HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	Gai. Inst. 3. 149 について　－ローマ法における法概念の性質－
Author(s)	石川, 真人
Citation	北大法学論集, 44(6), 401-436
Issue Date	1994-03-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15566
Type	bulletin (article)
File Information	44(6)_p401-436.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

Gai. Inst. 3. 149について

――ローマ法における法概念の性質――

石川真人

一　序
二　ムキウス―セルウィウス論争
三　Wieackerによる古典文献の再構成
（一）『サビヌス注解』
（二）『告示注解』
四　ムキウス―セルウィウス論争についてのWieacker説
五　結びにかえて

一　序

Wieacker[1] によれば、クイントゥス・ムキウス・スカエウォラ[2]により創設された法学説はセルウィウス・スルピキウス・ルフス[3]により「主題化され」(thematisiert)、しばしばこれがその後の法学説の「指標となった」(massgebend)。Wieacker のいわゆる「主題化」ないし「問題設定」(Problematisierung) とは、構成要件（重要事実）の取捨選択による事案の法的構成のことであり、「主題化」ないし「問題設定」されることにより、事件の「判定理由」(rationes decidendi) は、直接に実践的な行為関心から独立した認識意図の対象となるのであるが[4]、その典型的な例として挙げられるのが[5]、Gai. Inst. 3. 149 に見られる「大問題」(magna quaestio)、すなわち「組合[6]の本質」(natura societatis) に関するムキウスとセルウィウスの論争である。

そこで本稿は、右の Wieacker の叙述について筆者なりに具体的イメージをもつため、これまで紹介のなかった Gai. Inst. 3. 149 におけるムキウス―セルウィウス論争を取り上げ、その解釈についての現代ローマ法研究の学説[7]の紹介を通して、古代ローマ法における法概念の性質の一端を明らかにすることを目的とする。

本稿の構成は以下のとおりである。まず二では、Gai. Inst. 3. 149 に関する史料的問題（欠缺の補充、他の史料との整合性）およびムキウス―セルウィウス論争の内容を紹介する。次に三では、四の叙述を理解する前提として、「組合」の発展史に関する Wieacker 説の基本的部分――『サビヌス注解』と『告示注解』の再構成――を紹介する。四では、三の叙述を前提として、ムキウス―セルウィウス論争の解釈に関する Wieacker 説を紹介し、さらにこれに対する批判と Wieacker による反論を紹介する。最後に五では、筆者なりのまとめを行なう。

二　ムキウス―セルウィウス論争

ガイウスの『法学提要』[8]に次のような叙述が見られる。

Gai. Inst. 3. 149: ある者がより大きな利益を得て、より小さな損失を負うというような組合が結ばれうるか否かという大問題が生じた。クイントゥス・ムキウスはこれを〈?〉見解が有力となった――かような合意により彼を組合に加入させるのが公平であるほどに彼の労務が高価であると観ぜられる場合だけは

かような組合が結ばれうると判定し、さらに進んで、ある者が損害をまったく負わず、しかし利益の一部を得るというような組合も結ばれうると述べている。なぜなら、ある者の労務はしばしば金銭と同じ価値をもつのだから、一方が金銭を提供し、他方は提供せず、しかし利益は彼らの間で共通とするというようにも組合が結ばれうることは確定しているからである。

ヴェロナ写本には欠缺はないらしい[9]が、〈?〉で示した部分には明らかに文章が欠落している。ところで、ユスティニアヌヌ帝の『法学提要』[10]に次のような叙述が見られる。

Inst. 3. 25. 2: 次のような合意につき問題となった。すなわち、ティティウスとセイウスの間で、ティティウスに利益の三分の二と損失の三分の一が属し、セイウスに損失の三分の二と利益の三分の一が属するという約束がなされた場合に、この合意を有効と認めるべきか否かという問題である。クイントゥス・ムキウスは、かような約束は組合の本質に反し、それゆえ有効と認めるべきでないと判定した。セルウィウス・スルピキウスは――彼の見解が有力になった――〔ムキウスとは〕反対に判断する。なぜなら、組合においてはしばしば、ある者達の労務は、彼らをよりよい条件で組合に加入させるのが正当であるほどに高価だからである。すなわち、一方が金銭を提供し、他方が提供せず、しかし利益は両者の間で共通とするというようにも組合が結ばれうることに疑問はない。なぜなら、ある者の労務はしばしば金銭と同じ価値をもつからである。セルウィウス・スルピキウスはクイントゥス・ムキウスの見解に反してさらに論じる。ある者が利益の一部を受け取り、損害を負担しないという合意も可能であろう、と。このことは彼自身も自らの見解に一致するものと考えた。ただし、これ〔利益〕は次のように理解されなければならない。すなわち、ある行為で利益が、別の行為で損害が生じた場合は〔損害が〕差し引かれた後に残っているものが利益であると考えられる。

後者が真正であれば前者の欠缺は「クイントゥス・ムキウスはこれを〈組合の本質に反するものと見るが、セルウィウス・スルピキウスは――彼の〉見解が有力になった――」とでも補充されることになろうが[11]、後者については改竄（インテルポラチオ）説と真正説が対立している。

改竄説[12]の最大の論拠は前者においてムキウスの理由づけが欠けている点にある。すなわち、後二世紀に書かれたガイウスの『法学提要』には存在せず、後六世紀に編纂されたユスティニアヌヌ帝の『法学提要』にだけ見られることが後に改竄された証拠とされる。これに対し真正説[13]は後者のほうがむしろ古典的であるとする。すなわち、ガイウス法文におけるセルウィウス説とユスティニアヌス帝の『法学提要』におけるそれとを比較すると、前者にあっては、同一組合員に対し損益が不均衡に分

配される合意が有効とされるのは、かような合意により彼を組合に加入させるのが公平であるほどに彼の労務が高価であると考えられる場合だけである。換言すれば、個人の労務の特別な価値は損益の不均衡な分配を許すための条件となっており、その存否は審判人がその都度これを調べる必要がある。これに対し、後者にあっては、ある組合員の労務の特別な価値は損益の不均衡な分配を許すための理由となっており、審判人は労務がかような合意を許すほどに高価かどうかを調べる必要はなく、組合員の間でかような合意があったかどうかだけを調べればよい。両法文における以上のようなセルウィウス説の違いを、契約法における合意の自由という古典期の原則[14]――これに対立するのは給付と反対給付の等価性という後世典期の原則――に照らしてみれば、後者のほうが古典的ということになる。

このように後者については真正説と改竄説が対立しており、両説の対立がなお止揚されていないため、ガイウス法文の欠缺がどのように補充されるべきかは不明であるが、ここで注目すべきなのは、後者が真正か改竄か（ムキウスが「組合の本質に反する」という理由づけを実際に用いているかどうか）よりも、むしろムキウスとセルウィウスの法概念の違いであろう。すなわち、組合という法概念につきムキウスとセルウィウスはいわば正反対の見解を示しているが、法概念が法家ごとにこれほど大きく異なっているとすれば、法概念とは決して明確なものではなく、相対的で曖昧なものであると考えられる[15]。

もっとも、損益の分配を均等にする組合が有効であることは、セルウィルスはもちろんムキウスも承認するであろうし、他方で、一人の組合員だけが利益を得るいわゆる「獅子組合[16]」(societas leonia) が無効であることについては、ムキウスはもちろんセルウィウスにも異論はなかろう。すなわち、法概念は多くの場合（典型事例）には法家により差がないが、限界事例においては曖昧である（開かれている）と言える[17]。

ところで、両法文と一見矛盾する叙述が『学説彙纂[18]』に見られる。

Paul. D. 17. 2. 30 (6 Sab.): ムキウスは〔『市民法』〕一四巻で、各組合員が損害と利益の割合を別々にするというようには組合は結びえないと書いている。セルウィウスはムキウスに注釈して述べる。かような組合は結びえない、なぜなら、あらゆる損害が差し引かれなければ利益の額は不明であるし、あらゆる利益が差し引かれなければ損害の額は不明であるからである、と。しかし、利益、すなわちあらゆる損害を差し引いた後に残っているものの一部が得られ、同様に〔あらゆる利益を差し引いた後に〕残っている損害の、利益とは異なる一部が負担されると

いうように組合を結ぶことはできる。

ガイウス法文と『法学提要』法文においてはセルウィウスはムキウスに反対しているのに、本法文においてはセルウィウスは何故ムキウスに賛成しているのであろうか。

本法文については古くから様々な説が唱えられている。[19] すなわち、セルウィウスの理由づけ（「なぜなら」以下）は理由になっていないとして理解に苦しむ説[20]、セルウィウスはムキウスを誤解しているという説[21]、パウルスの文章を『学説彙纂』の編纂者が改竄したという説[22]、等々であるが、この矛盾を古典法家や『学説彙纂』の編纂者の所為にせず、ガイウス法文および『法学提要』法文と本パウルス法文を整合的に解釈する説[23]もある。この説によれば本法文は次のように解される。損益の割合を不均衡にする組合は、組合の本質に反し無効である（ムキウス）ばかりでなく、セルウィウスによれば概念的に成立しない。なぜなら、一個の行為において利益と損害が同時に存在することはありえず、ありうるのは利益か損害かのどちらか一方だからである。すなわち、損益を不均衡に分配する合意が一個の行為の清算に関する限りでは、かような組合は不公平なものとして否定される（ムキウス）だけでなく、論理矛盾・概念矛盾する（セルウィウス）のである。だからこそセルウィウスはムキウスの結論に賛成し、かような組合は結びえないとする。しかし、法文の後半でセルウィウスは別の見解を示す。すなわち、一個の行為ではなく別々の行為についての合意であれば、損益の不均衡な分配も可能である、と。まさにこの点で、セルウィウスはムキウスを修正しているのである。

かような解釈の傾向はすでに注釈学派において見られる。[24]

CONTRAHI (Ioannes): それゆえムキウスは、この〔損益の不均衡な分配の〕合意を組合の本質に反するものとして否定した。これに対しセルウィウスは、一つの組合に利益と損害は〔同時には〕存在しえないとしてこの合意を否定した。

以上のように解すれば本パウルス法文はガイウス法文および『法学提要』法文と矛盾なく整合的に理解することができる。[25]

三　Wieacker による古典文献の再構成

ムキウスが組合員間における損益の不均衡な分配の合意を許さない（いわば「組合」概念に包摂しない）のに対し、セルウィウスが一定の場合にこれを許す（包摂する）理由は何であろうか。その理由については Wieacker が仮説を提示しているが、[26]

これを理解する前提としてWieacker説の基本的部分をまず見ておくことにする。

Wieacker説の基本的部分とは、古典文献の再構成（パリンゲネシア）の部分である。[27] 本稿では丹念にこれを紹介することにする。その第一の理由は、ムキウス―セルウィウス論争についてのWieacker説を理解するには、その基本的部分の理解が必要不可欠であるにもかかわらず、従来の研究においてはその紹介が行なわれていないからであるが、より重要な第二の理由は、Wieackerによる再構成の作業が、個別的事案の中に一般的準則を見、一般的準則の中に個別的事案を見るという法学的思考様式の古典的形態を見事に具現しているように思われるからである。[28] すなわち、以下で見るようにWieackerの作業は、ウルピアヌス、パウルス、ポンポニウスの三大『サビヌス注解』からサビヌス『市民法』の文章を再構成するというものであるが、大部分の史料でサビヌスの文章が明らかでないため、再構成の作業は、事案の変奏曲(Fallvariante)を展開する『サビヌス注解』（いわば判決に相当する）から主旋律としてのサビヌス『市民法』（いわば条文に相当する）を論理的に（前述の意味で法学的に）推論するというものにならざるをえず、逆に再構成の結果、原則としてのサビヌス『市民法』と、これを基に個別的事案の解決を図る『サビヌス注解』との関係が明らかとなるのである。

