

## 論説

# 東京地判平成 25 年 4 月 25 日 (LEX/DB25512381) について、遙か Plautus の劇中より

東京大学教授

木庭 顕

- 0 序
- 1 事案, 及びその問題点
- 2 背景に存する問題
- 3 Plautus の劇中より
- 4 *societas* 原型
- 5 変化の兆候
- 6 領域降下
- 7 本件契約を修正する
- 8 かりそめの概観

## 0 序

以下は標記判決を論ずるものであるが、いわゆる「評釈」でも「判例研究」でもない。つまり、他の判決や判例理論との関係においてその意義や射程を計測するものではないし、判決文の分析をするものでもない。2013年の東京において一個の裁判がなされたという事実、そこに至る人々の活動が有ったという事実、について論ずる。筆者は法律家ではなく、歴史学徒であるにすぎない。もっとも、日本の現代史を専門とするのではなく、ギリシャ・ローマを専門とする。これは大きな限界を意味するが、しかしギリシャ・ローマの事柄は常に現代の現実の一部としてその音を密かに響かせているから、反面で、聴こえにくいその音を捉えうるという利点を持つ。

## 1 事案, 及びその問題点

まずは、当の判決文から知りうることを確認しよう。

株式会社 P (本訴被告, 反訴原告) は株式会社 Q (本訴原告, 反訴被告) との間で「事業契約」を締結した。P は「コンピュータソフトウェアの製作及び販売等を主たる目的とする」。Q は「CD・ビデオ・DVD 等の映像・アニメーション・音声ソフトの企画、脚本及び制作等を目的とする」。P は「姫騎士リア」なる PC ゲームにつき著作権を有していたが、これに目を付けた Q が著作権許諾を受けて (自力で) アニメ化したいと申し入れる。しかし P は、自ら製作し自らの販売網を使って販売したいと考える。とはいえ、製作作業自体は Q に委ねるつもりである。にもかかわらず、「委員会方式」を提案した。裁判所の認識においては、P は「請負方式」と「委員会方式」を区別した上で、「その場合の予算について、委員会方式の場合には実費のみであることを教示し、併せて請負方式による場合に必要となる製作費の額を提示した」。両者は打ち合わせを重ね、その間に、P は「製作費を削減したいこと、利益が出ない場合にはリスクを受け持つてほしいこと」を「要望」している。結局両者は、争いのない事実として、「共同出資」をする契約を締結する (P : 804 万円, Q : 306 万円)。Q が製作し P が販売するのであるが、P が売り上げから価格の半分相当を先取りし、残りを両

者が出資比率で按分する、ことを骨子とする合意がなされた。

P にとって出資の実行は Q の口座に金銭を払い込むことを意味した。Q はこれを製作費用に充てる。この点は契約の文言通りであるが、裁判所の認定によれば、それ以外にも P は漸次 Q の要した費用を払い続けて行く。他方、P は按分するはずの利益を Q に払わなくなる。かくしてまずは Q がこの分の支払いを求めて P を訴え、P は払った費用のうち過剰と判定した分について賠償を求める反訴を提起した。P は弁論において契約の合意内容が「委員会方式」であったことを主張した如くである。その場合であれば自己の主張を正当化しうるのは何故かについてどのように説明したのか不明である。Q は同じく「請負方式」を主張したようである。自己の請求との論理的な関係についてどのように言ったのか、これも不明である。裁判所は、両方の側面が有るとしつつも、「請負方式」の面も否定しえない以上は、Q の主張に分が有ると判断した。理由と結論との間の論理的な関係は必ずしも明らかでない。

当事者や裁判官が採った論理構成以前に、本件事案は不審な点に満ちている。第一に、「出資」に関する合意が何を意味しているか判然とししない。裁判所は、一個の **rebus** としてのこの契約を「委員会方式」で解した場合の一個の解釈手段として「任意組合または匿名組合」という語を用いる。それならば確かに「出資」を言うことになっている。かつ、(一種の非対称性が有るとはいえ) P も事業をする以上は「匿名組合」と断ずることには無理が有るから、まずは民法典の「組合」を手掛かりとすべきことになる。しかしその「組合」における「出資」とは何か。当事者が明確な概念を持っていたとは言い難く、裁判所もまたそうである。その「出資金」がいきなり Q の費用投下に向けられること、そしてとりわけ、その先の追加的な費用投下のために P が次々に同種類の給付を続けること、これと「出資」との間に如何なる関係が設定されているのか、誰も問うていないことは不思議とするしかない。

もちろん、だからこそ、「出資」は無視さ

れ契約の「請負」的側面がクローズアップされた。裁判所が実質的に吟味したことは、Q の費用投下に何か無駄使い、さらには横領に当たること、が無かったかどうかであり、結局すべて必要な経費であったとされ、P が負担して当然であったとされた。しかし、第二に、これがまたキツネにつままれたように奇妙である。「請負」であれば、注文主は予め合意された対価を支払い、請負人は成果を引き渡す。双方の給付は同時履行の関係に置かれる。つまり請負人が成果を得るために要する費用は請負人の負担であり、彼が対価を交渉する時にその費用を見積もるのであり、この見積もりに全てのリスクがかかる。甘く見積もれば破綻を免れない。しかし本件では、近代日本では珍しくないとはいえ、請負人が駄々っ子のように、「おかあちゃん、また費用がかかったよう、また幾ら幾らおくれ」と泣き、注文主がおかあさんのように、「しようがないわねえ、この子ったら、ほら持ってお行き」と言ってお金を出してやっている。

第三に、もっとわからないのは、P がもし「委員会方式」のつもりであったならば、何故この「おかあちゃん」に応じたのかである。「リスクを Q にも負担させる」はずではなかったのか。P は、おそらく、「請負方式」という選択肢も明示しながら交渉した結果「共同出資」の合意を取り付けた以上は「委員会方式」が採用されたと思ったであろう。この時の思惑はどのようなものだったのだろうか。魂胆は明白である。アニメ版「姫騎士リア」がヒットするかどうか、やや水ものであると思った。儲かった場合の利益を独占しえないかわりに、リスクを分担してもらおうとしたに違いない。悪い考えであるとは到底思えない。であるのに、ずるずると言われるがまま費用を注ぎ込むという最悪の事態に立ち至ったのは何故であろうか。気になるのは、「被告の主張」として採録されている以下の思惑である。「委員会方式によると、製作費は、原告(Q)の利益を考慮しない「実費」のみであり、原告は、売上金の分配(配当金)によって利益を得ることになる」。この文章の意味が明確であるとは到底言えないが、請負代金には請負人の取り分つまりマージンが

含まれるが、「委員会方式」であれば、かかった費用だけ払ってやればよい、請負人の利益の分は予め定まるものではなく売りに連動する、と言いたいには違いない。あつと驚くことには、「委員会方式」だからこそ相手の（マージンを除く）費用（だけ）を負担するのであるという意識をPが持ったということである。雇用を想定すればはつきりする。利益は一旦丸ドリであるが、これを還元しなければならず、さらに被用者のための社会制度上の負担がかかる。請負であれば社会制度上の負担は免れるが、請負人から利ザヤを吹かけられる。「委員会方式」ならばこれらの全てが省けて「ローコスト」である、とPは思ったのである。「実費だけで済む」と。その「実費」が怖いとも知らず。

しかし、Pは何故（「マージンを負担しなくてよい」から論理的に飛躍して）「実費は負担しなければならない」と思ったのだろうか。この点は大きな謎である。「請負方式」であったとしても費用は全てQの負担のはずで、Pに負担せよというQの主張自体おかしいのであるが、しかしもっと奇妙であるのは、その費用負担をPもが認め、その過剰のみを非難するにすぎない点である。対応して、「委員会方式」というrebusとの珍妙な抱き合わせが請負契約をも逸脱させたと言っているが、それにしても、Qがかかった費用をどこまでもPに請求しようと思った点は奇妙である。双方に、何かどこかで通じている不可思議な思い込みが有るのではないか。

## 2 背景に存する問題

何時の頃からか、またどの程度までか、を検証する術を持たないが、現在の経済社会において、もうかれこれしばらく前から、一個の事業体が他の事業体と共同で事業をするという必要が有力に存在していることは疑いない。共同で事業をするということは、第一に自分で、つまり高々自分の内部を分節させて、その事業をするというのでないということの意味する。しかし第二に、場合によって共同で出資し第三の独立の事業主体を立ち上げるというのではない、ということをも意味

する。言ってみれば中間で中途半端なのであるが、何故このような形式が必要とされるのであろうか。

自分で事業をするということは、費用果実関係のリスクを全部自分で負うということの意味する。特に果実産出体、つまり施設・人員・技術・ノウハウ・顧客・販路等々のまとまった複合体、を一から構築しなければならない場合、そうでなくとも自分に属するそれを飛躍的に発展させなければならない場合、必要となる大きな投資はそのまま大きなリスクを意味することになる。もちろん、その冒険に値するならば取敢えて自ら手掛けるか、そういう事業に投資する。しかしそうでない場合、自らに属する既存の果実産出体と他者に属するそれを組み合わせ一段高度な果実産出体を構築するというのが考えられる。この場合、リスクが分散されるばかりか、少ない費用でヴァージョンアップしうる。さらに、既存の果実産出体をそのままの形で置くから、他と融合させて跡形もなくしてしまうというリスクを回避できる。中期的な組み合わせの後にもより豊かになって保存されているから、また別の組み合わせにチャレンジしたり、別の発展を目指したりということも可能である。加えて、個々の果実産出体が相対的に独自に動くことによる質の高いパフォーマンスも期待できる。それぞれが自由に動きなおかつ調和している方が高い協働を達成できるということは言うまでもない。それぞれが制約を感じたり、寄り掛かり依存したり、手を抜いたり、ということが生じにくいということもある。自分に合った最も納得のいくパフォーマンスをしているときに最高のものが得られることは当たり前である。

とはいえ、これが何故20世紀の末以降クローズアップされるのか、何か新たな構造的な理由が有るのか、それとも何かの行き詰まりのためリスクを一手に担う力を誰もが持たなくなったに過ぎないのか、或いはその両方なのか、はわからない。

以上のような漠然とした見通ししか持ちえないのではあるが、一つ確かなことは、この「姫騎士リリア」事件においてはPもQも到底共同事業をするために不可欠な基本意識を

装備していないということである。P は販路と著作権を有する。そしてリスクを分散することを心得ている。しかし最悪であるのは、Q から上がって来る成果をいちいちチェックするばかりか、その費用の使い方についていちいち報告をさせる。その前提として何故か費用を出してやっていることについては既に述べた。これは相手を信頼していないからであり、相手の自由を極大化することによって自らに得られるものを極大化しようという考えに全く欠ける。相手を労働力としか考えていないのではないか。労働力としては使うが社会保障関係の給付は免れたいだけのブラックなやり方だったのではないか、偽装請負に近いのではないかと疑われるほどである。Q もまた、だらだらと開発作業をしてもすればするだけ P が支払うので、完全にモラル・ハザードを生ぜしめている。自分の仕事には口を出させないというプライドはゼロである。共同出资方式に乗ったのは、請負代金よりはよさそうだからのところだったかもしれない。そもそも初めは著作権を単純に借りて自分で事業をするつもりだったから、何だか他人の事業になった感じがして投げやりになったのかもしれない。それでいてぶら下がっていれば金銭だけは流れて来る。

もちろん、これは日陰の産業の取るに足りない企業に関する記憶に残らないエピソードなのだろう。このようなケースを一般化して物事を捉えることはできない。高度なビジネスが展開される局面では明晰な意識とエレガントな法律構成が華麗な舞を披露してくれているはずである。と考えた時に、しかしやはり気になることが有る。それは先に述べたことである。繰り返すと、P は「委員会方式」

を意識して却っておかしなスパイラルに巻き込まれた。請負という日本近代特有の泥沼にはまったわけではなかった。裁判所は「委員会方式」を組合のパラダイムで理解した。しかるに、P にも、そしてまたその訴訟代理人にも、「何と愚かなことか、せめて法科大学院で勉強するくらいのことはすればよかったのに」と非難を向ける、その資格をわれわれは有するだろうか。このようなタイプの共同事業をきちんと規律する精緻な概念構成をわれわれは用意して待っているだろうか。そのようなものとして最も有力であるのは、この判決に教えられなくとも、組合であるが、組合に関する言説のどこをつついても気の毒な P とその訴訟代理人に対して目の覚めるような法的助言を与えるためのヒントは出て来ないのではないか。否、そもそも言説自体極めて乏しい。仕方なく、たとえ租税回避のためとはいえ、英米法の *partnership* を借りて来なければならぬ<sup>1)</sup>。もしそうだとするならば、われわれの如何にもみすばらしい事案をあざ笑う実務は日本には存在せず、却ってこの事案は一種典型的な光景であるという可能性も否定し切れない。

### 3 Plautus の劇中より

Plautus の *Mercator* においては<sup>2)</sup>、父 Demipho の出資を受けた息子 Charinus が海外で商用を果たす中 Pasicompsa という女性と恋に落ち、自由の身でなかった彼女を請け出して船倉に隠し帰国する。しかし生憎父に見つかってしまい、しかも父は Pasicompsa を我が物にしようとする。父は転売を主張し、オークションでダミーを使い自己競落す

1) イタリアの影響を受けて法人化へと傾くスコットランドと対照的に 16 世紀末の Law Merchant はコモンロー法律家の頑迷さ故にこれを拒む (W.HOLDSWORTH, A HISTORY OF ENGLISH LAW VIII 198 (2 ed., London 1937))。19 世紀後半以降組合を法人化し 1970 年代に法典に書き込んだ (但し組合財産を「皆の物」というより「誰のものでもない物」にしたのであるように思える) フランスに比してさへ組合原型 (後述) を残したイングランド法の功績はここへ遡るようであり、次いでエクイティの側からの慎重な介入が組合法を作ったとされる。F. Pollock による 1890 年の The Partnership Act はしかも一層古典的に原型を抜き出した (版を重ねた F. POLLOCK, A DIGEST OF THE LAW OF PARTNERSHIP (13 ed., London 1937) は記念碑である)。2008 年において、イングランドは法人数 220 万に対し組合数 46 万を誇る (G. MORSE, PARTNERSHIP LAW 2 (7 ed., Oxford, 2010))。近世以降についての (信用の基本構造を視野に入れた) 本格的な比較的研究が待たれる所以である。

