

Zitelmann の国際私法理論と「法人」論

竹下啓介

だけした けいすけ

首都大学東京都市教養学部准教授

- 1 課 題
- 2 Zitelmann の「法人」論
- 3 「法人」に関する準拠法選択の重層性
- 4 国家と「法人」論
- 5 結 語

1 課 題

本稿の課題は、Zitelmann の「法人」に関する思考、すなわち、「法人」論から、彼の国際私法理論を分析することである。具体的には、Zitelmann が 1873 年に執筆した著作である、『いわゆる法人の概念と本質』⁽¹⁾について、その概要を説明した上で、「法人」に関する思考が Zitelmann の国際私法理論⁽²⁾にどのように影響を与えているかを明らかにすることである。

前提として、このような課題を設定すること自体の意義が明らかにされなければならないが、これには 2 つの意義がある。第 1 に、Zitelmann の国際私法理論は、その準拠法選択について重層的な思考が採られており、重層性を前提として理論を理解しなければならないと解する⁽³⁾が、そのような重層性が如実に表れるのは、法人に関する準拠法選択の局面であり、法人に関する準拠法選択の議論を通じて、そのような彼の理論の理解の正当性を明らかにすることができるためである。第 2 に、後述するように、Zitelmann が「いわゆる法人」として議論する対象の中には、国家が含まれており⁽⁴⁾、彼の「法人」論は、国家についても、当てはまる。そして、国家は、Zitelmann の国際私法理論における「超国家的国際私法 (Überstaatliches Internationales Privatrecht)」⁽⁵⁾の基礎的な要素であるため、彼の「法人」論を明らかにすることは、彼の国際私法理論の理解

を深めることにつながるからである。

以上の課題を遂行するために、本稿では、まず、彼が『いわゆる法人の概念と本質』において何を議論したのかを明らかにした上で、法人に関する準拠法選択の重層性について、更には、国家に関する彼の思考について、それぞれ議論を行うこととする。

2 Zitelmann の「法人」論

(1) 『いわゆる法人の概念と本質』における主張

『いわゆる法人の概念と本質』において、Zitelmann が主として議論した事項は、法人の実在性についてである。Zitelmann 以前の多くの見解において、法人は実在的な存在とはとらえられておらず、例えば「擬制」によって権利の主体となることを理論づけられていたのであるが、Zitelmann は、それらの見解を批判し、法人についても、自然人と同様に、実在的なものであるということを主張したのである⁽⁶⁾。したがって、彼の「法人」論に関して明らかにすべきは、何故、「法人」が実在的であるということができるといふ点についての理論的根拠である。

この点の検討を行う前提として、Zitelmann が「法人」としてどのようなものを想定していたのかを明らかにする必要がある。この点について、彼は、「決して物理的でない主体に属する権利と義務が存在し、しかしながら、その法的な存在について、物理的な主体が持つものと同様の保護が与えられている、という事実が存在する。そのような決して物理的でない主体に帰属している権利の複合体を、一般に、『法人』と呼ぶのである。」⁽⁷⁾として、議論を展開しているのであり、彼は、「物理的でない権利の主体」一般について、検討の対象としたのである。

(2) 問題意識の基礎——「法人」の構成

Zitelmann がこのような「法人」の本質論について議論することの問題意識は、「法人」については、法原則と法的事実とが、齟齬しており、その点を、学問的に説明する必要があるという点にある。

Zitelmann の理解からすると、伝統的に、「法人」の本質論が議論されてきたのは、以下の理由による⁽⁸⁾。「主体のない権利は想定されない。」という法命題と「権利の主体は、人間のみである。」とする法命題が一般的に承認されていることを前提とする場合、確かに、人間とはいえない「法人」が権利の主体となることは、論理的にあり得ない。しかし、法的に物理的でない主体に帰属している権利の複合体が存在すること、すなわち、法的事実としての「法人」の存在は確かである。したがって、「法人」に関しては、矛盾が存在することとなり、この矛盾をいかに解決するかという点の検討が必要となる。そして、これが「法人」の本質に関する議論であり、この点について、種々の見解が述べられてきたと考えるのである。

そして、この点を説明する従来の見解として、Zitelmann は、まず、擬制説⁽⁹⁾を掲げるのである。擬制説は、この矛盾について、「法人」に権利が属する場合には、法が「欠けている主体を、擬制によって、創設する。」⁽¹⁰⁾と説明することによって、解決されるとする。特に、法人制度の実際上の必要性、法交通の円滑化に資することを基礎として、実定法が、このような必要性に対応するために、欠けている主体を擬制によって補充している、とするのである⁽¹¹⁾。しかし、このような説明に対して、Zitelmann は、擬制という説明自体、法的事実と法原則との齟齬の存在を認めることを前提とするものであり、法的事実と法原則との齟齬を説明するものではあり得ないと批判するのである⁽¹²⁾。「事物の本性や、擬制の概念からして、このようなことでは、事実を変えることはできないということが、明らかなのである。」⁽¹³⁾として、擬制によって事実を変更すること自体ができるわけではなく、擬制という説明をしたとしても、解決すべき矛盾を解決したことにはならないと批判するのである。

この擬制説に対する批判の中に、Zitelmann の問題意識の1つが、明確に、表れている。それは、Zitelmann は、「法人」に関する法原則と法的事実の矛盾について、単に、立法という手段で、法人という制度を承認することによって、解決されるとは考えていないという点である⁽¹⁴⁾。Zitelmann は、自らの検討について、それが「構成 (Construction)」と呼ばれる学問的な検討であり、立法とはおよそ無関係であるとする。すなわち、「構成は、しかしながら、そこにあ

る何らかのものの証明である。それは、何らかの存在するものの、精神的な叙述なのであり、法理念と該当する法制度の関連性の叙述なのである。このような関連性が存在するのか否か、存在するとしてどのような関連性が存在するのかは、学問的な探求の問題であり、意思は絶対的に何ら関与し得ないのである。立法の領域において問題となることは決してなく、学問の領域において、問題となるのである。⁽¹⁵⁾とするのである。このように、「法人」の本質論は、法理念といわゆる「法人」という法制度との関連性を、理論的に説明する学問的研究であり、立法等で解決される問題ではないとするのである。問題は、矛盾について、「該当する法的事実は、非合法的な、法的には不可能なものなのであるから、そのようなものとして、法によって、否認することができる。さもなければ、法概念が狭すぎるのであり、それが当該事実を包摂することができるように、拡大されなければならないのである。」⁽¹⁶⁾としている点からも分かるように、「法人」という法的事実として存在すると考えられる法制度を否認するか、それとも、「法人」を説明することができるように法原則を修正するか、この点を、学問的に検討することなのである⁽¹⁷⁾。

また、矛盾を説明するもう1つの見解として、Zitelmann は、Demelius や Windscheid, Jhering らによって主張された、「主体のない権利の受諾 (Annahme subjectloser Rechte)」をする学説を掲げる⁽¹⁸⁾。この見解は、先に述べた法原則である、「主体のない権利は存在しない。」という命題を批判し、この命題が偽であることを説明することによって、矛盾を説明しようとするものである。従来の権利の概念は、「主体のない権利」というものを包摂せず、その点で狭すぎたのであり、「主体のない権利」が「法人」について存在する以上、権利の概念を修正する必要があるとするのである⁽¹⁹⁾。この見解は、法原則と法的事実・法制度との調和を図ろうとしたものであり、その意味では、Zitelmann の述べる学問的検討を行おうとした見解と評価することもできる。しかし、この見解について、Zitelmann は、「法概念は、それに従って、すべての法的現象を説明できるか否か次第で、どのようにでも、定立することができると思えるとするならば、彼らは、完全に、思い違いをしているのである。」⁽²⁰⁾として、批判する。法概念は、単に、法的事実・個々の事象から抽象化されたに過ぎないものではなく、