（一）『サビヌス注解』

史料が伝えるのは一見、諾成契約としてのsocietasだけのように見えるが、Wieackerによれば、由来を異にする二種類のsocietasが認められる。それはすなわち、合意に基づかない市民法上のsocietasと、他人間の合意に基づく諾成契約としてのsocietasである。[29]

『学説彙纂』一七巻二章「組合訴権について」は、第五二法文を境にして二つの部分に大別され、前半部分では市民法体系が、後半部分では告示注解体系が支配的であるが、[30] まず前者につきWieackerは三大『サビヌス注解』（ウルピアヌス三〇巻、パウルス六巻、ポンポニウス一二巻、一三巻）からサビヌス『市民法』の再構成を試みる。

サビヌス『市民法』の最初の文章は次の法文に見られる。

Ulp. D. 17. 2. 7 (30 Sab): 簡単に〔無条件で〕も組合を結びうる。取り決めがない場合にも、利益から生じることすべてについて組合が結ばれたものと観ぜられる。[31]

最初の文章がサビヌスのものであることはWieacker説の登場以前から一般に承認されていた[32]が、Wieackerによれば第二の文章もまたサビヌスの文章である。なぜなら、サビヌスの「利益」(quaestus)にパウルスが注釈している(Fr. 8, Fr. 10, Fr. 12)からであり、さらにサビヌスが相続、遺贈、死因・生前贈与を「利益」に数えていないことをウルピアヌスが引用している(Fr. 9)からである。当然のことながらサビヌス『市民法』は、彼がsocietasと呼ぶところの市民法上の関係の成立根拠からその叙述が始まっているのである[33]。

サビヌスの叙述は組合結成時の取り決めに進む。

Ulp. D. 17. 2. 14 (30 Sab.): 組合員の間で一定期間は共有物を分割しないと合意された場合に、組合から抜けられないと合意されたものとは観ぜられない。

Wieackerによれば、この文章がサビヌスのものであることは、これに続く箇所でポンポニウスがサビヌスの「合意する」(convenire)に注釈していること[34]、さらに三大『サビヌス注解』がいずれも組合の「解散通告」(renuntiatio)を論じている(Fr. 16, Fr. 17, Fr. 18)ことからわかる。本法文から、サビヌスが共有物不分割の合意と組合終了の合意を区別していること、彼が組合に必要な要素として共有物の存在を前提としている——古典期にはありえない前提である——こと、彼が組合の「解散通告」のことを「組合から抜ける」(abire societate)と呼んでいることが明らかとなる[35]。

ところで、共有物不分割の合意についてはウルピアヌスの叙述がある。

Ulp. D. 17. 2. 16. 1 (30 Sab.): 〔共有物を〕分割しないと合意した者はそれゆえ正当な理由がない限りこれを売却しえず、またこれとは異なる方法で分割を実現することもできない。

この文章がサビヌスのものである可能性も十分にあり、そう解したほうがWieacker説に有利であるが、それよりも重要なこととしてWieackerが指摘するのは、サビヌス(少なくとも『サビヌス注解』の著者達)が解散通告だけでなく共有物の現実的分割を組合の解散と呼んでいること、それゆえ解散通告の排除が「分割しないという合意」(pactum ne dividatur)と理解されていることである[36]。

サビヌスはさらに共有財産に対する組合員の処分権について論じる。

Ulp. D. 50. 17. 26 (30 Sab.): 他人〔共有者〕の意に反して〔共者物を〕譲渡しうる者は、彼〔他人〕が不知でも不在でもこれをなしうる。

Wieackerによれば本法文はFr. 16. 1（前掲）に続くものである。ここでサビヌスは個々の組合員による共有財産の自由な処分について述べているが、この場合にガイウスがコンソルチウムないし法律訴訟による模倣コンソルチウムをもっぱら念頭に置いていた（つまり、共有財産とはもっぱら相続財産を意味していた）ことがガイウス『法学提要』新断片の発見[37]により明らかになった[38]。

Gai. Inst. 3. 154: 我々がここで論じている組合、すなわち単なる合意により結ばれる組合は万民法に属し、それゆえ自然の掟によりあらゆる人々の間に存在する。154a: しかし、これとは別種の、ローマ市民に固有の組合が存在する。というのも、家長の死亡後に自権相続人の間で、合法的で同時に自然的な組合がかつて存在したからである。これはercto non cito、すなわち「分割されない所有権〔による組合〕」と呼ばれた。erctumとは所有権のことで、それゆえ所有者はerusと呼ばれる。cireとは分割することで、それゆえ我々はこれをcaedere, secare, dividere〔いずれも「分ける」の意〕と言う。154b: これと同じ組合を欲する他の〔自権相続人以外の〕者も、法務官の面前に法律訴訟を提起することによりこれを模倣することができた。この兄弟の組合、あるいは自権相続人たる兄弟の例に倣って組合を結んだそれ以外の者達の組合に固有なことは……。

組合結成時の取り決めに関するものとして、さらに次の法文がある[39]。

Pomp. D. 17. 2. 59. pr. (12 Sab.): 組合は組合員の死亡により消滅する。したがって、相続人を組合に承継させることを最初から約束することはできない。サビヌスはこれを私的な組合について述べているが、これに対し徴税人組合にあたっては……。

サビヌスの叙述は、組合結成時の取り決めに続き、ある組合員が単独で（他の組合員の同意なく）第三者を組合に加入させた場合の法律関係に進む。

Ulp. D. 17. 2. 19 (30 Sab.): 組合員として受け入れられた者は、彼を受け入れた者に対してのみ組合員である。

これがサビヌスの文章であることは、直後の「正しくも」(et recte)というウルピアヌスの注釈[40]からというよりも、むしろサビヌスの「受け入れた」(admisit)にポンポニウスが注釈している(Fr. 23. pr.)[41]こと、同じくサビヌスの「受け入れた」をめぐり、ウルピアヌスやパウルスが第三の組合員により利益あるいは損害が組合にもたらされた場合のことを論じている(Fr. 23. 1, Fr. 25, D. 16. 2. 6)ことからわかる。いずれの法文においても加入を許された者に対する・彼を単独で受け入れた者の責任の問題が論じられており、そこでは第三者が共有者でない

ことが前提となっている。[42]

さらに、史料には伝承されていないが、サビヌス『市民法』に「いかにして組合が結ばれるか」(quomodo coitur societas) という章が存在していたことが推測される。

Ulp. D. 19. 5. 13 (30 Sab.): 〔一定の価額〕より多く売った分については君が得るようにとの条件で一定の価額で売却されるべき物を私が君に与えたという場合は、委任訴権も組合訴権も成立せず、事務管理訴権に準じる事実訴権が与えられる。なぜなら、委任は無償でなければならない〔がこの場合はそうでない〕からであり、また売却につき君を組合員として受け入れず一定の価額を受け取る者〔私〕にあっては組合を結んだとは観ぜられないからである。ユリアヌスは『ディゲスタ』一一巻で次のように書いている。君が私の土地に建物を建てた後に君は私に持分を返却するとの条件で私が君に土地を与えたという場合、これは売買ではない。私が受け取るのは売買代金ではなく私の物の一部だからである。委任でもない。無償でないからである。組合でもない。組合を結ぶことにより誰も所有者であることをやめない〔がこの場合はそうでない〕からである。しかし、教育されるべき未成熟奴隷あるいは養われるべき家畜あるいは養われるべき未成熟奴隷を私が君に与え、数年後に未成熟奴隷あるいは家畜を売却し、その価額を我々の間で共有とするという場合は、土地について述べたのとは事情が異なる。なぜなら、この場合かつての所有者〔私〕は所有者であることをやめていないからである。したがって、組合訴権が行なわれる。しかし、たとえば私が未成熟奴隷の所有権を君に移転した場合は、所有権は第一の所有者〔私〕に及んでいないのだから、ユリアヌスは土地について述べたのと同じことを言うであろう。それは何か。ユリアヌスは事実訴権が与えられるべしと言う。それはすなわち前書訴権である。したがって、土地自体あるいはその価額を共有とするという条件で、ある者が土地の所有権を移転せず、君が〔その土地に〕建物を建てることを許したという場合、これは組合であろう。所有権の一部を移転し一部を移転せず、あとは同じ条件で建築を許した場合も同様である。

本法文では組合訴権の限界（その指標は所者権が留保されているか否か）が論じられているが、次の法文もこの失われた章に属する。[43]

Ulp. D. 17. 2. 29. 1 (30 Sab.): 〔組合員の〕一方が損害をまったく負担せず、しかし利益は共通とするというように組合を結びうるとカッシウスは判定する。しかし、かような組合は、サビヌスも書いているように、労務が損害と同じ価値を有する場合にのみ有効であろう。

本法文に続く数箇所 (Fr. 31, Fr. 35, Fr. 36, Fr. 37) は Wieacker によれば非古典的であり、[44] サビヌスの叙述は訴権に関する問題へと進む。

Paul. D. 17. 2. 27 (6 Sab.): 組合存続中に負われた債務は、組合終了後に支払われるにもかかわらず、すべて共有財産から支払われるべきである。[45]

本法文でサビヌスは組合訴権による清算について論じているが、Wieacker によれば、サビヌスは組合訴権についてだけでなく共有物分割訴権一般についても論じている。すなわち、サビヌスにとっては、彼が societas と呼ぶところのあらゆる共有関係と、その関係から生じうる訴権が問題であった。というのは、本法文におけるサビヌスの文章につながるのは共有物分割訴権に共通する叙述 (Ulp. D. 10. 2. 43, D. 10. 3. 3, D. 10. 3. 21; Pomp. D. 3. 4. 9, D. 10. 2. 45, D. 13. 3. 20, D. 11. 2. 1; Paul. D. 10. 2. 44, D. 10. 3. 19)[46] だからである。『学説彙纂』の編纂者は、本来は一体であった素材（組合訴権）から共有物分割訴権に関する諸法文を抜き出し、これらを適当な場所（『学説彙纂』一〇巻二章「家産分割訴権について」および一〇巻三章「共有物分割訴権について」）に移し、その結果、一七巻二章「組合訴権について」には訴訟法上の担保問答契約に関する法文 (Fr.38.1)[47] と訴権競合に関する諸法文（後述）が残されたのである。[48]

訴権競合につき、組合訴権と共有物分割訴権の競合を扱うサビヌスの文章は存在せず、[49] サビヌスの叙述は組合訴権と窃盗訴権の競合から始まる。

Ulp. D. 17. 2. 45 (30 Sab.): ある組合員が〔共有物を〕詐欺によりあるいは悪意により横領した場合は、彼は共有物を原因として窃盗訴権により訴求されうる。

この文章がサビヌスのものであることは、本法文と直接つながる法文 (Fr. 51) が組合訴権と窃盗訴権の競合を論じていること、そして、両法文の間に訴権競合にかかわる諸法文 —— Fr. 45, Fr. 46:[50] 組合訴権と窃盗訴権、Fr. 47. pr.:[51] 組合訴権と窃盗を原因とする不当利得、Fr. 47. 1, Fr. 48, Fr. 50:[52] 組合訴権とアクィリウス法訴権（いずれの法文もサビヌスの命題の一般化ないし限定にかかわる）—— が見られることからわかる。[53]

サビヌスの叙述はいったん、合意によらない市民法上の組合から全財産の組合へと転じる。[54]

