

債務者破産における債権者の法的救済手段としての *actio Pauliana*

ーローマ法における原状回復命令・特示命令と *actio Pauliana* の分析と統合ー

中西 俊二

岡山理科大学工学部生体医工学科

(2009年9月24日受付、2009年11月5日受理)

はじめに

我が民法424条1項は、「債権者は、債務者が債権者を害することを知ってした法律行為の取消しを裁判所に請求することができる。ただし、その行為によって利益を受けた者又は転得者がその行為又は転得の時ににおいて債権者を害すべき事実を知らなかったときは、この限りでない。」と規定している。これは詐害行為取消権(債権者取消権)を定めた規定である。さらに民法425条は、「前条の規定による取消しは、すべての債権者の利益のためにその効力を生ずる。」と詐害行為取消権の効果を規定する。また、破産法160条1項には次のように否認権の規定が設けられている。「次に掲げる行為(担保の供与又は債務の消滅に関する行為を除く。)は、破産手続開始後、破産財団のために否認することができる。」として、同項1号で、「破産者が破産債権者を害することを知ってした行為。ただし、これによって利益を受けた者が、その行為の当時、破産債権者を害する事実を知らなかったときは、この限りでない。」と否認の対象となる行為を挙げている。民法の詐害行為取消権も破産法の否認権も、いずれも債務者(破産者)の責任財産を保全して債権者の満足を目的とするために認められた法制度である。したがって、両者は沿革的には同根であり、ローマ法に起源をもつと考えられている¹。

民法424条の詐害行為取消権の規定は、旧民法財産編341条の廃罷訴権に、そして民法425条は旧民法財産編343条に由来し、それらの条文は、ボワソナードの起草した民法草案(*Projet de Code civil*)361条1項及び363条に由来するものである。そこでは、詐害行為取消権は *actio révocatoire* の名称で条文に現れている²。これは、フランス民法典1167条に基づいて条文化したものである。同条は次のように規定している。”*Ils peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits.*” 「債権者はまた、自己の名において、債権者の権利を詐害して債務者によってなされた行為を攻撃することができる。」この権利が *action révocatoire* あるいは *action Paulienne* と呼ばれる詐害行為取消権である。条文の表現がはなはだ簡単であるため、これまでもその権利の内容や効果について大いに議論されてきたところの取消権である。*action Paulienne* は、その名称に固有名詞が付されていることから分かるように、ローマの法務官Paulusが債権者を詐害する債務者の行為を制裁する方法として認めた訴権(*actio*)に由来すると考えられる。ローマ法上の詐害行為取消権は、学説彙纂(*Digesta*)における一法文で、パウリアナ訴権(*actio Pauliana*)と呼ばれていたと考えられている³。

上述したところから分かるように、我が民法424条の詐害行為取消権は、はるか遠くローマ法にその淵源を求めることができる。では、どのようにして *actio Pauliana* は成立したのか、その内容はどのようなものであったのか、その適用される法的状況はどうだったのか等、以下研究していきたいと考える。筆者がこのような研究志向をもつのは、ローマ法における *actio Pauliana* の研究が我が国における詐害行為取消権の解釈及び将来の改正等を考える上で有益であると信ずるからである。現に、民法改正検討委員会では債権法の改正が検討されていると伝えられており、そこでの改正試案は法制審議会民法部会でのたたき台となると考え

¹ 飯原一乗『詐害行為取消訴訟』6頁(悠々社、2006年)、平野裕之『債権総論』316頁(信山社、2005年)。

² G.Boissonade, *Projet de Code civil pour L'Empire du Japon*, t. 2. nouv. Éd., 1891, p. 144. Art. 361. "L'annulation des actes faits en fraude des créanciers est demandée en justice par une *actio révocatoire*,"

³ 船田亨二『ローマ法第3巻』490頁(岩波書店、1970年)。

られている⁴。債権法の改正では、当然詐害行為取消権もその対象となるであろう。特に、平成16年の破産法改正において、否認権制度が、詐害行為について、財産減少行為と偏頗行為の有害性を峻別した二元説思想を採用した現在では、破産法上の否認権との整合性から民法債権法に位置する詐害行為取消権も改正を迫られることは確実と考えられる⁵。

第一章 ローマ法における債務者の詐害行為に対する債権者救済手段

第1節 債権者詐害に対する法的手段

古典ローマ法における詐害行為の取消は、債権者を債務者財産の執行に基づく満足に導く法秩序の背景のもとで理解される。債権者は原則として、債務者に属する財物を換価することが許されるので、第三者の目的物、したがって破産者⁶が、第三者に譲渡したような物もまた、換価の対象となる。したがって、債務者がいわゆる債権者詐害(*fraus creditorum*)を犯すことは、債権者に不利益を与えて債務者財産の構成部分を第三者に譲渡することになるので、防止されなければならない。そのために詐害行為取消という法的手段が用いられた。また、古典ローマ法では、財産売却(*bonorum venditio*)の債務者財産に対する執行手続において、詐害行為取消が行われた。債務者が財産価値を第三者に譲渡したときは、法務官(*praetor*)は債権者を債権者詐害(*fraus creditorum*)に対抗する法的手段で保護したと解される⁷。その債権者救済ための法的手段として、「原状回復命令(*in integrum restitutio*)」及び「詐害に関する特示命令(*interdictum fraudulentum*)」並びに「事実訴権(*actio in factum*)」が存在したと考えられている⁸。これらの古典ローマ期における法的救済手段が、ユスティニアヌス帝の下において融合統一されて「パウリアナ訴権(*actio Pauliana*)」と呼ばれるようになったと言われている⁹。それらの融合により*actio Pauliana*(以下、*a.p.*と略記する)が創設されたため、それ以前の歴史は不明であり、「原状回復命令」及び「詐害に関する特示命令」並びに「パウリアナ訴権(廃罷訴権)」との相互関係は詳細が明らかなでない故に、大いに議論のあるところである。「事実訴権」は原則として金銭の支払いを目的とする「原状回復命令」を補充する訴訟の形態と解される¹⁰。

D'Orsは、*a.p.*も「原状回復命令」も改ざんされた(*interpoliert*)ものと言明し、「詐害に関する特示命令」をもって唯一の古典期ローマ法の取消のための法的手段と認める¹¹。*Impallomeni*は、*a.p.*及び「詐害に関する特示命令」は真正な(*authentisch*)ものと評価し、債権者詐害に対する「原状回復命令」は存在しなかったと解している¹²。しかし、Otto Lenelによって1903年に発展させられた支配的見解は、今日においても有力であり、古典期ローマ法は、ただ「原状回復命令」と「詐害に関する特示命令」を知っていたのみであるとする。そして、*a.p.*はそれに対して、古典期ローマ以降に起源を有し、「原状回復命令」に代わりに学説彙纂に挿入されたものであると考える¹³。この通説的な見解に対してGrevesmühlは、「原状回復命令」及び「詐害に関する特示命令」は、古典期以前に、そして*a.p.*は古典期初期の法(*frühklassisch Recht*)において成立していたとする。そして、「原状回復命令」は、遅くとも紀元前2世紀の初めから存在していたと考える¹⁴。さらに「詐害に関する特示命令」は、おそらく「原状回復命令」よりは遅れて法務官に承認されたと考えられ

⁴ 椿 寿夫・新美育文・平野裕之・河野玄逸編『民法改正を考える』2頁-9頁(日本評論社、2008年)。

⁵ 椿・新美・平野・河野・前出注(4)219-225頁。

⁶ ローマ法における詐害行為取消権は、まだ破産法上の否認権と破産外の取消権との区別を知らなかった。ローマ法は商人・非商人の区別なく支払不能に陥れば破産を認め、いわゆる民事破産も当然生じる事態として処理したと考えられる。飯原・前掲注(1)6頁参照。

⁷ Götz Grevesmühl, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht*, 2003, S. 11.

⁸ 原田慶吉『ローマ法』233頁(有斐閣、1955年)。

⁹ Raymond Monier, *MANUEL ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ROMAIN*, t. 2, 1936, n° 176, p. 298; Paul Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., 2003, p. 457; Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., 2003, S. 82; Grevesmühl, a. a. O., S. 24. なお、Grevesmühlは、この箇所では、*actio Pauliana*という名称ではなく、*actio revocatoria*(取消訴権)の名称を用いている。

¹⁰ Grevesmühl, a. a. O., S. 27, S. 29.

¹¹ Grevesmühl, a. a. O., S. 12.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Grevesmühl, S. 12, S. 28.

ている¹⁵。

しかし、近代の法学者の大部分は、「原状回復命令」と「詐欺に関する特示命令」の他に伝統的に「パウリアナ訴権」と呼ばれる法務官告示(edictum praetoris)の存在を認め、a.p.を不法行為上の対人訴権(actio personae delictuelle)と解している¹⁶。しかし、O. Lenelの研究は、廃罷訴権(actio Pauliana)は、「原状回復命令」と「詐欺に関する特示命令」の融合に由来する準則に上記廃罷訴権(a.p.)を服させたユスティニアヌス帝によって初めて創造されたことを論証している¹⁷。法務官によって確立された制度とユスティニアヌス帝の改革に起因する制度とを区別することはa.p.の訴権としての確立を考える上で重要である¹⁸。

ユスティニアヌス帝の勅法により533年に成立した学説彙纂(Digesta)42巻8章(以下D.,42,8と略す)には、章題として「債権者を詐欺してなされたものは取戻される(Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur)¹⁹」と記載されている。同章の第1分節(paragraphus)(D., 42,8,1 pr)では次のように述べられている。「法務官曰く：詐欺の目的で、詐欺を知らないではない人となされたところのものについて、余は財産管理人またはこのために訴権が与えられるべきであろう者に、訴えを提起し得る時から1年内に訴権を与えるであろう。そして詐欺をなした者自身に対してもまたこれを認めるであろう。(Ait praetor: "Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam, adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo."²⁰)ここで述べられている訴権(actio)が actio Pauliana であると解されてきた²¹。

また、同じく学説彙纂22巻1章「利息、果実、付属物、及びすべての添加物並びに遅滞について(De usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora.)」と題する箇所では、In Fabiana quoque actione et Pauliana per quam quae in fraudem creditorem alienata sunt revocantur, fructus quoque restituntur。(ファビアナ訴権及びパウルの訴権においては、それによれば債権者を詐欺して譲渡されたものに関して取り消されるように、果実も取戻される。)と規定している(D., 22, 1, 38, 4)。ここにPaulusの名前を見出すことができる。

さらに、法学提要(Institutiones)第6章のTheophilusがactioについて述べた箇所では、取消の対物訴権(actio rescissoria in rem)にλεγεται ΠαυλιανήとPaulianaの名称を使用しており、また、古典時代(B.C.27～A.D.527)の法を説明・補充するための注釈(glossa)の中にも、見出し語の下にἰνρέρ Παυλιανήの語で注釈を施している箇所が見られる²²。パウルスは、古典期後期(A.D.193～A.D.284)に活躍した法務官(praetor)であり法学者であった。法学の集成期において、ウルピアヌス(Ulpianus)と並び称せられ膨大な告示註解及び市民法註解を作り、また諸多の個別問題に関する論文を作って、百科全書的に古典時代の学者の業績を集大成したと考えられている²³。おそらく紀元230年頃に生存し、次の時代の法学及びユスティニアヌス帝法に重大な影響を及ぼしたと推測される。

したがって、Lenelが指摘するように²⁴、たとえa.p.についてユスティニアヌス帝法の編集者による改ざん(Interpolation)が行われたことが確かであるとしても、a.p.を形成する法的背景と債権者の法的救済手段は法務官によって認められていたと考えられる。

¹⁵ Monier, op.cit., n° 178, p. 301; 船田・前出注(3)493頁。

¹⁶ Monier, op. cit., n°176, p. 298.

