

「協同労働の協同組合」

における固有権 (3) -1

島村 博 (協同総合研究所)

中世の盛期、第11世紀に、パヴィア法学校においてロンバルド法及び同国を征服した後に成立したフランクの勅法に注釈を施す活動が開始される。まもなくユスティニアヌス法典の注釈もまたボローニャ(1088年)で緒につく。後者は「注釈学派」Glossatorenとも、あるいは、その研究の拠点の名称からボローニャ学派とも称される(『ローマ法とヨーロッパ』、ピーター・スタイン著、屋敷二郎監訳/関 良徳・藤本幸二訳、ミネルヴァ書房、58-59頁、2003年)。

団体法論とくに法人論は、第12世紀から第14世紀において最初の絶頂期を迎える。ここに登場する論者らは、一方は、教会法学者(Kanonisten: カノニステン)であり、他方は、カノン法学に対抗して王権の防衛、確立に邁進する法学者(Legisten: レギステン。フランス語読みでレジスト)である。因みに、レジストの呼称で当時の注釈学者が呼ばれるのは、第13世紀半ば以降に注釈学派の新たな拠点としてフランスのオルレアン法学校が台頭したこと、そしてその系譜に連なる偉大

な法律家、バルトールス(後期注釈学派又は注解学派。1313又は1314年に出生、1357年、没)が登場してくるためである。対してドイツでは、レギステンという呼び方は廃れないが、中世晩期から第17世紀中葉にかけてローマ法が継受された時代以降に学識ある法曹が研究した法源が*jus civile*(ローマ市民法)であったことから、同法を研究する者という意味で*civilisten*(ツヴィリステン: 市民法学者)の呼称が一般化する。

西欧キリスト教文化が決定的な姿と形を得た時代(J・ホイジンガー『中世の秋』)とされる第12世紀は、やがてゴシック様式に道を譲るロマネスク芸術が完成の域に到達した時期であるが、団体法論においても極めて重要な画期となった。その根拠は何であるのか?

歴史家、西欧法制史家ではない筆者は答えに窮する。視野を狭めてみても、ドイツの法制史家における中世盛期のカノン法学の考察から、管見するところでは、その糸口が見出せない。当該の時期は、中世の前期に見られた聖職者と一般信徒とのある種共同団体的編

成に終止符を打つことになるグレゴリウス VII(1073~85)の改革が浸透定着する時代であるが、伝統的に叙任権闘争(聖職者の任命権をめぐる闘争)に絞り、又はそれを主要な対象として扱われるにすぎないからである。すでにこの限りで救貧院等の施設を典型とするアンシュタルト的バイアスの掛けられたカノンの社団論の登場を説明することができない。しかし、今この興味の尽きない時代を正面から取り挙げる余裕はない。まずはグレゴリウス改革期の全体を表象してみると、その要因又は環境を三点に絞り込むことができる。

その第一は、「叙任権闘争」(1076年~1122年のウォルムスの妥協的解決まで)である。当該の闘争は、教皇グレゴリウス VII世が1075年に宣言した俗人の叙任禁止をもって開始されるが、ここに象徴されるドイツ皇帝の権力(帝権)とローマ教会の聖俗両面にわたる支配権(教皇権)の闘争が最終的局面に到達しつつあったことを挙げなければならない。

教皇権の中身は多様で複雑である。ここでは、キリスト者の財産権紛争、司教選挙紛争にかかわるローマへの上訴権、王位の承認・決定権、十字軍の遠征にかかる徴税権、封建領主としての側面をも司教が併せ持つ場合の世俗的支配権といったものを指摘するに止める。叙任権闘争後の帝権と教皇権の間での角逐はローマ教皇領シチリアのドイツ皇帝による相統問題に端を発する(1189年)。すでに北イタリア、ロンバルディアを占領され新たに南部に皇帝領が出現することは教皇領が包囲されその支配力が封殺されることを意味した。教皇陣営には、かかる地政学的観点から見て妥協の余地はなかった。教皇側は皇帝側

に対する対決の姿勢を崩さず、破門と廢位(1227年)、再破門(1239年)、十字軍発出宣言(1240年)を経て、終に第一回リヨン公会議で皇帝フリードリッヒ II世の廢嫡(1245年)を宣言し、皇帝側の意図を完全に粉砕することになる。

