

法人特に國家法人の理論

渡邊宗太郎

一 序

法學上の意味を特に與へられた用語としての人 (*personne*) の言葉は、法の主體 (*sujet de droit*)、即ち、自己の權利をもち、自ら負擔する義務をもち得る存在を表現する。而して、法人 (*personne juridique, personne morale*) の言葉は、自然人若しくは有形人 (*être humain, personne physique*) でない存在である法主體を意味する。唯、法人についてのかかる定義は、いはば消極的のものであつて、かかる存在の性質や、それにまで歸屬せられる權利義務の内容や範圍については全然觸れていない。*personne morale* の言葉は、沿革的には、人類社會において、單に個々の自然人にまでではなくして、國家その他國家内における或る種の人の集團にまで、或は一層抽象的に、少くとも外見上はかかる集團から獨立した觀念的の目的にまで、或る種の具體的の權利が歸屬せられてゐる事實を現はしたものである。かかる事實は、その發生においては、少くとも制定法を超越して著しい過去に遡るものであり、しかも、古い社會においては、集團に歸屬するとみられた權利は、個人に歸屬するものよりも、その内容や範圍においてむしろ一層重要な意義をもつものであつたといはれる。實際上、如何なる社會においても、人の集團にまで歸屬せら

れる或る種の權利を認めることなしには説明せられ得ない法現象の發生をみたのであり、權利主體としての自然の人以外の存在を否認することは到底不可能であるとせられたほど、かかる事實は確定的であり普遍的であつたといはれる。

法人の本質に關する理論的對立は、法學上かかる事實を説明することの見解の對立に發する。¹⁾

二 法人擬制說

自然の有形人以外の存在に或る種の權利義務の歸屬せられる現象に關して、所謂擬制說 (système de la fiction, *Theorie von den fingierten Personen*) を主張する者は、法人理論の出發點を、單に自然の人だけが法の主體であり得るとする原則において見出すのである。この派の主張するところによれば、自然の人 (*homme*) だけが法上も現實の人 (*personne réelle*) であるのであるから、法上の擬制によらなければ、自然の人以外のものにまで適用せられる人格 (*personnalité*) の思想を説明することは可能でない、とする。²⁾

F. Zielmann が自らの著述に引用する法人擬制說の内容は、次の如く要約せられる。³⁾

權利はその概念上その者にまで歸屬せられるその主體を要求する。しかし權利の主體であり得る能力は、當然には、唯、自然の人のみがもち得るのであり、従つて、唯、自然の人のみが法上も *valable Person* であり得る。各人は自ら自己の個別的の目的及び個別的の利益を追求するが、しかし、社會には個人の個別的利益を超越し各個人によつては達成せられ得ない生活目的があり、しかも、かかる目的の實現は、人の共同社會にとつては極めて重要な意義をもつことがある。かかる目的は、それが實現されるためには物質的な財物を必要とし、而して、かかる財物の調達は

權利義務について定める法の適用によつて行はれる。この場合、かかる權利義務は、權利義務の主體としての自然の人
にまで歸屬せられることなしに、直接に當該目的との關係において現實に存在するものである。しかし、權利の概念
に従へば、すべての權利は自己の主體をもたねばならない。然るに、この場合には事實においてかかる主體は存在し
ない。そこで法理論は、當該目的實現のためにかかる權利義務の存在を可能ならしめるために、かかる權利義務の總
體を自己にまで歸屬せしめるところの、技巧的思惟作用によつて創造せられた技巧的主體(ein künstliches Subjekt)
を提唱しなければならぬ。

上述するところから知られるように、擬制説論者の見解によれば、法秩序は、或る種の目的達成のための、或は、
或る種の法取引のための實利的理由から、この目的の達成に奉仕する權利義務の主體としての法上の人を假想しなけ
ればならない、とするのであり、かかる意味において、所謂法人は實定法の創造にかかるとしての法上の人を假想しなけ
る。實においては法によつて承認せられ秩序づけられるに過ぎない事實を、法が自己との矛盾に陥ることを避けるために、
擬制(Fiction)によつて、法上の人として假想するに過ぎないことである。擬制説によれば、實定法は、觀念的
な法主體を創造することによつて、或る種の權利と義務とを個人的利益の闘争から遠ざけ、一般的利益の達成にまで
奉仕せしめようとするのであり、實定法は、技巧的な法主體を假想することによつて、權利主體としての個人を拘束
することなしに、或る種の權利義務が直接に一般的目的に奉仕する事實と妥協しようとするのである。かかる擬制に
よつて、始めて法は、主體なしには權利なし(kein Recht ohne Subjekt)の原則と調和しようとする目的を達す
ることができるのである。かくして、法人擬制説の内容は、次の如く分析せられる。(1)主體なしには權利義務は存在
し得ない。(2)權利義務の主體は自然の人だけである。(3)しかし取引における有形的主體なしの權利義務の一體的存在

は明かな社會的事實であつて、それは又同時に取引上の無條件的要求である。(4)それ事實上無主の財物が存在し、又存在しなければならぬ。(5)従つてこの場合法論理と事實若しくは現實の要求との間に一の衝突を生じる。(6)この矛盾衝突に關しては唯法上の擬制のみがこれを救済することができる。(7)かくして存在しない權利主體が Fiktion によつて充填せられる。

擬制說によれば、假想せられた法主體を必要とする場合に二ある。その一は、自然人たる法主體の多數によつてその實現に努力せられる或る種の目的が存在するときに、その實現は、それに役立つ權利義務を自然人たる法主體に個別的に分割することをもつてしては、少くとも著しい困難を伴はねば可能でない場合である。換言すれば、當該目的は、その實現に役立つすべての權利義務に關する單一的な法主體の創造によつて、一層容易に一層完全に實現せられ得る場合である。實定法は、かかる場合に存在しない法主體を擬制によつて補ふことによつて、法論理の要求に適合しようとするのであつて、國家、地方團體、公共組合等廣義における社團法人 (Corporationen) はこの範疇に屬する。その二は、或る種の財産の一體が一定の目的に供用せられねばならないのであるが、しかし、その財産が自然人である法主體に結合せられたのでは、當該目的の達成に困難を伴ふ場合である。前の場合と異なる點は、當該目的の實現によつて自ら利益と同時に自らその實現に協力しなければならぬ人的存在を缺くことである。かかる財産を法取引の物體たらしめ、しかも自然の人の個人的支配から解放するため、實體法はそれのための觀念上の主體を創造する。所謂財團法人 (Stiftungen) はこの範疇に屬する。⁴⁾

之を要するに、擬制說によれば、實定法は、一般的利益の立場から恰かも實在であるかの如く擬制の人を想定して、かかる人に歸屬せられる權利義務の存在を認め、かかる主體の權利義務が法秩序の規制の中に編入せられることの可

能を認めるのである。擬制説によれば、實定法は、國家についても、特に國民の一般的利益のために供用せられる財産の取得や管理に關する法關係の主體として、實在とは全然無關係な權利義務の主體を想定するのであつて、それが國家法人の實體である、とする。

かかる擬制説に對しては、次の批判がある。⁶⁾

擬制説に對する根本的の抗議は、それは何等與へられた問題を解決してゐないとするものである。法理論的に解明せられねばならない事實は、自然の人に歸屬せられない財産の存在する事實である。この事實は歴史のすべての時代において確認せられねばならなかつた事實であり、現在も尙社會生活の實際はそれを無視することを許さない事實である。かかる財産が假想の人 (personne fictive) に歸屬するといふことは、とりも直さず、それは何びとにも歸屬しないと云ふことである。主體なしには權利の存在は理解せられ得ないとするならば、權利を擬制せられた人にまで歸屬せしめることをもつてしては、權利の存在を解明したことになる。即ち、擬制説をもつてしては、自然の人以外のものに歸屬せられねばならない財産の存在する事實と、主體なしには權利は存在し得ないとする法原則との間の衝突を解決し得たものといへない。法論理に従へば存在しなければならぬ主體が、事實においては存在しないのである。Fiction は事實上の Mangel を ersetzen することを得ない。蓋し Fiction は何等の Wahrheit 若しくは Realität を schaffen するものでなからである。主體を假想するといふことは、實際においては何等の主體も存在しないことを認めるものである。擬制によつては事實は變更せられ得ないといふことが、ことの性質であり、擬制の概念そのものである。擬制は假りに法學上の或る種の問題の解明を簡單にし容易にすることに役立ち得るとしても、それは問題の根本を解決すべき根本條件を缺くものであつて、従つて、それは理論の説明を完うすることにおいて無

力であるといはねばならない。必ずしも擬制説を排斥しない論者の中の或る者は、擬制そのものは問題の解明に役立つたないとしても、それが想起せしめるその背後にある或るものを見出すことに意義があると主張する。しかし、自然の人だけが法上も現實の人であるとする擬制説の根本思想を堅持する限り、擬制の面被をとり去つてもかくされてゐる何物をも見出すことはできない。従つて、かかる論者は、すべて権利はその歸屬せられる主體なしには存在し得ないとする根本思想を放棄すべく餘儀なくせられる外はない。例へば、Böhler は、*personne morale* は現實においては財の總體 (*masse de biens*) 以外のものでなく、それは無主の財産であり、かかる財産が法上は人の主體をもつものであるかの如く取扱はれるに過ぎないと説明し、又、Windscheid は、法上の人格者の表現を用ひることは必ずしもこれを排斥しないが、併し、現實においては問題の権利は主體をもたないものであり、かかる場合の人格化は、例へば輿論についてそれが勝利を得たといひ、商業についてそれが新しい販路を獲得したといふが如き場合の人格化と同一性質のものであり、従つて、法上の人格を認めることには、實際的利益の見地から多くの法關係を同一名稱を用ひて同一表現の中に包含せしめることを可能ならしめること以外に何等の意義をも認め得ないとする。⁶⁾