Ulp. D. 17. 2. 52. 18 (31 ed.): 逆に、全財産の組合員が人格権訴訟において有責判決を受け、ある物〔損害額〕を給付しなければならないという場合に、彼が共有物からこれを得て〔原告に〕給付しうるか否かが父祖達にあっても問題とされる。アティリキヌス、サビヌス、カッシウスは、彼が審判人の不法により有責判決を受けた場合は彼は〔共有物から損害額を〕得るが、彼自身の不法により〔有責判決を受けた〕場合は彼自身が損害を

負担しなければならないと解答している。

しかし、次の法文でサビヌスは再び市民法上の組合を前提にしている。

Ulp. D. 17. 2. 53 (30 Sab.): 窃盗あるいは他の悪行により得られたものを組合に持ち込んでならないことは明らかである。

Wieacker によれば、サビヌスが本法文の直前で人格権訴訟で組合員が有責判決を受けた場合の清算方法について論じていることは明らかであり、そのことが本法文の前提となり、さらに敗訴の分担に関する三大『サビヌス注解』の叙述 (Fr. 54, Fr. 55, Fr. 56) の動機ともなっている。[55]

サビヌス『市民法』の最後の痕跡は次の法文に見られる。

Ulp. D. 17. 2. 63. pr. (31 ed.): 〔組合員が〕無資力にならないように、彼らが支払いうるところのもの、あるいは彼らが悪意で行なったところのものについて有責判決がなされるべきであるとサビヌスに観ぜられたことは、当該組合員が全財産の組合員ではなく一つの事務の組合員であったとしても正しい。

本法文はいわゆる「生活資保留の利益」(beneficium competentiae) にかかわるものであるが、Wieacker によればサビヌスは本法文においても（実は前掲 Fr. 52. 18 も同様）まずもってコンソルチウムを扱っているのであり、後の『サビヌス注解』に至って初めてサビヌスの命題があらゆる類型の組合へと拡大されたのである。[56]

以上のような再構成から Wieacker[57] は、サビヌス『市民法』が非常に論理的で明確な章立てであったことが明らかになったとする。すなわち、合意によらない全財産共同体（コンソルチウムないし模倣コンソルチウム）の成立、組合結成時の取り決め、とりわけ共有物不分割の合意、共有財産の譲渡、ある組合員が他の組合員の同意なく第三者を組合に加入させた場合の法律関係、組合員間における損益の不均衡な分配の合意が論じられる。以上のサビヌス『市民法』の「第一部」に続き「第二部」では、全財産共同体から生じうる訴権につき、訴訟上の担保問答契約、組合訴権と窃盗訴権の競合、組合員が有責判決を受けた場合の清算、そして最後に生活資保留の利益が論じられる。

以上見てきたような Wieacker の分析により明らかになった史料の重層性（主旋律としてのサビヌス『市民法』と、事案の変奏曲を展開する『サビヌス注解』が層をなしていること）が示すことをひとまず筆者なりに整理するならば、サビヌスがまずもって念頭に置いていたのは諾成契約としての societas ではなく家共同体 (Hausgemeinschaft) に由来する関係であったが、後の『サビヌス注解』の著者達は、サビヌスが念頭に置いてい

たような伝統的 societas 観念が彼らの時代にはすでに消滅していたにもかかわらず、サビヌス『市民法』の諸命題を否定することなく、むしろこれを前提として彼らが直面した問題を解決しようとした、ということになろうか。[58]

（二）『告示注解』

以上見てきたような『学説彙纂』一七巻二章「組合訴権について」の前半部分の再構成の成果を『学説彙纂』一〇巻二章「家産分割訴権について」および一〇巻三章「共有物分割訴権について」について再検証した[59]後、Wieacker は後半部分の再構成へと向かう。

前述したように、第五二法文を境にして前半部分では市民法体系が、後半部分では告示注解体系が支配的であるが、前半部分では三大『サビヌス注解』からサビヌス『市民法』が再構成されたのに対し、後半部分では三大『告示注解』（ウルピアヌス三一巻、パウルス三二巻、ガイウス一〇巻）から告示（方式書）の文言そのものが再構成されるわけではない。その内容は Wieacker 説の登場以前からすでに明らかになっている。[60]

「問題の全財産の組合を原告が被告と結んだが故に、被告が原告に（一方が他方に）対し誠意により与え為す（給付する?）ことを要するものは何であれ、少なくとも被告がなしうるところのものにつき、審判人は被告が原告に対し有責と判決せよ。明らかでない場合は免責と判決せよ」（Quod As As Cum No No Societatem Omnium Bonorum Coiit, Q. D. R. A., Quidquid Ob Eam Rem Nm Nm Ao Ao (Alterum Alteri) Dare Facere (Praestare?) Oportet Ex Fide Bona, Dumtaxat Quod Ns Ns Facere Potest, Eius Iudex Nm Nm Ao Ao C. S. N. P. A.）

このうち「問題の～結んだが故に」の部分が「請求原因表示」(demonstratio)、「被告が～何であれ」の部分が「請求表示」(intentio)、「少なくとも～免責と判決せよ」の部分が「判決」(condemnatio) ――このうち「少なくとも被告がなしうるところのものにつき」の部分は「生活資保留の利益」(beneficium competentiae) ――という方式書の構成部分[61]に該当するが、三大『告示注解』の叙述はこれらの構成部分に対応し、方式書の各文言につき注釈（その内容は個別的事案）を展開する。

本章三の冒頭で述べたのと同じ理由[62]から Wieacker による史料の再構成を個々の法文に即して見ることにするが、その前に Wieacker[63] が指摘する告示注解体系の全体的特徴をここでまとめておく。第一の特徴は、「請求原因表示」にかかわる叙述が『学

説彙纂』の編纂者の手で意識的に破壊されており、その結果、圧倒的に数多く残されているのは「請求表示」にかかわる法文であること、第二の特徴は、サビヌスが societas と呼ぶところの全財産共同体の成立、継続、解消はもはや問題となっていないが、しかし諾成契約としての societas もまた問題となっていないことである。

まず、大部分が破壊されている「請求原因表示」にかかわる法文を見る。Wieacker によれば、ウルピアヌス『告示注解』[64]三一巻の叙述は、組合の成立根拠と組合訴権への正当化を吟味する次の法文から始まる。[65]

Ulp. D. 17. 2. 5 (31 ed.): 組合は、全財産について、あるいはなんらかの業務について、あるいは徴税について、あるいは一つの事柄についても結ばれる。同じ財産状態にない者の間でも、組合は有効に結ばれうる。なぜなら、より貧しい者は通常、財産を〔より豊かな者と〕比較して彼に欠けている分を労務〔提供〕により補充するからである。しかし、贈与を原因とする組合は結びえない。

次の法文は本法文と同じ脈絡（組合の成立）に属する。[66]

Ulp. D. 17. 2. 52. pr. (31 ed.): 二人の隣人に隣接する土地が売りに出された。彼らのうちの一方〔A〕が他方〔B〕に対し、彼〔B〕がその土地を購入し、自分〔A〕の土地に隣接する部分を彼〔A〕に譲渡するようにもちかけたが、その後、彼〔A〕は隣人〔B〕の知らない間にその土地を購入した。隣人〔B〕は彼〔A〕に対しなんらかの訴権をもつか否かが問題となる。ユリアヌスは事実の問題が含まれていると書いている。すなわち、ルキウス・ティティウスの土地を隣人〔B〕が購入し、私〔A〕と共有にするという意図であったにすぎないのであれば、土地を購入した私〔A〕に対し隣人〔B〕にはなんらの訴権も許されない。これに対し、いわば共通の事務が管理されたということであれば、私〔A〕は組合訴権に拘束され、その結果、私〔A〕がかつて〔Bに〕委任した分を差し引いた後に残っている分を私〔A〕は君〔B〕に給付する。

次の法文がこれに続く。[67]

Ulp. D. 17. 2. 20 (31 ed.): なぜなら、私の組合員の組合員は私の組合員ではないからである。

本法文[68]では、ある組合員（「私の組合員」）が他の組合員（「私」）の同意なく第三者を組合に加入させた場合に、加入に同意していない他の組合員が組合訴権の被告にならないことが論じられているが、Wieacker によれば、次の三法文は本法文と同じ脈絡（被告適格）に属する。[69]

Ulp. D. 17. 2. 44 (31 ed.): 君が真珠を一〇で売ったときは君は私に一〇を返却し、それ以上で売ったときは君はそれを超える分

を得るという条件で私が君に売却されるべき真珠を与えたという場合は、組合を結ぶ意図であったのなら組合訴権が行なわれるが、そうでなければ前書訴権が行なわれると私〔ウルピアヌス〕には観ぜられる。

Ulp. D. 17. 2. 52. 7 (31 ed.): 同様に『解答録』三巻でパピニアヌスは、次の事案につき鑑定を求められ解答したと述べている。フラウィウス・ウィクトルとベリクス・アシアヌスが、ウィクトルの金で買った土地にアシアヌスの労務と技術により記念碑を建築し、これを売却した後、ウィクトルは最初に出した額より多くの金を得て、組合に労務を提供したアシアヌスが余剰分を得ると合意した場合は、組合訴権が行なわれる。

Ulp. D. 17. 2. 52. 14 (31 ed.): 同一人間で複数の組合が結ばれた場合にすべての組合について一つの裁判で足りることは確定している。

以上が「請求原因表示」にかかわる法文であり、これら以外の法文はほぼすべて「請求表示」にかかわる。Wieacker が指摘する告示注解体系の第一の特徴、すなわち「請求原因表示」にかかわる叙述が『学説彙纂』の編纂者の手により破壊されていることは、「請求表示」にかかわる法文（後述）の数と比べて「請求原因表示」にかかわる法文の数が極端に少ないこと、しかもその多くが前半部分（市民法体系）に組み込まれている――後半部分に出てくるのは Fr. 52. pr., Fr. 52. 7, Fr. 52. 14 であるが、これらも「請求表示」の体系に組み込まれており、「請求原因表示」についてはまとまった叙述が存在しない――ことから確認されよう。

何故『学説彙纂』の編纂者は古典期の『告示注解』における「請求原因表示」の体系を破壊したのであろうか。[70] Wieacker によればそれは、組合の成立に関する古典期の理論が後古典期の理論（諾成契約説ないし意思主義）と異なっていたために、古典期の理論をそのままでは採用しえなかった（裏を返せば古典期の理論は諾成契約説ではなかった）からである。

次に「請求表示」にかかわる法文を見る。Wieacker によれば、ウルピアヌス『告示注解』三一巻の「請求表示」にかかわる叙述は次の法文から始まる。[71]

Ulp. D. 17. 2. 52. 1 (31 ed.): 組合訴権では誠意が問題となる。

前述のように、組合訴権の方式書の「請求表示」の文言は「被告が原告に（一方が他方に）対し誠意により与え為す（給付する？）ことを要するものは何であれ」であり、これにかかわる叙述、すなわち具体的請求内容（「誠意により与え為す（給付する？）こと」とは何か）についての叙述が本法文から始まると同時に、本法文を境にして「組合訴権について」は前半部分

と後半部分に二分される。

次の二法文が本法文に直接つながる。[72]

Ulp. D. 17. 2. 52. 2 (31 ed.): 組合員は悪意の責任だけを負わなければならないのか、それとも過失の責任をも負わなければならないのか。ケルススは『ディゲスタ』七巻で組合員は互いに悪意および過失の責任を負うべきであると書いている。ケルススいわく、組合結成時において一方〔の組合員〕が熟練労働あるいは単純労働〔の提供〕を約束した場合、たとえば共同で養われるべき家蓄または土地を我々が農夫に与え、果実を共通に得ようとする場合は、当然ながら過失の責任も負われるべきである。なぜなら、単純労働に対する報酬は熟練労働を覆い隠すものだからである。[73] ある組合員が共有物に対し損害を与えた場合にも、ケルススは過失責任を承認する。