帝国の敗北の意味は甚大であった。後にヘーゲルをして「ドイツは国家ではない」(『ドイツ憲法論』)と言わせた直接的根拠の一つとなったからである。すなわち、神聖ローマドイツ帝国の四分五裂はその後600年近く続き、第二帝政(1870年)に至るまで、ドイツは完結し統一された領域的支配国家として復元されることがない(*1)。むろん、当の敗北そして分裂は、封建諸侯による独立と立法権の確保(1231年の勅令)により既にほぼ決していた。当該の権限を取得したラント君主らは、教会に比肩する実力すら備えるに至ったからである。皇帝の廢嫡は、よって、帝国の死亡宣告にも例えられよう。

帝権対教皇権の闘争は、フリードリッヒ II世の悶死の後、フランスの王権対教皇権の間で引き継がれる。しかし、天上のライヒ(普遍教会)と地上のライヒ(帝国)を根幹に据えたカノニステンの理論は王権に対し攻撃衝力を持ちえなかった。フランスの国王は国王であって皇帝ではなかったという単純な事実の



他、ドイツの如く王権を神権政治的イデオロギーに溶解させることがなかったからである。教皇は、逆に、フランス国王の膝下に屈せしめられ(アヴィニョン幽囚。1309～76.)、法学は上述したレジストの影響下に置かれる。

第二は、世俗の封建領主の利害も色濃く投影された正統と異端の狭間でローマ教会が激しく引き裂かれ、アルビジョワ十字軍(1209年～1244年、投降したカタリ派の焚刑により終了)にドラスティックに示される西欧全域での深刻な宗教的権威の動揺を挙げたい。キリスト者が剣を振るうのみか、教皇が異端、異教徒に対する武力発動(十字軍)を皇帝や封建君主らに命じる時代の背面で、初期キリスト教徒の生活が正統と思われ、それへの憧憬と実践が「使徒的生活」、「キリストの貧者」となって現れる。教皇を中心とする教会の権威、権力の蓄積、修道院制度、律修参事会、托鉢修道会の各地での普及は、その規模、発展に相応する力で逆説的にも「異端」を簇生させるという弁証法的な展開を見せる。

「権威」、「権力」の蓄積過程は、聖職者と信徒との最終的な分離を完成させたグリゴリウス改革を起点として進行する。すなわち、それは、教皇を頂点にいただく聖職者(枢機卿 司教 司祭) 修道者(修道士・律修参事会員・托鉢修道士) 一般信徒との分離及び階統的編成、私設教会の設立の禁止及びそれに伴う封建諸侯による当該施設の寄進等によって加速化する。そして、このこと自体が異端の成立する温床となる。異端問題そのものは、異端とされた司教らが行なった宗教的祭儀の無効や、異端とされる以前に彼らに叙

階された司教・司祭の再叙任を含む深刻な裁判問題でもありながら、第12世紀には異端禁圧は明示(1184年)されたものの異端者をどのように処置するか未だ決せられていなかった。

第三は、これら二つの事柄とも絡みローマ教皇を頂点とする中央集権的体制を法制度として構築、確保することが要請され、かつ、それが可能な時代に到達していたことである。既に、ポローニャのサン＝フェリチェ修道院で祈り働いていた修道士グラティアースが私家集とはいえ論理的な配列により『教会法矛盾条令義解類集(教令集)』を編纂(1140年頃)しており、それはユスティニアヌス法典にやがて比肩することになる法規集が登場したことを意味する。すなわち、カノニステンが依拠し論理を整齊する基がここに据えられる。

同教令集は、「神学から分離した学問分野としてのカノン法学発展の出発点となった」(『近世私法史要論』、H・シュロツサー著、大木雅夫訳、有信堂、21頁、1993年)という評価が与えられるが、教会法自体と同義語となり、多少の改定が施されるとはいえ概して欧州では1918年までギリシャで強制民事婚主義が取られたのが1970年代であったことも記憶に新しい。流布されていた由である。評価はともあれ、法制度史的に眺めると、グラティアース教令集の適用をもって、ここに「両法」と称されるローマ法、カノン法の法体系が並立する時代を迎える。