擬制説に對する第二の抗議は、権利の主體を自然の人以外に認めない根本思想に立つ擬制説は、公法現象を説明することとの關係から、到底認められ得ないものであると主張する。法人格の觀念は、ローマ法にあつて専ら私法の領域において發達したものである。ローマの法學者は、國權の主體としての國家を表示するために決して人格の言葉を用ひなかつた。彼等にとつては、法人格であるといふことは、財産權その他の私權の主體であることであつて、國家は人格の外にあり上にあるものとせられた。その後國家を國庫 (*Erbe*) として人格とみるに至つたとしても、それは私法上の人格を意味したのであり、國家は私法の領域において法上個人と同一視せられたに過ぎない。而して、國家の

人格に關してローマ法に忠實なこの種の思想は、公法の領域においては、國權を國家にまでではなくして、國王個人にまで歸屬せしめる思想と一致することを得たのである。しかし、現在國家生活における公法現象を正しく理解することのために、法上の人格の概念を公法の領域にまで擴張しなければならないことは、法論理上の必要によつて當然に強要せられることである。すべての權利はそれを所持しそれを行使するその主體に結合せられねばならないのであつて、そのことが所有權その他の私權について眞理であるとするならば、そのことは課稅權その他の公權についてもまた同様に眞理でなければならない。勿論、さういふことは、公法上の人格を私法上の人格として取扱はねばならないこと、或は、公法上の人格に歸屬せられる權利が私法上の人格に歸屬せられる權利と同じ性質のものでなければならぬこと、或は、一の領域において權利の主體であるすべての存在が必然的に他の領域においても權利の主體でなければならぬことを主張するものではない。それは、唯、すべての權利は主體なしには思惟せられ得ないこと、公法の領域においても、私法におけると同様に、この主體を、それと混同せられ得るすべてのものから區別して、その本然の姿において把握する必要があることを主張するに過ぎない。而して、この場合、特に國家そのものについて、財産權において人格であると同様に、支配的國權の作用においてもまた人格であることを明かにすることには、極めて重要な意義がある。公法の領域において、國家權力による具體的作用を權利とみて、その主體を明かにすることは、國家權力の作用を法現象の領域に導入するための根本的要件である。公法の領域において、人民に對し義務的拘束を生じる國權の作用に關し、それは何人にも歸屬するものでないとする前提に立つときには、その法學上の理論を理解することは恐らく頗る困難である。然るに、現實の權利主體は自然の人以外には存在し得ないとする擬制説の根本思想に基いて、國權もまた現在これを行使する個人以外のものには歸屬せられ得ないとする見解をとるときには、人民

に命令し強制する權利、人民の負ふ服從の義務を到底充分に justifier することを得ないのであり、個人の主張に優越する主張を爲し得る別個の現實の權利主體を國家に求める理論を完成することなしには、公法現象の正しい把握は到底期待せられ得ないのである。國家は決して單に假想せられた人格であつてはならない。それは、自然の人ではないが、しかし現實の權利主體であり、現實の法人格でなければならぬ。かくして、法學上の努力は、國家人格を假想して事實と法原則とを外見的に調和せしめることをもつて満足すべきではなくして、それは、實定法の適用に適合し得る法人格としての現實の國家の本體が何であるかの究明に向けられねばならないのである。

三 法人否認説

法人擬制説に反對し、しかも自然の人だけが法上の人格であるとする見解に固着するときには、當然に法人の存在と必要とを完全に否認する立場に導かれる。かかる立場において尙事實上自然の人以外のものに歸屬せられる財物の法的地位や、かかる財物に關して行使せられる權利の性質を解明しようとするときには、次の二つの方法が見出される。その一は、かかる財物や權利を人格に歸屬しないものとして考へることであり、その二は、かかる財物や權利はいふところの法人である集團を構成する個人人格そのものに歸屬すると考へることである。

前の見解は主體なしの權利の理論を主張するものであつて、Michoud の引用するところによれば Brinz & Bekker の主張するところである。以下にその要旨を紹介する。

ローマ人にあつては、都市は人格であるとはいはないで、都市は人格に代るものであるといふ。ローマ人のいふ人格には *personne morale* もなければ *personne fictive* もなく、唯自然の人があつただけである。ローマ人は、人

格の第二の範疇を創ることをせず、法には服してゐるが、しかし人格には屬しない或る種の財物の存在することを認めた。近代人がこの思想に加へた推敲は殆ど何ものをも進歩せしめてゐない。何となれば、國家や都市を人格であるとすることは、幻想的には容認せられ得るとしても、學問的には容認せられ得ないことであるからである。近代人は要するに法學の用語の中に大衆的な比喻を紹介する以外のことをしたのではない。而して、人格なしには財産はあり得ないといふ原則を立てたのは、専らこの比喻を辯護するためであつた。この原則が一度び認められるや、法學者を或は擬制人格の創造に導き、或は法人の實在性の立證を試みることに導いたのであるが、しかし、かかるすべての試みは結局虚無以外の何ものにも終らなかつたのである。かかる場合、人格を見出すことの努力は、常に必ずしも必要ではない。財物は誰かに歸屬することができるのみならず、また何かにも歸屬することができる。別言すれば、財物とはときには人格でないところの目的に歸屬することができる。法人の財産は現實には目的財産 (Zweckvermögen) である。かかる目的の觀念は、國家や地方團體や各種の組合などにおいて見出されるのであつて、財産が専ら目的によつて支配せられるといふことは、國家その他において現在みられる事實である。それにまで財産が供用されてをる目的を作り出すものは、國家や地方團體であるといへるが、しかし、一般に人格化されてをるものは、かかる目的に外ならないのである。幻想的には、この場合、國家や市町村を人格化することができるが、現實的には、單に目的にまで充當せられた財産、即ち無主の財産が存在するだけである。

しかし、かかる主體なしの權利を認める理論に對しては、それは權利そのものに關する概念上の矛盾を含むとする抗議が成り立ち得る。權利は意思の力であると定義する者、即ち意思の歸屬せられる存在において權利の主體を認める者は、權利が概念上それに依存する意思なしには、従つて權利の主體なしには、權利は概念せられ得ない。又、權

利の基礎は意思において存するのでなく、それは権利の名において保護せられる利益において存するとしても、利益は利益せられる者を前提しなければ思惟せられ得ないから、権利概念においては主體の存在は依然として論理的に要求せられねばならないのである。

法の世界における法人の思想の效用を否認して、権利の主體は法人といはれる集團を構成する個人以外に存在し得ないことを主張する代表者に Duguit がある。彼の理論の基礎を成すものは社會連帶 (solidarité sociale) の思想であり、この社會連帶の思想から、社會生活を行ふその構成員に對し自己の行爲を社會連帶に合致せしめることを要求する法の規則 (règles de droit objectif) を生じる。而して、社會構成員は、自己の意思がかかる法の規則に合致する限りにおいて、それを實現する権利をもつものである。それ故、權利 (droit subjectif) は單にある意思が法の規則に合致するとき、その意思にまで歸屬せられる力 (pouvoir) であるに過ぎない。従つて、現實の意思の主體であり得ないそれと別個の存在であるとせられる國家や地方團體が、法人として權利を主張するといふことは思惟せられ得ないことである。社會的に正しい目的を追求しようとして多くの人が結合するときには、この目的のために行はれる行爲は、常に裁判手續によつて法上保護せられねばならないのであるが、しかし、そのことのために、かかる多數人の結合が權利主體としての法上の人格であることを假想することを必要としない。そのことのためには、社會生活におけるすべての行爲は法の規則に適合する限りにおいて社會的に保護せられること、及び、法の效果は、法の規則に適合する意思行爲によつてその適用を條件づけられる法そのものによつて創造せられるものであつて、權利主體である人格者の意思によつて創造せられるものでないこと、を理解すれば足るのである。或る集團の代表とせられる者の意思行爲が法上の効果を生じるのは、その集團自身が人格をもつ理由によるのではなくして、その意思行爲が

法の規則に適合するからである。國家を法人であると主張する者は、明かに一種の抽象と擬制とに陥るものである。實際上は、個人個人の集團的存在以外に現實にそれから獨立して國家が存在するのではない。國家といふときそこには現實には事實上の強弱による治者と被治者との分裂があるだけである。治者の意思が被治者を拘束する事實の説明のために、國家法人格にまで歸屬せられるとする主權概念に依頼することは必要でない。それが法の規則に合致する限りにおいて、合法のものとして治者は強者としての自己の力を發揮し得るのである。

