

「協同労働の協同組合」 における固有権 (2)

島村 博 (協同総合研究所)

第一章 現代社団法論の前史

まさしく教会法にとって法人概念がいわば枢軸を為すという事情は、カノン法学が全面開花するやいなや、カノン法学をして何よりもまず法人論の検討を推奨せずにはおこななかった。実際にカノン法学者はこの学説において早い時期から決定的な影響力を保持していたし、13世紀には法人論の引き続き形成においてまさしくリーダーシップを発揮し、法人論に何百年も教会精神の刻印を刻んだほどである。

現に、あらゆる時代の教会の文献で法人概念が取り扱われている。そこでは何はさておき、後期ローマ法の概念が継承され、かつ、むろんほぼ見えざる実在において何百年も封印され続けてきた。

Otto Gierke, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Bd. III, *Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin 1881, S. 243f.

序章において、協同組合法人は、社団性と組合性との複合物であるとの仮説を述べた。複合的とは、双方の要素が対立・区別の相におかれつつも特殊な原理で接合され、かつ、

統一されるということを予定する。互いに対立しあう双方の要素が雑然と並列され、又はくっきりとした断裂線を挟んで無造作に束ねられる、ということではない。

しかし、複合的組合員制度がその実質的構成において多元的であるというように、協同組合法人が組織設計原理において対立しあう要素の多元的構成の仕組みをとる、と言うのではない。ここでは、社団性と組合性とを同時に含みつつ、それ独自の原理によって双方が構造として統一されることが肝要であるからだ。しかし、その回答は未だない。

ところで、協同組合法人を含め近代的法人・論が成立するまでに人類は決して短くはない歴史をその前史として有する。とくに、近代的法人制度は、聖俗の間における地上の支配権をめぐる闘争と密接不可分に結合し、カノンカノン制度の頂点に立つローマ教皇、インノケンティウスIV世(在位1243-54年)により下された教令に濫觴する。教令の布告に先立って紀元第11世紀及び第12世紀に教皇及び教会の権威・権力と神聖ローマ・ドイツ帝国の権力(黒と赤)の間における地上の支配権をめぐる闘争は頂点に達していた。それは、わけても立法権の帰属、聖職者叙任権を

中心とする闘争に正統性を与えようとするカノン(教会)法学対ローマ法思想の間の闘争として知られる。この闘争は、しかし、天上の王国、地上の王国、聖俗の社会団体の理性的編成をめぐる闘争として、叙任権闘争において終息する性格のものではなく、それ以降も、欧州の国家・社会思想史にその名を止めるすべての論者が当該の制度に直接、間接に論及してゆくことになる。

団体の法的把握は遠く古典古代つまりギリシア、ローマに遡る。古典期ローマ法の傑出した注釈書として知られるガーイウス『法学提要』において、既に前稿の注10で引用したように、既に比較的まとまったsocietas(ソキエタース:組合、団体)に関する記述が見られることが世に知られている。また、法人の本質論争として知られる19世紀ドイツにおける傑出した論者たちは、一様に、紀元第二世紀を開花期とする古典期ローマ法の専門家でもあり、ほぼ2,000年にわたる法人、社団、組合をめぐる歴史的資料との格闘を通じて彼らなりの新機軸を打ち出していった。

擬制説論者として知られるサヴィニー F.C.von Savigny¹、目的財産説論者ブリント A.Brinz²、否認論者イエーリンク R.von Jhering³、これらはすべて古典期ローマ法の注釈書、ユスティニアヌス法典及び注釈学派の文献にその所説の論拠を求めた。ところが實在説論者ギールケ O.von Gierke は彼らとは趣を異にする。

すなわち、彼は、ギリシア時代より第19世紀初頭までの国家・社団論の展開を、近・現代における団体法に対し思想的、制度的、法律的素材を提供したかぎりで全欧州的スケールにおいて跡づけつつその主張、實在説を提

出したからである。換言すれば、ギールケは實在説をローマ法という歴史的な典拠に根拠を据えて展開したわけではない。また、實在説を支持し、豊かにする素材を歴史に求めるという発想にも立たなかった。このような意味で彼の歴史研究は、「共同労働としての戦闘」(マルクス『資本制生産に先行する諸形態』岩波文庫、11頁以下)を基軸として編成されたゲルマン共同体・ゲノッセンシャフトに対する一定のスタンスが際立つとはいえ、政治学、法律学はもとより思想史、社会史の分野においても貴重な遺産として意義づけられる。

ギールケの言う Genossenschaft は、本来は、協同組合という第19世紀に濫觴する法的・社会的制度に特化されたものではない。彼が言う「集会で明瞭になる全体的統一性」⁴ eine in der Versammlung sichtbar werdende Gesamteinheit という形容句からも明らかなように、仲間の共同統治制度とでもいうべきものである。タキトゥースが『ゲルマーニア』(岩波文庫版を参照されたい)で述べた古代のゲルマン共同体の統治構造を団体として把握した場合の規定である。むろん、彼自身は、我われが日常的に使用する意義で Genossenschaft を捉えていることも言うまでもない⁵。したがって、双方の文献に共通するゲノセンシャフトとい



う術語は、仲間による共同統治の形態として使用されているということになる。

この小稿は、生涯において協同組合について1万頁を越える著作をものにしたオート・フォン・ギールケの『ドイツ団体法論』中の第三巻『古典古代及び中世の国家・社団論』(全878頁)を専ら素材として、2,000年にわたる前史のスケッチを試みるに止まる。とはいえ、かくも長い歴史を瞥見する直接の目的は、1868年に公布された北ドイツ同盟協同組合法、1869年に可決された同・社団法の理論的な遺産・前提を確認することにある。

ドイツ法史における最初の成文協同組合法は1867年のプロイセン協同組合法であり、ここに至って協同組合は初めて法認される。プロイセン議会においても北ドイツ同盟議会においてもローマ法の素養に止まらず、第11世紀のボローニアの法科学校に始まる『市民法大全』の注釈に始まりカノン法学、それを批判した啓蒙思想の遺産も含め、歴史的に重畳する国家・団体思想で武装した論者が激しい論戦を展開する。しかし、こういった事象は、つとに、カノン法学を一面において継承しつつ他面で天上の権威と地上の権力との分裂を克服しようとして、死手(mortua manus:main morte永代寄付により教会に蓄積された財産)に砲火を集中するフランスの革命議会における論議において検出される。ここでは、ローマ帝国以来常識となっていた法人擬制説が開陳される。

その武装の一例をフランス革命期の議会資料からも確認できる。教会財産の没収を正当化するために、Barnaveは国民公会の

席上で1789年10月13日に、「聖職者の掌中にある基金は公共サービスのための寄託物である。それが国民に……公共サービスに支払われるのであれば、公共サービスに責務を負う官職の掌中に国民の負担とされる財貨が寄託される他はないということも明白である。聖職者は国民を通じて存在する。国民(ナスイオン)は聖職者を(必要とあらば)絶滅させることもできよう。それは、ナスイオンは、自己のために充てられ、かつ、与えられていない財貨を聖職者の掌中から剥ぎ取ることができるという原則に基づくものであることは当然である」と。同月23日に、Thouretは、次のように述べている。「人格、つまり、実在の個人と、無形かつ擬制の人格……を為す社団(corps)とを区別する必要がある。個人は法律から独立して存在し……その本性及び固有の能力に由来する権利を有する。……社団は、これとは対照的に、法律を通じてしか存在しない。……社団は、その本性により実在する如何なる権利も有しない。社団は固有の本性すら持つことがないからである。社団はフィクションでしかありえず、法律に気に入られるが如くに社団を創ることができる法律の抽象的観念でしかない。かくして法律は、社団を造成した後でも、社団を廃止することができる。社団全体にかかる決定を関係させる国家が有する権利は、国家が、いつでも、かつ、あらゆる点において絶対的権力を有し、しかも、権力を行使する方法に関してだけでなくその実在に関してもそうであるが故に、曖昧な douteux ものではない」⁶と。

