

ローマ法における組合訴訟の機能：組合存続中の組合訴権に関する一考察

瀧澤， 栄治
九州大学大学院法学研究科博士課程

<https://doi.org/10.15017/1820>

出版情報：法政研究. 51 (2), pp.139-182, 1985-02-25. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ローマ法における組合訴訟の機能

——組合存続中の組合訴権に関する一考察——

瀧澤 栄治

はじめに

一 学説史概観

二 組合訴権の具体的請求内容

三 法文の検討 —— Paul. D. 17, 2, 65pr. ; 65, 15 ——
おわりに

はじめに

説 論

組合存続中の組合訴権 *actio pro socio manente societate* とは、より具体的には、組合関係を継続させたままある組合員が他の組合員を相手として、特定の義務の履行を求めて提起する訴訟のことである。⁽¹⁾ 近代「組合」法からすれば、組合存続中の訴訟は当然に認められるものであるが、ローマ古典法においては、現在の特にドイツにおける

支配的見解によれば、原則として許されず、訴訟提起によって組合は解散するものとされる。⁽²⁾ その帰結として、組合訴訟は、組合解散後の清算のみをその機能としていたことが指摘されるが、⁽³⁾ 存続中の訴権不存在は、訴訟の機能のみならず、ローマ組合法の構造、さらに、ローマの法制度のあり方全体にも関わる問題を含んでいる。

これについて、今日の代表的概説書とされるカーサー「ローマ私法」⁽⁴⁾には次のように述べられている。まず、組合の解散事由には、組合員一名の死亡または頭格減少 (*capitis deminutio*)、破産、解散通告の四種があり、最後の解散通告の態様として、明示的なそれ (*renuntiatio*) と、組合訴訟の提起がある。そして、存続中の訴権に関しては、「組合が存続している間は、組合員間に信義 *fides* に基づいて発生した義務の履行をもとめるための法強制は、一般的には存在せず」、その理由は、「結合関係 (組合・共有・家族団体・団体) が存続している間は、(ローマの) 法秩序はそこへ介入することをためらう」ことにある。さらに、訴権の機能に関し、「組合終了後に、組合から発生する訴権である組合訴権が行使できるように」なり、この訴権は、「委任、事務管理及び後見から発生する訴権と同様に、決算 *Abrechnung* を目的とす」る、と述べられている。この共通性は、同時に、ローマの契約類型の分類についても、意味を与えられている。すなわち、給付交換契約 *Austauschverträgen* (完全双務契約 *vollkommen zweiseitige Verträgen*) として、売買、賃約が挙げられたあと、組合については、組合訴訟がかつての組合員間での決算を目的とするの理由から、不完全双務的債務関係 *unvollkommen zweiseitige Verbindlichkeiten* の中の、事務処理 *Geschäftsführung* を目的とする関係、すなわち委任、事務管理、後見に近いものである。⁽⁵⁾ 以上のカーサーの叙述をまとめれば、①組合存続中に訴訟を提起しえないことは、結合関係への介入回避という、ローマ法制度のあり方の一側面を示すものであり、②組合訴権の機能 (決算) 及び組合の構造は、委任、事務管理、後見と類似する、となる。以上の叙述を見れば、存続中の訴権不存在が、ローマ組合法を特徴づけるものであることがわかるであろう。

カーサーの説明に若干の補足をするならば、従前の諸学説（これについては一において概観する）においては、まず第一に、存続中の組合訴権不存在は組合訴訟の目的が清算にある（その理由は主として争点決定〔*litis contestatio*〕⁽⁶⁾の効果にもとめられていた）ことから説明されており、「法制度の介入回避」にその理由を求めたことにより、より高次の一般的論拠が得られたと言える。しかし、これまで学説において争われてきた具体的問題が、カーサーの説明においてははやや不明確になっている。次に、組合は、委任、事務管理、後見に類似するものであるとの主張は、おそらくヴィアッカー学説⁽⁷⁾に依拠したものであるが、しかし、訴訟の目的が清算にあるということから、論理必然的に、委任、事務管理、後見との類似性が導き出されるわけではない。ヴィアッカーにあっては、組合、後見、委任を、破廉恥（*infamia*）の制裁を伴う・事務処理を内容とする信頼関係 *Fides-Verhältnis* として一括して考える独自の構想が基礎となっていると思われるが、この点についてカーサーがいかなる見解をとるのか必ずしも明確には示されていない。

ところで、これに対して、組合訴権を存続中に行使することについて、主としてイタリアの学説⁽⁸⁾においては、*praescriptio pro actore*〔原告のための前書〕⁽⁹⁾を用いることによって、一般に可能であったとする見解が支配的である。存続中に訴えることの必要な場合があり得ること、したがって、これを可能とするための法手段が存在したであろうことは十分に考えられる、ということが、その主張の基礎にある⁽¹⁰⁾。したがって、この問題をめぐる見解の対立には、ローマ社会における現実に存在した組合とは何か、ローマの法制度はこれに対してどのような保護を与えたのか、という、より広い領域での問題が含まれている⁽¹¹⁾。すなわち、そのような「必要性」はあったのか、そして古典法は存続中の訴権を認めなかったのか、もしそうであるなら何故その原則は放棄されてはならなかったのかである。他方で支配的見解によれば、存続中の訴権は、古典法において、特殊な事例（徴税請負人組合 *societas publicanorum*）

に限っては認められていたともされるが、なぜこの場合には許されたのか、という問題も問われなければならないこととなる。

しかしさらにこの問題については、最近グァリーノ⁽¹²⁾により新たな問題提起として、従来の見解がとる時間的順序をまったく逆にして把え、古典法において存続中の訴権は一般に可能であったが、後古典期・ユ帝法においては、訴訟の機能が清算に縮減され、存続中の訴権は例外になるとの見解が主張された。その主張をどう評価するにせよ、古典期からユ帝法に至るまでの組合法の展開、訴訟の機能の変化について、あらためて考察を迫まらることになるであろう。

以上のきわめて広範囲に及ぶ諸問題解決の手がかりを得るために、本稿はまず、従前の諸学説を概観し、次に組合訴訟による具体的請求を述べる法史料を通観し、最後にこの問題における法史料上の根拠とされる二法文を検討する。この考察によって、組合訴訟の機能は何かを問うと同時に、ローマ組合法の構造、さらには古典法の構造の一端を、多少なりとも明らかにしようとするものである。

(1) 組合についての一般的叙述として、やはりMax Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschn., 2. Aufl., 1971 [以下 RPR1 と略記], S. 572-576. 以上の圧縮した記述として Kaser, *Römisches Privatrecht*, 13. Aufl., 1983, S. 204-6. なおその一〇版についての邦訳として、マックス・カーザー『ローマ私法概説』(一九七九年)(柴田光蔵訳)。邦語文献として、原田慶吉『ローマ法』(改訂版、一九五五年)、一九六〇八頁、船田亨二『ローマ法』第三卷(一九七〇年)、二〇六―二三頁。組合に関する我が国における先駆的業績として、石本雅男「羅馬法に於ける Societas の概念とその機能」、『法と経済』第三卷(一九三五年)二号、五一頁以下、三号、三九頁以下。

- (2) Kaser, Neue Literatur zur 'Societas', SD, 41, 1975, S. 329-32.
- (3) 特に Franz Wieacker, Das Gesellschafterverhältnis der klassischen Rechts, SZ, 69, 1952, S. 302 ff. bes. 316 ff.; ders., S. 503f. (次注(8)所掲のマランシヨ・ルインについて)の書評)
- (4) Kaser, RPR 1, S. 575f.
- (5) Kaser, RPR1, S. 529f.
- (6) 争点決定を巡る問題については、西村重雄「ウラサクの litis contestatio 論」(一)「(完)民商法雑誌六六卷三号二九頁以下、四号八四頁以下、五号九四頁以下参照。
- (7) Wieacker, Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft (Zur Societas 之論), 1936, S. 7-23; ders., SZ, 69, S. 302ff. bes. 320ff.
- (8) 特に Vincenzo Arangio-Ruiz, La società in diritto romano, 1950, p. 179f.
- (9) 前書について Kaser, Das römische Zivilprozessrecht, 1966, S. 190-7 参照。
- (10) Arangio-Ruiz, op. cit., p. 181f.
- (11) これに関連して、特に、広中俊雄『契約とその法的保護』(一九七四年)一六二頁注(49)(50)、一六二頁参照。
- (12) Antonio Guarino, Societas consensu contracta, 1972, p. 77ff.

一 学説史概観

(一) まず、近代ローマ法研究以前の、ローマ法の註釈書ないし研究書において述べられている見解について概観してみることにした。

「標準註釈書」⁽¹⁾の D. 17, 2, 65pr.; 65, 15; C. 4, 37, 5⁽²⁾ に対する註釈においては、存続中の訴権に関し、す

でいくつかの異なる見解が述べられている。見解の相違は、①組合訴権が発生する時点について、すなわち組合終了後か、それともそれ以前か、②組合存続中の訴権は、徴税請負人組合にのみ許されるのか、それとも他の組合にも許されるのか、にある。クヤキウス及びドネッルス⁽³⁾の叙述をも参照して整理すれば、以下の見解の対立がみられる。

アックルシウスは、後見訴権と同様に、組合訴権も、組合が終了しない限り発生しない、但し徴税請負人組合は例外である、とする。このアックルシウスの見解に対して、その後、クヤキウス及びドネッルスにおいて、それぞれ異なる点で批判がなされている。まずクヤキウスによれば、組合訴権は組合が終了しない限り付与されないが、しかし時に存続中であっても付与され得る場合がある、この存続中の訴権付与は、アックルシウスが考えたように徴税請負人組合においてのみ、というのではなく、他の組合においても認められるものである⁽⁵⁾。次にドネッルスによれば、組合訴権は、アックルシウスのように組合が終了しない限り発生しない、というのではなく、たしかに終了前に発生するが、しかし、終了しない限り訴訟を提起することはできない、但し、徴税請負人組合の場合に限り、存続中の訴訟提起が可能である、とされる⁽⁶⁾。

(二) 上述のクヤキウスの見解は、一九世紀初頭の、グリユックのコンメンタール⁽⁷⁾に受継がれ、これはその後のパンデクテンにおける支配的見解とも思われる。ここでは次のように述べられている。

「この〔組合〕訴権が、包括的な訴訟 *Generalklage* として用いられるとき、すなわち、〔事務の〕一切の決算 *Ablegung der General-Rechnung* 及び損益分配に向けられるとき、他のすべての包括的な訴訟と同様に、組合終了後にはじめて提起され得る。原告がそれを訴権の目的とするならば、これによって、組合は解散すべしとの自己の意思を、事実それ自体によって知らしめたことになる〔法文として *D. 17, 2, 65pr.*〕。これに対し、組合の維持、継続にとって必要な特定のことから、たとえば約束された出資あるいは組合のために受け取った利益を、組合の金庫へ

引渡すこと、あるいは約束された労務を給付することに組合訴権が向けられるとき、その訴権は、組合存続中であっても提起され得る〔法文としてD. 17, 2, 65, 15; 52, 8. 13〕⁸⁾。

(三) これに対しベヒマン⁸⁾は、存続中の訴権は古典法では（原則として）許されなかったとする見解を主張した。彼は、その売買法に関する著述の中で組合に言及し、「組合訴権による訴えは、組合終了後にはじめて提起することが可能であり、また逆に訴え提起には組合契約の解約告知がある〔表明されている〕⁹⁾、と主張した。一九世紀末に打ち出されたこの見解をめぐって、以来今日に至るまで、近代ローマ法研究における一つの問題として、論争が展開されていくことになる。¹⁰⁾