Duguit の所説の要旨は上述の如くであるが、しかし、Duguit が、すべての法理論から擬制や特に抽象を無用であり技巧的であるとして追放し、事實の觀察だけに制限しようとすることに對しては、必ずしもこれに左袒することを得ない。すべての抽象が科學の世界から姿を消すといふことはあり得ないことである。法學上の理論は抽象であらざるを得ないのであり、抽象はむしろ法理論のエッセンスそのものであることを識らねばならない。法學上の理論は各人の精神的知的作用の所産であつて、現實の生活事實を一般的法規範に包攝せしめるためには、むしろ抽象的論理の形式によることを餘儀なくせられる。法現象に關する理解は、一般的性質をもつ抽象的概念を前提するの外はないのであつて、人格、權利、義務その他が即ちそれである。従つて、Duguit 自身と雖も決してかかる抽象から逃避し畢はせているのではない。現に國家概念をもつて治者と被治者との分裂とみるのも、抽象に置換するに他の抽象をもつてただだけである。問題は、法人の思想が抽象であるか否かを知ることにあるのではなくして、この抽象がそれに代位することを要求する他の抽象よりも技巧的法理論的の要求に一層適應するか否かを知ることにある。然るに、Duguit の示す技巧は決して完全なものではあり得ない。法上の行爲を事實行ふ者は自然の人以外にはあり得ないのであるが、しかし、かかる自然の人は種々の立場において種々の條件の下に行爲するのである。或は個人として彼自

身のために、或は公務員として國家や地方團體のために、或は役員として組合のために、或は代理人として本人のためにといふやうに、人は法上種々の性質をもつ行爲を行ふものであつて、必ずしも常に彼個人のために行爲して彼自身を義務づけることに止まるものではない。従つて、自然の人の行爲によつて權利づけられ義務づけられる法主體が誰であるかを決定することなしに、即ち法人格の思想にすぎることなしに、法の規則の正しい現實化を期待することは不可能である。Duguit が法の規則に適合する行爲は法の欲する效果に結合せられると説くに當つては、例へばこれを國家公務員の行爲についてみると、當然、その自然の人は別個に存在する國家そのものの單一性と繼續性を前提しなければならないのである。蓋し、法は、國家公務員の行爲に對して、公務員たる個人の更迭や生死を超越した法上の效果を結合するからである。その效果において自然人を超越する法現象を理解するためには、技巧的に法人とか機關とか代表などの抽象的觀念に依頼することを必要とする。唯、法の規則の支配とか、法の規則にまでの適合の思想だけをもつて満足することを得ないのである。

四 法人實在説

(一) 有機體説

法人實在説は、法人の人格をもつて單なる擬制的人格ではないと主張する。即ち、それは、その背後に、或は無主の財産を、或は自己の利益をもつ個人を見出すところの單なる假想的存在ではなくして、自然の人と同様に人格をもつ現實の存在であると主張する。法人の實在を主張するものに、先づ所謂有機體説がある。國家の法人性に關して、有機體説を主張する代表者の一人に Brunschi がある。次にその主張の要點を觀察する。

すべての有機體は、物質的・肉體的要素と精神的・生命力的との融合されたものであり、又、それは、一の全體であるにも拘らず、かかる全體の生活需要を満足させるための部分的・生命によつて活かされてゐる細胞をその構成部分として與へられ、更に、全體としての内部からの發展性と外見的の成長性とを與へられたものである。然るに、自然に形成せられた人類の集團的結合、特に國家についてみると、かかる有機體の概念的要素は汎ゆる關係においてこれを見出すことができる。先づ、國家においては、領土と國民的實體とが、國家意思と國家機關の活動とが、一の生命體として必然的に結合せられてゐる。そこには國民の總計意思と異つた團體意思即ち國家意思が存在する。國家意思を法律として表明する立法機關をもち、統治の腦髓としての元首をもち、中央から地方への神經系統を通じて行政や裁判に關する各種の末端機關が存在し、それらのすべての組織をもつて國家團體が構成せられる。これらの機關には國家全體からみた特殊の職分が與へられ、機關作用は機械的ではなくして協力的・秩序的の活動を行ひ、國家全體の需要の充足にまで任務づけられてゐる。かくして、國家團體は固有の生命をもつ内部からの發展性によつて成長してゆくのである。固より、國家は、植物や一般動物などの低級な有機體とは異つて、倫理的・政治的存在として、國民の共同目的のための要求を立法化し現實化する任務をもつ偉大な活動體である。しかし、それが物質と精神とから成る實體を與へられ固有の意思を實行する存在であることにおいては、有機體としての自然の人と異なる。従つて、國家は道義的特質をもつ存在として個人と同様に人格を認められねばならない。かかる國家人格の自由と獨立とのためには、すべての時代すべての民族を通じて、最も高貴であり、最も善良である幾多の人々が、その財産と生命とを捧げてゐる。國家人格の聲望と實力とを擴充すること、國家人格の幸福を増進することは、有能の士にとつて最も光榮ある使命とせられた。若しも國家に崇高な倫理的・人格的特質が認められないとするならば、祖國的理想や祖國的愛情は起り得な

い。それ故、國家人格の承認は、國內法においても、國際法においても、不可避のことではなければならない。法上の意味における人格は、それにまで法意思 (Rechtswille) を歸屬せられる本體 (Wesen) であつて、權利を取得し及び行使することのできる存在である。法は自然の人に對すると同様に、國家に對してもかかる人格を認めるものであり、かくして有機體としての國家は法人として實在する。

以上 Bluntschli の有機體説については、それは法理論としてはかなり幼稚なものであり、法人理論の本質に觸れてゐないと抗議せられる。自然の人と、人の集團的結合とは、同様に細胞若しくは機關の統一的活動によつて存在するものであり、従つて、全體は部分を、部分は全體をはなれては考へられ得ない存在であることにおいては、兩者の間にはたしかに Analogie が認められ得るとしても、實在の本體としては、自然の個人と、その社會的集團とは、全然その本質を異にするものであり、従つて、一の倫理的人格から直ちに他の倫理的人格を、率いては、一の法人格から直ちに他の法人格を結論することは、一般にいられる如く、單なる比喩の程度を出でないものである。又、Bluntschli は、國家の法人格は法の承認によるものであるといふが、しかし、彼においては、少からず倫理的人格と法人格との混同が懸念せられる。Bluntschli の所説によれば、倫理的人格は個人にあつても、國家にあつても、社會生活における存在自體を意味するのであつて、而して、法によるかかる倫理的人格自體の必然的の承認が即ち法人格を意味するものの如くである。彼において自然人との比喩において國家の人格を結論することの根據である。しかし、法人格即ち權利能力は、物自體の世界に屬するものではない。それは常に法によつて創造せられるものであつて、決して自然的必然的に發生するものではない。それ故、倫理的存在であるが故に當然に個人は法人格であり、従つて、同様に倫理的存在としての國家もまた必然的に法人格でなければならぬとして國家法人の本質を説くことは、法人

格についての理論の核心をはなれたものである。

尙、有機體説については、次の意思説の面からも検討せられる。

(二) 意思説

法人實在説は、法人の實在を主張することによつて、法學上の概念としての人格の實在を主張しようとするものである。別言すれば、それは、權利をもち得るものとして考へなければならぬ實在的存在は何かを識らうとするものである。従つて、法人實在説における問題の解決は、權利とは何かの點の穿鑿を必須的に前提するといへる。而して、かかる立場に立つときには、權利概念に關して所謂意思説をとるか利益説をとるかによつて、展開せられる理論にもまた著しい相違を生じる。

權利は意思に歸屬せられる力であるとする見解に基いて、法人の實在を主張するためには、人の集團である存在そのものが個人の意思と別個の意思をもつことを論證しなければならぬのであるが、その點は暫く措いて、權利は法によつて意思にまで付與せられた力であるとする權利の定義が、權利の存在の根據について何ものをも示さないときには、それは、權利の基礎を専ら人の自由な意思におくものであり、法は人の自由な意思の衝突を阻止して權利主體を保護すること以外の目的をもつものではないとするものであつて、従つて、それは、又、權利は自由にして自然の意思を與へられた存在の利益においてのみ存在し、かかる利益以外においては存在するものでないことを認めるものである。それ故、權利概念に關するかかる純粹な意思説に立脚する見解は、既にその點において、集團意思が個人の自然意思と完全に同一性のものであることを論證し得ない限り、法人の實在を説く理論としては、基礎的矛盾を含むものとして非難せられる。

法人の實在を論證するために集團意思の實在を説明するものとして、社會的集團が有機的存在であることを主張する一種の有機體説がある。それは、有機體であるとする社會に、有機體である人類において存在する意思と類似の意思を歸屬せしめようとするものであつて、次の如く要約せられる。

社會的有機體の細胞である自然の人は、社會意思の形成において、人體の細胞が個人意思の形成において演ずると同様の役割を演ずる。社會はその腦髓の地位にある自然の人の相互作用によつて、恰かも個人がその腦髓の細胞の相互作用によつてなされる如く、社會自身の意思を決定する。社會においても、個人におけると同様に、細胞である個人の人の間に或る種の理念の採用に關して鬭争が行はれる。社會意思の決定は、細胞である一部の者が意見の主張において他人に優越することに成功したときに完成せられる。そのことは、個人において、その意思が細胞の一方から他方に對する働きかけによつて形成せられることと異ならない。而して、社會と個人との間における意思決定に關するかかる共通性を認めるときには、意思説に立脚するとき、社會即ち人の集團に對しても、個人に對すると同様の法的地位が認められねばならないとする歸結に到達する。人の集團は、個人におけると同じ方法においてその意思を與へられ、従つて、集團の意思は、個人の意思と同じ程度の實在性を與へられるものであつて、かかる現實の集團意思の力が、個人意思の力と同様に、法によつて權利にまで高揚せられるのである。かくの如くにして、國家その他の人の集團は、現實の意思をもつ法人格として實在するものであるといはねばならない。¹⁰⁾

