

〔翻 訳〕

ベッカー『古典期ローマ法における訴訟的消耗』(一)

岡

徹

以下は Ernst Immanuel Bekker, *Die processualische Consumption im classischen römischen Recht*, Berlin, 1853 の日本語訳である。

本書の冒頭には、サヴィニーへの次の献辞があり、続いて序文が始まる。

Seiner Excellenz dem königlich preussischen geheimen Staats und Justizminister A. D. Herrn D. Friedrich Carl von Savigny.

閣下、私は私の最初の比較的大きな学問的試みを、軽はずみからではなく、また自己の過大評価にとらわれてでもなく、捧げる。私は、私が失ったところに隠されずにとどまっているものに判決を招くようなことをするものであるということを知っている。けれども、私は取るに足らない顧慮から決めたのでないから、閣下の前にふるい立つ。

なによりもまず、私のなかに勉学への熱意を目覚めさせ維持することに最も多く寄与した人物を私の先生であると公けに表明することが私にとって必要である。たしかに、他の誰かは閣下に教わったと本当に誇るが、残念ながら私にはそれが許されない。しかし常に、偉大な先生の学派は、それに語られた言葉よりいっそう遠くへと届いた。

別の考えが私を少なからず力強く駆り立てる。自分の幸福を狭い範囲にはなくさがし求める者は、その属する国家の幸せにつ

いての感覚と感情を持つ。ごく最近の痛ましい歲月ではなく歴史は、あらゆる健全な国家の発展は安定し莊重であるという確信をその者に押しつけるに違いない。学問においてもまた、考え深い進歩のみが目的に近づく。とりわけローマ法学者は、われわれがローマ法において感心する壮大な有機体が何世紀にもわたる徹底的な努力によってのみ形成されるということは何度も何度も示される。それにもかかわらず、学問には比較的自由的な動きが許されている。可能なことと不可能なことの対立、現実と空しい夢の対立は、ここでは政治的生活におけるほどには相互に險しくない。矛盾する見解もまた権限がありうるものであり、また理論が実務により強く作用しないという、われわれがしばしば残念に思うことは、誤りの有害な帰結が実感されうるようになる前に誤りと戦う時間をわれわれに与える。私は、この論文においてしばしば従来のもので違っており、また私が最も大きな尊敬の念をいっている学者たちの見解と対立している。けれども私は保守的な感覚で一貫しており、いかなる性急な進歩への切望の念とも無縁であることを私は知っている。そして、まさにそのゆえに私は閣下を私の偉大な模範であると呼ぶなければならなかったのであり、現代は政治的激動における安定と学問における大胆な前進を彼に贈る。

ベルリオン、一八五三年九月に

目次

訴訟的消耗について

序

第一章 概説

第二章 従来の研究

規則

第三章 法源の証言

第四章 規則の起源

訴権 *actio* と争われている物 *res qua de agitur*

第五章 訴権 *actio* の形成

第六章 物 *res* の概念

第七章 物 *res* の表示

第八章 続き——抗弁

第九章 訴権 *actio* の開始としての争点決定

第一〇章 被告の請求への訴えの関連

第十一章 訴権 *actio* の主体への物 *res* の主体の関係

第十二章 続き——訴えの提起に際しての権利者の代理人

第十三章 義務者以外の被告

第十四章 参加諾約

物 *res* の同一

第十五章 同一の徴表の概観

第十六章 同一人

第十七章 続き——共同連帯債務

第十八章 同一の目的

第十九章 同一の訴えの理由

第二〇章 同一物について *de eadem re* の異なる訴え

ベッカー『古典期ローマ法における訴訟的消耗』(二)

