

五 報復的差押えと裁判の拒絶

一二九八年十月九日ハノーファー市と、ヒルデスハイム市とのあいだで交わされた契約の証書にあった報復的差押えの禁止の箇条（ホ）は、もう一度繰り返せばこう述べていた。へわれら「ハノーファー市民と、ヒルデスハイム市民と」のあいだで、なんびとも、他人の債務のゆえに、「この他人たる本人とは」別の者を差し押えるべからず。」

ところで、この十年あまりの後、一三二〇年一月四日、同じくハノーファー市参事会は、ヒルデスハイム堤防市 *Damm=Stadt zu Hildesheim* 参事会とのあいだに、この一二九八年づけの司法契約証書に述べられていたものと同じ趣旨の司法契約を取り交わした²¹⁹が、ここにも、報復的差押えの禁止が一二九八年における文言と同様の文言でもって述べられていた。しかも、一二九八年、一三二〇年のいずれの事例においても、報復的差押えの禁止については、その例外を認めるといったさいにしばしばみられる、なんらかの付帯条件（つまり、裁判の拒絶のこと。これについては、後述する。）にも言及していない。禁止は一見して無条件的であるかのようなようだ。

本節で、この点を考えるのに、ここで、まず、右の一三二〇年の司法契約の証書を引こう。問題の発端をみるのに、便宜だからである。この契約はヒルデスハイム堤防市側の作成になり *Johannes Hymedestorpe, Thydericus de Wvningehusen* ほか四人のヒルデスハイム堤防市参事会員の名で発行したものと。ところで、じつは、さきの一二九八年の証書と、この一三二〇年の証書とを並べてみて、文言上、大きく異なるところがひとつある。これが、本節における問題の発端となる。それは、一二九八年十月九日の契約証書の前述（第四節）の箇条（二）で、つぎのように述べ

られていた箇所に関する。へ「赴いたさきの相手都市において、」支払うべき債務を負うときは、その者「外人」は、当該の債務「の不履行」のゆえに、差押えをこうむる occupari ことがある。そのときは、当該の債務については、「差押えられた財産のなかから」支払うことにならう。」

おそらくこれは、一二九八年の司法契約における前述の箇条（ホ）の、債務者本人以外の者を差し押えてはならない、との命題との関連で考えるべき箇条と思われる。すなわち債務者本人については差押えができる、ということである。ところが、(二)に述べられていた右の箇条文言が、一三三〇年の証書では、こうなっている。へ「赴いたさきの相手都市において、」支払うべきなんらかの債務を負うときは、その者「外人」は、そのような債務「の不履行」のゆえに、差押えをこうむることあるべからず (occupari non debet)。彼「債権者」が、あらかじめ prius 参事会にたいして、欠陥なく、かつ公然と訴えを起し、彼の権利を ius suum 追求するにあらざれば。」

このへ「彼が、あらかじめ参事会にたいして」云々というのは、こうである。債権者は、たとえ債務者が債務の履行に応じないときでも、ただちに差押えにうつたえるのではなく、いったんは裁判所に訴えを起す必要がある。もし、それでも、債務者が応じないときに(例えば、応訴しないとか、応訴した後でも裁判が進行しないとか、もしくは判決に従わないとかのときに)初めて、差し押えることができる、と。要するに、債権者が債務者を差し押えることができるのは、事前に訴えを提起している場合である。言い換えれば、無限定におこなわれる差押えは許されないといいうことである。この点を、一二九八年の契約証書の(二)の箇条についてみるに、この箇条は、上述のように、無限定な外人差押えを認めているようにみえる。果たしてほんとうにそうなのであろうか。一二九八年から一三三〇年へと十年少々で状況が変わったのであろうか。あるいは、もし十年そこそこで状況が変わるものではないとすれば、証書における関係文言の有無にかかわらず、十三世紀末期とか十四世紀初期とかの時代には、(三)につ

いても、言い換えれば外人差押えについても、事前に裁判所に訴えを起こしていることが、外人差押えにうったえる前提となっている、というように推察できることになる。果たしてこう考えてよいのであろうか。

