

翻訳：「古典ローマ法における債務者の法律行為の取消し」 (Otto Lenel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners in klassischen römischen Recht, 1903.)

ーローマ法における「原状回復命令」・「詐害に関する特示命令」・
「パウリアナ訴権」に関する研究ー

中西 俊二

岡山理科大学工学部生体医工学科

(2011年6月22日受付、2011年11月7日受理)

よく知られているように、法務官の告示(edictum;Edikt)は、債務者の詐害的法律行為の取消しについて、2つの異なった箇所¹で問題にしている。最初の箇所¹は、「財団管理人(管財人)が与えることについて(de curatore bonis dando)」に結びつけられ、自由に改ざんのために書き入れられた『学説彙纂』第42巻第8章第1節首項の「欺罔により(行われた)こと(quae in fraud.)」(第42巻第8章の表題“Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur.”の書き出しの部分:訳者注)において我々に伝えられている条項に見られる。我々が、『学説彙纂』の原文を読むように、ここに財団管理人(管財人)にとって、“あるいは、その物について訴権を当然与えなければならないその人に(vel ei cui de ea re actionem dare oportebit)”すなわち、1つの訴権(actio)が公約されている。この条項は、告示に関するウルピアヌス(Ulpianus)の告示注解第66巻によって、また、パウルス(Paulus)による告示注解第62巻によって注釈されている。別の箇所²は、法務官は特示命令によって、すなわち、「詐害に関する特示命令(interdictum fraudatorium)」の発令によって、その目的物に立ち返る。同様にその特示命令が言及されないままではない本文が第10節に存在するが、その注釈をウルピアヌスは告示注解の第73巻において、パウルスは告示注解第68巻において与えている。『学説彙纂』の表題(第42巻第8章)において、その名称にしたがって³、断章1, 3, 6, 7, 9, 12 法文は、第1の法的手段に、断章2, 4, 5, 8, 10, 11, 13-15, 17-19, 25 法文は第2の法的手段に関連している。表題の他の断章では、名称も内容もいずれの法的手段に関するかの割当てを可能にしない。

上に述べた1つの法的手段の適用範囲をいかに考えるべきかという疑問は、全てのローマ法の最も論争された問題である。次に述べる小論文は、その両方の法的手段の関係に関する文献⁴に存在する古くかつ新しい見解を全て批判的論評に従わせることを意図するものではない。この論文は、私自身にとって文献の絶えず新たにされた研究から生じた結果だけを提示し、その正当性を示そうとするものである。

すでに『永久告示録(Edictum perpetuum)』(398頁注18)において、私は次のことを指摘しておいた。すなわち、編纂者達は、『学説彙纂』(第42巻第8章)および法典(写本)表題(第7巻第75章)において、「詐害に関する特示命令(interdictum fraudatorium)」の名前を故意に削り、そしてその名の代わりに事実訴権(actio in factum)であったり、ただの訴権でもって全く置き換えてしまった。私の著書『市民法の再生(Palingenesia juris civilis)』において、その特示命令に関するウルピアヌスの注解の段落(1640番以下)を追究しようと努力

¹ Lenel, Edictum perpetuum(永久告示録)§225参照。

² Id, §268

³ Lenel, 『市民法の再生(Palingenesia juris civilis)』における指摘を参照。

⁴ Windscheid-Kippでは見落とされている。Pand(『学説彙纂』).§463. Siro Sollazi, la revoca degli atti fraudolenti(『詐害行為の取消し』), 1902. の序文の終末の索引も見よ。最も新進気鋭の著述家であるSolazzisは、その問題に関して、私には決定的とは思われない理由から、第1節の首項よりその訴権を刑事訴権と考える。

する者は、そこにこの註解がいかにか正確にその特示命令の本文と結びついているか、また、しかし、いかに『学説彙纂』の本文自体は、法学者が特示命令の本文を引用する箇所(第10節第2法文)で、それにもかかわらず常にいわゆる事実訴権についてのみ論じているかを見て、この改ざんの事実について疑うことはできないのである。そして、ユスティニアヌス法典(第2巻第27章[第28章])第2節のある箇所、テオドシウス法典(第2巻第16章)第1節との比較から生じるように、特示命令への言及が明らかに故意に抹消されてしまったことを積極的に強調する必要はほとんどない。『学説彙纂』の2つ断章第36巻第1章注解69[67]第1・2法文と第46巻第3章注解96首項において、すなわち主題の所在箇所(sedes materiae)の他では、同様の抹消は起っていないと考えることは確かにまったくの見当違いである。さて、しかし、さもないと、訴訟手続の変更にもかかわらず、どこでも古き特示命令にその名を残しておいた編纂者達が、ここでこの規準と相違していたならば、私がこの抹消のことをEdictum perpetuum(『永久告示録』)の中で(説明しようと)試みたように、このことは最大の蓋然性をもって説明され得るのである。初めに話に出したこれら2つの法的手段の二重性は、編纂者にとって実際の意義を失っていたので——どちらでもよいことだが、その永久告示録においては、この実際の意義は最初は存在していたかも知れないが——だから編纂者はこれらの2つの法的手段から、唯一の法的手段をつくることを決心した。その手段を、その場合他の名前がないので、彼らは事実訴権(actio in factum)あるいは単に訴権(actio)と呼んだ。

改ざんという一度始められた方法を、編纂者は引き続いて取らねばならないということは、最初から予期されている。その2つの手段は、上の目的に合致した。それらの手段は、古典ローマ法に見出され、実際上は、想像されるように兎に角別々のものである。だから、このことは注解の中にも現われねばならなかった。より厳密に言えば、「特示命令」に関する注解の中だけでなく、他の法的手段に関する注解の中にも現われている。その理由から、改ざんが行われなければ、「特示命令」は他の法的手段によっても容易に消滅し得なかったであろう。実際に、『学説彙纂』第42巻第8章第1節首項に引用された告示は、最も明瞭な編纂者の関与の痕跡を示している。痕跡、その追究はおそらく途中でそれ以上の結果に至るであろう。『学説彙纂』によれば、告示は次の本文を有している。

「詐害を知らなかったわけではない者を相手方として詐害の原因で行われたであろうことは、これらについて管財人にあるいはその件について訴権を賦与すべきであろう者に、権力が試みられるべきであったであろう1年以内に私は訴権を賦与するであろう。そして、それを更に詐害行為をなした者に向けて私は遵守するであろう(Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curator 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.)」

この本文は、何重もの熟考の余地を与える。とりわけ、その節“あるいはこの者にその件について訴権を賦与すべきであろう者に(vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit)”は、あり得ない。その上、必要とされるdari(与えられること)の代わりにdare(与えること)とあるのは書き間違いであろう⁵。しかし、vel(あるいはむしろ)という語は、すでに告示文に対して決定的なものである。“aut(あるいは又、それどころか)”がふさわしくないところでは、告示の離接接続詞は常に“ve(～(あれ)か～(これ)か)”である。そして、さらに客観的に見れば、そのことは最も重大な障害を引き起こすに違いない。すなわち、法務官はここでその者に訴権(actio)を与えることを公約したはずである、“cui de ea re actionem dari oportebit(その件についてアクチオ(訴権)を与えられるべきであろう者に)”、すなわち、アクチオはアクチオに帰せられる。支配的見解によれば、詐害者の債権者達はこの表現で特徴づけられるべきである。法務官は財団管理人(管財人)が不存在の場合に、同じくその債権者達にアクチオ(訴権)を公約したのである。しかし、法務官が債権者達のことを考えていたのであれば、何故、法務官はそのことを述べなかったのだろうか。先ず考えられる法学の簡潔な表現の代わりに言うに足りない決まり文句を使用することは、全く告示の用語の特徴にはないことである。そして、何故、債権者達にアクチオ(訴権)が与えられ“ねばならない(muss)”のであろうか。公平さからであらうか。しかし、“oportet(…は当然である)”は、それとは別に、全くの公平さにより必要とされるものではなく、至るところで単に法的に必要とされるものを意味する。しかし、法的には債権者達は正しくただ我々の告示自身の力によりアクチオ(訴権)に対して(当然の)権利を有するだろう。それだから、法務官は告示の言い回しで、

⁵ しかし、ギリシア人はχρη(～することが必要である)というギリシャ語から分かるように、能動態の不定詞を伴う構文に慣れていたということは、思い出されてよからう。