Ulp. D. 17. 2. 52. 3 (31 ed.): 組合員は知らない間に生じる損害、すなわち不可避的損害を負う必要はない。それゆえ、委託された家蓄が〔ある組合員に〕与えられ、その家蓄が強盗により、あるいは火事により死んだ場合は、委託された家蓄を受け取った者の悪意または過失によりそれが生じたのでない限り、損害は共通である。これに対し盗人により家畜が盗まれた場合は、損害は彼〔家蓄を受け取った組合員〕だけが負担する。なぜなら、委託された家蓄を受け取った者は保管責任を負わなければならなかったからである。以上のこと〔ケルススの見解〕は正当であり、組合を結ぶために養われるべき家蓄が与えられた場合は、たとえそれが委託物であったとしても、組合訴権が行なわれる。

ここでは「誠意」と相関関係にある「悪意」(dolus) が論じられ、さらにこれが「保管責任」[74] (custodia) の議論へとつながっている。Wieacker によれば、この二法文に Fr. 49, Fr. 26, Fr. 24[75] (いずれも前半部分に組み込まれている法文) が続き、[76] さらに次の法文が続く。

Ulp. D. 17. 2. 52. 4 (31 ed.): ある者達が古着屋〔の組合〕を結んだ。彼らのうちの一人が商品調達のため旅に出たが、強盗の手に落ちた。彼はもっていた金を失い、彼の奴隷は傷つけられ、彼自身の財産も失った。ユリアヌスは言う。損害は共通であり、それゆえ、共通の名で〔組合のために〕商品を調達する目的で旅に出なかったなら当該組合員が所持していなかったであろうところの金銭および財産については〔他の組合員は〕組合訴権により損害の半分を負担すべきである、と。しかし、医者に医療費が支出された場合にも、組合員は割合に応じてこれを負担すべきであるとユリアヌスはきわめて正当に判定する。それゆえ、船が難破してある物が失われた場合も、通常それが船で運搬される商品であるときは、両方〔の組合員〕が損害を負担する。なぜなら、利益と同様に、組合員の過失により生じた損害もまた共通でなければならないからである。

本法文と次の二法文の間には欠缺が見られる。ウルピアヌス

の注釈が「誠意により」[77]についてから「要する」についてへと移行しているからである。

Ulp. D. 17. 2. 52. 5 (31 ed.): 二人の両替商が組合を結び、彼らのうちの一方が両替商の業務とは別に、ある物を得て利益が生じた場合に、利益を共有とすべきか否かがかつて問題となった。皇帝セウェルスはフラウィウス・フェリクスに対し次のように勅答した。たとえ両替商の組合が結ばれたとしても、両替商の原因からでなく組合員が得た物は共有財産には属さない、と。

Ulp. D. 17. 2. 52. 6 (31 ed.): さらにパピニアヌスは『解答録』三巻で言う。利益と損害を共通にするため兄弟が両親の遺産を不分割のままで維持する場合は、他の方法で〔遺産以外から〕得た物はこれを共有財産に持ち戻す必要はない、と。

本法文に続く諸法文（Fr. 52. 8–13）は見通しがきかず、本来の脈絡を発見するのは困難とされるが、Wieacker は兄弟（自権相続人）間の分割されない相続財産（コンソルチウム）がウルピアヌスの叙述の動機となっていると推定する。[78]

Wieacker によれば、全財産の組合が念頭に置かれた新しい節「法律行為および訴訟に由来する損益の清算」が次の法文から始まる。[79]

Ulp. D. 17. 2. 52. 16 (31 ed.): 全財産の組合員はあらゆる物を組合に持ち込むべきであるとネラティウスは言う。それゆえ、彼に加えられた損害が人格権侵害によるものであれアクィリウス法によるものであれ、あるいはそれが彼自身の身体に加えられたものであれ家子の身体に加えられたものであれ、彼はそれを〔組合に〕持ち込むべきであるとネラティウスは解答した。

Ulp. D. 17. 2. 52. 17 (31 ed.): 全財産の組合員は禁止された原因に基づいて得た物を組合に持ち込むことを強制されないとネラティウスは言う。

Ulp. D. 17. 2. 52. 18 (31 ed.): 逆に、全財産の組合員が人格権訴訟において有責判決を受け、ある物〔損害額〕を給付しなければならないという場合に、彼が共有物からこれを得て〔原告に〕給付しうるか否かが父祖達にあっても問題とされる。アティリキヌス、サビヌス、カッシウスは、彼が審判人の不法により有責判決を受けた場合は彼は〔共有物から損害額を〕得るが、彼自身の不法により〔有責判決を受けた〕場合は彼自身が損害を負担しなければならないと解答している。アウフィディウスはセルウィウスが次のように解答したと伝えているが、セルウィウスの説はこれ〔アティリキヌスらの説〕と一致する。すなわち、〔全〕財産の組合員の一人が審判人手続に出頭しなかったために有責判決を受けた場合は、彼はこれを共有物から得てはならないが、しかし彼が〔審判人手続に〕出頭し審判員の不法を受けた場合は、これは共有物から賠償されるべきである、と。

続いてウルピアヌスの注釈は、費用および損害の清算へと

移る。[80]

Ulp. D. 17. 2. 52. 15 (31 ed.): 組合員のうちのある者が組合のために、たとえば商品調達のために旅に出た場合は、その事柄に出費された費用だけを彼は組合の計算に加える。したがって、宿泊の費用、廐の費用、または自分自身あるいは自分の荷物あるいは商品を運ぶための役畜荷車の費用を彼は正当に組合の計算に加える。[81]

Ulp. D. 17. 2. 58. pr. (31 ed.): ある者が組合に持ち込んだ物が消失した場合に組合訴権が可能か否かが考慮されるべきである。この問題はケルススの『ディゲスタ』七巻において、コルネリウス・フェリクスに対する勅答に関して次のように論じられている。すなわち、君が私の馬を受け取り、四頭立ての馬車〔を作り、これ〕を君が売却し、代金の中から四分の一を君が私に返却すると合意されたが、売却する前に私の馬が死んだ場合は、ケルススいわく、組合はもはや存続せず、君の馬の代金の中から君が一部〔私の馬の部分〕を負担することはないと彼は判定する、と。なぜなら、四頭立ての馬車を所有するためではなく、売却するために組合が結ばれたからである。これに対し、四頭立ての馬車を作り、これを共有とし、このうち君が四分の三をもち、私が四分の一をもつと合意されたと言えるような場合は、我々がなお組合員であることに疑問はない。

Ulp. D. 17. 2. 58. 1 (31 ed.): 同様に、我々が商品調達のために金銭を〔組合に〕持ち込み、私の金銭が消失した場合に、その金銭が誰から消失するか〔誰が危険を負担するか〕をケルススは論じる。ケルススいわく、拠出の後に金銭が消失した場合は、組合が結ばれなければ金銭の消失はなかったのであるから、金銭は両者から消失する。たとえば、商品調達のために金銭が外国に運び出されて消失した場合がこれである。これに対し、君が金銭の拠出をすでに決定はしたが、拠出の前に金銭が消失した場合は、君がその〔組合訴権の〕名で得るものは何もないとケルススは言う。なぜなら、組合のために金銭が消失したのではないからである。

Ulp. D. 17. 2. 58. 2 (31 ed.): 家子が組合を結び、その後家長から解放された場合に、同一の組合が存続するのか、それとも解放後に偶然それが組合として存続したときにそれとは別の組合が存在するのかがユリアヌスにおいて問題とされる。ユリアヌスは『ディゲスタ』一四巻で同一の組合が存続すると書いている。なぜなら、これらの契約においては開始が考慮されるべきだからである。しかし、ユリアヌスいわく〔この場合〕二つの訴権により訴求されうる。すなわち、一方は家長を被告とする、他方は家子を被告とする訴権がこれである。家長を被告とする訴権は、解放前に経過した期間について〔のみ〕提起されうる。なぜなら、解放後に組合が存続した期間については、家長は何も給付する義務を負わないからである。これに対し家子を被告とする訴権は、いずれの期間についても、すなわち組合〔存続

期間〕全体について提起されうる。なぜなら、ユリアヌスいわく、家子の組合員が家子の解放後に悪意で行なったことについては家長にではなく家子に訴権が与えられるべきだからである。Ulp. D. 17. 2. 58. 3 (31 ed.): 私の奴隷がティティウスと組合を結び、その後〔私は奴隷を譲渡したが〕譲渡された奴隷は同じ組合に留まったという場合は、奴隷の譲渡により第一の組合は終了し、新たに第二の組合が開始すると言うことができる。そしてそれゆえ、私に対しても〔奴隷の〕買主に対しても組合訴権が成立し、同様に、譲渡の前に発生した原因については私を被告としても買主を被告としても訴権が与えられる。しかし、その他の原因については買主に対してのみ訴権が与えられる。

以上が「請求表示」にかかわる法文であるが、Wieacker が指摘する告示注解体系の第二の特徴、すなわちサビヌスが societas と呼ぶところの全財産共同体の成立、継続、解消はもはや問題となっていないが、しかし諾成契約としての societas もまた問題となっていないことは、societas が諾成契約であれば当然論じられているはずの問題（出資請求）がまったく論じられておらず、もっぱら問題になっているのは組合（しかもまずもって念頭に置かれているのは全財産の組合）の清算であることから確認されよう。[82]

Wieacker によれば、諾成契約としての societas は（サビヌス『市民法』においてはもちろん）『告示注解』においてもまだ知られていなかったのである。[83]

以上のような Wieacker による『サビヌス注解』と『告示注解』の再構成の意義が、その方法[84]や結論[85]にあるというよりも、むしろその内実（具体と抽象の往復という本章三の冒頭で述べた意味での法学的作業）にあると思われたため、丹念にこれを紹介してきたが、次に再び Gai. Inst. 3. 149 に戻り、再構成の成果を前提としたガイウス法文の解釈についての Wieacker 説を見ることとする。

四　ムキウス—セルウィウス論争についての Wieacker 説

古典文献の再構成（本稿三）を主要な論拠[86]として Wieacker は、societas とは本来、諾成契約としての営利組合ではなく家共同体に由来する関係であったとし、societas の歴史を人法的関係から財産法的関係への発展と捉える。[87] ムキウス—セルウィウス論争もこの societas の発展史の中の象徴的な一場面として理解される。すなわち、ムキウスが組合員間における損益の不

均衡な分配の合意を否定するのに対し、セルウィウスはこれを肯定する（本稿二）のであるが、Wieacker[88]によれば、この相違の理由は両者の組合観念の新旧に求められる。すなわち、ムキウスはなお伝統的 societas 観念をもっていた（サビヌス『市民法』に見られる伝統的 societas 観念はムキウス『市民法』に由来するとされる[89]）ため、損益の分配は一対一に限るという（コンソルチウムにもっとも近い）組合観念から一歩踏み出してはいる（たとえば組合員Aが損益の三分の二を負担・享受し、組合員Bが三分の一を負担・享受するという合意は、ムキウスにあっては有効とされる）ものの、損益の不均衡な分配の合意までは許すことができなかったのに対し、セルウィウスにあってはこのような伝統的 societas 観念はもはや消滅していたため、損益の不均衡な分配の合意は有効とされ、ムキウス以来の伝統的法学説の基礎を（「主題化」ないし「問題設定」により）揺るがす革新的法学説として登場したセルウィウス説（ないし彼の societas 観念）がその後の古典法家達の支持を得ることになった（「指標となった」）のである。