¹⁷ Otto Lenel, Das Edictum Perpetuum, 1927, S. 440; Monier, op. cit., n°176, p.298.

¹⁸ 中西俊二『詐欺行為取消論』11頁(雄松堂、2009年)。

¹⁹ 松阪佐一『債権者取消権の研究』14頁(有斐閣、1962年)の訳では、「債権者を詐欺するためになされたものの回復について」となっている。また、江南義之訳『「学説彙纂」の日本語への翻訳II』342頁(信山社、1992年)では、「債権者の欺罔に於いて為されたものは、その結果返還(回復)される」と翻訳されている。後者の訳が原文により忠実であると思われる。

²⁰ 松阪・前出注(19)15頁。

²¹ Girard, op. cit., n. 1, p. 453.

²² Otto Lenel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht, 1903, S. 17.

²³ 船田亨二『ローマ法第1巻』326-327頁(岩波書店、1968年)

²⁴ Lenel, supra note 22, S. 6-7.

第2節 融合の内容

前節で述べたように、a.p.はユスティニアヌス帝法の下で、「原状回復命令(in integrum restitutio)」及び「詐欺に関する特示命令(interdictum fraudatorium)」並びに「事実訴権(actio in factum)」の融合(fusion, Verschmelzung)によって生じたと解される。この点の指摘は、Monier, Girard, Kaser, Knütel等多く学者が行ってきたところである。ただ、その融合がどのような仕方で行われ、どのようにa.p.創設に影響を与えたかについての詳しい分析及び研究は、これまで余りなされてこなかったように思われる。それは、文献資料の乏しさが主な原因かもしれない。

そこで、筆者としては、入手できる限られた資料の範囲で、上記の債権者救済手段の「融合」の内容を分析し、a.p.の成立とその本質への影響を追究してみたいと考える。具体的には、これらの法的救済手段の内容・効果を確認することによって、a.p.の要件面、法的性質面、効果面、そして訴訟手続面にどのような影響を与えたのかを明らかにしていきたいと希望している。さらに言えば、a.p.の(1)要件(主観的要件・客観的要件)、(2)法的性質(対物訴権か対人訴権か)、(3)効果(取消権行使の効果は何か)、(4)訴訟(a.p.の訴訟手続は何を反映したものなのか)といった観点から問題を考究していくことができればと考えている。ただ、上記三つの債権者詐欺からの債権者救済手段の内容とa.p.への影響の分析に入る前に、「原状回復命令」及び「詐欺に関する特示命令」が、法務官によって許容された法的背景は何であったのかを正確に把握しておく必要があると考える。

第二章 債務者破産における債権者の救済

第1節 詐欺債務者は破産者

a.p.の適用される要件は、客観的要件として、債権者にとって損害の発生(eventus damni)、主観的要件として、債務者の詐欺の意思(cosilium fraudis)が挙げられる²⁵。そして、上記の客観的要件と関係して、損害が生ずる場合は債務者が支払不能(insolvable)であることが指摘されている²⁶。Mauriceもa.p.の詐欺的損害についてと題する箇所において、債務者の支払不能(insolvabilité du débiteur)を挙げ、かつての厳格な概念では、損害は債務者の支払不能から構成された(Dans la conception étroite d'autrefois, le préjudice consistait en l'insolvabilité du débiteur.)と述べる²⁷。

さらに、この債務者の支払不能という概念の実体は、債務者の破産という財産状態を意味していると考えられるのである。実際、OurliacはL'action Paulienneの項において、「a.p.は破産者の財産を管理する者によって全債権者の名前で提起される(Cette action peut être intentée par celui qui administre le patrimoine du failli au nom de tous les créanciers)」と記述している²⁸。ここでは、債務者が破産者(failli)であることを示唆している。ローマ法では、支払不能であること(solvendo no esse)は破産していること(solvendo no sum)を意味したと解される。また、GirardはFraus creditorum(債権者詐欺)の章において、債務者をローマ法上の破産者(decoctor)の名称で言い換えており、同じ頁において「物的要件すなわち実害の発生(eventus damni)、それは債務者(破産者)が事実上支払不能になった場合しか、また、占有付与(missio in possessionem)によって証明される支払停止の状態になった場合にしか存在しないだろう。」と述べる²⁹。

ここで、占有付与(missio in possessionem)というローマ法における執行手続上の用語が使用されていることに注意をはらうべきである。missio in possessionemは差押とも訳される³⁰。missio in possessionem(占有委付)については、Engelmannnの次の説明が理解しやすい。

占有委付(missio in possessionem)は、法務官が、他人の財産の全部または一部の、あるいは他人の財産に属する個々の財物の(missio in rem)占有を許すことである。この他人の財産を占有し管理する権限を財産委

²⁵ Monier, op. cit., n° 180, pp. 304-305; A.E. Giffard, Droit Romain et Ancien Droit Français 4^e éd., 1976, n° 495, p. 351.

²⁶ Giffard, op. cit., n° 495, pp. 351-352; Girard, op. cit., p. 454.

²⁷ P. Maurice et L. Aynès, Cours de Droit civil les obligations, 4^e éd., t. VI, 1993, n° 1035, p. 587.

²⁸ P. Ourliac et J. Malafosse, Histoire du Droit privé 1/ Les Obligations, 2^e éd., 1969, n° 176, p. 200.

²⁹ Girard, op. cit., p.454: un element materiel, l'*eventus damni*, qui n'existera que quand il est devenu en fait insolvable, quand il se trouvera en état de cessation de paiement attesté par la *missio in possessionem*,

³⁰ 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』225頁(日本評論社、1985年)

付・財産差押(*missio in bona*)と呼んだ³¹。財物の占有委付は、多くの場合において客体保全のために(*rei servandae causa*)なされる。すなわち、それはなによりも、財物が費消されないように保全(*Sicherung*)だけをなし、特別の多くの要件が満たされる場合にだけ(*nur unter besonderen weiteren Voraussetzungen*)、その財産の持主に対する債権者に満足を得させるものである。この委付の最も重要な場合は、対物執行(*Realexekution*)である。委付によって、債務者は、その現在のあらゆる債権者のために自己の財産の占有(*Besitz*)と管理(*Verwaltung*)を奪われ、次いで財産売却(*venditio bonorum*)が行われ、これによって、売得金から債権者に全部または一部の満足を与える段階に進むものである³²。したがって、「原状回復命令」と「詐欺に関する特示命令」が、ローマ法における執行手続とどのような関係にあったのかが問題となる。「原状回復命令」と「詐欺に関する特示命令」は、破産手続の進行中に法務官によって発せられたのか、それとも、破産手続が終結してからなのか、果たしてまた、破産手続開始前に行われたものなのかといった上記法務官の命令の適用時点と破産手続との関係も検討しなければならないであろう。そこで、次節において、ローマ法における執行手続・破産手続を概観しておきたいと考える。

第2節 古代ローマにおける財産執行(対物執行): *bonorum venditio*(財産売却)

ローマ法における財産執行について、Kaser/Knütelの著作*Römisches Privatrecht*に基づいて³³、その手続を概観しておこう。

財産執行は、命令(*Dekret*)によって債務者財産への差押え(*Beschlagnahme*)により開始される。その命令の中で法務官は、「私は、財産が占有され、没収され、そして売却されることを命ずるだろう(*bona possideri proscribi venire iubere*)。」と宣言する。したがって、占有された財産は、一覧表のリストに入れられて公示され、そして売却される。債権者は債務者財産を占有するように仕向けられる。これが、*missio in bona*、すなわち、財産差押(財産委付)である。しかし、それはただ「保全されるべき物のために(*rei servandae causa*)」であって、財産の維持及び管理のためであり、正式には、財団管理人(*curator bonorum*)が法務官(*praetor*)によって任命される。公的告知すなわち*proscriptio*(公告)は、他の債権者にも手続の開始を知らせるためのものである。その債権者は自己の債権を公告後30日(遺産破産の場合は15日)の法律保護停止処分者名公表期間(*Proskriptionsfrist*)内に届け出なければならない。ただ、債務者の側から見ると、この公告後30日の期間は債務者のための猶予期間であり、このような委付手続によって生じた損害を賠償する義務を負わず、自己の債務を履行して自己の財産への執行を中止させることができた³⁴。この30日の期間経過後は、債務者は破廉恥者(*infamis*)となり、不信義な者すなわち破産者(*decoctor*)と宣告された。債権者は法務官によって召集され、債権者の中から事務管理者たる管財人(*magister bonorum*)を選任する。管財人は、債務者財産を競売により売却する。これは財産売却(*bonorum venditio*)と呼ばれ、個別財産の売却(*bonorum distractio*)とは異なり破産者の全財産の売却を意味した。競売は、一定の買入価格をめぐって行われたのではなく、債権者にとって債権の最高の割当配当額となる金額を支払うことのできる者に対して実施された。最高入札者は債務者財産の購買者であり、破産財団の買主(*bonorum emptor*)となった。破産財団の買主は、債務者の包括承継人であり、債権者は買主の提供する代価から弁済を受ける³⁵。自己の責任なしに債務超過に陥った債務者は、アウグストゥス下のユリア法(*lex Iulia*)によって、差し迫った対人執行及び財産執行に結びついた不名誉(*infamia*)を、任意に自己の総財産を譲渡する(*cessio bonorum*:財産譲歩)ことによって回避することができた。しかし、この特典は、法務官に願い出て、法務官によって許可されなければならなかった。

ただ、例外的場合に、債権者は個別執行(*Einzelvollstreckung*)によって満足を得た。その場合は、債務者の個別財産が満足に必要な金銭を調達できる限りまた、その限度で売却される(*bonorum distractio*)。

財産売却(*bonorum venditio*)は、債権者の請求に基づいて、法務官が債権者に債務者財産を占有させるこ

³¹ Kaser/Knütel, a. a. O., S. 492.は、総財産の占有を与えるのが*missio bona*、個別財産の占有を付与するのが*missio in possessionem*と解している。

³² Arthur Engelmann, *Der Civilprozeß. Geschichte und System*, Bd. 2. 1891, S. 69; 小野木 常・中野貞一郎編訳『アルトゥール・エンゲルマン著 民事訴訟法概史』168頁(信山社、2007年)

³³ Kaser/Knütel, a. a. O., S. 489-490.