これらの諸要因は、カノニステンの側において破門を主題とする法的、行政的な理論構築に焦点を結ぶ。しかも、それは、信者個人に限らず社団 聖界では教皇を首座に仰ぐ

ecclesia universalis(普遍教会)から、その分枝とされる教区の教会、参事会(das Kapitel)にまで至り、俗界では教授・学生のuniversitas、「誓約共同態」としてのギルド(『共同体の基礎理論』、大塚久雄、岩波現代文庫版、124頁、2,000年)、ツンフトから村落共同体(Gemeinde)、郡(Provinz)、ラントを介し、上はライヒ(神聖ローマドイツ帝国)まで階層的に編成されるすべての団体が社団として近代に至るまで意義づけられていたの破門に関するものであった。むろん、ここでは、破門権者である当の教皇は除外される。

破門の効果は世俗の世界に及ぶ。それは、狼の如く屠殺される運命に身を委ねられる「アハト」(Acht 平和喪失)刑の宣告という法的効果を自動的に招来するばかりではなく、封建的諸関係においては一切の封建契約の破棄(封主の側では封臣保護の解除、封臣の側では封主に対する軍事的忠勤義務の解除)をもたらす恐るべきものであった。信仰の世界での断罪が世俗では「誰でもこれを殺してかまわず、死んでも葬られず、鳥のついでに任せられた」アハト(*2)の宣告が団体に及ぶのか、執行されうるのか、こういった論点を含め議論が展開してゆく。それは団体の可罰能力を中心とする不法行為能力の論理として提出される。この意味で、現代にまで至る論点がすでに開示されていたことになる。むろん、その全体は、社団(コルポラツィオン、ケルパーシャフト)の定義、社団の本質より導出される。

教皇就任の直前にカタリ派の焚殺を伝令使より伝えられたインノケンティウスIV世は、異端審問に拷問を導入した教皇である。彼はドイツ神聖ローマ皇帝フリードリッヒII世

の廃嫡を主要議題とした第一回リヨン公会議で告示した教令において、社団自体の行為無能力を基礎として社団に対する破門の許されざることを説示し、法人をpersona ficta(*3)と規定した。この時から数百年を経て誰を措いてもサヴィニーの名を持って知られる法人擬制説が法人論の首座に位置することになる。

他方で、象徴的にも、マルタに駐屯した軍事修道会(聖堂騎士団)が破門、解散という、いわば団体版のアハト刑に処せられ(1312年)、法人の可罰能力の認知もまた通説となってゆく。そして、終には、レジストラのローマ法学者(Romanisten: ロマニステン)の論議とカノニステンの論議は、バルトールスの弟子、バルドゥス・デ・ウバルデス(1400年、没)が両法に対して為した注解により完成期を迎える。

だが、カノン法学及びボローニャに始まるローマ法学つまりロマニステンの法学の総合化が試みられてから、カノニステンやレジストラが立脚し聖典とした『ローマ法大全』自体が万古不易の普通法(jus commune)又は自然的価値秩序の規範体系ではなく古典古代の生活現象としての規範であって、その意味で特有の歴史的な存在規定性を刻印された規範として相対化されるまでに、時間はほとんど残



されていない。まずフランスで、ついで、スペインからの解放戦争を戦ったオランダで、Eleganten Jurisprudenz(典雅法律学)の旗を掲げた人文主義的法律学が台頭してくるからである(『近世私法史』、F・ヴィーアッカー著、鈴木祿弥訳、創文社、168頁、1961年)。

本稿で論じる対象の現代的意義は明らかであるにしても、説き及ぶ時代は第12世紀より第16世紀末までの長きに渡り、その論点も如上のように多岐にわたる。素材となっているギールケの『ドイツ団体法論』の関連箇所は800頁を超えるので、その濃密な再現はもとより困難であり、諸学派の論議を絞って整理することを試みる。

引用文中の肩点及び下線は、訳者である筆者が強調の意を込めて任意に付したものである。ギールケが強調のためにゲシュペルト体とした箇所は、彼の関心に沿って本文を読むという態度をとらないために、強調体としない。文中に掲げられるドイツ語の表記方法は、当時のままとする。[]をもって表示した箇所は、訳者による補足と解されたい。(S.200.)という表記は、当該の箇所に先行し原則として「 」により引用された部分が、ギールケの『ドイツ団体法論』中の該当頁であることを示すが、時に訳者のコメントも挿入される。

