

フリッツ・シュルツ

「古典期ローマ私法」(VIII)

(第Ⅴ部 債権債務関係の法)

早稲田大学ローマ法研究会

佐藤 篤士 監訳

Fritz Schulz, Classical Roman Law, 1961, Oxford University Press
(Part V Law of Obligations)

本邦訳は Oxford University Press より翻訳が認められたものである。

目 次

第Ⅴ部 債権債務関係の法

序説

第1章 契約法

1. 序
2. 問答契約一般（以上第55巻1号）
3. 問答契約の特殊な型態（以上第55巻2号）
4. いわゆる文書契約
5. 要物契約一般
6. 消費貸借と使用貸借
7. 寄託と質
8. いわゆる無名要物契約（以上第56巻1号）
9. 諾成契約一般
10. 売買（以上第56巻2号）
11. 賃約
12. 組合
13. 委任（以上第57巻1号）
14. 法務官法上の無方式契約

補論 贈与と加入

第2章 不法行為法

1. 序
2. 盗（以上第57巻2号）
3. 不法損害
4. 人格権侵害（以上第58巻1号）
5. 強迫を原因とする訴権と悪意訴権

1023 類似性

- i. 強迫を原因とする訴権 1024 オクターウィウス的方式書 1025 古典期の

名称 1026 罰則 1027 第三者を相手どって援用できないこと 1028 専決
訴権 1029 方式書 1030 罰金訴権 1031 抗弁と原状回復 1032 ユース
ティーニアース法
ii. 悪意訴権 1033 アクイーリウス・ガッルス 1034 古典期の名称 1035
悪意の概念 1036 罰則と方式書 1037 補充性と破廉恥 1038 罰金訴権
1039 原状回復 1040 悪意の抗弁（以上本号）

5. 強迫を原因とする訴権 (*actio metus causa*) と悪意訴権 (*actio de dolo*)

(600)

1023 類似性

これら2つの訴権は互いに密接に関連しあっている。これらの訴権を生じさせる非行は（他人の自由な意志のうえに働く、という点で）似通っていた。また、2つの訴権は法務官法上の創設にかかるもので、市民法 (*ius civile*) にはなんらの基盤も持たないものであった。さらに、両者は（紀元前1世紀の前半に）ほぼ同時に創設された。またそれらは、方式書 (*formulae*) さえも類似していたのである。

i. 強迫を原因とする訴権

1024 オクターウィウスの方式書 (*formula Octaviana*)

法務官オクターウィウスは、紀元前80年頃、強迫者を相手方とする訴権、おそらく強要された財産の4倍額を求める罰金訴権を導入した。その方式書はオクターウィウスの方式書 (*formula Octaviana*) と呼ばれ、「暴力または（および）強迫により奪取する」(*per vim aut [あるいは et] metum auferre*) という文言を含むものであったが、法務官は、この文言によって、強迫、すなわち中世法律学で絶対的な暴力（肉体的強制 *vis absoluta*）とは異なるものとして強制的な暴力（精神的強制 *vis compulsiva*）と呼ばれたものを言い表わしたいと思ったのである。

キケロ『ウェッレース弾劾演説』Cicero, *In Verrem*, 2, lib. 3, cap. 65. 152: 「彼〔ガイウス・ガッルス〕は、ルーキウス・メテッルスに対し、自身の告示に基づいて、暴力または強迫により奪取したことにつきアプローニウスを相手方とする訴訟を付与するよう申し立てた。メテッルスは、このオクターウィウスの方式書をローマにあったときも有効とみなしていたし、〔このシキリア〕属州においても有効とみなした。」(.....*postulavit ab L. Metello, ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium quod per vim aut metum abstulisset, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia.*)

キケロ『弟クィントゥス宛の手紙』*Ad Quintum Fratrem*, 1. 1. 7. 21: 「親スッラ派の人々は、暴力および（注意）強迫により奪取したものを返還するよう強制された。」(.....*Cogebantur Sullani homines, quae per vim et [N.B.]*

metum abstulerant reddere.)