ムキウスとセルウィウスの組合観念の相違がより具体的に現われるのは、Wieacker によればとりわけ労務のみを提供する組合員の労務に対する評価の違い（組合解散時の清算方法の違い）においてであるが、これについて見る前に、理解を容易にするため、ガイウス法文を再掲することにする。なお、前述（本稿一）の「欠落」は補充してある。

Gai. Inst. 3. 149: ある者がより大きな利益を得て、より小さな損失を負うというような組合が結ばれうるか否かという大問題が生じた。クイントゥス・ムキウスはこれを〈組合の本質に反するものと見るが、セルウィウス・スルピキウスは――彼の〉見解が有力となった――かような合意により彼を組合に加入させるのが公平であるほどに彼の労務が高価であると観ぜられる場合だけはかような組合が結ばれうると判定し、さらに進んで、ある者が損害をまったく負わず、しかし利益の一部を得るというような組合も結ばれうると述べている。なぜなら、ある者の労務はしばしば金銭と同じ価値をもつのだから、一方が金銭を提供し、他方は提供せず、しかし利益は彼らの間で共通とするというようにも組合が結ばれうることは確定しているからである。

Wieacker は本法文を次のように解する。すなわち、セルウィウスによれば、ある組合員の労務が非常に高価である場合[90]は、損益の不均衡な分配の合意が有効とされるのみならず、その組合員が損害をまったく負担せず利益の一部を得るという合意もまた有効とされるが、その際用いられる理由づけは「ある者の

労務はしばしば金銭と同じ価値をもつのだから」である。このことは、ムキウスがセルウィウスとは逆に「労務は金銭と同じ価値をもたない」と考えていたことを示している。したがって、ムキウスにあっては、組合結成時の財産（出資）と組合解散時の財産との差額が利益ないし損害と理解され、労務の評価はそこに入ってこないことになる。とすれば、セルウィウスにあっては逆に、労務提供が出資と計算されることになる。組合員の労務を積極的に評価することは、とりわけ労務のみを提供する組合員の社会的地位の向上につながることになり、その意味でムキウスとセルウィウスの論争は、まさに当時の「大問題」だったのである、[91]と。

ところで、ガイウス法文についての以上のようなWieacker説に対して、Horakによる以下のような批判があるので、次にこれを見ることとする。

Wieacker説の前提になっているのは、ムキウスの時代に行なわれていた清算方法が労務提供者にとって不公平であったということであるが、実は不公平ではないのである。すなわち、一人の組合員が金銭を出資し、他の組合員が労務を提供し、両者が同じ価値を有するとき、まず利益が生じた（出資額と清算時の組合財産の額の差がプラスになった）場合は、これを二人で分け合うのが公平であり、次に利益が生じなかった（出資額と清算時の額が同じだった）場合は、労務提供者は無償で働いたことになるが、金銭提供者もまた無償で出資したことになり、さらに損害が生じた（出資額と清算時の額の差がマイナスになった）場合は、労務提供者と金銭提供者が双方で損害を負担するのが公平である。ところがWieackerは「利益は分け合い、しかし労務提供者に損害を負担させないのが公平である」[92]と言う。Wieacker説は、損害が発生した場合に、金銭提供者は無償で出資し同時に損害も負担しなければならないのに対し、出資と同じ価値を有する労務を提供する者は損害を負担することなく労務を無償で提供することを意味するが、これでは労務と出資の等置ではなく労務の過大評価である。たとえば、二人の組合員が三〇の金銭を出資し、一人の組合員が三〇の金銭に相当する労務を提供した場合、Wieackerによれば清算時の組合財産が九〇以上になって初めて利益が生じたと見ることになろうが、しかし実際は清算時の組合財産が六〇以上になっていれば利益が生じたことになり、これが三人の組合員に分配されるのである。ただ、労務が特別な価値を有する場合については、労務提供者を有利にするのが公平であり、これを認めたのがセルウィウス説である。ところで、ローマでは組合契約と雇用契

約の混合契約といったような類型の構成は回避されたが、他方で、特別な価値を有する労務に報いる必要もある。そこでセルウィウスは、損益の不均衡な分配を許すことでこれを考慮に入れようとした。すなわち、セルウィウスの改革の動機は、Wieacker の言うように労務の計算方法の改善にあったのではなく、雑種的な法的構成を嫌ったことにあったのではないか、と。(93)

この批判に対し Wieacker は次のように反論する。利益も損害も生じなかった（出資額と清算時の額が同じだった）場合に、ムキウスの清算方法では、金銭提供者と異なり、労務提供者は彼の提供した労務を清算できない（だから不公平である）というのがセルウィウスの考量であったとする Wieacker 説に対し、Horak は金銭提供者もまた無償で出資したとするが、これが意味するのは金銭提供者は無利子で出資したということにすぎない。これに対し労務提供者は、彼の労務を無償で出資したのみならず、出資と同価値の労務を失ったのである。したがって、たとえば組合員Aと組合員Bが三〇の金銭を出資し、組合員Cが三〇の金銭に相当する労務を提供した場合、清算時の組合財産六〇（ムキウスの見解だと利益も損害も生じていない状態）からAとBがそれぞれ三〇ずつ得るのに、Cが何も得ないというのはやはり不公平である。この場合は九〇－六〇＝三〇の損害が生じているのであって、この損害はABCがそれぞれ一〇ずつ負担すべき（清算方法としてはABCがそれぞれ組合財産から二〇ずつ得るべき）である。セルウィウスの「ある者の労務はしばしば金銭と同じ価値をもつのだから」という理由づけはまさにこのことを言っているのである。さらに、セルウィウスの「ある者が損害をまったく負担せず、しかし利益の一部を得るというような組合も結ばれうる」という結論は次のことを考慮に入れている。すなわち、組合員Aと組合員Bが三〇の金銭を出資し、組合員Cが三〇の金銭に相当する労務を提供したが、清算時の組合財産がゼロとなった場合、ムキウスの清算方法だと、六〇の損害が生じたことにより、Cはそのうち二〇を負担しなければならない（清算方法としてはCはAとBにそれぞれ一〇ずつ給付しなければならない）のに対し、セルウィウスの清算方法だと、九〇の損害が生じたことになるが、Cはすでに三〇の労務を提供しているため、AとBに給付する必要はないことになる。(94)

以上のように、Horak の批判にもかかわらず、ガイウス法文（ムキウス―セルウィウス論争）の解釈について Wieacker は自説を堅持しているのである。

五　結びにかえて

最後に本稿の結びとしてムキウス―セルウィウス論争についてのWieacker説とHorak説の対立の意味を筆者なりにまとめておく。

HorakのWieacker批判は清算方法の妥当性という非常に細かい技術的論点にかかわるものであり、Wieackerはその詳細な反論の動機を「事案のおもしろさの故に」[95]と言う。しかし、両者の見解の対立は、より一般的な論点への拡がりをもつようにも思われる。一般的な論点とは、法概念と事実の距離感である。すなわち、Wieackerが法概念と社会的実体の関係を比較的近いものとして捉える（「労務提供者の社会的地位の向上」）のに対し、Horakは法概念の一体性ないし独立性を比較的重視する（「雑種的な法的構成の回避」）。

これを社会・経済史的解釈（Wieacker）と法学内在的解釈（Horak）の対立[96]と整理することも可能であるが、両者の相違点を強調する前に、まず両者の共通点を確認しておく必要があろう。

第一に法概念一般について、Wieackerはかつて次のように述べている。

「その〔ローマ法学に欠けている一般的・抽象的概念の〕ほか概念と呼べるものが存在することは確かであり、その精確性と濃縮性によりローマ法学は格別の評判すら得ている。所有権、占有、債務、相続、贈与、問答契約〔といった概念〕がこれである。しかしながら、これらの形象物は〔精確性や濃縮性とは〕別の論理的・理論的構造をもっている。これらの一部は、単に古い形式行為（たとえば遺言、遺贈、問答契約）であるが、しかし一部は、古来の学芸伝承という形で形成されてきた法家の言明という慣習的なものを直観的に表象したもの〔目に見えるようにしたもの〕なのである。あたかもそれは、確固たる〔皆が認める〕手作業的（技術的あるいは医学的とも言える）専門概念が議論の余地なく確定していることについての法家の経験が概念の中に凝縮されているようなものである。たとえば質あるいは要物契約といった形象物が創造的表象物としての性格をもつこと、そしてこれら〔形象物〕が、ある専門文化の客観化された〔目に見えるようになった〕表象としてシンボル類似のものであることは、すでにイェーリングが正当に見て取った。この理由からローマの法概念は、現代のそれと比べて、シンボルがもつ枯渇することのない多産性をより強く有するのである。[97]」

Horak はこの叙述（とりわけ最初の文章）から Wieacker が法概念の明確性を主張していると理解し、典型事例については ともかく限界事例については法概念は曖昧である（曖昧だから こそ開かれており、そこに様々な事実が取り込まれ、法概念が重層的となる余地がある）と批判するのであるが、筆者には Wieacker の真意がそこにあるとは思われない。これに続く叙述（個別的事案に即した古典法家の法創造）から見ても、Wieacker の真意は前半部分（法概念の明確性）にあるのではなく、後半部分（事案集積のシンボルとしての法概念とそれゆえの創造性）にあると理解すべきものと思われる。その意味で Horak の批判は一面的であり、それゆえ両者の対立は決定的なものではない。[99]

第二に societas 概念について、コンソルチウムから営利組合へという societas 観念の大きな展開と、その中へムキウス―セルウィウス論争を位置づけること自体については Horak は Wieacker 説を批判しておらず、むしろこれを当然の前提にしている。

ムキウス―セルウィウス論争の解釈についての両者の見解の対立はその先にあるが、これについては、とりわけ法概念と事実を安易に結びつけず、セルウィウスはムキウス説を原則として維持しつつ例外を付け加えたと解する点で、Horak 説は一般論としては捨て難いものの、具体と抽象の往復という法学的作業（本稿三）とこれを基にした個別的事案の解釈（本稿四）とが有機体的に結びついている（この二つが結局は一体化している）点で Wieacker 説がより説得力をもつように思われる。

本稿の目的は、一の冒頭でふれた Wieacker のいわゆる「主題化」ないし「問題設定」について具体的イメージをもつことにあったが、結果としては、個別的事案の中に一般的準則を見、一般的準則の中に個別的事案を見る（その意味で法概念とは類型的なものでしかありえない）という法学的思考様式の古典的形態[100]を societas という法概念について再確認したにすぎない。

(1) Wieacker, Römische Rechtsgeschichte I, 1988, S. 603（紹介：小菅芳太郎『国家学会雑誌』一〇五巻三・四号（一九九二）一三七頁）.

(2) Q・ムキウスと彼の生きた時代につき林智良「神官クィーントゥス・ムキウス・スカエウォラ Quintus Mucius Scaevola Pontifex と共和政末期ローマ――『国家の第一人者 principes civitatis』としての軌跡を追って――」『法学論叢』一二九巻六号（一九九一）六〇頁参照。なお、「本来ならば、Sc.〔筆者注：ムキウスのこと〕の法学史

上の位置づけについての議論を彼の対社会的行動の軌跡と同時に考察すべきである」（七五頁注4）ことについては筆者も同感であるが、この二つの視点の両立は容易でなく、本稿では林論文が留保する法学史的観点からの考察をまず試みることとした。

（3）セルウィウスと彼の生きた時代につき林智良「セルウィウス・スルピキウス・ルーフス Servius Sulpicius Rufus と共和政末期ローマ――彼の法学者像と政治家像をめぐって――（一）（二・完）」『法学論叢』一二五巻一号（一九八九）五六頁、同二号（一九八九）六二頁参照。さらに同「アルフェーヌス・ヴァールス Alfenus Varus と共和政末期ローマ――セルウィウス・スルピキウス・ルーフスとの比較から――」『法学論叢』一二六巻三号（一九八九）八六頁も参照。

（4）Wieacker, Zur Rolle des Arguments in der römischen Jurisprudenz, in: FS für M. Kaser zum 70. Geburtstag, 1976, S. 6ff., 小菅芳太郎「テルトゥリアヌスの法学（覚書）」『北大法学論集』四〇巻五・六号（一九九〇）一六七九頁および一七〇二頁注23参照。なお、古典法家（セルウィウス）による事案の法的構成の意義につき、拙稿「Alf. D. 39. 2. 43. 1-2 (2 dig.) について――ローマ法における法学的構成の一例――」『法学雑誌』四〇巻二号（一九九四）掲載予定参照。

（5）Wieacker, a. a. O. (A. 1) S. 603, A. 53.