2) 以下については、木庭顕『法存立の歴史的基盤』[以下、「POSS」という] 727 頁以下、839 頁以下 (東京大学出版会, 2009) を参照。



るつもりである。この時息子が抵抗のために繰り出す作戦の一つは、Pasicompsaは第三者と「共同で」買ったのであるから、一存で転売することなどできない、と主張することであった。父は、その第三者の転売意思が推定されるから、何の問題も無いと応ずる。代理もしくは授権のロジックを使うのであるが、(いちいち委任者の意思を確認し直さなければならぬ) 委任 *mandatum* の趣旨を捻じ曲げている様が皮肉られていると解される。「父」は *Plautus* の全作品において徹頭徹尾諷刺の対象であるが、父 *Demipho* が息子 *Charinus* を鵜飼の鵜の如き手足として使い *Pasicompsa* を得る仕方が強く批判されている。*Demipho* にとって *Pasicompsa* はただの欲望の対象であり、これが息子の生涯を賭けた恋愛を蹉跎させようとしているのである。確かに資金は *Demipho* が出した。しかしだからと言って *Pasicompsa* を好きに売り飛ばしてよいのか。まして手を付けてよいのか。立ち足はだかかったのが「共同」の論理である。*Pasicompsa* が「共有の」「*communis*」状態に置かれていると言われるから、同一物を二人と一緒に掴んでいる、或いは共同で所有している、というイメージが持たれやすいが、第一に、この語自体、「誰のものでもない」、「誰も掴んでいない」ことを指示する。第二に、*Charinus* の言い方自体、実質的に第三者が委任者であり、自分は受任者にすぎず、買うところまでは受任されているが、転売に関する限りさらなる受任を要する、というものである。いずれにせよ勝手は許されない。おそらく、ならばその第三者＝委任者は勝手にできるかと言えば、そうではなく、途端に *Charinus* の方が委任者として現れるだろう。どちらからも勝手に許されないので、「*communis*」という語が使われた<sup>3)</sup>。

かくして父からの息子の自由 (彼の恋愛)

が往復の委任と“*communis*”に懸っているのであるが、これにまた、*Pasicompsa* の自由が懸っている。彼女が自由を得て *Charinus* と結ばれるのか、それとも *Demipho* の恣となるのか。“*communis*”は、二人の手によって押さえられているというのではなく、どちらからも自由たるを意味している。その自由は、第三者の側が *Charinus* に勝手にさせず、その逆も成り立つ、ことによって保障されている。しかもこの牽制は両者が互いに自由であることを絶対の前提としている。(危うく *Charinus* が *Demipho* に対してそうなりかけたように) どちらかが誰かの手足であってもいけなく、両者が一体化すればなおいけなく。

*Plautus* の喜劇は紀元前 200 年頃のものであり、彼の全作品がわれわれの契約法、諾成契約等凡そ *bona fides* に基づく法制度、を生んだ社会的環境と深く関係していることは周知の事実である<sup>4)</sup>。*bona fides* に基づく諾成契約としての組合 *societas* が発達した民法制度として機能しているのを見ることが出来る最初の史料は、確かに紀元前 70 年代の *Cicero* の二本の法廷弁論である。しかし既にこの頃には、この制度が長い間にわたって発展して来た挙句に重要な変質を被りつつあることが見られる。裏から言えば、むしろ紀元前 2 世紀の *societas* 像が貴重であるということになる。紀元前 2 世紀は、ローマが地中海世界大に版図を広げ、活発な都市間 (国際) 取引を管轄に収め、ローマ独特の民法なる制度を一層高度なレベルにもたらした時代である。

#### 4 *societas* 原型

では、紀元前 2 世紀の *societas* 原型は具体的にはどのようなものであったか<sup>5)</sup>。まず、

3) 二人揃えば勝手にできるか。もちろん政治システムそのものと違って「皆が揃っても勝手に許されない」という絶対の原則が妥当するわけではないが、制度自体がその上に基礎付けられている *bona fides* には拘束される。つまり手を付けることはできない。共同で手を付ける手段、「共同占有」の如き道は存在しない。まして個々の部分的に使用収益が発生することはありえない。「共有」はそれはそれで少々曖昧な概念であるが、「合有」とは正反対である。

4) この点に関するこれまでの認識、及び筆者の認識の詳細については、POSS, 699 頁以下で述べた。

5) *Quintus Mucius* 以来 *societas* の起源に相続が存することは認識されている (*Mucius* の知的営為については、A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987, p. 63ss. が優れた分析を提供する) が、われ

通常のローマ法の教科書、特にドイツのそれを参照しても無駄である。少なくとも独自に発展して行った「共有」という制度群との混交<sup>6)</sup>から原型を解放しなければならない。その作業は、最近では既に Arangio-Ruiz によってなされた<sup>7)</sup>。「共有」の理解についてももちろん深刻な対立が有るが、それと密接に関連して組合を基本的に集団の物的な関係、とりわけ家団論、などに回収する傾向<sup>8)</sup>は現在のローマ法学においてもなお新たな装いのもとに見られるところである<sup>9)</sup>。societas をそうした脈絡から切り離れた Arangio-Ruiz は、切り離しの陣営の最終版とでも言

うべき作品を著したことになり、基本として引用されるべきである。

さてその原型であるが、以下のようにしてそれを再現してみよう。要するに物的な関係を排除して組合を純然たる契約関係と捉え、そのコロラリーとして組合に法主体性、例えば法人格を認めず、したがって組合を代理して行為するなどということは認めない、つまり代理を伴わない委任のみの束として組合を概念するのである<sup>10)</sup>。S<sub>1</sub> は冷凍水産物の国際取引に精通している。S<sub>2</sub> は冷凍蛸のタコヤキ用加工業者の間にネットワークを持っている。S<sub>1</sub> と S<sub>2</sub> は今 50 ずつ出資して組合契約

---

われは (19 世紀風の) 発生史的 (実証主義的) 原型探求をするのではない。したがって家族制度に回収するなど論外であり、何故相続が起源となるかについても政治システムの関与という点にその理由を見る。

6) M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, 2 Aufl., München, 1971, S. 410ff., S. 572ff. のように「共有」制度と組合とを重ねて捉える見方が何時何故成立したかは大きな問題であるが、若い研究者に探求を委ねる。少なくとも P. F. Girard は 20 世紀に大きく入っても組合の叙述に物的関係を一切含ませない伝統を保持する (*Manuel élémentaire de droit romain*, 7 éd., Paris, 1924, p. 605sq.). ちなみに彼は共有をも無視する。組合が契約たる以上物的関係をもたらさないという理解は少なくとも人文主義法学以来の安定した認識であると思われる。物的関係を持つためには法人格を要するが、まさに組合は法人格を持たないところに特徴が有る、というヴァージョンに Savigny 以来置き換わるはずであり、法人を迂回し共有という形で物的関係を持つに至る経過は不明である。ちなみに、Puchta の *Cursus der Institutionen*, Bd. 3, Leipzig, 1847, S. 108ff. (Rudorff による第 2 版, Bd. 3, Leipzig, 1851, S. 109ff. は、踏襲) 組合契約を叙述したのち、契約によらなくとも *communio* から同種の関係が生ずるとし、裏から言えば組合によって共有を創出することもできると解し、区別を維持しつつも契約の叙述に共有を割り込ませる。典拠を挙げないことからすると、近接性は普通法時代から認識され、19 世紀の後半以降その事実独特の重みが与えられたということかもしれない。なお、後述のように法文においては共有制度との近接性は卒然と読み限り全く自明である。人文主義が精密に峻別し、しかし 19 世紀ドイツのローマ法学が古事学的精度を上げて甦らせたのかもしれない。かつ、いずれにせよ、古典的理解において (峻別するとしてなお) 物的平面との関係がどうなっているのかについての明示的な探求が欠けたことも確かである。

7) V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950.

8) F. Wieacker, *Societas: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 60ss. が特に 1 節を設けて批判するように、組合を物的に捉える傾向が広く一方の陣営を成していたとはいえ、Wieacker のヴァージョンはかなりエキセントリックである。19 世紀後半のドイツの「民族」的傾向を露骨に示す B. W. Leist, *Zur Geschichte der römischen Societas*, Jena, 1881 の起源論が嚆矢であると思われる。

9) 類型論を通じて部分的に Wieacker を弁護するのは、F. S. Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags*, Frankfurt a. M., 2004 である。A. Fleckner, *Antike Kapitalvereinigung. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Wien, 2010 は、会社法学の影響を受けて資本集積の組織形態、投資家や債権者の保護などを論ずるが、組合に関する限りは未発達ないし不適合を指摘するばかりである。物の一体化を如何に達成し、かつ如何に関係当事者間のコンフリクトを調整するか、という関心しか持たない。両著共に結局は古い観点、つまりどうやって分割請求を防ぐか、どうやって組合に当事者能力を調達するか等々、という観点到り制約され、どうやって多元的協働を実現するかという観点はゼロである。19 世紀以降の古い観点は法人化の観点であったわけであるが、Fleckner など組織形態ばかり論じながら少なくとも Savigny 以来の法人理論に触れない。もちろんローマ法源に法人理論を求める方が誤りであり、その点でも Fleckner の試みはとんでもなく見当はずれである。なお、Meissel, Fleckner 共にテキストの扱い方が極度に幼稚で、ロマニストとしての訓練も歴史学の訓練も全く受けていないこと、或いは (この分野では) そうした訓練がそもそもヨーロッパから失われたということ、を強烈に印象付ける。

10) もちろん本稿では初歩的な認識にすら至らないが、partnership の場合、組合員相互、そして組合そのもの (“firm”) に対して、agency の関係が認められるようである (POLLOCK, *op. cit.*, ed. Gower, p. 29ff.). にもかかわらず法人格は認められないから、これは「組合代理」ないし代表ではなく、第三者 T<sub>2</sub> が厳密に組合の目的の範囲でスルーして S<sub>1</sub> を直接に訴えうるとしたに過ぎない。そもそも agency を「代理」と訳すことも適当ではない。組合のためにするのはあっても組合の名でするとは特定されていない。

を締結することとした。S<sub>1</sub>はT<sub>1</sub>と売買契約を締結し、100の冷凍蛸を仕入れる。これを自己の名義で倉庫に寄託する。S<sub>2</sub>はタコヤキ用加工業者T<sub>2</sub>と売買契約を締結し、これに110で卸す。110の売買代金がS<sub>2</sub>名義の口座に振り込まれた。一つの可能性として、直ちに、ここからS<sub>1</sub>へと50費用償還＝出資金返還され、5利益配当される。S<sub>2</sub>は同様に55を場合により自己の別口座に移転する。そうするかしないかはS<sub>1</sub>S<sub>2</sub>間の合議による。これも既に組合であるが、組合に継続性を要求する考え方もありうる。つまり110のうち少なくとも100を、さらには110全部を、次回の冷凍蛸購入に充て、同じ操作を繰り返していく。S<sub>1</sub>名義の冷凍蛸は恒常的に倉庫に寄託され、S<sub>2</sub>名義の金銭は恒常的に口座に置かれる。否、S<sub>1</sub>がまたしても自分の手持ちの資金から用立てるか組合の口座から出金するかかわからないが、後者の場合でも「出て行った分」もプラスとしてヴァーチャルに組合にとどまるから、帳簿上組合の100+10は動かない。倉庫と銀行に帳簿上恒常的に組合資産が見出されることとなる。「組合財産」は「組合が占有する」のでは決してなく、差し当たり組合員が個々の部分を個人として占有するにすぎず、ただ相互の合意の中でそれを各自が勝手に費消することがないこととなっており、その限りでそれらの財は特定の目的に縛られているように見えるということ

どまる<sup>11)</sup>。そして、何を利益とし何を分配するか、何がフローとしての追加の費用負担(短期費用償還分)なのかそれとも追加の出資なのか、これらはいずれも何を元手と考え何を果実と考えるかという帳簿の問題である。

以上のような(組合財産を物的に概念しないままその実質を手に入れる回り道の)工夫は、一見したところと反対に、共同事業、特に償還されずに置かれる財、を個別の利害から守るためになされる。組合による占有を認めるときには、占有エイジェントを発生させ、その者、事業執行者、の越権は直ちに組合財産に響く。後発的に事業執行者の責任を問う以外に無い。ところが組合の正規の法律構成によれば、執行組合員はその行為を組合の目的に照らして正当化し改めて請求していかなければならない<sup>12)</sup>。この点はMercatorの中でCharinusが説く通りである。

## 5 変化の兆候

紀元前1世紀初頭、著名な喜劇役者Rosciusは、Fanniusとの間で組合契約を締結する。Fanniusの奴隷である才能豊かな若いPanurgusを喜劇役者として育てようというのである<sup>13)</sup>。Fanniusの出資が現物であり、彼の寄与が単純な占有(mancipium)であること、Rosciusの出資と寄与が労務であること、が目をつく。組合財産はPanurgus

11) 基本線がこうだとしても、敢えて組合財産を共有することもまた許されるかどうかについては後述する。因みにpartnershipの場合には、後述の領域降下に対応するが如くに信託が使われるようである。つまり組合のために取得した物を一組合員が保有する関係を信託とすることによって組合財産を演出するのである。POLLOCK, *op. cit.*, p. 63のみならず、MORSE, *op. cit.*, p. 207ff.でも維持されている。そもそも組合員は組合財産に対してpossessionを解散時まで持たず、beneficial interestのみであるというのである。estateのロジックに組合対応が内蔵されているのを見る。

12) 組合債権者T<sub>2</sub>から見ると、S<sub>1</sub>を訴える術が原則無いということになる。S<sub>2</sub>に関する包括執行の過程で破産財団がS<sub>1</sub>に対するactio pro socioを有することとどまる。財団のactio pro socioはもちろん出資分を越えてS<sub>1</sub>の資力一杯追求してくるからこの意味で無限責任ではあるが、総組合債務の出資比率分を越えることが無い。連帯債務は本来のものではない(後述)。破産者＝受任者に関し委任者のための倒産隔離が組合契約の存在のために解除されるということとどまる。しかも、有限責任であれば却って出資分はS<sub>2</sub>が何をしようとして取り返せないが、組合であればbona fidesを基準として否認できるから、責任は持たなければならないがS<sub>2</sub>の無謀やT<sub>2</sub>の付け入りに対して防御される。なお、近代の古典的partnershipにおいては、委任効果拡張のコロラリーとしてS<sub>2</sub>が組合のためにした契約に対してS<sub>1</sub>が直接“liability”を負う(POLLOCK, *op. cit.*, p. 41ff.)。見返りにS<sub>2</sub>破綻時にS<sub>1</sub>はT<sub>2</sub>を“pay off”し自分が破産債権者となることが予定される(p. 137)。但し、組合固有の支払不能が概念されワンクッション置かれる上、その効果として全組合員につき資産凍結がなされる(p. 137ff.)。物的共同は依然排除されるのであり、ただ信用共同は追求される。

13) Ciceroの法廷弁論、*Pro Roscio comoedio*は、おそらく紀元前70年代前半から半ばにかけての時期になされたと考えられている。原事件は90年前後、同盟市戦争前後ということになる。