むろん、1860年代のドイツでは、死手をめぐる論争は後景に退いている。にもかかわらず引用したのは、啓蒙主義がその一つの思想的契機にローマ法を宝庫とする歴

史的法意識をそもそも含んでいたということ
 を証すためである。ドイツ議会ではイギリスの功利主義が保守派の一つの武器庫となる。

西欧法制史家には常識に属するが、セビリアの聖イシドールスが法の文言の解釈を論理学に帰属させてこの方、法律学はラテン文法、弁証法、修辞学という三学からなる論理学を習得した者にのみ学ぶことが許された学問であった。このことを想起すると、該議会での論戦は、ほぼ800年にわたり歴史的に蓄積された広義の思想的武器で闘われたものであると言っても過言ではない。したがって、この在庫の一端を確認するということは、それ自体として歴史の再現を余儀なくされる。だが、今は、上記の目的に照らし、かつ、協同組合法人が社团的性格と組合的性格とをある水準でともに満足させるものであるはずであるという想定に照らして必要な限度での再現に止めなければならない。

標記のギールケの著書を資料とするスケッチは、ついで、16世紀半ばまでの国家・社団論及び19世紀初頭までの自然法を題材とする第四巻(全621頁)に引きつがれる。したがって、「現代社団法論の前史」は、ローマ、カノン、啓蒙主義の社団論という三節編成で整理が試みられる。法人に関する論議の多くの側面がそれぞれにおいて随所で割愛される。しかし、現代において法人を論じるに必要なすべてを、ここで試みる略記を締めくくるまでに提出することができるであろう。ギールケの展開も左様なものであるからだ。

ところで、ギールケの標記の研究に政治的・法の上部構造及びその観念的諸形態の存

在拘束的把握の見地つまり素朴な唯物論の立場から、高踏的批判を浴びせた論者(例として福地俊雄、復刻版『法人法の理論』信山社、1998年)は少なくない。しかし、福地にしてもギールケの「ローマ法に対する考察は『ドイツ団体法論』第三巻及び第四巻を通じて明らかであるとおもうが、その分量において膨大なものであっても、古代哲学者の理論・ローマ法曹の学説、ユ法典の法源・注釈学派の理論・教会法学者の教説・レジステン

の諸理論・自然法論等々……総じてきわめて高度な観念的抽象化を経て形成されたところの国家法ないし学説的法の検討に主力が注がれ」(234頁)と言わざるを得ないように、ギールケが生きた時代に流入しているすべての論議を分析するものである。

筆者は欧州の国家・団体の制度史と精神史を貫流する諸概念とその構造の正確な再現と把握を試みる上で『団体法論』は格好の資料と考え、そこで提示される観念的諸形態の豊かさを一望の下に収めておきたい。実定法的にはともかくも理論的には、社団性と組合性との結合に象徴されるように、最も複雑な仕組をとる協同組合を理解するには、すべての道具立てが必要であるからだ。しかし、ギールケの思想、方法をそのままに、彼の衣鉢を継ぐ立場に我われはない。今、直面している



課題は、彼の時代のそれと比較し得ないほど複雑である。

以下、ギールケの著書より引用する場合は、ノートという性格から()に頁数を記すだけに止める。[共同関係にある]といった表記は、訳者である著者が読者による原文の理解のためを図って付した補であり、また、societas という表記法は、 の句が societas を修飾する関係文であることを強調するための筆者の工夫であり、原文にあるわけではない。日本語の語句に下線を施した後外国語を記してある箇所は、当該の外国語に下線部分の訳語を筆者が当てたということを示すものである。太字は訳者が強調のため付した。

第一節 古典期ローマ法における法人

1. 社団と組合

1. ギリシアにおけるその未分化又はその対立の未成立

我われの視線は遠くギリシア世界にまで及ぶが、法人を論じるにあたり、ギリシアまで辿る必要はさしあたりない。

すなわち、「アリストテレスその他のギリシアの哲学者は、国家と団体とを同一の類概念に包含させ、ローマ人は、その哲学で“societas”という言葉と同じく一般的意義で使用した。したがって、一方で、各々のゲマインシャフト(共同団体)において、有機体的契機を仮定する傾向にあり、その結果として団体に結合する多数die verbundene Mehrheit

は全体 Ganz と思われた。他方で、それにもかかわらず、国家との関連で団体人格の概念を発展させず、むしろ、万人に総体として帰属する権利と各人にとくに帰属する権利を区別したので、それだけにますます、どこでも、平生は、**集団と同一とされる数多性**eine kollktiv geeinte Vielheitという観念形態で事足りた。

したがって明らかになることは古典古代の哲学は・・・ケルパーシャフト(社団)と**単純な共同・組合関係の対立をまがりなりにも仄めかすこともしなかった。**

明らかにこういったことに影響を及ぼした事情として、ローマ人によってuniversitasとsocietasとして確定されていたような考え抜かれた区別が実定的なギリシア法には全く知られないままであった、ということが挙げられる。疑いもなく実際に、国家、ゲマインデ(仲間団体)、社団の固有の法主体性が取引及び裁判において取り扱われているが、こういった場合に法人の概念が発展させられたとも見られないし、逆に、単なる組合・共同関係に個人主義の意義での全体の法主体性の欠落ゆえに法人概念が刻印されえたかのように見えるのである」(S.30f.)。

この件から確認されることは、ギリシアにおいて、共通感覚によれば、団体に結合した多数=全体であるが、それとはかかわりなく、集団=数多性として把握された。そこでは「有機体的契機を仮定する傾向」は見られても、有機体であることを示すロジック、つまり、構成員の全体又は集団を構成員そのものが創る個体としての単一性又は統一性において把握する観念、そしてこれを法主体性と

して構成する見方は登場していない⁷。それは、社団と組合との無差別的取り扱いとなって現れている、ということである。

対して、ローマ人には、universitas(ウニヴェルシタース:普遍的なもの)と societas とが区別されていた、のだという。ところで、この区別の不在をギールケは「コルポラティブ(社団的)なものとの組合的 societär なものとの未分化」として把握する。つまり、universitas:societasの関係は、社団対組合として視野に納められている。

2. societas、共同関係の存在の仕方

ローマにおいて認められる societas の構造、性格とは、ではどういったものであったのか?