社會的集團は一種の有機體であるから、人體と同様に意思の主體であり得るとするかかる見解に對しては、社會的集團と生物學上の有機體との間には同一性は認められ得ないとする立場に立つ反對がある。社會と生物としての人體との間の同一性を主張するためには、社會的有機體の中に人の有機體におけると同じ意味の固有の意思の存在するこ

とが示されなければならない。右の學説においては、集團意思においても、人の意思においても、細胞機能の相互的結合以外には何もも存しないことを假定するのであるが、併し、自然人である有機體において、單なる肉體的現象から區別せられねばならない固有の精神的要素を認める者にとつては、個體は明かに社會的集團からは區別せられねばならない特性をもつものであり、個體の意思は集團に歸屬せられるとする意思とは決して同一性のものであり得ないことが識られるのである。M. Fouillee によれば、少くとも人は個人としては獨特の私の意識をもつものであり、この意識は各人を獨特の存在として實在せしめるものであるが、社會的有機體にはかかる私の意識なるものは存在しない。それ故、社會は、假令生理學的有機體であり得るとしても、心理學的個性をもつ存在ではあり得ない。従つて、社會に對しては、言葉の自然の意味における固有の意思をもつ能力は否定せられねばならない。個體にあつては、變化する肉體的作用の連續の背後に自我の繼續性と統一性とを確保する實在的の本體が存在する。個體については、その繼續的な實在の根柢を想定することを妨げ得る何もも存しない。そこには科學の領域の外にある *hypothèse métaphysique* が存在する。然るに社會的有機體については、如何なる類似の假定を見出すことも可能でない。かくして、個人について肉體と區別せられる *ame* の存在することを認める限り、社會的集團の意思と個人の意思との間の同一性は完全に否定せられねばならない。集團の意思と個人の意思との間には本質的の差異がある。個人の意思は彼に固有である自由な決定をその屬性とするが、集團の意思はある意味における個人意思の合成以外のものであり得ない。個人の意思は自然的所與であるが、集團の意思は技巧的に形成せられるものであつて、單にその過程において個人の意思と接觸するに過ぎない。かくして、兩者の間に權利にまで高揚せられる有機體の意思が全然同様の事實として實在すると斷定することを許さないのである。¹¹⁾

社會的集團が生物學的有機體と同一性のものであることを理論の出發點としないうで、尙、法人の實在性を意思の上に基礎づけようと試みた者に Ernst Zitelmann がある。以下その所説を紹介する。

權利とは、法によつて與へられた法力的力 (rechtliche Macht)、即ち客觀的效果を付與せられた Wollendürfen である。併し、權利は單なる抽象ではなくして、具體的生活關係において發生する Etwas である。従つて、權利概念の要素としては、生活關係において意欲し得る者即ち權利の主體と、法秩序によつて與へられた力がそれにまで及ぶ相手方即ち權利の客體と、權利主體が權利客體との關係において法秩序によつて認められた意欲の内容即ち權利の内容との三がある。これ等三要素の何れを缺いても權利は存在し得ない。而して、權利主體の存在には二の要件が必要である。その一は、權利主體であるといふことがそれによつてのみ可能である能力 (Fähigkeit) 又は品質 (Qualität) の存在することであり、その二は、この品質を承認するところの、即ちこの内部的主觀的能力にその具體的の法的現實性を與へるところの實定法の規定の存在することである。ある實在が權利主體であることを可能ならしめる能力をもつただけでは、現實においては尙何等權利主體であるのではない。彼の能力が實定法によつて權利能力として認められたときに始めて權利主體となる。實定法によつて權利能力として認められ得るこの品質を人格 (Persönlichkeit) といひ、實定法によつて承認せられた能力を權利能力 (Rechtsfähigkeit) といふ。それ故、人格は權利能力の現實の基礎であり、權利能力は現に權利主體若しくは法主體 (Rechtsobjekt) であることの特質である。併し、人格が法によつて認められて權利能力になることは、倫理の要求ではあるが、論理の要求ではない。それが倫理の要求であることは、人格が權利能力の唯一の内部的要素を形成するからであるが、しかし、實定法は必ずしも常にかかると倫理的要求に従ふものではない。例へば人格である奴隷に對して實定法は權利能力を拒否したことがある。しかし、

現實において人格的實在であるところのものはすべて權利能力をもたねばならないといふことが倫理の要求であるから、従つて、他面、すべての權利能力的存在は現實において人格の要件を自己自身に具へてをらねばならないといふ自明の論理的要求を生じる。夫故、實際上何等の人格をもたないものが實定法によつて人格を假想せられて權利能力者になるとか、又、權利能力者として法的に活動するといふことは、あり得ないことである。擬制の力によつて事實上の欠缺が補はれることはできない。人格擬制説の認められない所以である。人格の概念と權利能力又は權利主體の概念とは區別せられねばならない。權利能力は法の規定とある實在の現實の品質との二要素の所産である。この現實の品質を人格と呼ぶのであつて、それは法によつて與へられた品質ではなくして、當該實在と不可分離的に存在するものであり、それが法によつて認められたときに權利主體たり得る權利能力となるのである。¹²⁾

Zitelmann は、かくの如く、人格と權利主體とを區別する前提の下に、しかも權利概念に關しては意思説を主張する見地に立つて、法人の實在を肯定し、その理論を次の如く展開する。

ある存在が人格であり従つて權利主體であり得るための條件については、權利は *Wollendürfen* であるとする權利概念に立ち歸るときには、意思能力をもつものはすべて人格であり、従つて權利主體であり得るといふことが結論される。 *Willensfähigkeit* はある存在がそれによつて人格であり、従つて權利主體であり得るための唯一の必須的條件である。人格は意思をもつ能力である。意思能力ある自然の人は人格であり、従つて、權利主體であり得る。唯、この場合、人の肉體は人の人格にとつて必ずしも重要な意味をもつものはむしろ現實の意思である。そこで、一面、權利主體たり得る能力は肉體ではなくして意思能力であることと、他面、法の倫理的性質からみて法は自然の個人のためにのみ存在するものでないことから、人格であり權利主體であり得るものは肉體をも

つ自然の人のみに限られないとする斷案を生じ、かくして、自然の人でない權利主體即ち法上の實在としての法人の概念を生じる。

或る目的の實現のために協力する人の多數が、意思を與へられ従つて權利主體であり得る能力をもつ單一體として法上取扱はれ、又、社會生活においてもさう認められてゐることは、否定せられ得ない一の事實である。それは、積極的に事實を創りだすことのできない擬制によつて説明せらるべきものでなく、又、實際上は個人人格が存在するだけであつて、従つてそこには無主體の權利が存在するだけであると説明せらるべきものでもない。

個人の多數が有機的に結合するときには、各個人と異つた新しい存在で、しかも、結合された各個人が共通にもつ品質と同一の品質をもつ單一體を生じる。この事實は、これを次の如く方式づけることができる。二つの原體 (Substrat) A と B がそのまま單純に結合せられるときには、この結合は依然として單に A 及び B としての個別的品質をもつ A + B を結果するだけであつて、それらと異つた新しい個性的存在を生じるものではない。然るに、若しもの二つの原體の結合に有機的な結合の力若しくは結合の紐帶が加はるときには、A と B とはその個別的存在を失うて、A + B は A 及び B の何れとも異つた第三の存在 C を形成する。C は A 及び B に共通した品質をもつ單一體である。C は擬制的觀念的のものではなくして、A 及び B と同様に現實の實在である。それ故この原則の方式は、 $A + B = (A + B)$ に對して、 $A + B = C$ である。多數における單一體の原則が適用せられ得るためには、原體即ち結合せられる各個の物と、それを一にまで結合する *einende Kraft* 又は *Einigungsband* との二つの事實上の基礎が存在しなければならぬ。この二つの基礎によつて新しく發生する單一體の個性が決定せられる。この單一體は實在の本體であり、部分の單なる合計と異つて、結合せられた各個の物が共通にもつと同様の *Qualität* をもつものである。この場合、

結合せられる原體が何であるかについては、屢々誤つて理解せられることがある。それは肉體と精神とを一體とした單個の人ではない。精神的存在と並んで物質的存在をもつ單個の人そのものを結合するといふことは觀念せられ得ないことである。社團の原體は個々の人ではない。それは寧ろ社團構成員 (Corporationsmitglieder) の意思である。即ち共同目的に對して共通の方向にむけられた社團構成員の意思だけが結合せられるのである。それ故茲にいふ結合する力又は結合の紐帶はかかる共同目的を指すのであつて、それによつて異つた各人の意思は單一體にまで結合せられる。併し、單一體が形成されるためには、この目的だけでは尙充分でない。例へば、Aは甲地にありBは乙地にあり、AもBも甲地と乙地との間に直通鐵道を敷設する目的をもつとしても、彼等がかかる彼等の目的の共通性を意識してその單一體を形成しようとする意思をもたないときには、共同の目的に向けられた意思に關する單一體は形成せられ得ない。それ故、一の意識せられた單一意思 (Einheitswillen) が目的に加へられねばならない。唯、かかる單一意思は、國家における場合の如く、無意識的な自然的倫理的結合紐帶 (natürlich-sittliches Einungsband) によつて代位せられ得ることを識らねばならない。新しく發生する單一體は、現實であり眞實の存在であつて、各個の構成部分に對しては獨立の新しい全體を成すものである。従つて、その部分の更迭によつて影響せられない。しかも、結合せられた各個のものと同一の品質を自ら具有する。即ちそれはある目的に向けられた Willen zu sein といふ品質を具有する。而して、既に述べた如く、人格であるためには、従つて權利主體であり得るためには、意思が現實にあるといふこと以外に何ものをも必要としない。然るに、共同目的の下に結合する多數人の集團即ち社團はかくの如く現實の意思をもつから、それは人格であり、權利主體たり得る存在である。尤も、社團が權利主體であるのは、汎ゆる法關係においてではなくして、社團として意思をもつ限りにおいてである。別言すれば、社團自身の目的の實現