この(アクチオに対する)要求をすでに与えられたものとして仮定することはできなかつた。ところで、使用された表現形式に対する疑念は、次のことによつて強められる。すなわち、保存されている注解の断章において、何と云つても最も説明の必要がある言葉が説明されていないこと、そして、『学説彙纂』第42巻第8章第7節において、我々の告示に係するパウルス告示注解第62巻の箇所を再び1つの改ざんに突き当たることである。すなわち、

「もし、債務者が債権者達の詐害のためにより少ない代価で土地を知られた買主に売却してしまったならば、次いでさらに、これらの者にその取消しについてアクチオ(訴権)が賦与される者達が、その土地を訴求するならば、代価を返還しなければならないかどうかが問われる(*Si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti emptori vendiderit, deinde hi, quibus de revocando eo actio datur, eum petant, quaesitum est, an pretium restituere debent.*)」

ここにもまた、再び奇妙で漠然とした表現がある！もし、法学者がそのことを本当に言うつもりであったのならば、何故、“財産管理人(管財人)あるいは債権者達自身(*curator vel ipsi creditores*)”ではないのであるうか⁶。

しかし、公約されたアクチオの受領者という表示が告示において疑わしいだけでなく、——とりわけ、アクチオの公約、すなわち“私はアクチオを与えるだろう(*actionem dabo*)”それ自体が怪しい。告示文は無条件に要求する。すなわち、「私は判決を与えるであろう(*iudicium dabo*)」である。法務官が常に新しい民事訴訟行為を導入し、例えば、単に手元にあるものを拒否せず、制限し、他の主体に譲渡ないし返還するところでは常に、法務官は例外なしにかつ正当な理由から*iudicium*(判決)という語を用い、*actio*(訴権)という語を用いない。さて、編纂者はどこでも他の時には、告示の“*iudicium dabo*”の語をそのままにしているので、編纂者は我々の告示では特に“*iudicium dabo*”という表現を見付けなかつたので、編纂者はおそらく彼らによつて求められた制度には調和しなかつた別の公約の代わりに“*actionem dabo*”を設定したということは、非常に大きな蓋然性をもって真実であると証明されるのである。この推測は、ウルピアヌスの注解によつて重要な支持を受ける。その注解の本文をたどると、告示の本来の注解においてはアクチオについてはまったく触れられていないという奇妙で今までに顧慮されなかつた事実が我々は遭遇する。しかし、ここでは常に、アクチオが生じるのではなく、告示が行われるということが述べられている。以下の断章では、次のように記載されている。第3節首項：「告示が余地をもつこと(*edictum locum habere*)」、第3節第2法文：「それはこの告示に関わる(*ad hoc edictum pertinet*)」、第6節首項：「何故なら、告示は以下のものに関わる(*pertinet enim edictum ad etc*)」、第6節第1法文：「この告示に余地を作らないようにするために(*ne faciat huic edicto locum*)」、第6節第2法文：「この告示に余地を作るために(*ut huic edicto locum faciat*)」、第6節の第3法文—第5法文：「この告示を行わないこと(*cessare hoc edictum*)」、第6節第6法文：「この告示は(*contractus*:契約に)関すること(*hoc edictum pertinere*)」、第6節第7法文：「この告示を気づかれないこと(*non timere hoc edictum*)」、第6節第8法文：「告示の文言を行わないこと(*cessare verba edicti*)」。告示の注解に現われているこれらの言い回しは確かであり、その注解においてアクチオ(*actio*)は公約されている。しかし、その際アクチオそのものは完全に無視されているということは、当然先例がないことであるう⁷。また、注解の事例では、アクチオの授与、少なくとも特別なアクチオの授与が少しも有用な役に立たなかつた場合が存在する。第1節の第2法文、第3法文首項においても同様である。「(もし)合意によって誰かある者を解放したのであれば、むしろ彼はその者に抗弁を与えた(*si pacto aliquem liberavit vel ei prae-buit exceptionem*)」；ここで法務官は、完全にアクチオではなく再抗弁(*Replik*)を与えることによつて、あるいは抗弁を拒絶することによつて手を貸した。アクチオは注解において、先ずウルピアヌスが告示の本文からそれて、その本文の拡充をもたらすところに現れる。第6節第11法文では、そこでは無償の原因にもとづく(*ex causa lucrativa*)善意の取得者に対する訴権について、第12、13法文では、似たような種類の別の場合について述べられている。それは、例外なく制限された責任(*modifizierter Haftung*)の場合である。また、

⁶ また、文末の“*debent*(彼らはせねばならない)”は、改ざんを暗示している。おそらく、パウルスの告示注解の箇所には単数形の原告(*Kläger*)があつた、そして、それに応じてその後“*debeat*(彼はせねばならないだろう)”が来た。それを、話法に反して無頓着な編纂者が、“*debent*”に置き換えたものである。

⁷ 例えば、ファビアナ訴権(*actio Fabiana*)が、『学説彙纂』の表題(第38巻第5章)の箇所を、果たす役割について比較される。

法学者はどこにもこのことについて正確に述べていない。というのは、法学者が第1節の第1法文においても詐欺的譲渡の「取消し」を告示の目標かつ目的として主張する場合には、本来の主たるアクチオは、告示から制限された責任へ向けられているからである。それから、我々は確かにもう一度注解の最終節においてアクチオに出会うのである。第6節第14法文：「我々はこのアクチオの有用な1年を通算する……(huius actionis annum computamus utilem……)しかし、そこでは、第1節首項の「私はアクチオを与えるだろう(actionem dabo)」が改ざんされているとするならば、改ざんの繰り返しは全く回避され得なかった。

これまでの全てのものと並んで告示の(第1節首項の)結語は、編纂者の介入を最終的に暗示している：「そしてそれを私は、詐欺を行ったその人自身に対して依然として遵守するだろう(idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo)。』

これらの言葉は、確かに正真正銘の印象を与える。しかし、今我々がそれらの語句を見出す関係においては、それらの語句は持ち堪えられなかったであろう。たいていその文章は、法務官が受理に向けて導入されたアクチオを明確に詐欺者自身に対しても公約したであろうという点で理解されている。そして、この解釈を強化するために、『学説彙纂』第42巻第8章第25節のヴェヌレイウス(Venuleius)の特示命令第6巻の第7法文を引用する：「このアクチオは、やはり詐欺者自身に対して与えられる。メラは、詐欺者に対してはそれと与えられるべきではないと考えていた云々(Haec actio etiam in ipsum fraudatorem datur, licet Melan non putabat in fraudatorem eam dandam etc)。』

これに対して最後の箇所は、我々が取り扱う告示から生じる訴権に関連するというより、記載から結果として生じるように、「詐欺に関する特示命令」すなわち、より正確には準特示命令(utile interdictum)あるいは特示命令に基づく準訴権(utilis actio ex interdicto)に関係している。しかし、逆が正しい場合には、その箇所は通説的見解を支持せず、その誤っていることを証明することになるだろう。何故なら、その告示が相対立する見解の一方を明確に支持する場合には、あり得なかったであろうような論争に、その箇所が触れているからである。ヴェヌレイウスは、その場合自己の裁定のためには、告示の本文を引き合いに出したであろう⁸。確かにまた、次のことはそれ自体明らかである。すなわち、法務官がただ無造作に前に一般的に与えると公約されたアクチオを債務者自身に対しても、また与えると公約するつもりであったであろう場合には、法務官は確かに我々が第1節の首項で読む告示の異常なほどに単純な文言でもって公約はしなかったであろう。法務官は何の疑いもなく簡単に次のように言ったであろう。“私はこのアクチオを詐欺をなしたその人に対してさえも与えるであろう(hanc actionem etiam adversus eum, qui fraudem fecit, dabo)。”このことを斟酌して、私は私の『永久告示録』においても、最終節に通説とは異なった解釈を与えようと意図してきた。そこで私は次のように解釈する。すなわち、法務官は、詐欺者はやはり詐欺的譲渡を引き合いに出すことは許されるべきではないという以外には何も語ろうとしないだろう。そして、この原則の規則正しい適用は次のようなものであったであろう。すなわち、詐欺的に譲渡されたものがなお、詐欺者の占有に存する場合には、財産差押(missio in bona)は直ちにその目的物にも及んだということである。事物に即した反対理由に関するこの解釈に対して提示されるものをここではそのままにしておく。それ故、私はその解釈を放棄しなければならない。何故なら、その解釈は通説的解釈と同様に伝えられた本文と一致することが少ないからである。だから、法務官は首尾一貫しないように見える。“私はアクチオを与えるであろう(actionem dabo)”の後に、“そしてそれを私は遵守するだろう(idque servabo)”が続く場合には、“そしてそれを(idque)”は、アクチオを与える公約の根本に存在する立法的思想ではなく、さらにただ“アクチオを私は与えるだろう(actionem dabo)”自身を示唆し得る。そしてこのことが矛盾するならば、そのことにこれまで言われてきた本文の改ざんの証拠が存在しているのである。今や、これまでに詳述してきたことに基づいて、本物の告示の内容が検討されるべきならば、改ざんされたい“私はアクチオを与えるだろう(actionem dabo)”という言葉から我々の結論を得ることが得策だろう。もし、本物の告示に何らアクチオが与えられることが公約されていなかったならば、さもなければ、その告示には何が公約され得たのであろうか。この問いに対して