「ローマ私法は**法的な団体概念を概して発展させることができなかった**。かえってローマ法はそれぞれの私法上の共同関係 Gemeinschaft を[共同関係にある]**多数の諸主体** Mehrheit von Subjekten の権利又は義務に還元するが、その際に常に多数 Mehrheit を外から、その権利又は目的の同一性により結束させられるにすぎず、それに対して主観的全体を決して為すものではない 孤立した諸個人の総計として把握する。(S.39.) こうしてローマ法は、ローマ的共同関係を それぞれの関与者が各人のために分離された領域の内部で純粋に個人的に権限を有し、又は義務を負い続ける、という点で異種の形態が一致する **共有関係** communio の外に連れ出すことがなかった。あらゆる団体の設立は、ところが、純粋の債務的で、対外的には取る

に足りない契約関係として、他の諾成契約 Konsensualvertrag と同様に法的向自性を人格に僅かしか及ぼすことがない societas の形態で汲みつくされた」(S.40.)。

「法的な団体概念をローマは発展させることがなかった」という。団体は「他の諾成契約と同様に法的向自性を人格に僅かしか及ぼすことがない societas の形態で汲みつくされた」のだという。ギールケはヘーゲル弁証法での語法に依拠して「法的向自性」 das rechtliche Fürsichsein の存在如何という視角から societas の意味を問う。ここでいう「法的向自性」とは、一面では、団体自身が団体構成員の法主体性と区別される独立の法主体として登場し、他面では団体構成員が団体の機関を通じて自己の法主体性を実現するというを示すものである。これは、法人を設立する行為を組合において契約と見、社団において合同行為と見立てる、法的ではあるが皮相な見方と通じるものはない。因みに、ギールケの団体存在論は、(有 無)成において存在というものの最初の概念を構築するヘーゲルの哲学(『小論理学』を参照のこと)に負うところが大きい。コルポラツィオンは構成員の即自的法主体性そのものの否定(社団)として意味づけられる⁸。



彼は、組合を創設する契約は、意思の合致においてのみ契約の効力を発揮させるという以上の意義を持つものではない諾成契約と、その機能において相違がない、との判断を提示したことになる。

よって、諸個人は結束しても、結束は、この形態においては「孤立した諸個人の総計」としての「多数」Mehrheitとしてしか登場しない。個々の主体の「総計」は、「総計」それ自身として表現されることがない。つまり、個々の主体性とそれを否定する団体そのものとの緊張がここには存しない、ということになる。この意義では、societasにおいて統一性は検出されえず、それ故に、そのものが統一体とみなされることはない。

因みに、ここでの「多数」は、契約に媒介されたものとして、単なる事実としての多数つまり群集と区別されるに止まる。

3. 社団概念は私法にとって無縁

ハンガリーの経済法学者、シャルクジー・タマーシュは「多数説によれば、societasは、最後に至るまで、共同所有者(tulajdonostársak:Mitinhaber,Miteigentümer)内部の債権関係に止ま⁹った、と最近の著書で述べるが、その根拠にギールケの以下の件が念頭に置かれていると思われる。

「ローマ法にとっては、まずもって、人の多数が、結束の度ごとの多数 so und so verbundene Mehrheitとして、「共同関係 Gemeinschaft」として「合手のための zur gesammten Hand」共同関係として、「組合 Gesellschaft」として、集团的統一のためだけ

に結束された「全体 Gesamtheit」として、権利を与えられ又は義務を課せられうる との観念はまったく無縁なことであった。ローマ法は、ゲルマン法でいう連帯権利 Gesamtberechtigung、連帯責任 Gesamtverbindlichkeitについて知ることがない。その人概念の内奥の内容により、主体の結びつきを、主権的個人の支配下におかれる客体的支配領域に移し変えることが余儀なくされる。(S.40.) ……ローマの私法上の共同関係が、やがて何時の日にか、それを超えて、その一体性(Einheit)たるや構成員の総計とは異なる法主体として立ち表れる社団的団体に凝固させられなど、想定だにできない。Communio(共有関係)及びsocietasは……その発展が諸個人から新たな人格を切り離すことにつながりうるような胚珠では決してない。……ローマ法は、故に、私法に根拠を有するいかなる結合にも固有の法的本性を帰属させなかったのだ。ローマ法は私法上のケルパーシャフトを知らず、知ることもできなかった」(S.41f.)と。

ここからは、三つのことが確認できる。第一に、ローマは、「人の多数」という事実を知るにしても、「主体の結びつきを、主権的個人の支配下におかれる客体的支配領域に移し変える」という指摘に明らかなように、それを人 人の関係に即してではなく多数の人物関係における人 人の関係(例 consortium 相続財産共有制)として処理し、団体としての存在性を対象化せず、第二に、こうした「人の多数」を集团的統一のためだけに結束された「全体」と為し、全体であるその団体が権利を与えられ、又は義務を課せ

られうるとの観念を欠き、されば、第三に、団体そのものの一つである *societas* が発展しその構成員とは別途の人格を有する団体観念に到達することもなかった、ということである。

留意すべきは、第一の点において、ギールケは「人の多数」の実際のあり方に即した形態的区分にローマ人は頓着しなかった、と言うに止めている。「として」で表現された種々の共同所有関係の構造に立ち入ることを課題としなかった。

第二の点は、人 人の関係を入れ子にして団体 他者関係を発想し、そこにおける団体 人関係という次元で団体を人格として把握する着想がなかった、ということである。これなしには、しかし、団体を法的に把握する視角が成立しない。この点で、F. ヴィアッカーが「ケルパーシャフトは超個人的な(社会的、文化的、宗教的、公共経済的、本来の公共的)目的に従事し、その目的はその社員の個人的諸目的から区別され得、かつ、個人的諸目的と衝突しうる」¹⁰ という点に組合との区別を見る見方に通底する。

第三の点は、組合の発展形態が社団となることはない、社団は組合の発展形式ではない、ということであるが、この評価は問題点として残しておきたい。この問題と、「私法上のケルパーシャフト」を知らなかった、ということは別の次元の問題である。

4. *jus publicum* における唯一の法主体：国家

ローマで成立を見た *societas* そのものは、したがって、法主体とは考えられない。構成

員そのものが法主体であり続けるからである。

すなわち「ローマ人の *jus publicum* は、厳格な意義で、唯一の法主体を知るのみであった。ローマ国家を、である。ローマ国家はすべての人格を包含し限界づける団体全体 *Verbandsganze* として登場するものの、それ自体は決して人として特徴づけられず、又は考えられなかった。

原初のローマの表象様式にすれば、主体である当該の国家はローマ人民総体 *populus Romanus* と符合するものであった」(S.43.)との判断と評価が成立する。

しかし、ギールケは「このようにして到達した段階をローマ人の意識は越えることはない。統一体(Einheit)として把握される人民全体(Volksgesamtheit)は、ローマ人の意識にしてみれば、法主体である国家と同視され続ける。国家は、その全体性(Totalität)において生きた有機体(lebendiger Organismus)であり国家という主観的統一体(subjective Einheit)にとって市民の集会だけが最高の機関を形作る、という考えはローマ法には表れてこないのである。それ故に、とくに国家という団体全体のための活動に平生は適任である各種の要素に関しても、有機体の概念が発展させ



られ得なかった」(S.48.)とも言う。

ここでは、第一に、ローマ国家は、すべての人格を包含し限界づける団体全体であり、そのものとして*jus publicum*において *jus privatum*においては市民が法主体である唯一の法主体であるが、第二に、人民全体が統一体と看做された、かつ、人民全体が国家と国家と同一視され、第三に、翻って法主体である国家に着目すれば国家を有機的存在として把握し、その最高の存在を集会という機関に見出す、という見方に行き着かなかった、ということが述べられている。

ローマ人は、構成員の(算術的)全体をもって団体又は統一体と見る発想に立ったが、それ自体を「人」として考え、さらには団体を有機体的機構として考える見方到達できなかった、という。