このように、オクターウィウスの方式書が、「暴力または強迫により」(per vim aut metum または per vim metumve) という文言を持っていたのか、それとも「暴力および強迫により」(per vim et metum または per vim metumque) であったのかについては不確かなままであるが、いずれにしても、「暴力または(および)強迫」(vis aut [あるいは et] metus) というのは、一種の二詞一意として、つまり「脅迫によって生じる恐れ」と受け取られるべきであろう。そうでなければ、この方式書は強盗(絶対的な暴力の場合)を含んでいたことになる。だが、暴力強奪物訴権(actio vi bonorum raptorum)はのちにルクッルスによってはじめて導入されたものであった(前述, 998)。ハドリアヌスの『告示録』においてさえ、告示の表題は明らかに「暴力によりまたは強迫を原因としてなされたこと」(quod vi metusve causa gestum erit) となっており、この場合、「暴力によりまたは強迫を原因として」は、強制的な暴力だけを含んだのであるから、確かに二詞一意と理解しなければならない。

われわれがオクターウィウスの方式書に関して知っていることは、以上ですべてである。われわれは、強迫を原因とする訴権については、ハドリアヌスの『告示録』に含まれているのでよく知っているが、それがオクターウィウスの方式書と細かな点に至るまで一致していたかどうかについては明言できない。以下の説明は、ハドリアヌスの『告示録』にみられる古典期の訴権に限定される。

1025 古典期の名称

1. 古典期における訴権の名称はわからない。古典期の法学者たちは、『告示録』の表題にしたがって、おそらくこれを actio de eo quod vi metusve causa (あるいは metus causa) factum est (暴力によりまたは強迫を原因として行われたことに関する訴権) と呼んだのであろう。ビザンツの法学者たちはそれを actio metus causa (強迫を原因とする訴権) と呼んだのであり、われわれは便宜上この用語を用いることにする。

1026 罰則

2. 訴権は罰金訴権であった。そこで、1年以内であれば、強要された物の4倍

額について訴えが提起され、1年を経過すれば、単価額について提起されたにすぎない。

1027 第三者を相手どって援用できないこと

3. 訴権が罰金訴権であったので、強迫者を相手方としてのみ訴えが提起されたのであり、強要された物を自分の手元に持っている第三者を相手どっては提起されなかった。古典法のもとでは、「強迫を原因とする物に対して書かれた訴権」(actio metus causa in rem scripta) のようなものは存在しなかった。このように、もし A が B を強迫して C に贈与をなすよう強制した場合、訴権は A を相手どってのみ提起され、C を相手どって提起されなかった。ゲルハルト・ベーゼラー (Gerhard Beseler) が最初にこの準則を主張した人であった。その主張は繰り返し確証され、もはや論争の余地はないとすべきである。第三者を相手方とした訴権を承認してこれを拡張したのは編纂者たちであった。

1028 専決訴権 (actio arbitraria)

4. この訴権はいわゆる専決訴権 (actio arbitraria) であった。方式書(formula)は、裁定人に対し、強要された物の返還を要求する仲裁判決 (arbitrium) を宣告する権限を与える文言を含んでいた。もし被告がそれに従ったならば、彼は放免されいかなる罰則も免れた。また、もし被告がその返還を拒否した場合、あるいはもし返還することができなかったならば、有罪とされたが、その有責判決は破廉恥 (602) (infamia) を含まなかった。盗訴権 (actio furti) やアクイーリウス法訴権([actio] legis Aquiliae) と比べると、確かにこの訴訟手続の寛大さは驚くばかりである。しかし、この訴権が遅い時期に現われたこと、またオクターウィウスの方式書以前には強迫に対する救済方法がまったくなかったということをわれわれは念頭に置かなければならない。さらに、オクターウィウス以前にはスッラの不当徴収(repetundae) に関する法律があったのであり、そこには強要された金銭の返還以外のいかなる罰則も規定されていなかった。