第二章 歴史的概観

規則の効果

第三章 第二の訴えの排斥

第三章 訴えを基礎づける権利への消耗の影響

第四章 消耗の緩和

付論

I 「物 res」の語について

II 論争

III 参加諾約人に対する訴えの形式について

IV 特有財産についての訴権 *de pecunio actio* の場合の悪意の条項 *doli clausula*

V エクセグーゼ

A Fr. 7 de *exceptione rei judicatae*

B Fr. 8 § 3 de *fidejussoribus*

訴訟的消耗について

序

第一章 概説

訴えは、侵害する不法 *unrecht* に対する法 *recht* の闘いであり、判決は闘いの判断である。闘いは、法ならびに侵害の存在と範圍——その両者において当事者間に争いがある——を確認し、また、判決で認められた法の侵害を償うために被告が原告に給付すべきものを決定するという二重の目的をもちうる。ローマの訴訟においては、両方の効果が一つの判決に当然に伴っているとは限らず、異なった裁判所の判決に結びつけられる。おそらく、神聖金による法律訴訟 *legis actio sacramento* および先決的制約を伴う比較的後の手続にあっては、そうである。しかし通常の方式書訴訟、特別審理手続 *cognitio extra ordinem* およびそこから生じたユースティニアヌスの法の訴訟は、訴えが理由づけるものについて判断し、そして原告が被告からどのようにして満足を受けるべきかについて決定するという両側面について有効な一つの判決のみをどの場合についても原則として認める。

判決の形式は、裁判人の口頭あるいは書面による表明である。これは、それ自体、所与の關係に強制的な影響を与えるにふさわしくない。それゆえに、理論が判決のものだとする効果を判決に事実上与えるため特別の法的手段が必要である。判決の二重の効果によれば、この法的手段もまた二分類すべきである。一つには、それは、被告に課せられた給付を強制するものであり、一つには、法 *recht* および侵害について判決されたところを堅持するものである。判決された法は独立の保護を必要としないように見えるかもしれない。つまり、それが実体法と符合する場合には、それはそのようなものとして保護され、それが実体法と相違する場合には、それは何ら保護に値しないものであるが、これは観念的な把握であろう。

法の侵害が起こるといふことは、人間の本性の一般的な欠陥から生じる。訴訟において、この侵害に与えられた手段が現われる。しかし訴訟もまた、人間的な制度として、不完全の烙印をもつ。とりわけ、二つの欠陥が決して乗り越えられえない。すなわち、訴訟は一定の期間続くといふこと、および、裁判人にとって法として現われるもの、したがって彼が法として判決するものが、多くの場合において、現実の法と異なるといふことである。あらゆる理性的な訴訟立法はこの欠陥を見逃そうとはしないであろうし、むしろ、特別の制度によって可能な限りその結果を予防しようと努めるであろう。判決された法に、それ自体として、また実体法への顧慮なしに、人が与えさせる保護は、誤りの、すなわち現実の法と合致しない判決の不利益に対抗する最善の手段であるとい

うことは、一見したところ逆説的に見えるかもしれない。もしかすると多くの人は、この点に、訴訟の欠陥の意図的な無視を見た。たしかに、これは不適切である。判決された法は現実の法と調和する場合にのみ保護されるとするならば、判決された法を引用する者は常に、判決した裁判人は真実を判決したと証明しなければならぬであろうし、また、繰り返し繰り返し、ある法あるいはある事実の存在または不存在が問題にされなければならないであろう。

われわれは、物的および人的訴えの最も単純な事例を考察する。アゲーリウス *Agerius* は、ヌメリウス *Numerius* のもとにある物の所有物返還請求をするか、あるいは、後者が前者に借りている十金を訴求する。裁判人は物がアゲーリウスのものだと判決し、またヌメリウスが十金を払うよう判決する。訴訟に時間がかからなかったし、また、裁判人の判決が実体法にかなっていたという点について、人はあらゆる点で確信していたならば、執行手段はこの判決の保護に十分であるだろう。ヌメリウスが自発的に給付しないならば、彼は給付することを強制される。あるいは、彼が返還された物を後になって彼の物であるとして請求するか、または、十金が根拠なく支払われたとして不当利得返還請求するならば、彼はアゲーリウスに対して原告として登場するであろうが、アゲーリウスにとって、この場合は何らの重荷でなく、また決して危険でないであろう。新しい裁判人はただちに彼の請求を否定し、また両方の判決が現実の法と一致するので、それらは相互に合っているに違いない。すなわち、ヌメリウスはただちに却けられ、またあらゆる新しい訴えは常に再び同じ帰結をもたらし、そしてさらには訴訟費用を負わせるということの確実性は、すぐに彼からさらなる訴訟への望みを奪うであろう。しかし、われわれの訴訟は残念ながら、言及した欠陥をまぬがれていない。訴訟は時間における一定の拡張を要求し、訴訟は両当事者および裁判人の活動でこの期間を満たす。そしてすなわち、訴訟が、異なる人、時間および労力を費やさせる限り、それは一つの害悪であって、それが獲得するより大きな利益によってのみ正当化される。これを超えてわれわれは、同一物についての異なる判決が常に実体的な法と、あるいはまた相互にのみ符合するということの確信は決してない。ティティウス *Titius* がヌメリウスに対する所有物返還請求に際して物がアゲーリウスのものであると認めたらば、ガイウス *Gaius* は、もしかするとティティウス自身さえもが、ヌメリウスの所有物返還請求に際して、物がむしろヌメリ