ギールケのレジュメでは「統一体として措定される全体と主体たる国家との同一視を超えないローマ人の法意識」とある。このレジュメにもかかわらず、統一体を「人」として考えることができなかった所に実は要点がある。すなわち、統一体である全体=主体たる国家という把握が問題であるとの見方は混乱したものである。

全体を主体として把握するかぎり、かかる全体は人間的個体の如く意思し、決断し、行為する者でなければならないからである。しかし、統一体である全体は人間的個体と同一ではない。にもかかわらず、意思し、決断し、行為するには、恰もそれ自体が人格あるものの如く、意思し、行為し、決断する・全体の機関を必要とする。ところが、このように有機的に国家を把握し処理する考え方は

「ローマ法には表れてこないのである」。

「法主体である国家と同視され続ける」という判断は、「国家は、その全体性*Totalität*において生きた有機体*lebendiger Organismus*であり国家という主観的統一体 *subjective Einheit*にとって市民の集会だけが最高の機関を形作る、という考えはローマ法には表れてこないのである」という判断とは、ギールケ自身が何の接続詞も使用していないので、読み方に苦しむところであるが、「同一視」をローマ人の法意識の限界と見て否定的に評価するギールケのレジュメに照らすと、「だから」という順接関係に置かれているはずである。

ところが、個体としての団体性格を組み込んでしか主体性が問い得ないとすれば、論理的には、「同視され続ける」(判断1)が故に表れてこない」(判断2)とすることはできない。本来は、「同視され続ける」にもかかわらず「表れてこない」と論理を展開すべきところを、ギールケは順接関係において双方の判断を結束する。そして前提に置かれた判断1に対し批判的なスタンスをとり、ローマ法の限界として判断2を示す。

かくの如くギールケの判断は強引である。しかし、ここに、実は、団体人 *Verbandsperson* の術語を当てられる社団という独特な被造物を把握するには、意思し行為する生きた個体である人間からのアプローチ、つまり個人主義的な発想ではあまりに狭すぎるという彼の批判¹⁾を読み取って置くことがより重要であろう。

II. 社団の法主体性

5. 統一体としての社団的団体

「すべての人格を包含し限界づける団体全体」であるローマ国家にける法は、団体に関しては私法*jus privatum*上の法主体を知らず、公法*jus publicum*のそれをさしあたり知るだけであった。

「社団的な主体 *ein korporatives Subjekt* のために正整された相対的に親密な団体 *engere Verbände* について問うてみると、それら団体は、すべて、*jus publicum* 又はそれに属する *jus sacrum* (神官法) の産物である(ことがわかる)。最初に公共的統一体 (*publicistische Einheit*) としてローマの国家法によって承認されず、後になって初めて従物 *accessorium* として私法主体性を取得するようなローマの社団 *Korporation* というものは存在しなかった (S.66.)」。

ここで述べられていることは明瞭である。社団はすべて最初から国家によって公法により公認された (*publicistisch*) 団体としてのみ登場した、ということである。「社団」を指すと思われる種々の言葉 *collegium* コルレーギウム、*corpus* コルプス、*corpora* コルポラが存在し、これらの総称として *universitas* という術語が使用されていた。因みに、「時にこれらの表現が区別されるようにみえるとき、それは、単に、個々の社団が、両方の名称を交替に用いないで、もっぱら一つを用いたことに由来するが、どちらの名称を用いたかは、全くの偶然」¹² でしかないという。つま

り、種差に基づいて上記の名称が使用されたわけではないことが判明する。

術語の使用法はともあれ、事実として、国家の認許によってしか成立し得ない社団としての法人制度とは、実に、ここローマに淵源を有するものであることを確認しておきたい。すなわち、東インド会社を例とする近代の株式会社制度の揺籃期に認許制度と社団制度との結合が初めて登場したわけではなく、遠く2000年前に、公法団体としての社団においてそれが見られたということである。

6. 公務の担い手としてのコルレーギウムの概念

前にあげたサヴィニーの著書(229-231頁。以下、『体系』)で *collegium* について触れられているが、それはサヴィニーにあって「市自治体に対立する」団体の呼称ということになっている。ところが、ギールケは、ローマ人民の土地 *praedium populi Romani* という概念での「地方団体 *Gemeinde* がローマの公法にとって国家概念の流出物及び模写として登場するが、同様のことが *collegium* にも妥当する」とする。

「この概念は、元来、公共の官職団 *publicistische Amtsgemeinschaft* の諸関係に由



来する。ここに、官職団の全く相反する二つの形態を発展させるものであって双方にとって当然のこととされ続けたその技術的諸関係の共通の起源が由来する。これら二つの形態の一つは執政官 Magistrat の同僚団 Kollegialität において、(S.77.) 存し、それは、ローマにおいて共和制の導入以来、及び、同様に市制においても支配的であった。ここでは、官職仲間は collegae であるが、collegium を形成することは無いが、又は精々の所で偶然であった。というのは、当該の仲間は全体として推挙されず、それぞれが職権を独立して行使したからである。……太古以来、ことに国家の神官団を管理するために、官職団の第二の形態が存した。そこでは、全体そのものが職権の担当者に任じられた。ここでは当該の全体 Gesamtheit が collegium であり、かかるものとして jus publicum の団体統一体 Verbandseinheit を成した」という。

よって、ここでは、市制と同様に、「こういった公認の publicistisch 統一体は、一方で、その全体的存立 der ganze Bestand においては、国家組織体 Staatskörperの部分が不断に特殊のザインを授けられる**客観的な国家体制の流出物**に過ぎない。他方で、しかし、それは、かように根拠づけられるその特殊な生活圏において、徹底して、国家組織体の正確な似姿として組織された。実に、ローマ人の共同体 Volksgemeinde 自体、その諸部分と同様に、また、元老院として審議を行なう当該共同体の委員会と同様に、collegium に編成される全体は、その統一体において、公共領域の担い手に止まり、建制上のものであって geordnet 多数決で決定を行なう集会において目に見える現象となり、(S.78.) 持続的で、かつ、構成員

の交替にもかかわらず同一の corpus を為した (S.79.) 」とのことである。

引用が少し長くなった。しかし、要点は、1. コルレーギウムは公共の官職団に由来を有し、とくに「全体そのものが職権の担当者に任じられ」る神官団に本来的な名称であり、2. その全体が、ここでも、ローマ人民の総体が統一体と見られたように、統一体と見られるが、ギールケの先の記述(4.)とは異なり、「人民総体」という云わば抽象に代わって「職権の担当者に任じられ」登場する具体的に特定された全体は、「建制上のもの」であって多数決で決定を行なう集会において目に見える現象となり、持続的で、かつ、構成員の交替にもかかわらず同一の corpus を為す」(S.79f.) ものとして把握される。3. とはいえ、それは「公共領域の担い手に止まる」。

すでに、ここ(2)では、アモルフではあるが、社団の規定の一半が指摘されている。

7. 公共的単位としての任意的社団の許可

官職団としてのコルレーギウムが公認のものであることは当然である。だが、任意の社団もローマにおいて知られる。『体系』においても「以前には単に社交的なクラブが、激した時代には(今日においても起こったように)政治的な小党派の中心となり、それどころか今度は、疑いなく、新しいものも、この目的だけのために設立された それによって、やはり同時に、それぞれの度々の禁止により知らされるところが、明らかになる。大きな運動の個々の場合に、公共の広場が、ク

