九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

商法としてのローマ法

シーマン，ゴットフリード
ミュンヘン大学法学部教授

https://doi.org/10.15017/1869

出版情報：法政研究. 53 (3), pp.105-122, 1987-03-10. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

商法としてのローマ法

ゴットフリード・シーマン
瀧澤栄治
西村重雄訳

プルターク英雄伝の中に、マルクス・カトーに関する以下の記述があります。[1]

「カトーはまた、金銭貸付の中でもとりわけ悪く言われている海上貿易事業のための貸付を営んだ。カトーは、金を借りたい人々に大勢で組合契約を締結するよう勧めた。こうして借主五〇名そしてそれと同数の船が集まると、カトー自身は解放奴隷のクインクティオを通じて一定の持分を持ち、この者をして借主達と一緒に業務を行わせ、一緒に航海させた。かくして危険が資本全部にではなく、一部分にのみ掛かり、それだけ利益は大きくなる」。

この話から我々は、紀元前二世紀初頭、ローマの一元老院議員が策を弄して海上取引に参加し、その際自己の目的に合致する二つの特別な法制度、即ち営利組合（societas quaestus）及び所謂海上消費貸借（foenus nauticum ないし pecunia traiectitia）を利用したことを知ります。このような行動は、他ならぬカトーにおいては注目に値

します。なぜなら、我々の抱くカトー像は、ローマ古来の尊い行動規範の峻厳な擁護者、であるからであります。海上貿易を営むことは、このカトー像にそれほどうまく適合するものではありません。また、金銭貸付による多大の利得も、正にカトーの場合にこれを無条件で推測する人はいないでありましょう。むしろ我々は、カトー自身がそれに関して有名な書物を著したところの経済的営みを期待します。つまりカトーは『農業論 de agricultura』の著者であります。このことからいたしますと、カトー本来の経済活動分野は農業であった、ということになりましょう。これに対して、プルタークの記述は、経済史の観点から、共和政後期の一指導的政治家のもう一つ別の姿を我々に見せてくれます。しかしそれのみならず、商取引のための法制度が当時既に高い水準に達していたことも示しております。

今述べましたこれら二つ、即ち、広く商業活動が盛んであったこと、及び商業の法的処理のための法制度上の諸規則が洗練されていたことは、二次文献を一瞥すれば、共和政末及び元首政期全般の際立った特徴と思われます。経済史家の中ではとりわけロストフツェフ Rostovzeff が、繁栄する商業民族の像を描き出しております。ロストフツェフは、古代諸事情が全体としては農業経済の性格を持っていたことを否定している訳ではないとしても、しかし彼は、沿岸諸都市及びローマ属州の莫大な富の本質的源泉を商業に見出し、帝国及び属州の上層部の膨大な財産もまた商業活動に由来する、と確信したのであります。ロストフツェフは、洗練された私法とその豊富な諸方式を、おおよそ紀元前一世紀から紀元後二五〇年の帝国危機に至るまでの間に経済、特に商業が高い水準に到達したことを示す最重要論拠の一つ、と看做します。これに関してロストフツェフは、とりわけパピルスに見られる地方固有法、そして特に力をこめて帝国西部のローマ私法を指摘しております。そしてロストフツェフは、次のゴールトシュミット Goldschmidt の文章を引用しております。

「市民法は、かくも普遍的で、柔軟で、完璧な技術をもって細部に至るまで発展し、同時に最高の倫理的原理に支配

されていた——この市民法を適用する際は、信義誠実、変化していく取引慣行、及び利害関係者の認識可能な意思に従って極めて自由に評価を下すことが通例であった——。実務は学問的であり、学説は、絶えず法適用に指向し、生活諸事情の極めて注意深く且つ徹底的な観察(各々の法制度の本質と目的を明らかにする自然の理 naturalis ratio の観察)からその素材を汲み出した——その中で、未だ「国家経済学」の体系は立てられてはいなかったとはいえ、価値、貨幣、信用、信用取引及び交換取引、現物及び資本の貸付、そして組合等の経済的本質が、しばしば現在よりも鋭く認識されていた——。また、取引慣行、地方及び属州慣習法は無条件に承認され、さらには、陪審人による卓越した民事訴訟(ius〔法廷手続〕と iudicium〔審判手続〕の天才的分離)、自由な証拠手続と厳格な執行手続が存在していた。こうした情況においては、包括的な商事特別法のための、さらには特別裁判所のための余地も必要も存しなかったのである」。