³⁴ 船田亨二『ローマ法第5巻』204頁(岩波書店、1972年)

³⁵ 原田・前出注(8)394頁。

と(*missio in bona*)によって始められたと考えられた。そして、その債権者は法務官の命ずる収容処分(*Einweisung*)により、全債権者の利益のために債務者財産に対する事実上の支配権(占有)を握る権力を与えられたと思われる³⁶。したがって、法的には、*missio in bona*によって、全債権者が債務者の全財産に対する占有を取得したことになると解される。

破産債務者の財産処分能力については、破産開始と同時に自己の財産に対する処分能力を失ったと考える見解もある³⁷が、*missio in bona*(財産差押)の後でさえ、破産債務者(詐害者)は、まだ、新規の債務を負うこと、自己の債務者の債務を免除すること、さらに一定の譲渡行為を行うことができたと考える³⁸のが妥当であろう。何故なら、破産債務者の処分能力を肯定して初めて、破産債務者の譲渡行為の取消が破産財団にとって大なる実益をもたらすことになるからである。破産者の処分能力については、ローマ法は現代破産法とは異なると考えられる。

以上の概観により、債務者破産の場合の財産執行について手続面での一応の理解が得られたと考える。そこで、次に章を改めて、「原状回復命令」及び「詐害に関する特示命令」並びに*actio Pauliana*という債権者救済の法的手段の特徴を個別に考察したいと考える。

第三章 詐害による原状回復命令(*in integrum restitutio ob fraudem*)

第1節 取消による法的救済

「原状回復命令」は、市民法の規定の厳格な適用によって生ずる不公平な結果を除去するため、法務官は時に原状回復を命ずるという方法をとった。この命令は、市民法の規定が適用されなかったと同様の状態の回復を命ずるもので、単に市民法の規定を補助し補充するに止まるものではなく、市民法の規定に反してその効力を奪うものであった。この命令の発せられる主な場合は、積極的に債権者を詐害する債務者の行為があった場合(*ob[propter] fraudem*)・錯誤があった場合(*in integrum restitutio ob errorem*)・悪意があった場合(*ob dolum*)・強迫があった場合(*ob mentum*)・当事者が25歳未満の場合(*ob minorem aetatem*)等であった³⁹。

ユスティニアヌス帝の法学提要(*Institutiones*)の伝承するところでは、古典古代以前において、債務者が債権者を害するために行った処分行為に対して、破産債権者団体(*Gläubigerschaft*)は、原状回復(*in integrum restitutio*)を申請することができた。支配的学説は、法学提要第4巻6章6節を「原状回復命令」が実在した証拠であると考え、そこには、*rescissa[traditione] <mancipatione> eam rem petere*(引渡<握取による財産譲渡>を取消すことは物を攻撃するに至る)という「原状回復」に当たる典型的定義が見出される。

「原状回復命令」の手続的特徴は二つの段階に手続が細分化されていることである。まず第一に、財産譲渡行為は取消される(*rescindere*)。そして、その後第二段階として、債権者を詐害して(*in fraudem creditorum*)譲渡された目的物は、(物を攻撃する<*rem petere*>)取消訴権により返還を求められる⁴⁰。すなわち、(1)取消と(2)目的物の返還、この2点が「原状回復命令」の内容なのである。そして、学説彙纂(*D.*, 42, 8, 1 *pr.*)においても、法学提要(*Inst.*, 4, 6, 6)においても、「原状回復命令」の目的は、「詐害的処分行為がなければ、債権者が保持したであろうところのものを債権者に獲得させる」ということで一致しているのである⁴¹。

第2節 取消の対象と返還の内容

第1款 取消の対象

取消は破産債務者の財産から詐害的に逸出した目的物を返還させるための前提である。取消の対象は、債務者が債権者を詐害して自己の責任財産を減少させる結果を招くことになった法律行為である。ローマ法上は、前節で引用した法学提要の表現から分かるように、「握取行為(*mancipatio*)」の取消を意味したと解さ

³⁶ Grevesmühl, a. a. O., S. 14-15.

³⁷ Id. S. 15.

³⁸ Monier, op. cit., n° 176, p. 297.

³⁹ 船田・前出注(34)261頁。

⁴⁰ Grevesmühl, a. a. O., S. 25.

⁴¹ Id. S. 26.

れる。握取行為は、銅と秤の行為 (negotia per aes et libram) すなわち銅片と秤を用いる方式を履行して成立する行為の一種である。所有権を移転しようとする当事者の双方は客体と共にローマ市民の成熟者 5 名以上の証人と、これと同一の資格を有する秤持ち (libripens) の面前で、移転を受けようとする当事者は客体を握り (不動産の場合はその必要はない)、次のような式語を唱える。曰く、「予はこの奴隷がローマ市民法 (クイリーテス法) によって予のものであることを宣言する。そうしてこの奴隷はこの銅及び銅秤で予に買われるべし」 (hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra) という言明 (nuncupatio) をし、銅片で秤持ちが持っている秤を打った後、その銅片を代金の代わりに (quasi pretii loco) 相手方に交付する。これによって握取行為の方式は履行されて、言明した当事者は奴隷をその配下に受領し (mancipio accipit)、奴隷の所有権を取得する⁴²。古典時代の握取行為は、仮想の売買 (imaginaria venditio) であるが、本来は現実売買たる真実売買であったものが、後に所有権移転の方法と化したものであって、所有権移転の方法となるや、贈与債務の履行等にも用いられるようになったと考えられる⁴³。握取行為が適用されるのは、手中物 (res Mancipi) のみであり、イタリアの土地、地役権、奴隷、四足の家畜であった。12表法は握取行為の効力を確認し、これによって手中物における所有権の取得が生ずることを確定したと伝えられる。しかし、握取行為はその後、ユスティニアヌス帝法では、消滅し、法文は引渡 (traditio) に書き改められている⁴⁴。

上述したごとく、「原状回復命令」は、破産債務者の責任財産の保全のために、債務者の行った法律行為の取消を目指す。したがって、事情を知って詐害的に、詐害者財産を減少させた取引、例えば売買に關与した第三者と債務者が結んだ法律行為を無効 (non avenus) と見なす⁴⁵。しかし、それは、無効というより、正確には法務官による取消 (la révocation plus que la nullité) である。「原状回復命令」は、物権の譲渡・設定及び詐害行為の帰結上の諸行為を取消することを許す法的手段である⁴⁶。ただ、債務者が債権者を詐害する意思で行った債務免除のような単独行為は取消することができなかったと考えられている⁴⁷。さらに、法務官の取消することができたのは、債務者の法律行為でしかないのであるから、所有権の放棄 (derelictio)⁴⁸や財産の隠匿 (occultatio) のような単純な事実に対しては攻撃できなかった⁴⁹。

第 2 款 返還の内容

取消は、債権者を詐害して破産債務者が自己の責任財産から逸出させた財物の返還を目的とする前提的手段である。では、取消の結果、目的物が受益者の下にすでになく転得者へ移転させられていた場合、あるいは転得者からさらに第三者に移転していた場合、債権者はその目的物を第三者の善意・悪意にかかわらず返還請求できるのか。それとも、債務者による債権者詐害を知っていた特定の人に対してのみ返還請求ができるのであろうか。すなわち、「原状回復命令」は「対物的 (in rem)」なのか、それとも「対人的 (in personam)」なのか、その法的性質が問題となる。

Savigny は、原状回復一般について、「対人的 (in personam) 回復」が原則 (Regel) であり、「対物的 (in rem) 回復」が例外 (Ausnahme) と考えるのが学説の慣用的決まり文句であると述べている。しかし、その後で、この問題は、回復における義務者あるいは被侵害者のこれまで述べた決定の仕方と直接関係し、この確定は法律関係の様々な性質に応じて (nach der verschiedenen Natur der Rechtsverhältnisse)、必然的に様々にならざるを得ないと記述している。また、同一箇所、法学提要のパウルスの言葉 (Ins., 4, 4, 13) を引用して、原状回復が対人・対物両方の性質を有することを紹介している⁵⁰。

⁴² 船田亨二『ローマ法第 2 卷』455-458 頁 (岩波書店、1969 年)。

⁴³ 原田・前出注 (8) 114 頁。

⁴⁴ 原田・前出注 (8) 113-114 頁、74 頁。

⁴⁵ Monier, op. cit., n° 177, p. 299.

⁴⁶ Ourliac et Malafosse, op. cit., n° 175, p. 200.

⁴⁷ Giffard, op. cit., n° 493, p. 350. : Giffard は、「原状回復命令」・「特示命令」は、譲渡行為しか攻撃できなかったと述べている。

⁴⁸ Monier, op. cit., n° 178, p. 301.

⁴⁹ Jean-Philippe LÉVY, HISTOIRE DES OBLIGATIONS, 1995, p. 151.