ラブおよび書記団体によって占拠されていた。元老院は、それらに散会するように命じて、この命令にpublicum indicum[公訴訟、刑事訴訟]の威嚇により重みを与えるために、国民に対して提案を出した。そのとき、たいがい、collegiaは廃止された。……以上のことすべてがあらゆる社団の一般的な廃止として理解されたことが、珍しくない。しかし……手工業ギルドを……神官団を禁止することを考えなかった。党派的な、政治的に危険なクラブが念頭に置かれた……」¹³と記されている。だが、社団は概して公認団体の範囲に止まる。任意社団について、以下のように注目すべき件がある。

「各々の許可されたコレギウムは、公共Allgemeinheitという排他的に本源的で主権を有する団体主体から導き出される公認の団体単位Verbandseinheitとして登場するが、このことは逆に、国家によって許可されない社団は一つとして法的には団体実在と看做されることはなかった、ということになる。周知のことであるが、ローマ共和国で**自由に社団を設立する権利** ein freies Vereinsrecht **が存在したのか否か**ということが争われている。確かなことは、認可されない社団は全体として、とにもかくにも、法的な保護を享受することはなかった、ということである」(S.80.)。

ローマにおける自由なアソシエーション設立の権利をめぐるギールケは断然否定的判定を下したことになる。その証拠として「カエサル及びアウグストゥスの社団法(Vereinsgesetzgebung)このかた、各々の社団

は国家の承認を必要とするということは、ローマのjus publicumの明白な原則であった(S.81.)」と付記することを忘れていない。

8. 団体自治の不在

官職団又は認許団体としてのcollegiaという規定に照らしすでに織り込み済みのことであるが、定款自治というものは存在しない。これら団体がローマ国家のgeordnetされた制度つまり建制上の仕組としてその団体生活が存立しえた、という経緯に照らせば縷説に及ばない事柄である。

「**団体の構成員** Genosse 自身により設定される社団の規則(**定款**)は、構成員の客観的な拘束力の源泉として、補充を必要とするに止まる構成的な全体意思が登場する、といった意味でおよそ検認されない。(S.83.f.) 定款は、むしろ、定款は契約法を超越する効力を有するべきものであったので、立法者による定款の裁可により公的体制の構成部分に変換され、かつ、このことを通じ、団体の全体意思を超越するだけではなくそれと関係することもなく、支配の規範として登場した」(S.84.)。



立法者は、届け出られた定款に裁可権限を行使することにより、内部自治規範としてではなく、団体に対する国家の支配規範としての機能を担保した、ということになる。「定款は契約法を超越する効力を有するべきもの」、というのは、社団の規範は組合における「人の多数」の合意=契約に止まらず客観法の役割を担わなければならないという理解に立っての定言判断である。

9. 財産能力を有する corpora 又は団体独自財産という観念の成立

ところが社団の財産は *jus privatum* の適用を早い時期から見ていたようである。

「相対的に親密な団体の財産が私法の適用を受けるといった不可逆的な傾向が遍く普及する。概して団体に自分の財産を帰属させようとするが当該財産に対する特別の *jus publicum* [の適用] を拒むときに、私法の適用を受けることになるのは当然であった。すべての団体財産の公認の (*publicistisch*) 処理は、それが普及させられるようであれば、国家法の領域と同様に十分に財産法において、市町村及び社団のあらゆる固有の権限を二つに切り分けること (*abschneiden et*) になる。個人の共同財産であるに止まらないあらゆる財貨は、そうなれば、国有財産の行政上で独立した単なる構成部分となってしまったであろう。こういった帰結は避けられるべきことであったのだが、さような状態にとどまった。ところが、**ともかくも、*jus publicum* はローマ人にとって、究極的審級においては主権者たる人民の統一的な支配領域**

としてのみ観念され得、かつ、*jus publicum* と *jus privatum* との間の中間的なものというものは存在しなかったので、当該の団体を、その財産領域にかかわっては個人に比肩させ、かつ、こうすることにより *jus privatum* の適用範囲に差し込む以外にはなかった。 こういった進展をローマ人たちは、何よりもまず、(S.90.) 都市共同体に関連して成し遂げえたかに思われる。市制の創設以来、ローマ人たちは、**都市の財産** を *populus Romanus* にも個人 (*singuli*) にも帰属しない排他的かつ統一的な団体財産として処理した。ローマ人たちは、国有財産にその主体の主権故に与えられる特権から当該財産を排除したが、国家に対しても市民に対しても、それは**都市という団体 *universitas* そのものの固有財産であることを証すものであった**(S.91.)。

societas は「合意によって債権債務関係が生じる」一つのケースであり、「当事者は相互に善と衡平にもとづいて相手方に給付しなければならぬものについて相互に債務を負う」のが原則で、「家産を相続する共同相続人関係」¹⁴ において最古の事例を見出せる。ところが、団体に帰属し、「個人の共同財産であるに止まらないあらゆる財貨」は、団体を「その財産領域にかかわっては個人に比肩させ、かつ、こうすることにより *jus privatum* の適用範囲に差し込む」ことによって、団体独自の財産として成立する。その端緒は都市の財産の自立化において見られる。そのものとしては主権より切り離される個人に団体を擬することにより、国有財産に付与された財産特権は、当然にも、ここでは排除される。

10. 訴権の主体としての団体

団体がかかる意義で独自財産の担い手となったということは、その限りにおいて jus publicumからの支配を脱し私法上の独立性を克ちえたということの意味する。それは、訴訟権を行使する権原を取得したことと同義である。

「団体は、(S.93.)それが私法上の独立性を受け取るや否や、かつ、その限りで、裁判所においても私人として処遇されることになり、かくして、原告 actor 又は法律顧問 syndicus により通じ訴えを為し、かつ、防御権を行使し、そのほかに必要な訴訟行為に着手する権限すら、団体のコルポラティブな法主体性の決定的な核心かつ決定的な基準として登場する(S.94.)」。

11. universitas は人であるとの把握の成立

corpora として承認された universitatest が、財産分野において、singuli(単 singulus:個人)として承認されたという事実は重大である。むろん、その権利能力は universitas には、その特殊な性格ゆえに部分的にしか引き渡されず、多くは、その全体においてその制限の加えられた目的を顧みても通常を超えてきり縮められていた、とも言われる。しかし、団体を個人に擬制する考察方法に依拠する限り

「コルポラティブな法主体性が相対性

であるとは言っても、原則として、コルポラティオンの私法主体性を singuli の私法主体性のアナロジーとして把握する上で、障碍とはもはやならない。

これをもって、ローマ法は universitas は人であるという考え方に到達する(S.94.)」。

むろん、「ローマ人が権利能力をもたない奴隷すらも時として人 personae として特徴づけるので、他方においてローマ人が人という言葉そのものによって権利能力を有する存在を特徴づけようとしたにしても、それはなんら法的意義をもたらすものではなかったろう」という有力な指摘もある¹⁵。それはともあれ、ここでは、二つの事柄に留意しておきたい。第一は、ローマにおける人間的個体の権利能力及び保障の制限の枠内で団体が法的に人とされたということであり、第二は、こういった方法はローマ人本来の法的思考の枠組から登場したのではないということである。ローマは、上で、国家の法主体性を論じた折に閑説しておいたところであるが、人概念を発展させることがなかったからである。故に「人概念は、[実定法上での]私法主体性の概念と同義であった」(S.95.)のであり、法主体性を意味づけ、規定し、そうすること