⁸ 彼はそのことを行わないし、その箇所の最後の節でも行わなかったように見える：そして法務官は、財産を奪われる者にアクチオの利益というよりむしろ罰を考慮するように見える(et praetor non tam emolumentum actionis intueri videtur in eo, qui exutus est bonis, quam poena)。すでにその直接先行する「アクチオはそれにもかかわらず与えられるであろう(nihilo minus actio dabitur)」という文句は、ここで告示条項ではなく、法務官の裁判例が問題になっていることを示している。その裁判例は、ヴェヌレイウスの上述の文言によって正当化されている。

は、直ちにかつ必然的によく話題となった箇所にある考えが思い浮かぶ。その箇所は、他の所に求められた公約をまったく自明のこととして仮定している。私は、『法学提要』第6節I“アクチオについて(*de actionibus*)”を考えている。(『法学提要』第4巻第6章)：

「同様に、ある者が債権者の詐欺のために自分の物のある人に引渡してしまったであろう場合には、法務官の判決(*sententia praesidis*)によって、債権者達から離れて占有された財産に対して、債権者達自身のために引渡しは取消されてこの物を攻撃すること(*eam rem petere*)が許される。それは、この物の引渡しは存在せず、そしてそのためにその物は債務者財産に留まった(*in bonis debitoris mansisse*)と判決を下すことである(*Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse*)。』

この箇所も古典期の原本に対してひどく改ざんされている。古典期の法学者が口にするできない推論は当然改ざんされている。古典期の法学者は、擬制的決まり文句について述べた。古典学者の場合、ひょっとするとマルキアヌス(*Marcianus*)の場合は、引渡しは取消しの対象から外れるのではなく、握取行為(*mancipatio*)が取消しの対象とみなされた。確かに、引渡しによって、もちろん古典期においても所有権は譲渡されることができた。しかし、引渡しは、まったく個々のさらなる追加条項なしに、古典学者の場合には所有権の譲渡ではなく、単なる占有の引渡しを意味し、その引渡しの解除には何ら取消しの形式は必要ではなかった。結局、“債権者達自身のために(*ipsis creditoribus*)”という文言が改ざんされている。物に対する取消訴権(*die rezissorische actio in rem*)が古典期において、債権者達自身に帰属していたということは、私にはまったく信じられないように思われる。しかし、“債権者自身のために”というのとは、ただ各個々の弁済を受けない債権者を意味することはあり得る。ところで、個々の債権者が取消しの訴えを提起したとすれば、確かに相手方は敗訴を免れるために、その債権者に民事上の所有権を返還しなければならないであろう。しかも、原告が破産者に何を要求したか、そして債権金額は、譲渡された財産物件の価値に対していかなる関係にあったかはどうでもよいのである。取消しは債権者全体に利益をもたらす代わりに、偶然先手を打った債権者だけに利益をもたらしたであろう。そうは言っても、残余の債権者が、例えば、事務管理訴権(*actio negotiorum gestorum*)を用いて自己の配当を要求することができたであろうことに異議を差し挟む余地はない。このことは、いかなる困難へ導くに至ったであろうか!各債権者に配当を求める訴えを与えることは、赫々たる勝利の取消原告に、戦い取られた物の比例配分の義務を負わせることを意味しただろう。このことは、いかに実行されるべきであったのだろうか。ともかく、古典期の訴訟においては、債権者間の関係における破産債権の確認のための整然とした手続は予定されていなかったのだから。さらに、取消原告は、その者の債権現在高について、申し出てくる個々の疑わしい債権者を相手取って訴訟をするべきであったのだろうか。そのようなことは、私には考えられないのである。むしろ、多分、全破産債権者団体の利益を代表する代理人のみが、取消しの訴えを提起し得たであろう。そして、この者すなわち管財人(*curator bonorum*)を、『法学提要』の起草者は自己の原本にも見出していた十分な理由があるだろう。改ざんは“*ipsis*(彼ら自身のために)”というちょっとした言葉にも現れている。古典期の法学者が、もし、実際に債権者を訴えの主体とみなすつもりであったならば、よりもよって、“*ipsis creditoribus*(債権者達自身のために)”と書き記す理由はまったくなかったのである。しかし、成るほど、“*ipsis*(彼ら自身のために)”という語は、改ざん者にとって、彼が原本に管財人(*curator bonorum*)という語を見出して、その箇所に“債権者達自身(*die Gläubiger selbst*)”を置こうと意図すれば、結果的に文章に現れることができた。どうであれ、次のことは確かだと思われる。すなわち、それが誰に属していたものであろうと、古典期において詐欺的譲渡を取り消す目的のために、取消訴権が存在していた。だから、取消しは告示によってどこかある所に規定されていたに違いないということである。この告示として、我々が現在第42巻第8章第1節首項の改ざんされた告示を見出す箇所以外の他の箇所を私はまったく知らないのである。要するに、この告示において最初の本文によると、管財人に、債権者達自身ではなく、管財人のみに、特定のアクチオではなく債務者の詐欺的譲渡に対して「原状回復命令」が公約されたとは私は推測する。既に引用した『法学提要』第4巻第6章第6節Iの取消訴権は、そうすれば原型的決まり文句としてこの告示で提議されたのかも知れない。おのずから明らかなように、告示の本文を復元しようとすることは無駄な努力であろう。しかし、告示の“回復について(*de restitutionibus*)”という題名から、「原状回復」を与える公約のために、最も多様な表現が用いられたということを知る。すなわち、強迫のために(*propter metum*)回復する場合には、“私は追認しないだろう

(*ratum non habebo*)”を、未成年者であるための回復の場合は、“それぞれの物が存在するであろう状況に従って、私は非難するであろう(*prout quaeque res erit, animadvertam*)”を、些細な財産について(*de capite minutis*)の告示では、“同様にあたかもその行為が存在しなかったかのごとく、そのように私は判決を与えるであろう(*perinde quasi id factum non sit, iudicium dabo*)”、より大きな財産の回復の場合には、“私はこれらの物のアクチオを原状へ回復するだろう(*earum rerum actionem in integrum restituum*)”というように。法務官は何らかの形で、管財人の申立てにより、自己の裁判権を、あたかもその詐害行為が行われなかったかのごとくになるように行使すると述べたであろう。私は、例えば以下の編集が可能であると考える。

「管財人によって請求されているところのそれを1年以内に私は原状に戻すだろう(*ea postulante curatore bonorum intra annumin integrum restituum*⁹⁾)」。

しかし、編纂者は、回復の公約の代わりに“私はアクチオを与えるであろう(*actionem dabo*)”を、そして告示にのみ挙げられた管財人と並んで不可能な文言“あるいは、その者にその物に関するアクチオを与えなければならないだろう(*vel ei cui de ea re actionem dare oportebit*)”を入れた。何故編纂者がこれを行ったかは、容易に理解し得る。「詐害に関する特示命令」は、すぐに我々が見るように、管財人ではなく、債権者達自身に帰属していたからである。編纂者はさらに、「特示命令」と取消訴権(*rescissoria actio*)の代わりに、債権者達にとっても管財人にとっても同様に意のままになるはずのただ1つの法的手段を代置しようと意図した。同様に編纂者は、この自分達の新しい無名の訴権(*actio*)を表題の冒頭において告示に改ざんして書き入れ、そして付け足された補遺：“あるいは、この者にその物に関するアクチオを与えなければならないだろう(*vel ei cui de ea re actionem dare oportebit*)”によって、そのアクチオの主観的管轄(*subjektive Zuständigkeit*：その者についての管轄)を解決しよう意図したということより自明なことがあったであろうか¹⁰⁾。