ベヒマンに対して、(四)で述べるように直ちに反論が提起されたが、以下の一連の学説が、ベヒマン説に賛成した。まず二〇世紀初頭に、ラーベル¹¹⁾は、共有物分割訴権 *actio communi dividundo* と同様に、組合訴権の機能も最終的な分割のみあり、共同関係存続中の個別給付は訴権の目的ではなかったと推測する。レヴィ¹²⁾は、存続中の訴権は古典期には許されなかったと推測し、その論拠として *actio* による (ex actione) 組合の解散 (D. 17, 2, 63, 10; 65pr.) を挙げる。イエルス¹³⁾は、この *actio* による解散を、争点決定 (*litis contestatio*) の更改効によるものと解し、したがって訴訟提起により常に必然的に組合の清算が行われた、とする。ジーバー¹⁴⁾は、存続中に出资給付を求めるとは、ユ帝法においてもまれな例外であったとし、D. 17, 2, 65, 15 にある組合存続中の訴権 *actio manente societate* を、徴税請負人組合 (*societas vectigalium*) についての例外と考える。¹⁵⁾

(四) これに対し、古典法において組合存続中に訴えを提起することは一般に可能であったとする見解も主張された。

ペルニツェ¹⁶⁾は、ベヒマン説に対する反論として、(1) 組合終了後にのみ訴えることができたとの主張を支える法文史

料はなく、むしろ存続中に訴えることが可能であったことを示す法文 (D. 17, 2, 65, 15) が存在する、(2) 訴訟提起が常に解約告知を意味したわけではなく、争点決定の更改効により組合は解散することを示す法文 (D. 17, 2, 65pr.) があるが、その法文によれば、プロクルスは、すでに、解散を生じさせる争点決定の効果を、解散を目的とする訴訟の場合に制限している、と主張する。カルロヴァ⁽¹⁷⁾は、もともとは、解散しない限り訴えることはできなかったが、後にその不都合から、解散目的の場合にのみ告知されたものとみなされ、存続中の訴訟提起の場合には、前書 (praescriptio) により訴権の消耗が回避されたであろう、と推測する。⁽¹⁸⁾

(五) こうした従前の学説とはきわめて異なる角度から存続中の訴権不存在を強調したのが、ヴィアッカーの一九三六年の著作である。

ヴィアッカーは、古典期の組合類型のすべて (徴税請負人組合等の特殊な類型をのぞく) が、家共同体 (consortium) 及びその人為的模倣物に由来するとの構想⁽¹⁹⁾において、組合を、売買、賃約という、諾成・給付交換契約とは異なる、そもそもは契約ではないところの人法的な身分関係 personenrechtliches Statusverhältnis と把え、それに対応して、組合訴権の始源的な機能を、「家族法上の管理共同体の解消後に、事務処理が信義に反してなされたことにより、その一切の事務の決算を行う訴権」と把える。⁽²⁰⁾

(六) これに対して、存続中の訴権は古典法において許されたとする反論が、一九五〇年に、あらためてアランジョ・ルイツによって主張される。アランジョ・ルイツ⁽²¹⁾は、D. 17, 2, 65pr. についての立入った検討から、原告が解散を望まず、個別の請求だけを求める場合には、原告のための前書 (praescriptio pro actore) が用いられ、これによって、争点決定の効果 (obligatio の消滅と再訴の禁止) に基づく組合の解散は回避された (前書がなければ、以上の効果が発生することになるから、訴訟提起 || 解散通告 || 解散との構成がとられる)、と推測する。これは、訴訟提起

による解散を争点決定の効果によるものと考え、したがって、この効果を個別の請求対象に限定しさえすれば、存続中の訴権を妨げるものは他にない、と理解するものである。そして、彼は、組合業務に関して組合員間で生じた見解の対立を、組合存続中に、訴訟の場で解決することは必要であり、それは可能であることを指摘する。

(七) ヴィアッカーは、戦後さらに、この批判に再び反論して、一九五二年に、従来のローマ組合契約の理解に対する根本的批判と、それに代わる新たな全体像提示の試みにおいて、⁽²²⁾ 組合契約により生ずる組合員の義務を、共通の利益のための事務の執行とそこから発生する損失・利益の分担・分配のみと捉え、組合を委任、後見、事務管理と同じ構造を持つ法律関係であるとし、組合訴権の機能は、信頼に反した事務の処理を理由とする最終的決算にあるとした。⁽²³⁾ そして、その根拠として、彼は、(1) D. 17, 2, 65, 15 における *nonnunquam necessarium est et manente societate agi pro socio* は *itp.* を加えられたものであって、組合存続中の個別請求のための訴訟は、ユ帝により初めて認められたものであること、(2) 訴訟提起は解散通告を意味するものとして、常に組合を解散させる (D. 17, 2, 65pr. : *hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahat, renuntiata societatem*) ことを強調する。⁽²⁴⁾ そして、その理論的根拠として、敗訴者に破廉恥の汚点を付けること (訴訟提起 ≡ 被告の信頼違反に対する原告の非難 ≡ 原告の解散意思の表明)、⁽²⁵⁾ 組合契約に基づいてなされたすべての事務が訴訟の対象となること (包括的な訴訟 *iudicium generale*)、⁽²⁶⁾ を挙げる。

(八) ヴィアッカーの構想全体に対して、いかなる態度をとるかは別にして、存続中の訴権の古典期における「原則としての」不存在、訴訟提起による解散との主張自体は、今日、支配的見解としての地位を保っている。⁽²⁷⁾ しかし他方で、アラランジョ・ルイツの見解に賛成する学説もあり、イタリアの学界においては通説との評価を受けていると見られる。⁽²⁸⁾

- (1) ヴィンダ' Corpus Iuris Civilis Iustiniani (訳本 C. I. C. の解説), I, IV, Lugduni, 1627 (Ernst Spangenberg, Einleitung in das römisch=justinianische Rechtsbuch, 1817, S. 882 以下 Nr. 418) (Neudruck, Osnabrück, I, 1965, IV, 1966) を用いた。
- (2) C. 4, 37, 5 (a. 294), Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC. Aurelio Theodoro 「組合は、当事者の合意がそのまま続く限りにおいて、継続する。したがって、もしすでに君に組合訴権が発生したときは、当該事件について管轄を有する者のもとに、組合訴訟を提起すること、君は禁止せらる。」
- Tandiu societas durat, quandiu consensus partium integer perseverat. proinde si iam tibi pro socio nata est actio, eam inferre apud eum, cuius super ea re notio est, non prohiberis.
- (3) Cuiacius, Opera omnia V, Modena, 1777, p. 473; C. I. C. IV, p. 994 (Cuiac. ad C. 4, 37, 5).
- (4) Donellus, Opera omnia IV, Firenze, 1842, p. 1043f.; VIII, 1846, p. 718f.
- (5) クヤキウスは、組合訴訟について、解散を目的とする場合(解散通告意思の推定) 訴訟は包括的 actio generalis) と目的となら場合(推定は働かなら、訴訟は個別的 actio specialis) とに分け、後者の例として D. 17, 2, 65, 15 を挙げる (Cuiacius, op. cit., p. 473)。
- (6) ドネッルスは、私的な組合 (societas privata) においては、訴訟提起によって組合解散の意思が明らかにされたとの推定が働く(黙示の通告)が、徴税請負人組合においては、存続中の訴えの必要性から、その推定が働かない、と解する (Donellus, op. cit., IV, p. 1043f.)。
- (7) Chr. Fr. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten 15, 1, 1813, S. 445 ff. ペンデクテン法学における見解につき次注(10)参照。
- (8) August Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, I, 1876, S. 487.
- (9) ベヒマンは、法文上の根拠を特に示さず、また pro socio という言葉自体がかつての組合員を意味するとの論拠を挙げるが、その論拠は以後の学説による継承をみななかった。むしろ、彼の主張は、その後根拠づけられることになる。
- (10) 一九世紀におけるペンデクテンの教科書における叙述においては、まずベヒマン [1876] 以前につき、組合存続中に訴えることができる旨、特に言及するものもあるが (Ludwig von Keller, Pandekten, 1861, S. 659) 他は問題としてと

の著者 (C. F. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts II, 3. Aufl., 1840 [Nachdruck, 1983] S. 422-428; K. A. von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III, 7. Aufl., 1869, S. 468-485) またその後二十世紀初頭までのものをみると、ローマ人は、もとより組合訴訟は組合解散後にはじめて許されるべきと考へてつたが、その後これを維持したものは D. 17, 2, 65, 15 や後述の (H. Dernburg, Pandekten II, 7. Aufl., 1903, S. 348 Anm. 16) のみならず、他は特に言及しつゝなき (L. von Arndts, Pandekten, 10. Aufl., 1879, S. 554-59; C. Ge. von Wächter, Pandekten II, 1881, S. 481-84; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 9. Aufl., 1906, bearb. von Th. Kipp, S. 776-98)。

- (11) Ernst Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, 1915, S. 466 (Neudruck, 1955, S. 112).
- (12) Ernst Levy, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen, II, 1, 1922, S. 143 Anm. 5.
- (13) Paul Jörs, Römisches Recht, 1927, S. 168.
- (14) Heinrich Siber, Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II, 1928, S. 207.
- (15) 即ち Silvio Perozzi, Istituzioni di diritto romano, 2 ed. II, 1928, p. 304 (解散後と組合訴訟と共有物分割訴訟とが清算のたゞの機能たるべきは、ソート (註出 (21) と著者の箇所) にちなんで、著者の初版 (1906) にあつても同様の叙述に於ては、未見) ; Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht, 3. Aufl., 1949, S. 243 [2. Aufl., 1935] (説を提起したものは解散後と存続中の訴権の不存在)。
- (16) Alfred Pernice, SZ, 9, 1888, S. 234 ff.
- (17) Otto Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II 1, 1901, S. 659 f.
- (18) 存続中の訴権の存在を認めようとしたのは、即ち Hans Peters, SZ, 32, 1911, S. 285 ; P. F. Girard, Manuel élémentaire de droit romain 7^e éd., 1924, p. 611 ; Emile del Chiaro, Le contrat de société en droit privé romain, 1928, p. 199 ff. ; Buckland, A Textbook of Roman Law, 2 nd ed., 1932, p. 512 (即ち Buckland-McNair, Roman Law and Common Law, 2 nd ed., 1952, p. 304 参照)。
- (19) ユーリックは、その Societas 論文 [1936] にあつて「ガイウスの新断片 (Gai. 3, 154 a. b.) に於て ercto non cito (consortium) を、合同とは「継続的な共同生活 fortgesetzte Hausgemeinschaft」に於て、legis actio に

よるその模倣物を、組合の始源的形態として想定し (S. 126 ff.)、その徐々の変容——*legis actio* の不使用、合手的権限の崩壊と持分的共有への移行 (S. 205 ff.)——により成立した全財産の組合を次の段階 (S. 158 ff.)、この全体的財産共同制 *totale Gütergemeinschaft* から、組合目的の限定——特に、共同財産の対象の限定——留保財産の発生——を通して、古典法の営利組合の諸類型が成立すると考える (S. 237 ff.)。もっとも、その後ヴィアッカーは、いわば一元的なその発展図式を修正した (Wiacker, SZ, 69, S. 490 f.)。起源の問題についての今日の学説の状況については、Kaser, SD, 41, S. 281 ff.; 288 ff. 参照。家共同体に関するヴィアッカー学説につき、小菅芳太郎「ローマ早期の家 (学説管見)」『法制史研究』一八 (一九六八年) 九—一〇頁参照。

- (20) Wiacker, *Societas*, S. 9; 12; 20 f.; 209 f. (組合員という身分はひとたび訴訟をすれば失なわれ、また不可分のものとして訴訟原因になる [S. 11]、存続中の訴権の不存在、訴訟提起による解散は、裁判権の家共同体への不介入という、組合の始源的形態において妥当した原則の存続 [S. 166 f.])

- (21) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 173-182.