従って、確かにローマには特別の商法はなかったのであります。しかし、このことは、商業のために法が展開した度合について述べている訳ではありません。むしろ、ゴールトシュミットの主張を本講演題目の表現に合わせて要約するならば、ローマ私法それ自体が考えられ得る最良の商法であった、ということになります。そして法史に関する文献は、今日に至るまでゴールトシュミットに従っています。その証拠としては、一例としてマックス・カーサー Max Kaser を挙げれば十分かと思われます、即ちカーサーは、農業から商業及び金銭取引への生活基盤の変化がポエニ戦争をもって終了して後、私法もまた新たな形成を求めたことを確認し、そしていくつかの特徴的な新形成物を挙げて、最後に次の結論に達しております。即ち、「要するに、商人特別法としての商法に関し何等必要の余地を残さない、柔軟に形成された一般私法が成立した」。

これに対して経済史の文献は、法史学が依然として立場を変えないのとは対照的に、今日一般にローマ帝国経済に

おける商業の比重をロストフツェフの考えに比べはるかに低くしか評価しておりません。ロストフツェフ批判において、おそらく最も影響力が大であったのは、フィンレイ M. Finley でありましょう。フィンレイは、ロストフツェフが用いた「資本主義」、「経済ブルジョワジー」なるカテゴリーは、非歴史的な、今日の市場経済観念に由来するものであると批判し、これらのカテゴリーに対して、経済問題に対する古代著作家達の思考様式をもって対比させております。この古代精神研究の論証方向においても、法史料が用いられております。しかし、これらの史料は、一定の商行為類型に関する法準則とは別の分野に属しております。即ち、それは、法の中で実効力を与えられた、あるいはまた法の助けにより形成された商業観でありまして、この商業観は、商業に利害関係を持つ者の身分に関し妥当する準則から、比較的容易に認識し得るものであります。従って、その証拠は、商法ないし一般私法にではなく、身分法に属します。しかし、直ぐおわかりいただけるように、それが商人身分法であるかというとそうではありません。

おそらく、商業に関するローマ身分法の最も有名な例は、所謂クラウディウス法でありましょう。リーウィウスはこのクラウディウス法について次のように記述しております[2]。即ち、紀元前二一八年護民官クィントゥス・クラウディウスは、元老院のほぼ全員一致の反対に逆らって、三〇〇アンフォーラ以上の積載力をもつ船舶の所有を元老院議員及びその息子に対して禁止する法律を通過させた。元老院の中では唯一人ガーイウス・フラーミニウスがこの法律を支持した。この規制の動機は、元老院議員はもっぱら所有農地の収獲物を市場へ搬出するべきである、ということにあった。商業利得すべては、元老院議員にとってふさわしからぬものと看做された。この問題は激しく論議され、フラーミニウスは、この法律に賛成したことの故にノビリタース側の反感を買い、しかし他方で平民の人気を得て、そのために二回目のコンスルに選ばれた。リーウィウスは以上のように伝えております。そしてクラウディウス法は、その後も、カエサルによりその効力を再確認され、いずれにせよ元首政期全般を通して妥当し続けました。

さらに、クラウディウス法の規制範型は、市参事会という地方レベルにおいても現れております。法律家カリストラートゥスは、なお紀元後二〇〇年頃に、以下のように述べております。(3)

「確かに、商品を取引しこれを売却する者達には、故郷の都市において市参事会員ないしその他の職に立候補することが禁止されている訳ではない。しかし、にもかかわらず、私は笞刑に服する者達が市参事会の一員に加えられることは恥ずべきことである、と考える。もし官職に就任しうる資格をもつ市民が十分存在する都市であれば、なおのことである。公職を果たすべき人々が不足している場合にのみ、やむなくこうした者達にすらも——彼らが富裕であるとの前提の下で——都市の官職を引き受けるよう勧めざるを得ないのである」。

以上の法準則に表現されている商業活動観が、いかにローマ古代の指導的理念であったのかを、ここでは特別顕著にそれが示されている二つの文献証拠を挙げて証明しようと思います。この二例で証拠としては十分かと思われます。