という少年そのものである。とはいえ、Roscius が芸芸を仕込むことによって Panurgus が将来稼ぎ出すであろう収益がこの組合の目的であり、Panurgus は単純な労働力ではなく、芸術品にも似た資産である<sup>14)</sup>。しかるに、今この Panurgus が Flavius という者によって殺されてしまった。不法行為に基づく損害賠償訴訟はどのような形態を採るであろうか。

まずは Fannius が “cognitor” として Flavius を訴えた。その訴訟の争点決定を受けた和解において、今度は Roscius が当事者となり、Roscius は Flavius から賠償の代物弁済として或る荒れ果てた農場を受領する。Roscius は時代の流れ<sup>15)</sup> に乗り、立派な収益をもたらす農場へとこれを成長させる。収まらないのは Fannius である。同じく収まらない Flavius と八百長を仕組み、賠償和解をする。それは改めて Roscius の分まで含むという。そして、こちらが山分けだから、かつての農場も山分けでなければならぬ、として Roscius を今訴えたわけである。

タコヤキ・モデルで思考する限り、 $S_2$  が  $T_2$  に代金請求訴訟を起こしたとしても、これが組合のためであることを明示する必要は無い。 $S_2$  は得た 110 をそのままペンディングにするか、そのうち 55 を  $S_1$  に支払うであろうし、それをしなければ  $S_1$  は  $S_2$  を bona fides 上の組合訴権にて訴える。請求額は懲罰的なものになる。Panurgus の場合も、単純に考えれば Fannius の損害が第一次的である。しかしそれでは大した額にならない。Roscius が手塩にかけて育てた若い喜劇役者だからこそ高い額の賠償になる。ならば別次元に具体的な占有を概念すればよいではないか。「法人」のような「第三者」が占有して

いるという法律構成を採るのはどうか。しかし Roscius と Fannius が組合契約により互いの信義に賭けて縛り合ったからこそ Panurgus に別次元の価値が生まれたのではないか。「第三者」が占有すればその者（もしくはそれを代表する者）が勝手をするだろう。Panurgus に単純な労働をさせかねない低い次元に引きずり降ろされる。Roscius は預かったにすぎず、Fannius は預けてしまっており、直接把握する第三者は居ない、からこそ高い価値が保たれる。つまり双方向の委任のような法律構成が採用されたからこそ高い価値が計算される。

本件弁論においても、委任という基本モデルは強く意識されていた。Fannius が “cognitor” として訴えたというのが、15 年後たるこの弁論における認識なのか、15 年前に当事者がそのように主張したのか、わからない。しかし、Roscius のために弁論する Cicero はこれを① Roscius 個人のための “cognitor” と解し<sup>16)</sup>、次いで②その Roscius 個人は組合のためでなく自分のために和解したのである、故に③全額自分のためであって半分を Fannius に渡す理由は無い、という線で論ずる。①は「組合のために」を排除する趣旨であるが、この「のために」は委任の趣旨である。確かに 53ff. は「Roscius の代理人」を盛んにイメージしていくようにも見えるが、しかし決定的なことには、文言として “suo nomine” との対比は保たれる。つまり、「他人の名で」が代理であり、「他人のために」が委任であるとする、後者の線は固持され、組合のためでないことの強調のレトリックとして「とどのつまりは Roscius がしたのと同じだ」と言われるにすぎない<sup>17)</sup>。次に②であるが、受任者 “cognitor” が自分の名

14) *Pro Rosc. Com.* 28: Quid erat enim Fanni? Corpus. Quid Rosci? Disciplina. Facies non erat, ars erat pretiosa. — nemo enim illum ex trunco corporis spectabat sed ex artificio comico aestimabat.

15) POSS, 928 頁以下参照。複合構造を持った新式の商業生産向け農場が紀元前 1 世紀に入る頃発達し、これが所有権概念を生む背景を成す。

16) 32: in hanc rem me cognitorem dedisti の意味は自明でない。この言葉自体 Fannius のものかどうかかわからないが、そうだとすると、事実として Roscius が組合のための訴訟を Fannius に委ねたという意味にも解しうる。

17) 53: Quid interest inter eum qui per se litigat et eum qui cognitor est datus? Qui per se litem contestatur, sibi soli petit, alteri nemo potest, nisi qui cognitor est factus. Itane vero? cognitor si fuisset tuus, quod vicisset iudicio, ferres tuum; cum suo nomine petiit, quod abstulit, tibi non sibi exegit? Roscius が自分の名でした和解と、Fannius が cognitor としてした訴訟が対比されている。Fannius が Roscius の名であるということは考慮の外である。なお、ロー



でした訴訟の帰結を今委任者 Roscius が和解という形式で引き受ける委任であるというのである。“pro me”という表現がそのことを確認する。但し、それがさらに組合の脈絡に置かれている。半分だけ委任関係 (Roscius 分) になり、残りの半分は自分のため (Fannius 分) である。前の半分 (Roscius 分) については受任者から委任者への再移転を要する。それがされた段階で Roscius と Flavius は和解＝代物弁済に及んだ、と Cicero は解する。第一段階の一部、つまり一旦 Roscius が Fannius 経由で全体分 “pro re tota” を受け取り、半分を Fannius に返すなどという迂遠なことがあるか、という *reductio in absurdum* である<sup>18)</sup>。ローマの場合、「訴訟代理」は代理でなく委任であるから、手続法上の委任と組合の委任を一石二鳥にした方が効率的だと言ったことにもなる。

しかしながら、基本を固持しようとするぎりぎりの試みが却って新たな事態の存することを示唆する局面も有る。Cicero は、Roscius が組合のための第一段階 (言わば Fannius を訴訟代理人とし自分を組合受任者とする弁済受領) をしたのではなく自分のための第二段階をしたのであるということの論証のため、争点決定において “*neminem amplius petiturum*” 条項が付されなかったことを決定的な論拠として挙げる<sup>19)</sup>。組合のためであったならば、被告 Flavius は他の組合員から重複して訴えを提起されることを怖れるはずである。「他の誰も訴えないであろう

ことを」私が保証し (*satis dare*) ますという宣誓文言の付加を原告にさせることによってこの重複が防がれたはずであるというのである。既判力の第三者効ではなく、原告が自らの信義に賭けて他の組合員からの重複を阻止するというにすぎないが、そんなことが起これば宣誓者の破滅であるから、効果的である。というわけで、委任モデルをぎりぎりまで貫徹させたに過ぎない。にもかかわらず、「受任者たる一人の組合員についての訴訟の結果を有するに過ぎないにもかかわらず、それが却って二重の意味というフィルターを介して財の高次の状態を維持するに資する」という点が微妙に崩れ、一義的な解決が欲せられ始めていることが窺われる。

さらに、この 15 年間に物事が大きく変化したことを物語るのは、一旦委任モデルを使って「Roscius 単独」を引き出した Cicero が持分モデルを持ち出した事実である。Roscius はあくまで組合の脈絡で、しかし自分の分だけを、受け取ったのである、何故ならばこのように各持分は独立であるからである、と Cicero は弁じた<sup>20)</sup>。お前も残り半分について 12 年後独立に和解したではないか、と。これは素人 (陪審) に帰結のみをわかりやすく説明するためのレトリックであるが、危険な短絡でもある。待ってましたとばかり (Fannius のために弁ずる、これも当代一流の弁論家つまり有力な政治家たる) Piso は、どの切片を取ってもその半分が Fannius のものなのだ、というカウンターを浴びせる<sup>21)</sup>。

マではいわゆる「訴訟代理」自体、訴訟代理人に本人の名における訴訟行為をさせるのではない。cognitor も procurator も自身が当事者である (*opinio communis*, vgl. M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, S. 152)。つまり代理ではなく委任である。判決の効果のみ本人に及び、かつオートマティックなのではなく、手続が介在しうる。

18) 32: *Vtrum pro dimidia parte an pro re tota? planius dicam: utrum pro me an pro me et pro te? Pro me*……はいずれも委任の言語である。但し、後半の言葉遣いは、早くも Cicero が後述の持分的発想を密かに忍ばせた結果である。なお、POSS, 843 頁の叙述は、テキストが見せるこうした襲を飛ばして委任モデルをいきなり引き出す時点で性急の誹りを免れない。

19) 35: *Quid ita satis non dedit amplius assem neminem petiturum?* 和解についての二つの解釈を示す語は、“*de sua parte*” 対 “*de tota re*” または “*de tota societate*” である。

20) 37: *Defensio mea quae est? Roscium pro sua parte cum Flavio transegisse.*

21) 52: *Petisse, inquit, suam partem Roscium a Flavio confiteor, vacuam et integram reliquisse Fanni concedo; sed, quod sibi exegit, id commune societatis factum esse contendo.* 文字通りには、「Roscius が自分の分を請求したにとどまり、Fannius の分は手つかずにおかれた、ということは認めよう、しかし Roscius が獲得した物は組合の共有物となると主張し争う。」というのであり、各人が自分の獲得した分を共有にもたらずというワンクッションは維持されている。しかし帰結としては次々にくわえて来た獲物を一つの山に積んでいくイメージである。

かくしてパラダイクマが“*communis*”論に移り<sup>22)</sup>、Cicero は相続財産を持ち出して持分モデルを基礎付ける<sup>23)</sup>。“*communis*”は、タコヤキ・モデルにおいて宙ぶらりんのまま誰に帰属するでもない状態を指したのに、そしてそれは却って第一次的には「一人一人が持つ」以上ではありえないことによって支えられていたのに、何時の間にか（その場限りのレトリックにせよ）「二人で持つ」ようなことになり、持分で持つのか、それとも文字通り二人でどの部分も握っているのか、で対立が始まった。おまけに、幾ら発生学的な故郷であるとはいえ、相続のパラダイクマが直接援用される<sup>24)</sup>。後の共有論の先駆けである。そしてこれらの変化の根底に、本件において組合の対象事業が Panurgus の人身に専ら依拠するものであった、という事情が存す

ることは疑いない。

## 6 領域降下

紀元前 1 世紀前半は、所有権概念が確立され、法のみならず社会全般の基軸となっていく時代である。所有権 *dominium* が対象とする典型的な財は、同時期に形成されていった新しいタイプの農場である。Roscius は代物弁済として受け取った農場をまさに所有権が成り立つそれへと変身させた。複合的な構造を備え、市場に向けて農産物を生産するのであるが、市場に直ちに依存せず、多角的な経営体として市場の変化に対して持続力を有する。長期的な観点で投資をし、持続的な収益を上げうる<sup>25)</sup>。Cicero の法廷弁論、*Pro Quinctio* には<sup>26)</sup>、組合がその資産をこのタ

22) Cicero は相続財産を持ち出す前に合有風共有論の内在的なおかしさを言う。一旦共有にもたらしておいて改めて持分を請求しなければならないという不条理を突くのである。組合に対する持分請求はできるのか (*Quaero enim potueritne Roscius ex societate suam partem petere necne*)。持分請求ができないなら、何のために一体 Roscius は頑張って獲得したのか (*Si non potuit, quem ad modum abstulit?*)。できるというなら、初めから組合のためでなく自分のために訴えればよかつたではないか (*si potuit, quem ad modum non sibi exegit?*)。自分のために請求するためにまず他人のために訴える（という迂回をする）馬鹿がどこに居ようか (*nam quod sibi petitur, certe alteri non exigitur*)。それとも、不可分の部分をまず請求しておいてそれを平等に割り振ったというのか (*si quod universae societatis fuisset petisset, quod tum redactum est aequaliter omnes partirentur*)。しかし部分を請求したという事実は残るではないか (*nunc cum petierit quod suae partis esset*)。その場合でも自分が獲得した物が自分のためではないというのか (*non quod tum abstulit soli sibi exegit*)。ここで先に引用した 53:quid interest……が続く。つまり *cognitor* の委任関係を強引にあたかも委任者の名における代理関係の如くに仕立てる。これはレトリックの滑りであり、全く不要であった。各人が各人のためにという単純な原理を例解するために、まさに各人が各人のために振る舞いながら誰の物でもない物を実現する委任を解体する必要は無かつた。だからこそこれは一時のレトリックで本気の解体ではなかつた。しかもなお、微妙に足を取られて“*communis*”の語義の変質を招く萌芽が垣間見えたとも言える。

23) 55:Simillima enim et maxime gemina societatis hereditatis est;quem ad modum socius habet partem, sic heres in hereditate habet partem. Vt heres sibi soli non coheredibus petit, sic socius sibi soli non sociis petit;et quem ad modum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissolvit, heres ex ea parte qua hereditatem adiit, socius ex ea qua societatem coiiit。相続財産占有においても、確かに、別途立つ相続財産占有者以外の相続人等が勝手に皆のために何か請求するということがあってはならない。個々の相続人は自分のためだけに動かなければならない。「持分は割合で概念し金銭価額による評価を前提する」ということは、実体を分割せずに置くことを含意するが、これは「公的な」という意味の共同部分に手を付けさせないことと異なる。相続財産は後者の原理を一部、組合はただ理念的にのみ、借りたにすぎない。ところが今回は、資産がたまたま単体の身体でもあったから、そしてその身体に対する侵害が問題であるから、その身体が後者の原理を可視化し、かつその物的実体につき「共有」持分概念が物的な方向に解される危険が伴った。

24) 相続財産については持分は概念されえない。それは相続分であり、遺産分割時における計算の根拠に過ぎない。したがって、分割前に持分から果実を取るということはできない。相続財産からの果実は相続財産に帰属させなければならない。「可分債権」という奇妙なロジックによって途中配当を認めるような判決があったとしたならば大混乱である。相続人が相続分を持分の如くに扱うのを妨げる障壁は相続人団が作り *praetor* がコントロールする政治システムである。組合ではこれが組合員間の *bona fides* と委任の感覚に委ねられ、脆弱である。単なる共有の場合には不存在である。かくして Cicero が (<障壁→その先の分配>という分節を言って合有的思考を斥けるためとはいえ) 持分思考を掲げるために相続財産を援用したことは、複数の点でミスリーディングであり、やがて持分を通じて障壁を突破しその部分の費用果実関係を直接掌中に収める、つまり直接領域上の占有を把握する道を拓いたとも言える。