- (22) ヴィアッカーのそこでの構想 (Wiacker, SZ, 69, S. 302-312) を筆者なりに要約すれば、以下のとおりである。

(1) ヨーロッパ法学は、前世紀に至るまで、その固有の社会的・経済的環境 (人的組合 *Personalgesellschaft* は、ほぼその全てが合手・外部組合 *Gesamthands- und Außengesellschaften* という形態をとる) に適合するように、組合に關するローマ法源を解釈し、適用しなければならぬ必要にせまられていた。近代ドグマティックがつくりあげた組合像は、ローマ古典法の組合とは構造的に異なるものである。しかし、この点を認識することなく、今日においてもなお、普通法的・伝統的な組合像をもって、ローマの組合を理解しているものが多い (その代表として、組合を定義するに際し、諾成・双務契約で、そこから目的物と活動を共同にする *einbringen, mettere in comune* 義務が発生するものであるとするアランジョ・ルイツ [Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 63])。ローマ組合法研究の課題は、かかる伝統的組合像からの影響を排除して、古典法に即した新しい組合像を打ち立てることにある。

(2) 伝統的組合像によれば①組合は、普通法のシュナラグラマ理論の意味での、完全双務契約 (*vollkommen zweiseitiger Vertrag*)、諾成・給付交換契約 (*konsensualer Austauschvertrag*) である。したがって、売買・賃約にきわめて近く、他方で、事務処理を義務とし、「不完全双務契約 *unvollkommen zweiseitiger Vertrag*」であるところの、委任と

は本質的に異なる。②組合を売買・賃約という給付交換契約・双務契約とするその基礎となっているのは、組合契約から組合員相互に出資義務 *Beitragspflicht*、特に出資目的物を給付し、共有とする義務が発生するという点である。出資目的物が組合員の共有とされる組合 (*societas quoad sortem*) が、典型的なものである。③組合訴訟の機能に関しては、以上の契約構造に対応して、組合員は、組合解散以前においても、組合訴訟によって出資義務の履行、特に出資目的物を給付し共有とすることを請求できる。したがって、組合訴訟は、損益分配、処理された事務についての決算 *Abrechnung* を目的とし得ることは当然として、出資目的物の給付をも求めることができる。「出資訴訟 *Beitragsklage*」でもある。④このことは、組合契約から、締結と同時に、目的物それ自体を給付すべき義務が現実のもの *aktuell* として発生することを意味している。

(3) 以上の伝統的組合像とは異なる、ローマ古典法の組合は次のように構成される。①組合は給付交換契約・双務契約ではない（双務性は、相互に事務処理義務を負うという限りで問題となり得るにすぎない）。②その根拠は、売買・賃約における給付義務に対応するような義務が、組合の場合には問題となり得ないことにある。その理由は、まず、出資目的物を給付し共有とする組合形態は、例外、あるいは不可能だからである。たいていは、目的物の利用で十分であった。③しかし特に問題とされなければならないのは、組合訴訟の機能である。組合訴訟は、その提起によって必然的に組合を解散させる訴権なのであるから、組合存続中に出資を請求するための機能をもたない。組合訴訟は、組合解散後の決算のみを目的とする訴権である。訴訟においては、組合の解散が前提とされている以上、出資目的物を給付することは、その目的がもはや失われており、無意味でもある。④組合から発生する義務は、決算義務、共同の事務を処理して、それについて最終的な計算をする義務である。

(4) 以上から、ローマ古典法の組合を、委任、後見、事務管理と同じ、事務処理を内容とする法律関係と解すべきである。古典法上の組合は、①信義に基づく、②何時でも自由に解消され得る、③それぞれ二人の間の関係で、④共同目的のための事務処理義務と、⑤そこから生じた損益の分配義務を生じさせる、⑥方式のいらない取決で、⑦この信義に基づく関係の唯一のサンクションとして、事務処理の際の信頼違反に基づく損害賠償と、信義に反して相手が引渡さないものの返還を目的とする訴権（組合訴訟）がある。

(82) Wieacker, SZ, 69, S. 309 ff.

(24) Wiacker, SZ, 69, S. 308 f.; 316 f.; 342 ff.; 503 f. これに関連して、ヴィアッカーは、次のような説明を試みている。ローマの法制度は、もはや組合関係にとどまることを欲しない組合員をも、無理にその関係に縛り付けることはせず、いつでも関係を解消させる自由(解散通告の自由)を認める。古典期の共有に対すると同様の態度、ローマの個人主義がここに見られる。さらに、法政策として、裁判権の方から介入して、関係の修復を行うのではなくて、当事者自身が妥協か断交かを選択すべきであるとする主義が存在した。以上の「自由」の必然的帰結が、組合訴訟の提起による解散である(Wiacker, SZ, 69, S. 315 f.)。戦前の *Societas* 論文においては、組合の起源として彼により想定された「家共同体」から、訴訟提起による解散が説明されていたが(前注(20)参照)、戦後においては、上述の説明にみられるように、組合関係解消の自由に論拠の重心が移されている。

(25) Wiacker, SZ, 69, S. 503 f. ヴィアッカーは、被告が有責判決を受けた場合に *infamia* の制裁を受けることになる訴訟を提起する者が、なお組合の継続をのぞむことはなく、その訴訟は、組合関係の解消を前提とするものであるといわざるをえないとする。しかしこの理由に対しては、一般的に推測可能な原告の意識と、法制度上の原則(解散しない限りは訴訟提起は許されない)とは、問題が異なるのではないか、との批判が可能であろう。さらに、D. 17, 2, 65 pr. の解釈に関しヴィアッカーは、原告の「心理的・個人的な解散意思 *psychologisch-individuelle Auflösungs-wille*」は「客観的・類型的なそれ *objektiv-typische Auflösungs-wille*」にまで高められていた」と主張する(Wiacker, SZ, 69, S. 503 f.)。これに対しアラランジョ・ルイツは、多くの場合に「訴訟はおどし(*spauracchio*)」として機能したであろうと考える(金銭判決原理に着目)。彼によれば、このおどしによって相手がその義務を履行してくれることが、原告の第一の目的である。破廉恥の制裁を伴う場合であれ、伴わない場合であれ、このことに変わりはない。組合訴訟についても、組合関係の解消を決心したうえで訴訟を提起するというより、相手が履行すればそれでよく、できればなお組合の継続が望ましいと考える場合も十分あり得る(Arangio-Ruiz, op. cit., p. 181. Vgl. Wiacker, SZ, 69, S. 503)。²⁶ したがうなると、問題は、「訴訟制度」観の相違とどうなるか。なお破廉恥と組合訴訟との関連につき、Watson, RHD, 31, 1963, p. 78; 81 f.; do, The law of obligations in the later roman republic, 1965, p. 144 f.; do, Contract of mandate in roman law, 1961, p. 196 f. 参照。

(26) Wiacker, SZ, 69, S. 317 f. 「争点決定が組合を終了させるとするならば、組合訴訟の〔方式書中の〕請求の表示

(*intentio*) に記されている『[原告が被告に]そのことのために与え為すこと dare facere ob eam rem』とは、必然的、且つ例外なく、請求原因の表示 (*demonstratio*) に挙げられている組合に基づき、すべての事務の決算に関するものである、ということとなる。その手続は、*actio* *indictio* *generale*, *allgemeine Abrechnungsklage* である。このことは、*Sabinus* (D. 17, 2, 38pr.) が、*indictio* *generale* との関連——この関連性については疑問がない——において、次のように述べていることに示されている。すなわち、裁判を行う私人 *Privatrichter* は、それゆえに、まだその発生が未定な行為に対して、訴訟における担保 [問答契約の締結] *Prozeßkautionen* により前もって対処しておかなければならない、と。……したがって、組合訴訟は、何ら特定された給付義務を対象とするものではなかった。』

ここでヴァンツァーが挙げる *Paul.* D. 17, 2, 38pr. (6 ad Sab.) は、次のように述べる。
Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi). 「組合訴訟における裁定人は、その組合を原因として将来発生し得る損益について、担保問答契約 [締結] の配慮をしなければならぬ。サビヌスは、このことをすべての誠意訴訟について、それが包括的な訴訟 *iudictio* *generale* (たとえば組合訴訟、事務管理訴訟、後見訴訟) であれ、個別的な訴訟 *iudictio* *speciale* (たとえば委任訴訟、使用貸借訴訟、寄託訴訟) であれ、妥当するものと考えた。」

法文中、パウルスは、サビヌスの見解を引用する。そこで、*generale iudictio-speciale iudictio* という訴訟の分類が示されている。ベルガーによれば、前者は、他人の事務全体の管理を内容とする法律関係から生じた諸々の請求内容を、全体として一つの対象とする訴訟であり、後者は、ある特定の請求のみを対象とする訴訟である (Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, 1953, v. *Iudicia generalia*, 244-245 以下)。²⁷ Peters, *a. a. O.*, S. 179 ff.)。しかし、以上の説明を支えるべき直接の法文史料はなく (Schlossmann, *Der Besitzerwerb durch Dritte*, 1881, S. 123 Anm. 1 参照)、またこのパウルス法文について、特にその分類に関し、*itp.* を受けつくとする多くの見解がある (Ind. *itp.* 参照)。

(27) 訴え提起による解散を主張する学説について、David Daube, *Societas as consensual contract*, The Cambridge

Law Journal, 6, 1936-38, p. 389 n. 26 ; 390 n. 30 ; Emile Szelechter, Le contrat de société, 1947, p. 385 f. ; Erwin Seidl, Römisches Privatrecht, 1949, S. 71 ; Egon Weiss, Institutionen des römischen Privatrechts, 2. Aufl., 1949, S. 390 ; Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1951, p. 552 f. ; Seidl, Römisches Privatrecht, 1963, S. 153 ; Hans-Peter Benöhr, Das sogenannte Synallagma in den Konsensalkontrakten des klassischen römischen Rechts, 1965, S. 5 f. ; Herbert Hausmaninger-Walter Selb, Römisches Privatrecht, 1981, S. 308 (これ以外のものも含め文献につき Wieacker, SZ, 69, S. 316 Anm. 41^a) (但し Daube を反対説に入れることは不正確) 参照)。

カーサーは、存続中の訴権についてより詳細には次のように述べる。組合訴権は、まず清算のための訴権としてつくられ、その後によく、例外的に (nonnunquam, D. 17, 2, 65, 15) 組合存続中でも行使されることが許された。訴訟がどのようなものであったかを考察すれば、このことは理解できる。レーネルによって再構成された方式書によれば、組合訴権によって、すべてのことが訴訟の対象にされる、すなわち、原告は、(当該の組合から生じた) すべてのことを、被告に対し、信義誠実よりして与え為すことを要する *quidquid N^m. N^m. A^o. A^o. dare facere oportet ex fide bona*。したがって、一度訴権を行使すれば、組合から生じたすべての請求権が消耗される。組合存続中に対象を限定して訴訟を提起し、もう一度提起し得る可能性を残すには、① 準訴権 *actio pro socio utilis* ② 原告のための前書の二つの手段の可能性しかない。いずれにしても、正規の方式書 *Regelformel* が、清算を目的とするものであったことに変わりはない (Kaser, SD, 41, S. 331)。なお三節注 (21) 参照。

しかし以上のように、方式書の構造に注目して存続中の訴権の例外性を導くならば、アラランジョ・ルイツの見解に接近することになる。

- (8) Mariagrazia Bianchini, Studi sulla societates, 1967, p. 94 ; Cancelli, NNDI, 17, 1970, p. 513 [s. v. Società, Diritto romano] ; Antonio Guarino, Societas consensu contracta, p. 77 ; 98 f. [但しグァリーノ説には、上述したように、存続中の訴権はユ帝法においてはじめて例外となったとの独自の構想が基本にある。これにつきさしあたり Kaser, SD, 41, S. 278 ff. 参照]