⁵⁰ Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 7, 1848, S. 270. なお、筆者が入手できたのは、復刻版である。

ところで、「原状回復命令」については、対物的効果を有していると見るべきではないかと考える。それは、特定の相手に対してだけでなく、破産債務者の詐欺的行為によって破産財団から逸出した目的物に関しては、法務官の取消により、債権者あるいは財団管理人(*curator bonorum*)が目的物の取得者に対して、たとえそれがだれであれ、返還を請求できると解すべきであろうと思われるからである。

現にOurliac et Malafosseは、「原状回復命令」は、「詐欺に関する特示命令」とは異なって、対物的性質(*caractère réel*)を示すと述べている⁵¹。また、Grevesmühlは、前節で触れたように、取消は「物を攻撃する(*rem petere*)」と述べ、本来的に「原状回復命令」は「対物的(*in rem*)」であることを示唆している⁵²。

さらに「原状回復命令」の対物的性格は、果実(*fructus*)の返還の範囲からも明らかになる。すなわち、「原状回復命令」では、詐欺行為後生じた全ての果実の回復の取得を許す⁵³。したがって、詐欺行為から回復命令発令までの間に受胎し産まれた奴隷の子(*partus ancillae*)もその奴隷と共に取戻すことができる⁵⁴。古代法では、奴隷はどこまでも土地と同一に取扱われた⁵⁵。そのため、詐欺行為後、受益者が土地を賃貸した場合は、その取得した賃貸料(*merces*)は、法律行為を通して発生した「果実の地位にあるもの(*loco fructuum*)」として⁵⁶、債権者もしくは管財人に返還しなければならないと解される。しかし、一方「詐欺に関する特示命令」は、譲渡の際に土地に付着された果実及び特示命令の発令後受領した果実の返還取得することしか認められず、命令発令前の果実の返還は認められなかった⁵⁷。

第四章 詐欺に関する特示命令(*interdictum fraudatorium*)

第1節 特示命令の特性

特示命令(*interdicta*)は、訴訟の円滑な進行または公の秩序の維持に必要なまたは適当と認められる場合に、法務官が当事者の申立てによって特定の地位の発生を命じ、またはすでに発生した特定の地位の妨害を禁ずる命令で、一種の行政処分の性質を有する。古代ローマでは、当事者が法の規定する特定の言語と動作で主張をなすことによって審判人の面前において訴訟手続が行われる法律訴訟(*legis actio*)が採用されていた。しかし、法(*lex*)に基づき厳格な形式主義に支配されていた法律訴訟は、急激な社会的変動には順応することができず、Augustusの時代には、法律訴訟は廃止され、当事者が方式書(*formula*)を用いる方式書訴訟に移行した。方式書は、当事者が法務官の承認の下に作成し、争点を明らかにした小さな書面で、審判人がいかなる点についていかに判決すべきかを指示するものである。方式書訴訟の時代に入ってから、法務官は、事実に基づく方式書を承認することによって、常に新たな救済方法を発達させ得るに至ったにもかかわらず、なお、訴訟掌理権を行使するためには通常の民事訴訟手続規定の制限を受けた。これに対して、命令権を行使して特示命令を発する場合には、このような制限に服することがなく、自由かつ敏活に一応の救済を与え得るので、この方法は常に保持されかつ発展させられた。例えば、法務官が訴訟を掌理し得る日は法によって規定されているのに反して、法務官はいつでも特示命令を発することができた。したがって、緊急の場合には訴訟によるよりも特示命令によって救済を受けることが便利であり、当事者は、通常の訴訟によっても特示命令によっても同様の効果が得られる場合には、訴訟よりもむしろ特示命令の方法によることを求めたと考えられる⁵⁸。

発令手続に関しては、特示命令は当事者の申立て(*postulatio*)によって発せられた。申立ての手続は通常の訴訟手続と同様であるけれども、法務官は通常訴訟手続に関する市民法の規定に拘束されることはなかった。法務官は方式書を承認すると同様にして申立てをなす当事者の主張が理由のあることを条件として特示命令

⁵¹ Ourliac et Malafosse, op. cit., n° 175, p. 200.

⁵² Grevesmühl, a. a. O., S. 26.

⁵³ Monier, op. cit., n° 178, p. 302.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ 原田・前出注(8)74頁。

⁵⁶ 原田・前出注(8)76頁。

⁵⁷ Monier, op. cit., n° 178, p. 302.

⁵⁸ 船田・前出注(34)105頁、264-265頁。

を発した⁵⁹。なお、通常の訴訟手続と特示命令発布の手続とは審理手続で混同して、ユスティニアヌス帝法では殆ど全く融合するに至っているとの船田博士の指摘⁶⁰は、次章で考察する予定のa.p.の訴訟形態について有益な示唆を与えてくれるものである。

前章で取り扱った「原状回復命令」も本章で取り上げる「詐欺に関する特示命令」もいずれも法務官法上承認された訴訟保護方法である。Papinianusは、法務官法(ius praetorium)は、法務官が市民法を補助し補充または修正するために採用した法をいうと説く⁶¹。法務官の発した告示(edictum)は、その特定の法務官の在職中のみ効力があり、その後就任した法務官によってその告示の規定は廃止変更されることが可能であった。しかし、実際は、一法務官の告示の規定が適当と認められる場合には、他の法務官もこれを採用したので、法務官の告示によって形成された規範は、次第に重要な法源となっていく⁶²。

第2節 詐欺に関する特示命令の保護対象

第1款 取消の対象

「詐欺に関する特示命令(interdictum fraudatorium)」(以下「特示命令」と略す)は、「原状回復命令」と同じく取消を債権者救済手段とする。ただ、取消の対象については微妙に異なると考えられる。すなわち、法務官によるいずれの命令も法律行為を取消の対象とする点では同じである。しかし、第三章で考察したごとく、「原状回復命令」が取消す法律行為は、握取行為(mancipatio)という厳格な形式を踏んだ法律行為である。それに対して「特示命令」は、握取行為以外の法律行為の取消を対象とすると考えられるのである。すなわち、握取行為以外で、有体物を自己の財産から破産債務者が譲渡した場合は、その譲渡行為を取消することにより、債権者は「特示命令」によって、この有体物の返還を求めることができたと考えられる⁶³。厳格な要式行為である握取行為に対して、時代を経るにしたがって、無方式の契約がぞくぞくと慣習法的に出現した。その代表が問答契約(stipulatio)や諾成契約並びに消費貸借に象徴される要物契約である。問答契約は、当事者の一方の要約者(stipulator)が「汝は誓約するか」等問いを発し、これに対して他方の諾約者(promissor)が「予は誓約する」等の答えを発することにより当事者の意思の合致により成立する契約をいう⁶⁴。したがって、時代と共に伝統的な握取行為以外の法律行為が増加したと考えられる。ただし、握取行為はローマ市民に特有な市民法(ius civile)上の制度であるのに対して、諾成契約は他国民にも適用される万民法(ius gentium)上の制度である。問答契約は当初はローマ市民法上認められた法制度であったと解されるが、後に外人にも適用される万民法上の法制度になったと考えられている⁶⁵。したがって、「特示命令」は、このような握取行為以外の法律行為の取消を行なったと考えられる。Monierは、「特示命令」を「原状回復命令」の補完的保護措置(protection complémentaire)と解し、「原状回復命令」では認められない行為の取消が認められる⁶⁶とするのもこのような背景を念頭においているのかもしれない。また、LÉVYは、破産債務者の財産隠匿(cacher un bien)についても、「特示命令」では、その財物を取戻すことができることを暗示している⁶⁷。さらに、Monierは、物の放棄(abstention)のような一方的行為も「特示命令」では取消うると明言する⁶⁸。

第2款 保護対象

では、「特示命令」は何の保護・救済を目的としたものであろうか。それは、もちろん逸出財産の破産財団への回復を目的とするものではあるが、より具体的には財物の何を回復するものであろうか。それは、財物の占有(possessio)の回復であったと思われるのである。Grevesmühlは、「特示命令はただ占有を保護す

⁵⁹ 船田・前出注(34)267-268頁。

⁶⁰ 船田・前出注(34)269頁、注(1)。

⁶¹ 船田亨二『ローマ法第1巻』204頁(岩波書店、1968年)

⁶² 船田・前出注(60)203-205頁。

⁶³ Grevesmühl, a. a. O., S. 42.

⁶⁴ 原田・前出注(8)173頁。

⁶⁵ 原田・前出注(8)6-7頁。

⁶⁶ Monier, op. cit., n° 177, p. 300.

⁶⁷ LÉVY, op. cit., p.151.

⁶⁸ Monier, op. cit., p.301.

るのみであった。そしてこのことは、詐欺に関する特示命令にも妥当した(*Interdikite schützten aber nur den Besitz. Dies galt auch für das *interdictum fraudatorium*.*)」と述べている⁶⁹。したがって、Grevesmühlは、「特示命令」を占有保護のための法的救済(*Rechtsbehelf des Besitzschutzes*)と考えている⁷⁰。

占有は物の事実的支配である。しかし、均しく物の事実的支配といっても、その事実性を所有権等の権利の表現形式として、その関連において観察することもできれば、その権利との関係を全く断ち切って、その事実面だけを捉えることもできる。前者はゲルマン法の*Gewere*であり、後者はローマ法の*possessio*である。そして、後者は占有訴権を中心観念とする⁷¹。

第二章第1節で述べたように、「原状回復命令」及び「特示命令」は、債務者が破産状態にある場合の債権者救済の法的保護手段と考えられる。破産宣告があれば、債務者は破産者(*decoctor*)となるが、宣告以前は事実上の破産者であり、破産債務者というべきで、これまでもその意味で債務者を破産債務者と呼んできた。破産債務者は、第二章第2節で触れたように、*missio in bona*(財産差押)の後でさえ、新規の債務負担、債務免除、売買・贈与等の一定の譲渡行為を行うことができたと考えられる。すなわち、*missio in bona*の後でさえ、破産債務者は行為能力・処分能力を有していたと解されるのである。しかし、一方で、*missio in bona*により、債権者は破産債務者財産に対する占有(*possession, Besitz*)を取得したと考えられるのである⁷²。古典時代以前の理解では、占有理由(*Besitzbegründung*)は、人が物に対して保管(*custodia*)を取得したか、あるいは用益権・使用权(*usus*)を行使したことを前提とした。債権者は財産差押(委付)と共に破産財産上に保管を取得し、使用权は換価権の方式で債権者に帰属した⁷³。すなわち、破産財団を構成する財産への占有を取得したと解される。船田博士も、「法務官により債務者の財産の委付(*missio in bona*)を受けた者が、事実上の支配たる占有を有する」と説明されている⁷⁴。*missio in bona*によって債権者が取得した財物の占有を、破産債務者は売買・贈与等の法律行為によって債権者を詐欺する意図で第三者に移転することができたと考えられる。そして、その占有移転は引渡(*traditio*)によって行われたと解される。