まず、カトーが、既にお話した『農業論』の中で、次のように書いております。(4)「ときおり私は、もし商業によって利得することがこれほど危険なものでなかったならば、むしろ商業の方が好ましいのに、と思う。また、もし利息付で金銭を貸付けることが体面を汚さないものならば、むしろ貸付の方が好ましいのに、と思う。我々の祖先は、盗人は二倍額の罰の判決を、これに対し高利貸しは四倍額の罰の判決を受けるものと考え、これを十二表法に規定した。このことから、祖先が高利貸しを盗人よりもいかに悪しき市民と考えたかを知ることができる。我々の祖先は、誰か尊敬に価する人を称賛しようとすれば、真の農業経営者、真の農民を挙げたのである。これら賛美の対象とされた人々は、高い称賛に価した。私は、商人は熱心でその役目に努力している、と考えるものの、しかし上述の如く、商人は危険の中で生活し不運を計算に入れなければならない。これに反し、農民の中から最も勇敢な男子、最も有能

な兵士が現れる。農民の得る利益は、神々に一番喜ばれ且つ一番確実な利益である。この利益は、人からねたまれることのない第一のものであり、この営みを職業とする人々は、悪しき考えを抱くことが最も少ない」。

確かに、ここでカトーが祖先の立場を越えていることは、明らかであります。つまり、カトーは、商人の活動に理解を示しております。しかし、そこになお一定の距離を保っていることもまた、はっきりと感じとることができます。家の存立と自己の政治活動のための確たる基盤となる財産が要るからといって、商業を営もうとする人はほとんどいないでありましょう。私が冒頭でお話ししましたカトー自身の行動は、この基本原則とどう噛み合うのでありましょうか。この検討が課題として残されます。

しかしその前に、もう一つの、ローマ商業に関する最も有名な文章、即ちキケロ『義務論』中の一節に、簡単に触れることといたします(5)。「商業は、それが小規模ならば下賤な生業と看做されるべきである。もし大規模且つ広域的に営まれるならば、それ故多大の利益を生み、相当な財産を築くものであれば、勿論それほど非難には当たらない。しかし、商業で十分な成功をおさめ、かって沖から港に帰っていたように、今度はさらに港から田園と地所に立ち帰ったならば、この生活様式こそ真の称賛に価する」。キケロのこの一節において、商業自体は明らかに重要視されておりません。なるほど人は金儲けをしても良いのであります。しかしやはり土地のみが投資に相応しいものと考えられているのであります。

さて古代経済史の場合には、一方で商業がいかに考えられていたかを示す証拠と、他方で商業それ自体において実際に何が行われていたかを教える証拠との両者を、対立させたままうまく処理することは可能でありましょう。しかしこれに対して、法史の立場からは、身分法と実体商法とが相互にどのような関連を持つものかは、非常に問題であります。つまり、さしあたりはまず、両者とも古代の「現行法」として受け容れなければならないからであります。

もし、指導者層の精神を実体的商法制度理解のための解釈基準として用いようとするならば、たしかにそのことは性急なやり方でありましょう。もっとも、近時のイタリアあるいはまたドイツの文献には、ローマ法研究の他の専門領域で、この種の方法が見受けられます。しかし、社会において正に法が果たす規制の役割は、そこに働く、法的なもの以外の利害と政治的精神の多種多様な屈折をもたらすものであって、「イデオロギー」がそのまま簡単に法的規制の「技術」に転換されると考えることはできないのであります。本講演の限られた論題に関連して、全く「下賤な」小商人気質が、法名望家によって、賢明な支配の精神に基づいて、その活動のためのしかるべき法技術的道具を与えられることは、必ずしも絶対にないという訳ではありません。

従いまして、身分法及び商業に妥当する実体的私法の二つの法領域を、できるだけ現実的且つ注意深く取扱うことが得策であります。そうやってはじめて、精神史と事物史との間の経済史における論争から、法史のために何かを学びとることが可能となるものと思われます。