1029 方式書

5. 方式書は残されていないが、自信をもってこれを再構成することができる。ただ冒頭の文言にだけ疑いが残る。おそらくその方式書は次のようになっていたで

あろう。

「もし原告が被告に対して係争の土地をマンキピウム権に与えることにつき、被告の暴力により行われたことが明白ならば、訴求すべき能力を有したときから1年を超えず、またもしその物が返還されない場合に限り、その物が有すべき額に相当する金銭の4倍額につき、審判人よ、被告が原告に対して有責であると判決せよ。もし明白でないときは免訴せよ。」(Si paret vi Numerii Negidii factum esse, ut Aulus Agerius Numerio Negidio fundum, quo de agitur, mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res restituetur, quanti ea res erit, tantae pecuniae quadruplum Numerium Negidium Aulo Agerio iudex condemnato, si non paret, absoluito.)

1030 罰金訴権

6. この訴権は純然たる罰金訴権であり、物と罰金の追求訴権 (actio rem et poenam persequens) でも混合訴権 (actio mixta) でもなかった。他のあらゆる罰金訴権と同じように、それは債務者側での債務の承継はできなかったが、「もし返還されない場合に限り」(nisi restituetur) という方式上の文言があったために、重畳性の原則は修正されなければならなかった。強迫者が複数の場合には、訴権はそれぞれを相手方として提起されたが、もしそのうちの1人が強要した財産を返還した場合には、それ以外の加害者は責を免れた。また、もし返還がなされず、罰金を支払うよう有責の判決が下された場合、その他の加害者たちを相手方とする訴権はそのまま維持された。このように荒けずりだが論理的な区別は、方式書の構成と訴権の罰金的性格からくる避けがたい帰結であった。

1031 抗弁 (exceptio) と原状回復 (in integrum restitutio)

法源 D. (4. 2) 14. 9 [cum in.....consecutus];[quod cum.....compellatur.]

ハドリアヌスの『告示録』は、罰金訴権以外に、別の2つの救済方法を規定した。強迫を原因とする原状回復 (in integrum restitutio propter metum) と強迫の抗弁 (exceptio metus) がそれである。

1. 強迫されてなされた法律行為は、つねに無効であるとは限らなかった。古典法のもとでは、(売買, 引渡 traditio, 相続人としての行為 pro herede gestio のよ

うな) 無方式の行為は無効であったが、(握取行為 *mancipatio*, 問答契約 *stipulatio*, 要式的承認行為 *cretio* のような) 要式行為は、抗弁または原状回復によって無効にできたが、行為それ自体は有効であった。

たとえば、もしAが強制されて問答契約によって何かを約束していた場合に、問答契約に基づく訴権 (*actio ex stipulatione*)を援用して訴追されたときは、Aは強迫の抗弁により保護された。もしAが強迫されて握取行為(*mancipatio*)によって手中物 (*res Mancipi*) を譲渡したが、譲受人にまだ占有を移転していなかった場合には、Aは所有物取戻訴訟 (*rei vindicatio*) を援用して訴追されることもあるだろうが、強迫の抗弁によって保護された。もしAが譲受人に占有も移転したならば、Aは原状回復を求めて訴えることもできた。この場合に、法務官はその握取行為を無効として、無効とされた握取行為による所有物取戻訴訟 (*rei vindicatio rescissa mancipatione*) をAに認めたのである。(603)

2. これらの救済方法はいずれも罰金的性格を持たなかったものであり、このことから、いずれも(罰金訴権とは対照的に)強迫者を相手方とするだけでなく、第三者を相手どっても認められたであろう。しかしながら、古典期の法学者たちがそうするのをためらったことは理解できるところである。強迫の抗弁は西暦1世紀の間は明らかに強迫者を相手どってしか援用できないものであったが、ハドリアヌスの『告示録』においては、第三者を相手方としても用いられうるというやり方で構成された。ハドリアヌスの『告示録』では、その抗弁は次のように述べられた。「本件において、なにごとく強迫を原因として行われたものでなければ」(*si in ea re nihil metus causa factum est.*) と。