イブの農場に投資する事案が現れる。S<sub>1</sub>が自ら農場を購入すると同時に果実たるワインをS<sub>2</sub>が売る、というような形態が現れてしかるべきである。しかし現実にはそうならず、S<sub>1</sub>もS<sub>2</sub>も専ら農場の経営に直接タッチすることに固執するのみであった。挙句の果て、Quinctius側、つまりCiceroが代弁する側は、組合を解散して単独で投資したと主張する。とにかくS<sub>1</sub>たるQuinctiusは農場を購入し経営し始めた。S<sub>2</sub>たるNaeviusもこれに関わるから、組合は本当に解散されていたのだろうかと思うが、S<sub>1</sub>側はS<sub>2</sub>を共同経営者というより農場のマネージャーに過ぎないと概念するようである。問題はNaeviusがQuinctiusの関与を排除すべく封鎖し、農場の占有を乗っ取ってしまったことから生じた。つまり、第一に二人が直接占有に絡まり、そして第二に一方が他方のアクセスをブロックする占有侵奪が発生したのである。事業連関に分節が欠け、占有、つまり一元的な費用投下=果実収取関係に事業が特化してしまうことが如何に組合、ひいては事業共同にとって危険かということが示されている。

さて、ギリシャ・ローマ史学の基本カテゴリーを用いるならば、ギリシャ・ローマ社会は都市と領域という厳格な(差し当たり空間的)二元構造を有する<sup>27)</sup>。都市は基本的に政治システムが営まれる空間であり、次いで、頂点の政治システムに従属する二次的な政治システムのための諸都市が発達すると、これが高度な信頼関係に基づく取引のための空間ともなる。委任と組合は元来この最後のbona fides上の取引関係に限定して用いられた。他方都市外の空間、つまり領域は生産のための空間であり、当初このみを民法と占有原理が規律する。しかし二次的な政治システムのための諸都市とそこにおける取引が発達すると、後者をも民法が規律し始める(契約法)。所有権は、領域上の生産装置

をbona fides上の取引の場にもたらしたりbona fides平面上の投資対象とするためのデバイスとして紀元前1世紀に新たに登場した。組合はこの所有権を手掛かりに言わば領域に降りようとした、或いは所有権と共に領域の占有をbona fides平面上に引っ張り上げようとした、と思われる。そのためには組合事業の内容を所有権に基づく収益獲得と定めればよいだけであるはずである。領域に降りるとは言っても、組合員が皆で一個の占有をするという必要は無い。一人、もしくはエージェントが占有し、他は出資し、その間で利益を分配すればよいだけではないか。消費貸借で出資するならば出資者はただの債権者であり、リスクを負わないかわりに利益が多くともそれに与れないから、ハイリスク・ハイリターンのために組合が選択され、この場合出資側は既にして一種占有抜きのエクイティー関係に立つ。しかし組合の観点からすれば、その場合の問題は、「それぞれが相対的に独立の事業に関わりながら出資する」というのではなく「ただ投資する」のであるとすると非対称性が生まれるということである。相互に委任し合うことによって、つまり両側から引っ張ることによって、初めて質の高い協働が達成されることを忘れてはならない。組合の領域降下は単一着地点の占有を独占する業務執行組合員ないし業務執行者の専横を許す。さらには、それをさせまいとする投資者組合員が占有に介入する、つまり悪い債権者の如くに単一の費用果実関係に介入する、道が開かれる。するとその先に、共に単一の費用果実関係をするという画像が現れて来る。

組合のこうした領域降下が大規模に見られたか、つまり農場の共同経営を内実とする組合が元首政期のローマ社会で発達したか、はわからない<sup>28)</sup>。しかし、*Digesta*というテキストの史料価値の低さ、扱い方の難しさ、

25) POSS, 970頁以下参照。

26) POSS, 930頁以下参照。

27) 木庭顕『政治の成立』332頁以下(東京大学出版会, 1997), ローマについてはPOSS, 305頁以下, 参照。二次的都市空間とその領域との関係はPOSS全体で追跡した事象である。

28) 単一の農場の経営を対象とする類型はむしろ古くからpartnershipの実務マニュアル上定番の項目を形成させ、規律さえ独自である。

を差し引いても、元首政（特に前）期の法学者たちの最大の悩みは、組合に関する限り、その領域降下問題であった、ということを用いるように思われる。既に述べたように組合と共有の異同は学説上の争点で有り続け、Arangio-Ruiz は両者の分離にひとまず成功したのではあるが、実は、共有関係があるからと言って必ずしも組合契約が存するとは限らないという見解が正規のものであったということ論証した<sup>29)</sup>にとどまり、組合契約が共有関係を発生させるし、またこれと両立しうる、ということは当然のこととされた。societas 原型の契約イメージ、つまりとりわけ第三者効の排除、代理の排除、はもちろん彼に限らず誰しもが承認するところであるが、これを共有関係と曖昧に共存させるのが通例であり、組合が合意によっては共有関係を内容としうるという点は分離を最も徹底させた Arangio-Ruiz もまた当然とする。しかし、紀元前 1 世紀前半における変化の向こう側に突き抜けて遡れば、両者が排斥し合う本来の像が得られるのではないか？ これが Plautus に着眼すると同時に Cicero のテキストをディアクロニク<sup>30)</sup>に読むわれわれの意図であった。組合と狭義の共有レジームは或る特殊な歴史の過程を通じて接近したのではないか。このことは組合が相続を発生学的故郷とすることと互いに排斥し合わないが、元首政期の古事学的傾向によって発生学的故郷を強調する背景には特定のバイアスが有りうる。そしてその歴史的過程とは組合の領域降

下なのではないか。もっとも、差し当たり共有関係と領域降下は別の次元の問題である。既に述べたように“communis”という語も典型的な共有レジームを前提せずタコヤキ・モデルの宙ぶらりん状態について用いられたのである。領域降下をし、かつ“communis”という語を用いてなお、狭義の共有レジームに陥らないということは論理的には可能である。しかし、事実として、つまりおそらく一種の混乱として、組合と狭義の共有レジームが融合していったとするならば、その理由は領域降下だったのではないか。このことは Cicero の法廷弁論からする限りは強く疑われる。そして、Arangio-Ruiz による限り少なくとも正規の観念においては組合と共有の区別は貫徹されるのではあるが、しかし他方、区別の必要を説く法学テキストの存在は却って混同の傾向の存在を物語るとも言えなくはない。端的に混同するテキストも有り、現代にいたるまで論争的であるとすると、その根源に、次第に混同されるようになったという歴史的動向が有ったのではないか。

Digesta の全断片から societas 関連のものを網羅的に抜き出すことは不可能であるが、よく引かれる代表的なテキストを一瞥するだけで、まず Quintus Mucius Scaevola と Servius Sulpicius Rufus<sup>31)</sup> の間の論争がテキスト断片群の最も古い層に属するというを知りうる。つまり紀元前 1 世紀前半から半ばの二世代間の論争であり、論点は societas leonina であった<sup>32)</sup>。一方が利益のみを、他方が損

29) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 50ss.

30) 「ディアクロニク」という語が、「通時的」という訳とともに「時系列上の変化を辿る」という意味に用いられることが有るが、極めて遺憾である。元来構造主義言語学の（音韻論の）術語である以上は、同一の構造上に、つまりサンクロニクには同一のシステムの上に、微妙なシフトが見られるということを指す。逆に言えば、それらを貫通するからこそ（サンクロニクな）構造なのであり、他方、ディアクロニクに捉える場合にも、表面のヴァリエーションを見るのではなく、様々なヴァージョンを通約する何かを見ていなければならない。そうでなければ、まずはクロノロジクな変化に過ぎない。

31) この両者については、Schivone, *op. cit.*, p. 25ff. が決定的である。一般に法学史の水準を塗り替えた研究であり、以後 Digesta 諸断片を解するときにはこの水準を踏まえないとできないこととなった。現にそうした水準を踏まえた (Lenel のそれに替わる) 新しい Palingenesia を作成する作業は Schivone を中心とするグループによって開始されている。

32) D.17.2.30(Paulus, 6 ad Sabinum):Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat:Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto:sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur. なお、Mucius も Panurgus のようなケースの限りで純然たる bona fides 上の societas でないものを



失のみを、取る組合を無効とする *Mucius* に対して、*Servius* は条件付きで認める。単純に利益が一方に、損失が他方に、直行で帰属する合意は無効であるが、組合帳簿のところ一旦利益と損失を手じまいした上で計上された利益をどう分配するかは契約の自由の問題であるというのである<sup>33)</sup>。*societas* 原型においてもこの種の長期の損益計算をすることは帳簿上不可能ではないが、 $S_1$  も  $S_2$  も一旦組合財産に全てを組み入れた上で改めて利益を取り戻すとは考えにくい。事業に関わるその経過において求償を受け、(取るなら)利益を先取りする。*Servius* の問題設定は、そうではなく費用果実関係が一旦オートマティックに完結し、これを分け取る、ときに意味を持つ。既に活動に非対称性が存し<sup>34)</sup>、それに人を割り振って一方が農場を営み他方が出資のみするということもありうる。このとき、出資する側は損失の方は引き受けないという(一種の有限責任の)合意を付加する誘惑は大きいであろう。そしてそもそもこうした関係が成り立つのは、(単なる債権者と)はまた違って利益には無限に与る以上、それは物的な関係であるが、(そういう)物的な関係に立ちながら同時に損益手じまいのみをす

ればよい(リスクは転嫁する、つまり占有からは距離を取る)という(地に降りながら地に着かない)ボックス席(サブリースによってリスクをヘッジした所有者たる地位を考えればよい)が個別の占有=費用果実関係に設置され、かつここに複数人が座れるからである。

このボックスは所有者たる受益の地位に対応するから、これを DOM ボックスと名付ければ、*Servius* ないし *Servius* の弟子達は組合の領域降下を認めつつもそれをこのボックスまでにとどめることに腐心したと考えられる。損益を一旦手じまいさせるのは、損益に直接個々の手を染めること、本当に領域に降りてしまうこと、は許さない趣旨である。*Servius/Alfenus* によれば、*socius* たる所有者 *dominus*= $S_2$  は、自分の農場管理人 *procurator* が一存で  $S_1$  に解散を通告しても、これを有効としたり批准したりしうる、という<sup>35)</sup>。*procurator* が下部を押しえて DOM ボックスが堅固に構築されていれば、*procurator* の投資目的達成判断によって直ちに組合を解消しようというのである。組合は初期投資を呼び込む手段であり、所有者躯体が立ち上がったならば以後所有者たるヴィークル

想定し始めているが、(本文で後述する) DOM ボックスの損益計算ではなく、あくまで帳簿と金銭評価 *aestimatio* を共同するものとする (D.44,7,57=Pomp.36, ad Quintum Mucium: In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit aliud qui cum his contrahi, nihil valet quod acti sit. et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu constituit.)。

33) Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 97ss. が決定的である。つまり、Gaius (Inst., III, 149 Riccobono: Quod Q. Mucius <contra naturam societatis esse existimavit. Sed Ser. Sulpicius, cuius> etiam praevaluit sententia) が極めて単純な無効説対有効説の対立を伝えるところ、前者が *Mucius* に違いないものの、後者に関してはテキストが壊れており、ここを *Servius* で補う通説に対して Beseler (*SDHI*, 4, 1938, p. 205ss.) が *Cassius* に直した。これに対し Arangio-Ruiz は本法文 D.17,2,30 の *Servius* が単純な有効説を唱えるものでなくむしろ相手の *Mucius* 説を繊細に彫琢する(結果部分的に有効とする)ものであると指摘した。F. Bona, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, p. 26s. は Arangio-Ruiz が Beseler を批判し単純に通説に戻した趣旨で論ずるが不正確である。かつ、例えば D.17,2,29,2: Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare から *Cassius* に早くも単純有効説を見ることは十分に可能と思われる。つまり DOM ボックス内追い込みが失敗に終われば、損益差し引きを待たずに売上からいきなり上前をはねる優先弁済債権者のような出資者が現れよう。実質上費用果実関係に手をつっ込んでいるのである。

34) Bona, *op. cit.*, p. 24ss. は、Gai. Inst. III, 149 や Inst. III, 25, 2 を根拠に、*Servius* が占有内費用(労務)を負担する組合員の寄与を考慮するために損益分配をより柔軟に解したとする。*Servius* が非対称性を考察したことは確かだとしても、費用償還と利益分配を混同したとは限らない。その種の費用償還が問題になるということ、利益分配につき柔軟に合意するというこの間に関係は存しうるが、二つのことを短絡させるわけには行かない。おそらく *Servius* の考えが通説化教科書化するときに短絡が生じたと思われる。後述の隔壁崩落のコロラリーである。

35) D.17,2,65,8: quod *Servius* apud *Alfenus* ita notat: esse in potestatem domini, cum *procuratori* eius renuntiatum est, an velit ratam habere renuntiationem.

が運転されていくだけでよい。S<sub>2</sub> さえ物的には農場を押さえていなかったのであり、これが非対称性を緩和している。農場のケースではないが、Alfenus は、二人が共同で文法を教え利益を共同する組合において、違約罰を定めた stipulatio が組合訴権を消尽させないという<sup>36)</sup>。たまたま S<sub>1</sub>S<sub>2</sub> 双方が同一の費用果実関係(実労働)に携わるが、それを規律するためのペナルティーは占有内問題であり、DOM ボックスで計算した以降の分配に関わる組合訴権とは関係ないというのである。DOM ボックスの床が抜けて両者が同じと概念される後述の把握との差異は著しい。

所有権躯体を基礎として組合を構築するという立場を受け継ぐのは Labeo であったと思われる。そしてそれを伝える媒体は Proculus であったかもしれない<sup>37)</sup>。Labeo は、(何時でも解散しうるが故にこそ却って高度な信頼を育むという bona fides の精神に基づく解散自由の原則にかかわらず) 組合を解散させない方が組合員の利益になる場合には、

関係解消を被った側が組合訴権を行使しうるとした。例えば共同で買った“mancipia”を今売ったのでは損失が出る場合、そうでなければ正しくないというのである<sup>38)</sup>。“mancipia”は文字通りには同一占有内労働人員(「奴隷」)だが、法学設例特有の表現であり、実質農場経営体のことであると解しうる<sup>39)</sup>。組合契約の解消は共有物分割、つまり競売=農場解体を意味するから、Labeo は going concern value を見ていることになる。取引を通じての利益を分配しようというのではないが、何かを共同で利用しようというのではなく、資産としての果実産出体の保持、しかもキャピタル・ゲインがねらいである。Labeo はしばしば考えられない逸脱に対してからかうように鋭い警告を発するスタイルを有するが、そのような調子で、組合員の一人が利益を得たのに組合財産にそれをもたらさずその金銭で利殖をしたとき、その組合員は高利を支払うべしという<sup>40)</sup>。一方で、確実に差額を得るのではなくスペキュレーション、つま

36) D.17,2,71 は Paulus による Alfenus, *Digesta* の要約からの断片 (51 Lenel) である。Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset—pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati “ea ita dari fieri spondes?” sed “si ea ita facta non essent, decem dari?” non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam……et ideo societatis iudicio agi posse. 前半はペナルティーを組合訴権で求めることはできないと言い、後半は、(論理的にはトートロジーだが) 何故ならば stipulatio につき訴えた後でもそれは(誓約文言を根拠とする)ペナルティー分だから組合訴権本体がまだ残っている、と論ずる。