しかし、1つの問題点はなお解説を必要とするだろう。“そして、それをさらに詐害をなした者自身に対して私は遵守するであろう(*idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo*)”という奇妙な最後の節は、何を意味していると解すべきであろうか。その文章は、もしかすると文体的には原状回復の公約によりよく適合するかもしれないが、しかし、客観的には改ざんされた“私はアクチオを与えるだろう(*actionem dabo*)”には一層うまく適合しないだろう。原状回復は、詐害者が放棄したものを再び債権者の手に入れさせるはずのものである。詐害者自身に対する原状回復は、確かにほとんど問題にならない。そして、もし、この種の不自然な場合を構成することが可能であったとしても、相変わらず、いかにして法務官が特にこれらの場合をその告示において予め考慮するに至ったかは明らかではないだろう。それ故、私は次のように確信する。すなわち、最後の一文は、実際には原状回復の公約(命令)とは全く関係せず、それどころか原状回復命令と問題の文章との間に編纂者の不手際により削除された他の規定が存在したのかも知れない。そして、その規定は最後の一文に関係していたと。あの削除(抹消)によって最後の一文からその本来の関係が取り除かれてしまったことによって、その一文は正しく不可解なものとなってしまったのであろう。私は次のように推測する、それは勿論推測に過ぎない。「詐害に関する特示命令」に付帯して、一似たものが不動産占有回復の特示命令(*interdictum unde vi*)にも存在するのだが—古典ローマの公示用白板に事実訴権(*actio in factum*)が提議されていた。その事実訴権についてウルピアヌスは『学説彙纂』42巻8章10節第24法文において次のように述べる。

⁹ それに応じて、「詐害に関する特示命令」では、次のように言われる：“L.ティトゥスが詐害することのためになしたものは、それを汝は回復するべきである(*Quae L. Titus faudandi causa....fecit, ea restituas*)。”

¹⁰ なお、次のように問うことは可能であろう。何故、『法学提要』の編者は、引用された第6節Iから、管財人(*curator*)を全く改ざんにより排除して、その管財人に代わりに“債権者達自身は(*ipsi creditores*)”をただその場所に置いたのかと。編者は、後者のものを名付けなければならなかった。編纂された“アクチオ(*actio*)”は、確かに全ての債権者に帰属するはずのものであったからである。しかし、編者は管財人において債権者達の代理人のみを認め、その理由から債権者達のアクチオ(訴権)においては種々の物の債権者達の代理人については何も全く認めなかったであろう。説明なしの管財人への言及は、初学者をただ混乱させ得ただけであろう。

「このアクチオは、1年後に、その者に関して達するものについて、アクチオが生じさせられる者に対して成立する。何故なら、詐害の結果、利得を経験した者を利得の中に留めることは不当であると法務官は考えたからである。それ故、(法務官は)その人から利得はもぎ取られるべきであると考えた。従って、(利得が)この者へ帰した者が詐害者自身であれ、任意の他の者であれ¹¹、その者へ達しまたはその者の故意の詐欺によってより少ししか達しなかったようなことがなされたことに対してアクチオが成立する(Haec actio post annum de eo quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, competit: iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit. Sive igitur ipse fraudator sit, ad quem pervenit, sive alius quivis, competit actio in id quod ad eum pervenit dolove malo eius factum est, quo minus perveniret.)。』

しかし、ここで詐害者は、確かにこの訴えにおいて先ず第1に訴えの相手方とは考えられない人物であるのに、何故考えうる被告として強調されているのであろうか。その理由は次の点にあったと考えることができる。すなわち、法務官自身が詐害者を強調し、その詐害者に対する訴えを許容することをはっきりと言いつ渡したからであった。しかし、もし、「詐害に関する特示命令」にこの種の条項(文句)が付け加えられていたはずであったならば、その条項(文句)は類似の告示にも欠如していなかったということは確かにありそうもないことではない。実際、詐害者に対する取消しの訴えを許すこと自体は考えられない。“この人へ達したであろうもの(id quod ad eum pervenerit)”に関する詐害者に対する訴えが全く相応しい場合が容易に生じ得る。詐害の譲渡からの利益の一部が詐害者に渡されており、1年後にその完全な価値をその関与した第三者から最早取り戻し得ない場合には、何故ならその第三者自身が確かにただ利益に拘泥する故であるが、その補足的手当として詐害者に対する訴えは債権者には有益である。さて、告示における「原状回復命令」の約定において、例えば次の文言が存在したと想定するならば、すなわち、“1年後その物に関して訴えられるであろうその人と共にその者に達したであろうその物について私は訴訟を与えるであろう(post annum de eo quod ad eum quocum agetur pervenerit iudicium dabo)”という文言を想定するならば、それに続く“そしてそれをさらに詐害をなした者自身に対しても私は維持するであろう(idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo)”という一文は誠によく理解し得る。重大なことは、“訴訟を私は与えるであろう(iudicium dabo)”にあるのではなく、“その人に達したであろうその物について(de eo quod ad eum pervenerit)”にある。そして、法務官は『学説彙纂』の原文によれば見受けられるようには述べていない。すなわち、“私はその一文およびその前提の下でアクチオを賦与するであろう。そして、私はこれを詐害者自身に対しても遵守するであろう。”とは述べていない。もしかすると法務官は次のように述べる。“私は1年後、利得に関してアクチオを与えるだろう。そして、このことは詐害者自身に対しても成就される”と。一方で、このことは法務官の考えとして提示され得るが、首項で公約されている詐害者に対する「原状回復命令(Restitution)」は、債権者にとっては無意味なのである。このような文脈において、最後の一文は、言葉の上でも実質的にももう何らの障害を示してはいない。勿論、なお次のように問うことはできるであろう。すなわち、何故に編纂者は、「原状回復命令」の告示において、1年後の訴権に係る条項を削除してしまったのか、編纂者は『学説彙纂』42巻8章10節24法文が証明するように、その内容は堅持するつもりであったのにと。それに対しては、いろいろな解釈が可能である。あの条項のための注釈は、「原状回復命令」を前提としたので、原状回復の目的のためには役立たなくなった可能性がある。ひょっとすると、我々が全く知らないその条項の本文もまた、我々をてこずらせたかも知れない。また、このような条項を「原状回復命令」の告示のせいだとするならば、もしかすると我々は間違っているかもしれないという可能性が最終的にあり得ることとして強調されるべきである。特示命令にただ遅れて1年後(post annum)の訴権は、しかし、「原状回復命令」の告示には公約されなかった、そして、編纂者は、“しかも、その上、私は詐害を行った者自身に対して、依然としてそれを遵守するだろう(idqueservabo)”の1文の特別の関係を理解しなかったが、その文をまた、単一化しようとする意図からここに導いた。すなわち、その元の位置から離れて「原状回復命令」の告示に移したということはあることであろう。

¹¹ もし、Solazziが“sive.....quivis”の節を改ざんのために挿入されたのであろうと考えるならば、Solazziが抱いたパウリアナと「詐害に関する特示命令」との間の相違に関する先入観に共感しない誰にとってもこのことには、全ての根拠ある理由が欠けている。