（6）ローマ組合法については原田慶吉『ローマ法（改訂版）』（有斐閣、一九五五）一九六頁、船田享二『ローマ法（改訂版）第三巻』（岩波書店、一九七〇）二〇六頁、カーザー（柴田光蔵訳）『ローマ私法概説』（創文社、一九七九）三五七頁などの一般的文献のほか、石本雅男「羅馬法における Societas 概念とその機能（一）（二・完）」『法と経済』三巻二号（一九三五）五一頁、三号（一九三五）三九頁、来栖三郎「共同相続財産に就いて――特に合有論の批判を兼ねて――（一）」『法学協会雑誌』五六巻二号（一九三八）二四三頁、瀧澤栄治「ローマ法における組合訴権の一機能――組合存続中の組合訴権に関する一考察――」『法政研究』五一巻二号（一九八五）三五九頁（瀧澤論文につき口石久美子『法制史研究』三六号（一九八七）四三一頁（書評）も参照）があるが、本稿で取り上げるムキウス―セルウィウス論争（Gai. Inst. 3. 149）について詳論する邦語文献は見当らない。欧語文献についてはさしあたり次注7参照。なお、直接「組合」を論ずるものではないが、誠意訴訟で保護される諸関係（ここに「組合」も含まれる）の多くを占める古ローマ的信義関係の由来についての Wieacker の構想を紹介する文献として小菅芳太郎「ルプリア法――名誉法の一問題点――」『北大法学論集』一五巻三号（一九六五）四八四頁注48がある。

さらに本稿注29対応本文、注37、注58、注85も参照。

(7) 主に参照したのは次の文献である。Wieacker, Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft, 1936, Horak, Rationes Decidendi, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo, 1969（紹介：拙稿『国家学会雑誌』一〇五巻三・四号（一九九二）一四三頁）, S. 158ff., Wieacker, Rationes Decidendi, SZ 88, 1971, S. 339ff.. 以下 Wieacker, Societas; Horak, Rationes; Wieacker, SZ と引用する。その他の略語は Kaser, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl., 1971, XIX-XXX に従う。

(8) 訳出にあたっては船田享二訳『ガイウス法学提要（新版）』（有斐閣、一九六七）二一五頁以下、The Institutes of Gaius, Translated with an Introduction by Gordon and Robinson, 1988, p. 351 を参照した。

(9) Horak, Rationes, S. 158.

(10) 訳出にあたっては末松謙澄訳『ユスチーニアーヌス帝欽定羅馬法学提要（改訂増補第三版）』（有斐閣、一九一六）四〇三頁以下、Corpus Iuris Civilis, 1. Bd., übersetzt von Behrends, Knütel, Kupisch und Seiler, 1990, S. 188 を参照した。

(11) 船田・前掲訳書（注8）二一五頁も同様の補充を行なう。

(12) Pringsheim, SD 1, 1938, S. 78ff., Wieacker, Societas, S. 267 など参照。

(13) Horak, Rationes, S. 161f.（もっとも、Horak は必ずしも真正説それ自体を主張しているわけではなく、その主眼は法概念の相対性に向けられている。後注17参照）, Wieacker, SZ, S. 346（かつて改竄説を唱えた Wieacker も（前注12参照）本論文では――インテルポラチオ研究華やかなりし当時ではなく――現在なら真正説を支持するであろうとする。ただし「条件」と「理由」の違いから後者を古典的とする Horak の説を読み込みすぎと批判する（S. 346, A. 3a））など参照。比較的古い真正説として、Maschi, La concezione naturalistica del diritto e degli istitui giuridici romani, 1937, pp. 94（筆者未見、船田・前掲訳書（注8）三三三頁、Horak, Rationes, S. 161 による）がある。

(14) ローマ契約法における合意の自由という古典期の原則（これについては原田・前掲書（注6）一七二頁参照）およびこれに対立する給付と反対給付の等価性という後古典期の原則につき Horak, Rationes, S. 159, A. 43 が引用する Arangio-Ruiz, La societa in diritto romano, 1950, pp. 101 参照。この点については、本書の書評である Wieacker, SZ 69, 1952, S. 497 も――古典期の組合像については、これを伝統的コンソルチウムからの発展と捉える Wieacker 説（後述）と、これを諾成契約と捉える Arangio-Ruiz 説が根本的に対立する（なお、本稿ではも

っぱらムキウスとセルウィルス（共和政末期）の組合概念を問題にするため、古典期の組合に関するWieackerとArangio-Ruizの論争には立ち入らない。これについては瀧澤・前掲論文（注6）三六六頁以下参照）にもかかわらず――同意する。

(15) Horak, Rationes, S. 161f..

(16) いわゆる「獅子組合」につき、さしあたり原田・前掲書（注6）一九七頁、船田・前掲書（注6）二一四頁、柴田・前掲書（注6）三五八頁参照。

(17) ローマ法における法概念の性質につきHorak, Rationes, S. 149, S. 169f., 前掲拙稿（注7）一四六頁下段参照。なお、筆者は同箇所で、Horakの主張が「法概念の中心部は直観的に把握しうる（だからB［Begründungen］も不要）ほどに明確である（この点は有力説と同じ）が、周辺部はぼやけていて、事案に応じてその都度変わりうる相対的なものであり、だからこそ（たとえ不完全でも）Bが必要なのだという点にある」としたが、法概念を中心部と周辺部に分けて説明した点は読み込みすぎであった（Horakはそのようには言っていない）ので本文で述べたように訂正する。さらに後注28および対応本文も参照。より一般的には、ハート（矢崎光圀監訳）『法の概念』（みすず書房、一九七八）など参照。

(18) 本法文および『学説彙纂』一七巻二章「組合訴権について」の諸法文の訳出にあたっては江南義之訳『「学説彙纂」の日本語への翻訳（1）』（信山社、一九九二。初出は『神奈川法学』二二巻三号（一九八七）九九頁）四〇三頁以下を参照した。

(19) 以下で掲げる諸学説はHorak, Rationes, S. 162ff. による。

(20) Wieacker, Societas, S. 263f..

(21) Beseler, SD 4, 1938, S. 206.

(22) Di Marzo, Bull. 45, 1938, p. 265.

(23) Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III, 7. Aufl., 1876, S. 471f.

(24) テキストはHorak, Rationes, S. 163, A. 63による。

(25) Horak, Rationes, S. 163.

(26) Wieacker, Societas, S. 261ff., S. 267f.（後述）.

(27) ここでSocietas論文の構成をごく簡単に示しておく。序論では人法的関係から財産法的関係への発展というsocietasの発展史の概括的な見取図が示され、第一章では史料の再構成が行なわれ、第二章では「合意」(convenire)について検討され、第三章ではガイウス『法学提要』新断片の発見（後述）を契機としてsocietasの起源が論じられ、第四章では古典期の組合の諸形態が歴史的に位置づけられ、第五章では後古典期の諸成契約理論が扱われる。筆者の理解では第一章で行なわれた史料の再構成

の成果が societas に関する様々な論点（ここにGai. Inst. 3. 149の解釈も含まれる）についてのWieacker 説の出発点ないし基礎となっている。

(28) Savigny, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 30f.. この点につき山田晟「サヴィニーにおける慣習法」『法学協会雑誌』八六巻一号（一九五〇）一一頁以下、ネル（青井秀夫・西村重雄共訳）「サヴィニーの『生きた直観』」『法学』四五巻六号（一九八二）八九九頁以下参照。さらに小菅芳太郎「レスプブリカ（共和的国制）と法学」『北大法学論集』三六巻五・六号（一九八六）一八二一頁も参照。なお、エールリッヒがかような法学を理想とし、その理想像を古典ローマ法に見たことにつき拙訳「エールリッヒ『自由な法発見と自由法学』」『北大法学論集』三九巻一号（一九八八）一五三頁および拙稿「法曹法の歴史的基礎づけ――エールリッヒの法源論――（一）（二・完）」『北大法学論集』四一巻三号（一九九一）一〇五一頁、同四号（一九九一）一四六一頁参照。さらに、かような類型的（法概念とは類型的なものでしかありえないという）思考様式の現代ローマ法研究における位置づけとその現代的意義につき拙稿「『類型論』の原点――D・ネル著『区分と列挙』を手がかりにして――」『北大法学論集』四一巻五・六号（一九九一）二五五頁参照。とりわけ最後の拙稿につき児玉寛「覚書・ローマ慣習法論――法源理論再考・第一――」『法学雑誌』三八巻三・四号（一九九二）七三三頁（とりわけ注17、注29、注36）も参照。

(29) Wieacker, Societas, S. 24. なお、由来を異にする二種類の societas があることにつき、さしあたり後注85の引用文献、後注37、後注58、後注87対応本文参照。

(30) Wieacker, Societas, S. 38f.. なお、市民法体系（群）および告示注解体系と並ぶパピニアヌス体系（この点につき Kunkel, Römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1967, S.159f., 柴田光蔵「ローマ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』（東大出版会、一九七六）四七頁注25参照）は『学説彙纂』一七巻二章「組合訴権について」にあっては最後のほうに若干の法文があるにすぎず、圧倒的に支配的なのは市民法体系（前半部分）と告示注解体系（後半部分）である。市民法体系の全体像およびその変遷につき吉野悟「ローマの『法学提要』における人の法の成立（一）（二）」『法学雑誌』二一巻一号（一九七四）一頁、同二号（一九七四）二一三頁、告示注解につき吉原・後掲論文（注60）参照。

(31) 本法文に始まるウルピアヌスの注釈の前提となっているのは、条件付で組合を結びうるか否かという問題である。Wieacker, Societas, S. 45, C. 4. 37. 6.

(32) Lenel, Sabinussystem, Sonderabdruck aus der Festgabe

für R. von Jhering, Strassburg, 1892, S. 62 (Wieacker, Societas, S. 45, A. 2 による) など。

(33) Wieacker, Societas, S. 45.

(34) 参考のため関連部分を訳出しておく。

Ulp. D. 17. 2. 14 (30 Sab): 〔組合から〕抜けられないと合意した場合、この合意は有効か否か。ポンポニウスはかような合意は無効であると見事に書いている。なぜなら、かような合意がない場合にも組合に対し不時に解散通告がなされれば組合訴権が成立するが、一定期間組合から抜けられないと合意し、期間満了前に解散通告がなされた場合にもこの解散通告には理由があるからである。すなわち、組合が結ばれたときの条件が成就しなかったという理由で解散通告を行なう者は組合訴権の被告にならない。では……。

(35) Wieacker, Societas, S. 45f..

(36) Wieacker, Societas, S. 46.