このことは、まず、商業制度史と身分法史との連関にあてはまります。私見によれば、最初に我々がそこから出発した、カトーによる海上消費貸借の利用事例によって、両者の連関如何を知ることができます。ローマ人は海上消費貸借の制度をギリシャ法から継受しました。我々はカトー以前の時代の証拠を持っておりません。カトーの事例〔前二世紀初頭〕は、クラウディウス法〔前二一八年〕と年代において近接しておりまして、このことが、海上消費貸借継受が正に元老院議員のために果たした具体的機能を教えてくれます。即ち、クラウディウス法のような禁止立法は、正に文言通りに取扱われたのであり、従って、海上消費貸借は、元老院議員にとって、クラウディウス平民会議決〔=所謂クラウディウス法〕に抵触しない営利行為であります。この連関を前にすれば——と申しましても因果関係の存在を証明することはできませんが——、ギリシャからの海上消費貸借継受をもって商業容易化のための偉業と

讃えることは、困難であります。

ところで、海上消費貸借はギリシャ法から継受されたものであるという事実は、「商法としてのローマ法」なるテーゼをそもそも控えなければならない可能性を示唆する、と言えるかもしれません。と申しますのは、もしローマ法が古代商業の中心領域、即ち海上貿易において、その制度を外国法から継受したのだといたしますと、それは、ローマ法の法創造力を示す証拠とは必ずしも言えないからであります。他方、正に継受の事実は、通常はむしろ伝統主義的で、自らの自立性と優位を誇るローマ法が、商業に有利な規制の発見が問題となるや、意外にも外国法を容易に受け入れたことを示す証拠である、とも言えましょう。

さて、ローマ商取引上の法制度を評価する際に生じるこのあいまいさの存在を、部分的にせよ克服しようとするならば、経済史の論争から第二の知見を持込むことによって、成果を得ることができましょう。即ち、ローマ私法を商法と看做す立場は、商業及び市場という制度が高い水準に達していたと考えます。従って、商業史における発展水準を判断する基準は、商取引の確実性及び迅速性であります。これらは、とりわけ約束の拘束力、証明の簡易化及び債権者保護によって確保されます。これに対して、商業の重要性はむしろ小さく、商業活動はわずかなものであったという可能性を顧慮する立場に立てば、商業ではなくて、別のいわば外から規定された利益を考える道が開かれることになります。そのような利益の一つとして、例えば、身分法上の制約をすりぬけて金銭を投資し、利益を得るというカトーの願望が考えられます。

身分法上の禁止立法による拘束のみならず、身分・道徳律による拘束にもまた、ローマ法圏に海上消費貸借を継受することによって、耐えることができるようになりました。なぜなら、カトーの身分に注目すれば、海上消費貸借利用のさらにもう一つの機能が明らかになるからであります。つまりここで私が申し上げたいのは、カトーが十二表法

中の利息制限法に言及している点であります。カトーは、自らが著作の中で主張している格率に、実際の行動においては従っていなかったとして、彼を二重人格者と看做すならば、それはあまりに単純でありましょう。まずは、カトー自身もまた法律の範囲内で行動することを重んじた、という前提から出発しなければならないでしょう。海上消費貸借は、正にこの目的にとってお誂え向きのものでありました。つまり、海上消費貸借に関しては、無制限の利息が許されていたのであります。と申しますのも、この場合の利息は、元本交付に対する反対給付とは把握されず、むしろ商品喪失の危険に対する対価と見られたからであります。

海上消費貸借が一般にどう扱われていたのかについて、三世紀初頭の一法文、即ち学説彙纂に伝わる法律家パウルス『質疑録』中の一節が、これを示しております。(6)

「金貸しが、利息付海上貸付による貸金の担保として、船舶に積まれたある一定の商品を質にとった。そしてこれらの商品をもってしてもなお債務が完済されない場合のために、他の船舶に積まれ、別の貸主に質入れされている商品中、残余が生じた限りでそれらを質にとった。これについて以下のことが問われた。もし、貸付金全額がまずそこから支払われるべきはずの船舶が沈没したならば、そしてその船舶が定められた期間内に沈没したとき、貸主がその損害を負担するのであろうか、それとも、貸主は、他の船舶の残余になおかかっていくことができるのであろうか。この問に私は以下の解答を与えた。即ち、確かに一般的には質物減少の危険は債務者が負担するのであって、債権者ではない。しかし、積荷を海上輸送する資金として金銭が貸付けられ、当該船舶が一定期間内に無事目的地に到着した場合にのみ債権者は請求し得るとの取決がなされたならば、この条件が成就しなければ、消費貸借債務自体が消滅したものと思われる。従って、船が一定期間内に沈没したならば、滅失しなかった質物に対するそれをも含めて、質物請求権も消滅する。そして、問答契約の条件もまた不成就と見られ、従って他の船舶にあった質からの満足を問題