我々の上述の説明は、『学説彙纂』42巻8章第1節首項において言い伝えられる告示の「詐欺に関する特示命令」とのみに異論のある関係を明らかにするのにも役立つものである。Dernburg¹²は、あの告示は個別財産売却(*bonorum distractio*)の場合に、そして、その「特示命令」は破産者の総財産売却(*bonorum venditio*)に関係したであろうという意見を主張した。私自身が拙著『市民法の再生(*Palingenesia juris civilis*)』において執着したこの見解は根拠がしっかりしていない。個別財産売却の手続は、審理(訴訟)方式に属し、そして、法務官の告示のどこにも関係しないからである。正しく、この手続に相応しい取消しの訴(*Anfechtungsklage*)が、その審理(訴訟)方式の中に存在したはずだということは全くありそうもないことである。しかし、その上、『学説彙纂』42巻8章6節の第14法文によれば、告示の訴訟可能日年(*annus utilis*)は売却の事実から(*ex factae venditionis*)確かに計算される。すなわち、疑いもなく総財産売却(*bonorum venditionis*)からである。ここでは、改ざんについては考慮されるべきではない。何故なら、このような改ざんはもし行われたとしたら、いかにも反対方向にのみ行われることが出来たであろうからである。私は、『市民法の再生』においてこの文言は注釈のためのものだと明言した。しかしまた、その文言は注釈としての重要性を保持するであろう。何故なら、ばらばらに毀損されていない注釈が確かなにお注釈者にとっては存在したのであり、したがって、注釈者はうってつけのものを知る立場にあった。しかし、その上、第14法文は、もし注釈として問題の文言が争われるならば、法学者が何ら関与しなかった中身の無い告示の再述ということになるだろう。両方の法的手段、すなわち、第1節首項の「特示命令」のような法的手段とそれに基づく告示にのみ知られた総財産売却という制度は、新しく作り出されたものであると今日私は確信している。また、それらの法的手段の相違は、例えばKarlowa¹³が意図するように、1つの法的手段は売却までの間に、他の法的手段はその売却以降に用いられたという点には求められないだろう。原典によれば、それどこか、両方の法的手段は、既に実行された売却を前提としている(『学説彙纂』第42巻第8章第6節第14法文、第10節第18法文等)。そして、その箇所はこのよう十分理解し得るのである¹⁴。まず、売却の結果は債権者の数的削減が生じたことを明確にする。また、我が帝国法によれば、破産外においては詐欺的譲渡の取消しは、債務者財産への強制執行の実効性が存しないことが確定しているかあるはそれとも想定され得るという前提と結び付いている。監視されるべき物の引渡しのために(*missio rei servandae causa*)という単なる事実は、全く債権者数の削減を受け入れるための十分な根拠を与えなかった。債務者の弁済能力および財産関係に対する個々の斟酌なしに、それも確かに十分頻繁に、債務超過が存在していなければ、物の引渡し(*missio*)は行われたのである。従って、物の引渡しは取消しの訴えを提起することを正当化するためには、十分ではなかった。そして、他方において、総財産売却(*bonorum venditio*)は告示の規定(ガイウス第3巻79節)によって非常に短期間で実行されたので、成り行きを待つことによる債権者の損害は、例外的な場合にのみ覚悟すべきであった。私は思うのだが、全体の手続が行われる迅速さは、大抵十分には評価されていない。Karlowaによって代表される考え、すなわち、「詐欺に関する特示命令」は、詐欺により譲渡された目的物をなお、売却されるはずの財産(*bona vendenda*)に取戻す可能性を債権者に開いたであろうという考えは確かに全く間違っている。債権者にとって大そう厄介な占有されるべき財産(*bona possessa*)の状態が取消訴訟の解決まで継続したであろう場合に、物事の順序は実際的なローマ人に適合すると誰が思うはずがであろうか。私の考えでは、我々の両法的手段の適用範囲は、私がすでに上に暗示したように、単に次の点で限定されている。すなわち、「原状回復命令」は、総破産債権者団体の利益の代理人としての1人の管財人の請求に基づいてのみ与えられるが、それに対して「特示命令」は、各個々の債権者によって申請され得るということである。管財人が全く任命されないか、あるいはそれとも、任命された管財人が取消権の主張を拒否する場合には、「特示命令」が救済を与えることになる。「特示命令」は、各個々の債権者に帰属するという事は、『学説彙纂』第46巻第3章第96節首項から、そこは決定的節において改ざんの疑いから免れた箇所であるが、十分明白となる。そこには、次のように記されている。

¹² 『学説彙纂』第2巻第144章参照。

¹³ O. Karlowa, 『ローマ法制史』第2巻1406頁参照。

¹⁴ 『学説彙纂』第36巻第1章69(67)節第2法文自体には、これに対する反証は存在しない。この箇所の終わりに触れられている総財産売却(*venditio bonorum*)は、詐害者(その息子の)の財産ではなく、その父親の財産の総財産売却であり、債権者達は「特示命令」により、その総財産売却への参加を望むのである。息子の総財産売却(*venditio bonorum filii*)は、実行されたものとして前提されている。

「被後見人である男児の債務者は、後見人に指示されて後見人の債権者に金銭を支払った。もし、後見人の態度とともにこの事実が悪意でなされたことが証明されなかった場合は、免除が与えられた。しかし、その詐害の意思によりその後見人に関与したことが知られるであろう場合には、詐害に関する特示命令により、後見人の債権者は被後見人たる男児により義務を負わされる(Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit: liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. Sed et interdicto fraudatorio tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit.)」

しかし、第1節首項の告示の際に、確かに我々に対立したのと同じ疑念が生じる。「特示命令」は、払い戻し(Rückerstattung)の意味において「原状回復命令」と関係づけられている。しかし、個々の債権者は、詐害的に譲渡された目的物を個人的に自己に返還されることを求めることは不可能である。個々の債権者が訴えを提起する場合には、各債権者は総債権者の利益においてのみ、訴えを提起できるのであり、その総債権者は総財産売却(bonorum venditio)を推進した。そして、このことは、「特示命令」の言葉遣いに現れた。その箇所では、すなわち、『学説彙纂』第42巻第8章第10節首項では、現に明らかに改ざんされた言葉が存在するのである。何故なら、言語上からも、客観的にも等しく不可能な言葉が存立しているからである。すなわち、「そのことについてその名の下に、その人のために我が告示に基づいてアクチオが行使され、あるいは追求されることが当然必要である場合には、その者達に……汝は返還すべきである(ea illis, si eo nomine, quo de agitur actio ei ex edicto meo competere esseve oportet, ... restituas.)」と。

Illis (その者達に)—この複数形は、複数の債権者¹⁵を指している。そして、改ざんされた条件文において、債権者達は総財産の占有取得命令(財産差押: missio in bona)を取得したものと公表された。そのことを斟酌し私の『市民法の再生』において、私は次のように推測した。すなわち、例えば、次のような言葉の箇所に、改ざん(書き入れ)が挿入された。

「そのことについてその名の下に我が告示に基づいてアクチオが行使され、あるいは当然そ占有に至らせた必要のある者達に(illis, quos eo nomine q. d. a. ex edicto meo in possessionem ire esseve oportet.)」

第10節第17法文は、これとは対照的に、この節あるいは類似して書かれている節にウルピアヌスの注釈において関連している。

「もし、故マルクス帝の勅法に基づいて財産が自由身分の守護の原因で誰かある者に競売されたならば、アクチオ(特示命令)は行われたいと言われるべきであろう。というのは、家父が行ったことが有効であることが条件で承継するからである(Si ex constitutione divi Marci bona sint addicta alicui libertatum conservandarum causa, dicendum erit ationem (interdictum) cessare: ita enim succedunt, ut rata sint quae pater familias gesserat.)」

ここで言及された(訴訟物の)裁定付与(addictio)が行われる—第1巻第3章第11節第1款を見よ—“もし、彼らは債務を負うだろうということに至らされるためにその原因によって財産について(競売が)始められたならば(si in ea causa bona esse coeperunt, ut veniri debeant)”、現実の総財産売却(bonorum venditio)を回避するために。上記箇所の第17法文において、法学者の頭に浮かんだ矛盾は、確かに実際に執行された総財産売却の矛盾である。すなわち、総財産売却の結果として、余りに短期間で集まった債権者達のみが「特示命令」を申し立て得るであろうが、総財産売却を回避するために免除が判決によって与えられた第三者は、申立てられないということである。

さて、次のことが問題とされ得る。すなわち、各債権者が自己のためにのみ「特示命令」を当然要求できたのであれば、では、いかにして総債権者に効果を生じさせ得る「原状回復命令」は執行されるのかということである。この問題は決して解決できないものではない。類似の問題がまた他の関係で現われた。そこで、それについてローマの法学者によって答えられた。だから、例えば、上述の自由身分の守護の原因の裁定付

