

# 「協同労働の協同組合」 における固有権 (4) - 1

島村 博 (協同総合研究所)

前節で述べたことを総括すると、こうなる。サヴィニーの名を以って知られる法人擬制説は、中世の盛期において異端との深刻な闘争に巻き込まれたカトリックが、異端者を輩出した「社団」たる教会を破門することができるのか否かという設問に対する解答として与えた団体観念に由来した。すなわち、擬制説の *sedes materiae* (素材の所在地) は、インノケンティウス IV 世のリヨン回勅 (1245 年) にあり、そこでは、「社団」はそれ自体としては魂の無い存在、つまり、観念の産物 (単なる「概念存在」) である「擬制された人」にすぎないが故に、これを破門することは適わないのだ、という論理が展開される。よって回勅自体は法人の存在論を正面から論じるものではないが、ここで展開された論理が以来連綿として受け継がれてゆく。

概念存在にすぎないものは、それ自体が意思の主体足り得ず (意思無能力)、それ自体が意識した行為の主体足りえず (行為無能力)、それ自体が行為の結果を弁識する主体足りえず (責任能力の不存在)、よって不法行為の主体足り得ようもなく、かくして破

門をはじめ聖俗の両面において処罰対象とは絶対になりえないとの結論も同時に導かれる。近代以降の法人論 (擬制説、否認論) に関説して企業犯罪の不可罰性を、当然にも否定的に奥村 宏は論じるが (例として、『倒産はこわくない』岩波アクティブ新書、132-134 頁; 『法人資本主義の構造』最新版、岩波現代文庫、5-6 頁)、こういった不可罰性が聖別されたのは、遠く 13 世紀のことであったことを確認しておきたい。

1. 注釈学派から後期注釈学派 (バルトールス) に至る時期の社団論

1) 概論

*civilisten*(\*) 民法学者の社団理論は、信仰の領域で確定された階統的な教会概念に相似する観念・構想を世俗の領域に誘導する「モダンな国家概念」を動因 (Agens) としてカノン法学者らによって発展させられたドグマティックな根本思想に一面で規定される (S.353f.)。同時に、「はるかに広範囲にゲルマン的契機が保存され、かつ、部分的にまさに当時でも生き生きと発展してい

た」(S.354.)という側面では、カノン法学の理論と区別される、とギールケは特徴付ける。よって、この時代の *civilisten* の学説は「ある時はローマ法学者の特徴が、ある時は中世の特徴が現れるといった具合に、二重の相貌を示す」。それは「公生活に密接に接合」したバルトールスの学説において完結し「公的生活そのものを改造する力」を備えてゆく。

(\*) アダム・スミス『法学講義』(岩波文庫版)の訳注で、水田 洋は、「市民法 *civil law* は、民法とも訳されるが、財産法としてのローマ法のことである」(19頁)と付している。これでは、市民法=ローマの財産法に局限され、*civilisten* はローマの財産法学者ということになる。*civil law* でいう *civil* とは、*civil* にかかわる法というのであって、当然にも、刑法も、したがって、近代以降の意義では、公法もそれは包含する。筆者が、*civilisten* を民法学者と記すのは、現代的な意義での民法を主軸とした研究を行なった者を示すための便宜にすぎない。

## 2) 社團概念

ギールケは、全体として、注解学派 14 ~ 15世紀に活躍した学派。16世紀以降、その敵対者としてフランスの人文主義的典雅法学が登場する においては、1) 社團における目的団体性又は目的団体としての社團という把握が「より広く」行なわれる一方で、2) 「内生的というよりか、外面的にしか結びついていない人的団体であるゲマインデ(\*)」を基底としライヒを頂点にいただく国制の諸団体すらも社團とする把握が行きわたり社團概念の「曖昧」化が昂進させられとする見方に立つ。少し、この点に立ち入ってみよう。

