対象とはなっていない放任行為を個人に留保された権利としては捉えない、それを明示していることが彼の法秩序論・制度論の一貫性を維持することに通じているのではないだろうか。彼は、1947年にこの世を去る1年ほど前に、そのように素朴とも思える権利観を確認することにより、青年期に抱いた「近代国家の危機」への認識を契機として芽生えさせていくこととなる「制度主義者 (istituzionalista)」としてのインテグリティを誇示したように思われる。

73) 前掲注49) 参照。

74) イタリアでは「白い壁 (muro bianco)」政策と呼ばれている。

75) S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, supra note 26, pp. 113 e 121. 「憲法上の自由」に関するロマーノの観念に対する批判を紹介した論稿として、井口文男「人権の体系について」政策科学13巻3号(2006年) 9-11頁参照。