¹⁵ O. Karlowaは、その著書『ローマ法制史(Römische Rechtsgeschichte)』の第2巻1402頁では、illis(それらには、財産(bona)が確かに考えられており、類似のものとして、「不動産占有回復の特示命令(Inerdictum Unde vi)」の「それによってあれを汝は返還すべし(eo illum restituas)」の表現を参照するように指示する。その類推は当てはまらない。「詐害による特示命令」の場合の原状回復は、法律行為によってのみ遂行されることが可能である。しかし、この法律行為は、財産(bona)とではなく、人間とのみ決着をつけることができる。

与(addictio libertatum conservandarum causa)を遂行しようとする解放奴隷は、死亡した者の債権者達に完全な満足のために保釈金を給付しなければならない。

「そして、私は当然1つの(まとまった)債権者達を集めそして全ての者のために配慮される者を選び出すことを私は妨げるべきだと判決により裁定されるべきである。(et oportet officio iudicis constitui convenire creditores unumque creare, cui caveatur omnium nomine.)」(『学説彙纂』第40巻第5章第4節第9法文)

このことは、我々の「特示命令」では一致して紛糾してきた一すなわち、既に破産管財人は存在しなかったもので、法務官は原告の申立てに基づいて、債権者達を招集し、このような管財人の任命を行った。その管財人に対して「原状回復命令」が生じたのである。いずれにせよ、代理人を設けることは不可欠であった。

「原状回復命令」が語られているウルピアヌスの注釈の章、すなわち、『学説彙纂』第42巻第8章第10節第19法文から第23法文において、「原状回復命令」がそれに対して生じるその人は、どこにもその名前が挙げられていないということは、確かに偶然の出来事ではなく、全ての執行手続の変化と当然関連しているだろう。しかし、被告が返還しない場合は、いかにして原状回復が生じるのであろうか。私は次のように推測する。すなわち、「特示命令」の一般的な本文に基づいて、仲裁約款に関する方式書(formula arbitraria)は、最初から原告として現れた債権者に対してだけでなく、弁済を受けていない各債権者にも個人として与えられた。このようにして、各個々の債権者は独立して自己の利益を被告に対して主張することができた。同様に、各個々の債権者は、自己のために特別の誓約(sponsio)および特別の後続訴訟(iudicium secutorium)を要求することができた。法務官は、被害者の加担者を寛大に取り扱う理由を何ら有しなかった。加担者は原状回復をするか、全ての弁済を受けていない債権者を満足させなければならない危険にさらされるべきであった。

もし、我々が上記の箇所、古典法の両方の取消手段の間の関係を正しく描き出したとするならば、その外見上の解決不能性のために、全ての論争を極めて曖昧なものにした難問が、今なお残存している。我々は、パウリアナ訴権はどちらの法的手段を意味すると理解しなければならないのかということである。そのパウリアナ(Pauliana)の名前は、確かにただ全く別々に原典に現れる。しかし、わずかな原典の証拠は互いに矛盾するのである。テオピルス(Theophilus)は、第6法文1項のアクチオについての箇所で、そっけなく次のように述べている。すなわち、そこで記述されている取消しの対物訴権(actio in rem)は、パウリアナという名前を有している:パウリアナと言われている、すなわち、パウリアネーと言われている(λέγεται Παυλιανή)と。Laboの注解においても(Otto, 論文3巻1740頁)、パウリアーナ(Pauliana)は、‘ἰνρέρμ Παυλιανήと説明された見出し語の下に見出され、確かにその説明は、後の無学なビザンチン学者によってなされた。そのビザンチン学者は、その訴権を法学者Paulusの創造だと評価し、ただ、その目的について混乱した事柄を述べることができるに過ぎない¹⁶。逆に、『学説彙纂』第22巻第1章第38節第4法文の「利息について」では、パウルス(Paulus)は、パウリアナ訴権(actio Pauliana)を対人訴権(actio in personam)として引用している¹⁷。というのは、パウルスは、第38節において、その節の明確な論評によると専ら対人訴権を考慮して果実弁済義務について論じているからである¹⁸。私は、私の『永久告示録』において、次のことによって矛盾を解決できると信じた。すなわち、『法学提要』の取消訴権は形式的にのみ対物的であり、しかし、詐害の意思(conscientia fraudis)によって条件づけられているので、事実上対人的であったであろう、従って、テオピルスもパウルスも両者とも正当であったろうと主張したことによってである。この解決策は今日、私には疑わしく思われる。ローマ人にとって、この種のこじつけの議論は、昔は見慣れないものだからである。アクチオはただ物に対するかあるいは人に対する訴権のどちらかであり得る。そして、土地の返還を許す対物訴権は、物に対する

¹⁶ 「対物的パウリアネー(Ἰνρέρμ Παυλιανή)とは、貸し手に(τοῖς δανεισταῖς)(抵当権としての)差押え(τὰ ἐνέχυρα)を許すこと(ἐχποιεῖν)について与えられた語である。それは、法学者(νομιχοῦ)パウロス(Παύλου)に因んで名付けられている(Ἰνρέρμ Παυλιανή διδομένη τοῖς δανεισταῖς ἐχποιεῖν τὰ ἐνέχυρα(!). αὐτῆ ἐπενοήθη παρὺ Παύλου τοῦ νομιχοῦ.)」さらなる説明は不要である。

¹⁷ その上、パウルスの他の箇所においてもパウリアネー(Παυλιανή)は現れる。そこでも、パウリアネーは、対物的訴権として考えられているのか、対人的訴権として考えられているのか、その脈絡からは見分けられない。

¹⁸ 対人的であるアクチオにより、なお、果実が生ずるであろう時に、我々は認識するだろう(Videamus....., quando in actione quae est in personam etiam fructus veniant.)。

もの(訴権)として留まる。たとえ、その対物訴権が善意の転得者に対して許されないとしてもである。また、その訴権は確かに、保証義務、土地占有引渡特示命令(*interdictum Quem fundum*)、破産その他に関しては実質的に対物訴権(*actio in rem*)として取り扱われた。この解決を退けねばならないとすれば、確かに第1節首項における「原状回復命令」に基づいて、対人訴権と同様に対物訴権も回復(復旧)されたということを指摘することができるだろう。それに応じて与えられた全ての訴権に対する1つの共通の名前が存在したであろうということはある得るであろう。テオピルスは、対物訴訟に対してパウリアナ訴権を、パウルスは対人訴訟に対してパウリアナ訴権を用いたのであろう。しかしながら、果実賠償義務についての問題は、それによって放棄された債権が回復されるどころの対人的取消し(*rescissoria in personam*)の場合よりは、譲渡された物の返還に向けられる対物的取消し(*rescissoria in rem*)の際に確かによりずっと頻繁に現れるに違いない。そして、『学説彙纂』第22巻第1章第38節第4法文では、「パウリアナ、それによって、債権者の詐害のために譲渡されたものは取り消される(*Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur.*)。」と書かれていることを考慮すると、これらの文言により、確かに誰でも物の譲渡の取消しのための訴権をどちらかと言えば、対人的取消し(*rescissoria in personam*)と考えるだろう。少なくとも我々とはかく、その法学者(パウルス)はただ1つの特定の場合を論じているのであって、必ずしも最も重要で最もよくあるパウリアナ訴権の場合を問題にしているのではないということについてのその法学者の暗示を期待しなければならないであろう。しかし、どの場合にもこのような暗示は欠けている。従って、その際、我々はここで1つの矛盾に直面しているだということにしておこう。そして、我々は次のことを決定しなければならないであろう。すなわち、このような事情の場合、テオピルスの記事およびビザンチン期の注解を信用するか、あるいはむしろ、前述の『学説彙纂』第22巻第1章第38節第4法文に記載されていることを信用するかである。しかし、この選択は問題とされるや否や確かに、もう決定されているのである。我々は、『学説彙纂』の編纂者が十分意図的に、古典時代の法の種々の法的手段を唯一の法的手段に融合させたということに思いを至すと、ビザンチン期の法学者が、これらの法的手段の1つの名前を一般化し、それに応じて、テオピルスがこの名前を古典的でない意味に用いたと想定することは向こう見ずだとはほとんど言えないのである。その場合、『法学提要』の箇所自体は、それは改ざんされてはいるが、古典時代の法学者の記事を模写してはいるものの、その取消訴権に名前を付けていないということは、誠に極めて重要になる。我々は、ビザンチン期の解説者を通してのみその名前を学び知るのである。それに対して、『学説彙纂』のその箇所を信用しないことは許されるであろう。もし、伝えられる原文に対する改ざんの疑いが生じるならばである。実際に、この原文は必ずしも依然として元のままであるとは言えないであろう。その原文には、次のように記されている(『学説彙纂』第22巻第1章第38節第4法文)：