(*1) 村上淳一が「国家の概念史における帝国と領邦」と題するシンポジウム報告(昭和52年、日本西洋史学会第27回大会)で「一般に有名無実なものとなったとされる近世のドイツ帝国が1806年の終焉に至るまで領邦の主権国家としての完成を阻害しつつけた」(『近代国家形成の諸問題』所収、127-153頁、木鐸社、1979年)という持論を

国家の概念史の観点から報告している。基本的に異議はない。「完成を阻害し続け」る状態に帝国が陥ったことの端著が1245年における敗北にあったこと、及び、帝国の権威が司法権(帝室裁判所、宮廷裁判所)によってのみ担保され続けたことは後に論じるが、これらの意味と意義が否定されるわけでないからである。

(*2) 第二次大戦後、進駐したソ連軍は戦利品として、又は荒廃に帰した旧ドイツ占領地域のソ連の産業を復興させるために工場、鉄道その他産業用インフラ及び民間関連施設、資材等を根こそぎ撤去(Demontage)した。当時東ベルリンに残っていた国際法学者たちは、これを *debellatio* (戦後の破壊処理)と見て、社団たる「ドイツ国家」の武力発動及び戦時下での不法行為に対する責任形態としての 往時、トロイやカルタゴが強いられた *aratum pati*「都市完全破壊の甘受」と把握し、戦後のソ連軍の蛮行を合法的行為として諦観をもって受け入れようとしたことを記憶に止めておいてよい。

因みに、ゲルマン古法いらい長い伝統を有する刑罰にアハト刑とフェーデ(戦闘による復讐)というものがある。前者を絶対的平和喪失、後者を相対的平和喪失と見、また、前者は犯人だけに係し「犯人のジツベ(共通の出自に基づく共同体)も巻き添えになることはなかった」とされる(ミッタイス=リーベヒ『ドイツ法制史概説 改訂版』、世良晃志郎訳、64頁、創文社、1971年)。

しかし、ギールケは、「継受時代のドイツの立法及び社団論」を述べた件で、社団に

加えられるアハト刑に言及している。「一方で、罰金刑、没収及び特権の剥奪に見られるように、直接かつもっぱらコルポラツィオンの権利領域を処置する上で適当と思われる刑罰種類に処罰を還元し、他方で、その効果を万一個々の構成員に移転する場合は(S.743.)無実の者の赦免を実現させる可能性を探求した。

しかし、こういった考えの首尾一貫した実現から如何に遠く隔たりつづけていたことか！ 帝国裁判所の実務は、すでに、罰金刑へのアハトの変更が規則としてゆきわたっていたにしても、市町村をライヒスアハト(Reichsacht 帝国平和喪失)刑に処する

同時に個々人を害する全ての効果を伴うことを頑としてやめなかったのである。しかも、それだけではなくて、反乱や帝国都市の治安攪乱の場合にみられる“delictum enormissimum”(非常犯罪)の場合には、旧に変わらず、判決及び法に従って執行されうる・責めを負う都市の破壊が、それだけで根拠のある刑罰と見做されたのであり、その過酷さは恩赦によってのみ軽減されたにすぎず、大概是恩赦によってのみ軽減されたという」(S.744.)。

ライヒスアハト刑の執行は、後に見るように、社団の不法行為能力と自然人に同等の可罰能力を前提として理解しうる事柄である。むろん、アハト刑は団体の物理的破壊と責任ある者らの抹殺を意味するものであり、それは団体の処刑そのものである。(*3) persona ficta は、法律家の語法としては「擬制人」と言う訳語を当てるべきであるが、persona をキリスト者に倣って見据えると、それは、「位格」つまり知的本性を有

する自立存在者、ということになる。この脈絡では、「フィクションとしての位格」という訳語が成立しうる。レジストラは、団体を「人格」と見る(擬制)ことと、さように見られた「人格」の法実在性とを峻別して把握する思弁能力を有していたが、それは「位格」という意味づけがあって成立したと考えられる。だが、現代の法学は神学の観点から団体人格を捉える見地に立たない。よって、「擬制人」の訳語で一貫させることにする。