で法主体性に媒介される・実定法に先行する観念、つまり先実定的観念ではなかった。近代における人格概念とその役割を異にする。

III. 社団の法的構造

12. 公共的存在の外被としての私法主体性

「こうして人として認められた団体統一性は……私法の産物では決してない。むしろ、私法はどこにおいても、*jus publicum* から、統一体に制度化された組織(Körper)を受け容れたのだ。ローマ法の法人が、その成立、生活展開及び解散において公法の諸規範により制約され、規定され続けたのは、こういう事情によるのである。そもそも (S.95.) 公認の団体統一性そのものは、公認団体であるとともに、私法においても人の役割を演じるとの見方でこと足りえたにしても、まさしく**ローマのコルポラツィオン理論の形成と完成は、国家による公認というその基盤に対する団体人格(Verbandspersönlichkeit)のまさに原理的な自立化において存したのである(S.95f.)**」

コルポラツィオンつまり社団は財産権の分野で私法主体性を獲得した。しかし、それは、「その成立、生活展開及び解散において公法の諸規範により制約され、規定され続けた」。ギールケは、ローマの社団理論の形成と完成は、団体存立の基礎にある国家による認許からの団体人格の自立化にあると言うが、ローマ国家を前提としたときにこの「自立化」は相対的に解されなければなるまい。

13. 団体人格の自立化の意味

「自立化」として何を想定しているか? 逆を言えば、「自立化」を妨げているものが何であって、どのような妨げとして意味づけられるのか、と問うと、一読したのでは理解できない次のような件にであらう。

「法人の成立は、ある団体を統一的な *corpus*(組合)として措定し、承認する公認の行為 *publicierter Akt* に結びつけられ続けた。だがしかし、かかる団体に対する私法上の能力の授与は、国家の体制的構築 *Konstituierung* の特殊かつ特異な構成部分として立ち表れる。ローマ人にとっては、**アソシーションの政治的形成**からコルポラツィオン[の設立]権を保証することは今日では当たり前であるが、こういった外的区別なぞまったく無縁なことであった。ローマ人は、最近しばしば仮定されている様に、コルポラツィオンの設立に際する国家的関与を純粹に政治的なこととして理解することに乏しかったが、許可された団体の権利能力は、こういった事情とはかかわりなく、一般的法原則より閉め出されたのではあるまいか。むしろ、ローマ法は、コルポラツィオンの**法的存立**を、全体として、公認された *corpus* に、公認の行為により根拠が与えられる特別法においてまさしく存在する程に広く財産能力を授与する **国家の認許行為の流出**と看做した。しかし、コルポラティブな実在のすべては法律行為(一般条項又は勅法)に基づくもので、これらの行為は同時に都市規約 *lex civitatis* 又は団体規約 *lex collegii* を客観法とすることに

影響を及ぼした。かかる行為は、公認の関係において単に「警察的許可」でもなければ、私法的関係において単に「確認」又は「認証」というわけでもなかった。該行為は、徹頭徹尾、形成的なものであり、宣言的なものではなかった」(S.96f.)。

「社団に対する私法上の能力の授与」が「国家の体制的構築の特殊かつ特異な構成部分」であることは第21世紀の今日でも変わりがない。ギールケが拘った「自立化」とは、団体のこういった法認の否定としての「自立化」ではないであろう¹⁶。この意義においてであるならば、「アソシーションの政治的形成からコルポラツィオンの設立権を保証すること」において示される「外的な区別」を述べること自体が無意味となるからである。よって、ここでは、「コルポラツィオンの設立に際する国家的関与を純粋に政治的なこととして理解することに乏しかった」ローマにおける「自立化」とは、団体の設立を許可するという「形成的なものである」認許制度からの離脱として想定されていたと解され得る。前項での指摘とこの項での指摘とは、この意味で重なる。

14. 代理概念の登場と国家による高権的監督との接合

公法の独特な代理関係が私法上の代理と同一の論理で登場したであろうことも、もはや想像に難くない。

「地方都市又はcollegiumにおいて整齊された官僚……による universitas の公認の代

理は財産分野に対する管理・代理権限によって決定的な意義を持ったが、やはり後者との関連で早い時期から**私法上の代理概念が完成**を見る。**公法の独特な代理関係**が、したがって、今や、その本質に照らすと……私法において現れる代理と同一で、かつ、個々の点にかぎって特別法によって拡大される法人に許される**代理の基体**としても登場する。**後見的代理及び委任という範疇**がためらいも見せず適用され、それ自体としては公認の体制の一部が、私法的考察方法のために、ローマ私法の構図にはめ込まれる。

同様に、相対的に親密な団体に対し**公の体制に根ざす国家監督**が、それが、私法上の意思と行為においてコルポラツィオンの代理人の制限をもたらずかぎり、**国家による高権的後見という観点から私法上の概念の基盤に易々と移植されえた**」(S.98.)。

15. 構成員総体の行為 = 個体的意思の代理、及びその帰結としての団体 = 無能力者論

こういった代理権問題と比べると、社員総会の地位及び権限を考察する段になると格別の困難が生じる。何故ならば、「jus publicum



の規定は、相対的に親密な団体の議決について、以下を述べているに過ぎないからである。つまり、国家という公共からまがりなりにも自立した契機たる universitas は、統一的に意思し行為するに相応しく、かつ、己に付託された公の意思の表現となりうる」としか述べていないからである。これは、社員総会における多数決によって法的な有効性を有する全体意思を表明できるとの原則となり、法人の財産問題の処理にとって大きな意義をもつことになる。ところが、他方で

「jus privatumは、固有の意思の領域を特殊で閉じられた制度の内部で自由に使いこなす主体を促進するものである。かくして、動揺が度重なったとはいえ、**公認という見地からは直接に公共の担い手として登場する** **こういった統一的に意思し行為する全体統一体は 私法的見地ではこの統一体の背後に潜む個体的意思の代わりを務めるものであるとの見方が形成されることになる。**この個体的意思 Individualwille は、しかし、実際には、その代理人においてのみ実在し、かつ、それ故に、**それ自体としては、当該代理人によって初めて具体化されうる私法上の行為領域の理念的な中心と考えられるにすぎない。**したがって、ケルパーシャフトは、子供や狂人に類推され、法的に整齊された代理を通じ有効な意思と行為が援けて得させられる・それ自体としては意思能力のない主体であるとの見解が成立してくる」(S.99.)。

この行き着く先は、はっきりしている。「全体として、逆立ちした把握が勝利を手中

にし……universitasの権利が、当該団体に結束する singuliの個体的権利において現れ、ついには個々ばらばらの端切れとなって消滅し、universitasの権利は共同関係の権利とまったく符合する」とするとの見解が勝利を収めるからである(S.100.)。

16. 団体人格 = 外部から添加される付属品

公的体制により統一体として構成された全体は、同時に、コルポラティブな財産の領域の主体であるとする見解が引き続いて支配的であったが、やがてローマの思惟システムの帰結はそれを乗り越えこういった見解を駆逐する。

「jus publicumとjus privatumとの原理的な対立は、公法ににおいて生を受け、そこを故郷とする全体は私法主体性の土台(Substrat)にすぎず、主体そのものではない、という考え方を登場させる。法人の本質は、**universitasはsinguliに法的に等値とされる**ということに起源を有するので、universitasの人格が公認の団体存在の構成部分であれ流出物であれ、**当該人格は、要するに、個体的実在に対し直接的かつ排他的対応関係に立つ**ということは不可能であるように思われた」。