いずれにしても、残念ながら正確なことは、わからない。ただ、本稿において問題は、むしろ、こうである。第四節で、一八九八年の司法契約における(二)は、(ホ)の箇条における、債務者本人以外の者を差し押えてはならない、の命題との関係で考える必要がある、と推測しておいた。では、(二)についてもし右述のように推察できるとして、この(ホ)については、事前に訴えを提起すべし、の命題との関係においていかに考えればよいであろうか、ということである。以上が、一八九八年と、一三三〇年との司法契約文書の比較からみた問題の発端である。

ちょうど、このような問題の発端をあたかも地で行くような事例が存する。一三三九年六月九日アンデックス *Ardechs* 伯オットー二世 (*Herzog von Meran*) の授与したインスブルック都市法にある一箇条である。⁽²⁹⁾ いわく「インスブルック市に」到来する外人は、自分自身について以外に *nisi pro se ipse* 他人について *pro aliquo* 差押えを *occupacionem pignoris* 被ることあるべからず。また朕の前述の市民たちの誰であれ、差押えを被ることあるべからず。彼「債権者」が、あらかじめ、前述の都市において、裁判官の面前で *coram iudice* 彼の権利を要求するにあらざれば。ここにみえる(彼が、あらかじめ、前述の都市において)云々以下に述べられていることは、「インスブルック市に」到来する外人は、自分自身について以外に」云々とみえる報復的差押えにも、関係するのであろうか。文言上は判然としない。しかし、関係をまったく否定してしまうことはできないであろう。

では、報復としての差押えを、裁判所への事前の告訴と、しかも——これが本節のとくに問題とするものだが——この裁判所における裁判拒絶と、はっきり関係させている文書はあるのであろうか。もちろん存在する。ほかならぬ報復的差押えの最も早期の事例であった前述の一七三三年フランドル商人のためのフリードリヒ一世の特権状⁽²⁰⁾が述

べていたものが、そうである。他の事例に、上述の一二五九年シュトラースブルク市がザールブルク市と交わした司法契約²²⁾や、一二六七年シュトラースブルク市がライナウ市と締結した司法契約²³⁾があげられる。さらに、既述の一二七一年デヴェンター市とケルン市との司法契約²⁴⁾も、デヴェンター市民はケルン市民にたいして報復的差押えをおこなうことはあいならず、と述べた後で、こう続けている。〈ケルンの裁判長と判決人とは、彼ら「ケルン市」の同僚市民、すなわち主たる債務者「の事件」について、ケルン市の慣習に基づいて正義をおこなうのを拒絶するということが起こるのでなければ。〉また、上述一二七八年ケルン市とネイメーヘン市との司法契約²⁵⁾にも、こうみえる。〈もしこれにたいして、このように「財貨返還の」要求をおこなう当該ケルン市民の事件について、ネイメーヘン市において正義が拒絶されるときは、当該ケルン市民は、正當に、われらの同僚「ネイメーヘン」市民「の身柄と財産」を質物 *pignora* として拿捕し捕提し差し押えうる。当該ケルン市民が、かの財貨を、彼「当該ケルン市民」の都市「ケルン」の証書によつて、ケルン市の法と慣習に基づいて追求するかざりは。そして、われらの「同僚たる」ネイメーヘン市の判決人のなす判決によつて、彼「当該ケルン市民」が、上述のように正義を取得しうるまで。〉

最後に、報復的差押えと裁判拒絶との關係についてもつともはつきりと述べているのが、前述一二五二年十一月五日ケルン市とポツパート市との司法契約であげた文言²⁶⁾に続けてこうみえるものである。〈さらに、上述ポツパート市民のなんびとかが、われら「ケルンの」同僚市民のだれかにたいして、訴えを起こすときは、彼「原告」のために、われら「ケルン市」はわれら「ケルン市」の判決人の判決に基づく迅速な裁判を *iustitiam expeditam* おこなうべし。もし、われら「ケルン市」が——と続くところがここで關係する——〈この「迅速な」裁判をなすのを遅らせるときは、彼「原告」は、「こうした、」裁判の欠陥のゆえに *pro defectu iustitiae* 二度文書をもつて、さらに四回目に、「ケルン市」が」上述のごとくなすべく、われら「ケルン市」に伝達する。彼の者「原告」がこのことをおこな

「い、にもかかわらず、われら（ケルン市）が迅速な裁判を執行しなかつたうへは、彼「原告」は、われら「ケルン市の」同僚市民「の身柄」を差し押え、あるいは、われら「ケルン市」の財貨を質物として拿捕し抑留しうる。ただし、この質物は、確かな場所に保管されねばならず奪い取られてはならない。そうではなくて、それは、原告が満足をえるにいたるまで *quosque conquerenti fuerit satisfactum* 抑置される必要がある。」²⁹