強迫者の名がその抗弁の中で言及されなかったことに注意すべきである。たとえば、AがBを強制して問答契約によってCに何かを約束させ、Cが問答契約に基づく訴権を援用してBを訴えたとしよう。この場合には、Bは強迫の抗弁を援用して自分を守ることもできた。この場合、方式書の全文は次のようになる。

「もし被告が原告に100〔金〕を与えることを要することが明らかである場合、本件において、なにごとく強迫を原因として行われたものでなければ、審判人よ、被告が原告に対して100〔金〕につき有責であると判決せよ。……」(*Si paret*

Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, si in ea re nihil metus causa factum est, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemnato, etc.)

古典期の法学者たちは、原状回復に関しては、第三者を相手方としてそれが認められるかどうかという問題について論じた。そして、有力な見解は肯定的にそれに答えていたと思われる。

3. 抗弁の範囲も原状回復の範囲もいずれも、罰金訴権の範囲とまったく同じというわけではなかった。抗弁と原状回復は、市民法 (*ius civile*) によって有効な法律行為が引き出されていた場合 (強迫を原因としてなされたこと, すなわち法律行為 *metus causa gestum scil. negotium*) に援用できたにすぎなかったが、他方、訴権の方は、いかなる種類の強迫にも提起されたのであり (強迫を原因として行われたこと *metus causa factum*)、それは不法に法律行為を引き出した場合を含んでいたのである。このように、もしAがBを強制して樹木を伐採させた場合、Bは罰金訴権を援用してAを訴追することはできたが、一方、抗弁と原状回復は問題とならなかった。他方で、罰金訴権は強迫者のみを相手どって提起されたが、抗弁と原状回復は (少なくとも古典盛期においては) 第三者を相手方としてもまた援用することができたのである。われわれは、3つの救済方法がどのように協働したかに関して細部にわたる問題をここで扱うことはできない。 (604)

AがBを強制して問答契約によって何かを約束させたとしよう。Bは罰金訴権を援用してAを訴追し、Aが返還を拒否した (すなわち、受領問答契約 *acceptilatio* によって債務者を免除することを拒否した) ので、彼は4倍額の損害賠償額を支払うよう有責の判決をうけた。ここで、Aは問答契約に基づく訴権を援用してBを訴え、被告は強迫の抗弁を援用したのである。ラベオー (*Labeo*) は、——きわめて論理的に、また訴権の罰金的性格と調和させて——訴権 (*actio*) と抗弁 (*exceptio*) の重量性を支持して論じたが、ユーリアヌス (*Iulianus*) は、Aに反抗弁 (*replicatio*) を認めた。その議論が次のようなものであったことは明らかである。すなわち、罰金訴権において、被告は強要された物の返還 (この場合は債務者の免除) か罰金の支払かの選択権を持った。もし彼が後者を選んだならば、

問答契約に基づく訴権に対して権限を有するのでなければならない。というのは、そうでなければ、選択権などばかげたことになるからであり、実際Bは返還と罰則のいずれをも獲得することになるからである。

1032 ユースティーニアヌス法

法源 D. (4.2) 9.8. は改ざんされたものである。もとのテキストは原状回復を取り扱っていた。(4.2)14.3. と 4. はまったく改変されている。(4.2)14.9—10. 非常に改ざんされている。(4.2) 14.15 [sed etsi.....actionem].

古典期以後におけるこれらの救済方法の歴史については、本書の扱う範囲を超えてしまうので、われわれはユースティーニアヌスの法に限定する。編纂者たちは古典期のテキストを無残にも縮めたり改ざんしたりして、古典法を徹底的に修正した。このために、『学説彙纂』の4.2の短い章は、異常なまでに難解である。われわれは、ただ編纂者たちの主要な2つの傾向を指摘するにとどめたい。

1. 編纂者たちは原状回復と罰金訴権を融合し、強迫者を相手方とするだけでなく、強要された物を取得した第三者を相手方としても罰金訴権を認めたのである。そのために、彼らは、この訴権を物に対して書かれた訴権 (*actio in rem scripta*) として描いている。原状回復は、訴権よりも好都合な救済方法だと思われる若干の場合にのみ残されたにすぎない。