37) D.33,6,16=34 Lenel は Proculus が Labeo の著作に付したテキストそのものであり、Lenel は、ここからして 35ff. において Labeo/Proculus と彼が見えず断片を集める。殆どが Iavolenus によるテキストであることが注目される。

38) D.17,2,65,5(Labeo, 237 Lenel=Proculus, 36 Lenel):Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione:nam si enimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriore causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. cf. Arangio-Ruiz, p. 154s.; Bona, *op. cit.*, p. 83ss.. Bona が気付く通りこの Paulus 文においては Proculus/Labeo のプレゼンスが顕著であり、引用文に続いて、Proculus hoc ita verum esse ait, si societatis non intersit dirimi societatem:semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit. というテキストが置かれる。解散が組合資産価値減少でなくとも個別組合員の利益を害する場合にさえ認められないというのである。その個人が何かリエゾンによる利益を得ている場合などであろうが、原型であるならば組合の事業範囲内でさえ互いに独立に遂行される。その外の活動への影響が問題とされるということは、組合自体の物化が進んだ証左であると考えられる。Arangio-Ruiz は解散の自由を制約するのではないかと「内容上の疑問」を呈する。

39) 前掲掲 38) の Bona のように、奴隷を市場で短期売買している商人を念頭に置くことは正しくない。組合資産の基底価値減少を問題としているからである。

40) D.17,2,60pr.(Pomp.13 ad Sabinum=Labeo, 280 Lenel):Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait. タコヤキ・モデルにおいて、S<sub>2</sub> が得た金銭はそのままに置かれる。受任者がこれで利殖をすれば破滅であるが、他方、これを直ちに償還しなければならないということはない。ところが Labeo は遅滞を言う。ということは、組合員は直ちに物的な意味の組合資産に利益を移転する債務を負うということであり、ということは、そのような物的な意味の組合資産が概念され始めているということである。

り一攫千金の費用投下・果実収取をする余地が組合周辺に生まれている。他方で、しかし *Labeo* はあくまでそれを *societas* 原型に模し、言わば治癒させ、利得を還元させようとする。さらに彼は、一組合員が奴隷達を移送中彼らに襲われ負傷したという場合、いきなり共有物占有に際して損害を被ったと言うことはできず、差し当たりはその組合員固有の問題であるという<sup>41)</sup>。自分の財産管理が悪かっただけであると。果実産出体としては物的な一体性を重視しつつも占有の次元は個別にとどめる。本当の地面に降ろすつもりがない。

組合の領域降下は直ちには組合員が物的に共同するというを意味せず、DOM ボックス上で極力原型に即した法律構成が維持された、として、そこからさらに微妙にパラダイクマを転換させることに関わった少なくともその一人が *Sabinus* であることはかなりの確度で言いうるようと思われる。組合関連の断片の多くが *ad Sabinum* というジャンルに属する<sup>42)</sup>。例によって編纂者が偏ったソースから抜粋したと考えることもできなくはないが、このタイトルを冠した複数の法学者が組合に関連して引用されるので、ジャンル自体が有力なソースであったことを否定しえない<sup>43)</sup>。もちろん *ad Sabinum* は *Sabinus* の考えに従うことを意味しないから、内容を *Sabinus* に遡らせるわけには行かないが、彼により基本パラダイクマが設定され、そのパラダイクマは一個の問題関心を伝達するもので

あった、としても意外ではない。そのパラダイクマ上解決方向はむしろ対立するとしても、基本設定のところでも既に強いバイアスというものが認められはしないか。組合契約の相手が有害な物を構築し財産を害したり自分が享受できなくなるのを恐れ、工事を阻止したり構造物を撤去させたい。その場合、地役権ではなく、組合員としての共有物分割訴権によるべし、というのである。但し、撤去に関する限り組合にとって利益になる場合でなければならぬ<sup>44)</sup>。*Sabinus* は共有について論じたにすぎず、主語を“*socius*”に置き換え、剩え「組合にとって利益になる場合」と書き加えたのはその後の層であった、のかもしれない。それでも、例えば農場を共同経営する関係において地役権を言いたくなる物的関係が生じている。共同経営の趣旨ないし価値を害する行為を阻止するために、*bona fides* ではなく、領域上の連関を主張したくなる状況が現れている。かくして、流石に地役権は斥けられても、DOM ボックス内の関係が損益の関係よりは「共有」の関係と捉えられ始める。少なくとも共有物分割請求を準用し、工事凍結の上、競売にかけようというのである。工事が完了していれば、売却に有利な限りで撤去も許される。明らかに、確かにまだ端的な占有ではなく市民的占有の共同ではあるが、しかしその市民的占有が解体されかかっている。

別の断片は *Ulpianus* もまた *ad Sabinum* を書いたことを示すが、ここで *Ulpianus* は彼

41) D.17,2,60,1: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……. この後 *Iulianus* は *vis maior* に関して共同の負担を言う (D.17,2,52,4)。Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 193s. は引用による変成の可能性を無視し、単純に *Labeo* の見解を異端と見る。

42) *Sabinus* の役割の大きさが早くから気付かれてきた点につき、*cf. Bona, op. cit.*, p. 14.

43) *Lenel* から判断する限り、*Pomponius*, *Paulus*, *Ulpianus* の“*ad Sabinum*”が存在し、まずその分量が多く、かつ相続に関する部分が大半を占める。*Sabinus* のどの著作という指示をいずれの場合も欠く。特定の農場に場面を設定し相続や夫婦財産制度を絡ませ、その限りで共有を論じ、そこに組合や売買を挿入する、というジャンルの呼称であったのではないかと思われる。*Sabinus* 自身のプレザンスは意外に低いのである。「*Sabinus* 風」を創設した、つまりパラダイクマを設定した、と後から記憶されたのではないか。

44) D.8,2,26(Paul.15 ad Sabinum):In re communi nemo dominorum iure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat:nulli enim res sua servit. Itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. Sed per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut ad opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli. Itaqueの一文は「組合の場合大きな争いは大概分割訴訟になっちゃうよね」という落書き風感想であり、*interpolatio* であろうとなかろうと削除して読むしかない。*cf. Arangio-Ruiz, op. cit.*, p. 37s.. なお *Arangio-Ruiz* にとってはこの地役権回避は物的関係排除の痕跡である。

らしく擬古典的に、特定の価格で何かを売ってくれと頼むのは委任でもなければ組合でもない、と（今日の法律家の耳が痛くなるとしても）余りに当たり前のことを得意げに確認する。そうしておいて *Iulianus* の *Digesta* を引く。*Iulianus* の抜粋対象が *Sabinus* であることは脈絡上排除されないが、*Iulianus* は、土地を譲りコンドミニウムを建てさせ一つの آپルトマンを対価として（ただで）受け取るという契約は決して組合でないという。ふるっているのはその理由である。「組合契約を締結したら所有権者でなくなるなどということがあるわけないだろ（しかし本件では所有権者でなくなっている）」というのである。子供や家畜を共同で育てて高く売るというときにこそ、これは組合だと言うべきだという。不動産開発ケースとは異なり、「ほら、あんたはずっと所有権者のままだろ」という<sup>45)</sup>。物的権能を留保することにより関与しないしチェックをしていく、ということが観念されている。*Sabinus* に存した萌芽を展開したものであろう。衝撃的であるのは、

*Ulpianus* が原則を確認しつつ、不動産開発ケースを組合とは概念しえない *Iulianus* を追認する点である。 $S_1$  が土地を購入し、 $S_2$  が建物を建て、利益を分配する、ということを実現するならば、不動産信託等々様々なスキームが考えられるが、組合も有力である。その場合、 $S_1$  から  $S_2$  に土地を譲るような行為は介在しない。受任者が委任者のために買うとき、二人の間に引渡は有っても譲渡が無いのと同じである。 $S_1$  は  $S_2$  のために買った。 $S_2$  は  $S_1$  のために建てた。その後、何をどう分配するかは自由である。ところが *Iulianus* は、物的な帰属関係（アパートマンの分配）についての取り決めに着目する。そして組合のメルクマールを当事者の物的関与継続に置くのである。もちろん、*Arangio-Ruiz* が指摘する通り、共有だからと言って組合とは限らないという弁別の意識は存在し、おそらくは *ad Sabinum* の系譜においてこそ維持される<sup>46)</sup>。しかし、どのみち共有物分割訴訟になるのだから、同じことであるという *Gaius* らしいテキストも存在する<sup>47)</sup>。遺贈が二人

45) D.19,5,13pr. et 1(Ulp.13 ad Sabinum):Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, sed in factum quasi alio negotio quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium detractiois, sed sibi certum pretium excepit. *Iulianus* libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorrere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit:competit igitur pro socio actio. sed si forte puerum domini tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. “abhorrere haec ab area eo” は、「(*Iulianus* が) area 土地区画のケース、つまり不動産事業のケース、から以下の点で離れる（と書いた）」という意味であり、“idem se quod in area dicturum” は、「(*Iulianus* が) 私は area 土地区画のケースと同様のことを言うだろう（と書いた）」という意味である。しかし同時に、それぞれ（むしろ *literatim* には）「そのエリアから離れる」、「そのエリアで言ったこと」とも解しうる。つまり意味を二重にするタイプの駄洒落である。*Arangio-Ruiz, op. cit., p. 70* (“D.15” は “D19” の誤植) は前段を「組合意思」の問題と解するがどうか？ 事業の分節がどこか組合を妨げるという先入見をローマの法学者と共有するのではないか？ だから後段はむしろ組合に適することに気付かずこれに言及しない。

46) D.17,2,31(Ulp.30 ad Sabinum):Ut sit pro socio, societatem intercedere oportet:nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus sepatatim emimus partes eorum non socii futuri. この法文は *affectio societatis* 論の根拠法文である（*interpolatio* の問題を含めて *cf. Arangio-Ruiz, op. cit., p. 68ss.*）。相続遺贈ケースや共同購入ケースが組合に至らない共有レジームとして捉えられている。以下に見るようにそれらにおいては少なくとも組合を類推的に適用するテキストが多い。

47) D.10,3,2pr.(*Gaius* 7 ad edictum provinciale):Nihil autem interest cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit:nam utroque casu locus est communi dividendo iudicio. cum societate res communis est veluti inter eos, qui pariter eandem rem emerunt:sine societate communis est veluti inter eos, quibus eadem res testamento legata est. たまたま共有をする組合が有ったとしても、組合たると組合たらざるで共有の関係に変わりはなく、どうせ共に共有物分割訴訟になる、というのであるから、弁別説と矛盾することを言っているのではない (*Arangio-*



に対してなされたとき、その二人の間の責任原理が善管注意義務でなく自己の物のための注意義務であるのは、確かに二人の間に *societas* が有るとしても、その基礎が合意ではなく物であるからである、とする断片も存在する<sup>48)</sup>。「単一の物を基礎とする組合」(*societas unius rei*)という術語も使われたと見られる<sup>49)</sup>。領域上の単独エイジェント *nuntius* を使う場合も有る<sup>50)</sup>。もっとも、単独のエイジェントを使う共同請負は組合ではないというテキストも有る<sup>51)</sup>。とはいえ、組合員が DOM ボックス内とはいえ端的に物的な関係に立つという観念は遅くなるほどとどまるところを知らず、例えば以下のような断片が存在する。*S<sub>2</sub>* が死亡したので、共有物分割となるが、*S<sub>2</sub>* は娘につき嫁資を約していた。娘の夫 *A* はこれにつき請求権を有する。*S<sub>1</sub>* の *pro socio*、つまりおそらく共有物

分割請求訴権と習合したもの、と嫁資請求権の関係はどうなるか。*S<sub>1</sub>* と *A* は共に相続債権者類似であるが、*S<sub>1</sub>* の方は相続人にも類似し、したがって劣後するという結論が導かれる<sup>52)</sup>。劣後は債権者でないこと、占有を意味する。

以上とは別の経路の変化が、*Servius-Alfenus-Labeo* という、最初に領域降下を果たした系譜の延長線上、むしろ *Sabinus* の反対側、*Proculus* のテキストに認められる<sup>53)</sup>。*ad Sabinum* 内の一断片において、原型に近い類型を扱う *Sabinus* が引用された後、不意に *Proculus* が引かれる。*S<sub>1</sub>* が共有物に直接費用投下し、*S<sub>2</sub>* がそこから直接果実収取したとき、*S<sub>1</sub>* は *pro socio* と *communi dividendo* の両方を使えるが、一方を使うと他方は消尽する、というのである<sup>54)</sup>。その処理は一見古典的であるが、前提問題として、組合

Ruiz, *op. cit.*, p. 55ss. はまさにこの断片を弁別説のため勝ち誇るように引用する)。しかし共同購入ケースが組合側の事実上の典型であるかのように書かれていることも確かである。

48) D.10,2,25,16:talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. eadem sunt, si duobus res legata sit:nam et has coniunxit ad societatem non consensus, sed res. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 59 はこの断片を、“societas”が明示されているにもかかわらず、「だから共有と組合は現に区別されているではないか」と言うために使う。

49) D.17,2,5pr.:63pr.;65pr.

50) D.17,2,4pr.:Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est. cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 58s.. “per nuntium” を合意の手段と解するが、何故 “re” と並行なのか説明がつかない。

51) D.17,2,33: Ut in conditionibus publicorum item in emptionibus:nam qui nolunt interse contendere solent per nuntium rem emere in commune, quod a societate longe remotum est. Et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen ex communiter gesto tenetur. 公共工事の請負と同様、共同購入の場合も、一人のエイジェントを使ってするのは全然組合でないといわれる。事実のレベルだからで、後見人の裁可無しに被後見人が組合を結んでも無効であるのと同じだという。“communiter gestum” という責任 (cf. D.17,2,32) しか、つまりおそらく *in factum* の訴権に対する責任しか負わないというのである。合意によって別々の行為が高度に協働するのが組合で、一つの閥鍋をつつく JV は決して組合でない!と言っている。

52) D.17,2,81:Si socius pro filia dotem promisit et prius quam solveret herede ea relicta decessit:quae postea cum marito de exigenda dote egit, accepto liberata est. quaesitum est, an, si pro socio ageret, dotis quantitatem praecipere deberet, si forte convenisset inter socios, ut de communi dos constitueretur.