に必要な限りにおいてである。國家も性質上かかる社團に屬し、従つてそれは法人として實在する。¹⁸⁾

以上、Zitelmann が權利主體であるところのものは人ではなくして人の意思であるとして、國家法人の實在性を主張する見解に對しては、彼の理論構成は却つて現實の上に立脚してゐないとする非難が起り得る。法又は權利は、人においてただ意思しか考へてゐないとする見解は恐らく正當でない。法又は權利が眼中に置くものは、少くとも個人についてみるとときには、自己の要求と願望をもち、肉體と精神とをもつ人全體である。法又は權利は、現實の人のために存在するものであつて、抽象的にして形而上的な存在のために存在するものではない。Zitelmann が權利の主體とする意思是、ある存在にまで歸屬せられる單なる屬性であるに過ぎない。權利主體はこの屬性の歸屬せられる主體でなければならぬのであるが、少くとも法人に關する限りにおいてそれが何であるかは、彼の理論からは明瞭でない。又、部分に共通な性質は、當然に、その部分から成る、しかもそれとは獨立の存在である全體にも見出され得るとする理論も、納得せしめるに足るだけ明瞭でない。

Maurice Hauriou の法人論も意思説に基礎づけられて法人の實在性を主張する。彼は、近代の國家を始め多くの社團が代表組織から成ることを指摘し、代表の現象の現實から法人の擬制を排斥し、代表者の意思と被代表者の意思との融合 (fusion) といふ現實の事實を認めて、特に集團的作用における他の意思に對する強制的支配意思を抽出する。被代表者と代表者との意思の融合は、それ自身實在として完全なものではないが、法は、かかる融合の事實に對して抽象の方法によつて單一性と繼續性とを與へ、その實在としての意義と重要性とを完成する。そのことは、個人人格の場合においても異ならない。現實においては、個人の意思は間斷的に發動するものであり、變化するものであり、矛盾するものであるが、併し、法的には、個人人格は繼續的であり同一的である。法人の意思は、自然人の意思と同

様に、常に同一でなく又常に行爲にまで發動するものでないが、唯法人そのものの意思が存在すれば足るのであり、それが現實の作用を結果すれば足るのであつて、法はそれを捉へて團體的法人格の基底とするのである。人の集團意思の單一性は集團内部に存在する代表意思の全員一致に基礎づけられる。集團所屬者の共通の利益や共通の目的に根據して代表意思の全員一致が醸成せられ、集團の單一性が完成せられる。而して代表者の全員一致によつて欲せられた意思が現實の權利であつて、それは集團の單一的法人格にまで歸屬せられる。¹⁴⁾

Haurion のかかる理論は、全員一致の理論と組織の理論とを混同する缺點をもつものとして非難せられる。全員一致が得られないときには、必然的に少數派に對する多數派の強制が行はれる。かかる強制は集團の組織から生じる當然の所産である。換言すれば、事實上全員一致が得られないときに、投票に問うて得た多數派の決定を全員によつて爲されたものと看做すことが、組織のもつ意義である。しかし、かかる組織による強制が現はれるときには、Haurion のいふ現實の意思の融合は存在しない。従つて、多數派を構成する人の意思を全體である法人そのものの意思として考へることは、擬制による技巧以外の何ものでもあり得ないといはねばならない。又、他面、Haurion の理論においては、意思の融合を現實の現象として認めるとしても、何故かくして形成せられた意思が、集團を構成する各個の構成員にまでではなくして、集團そのものにまで歸屬せられ得るかの理論が明瞭でない。この意思は多くの人の間で一致はするが、しかし、現實においてはそれはどこまでも個人個人の意思である。實際上社會的代表的意思はその社會集團の意思として考へられねばならないと主張するとしても、そのことは、單に法人格化された集團についてのみならず、組織せられたすべての集團についていはれ得ることではなければならない。而して、そのことは、法人格を意思の上にも基礎づけようとする理論との關係においては、明かに、問題の論證を不完全ならしめるものといは

ねばならない。¹⁶⁾

(三) 利益説

上述する法人實在説は權利の概念に關してその基礎は意思にありとする見解に基くものであるが、かかる學説に反對して、權利の基礎は利益にありとする見地から法人の實在を説く者として、*Léon Michoud* の學説を觀察する。¹⁶⁾

權利の基礎又は本質を意思の力に求めるときには、それは、意思を缺如する、又は殆ど意思を缺如する精神病者や幼児が人格として權利を歸屬せられる事實と兩立することを得ない。かかる者の意思は少くともその萌芽においては存在するのであり、幼児も成人となるのであり、精神病者も快癒せられるものであるとして、意思説を支持するとしても、それは尙正確な主張であり得ない。蓋し、かくの如くであるならば、これ等の者の人格もまた萌芽においてしか存在しないのであり、又、これ等の者に結合せられた權利は、若しもかかる萌芽が生長しないときには、既往に遡つて消滅せざるを得ないからである。要するに、意思を權利の本質とみるときには、意思を缺如する者は、現實においては、他人にまで歸屬せられる權利の利益を技巧的に回送せられる擬制的人格以外のものであり得ないこととなる。それ故、精神健全者や成年者にあつても、權利として保護せられるものは、意思そのものとしての意思でなく、又、權利として保護することの目的は、意思そのもののためではないといはねばならない。他面、意思は必ずしも汎ゆる場合において保護せられるに價するとなすことを得ない。意思は善のために決定せられることもあるが、惡のために働くこともある。法が意思を承認するときに保護することを欲するものは、ただ意思による行爲そのものでなくして、意思による行爲の内容でなければならぬ。人は何かを欲することなしに欲することを得るものではない(On ne peut pas vouloir sans vouloir quelque chose)。法による保護の物體はこの quelque chose である。法は、社會生活

における秩序と正義との理念に適合する限りにおいて、この *quelque chose* を保護するのであつて、それが権利において意欲せられる利益に該當するものである。かくして、権利の基本的要素を成すものは利益であり、権利の主體はかかる利益の主體である。しかし、意思は全然権利の要素でないとして爲すことを得ない。唯、意思は基本的ではなくして、その單なる二次的要素であるに過ぎない。蓋し、意思は権利の基底でなく、又意思は必然的に權利主體の中に宿るものでないからである。意思の要素を完全に無視して、純粹に簡単に權利は法上保護せられた利益であると定義するのは正確でない。權利にあつては、それを行使するために必要な行爲を爲し、それが攻撃されるときにはそれを防禦するために必要な行爲を爲す意思がなければならぬ。法がある利益との關係において直接にかかる意思を承認しないときには、法は間接の方法によらなければその利益を保護することを得ない。換言すれば、かかる利益は、他人の權利の主張による、若しくはかかる權利に對する他人の義務の履行によるその反射として保護せられるに止まる。かかる利益は通常反射權 (*drois-reflex, Reflexrechte*) と呼ばれるが、寧ろ反射的利益と呼ばれるべきものであつて、固より眞の權利ではない。權利の存在のためには、法の直接の保護が必要である。かくして、權利とは、意思にまで認められた力によつて法上保護せられた人の、又は人の集團の利益であると定義することができる。

國家は、先づ個人の人格を認め個人の利益を保護しなければならない。法は、その使命として、個人をその肉體的、徳義的及び知的完成のために最も有利な條件の中におかねばならないのであり、そのために、法は、可能な範圍において個人をその發達に必要な能力の自由な行使に委さねばならない。そこに法が個人の人格を認めこれを權利主體として保護することの根據が認められるのであり、そこに權利の制度によつて保護せられる人の本源的の利益が存在するのである。かくして、國家生活においては權利主體として先づ存在しなければならぬものに個々の自然の人があ

る。この場合個人の意思も保護せられるとしても、意思は意思自體において、又は意思自體のために保護せられるのではない。意思は目的でなくして手段であり、目的は人の利益である。

次に、國家は人の集團の利益を保護しなければならぬ。従つて、法は又集團の法人格を認めねばならない。人は社會的存在であつて、自然の前に孤立しては何ものをも爲し得ない。人間性が高度文化の域に達するためには、集團としての協力的勞作をその必要な前提とする。法が人間性の需要に應ずることを欲するときには、法は個人的利益の保護に止まつてはならないのであつて、人の集團の共同的繼續的利益を保護し、それを權利の權威にまで高揚しなければならぬ。それ故、法は、人の集團が當該集團の名で行爲する意思によつて代表せられることを認めねばならない。別言すれば、法はかかる集團を *personne morale* として取扱はねばならない。法が集團を合法的存在として認めることは、その集團が追求する利益を法上保護せられるに價するものとして認めることであつて、従つて、そのことは、同時にその集團の人格を認めることである。しかし、人の集團がかくの如く法人格として認められることのためには、權利概念において抽出せられた二要素に對應する二條件、即ち、個人利益と別個の集團利益と、及び、かかる利益を表明し防禦する集團意思を供給し得る組織とが存在しなければならぬ。