ところで、問題のハノーファー市についてはどうであろうか。一三〇一年六月九日、ハノーファー市がブレイメン市と結んだ司法契約において、報復的差押えの禁止には限定が付せられていた。これを、ハノーファー市参事会側の証書で読んでみよう。³⁰「われら「ハノーファーの」市民のなんびとも、ブレイメン市民、あるいはその使者「の身柄」もしくは、彼ら「ブレイメン市民、あるいはその使者」の財産 *bona* を、他人の債務のゆえに *pro debitis alienis* 差し押え (*arrestare*)、あるいは別のなんらかの方法で拘束する *impedire* ことをなしえず、あるいはそれら（こ）とおこなってはならない。ブレイメン市において」——と続くところが、既述一二九八年の（そして一二二〇年の）司法契約証書にたいして、新しいところである——「ハノーファー市民で、原告たる」債権者にたいして、裁判が拒絶されている *Justicia denegata* ということが、ブレイメン市参事会員からみて、および、ほかの評判良き人々からみて、前もって、公然たるものとなっている *manifestum* のでなければ。」まったく同じ趣旨、同じ文言でもって、一週間後の一三〇一年六月十六日にも、ハノーファー、ブレイメン両市のあいだで司法契約が交わされたことが、ブレイメン市参事会発行の証書³¹からわかる。この契約によって、ブレイメン市民がハノーファー市民を差し押えることは、ブレイメン市民がハノーファー市において裁判拒絶に遭遇する場合の他は、禁じられた。

このように、一三〇一年六月九日（そして一二三〇一年六月十六日）の司法契約では、前述一二九八年十月九日（そして一二二〇年一月四日）の契約とは異なつて、報復的差押えの可否が、裁判拒絶の有無に関係していた。事例を想

定すると、こうであろう。ハノーファー市民X（債権者）が外人としてブレイメン市の外来者法廷にブレイメン市民Y（債務者）を相手どつて訴えを起し、しかるに、この法廷で裁判拒絶に遇うときは、Xは、Yの代わりに、他のブレイメン市民Zを差し押えることができる、ということである。裁判の拒絶を被つているときには、報復としての差押えが許されるというものである。ただし、ハノーファー市民Xがブレイメン市の外来者法廷で裁判拒絶に遇つてゐることが、公然たるものでなければならぬ。しかも、公然たるものであるかどうかは、原告ハノーファー市民Xの証明するところによるのではなく、ブレイメン市の外来者法廷を主宰するブレイメン市参事会が判定する事項なのである。とみると、ハノーファー市民Xが裁判拒絶に公然遭遇している、との判定ができるのは必ずしも容易いことではなからう。このことは、報復的差押えの可否にも響いてくるであらう。

さて、前述一二九八年、一三〇〇年の司法契約では、一三〇一年の契約とは違つて、報復的差押えの許される条件として裁判拒絶をあげていなかった。これに類する事例には、既述の二二八四年五月ケルン市とガン市との司法契約⁽²³⁾があり、さらに、例えば、つぎの諸事例が存する。

一二五八年十二月、ケルン市参事会がブレイメン市参事会と交わした契約⁽²⁴⁾は、こう述べる。（われら「ケルン」の市民のだれかが、ブレイメンの市民のなんびとかにたいして、ものを貸し付けるとき、あるいはブレイメンの市民のなんびとかが債務を負うと信じるそのときには、彼「債権者たるケルン市民」は、ただひとり被告および債務者本人のほかには（*nisi rei et debitoris tantummodo principalis*）、「裁判外において」別の人間を差し押える *alium arrestare* など、もしくは、差し押える代わりに別の人間から担保物を押収する（*pignora alia capere*）をなすべからず。また、「債権者による」こうした担保物押収行為のゆえに、今後、「両市のあいだで」新たな争ひ、*nova altercatio* や、厭うべき不信が再燃する *discordia odiosa resurgat* などのなきように。」）