(\*) 地方自治団体。現今の用法では、「市町村」を指す。

注解学派の社團概念は、注釈学派におけるそれと比べて「より広く、かつ、より曖昧」なものとなる。特に、公的生活と接合していたという点で、「より曖昧」となる。まず、「人間の団体統一体のすべてを、全体として、共通の類概念及び共通の理論の下に」収めたところに最大の特徴が見られる。すなわち、*universitas* として、任意団体、必然団体、人的団体、領域団体が数え挙げられ(S.355.)、誓約団(今日のスイス連邦を指す一つの用語で、中世市民の盟約団体) *Eidgenossenschaft*、同盟 *Bünde*、学生団 *Kollegien der Scholaren*、姻族・親族団体 *Familienverbände* といったものすら、ローマ法大全に掲げられた *collegia*、*corpora* に容れている。これらは、*universitas* を組織的目的団体として「より広く」捉える観点に由来する帰属例である。

同時に、地方自治団体 *Gemeinde*、*Landschaft* といったコミュニティな団体も国家も *universitas* として一括し、これらを領域諸団体 *territoriale Verbände* とも捉えるが、ここで登場する諸形態に「社團という統一的概念のニュアンスしか理解」しなかった。「より曖昧」という所以である。だが、彼らにすれば、地方自治団体も国家も、「社團の本来の型は *civitas* であるが故に」別物であるとの観念に到達せず、逆に、「地域(*vicus*, *villa*, *castrum*, *oppidum*)

プロヴァンス(*provincia*) ラント団体(*regnum*)という三層編成」で逐次上昇的に観念編成し、「これらの一切を、キリスト教

徒の *universitas* であるライヒに総括する」(S.356.)

同時に、世俗の世界に眼を転じると、共和制的体制と君主制的体制との区別に立った、主権者と団体との分離が、教会のヒエラルヒーに対応させて把握され始める。それは、こうである。

「共和制的体制の場合では、支配的全体をローマ共和国時代とは異なり もはや *universitas* そのものとしてではなく、*universitas* の概念において表象される・擬人化される統一的な共同団体 *Gemeinwesen* の担い手と見做した」。つまり、ここでは支配的全体は、例えば、自治都市ではなく市民として立ち現れる、ということである。この件は、具体的には、次のような説明で補うことができる。

「市民が『命令権』を保持しており、皇帝が普遍的に有するのと同じ権力を領域内で有している……彼らがこの権力を長期にわたって行使してきたのであれば、皇帝の特許の有無を気にする必要はない。実のところ、人民が支配者に権力を授けた場合でも、支配者は人民の代表者にすぎず、究極的権威は人民が保持した……」(前出、『ローマ法とヨーロッパ』、92頁)。

同様に、「君主制的体制の場合では、その支配者の形状において、支配者とは別の共同団体の担い手だけを見出すので、諸侯には国家が(*dem Fürsten der Staat*)、皇帝には帝国が(*dem imperator das imperium*)、国王には王国が(*dem rex das regnum*)、高位聖職者に教会が(*dem Prälaten die Kirche*) 対応するように正確に対置された」という。

キールケはこれが含意するところを詳述していないが、1) 諸侯、皇帝といった「生ける」支配者は、その支配者が統べる「支配者とは別の共同団体」、つまり、王国、帝国の担い手として存在するのであって、それ自体として諸侯、皇帝であるわけではなく、逆にそれは、2) 王国、帝国といった「共同団体の現象形態」は、首長とその僕から構成される団体を為すのであって、そのかぎり、3) 首長と僕との関係は代表と代表委任者との関係に立つ、といった読み方が可能であろう。

ここから、人文主義的国家・社会観の成立まで、さしたる隔たりは無いように思われる。「蓋し、*civilisten* にとっては、すべての共同団体(*Gemeinheit*)に可視的で統一的な首長が帰属し、ところがそれぞれの支配には臣従する全員がなんらかの方法で当該団体の生活に關与する権限ありとされることが正常のことと思われたからである」(S.357.)。