「法概念は、より正確には、法理念は、他の半分については、哲学的な原則によって、構築されているのである。すなわち、それは、独立のアプリオリな理論的内容を持っている」⁽²¹⁾とするのである。つまり、「法人」について言えば、権利の概念についても、一定の哲学的な原則から構築されたものであり、確かに、法的事実・個々の事象と調和がとれているが、それらから抽象化したに過ぎないから調和がとれているのではなく、あくまで、法理念と法的事実が相互に作用することによって、調和がとれていると考えるのである。そして、上述のような権利概念の拡大については、その不当性を個別の学説毎に指摘することによって、批判するのである^{(22), (23)}。

以上の批判からも明らかなおり、Zitelmannが、この論文で検討したのは、権利の概念と、「法人」と呼ばれる法制度及びそこから発生する法的事実との調和なのである。現実における「法人」の存在を前提とする検討である以上、彼が、「法人」の実在性を主張したことは、至極当然の帰結なのである。したがって、問題は、むしろ、「法人」が実在的であるにもかかわらず、いかにして、法理念・法原則と調和するのか、という点になるのである。

(3) 法人の実在性

法人の実在性を論ずるに当たり、Zitelmannは、まず、主観法すなわち権利⁽²⁴⁾の概念の分析から、始めるのである。それは、「客観法によって与えられた法的な力であり、すなわち、客観的な姿を与えられた意思の許可 (Wollendürfen) である」⁽²⁵⁾とされる。「意思の許可」とは、意思によってすることが許可されていること、すなわち、「……しようとすることができる」ということ自体であり、それは述部又は範疇に過ぎないため、実体を持つものではない⁽²⁶⁾。そして、このような抽象的な「……しようとすることができる」という範疇が現実化するためには、(a)権利の主体、(b)権利の客体、及び(c)権利の内容又は実質が必要であると、分析されるのである⁽²⁷⁾。誰が意思によって何かをすることが許可されているか、何に関して何かをすることが許可されているか、更には、何を当該対象に対してすることが許可されているのか、の3点が、現実において明らかとなっていれば、例えば、「 α は、 β に対して、 γ をしようとすることができ

る。」等と当該現実を表現することができるように、「意思の許可」が現実世界に登場することとなると考えるのである。他方で、当該「意思の許可」が権利であるためには、それが客観法によって付与された法的な力でなければならず、客観法によって与えられた法的な力が対象に及んでいなければならない⁽²⁸⁾とするのである。以上の点を前提とすると、確かに、Zitelmann が述べるとおり、権利について、「主体のない権利は存在しない。」「客体のない権利は存在しない。」「内容又は実質のない権利は存在しない。」という法命題が、理論的に導かれるのである⁽²⁹⁾。このように、権利の概念の分析のみによって、Zitelmann は、まず、「主体のない権利は存在しない。」という法命題の存在を結論づけるのである。

その上で、分析は、権利主体へと移行する。ある存在が権利主体となるための要件として、Zitelmann は、2つの点を掲げる⁽³⁰⁾。まず、当該存在が権利主体となることができる内的・主観的な実在的特質、すなわち、「人格性 (Persönlichkeit)」を有していることを掲げ、そして、次に、そのような権利主体となることができる特質を、実定法の規定が承認していることを掲げる。そして、権利主体となることができる特質を有する一定の存在を、実定法が権利主体となることを承認する、すなわち、権利能力を認めることによって、ある存在は、権利主体となり得ることとなり、実際に権利を取得した際に、当該存在は、権利主体となると思考するのである。そして、奴隷制等を想定すれば明らかのように、すべての人格性を有する存在が、論理必然的に、実定法の規定によって権利主体となり得ることを承認され、権利能力を付与されるわけではない⁽³¹⁾。しかし、ある存在に権利能力が付与されているとすれば、常に、その存在は、人格性という特質を有すると結論づけるのである。

そして、この内的・主観的な特質たる「人格性」とは何か、ある存在が人格性を有するためには、いかなる条件が必要なのか、という点について、Zitelmann は、「意思」を有することのみを掲げる⁽³²⁾。権利自体が、「主体が、客体に対して、一定の内容のことをしようとしてよい。」という「意思の許可」たる性質を有するものであり、したがって、その概念から必然的に導出される主体に必要な性質は、意思を有すること、「意思能力 (Willensfähigkeit)」のみである

と、結論づけるのである。そして、この点において、従来、証明不要な前提として定立されていた「人間のみが、法主体となることができる。」とする法原則に対して、批判を行う⁽³³⁾。この法原則の中には、法主体となるための条件として、肉体的存在であることが含意されているが、そのような条件は、権利概念からは、およそ根拠付けられないとするのである。他方で、このような意思能力を有すること自体は、現実のものでなければならず、擬制などによって説明することはできないと、結論づけるのである。

以上の一般論を前提として、Zitelmann は、いわゆる「法人」と呼ばれる存在について、人格の本質的要素である意思が何かを探求するのである。この点に関し、Zitelmann は、「分割前の相続財産 (ruhende Erbschaft)」「財団 (Stiftung)」「コルポラツィオン (Corporation)」⁽³⁴⁾について、それぞれ分析を進めるのである。

まず、被相続人の死亡時点から、相続人によってそれらが獲得される迄の間の相続財産である「分割前の相続財産」については、遺言相続の場合には、遺言として被相続人の死亡によって変更不可能となり客観化された現実の意思が、そのような財産の人格性を基礎付けることとなるとする⁽³⁵⁾。そして、遺言が存在しない場合については、「相続人の意思の不完全な内容が、実定法によって、法律上の推定の力で一般的に有効な方法で、補充される」とし、このようなことは、法律行為一般に行われていることであるとする。つまりは、遺言が存在しないとしても、被相続人は、相続財産の処分について何らかの意思を有しているはずで、それが不明確であるに過ぎないと考え、遺言が存在する場合と同様に、財産の人格性を説明するのである⁽³⁶⁾。次に、「財団」については、その設立において、当該財産を支配する意思が客観化され、設立者の意思によっても変更不可能なものとなっている点を指摘する⁽³⁷⁾。設立者は、自分の財産の一部が、以後、一定の目的に役立つように使用されるべきであり、自らの私的な恣意に左右されるべきでないということを、自分自身に対して拘束的に決定することで、財団を設立するのであり、そのようにして設立者の意思から独立して客観化した意思を、Zitelmann は、主体であるとするのである。以上の2種の「法人」については、このように、被相続人又は設立者の一定時点での意思が客

観化され、当該意思が実在することによって、法人の実在性が根拠付けられるとするのである。

次に、人的集団たる「法人」として想定される「コルポラツィオン」について説明するに当たり、Zitelmann は、前提として、「多数における統一の原則 (Princip der Einheit in der Vielheit)」という、精神・物質の双方の人間生活を支配する根本原則を掲げるのである⁽³⁸⁾。これは、統一体の基体となる複数の存在が、一定の力によって組織的に結合され、統一体となる場合、当該統一体は、基体が共通に有していた性質を存続するが、しかし、個々の基体とは異なる存在となる、という原則である。Zitelmann は、この原則が、自然科学、哲学、芸術、日常生活とあらゆる局面で妥当することを示した上で⁽³⁹⁾、さらに、法学においても、所有権を例に挙げて、妥当することを説明するのである。すなわち、所有権は、ある物に対する排他的・包括的な支配権として、物に対する個別の権利の集合体ということもできるが、個別の権利の単なる集合とは異なる、独立した存在であるということを示すのである⁽⁴⁰⁾。その上で、「コルポラツィオン」については、それを構成する個々人の意思が、共通の目的を有し、それが一定の結合力によって統一化がされる場合に登場するものであるとする⁽⁴¹⁾。そして、このような意思の統一体は、個々の意思が現実性を有するのと同様に、現実性を有するが、しかし、統一体となることによって、個々の意思とは異なる存在として、実在することとなるのである⁽⁴²⁾。そして、そのような統一のための拘束力として、Zitelmann は、「自然習俗的統一結合力 (natürlich-sittliches Einungsband)」⁽⁴³⁾と、個々人の意思自体による「意識的結合意思 (bewusste Einungswille)」に基づく結合があり得るところであり、前者の拘束力によって発生するのが、国家を始めとする自然習俗的コルポラツィオンであり、後者によって発生するのが、「団体 (Genossenschaft)」であるとする。特に、「団体」について、Zitelmann は、「組合 (Societät)」との区別を、厳格に行う⁽⁴⁴⁾。前者は、統一化の意思が存在し、構成員たる個々人の意思が統一化されることによって、それらの意思とは区別される団体の実在的な統一的意思が存在するため、団体が問題となる局面においては、構成員の意思は、あくまで間接的にしか問題とならない。他方、後者は、統一化の意思が存在せず、集団と