一二六七年三月十九日ハーメルン市参事会がブレイメン市参事会と結んだ司法契約²³¹にいわく、(あなたगत「ブレイメン」市民のだけれも、今後 *de cetero* われら「ハーメルン」の都市において「自分とは」別の者らが帯びる債務を「自分が」支払うことを要せず。たまたま、だれかの保証人になっているとか、だれかの相続財産を引き継いでいるとかというのでないかぎりは。)

ところで、前述一二九八年、一三〇〇年の司法契約や、直前の二事例では、少なくとも文言上は、裁判の拒絶は、外人にたいする報復的差押えの禁止の例外事由としては、あげられていない。ということは、報復的差押えは、裁判拒絶の有無にかかわらず、およそ許されないとみなされているのであろうか。はつきりしたことはわからない。もう少し時代の枠を前後に広げて報復的差押えの禁止事例をみてるに、結論的にいえば、少なくとも文言上は——しかも、ほぼ同時期の事例についてすら——両様さまざまである。

例えば、一二二七年シュトラースブルク市、シュバイアー市のあいだの契約中に、こうみえる。²³² (今後は、われら「シュトラースブルク」同僚市民のなんびとも、彼ら「シュバイアー」の同僚市民のなんびとも、なんらかの債務のゆえに、われわれ「シュトラースブルク市」のところで、襲つてはならず、あるいは苦しめることはなすべからず。債務者本人であるのであらざれば (*nisi principalem debiti personam*)。)

一二五三年七月二十二日ポツバート Boppart 市と、コブレンツ市との和解証書の一節にはこうある。(さらに、われら「ポツバート市参事会ほか」は、つぎのことを、すなわち、われらの都市の前述の市民のなんびとか「X」を、なんらかほかのことで *ad aliquo* 差し押えたり、原因がだれかある人の事情に存する訴訟事件に引き込むことを、許さない。その者「X」がみずから債務者であるとか、債務の保証人であるとか、あるいは死亡した債務者にとつて最近親の相続人であるとか、というのでなければ。)

一二六二年六月九日ベルク伯アドルフとケルン市との平和協定⁽²³⁴⁾にいわく、〈なんびとも、無実の者にたいし、他人がなしたる債務について *umbe die scott, die ein andir hat gemacht* 要求をなしたり、彼「無実の者」を差し押えたり、あるいは抑留したりするべからず。同様のことは、ケルン「市」に居る、朕「ベルク伯アドルフ」の臣民について「も」遵守されるべし。〉

時代は下つて一三三二年九月二十八日ウィッツェンハウゼン *Witzenhausen* 市がゲッティンゲン市と交わした司法契約⁽²³⁵⁾には、ゲッティンゲン市民のだけれがウィッツェンハウゼン市民のだれかに債務を負っている場合、ウィッツェンハウゼン市民は、債務者本人以外の、ゲッティンゲン市民の身柄・財産について差押えをおこなつてはならず〈彼「債権者」の正規の主たる債務者 *seinen rechten sakwolden*〉を差し押えるべし、とあるのみで、裁判の拒絶に關しては述べられていない。

また一三四〇年十月十七日シュトラースブルク、シュバイアー、ヴォルムス、マインツ四市——ちようど、これら四市は、「バーゼルからラインの溪谷に沿つて」ケルン、そしてここからユトレヒト（さらに海路イングランド）に通じる通商路の一翼を担つていた⁽²³⁶⁾——のあいだの長文の司法契約証書の中に、短くこう述べられている。⁽²³⁷⁾〈上述「契約」諸都市のいかなる男市民も女市民も、真実の債務者本人以外に *danne die waren und selb schuldenere* 他人を苦しめること、あいならず。〉

さらに一二六〇年四月二十日ペーメン、ケニヒスフェルト *Königsfeld* 市のためのカール四世の特権状にいわく⁽²³⁸⁾〈上述「ケニヒスフェルト」市の市民、および居住者は、あるいは彼ら「市民、居住者」のなんびとも、また彼ら「市民、居住者」の財産は、朕の、あるいは朕の民の都市、城市、村においては、他の者の債務について——しかも、この「ケニヒスフェルト」市の裁判長に裁判がいまだ提起されていない債務事件について、あるいは、それ「裁判」

に於て拒絶が起きていない *denegata non fuerit* 債務「の事件」について——は、債務者本人の場合を除いて (*nisi solus ipse debitor principalis*)、今後将来にわたつて、いささかでも差し押えられることなし。)