いずれにせよ、キールケは、「こうして社会概念は、国家概念をも包括」し、「必然的に公法及び私法の共時的かつ分割されざる真髓であり続けなければならなくなった」と見る。だが「まさしく今や公法 *jus publicum* と私法 *jus privatum* という二つの大領域が鋭く分化し始める。とはいえ、双方の領域で市民権を引き続いて保ったのは社会概念だけである」との判断を与え、「単に財産目的のためにのみ存する団体法主体性(法人:目的財産説)という後々の解釈は、中世の全期間を通じて知られざるものであった」との把握の根拠を導く。以下、続いて、古代ローマ的意義での *republica* 概念の広(世界大のローマ帝国共同体)狭(ローマの市

共同体)の区別により国家という共同団体を指す*republica*概念の成立を把握することによって*fiscus*(国庫)と*republica*との関係如何を論じるが、そのねらいは目的財産説に対する反駁におかれ、本稿の目的からいささか逸脱するので割愛する。

しかし、上記の点の他に確認しておきたいことが一点残っている。それは、教会制度の団体把握に関する。

彼らの把握は、カノン法学に規定されたものであるという判断をすでにギールケは下している。前節で紹介したカノンの把握、つまり、全体教会(総体としての教会制度)を社団とする見方から注解学派は距離を置く。「*civilisten*にとって教会は社団の主類 *Hauptgattung* であり続けた。彼らは、同衆 *Kollegien* が教会を代表すること *Repräsentanz* を常態と見做すことで、概して聖職者らの社団として把握し定義する個別教会を法主体と見做した」という。教会法学者らとは、個別教会を法主体と見る点で相違し、個別教会を信徒としての同衆団体としてではなく聖職者としての同衆団体と把握する点で共通する。故に、教会にまつわる「個別問題の一切においてレギステンはカノン法学者に従ったので、彼らのアンシュタルト的な(社団に関する)基本的な見方を寄せ付けないということは極めて僅かであった」という観測も当を得ている。だが、こういった態度は、「*civilisten*においても、社団概念の形成に一般に反作用を及ぼさざるを得なかった」(S.360.)と言う。

この予言には、不吉な影が宿る。それは、法人の本質論、法人の設立についての論理において露となる。

### 3) 社団の本質論

注解学派は「カノン法学理論に接すれば接するだけ、それだけいっそう断固として社団の本質を、その力により団体そのものに人格が添えられる法的擬制として措定した」(S.362.)が、それは、技術的には、カノンに親しむ *persona ficta* の語法によらず、*persona repraesentata*(表象された人)という名称で「真の」、又は「本来の」人に社団の本質を対置させた。

この、表象された人は、当然にも、擬制の産物として説明され、ときに、擬制人とも称される。ギールケは「バルトールスは、既に、*persona ficta* の性格について法の擬制であると、また、法律学について *persona ficta* の創造者であると、法律上の人という現代の語法を明らかに想起させる仕方によって指摘している」として、擬制説がサヴィニーの創始に懸かるわけではないことを明示する。

カノン法学者が *persona ficta* としての *universitas* は魂も五体も備わらないものと了解したのに対し、オールドラドウス (Oldradus) は、「*universitas* を法的人格とする法の擬制により、*universitas* に魂も五体も添えられ得る」のだと主張する。これは、ヨハン第23世(在位1410年~1415年)の回勅に対する反論として為されたとされている

*Quod, licet non habeant veram personam, tamen habent personam fictam fictione juris: et sic eadem fictione animam habent et delinquere possunt et puniri.*(真の人格を有することはないにせよ、法人は



擬制的人格を有する。そして、こうして、擬制的魂を有し、罪を犯し得、罰せられる。)