なった後にも構成員たる個々人の意思が直接的に問題となる。この間接性と直接性は、単なる程度の問題ではなく、意思の統一体という観点から考えた場合、決定的な質的差異をもたらすとするのである。なお、この「コルポラツィオン」の中には、他に、自然習俗的な基礎を有するが、国家と異なり、特別の目的を有する「地域的共同体 (Gemeinde)」⁽⁴⁵⁾や、「教会 (Kirchen)」⁽⁴⁶⁾があるとする。例えば、教会については、単に、共通の信仰内容を集団が有する理念的な精神的統一体であるのみでは、法とは無関係であるが、しかし、それを世界に広めることを目的とし、目的的统一体となることで、権利主体となり得るようになることとされる。

以上のように、いずれのいわゆる「法人」も、現実に意思を有する存在であり、「意思能力」を有するのであり、ある存在が権利主体となるために必要な「人格性」という特質を、現実に、備えていると結論づけるのである。

(4) 小 括

以上のように、Zitelmann は、権利概念から、そもそも、ある存在が権利主体となるために必要な事実的性質は、「意思能力」のみであり、自然人の肉体的性は必ずしも必要ないとして、「権利の主体は、人間のみである。」という一般的に前提とされていた法原則を批判したのであった。その結果、自然人についても、それが肉体を有する存在だから当然に権利の主体となることができるのではなく、「意思能力」を有する、すなわち、人格性を有するから、権利主体となることができることと考えることとなる。つまりは、自然人と、法人との間に理論構成上の差異はないと考え、自然人の権利能力という法制度と同様に、法人という法制度を、権利概念を出発点として構築される法体系の中に、位置づけ、調和を実現しようとしたのである⁽⁴⁷⁾。

Zitelmann にとって、いわゆる「法人」とは、「肉体を持たない意思 (unkörperliche Willen)」⁽⁴⁸⁾であって、肉体を持たない点で自然人とは異なるものの、権利主体としての実在性は、現実の意思の存在の共通性に鑑みれば、何ら、変わりがないこととなるのである。

3 「法人」に関する準拠法選択の重層性

(1) 国際私法理論の重層的な解釈

ここでは、彼の国際私法理論において、「法人」に関する準拠法選択が重層的なものとなっていることを説明し、そのことによって、彼の国際私法理論について重層的に解釈すべきことを例証することとする。そこで、まず、前提として「重層的に理解する」ということの意義を、説明することとする⁽⁴⁹⁾。

「重層的に理解する」とは、Zitelmannが「国家支配権 (Staatliche Herrschaft)」の範囲を画定する慣習国際法規範から理論的に導き出す国際私法である「超国家的国際私法」について、それが、一般法たる位置づけを与えられるものであり、したがって、それに対して特別法たる位置づけを与えられる国際法上の国際私法が重層的に形成され得ること⁽⁵⁰⁾を前提として、彼の国際私法理論の全体を理解することである。つまり、彼の国際私法理論、とりわけ、国際法として構想される国際私法について、慣習国際法から導き出す一般法たる超国家的国際私法のみによって構築されると理解すべきでなく、形成され得る特別法として位置づけられる超国家的国際私法とあわせて、重層的な規範体系として理解すべき、ということである。

このような重層的解釈が可能となるためには、特別法たる超国家的国際私法の形成の可能性が認められなければならないが、この点については、Zitelmannが、明確に記述している⁽⁵¹⁾ところであり、そのため、抽象的に国際私法規範が重層化することを許容する理論であったこと自体は、確かである。しかし、私見としては、Zitelmannは、そのように抽象的にのみ重層化を考えていたわけではなく、より具体的に、各国の実質法的指定規範⁽⁵²⁾の普遍化によって、国際私法規範は重層化し得ると構想していたと、解すべきであると考え。実質法的指定規範とは、各国が、一定の法的問題について、自国の実質法によって規律する代わりに、外国法中の規定を指定して、それによって規律することを命ずる実質法上の法規範である。そして、一定の法的問題についてある国の法が国際私法によって準拠法として指定されたとしても、その国内法として、当該問題に関する実質法的指定規範があれば、それによって指定された外国法が、当

該問題に対する直接規範となるのである。そして、このような実質法的指定規範が普遍化し、各国の意思に基づき国際法化することによって、それが特別法たる超国家的国際私法になると考えていたと解するのである。

この点については、相続の準拠法に関する彼の思考の説明によって、より明確にすることが可能であると考え⁽⁵³⁾。彼の理論において、相続については、一次的には、一般法たる超国家的国際私法によって、死者に属する財産について、財産毎に、個別の財産準拠法——いわゆる個別準拠法——が指定され、それが財産承継の問題等を規律することとなる⁽⁵⁴⁾。彼の一般法たる超国家的国際私法の中に、「相続」を総括的に規律する国際私法規範は存在しないのである。しかし、Zitelmann 自身、最終的に直接規範として適用される法律は、必ずしも個々の財産の準拠法ではないことを述べている⁽⁵⁵⁾。この点について、Zitelmann は、まず、相続については、各国実質法上、被相続人に属する個々の財産を一体的に総括財産として把握し、その運命を統一的に規律する必要性が認められていると指摘する。そして、その結果、実質法上、総括財産に対する主観法という、二次的な主観法⁽⁵⁶⁾の概念が形成されていると指摘するのである。そして、そのような二次的な主観法については、各財産を有していた被相続人の属人法たる本国法が、総括準拠法として、統一的に規律するとし、ただし、この総括準拠法というものは、あくまで、個別準拠法の承認の下に成立するものであるとする⁽⁵⁷⁾。すなわち、被相続人に属する各財産のそれぞれの個別準拠法上の実質法的指定規範によって被相続人の本国法を指定する結果、相続に関する一定の法的問題については当該総括準拠法によって規律されることとなるが、総括準拠法によって規律されるのは、あくまで個別準拠法上実質法的に指定された範囲に限られることとなるのである。このようにして、Zitelmann は、相続について、最終的に直接規範として適用される法律は、必ずしも、個別準拠法ではなく、総括準拠法となる場合もあり得ると思っていた。そして、これらの記述を基礎として、彼の思考を一歩進めて解釈するならば、そのような実質法的指定規範が普遍化し、国際法となった場合、先に述べたように、実質法上の相続に関する一定の法的問題については、常に、相続財産を構成する個々の財産準拠法によるのではなく、総括準拠法たる相続準拠法によることと

なる。ここにおいて、超国家的国際私法は、重層的構造を見出し、「相続は被相続人の本国法による」とする特別法たる超国家的国際私法が形成されることとなると考えられるのである。実質法的指定規範は、それが普遍化した段階で、一般法たる超国家的国際私法によってどこの国の法律が一次的な準拠法として指定されるとしても、常に、二次的に適用されることとなり、このことは、結局、特別法たる超国家的国際私法が成立したことと、何ら、変わりがないこととなるのである⁽⁵⁸⁾。そして、彼が、相続財産の統一的処理の必要性が広く文化国家で認められるとしていた⁽⁵⁹⁾以上、彼の理論は、このような実質法的指定規範の普遍化を想定するものであったと考えられよう。相続に関する一定の法的问题を各財産について総括的に規律するということの必要性が認められる限り、当該実質法的指定規範は合理的に各国に成立するものであり⁽⁶⁰⁾、必要性が広く認められていたと Zitelmann が認識していた以上、実質法的指定規範の普遍化の可能性は十分に認められていたと解されるのである。