このように、もしある者が相続財産を受け取るよう強制され、そのことにより債務に対して責任があるとされた場合に、編纂者たちは、その者に原状回復を認めた。というのは、そうでなければ、その者は債権者たちのそれぞれを訴追しなくてはならなかったと思われるからである (D. 4.2. 21.5)。

2. 編纂者たちは4倍額の (*in quadruplum*) 罰金訴権を (暴力強奪物訴権 *actio vi bonorum raptorum*, 前述, 998, 1003 のような) 物と罰金を追求する混合訴権 (*actio mixta, rem et poenam persequens*) に変えた。すなわち、彼らは、罰金としては3倍額 (*triplum*) だけとし、1倍額 (*simplum*) を賠償とみなしたのである。その結果、ここにおいていかなる重畳性も排除されたのである。もし加害者が複数いて、そのうちの1人が4倍額を支払うように有責の判決を受け、そこで彼がその (605) 額を支払った場合には、その他の加害者は責任を免れた。これは古典法とは対照的

である（前述，1030）。もしAがBを強制して問答契約によって何かを約束させ、Bが4倍額訴権（*actio in quadruplum*）を援用してAを訴追した場合は、編纂者たちは、次のようなまったく古典期のものとは異なった準則を確立した。すなわち、裁判官は債務者を免除するようAに強制しなければならず、さらに、Aに3倍額を支払うように有責の判決を下さなければならない、というものであった（D. 4. 2. 14. 9）。

ii. 悪意訴権

1033 アクイーリウス・ガッルス

1. この訴権は、キケロと同時代の人でその友人であるアクイーリウス・ガッルス（*Aquilius Gallus*）により創設された。アクイーリウスは紀元前66年には選挙違反に関する査問会（*quaestio de ambitu*）の法務官であったが、彼がそのような立場からこの新しい訴権を創設したとは考えられない。おそらく彼はほぼその頃外人係法務官（*praetor peregrinus*）となったが、彼が著名な一法律家としての私的な立場から法務官に訴権を示唆することを通じて創設したにすぎず、その法務官がただちにそれを告示に挿入したとすることもできよう。いずれにせよ、この訴権は強迫を原因とする訴権（*actio metus causa*）より後のものである。

1034 古典期の名称

2. 古典期における訴権の名称は、確かに *actio de dolo malo*、または縮めて *actio de dolo* であり、現代の研究者たちが今日でもそう呼んでいるような *actio doli* ではなかった。

『ローマ法律用語集』（*Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*）の ii. 327によれば、古典期のテキストでは *doli actio* は D. (46. 3) 95. 1に一度しか現われない。このテキストは明らかに改ざんされたものである。*actio doli mali* も D. (44. 7) 35に一回で、それは改変されている。*doli iudicium*〈悪意の訴訟〉は D. (4. 3) 25に一度だけであるが、おそらくこれは純粹なものであろう。『ユースティニアヌス勅法彙纂』（*Codex Iustinianus*）の中で、*doli actio* は C. (2. 20) 8（コンスタンティヌス）にしか現われていない。*actio de dolo* を有するテキストに関しては、*Voc. Iur. Rom.* ii. 331.を見よ。Robert Mayr, *Vocab. Codicis*,

395. Cicero, *De off.* 3. 14. 60 :「悪意に関する方式書を」(*de dolo malo formulas*);
De nat. deor. 3. 30. 74 :「悪意に関する訴訟」(*iudicium de dolo malo*) も見
よ。

1035 悪意 (dolus) の概念

3. 悪意訴権 (*actio de dolo*) において用いられるような悪意 (*dolus*) という用語
は、もともと「虚偽の表示」だけを意味した。新しいこの訴権の創設者自身この定
義を与えていた。キケロは次のように伝えている (*De officiis*, 3. 14. 60)。

「私の同僚で友人のガーイウス・アクィーリウスは、……悪意とは 何かについ
て尋ねられて、よく次のように答えていた。『あることを装って、それとは別の
ことを行った場合だ』と。これは、その道の専門家だけあって、まことに適切な
定義である。」(C. Aquilius, *collega et familiaris meus*,……*cum ex eo qua-*
ereretur, quid esset dolus malus, respondebat :“cum esset aliud simulatum,
aliud actum”; hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi.)