(37) 一九三三年のガイウス『法学提要』新断片発見（船田・前掲訳書（注8）六二頁参照）が Wieacker の Societas 論文執筆の動機にもなり（Societas, S. 5）、Wieacker は本法文に見られる「分割されない所有権〔による組合〕」、すなわち自権相続人によるコンソルチウムおよびそれ以外の者による模倣コンソルチウムについて詳論する（Societas, S. 126ff.）が、本稿では立ち入らない。これについては船田・前掲書（注6）二〇七頁以下および二一〇頁注七、吉野悟「古代ローマにおける『最近宗族』の法的地位」『専修大学論集』二〇号（一九五九）二六頁、小菅芳太郎「ロオマ早期の家（学説管見）」『法制史研究』一八号（一九六八）一頁参照。

(38) Wieacker, Societas, S. 46.

(39) Wieacker, Societas, S. 46f..

(40) 本文に掲げた文章がサビヌスのもので、これにウルピアヌスが「サビヌスの見解は正しい」と注釈しているとすれば、et recte は Wieacker 説に有利な根拠となりうるようにも見えるが、Wieacker, Societas, S. 47 によれば et recte は問題の箇所である。何が問題なのか Wieacker は詳論していないが、筆者の推定では、一つにはテキストの問題がある（et を cum あるいは ut とするテキストがある）こと、一つには古典期の組合は売買や賃約といった諾成契約とは異なる・委任（委任については「ローマ法国際シンポジウム」（一九九一年九月、九州大学）における諸報告をまとめた論文集 Mandatum und Verwandtes, 1993 参照。本稿との関連では、とりわけ信義の関係を基本に委任を考察する Nörr 論文参照）や事務管理に近い・敗訴の効果として「破廉恥」(infamia) の汚点がつく・信義に基づく関係であるとする Wieacker の全体構想（これについても本稿では立ち入らない。小菅・前掲論文（注6）四八四頁以下、瀧澤・前掲論文（注6）三七〇頁以

下参照）と本法文が矛盾すること――現に本法文の後半部分につき Wieacker はインテルポラチオの可能性を示唆する（Societas, S. 101）――が考えられる。

(41) Ulp. D. 17. 2. 23. pr. (30 Sab.): 彼〔組合に受け入れられた者＝C〕が無資力の場合に、彼〔単独でCを組合に加入させた者＝B〕は自らの訴権を〔他の〕組合員達〔Aら〕に譲渡し、その結果、彼ら〔Aら〕にそれ以上のものを給付しないことで足りるのか、それとも彼ら〔Aら〕を無損害にする必要があるのかにつき、ポンポニウスは疑問とする。私〔ウルピアヌス〕も彼〔B〕は彼が単独で受け入れた者〔C〕の名で拘束されると考える。彼〔B〕が過失により〔Cを〕受け入れたことを否定するのは困難だからである。

本法文につき Wieacker, Societas, S. 47, A. 4 は、インテルポラチオが多いため（詳しくは Ind. Int. 参照）ポンポニウスがサビヌスの「受け入れた」に注釈していること以外は不明であるとする。しかし、本法文は次のように理解することも可能であると思われる。Bが負った債務は本来、BがAに対し訴権を行使することにより清算されうるが、BがAの同意なくCを組合に加入させた本件においては、CはAの組合員ではない（AとBの間、BとCの間に二個の組合が存在する）のだから、Cが負った債務につきBはAに対し組合訴権を行使しえない（Cの債務はBだけが負担する）ことについてはおそらく争いがなく、問題はAの出資がどうなるかにある。つまり、ポンポニウスが述べる第一の説だと、BがCに対しても組合訴権をAに譲渡しても、Cが無資力であるため、結局Aは出資を失うことになるのに対し、第二の説だと、BはAの出資を担保しなければならず、Aは出資を失わない。ウルピアヌスは（第一の説のほうが論理的ではあるけれども）第二の説を支持し、結果としてはBに使用者責任類似の責任が認められることになった、と。

(42) Wieacker, Societas, S. 47.

(43) Wieacker, Societas, S. 47f.. Societas, S. 48 によればさらに前掲（二の本文）Fr. 30 もこの失われた章に属する。

(44) もっとも Wieacker によれば、これら後古典的な法文の中から古典的な文脈を発見することはさほど困難ではない。たとえば Fr. 31 においては、サビヌスが societas の名の下であらゆる共有関係を扱っていたからこそ、ウルピアヌスは契約に基づかない偶然の共有と共有物のない組合とを区別しえたのである（Societas, S. 48）。

(45) 本法文は訴訟上の担保問答契約にかかわる。参考のため、本法文のこれに続く部分と、Wieacker が引用する（Societas, S. 48）関連法文を掲げておく。

Paul. D. 17. 2. 27 (6 Sab.): それゆえ、あることを条件付きで約束し、組合解散後にこの条件が成就した場合は、共有財産から支払われるべきである。同じくそれゆえ、組合が一時

的に解散する場合は、担保問答契約が締結されなければならない。

Paul. D. 17. 2. 38 pr. (6 Sab.): 組合訴権における裁定人は、組合から生じるであろう将来の損益についての担保問答契約〔の締結〕に注意する必要がある。サビヌスはこれをすべての誠意訴訟――それが一般的なもの（たとえば組合、事務管理、後見）であれ個別的なもの（たとえば委任、使用貸借、寄託）であれ――につき判定した。

(46)『学説彙纂』一〇巻につき江南・前掲訳書（注18）三三頁以下（初出は『神奈川法学』九巻一号（一九七三）七七頁、同三号（一九七四）六三頁）、三巻につき春木一郎訳『ユースティーニアーヌス帝学説彙纂プロータ』（有斐閣、一九三八）二八九頁以下、一三巻につき江南・同書一九五頁以下（初出は『神奈川法学』一八巻三号（一九八三）一三九頁）、一一巻につき江南・同書八五頁以下参照。

(47) 前注45参照。

(48) Wieacker, Societas, S. 48f..

(49) Societas, S. 49 によれば組合訴権と共有物分割訴権の競合を論じる法文は次のパウルス法文だけである。

Paul. D. 17. 2. 38. 1 (6 Sab.): 私が君と組合を結び、組合に基づく共有財産が存在する場合、プロクルスいわく、私が共有財産に対し支払った費用あるいは君が共有物から得た果実は、組合訴権によりあるいは共有物分割訴権により私は〔君に〕これを請求しうる。そして、一方の訴権〔行使〕により他方は消滅する。

サビヌスが両訴権の競合を論じていないことは、両訴権は本来は一体であった（だからサビヌスにあっては両訴権の競合は問題になりえない）とする Wieacker 説に有利な証拠となりうる。

ところで、組合訴権と共有物分割訴権は一方の訴権行使により他方が消滅するとされる本法文に対し、次のウルピアヌス法文においては正反対の叙述が見られる。

Ulp. D. 17. 2. 43 (28 ed.): 共有物分割訴権が提起されても組合訴権は消滅しない。なぜなら、組合訴権は債務名義をもち、裁定権限付与を許さない〔という違いがある〕からである。しかし、その後〔共有物分割訴権が提起された後〕組合訴権が提起される場合は、この訴権〔組合訴権〕により原告は、第一の訴権〔共有物分割訴権〕により彼が得た額よりも少ない額〔組合訴権により得るであろう額と共有物分割訴権により得た額との差額〕を得る。

本ウルピアヌス法文は、サビヌス『市民法』の再構成のために Wieacker が主たる分析対象としている『サビヌス注解』三〇巻ではなく『告示注解』に属し、しかも組合訴権が扱われる『告示注解』三一巻（その再構成については後述する）ではなく使用貸借が扱われる（Lenel,

Palin. 参照）二八巻に属する法文であるためにWieackerの分析対象から外れているのであり、Wieackerが本法文を見落しているわけではない。また仮に、パウルス法文とウルピアヌス法文との間に矛盾があったとしても、サビヌス『市民法』の再構成を目指すWieacker説の当否に直接の関係はない。

ちなみに、両法文の整合的解釈についてはすでにバシリカにおいて問題とされていた。Heimbach I, S. 745 参照。ステファノスによれば、パウルス法文は、組合訴権に拘束されるすべてのレスについてでなく、組合訴権か共有物分割訴権かのいずれかが提起されうるところのレスについて述べている。すなわち、後者にあっては一方の訴権行使により他方は消滅する（パウルス法文）が、一方の訴権でしか訴求されえないレスにあっては一方の訴権行使により他方は消滅せず、だからこそウルピアヌスは、組合訴権が提起されても共有物分割訴権は消滅しないと述べている（なお、現在伝わる史料とステファノスの記述を比べると訴権の順番が逆であるが、本稿では立ち入らない）のである。

この説明に対し、Levy, Konkurrenz der Aktionen und Personen II, 1992, S. 139は、ステファノスの説は後古典期の実体法的思考の説明になっても、古典期の訴権法的思考の説明にはならないと批判し、両訴権はレスが異なる（ウルピアヌス法文の「なぜなら」以下参照）ため、原則的には一方の訴権行使により他方は消滅しない（ウルピアヌス法文）が、例外的に（抗弁により訴訟上）消滅する（パウルス法文）という（後注52で述べる組合訴権とアクィリウス法訴権の競合と同様の）関係にあると解する。

(50) Ulp. D. 17. 2. 45 (30 Sab.): 〔共有物を横領した組合員は窃盗訴権と同様に〕組合訴権にも拘束されており、一方の訴権行使により他方は消滅しない。同じことはあらゆる誠意訴訟について言うことができる。

Paul. D. 17. 2. 46 (6 Sab.): 小作人も、事務管理者も、我々の委任を行なった者も、さらに後見人も同様である。

これらの法文から、組合訴権と窃盗訴権は一方の訴権行使により他方が消滅しない（一方の訴訟の効果が他方に影響せず、いずれの訴訟においても勝訴することが可能）という関係にあると解されている。詳しくはLevy, Konkurrenz I, 1918, S. 427f. 参照。

(51) Ulp. D. 17. 2. 47. pr. (30 Sab.): しかし、私が窃盗を原因とする不当利得返還請求訴訟を提起した場合は、より大きな利益が私にない限り、組合訴権は消滅する。

本法文の「より大きな利益が私にない限り」という文章は、より大きな利益がある場合には例外的に組合訴権が消滅しないことを意味するようにも見えるが、この文

章は通常はインテルポラチオと解されている（詳しくは Ind. Int. 参照）ので、組合訴権と窃盗を原因とする不当利得返還請求訴権は、一方の訴権を提起すれば他方は消滅するという関係にあるものと解される。詳しくは Levy, Konkurrenz II, S. 110f. 参照。

(52) Ulp. D. 17. 2. 47. 1 (30 Sab.): 組合員が共有財産に損害を与えた場合は、彼はアクィリウス法訴権に拘束されると、ケルスス、ユリアヌス、ポンポニウスは書いている。

Paul. D. 17. 2. 48 (6 Sab.): 〔たとえば事務を行なう奴隷を傷つけ、あるいは死亡させたことにより組合員が組合に損害を与えた場合は（Ulp. D. 17. 2. 49 (31 ed.)〕彼は組合訴権にも拘束される。

Paul. D. 17. 2. 50 (6 Sab.): しかし、組合訴権において原告は一方の訴権〔アクィリウス法訴権〕で満足しなければならないという事態が生じる（consequitur）。なぜなら、いずれの訴権（組合訴権とアクィリウス法訴権）も物の追求を目的とし、窃盗訴権のように単に罰を目的とするのでないからである。

なお、最後の法文につき Levy, Konkurrenz II, S. 49ff. は、consequitur の主語はアクィリウス法訴権の被告（加害者）であるとする（加害者が組合訴権を提起して、抗弁を得る？）が、素直に ut 以下が主語であると解しても Levy 説（組合訴権とアクィリウス法訴権は一方を提起しても他方は消滅しないというのが原則であるが、例外的に訴訟上消滅する）とは矛盾しない（consequitur の主語を被告と解する必然性は必ずしもない）ように思われたので、そのように訳出した。

(53) Wieacker, Societas, S. 49.