ところが、特権状のこの簡条は、右の前段に於て、後段でこう述べる。へただし、ノイエンプルク *Nuembur-* *gum* 市については、このかぎりにあらず。すなわち、この都市のなかにおいては、上述の都市ケニヒスフェルトの市民、居住者のだれもが、どのような債務についてであれ、差し押えられうる。というわけは、都市ノイエンプルクは、この特別の特権を、古い時代からこれまで永きにわたつて享受してきたのであり、かつ現在も享受しているからである。この後段によれば、ケニヒスフェルトの市民、居住者は、彼らがノイエンプルク市に滞留するときは、いわば無条件に差し押えられうる。つまり、彼らは、債務者本人以外の債務についても、また、ノイエンプルク市民が未だ裁判拒絶に遇つてはいない債務についても、報復的差押えを被ることがあつた。²³⁹ こうした特権を、ノイエンプルク市は享受してきたというわけである。

この特権状のこの簡条の前段と後段との比較からいって、つぎのことに注目される。報復的差押えは債務事件が裁判所で裁判拒絶に遭遇している場合にかぎつて許されるというのは、当時、少なくとも觀念としては、かなり意識に上つていたということである。

最後に一三六一年十月七日マインツ大司教ゲルラツハ *Gerlach* と、ヘッセン・ラントグラーフのハインリヒ、オットー父子との和解契約において、報復的差押えはつぎのように禁じられている。すなわち、和解当事者の一方の封臣、市民、農民(原告)は、他方当事者の封臣、市民、農民(被告)を差し押えて *kunnen* はならない、原告が、被告の裁判所において裁判拒絶に遇う場合の他は、と²⁴⁰

以上の諸事例では、最後の二例のみが報復としての差押えを裁判拒絶に関係させている。

このように、事例は区々ではあるが、全体としてみると、裁判の拒絶を、外人にたいする報復的差押えの禁止の例外事由としてはことさらにはあげていない事例が目につく。このことは、以下の諸事例についてもいえる。

しかも、以下の諸事例では、債務者本人以外の者の債務の例に、具体的な身分にある者の債務があげられている。まずは、(商人)の債務である。これについては、すでに報復的差押えの最も早期の一例として一七三三年フリードリヒ一世のフランドル商人のための特権状に、(もし、「そこで」裁判を求めてこれが得られない「すなわち、裁判が拒絶される」ときは、彼「債権者」にたいして裁判が拒絶された場所の商人たちから担保物を取得するべし。彼「債権者・原告」が裁判に到達しうる「つまり、裁判が開かれる」に至るまで。)⁽²⁴⁾とあったところが参照される。また既述、一三〇七年フランドル伯ロベルトがドイツ商人に授与した特権状にも、(前述の商人の Mercatorum なんびとも、他人の債務については差し押えられることなし。主たる債務者であるか、その保証人であるかでなければ)と述べられていたし、既述一四六一年のブラウンシュヴァイク、エルフルトの事例にも(われら「ブラウンシュヴァイクの」無実の商人にたいする *uppe unsen unschuldigen kopman* そのような「報復的」差押え)云々とあった。⁽²⁴⁾さらに例えれば、一二一九年十一月八日ニュルンベルク市のための国王フリードリヒ二世の特権状には、こう見える。⁽²⁵⁾ (いかなるニュルンベルク市民「の身柄・財産」も、法律上 (*de jure*)、ほかのなんびとかの *saphant* 「共同質物」⁽²⁴⁾とはなりえない。ある商人が、別の商人にとつて、そうなりえないのと同様に (*nec unus mercator pro alio*)。)(二) によれば、債権者(もしかすると外人債権者)は、あるニュルンベルク市民(債務者本人)の代わりに、別の市民(第三者)を、この者がニュルンベルク市民であるというだけの理由で、差し押えることはできない。また、こうした *saphant* の負担から、商人は、すでに早くに解放されていたことが、右のところからはわかる。