この定義ははっきりと *dolus* を虚偽の表示に限定しており、セルウィウス・スルピ
キウス (Servius Sulpicius, 彼もキケロの友人) によって認められたものである。
しかしながら、ラベオーはこれとは別の定義を示した。ウルピアーヌスがラベオー (606)
の见解を伝えているが、そのウルピアーヌスのテキストは改ざんされたものである
(D. 4. 3. 1. 2)。しかし、それははっきりと次のように述べている。

「ところで、ラベオーは言葉を偽っていなくとも、ある者をあざむくようなこ
とをなすことはできると言う。それゆえに、ラベオー自身次のように定義する。
すなわち、悪意とは、他人をたばかり、まどわし、またはあざむくために用いる
あらゆる奸計・詐術・策謀である、と。ラベオーの定義は正しい。」(*Labeo autem*
ait posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur; itaque ipse sic
definit : dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad
circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis defin-
itio vera est.)

ラベオーは *circumvenire* と *fallere* を広い意味に理解した。彼によれば、(悪意
訴権 *actio de dolo* の意味における) *dolus* は虚偽の表示だけでなく、奸計・詐術・

策謀によるあらゆる故意の加害をも含んでいた。ラベオーの定義は、ウルピアースの認めるところであり、おそらく古典期の有力な見解によっても認められたであろう。このように、不法損害(damnum iniuria datum)は、たとえ故意になされたにしても、この意味における dolus に該当するものではなかったし、盗 (furtum), 人格権侵害 (iniuria), 暴力(vis) もそうではなかった。一般的にいて、この概念の境界は古典期にはまだ流動的な状態であった。法学者たちはいくつかの場合について論じた。すなわち、彼らのうちには悪意訴権を主張する者もあり、またそれ以外の者は破廉恥(infamia)を含まない事実訴権(actio in factum)があるとしている。もちろん、これらの議論は、編纂者たちが例のごとくそれを縮めたために、われわれの法源からは十分に認識することができない。さらに、編纂者たちは時として、古典期のテキストに見出した事実訴権の代わりに、悪意訴権をおいたかもしれないのである。というのは、彼らは悪意訴権の範囲を拡張するという傾向にあったからである。その詳細については、当然ながらまだ不確かなままにしておかざるをえない。次の場合について考えてみよう。

(a) 受贈者Aは相続人に遺贈の全額を支払うよう勧めた。というのは、Aが遺産にはファルキディウス[法]の4分の1 (quarta Falcidia) が含まれると言ったからである。もしAがこれを真実でないと知っていたならば、相続人はAを相手方として悪意訴権を有した。これは虚偽の表示の事例であった (D. 4. 3. 23)。

(b) 債務者Aは、債務者を免除することを債権者に依頼するティティウス発信の手紙を偽造した。債権者はその要請に応じて、受償問答契約 (acceptilatio) によって債務者を免除した。債権者は債務者を相手方として悪意訴権を有した。この場合が、策謀(machinatio)の明白な事例である (D. 4. 3. 38)。

(c) Aは問答契約によってBに奴隷を約束した。そこで、ティティウスがその奴隷を故意に殺害した。Aは故意(dolus)と過失(culpa)について責を負うにすぎなかったもので、債務から免れることとなった(前述, 813)。通説によれば(plerique putant), Bはティティウスを相手方として悪意訴権を有した。言うまでもなく、虚偽の表示という問題はここでは生じないが、損害は間接的に引き起こされたのである (D. 4. 3. 18. 5)。