第二節 カノン法学における法人

カノン法学は、それ自身の法人論を構築するための基礎理論を注釈学派から受け取る。そのために、同学派の理論のあらましを整理しておかなければならない。

1. 注釈学派の社団論

1. ローマ法的契機とゲルマン的契機の接合

同学派は、「ユスティニアヌス法典の詳細な学問的究明を通じ団体の法的本質に関しローマ人自身によって既に表明された理論的言及を改めて行なうことを余儀なくされる」。その方法は、「一般に現代の法律学と同様



に「……ローマの法律学に無縁な思弁的契機の胚珠を配する」ものである。「法の本質」、「事柄の本性」という術語が代表例として知られる。だが、こういった独創に成るその契機も、「団体主体性の本性に関する将来の思弁的解明の端緒」に止まる性質、内容のものであった。注釈学派の学説が完成の域に達するのは「第13世紀の半ばになってであり、より正確には……カノン法学者の決定的な関与の下で」のことである。しかし、該学派が中世の社团(コルポラツィオン)論に対して果たした規定的役割を看過すべきではない。

その役割とは、第一に、「団体に関するローマの法学的見解を全体として中世の思想に接続した」(S. 190.)ことであり、第二に、「豊かな中世ゲルマン的契機を社团論に搬入した」ことに見出されうる。それは、だが、一方で、当該法典が難解で隙間の多いものであって完全な理解を妨げたからであり、また、そこに掲げられた個々バラバラな言説を結びつける原則が不明なままで、他方で、彼らには歴史的連関において法文を論理的に把握するという方法意識もなく、また、「ローマ法の抽象の客観的基礎」は彼らにとって無縁なものであったればこそその「搬入」であった。

彼らには、団体の「ローマ的把握の基盤」となっている「公法的法主体性(publicistische Rechtssubjektivität)と私法上の人格との間の区別は全く理解不能であったに相違ない」(ローマの法理は、前節参照のこと)。これは、一方でセンセーショナルな解釈の変更、意味の取り違え、大胆な補充に彼らを駆り立てる。他方で、「初期の、その中核においてゲルマ

ンの中世の見かた 注釈学派もその子どもであった を法源に入れているからである。

すなわち、ランゴバルド法、ランゴバルドのレーエン(封建)法、イタリアの都市法、教会の規約、ドイツ皇帝の個別法が彼らにとって豊かな実定的なゲルマン法の資料」となっており、彼らの体系の中でしかるべき位置を占める。ギールケは詳説に及ばないとするが、ゲルマン的契機の挿入は、注釈学派の時代、イタリアで、ゲルマン的制度が優越していたという事情に由来し、その影響を受けたものである、と言う。ここで皇帝権と教皇権の闘争時代にロンバルディア地方が常にドイツへの恭順を求められ続け、又は教皇に遺贈されたトスカナ伯領がドイツ軍に軍事占領されていた事実を思い起こすのも無駄ではあるまい。

ギールケが該学派に与えた評価は、しかし、辛らつである。曰く、「このようにして結合した反ローマ的契機と中世・ゲルマン的契機は、注釈学派のドグマにおいて無媒介に並存した。これによって、最初から、二度と克服することができない内的な相剋が社团論に持ち込まれる。筆舌に尽くしがたい混乱、種々のあいまいさは、既にその端緒において相互に排斥しあう基本的見解そのものの矛盾から生い立った」(S. 191.)と。

2. 法人観念を欠く社团概念

社团概念は無に等しい。「コルポラツィオンの概念とは何かを尋ねると、それは、異常に広く、同時に、極端なほど不明確である」(S. 192.)からである。また、「当該の概念の定義は、言うまでもなく、組織された人間

の団体のいずれにも合致するほどに一般的」であるが、それは、この時代から現代に至るまで続くものである(S.193.)。

故に、ユスティニアヌス法典から採取された規定は、「社团的団体(korporatische Verbände)は、そのものとして、統一的な法主体である」というもので一般的にすぎ、無益である。ところで彼らは「社团的団体」であるuniversitasを「一身体における」in corpus unum 結合として定義する、すなわち、団体を人に準え、その構成員を人の身体の手足に見立てる発想がここに登場する。つまり、社团は部分から構成される統一的全体そのものとして把握される。だが、このように擬人化されて把握された団体に人という概念を適用することは絶えてなかった。そのために、コルポラツィオンの法主体性は原理的に根拠づけられず、「法人」という文言と概念は彼らに知られざるままに終わる(S.203.)。