時代は下るが一三五七年ハンガリー国王ラヨシュ一世(ルイ大王)が、王国を往来するブラハ商人とニュルンベル

ク商人とに与えた特権状には、こうみえる。²⁴⁵ なんびとも（財産を持参して朕の王国を訪れる、前述ブラハとニユルンベルクの商人 *mercatores* を、誰か他の商人の罪過や債務、違反の事件のゆえに、いかなる方法によつてであれ、妨害させたり差し押えさせたりすべからず。）なお、少し後一三八一年のハンガリーの状況について、つぎの発言もここで紹介しておきたい。「ハンガリーの女王エリザベスは、ウィーンおよびオーストリアの商人衆からの不満が有つた結果、一三八一年の一国王特許状 *royal charter* で、オーストリア商人が取引のためにハンガリーに来るとき、彼らは、他人共の債務および不法行為につき逮捕されない、また有責判決を言渡されない旨を、約した」と。²⁴⁶ ハンガリーにおける外来商人の活動振りがうかがえる。これは、おそらくオリエント貿易と無関係ではなからう。当時、ハンガリーは、チェコ（ブラハ、ブルノ、ブラティスラヴァ）、シロンスク（ルシユレージェン）、ポーランド南部（クラクフ、ルツフ）、ロシア南部（キエフ）と並んでオリエント貿易に参加——それら諸地域の貿易は、ヴロツワフ（ブレスラウ）に集中——していた。いわゆる南ルートによる東西貿易である。そして、それらの地域にはイスラム商人や、アルメニア人、ユダヤ人、ギリシア人などオリエントからの商人が集まっていたり、居住区を作つていた。²⁴⁶

また、一三六七年カール四世が、ベーメンのカーデン *Kaden*（現在は *Kadan*）市に与えた特権状²⁴⁷ にも、こうみえる。（いかなる商人 *mercator* も、また「他の」いかなる者——この者が、いかなる地位、境遇、身分にあらうとも——も、他の商人を、あるいは他の者——この者がだれであれ——を、他の場所で契約が交わされたいかなる債務についても *super quocumque debito aliter ubicunque contracto* 差し押えたり、攻撃を加えたりしえない。あるいは、逆に、「他の商人、あるいは他の者によつて、裁判所に」来るべし、といった判決を被つたり、いわんや裁判所の外で差し押えられるべし、といった判決を被ることは、無い。もしその債務が、この都市「カーデン」において市場が開かれていたまさにそのときに取り交わされた債務でないかぎりは。）

債務者本人以外の者の債務の例に、このように、商人身分——これらの事例で、商人とは、小売商ではなくて「遠隔地商業をいとなむ卸売商人」であった²⁴⁸——にある者の債務があげられていたのは、前述第二節で事例を紹介したように報復的差押えの現象が商業史的状況において起きていたことからいって、ほとんど自明のことであろう。

しかるに、その他に、注目すべきは、債務者本人以外の者の債務の例に、都市君主など、なんびとかへ上級権力者の身分にある者の債務が度々あげられていることである。そこで、以下で、関係の事例を示したい。

比較的早期の事例に、一二一九年十一月八日ニュルンベルク市のための国王フリードリヒ二世の特権状に、こうみえる。²⁴⁹〈なんびとか領主が、もしくは債権者 creditor 「正しくは、債務者 debtor であろう」²⁵⁰が、だれかニュルンベルク市民にたいして負っているもの「負債」を支払わぬときは、その者「領主、もしくは債務者」の「支配下にある」農民 mansionarius あるいは商人、もしくははフオークト「の身柄、および財産」が、「当該」ニュルンベルク市民「原告」にとつて質物 pignus となるべし。〉つまり、債務者（被告）が債務を支払うまで当該質物は債権者（原告）の保管に委ねられる。おそらくこの質物は差押えによつて拿捕されるものであろう。さらに、一二三〇年九月四日レーゲンスブルク市にフリードリヒ二世が授与した都市法²⁵¹に述べられているものは、都市君主に關係する。いわく、〈「レーゲンスブルク」市民「の身柄」も、彼の財産も、司教のために、あるいは大公のために、あるいは他のだれかのために、担保として loco pignorum 差し押えられることあるべからず。ただ、同僚市民のため「に、担保として差し押えられうる（こと）」を除いては（nisi tantum pro suo concive）。なお、この場合には、差押え人 detentor 「原告」は、彼「原告」の「債権債務」事件をまずもつて、市民たち「の裁判所」に提起しておくこと、そして裁判が彼「原告」にたいし拒絶なれている iusticia sibi fuerit denegata こと、を要する。〉²⁵²