引渡は占有の譲歩(*cessio possessionis*)である。引渡は、イタリアの土地・地役権・奴隷及び馴養することのできる四足動物(牛、馬、ろば、らば等)の手中物(*res Mancipi*)における法務官法上の所有権取得のために、外人間ではいわゆる万民法上の所有権取得のために、そして属州の土地を客体としてその所有権の取得のために用いられた。さらに、非手中物(*res nec Mancipi*)における市民法上の所有権取得のためにも用いられた。非手中物の所有権取得方法として、引渡は何の方式も必要としない万民法上の方法であった⁷⁵。握取行為が市民法上の制度であるのに対して、引渡は基本的に万民法上の制度であると言える⁷⁶。

詐欺債務者が第三者との売買・贈与等の法律行為によって実質的破産財団から目的物を逸出することは、*missio in bona*を与えられた債権者の占有を引渡(*traditio*)によって奪うものである。そこで、債権者の占有を回復するために法務官によって認められた法的手段が「特示命令」であったと考えられるのである。占有回復のためには、引渡を取消さなければならない。引渡を取消すためには、破産債務者の行った法律行為を取消す必要がある。このような意味で、「特示命令」は債権者が*missio in bona*(財産差押)によって取得した破産債務者財産に対する占有を回復させ、破産手続において各債権者に少しでも多くの満足を得させるための債権者救済手段であったと解される。ただ、債権者の破産債務者財産に対する占有は、どちらかといえば観念的なものであって、当該財産に割り当てられた債権者は占有者と見なされるというのが正確な実態ではないかと思われる⁷⁷。実際に債権者全員が、破産債務者の全ての財産を現実に四六時中占有することは困難ではなかったかと考えられる。それだからこそ債務者は債権者を詐欺して責任財産を減少させるような法律行為

⁶⁹ Grevesmühl, a. a. O., S. 37.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ 原田・前出注(8)136頁。

⁷² Grevesmühl, a. a. O., S.39.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ 船田・前出注(42)363頁。

⁷⁵ 船田・前出注(42)473頁。

⁷⁶ 原田・前出注(8)115頁。

⁷⁷ Grevesmühl, a. a. O., S. 40. 債権者を債務者財産の占有者と見なすとする学者としてQuintus Muciusの名前を挙げている。

を第三者と行い、目的財産の占有を *missio in bona* を得た債権者から奪うことが可能だったのではないかと考える。

したがって、「特示命令」による法律行為の取消ひいて引渡の取消が目指す相手方は、債権者を詐害してなした破産債務者の財産譲渡行為に加担し、現にその逸出目的物を占有している第三者である。そういう意味で対人的 (*in personam*) 性質を有すると言える。本節第2款で述べたごとく、債権者は *missio in bona* (財産委付・財産差押) によって破産債務者財産に対して占有を取得する。しかし、それは競売手続を踏む財産売却 (*bonorum venditio*) のための前提としてのものである。占有保持あるいは占有回収等を内容とする占有訴権によって保護される占有 (*possessio*) は、所有者の意思 (*animus domini*) を有するものでなければならない⁷⁸。破産債権者の有する占有は上に触れたように、比較的観念的なものであり、法的に占有しているものと見なされる性質のものであり、占有訴権で保護される占有には当たらないと解される。それは、事実に占有というよりも破産財団の競売による満足を得るためのものだからである。したがって、破産債権者が目的物の占有を回復するためには、破産債務者の詐害行為により逸出財産を占有する第三者に対して、対物的占有訴権によってではなく、「特示命令」の取消の効果として対人的に当該財産の返還を求めることになると思われる。

この意味において、「特示命令」は対人的である。Ourliac et Malafosse は、「特示命令」の有責判決は、受け取った財物を返還しなかった者あるいは詐害行為の取消を妨げた者にしか言い渡されないだろう (*la condamnation ne sera prononcée que contre celui qui n'a pas restitué la chose reçue ou refuse d'aider à la révocation de l'acte frauduleux.*) と述べて⁷⁹、「特示命令」の対人的 (*in personam*) 性質を指摘している。

なお、「特示命令」が債権者の占有保護を目的とする故に、破産債務者の財物の隠匿や放棄といった事実行為も引渡が取消されるのと同様に債権者に対しては対抗できず、その財物の占有は回復されなければならないと解される。

第3款 果実について

果実に関しては、「特示命令」が逸出財産自体の占有回復を目的とするために、逸出後その財産から生じた果実の返還は認められないと考える。Monier は、「特示命令」は、譲渡の際に土地に付着していた果実及び命令発令後受領した果実の回復しか認めず、命令発令までに取得された果実、譲渡後に受胎し産まれた奴隷の子 (*partus ancillae*) については、その回復は認められないとする⁸⁰。Grevesmühl は、Labeo の見解を引用して、「特示命令」は土地の譲渡の場合はただ土地の占有 (*possessio*) のみの返還を命じるとし、「特示命令」は、占有の原状回復 (*Besitzrestitution*) にのみ向けられていたと理解する⁸¹。この見解も果実の回復に関しては、基本的に Monier と同様であると考えられる。

これに対して「原状回復命令」では、第三章第2節第2款で触れたごとく、財産逸出後の全ての果実の回復取得を許す⁸²。この点は、果実に関しては、破産財団にとって「原状回復命令」の方が有利である。しかし一方で、船田亨二博士は、「特示命令」は詐害によって債務者がすでにある物を第三者に引渡した場合に、その客体ばかりでなくその全ての果実も返還すべきことを第三者に命ずるもので、「原状回復命令」より一層強く債権者を保護するものであったとされる⁸³。この点は、Monier の理解と見解が異なる。財産差押以前から存在する債務を保証するために取得された質 (*pignus*) は、「特示命令」では取消により復活しなかったこと⁸⁴及び質権は質物の果実にも及ぶことを勘案すると、Monier の見解を妥当と解するべきであろう⁸⁵。因みに Girard によれば、第一章第1節で引用した *Digesta* の一文から、a.p. では逸出した財産と共にすべての

⁷⁸ 原田・前出注(8)136-143頁。

⁷⁹ Ourliac et Malafosse, op. cit., n° 175, pp. 199-200.

⁸⁰ Monier, op. cit., n° 178, p. 302.

⁸¹ Grevesmühl, a. a. O., S. 38.

⁸² Monier, op. cit., n° 178. P. 302.

⁸³ 船田・前出注(3)495頁。

⁸⁴ Monier, op. cit., n° 178, p. 301.

⁸⁵ 拙著・前出注(18)13-14頁。

果実もまた取戻されると解している⁸⁶。

第4款 取消権の行使時期

「原状回復命令」及び「特示命令」の法務官による取消権は、破産手続との関係で何時の時期に行使されたのであろうか。この問題については、財産売却(*bonorum venditio*)の終了した後に行使されたのか、破産手続の前なのか、それとも破産手続・財産売却の進行中に行われたのかが問われることになる。

ここで執行手続をもう一度簡単に概観すると、次のような手続の流れになると思われる。

①*missio in possessionem*(占有委付)——②*missio in bona*(財産差押)——③*curator bonorum*(財団管理人)——④*proscriptio*(公示)——(30日間)——⑤*decoctor*(破産者)——⑥*magister bonorum*(破産管財人)——⑦*bonorum venditio*(財産売却)——⑧*emptor bonorum*(破産財団の買主)

通説的見解では、「原状回復命令」は財団管理人あるいは破産債権者団体に帰属し、「特示命令」はそれぞれ個々の債権者に帰属した。そして、「原状回復命令」は、進行中の破産手続の間に、「特示命令」は*bonorum venditio*の終結後に行使されたとする⁸⁷。これに対して、Lenelは、「原状回復命令」は債権者団体の利益代表としての*curator bonorum*に帰属し、「特示命令」は個々の債権者に帰属するとした上で、両命令とも破産手続終結を前提に利用可能となったと述べる⁸⁸。また、Kaser/Knütelは、「原状回復命令」は破産手続中に取得され、「特示命令」は破産手続終了後に認められるとする⁸⁹。しかし、Grevesmühlは、*Digesta*の42巻8章8節の*Venuleius Saturninus*の特示命令に関する次の法文を引用して、「特示命令」は破産手続の前ないしその最中に詐害行為を取消することができたと自己の見解を述べている⁹⁰。「これらのこと因りもちろん代価のうちの割合が買主に返却されるべきではないことが結論付けられ得る。にも拘わらずその件は裁定人の許で原因に基づいて吟味されるべきであって、その結果弁済された貨幣が財産中に存在するときには、それらが返却されることを命令すると云われることができる。蓋しその理由は誰も欺罔されないからである。(Venuleius Saturninus libro sexto interdictorum D., 42, 8, 8: Ex his colligi potest ne quidam portionem emptori reddendam ex pretio; posse tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut, si nummi soluti in bonis exstent, iubeat eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur.)⁹¹ Grevesmühlは、法文中の*si nummi soluti in bonis exstent iubeat eos reddi*(弁済された貨幣が財産中に存在するとき、それらが返却される)という表現に注目し、目的物が返却されることを命ずるに当たって何らの時間的条件が付いていないことから、自己の見解の根拠としたのではないかと考えられる。

さらにGrevesmühlは、短い破産期間のために、しばしば破産手続終結後に初めて詐害行為が明らかになり、この場合には、法務官は債権者に取消を与え、債権者に手続終結後の破産において目的物を換価することを可能にしたと指摘し、「原状回復命令」と「特示命令」とでは、両者に法的手段上の相違はないと考えるのが妥当であると述べている⁹²。

思うに、「原状回復命令」も「特示命令」もいずれも本来破産手続外で取消を可能にした法的手段である⁹³。しかし、現実には、それらの命令はいずれも破産債権者の満足のために逸出財産を破産財団に取戻すことを目的としたもので、取消権の行使をその内容としている。両命令は密接に破産手続と関連している。したがって、「原状回復命令」も「特示命令」も逸出財産の回復を図るという目的からすれば、占有委付に始まる執行手続の中で、*bonorum venditio*(財産売却)の前にこそ取消権は行使されたと解すべきである。それによって、破産財団が回復され債権者の満足に奉仕することになるからである。しかし、財産売却の間にも両命令は破産債務者の債権者詐害が明らかになれば発令されたであろうと思われる。破産手続は*bonorum venditio*であり、総財産の売却である。その財産売却が終結後、新たに破産者の詐害が判明し逸出財産が存

⁸⁶ Girard, op. cit., p. 456. Note(2)

⁸⁷ Grevesmühl, a. a. O., S. 43.