以上の点から、彼の理論について、重層的に理解することが合理的と考えるのである。そして、そのように重層的な規範体系と理解する場合、彼の国際私法理論全体は、動的な国際私法理論と理解すべきこととなる。つまり、彼が構想した国際私法理論を、ある一時点における静的な超国家的国際私法の叙述としてのみ理解するのではなく、一般法たる超国家的国際私法を基礎として、時代の変化・国際社会の必要に応じて、それに対する特別法たる超国家的国際私法が形成されていくという、超国家的国際私法規範の理論的發展過程を意識した理論として、理解すべきと考えられるのである。彼の叙述する一般法たる超国家的国際私法は、理論体系の基礎として普遍的に存在するが、仮に、それに対する特別法たる国際私法が形成されれば、実際に準拠法選択規範として適用されることはなくなるのである。その意味で、彼の理論は、一般法たる超国家的国際私法が常に普遍的に適用されることを主張した理論ではなく、準拠法選択規範は変容し得るものであるということを前提とする理論と解されるのである。しかし、そうであるからこそ、彼の理論は動的に理解することができるのであり、そのことによって、時間的にも普遍的な理論を構築したと理解することができる。その結果、彼の思考からすれば、彼の理論は、現代において

もなお生きた理論として存在することとなるのである。なお、このように時代を超えた法理論を構想したと理解することは、法の歴史的発展の末に世界法が成立し得ることを構想した彼の世界法の思考とも整合的⁽⁶¹⁾であり、彼の思考の合理的な解釈であると考えられるのである。

そして、このような国際私法理論の重層性は、彼の法人に関する準拠法決定についての思考からも、理解することが可能であるし、その点を、先に述べた彼の法人論に関する思考と関連づけて検討すると、双方の思考の関連性を明確に指摘することができるのである。そこで、まずは、法人に関する準拠法決定について、説明することとする。

(2) 法人に関する準拠法

Zitelmann の思考においては、まず、法人の属人法が觀念され、それは法人の本拠地法（住所地法）であるとされる⁽⁶²⁾。Zitelmann の思考において、人の属人法は、その者の本国法のことであるが、当時において、法人について国籍を認めるか否かは、議論があったところである。しかし、法人について国籍を認める場合に、法人は、その本拠がある領域の国籍を有するとされるし、他方、国籍を否定する場合にも、本国法に代替する属人法としては、一般的に本拠がある領域の法律であるとされるため、いずれにしても、法人の属人法は、本拠地法であるとされる⁽⁶³⁾のである。

そして、Zitelmann の国際私法理論においても、法人の成立や消滅等に関する実質法規範は各国毎に異なっており、したがって、準拠法決定の問題が発生すること自体は、認められている⁽⁶⁴⁾。しかし、この点について、彼は、属人法によるとはせずに、「効果法（Wirkungsstatut）」⁽⁶⁵⁾によらしめるべきであるとする。効果法とは、ある法律関係に対して国家支配権を有する国の法律のことであり、具体的には、例えば、物権については、対象となる物に対して国家支配権を有する国が当該目的物の所在地国となるため、目的物の所在地法が効果法となる⁽⁶⁶⁾。また、債権については、それが債務者に対する「法的な力」であり、債権に関し、債務者に対して国家支配権を有する国が債務者の属人法所属国となるため、債務者の属人法が効果法となる⁽⁶⁷⁾。端的には、各法秩序は、ある法人

が存在しているか否かという問題について、自らが国家支配権を有する法律効果について、独自に、決定をするのである⁽⁶⁸⁾。その結果、ある団体の属人法たる本拠地法によれば法人であるにもかかわらず、自国においては法人として承認されず、また、逆に、本拠地法によれば法人でない団体について、自国において法人として承認することも、決して矛盾ではなく、理論的にはあり得ることであるとする⁽⁶⁹⁾。更には、このように効果法によるため、例えば、外国においては法人として認められているが内国では認められていない集団が、当該外国で動産の所有権を取得し、その後、当該動産が内国に移動した場合、その動産に対して集団が法人として所有権を保持することは不可能であり、単に、集団は組合として、当該動産は構成員が所有権を有すると見なされることとなるのである⁽⁷⁰⁾。このように効果法によるのは、法人の成立、消滅、存在といった事項が、特定の法律効果と結合されているからであるとする。すなわち、法人に関する権利及び義務の取得や喪失は、前提として、法人が存在することを要件としており、したがって、ある法人が存在するか否かという問題は、まさに、権利や義務の得喪といった法律効果の要件となる法的事実の存否の問題であり、法律効果の要件として、それは、当然に、当該効果法が規律することとなるのである⁽⁷¹⁾。

しかし、Zitelmann は、そのようにして決定される準拠実質法は、法人が当該法律における意味において存在するとされるために実現されなければならない要件の決定について、外国法を指定する形式を採ることができ、内国に本拠を有する法人については直接に自国法において規定された要件によって判断し、外国に本拠を有する法人については、当該外国法によって判断する、とすることができる⁽⁷²⁾。つまりは、実質法的指定規範によって、外国に本拠を有する団体について、それが内国法の意味において法人であるか否かを、外国法上の規律に委ねることができるのである。本拠地法に委ねるか否か、さらには、どのような範囲で外国法に委ねるかは、理論的には、各国の実定法上の問題である。しかし、多くの国が、かなり広い範囲において、外国に本拠を有する法人について当該外国法によって判断するということを、明示的にであれ、黙示的にであれ、行っているとする⁽⁷³⁾。そして、仮に、それを行わない国

があるとする、その国においては、すべての外国法人は、内国法の基準によって法人か否かを判断される結果、そもそも権利能力を有さない存在となってしまう、そのようなことは、実質的な公平や、国際的交通の観点からの合目的性に、およそ矛盾することとなるが、実際にはそのような不合理な帰結を意図する国はなく、従って、外国法人の成立等については、外国法へ実質法的指定をすることが受け入れられているはずである、と述べるのである⁽⁷⁴⁾。そして、外国国家や外国の地方共同体といった外国の政治的組織体について、内国は、それと政治的関係を有する以上、それらが外国法人であることを否定することはできず、制定法に明示的に規定されていなかったとしても、これらの「コラボラツィオン」については外国法への実質法的指定をしていることとなり、この点から、その他の外国法人についても、そうしていると解釈することができる。そして、確かに、このような解釈は、内国制定法が、外国法人の承認について一定の特別な要件を設けている場合には、限定されることとなるが、そのような矛盾する規定がない限り、内国法は、外国法人の存在について、その本拠地に妥当する法によるとしていることが、一般的に推測されることとするのである⁽⁷⁵⁾。

ただし、Zitelmann は、「法人」に関する個々のすべての法的問題について、実質法的指定規範によって属人法が指定されるわけではないし、実際に、指定されていないと、分析していた。特に、効果法上、公の利益の観点から法人に対して規律を行っている場合には、属人法を指定するとしても、当該効果法上の規定も、適用されるのであり、実際に、そのような規定は存在すると考えていた。例えば、法人の権利能力について、自然人よりもそれを制限している場合、そのような制限は、常に、制限する規範を設定した国家の公的利益の観点からのものであり、それゆえ、属人法への指定は不可能であるし、明らかに制定法に規定されている場合でなければ、属人法への指定を推定することもできないとしている⁽⁷⁶⁾。また、どの自然人が法人の組織として法人の行為を行うのか、さらには、その組織的行為の範囲はいかなるものか、といった法人の行為能力の問題についても、問題となっている権利の効果法が、一次的には、準拠法となり、法人の「規則 (Verfassung)」に規定された行為能力を、効果法が変更・