同趣旨の特権状を一二三一年一月十九日国王ハインリヒ（七世）が、一二三六年五月には皇帝フリードリヒ二世が、

そして一二五七年五月二十七日国王リチャード（・フォン・コーンウォール）がケルン市民に与えた²⁵³ 例えぱりチャードが与えた特権状のなかに、つぎのようにある。〈ケルン市の判決人および市民団体は、大司教——これがだれであれ、どの場所どの時間に居ようとも——の債務や約束のゆえに、あるいは他のなんびとの債務や約束のゆえに、「彼らの」身柄についてであれ財産についてであれ、損害を被つたり差し押えられたり dampnificari detineri すべきでなく、どのような手段によつてであれ圧迫を加えられる Brunari ことなし。〉また一二五七年九月八日同じくりチャードがヴェッツラー市に特権を確認した証書²⁵⁴ には、こうみえる。〈さらに、既述の市民たちのだれととも、朕に代えて（per nos）、また朕の名による他のだれかに代えて（per aliquem alium nostro nomine）、朕やだれかのところから「なんびとかによつて」ひとつ一つ奪い取られたる貨幣のゆえに差し押えられることは無い。〉

一二九一年六月二日づけの国王ルードルフのデュイスブルク市民あて特権状²⁵⁵ へいかなる地位身分にある者であれ、なんびとも、デュイスブルクの朕の市民たちのなんびとをも、捕らえたり、差し押えたり、あるいはその他の方法で、「デュイスブルク市民の」身柄にたいしてであれ「その」財産にたいしてであれ、苦しめたり、あるいは、どのような方法によつてであれ裁判所に来させたりしてはならない。どのような方法によつて契約がかわされたものであれ他の者の債務、あるいは負債のゆえには。「また、」なんびとの名においても、朕の親愛なる忠臣であり、輝かしきクレージュエ Cleve 伯の名においてであれ。かの「デュイスブルク」市民たちは、かの「クレージュエ」伯のゆえに、あるいは彼「伯」によつて結ばれたる債務のゆえに苦しめられることあるべからず。そうではなく、彼ら「市民」は、彼ら「市民」が持ち運ぶ商品について pro suis mercimoniis exercendis より優れたる特権を享受すべし。〉

一二九一年七月三十一日ザンクト・ガレン市がときのザンクト・ガレン修道院長ヴェイルヘルムから取得した特権状は、述べる²⁵⁶ へなんびとも、ザンクト・ガレン市民を、この身柄であれ財産であれ、修道院長に代えて（für abbat）

あるいはフォークトに代えて (für vogel) 拘束したり差し押えたりすべからず。ただし、みずから債務を負っているときや保証人となつてゐるときは、このかぎりにあらず (er si ez danne selb gülte oder borge)。)

一二九七年一月二十四日フランクフルト・アム・マイン市がヴァイルブルク Weiburg 市に与えた法教示⁽²⁸⁾にいわく、
 〈なんびとも、われら「フランクフルト・アム・マイン市民」にたいして、なんびと「X」をも、この「X」の主君の債務のゆえに pro debitis domini sui 差し押えることはなしえず。しかし、もし彼「X」がみずからの名において、なんびとかにたいして債務を負つてゐるときは、支払いの義務あるべし。〉

一三三〇年五月二十六日オッペンハイム市のためのルートヴィヒ・デア・バイエルの特権状の一節⁽²⁹⁾には、こうみえる。〈なんびとも、貴市民を、続いて貴市民の相続人や後継人を、朕によつて、あるいは、朕の前任者、あるいは後継者のローマ王もしくは皇帝によつて、朕の名において、あるいは彼ら「朕の前任者、あるいは後継者」の名において、王国のために締結された債務のゆえに、「貴市民の」品物あるいは身柄を差し押えることあるべからず。〉

一三三一年八月二十九日ゲッティンゲン市とアインベック Einbeck 市との司法契約——ちなみに、この契約 vruntschap unde wileore は、翌年の九月二十九日まで有効とされた⁽³⁰⁾——には、こうみえる。〈領主ブラウンシュヴァイク大公オットーが、あるいは、彼「大公」の役人のだれかが、われら「アインベック」市民にたいして、あるいは、われら「アインベック市民」と共に住む者——われら「アインベック市民」がそのように、「つまり彼らを住まわせるように」措置した者——にたいして、損害を加えるとき、これがゆえに、われら「アインベック」市民と、われらと共に住む者——われらがそのように措置した者——とは、ゲッティンゲンの市民「の身柄」を奪つたり、その財貨を差し押えたり sin gut bekummenen 抑留したりすることがことなきは、なすべきではない。〉(そうではなくて、彼「被害者」は、ゲッティンゲン「の都市」にたいして訴えを起す beclaghen べし。)