ウスに属すると判決されるべきであると、あるいは別の事例においては、ヌメリウスが何ら債務を負っておらず、つまりは非債務を支払ったということの分別がつきうる。さてしかし、新しい判決が執行されるやいなや、アゲーリウスは再び原告として登場し、そして彼は自己を貫き、ヌメリウスもまた再び訴えるというのが当然である。第一の判決が免訴判決である場合の方がより良いということはないであろう。もしアゲーリウスが第二の裁判官の面前で、ひとたび斥けられた訴えを貫徹する見込みをもったならば、彼がこれを試みないということがあろうか。極めて小さな事件がただらと続き、まさに際限なく引き延ばされるということになるだろう。

これは手のつけようがない法の状態であり、それによるときは、訴訟を起こすことの可能性からは不利益のみが生じるということが、ただちに明らかである。このことはローマ人の鋭い法感覚から漏れてはおらず、そして最も古い時代から、判決は、非常に重みのあるやり方で保護されていたのである。

判決の保護は、多様に理由づけられることができる。判決されたことは完全に証明された法であり、また、すべての方向に向かつて完全に有効な法であると観察することから、人は出発することができる。この見方を徹底的に貫き通すならば、それとらんで他のいかなるものも余計であると思われるところの、判決の完全な保護がそこから生じる。原告あるいは被告として有利な判決を獲得したいかなる者も、第一の判決に従って判決することを新しい裁判人に直ちに強制するためには、有利に判決されたところを新しい裁判人に証明するということだけが必要である。ローマ人にとってこの把握は無縁だったのでなく、ウルピアーヌス⁽¹⁾の「判決された物は真実であると考えられる *res iudicata pro veritate accipitur*」という言明は、これに基づく。しかし、それがどこにおいても妥当したのではないということは、ウルピアーヌスの「なぜなら、裁判人がその事件について法を作ることを人々は認める *placet enim ejus rei iudicem jus facere*」と⁽²⁾別の言明から生じる。一般的にこれについて、比較的最近の法律家たちの場合も争いがない。サヴィニー⁽³⁾彼は、ちなみに、裁判人の判決の真実の擬制に、その他の多くの者が承認するであろうよりも広い範囲をローマ法において要求するのであるが——は、それにもかかわらず、ほんものの債務者の誤った解釈による自然債務

の存続を認め⁽⁴⁾るが、この承認は右の擬制に著しく矛盾する。

ローマの法生活において判決の保護にとって古くから有効であったのは次の規則、すなわち、同一の物については一度だけ訴えられてよい、つまり「同一物について訴訟は二度あってはならない *bis de eadem re ne sit actio*」という規則であった。市民の全体に対する個々人の無権利、そしてこれと非常に密接に関連することであるが、個々人のあらゆる権利が、右の全体の構成員としての彼の特性、市民 *civis* としての彼の地位のみから出てくるということは、たしかに、しばしば見損われたローマ人の法観の基本思考である。われわれの規則もまた、それに似ているように思われる。国家は、たしかに、個々人をその私的法領域において助けるが、この助力は嚴格に割り当てられたものであり、個々人はそれを濫用することができない。国家は一度だけ助け、再度は助けない。政務官は、同一の事件について二度めんどろをかかけられてはならない。このように人は国家の尊厳を守ったのであり、そして同時に確実な法状態を手に入れたのである。同一物についての第二の訴えが決して許されない場合には、第二の判決もまた決して可能ではなく、そして、およそ一度だけしか判決されない場合には、人は矛盾する判決を確実に免れる。免訴された被告がこの規則により常に完全に保護されるということは、容易に理解することができる。しかし、先に考察された有責判決の諸事例においては、どのようであろうか、アゲーリウスがひとたび所有者権者であると判決された場合に、規則はヌメリウスの返還請求もまた斥けるか、そして同様に、ヌメリウスがアゲーリウスに有責判決されたものを支払った場合に、同人の非債務の不当利得返還請求 *indebiti condicio* を斥けるであろうか。