とすることには理由がない。それでは、いったいいかなる場合であったならば、債権者は、他の船舶の質から満足を得ることができるのであろうか。それは、貸付金返済債務の条件が成就し、且つ〔まずはそこから満足を得るべき〕質物が他の事変により滅失したか、ないしは余りに安い価格で売却された場合、あるいは、貸主が危険を負担しなければならない期間経過後に、船が滅失した場合である」。

我々はここから、海上消費貸借の利息は「危険の対価 pretium periculi」に他ならない、と推測することができます。金銭は船舶による商品輸送を目的として交付され、船が定められた港に到着する場合にのみ返還され得る。従って、貸主は、一言でいうと、輸送危険を引受けたのであります。この危険の範囲は正確に限定されております。貸主は、とりわけ、販売利益を追求する訳ではない。商品が望み通り売却されない場合に、パウルスによると、貸主は他の質物にかかっていくことができる。輸送危険が現実に発生した場合に限って、貸主は質物を換金することができない。従って、海上消費貸借が海上輸送保険と比較されたことは、正しいと申せます。ところで保険は正に、周知の如く、未だ中世後期及び近世初期の商業取引においても、賭博に著しく似たものと把握されており、既に古代においてもこの親近性は知られておりました。例えば、先程挙げました学説彙纂の法文の直前にある法文に、次のように書かれております（これは紀元後二世紀後半、ケルウィディウス・スカエウォラの著作であります）[7]。「もし汝が、たとえ違約罰のそれであれ、ある条件が成就しなかったならば、交付したものとさらに貸付金以外のなおあるものを取戻すものとされていた場合にも、単にそれが一種の賭博でない限り、危険負担の対価が支払われなければならない」。

ここでは、金銭賭博を禁じる元老院議決があるために、賭博と「消費貸借」との境界を画す必要性が生じております。とはいえ、海上消費貸借は合法であり、且つそうあり続けました。それどころか、いわば許された賭博として、その後のこれに類似する他の「保険契約」の模範として利用されました。ところで、純粋の賭博と、消費貸借の衣を

つけた保険契約との類似性が気づかれていなかったとすれば、純粋の賭博と境界を画す必要はなかったでありましょう。固より、そのような保険契約が、「被保険者」側の資本不足を示すものであるというよりは、むしろ、「保険者」の投機行為であったことは、明らかであります。ここでは、我々の知識によれば、輸送純益は高く、商業収益はそれよりもっと高かったことも、さらに考慮に入れなければなりません。従って、船舶所有者ないし傭船主自身、即ちたいていは貸付金を受取る商人は、資本を蓄積して自己の計算において商品積載費用を支出する可能性を、完全に持っていたはずであります。それ故、ヴィルケン Wilcken とハイヒェルハイム Heichelheim が、単純に、古代の海上貿易業者は乏しい資本しか持たない者であったという前提から出発したのは、少くとも性急かと思われます。むしろ、海上消費貸借の借主は、そもそも海上貿易に乗り出し得るためにではなく、単に海上貿易の危険を減少させるために、貸付金を受取ったと考える方が納得がいくと思われます。

勿論、危険減少のための考え得る可能性として、組合をつくり、その都度数人で数隻の船を艤装ないし傭船する方法も存在したでありましょう。ギリシャにおいてこの手段は用いられませんでした。組合法がまだそれほど十分には展開していなかったので、おそらく、利用できなかったのでしょう。これに反し、ローマにおいては、冒頭のカトーの話は、そのような目的のために純然たる営利組合を用いることが可能であったことを、示しております。ただこの場合、その組合が、商人自身の側からではなく、いわば外部にいる貸主——今日経済的により正確に言おうとすれば保険者——たるカトーによって誘発されたことは、特徴的であります。海上貿易商人達の組合は、営利事業のための企業形態としてではなく、被保険者仲間の法形態として組織されているのであります。