補充することとなるとする。しかし、行為能力についても、特に、権利能力の点について当該効果法が法人の属人法を指定している場合には、確実に、属人法を指定するとしている⁽⁷⁷⁾。ただし、同時に、効果法上の規定についても、特に、公の利益のために法人に制限を与えている規定については、一般的に、外国法人に対しても、適用されるとする⁽⁷⁸⁾。このように、Zitelmann は、法人に関するすべての問題について実質法的指定によって属人法が適用されるわけではないし、むしろ、効果法によって規律することとなる問題があることを、明確に、認めていたところではある。しかし、効果法上の公の利益に関する規定が規律する問題以外の点については、属人法への実質法的指定が合理的であり、それによって、国際的な私法交通が円滑化されると考えていたことは、確かである。したがって、法人に関する準拠法決定について、「効果法による」とする一般的な規律に対して、「一定の問題について属人法による」とする特別的な規律が成立する可能性は、肯定していたものと考えられるし、実際上の便宜の観点から、成立すべきであるという考えを、彼の理論は内包していたと考えられる。

このように、Zitelmann が構想した法人に関する準拠法決定、特に、法人に対して属人法が適用されるとする構成は、相続に関する法律問題の準拠法決定と、同様であるということが出来る。法人の存在等について、元来、一般的な超国家的国際私法によれば、法人が関係する権利又は義務の効果法によることとなるが、属人法によって決定することが、国際的な交通の円滑、国際的法共同体の保持のために、実際上必要であり、利益となるという点から、一般的に、その本拠地法による実質法的指定規範が存在するはずである、と思考するのである。そして、彼の記述から一步進めて考えると、この実質法的指定規範が普遍化することによって、法人に関する問題について従属法による実質法的指定規範は、法人に関する問題について効果法による一般法たる超国家的国際私法規範に対して特別法たる超国家的国際私法規範となるのであり、その結果、超国家的国際私法は重層化することとなる。そして、このように彼の理論を一步進めて理解することは、Zitelmann が、この実質法的指定規範について、国際的にも一般的な、普遍的必要性に基礎づけられるもので

あるため、多くの国々が採用している又は採用するはずであると、考えていたことから正当化されると考えられる。

以上によって、Zitelmannの国際私法理論の重層的な解釈の正当性が、法人に関する準拠法決定との関係においても、例証されたこととなると考えられる。

(3) 法人論と準拠法決定の関係

このように国際私法理論が重層的となるのは、Zitelmannが、権利の概念を基礎として、その体系的な国際私法理論を構築するからであると考えられる⁽⁷⁹⁾。権利について一定の法秩序が国家支配権を及ぼすと考える場合、当然に、当該権利に関するあらゆる事項について、すなわち、権利の主体に関する問題、権利の客体に関する問題、権利の内容に関する問題のすべては、当該法秩序が排他的に規律することとなる。仮に、当該権利に関する一定の法問題群について他の法秩序の法を適用することが妥当であり、それを適用しようとする場合、当然に、当該法問題群について他の法秩序を適用することを命ずる法が必要となる。そして、このような規範として想定される第一のものが、権利を支配する法秩序の内部の実質法的指定規範であり、この時点で、法的問題群に対して直接規範として適用される法規範を決定するという意味における準拠法決定の構造は、重層的なものとなる。そして、当該実質法的指定規範が普遍化することで、特別法たる超国家的国際私法となるとすれば、当然に、超国家的国際私法自体、重層的なものとなるのである。

このように主観法又は権利の概念を基礎として国際私法理論体系を構築する思考⁽⁸⁰⁾は、彼の法人論において、権利の概念を基点とし、そこから体系的思考によっていわゆる「法人」の本質を明らかにした思考と、軌を一にするものである。いわゆる「法人」について、Zitelmannの思考からすれば、権利主体としては、何ら自然人と変わらず、ただし、意思が「肉体を持たない」ために発生する特別の問題を規律する法問題群が存在するのであり、それによって1つの法制度が構築されていると説明されるのである。つまり、彼の思考においては、個々の法制度は、権利の概念を頂点とする体系の内部に位置づけられることとなり、その意味において、権利の概念に対して副次的又は派生的なもの

考えられることとなる。

このように権利の概念を頂点とした体系の内部に実質法上の法制度を位置づける思考からすれば、Zitelmann が、一般法たる超国家的国際私法について、権利の概念を基礎として、権利の準拠法のみを決定することで完全な国際私法規範となると考えていたことも、合理的に説明されることとなる。権利の準拠法さえ決定すれば、その他の法制度上の問題は権利の概念の内部に位置づけられるため、当然に、権利の準拠法によって規律されることとなる。そのため、あらゆる権利の準拠法を決定する国際私法規範のみ明らかにすることで、あらゆる法的問題について、それを規律する準拠法を決定することができるようになるのである。逆に、権利の概念を頂点とする体系の内部に位置づけられた実質法上の法制度は、副次的又は派生的であるため、論理必然的に、普遍的な概念として登場するものではなく、一般法たる超国家的国際私法の中に取り入れることは不可能となるのである。「法人」などの法制度の概念は、これらの法制度を形成する法規範が、普遍的な理由に基づき権利を支配する国家法秩序とは異なる法秩序の法によって統一的に規律されるべきであり、実際に、そのような規律を認める超国家的国際私法規範が成立した場合に、初めて、国際私法理論の内部に登場することとなる。その意味で、二次的・副次的にのみ、超国家的国際私法規範の内部に、登場することとなるのである。

これらの分析からすると、Zitelmann の国際私法理論の基礎には、明確に、彼の権利の概念を頂点とする体系的な法理論が存在すると考えられるのである。そのような法理論を基礎とするからこそ、国際私法理論も権利概念を基礎とするものとなる。また、実質法上の各法制度について、権利の概念を頂点とする体系の内部に、副次的なものとして位置づけるからこそ、いわゆる「法人」などの法制度を包括的に規律する国際私法規範も副次的なものとなり、その結果、超国家的国際私法は重層的な規範構造を持つと理解する方が、彼の理論の理解として、合理的となるのである。

(4) 小 括

以上のように、法人に関する準拠法選択からも、彼の国際私法理論を重層的

に解釈すべきことの合理性が、例証されることとなるのである。また、実質法上の法人論に関する思考と関連づけて理解することによって、重層的な国際私法理論の基礎に、Zitelmannの権利の概念を頂点とする体系的な法理論があるということも、明らかになるのである⁽⁸¹⁾。

4 国家と「法人」論

(1) 「法人」としての国家

国家は、Zitelmannが構想する超国家的国際私法の最も基礎的な要素である。超国家的国際私法においては、国家法秩序の併存を前提として、各国の主権の範囲を抵触がないように配分するのである⁽⁸²⁾。しかし、彼の『国際私法』の記述においては、このような国家法秩序の併存という法的な事実を前提として、むしろ、各国の主権の範囲の実証的な認識に、主眼が置かれていた⁽⁸³⁾。そのため、国家という要素自体についてのZitelmannの思考は、『国際私法』の記述のみからは、明らかとならない。そのため、超国家的国際私法の構想に当たって、国家法秩序の並存を前提としたことの理論的根拠は、必ずしも、明らかでない。しかし、彼の国際私法理論の全体構想を明らかにするためには、この点の解明が必要であろう。

そして、この点に関するZitelmannの思考を解明しようとする場合、彼の「法人」論における国家の分析を参照することが有益であると考えられる。なぜならば、Zitelmannは「法人」論において、「コルポラツィオン」の1つとして国家を想定し⁽⁸⁴⁾、そして、国家が、決して擬制の存在ではなく、現実の意思に基礎づけられた実在的存在であるということを論じているが、その際に、国家という「コルポラツィオン」の実在、特に、その理論的構成・形成原理について、分析を進めているからである。そこで、ここでは、まず、彼の「法人」論の観点からの国家の分析についての検討を行い、その分析を基礎として、彼の国際私法理論における国家の意義を検討することとする。

(2) 国家形成の必然性

「法人」論において、Zitelmannは、国家を、「コルポラツィオン」の中の

1つとして、掲げる。そして、先にも述べたとおり、「コルポラツィオン」は、構成員の意思が、共通の目的を有し、それが一定の結合力によって統一された場合に現実化するものであるため、国家についても、構成員に共通の目的は何か、そして、構成員の意思を統一化する結合力は何かが問題となる。