53) 但し、*Proculus* が *Sabinus* と何か一貫した立場や理論上の対抗をしたというのではない。領域の構造、所有権を支える躯体の構造、について見解の対立があったとも思わない。*Sabiniani* と *Proculiani* の対立にその種の意味が有ったわけではないという通説に従う。*Proculus* が組合の問題に関して何であれ *Sabinus* とは反対の線を出したということとどまるかもしれない。

54) D.17,38,1(Paul.6 ad Sabinum=Proculus, 31 Lenel):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 dividendo me consecutum et altera alteram tolli Proculus ait. おそらく DOM ボックス内での古典的な形姿を追求した *Sabinus* の断片に続けて卒然とこれを貼り付ける *Paulus* の無神経な感覚が興味深い。むしろ、そういうケースにおいては組合訴権ではなく共有物分割で行けという *Gaius* の D.17,2,34 (Quibus casibus si quid forte unus in eam rem impenderit sive fructus merceus unus perceperit vel deteriorem fecerit rem, non societatis iudicio locus est, sed inter coheredes quidem familiae herciscendae iudicio agitur, inter ceteros communi dividendo) に古典説の残滓を見るかもしれない(「共同相続人の場合はもちろんのこと、そうでない場合も」と、相続の結果たる共有を堂々と組合と混ぜて来るのではあるが)。組合解消後に共有物に費用を投じた組合員は組合訴権を使うことができず共有物分割の計算に際して考慮されるだけだという D.17,2,65,13:Si post distractam societatem aliquid in rem communem impenderit socius, actione pro socio id non consequitur, quia non est verum pro socio communiterve id gestum esse. sed communi

員は、DOM ボックスのハッチを開けて下に降り費用投下・果実収取に直接手を染め始めている<sup>55)</sup>。まるで苦楽を共にする如くに利益も損害も共にするのだと、Manlius Capitolinus 風、ということは共和初期領域風、に高らかに謳われる<sup>56)</sup>。Proculus を離れるが、持分自体が物的に概念されることも始まる。S<sub>1</sub> が三頭、S<sub>2</sub> が一頭、馬を供出し四頭立てにして売る組合契約で、その一頭の方が売却前に死んでしまったとき、つまり共有物が滅失したとき、どうするかという問題が立てられ、S<sub>2</sub> は対価に与れないという答えが用意される<sup>57)</sup>。その一頭が死ななかった場合の引渡に至って初めて二人が二人がかりでエイヤと引き渡すための二人がかりの占

有というおぞましいものが出来上がる（それが成立した組合関係だ）というのであろう。

領域降下が“fundus”という形で端的に現れることは法文上は多くない。そもそもその場合にはまだしも所有権という歯止めが存し、DOM ボックスという装置が有った。Proculus に見られるその外での端的な着地の起源は、別ルート、即ち消費貸借ではなかったかと推測される。本来 bona fides に服すべき取引空間 = 銀行が組合を通じて消費貸借をするのである。こちらの側では早々に Labeo において一步が踏み出されたようである。Proculus は、S<sub>1</sub> と S<sub>2</sub> が金銭を出し合っ

て組合の名で高利貸しをする組合について扱う<sup>58)</sup>。Labeo-Proculus-Neratius の線上にお

---

dividundo iudicio huius quoque rei ratio haberetur: nam etsi distracta esset societas, nihilo minus divisio rerum superest. にまで先述 D.17,2,65,8 (前掲注 35) 参照) の“Servius apud Alfenum”をかけることができるかどうかかわからないが、両者をテクニカルに区別する姿勢からしてこれが同一系譜上の Proculus 以前に遡ることはほぼ確かである。

55) Cf. D.17,2,62(Pomp.13 ad Sabinum=Aristo, 20 Lenel): Si Titius cum quo mihi societas erat decesserit egoque cum putarem Titii hereditatem ad Seium pertinere, communiter cum eo res vendiderim et partem pecuniae ex venditione redactae ego, partem Seius abstulerit, te, qui re vera Titio heres es, partem ad me redactae pecuniae societatis iudicio non consecuturum Neratio et Aristoni placebat, quia meae dumtaxat partis pretia percepissem, neque interese, utrum per se partes meae vendidissem an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret. 「Neratius も Aristo も」は、実質的に (1-2 世紀の変わり目頃における) 「Proculiani も Sabiniani も」を意味する (vgl. W. Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz, 1967, S. 131, 141, 144)。S<sub>1</sub> が S<sub>2</sub> の表見相続人 A と一緒に共有物を売り、対価を山分けしたところ、真の相続人は B であると判明、B は S<sub>1</sub> にも請求しうるか、それとも A だけにか、と問われる。

56) D.17,2,67pr.(Proculus, 93, Lenel): Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum. quod si iam damnum passus est, hoc ei praestabitur. sed si pretium communicatum sit sine cautione et aliquid praestiterit is qui vendidit, an, si non omnes socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest a ceteris debeat ferre? Sed Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliis servari non potest, rationeque defendi posse, quoniam, societas cum contrahitur, tam lucrum quam damnum communio initur. 組合の決定を受けて共有物の売却を委任された組合員は、代金分配に際して (売主の責任を将来第三者から追及された場合に備える) 宣誓保証を得るべきである。しかし、この宣誓保証抜きに彼が代金還元をってしまったとき、もし組合員の中に支払い不能の者が居て (担保責任を支払った分の) 求償に応じえない場合、他の者にその分を請求できるか? (無理であるように見えるが) 「しかし Proculus は」、他の者達が負担すべきだと考え、かつ十分に理由付けうると考えた。「組合契約を締結した以上は利益も損害も共同するのじゃ」。「共有物を売る」という観念、代金をさっさと分配するという観念、担保責任 (の観念自体も異とするに足るが、これ) を問われた時にその都度分け直し組合財産保存の観念が無いこと、いずれも特徴的である。なお、Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 85s. はこの断片を、他の組合員が第三契約者と直接の責任関係に立たないことの例証とするが、それは当たり前で、この断片が示すのはもっと微妙な変化である。

57) D.17,2,58pr.: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

58) D.17,2,67,1: Si unus ex sociis, qui non totorum bonorum socii erant, communem pecuniam faeneraverit usuraeque perceperit, ita demum usuras parti debet, si societatis nomine faeneraverit: nam si suo nomine, quoniam sortis periculum ad eum pertinuerit, usuras ipsum retinere oportet. 衝撃的であるのは、高利貸しないし消費貸借が登場するというばかりか、「共有の金銭」を組合の名で貸したときは山分けだが、個人の名で貸したときには全取りしてよい、と言われる点である。つまり共同型がありうるというのではなく、委任型が排除されて共同型でなければ

いては、銀行を営む組合につき、 $S_2T_2$ 間の特約・和解・更改等に基づく $T_2$ の人的抗弁を以て $S_1$ に対抗しようとされる。 $S_1$ も $T_2$ に対し連帯債権を持つことに見合うというのである。そこでLabeoが引かれる。Labeoは、たとえ $T_2$ が $S_1$ に直接弁済することを認めるにしても、だからと言って( $S_1$ が直接の契約当事者になるわけではないから) $S_1$ は更改することはできないというのであり、微妙なズレが有る<sup>59)</sup>。delegatioやacceptilatio等の債務処理においてショート・カットがなされるとしても、組合の契約的骨格、したがって抗弁承継関係を左右しないというのである。金銭債権が平準化し信用の都市領域区別が解消した結果たまたま $S_2$ をスルーする関係が生ずることが有るとしても、連帯債務の反射的效果で $S_1S_2$ に共通に抗弁が及ぶというのではないというのである。しかしProculusは直接効というところだけを取り出してLabeoを論拠に使った。組合＝銀行がお金を集め積み上げどっと消費貸借する方向が芽を出し始めている。翻って考えれば、連帯債権債務という概念自体、それが組合に適用されること自体、組合原型からの致命的な逸脱が始まったことを意味する。ひとまず $S_2$ が全てのリスクを引き受けるのでなければ重大なモラル・ハザードが生じるからである。

組合を概念できないというのである。もちろん、quoniam以下の従属節が明らかにする通り消費貸借だからこそであり、およそ全ての事業に関して言われているわけではない。しかしまさに消費貸借のような事業への進出こそは共同型を余儀なくさせるということでもある。なお、LenelはProculusに帰せしめないようであるが、直前の67pr.(前掲注56)を受けると考えるのが自然であるように思われる。つまり“Si unus ex sociis”という書き出しが共通である。Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 86s. はここでも直接効果がまだ認められていないことを以て満足する。稲穂を全て刈り取られてしまってもまだ茎が残っていると言うようなものである。

59) D.2,14,27pr.:Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Attilius Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit. idem Labeo: nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi crediderint, licet novare non possint. “Si unus ex sociis” という stilème がここにも登場する。Labeoの後段は、プリンシパルへの弁済を知ったエイジェントに更改が許されるわけがない、というもので、Labeo好みのマネージャー事例である。しかしLabeoはこれと組合における抗弁遮断問題を一緒にする気は無かったであろう。なお、Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 83はこの法文から連帯債務を言い、原型に連帯債務を含めて違和感を覚えない。物的関係の側には神経質であるが、消費貸借となるとノーガードである。なお、JVに関する後掲注68)を参照のこと。

60) D.17,2,47(Ulp.30 ad Sabinum): Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit. Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Iulianus et Pomponius scribunt. というわけでCelsus, Iulianus, Pomponiusが列を作る。前段はcondictio ex causa furtivaならばactio poenalisではないから重畳し消尽するというものであり(cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 195s.), poenalisという機能面でしか区別できず、そもそも組合訴権がbona fides上のものであることなどすっかり忘れていた。

61) D.17,2,45(Ulp.30 ad Sabinum): Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit vel rem communem celandi animo contrectet: sed et pro socio actione obstrictus est, nec altera actio alteram tollet.

そしてついには、「一人の組合員が共有物に損害を与えたときには、他方の組合員は不法行為訴権を使いうる」とまで言われるようになる<sup>60)</sup>。しかも「いや、組合訴権も使えるが、一方を使ったならば他方は使えない」と錯綜する<sup>61)</sup>。同じad Sabinumというジャンルの内部においてである。その果実をくすねることができるのである。くすねられた方は、自分が直接果実採取する分を奪われたと感ずる。原型におけるのであれば、組合員や業務執行者が受任者として先に何かをし、高々求償を求める訴訟のみが起きる。窃盗不法行為訴権は概念しえないのである。

Proculus 辺りから始まり、消費貸借関連ではさらに早くから始まっていたと見られる、この傾向は、結局所有権を支える構造すら崩れ、何か(あれほどSavignyがありえないと言った)「共同占有」の如き物が現れる過程である。翻って言えば、そもそも領域降下は、物的な関係の中でなければ互いに相手を信頼できなくなったことに対応する。原型においては、互いに他人のためであるということさえ知らぬふりで、しかし相手はきっと自分のためにやってくれるだろうと信じ、とにかく自分のすべきことをしたのであった。一人一人の高度な自由が保存されたまま、完璧な共鳴が達成された。極めて質の高い協働

が生まれていた。

もちろん、テキストの上で、しかも極めて恣意的に集められたテキスト上で、如上の変化が認められたとしても、この事実の評価は非常に難しい。紀元前 1 世紀における所有権の発達、Labeo つまり Augustus の時代における概念構成の精緻化、くらいまでは何とか論証可能であり、そうした社会変化の中で組合の領域降下は現実のものであったであろうということまでは相対的に高い確度で言うことができる。しかしその先、Sabinus/Proculus のレヴェルに認められるのではないかと推測した変化は確かなものではない。そもそもこの二人の年代、つまり prosopography 自体確かでないし、紀元後 1 世紀第 2 四半期という大方の推測に従ったとしても、同時代に関する他のデータとの突合せをしうる状態にはない。そのような蓄積が歴史学自体に無い。ただ、DOM ボックスへの追込みとその DOM ボックスの崩壊が、対抗的にはあるが非常に早い時期に訪れたという予想は立つ。そして、断片群は高々紀元後 1 世紀の残影をいつまでも映し、Pomponius/Iulianus レヴェルで最早 *societas* は記憶にしか過ぎなかった、のではないか。相続等に際して偶発的に発生する状況処理するためのモデル<sup>62)</sup>ではあっても、経済社会の中で信用を形成する重要な用具であることは最早決してなかったのではないか。

## 7 本件契約を修正する

以上で少し覗いて見たようなテキストを基礎として、中世以来のヨーロッパの人々が思

考と経験を積み上げ、これを基礎として近代の日本の人々が思考と経験を積み上げて来たわけであるが、この長いトンネルの中を解剖する仕事は余りにも膨大で、若い研究者達に譲らざるをえない<sup>63)</sup>。その長いトンネルを抜けたところに本件、即ち「姫騎士リリア」事件が起こったと仮定しよう。不思議なことに、トンネル部分を隠して見るが故に見えるという要素が見えて来る。それが見えて来ると、契約が元来どうでなければならなかったかということがはっきりして来る。

まず本件契約が請負ではありえなかったことは疑いない。元来の *locatio conductio* であれば、*conductor* たる Q が定まった対価を払って仕事をし、自ら販売して元を取る。これは P の著作権を使用する、通常実施権を得る、契約となる。近代の請負の場合は、対価の向きが逆転し、Q は対価を得て成果を P に引き渡す。これは問題を惹き起こしやすい形態であるが、しかしこの場合でも対価は予め定まっている。しかるに本件では、対価を定めず、利益に応じて分配するというのであるから、これはいずれの *locatio conductio* でもない。かくしてそれはいずれにせよ組合に近い。そうであれば、組合として一定の合理性<sup>64)</sup>は追求されなければならない。

Q の費用投下の部分において問題が発生したということは明らかである。第一にそもそもどこまでが契約の趣旨に合致した合理的な費用投下なのかが曖昧であり、第二にその負担区分について曖昧である。その前提として、P と Q が共に費用投下するのであると考えられており、実際には Q は P に無際限に寄り掛かって行った。反対の側では、これ

62) 今回は *societas omnium bonorum* について論ずることはできないが、Gaius 等に従い相続という故郷から自然に導かれる形態であるとする (cf. Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 120ss.) よりも、再度相続過程に吸収され営利性を後景に退かせた形態とする (Bona, *op. cit.*, p. 104ss.) 方が説得的である。例えば P 死亡後息子兄弟 S<sub>1</sub>S<sub>2</sub> が相続財産をそのまま *societas* とするのだが、このとき彼らの全資産がそこに含まれる、つまり相続財産以外に資産を持たない、ことが前提となる。息子たちが少なくとも相対的に独自の経済活動をしていなかったということである。緩やかに資産がこうした分節を欠くようになったことと関係するであろう。相続財産が拠り所とする都市がそのような経済活動を展開する場であるというよりも、単一的資産の束と化しているのであり、単一的資産の典型は単一の所有権ないし大土地所有であろう。都市参事会層の資産がそのように変化したということである。単一の所有権ないし大土地占有となったことの証しと思われる。D.26.7.47.6 におけるように商業に携わっても同一の構造を作る。Gaius 等の術学的復古的概念構成の裏にあった事情と思われる。