これは、明らかに次の点にかかっている。すなわち、アゲーリウスの返還請求とヌメリウスの返還請求が、さらにはまたアゲーリウスの債務の訴えとヌメリウスの不当利得返還請求が、同一物について *de eadem re* の訴えに当たる可能性があるかどうかしだいにかかっている。両方の返還請求がローマ法律家たちによって同一物について *de eadem re* の訴えと見なされていた⁽⁵⁾ ことについては証明されることができたが、しかし、判決にもとづいて支払われたものと不当利得返還請求することの禁止がわれわれの規則に帰せしめられた⁽⁵⁾ ということは、私は理解できない。

このように、ローマ人の把握によれば、判決の保護は多様な基本規則にもとづいてるように思われる。ユースティニアヌスの法体系にまで歴史的に発展したこの保護の包括的な叙述を必要とするであろうような関心を誤解することのないよう、私は、ここでは、「同一物について訴訟は二度あってはならない *bis de eadem re ne sit actio*」という規則の考察に限定し、また、方式書訴訟の時代をほとんど超えることなく追求されるものである。というのは、まさにこの訴訟に規則の本質と効果が特に明瞭に現われるからである。

- (1) *fr. 25 de statu hom.*
- (2) *fr. 3 pr. de agnosc. et al.*
- (3) *System VI § 280* 以下。
- (4) *Obligationenrecht § 11.* 次を参照せよ。 *System V § 249* 及び *§ 250.*
- (5) 第一〇章を参照せよ。

第二章 従来の研究

「同一物について訴訟は二度あってはならない *bis de eadem re ne sit actio*」という規則は、訴訟的消耗の理論の基礎を形成する。ガイウス *Gaius* の発見によつてはじめて、われわれは、この理論を十分に取り扱う状態に置かれたとの主張がしばしば繰り返された。この主張は、従来の研究がわれわれが新しく学んだ後には例外なくわれわれにとって欠陥のあるものとなって現われるといふ事実によつて支えられる。ローマの訴訟の獲得された知識により、その形式的特性において、訴えの消耗の見方が非常に軽減されているということは、確かに否認されるべきではない。しかし、消耗の理論に直接に関係するガイウスのいくつかの法文が、一般的に新しい事柄が承認されるに至つた場合と同じように、時には過大評価されているであろうことはありうることである。人は、適正な程度を守ろうとしないのである。おそらく、比較的古い法律教師にも親しみのある史料においても、しばしばそこで

追求されたよりも多くのことが見出されるべきであった。けれども、われわれは、以前に何がなされるべきであったかを争うことを欲しているのではなく、最近いかに熱心に、古くから知られていることも新しく発見されたことも特にわれわれの理論を顧慮して研究されているかを認識したのである。ごく最近に多くの優れた先人たちが歩みゆくようになった新しい研究分野に足を踏み入れようという考えは、何ら威嚇的なものをもたない。短い期間に同じ理論が多くの従事者を見出すということが、個々の成果が時間の要求に決して完全に十分ではないということの現われであるということは、決して新しい観察でない。

独立の文献的叙述は、ここでなされるべきものでない。比較的古い法律家たちの見解は、われわれにとって純粹の歴史的関心をひくものであり、その満足のための配慮をしたのが *De necessaria, quam vocant novatione, Commentatio* におけるリッベントロプ Ribbentrop である。また *Litis Contestation und Urtheil* におけるケッター Keller および *Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß* におけるブフカ Buchka は、たびたび理論史を顧慮した。比較的古い文献の知識を右の書物より多く与える試みは、消費されるべき労力と適切な関係に立つであろう成果を決して約束しない。また、どこにでもあるような書物からの単なる抜粋は、役に立たないと思われる。ガライウスが知れ渡って以来、訴訟消耗について書かれたことを整理するのは難しくないが、まさにそのゆえに、その研究に関心のある者は、その最新の文献をよく知っているということが認められるべきであり、私は自分もまたこの作業に向いていると信じる。右の理論の発展に影響があつた著者たちの個々の見解は、適切な個所で引用されるであろう。しかし、選抜なしというわけではない。