集團の法人格を認めることに實益があるためには、それが多數人の共同的繼續的利益を追求するものであることを必要とする。集團利益は、個人人格によつて具體化されるには、その内容において餘りに複雑であり、時間的に餘りに長期に亙るものである。それは、個人の多數を擁し永續性をもつ集團によつてでなければ實現せられ得ないものである。かかる利益で法の保護を請求し得る第一次のものは、一定の土地の上に集團化された獨立民族の利益であつて、法人としての國家によつて代表せられる利益がそれである。それはその内容において無限に複雑である。蓋し、それ

は民族の生命と繁榮とを保障することのできるすべての利益を含むからである。即ち、國家は公法上の法人として直接に公共の福祉に奉仕すべき主權的理念を追求するための汎ゆる權利を行使し得なければならない。集團利益を追求する人格には、國家以外に、地方團體その外經濟的、文化的の各種の團體がある。

法人の生誕に必要な第二の條件は、權利概念の第二の要素に對應する意思の條件である。意思の要素は權利の根柢ではないが、人格が自己に歸屬せられる權利を主張し實行するためには缺くことのできないものである。人格を要求する集團は、自己を法關係において表現する集團意思を提供することのできる組織をもたねばならない。この意思是、物理上は常に個人意思以外のものであり得ないが、併し、社會的實際的には集團意思を成すものとして思惟せられねばならないものであり、又思惟せられ得るものである。集團意思の形成せられる過程は必ずしも一樣でない。或は構成員の全員一致により、或は多數の實力又は一人の實力によつて、それは抽出せられる。徳義的には全員一致又は少くとも多數から抽出せられることを一層適當とするが、法的には必ずしもそのことは決定的なことではない。支配的意見が集團意思として考へられるためには、説得又は強制によつてそれが集團構成員を拘束することに成功すれば足るのである。かかる事實が他の條件即ち利益の條件と結合されるときに、その集團が國家であるとすれば、即ち國家の人格は完成せられる。法はこの場合評價若しくは鑑定する力をもたない。法はかくの如くにして形成せられた人格 (personne morale) を法人格 (personne juridique) として承認するに過ぎない。國家以外の下級集團にあつては、自由に構成せられる社團において自發的方法で集團意思が形成せられる。しかし、その何れの場合にあつても、物理上個人意思以外に現實の意思はあり得ないことに基いて、集團意思はその形成において常に技巧的のものである。集團意思は言葉の物理的の意味において集團意思であるのではない。社會的事實として集團構成員がそれに同意する

と看做されることが、法的にその意思がその集團に歸屬せられることであつて、そこに集團意思が存在するとするものである。いかなる場合にも自然の人の意思以外に自然意思は存在しない。この場合には *volonté naturelle* でなくして *volonté légale* が存在するのだから。

以上は法人の實在を説く Michoud の利益説の要旨である。かかる彼の所論に對しては、法人論の基底となる權利概念そのものについて、反對説である意思説の抗議がある。即ち、「人は意思なしには利益を意欲し得ないのであり、法はそれがこの利益を實現しようとする限りにおいてこの意思を保護するものである。従つて、權利の眞の要素は利益ではなくして、この利益に奉仕する法上の力である。利益は法上の保護の土臺であつて、これを満足させるために法によつて與へられる手段が權利でなければならぬ」と主張する。しかし、この點については、Michoud も意思を權利の要素から完全に放逐しようとするのではないのであつて、それを二次的の要素として認める。唯、意思能力なき者が權利主體として認められることと調和せしめるために、意思を權利行使の單なる手段とみて、權利概念そのものにおける要素としての性質を重要視しないに過ぎない。むしろ問題は、利益を權利の根本要素とみて法人の實在性を主張するために集團利益の現實性を是認する點にある。しかし、集團利益というても現實には結局集團構成員の利益であるに過ぎない。唯、この利益は集團構成員としての立場において享ける利益であり、各個の集團構成員に共通の利益である。その意味において、これを集團そのものの利益即ち集團利益と呼び得るとしても、そこには既に抽象化の作用が働き思惟の技巧が加へられてゐるのである。それ故、集團利益が現實のものであるが故に、それを根柢とする權利の主體としての集團人格即ち法人は實在すると説くことは恐らく正確でない。尙、Michoud のいふ集團意思が思惟の技巧にかかるものであることは彼自身も認めるところであるが、かかる集團意思が法に先在する過程に

よつて形成せられ、而して、かかる集團意思と集團利益との二條件が結合せられるとき、そこには法の鑑定を許さない人格が存在すると主張するのは、明かに、法人の存在は、法の創造によるのでなくして、法の承認による立場をとるものであつて、而して、この點に關しては、後に論ずる如く、少くとも國家法人に關しては異論の存するところである。

(四) 觀念的實在說

法人特に國家法人についてみると、上述の有機體説は無論のこと、意思説も利益説も法人の實體としての國家について、その社會的存在としての實在を認めるものであるが、かかる見解に反對して、法人としての國家は共同目的の下における多數人の結合の事實から思索によつて抽象せられた目的的一體 (teleologische Einheit) であるとする抽象的若しくは觀念的實在説がある。G. Jellinek をその代表者とする。

彼によれば、權利主體の概念は純粹に法上の概念であつて、何等人 (Menschen) に固着する現實の性質を表はすものでなく、すべての法概念と同様に、本質上法秩序にまでの關係 (Relation) を意味するに過ぎない。人が法主體又は權利主體であるといふことは、人が法によつて規範づけられ又は認められた法秩序にまでの關係に立つといふことである。夫故、法的意味における主體 (Subjekt) は何等の Wesen でも Substanz でもない。それは法秩序によつて創造せられ付與せられた Fähigkeit である。尤も、法は人と人との間の關係を規制するものであるから、法能力の前提をなすものは人であるが、併し、常に唯個々の人だけがかかる能力を付與せられ、人の全體や集團の主體化 (Subjektivierung) は必然的に擬制の領域に屬するとするのは、決して論理的に要求せられることではない。團體的單一體としての國家も、個人と同様に、權利主體としての能力をもつことができる。幼稚な觀察にとつては、個

個の人は獨立した不變的同一的存在であるかの如く思はれるが、實際上は人は幼時から老齡に至るまでの人生を通じて不斷の肉體的及び精神的變化において把握せられねばならないものである。しかも、それは、客觀的科學的觀察に對し、内部的及び對外的狀態の關連的因果的連續を示すものである。従つて、かかる人の狀態は、人の思索における Synthese によつて一の單一體にまで綜合せられ得る。即ち、人は肉體的及び精神的に目的的單一體としての存在であり、従つて主體的單一體 (subjektive Einheit) である。而して、法が人格を付與する個人は、思索による綜合の結果としてのかかる目的的單一體としての存在に外ならない。人の集團である法人についても同様のことがいはれ得る。法學上權利主體として考へられる國家は、多數人が目的を共同にすることによつて結合せられ、従つて、思索の抽象によつて一個の單一體として思惟せられ得る抽象的存在である。繼續的の目的によつて相互に結合せられる人の多數は、必然的に單一體として思惟せられ得るのであつて、この單一體はその目的が力強く作用すればする程一層鮮明に意識せられる。併し、かかる單一體は、外部に對しては、組織によつて、即ちその結合する目的要素を自己の行爲によつて實現することを任務づけられてゐる多くの人々によつて表現せられる。かくの如く組織づけられた人類から成る目的的單一體を團體單一體 (Kollektiv- oder Verbandseinheiten) と呼ぶことができるから、國家としての目的的單一體は、精密にいへば團體單一體である。而して、團體單一體にまで綜合せられる國家的意思關係は、本質的には支配關係である。國家の本質は支配に盡きるものではないが、支配關係なしには國家は考へられ得ない意味において、支配關係の存在は國家に不可欠のものである。かくして、國家とは、根源的な支配力をもつ團體單一體といふと定義せられる。國家が法人であるといふのは、かかる意味において抽象的に考へられた團體單一體が權利主體たり得る能力をもつといふことである。權利主體はその利益を追求するための意思をもたねばならない。すべての意

思は自然の人の意思であるが、しかし目的的一體の觀念を抽出せしめた多數人の共同目的に向けられた自然の意思は、吾人の思索においては、同時にこの團體單一體にまで關係づけられる。單一體の觀念に立脚するときには、當該單一體を表現しその目的の達成に向けられた個人の行爲は、その團體單一體にまで歸屬せられる。支配的意思を供給する人々は、かかる團體意思を形成する立場において、全體の機關 (Organe des Ganzen) である。人の多數を目的單一體にまで綜合することが論理的の必然であるならば、同様に、機關意思を團體單一體に關係づけること、機關意思を團體單一體にまで歸屬せしめることも、論理的に要求せられることであらねばならない。¹⁷⁾