63) 今回は近世以降の、そして日本の、立法史・学説史について一切言及しないこととする。若い研究者たちに託す。

64) 石川博康「典型契約冒頭規定の存在意義」法教 406 号 33 頁以下 (2014) に優れた記述が有る。



に応じて両者は鬮鍋を共につくように利益を山分けするのであると考えられた。つまり「そのようにして果実を共に収取すること」と「組合における利益分配」とは区別されなかった。この点と深く関係しているのが「出資」なるものの性質である。これが直ちには払い込まれなかったことはむしろ評価しうる。これがやがて費用に充当されるということも問題ない。しかし、どのみちやがて費用に充当されるからと言って組合資産を費用が素通りしてよいわけではない。同様のことは利益についても言うことができる。どのみち組合員に分配されるからと言って組合資産を利益が素通りしてよいわけではない。それどころか、出資は利益計算の基礎となる。分配の比率を決めるというのではない。出資を上回る分が初めて利益たるのである。組合は、一旦利益を組合資産に置いてこれを留保するのか分配するのかを厳密に議論しなければならない。出資分と利益分を区別するこの線は幾何学の線のように会計上帳簿上のものであり、抽象的な思考力が要求される。いきなり二人で働くかわりにいきなり二人で手を出して獲物を貪り食ったり山分けしたりする山賊には所詮無理な代物である。

かくして、契約においては、「Qの費用投下につき、組合ないしPは合理的と厳密に判断される限り出資比率に応じて求償に応ずる」と明記されなければならない。ここで審査が入る。Qは、これは他人のためにしているのであるから、厳密に遂行しなければならない、必ず相手は引き受けてくれるだろうと信頼し切ってしまうのではあるけれども、しかし厳密さが欠ければリスクの全ては自分が引き受けなければならない、という緊張を強いられる。このことは、主としてQの取引相手に重大な作用をもたらす。取引相手というのは、原材料供給者、労働力供給者である。彼らもまたQを信用して取引するであろう。しかしそのとき、PQ間の信頼関係は重要なメルクマールになる。Qは自分勝手にやっているのではなく、少なくともPとの関係で縛り合っており、それは一定の経済的合理性を厳密に議論してのことだろう、と判断するのである。Pとて同じである。まず著作権

を無償で使わせる。これはQにとって大きなアドヴァンテージであるはずであるが、判決は顧慮しない。PとしてはQを全面的に信頼し、きっと優れた成果がもたらされ、その結果第二次的に、販売から利益が得られ、著作権提供の分が回収されるだろう、と考えたはずである。労働力を安く調達しよう、社会的費用も浮かせよう、信用できないから口も出そう、その替わり仕方がないから「おかあちゃん」と泣きついて来たらお金を出してやろう、では話にならない。Pの取引先についても同様である。PQ間の固い信頼関係を見て仕入れに入る。商社が入れば予め支払われる。「連結のポイントごとにチェックがなされている」と信頼できれば安心である。さもなければ現物をチェックして現金で買う。

以上の全部が合意において全くイメージされていなかったと考えられる。契約は合意に依存し、合意は将来につき絵を描くことを意味する。優れた絵には伸びやかさが備わる。中の当事者は創造的に振る舞う。しかし、この「姫騎士リリア」事件においてはそうはならなかった。どうしてであろうか。少なくともPは「委員会方式」という語に誘導されて組合に接近した。しかしタコヤキ・モデルは思いもつかないことであった。何故思いもつかなかったらうか。何よりも領域降下は必然であった。製造・製作が事業の内容である。ここへ信用を投下しなければならない、Pが有する販売上の信用をここへ連結しなければならない、というのは近代の条件であり、われわれがローマにおける所有権成立前に戻ることが許されないのは当然である。しかし、ならばこそ近代は領域降下しながらなお組合のエッセンスを失わない離れ業に挑戦しなければならないのでないか。降下しながら見事に再浮上して見せなければならなかった。このことが全く意識されなかった。それどころか、組合を領域降下させる以上はハッチ開放型以外にないと思い込んだ。否、そもそもこれ以外のことを全くイメージしていないのである。初めから一緒くたに材料をぶち込み、一緒くたに鍋をつつく。互いを利用し、互いに寄り掛かり、あわよくば出し抜いてうまい汁を吸おうとする。山賊同士

の結託と変わらない。法律家が関与すればよかつたか。双方の訴訟代理人ばかりか裁判官もまた必要な想像力を持っていない。彼らの勉強不足であろうか。共有をしも合有と解する日本の法律学がその部分においてハッチ開放に加担していると言えるかどうかはわからない。混乱を指摘する余地さえ無いほどに内容が無い。分量さえ無い。おそらく P や Q の頭に作用したのと同じファクターが作用したに違いない。では日本の法律学がヨーロッパの法律学、はたまたローマ法の勉強を怠ったか。おそらく、勉強し過ぎたということはあっても勉強しなかったということはなかつたであろう。

問題の射程は思いのほか大きい。その全部につき論ずる場ではないが、一点のみを示唆するとすれば、Q 内部のことを考えてみよう。組合はもちろん信用の一形態であり、Q から見れば信用を得て活動を開始したのである。その活動は領域上のものである。つまり物的な脈絡において労働を投下し果実を得る。組合にとっては領域降下を意味し、だからこそこの混乱の全てが生じたとも言うことができる。しかしそこを敢えて踏みとどまり、提案したように強引にでも組合原型に即して契約を詰めていればどうであつたらうか。雇用契約や請負契約を通じて具体的に働く者は組合から見ると第三者である。いや、正確に言えば、第三者でありうる。P と Q のもたれかかり合いは無定量の曖昧な費用投下をもたらす。ひょっとするとそれは働く者にじゃぶじゃぶと流れて来る金銭を意味するかもしれない。しかし無意味かつ無定量に働かせることを意味するかもしれない。現に P は結局なかなか支払わなくなった。その皺寄せはどこに行っているであろうか。組合原型は、占有内部において労働する者の取り分を大きくするかどうかはわからないが、少なくとも厳密にし、何より信頼に基づくものにす

る可能性を秘める。つまり占有内の関係をその外に引っ張り出し、独立の当事者の間の関係にする。裏から言えば、領域降下のリスクは、協働の契約関係が占有内の曖昧な関係の中に引きずり込まれる点に存する。しかるに、この後者は現代の世界において依然凡そ暴力、不安、経済非合理性等々の温床であるから、組合原型復原の意味は存外大きいと言わねばならない。つまりその分法律学の責任は重大である。

## 8 かりそめの概観

「姫騎士リリア」事件を離れて日本の一般的状況を見るとどうか。「組合」が意識される場面のみを取り出して検証することは方法論上誤りである。少なくとも、ローマで紀元前 2 世紀に現れたタイプの信用、*bona fides* 型の信用、一般がどうか、とりわけ製造・製作の場面でどうか、を見なければならぬ。その上で、領域降下型の共同事業、とりわけ共同開発・共同製作が現代の日本においてどのような法的な形態においてなされ、どのような法的な問題を抱えているのか、に関する実証研究がなされなければならない。司法の平面に昇ってこないレベルでかなり広範に協働が模索されていることは明らかである。他方、司法の平面に昇ってくる案件を網羅的に見ることは困難であり、そもそもどのように切り出すのか、どのように検索するのかさえ、明らかでない。

そうした中で、あくまで、極最近の判決例をばらばら恣意的に眺めていると、というに過ぎないが、まず第一に目立つのは、組合が租税回避のためのトリックに用いられるケースである。隔壁が抜けて各組合員が直接費用果実関係に立つという概念構成は、費用つまり減価償却費を組合員の包括所得計算において勘案させるということをも可能にする<sup>65)</sup>。

65) 最判平成 18 年 1 月 24 日民集 60 卷 1 号 252 頁 (映画の購入、配給委託)。結局この類型においては、 $S_1$  が  $S_2$  の領域降下に便乗しその費用投下(フィルムの減価償却)を包括所得計算上含ませるのであるが、実際には(組合自体というより)組合から *locatio conductio* を通じて引き受けた C (しかも映画の売主) が業務執行者として領域降下する(循環取引、実質は匿名組合)。そこを最高裁に突かれ、 $S_1$  は(共有ないし合有のつもりだろうが)そもそも所有権にありついていない、つまり領域に降り立つに至らなかつたと切り捨てられた。本来は、そうでなくとも組合である以上は減価償却は認められないと結論付けるべきであつた。

共有レジームを信じ切って組合＝「パススルー課税」という思い込みが存するからである。本来はまずS<sub>2</sub>が租税を独自に負担し、これを組合資産から差し引きうるか、S<sub>1</sub>に対して求償請求しうるか、という緊張感が存在するはずである<sup>66)</sup>。初めから節税のみを目的とする投資に誘われたS<sub>1</sub>は何もS<sub>2</sub>をチェックしないし、楽ではあろうが、騙されやすいだろう。このような租税回避を否認することは信用に正しい形態を与えるという観

点から極めて重要である。いずれにせよ、ここでは民事法の混乱を奇貨として悪用する人々が躍動した。

第二に、JVの問題が存在する。まず、これが公共事業請負のための談合組織として使われ摘発され、自治体からの賠償請求訴訟を招いているのである<sup>67)</sup>。さらには、多重的請負関係の中で、「姫騎士リリア」事件におけると同じく、請負契約上の責任を回避するために使われる<sup>68)</sup>。組合は請負よりなお一

66) 租税法上の問題に立ち入る資格は無いが、課税が私法上の「資産の帰属」を尊重すべきであるのは占有を基準として課税しなければ市民社会＝経済社会が壊れ元も子もないからであり(瀧圭吾「所得課税における年度帰属の問題」金子宏編『租税法の基本問題』200頁以下(有斐閣, 2007)), 帰属する「資産」は資産の占有や市民的占有を含め様々な占有であり、当事者の意思が尊重されるのはこの占有を動かす限りである。本件の場合当事者は租税回避のため本当に占有を「パススルー」の方向に動かしたつもりなのだからそれを否認することはできないケースである。租税回避を認めないためには、「キツネではなくタヌキを欲したぞ」と言うのでなく、「キツネは課税される」ことを論証しなければならない(藤谷武史「判批」租税法研究29号165頁以下(2001))。さてキツネつまり組合であるとした場合、S<sub>2</sub>個人の所得とは別の所得が一旦発生したことは疑いない。かつ、組合資産への組み入れは計算上にとどまり占有移転は無いから、S<sub>2</sub>段階での一旦の所得計算は免れない。費用はここで勘定されてしまう。第二段階でも組合資産のところに二次的な所得が発生するという事は無く、所得はスルーし、利益分配後に各組合員の個人包括所得に流れ込む。費用は無関係である。さて、これらにどのように課税するかはまさに難しい問題であるが、翻って考えればその点では基本的に法人税と同様である(「導管課税」と「実体課税」というドグマに陥ることなく法人課税に導管フィルターを見る増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究30号1頁以下(2002)、増井良啓『租税法入門』176頁以下(有斐閣, 2014)に素晴らしい考察を見出し、さらに瀧圭吾「法人税の納税義務者」金子編『租税法の基本問題』418頁以下に諸説の優れた概観を見出す)。そもそも所得税自身、(その包括性に現れた)政治的な性質の負担単位を占有(産業の費用果実関係)割に換算するための近似的手段であるが、政治システムの求心力が弱体化すれば組織し束ねるポイントではなく果実ごとに、とりわけ信用の取り分ごとに(短期信用ならば果実と分節的に、長期信用ならば込みで)課税する消費税ないし付加価値税方式が脚光を浴びる(藤谷武史「所得税の理論的根拠の再検討」金子編『租税法の基本問題』272頁以下)。しかしどう課税するにせよ、法人や組合が一旦仕切りを構成することが正しいパラメータを供給する。信用の単位を実質的に判定し果実産出体の外延を画し信用利益分と区分するのである(中仕切り最適化に取り組む藤谷武史「所得課税における法的帰属と経済的帰属の関係・再考」金子宏ほか編『租税法と市場』184頁以下(2014)が占有を信用実質との関係で深いレベルで捉え、組合に関する注50-198頁を含め、見事な見通しを提供する)。

67) 例えば、横浜地判平成24年7月4日(LEX/DB25481909)、横浜地判平成24年4月26日(LEX/DB25483297)。興味深いのは最判平成26年12月19日(LEX/DB25505632)である。ABがJVにて談合し公正取引委員会(以下、「公取」という)から課徴金を食らったところ、注文者たる公共団体Xが特約に基づき賠償をABに請求した。原審は連帯債務として両者につき賠償を認めたが、最高裁は連帯を否定し、かつBについては公取の審判が確定していないとして請求を斥けた。珍妙なのは最高裁がABそれぞれにつき個別の実体で談合違法性を判断しこれに基づいて責任を負わせるアプローチを採った点である。皆で鍋をつつく以上一人一人の箸の汚れを個別にチェックするという含有イメージの作用である。「代表者」(直接契約当事者)Aに対してXが有する(lex poenalisに基づく)抗弁がBに対して有効かというポイントは審理されず素人の判断がなされた。

68) 典型的であるのは大阪地判平成15年7月24日(LEX/DB28100163)であり、大阪の校舎建築に際し元請共同事業体JV<sub>1</sub>から請け負ったJV<sub>2</sub>の一構成員会社が破産したケースである。管財人Xは他の組合員Yに対してactio pro socioないし(Yも破綻＝清算＝解体とした場合)communi dividundoを提起した。ところがYは、「破産会社の下請がJV<sub>1</sub>に代位請求したし、JV<sub>1</sub>が解除して来たためJV<sub>2</sub>には何も支払われておらず、共有分割に値するものが存在しない」と抗弁した。組合は無きが如しであり、そもそも関係自体掴み合う現物がそこにある限りのものと捉えられている。破産会社は工事実績を上げたと認定されており、Yは「保証」の、つまり工事の費用をバックアップし繋ぐ役割を与えられていたが、Yはこの役割を果たさず、それでいてJV<sub>1</sub>からの金銭には与ろうというのであったため、これが実働会社の破綻を招いた。裁判所は請負と法律構成しYの責任を問うしかなかった。関東の物流センター建設に関する東京地判平成14年2月23日(LEX/DB28072545)は、Y<sub>1</sub>+Y<sub>2</sub>+AというJVに関し、Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub>に対する下請Xの売掛代金請求が組合＝連帯債務の名のもとに認容された。Y側は、「Y<sub>1</sub>のみが代表として業務執行しうるのでAがXと勝手にした契約に対して責任を負わない」と主張した。Aが単独でした契約に対して