⁸⁸ Lenel, supra note 22, S. 14.

⁸⁹ Kaser/Knütel, a. a. O., S. 82.

⁹⁰ Grevesmühl, a. a. O., S. 45.

⁹¹ 江南・前出注(19)346頁。

⁹² Grevesmühl, a. a. O., S. 48.

⁹³ Id. S.47.

在する場合は、原状回復命令を法務官は財団管理人(*curator bonorum*)ないしは破産債権者団体の請求により告示(*edictum*)を発令し、逸出財産を取戻し債権者の満足に割り当てたと考えられるのである。この場合は、個別財産の売却であるから、本来なら「特示命令」が発令されるべきであろう。なぜなら、Monierが指摘しているように、「原状回復命令」は総財産売却の手續と緊密に結びついて発展してきたのであり、「特示命令」は、個別財産の売却(*distractio bonorum*)による債権者詐欺の救済手段として考えられてきたからである⁹⁴。しかし、破産手續終了後の個別財産売却のためには、「原状回復命令」が申請されるべきである。「特示命令」は、本章第2節第2款で述べたように破産債権者の占有(*possessio*)を保護するものだからである。破産手續の終結と共に*missio in bona*(財産差押)の効果は消滅し、債権者は目的物の占有を最初から喪失していると解されるからである。したがって、破産手續終了後の目的財産の回復には「原状回復命令」が用いられるべきであると考えられる。Grevesmühlも、たとえ「原状回復命令」がただ財産占有(*bona possessa*)の時に証明されるとしても、「原状回復命令」は破産手續の終結後も用いられたと記述している⁹⁵。

第五章 事実訴権(*actio in factum*)

actio(訴権)は、訴訟を意味すると同時に訴訟をなし得る権利を意味した。アウグストゥスは例外を除いて法律訴訟を廃止したため、古典時代には、*actio*は法の規定する特定要件を具備することによって当事者が用いることのできる訴訟の方式を意味し、その意味で方式書(*formula*)を指して用いられた。方式書は、第四章第1節でも簡単に触れたごとく、当事者が法務官の承認の下に作成し、争訟の要点を明らかにし、審判人がいかなる点について判決すべきかを指示する小さな書面である。ここに厳格な形式主義に支配されていた法律訴訟に代わって方式書訴訟が発達する。法律訴訟においては、法律の命ずる厳格な動作と意思表示とが必要であり、少しでもこれに違反すれば敗訴した⁹⁶。方式書訴訟では、審判手続きが法律訴訟におけるよりはるかに速やかに構成される。審判人(*unus iudex*)は当事者と当事者が法廷で発する式語による主張ではなく、当事者と法務官との協力によって作られた文書によって示される当事者の主張について審判するのであり、これによって、法律訴訟が無効とされるに至る多くの原因が除去された⁹⁷。

ローマにおいては、訴権(*actio*)を有することによって、人はその内容をなす権利を有するわけで、訴訟が出发点をなし、これによって各個の権利が生じた。訴訟をなす権利である訴権が私法上の権利をなしたのである。法務官法に関する限り、実体権があるが故に訴権があり、訴権はその実体権救済の手段という関係にあるのではなく、訴権がある故に実体権があったのである⁹⁸。訴訟に関する法は、訴訟手續を規定する公法ではない。訴権はそれ自身私権であり、このような私権のそれぞれについて規定する諸種の訴訟の法(*ius actionum*)は私法であった⁹⁹。

法務官はさらに進んで、市民法の規定によらずに自由な立場で方式書を承認した。市民法上の問題を記載する方式書ではなくて、特定の事実の存否が明白であるか否かという事実問題を掲載する請求表示を含む方式書、すなわち、法ではなくて事実に基づいて(*in factum*)作成される方式書を承認する。このような方式書によって指示される審判人は、法の問題ではなく事実の問題に関する判断をし、しかも方式書の指示する事実の存在が明白であると判断するときは被告有責の判決を下す権限を与えられる。法務官はこのような事実に基づく訴訟を承認することによって、市民法の傍らに法務官法の体系を発達させたと言えよう¹⁰⁰。

法務官は、古来、市民法によらざるを得ず、したがって合致した法条に適合する場合にのみ訴権を認めることができたが、万民法の分野では全く自由であった。この場合も、法務官はしばしば市民法上の方式を手がかりとはしたが、次第に、市民法によれば成立を認めがたいにもかかわらず保護に値すると思われるすべての訴えについて、自分の判断で訴権(*actio*)を認めることができるようになった。そして、それは次第に市民間にも適用されたと考えられる。この新しい手續が、上に述べた争点決定に際して当事者に方式書の利用

⁹⁴ Monier, op. cit., n° 178, p. 302.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ 原田・前出注(8)382頁。

⁹⁷ 船田・前出注(34)106頁。

⁹⁸ 原田・前出注(8)376頁。

⁹⁹ 船田・前出注(42)63頁。

¹⁰⁰ 船田・前出注(34)233頁。

を認めた方式書訴訟なのである。ただ注意すべきは、法務官が当事者に与えたのは、当該の紛争事項(訴訟物)だけを念頭に置いた方式書であったことである。つまり、いわば各個のケースごとに法的効力を認められた訴訟が成立したのである。ローマ法が訴訟法的性格をもつとされるのは、このためである。ローマ人は、実体法的範疇によるよりも訴訟法的範疇によって考えた。法は、裁判事件ごとの法、つまり特定の法的事件のために生み出された法として現れた。それは、常に特定の個別的ケースから生まれたものであり、少なくとも、その発生に際して将来とも効力をもつ規範として考えられたものではなかった。法務官法は、伝来の市民法の形式と比べて、ますます重要性を増していった。法発展の中心は、法務官であった。その結果、ローマ法は常に実際の必要に応じてゆけるものとなった。一般の生活に生じたどんな変化も、直ちに現行法に反映した。したがって、法はきわめて順応性に富んでいた¹⁰¹。

Savignyは事実に基づいて作成された方式書(formula in factum conceptae)について、次のように述べる。この種の方式書は、また新たに気付かれた法律関係(neu wahrgenommenes Rechtsverhältnis)について一つの訴権(Klage)を考案することが問題であったところで、つまり、それについて告示(Edict)が全く含まなかったような事件において、大きく拡張して(in großer Ausdehnung)用いられたのであり、その結果、この種の方式書(Formel)は、権利の実際上の拡大に役立った(zur praktischen Erweiterung des Rechts dienten)。今や、この目的のためには、このような方式書が非常に有用(brauchbar)であった。なぜならば、どの権利も常になんらかの事実に基づかなければならないが、そういう方式書には、ある事実の表明(Ausdruck einer Thatsache)ならびにそれに結び付けられた実際の結果の外には何も必要でなかったからである。さて、これが、わが法源(Rechtsquellen)において現れている数え切れないほどのactioes in factum(事実訴権)の真の意味である。事実訴権は、告示の中にはまったくなくて、個々の場合に必要により持ち込まれた「事実に基づいて作成された方式書(formulae in factum conceptae)」によって導入された実際の法の拡大(Erweiterungen des praktischen Rechts)であった¹⁰²。

そして、事実に基礎を置く事実訴権(actio in factum concepta)は、ユスティニアヌス帝法以前は、常に現金(baares Geld)に向けられており¹⁰³、金額支払に関する判決の取得を目的とした¹⁰⁴。そのため債務者財産に対する執行手続が次第に発達したと考えられる¹⁰⁵。ただ、被告は確かに、原状回復(Naturalrestitution)をすることによって金銭判決(condemnatio pecuniaria)を回避することができた。以前の法律状態の回復は、被告の自由意思による給付の結果(das Ergebnis einer freiwilligen Leistung)が生じる場合であった¹⁰⁶。事実訴権でもって、法務官は、攻撃できる法律行為(das angreifbare Rechtsgeschäft)に影響を与えなかった。それに対して、「原状回復命令」の場合には、法務官は、瑕疵のある法律行為(das mangelhafte Rechtsgeschäft)を取消した(rescissio)¹⁰⁷。それは、被告の意思に関わらない強制的取消であったと解される。

Savignyが述べるように、事実訴権(actio in factum)が方式書によって導入された実際の法の拡大であることを考えると、取消権を内容とする訴権が法務官法上承認されるようになったのではないかと推測される。例えば、債務者が債権者を詐欺する目的で受益者と法律行為を結び目的財産を責任財産から逸出させた場合、「審判人は当該詐欺行為を取消し、目的物が原告に返還されないときは、審判人は右客体が有すべき価格に相当する金額につき、被告が原告に対して責があると判決せよ。」という旨の方式書が利用されるようになったのではないかと考えられる。「原状回復命令」も事実訴権も同じく法務官法上の権利救済方法であり、その二つの権利救済方法が時代の経過と共に法務官の命令権に基づくよりも当事者の訴訟提起の権利性を明確にするactioという形式の取消訴権(actio revocatoria)に統合されていった¹⁰⁸のではないかと思考されるのである。そして、事実訴権の方式書の表現は、対物的(in rem)と对人的(in peronam)から合成されていると

¹⁰¹ J. ブライケン著、村上淳一・石井紫郎訳『ローマの共和政』192-195頁(山川出版、1995年)

¹⁰² Savigny, System des heutigen Rödmischen Rechts, Bd. 5, 1841, § 217, S. 91-92. 小橋一郎訳『サヴィニー現代ローマ法体系第5巻』95頁(成文堂、2003年)。

¹⁰³ Savigny, Id. S. 90.

¹⁰⁴ 船田・前出注(34)218頁。

¹⁰⁵ 船田・前出注(34)200頁。

¹⁰⁶ Grevesmühl, a. a. O., S. 29.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Id. S. 24.