二 組合訴権の具体的請求内容

組合訴訟を提起したならば、常に解散の通告もしたものととして組合は解散し、したがって組合訴訟は清算のみを目的としたのであろうか。従来の議論は、このような問題について、一般的な原則が存在するかどうか（前節で見たように組合訴訟の一般的性格、ローマの法秩序のあり方等の論拠及び、原則を述べているとされる法文の提示）に集中しているように思われる。しかし、そうした問題を検討するにあたっては、まずその前提として組合訴権によって具体的に何が請求の対象とされるのかについて確認しておかなければならないであろう。

さらに、組合訴権による請求内容を確認することによって、訴訟提起が組合解散という結果を必ず生じさせなければならぬ理由が見い出せるのかどうかを検討してみることにはしたい。

たとえば、ある事業を共同で行うために組合がつけられたならば、資金を出し合うこと、利益を分配すること等の組合員の義務が問題となろう。法史料においてこれらの義務がどのような問題とされ、組合訴訟によりいかなる内容の義務を負うべきものとされているのであろうか。このような観点からの考察により存続中の訴権を巡る問題解決のための一つの手がかりが得られるのではないかと考える。

(1) 取得物の持込⁽¹⁾

組合員があるものを取得した場合に、それを共同財産中に持込まなければならぬ（あるいはその必要はない）、と述べるかなりの法文が存在する。これらの法文中のいくつか（D. 17, 2, 52, 8; 73; 74）は、出資義務を組合訴訟における請求対象として論ずる法文として、一般に挙げられるが、組合存続中に、組合訴訟によりある特定の対象

を請求し得るとする見解により、存続中の訴権の例を示すものとしても挙げられる。⁽³⁾これに対して、個々の請求対象も、すべて解散後の清算を目的とする訴訟においてのみ問題となり得るとする見解によれば、取得物の持込を請求対象として論じる諸法文は、訴訟において行われる決算の一項目を扱っているものと解さなければならぬことになろう。⁽⁴⁾

以下で、具体的内容に従い分類し、検討することにしよう。

(a) 全財産の組合において組合員は、組合締結時に有する全財産及び以後の取得物すべてを共同としなければならぬ。いくつかの法文は、組合締結後の取得物持込に関し、次のように述べる。すなわち、Ulp. D. 17, 2, 52.⁽⁵⁾ において、ウルピアーヌスにより引用されたパーピニアヌスの見解によれば、兄弟間の任意の相続財産共同制 *voluntarium consortium* (全財産の組合として扱われている)⁽⁶⁾ においては、「兵士の給料及びその他の給料も組合訴訟により共同財産中に持込まれ *et stipendia ceteraque salaria in commune redigi iudicio societatis*」なければならぬものとされる。「組合訴訟により」等の表現は用いられていないが、同じく全財産の組合における相続財産の持込義務を述べるウルピアーヌス法文 (Ulp. D. 17, 2, 73)⁽⁷⁾、ネラーティウスの見解として、「人格権侵害あるいはアクイリウス法により」賠償として得たものの持込義務、違法な行為に基づいて取得したものにつき持込義務のないこと、を述べるウルピアーヌス法文 (Ulp. D. 17, 2, 52, 16f.)⁽⁸⁾ がある。

(b) 次に、利得 (*quaestus*) を共同にする組合⁽⁹⁾、Paul. D. 17, 2, 71, 1⁽¹⁰⁾ において、相続財産、遺贈を組合に持込む義務のないこと、Iul. D. 29, 2, 45, 2⁽¹¹⁾ において、組合員の労務により得たものを持込まなければならぬこと、が述べられている。⁽¹²⁾

(c) 持込義務が論じられているが、組合の種類が不明なパウルス法文 (Paul. D. 17, 2, 74 [62 ad ed.]⁽¹³⁾) があ

り、ここでは、「もし、ある者が、組合を締結していたときは、購入した物はその者自身のものとなり、共有にはならない。しかし組合訴訟によりその物を共有にするよう強制される。」と述べられている。⁽¹⁴⁾

(2) 利益の分配

利益の分配請求に関する法文として一般に挙げられるものは、Paul. D. 17, 2, 65, 3⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾である。このパウルス法文においては解散通告の効果を巡る問題が論じられている。しかし、具体的な請求内容は、全財産の組合における取得した相続財産の共同である。この法文においては、悪意による通告者の責任として、利益独占を図ったその対象である相続財産について、それが実際に利益をもたらしたならば組合訴権により共通にするよう強制される (*commodum communicare cogetur actione pro socio*)⁽¹⁷⁾、と述べられている。

(3) 損害

(a) 損害の分担

組合員が組合業務の執行中に受けた損害について、組合訴訟によりその分担を請求することができる、と述べるウルピアヌス法文 Ulp. D. 17, 2, 52, 4⁽¹⁷⁾がある。この法文においては、以下の二つの事例が扱われている。

まず第一の事例は、マント商 (*sagaria negotiatio*) を共同で営むための組合において、組合員が商品調達のための旅行中に強盗に襲われ、所持品を奪われたというものであり、かかる損害が分担されるべきかどうかを論ずる。本文に引用されたユリアーナスの見解によれば、業務としての旅行のゆえに携帯した所持品の損失は共通とされるべきであり、損害を受けた組合員は、他の組合員に対し、その分担を組合訴訟により請求することができる。さらにユリアーナスは、治療費についても分担請求を認め、この見解は、ウルピアヌスにより支持されている。⁽¹⁸⁾ しかし、同じく業務執行中に傷を負った組合員の治療費について、ラベオーは、⁽¹⁹⁾ その費用は、組合が原因であるとはいえず、組

合の利益のために支出されたものではないとの理由から、組合訴権による請求を否定する見解を述べ、古典期の学者間に意見の相違があったことを示している。

ウルピアヌス法文に挙げられている第二の事例は、船の難破による商品の滅失に関する。船で運搬することを常とする商品である限り、その損害は分担されるべきものとされている。

(b) 解散通告により受けた損害

組合員は、いかなる場合にも、通告により一方的に組合を解散させることができる⁽²⁰⁾。しかし、その通告が、悪意 (dolus malus) により、あるいは不利な時期に (intempestive) なされたときは、組合訴権により責を負う⁽²¹⁾。

法文中から、具体的な責任を挙げれば、全財産の組合において利益独占のために通告した者は、その利益を組合訴権により共通にするよう強制され (communicare cogetur actione pro socio)、⁽²²⁾ 他方、独占を意図した対象が、実際には、むしろ不利益をもたらす場合には、通告者のみが負担する (Paul. D. 17, 2, 65, 3)、⁽²³⁾ 存続期間の満了前に通告した者は、通告後に発生した利益の分配を受けず、損失は分担しなければならない (eod. 65, 6)、⁽²⁴⁾ 不在者に対し通告した者は、不在者が知るまでに自己が取得したものは共通にし、受けた不利益は単独で負担し、他方、不在者の取得したものは共通にはならず、不利益は分担されなければならない (Paul. eod. 17, 1)。⁽²⁵⁾

(c) 組合員が共有物に加えた損害

組合員が共有物に損害を加えた場合に関し、以下の三法文において次の見解が述べられている。

まず、Ulp. D. 17, 2, 47, 1 (30 ad Sab.)⁽²⁶⁾ において、アクィーリウス法訴権により責を負う、とするケルスス、ユーリアーヌス、ポンポニウス⁽²⁷⁾の見解が引用されている。次に、Paul. eod. 48 (6 ad Sab.)⁽²⁸⁾ において、にもかかわらず、組合訴権によってもまた責を負う、と述べられ、⁽²⁹⁾ Ulp. eod. 49 (31 ad ed.)⁽³⁰⁾ において、例え

ば、業務執行を任ぜられている奴隷を損傷あるいは殺害した場合のように、その行為によって組合に損害を与えたときは、責を負うとされている。

パウルス及びウルピアーヌスは、組合訴権の適用をも是認するが、それ以前のケルスス、ユーリアーヌス、ポンポリーニウス（古典期盛期）においては、組合訴権の適用には言及がなく、したがってその適用までも顧慮されていたわけではないものと思われる。⁽²⁸⁾

(4) 組合員が支出した費用

組合員が、組合にとって必要な費用を支出したとき、その賠償請求が、組合訴訟の対象となる。それに関する法文として一般に挙げられる以下の三法文を見ることにしよう。⁽²⁹⁾

まず Ulp. D. 17, 2, 52, 15⁽³⁰⁾ においてウルピアーヌスにより挙げられている事例は、組合員が組合業務としての商品調達の旅行のために支出した費用に関する。ウルピアーヌスは、必要費か否かの判断基準として「そのことのために in eam rem」と述べ、具体例として、宿泊費、運送費等を挙げる。組合員は、必要費を、「組合の計算に入れる societati imputare」ことが出来る。

次に Paul. D. 17, 2, 67, 2⁽³¹⁾ において挙げられている事例は、組合員が組合業務に関して支出した費用に関する。組合目的、支出を必要とした業務内容は不明である。組合員が、業務執行に必要な費用を出したときは、それは組合の費用として計算されなければならない。本法文においては、利息についても組合訴訟により償還を請求できるものとされている。

最後に、共有物に対して支出した費用の償還について、Paul. D. 17, 2, 38, 1⁽³²⁾ において、組合訴訟あるいは共有物分割訴訟の適用が、プロクルスにより述べられている。⁽³³⁾ この法文では、具体的事例は挙げられていない。他の法文が

ら、事例を挙げれば、共同水路の修理のために支出した費用 (in communem rivum reficiendum impensa facta) につき、組合訴訟によりその費用の償還を請求しうるとするカッシウスの見解を引用するウルピアヌス法文⁽³⁴⁾、共有建物の修復費に關し、組合訴訟あるいは共有物分割訴訟による請求を述べるガイウス法文⁽³⁵⁾がある。

(5) 求償⁽³⁶⁾

Ulp. D. 14, 3, 13, 2⁽³⁷⁾において、ユーリアヌスは、共有奴隷を店の支配人に任命した場合、共有者の一人に対して、支配人訴権 (actio institoria) により全部を請求し得る、とする見解を正しいとする。そしてここでは、全額を弁済した者の組合訴訟あるいは共有物分割訴訟による求償が求べられている。これに類似する問題を論じたものとしては、他人の奴隷を支配人に任命した場合についても、同じく、組合訴訟あるいは共有物分割訴訟により給付の一部を請求することができるとするパウルス法文がある⁽³⁸⁾。特有財産訴権により敗訴した奴隷の共有者の、組合訴訟あるいは共有物分割訴訟による求償を述べるもの⁽³⁹⁾、船を共同で所有する船舶業者について、組合訴訟による求償を述べるものもある⁽⁴⁰⁾。以上の史料については、societatis iudicio の部分を i.p. によるものであるとする見解がある⁽⁴¹⁾（これは特に、「ローマ法における求償権」の問題にかかわり、ここでは立入らない⁽⁴²⁾）。⁽⁴³⁾

以上が組合訴権による個々の請求内容である。この検討から、次の点を確認することができるであろう。まず、法史料の中には、解散を前提として論じているもの（解散通告による賠償）もあるが、それ以外では、解散前であるか後であるかが特に顧慮された上で、請求内容が論じられているわけではない。次に、請求内容として挙げられているのは取得物の共同財産中への持込み、損益の分配等であり、訴訟提起すなわち解散通告であると解さなければならぬ理由を見い出すことはできないように思われる。とりわけ、支出費用の請求、求償については、信頼関係の解消を意味すべき理由はないのではないか。さて、以上の確認をふまえ、次に根拠法文を検討することにしよう。