オルドラドゥスは、人格が法により擬制されるのであれば、その法は擬制された魂を擬制人とされる *universitas* に授けるばかりか、意思・所有能力も授ける、という擬制説の本来予定しない結論を導く。団体の生命がこのように法によって捏造されるとする議論は、捏造された団体人格に新たな光を当てることになる。

「今や、団体人格によって結束される諸個人に対し、諸個人とは完全に異なる主体として対置される。構成員の数多性 *Vileheitlichkeit* とは対蹠的に団体人格の統一的本性が強調される。こういった本性から、主に、*Albericus de Rosciate* 及び *Oldradus* は、重要な結論を引き出す。構成員の現員交替とは対照的に交替における同一性を強調し、過去及び(S.364.) 将来の構成員の不確定性とは対照的に確実な *persona certa* であるとし、故にその相続能力は個人 *Singularität* に引けをとらない。構成員が死すべきものである *Sterblichkeit* のとは対照的に絶対的、さもなくとも相対的な不死性を裏書する (*urgiren*) 」。

社団としての団体の運命はその構成員の運命から超越し、逆に、社団ならざる団体、例えば、組合としての団体の運命はその構成員の運命に従属する、という理解は既にカノンにおいても見られる。また、個人のはかなさに比べて教会の不死性にそれが準えられたことも既に見た。ここでは、しかし、社団一般の水準で、死すべき構成員と「絶対的、さもなくとも相対的な不死性」が語られ始めたことは、後々に重大な意味を持って

くるだろう。

社団という主体と構成員という主体との関係は、しかし、これでは、解かれたことにはならない。この関係は、だが、近代以前においては、より正確には 実体をもって真の実在とする見方に立たず、「社会とは諸個人が相互に関りあっている諸関連、諸関係の相対である」(『経済学批判要綱』) とする マルクス以前では、基底的には二つのアプローチによって見定められることになる。社会唯名論か、社会実在論かが、それである。つまり、真に実在するものは実体だけである、という哲学的な存在論の見地からは、何を実体と見るかで、関係把握が行なわれることになる。

*an universitas sit aliud quam hominess universitatis*. 「*universitas* は、*universitas* の構成員とどれ程に異なるのか？」という問いはバルトールスにあって社団の根本問題を為すが、「もっとも声望のあるレギステンは……実際と法との明々白々な解き難い矛盾を抱え込んだままこの点に関する思弁を展開した」。つまり、唯名論の立場に立って、1) *universitas* は、それぞれの全体と同様に、部分の総計と同一であるとの結論を引き出しつつ、2) しかし、法においては部分の総計とは異なる、と。存在論的には前者を、法的構築物として把握される団体と個人との関係では後者を導いたことになる (S.365.)。個人としての構成員のみが実体でありその団体、社団は、存在的には構成員の総計に等しいが、実在性を欠くただのフィクションである。だが、質料を欠く擬制(社団)が実体(個人)に超越するというのは、ギールケをして、「社団論がこれまで、再び

逃れ出ることの適わなかった邪悪な循環 *circulus vitiosus* がここで成立する」と言われしめる。

「中世の法律学において消して消えさることのない唯名論的な社団の見方」、社会そのものは概念存在にすぎないとする唯名論に対比される概念存在にすぎない社団という見方と、「はるかに広範囲にゲルマン的契機が保存され」（上述、「概論」という指摘は、どのようにみても、平仄が合わない。ギールケも、「社団は総括的軀体 *e i n zusammengesetzte Körper* であり、それぞれの個人がこの軀体の分枝であり、故に、こういった分枝の総計が統一的な法主体に含まれる、と考える余地を当該の見方に与えた。こういった見方を法律学において貫徹しようとしたので、ドイツ風に有機体の概念を導入し、かつ、個々の人格の個人的側面と共同的側面を概念的に分離して、法人を擬制の助けを借りずに、全体に内在する統一体として把握する他はなかった。但し、即座に唯名論の命題つまり、全体は諸部分の総計とは相違しないという命題が対置され、擬制への帰還を強要する……。