まず、構成員の意思を統一化する結合力に関し、Zitelmann は、国家を、構成員の意思が「自然習俗的統一結合力 (ein natürlich-sittliches Einungsband)」⁽⁸⁵⁾によって結合されたものとする。彼によれば⁽⁸⁶⁾、国家は、血統・言語・習俗に関する純粹に人的な同系性を自然習俗的基礎として形成されたものであり、このような人的な結合は、「共同居住 (Zusammenwohnen)」によって、初めて、具現化する。そして、このような自然習俗的基礎に基づく結合について、Zitelmann は、「一般意思又は形而上の意思が現実化したもの」であるとする。すなわち、このような結合力の理論的根拠は形而上の意思であり、その存在について、演繹的に理論的根拠から確認することはできず、なぜそれが存在するかは明らかとすることはできないが、しかし、結合が存在する以上、帰納的に、形而上の意思が存在すること自体は確かであり⁽⁸⁷⁾、国家において、構成員の意思が統一化され、構成員の個々人の意思とは独立的な国家の意思が存在していることは確かであると思考するのである。

次に、構成員に共通の目的に関し、Zitelmann は、「国家については、それが習俗的目的を実現しようとするのであり、決して、単なる功利的目的を実現しようとするものではなく、さらに、それが共同体のすべての習俗的目的を実現しようとするものであるということが、その概念から派生する特殊性として、登場するのである。それゆえ、Hegel が、それを習俗的理念の実現と呼ぶのは、きわめて正当なことである。」⁽⁸⁸⁾と記述する。すなわち、習俗的目的又は習俗的理念を実現するという目的を達成しようとする構成員の共通の意思が存在するのである。また、Zitelmann は、このような習俗的目的については、実現すべきでない習俗的目的というものはありません、常に実現されるべきものであり⁽⁸⁹⁾、そのような目的のすべてを扱う存在が国家であるため、「国家は必然的なものである。」とするのである。ただし、この習俗的理念或いは習俗的目的が具体的に何かは、明らかとされない。この点、Zitelmann は、国家形成の必然性

から、国家の構成員たる国民が、習俗的理念の実現という目的を意識する必要はないし、意識しなくても、国家は、当然に形成されるものであるとする。そして、「国家の真の目的は何か、国家自体、そもそも何なのか、又はその理念（なぜなら、国家は、確かに、その理念の具現形態なのだから）は本当のところ何なのか、これらの点について、人間は、数千年の長きに渡る長期の思考作業によって、徐々に、認識するのである。」⁽⁹⁰⁾とするのである。

以上の点から、仮に、国家の構成員たる国民に意識がされていないとしても、国民の習俗的目的を実現しようとする共通の意思が存在し、それらが、国家の自然習俗的基礎を形成する一般意思若しくは形而上の意思として、統一体を形成しているのであり、したがって、国家という「法人」は、決して擬制のものではなく、現実に存在するものであると結論づけるのである⁽⁹¹⁾。

(3) 国家という人的統一体の位置づけ

以上の Zitelmann の国家に関する分析を検討する場合、Zitelmann は、国家という「コルポラツィオン」について、人間が形成する最も基礎的な人的統一体であるにとらえていたと考えられる。

この点の根拠は、Zitelmann が論ずる国家の目的との関係から、明らかとなる。Zitelmann の思考における国家の目的である習俗的理念の実現について、その内容は不分明であるが、彼が「人間の真の利益は、当該理念の発展と一致する」⁽⁹²⁾としていることから、人間の最も根源的な利益に合致するものであるということは確かである。そして、このように国家の目的が人間にとって最も基礎的な目的であるということは、以下のように、国家という人的統一体が人間にとって最も基礎的な人的統一体であることを意味すると考えられる。すなわち、Zitelmann は、習俗的目的について構成員たる国民が必ずしも意識する必要がないことを論ずる際に、対立的に、「ある人的統一体が、特別の目的を達成しようとする場合」には、当該目的が何か、他の目的とどのように概念区別がされるのかを明らかにし、構成員がそれを意識する必要があるとし、例として、「政治的組織 (politische Organisationen)」を掲げ、人間が政治的組織を形成しようとする目的は、国内における権利保護や対外的な安全といった、特別の必要

から発生した一定の特別の目的であるとする⁽⁹³⁾。このような構成員が特別の目的を意識して始めて成立する人的統一体は、目的を意識せずに成立する統一体と理論的な観点から比較した場合、後発的なものであるということができ、後者を基礎として副次的に形成されるものである。逆に、目的が一般的又は基礎的で、構成員がそれを意識せずとも成立する人的統一体は、世界を構成する人的統一体として基礎的なものとなるのである。したがって、構成員が目的を意識せずに成立する人的統一体、すなわち国家は、理論的に、基礎的な人的統一体となるのである。

この点は、Zitelmannが理解する国家の性質という観点からも説明される。国家の性質について、Zitelmannは、すべての習俗的目的のみを追求するのであり、国家に対して制限を付すこととなるいかなる特別の目的も有しないため、理論的に、国家は自立的・主権的な存在であると論じ、更に、国家は、構成する国民のすべての習俗的目的に対する意思を必要とする以上、ある国民が、複数の国家に属することはなく、その点で、排他的な統一体であると論ずる⁽⁹⁴⁾。仮に、国家が他の人的統一体の存在を前提とした副次的な統一体であるとするならば、前提となる人的統一体の拘束を受けることとなるため、主権的と性質付けられることはない。主権的とされる以上、前提となる人的統一体がない、最も基礎的な人的統一体と位置づけられていたと考えられるのである。

なお、国家と同じように、自然習俗的基礎を有する人的統一体として、Zitelmannは、「地方共同体(Gemeinde)」を掲げる⁽⁹⁵⁾。そして、この地方共同体は、国家よりも先行して存在していたものであり、歴史的には、地方共同体の形成が先である⁽⁹⁶⁾。そして、地方共同体は、本源的には、習俗的目的を実現する人的統一体であったとされる。すなわち、地方共同体として、人間の習俗的目的を実現する意思は統一体を形成していたと考えられていたのである。しかし、国家がより高位の権力体として登場することによって、地方共同体は、単に、習俗的目的のみでなく、国家に基礎づけられて功利的ないし利己的な目的をも実現する存在に変容したとされ、この点からすれば、理論的には、地方共同体は国家に対して特別的な、特別の目的を実現するための人的統一体と位置づけられることとなる。これらの議論に鑑みれば、彼の理論において、習俗的目的を

実現する存在が、常に、最も基礎的な人的統一体として、構成員も無意識のうちに発生する必然的な人的統一体と位置づけられていると考えられる。このように、習俗的目的の実現を担う人的統一体は、歴史的には様々である⁽⁹⁷⁾が、Zitelmann は、少なくとも当時においては、習俗的目的の実現を担う国家が、最も基礎的な人的統一体であると考えていたと解されるのである。

以上のように、Zitelmann は、理論的には、国家について、人間にとって最も基礎的な目的である習俗的理念の実現を目的として存在する、最も基礎的な人的統一体であると考えていたと解されるのである。

(4) 国際私法理論における国家の意義

以上の点を前提とすると、Zitelmann が、国際私法理論の構想、とりわけ、超国家的国際私法の構想に当たり、国家を基礎的な要素としたことの意義について、理解を進めることができると考えられる。この点について、『国際私法』における記述では、単に、当時の世界において、国家法秩序体系が構築されていたという一般的に承認された認識が根拠として掲げられていた⁽⁹⁸⁾に過ぎず、それ以上に、理論的意義が検討されていたわけではない。しかし、「法人」論において国家を人間が形成する理論的に最も基礎的な人的統一体と考えていたことからすると、国家という選択は、むしろ、理論的に重要な意義を有すると考えられるところである。

国際私法が扱う問題は並存する法秩序の法の妥当範囲に関する問題であるとされる⁽⁹⁹⁾が、並存する法秩序として、人間にとっての最も基礎的な人的統一体である国家を想定すれば、当然に、そこから導出される超国家的国際私法は、最も理論的に基礎的な国際私法規範として、導出されることとなる。その意味で、国家を基礎的な要素とする Zitelmann の選択は、最も理論的に基礎的な国際私法規範を構築することとなるという意義を有することとなるのである⁽¹⁰⁰⁾。