カトーが用いたこの第二の「商法上の」制度に関しましても、私は、部分的に、ダームズ d'Arms の見解に沿って話を進めていくことができます。それどころか、ダームズが新しい視角から得た見解をさらにもっと明白に把握

することが、ここでは可能となります。即ち、古典法の組合 societas に関する準則は、商業及び経済のための企業法として把握してはならない、ということであります、否、それどころか、もっと厳密に分析するならば、組合は、商取引を容易にしたというよりは、むしろしばしば商取引を困難にした、との判断すら下し得るのであります。組合が商取引に適さない面をもっていたことは、長い間、法史の文献におきまして、営利組合がコンソルティウム consortium、即ち家長死亡後も相続人間で継続される家共同体に由来することから説明されてきました。しかしながら、このような発展の連関は、グァリーノ Guarino の研究によれば、もはや確実とはいえませんし、あるいは反証されたとすら言えるかもしれません。ところで、ローマの組合の「実際の姿」をもっと注意深く観察するならば、組合法の機能不全が見かけにすぎないことが、明らかになるかと思われます。即ちキケロは、組合は被護民、解放奴隷、それどころか奴隷とすら締結され得る、と述べておりまして、キケロのこの言及は、社会的身分を著しく異にする人々が組合において結合する可能性を、我々に示唆しているのであります。そして、三世紀初頭の法律家ウルピアーヌスが組合に関し述べている箇所もまた、キケロの言及によくあてはまります。(8)

「組合は、同様の経済的状況ではない人々の間でも締結され得るものであり、且つそれは有効である。なぜなら、貧しい方の者は、財産の比較して不足する分を通常、労務によって補うからである」。

この種の協力は、既に紀元前一世紀に、有名な論争の原因となるほどに、普及していました。ガーイウスは、この論争について次のように伝えております。(9)

「しかし、ある者が利益に関しより大きな分配に与り損失に関してはより小さな分担をするとの取決で、組合契約が締結され得るかが、非常に争われた。クィントゥス・ムキウスは、そのような組合は（組合の性質に反する）、と考えた……」。

ここで述べられている大論争は、そのすぐ後でガーイウスが自明のものとして述べる基礎の上にはじめて、意味のあるものでありました。即ち、

「そして、損益分配の割合が、何ら二人の間で合意されなかったとき、損益が均等割合で分配されることは確かなことである」。

これによれば、不均等な利益分配割合の合意は可能でありました。また、実際のところ、ともかく利益分配が契約により自由に定めうるのではない以上、損失分担を利益分配とは異なる割合で定めうるかが、争われるはずがありません。

キケロの述べる組合がこの規制範型に従ったと想定するのにさして想像力を働かせる必要はありません。だとすれば、キケロのいう組合は、主人 dominus ないし保護者 patronus にとって甚だ有利であり得たことになります。つまり、優位に立つ組合員は、純粋な資本投下によって、著しい営業利益を獲得したのであります。もっとも、ここで、では、資本提供者が単独で営利事業、特に商業を営み、家権力、保護者関係、あるいは被護民関係によって自己の補助者を統御する、という方法をなぜとらなかったのかという問題が生じます。

その答えとして、まず第一に、身分からくる制約が考えられます。ウルピアーヌスが述べている役割分担を伴う組合においては、対外的には労務提供者だけが「事業家」でありました。つまり組合は、純然たる内部組合であり、それ故「黒幕」にとって、自らは対外的に現われず、しかも事業に参加できる理想的な手段だったのであります。

さらに組合による協力を選択するもう一つの動機を考慮しなければなりません。即ち、もし資本提供者が単独事業家として関与したならば、対外的に現われる奴隷、解放奴隷、あるいは、被護民の行為によって「黒幕」即ち、富裕な資本提供者が通常義務を負うことになります。つまり、資本提供者は、船長訴権 actio exercitoria あるいは支

配人訴権 actio institoria により訴えられるやもしれないのであります。ローマ法が近代的な意味での代理を知らないために、ここに特殊性が見られます。組合であれば、資本提供者が、組合業務の実行において、船長訴権、支配人訴権にさらされることはありません。なぜなら、ローマ法の組合は、純然たる内部組合であるため、組合員の連帯責任を生ぜしめないからであります。債権者ある場合のその摑取の対象としての組合財産すらもローマの組合にはありません。従いまして、ローマ法の営利組合は、商業に用いられると「資本家」に一方的に有利な手段となります。そして、冒頭の引用において、既にカトーが、正に組合をこのような手段として採用したのであります。これに対して、取引の相手方は、著しく不利な情況にあります。業務執行者自身の、しばしば大抵ははるかに乏しい財産ないし特有財産 peculium にしかかかっていくことができません。