(54) Wieacker, Societas, S. 50.

(55) Wieacker, Societas, S. 50.

(56) Wieacker, Societas, S. 50.

(57) Wieacker, Societas, S. 50f.. なお、本文でまとめたようなサビヌス『市民法』のシステムはサビヌス独自のものでなく、クイントゥス・ムキウスに由来する伝統的なものであるとWieacker は見る（Societas, S. 51f.）。

(58) 木庭顕（Schiavone, Guiristi e nobili nella roma republica, 1987 の紹介）『国家学会雑誌』一〇五巻三・四号（一九九二）一四九頁下段における叙述「consortium から『組合』までのスペクトルを 'societas' によって観念してしかし決して古い諸層の性格を抹消しない」も同趣旨と思われる。さらに「重層性」の意義につき、木庭顕「政治的・法的観念体系成立の諸前提」岩波講座『社会科学の方法Ⅳ　社会変動の中の法』（一九九三）二三〇頁も参照。societas の起源につき、さしあたり前注29および対応本文、前注37、後注85、後注87対応本文参照。

(59) Wieacker, Societas, S. 54ff..

(60) Lenel, Edictum Perpetuum, 3. Aufl., 1927, S. 297. Lenel

の推測によれば、告示板には第一に全財産の組合についての方式書が、第二に相続人を被告とする方式書が掲げられていたが、以下の本文では行論の必要上、前者だけを訳出した。なお、永久告示録およびその再構成につき吉原達也「永久告示録 Edictum Perpetuum の再構成について（一）（二）（三・完）」『法学論叢』一〇四巻二号（一九七八）六頁、同六号（一九七九）六一頁、同一〇六巻一号（一九七九）三四頁および同「Lex Rublia Gallia Cisapina について――Edictum Perpetuum との関連で――（一）（二）（三・完）」『広島法学』七巻一号（一九八三）八七頁、同二号（一九八三）三五頁、同四号（一九八四）七一頁参照。

(61) 方式書の各構成部分につき原田・前掲書（注6）三八七頁以下参照。

(62) 厳密に言えば、後半部分の再構成は、方式書の文言がすでに明らかになっている以上、前半部分の再構成と完全に「同じ」ではないが、方式書の各文言を契機として事案の変奏曲を展開する『告示注解』を再構成する Wieacker の作業が法学的思考様式の古典的形態（前注28および対応本文参照）を描き出すものと思われる点は共通であるため、前半部分に引き続き、後半部分の再構成も丹念に紹介することとした。

(63) Wieacker, Societas, S. 62ff., S. 67ff.

(64) 以下では、三大『告示注解』のうち、史料の数がもっとも多く Wieacker が主たる分析対象としているウルピアヌス『告示注解』三一巻を中心に Wieacker による再構成を見ることとする。ウルピアヌスに見られる傾向はパウルス『告示注解』三二巻においても（なお、ガイウス『属州告示注解』一〇巻は史料の数が少なく、再構成は困難とされる。Societas, S. 66）基本的には変わらない。Wieacker, Societas, S. 66ff.

(65) Wieacker, Societas, S. 64. なお、ガイウス『法学提要』の叙述の開始もウルピアヌス『告示注解』三一巻と同様である。Societas, S. 64, A. 3, Gai. Inst. 3. 148.

(66) Wieacker, Societas, S. 64. 同じ脈絡に属する法文としてさらに Fr. 33 が掲げられるが、本法文は改竄されているためその本来の内容が不明とされる（古い伝統に従えばこの法文も財産共同体を念頭に置いていたとも推測されるが）ので、ここでは Fr. 52. pr. だけを掲げることにする。なお、Wieacker は、Fr. 52. pr. が Fr. 19, Fr. 23. pr. と同じ問題、すなわちある組合員が他の組合員の同意なく第三者を組合に加入させた場合の法律関係（後注68参照）を扱っているとする（Societas, S. 64）が、これは明らかに誤りであると思われる。Fr. 19, Fr. 23. pr. と同じ問題を扱うのは Fr. 20（後掲）であろう。

(67) Wieacker, Societas, S. 64.

(68) 本法文の脈絡につき前掲（三（一）本文）Fr. 19 およびそこに掲げられた諸法文参照。
(69) Wieacker, Societas, S. 64ff.
(70) Wieacker, Societas, S. 67f.. Wieacker は後古典期の諾成契約理論（パンデクテン法学の前提となりその影響を受けた――この点が Wieacker により批判される――当時のローマ法研究の通説的見解の前提ともなった）につき詳論する（Societas, S. 73ff.）が、本稿では立ち入らない。
(71) Wieacker, Societas, S. 65.
(72) Wieacker, Societas, S. 65.
(73) 原文は pretium enim operae artis est velamentum である。この箇所は書き損じらしく、それゆえ古くから数多くの改竄説が唱えられている。詳しくは Ind. Int. 参照。筆者としては、前の文章に artem operamve とあることから、artis〈ve〉とする説に与したい気もするが、本文ではさしあたりインテルポラチオがないものとして訳出した。
(74) 「保管責任」につき小菅芳太郎「クストディア（保管・監護）責任覚書」『北大法学論集』三九巻五・六号（一九八九）一六六七頁参照。
(75) これらの法文の本来の脈絡は必ずしも明らかではない。Wieacker, Societas, S. 65.
(76) Wieacker, Societas, S. 65.
(77) Wieacker, Societas, S. 65.
(78) Wieacker, Societas, S. 65. ウルピアヌスの叙述の動機がコンソルチウムにあると推定する根拠法文を Wieacker は明示していないが、おそらくそれは Fr. 52. 6（前掲）と、兄弟間のコンソルチウムにおける賃金の分担に関する Fr. 52. 8 であろう。
(79) Wieacker, Societas, S. 65f.. 言うまでもなく古典法家が「法律行為」という概念を知っていたわけではない。
(80) Wieacker, Societas, S. 66.
(81) 本法文がどこに位置するかは Wieacker の叙述からは明らかでないが、費用の清算にかかわる法文であるため、筆者の判断でここに訳出した。さらに、本来の脈絡から切り離されてはいるが、組合員が出費した医療費の清算に関する Fr. 61 が本法文に続くものと推定される。Wieacker, Societas, S. 66.
(82) なお、Wieacker, Societas, S. 66 によれば、ウルピアヌス『告示注解』の叙述はさらに「生活資保留の利益」へと進み（Fr. 63. pr.-7）、続いて組合員の相続人を組合訴権の被告とする方式書の注釈へと進む（Fr. 63. 8-9）。しかし、この部分は Wieacker が指摘する告示注解体系の全体的特徴を明らかにする上で必要不可欠でない（重要なのは「請求原因表示」と「請求表示」の部分）と判断したため、詳細な紹介は省略した。訳語につき、さしあたり江南・前掲訳書（注18）四一九頁以下参照。

(83) Wieacker, Societas, S. 70f..

(84) 古典文献を当時の脈絡で理解するというパリンゲネシアの方法自体はクヤキウス以来の伝統的なものである。クヤキウス（キュジャス）と彼のローマ法研究の特徴につき船田享二『ローマ法（改訂版）第一巻』（岩波書店、一九六八）五三三頁以下、Olivier-Martin, Histoire du droit français des origines à la Révolution, 1948, p. 430（オリヴィエ―マルタン（塙浩訳）『フランス法制史概説』（創文社、一九八六）六三三頁）など参照。

(85) societas がコンソルチウムに由来するという結論自体はすでに常識化していると見てよい。この点につき原田・前掲書（注6）一九六頁、船田・前掲書（注6）二〇七頁以下、柴田・前掲訳書（注6）三五五頁参照。さらに本稿前注29、前注37、前注58、後注87対応本文参照。

(86) 前注27参照。

(87) Wieacker, Societas, S. 7 passim.

(88) Wieacker, Societas, S. 251ff..

(89) 前注57参照。

(90) 本稿二で見たように、ユスティニアヌス帝の『法学提要』においてはこの部分（条件）が損益の不均衡な分配の合意を許す理由となる。

(91) Wieacker, Societas, S. 261ff..

(92) Wieacker, Societas, S. 262.

(93) Horak, Rationes, S. 159f.

(94) Wieacker, SZ, S. 346f..

(95) Wieacker, SZ, S. 346.

(96) 法概念と事実の距離感の違いは別の局面でも見られる。たとえばいわゆる「発見のプロセス」と「証明のプロセス」につき、Horak, Rationes, S. 43f. が両者の峻別の必要性を強調するのに対し、Wieacker, SZ, S. 432 はローマの法発見においては両者の峻別が困難であることを指摘する。この点につき前掲拙稿（注7）一四四頁以下段参照。より一般的には平井宜雄『法律学基礎論覚書』（有斐閣、一九八九）二〇頁以下（初出は『ジュリスト』九一九号（一九八八）七四頁）参照。

(97) Wieacker, Vom römischen Recht, 2. Aufl., 1961, S. 151.

(98) Horak, Rationes, S. 148ff.. Horak, Rationes, S.148 は法概念の明確性を主張する説として Wieacker, a. a. O. と並んで Kaser, Römische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1967, S. 174 を引用する。Kaser は次のように述べる。

「ローマの法秩序を形成している諸要素を観察してみると、そこにはごく自然に『法形象』と呼びうるような様々な現象が見られる。共同生活上の所与のもの――たとえば家という結び付き、婚姻、後見、所有権、相続、その他多くの〔現象〕――や、さらには人間の行為――方式を要する行為・要しない行為といった正当なものであれ、不法行為その他といった〔不

法な〕ものであれ――がこれである。これらの法生活〔から生み出された〕形成物はすべて、その効果と限界が精確に画定していることは確かである。これら〔形成物〕は、これを構成する・あるいはこれに通用する個々の準則が互いに調整されているため、現実生活においてよどみなく機能するのである。しかしながら、精密に整えられた概念体系といったものにこれら〔形成物〕が組み込まれることはなかった。」

Horakはこの叙述（とりわけ第三の文章）からKaserが法概念の明確性を主張していると理解するが、筆者には（本文で述べるWieacker説の理解と同様）Kaserの真意はそこではなく、むしろ最後の文章（概念体系の欠如）にある（つまり事案集積のシンボルとしての法概念の意義を強調するWieacker説とは力点が大いに異なる）ように思われる。なお、Kaser説につき Horak, a. a. O. A. 2で引用されるKaser, Zur juristischen Terminologie der Römer in: St. Biondi I, 1965, S. 97ff.（Horakはここでも Kaser説を上述のごとく理解する）参照。さらにカーザ（塙浩訳）「ローマ的発見の方法――体系的演繹的法認識との対比における経験的直観的認識――」『摂大学術』Ser. B No. 8（一九九〇）二一二頁も参照。

(99) Horakの批判に対しWieackerは、反論を展開するどころか、個々の法文に即して法概念を洗い直すHorakの作業（および作品全体）を――Horakの仕事から刺激を受けたWieackerが相次いで論文を書いている（さしあたり本稿注7および注4で引用した文献を参照）ほど――非常に高く評価している。Horakの批判はWieackerにとって批判には当たらず、むしろかつての自説を敷延してくれるものであったのかもしれない。なお、現代ローマ法研究（および法学方法論）の流れが基本的にこの方向――筆者の理解では、かつてWieackerが主張し（前注97対応本文参照）Horakが敷衍した（前掲拙稿（注7）一四五頁以下参照）方向――にあることにつき、ネル・前掲論文（注28）八九五頁、前掲拙稿（注28）二五七二頁以下など参照。

(100) 本稿注28および対応本文参照。