このように、Zitelmann の「法人」論における記述を基礎とするならば、国際私法理論において、国家を基礎的な要素とする選択は、一般法たる超国家的国際私法が理論的に最も基礎的な国際私法規範として構築されたことを根拠付けることになるのである。そして、このことは、間接的に、彼の国際私法理論

を重層的に理解すべきことを補強する根拠となると考えられる。国際私法規範構造を重層的に理解するためには、必然的に、重層構造の基層を形成する原理的規範が存在しなければならないが、このことは、Zitelmann の一般法たる超国家的国際私法が、その原理的規範として構想されたとする理解を根拠付けることになるからである。

5 結 語

本稿においては、Zitelmann の法理論における法人論と国際私法理論を相関させて分析することによって、Zitelmann の国際私法理論について、重層的に解釈すべきことを、論じてきた。その中で、特に、重要であると考えられる点は、彼が、法理論全体について、権利の概念を基礎として構想していたこと、更には、人間の最も基礎的な人的統一体として、国家を想定していたということである。そして、Zitelmann が記述した超国家的国際私法は、これら2つの要素を最も基礎的な前提として構築されたのであり、だからこそ、理論的に最も一般的な国際私法規範として、構想されたものであると結論づけることができるのである。

そして、このことからすると、Zitelmann の国際私法理論をより深く理解するためには、当然に、彼の「権利」の概念の思考の基礎、彼の「国家」の概念の思考の基礎を、それぞれ、さらに探求する必要があることとなる。特に、後者の点については、法人論において Hegel の国家観を多く参照している点からすれば、その分析を進めることが有益である。我が国における普遍国際私法理論の研究の蓄積を増すためにも、今後、これらの検討による Zitelmann の思考体系を明確化する研究を行わなければならないと考える。

- (1) Zitelmann, Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen (1873).
- (2) 本稿は、拙稿「Zitelmann 国際私法理論の『実証性』(1)～(5・完)」法学協会雑誌 122 巻 3 号 73-128 頁, 10 号 64-116 頁, 11 号 104-160 頁, 123 巻 6 号 1-60 頁, 8 号 99-178 頁における Zitelmann の国際私法理論の分析を前提とするものである。前提となる国際私法理論の分析自体は、これらを参照されたい。なお、以下では、単に「実証性(1)～(5・完)」として、これらの論文を引用することとする。

- (3) 拙稿・実証性(5・完) 100頁以下, 特に, 122頁以下を参照。
- (4) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 96 ff.
- (5) Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. I (1897), S. 35 ff.; その概略については, 拙稿・実証性(3) 132頁以下を参照。なお, 本書について, 本文中では『国際私法』として引用することとする。
- (6) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 116.
- (7) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 9.
- (8) 以下の記述は, 彼の法人擬制説に対する理解 (Zitelmann, a.a.O. (1), S. 14 f.) を基礎として, 再構成したものである。
- (9) なお, 厳密には, Savigny を始めとする権利主体自体を擬制する「人格化理論 (Personificationstheorie)」と, Randa や Böhlau によって主張された「人間の役割の受諾 (Annahme einer Personenrolle)」の理論, すなわち, 権利主体自体を擬制によって創設することはできないため, 擬制によって財産に人間の役割である主体という役割を引き受けさせるとする理論とを, 区別して批判する。しかし, Zitelmann は, いずれの理論についても, 「擬制」の点を共通に批判する (Zitelmann, a.a.O. (1), S. 17 ff., S. 23 f.) のであり, その点で, 以下では, より一般的な擬制理論であると考えられる前者に焦点を当てて, 扱うこととする。
- (10) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 15.
- (11) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 15 f.
- (12) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 17 ff.
- (13) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 18.
- (14) 「立法」に対する Zitelmann の考え方, 特に, 学問的検討との分離については, Zitelmann, a.a.O. (1), S. 3 f.; また, この点については, ローマ法の解釈に関する彼の思考, とりわけ, 後述する「構成」について, ローマ法の解釈に依拠する思考に対する批判的視点 (Zitelmann, a.a.O. (1), S. 4 ff.) も参照されたい。
- (15) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 4.
- (16) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 18.
- (17) なお, Zitelmann は, 擬制という説明自体, 無益とは考えておらず, 学問的検討が未成熟な段階における技術的な説明概念としては, 有益であると思考する。Vgl. Zitelmann, a.a.O. (1), S. 19 ff.
- (18) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 27 ff.
- (19) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 29.
- (20) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 31; なお, Demelius に対しては, Demelius がこのように理解することのさらなる根拠を示していない以上, この批判のみで, 十分であるとす

る。

- ②1 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 30.
- ②2 Windscheid に対しては、特に、彼が代理の構成によって主体のない権利を承認しようとした点について、批判する。Vgl. Zitelmann, a.a.O. (1), S. 32 ff.
- ②3 Jehring に対する批判については、Zitelmann, a.a.O. (1), S. 48 ff.; ただし、Jehring に対しては、理論的批判ではなく、個々の帰結の不当性を指摘するに止まっている。
- ②4 法人論の主たる議論事項が、いわゆる「法人」が権利の主体となることの分析であり、国際私法理論におけるように、権利の存在する個別的な法状態たる主観法の分析 (Vgl. Zitelmann, a.a.O. (5), S. 42 ff.) とは異なるため、主観法という言葉よりも、権利という用語を用いた方が、議論が明確になると思われる。そこで、本稿では、„Recht im subjectiven Sinne“ についても、基本的に、権利の用語を用いることとする。
- ②5 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 62.
- ②6 この点については、Vgl. Zitelmann, Die Möglichkeit eines Weltrechts, Unveränderter Abdruck der 1888 erschienen Abhandlung mit einem Nachwort (1916), S. 9 ff.
- ②7 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 63.
- ②8 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 63; この権利 (ないし主観法) が、客観法によって付与される必要があるとする点は、彼の国際私法理論においても、そのまま、言及されるところである。Vgl. Zitelmann, a.a.O. (5), S. 56 ff.
- ②9 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 64.
- ③0 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 64 f.
- ③1 すべての人に権利能力を付与すべきという考えは、あくまで、倫理の要求であり、権利能力を付与すべきか否かは、個々の実質法が決定する問題であるとする。Zitelmann, a.a.O. (1), S. 66.
- ③2 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 67 f.
- ③3 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 68.
- ③4 「コルポラツィオン」という訳語については、例えば、村上淳一『ドイツ市民法史』(東大出版会, 1985年) 130頁以下を参考にした。
- ③5 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 71.
- ③6 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 72; この点、不分明であっても意思が存在することを前提とする立論であるため、擬制理論が人格を実定法によって擬制すると説明することと、区別することができると思えるものであると、考えられる。
- ③7 Zitelmann, a.a.O. (1), S. 73 ff.