「ファビアナ訴権においてもまたパウリアナ訴権においても、パウリアナ訴権によって、債権者の詐害のために譲渡されたものは取り消される。果実もまた回復される。何故なら、法務官は全てのものが、しかも、あたかも全く何も譲渡されなかったかの如くあるように努力するからである。そのことが不当ではない限りである。何故なら、“汝は返還すべし(*restituas*)”という語は、それはこの物に関して法務官が述べた言葉であるので、果実もまた返還されるであろうために、十分な意味を有しているからである(第5法文)。そしてそれ故に、法務官が回復されることを求める場合には、例えば、<不動産占有回復の特示命令(*interdicto unde vi*)>において果実さえも回復されるべきである(*In Fabiana quoque et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset. quod non est iniquum: nam et verbum “restituas” quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur, (§ 5) et ideo, cum restitui praetor vult, veluti in interdicto unde vi, etiam fructus sunt restituendi.*)。)

ここで先ず第1に、次のことが注意を引くだろう。すなわち、ファビアナ訴権の適用範囲は明らかではないことが周知のことであることを前提としており、それに対してパウリアナ訴権の適用範囲は明白に示されているということである。“それによって……取り消される(*per quam...revocantur*)”という関係文は、改ざんされているか古い注解であることは考えられる。それに対して、古典後期の時代の法学者の場合には、このような不調和は確かにまた、その他の場合にも見出され得る。そしていずれにせよ、パウリアナという名前は、編纂された書物である『学説彙纂』の他のどこにも見出せない、とりわけ第42巻第8章の表題であるその題名の場所に見出せないのだが、どう見ても意図的に隠蔽されたのであり、その名前は編纂者によってまさにここ(『学説彙纂』第22巻第1章第38節第4法文)に改ざんされ書き入れられたのだらうということとは、

考えられないことである。むしろ、フェリーニ(Ferrini)と共に注解について考え¹⁹、そして、パウルスは全くアクチオについてではなく、「詐欺に関する特示命令」を問題にしたのであり、トリボニアヌス(Tribonianus)は、この「特示命令」を昔からそうであったように無名のアクチオに転換し、そしてついに、そのアクチオにその注釈者は、不都合なパウリアナという注解を与えたと想定できるだろう。しかし、フェリーニに従うことが許されるならば、ここには何らそれと分かる挿入文はなく、実際の原文変更があったであろう。『学説彙纂』の元の原文におけるパウリアナの場合には、何か他の語があったに違いないであろうからである一例えば、“それにより(当然、アクチオにより)(in ea ‘scil. actione’)” —それについて、その後で欠くことのできない関係文が接続し得たであろう。こういう具合に生じたユスティヌス後の原文変更は、私の知る限りではフロレンチヌス(Florentinus)においても全く先例がない。もっとも、いわゆる注解は、原文に挿入され得るためにはラテン語の注解でなければならなかったであろうことは遵守された。とりわけ、(『学説彙纂』の)断章自体の続き具合は、フェリーニの仮説を否定する。ファビアナおよびパウリアナの場合に、果実賠償義務は公正というものに合致するというのを付け加えるために、法学者は、それはこの物に関して法務官が命じた限りは(quod in hac re praetor dixit)、“汝は返還すべし(restituas)”というこの語の意味を引用する。この語(restituas)は、不動産占有回復の特示命令(interdictum Unde vi)の場合に証明されるように²⁰、果実賠償義務を含んでいるだろう。この物に関して(in hac re)とは、明かに「詐欺に関する特示命令(interdictum fraudatorium)」が意味されている。その「特示命令」をパウルスもまたこの不確かな方法で暗示するのではなく、はっきりと名前を挙げたことだろう。先ず、編纂者達はここで(『学説彙纂』第42巻第8章)、その表題における場合と同様に、その(特示命令)名前を除去してしまった。しかし、そうだとすると、フェリーニの見解の可能性は減退する。パウルスが、その箇所の最初のところで、その特示命令について述べていたとすれば、彼は理由付けもなく次のように言うことができたであろう。“何故ならば、また、restituas(汝は返還すべし)という語は、同じ意味を有しているからである”と。その場合、単なるそれを支持する論拠が存在しなかったとしても、この語の意味は全くただそれだけで決定的なものになるであろう。

従って、我々は『学説彙纂』第22巻第1章第38節第4法文の正に最初の部分が改ざんされたと考える十分な理由を何ら有していない。その節は、『学説彙纂』においてその後に来るものとは異なっている。確かにここで、「詐欺に関する特示命令」への指摘が真実であるならば、私には他の見解による『学説彙纂』の原文は疑わしいものに思われる。だから、今我々がこの原文を読むように、パウルスは、「特示命令」の“restituas(汝は返還すべし)”をファビアナ訴権およびパウリアナ訴権の決まり文句における原状回復命令条項の一致した解釈を正当化するために引用するように思われる。それも確かに、無造作に、“restituas”の一般的意味を引用しているように思われる。その一般的意味は、例えば、不動産占有回復の特示命令(interdictum Unde vi)におけるものであろうとも、「詐欺に関する特示命令」におけるのと別のもではないであろう。さてしかし、「詐欺に関する特示命令」に関して、正にここで興味を引く関係において、その語(restituas)は特別な事情を有していた。つまり、この「特示命令」に基づいて与えられた専決勸告文言において、原典から十分な確実性をもって証明されるように、果実賠償義務は、暗々裏ではなく明確に言い表わされた。専決条項には、ここでは例えば次のように書いてある。“もし譲渡の時に、その土地と果実がその土地に凝集されたのでなければ、両者は返還されるであろう(nisi is fundus fructusque qui alienationis tempore ei fundo cohaeserunt.....restituentur)”と²¹。私の考えでは、パウルスがこのような関係において、

¹⁹ フェリーニは、『学説彙纂』本文のギリシア語の編集には、パウリアナという訴権の呼称はなく、正確なユスティヌス編纂は、ただ事実訴権(in factum actio)について論ずるのみであることを引き合いに出す。しかし、我々にビザンチン期の編集が伝えられている断片的状態で、その沈黙(部分)から結論を引き出すことは大胆だということになるだろう。おそらく、ビザンチン期の法学者は、パウリアナの名前をも意図的に無視したのであろう。何故なら、ビザンチン期の法学者達は、テオピルスとは違って、さもないと、その訴権がどこにも言及されないと彼らは認めたが、この名前の訴権について何も知らなかったからである。

²⁰ Nam.....significationemの語を括弧に入れるモンゼン(Mommsen)の句読法は、外見的には理屈に合わない。第4法文の終末にある“果実もまた返還されるであろうために(ut fructus quoque restituantur)”の表現は、充分な意味を(plena significatio)を明らかにする。