段と各当事者に厳格な責任をもたらすはずであるが、共有=合有ドグマのため、全般的な信用不足の惨めな状況の中でもたれかかりと責任逃れの手段として用いられている。

第三に、匿名組合の問題が存在する。匿名組合においては<sup>69)</sup>、出資者は事業にタッチせず、営業者が単独でひとまず全てを引き受ける、という偏頗な形態が採られるのであるが、通常の組合がこの関係を対称的に二つ重ねるところ、それをしないのであると解される。つまりその限りで、組合本体が共有レジームとの混線のため崩れていった後、却ってこちらで独立間接の関係が維持されている。偏頗性は領域降下のための工夫である。合議体さえ欠くから出資者は（債権者として保護されないにかかわらず）エクイティー上の関与者に比してさえ発言権を持たない。長期的な収益の達成を楽しみながら口出しせず、に気長に待つのである。たとえ失ってもよい、この事業に賭ける、ということである。むしろ領域降下そのものを信ずる。つまり営業者の確たる物的基盤、元来は所有権を支える構造の高度の存在、つまりワインを生産するシャトーなど、さらには IP を有する固い中小製造業、新規の高度技術を生かそうとするヴェンチャー、などが想定されている。営業者が却って領域にしっかり足を降ろしていることが要件である。占有、この場合市民的占有、の信用が基礎に存する。ならば黙って資金を提供し口を出さないに限る。さて、現

代日本ではこの後段が欠け、ハイリスク・ハイリターンを宣伝しモニタリングの意欲も能力も無い投資家を引っ掛けるための道具になってしまった<sup>70)</sup>。事業は通常売り抜け型の不動産信託などで、すぐに返さなければならぬ融資を得てスペキュレーションをするのである。領域降下をしないタイプが極めて未発達であるにもかかわらず、領域降下をすべき場合に却って本当には足を地に付けないのである。

実際、極めて興味深いことに、領域降下をする必要のない形態につき一定の需要が発生していると認められるにかかわらず、この方はもの見事に領域降下してしまう。この場合領域降下は事業を生産の場面に置くというのではなく信用供与を合有型消費貸借にするという格好になる。第一に、組合が意識されるわけではないが、まさに意識されないことが問題であるという意味で、シンジケート・ローンを超えることができる。アレンジャー兼代理人が束ねて消費貸借するのであるが、債務者ないし先行債権者と通じて不良債権を掴ませる、肩代わりさせる、場合が生ずる。リスクが分散されるだろうと考え、或いは付き合いで仕方なく、参加した貸し手は、モニタリングをアレンジャーに任せたり、端的に相手と通じた代理人に任せ切りだったりするが、にもかかわらず代理を通じ消費貸借の直接の当事者となる<sup>71)</sup>。組合であるならば、アレンジャーは細心の注意を払う。他の組合

でも場合により求償に対する責任を負うのが組合であるのに。しかし A の破綻に際して Y<sub>1</sub> に直接請求する X もこれを認容する裁判所もまた分節的法律構成を欠く点で混乱している。A が Y<sub>1</sub>Y<sub>2</sub> に対して有した *actio pro socio* を破産財団が有するのであり、X は破産財団を介して間接的に債権を回収するしかない。共有=合有ドグマに安易に従った最判平成 10 年 4 月 14 日民集 52 卷 3 号 813 頁が金科玉条の如く引用されるのは遺憾である。神田川改修工事に関する東京地判平成 25 年 2 月 28 日 (LEX/DB25510857) は殆ど救い難い事案を見せてくれる。A 会社のオーナーが実質全て取り仕切っているのであるが、傘下の複数の会社 a1+a2+a3……が JV を作って請け負った。この工事に関して売掛代金債権を有する X はしかし Y 会社に請求した。Y もまた実質 A の子会社であり事実上 A と一体化している。裁判所は AY 間に「組合」関係を認定し、請求を認容した。隠れた「組合員」が隠れた金庫番として存在し、取引相手は端からそこへかかって行くし、債務者側はそれを犠牲に供し勘弁して貰うつもりである。つまり Y は避雷針であり、組合=連帯債務はそのような曖昧な駆け引きのアーリーナを提供しているのである。

69) 神作裕之「報告 交互計算・匿名組合——商行為法と金融法の交錯」NBL935 号 27 頁以下 (2010) が的確に特徴を捉える。

70) 大阪高判平成 25 年 1 月 25 日 (LEX/DB25500788) に見られる手口が代表的である。SPC が営業者となり、これがノンリコースローンを受け入れてレバレッジをかけ、この資金を不動産信託に投資する。この不動産信託事業が破綻し、投資額が全て失われた。収益が上がりなくとも現物が残るはずであるのに、レバレッジをかけたために債権者に全部持って行かれたのである。不動産開発の不良債権を握らせたにとどまる。

71) 最判平成 24 年 11 月 27 日判時 2175 号 15 頁の事案では、先行シンジケートローンが焦げ付いたことを受けて地域金融機関 Y が破綻会社 A のために画策し、同じく地域金融機関たる X<sub>1</sub>+X<sub>2</sub>+X<sub>3</sub> の代理人としてこの三者の名



員に転嫁できるかどうかはわからないからである。彼らを説得しなければならず、説得できなければ全て自分一人で引き受けなければならない。自ずから徹底的に借り手をチェックするであろう。シンジケート・ローンにおいては、もたれ合いなすり合いの構造が存在し、行き詰った信用のはけ口となっている。多くを巻き込んで広く薄く犠牲者を出して不良債権をさばくのである。鳴り物入りで導入されるわけである。

第二に、投資事業組合を巡る詐欺的な案件を挙げることができる<sup>72)</sup>。投資事業有限責任組合法の制定・改正<sup>73)</sup>もベンチャー振興等の意図とは別にスペキュレーションの後始末か再興を利している。事業会社に投資する格好で実際には端的な消費貸借をし合有的に皆で直接金銭を流し込むスキームが組み

るので、出資者は確実に全額を剥ぎ取られる。投資事業組合を複数組み合わせる複組合を使ったパラレル・ファンドという詐欺的スキームも存在する<sup>74)</sup>。本来ならば、出資者は直ちに金銭を失うはずがない。執行組員がたとえ消費貸借しようと、*actio pro socio*で求償していかなければならない。詐欺的な取引であればこれを拒むことができる。ところがこれらの事案では、いずれも出資者は原告となり取り返そうとしているのである。

第三に、パテント・プール紛争の存在を指摘しうる。複数の特許を組み合わせる競争力を獲得しようというのであるが、高度の相互信頼が不可欠であることは言うまでもなく、知的財産権は一般に高度な信頼を基礎として成り立っている。しかしこの基盤を欠くために合議体が機能せず、思いの通りにならない

---

でAに対する融資の契約をAと締結するのである。YはAの粉飾決算について知っていたと認定された。YのXに対する*actio pro socio*が棄却されたというのではなく、払ってしまったXがYの責任を問うという形になっている、ところが転倒している。

72) 例えば、東京地判平成24年6月29日(LEX/DB25495234)。或る投資組合の業務執行組員Xが別の組合に組合の名で出資する。この第二の組合はマカオの土地を買うというA社に出資したところ、A社はマカオの土地を買うのではなくB社に貸し付け(消費貸借)、B社の「受益者かつ実質的支配者」Y<sub>1</sub>がこれを「費消した」。そもそもY<sub>2</sub>らがA社に資金を集めてマカオの不動産事業の上にヴィークルを走らせるスキームを作っていたのだが、XはそうしたY<sub>2</sub>に絡まっていく(「オレにもうまい汁を吸わせろ」)。他方Y<sub>1</sub>はY<sub>2</sub>の紹介でCに資産運用を任せ、CがB社を設立し資産を運用し始めたが、Y<sub>2</sub>の指示によりA社の取締役でもあるCがA社からB社への送金を行った。Y<sub>1</sub>はその後資産運用委託関係を解消している。Y<sub>2</sub>はこれを避けたかったので第二の投資組合からA社に入った金銭をB社に流したと考えられる。目的を達せずY<sub>1</sub>から切られた。XとY<sub>2</sub>らは「リッツカールトン東京」にて「本件送金」問題につき「手打ち」をしている。Y<sub>2</sub>は当時別の刑事事件にて訴追されている。裁判所はXの「任意的訴訟信託」を認め、彼に組合のための訴訟をさせたが、実体審理で出資金返還請求を棄却した。Xも含め、集めた資金そのものを「山賊の分捕り合戦」の対象としているのである。山賊構造を成り立たせるのは組合の合有的構成である。皆で手掴みの消費貸借をし、しかも(しばしば架空の)土地の上に徒党を築く資金とする。本件ではXもまたグルであり、第一の組合の他の組員もそうかもしれないが、本来であれば組員の出資分は直ちには「行って」しまわない。相手は後から徐々に*actio pro socio*で償還請求しなければならぬ。そのときにこの事案であれば優に拒絶しうるのである。そもそも組合と消費貸借はそれぞれ*bona fides*の空間と領域に棲息するのであるから、決して遭遇することがないはずである。ちなみに、本件では「任意的訴訟信託」が笑わせてくれるが、代理にさえなっておらず、盗賊の親分に弁償すればきっと子分は黙るだろうというだけのことである。

73) 寺本振透＝福田匠「投資事業有限責任組合法の改正」商事1657号37頁以下(2003)参照。恐ろしく文献が少なく、かつ学問的な検討は皆無である。民法上の組合に比して有限責任とするかわりに多少の用途制限をするのであるが、どちらにせよ形態の考察が無いために、あれに使わせよう、いやこれに限定しよう、などと言っても実務はお構いなしに走る。

74) 東京地判平成24年4月16日(LEX/DB25494300)の事案では、Y社が複数の投資組合の執行組員を兼ねており、どのファンドの目的も株式の売買であったが、或る株式を買って一部分売り抜け利益を出したものの残部については売り遅れ損失を出した。この時Yは売り抜け分を幾つかの組合分として付け、売り遅れ分を或る組合分として付けた。この組合の組員XがYを信義則違反により訴えたが、Yの言わばビジネス・ジャッジメント内の事柄として請求棄却となった。確かに判断を揃える必要は無いが、Yは一旦自分の手元で売り買いのヘッジを完了し、結果を組員に還元することを要する。個々の操作をスルーして個々の組員、この場合は(組合が組合を形成しているから)個々の組合、に付けることは許されない。*societas leonina*問題の例解のためにパラレル・ファンド問題は有益である。元来は出資と利益分配の関係をどうするかについては完全に自由に合意したのに、この種のスルーの可能性が生じ、*Mucius*は*societas leonina*を無効とし、*Servius*は認めつつ厳格に規律することとしたのである。

当事者がさっさと自分のパテントを引き上げてしまう<sup>75)</sup>。独立の部分で協働させるのではなく、自分の都合の良いように一体化させ、わっしょいわっしょいと皆で汗をかこうというにとどまるのである。驚くのは、弁護士事務所もこれと同じであることである<sup>76)</sup>。法律家もまた組合を全く理解していないのである。

非営利型の案件も少し見られるが、ここでは非営利性が緊張の欠如をもたらす<sup>77)</sup>。当事者が自らの利益を真剣に追求するというのがこの信用の形態にとって如何に大事かということがわかる。しかもそうしたルーズさを悪用し不当に利益を図る傾向も見られる。

最後に、おそらくこれは旧来からの、相続の過程から流れた共有関係を基礎とする組合が存在する<sup>78)</sup>。相続財産の規律自体に透明性が欠けるうえに、共有と組合の識別がなされていないために、甚だしく混乱している。

(こば・あきら)

---

75) 東京地判平成 20 年 12 月 26 日 (LEX/DB25502407) の事案においては、Y 社等七社が工業所有権や実用新案を持ち寄って X 社を設立、それぞれ X に通常実施権を付与、X から再実施権を付与されて各自事業を続ける、ということになった。ところが Y が不満で離脱、X は再実施権付与を拒否して対抗したが、Y はそもそもの実施権を返却するように請求し争った。X のところを組合たるべきところ法人とした点が大きな失敗である。Y は「個別契約方式」を主張したとされ、一体化し一律になった内容に従うことにメリットを感じなかった。個別個性的に利用し合い清算する方式を考えたと思われる。ところが他のメンバーは軸足を成す Y の技術に寄り掛かることを考えていたようである。

76) 例えば東京地判平成 22 年 3 月 29 日 (LEX/DB25470340) では、二人の弁護士が大ゲンカし一人が出て行った後、男女関係と暴力沙汰を含めて泥仕合をし、それを材料としてありとあらゆる請求をぶつけ合っている。一人が得た分をどう還元するのか、規定も帳簿も無いことに驚く。山賊の山分けのようなことしかするつもりが無い。裁判所も山分けの計算を一生懸命手伝うばかりである。

77) 東京地判平成 24 年 6 月 15 日 (LEX/DB25495144) = 「すみれの会」事件が目される。仲良し四人のグループが金銭を積み立てては旅行をしていた。名義を X<sub>1</sub> とする銀行預金である。ところが X<sub>1</sub> に対する債権者 (信販債権回収会社) Y がこの預金を差し押さえた。銀行は払い出した。そこで X 組合として、さらには X<sub>1</sub> ~ X<sub>4</sub> 個人として、Y に対して不当利得返還請求訴訟が提起された。裁判所は組合を認定せず、X<sub>1</sub> を信託受託者とし、X<sub>1</sub> についてのみの請求を認容した。組合の理解がおかしなために使えず、(X<sub>1</sub> は受託者たるには到底値しないから本当は無理であるが) 信託というバイパスを使って実質組合原型のロジックを貫徹した優れた判決である。決して集団を概念せず個人の問題の連鎖としながら、なお個人の債権者から隔離する、というのが組合のエッセンスである。それにしても、組合であれば X<sub>1</sub> の信用と資力がポイントであるのに、他のメンバーは費用前払いしなければならず、しかも信用し切ってチェックしなかったのである。一方営利法人、他方公共団体の狭間で非営利法人ほど認めたくないものはないと (歴史上長く) されてきたが、自らの利益を厳密に計算する思考が無いところに本当の信頼は築きえないということがこの事案からもわかる。ペーネロペイアはオデュッセウス帰還に感激する前に徹底的にアイデンティティーを吟味した。

78) 例えば東京地判平成 24 年 12 月 27 日 (LEX/DB25499084)。相続財産占有者を一人定めて規律するということが無いため、共同相続人が皆で費用果実連関に立つ。つまり直接領域に降りてしまう。本件は共同で建てたビルからの収益を争うのであるが、組合の存在が擬制されたものの、それは離脱した一人の利益分配請求に他の全員が分割して応じなければならないという結論を導くために用いられる。「同一占有に関連する費用果実が誰に帰属するのかわからない」という状況を作り出したのは却って間違っ組合概念を使うからであるということに裁判所も気付かない。