- 38) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 79 ff.
- 39) 例えば, 自然科学については, 人間, 骨や血液等から組成されるが, 統一体としての人間は, それらとは区別された異なる存在であるとする。Zitelmann, a.a.O. (1), S. 81.
- 40) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 87 ff.
- 41) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 92 f.
- 42) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 94.
- 43) „sittlich“ の訳語は, さしあたり, 「習俗的」とした。後述するように, この „sittlich“ の概念は, 国家の目的を説明する際にも用いられるが, そこでは, Zitelmann が, Hegel を引用して用いていることから, 我が国における Hegel 研究 (例えば, G・W・F・ヘーゲル (三浦和男他訳) 『法権利の哲学』 (未知谷, 1991年) 314頁以下, 414頁以下) を参照して, そのように訳したものである。この点については, 注65も参照。
- 44) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 102 ff.; なお, この点における厳格な区別の重要性については, 後述するように Zitelmann が参照したと考えられる Hegel の国家観も参照されたい。Vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821), § 258.
- 45) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 105 ff.
- 46) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 108.
- 47) その結果, 「法人 (Juristische Personen)」 の用語について, 自然人と区別して「法人」を „juristisch“ とすることに批判する。Zitelmann, a.a.O. (1), S. 112 f.
- 48) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 112.
- 49) より詳しくは, 拙稿・実証性(5・完) 100頁以下を参照。
- 50) 拙稿・実証性(5・完) 122頁以下。
- 51) Zitelmann, a.a.O. (5), S. 158 ff.
- 52) Zitelmann, a.a.O. (5), S. 257 ff.
- 53) 相続に関する詳細な重層化の説明については, 拙稿・実証性(5) 114頁以下を参照。
- 54) Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. II (1912), S. 938.
- 55) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 22.
- 56) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 20; 一般的な超国家的国際私法が基礎とする本源的な権利 (Vgl. Zitelmann, a.a.O. (5), S. 48 ff.; 拙稿・実証性(3) 139頁以下も参照。) に対して, 二次的との趣旨である。
- 57) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 938 ff.
- 58) この点, 各国が当該実質法的指定規範を採用し, それが普遍化したとしても, あくまで, 当該規範は実質法的指定規範に過ぎないとも, 言い得る。しかし, 各国が

国内法として採用する実質法的指定規範が、統一化され、統一的な国際法となった場合に、統一体として、新たな性質を持つこと、すなわち超国家的国際私法となることは、彼が法人論で述べた「多数における統一の原則」が、「必然的に、精神的及び物質的生活を支配する根本的法則」(Zitelmann, a.a.O. (1), S. 79) であることからして、認められよう。

- (59) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 937.
- (60) 必要性・合理性を素材として法が形成されることについては, Vgl. Zitelmann, a.a.O. 26, S. 14 f.
- (61) Vgl. Zitelmann, a.a.O. 26, S. 7 f.
- (62) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 111.
- (63) この点に関し, いわゆる設立準拠法主義に対する言及はない。Vgl. Zitelmann, a.a.O. 54, S. 111.
- (64) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 111.
- (65) „Wirkungsstatut“ の概念については, Vgl. Zitelmann, a.a.O. (5), S. 125; また, 拙稿・実証性(4) 51 頁注(11)も参照されたい。
- (66) Zitelmann, a.a.O. (5), S. 133 ff.
- (67) Zitelmann, a.a.O. (5), S. 126.
- (68) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 113.
- (69) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 114.
- (70) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 114.
- (71) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 112; なお, 効果法によって規律されることとなるため, 逆に, 法人が権利の客体となる場合, すなわち, 法人が債務を負うような場合には, 彼の超国家的国際私法によれば, 債務の準拠法が債務者の属人法によって規律されるため, 当然に, 属人法によることとなる。また, 法人の有する財産に対する権利についても, 法人の総括財産を規律する準拠法が属人法となるため, 属人法によって規律されることとなる。また, 法人の内部関係についても, 法人の「規則 (Satzung)」が属人法によって規律されることから, 属人法によるとする。なお, 法人の構成員に対する法人の権利については, 本来, 構成員の属人法が準拠法となるが, しかし, 有効に構成員となったことで, 当然に, 各構成員は「規則」に服するのであり, その結果, 実際上は, 「規則」及びそれを規律する法人の属人法によって規律されることとなるとする。以上の点については, Vgl. Zitelmann, a.a.O. 54, S. 129.
- (72) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 114 f.
- (73) Zitelmann, a.a.O. 54, S. 115.

- (74) Zitelmann, a.a.O. 64, S. 116.
- (75) 以上について, Zitelmann, a.a.O. 64, S. 115 ff.
- (76) Zitelmann, a.a.O. 64, S. 121 f.
- (77) Zitelmann, a.a.O. 64, S. 127; ただし, 法人の不法行為能力の点については, 不法行為地は, 法人の組織が実際に行為を行った場所であり, その地の法によって規律されるとする。なお, 前提として, ある自然人が法人の組織として行為を行ったのか否かの点については, 属人法によるとする。Vgl. Zitelmann, a.a.O. 64, S. 128 f.
- (78) Zitelmann, a.a.O. 64, S. 127 f.
- (79) Zitelmann, a.a.O. (5), S. 35 ff.
- (80) Zitelmann の国際私法についての記述において, 主観法概念から議論を展開することの理由としては, 法律紛争が, 実際には, 常に, 権利又は主観法の存否に関する争いである点が掲げられる。Vgl. Zitelmann, a.a.O. (5), S. 36.
- (81) なお, この点は, 彼の法理論, さらに国際私法理論の妥当範囲とも関連する。権利を基礎として法理論及び国際私法理論を構築する以上, 当該権利概念が妥当する範囲において, 彼の法理論・国際私法理論も妥当することとなる。そして, 彼の思考からすればそのような権利の概念を認めることはおよそ各法秩序に共通の普遍的なことであるため, 自らの理論が普遍的であると認めるのである。Vgl. Zitelmann, a.a.O. (5), S. 43.
- (82) Zitelmann, a.a.O. (5), S. 66 ff.
- (83) Zitelmann, a.a.O. (5), S. 82 ff.
- (84) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 96 ff.
- (85) この „sittlich“ の概念について, Zitelmann がいかなる意味で用いていたかについては, 解釈を要する点であると考えられる。さしあたり, 我が国における Hegel 研究を参照して, 「習俗的」と翻訳したが, この選択は, 2つの点に基づくものでもある。まず, 「自然習俗的統一体」に対置される概念は「意識的統一体 (Gewillkürte Einheiten)」であるため, „sittlich“ の概念についても, 個人がその意思によって意識的に形成するわけではない, その意味での形成の必然性を内包するものである必要がある。次に, 「自然 (natürlich)」と並列される点から, „sittlich“ の概念は, 自然科学的な必然性ではなく, 社会的な形成の必然性を表すと推察される。これらの点から, 「社会的に必然的に発生する」という意味を込めて, 「習俗的」と表現したものである。実際, 後述するように, Zitelmann は, 「習俗的目的」の具体的内容は, 学問研究の成果として意識されるようになる点に鑑みても, „sittlich“ の概念には, 「倫理」のような一定の内容を想起させる訳語よりも, 「社会的に必然的に発生する」という性質のみを表現し, 具体的な内容に踏み込むことのない

い「習俗的」といった訳語をあてることが、適切であろう。

- 86) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 97.
- 87) このような形での帰納法による説明は、Zitelmannの慣習法論においても、登場するところである。Vgl. Zitelmann, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 66 (1883), S. 458 ff.
- 88) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 98.
- 89) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 99.
- 90) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 99.
- 91) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 99 f.
- 92) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 98.
- 93) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 99.
- 94) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 100.
- 95) Zitelmann, a.a.O. (1), S. 105 ff.
- 96) 時間的な先後関係と、理論的な先後関係（いずれがより基礎的なものか）が区別されることについては、Vgl. Zitelmann, a.a.O. (5), S. 56 ff.
- 97) Zitelmannの当時における地方共同体がかつては最も基礎的な人的統一体であったのであり、その意味で、習俗的目的の実現を担う人的統一体の実態は、このように様々であるということが出来るが、仮に、「国家」を「すべての習俗的目的の実現を担う人的統一体」と概念定義するならば、常に、「国家」が最も基礎的な人的統一体となる。そして、Zitelmannの国際私法理論が時間的にも普遍的であるとする考え方からは、このように「国家」概念をとらえる方が、理論の普遍性が明瞭となり、適切であると思われる。ただし、この点は、Zitelmannの「国家」概念の射程の問題であり、後述するように、Hegelの議論等を参照してのより慎重な検討が必要と考えられる。
- 98) Zitelmann, a.a.O. (5), S. 66 ff.
- 99) Zitelmann, *Geltungsbereich und Anwendungsnormen; im Festgabe der Bonner juristischen Fakultät für Karl Bergbohm zum 70. Geburtstag* (1919), S. 207 ff.
- 100) 拙稿・実証性(5・完)134頁以下も参照。