²¹ 参照；ヴェヌレイウス特示命令第6巻第25節第6法文およびそれに加えて私の『永久告示録』399頁3において引用されたそれに続く箇所。

特示命令に基づく専決訴権(*actio arbitraria ex interdicto*)の独自性に言及しないままだったということは考えられない。しかし、それに関係して事情によっては可能な仲裁約款に関する方式書(専決方式書)(*formula arbitraria*)の言及をいかに我々は理解すべきであろうか。パウリアナ訴権をなお取消訴権と理解する私の『永久告示録』において、私は次のことを想定した。すなわち、ここで仲裁約款に関する方式書の本文により、“返還すること(*restituere*)”は、果実賠償を含むということはある程度明確に肯定されるだろうから、勧告文言の場合に、その解釈は取消訴権に修正を施さねばならないのに、法学者は正にそれ故に、「特示命令」のその“汝は返還すべし(*restituas*)”を引用したのだということである。しかし、たとえパウリアナ訴権が実際に取消訴権であっても、原典の本文は相変わらずその試みられた解釈に都合よくは適合しないだろう。“何故なら‘汝は返還すべし’という言葉云々(*nam et verbum, ‘restituas’*) etc.”の文章は、この本文によれば、“それ(その言葉)は不当ではない限り(*quod non est iniquum*)”という表現に1つの根拠を与えるはずである。それによって、以前に言われた公正さが証明されるべきである。さてしかし、仲裁約款に関する方式書(専決方式書) (*formula arbitraria*)の言い回しは、なるほど与えられた解釈の正確性を証明し得るが、決して公正さを証明することはできない。果実賠償義務が公正に合致するかという疑問は、方式書本文の権威を引き合いに出すことによってではなく、本質的理由によってのみ決定され得るであろう。それ故に、そこから別の解釈が提示されるだけでなく、対人的に可能なパウリアナ訴権は、破棄的取消訴権ではあり得ないので、(『学説彙纂』)本文の関係を考慮することにもなる。しかし、このような解釈に達するために、それが取消訴権でないならば一体他のどのアクチオが、パウリアナ訴権だと理解され得るのか問いかける必要があるだろう。我々が全く根拠のない仮説の領域に着手するつもりがないならば、すなわち、どこにもそれについて何の報告もされていないアクチオをでっち上げるつもりがないならば、それについて1つの解答があるのみである。ここで考慮され得る唯一の対人訴権は、正に特示命令に基づく専決訴権(*arbitraria ex interdicto*)自身である。占有に関する特示命令の場合の後続方式書(*iudicium secutorium*)が、カスケッリウスの訴権(後続訴権)(*iudicium Cascellianum*)という特別の名前を使うように、詐害に関する特示命令に基づく専決訴権(*arbitraria ex interdicto fraudatorio*)は、パウリアナという特別の名前を保持していた。この仮説は次のことによって非常によく理解され得る。すなわち、この専決訴権は専決の特示命令的なものの通常の規準とは異なっていたこと、また、原状回復条項の原状回復は、原告に対してではなく債権者全体に対して意図されたであろうことによって非常に真実らしいとしても、果実の賠償の特別な言及によっても同様に異なっていることである。この仮説は同時に、何故、パウリアナ訴権という名前がカスケッリウス訴権に似て、編纂された書物から姿を消したかについて簡単な説明を与える。すなわち、パウリアナの名前は、特示命令手続の運命を分割したからである²²。そして同時に、ビザンチン期の法学者がそれにもかかわらずどうして、その名前(パウリアナ)を書き留め、原典において債権者を詐害してなされた譲渡の取消しについて語っている至る所で用いたのかが理解される。編纂者が「特示命令」と「原状回復命令」の代わりに設定した無名のアクチオは、その目的と本質により、全く特示命令に基づく専決訴権(*actio arbitraria ex interdicto*)以外の何ものでもなかった。その専決訴権は、実務においてすでにユスティニアヌス帝時代のずっと以前から特示命令自身の代わりになっていた。しかし、今や全く新しい光が『学説彙纂』第22巻第1章第38節4法文の思考過程に当たる。その箇所書き出しにおいて、少なくともパウリアナに関することにおいては、断じて“返還すること(*restituere*)”という語の解釈が問題なのではなく、方式書に明確に言い表わされた内容の再現が問題なのである。そして、次の文もまたそのことに関係している：「何故なら、法務官は全てのものが、しかも、あたかも全く何も譲渡されなかったかの如くあるように努力するからである(*nam praetor id agit, ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset.*)」法務官は、パウリアナの方式書を全くその通りに理解した。何故なら、法務官の意図は譲渡の効果の完全な取消しに向けられるからである。ここで今、次のような疑念が生じた。すなわち、法務官が「特示命令」の本文において記載されておらず、そして、従ってまた、誓約方式書にも述べられていない債務を専決訴権に取り入れることは不当ではないかという疑念である。

²² おそらく、第38節第4法文の上記19頁の箇所、即ちパウルの項の、不都合な“それによって、債権者を詐害して譲渡されたものは取消される(*per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur*)”の箇所に、“その物は詐害に関する特示命令により返還される(*quae ex interdicto fraudatorio redditur*)”が存在したのであろう。この改ざんは、編纂者達が原則的に「詐害に関する特示命令」を除去しようとしたので、容易に分かるだろう。

私の意見では、パウルスはそのことに対して“そのことが不当ではない限り(*quod non est iniquum*)”という言葉で答えた：それは、不当ではない。何故なら、もともと確かに“汝は返還すべし(*restituas*)”という語は、それ自体他の特示命令におけると同様に、この「特示命令」において、専決方式書がその意味を示すのと同様の同じ意味を保持しているからである。すなわち、専決訴権は、実質的ではなく、形式的にのみ「特示命令」と異なっている。この関係は、その箇所元の本文において、現在よりも勿論より明確に現われている。私は、“しかも、あたかも全く何も譲渡されなかったかの如く(*atque si nihil alienatum esset*)”という文言の背後で、本文にパウリアナ訴権の原状回復命令条項が引用されたと推測する。その意味に従えば次のようになろう。

「そして、それ故に、詐欺に関する特示命令により、被告は無条件に返還することを命じられるべきことが許されている。パウリアナの方式書は、このように理解された云々(*et ideo, licet interdicto fraudatorio reus simpliciter restituere iubeatur, Pauliana formula ita concepta est u. s. w.*)。』

そして、これに続いてそれから、“そのことが不当ではない限り(*quod non est iniquum*)”が来た。その意味は、挿入文の抹消によって曖昧にされた。

終わりに臨んで、得られた成果を私はまとめようとする。古典ローマ法は、詐欺的譲渡の取消しのための2つの法的手段を知っている。すなわち、その1つは、「原状回復命令」とそれに応じた取消訴権で破産管財人(*curator bonorum*)にのみ属した。もう1つの他の法的手段は、「詐欺に関する特示命令(*interdictum fraudatorium*)」であり、各債権者の利益のためのものである。パウリアナは、特示命令に基づく専決訴権の名前であった。そして、ユスティニアヌス帝時代の法学者が、異なった法的手段から唯一の法的手段を創ったときに、テオピルスおよびおそらく彼に続いて他のビザンチン期の法学者もまた、この法的手段にパウリアナという名前を転写した。そして、その理由から、また『法学提要』に現れる取消訴権をパウリアナと言いつた。この様に解してのみ、混乱した伝承に光明がもたらされ得るように私には思われる。

[参考文献]

- 1 江南義之『『学説彙纂』の日本語への翻訳 II』(信山社、1992年)
- 2 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社、1985年)
- 3 原田慶吉『ローマ法—改訂—』(有斐閣、1955年)
- 4 船田亨二『ローマ法第2巻』(岩波書店、1969年)
- 5 同 『ローマ法第3巻』(岩波書店、1970年)
- 6 同 『ローマ法第5巻』(岩波書店、1972年)
- 7 松阪佐一『債権者取消権の研究』(有斐閣、1962年)
- 8 Alan Watson, *The DIGEST OF JUSTINIAN*, vols. 2, 1998.
- 9 Alan Watson, *The DIGEST OF JUSTINIAN*, vols. 4, 1998.

Translation of the article whose title is “The rescission
of legal action of the debtor in classic roman law” written
by Otto Lenel in 1903.

— Study on in integrum restitutio, interdictum fraudatorium and
actio Pauliana —

Shunji NAKANISHI

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

(Received June 22, 2011; accepted November 7, 2011)

Otto Lenel is the one of the greatest Romanisten in the world who was born in Germany in 1849 and died in 1935. This is the translation of the famous article written by him in 1903 the title of which is *Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners in klassischem römischem Recht*.

After he studied *Institutiones* and *Digesta* in detail, he claimed that the word “*restituas*” which appears in *Digesta* vol., 22, chap., 1, fr. 38 § 4 meaning “you should return” is the evidence that *interdictum fraudatorium* formed *actio Pauliana*. It is said that *actio Pauliana* was created by fusing *in integrum restitutio* and *interdictum fraudatorium* into *actio in factum*.

At last Lenel concluded that *in integrum restitutio* belonged only to *curator bonorum* (the official receiver) and *interdictum fraudatorium* belonged to each creditor. After all he asserted that *actio Pauliana* is no more than *actio arbitraria ex interdicto*.

Keywords: in integrum restitution; interdictum fraudatorium; actio Pauliana.