ローマの組合が、不可欠な組合財産を有するものではない協同関係として構成されているのは、なにも法律家にその能力がなかったからではありません。ローマ法律家の法文化における業績を前にすれば、ただでさえそのような論拠には、驚かざるを得ないのでありますが、それを別にしましても、徴税請負人組合は、組合財産を債権者の摑取の対象となる財産として構成することがローマ法上十分可能であったことを、示しております。しかし、このような徴税請負人組合 societas publicanorum の「取引の相手方」は、ギリシャ、シリア、あるいはエジプトの海上貿易商人ではなく、ローマ国家でありました。

さらに、組合訴訟から生じる法律効果も、ローマ営利組合が展開していく中でいかなる利害が支配的であったかを、我々に暗示してくれます。即ち、ローマの組合訴権は、組合の構造上、組合員間の関係だけを問題とし、(今日の所謂 actio pro socio のように) 組合員と組合との関係を対象とする、というものではありません。組合訴権は、組合員間の清算及び一方が得た利益の残余の他方への返還に用いられます。このような訴権である以上、資本提供者

と対外的に現われる「事業家」との組合においては、「資本家」が「事業家」を相手として行使する場合のみが問題となります。学説彙纂三巻二章第一法文に再現されている告示によれば、組合訴権に基づく有責判決は、破廉恥の制裁を伴います。多くの事例において事実上の従属関係が存在したことを想定し得る訳ですが、このことからすれば、破廉恥という強烈な制裁も理解することができます。同時にこの制裁は、この従属関係を強固にすることにも役立ちます。

結局、我々が海上消費貸借の分析で獲得した像が、思いもよらずこ組合においても再び現われます。つまり、ローマ法の営利組合は、高位の身分に対する法的ないし倫理的規範の制限を越えずに、しかも財政的危険を負担することなく商取引に参加したいという、富裕な投資家の利益に、適っていたのであります。便利な言いまわしにこれをあてはめて表現すれば、ここで考察された商業組織のための法制度は、企業家精神ではなくて、金利生活者の心情を感じさせているのであります。

固り以上述べましたことから、ローマ私法の商法としての適性に関し、決定的な結論が得られた訳ではありません。海上消費貸借及び組合に関するここでの検討は、商業について問題となる法形態の中の一部分を扱ったにすぎません。しかし、そうは申しましても、これら二つの制度は、先に引用したゴールトシュミットとカーサーの見解を、直ちに妥当ともはや考えることはできないものとした限りで、重要であります。これによって、かかる見解は、経済史の議論における論拠としても重みをもたないことになります。それは、独立した商法が存在しなかった、というにとどまるものではありません。そもそも、商業が、ローマ法律家が照準を合わせた法的観察の対象ではなかったこと、このことを示す論拠が、たとえわずかにせよ、存在するのであります。

さて最後に、以上の考察の成果が、その後のヨーロッパ法史に関しいかなる意味をもつのか、これについて簡単に

触れてみたいと思います。現在に至るまでの商法史概観に関し、代表的見解は、ドイツ法史辞典におけるヘルマン・ケレンベンツ Hermann Kellenbenz のそれであります。ケレンベンツは、商法は中世後期の全く独自の展開により成立した、と考えます。勿論、中世の史料自体はしばしば別の言葉で述べられております。一一六〇年のピサ商法規集からして、ローマ法概念による優勢的支配が際立っております。所謂ロドス海法 lex Rhodia は、ピサから、コンソラト・デル・マレ Consolat del Mar 及びオレロン海法集 Rôle d' Oléron を経て、ヴィスビ海法 Seerecht von Visby に至るまでの、中世海法法源全体に侵透しております。