単純に読み込むと、団体は国家による認許によって成立したが、こうして成立した団体には、そのものとしての法主体性は検出されない。何故ならば、団体の法的な人格は個人の人格と同一であると見られるからである。し

たがって、団体の人格は、団体の個体的実在そのものに直接対応するものとして構成されえない、ということになる。そして、個人の人格はと言えば、上で、11で示したように、先実定的觀念ではなく、実定的規定に止まる。

と同時に、「公法は、団体を構成員に対し上位の全体として構成し、かつ、国家のための整齊された分枝として構成する。公法は、**団体を申し分なく共同生活の非人格的定在とする**。」「公法は、団体に対して、団体を占有することによって団体という個体を人格と為すような特質をまさに否定する」からである。「かかる団体が、そのかぎりて自己の構成員を調整し国家から分離されることを目して、**人格すら受け取るべきであるとするならば、かかる人格は外部から添加される付属品としてのみ公認の団体実在に接続されるにすぎない**」。

さらに説明を続けるとこうなる。「さて、universitasの人格が公認の団体基盤に結びつけられる属性Attributionとして私法上で構成されなければならなかったが、**当該の人格**は、団体に結束した**人総体**に内在する統一体として考えられうるものでは決してなかった。蓋し、**私法主体性はすべて、自身のために存在し・あくまで統一的な個体的実在の概念**において組み尽くされたからである。故に、団体に結束した諸個人 singuli が、彼らから区別される全体人格の源泉として表象されることはありえなかった。全体人格においては向自存在であることの否認が認められたであろうから。また、universitasも個々人から構成される全体人格として表象されえ

なかった。universitasには、ローマの人概念にとって本質的な個体的実在というメルクマールが欠けていたであろうから。……**法人は、概して、団体に結束した諸個人に対し外部から更に付け加えられるべき新しい個体(個人)としてのみ考えられえたのである**」(S.102.)。

「当該の人格は、団体に結束した人総体に内在する統一体として考えられうるものでは決してなかった」とは、団体の人格は、団体そのものの人格として考えられなかった、という意味である。これを素直に解せば、ローマには団体制度はあっても、法人制度はなかったという評価も成立する。法人もどきが成立してただけである、とも。

「私法主体性はすべて、自身のために存在し・あくまで統一的な個体的実在の概念において組み尽くされたからである」という表現も、格別に難解なものではない。私法上の主体とは、個人主義的なローマ法の考え方からすれば、自分自身のために行為する統一的な個体的実在つまり人 persona と同義、同質、同一であって、これ以外のものではない、ということである。

「団体に結束した諸個人 singuli が、彼らから区別される全体人格の源泉として表象され



ることはありえなかった。全体人格においては向自存在であることの否認が認められたであろうから」というものも、団体構成員たる諸個人の人格を源とする、諸個人の人格とは別の全体人格というものも想定不能であるというに等しい。全体人格に埋設される個人の人格にはギールケの言う、そしてローマ人が託した *persona* の意味つまり、「向自存在」性が消失するからである。

よって、団体の人格とは、「外部から添加される付属品」として、記号、符牒の類にすぎなくなる。

17. 法人 = 擬制

ギールケは、古典期ローマの社団について、以下の言葉で締めくくる。

公認の存在としては *universitas* は実在的統一体であるが、人ではない。私法主体として *universitas* は人であるが、実在的統一体ではない。真の人とは、人間だけが個体であり、かつ、個体だけが人であるので、人間だけである。 *universitas* は、その実在的土台に照らせばなるほど個体ではないが、人であると共に個体として定立されるときは、そこにおいて、現実には実在しない事実を恰も実在するが如く法により成し遂げられる処理が存する。かくして、とどのつまり、ローマの法律学は、抗し難くも、 *universitas* の人格はフィクション(擬制)である、という想定に追い立てられることになる

確かに、ローマ人らは、こういった考え方を一撃で処理もしていなければ概ね余すところなく明快に定式化してもいないが、こう

いった擬制の本性及び内容に関して理論的に言及したことは言うまでもない。とはいえ、ローマの *コルポラツィオン* 権の全体的構成は、ここでは**実定法により人に非ざるものが人格とされる、という原則**においてその極点に到達した。*コルポラツィオン* の財産領域で本来の主体 (*universitas*) は完全に意思・行為無能力であると想定するので、ローマ人たちは、いずれにしても、(S.103.)この点において代用物を調達するためにフィクションを必要とした。こうして、ローマ人たちはついに最後の一步を踏み出す。実際の必要と法的ロジックの点から同じように強いられたかに思われる最後の一步を、である。私法は主体たる人を請うが現実の人が見出されえなかったので、擬制を介し観念において存在するにすぎない人為的な主体を追及したわけである(S.104.)」。

やがてローマ法は、ディゲスタともパンデクタクエとも称される学説彙纂を含むユスティニアヌス法典に集成されるが、そこからは小稿が目的とする範囲で収集すべき情報はない。

ギールケの言葉で事情を説明しておきたい。

「学的な *コルポラツィオン* 理論は、中世の法律学によるユスティニアヌス法典の学問的論述を嚆矢とする。その理論形成にとって、団体の法的本質に関する古典古代の思想は、さしあたり、『ローマ法大全』*Corpus juris civilis* が提出した範囲及び骨格にかぎって意味をもった。……中世の思索活動の叙述に移る前に、実際のところ、理論的素材に関し、何が *コルポラツィオン* 理論を構築する

上で Corpus juris civilis により伝承されてきたのか、ということに集中しなければならない。

こういった課題は、近年の研究により、負担を軽減されたというよりか加重されている。この種の研究は、ローマ法源に含まれているコルポラツィオン論に関して全く正反対の結論に到達しているからである。

大概是・・・資料調達の事情により説明が付く。Corpus juris は、**団体主体の定式化され完結した理論を提示しておらず、**コルポラツィオン理論の個々の問題に関して解答が与えられもすれば前提ともされるといった具合に**バラバラの言説を提示するにすぎない。**

加えて、ここかしこで、法的素性には属さない原則やら解説やらが、一方でギリシア哲学より形成された社会論の個々の要素が受け入れられ、他方でキリスト教の団体概念が後期の法源に全部がというわけではないが感化されずに止め置かれることで、Copus juris のコルポラツィオン理論に受け入れられている」(S.129.)と。

ギールケは、サヴィニー、プリンツ、イエリンクらが自説の正当根拠をどのように法典に求めたか、その分析に関心を集中する。それは、「今日の見解に照らせば何よりも解明が必要となる問題の一切は、ローマ人によって設定されていないことは明白であり、ましてや回答も与えられていない」にもかかわらず、「ここには、ローマの資料の内容をめぐる論争の困難さも垣間見られる。理論的説明がないので、結論は、法源についての僅かな言及のみから引き出されなければならない。見解が対立する場合 Savigny と

Brinz の場合 ですら[同じ]ローマ法の資料が時として証明手段として引用される、ということともなりうる」¹⁷との指摘で締めくくりうるものである¹⁸。



(注)

¹ F.C.von Savigny については、とくに『現代ローマ法体系』(1840年初出)第二巻、小橋一郎訳、成文堂、1996年。

² Vgl.Alois Brinz,Lehrbuch der Pandekten,Erlangen 1857.