訴訟的消耗に關係する比較的最近のすべてのモノグラフィイ的叙述のなかで、史料の偏見のない把握、思考の深さ、そして叙述の注意深さによって傑出しているのは、ケッターの右に挙げられた作品である。全く同様に、*System* 第六卷におけるサヴィニーの研究は、体系的観点から出発する理論の展開で他のすべての上に高くそびえている。ケッターは、同時に、ガライウスから取り出されたものを利用して、訴え消耗に新しい光を放散した第一の人物であつたのであり、そして、彼によって得られた帰結は今日の理論の基礎を形成する。たしかに、個々のものに対して、しばしば鋭い反対のなされていることが目につくが、しかし、最近に

執筆した法学者たちの見解は、ケッラーとよりも相互に少なからず異なっている。そこで、私が、一般的に支配的な理論と異なっており、またケッラーにより認められた基礎にもとづかない理論を防御しようとするとき、ケッラーを私の主たる敵と見ることを私に強制する内的諸理由と外的諸理由が一致する。そして、われわれの相違の基準についてはじめから疑いを差しはさませないために、訴訟的消耗のケッラーと私の把握をその概要において対比しておくのが適切であると思う。

ケッラーは、争点決定 *litis contestation* により訴権 *actio* が審判人手続へと *in iudicium* 持ち込まれ、そして消耗させられ、しかしそれに代わって、そこから「有責判決されるべきである *condemnari oportere*」という債務が発生するということを認める。これは再び判決により消耗させられ、そして「判決されたものをなすべきである *iudicatum facere oportere*」という新しい債務にとつてかわられる。そのような効果は、一定の訴えの場合に、そして一定の要件のもとに直接に発生し、ここでのみ二度の現実の更改が生じる。その他のすべての場合には同様の効果が間接的な方法で獲得される。つまり争点決定の瞬間からは、審判人手続へと持ち込まれたとの抗弁 *exceptio rei in iudicium deductae* が、そして判決の後には、それと選択的に競合する既判物の抗弁 *exceptio rei iudicatae* が、消耗を現実化させる働きをする。しかし、消耗の対象は形式的な訴えではなくて、基礎をなす法律関係——訴権のこれの変形した性質における——である。外形的にはこれは請求表示 *intentio* によって決定されるものであるから、原則として、請求表示 *intentio* の内容を形づくるものが消耗させられる。ケッラーは、既判物の抗弁 *exceptio rei iudicatae* に、訴訟消耗の機関として作用することとしての規定、彼によって抗弁の消極的機能と呼ばれているもの、と並んで、他の積極的機能を、後の法的争いにおいて主張する判決の積極的帰結を割り当てる。

ケッラーがいかにしてこの見解に至ったかは容易に理解できる。彼は *Gajus, insti. III 180-81* および *III 106-8* の叙述から出発し、そしてこれのみから彼の消耗の理論を展開する。消耗の機関としてガイウスは既判物の抗弁 *exceptio rei iudicatae* を挙げる。ところでケッラーは、パンデクテンからこの抗弁について長い間知られていたことを比較する。一部の法文はガイウスから得られた像と調和し、他の法文はまったく調和しない。さて、右の像が正当なものであり、そして既判物の抗弁 *exceptio rei*

judicatae の規定がそれによって鋭く表わされていたとするならば、抗弁はこの規定のほかになお、ガイウスからは説明されることのできないパンデクテン法文にかかわる他のものをもっていたに違いない。前提が正当であるとするならば、何びとも結論を論難しないであろう。ケッラーが、認められた両機能を偉大な明敏さで規定し、そして限定したということは、今も否定されてはならない。

ケッラーは、彼の見解を *Litis Contestation* において、最初に、そして最も詳細に展開した。ブフカ Buchka の *Einflub* についての彼の書評⁽¹⁾もまた、攻撃を撃退しているものであるのみならず、同時に、独自の見解が、それが最初の作品において行なわれたよりも一層良く、基礎づけるものであるはずである。ケッラーの最近の著作である *der Römische Civilproceß* は、ここで扱われるべき問題に繰り返し立ち戻っている。ケッラーが全体として従前の見解に固執しているということに疑いはない。もっとも、いくつかの相違がはっきりと表明されており、軽く示唆されているように思われる他のものもある。それらについては、なお詳細に言及されるであろう。

(1) *Hallsche allgemeine Literaturzeitung* 1846 にあつて。