擬制という観念を維持し続けたその結果は……二つの相互に矛盾しあう見解の狭間で浮動することになる。必要に応じ、その一方又は他方がひけらかされることになる。蓋し、擬制の内容として、ある時は、総計に超越し、かつ、それと並び総計の外に存在する諸個人という人為的な個人の産出（社団）を定立し、ある時は、全体の内に、実際において数多的全体を法律学的統一体として取り扱うことだけを見出したからであると述べないわけにはいかなかった。

第一の見解が圧倒的であって、それが *quos universitatis est non est singulorum*(S.366.) との法格言に示されたのは、注釈学派の場合と同様である。

#### 4) 社団の成立

ここで特徴的なことは、認許理論 *Koncessionstheorie* が全体として、ますます決定的になったということである。その出発点は、「すべての社団が許可されざる旨の文字どおりの『権利の推定 *Rechtsvermuthung*』」にあり、その背面の論理は「こういった一般的禁止を克服するための手段は特別の当局の許可により与えられる」というものである (S.368.)。

かかる原則は、しかし、普通法で、一定の社団の属はただの一度の一般的な法の規定の力によって許可されるとの原則と並存したかに見えるが、こういった例は、「規則の例外として理解された」という。だが、社団の設立の許可は法の規定によるべしとする主張は、1) こういった法原則自体を一般的認許とする見方を覚醒させ、それ故に逆に、2) その適用範囲の可能な限りでの狭隘化をめざす実務指向を呼び覚ますことにもなった、と指摘されている (S.369.)。

バルトールスは、「中世の秋」において結社の自由に相当の親近感をもっていた稀有に近い法律家であったが、彼は、法律によって明白に許可されていない社団は、皇帝又はその他の当局若しくは主権を有する都市が認許しない限り、*nisi talia collegia essent approbata per principes vel a superiore vel a civitativus quae superiorem non recognoseunt*. 全て許可されず、かつ、権利

能力を有しない、という命題を堅持したという。

当局の認許の必要が政治的及びポリツァイの動機に由来したであろうことは想像に難くない。「察するに、だが、ますます、法人格の授与が、当局による認可 *approbatio*、認許 *concessio* 又は確認 *confirmatio* の厳密な内容と見做されるようになってゆく。したがって、当該の当局の行為は単なる許可ではなく積極的な特権[の付与]とも見られた。そして、承認を受けていないあらゆる社団の処罰と解散は掟として固執されたにしても、実体的不許可の問題と(S.371.)コルポラツィオンの権利の欠缺問題を分離し始め、こうして、社団の権利を欠くにしても明白に既に許可され、又は許可の与えられていない社団が、ありうるものとして承認されることになる」(S.371f.)(\*).

(\*)一つ、「ありうるものとして *als möglich*」と関連して注意しておきたいことがある。それは、後で論じる機会が必ずあるので端的に言っておきたいが、「権利能力のない社団」というものが、ここに歴史的に胚胎したわけではない、ということである。こういった無理解に災いされて、例えば、『シュルツェの庶民銀行論』(東信研究センター訳編。日本経済評論社)に収められた「ドイツ手工業者及び労働者のための協同組合読本」の翻訳に相当混乱した訳語(143頁)が充てられていることを指摘しておきたい。

社団の成立にかかわって確認しておきたいことは、「当該の当局の行為は単なる許可ではなく積極的な特権[の付与]とも見られた」という件である。付与される特権が私法の分野に限定されず、私権に限定されえないことは、既に「社団概念が・・・必然的

に公法及び私法の共時的かつ分割されざる真髓」(S.358.)の位置を占めるものであったという端的な表現から十分に類推されうる。

次号で、社団の権利能力、社団の意思及び行為、不法行為についてふれ、あわせて、完成期におけるロマン主义的・カノンの社団論を論じる。