しかしながら、このことは、ローマ法の単純な継受の結果でも、また古代から中世後期への連続性によるものでもありません。所謂コンメンダ Kommenda に関し、コンダナリーミヒラー Condanari-Michler は、ゴールトシュミット及びその学派が主張するところの古代諸制度の継続なる希望的見解がいかにまとはずれであるかを、説得力をもって証明しております。とは申しましても、ローマ法は、中世商法に大きな影響を及ぼしました。例えば、コンメンダあるいはソキエタス・マリス Societas maris の形成にあたっては、法学教育、即ちローマ法の教育を受けた公証人が、助力しております。おそらく、商業に妥当する法命題の成文集化は、法学教育を受けたポデスタ Podestà に負うところのものでありましょう。最後に註釈学派以来、そして註解学派においてはますます、実務の商法形成をローマ法を用いて正当化することが、法律家の仕事になったのであります。例えば、中世の会社は、実際には、ローマの組合とは全く別の形態だったのではありますが、ローマの組合のカテゴリーが用いられました。つまり、中世の会社は、独立した財産を持ち（corpus mysticum〔法人〕）、連帯責任が妥当し、それどころか既に商号 Firma (bottega〔店〕あるいは stacio〔工場〕) すら持っていました。そのような正当化の手段は、我々の目から見ると、しばしば、安直な丸写しでありました。例えば、corpus mysticum は徴税請負人組合からの、連帯責任は船長訴

権からの借用であります。しかし、既に述べましたようにローマでは、正に組合を用いることにより連帯責任は排除されたのであります。

これに対し、ドイツパンデクテン法学におけるローマ法学と商法との関係は、事情を異にしておりました。テールThölにおける近代商法学は、明らかにパンデクテン法学であります。しかし、近代商法学は、歴史的再構成としてのそれではなく、概念法学派のそれであります。この台頭しつつあった領域は、当時の法学様式に対応しておりました。前世紀における商法は、学問的には、そもそも、パンデクテン法学の様式以外には行なわれ得なかったのであります。

こうした事実に鑑みれば、独立した商法の歴史を扱う学問と、古代法史とは、それぞれ立場が相反している訳であります。つまり、ローマ法学者は、ローマ法の中に商法の存在を推測することに強く傾く、という傾向にあり、近世法史の研究者は、商法の中にローマ法を見い出すについて大抵著しく控えめであります。商法としての古代ローマ法のより正確な検討は、古代法史家と近代法史家の両方にとりまして、より立ち入った考察のための基礎となるのではないか、と思われます。

(1) Plutarch, Cato maior 21, 6.
(2) Livius, Ab urbe condita 21, 63, 3.
(3) Callistratus, De cognitionibus 6, D. 50, 2, 12.
(4) Cato, De agri cultura praef.
(5) Cicero, De officiis 1, 151.
(6) Paulus, Quaestionum 25, D. 22, 2, 6.

(7) Scaevola, Responsorum 6, D. 22, 2, 5.
(8) Ulpianus, Ad edictum 31, D. 17, 2, 5, 1.
(9) Gaius, Institutiones 3, 149/150.

〈付記〉　ゴットフリード・シーマン Prof. Dr. Gottfried Schiemann 教授は、一九四三年ヴィースバンに生れ、ゲッティンゲン大学およびハンブルク大学において法学および歴史学を学び、一九六六年司法試験合格、一九七一年ハンブルク大学において法学博士号を、また、一九七九年ミュンヘン大学において教授資格をそれぞれ取得し、同年ハノーバー大学法学部教授となり、一九八二年にビーレフェルト大学法学部に転じ、現在に至っている。

教授は、ローマ法および民法の両分野にわたり、幅広い問題関心をもって研究を行っておられ、Pendenz und Rückwirkung der Bedingung-eine dogmengeschichtliche Untersuchung. Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, Band 20, 1973, 169 S. および Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, dargestellt an der Rechtsprechung des BGH. Münchner Universitätsschriften, Band 45, 1981, 336 S. の著作の他、多数の論考がある。

本年五月から六月にかけて約四週間にわたり、ドイツ学術財団（ＤＦＧ）の援助のもとに来日され、我国の学者と有益な意見交換の場をもたれた。神戸大学法学部助教授瀧澤栄治氏によりここに訳出された講演は、五月二二日、本学で行われたものである。

同教授の来日を実現された関係各位にこの場を借りて深謝の意を表する次第である。

〔昭和六一年一二月一五日　西村重雄　記〕