故に、注釈学派は「コルポラツィオンの法主体性はその全体性die Gesamtheitに符合するという観念に止まり続け」る。ここでも、「統一としての全体」die Gesamtheit als Einheitと「数多としての全体」die Gesamtheit als Vielheitとの関係について明確な決定に至らしめられることはなかった、とギールケは観測する。

何故ならば、彼らは注釈活動によりローマの見方に駆られることはあっても、それからはるかに隔たっていたからである。ローマの見方とは、「universitasは、統一的法主体として、その構成員全員に対し全く無縁なものとして対峙する人為的個体k stliches Individuumである」。対して、ゲルマン思想では、ギールケの實在説に通底する見方であ

るが、「組織された全体に内在する統一は、全体人Gesammpersonとして、諸個人に超越する」というものである。ゲルマン思想は、しかし、彼らが法的に処理できる代物ではなかった。こうしてディレンマに陥った彼らは、第一に、統一の見地から全体を見ると、それは参集させられた数多と同一であり、第二に、数多の見地から全体を眺めると、それは個々バラバラに等しい、という「世間においても当時まだ行き渡っていた意味的・具体的もの見かた」に止まる。

他方で、「ローマ法の原則quod universitatis est non est singulorum(「社团」の事柄は諸々の人のそれではない)を踏襲するが、そこから直接に生じることが、構成員すべての総計は『社团』universitasとは符合しない」(S.204.)ということの意味しても、団体の内的構造に立ち入って検討を深めた節はみられない。よって、常に、意識的に、数多性を統一性に媒介する構造の如何、存否によって社团概念を問うギールケの評価も、この点で、明快である。「以上のことから、コルポラツィオンと単なる組合・共同関係(Gesellschafts-oder Gemeinschaftsverhältnis)との間の区別そのものが、注釈学派においては、その固有の本質において意識されていなかった」ことが明らかである、と(S.205.)。



3. 権利能力と持分

注釈学派は、社団の財産能力を個人の財産能力に等値することにより、一方で、ユスティニアヌス法典で団体に課せられた相続能力制限を無視し、他方で、「特有に中世的権利及び、わけても、財産権に覆いかぶさっている公的権利能力を回復」させる。それは、法が特権を社団に授与することを当然と見るもので「国庫、教会、都市の特権を、全ての又は一定の社団に授与しようという傾きを」有し、主体性の公私の区別を知らない。

社団の財産権を個人のそれに同一視し、左様に処理することは、財産権の主体を *universitas* そのものに設定することに他ならない。こういった社団そのものの所有権という観念は、だが、一面では、公共財産についての所有権観念の非在又はそれを部分的に否定するローマ法やドイツ法において認められる見方を克服しなければならないものであった(S. 209.)。

内部的にみればコルポラツィオンの独自財産という観念は、一方で、「ローマ法において認められる構成員のゲノッセンシャフト的な各々の持分権」の否認となって現れる」が、他方では、「当時の生活においてあれほどまでに強力に行き渡っていたゲノッセンシャフト的総有(*Gesamteigentum*)というゲルマン思想との激戦を制せずにはおかない」ものとなる。そのために、あれやこれやの財産を分類し、持分権が認められる場合とそうではない場合との分類によって「彼ら自身が実感していた矛盾」の解決を図る。それは、「出資により形成された財産については各人(*singuli*)の持分を承認し、社団に寄贈された

財産については*singuli*の持分を否認する」というものである(S. 213.)。が、私見では、これは価値並存的な整合的な解釈というよりかは、「独自財産」という観念を既存の制度に対し限界まで推し進める創設的な解釈と見ることができ、社団財産のこういった内部的な区別は示唆的である。

4. 社団の債務と *singuli* の責任

注釈学派はローマ的な団体財産の自立性に立脚する限りで、「当該債務には *singuli* を除外し、*universitas* が責任を負う」というローマ法の原則から出発する。しかし、「財産を所有しない *universitas* は債務の弁済に十分な財産を割当により調達することを強制され得る、という原則で補完(*subsidiäre Haftung*)」を試みた。今日、これは、保証責任として語られるもので、現行のドイツ協同組合法にもつながるものである。