以上 Jellinek の所説によれば、彼は、思索の必然 (denknotwendig) による抽象の結果として自然意思でない意思の主體としての法人を認めるのであつて、而して、かかる存在は明かに思索による技巧の所産であるから、實在を感覺的な認識の對象に制限する限り、彼もまた一種の擬制を行ふものである。しかし、Jellinek 自身は、それは Phantom である Fiktion でもないとして、その實在を主張する。曰く、「この場合、法的認識はむしろ現實の現象としての國家の認識の所産に結合せられてゐる。人の集團の單一性を認め團體單一體の觀念をもつことは、何等の擬制ではなくして、あらゆる制度認識の事實を基礎づける吾人の意識における必然的な綜合の形式 (Form der Synthese) である。さすれば、團體單一體は、人の個體と同様に、Rechtssubjektivität にまで能力づけられてゐるといへばならないのであり、團體單一體を法主體にまで高めることは決して存在しない實體を假想してゐることではない。そのことは、肉體的精神的實在の個人を認識し、それを思索の綜合によつて抽象化し、その單一體を法主體化することと何等異らない」と。¹⁸⁾ 又、「法的方面からは國家は權利主體であり、社團 (Körperschaft) の概念の中に含まれる。社團の實體はそれを構成する人であり、その意思はかかる人によつて供給せられる。併し、社團の概念は、純粹に

法上のものであつて、事實の世界において客觀的に認識せられるものではない。それは、團體單一體の法關係を、即ち法秩序にまでのその關係をいひ表はすための綜合の形式である。それ故、國家に法人格を歸屬せしめても、何等の Hypostasierung 又は Fiktion を行ふものではなく。何となれば、*Personlichkeit* は *Rechtssubjekt* 以外のものではなく、而して法主體の觀念は個人の又は團體の *Rechtsordnung* に於ての *Relation* 以外のものを意味するものでないからである。¹⁹⁾」

法人の實體としての國家は、Jellinek のいふやうに、抽象的又は觀念的の實在でなければならぬ。蓋し、いふまでもなく國家法人はその存在の意義の上から感覺的物理的存在を超越した存在でなければならぬからである。現實の機關行為について、その効果を機關たる自然人の更迭や生死を超越した統一的繼續的のものたらしめようとする要求に應ずるための存在が、即ち法人の存在でなければならぬ。従つて、それは機關たる自然人と同一の物理的存在であることを得ないのである。それが無を有と看做す意味の擬制ではなくして、少くとも觀念上の實在であることは、機關による權利の行使やそれに對應する義務的拘束が現實としての事實であることから、當然に結論せられることになければならない。かくして、Jellinek の觀念的實在說そのものは肯定せられねばならないのであるが、唯、彼が國家法人の實體について、實際的な意識にとつての思索の必然によるものであるとして、それを法以前の事實上の存在であると解する點については、反對の見解がある。凡そ、法上、自然的に意思の主體であるとみられるものは自然の人の外にはない。然るに、法上團體單一體が人格として意思をもち得るのは、思索の技巧によつて、しかも、それは、この場合、特に法的思索の技巧によつて、自然意思が團體單一體にまで歸屬せられるからである。自然意思は、この場合、唯、法によつて團體意思として妥當するのである。然らば、法を前提し法に俟たないでは、法人について何も

のをも語ることが得ないのである。法を前提した法現象の論理的解釋が、機關行爲の効果を現實の行爲者以外の觀念的實在にまで歸屬せしめることを要求するのであつて、國家の法人思想はこの點に根源する。

國家法人の本質の解明において、かかる觀點に合致する理論として、それは結局觀念的實在説に歸着するのであるが、國家權力の制度化の理論を引用することができる。次にいふ動機の分析に立脚する國家法人論がそれである。

五 動機の分析に立脚する國家法人論

國家法人の理論が國家の社會現象としての實在の把握をその出發點とするときには、それは、有機體說その他の物理的實在説にまで導かれるのであるが、國家法人の理論に關してかかる出發點によらず、別に國法學上その根本概念として國家の法人格を認めるに至つた動機の分析に立脚するときには、國家法人の理論は、國家權力の制度化の理論と重複して、一種の觀念的實在説にまで導かれる。

Sanderによれば、國法學上國家の法人理論を創設した動機は、倫理的政治的動機 (ethisch-politisches Motiv) に外ならない。詳言すれば、長期に互つて支配者の個人的權利として、特に專制君主の個人的權利として主張せられた國家統治の權力は、その濫用を防止するためには、これを個人的支配の領域から客觀的法の領域にまで高めねばならなかつたのであつて、而して、かかる客觀的な法現象としての支配的權力を表現するものとして、すべての個人に上位するとする國家人格の概念が構想されるに至つたのである。所謂立憲的自由主義思想によれば、國家と呼ばれる社會的權力機構は、これを單なる國王の個人的支配に委ねないで、一般國民の公共の福祉にまで奉仕せしめることを欲したのであり、従つて、國家生活を國王と人民との間の實力的鬭争の渦中から救済して、公共福祉のための法規範

の實踐場裡たらしめることを欲したのである。國家法人の思想は、かかる倫理的政治的動機に基く理念的國家生活を表はすものとして登場したのである。²⁰⁾

獨逸における國家法人説の創設者といはれる Albrecht によれば、公法學者の最も重要な課題は、封建的專制的な過去の時代意識をすてて新時代の政治的理念を把握し、國家の法上の性質に關して從來と本質的に異つた根本的見解を把握することである。即ち、從來の私法的色彩をもつ國家理論から解放せられて、純粹な言葉の意味における國法的色彩の國家理論を創設することである。從來は國家を専ら及び直接に個人的目的のために作用する人類の結合として考へたのであるが、しかし、國家は、決して、支配者と人民との個人的利益の單なる總計に奉仕するためのものとしてではなくして、一層高い一般的全體利益を追求するための共同體として理解せられねばならないものである。國家を構成する各人は、公共の利益のために、國家の名において奉仕するその分枝として權利づけられ及び義務づけられてゐるのであり、従つて、國家共同體はそれ自身權利義務の主體として法上の人格を歸屬せられねばならないのである。かくして、國法上は國家は一種の法人として理解せられねばならない。²¹⁾

國家法人理論が倫理的政治的動機に發するとすることの意味は、右の Albrecht の見解から理解せられることであるが、しかし、かかる倫理的政治的動機の中には、別に、一の法理論的動機として、客觀的法現象の單一的體系づけの思想が包含せられている。換言すれば、かかる動機による國家人格の概念は、法體系の單一性の思想によつて裏づけられてゐるのであつて、従つて、そこには法人格としての國家において法現象の單一的體系を認識せしめようとする動機が認められるのである。而して、次に觀る國家權力の制度化の理論は、明かに倫理的政治的動機に發する國家理論として特に國家法現象の單一的體系を結論的に暗示するものである。²²⁾

倫理的政治的動機から國家の支配現象を觀察するとき、國家權力が現在の權力把持者によつて個人人格化せられることに満足し得ないことはいふを俟たない。蓋し、國家權力の個人人格化は、國家權力を支配者の個人的目的に奉仕せしめるために、それを公共福祉の使命から逸脱せしめる危険を含むからである。國家權力は、その本來の存在理由において、公共福祉に奉仕すべき法の理念との連帶の關係におかれねばならない。然るに、國家權力がその全部において時の支配者の個人的意思の中に宿ることを認めるときには、明かに、かかる意思と法の命ずる奉仕との一致を期待することは困難である。即ち、そこには所謂權力濫用の、若しくは權力暴力化の危険あることを何人も否定し得ない。又、國家權力の個人人格化の下においては、國民的團結の繼續性を保障することが困難である。國民の反省が國家權力と國民生活の一體的繼續性との間の調和の問題に及ぶときには、國家權力の發動の形態は安定性を缺如する個人人格化の形態であつてならないことに氣づくのであつて、かくして、國家權力の制度化即ち國家人格化の必要が認められ、率いては、國家法人格の理論にまで導かれるのである。

國家權力を現在それを行使する現實の個人から引離すと同時に、その歸屬の名義者として制度としての國家を考案するときに、かかる知的工作を國家權力の制度化 (*institutionalisation de pouvoir d'État*) といふ。國家權力が現在それを行使する個人のものとして具體化せられることが止むとしても、國家權力がそれらにまで歸屬せられるいはば權力所持の名義者が存在しないときには、國家權力の存在そのものはあり得ない。國家權力の制度化によつて、國家權力はその歸屬においてそれを現實に行使する個人から制度として構想せられた國家にまで移轉せられ、國家の意思としての國家權力そのものと現實にこれを行使する支配者の個人意思とが一應別個の存在として分離せられる。而して、かかる國家權力の制度化の方法は、憲法及びそれに基く法令の規定をもつて、現實の權力行使者が國家行爲

として有効に國民を拘束し得る行爲の範圍を限定することであつて、要するに、組織法又は權限規定を制定して、支配者の行爲がそれに合致する限りに於いてそれは國家の權利を行使するものであり、國家の義務を履行するものであると想定することである。かくして、法を前提する制度としての國家即ちそれにまで統治の權利義務が歸屬せられる法人としての國家が創造せられるのである。

國家權力の制度化による國家法人概念の創造は、強者による弱者の征服とか、國家構成員の有機體的協力とか、治者と被治者との分裂とかいふやうな或る種の社會的事實を把握することによつて行はれることではなくして、法學的知的作用を前提する思索における抽象化の力によつて行はれることである。感覺に訴へるのでなくして、思索による抽象なしには、自然の人以外の存在である權利義務の歸屬者としての國家を創造することは不可能である。勿論、國家權力の制度化による法人としての國家の創造のためには、一定の共同目的を意識した多數人類の集團が、その上にその傳統を活かし更にその將來を築かうとする一定の土地の區域の上において、統治の權力に服従して一體として結合する事實の存在をその前提とする。即ち、法人的國家概念の創造は、國民と領土と統治權との所謂國家の三要素から全然無關係に行はれることではない。しかし、かかる事實的要素を認識することそのことと、事實上權力を、若しくは法的には權利を行使する自然の人以外のその歸屬の名義者を創造することは、一にして同一のことではない。多數の人類が領土において共同目的のために統治權力の下に結合してゐる社會現象としての國家は實在の事實である。しかし、かかる權力の歸屬者としての、法的には權利の主體としての制度的國家即ち國家法人は、かかる社會的事實から思索によつて觀念的に抽出せられたものである。それは技巧的の知的作用によつて創設せられたものであり、従つて、物理的存在以外の存在を擬制とよぶならば、かかる理論による法人としての國家の實體は一種の擬制であるが、