- (1) in commune redigi, in societatem conferre, in medium referre 等の用語はよくて表わされてはゐるが、この中で、共同財産中への「特定」と誤じた。他は、法史料に於て用いる用語は、金錢、労務等の出資を示すものとして用いられる (D. 17, 2, 6; 29pr. 1; 52, 7; 58pr. ; 80; Gai. 3, 149)。また Wieacker, SZ, 69, S. 332ff.; Guarino, op. cit., p. 59ff. Pierre Cornioley, De la «communicatio rerum» dans la societas omnium bonorum, in Festig. von. Lübtow, 1970, p. 506ff. 参照。
- (2) Kaser, RPR 1, S. 576 Anm. 43. 以上の三法文については本節注 (5) (7) (8) 参照。
- (3) 存続中の訴権は、Paul. D. 17, 2, 65, 15 せりとて、最近の著述として、Bianchini, op. cit., p. 94 (D. 17, 2, 52, 8; 73; 74)。また Glück, a. a. O., S. 447 Anm. 87; Pernice, a. a. O., S. 236 Anm. 1; C. H. Monro, Digest XVII. 2 pro socio (edition of text with translation and notes), 1902, p. 62 (note on D. 17, 2, 65, 15) 参照。
- (4) Wieacker, SZ, 69, S. 334ff. 特に、全財産の組合に關し Cornioley, Index, 1, 1970, p. 317f. 参照。
- (5) 「同のペン・ジュニアースは、同〔解答録第三〕巻におきて、次のように云く。只共同の voluntarium consortium が締結されたときは、組合訴訟により、兵士の給料及びその他の給料も共同財産中に持込まれる……」と。Ulp. D. 17, 2, 52, 8 (31 ad ed.) Idem Papinianus eodem libro ait, si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit, et stipendia ceteraque salaria in commune redigi iudicio societatis, …………… ceteraque salaria の部分に itp. によるものがあることは、Bonfante, Corso di diritto romano 1, 1925, p. 105 n. 5 「特定の箇所を示しては、わけてはなから、文脈上の部分、Bretone, Labeo, 6, 1960, p. 175 n. 28 参照); Kunkel, Ein unbeachteten Zeugnis über das römische consortium, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 4/5, 1954, S. 71 Anm. 34) があるが、本稿の問題に直接の關係はない。
- (6) Kaser, SD, 41, S. 296. 以下の consortium (以下に「き」) 吉野悟「古代ローマにおける『最近宗族』の法的地位の形成過程について」『専修大学論集』二〇号(一九五九年)二六頁以下、小菅、前掲論文、一頁以下参照)との関連にお

て、本法文中の *voluntarium consortium* の意味につき特に Kunkel, *o. o.*, S. 72f. 参照。

- (7) 「マキシミヌスに解答して述べるに、もし全財産の組合が締結されたときは、すなわち締結後に誰であれ取得したものをすべて共同にする組合が締結されたときは、組合員中の誰にであれ帰属した相続財産は、共同財産中に持込まれなければならない」と。……」

Ulp. D. 17, 2, 73 (1 respons.) Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur, hereditatem cuius eorum delatam in commune redigendam……. id est——adquirentur の部分につき itp. によるものによる見解 (Eisele, SZ, 11, 1890, S. 7) がある、他の文献につき Ind. itp. 参照。

- (8) 「(一六) ネラーティウスは、もし全財産の組合員であるときは、組合員はすべてのものを組合へ持込まなければならない」と述べる。それゆえ、自己に加えられた人格権侵害により、あるいはアクイーリウス法により「取得した賠償金を」、自己の身体に傷害が加えられた場合であれ、家息の身体の場合であれ、持込まなければならない」と解答する。(一七) 同所で「ネラーティウス」は、全財産の組合員は、禁止されている手段により取得したものを持込むよう強制されないと述べる。」

Ulp. D. 17, 2, 52, 16 (31 ad ed.) Socium universa in societatem conferre debere Neratius ait, si omnium bonorum socius sit: et ideo sive ob iniuriam sibi factam vel ex lege Aquilia, sive ipsius sive filii corpori nocitum sit, conferre debere respondit. 17. Ibidem ait socium omnium bonorum non cogi conferre, quae ex prohibitis causis adquisierit. 注文 52, 16 による vel ex lege Aquilia の部分につき Ind. itp. によるものによる見解 (De Medio, St. Scialoja, 2, 1905, p. 53 [未見]; Haymann, SZ, 41, 1920, S. 49 Anm. 1; Schulz, SZ, 43, 1922, S. 245 Anm. 6) がある。原田慶吉「民法七〇九条の成立する迄」『日本民法典の史的素描』所収、創文社、三四六頁及び注(一)(二)参照。

- (9) 契約締結時に当事者が所有する財産は、各自がそのまま保有すること、以後の取得財産のうち相続財産、遺贈、贈与は共同財産の対象から除外されること (D. 17, 2, 9-11 参照) において、全財産の組合とは異なる。法文において、共通にする財産の説明として「quaestus によるものは売買・賃約による利益 (lucrum)」(D. 17, 2, 7)「quaestus とは各

- 自の活動 (opera) によるもの」(D. 17, 2, 8) である。quaestus et lucrum の組合を締結して、quaestus による利益 (lucrum) のみが共通されるべきものである (D. 17, 2, 13)。Ulp. D. 17, 2, 7 (30 ad Sab.) によれば、別段の取決なくして組合を締結したときは、quaestus に基づくすべてのものを共同にする組合が締結されたものと見られる。
- (10) 「二人の共同被解放者が、lucrum quaestus compendium [前注(9)参照]の組合を締結し、その後保護者により、二人のうち一方は相続人に指定され、他方に遺贈が与えられた。[セルウィウスは]、両者とも〔相続財産あるいは遺贈を〕共同財産中に持込む必要はない」と解答する。
- Paul. D. 17, 2, 71, 1 (3 epitomarum Alfeni digestorum) Duo colliberti societatem coierunt lucri quaestus compendii, postea unus ex his a patrono heres institutus est, alteri legatum datum est, neutrum horum in medium referre debere respondit.
- (11) 「ソルツィ」quaestus と compendium [前注(9)参照]の組合が締結されるときは、組合員が自らの活動により取得したものは何であれ、持込まなければならない。これに対し、相続財産は、自己のために取得する。」
- Iul. D. 29, 2, 45, 2 (1 ad Urseium Ferozem) Et cum quaestus et compendii societas initur, quidquid ex operis suis socius adquisierit, in medium conferet: sibi autem quisque hereditatem adquirit.
- (12) 他は、Ulp. D. 17, 2, 52, 6 によれば、パウリヌスが見解として、「もし兄弟達が、利益も損失も共にするために、親の相続財産を不分割にするときは、他の原因よりして取得したものは、共同財産中に持込まれる必要はない。Si fratres parentium indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quaesierint in commune non redigetur。」
- (13) Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare. Ind. itp. ソルツィ 本論文の Solazzi, Memorie Reale Accad. Modena, 11, 1914 (Scritti によらずに 1911 年によらずに), p. 189 n. 2 (= Solazzi, Scritti I, 1955, p. 295ff.; p. 320 n. 81) が挙げられているが、必ずしも itp. の主張であるとは見受けられない。本論文の具体的内容については Arangio-Ruiz, op. cit., p. 134. 参照。
- (14) 他は、解散通告の効果を巡る問題との関連によらず、「持込」を述べ Paul. D. 17, 2, 17, 1 (注(2)参照)がある。

(15) Kaser, RPR 1, S. 576 u. Anm. 42.

(16) 「……われわれが全財産の組合を締結し、その後、組合員の一人に相続財産が帰属し、その組合員はそれゆえに〔利益独占のために〕解散通告をしたとき〔は、悪意 *dolus malus* による通告にあたる。この場合、通告者は他の組合員を自己より自由にするが、自己を他の組合員より自由にしないとのカッシウスの原則が適用され〕、したがって、もし、相続財産が損失をもたらしたとき、その損失は通告者に帰し、他方、利益は組合訴権により共通にするよう強制される……」

Paul, D. 17, 2, 65, 3 (32 ad ed.) ………, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. ………

ここにあげた部分に関する限りで、ideoque 以下の修正を主張するベーゼラー説 (Beseler, SZ, 45, 1925, S. 466) があるが、実質的な理由は述べられていない。なお、Dieter Medicus, *Id quod interest*, 1962, S. 200ff. 参照。

(17) 「数人〔二人〕がマント商 (*sagaria negotiatio*) を始めた。そのうちの一人が、商品調達のための旅行中に辻強盗に襲われ、彼の金銭を失い、彼の奴隷が傷つけられ、彼自身の財産も失った。ユーリアーヌスは、次のように述べる。損害は共通のものとなり、したがって、共同の計算において商品を調達するために旅行しなかったならば組合員が携帯しなかったであろう金銭ならびにその他の物について、組合訴権によりその損害の半分が、「他方の組合員により」負担されなければならない」と。しかしまた、医者に治療費が支払われたときも、「他の」組合員は割合に応じてそれを負担しなければならぬことを、ユーリアーヌスは是認する。これはきわめて正当な見解である。同様に、船の難破によりあるものが失われたときも、船により運送することを常としない商品ではない限り、両者がその損失を負担しなければならない。なぜなら、利益と同様に損失もまた、共にしなければならぬからである。但し、組合員の *culpa* によって生じた損失はこの限りではない。」

Ulp. D. 17, 2, 52, 4 (31 ad ed.) *Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit, dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscerere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces*

- communi nomine comparandas proficisceretur. sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Iulianus probat. proinde et si naufragio quid perit, cum non alias merces quam navi solerent adveni, damnnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit. damnnum esse — socio et itp. *Ulp. D. 17, 2, 61* (31 ad ed.) に「再び「モーリアームスによれば、しかし自己の〔治療の〕ために医者に与えたものも請求することが出来る。この見解は正しい。」とある。
- (18) *Ulp. D. 17, 2, 61* (31 ad ed.) に「再び「モーリアームスによれば、しかし自己の〔治療の〕ために医者に与えたものも請求することが出来る。この見解は正しい。」とある。
- (19) 「売りに出していた共有奴隷の逃亡を制止しようとして組合員が傷を負った。ラベオーは次のように述べる。その治療のために支出した費用を組合訴訟により得ることはできない。なぜならそれは、組合のゆえに (propter societatem) (組合が原因となって) 支出されたとはいえず、組合のために (in societatem) (組合利益のために) 支出されたものではないからである。組合のゆえとは、たとえばある者が組合のゆえにある組合員を相続人に指定するのをやめた、あるいは「組合員が」遺贈を受けなかった、あるいは「組合員が」自己の財産をより不注意に管理した場合である……。」
- Pomp. D. 17, 2, 60, 1* (13 ad Sab.) *Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit, sicuti si propter societatem eum heredem quis instituere desisset aut legatum praetermississet aut patrimonium suum negligentius administrasset: ……………*
- (20) *Kaser, RPR 1, S. 575 Anm. 35.*
- (21) *Ulp. D. 17, 2, 14* (30 ad Sab.); *Paul. eod. 65, 3-6* (32 ad ed.).
- (22) 前注 (16) 参照。
- (23) 「同様に〔存続〕期間を定めて組合を締結する者が、期日到来前に組合解散通告をしたときは、「他の」組合員を自己より自由にするが、自己を「他の」組合員より自由にしない。したがって、もし通告後に何か利益が生じることになったときは、その分配を受けないが、損失が生じることになったときは、「通告前と」同様にその一部を分担しなければならぬ。」

〔……………〕

Paul. D. 17, 2, 65, 6 (32 ad ed.) Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, aequè praestabit portionem: ……………

(24) 「もし不在者に対して組合解散の通告がなされたときは、その者が知るまでは、通告者が取得したものは共同財産中に持込まれ、これに対して損失は通告者のみに帰す。しかし、不在者が取得したものは、不在者のみに帰属し、不在者が被った損失は共通になる。」

Paul. D. 17, 2, 17, 1 (6 ad Sab.) Si absenti renuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is adquisivit qui renuntiavit in commune redigi, detrimentum autem solius eius esse qui renuntiaverit: sed quod absens adquisivit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse.