ところが、コルポラティブな団体は、ローマ時代と同じく、単に財産権の主体として登場するだけでなく、「公法上の権利能力の主体」としても意義づけられていた(S. 214.)。すなわち、注釈学派は「コルポラツィオンの[ローマ時代に了解されていた]本質から一連の権限を導出する。当該の権限を通じコルポラツィオンは、団体生活の固有かつ独立の領域を備える社会的な有機的組織(*Organismus*)として、つまり、構成員に対する支配的権力(*Macht*)を装備する公共団体(*Gemeinwesen*)として特徴づけられる」。

こういった特徴づけは、第一に、政治権力の専一的所有者である国家と非権力的な市民社会のアクターとの間に截然たる境界線が引かれることのない封建時代の団体観念として

自然なものであり、第二に、逆に、後に私法の主体として公法の諸主体から分離されてゆく団体も、およそ団体一般において語られるいわれがあり、第三に、そのために、今日では政治的機構においてしか見出されえない「支配的権力」の装備も遍く団体の属性として観測され得る、ということ物語る。上は帝国から下はギルドに至る「社团的団体」のすべてが、こうして、財産権の主体としてのみならず「支配的権力」を装備した団体として一括して把握される。よって、ここに、社団債務の弁済に必要な追加的割当が構成員に対し「課税」されてくる。因みに、絶対主義の時代に、ヘルシャフト(支配)に対するオータナティブとしてゲノッセンシャフトが対置される歴史的根拠もまたここに伏在する。つまり、「支配権力」の国家なるものへの専一的帰属の要否、諾否が焦点となるからである。

ところが、ギールケの見るところでは、「彼らは……特有の、かつ、根源的な内的なコルポラツィオンの権利について承知していなかった。自主的集会、構成員の加入の受入、最先任者の選挙及び自主的な資金調達をコルポラツィオンに自明の属性と見做すということを知したのは全くの偶然であった」(S.215.)と観測する。これは、社団観念に対する彼の評価を支える統一性と数多性の関連判断と軌を一にする。因みに、ギールケが言う「内的なコルポラツィオンの権利」とは、上記の「権利」つまり今日、ガバナンス及びその仕組に表出する構成員の権利を指すものである。

5. 不法行為能力

注釈学派はコルポラツィオンの「不法行為能力を当然のこととして前提する。実際に、彼らは、何の制限も加えずに、universitas、市町村、教会(ecclesia)はそれぞれ犯罪を犯しうる」という命題を掲げる。擬制人という観念及び権利能力と行為能力とを区別する見方がなく、社団を「一身体における」結合として把握する観点からは、当然の帰結である。

彼らは、コルポラツィオン総体が直接に行為するや否や、不法行為を既在するものとして想定した。「まさしく、ここで、上述した見解が、つまり、各人が自分のために一様に犯す不法は、万人に、したがってuniversitasによって犯される、という見解が主張される。だが、こういった見解に対しては、早い時期から、後に一般に受け入れられることになる原則、すなわち、universitasそのものは、全員がut universitas(団体により)つまり社団の集会で社団の形で行為する場合に限って犯罪を犯す(delinquire)という原則が対置される。さらに、法律行為におけると同様に不法行為には多数による全体の代理及び代理権を有するコレギウム(例。都市参事会)による代理が認められる」。故に、(S.234.)「ユスティニアヌス法典に一致して、こういった場合にはコルポラツィオンに対する不当利得



返還請求の訴えが行われただけではなく、少なくとも、不法行為が全体により指図され、又は事後になって承認されるときは、社団そのものに行為責任が直接に帰せられるはずであった。

同一の原則が教会にも、教会概念の当時の見方に特徴的な流儀で適用を見た。ところが、そこでは *delictum personae non nocet ecclesiae* (教会は人の犯罪で害されず)、*ecclesia non patitur damnum propter culpam praelati* (先位者の犯罪のゆえに教会は損害を受けず) というカノンの規則が優先される (S.235.)。因みに、既にここにカノンの社団論の根幹が示されている。

既に述べたように、注釈学派は法人の観念を知らない。しかし、ここでは既に、団体そのものの不法行為能力が承認され、それが成立する要件が提示されたという意味で重要である。この論点は、カノン法学において喫緊の課題を帯びて浮上し、かつ、争われる。

(以下次号)