(d) Aは問答契約に基づいて動物を約束しており、Fは信命人(fideiussor)であった。そこでFがその動物を故意に殺害した。主たる債務者〔A〕は責任を免れることになり、その結果、保証人〔F〕も責を免れたのである(前述, 863)。 (607) ネラティウス(Neratius)とユーリアーヌスはFを相手どって悪意訴権を債権者に認めた(D. 4. 3. 19)。

(e) AはBに虚偽の(過重の)重さのものを貸し与えており、そのBがCに品物を重さで売却した。その結果として、Cは多く受領したのである。トレパーティウス(Trebatius)はAを相手方とする悪意訴権を主張したが、未完了時制(dabat 与えている)は、〔これを伝える〕パウルス(Paulus)がトレパーティウスに賛成しなかったことを示すものである。編纂者たちは、もとのテキストを縮めた(D. 4. 3. 18. 3)。

(f) Aは無方式でBがAの土地から石を切り出すことを許した。Aがその許可を破棄したときには、すでにBは費用をかけて準備していた。ウルピアーヌス(D. 4. 3. 34)は、悪意訴権を認めた(純粋なものか?)が、他方、類似の場合(D. 19. 5. 16. 1)に、アリストー(Aristo)は事実訴権(actio in factum)だけを考慮に入れたのである(「しかし、悪意〔訴権〕もあるだろう」sed erit de dolo という最後の文言はおそらく改変されたものだろう)。

(g) Aは、「スティクスまたはパンピルスが与えられること」(Stichum aut Pamphilum dari)を問答契約で約束した。この選択権は諾約者に留保されたのである。さて、Aがパンピルスを故意に殺害したため、そのことによって、債権債務関係は単純にスティクスを与えるものとなった。後に、そのスティクスが「債務者の故意と過失によらないで」(sine dolo et culpa debitoris)死んだので、その結果、Aは今やその債務から完全に免れた。編纂者たちは、Aの側の悪意はまったく問題とならないにもかかわらず、Aを相手方として債権者に悪意訴権を認めたのである(D. 46. 3. 95. 1)。

1036 罰則と方式書

4. 古典期の悪意訴権は1倍額の(in simplum)罰金訴権であった。その方式書は『告示録』では悪意訴権の直前に置かれた強迫を原因とする訴権の例にならって

作られた。これはいわゆる専決訴権 (*actio arbitraria*, 前述, 1028) であった。つまり、「もし返還されない場合に限り」(*nisi restituetur*) という文言を含んでいたのである。訴権を援用できるのは1年間だけであった。このようにして、方式書は次のようになっていた。

「もし原告が被告に対して係争の土地をマンキビウム権に与えることにつき、被告の悪意により行われたことが明白ならば、訴求すべき能力を有したときから1年を超えず、またもしその物が返還されない場合に限り、その物が有すべき額に相当する金銭につき、審判人よ、被告が原告に対して有責であると判決せよ。もし明白でないときは免訴せよ。」(*Si paret dolo malo Numerii Negidii factum esse, ut Aulus Agerius Numerio Negidio fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato si non paret absolvito.*)

1037 補充性と破廉恥

5. 悪意訴権は補充的な救済方法であった。すなわち、それは他に訴権がない場合に認められたにすぎなかったのである。法務官はそのことを告示ではっきりと述べている。

「悪意により行われたとの主張があった場合、もしその事案について他に訴権がなく、かつ正当な原因があるとみなされるときは、訴求すべき能力を有したときから1年以内に、私は訴訟を付与しよう。」(*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, intra annum cum primum experiundi potestas fuerit, iudicium dabo.*)

有責判決は破廉恥 (*infamia*) を含んでいた。

1038 罰金訴権

6. 悪意訴権は純然たる罰金訴権であって、物と罰金の追求訴権 (*actio rem et poenam persequens*) ではなかった。そのため、これは、加害者の相続人を相手として援用することができなかった。重畳性についてみると、悪意訴権と別の種類の諸訴権との競合は、悪意訴権が補充的性質を持つことから、排除されていた。加害