(25) Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Iulianus et Pomponius scribunt:
(26) sed nihilo minus et pro socio tenetur,

(27) si hoc facto societatem laesit, si verbi gratia negotiatorem servum vulneraverit vel occidit.

(28) cf. Paul. D. 9, 4, 10 (22 ad ed.); Ulp. D. 11, 3, 9 pr. (23 ad ed.); Ulp. D. 17, 2, 45 (30 ad Sab.). なる
アクイーリウス法に関する諸法文につき、西村隆蒼志「アクイーリウス法とそれをめぐる法学説の展開」『久保正幡先生還
曆記念 西洋法制史料選Ⅰ古代』、一九八一年、一九二頁以下参照。

(29) Kaser, RPR 1, S. 576 u. Anm. 44.

(30) 「もし組合員のうちの一人が、組合のために、たとえば商品購入の目的で旅行したときは、そのことのために支出された費用のみを、組合の計算に入れることができる。したがって旅館の宿泊費及び厩〔に馬を預けるため〕の費用、自己の荷物、あるいは商品を動物や荷車により運搬するための運送費を、組合の計算に入れることができる、とすることは正当である。」

Ulp. D. 17, 2, 52, 15 (31 ad ed.) Si quis ex sociis propter societatem profectus sit, veluti ad merces emendas, eos dumtaxat sumptuum societati imputabit qui in eam rem impensi sunt: viatica igitur et

- meritoriorum et stabulorum, iumentorum carrulorum vecturas vel sui vel sarcinarum suarum gratia vel mercium recte imputabit.
- (31) 「もし組合員のうちの一人が、やむをえず自己の財産から共同の事務のために何かを支出するときは、もし利息付で自分が借りた金銭を与える場合には、利息についても、組合訴訟によりその償還を請求することができる。しかし、次のように述べても、それに理由がないわけではない。すなわち、自分の金銭を与えた場合にも、他人にも貸していたならば得ることであったであろう利息をも受けとることができる」と。」
- Paul. D. 17, 2, 67, 2 (32 ad ed.) Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio societatis servabit et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam pecuniam dedit, non sine causa dicitur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset.
- 本法文につき itp. を受けつづるこの見解 (Beseler, Beiträge, 3, S. 13; Siber, SZ. 45, 1925, S. 166) があるが、さしあたり法文の内容理解に直接の関わりはない。
- (32) 「プロクルスは次のように述べる。もし私が君と組合関係にあり、組合に基づく共有物が存在するときは、私とその共有物について費用を支出したならば、あるいは君が共有物から果実を収取したならば、私は組合訴訟あるいは共有物分割訴訟により、それらを取得することができる。そして、一方の訴権によって他方は消滅する」と。」
- Paul. D. 17, 2, 38, 1 (6 ad Sab.) Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quosve fructus ex his rebus ceperis, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait. なほ、本法文の末尾 et altera actione alteram tolli et itp. によるものとの見解がある (Levy, *q. a. O.*, S. 142; Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 200. Vgl. Ulp. D. 17, 2, 43.)
- (33) これと関連して Paul. D. 17, 2, 65, 13 (組合解散後の支出につき、組合訴訟ではなく共有物分割訴訟のみの適用を認める); Gai. *eod.* 34 (組合に基づかない共有物について、組合訴訟の適用を認めない) の各法文がある。
- (34) Ulp. D. 17, 2, 52, 12 (31 ad ed.) Item si in communem rivum reficiendum impensa facta sit, pro socio esse actionem ad recipiendum sumptum Cassius scripsit. 「同様だ、もし共同水路の修復のために費用が支出されたときは、費用の償還のために組合訴権が成立する」とカッシウスは書いている。但し、この組合がいかなる目的の

組合であったのか（共同水路はその目的とどういふ関係にあるのか）は、もとよりこの短い叙述からは不明である。同一の承役地に引水権 (acqueductus) を持つ二人の土地所有者が、共に役立っている水路の溝を、共同の費用でならうことに合意し、一方がその費用を支出した事例である（Arangio-Ruiz, op. cit., 148）。これによれば、共有物に関する費用の償還請求というよりは、水路の掃除を共同の費用で行うことを目的とする組合 (societas unius rei の類型) における費用分担の問題となろう。この点で関連する法文として Paul. D. 10, 3, 19, 2 (6 ad Sab.) がある。この法文では、同一地に共に道路通行権 (via) を持つ者のうち一方が、その道路に関し費用を支出した事例につき、共有物分割訴権ないし組合訴権により訴えることができるとするポンポニーウスの見解が引用されているが、パウルスはこれを、比較的粗雑 (durus) として、事務管理訴権によるべきものとする。

(55) Gai. D. 39, 2, 32 (28 ad ed. prov.) Si aedibus meis proximae sint aedes meae et tuae, quaeritur, an, si hae vitium mihi faciant, cavere mihi debeas pro damno proprietarium mearum aedium, scilicet pro qua parte dominus existes, et hoc plerisque placet: sed movet me, quod ipse meas aedes reficere possim et impensas pro socio aut communi dividundo iudicio pro parte consequi. nam et si unas aedes communes tecum habui eaeque vitium faciant et circa refectioem earum cessare videaris, nostri praeceptores negant cavere te debere, quia ipse reficere possim recepturus pro parte, quod impenderim, iudicio societatis aut communi dividundo: 「もし私の建物に隣接して、私と君の建物があるときに、私と君の建物が〔瑕疵の故に〕私〔の建物〕に損害を与える危険がある場合、次のことが問題となる。君は私が所有する建物の損害につき、私に担保を、すなわち〔共同建物の〕君の所有持分の割合で、提供しなければならないのかである。多数の見解はこれを認める。しかし、私は自ら私の建物 (meas aedes [文脈からは共有建物]) を修理することが可能であり、その費用を組合訴訟あるいは共有物分割訴訟により、持分割合に応じて得ることができる。したがって、私〔ガイウス〕は、多数説に従うべきか迷う。なぜなら、もし私が君と共有の建物を所有し、その建物が損害を加える危険があり、君がその修理をする用意があるとは見られないとき、われわれの先学達は、次の理由で、君が担保を提供すべきことを否定しているからである。すなわち、私は、自ら修理をすることが可能であり、私が支出した費用を、組合訴訟あるいは共有物分割訴訟により受取ることができるところである、と。……」但し、この法文について itp. を受けているとする多くの見解がある (Ind. itp. 参照)。こ

では、共有建物の修理費につき組合訴訟の適用を述べる法文として挙げるにとどめる。ところで、このガイウス法文の叙述は、共有建物につき他の共有者の持分についても修理した者に、他の者が四カ月以内に費用償還に応じない場合、単独所有権を与える *Oratio Marci* (Kaser, RPR I, S. 432 Anm. 61 参照) の発布以前ないし、知る前のものと思われる (Pringsheim, *Der Kauf mit fremdem Geld*, 1916, S. 147f. u. Anm. 6)° *Ulp. D. 17, 2, 52, 10* (31 ad ed.) においては、パーピニアヌスの解答として、共有の貸家 (*insula*) につきその修復を怠る他の者の持分を (も) 修復した組合員 (*socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit*) に対する救済として、① 工事完成後四カ月以内であれば、利息も含めた費用の償還請求、② 四カ月後は、所有権の取得が認められるが、さらに③ 自己の有する利害関係の、組合訴訟による請求が述べられている。③につき *itp. とする見解* (Pringsheim, *o. a. O.*, S. 147ff.; *Medicus, a. a. O.*, S. 198ff.) があるが、他方では、その実質的内容は古典期とする見解 (Honsell, *Quod interest in bonae-fidei-iudicium*, 1969, S. 161f.) がある。

(36) 求償の問題につき、さしあたり、Kaser, RPR 1, S. 659; Wesener, *Labeo*, 11, 1965, p. 350f. 参照。なお、以下本文で挙げる諸法文に見られるように、支配人訴権、特有財産訴権等の「附加的性質の訴権 (*actio adiecticiae qualitatis*)」とも関連するが、これについては、川島武宜編『法社会学講座 6—歴史・文化と法 1—』一九七三年、第二章第四節「古代ローマ」(吉野悟執筆)、一四六頁以下を参照。

(37) 「ユリアーナスは次の問題を論ずる。もし二人ないしそれ以上の者が店 (*taberna*) を経営し、不均等な持分割合で所有している奴隷を、支配人に任命した (*institorem praeposuerint*) ときは、各自は、「奴隷の」持分割合で責を負うのか、均等にか、営業の持分割合 (*pro portione mercis*) か、あるいはまた全額につき (*in solidum*) 責を負うのであるか。ユリアーナスは、船長 (*exercitores*) 及び特有財産訴権 (*de peculio actio*) の場合の例に倣って、任意の一人に対して全部を訴求することができる」との見解がより正しいと述べる。もし、ある者が訴えられて給付したときは、組合訴訟あるいは共有物分割訴訟により (*societatis iudicio vel communi dividundo*)、給付したものを「割合に応じた」請求することができる。この見解は、すでに上述の箇所においても「われわれは承認した。」

Ulp. D. 14, 3, 13, 2 (28 ad ed.) *Si duo pluresve tabernam exercent et servum, quem ex disparibus partibus habebant, institorem praeposuerint, utrum pro dominicis partibus teneantur an pro aequalibus*

an pro portione mercis an vero in solidum, Iulianus quaerit. et verius esse ait exemplo exercitorum et de peculio actionis in solidum unumquemque conveniri posse, et quidquid is praestiterit qui conventus est, societatis iudicio vel communi dividundo consequetur, quam sententiam et supra probavimus.

(38) Paul. D. 14, 3, 14 (4 ad Plautium)

(39) Gai. D. 15, 1, 27, 8 (9 ad ed. prov.). 他に同種のものとして Iul. D. 10, 3, 25 (12 dig.); Ulp. D. 15, 1, 19, 2 (29 ad ed.) (組合訴訟あるいは共有物分割訴訟による求償)。

(40) Paul. D. 14, 1, 3 (29 ad ed.)