言わねばならず、その意味で、事実訴権は対物的と対人的の両法的要素を有し、混合訴権(mixtae actiones)的性格をもっていた¹⁰⁹と解されるのである。

第六章 actio Paulianaと呼ばれる訴権(廃罷訴権)

第一章第1節で触れたように、「原状回復命令(in integrum restitutio)」及び「詐欺に関する特示命令(interdictum fraudatorium)」並びに事実訴権(actio in factum)が紀元6世紀のユスティニアヌス帝法において融合し、「パウリアナ訴権(actio Pauliana)」が創設されたと考えられている。そこで、本章においてactio Paulianaの要件・法的性質・効果等を考察することにより、前古典期ないし古典期に主として利用された「原状回復命令」・「特示命令」そして事実訴権が、どのようにa.p.に影響を及ぼしたのかを検証していきたいと考える。

第1節 a.p.の要件

まず第1に、物的(客観的)要素(élément matériel)として、「損害の発生(eventus damni)」が生じなければならない。すなわち、詐欺行為は債権者にとって有害な効果をもったものでなければならない。その立証は、ユスティニアヌス帝法においては、債務者財産の売却の結果として生じる。その財産売却は債権者に満足(satisfaction)を与えることができなかったものである。債務者は、その消極財産が積極財産を上回る場合には、自己の財産を減少させることによって、必ず債権者に損害を与えることになる。財産の減少は、積極的行為あるいは放棄(abstention)の結果から生じ得た。債務者が新たに債務を負うとか債務免除(remise de dette)により、また、目的物の価値に等しい反対給付を得ることなしに財産の一つを譲渡した場合に生じた。また、時効、例えば不作為により債務者が法的に有していた地役権(servitude)を消滅するままにしたような消極的行為によって生じた場合も「損害の発生」に当たると解される¹¹⁰。しかし、債務者が単に財産の増加をなおざりにしたような場合、例えば、贈与、相続、遺贈を拒絶した場合には「損害の発生」があったとは見なされない¹¹¹。何故なら、そのことは財産の減少も負債の増加ももたらさないからである¹¹²。

第2に、意思的要素(élément intentionnel)として、債務者が「詐欺の意思(consilium fraudis)」を有していることが要求される。債務者が当該行為を行うことにより、債務者の支払不能(insolvabilité)を作り出すかその状態を増大させることにつき悪意であることである。債務者は、自己が債務を負っていることを知りながら自己の全財産を譲渡するときには、債権者を詐欺することを欲していたと見なされる。すでに見てきたように、「原状回復命令」は債務者が「欺罔のために(fraudationis causa)」行為したことを要求した。そして、「特示命令」はその行為が「詐欺のために(fraudandi causa)」に為されたことを要求したのである¹¹³。a.p.の物的要素である「損害の発生」は、債務者がmissio in bona(財産差押)を受けることによって実質的な破産状態にあることが前提とされている以上、そのような状況での債務者の財産逸出行為は当然債権者に損害を与えるもので、両命令の当然の要件であったと解される。ただ、「詐欺の意思」は債権者に損害を及ぼすという断固たる意思(intention decide)ではなく、当該行為によって自己の支払不能を作出し又は増大させるという単なる意識(conscience)で足りた¹¹⁴。

第2節 a.p.の法的性質

a.p.は、不法行為(délit)訴権であると解される。法務官は、詐欺と強迫を罰したように債権者詐欺を罰した。法務官は、債務者が故意に支払不能を引き起こしあるいは増大させる行為に不法行為を認めた。そこで、法務官は、詐欺・強迫において当事者の意思決定の自由に制限を設けたように、債務者の意思決定の自由に対して、不法行為訴権の創設によってその自由に対する制限を設けたと考えられる¹¹⁵。その意味でa.p.は刑事

¹⁰⁹ Savigny, a. a. O., S. 89.

¹¹⁰ Monier, op. cit., n° 180, p. 304.

¹¹¹ Ibid. Giffard, op. cit., n° 495, p. 351.

¹¹² 拙著・前出注(18)15頁。

¹¹³ Monier, op. cit., n° 180, p. 305.

¹¹⁴ Girard, op. cit., pp. 454-455.

¹¹⁵ Girard, op. cit., p. 452.

的(pénale)である。しかし、他の刑事訴権(actions pénales)に対するのと同様に、a.p.は、受動的移転も不可である(intransmissible passivement)とする条文も存在しない。したがって、a.p.の刑事的性格(caractère pénal)は著しく弱められており、今日の学者の多くはa.p.の刑事的性格を否定している¹¹⁶。

学説彙纂(Digesta)の中でa.p.は、強迫訴権(actio metus)と類似し詐欺訴権(actio doli)とは異なって、債務者やその共謀者(complices)のみならず、詐欺の事実を知らず当該不法行為(詐欺行為)から利益を得た一定の第三者にも打撃を与え得る(pouvoir atteindre)ことによって完成する¹¹⁷。

そこで、a.p.は対物訴権(actio in rem)か、それとも対人訴権(actio in personam)かが問題となる。学説彙纂の中では、a.p.は対人訴権の中で言及されており(D., 22, 1, 38, 4)、一方、法学提要(Institutiones)の中では、対物訴権の一覧表の中(Ins., 4, 6, 6)に位置している¹¹⁸。Monierは、a.p.は事実訴権であり、かつ専決訴権(actio arbitraria)であるとする¹¹⁹。専決訴権は、本来金銭判決を避けるために、審判人に対し、判決前訴訟物自体の給付返還を被告に勧告すべき旨を命ずる文言(clausula arbitraria 勧告文言)の含まれている訴権をいう¹²⁰。専決訴権の性質からすれば、a.p.は物の返還を求める対物訴権と考えるのが素直な解釈のように思われる。しかし、Girardは、a.p.は取消の対人専決訴権(action personnelle arbitraire en révocation)であると断定する¹²¹。すなわち、被告に対して物の返還を請求する権利と考えるのである。

ところで、a.p.はいかなる範囲の第三者(受益者・転得者)に取消の効果を及ぼすことができるのであろうか。この点に関しては学説はほぼ一致して次のように述べる。まず、詐欺行為たる法律行為が有償名義(à titre onéreux)と無償名義(à titre gratuit)の場合に分けて考える。すなわち、有償名義の行為が問題である場合には、第三取得者は、その者が債務者の支払不能を知っていた場合にしか取消訴権(action révocatoire)に服さない。反対に、無償名義の行為が問題である場合には、取消訴権は善意の第三者に対しても提起し得る。何故なら、無償行為の第三取得者は被害者の給付と引換えに何らの給付を与えてこなかったから、債権者より保護する利益に値しないからである。一方、有償名義の第三取得者は、反対給付を債務者財産に与えており、その観点から、善意の第三者は保護に値する。つまり、有償行為の場合は、第三取得者は、債権者として「損害を避けるために戦う(certat de damno vitando)」ものであり、その行為の時点における第三者の加担を常に要求する。それに対して、無償行為の場合は、第三取得者は「利益を得るために戦う(certat de lucro captando)」のであり、無償で得た利益を保持しようと望むことで取消の責めを負うことになる¹²²。

要約すると、無償行為の場合、善意の第三者に取消の効果が及ぶ点では、a.p.は対物的であり、有償行為の場合、取消の効果は債務者の詐欺の意思について悪意の受益者にしか及ばず、善意の第三取得者には及ばない点を考慮すると対人的である。

第四章で考察したように、「詐欺に関する特示命令」は、「占有を取得させる(adipiscendae possessionis)」ように定められていたものであり、そもそもは有体物を要求することにしか資することができなかったと考えられる。それが、第五章で述べた金銭支払を目的とする事実訴権(actio in factum)とユスティニアヌスのDigestaの中で融合することによって被告に対する金銭請求も可能になったと解される。そして、この融合は、法律行為の取消を手段とし目的物の取戻を目的とする「原状回復命令」によって完成されたというべきであろう¹²³。

結局、a.p.は、対物的要素と対人的要素の両要素を構成要素しているけれども、被害者に属していた財産または権利を占有する全ての人に対して区別なく与えられるわけではないので、a.p.という取消訴権は対人訴権と解するのが妥当であろう¹²⁴。

¹¹⁶ Giffard, op. cit., n° 497, p. 353.

¹¹⁷ Girard, op. cit., p. 452.

¹¹⁸ LÉVY, op. cit., §2, p. 152.

¹¹⁹ Monier, op. cit., N° 181, p. 306.

¹²⁰ 原田・前出注(8)400頁。

¹²¹ Girard, op. cit., p. 456.

¹²² Id. p. 455.

¹²³ Id. p. 457.

¹²⁴ Monier, op. cit., n° 181, p. 308.

第3節 a.p.(廃罷訴権)の法的効果

古典時代においては、*missio in bona*(財産差押)以前の債務者から債権者への弁済は、それが詐欺的弁済であっても取消し得なかった。たとえ、弁済から利益を得た債権者が債務者の詐欺の意思について悪意であってもである¹²⁵。第四章第2節第4款で触れたように、Lenelは、「原状回復命令」も「特示命令」もいずれも、破産手続終結後に利用されたと解している。これに対して本稿同所で、私見は、逸出財産の回復を図るという目的から、両命令とも*bonorum venditio*(財産売却)の前に利用されたのではないかと述べている。ただ、いずれにしても、破産債務者財産の債権者への占有移転は、*missio in bona*によってなされると考えられ、それ以前の詐欺行為は「詐欺」の認定が実際上困難であったと解される。したがって、Monierが指摘するように、*missio in bona*(財産差押)以前に自己の債務者が支払不能であることについて悪意で、弁済期の到来した債権の弁済を受けた債権者に対してはその弁済を取消することはできなかつたと解されている¹²⁶。

これに対してa.p.(廃罷訴権)では、詐欺的弁済は*missio in bona*の前であっても取消することができたと考えられる。それに加えて、「特示命令」とは異なっており、a.p.は、以前からある債務のための質権等の詐欺的担保の設定に対してもその取消ができたと解されるのである¹²⁷。

また、第三章第2節第1款で触れたように、「原状回復命令」は、債務者が債権者を詐欺する意思で行った債務免除を取消することができなかつたが、a.p.では、債務者が自己の債務者に対して行った詐欺的債務免除を取消し無効(*non avenu*)と見なすことができたと考えられる¹²⁸。

ローマ法における困難な問題の一つに嫁資(*dos*)財産がある。嫁資財産の設定は、直接的権利を夫に、将来の権利を妻に与えるものである。法学者は、嫁資財産の設定を、持参財産の所有権を取得し、家政の責任を負わねばならない夫に対しては有償名義の行為と見なす。したがって、持参財産が弁済不能者によって設定される場合には、取消訴権(*action révocatoire*)を行使するためには、夫が詐欺の共犯であったことを証明しなければならない。夫がそれと承知の上で、詐欺者の持参財産を受け取ったという事実が存在する場合には、最初「特示命令」、そして、後には廃罷訴権(a.p.)によりその嫁資(*dos*)設定は取消された¹²⁹。