³ Vgl.R.von Jhering,Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung Leipzig 1852-1878.

⁴ Deutsches Privatrecht,Bd.I, Leipzig 1895,S.457; Das deutsche Genossenschaftsrecht,Bd.III,

Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland,Belin 1881,S.99

⁵ Vgl. Das deutsche Genossenschaftsrecht,Bd. Staats- und Korporationslehre der Neuzeit,Berlin 1913,S.VI.

⁶ Léon Michoud,La théorie personnelle morale et son application du droit Français,Paris 1924,p.410 et s.

⁷ 筆者の語法とは異なるが、かつて幾人かの論者が「単一体(Einheit)・・・複多性(Vielheit)」によって社団の実体を説明してきたことに対し星野英一が『民法論集』第一巻、岩波書店、1970年、248-249頁で批判的考察を行なっている。筆者はEinheitを「単一性」つまり1と解さず、構成員の員数にかかわりのない統一的状态を想定し「統一性」、「統一」の訳語を充てる。構成員の全体をもって単一体ではなく1として把握するのは、ローマ法の法源について注釈学派が試みた矛盾の解消方法であった。この

点は、後で、論じることにする。

⁸ 構成員の法主体性そのものを否定せず「人の多数」として総括するものが組合であり、構成員の法主体性そのものの否定において登場するものが社団である、という把握がギールケにおいて成立する。この筋では組合と社団との対立を止揚として否定することは論理的に展望されえても、彼はついにそこに到達することがなかった。この点は、後で論じられることになる。

⁹ Sárközy Tamás,A Magyar társasági jog Európában,Budapest 2001,23.o.

¹⁰ Franz Wieacker,Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts,in:Festschrift für Ernst Rudolf Huber,Göttingen 1973,S.353.ヴィアツカーは社団と組合との識別を、このように、団体の目的と構成員の目的との肯定、否定において、又は即自的合致と単なる否定に求める。この筋では、社団としての協同組合法人の構造に接近する可能性は、最初から封鎖される

¹¹ Vgl.Otto Gierke,Das Wesen menschlichen Verbände,Leipzig 11902,SS.24-26.

¹² サヴィニー、上掲書、229頁。

¹³ 同、226-227頁。ただし、publikum indicumはpublicum indicumの誤記として、訂正した。

¹⁴ ガーイウス『法学提要』佐藤篤士 監訳、敬文堂、156、195頁。

¹⁵ Gustav Nass,Person,Persönlichkeit und juristische Person,Berlin 1964,S.31.観念と事実的存在との存在論的連関を硬直的に理解する場合にはNassのような分析には到達し得ない。

¹⁶ Claus Ott,Recht und Realität der

Unternehmenskorporation, Tübingen 1977, S.58 で、「フランツ・ヴィアッカーは印象深くギールケの構想を要約している。『その際に、ギールケは、ゲマインシャフトの本源の一体性の瓦解を通じて己が対峙していることを察知した二正面で首尾一貫して干戈を交えた。絶対国家により準備され、フランス革命で実現された現代国家の全権に対する戦線、とともに、啓蒙主義により用意され、産業革命のブルジョア社会で実現された個人主義に対する戦線。より高次の結合体人格 *Verbandspersönlichkeit* に人格が肢的部分として編入される人間の結合体の「有機体」こそ、機械体国家 *mechanische Staat* を克服し、利己主義的 *eigennützig* 個人を再び拘束するべきであるとするギールケの呪文である。社会は、個人から家族、ゲノッセンシャフト、自治体 *Selbstverwaltungskörperschaft* を経てフォルク全体のケルパーシャフト的ゲシュタルトである国家に至るまで有機的に上昇する諸結合体のハイアラキーとして登場し、国家においては国家と市民との対立、社会と個人との対立、公法と私法との対立が私法、社会法、公法の三位一体の内で止揚される』(F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, S.455.)との記述が見られる。「絶対国家により準備され、フランス革命で実現された現代国家の全権に対する戦線」という脈絡を念頭において「自立化」の射程を問うと、単純な回答を与えることはできない。

¹⁷ Raimar Große, *Das Wesen der juristischen Person des Privatrechts in Frankreich als Erscheinungen des Einflusses deutschen*

Rechtstheorien. Liegnitz 1973, S.7. ただし、彼のローマ法の評価、「ローマ法は、故に、何をさておいても、**理論的なバックグラウンドを著しく欠く必要法**と看做されなければならない。法律制度上での連関を明らかにするには、今日の見解に照らせば何よりも解明が必要となる問題の一切は、ローマ人によって設定されていないことは明白であり、ましてや回答も与えられていない」(同所)という指摘は、事柄の一半を示すにすぎない。正確には、ローマ人は法学的世界観を構築することに関心を持たなかったし、法体系の実証主義的な加工の必要を認めなかった、ということである。歴史上常に世界が法的体系として立ち表れるわけではない。ローマのプラグマチズム的アプローチがあってこそ、観念において倒錯した世界観も生み出されてくる。

¹⁸ サヴィニー、プリンツ、イエーリンクに対するギールケの方法評価を引用しておく。曰く、「何よりもサヴィニーが定式したような法人に関する支配的な学説、そこでは、実際に、完成されたローマ法のコルポラツィオン概念を再現している。Persona ficta 擬制人という彼の理論は、Copus jurisに含まれる理論的命題と断章の



最終的成果であった。ところが度々見誤られていることは、擬制の漸次形成されたというその痕跡と古典古代の観念的諸形態の残滓を払拭していない、ということである。ローマ法学の思弁的水脈Aderを等閑にし、人格の本質の意識的な確定及びそこに含まれている矛盾の解決を法源に持ち込んでいる、ということである。……これに対して、サヴィニーとは異なる理論は、表向き、**捏造された法主体を、法主体を消去することにより**、又はその捏造された本性を除去することで *Corpus juris* から**取り除く**、ということに努めている。**第一の道**を辿っているのは何よりも *Brinz* であり、彼は、法主体と並ぶ第二の極に、法的帰属に由来する主なき目的財産という彼の構想を出所の確かなものとして証明しようと試みている。……**第二の道の探求は** (S.131.) *Corpus juris* において擬制としての人 *persona ficta* の想定に換えコルポラツィオンの財産領域における実在的主体が規範として掲げられていることを証明する……試み。これらすべての試みは、法源においてさような理解が明白に示されており、それに依れば、法人は、団体に結束した諸個人と並び・諸個人のほかに人為的な個体として存するのではなく、**一体化された人総体**において含まれているという点で一致する。いわゆる資料解釈に関連して言えば、**主体として定立される全体**について、彼らは、**すでに不均等な解釈の余地があるほどに理解が隔たっている**。ありとあらゆる陰影に媒介される集団的関連による**個人の総計への全体の解消から有機的統一体への溶解に至るまで**

[区々としているのである]

[その]論者の一人である *Jhering*、ローマ人のために、純粹に個人主義的な理論を説明する。それによれば、真の主体は常に個別の目的 *Destinatäre* であり、社団と組合とのいっさいの区別は法技術という人為概念 *Kunstbegriff* に帰着する。この人為概念によって、ここでは、対外的に、有資格者 *Berechtigte* という単なる思惟的な化身 *Inbegriff* が機械的な権利の担い手として役柄を演じることになる」(S.132.)。

(補注)

前号(No.154)の注17.

1989年 1889年