しかし、事實上の統治者即ち法人理論による機關の統治行爲は現實であり、それより生じる國民の拘束も現實であつて、従つて、かかる現實の統治行爲の效果の歸屬せられる存在は、少くとも觀念的には實在のものであるといはねばならない。

國家權力の制度化によつて、國家權力の名義者は人の更迭を超越した繼續的觀念的存在である國家となり、統治における權利義務の主體は法人としての國家となるのであるが、しかし、かかる權力が外部において感知せられ、かかる權利義務が外部との關係において主張せられ履行せられるためには、どこまでも自然人の意思と行爲とに訴へることを必要とする。而して、かかる意思や行爲は統治の任にある自然人のそれであつて、その點は制度化以前におけると異なるところはない。唯、かかる自然人が行爲する資格においては、制度化の前後において根本的の變化を生じる。制度化の後には、彼等はもはや自己に固有の權力を自己の名義において行ふ立場にあるのではなくして、國家の名義において國家にまでその效果の歸屬せられる行爲を單に事實上行ふ立場にあるに過ぎない。即ち、所謂國家の機關としての資格において行爲するのである。従つて、かかる立場からする國家法人の理論においてその本質的要素を成すものは、所謂機關理論である。

國家の機關とは、國家の統治に關して、法の豫定する地位にあつて法の豫定する行爲を行ふことに基いて、法上その者の行爲が國家の行爲として評價せられる個人又はその複數をいふ。外部に對して、機關地位にある個人の意思が、それに關する法の要件に合致して表示せられるときには、それに關する限り、その瞬間において、その者の個人的人格は消失して、その意思若しくは行爲は國家の權威と融合せられる。法學的思索においては、機關たる個人の行爲は國家そのものの行爲としての效果を生じるのである。機關理論として、法人とそれの機關との關係と所謂代理關係と

の相違の點が論ぜられる。代理關係にあつては、一が他のために行爲する二つの權利主體の間の法關係が存在する。代理者の行爲は彼の固有の行爲であるが、その行爲は被代理人即ち本人の行爲であると同一の法上の效果を生じる。機關にあつては、之と異り、行爲するのは法人そのものであつて、機關は法人から別個の人格的存在であるのではない。この根本的の相違から、兩者の間には種々の相違を生じる。代理者の行爲は被代理人の法生活のすべてを含まない。被代理人は、代理關係が最も包括的内容のものであるときであつても、自ら自己の法律行爲を行ふ餘地をもつ。然るに、機關はある意味において法人の法生活のすべてを具象化する。機關の外には彼によつて代表せられるものとして彼自身のと異つた意思を表はし得る權利の主體は存しない。法人はその機關によつてその意思を決定せられ執行せられる。この決定や執行に關しては、機關でない他人の意思による代理を考へることはできない。法人にまで歸屬せられる意思や行爲は、機關の意思や行爲以外にあり得ないといふことが、即ち機關の性質であるからである。機關は機關としては法人のそれと別個の人格をもつものでない。國家と機關とは、その間に法關係の存在を可能ならしめる獨立の人格として對立するものではない。國家は自己の機關によらねば存在し得ない意味において兩者は一體を成す。本人と代理人は二つの別個の人格として残るものであるが、法人と機關との關係においては一人格しか認められない。機關の作用を行ふ自然人が、その地位をはなれて、自己自身の人格を留保して法人との間に法關係をもち得ることはいふを俟たないが、機關地位においては自然人はどこまでも法人と別個の人格であり得ない。國家法人の多數の機關の間には權限の折衝は起り得るが、しかしこの場合互ひの間において各自の權利が對立するのではない。權限の爭議が裁判をもつて解決せられるとしても、それは、法人の内部的組織に關する法の解釋を興へるに止まり、機關地位にある個人の權利又は利益について解決するものではない。機關の法人格を否定することは、機關の、率いて

は法人そのものの本性であるとする見解に對しては、「國家とその構成員たる個人との關係は全體と部分との關係であり、而して、全體はその部分たる個人を完全に吸収して始めて全體たることを得るのであるから、かかる全體たる國家がその部分たる國民と相對立して法關係に立つといふことは論理上思惟せられ得ないことである。部分である國民たる個人と法關係に立ち得る者は、同様に部分である機關たる個人でなければならぬ。従つて、全體である國家ではなくして、機關そのものに人格があるとみなければならぬ」とする反對がある。²³しかし、國家が人格として法關係の主體になるといふのは、機關たる特定人の行爲の効果が法的思索の必然によつて抽象的な單一的存在にまで歸せられるといふことであり、社會的事實としての個人とその總體といふやうなものをこの場合問題にしてゐるのではない。従つて、國家の人格を否定して機關の人格を認めようとする見解は妥當し得ない。

國家法人の實體は、右に述べた機關理論から、機關行爲の法效果の歸屬せられる不可分の繼續的觀念的存在を意味することが結論せられる。それは決して國家團體を構成する自然人の集團を觀念したものではない。蓋し、國家權力の制度化に出發する國家法人理論における國家法人としての存在は、論理上、組成的であり更迭的であり物理的實在的である國民全體の觀念と相容れ得ないからである。法人格の主體としての國家の觀念は、國民である多數人がその實現しようとする共同目的によつて結合せられ、法の規制の下に繼續的に統一的に組織的協力を行ふ事實から、思索によつて抽出せられた單一體としての觀念上の實在を指すのであり、國家が人格をもつ法人であるといふのは、かかる思索の必然による抽象的存在としての觀念的單一體が、機關行爲による法效果を歸屬せられ得る能力をもつことを意味する。かくして、國家が法人としての機關行爲の法效果を自己にまで歸屬せしめるが故に、機關たる自然人の存在を超越して、法の世界における國家そのものの統一性と繼續性が保障せられ得るのである。國家權力の制度化の

理論が、國家法人論に關するものとして、國家における法現象の單一的體系を理論的に暗示するものであるとする所以である。

- (1) 今は三十年の昔文部省在外研究員としてパリに滞在中、恩師國際司法裁判所判事織田萬博士からマンヌ法學界における最高の名著であるとしてグルノーブル大學教授 Léon Michoud 著 *La Théorie de la Personnalité Morale* (2^e éd., 1924) を指摘された。上下二卷各々五百頁の大著である。法人の本質の問題は、問題そのものとしてはらうまじくもなく極めて陳腐なものであるが、私としては昨夏漸く頁を切つてその内容の大要を理解した。本稿は本書を參考の中にとしたものである。
- (2) Michoud (ibid. p. 16) の引用した *法學雜誌* の *評述* 'Laurent (Droit civil, t. I), Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (Des personnes, t. I), Durcrocq (Cours de droit administratif, 7 éd., t. IV), Trouillot et Chap-sal (Le Contrat d'association), Unger (System des österr. Privatrechts, t. I), Bierling (Zur Kritik der jurist. Grundbegriffe, t. II) 等なる。
- (3) Ernst Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, 1873, SS. 12-14, Zitelmann *法學雜誌* の *評述* や *評述* Puchta (Vorlesungen), Rösler (Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht, IV), Pfeifer (Lehre von den jurist. Personen) 等を讀む。
- (4) Michoud, ibid. p. 18, 19.
- (5) Zitelmann, a. a. O., SS. 17-19.
- (6) Böhlau, *Rechtssubject und Personenrolle*, p. 16, Windscheid, *Pandekten*, § 49 (Michoud, ibid. p. 20).
- (7) Brinz, *Pandekten*, 3^e éd., t. I, p. 222, Bekker, *Zur Lehre von Rechtssubject, dans Jahrbücher für die Dogmatik*, t. XII, p. 1 (Michoud, ibid. p. 38).
- (8) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. I, 1921, § 41, 45.
- (9) S. C. Bluntschli, *Lehre vom modernen Staat*, I, 1875, S. 19-22.
- (10) Michoud, ibid. p. 61.
- (11) M. Fouillée, *Science sociale contemporaine*, p. 222.

- (12) Zitelmann, a. a. O. SS. 62—80.
- (13) Zitelmann, a. a. O. SS. 86—95.
- (14) Maurice Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1923, pp. 714—720.
- (15) Michoud, *ibid.* pp. 85—88.
- (16) Michoud, *ibid.* pp. 97—120.
- (17) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1920, SS. 169-172, 178-181.
- (18) G. Jellinek, a. a. O. S. 170.
- (19) G. Jellinek, a. a. O. SS. 182, 183.
- (20) Fritz Sander, Staat und Recht, 1922, S. 179.
- (21) Fritz Sander, a. a. O. SS. 182, 183.
- (22) 國家權力の範圍を論ずる G. Burdeau, Traité de science politique, 1949, t. I, II 224—228°
- (23) Schlossmann, Organ und Stellvertreter, dans Jherings Jahrbücher, Bd. 44, 1902, SS. 300, 301.