さて、詐欺行為との関係で詐欺を受ける債権者の存在時期が問題となる。債務者がある財産を売却してしまっただけでしか支払不能に陥らない場合には、その行為後の債権者は、譲渡を取消することができない。しかし、債権者が当該詐欺行為の取消から利益を得るためには、その行為前に、詐欺の被害者であるただ一人の債権者が存在するだけで十分である¹³⁰。そして、債権者の一人が財産売却手続への関与が法務官によって認められれば、債権者集団のために当該詐欺行為を取消することができ、債権者全体が取消による利益を享受できたと考えられる¹³¹。なお、果実(*fructus*)については、a.p.は、「原状回復命令」と同様に、取消までの間に逸出財産から生じた全ての果実の返還を請求できると考えられる¹³²。したがって、土地から生じた自然果実(*fructus naturalis*)のみならず、不動産賃貸借契約から生じる賃料(*merces*)等の法定果実(*fructus civilis*)も全て返還を請求できると解される。

ローマでは、全くの支払不能な債務者財産の清算については、第二章第2節で概観したように集団的手続(破産手続)が存在する。取消訴権であるa.p.は、財産に対する執行手続の付帯請求(*incident*)であった¹³³。したがって、a.p.は、破産手続の途中で取消を求めて提起され、破産手続外にいる第三者を取消訴訟に引き込む目的で申立てられたと考えられるのである。執行手続においては、債権者集団を代表する財団管理人(*curator bonorum*)が指名され、その財団管理人は、ユスティニアヌス帝法の下では、支払不能者の財産を保管・管理するだけでなく、清算し、個別的財産売却(*distractio bonorum*)を行うことをも使命としていた。そして、詐欺者の全財産を個別に売却した後、債権者が全額の弁済を受けない場合は、財団管理人は、詐欺行為の取

¹²⁵ Id. n° 177, p. 299.

¹²⁶ Id. n° 180, p. 304.

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ Id. n° 181, p. 307.

¹²⁹ Id. n° 180, p. 306.

¹³⁰ Id. n° 180, p. 305.

¹³¹ Id. n° 179, p. 303.

¹³² Girard, op. cit., p. 456, n. 2.

¹³³ Monier, op. cit., n° 179, p. 303.

消の手続を始めることができた¹³⁴。

Grevesmühlも、次のように述べる。ユスティニアヌス帝の時代では、最早総財産売却(bonorum venditio)の手続ではなく、個別財産売却(bonorum distractio)の手続が適用されたということは注目されなければならない。破産財団は、もう一括して(en bloc)は破産財団の買主に売却されず、破産者の財産の目的物は一つずつ換価された。債権者は、取消によって一括して売却されるはずの財団を補充するためではなく、個々の債権者の満足のためにa.p.を行使した。取消は、ユスティニアヌス帝法では、財産換価の終了後初めて許された(erst nach Abschluß der Vermögensverwertung zulässig)¹³⁵。

しかし、後期古典時代においても、財産売却(bonorum venditio)は、申立てた債権者の他に幾人かの債権者がいた場合には、常に破産手続に移行したのであって¹³⁶、破産法が債権者の平等を確立するために制度化されたのは、時代を遙かに下るイタリア都市法においてであったと考えられる¹³⁷。したがって、ユスティニアヌス帝時代に財産執行の形態が、債務者財産の一括総財産売却から個別財産売却への基本的移行があったとしても、a.p.は、破産手続と密接に関連しながら創設され発展していったのではないかと推測されるのである。

おわりに

廃罷訴権(a.p.)は、債務者破産と財産差押(missio in bona)を前提として、破産手続と密接に関連して創設され発展してきたと考えられる。a.p.の意思的要件面でも、また、物的要件面でも、「原状回復命令」及び「特示命令」の要件がそのまま影響を与えていることを看取することは容易である。a.p.が取消訴権(actio revocatoria)と呼ばれるように、取消を内容とする訴権である点は明らかに「原状回復命令」に起因するものである。また、取消の対象が、単に「握取行為」という法律行為ではなく、その他の法律行為も取消の対象となったのは、「特示命令」に由来すると考える。したがって、「原状回復命令」では取消し得なかった債務免除、弁済、引渡(traditio)等の準法律行為が取消の対象となったのは、「特示命令」の影響と言えるであろう。また、前章第3節で見たように、財産差押(missio in bona)以前の詐害行為もa.p.は取消することができるということは、財産執行が総財産売却から個別財産売却へ移行しつつあったという執行手続上の変化により、総債権者の保護よりも個別債権者の保護へ取消権の保護の重点が移りつつあったことと関係があるものと解される。そして、金銭請求を主たる内容とする事実訴権(actio in factum)という訴訟形体と融合することにより、単に法務官の一時的命令権に基づかず、恒常的に認められる訴権として、取消による金銭的財物の返還も請求できることになったと考えられる。いわば、事実訴権に「原状回復命令」と「特示命令」は統合されたと言えるのではなからうか。

冒頭に述べたように、我が民法424条・425条はフランス民法1167条に由来し、その淵源はこれまで論じてきたactio Pauliana(廃罷訴権)に遡る。ボワソナードが、我が民法草案を起草するにあたって、詐害行為取消権に関して参考にした学説はColmet de Santerre及びF.Laurentのいわゆる「絶対的効力説」であったと推測される。すなわち、廃罷訴権による取消の効果は、取消債権者のみならず他のすべて債権者に及ぶとするものであった。それが、ボワソナード草案363条を経由して現民法425条として規定されたものである。現在のフランスにおける通説・判例は、詐害行為取消権(action Paulienne)の取消の効果に関しては、いわゆる「相対的効力説」を採用し、取消権を行使した取消債権者のみが取消の利益を受けると解している¹³⁸。これは、フランスは商人破産主義を採用している(旧仏商法437条)関係で、民事破産概念が消滅し本来この訴権が有していた集団的性格を喪失した¹³⁹ことが影響していると思われる。

フランスにおける通説・判例の見解を脇目に見ながら、民法425条は存続されるべきか、それとも削除も含めて改正されるべきか、もし何らの形で存続するべきとした場合にどのような解釈を施すのが妥当なのかといった重大な問題がある。しかし、この問題については、別の機会に稿を改めて論じたいと希望している。

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Grevesmühl, a. a. O., S. 23.

¹³⁶ Grevesmühl, a. a. O., S. 14.

¹³⁷ Ourliac et Malafosse, op. cit., n° 177, p. 201.

¹³⁸ Malaurie et Aynès, op. cit., n° 1038, pp. 589-590.

¹³⁹ 山口俊夫『フランス債権法』268頁(東京大学出版会、1986年)

参考文献

- 1) 飯原一乗『詐欺行為取消訴訟』(悠々社、2006年)
- 2) 江南義之訳『「学説彙纂」の日本語への翻訳II』(信山社、1992年)
- 3) 小野木常・中野貞一郎編訳『アルトゥール・エンゲルマン著 民事訴訟法概史』(信山社、2007年)
- 4) 小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系第5巻』(成文堂、2003年)
- 5) 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社、1985年)
- 6) 椿寿夫・新美育文・平野裕之・河野玄逸編『民法改正を考える』(日本評論社、2008年)
- 7) 中西俊二『詐欺行為取消権論』(雄松堂出版、2009年)
- 8) 原田慶吉『ローマ法』(有斐閣、1955年)
- 9) 平野裕之『債権総論』(信山社、2005年)
- 10) 船田亨二『ローマ法第1巻』(岩波書店、1968年)
- 11) 同 『ローマ法第2巻』(岩波書店、1969年)
- 12) 同 『ローマ法第3巻』(岩波書店、1970年)
- 13) 同 『ローマ法第4巻』(岩波書店、1971年)
- 14) 同 『ローマ法第5巻』(岩波書店、1972年)
- 15) J・ブライケン著、村上淳一・石井紫郎訳『ローマの共和制』(山川出版、1995年)
- 16) 松阪佐一『債権者取消権の研究』(有斐閣、1962年)
- 17) 山口俊夫『フランス債権法』(東京大学出版会、1986年)
- 18) G. Boissonade, *Projet de Code civil pour L'Empire du Japon*, t 2. Nouv. éd, 1891.
- 19) A. E. Giffard, *Droit Romain et Ancien Droit Français*, 1976.
- 20) P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., 2003.
- 21) Jean-Philippe LÉVY, *HISTOIRE DES OBLIGATIONS*, 1995.
- 22) P. Malaurie et L. Aynès, *Cours de Droit civil les obligations*, 4^e éd., t. VI, 1993.
- 23) Raymond Monier, *MANUELE ÉLÉMENTAIRE DE DROIT ROMAIN*, t. 2, 1936.
- 24) P. Ourliac et J. Malafosse, *Histoire du Droit privé 1/ Les Obligation*, 2^e éd., 1969.
- 25) Arthur Engelmann, *Der Civilprozeß. Geschichte und System*, Bd. 2, 1891.
- 26) Götz Grevesmühl, *Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht*, 2003.
- 27) Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., 2003.
- 28) Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, 1927.
- 29) Otto Lenel, *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht*, 1903.
- 30) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 5, 1841
- 31) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 7, 1848.

**A study on actio Pauliana as a legal remedy for a
Creditor when a debtor in bankruptcy**
— Analysis and integration of “in integrum restitutio”, “interdictum
fraudatorium” and actio Pauliana in Roman law —

Shunji NAKANISHI

*Department of Biomedical Engineering, Faculty of Engineering
Okayama University of Science,
1-1 Ridai-cho, Kita-ku Okayama 700-0005, Japan*

(Received September 24, 2009; accepted November 5, 2009)

In the Roman classic era there were two different legal remedies for a creditor when a debtor in bankruptcy. One of them was called “in integrum restitutio” which enabled the creditor to annul the fraudulent conveyance performed by the debtor in order to cause damages to his creditors and the other was known by the name of “interdictum fraudatorium” which aimed to get back the possession of the debtor’s property deliberately delivered to a third party for the creditors. In addition, there existed a special legal procedure called “actio in factum” which was mainly used to claim for money payment.

These legal remedies fused together into actio Pauliana in Digesta of the Justinian Code in the sixth century. This new action made it possible for a plaintiff identified with a creditor to rescind the fraudulent conveyance and other fraudulent illegal acts for the purpose of recovering the debtor’s property transferred to the beneficiary.

This study purposes to analyze the content of the fusion of the three Roman classic legal remedies and to make it clear how well actio Pauliana was created and integrated in Digesta.