(41) 特に D. 14, 3, 13, 2 のこと itp を受けつらることは多くの見解がある。Valeri, Rivista del diritto commerciale, 21, 1, 1923, p. 17f.; 24f. (しかなる場合にも連帯債務者に求償を確保しようとする上の特徴的な傾向 [p. 17] を根拠として D. 14, 3, 14 [p. 25]; D. 14, 1, 3 [p. 17] も含め、求償に関する記述すべて cf. Solazzi, Rivista del diritto della navigazione, Anno VII, Numero 3-4, 1941, p. 195 n. 1; Bretone, Servus communis, 1958, p. 173 n. 16); Arangio-Ruiz, Studi in onore di Salvatore Riccobono, IV, 1934, p. 370 (他の二法文も含め Valeri の賛成するが、古典期の法律家なら共有物分割訴訟のみを挙げたか沈黙したであろうという、完全を目的とした加筆、という意味にとらえる); Solazzi, loc. cit. (理由は特に挙げられていない)。

(42) さらに、共有奴隸、船長訴権と支配人訴権、特有財産訴権などの問題に広範囲にかかわり、今後の研究を期したい。なお、吉野、前掲書、一五一—一三頁、一五七—一九頁参照。

(43) 古典期の法律家は、当事者間で求償が問題となる場合には、あらたにそのための独立の法手段を設けたのではなくて、内
部関係から発生する既存の訴訟を利用してその請求を認めるという方法をとった、といわれている (Wesener, a. a. O., S. 361)。だとすれば、組合訴訟が適用されたと解してよいように思われる (但し、Kaser, RPR I, S. 659 は組合員の場合にことごとち actio communi dividundo のみを挙げる)。なお、Stein, Tulane Law Review, 33, 1958-59, p. 598. 参照。

三 法文の検討——Paul. D. 17, 2, 65pr.; 65, 15——

上記の学説から理解されるように、一方で訴訟提起による組合の解散、他方で訴訟提起による解散の回避（存続中の訴権）は、同一の法文、D. 17, 2, 65pr. から導き出されている。まずこの法文を検討し、次に、存続中の訴権について述べられている唯一の法文、D. 17, 2, 65, 15を検討することにする。

（一） *actio* による組合の解散

Paul. D. 17, 2, 65pr. (32 ad ed.) *Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit.*

「問答契約あるいは訴訟によって、組合の〔法的〕性質が変更されたとき、〔組合は〕 *actio* によって解散される。なぜなら、プロクルスは、締結された組合が全財産の組合であれ、一つの事務の組合であれ、組合が解散されることを目的として訴訟が提起されたことそれ自体によって、組合解散の通告がなされる、と述べるからである。」⁽¹⁾

このパウルス法文においては、まず前半で、*actio* による解散、その具体的内容として、問答契約あるいは訴訟による組合の *causa* の変更が述べられている。問題は、このような *actio* による解散とは何か、である。

一般に、組合の解散事由として、組合員一名の死亡、頭格減少 (*capitis deminutio*)、破産、解散通告の四種が挙げられている。⁽²⁾ これは、基本的には、Gai. 3, 151-4 及び Modestinus D. 17, 2, 4, 1 に依拠するものであり、両者において内容及び順序に一致がみられる。⁽³⁾ しかし、*actio* は、これらの法文のいずれにも含まれていないことに注目しな

ければならない。これとは別に、学説彙纂には、ウルピアーヌスの次の説明が収められている。

Ulp. D. 17, 2, 63, 10(31 ad ed.)「組合は、人により、物により、意思により、actioにより解散される。したがって、あるいは人、あるいは物、あるいは意思、あるいはactioが消滅するときは、組合は解散されるものと見られる。ところで人が消滅するとは、最大ないし中間の頭格減少、あるいは死亡による場合である。これに対し物〔が消滅するとは〕、物が何も残されていない、あるいは物がその性状を変えてしまったときである。なぜなら、もはや存在しない物について人が組合員であることはなく、また献納ないし没収された物についても組合員であることはないからである。意思により組合が解放されるとは、解散通告による場合である。」⁽⁴⁾

ここでウルピアーヌスは、人(Persona)、物(res)、意思(voluntas)、actioを解散事由として挙げる。解散は、人、物あるいは意思の消滅により生じると説明されているが、actioの消滅については、他の三事由にみられるような説明がなされていない。このウルピアーヌス法文の次に、Callistratus D. 17, 2, 64(黙示の通告による解散⁽⁵⁾)を問にはさんで上述の65pr.のパウルス法文が続いている。

この点で、バシリカ法典の注釈⁽⁶⁾においては、法文63, 10にあるex actione (actioによる解散)について、直接、法文65pr.の叙述に関連づけて、「更改、すなわち問答契約あるいは訴訟によって、変更されたときは、組合はdignam (actio)の消滅によって解散される。」と説明されている。

法文 65pr. の前半にある、組合の causa の変更について、諸学説による説明があるが、⁽⁷⁾ iudicium による causa の変更は、争点決定 (litis contestatio) の効力による obligatio の消滅、更改を、問答契約については、いわゆる更改 (novatio) を意味するものであると解す点では、一致しているように見られる。⁽⁸⁾ しかし、法文においては、かかる mutatio causae が生じる場合に、actione distrahitur、すなわち actio によって解散する、と述べられている

る。その *actio* とは何かは必ずしも明らかではない。ある見解によれば、問答契約及び訴訟行為等の法律行為であるとされる。⁽⁹⁾ さらに、後半では、前半の理由として、訴訟提起についてのみ述べられており、しかも、組合の解散は、解散通告によるものとして説明されている。前半と後半とがどのように関連するのかは、不明な点が多い。しかし、一般には、*hoc ipso quod iudicium……dictatum est, …… renuntiata societatem* から、訴訟提起によって解散通告がなされ、組合は解散する、と説明されている。⁽¹⁰⁾

これに対して、存続中の訴権が許されていたとする見解は、①訴訟提起による解散は、争点決定の効果のみに基づくものであること、②したがって、*praescriptio pro actore*⁽¹¹⁾ を用いさえすれば、解散は回避され得ること、③解散が生じる場合と、回避された場合との二つがあったことは、*ideo……, ut societas distrahitur* から推測できることをその根拠としている。⁽¹²⁾

Ⅰ) *actio pro socio manente societate*

Paul. D. 17, 2, 65, 15 *Nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit.*

「組合存続中であっても、組合訴権により訴えることの必要な場合が時々ある。たとえば、租税〔徴収請負〕のために組合が締結され、種々の契約のゆえに、両者のいずれにとっても組合をやめることが利益とならず、且つ一方に帰属したものが共有財産中に持込まれていない場合である。⁽¹³⁾」

すでに第一節において見たように、本文文について、二つの理解がある。すなわち、一つの見解は、「組合存続中に組合訴権により訴える *manente societate agi pro socio*」ことは、特殊な事例にのみ許された例外であることを

この法文から主張し、他方は、存続中に訴えることが許されたことの確証をこの法文に見出し、挙げられている組合をたんなる一例と考える。以上の二つの見解を検討する前に、本法文において、文面上は何が述べられているのかを、まず確認しておかなければならない。

(イ) 存続中の訴えは、時々その必要が生じる (nonnunquam necessarium est)。存続中に訴えることが許されるかどうかは問題ではなく、必要かどうかは問題とされている。しかも、通常はその必要がない。

(ロ) 通常のものでないことは、「組合存続中であつても et manente societate」との表現からも示されている。

(ハ) 例として (veluti)、徴税請負のための組合 (societas vectigalium causa) が挙げられている。

(ニ) なぜ存続中に訴える必要が生じるのかについて、種々の契約の故に (具体的意味は不明)⁽¹⁴⁾「両者のいずれにとつても組合をやめることが不利益となる」と述べられている。原告、被告がともに、組合の存続に利益を有することが、その理由である。

(ホ) 争いの原因は、被告があるものを得たのに、これを組合に持込まないことにある。

以上の確認をふまえたうえで、学説を見てみると、存続中の訴権は許されないと主張する見解の中で、本法文について立入った検討を行っているものは、意外に少ないように見受けられる。存続中の訴権が許されないものであることを最も強調するヴィアッカーは、次のような独自の見解を主張する。すなわち、①存続中の訴権を許容することは、「societas publicanorum 及びその他の corpora に妥当する原則を、私法上の組合 Gesellschaft des Privatrechts にも拡張する」という、「(古典期以後ユ帝期までの)法学の革新」の一環である、②この許容が持つ意味は、組合訴権が (古典期における唯一の機能である決算訴権から) 履行訴権 Erfüllungsklage へとその性質を変えることである。⁽¹⁵⁾ ③しかし、法典編纂者は、インテルポラティオを加えるにあたって、存続中の訴権は「許される」と

はせずに、「必要である」として、控えめな態度をとった。⁽¹⁷⁾

ヴィアッカーは、以上の自説展開の基礎として、本法文中の *nonnumquam necessarium est et manente soci-estate* の部分は、「周知のインテルポラティオ」であるとするが、その後カーサー⁽¹⁸⁾により指摘されたように、実はこの部分が *itp.* によるとの明示的な主張は、ヴィアッカーが最初である。すなわち、この法文がなんらかの *itp.* を受けているとする見解は以前にもあるが、それらはいずれもこの部分に関するものではない。⁽¹⁹⁾ 従前の学説は、存続中の訴権は徴税請負人組合という特殊な組合にのみ許された例外（したがって [veluti] が *itp.* によるものとして問題となり得る⁽²⁰⁾）と解していた。問題の所在は、*actio pro socio manente societate* が *itp.* によるものかどうかにはなく、それが例外的許容かどうかにある。⁽²¹⁾ したがって、本法文中の *societas vectigalium causa* とは何か、検討の対象とされなければならない。この点で、法人格を認められた *societas vectigalium*, *publicanorum* ではなく、普通の組合であるとする、いくつかの見解があり、⁽²²⁾ さらに近時の *societas publicanorum* 研究者の見解によれば、「法人格」なる概念を持ち込むことを批判したうえで、租税徴収を委ねる国家は、徴税請負人組合の安定性を確保する必要を認め、そのためにこの組合にのみ妥当する特別な規則が存在し、本法文中の存続中の訴権は、それらの特別な規則の一つであるとされていることに注目しなければならない。

以上の検討から、本法文に基づいて存続中の訴権の許容を「法人格」から直ちに導き出すことには、疑問の余地があると云わなければならない。さらに、「法人格」にかえて、「安定性」を持ち出すにしても、さしあたり本法文に関してはそれは必ずしもあてはまらない。存続中の訴権の必要を生じさせているのは、本法文によれば、国家の利益という外在的要因ではなく、両当事者が解散を望んでいないことにあるからである。むしろ、本法文から、われわれは、組合存続中に訴訟を提起する必要性それ自体を問題としなければならない。

(1) itp. を改ちしるるは其趣より Beseler, Beiträge, 4, 1920, S.193 (dictare iudicium [本稿の問題に直接関係する判例]) ; Wlassak, Die Litiskontestation im Formularprozeß, 1889, S.50 Anm. 2 ; ders. Römische Prozessgesetze, 2, 1891, S.41 (actione せ novatione を修訂したものの [但し] の後 RE, 1, 1894, S.303 s. v. actio による) 市民法上の訴訟に於ては actio の用法の「具体的には問答契約を意味するもの」として本文を参考せよ) ; Levy, a. a. O., S.143 Anm. 5 ([ideo] ; [ut—distrahatur] を古典期以後の修正より)。なお Guarino, Labeo, 14, p.156. 参照。

(2) Kaser, RPR 1, S.575. 44 Kaser, SD, 41, S.309ff. 参照。

(3) Gai. 3, 151 At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. ; 152 Solvitur adhuc societas etiam morte socii, ; 153 Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, ; 154 Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venerint, solvitur societas. ; Mod. D. 17, 2, 4, 1 (3 regl.) Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate. 両者の「解散通告」「死亡」「頭格減少」「破産(ガイウスでは bona publice, privatim venerit=publicatio bonorum, bonorum venditio マクスウェルは egestas [貧困] に於て)」Arangio-Ruiz, op. cit., p.169.) の趣より。

(4) Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte; res vero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicatave sit. voluntate distrahitur societas renuntiatione. (maxima aut media 4 itp. による) の趣より。Ind. itp. ; Bona, Studi sulla società consensuale in diritto romano, 1973 p.38 n. 61 参照)

(5) Call. D.17, 2, 64 (1 quaest.) Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur. 「したがって」組合員が別々に行動しはじめて、各々が自己のた