者が複数である場合には、強迫を原因とする訴権について上で説明した諸準則にし (608) たがって重量性が生じた (前述, 1030)。

もし A と B が悪意をはたらいた場合は、A と B のそれぞれを相手どって悪意訴権が提起された。

1. A が審判人の仲裁判決に従い、返還した場合には、B も責を免れた。

2. A が罰金を支払うよう有責の判決を受けた場合、B を相手方とする訴権はそのまま維持された。編纂者たちは、最終的にこの場合にも重量性を廃止した (前述, 1032)。D. (4.3) 17. において改ざんされているのは明らかである。

「もし複数の者が悪意をはたらき、〔そのうちの〕1 人が返還した場合、すべての者が責を免れる。しかしもし (注意) 1 人がその物の有する額につき賠償した場合には、私はなおその他の者が責を免れると考える。」(Si plure dolo fecerint et unus restituerit, omnes liberantur ; quodsi [N.B.] unus quanti ea res est praestiterit, puto adhuc ceteros liberari.)

ウルピアヌスが、quodsi (しかしもし) が示しているように、「私はその他の者が責を免れないと考える」(puto ceteros non liberari) と書いたことは明らかである。

1039 原状回復 (in integrum restitutio)

原状回復は悪意訴権にとっても必要であろう。悪意を原因とする原状回復 (in integrum restitutio propter dolum) というのは、(強迫を原因とする原状回復 in integrum restitutio propter metum とは対照的に、前述, 1031) 告示の表題の下では約束されていなかったが、法務官は自由裁量により個々の事例でそれを認めたと思われる (D. 4.1.7.1. もっともこのテキストはまったく改変されたものである)。

1040 悪意の抗弁 (exceptio doli)

法源 Gai. 4. 119. fiat まで。

悪意の抗弁 (exceptio doli) は、ハドリアヌスの『告示録』においては抗弁について (de exceptionibus) という節に置かれた (Lenel, *Edict*, § 277)。それは次のようになっている。

「本件において、何らのことも原告の悪意によって行われたのでなく、かつ何

もしないときは」(si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat)。

しかし、悪意訴権 (actio de dolo) の意味における dolo に関わるのは、この抗弁の最初の部分 (dolo malo factum sit) だけであり、第2の部分では (neque fiat scil. dolo malo), dolo は「信義 bona fides に反して」ということを意味する。

Aが虚偽の表示によりBが問答契約で100〔金〕を約束するように仕向けたとしよう。もしAが問答契約に基づく訴権 (actio ex stipulatione) を援用してBを訴追した場合には、Bは悪意の抗弁を援用して対抗したと思われる。これが上の第1の部分に関わるものである。

「もし被告が原告に 100〔金〕を与えることを要することが明らかであれば、本件において、何らのことも原告の悪意によって行われたのではなく、かつ何もしないときは、審判人よ、原告に対して被告を100〔金〕につき有責であると判決せよ。……」(Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere, si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio eentum condemnato, etc.)

ある者が問答契約によって100〔金〕を未成熟者に負担した。その者は、その全額を後見人の助成を受けずに未成熟者 (pupillus sine tutoris auctoritate) に支払った。未成熟者は金銭の所有権を取得したが、債務は免除されなかった。しかし、もし未成熟者がこの場合に問答契約に基づく訴権 (actio ex stipulatione) を援用して債務者を訴追した場合、被告は、未成熟者がその金銭で相変わらず利益を得ているときには、「かつ何もしないときは neque fiat」という文言に関わる) 悪意の抗弁を援用して対抗することもできた (Gai. 2. 84)。

誠意訴訟 (actio bonae fidei) の範囲内では、被告は「信義よりして」(ex fide bona) という文言 (ないしはこれと似た文言) で十分保護されていたので、悪意の抗弁が生ずる余地はまったくなかったのである。

悪意の抗弁が成立した年代は知られていないが、悪意訴権より以前に存在した (609) 可能性もある。いずれにせよ、共和政時代にそれが存在したことは確かである。

(西村 隆誉志)