めに當む場合には、疑いなく組合関係は解消される。」

- (9) Bas. Sch. (Steph.) ad B. 12, 1; 61 (D. 17, 2, 63, 10) (Basilicorum libri LX, Series B, Vol. II, edid. H. J. Scheltema u. a., 1954, S. 508; edid. G. E. Heimbach u. a., 1833, I, S. 771f.) 'Αγωγῆς δὲ ἀνωλεΐα διαλύεται ἢ κοινωρία, ὅποτε νοβατεύθῃ ἤτοι ἐπαλλάγῃ δι' ἐπερωτήσεως ἢ δικαστηρίου. καὶ τὸ καὶ τῶν αὐτῶν τοῦ αὐτοῦ ἀποφασισθέντος. «なぜならば、もしわれわれが相互に、組合より生じたことからして問答契約を締結したならば、組合訴訟権は存在しないからである。なぜなら更改されたからである。したがってこの組合「訴訟権」Scheltema 版では *κοινωρία* にて *κοινωρία* の脚注が付けられ (S. 508 Anm. 11) Heimbach 版ではテキストに *κοινωρία* とあるが、ラテン語訳では *pro socio actio* とされている (p. 772) が発生しない組合というものがあろうか。ところでもし私が、君を相手として、組合解散の意図をもって組合訴訟により訴え、訴訟の目的物が判決の対象となり、そして既に物となったならば、組合は存続することができない。なぜなら、問答契約が組合訴訟を更改するのと同様に、それについてなされた有責判決もまた、その訴訟を変更するからである。なぜなら、プロクルスは、組合員を相手として解散の意思をもって訴えを提起したことからして、組合は解散通告により解散されたものとみられる」と述べるからである。"Εάν γάρ ἐπερωτήσωμεν ἀλλήλους τὰ ἀπὸ τῆς κοινωρίας, οὐκ ἔστι πρὸ δίκιο ἐνοβατεύθῃ γάρ. Κοινωρία γάρ ποία, ἐξ ἧς οὐ τίκεται κοινωρία; Οὐδὲ μῆνυ, εἰάν κινήσω κατὰ σοῦ τὴν πρὸ δίκιο ψυχῇ διαλύουτος τὴν κοινωρίαν, εἰς καταδίκην δὲ πείσῃ τὸ πρῶγμα καὶ μετέλθῃ εἰς τὸ ἰουδικάτουμ, ἢ κοινωρία δύναται συσετάσθαι. "Ὅτι περ γὰρ ἐπερωτήσας νοβατεύει τὴν πρὸ δίκιο, οὕτω καὶ καταδίκη ἐπ' αὐτῇ συμβάσασα ταύτην ἀμείβει. Φησὶν γάρ ὁ Πρόκλος αὐτῷ τούτῳ, τῷ κινεῖν με κατὰ τοῦ κοινωνοῦ ψυχῇ διαλύουτος, τὴν κοινωρίαν ἀπαγορεύσει δοκεῖν διαλύεσθαι."]
- (7) Pernice, SZ, 9, 1888, S. 235 Anm. 2; Krüger, SZ, 28, 1907, S. 461; Jörs, *a. a. O.*, S. 168; Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 176ff.; Cancelli, *op. cit.*, p. 513; Guarino, Labeo, 14, p. 160; do, *Societas consensu contracta*, p. 98. Vgl. Wieacker, SZ, 69, S. 503.
- (8) 争点決定の消耗効・更改効については、西村、前掲論文(二)、「一〇一頁以下参照。
- (9) Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s. v. *actio*; Krüger, *a. a. O.*, S. 461;

Cancelli, op. cit., p. 513.

- (1) Kaser, RPR 1, S. 575 u. Anm. 36. 他に Jörs-Kunkel, Römisches Privatrecht, S. 243 (カーサー・クンケルと
 § D. 17, 2, 63, 10; 65Pr. の二法文を挙げる。特定の箇所が明示されているわけではないが、特に当該箇所に基づいて
 明示はなされる。)
- (11) マラント・ルインは、praescriptio の具体的文言の推測を含め、65 pr. に引いて次のような再構成を試みる
 (Arangio-Ruiz, op. cit., p. 180 n. 2)° Proculus enim ait hoc ipso, quod iudicium dictatum est, renuntia-
 tam videri societatem, nisi ita praescriptum sit EA RES AGATUR DE EO, QUOD IAM CONFERRI
 OPORTUIT (ANONAE EA RES AGATUR CUIUS REI DIES CESSIT)
- (12) その代表として Arangio-Ruiz, op. cit., p. 178.
- (13) 本法文は、propterque — societate et itp. によるものとして見解 (Ind., itp. 参照)° vectigalium causa coita
 — recedere a societate et itp. によるものとして omniium bonorum contracta est と再構成する見解 (Beseler,
 SZ, 54, 1934, S. 31 (この点の根拠は特に示されていない)がある。ヴァッカーの見解については本文において言
 及する。また Guarino, Societas consensu contracta, p. 77 n. 269 参照。
- (14) Vgl. Kniep, Societas publicanorum, 1896, S. 300.
- (15) Wieacker, SZ, 69, S. 343f.; 504.
- (16) Vgl. Wieacker, Societas, S. 9 (ト帝は時折組合存続中の組合訴権を許すことによって、組合訴権に、合意された目的
 物を組合財産へ給付するよう請求するための出資訴権という別の意味を与えた)。
- (17) このヴァッカーの見解に対して、itp. であるならば、ト帝はより決然とした態度をとったであろうとの反論がある
 (Guarino, Labeo, 14, p. 159 n. 110)°
- (18) Kaser, SD, 41, S. 329 Anm. 198.
- (19) 前注 (13) 参照。
- (20) 明示の指摘はないが、シーバーは、veluti を itp. によるものと考えた (Siber, a. a. O., S. 207 Anm. 3) のではない
 かとと思われる。

(21) この点で、カーサーの見解の変化に注目しなければならぬであろう。すなわち、最初は、存続中の訴権は「おそろく古典期のものではなからうことは間違ふはななく wahrscheinlich unklassisch」決算が組合訴権の唯一の機能であるとされるが (Kaser, RPR 1, 1. Aufl., 1955, S. 480 Anm. 29 u. 31) その後、存続中の訴権は、「そもそも古典期のものではある限りにおいて、例外事例に制限されておる」決算が唯一の機能であるとの以前の叙述から「唯一」が削除される (Kaser, RPR 1, 2. Aufl., 1971, S. 576 u. Anm. 41)°。そして、最近の叙述では、存続中の訴権は「たしかに古典期のものであるが、しかし例外的事例に制限された」決算は、組合訴権の通常の regelmäßig 機能とされておる (Kaser, RömischesPrivatrecht, 13. Aufl., S. 206)°。

(22) Pernice, *q. a. O.*, S. 236 Anm. 1 (法人格をもつ *societas publicanorum* が二名の構成員 [neutral expediat recedere] によってつくられることは、きわめてまれであつたものであること、普通の組合も徴税請負を目的として締結され得たことが根拠とされる)；Kniep, *q. a. O.*, S. 298 (ギリシヤに賛成して *societas vectigalium causa* との表現 [普通なる *vectigalium societas*, *vectigalium publicorum socii*, *societas publicanorum*] の註目と)；Rostowzew, *Geschichte der Staatspacht in der römischen Kaiserzeit bis Diokletian*, 1902, S. 508 (corpus を形成しなす二人の徴税請負人の組合)；Basile Eliachewitch, *La personnalité juridique en droit privé romain*, 1942, p. 310 n. 21 (おそろく、法人格を持たなす二名の *conductores vectigalium* の組合)°。以上の見解は、存続中の訴権を巡る議論がおろそく無視されてきたと言わなければならぬ。アラマンシヨ・ルイツもまた、無条件に法文中の組合を *societas publicanorum* と理解した (Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 181 n. 1)°。

(23) Maria Rosa Cimma, *Ricerche sulle società di publani*, 1981, p. 221-5.

おわりに

組合存続中の組合訴権を巡る学説史の概観、組合訴権による具体的請求内容の整理と検討、及び根拠とされる法文

史料の検討は、以上をもってひとまず終えることにしたい。その結論を要約すれば、次の通りである。

まず、学説史の概観から明らかのように、ローマ古典法において訴訟提起により組合は解散し、存続中の組合訴権は例外事例（徴税請負人組合という特殊な組合）にのみ限られていた、とする見解が現在支配的であるが、これと対立する見解も有力に主張されてきた。支配的見解に関しては、法文史料について十分な検討をしてきたわけではないこと、さらに、この見解が支配的となるにあたり最も貢献したと思われるヴィアツカー学説は、従来の学説の展開からすれば、彼独自の構想がその基本となっており、必ずしも今日の支配的見解と同一ではないことに注意しなければならぬ⁽²⁾。他方で、アランジョ・ルイツをその代表者として、争点決定の効果を、前書を用いることにより当該請求対象に制限して、存続中に組合訴訟を提起することは、より一般的に可能であったとする反論が、有力に主張されているが、この見解もまた、中世注釈学派以来の学説史において、常に同時に主張されてきた、いわば対等ともいえるもう一つの見解であった。すなわち組合が解散しない限り訴訟を提起することはできず、訴訟提起は、組合解散の意思を示したものであり、ただ、徴税請負人組合については例外が認められる、とする見解と、徴税請負人組合に限らず他のいかなる組合においても、存続中の個別請求は可能であったとする見解とは、ローマ法研究において現在のような論争がなされる以前に主張されていたものであったことが、明らかとなった。

このように、すでに近代以前の註釈書、研究書において見解の対立があったことからわかるように、法史料自体は必ずしも明確にこの問題について語っているわけではなく、対立する各々の見解により引用される法文は、十分な根拠となっていないわけではない。しかし、本稿の十分とはいえない検討からも、次の点は指摘され得るのではないかと考える。すなわち、まず、訴訟提起によって必ず組合が解散することを法文は明確に述べているわけではなく、法文の「修正」を前提としてはじめていえるのではないか、ということ、次に、法文が述べる *actio* による解散も不明な

点が多く、この *actio* による解散と、訴訟提起による解散とがどう関連するかについて、学説において明確な説明はないこと、最後に、存続中の訴権について唯一明示的に述べる法文 (D. 17, 2, 65, 15) については、それが貴重な法史料であるにも拘らず、あまり立入った検討がなされていないこと、そして、この法文中の組合と *societas publica-norum* とを無条件に直結し、したがって、例外であることは明白であると理解することには多大の疑問があるといわなければならないこと、である。今後の課題として、存続中の訴権不存在の原則が存在したかどうかという観点とは別に、いかなる場合にいったい存続中の訴権は必要だったのかが、検討されなければならないであろう。

さらに、訴訟提起による解散から、組合訴訟の機能が決算にあることを導き、そこから委任、事務管理、後見との類似性を強調するのか、それとも存続中の訴訟提起の必要性を指摘して、解散回避手段の存在を推測するのかは、ローマ古典期組合法の構造をいかに把握すべきにかかっている。本稿は、そのような問題解決の手がかりを得るために、組合訴訟によって具体的に何が請求され得るものとされているかについて、法史料を検討・整理する作業を行った。もとより十分な作業ではなかったが、個々の組合類型ごとに、いかなる請求内容が問題とされているのか、概観を得ることができたのではないかと考える。

最後に、存続中の訴権を巡る問題には、諾成契約四種、すなわち売買、賃約、組合、委任のそれぞれについて、その歴史的展開、経済的機能、法的構造における共通点・相違点は何か、という問題がその背景にあることを指摘しておかねばならない。⁽³⁾これは、存続中の訴権不存在を最も強調するヴィアッカーの問題提起に関連する問題である。⁽⁴⁾現在のところ、彼の問題提起に対して、十分な検討はなされていないように見受けられる。この問題に答えるためには、破廉恥の汚点を付ける一群の訴権（組合訴権、委任〔直接〕訴権、後見〔直接〕訴権）のそれぞれについて、立入った検討をしなければならぬであろう。⁽⁵⁾これらの問題の検討を今後の課題として、研究を進めていきたい、と考

える。

- (1) 第一節注(19)(20)(22) 参照。
- (2) 第三節注(21) 参照。
- (3) この点につき、広中、前掲書、一五八―七三頁参照。
- (4) 第一節注(22) 参照。
- (5) この点につき Wiacker, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, SZ, 80, 1963, S. 10-13; 29-32 及び、小菅芳太郎、「ルブリア法——名譽法の問題点——」北大法学論集一五卷三号(昭和四〇年)一頁以下、及びヴィアッカー学説の紹介として、二六頁注(48)、参照。