一箇月後の一三三二年九月二十八日右述²⁶⁰ ヴイツツェンハウゼン市もゲッティンゲン市との司法契約において同様のことを約束する。すなわち、大公オットーあるいはその役人が加えた不法行為にたいしその報復として大公の支配下にあるゲッティンゲン市民の身柄や財貨を差し押えるがごときことはおこなわぬと。さらに一三三一年四月二十六日にもアインベック市はゲッティンゲン市と契約を交わし、たとえ大公オットー——（彼は、ゲッティンゲン市民の領主 *der van Göttingen heren* であつた）——から、あるいはその周辺から攻撃を受けることがあつても「アインベック」の都市においてゲッティンゲン市民を（債務者本人を除いて *denne de sulff schuldege*）差し押えることはおこなわぬと約束している。²⁶¹ これらゲッティンゲン市をめぐる事例からは、アインベック市、ヴィツツェンハウゼン市は、当時ゲッティンゲン市の都市君主ブラウンシュヴァイク大公とフェーデを戦つていたことがわかる。

以上の諸事例には、都市君主の債務のゆえに市民が差押えを被ることはなし、との趣旨がみえており、こういった主君として具体的な例に、国王、司教、大公、修道院長、フォークトが挙げられていた。これらの事例のうち一三三〇年レーゲンスブルク市の事例には「ただ、同僚市民のため」に、担保として差し押えられること」を除いては「とあつて、注目すべきことに、レーゲンスブルク市民は同胞市民の債務のゆえに差押えを被りうることを、市民として認めている。ただし、報復的差押えを被るには、事前に裁判拒絶の存することが条件になつていた。しかも、裁判拒絶の存在を条件とすることを明瞭に挙げていたのは、右の諸事例ではただこの一三三〇年の事例のみであつた。

さて、裁判拒絶 *Rechtsverweigerung* の問題に深く立ち入り、これを通して、報復的差押えの法的性格を考えようとしたのが、ブラーニツツである。²⁶² 彼によれば、報復としての差押えは、「裁判拒絶の場合にのみ許され、その他の場合は許されないのが、つねである。」²⁶³ この見解の趣旨は、こうなる。諸文書に裁判拒絶の文言が掲載されていようがいまいが、報復的差押えは、裁判拒絶という「緊急時においてのみ」²⁶⁴ 許され、このことは、報復的差押えの

（本質）をなしていた、ということである。²⁶⁵そしてこの観点から、プラーニッツは報復的差押えの法的性格を明らかにする。報復的差押えは「裁判拒絶という犯罪 *Delikt* に向けられた違法行為の効果 *Unrechtsreaktion* である。」²⁶⁶まず、ここに至つた彼の所説を摘記してみよう。²⁶⁷

（1）報復的差押えとは、債権者 X が、彼と外人関係にある債務者 Y にたいしてでなく、Y の同輩裁判民 *Gerichtsgenossen* である Z にたいして、差押えを実行することである。²⁶⁸

（2）その手続きについていえば、X は債務履行に応じない Y を、先ずは、Y が裁判籍をもつ郷里都市の裁判所に訴え出る。しかるに、ここで裁判拒絶——Y が裁判所に出頭してこない、あるいは裁判所じしんが審理を怠るといつた——に遇うときは、Y に代わつて Z を差し押さへう。²⁶⁹

（3）これを一般的法、例外的法の関係で示すと、こうである。ほんらい、債権者は債務者本人ではない者を、たとえ債務者の同胞市民であれ、差し押さへることはできない。つまり報復的差押えの禁止が、一般的法なのである。ただし、債権者が裁判拒絶を被るときは、このかぎりではない。ここに例外的法ができる。²⁷⁰ただし、一般的法と例外的法との関係を、つぎのように理解すべきではない。報復的差押えはそれじたいとしては債権者にとつて正当の行為である。ただそれにもかかわらず報復的差押えを禁止するのは、裁判拒絶が存しないのにもかかわらず報復的差押えを被ることから債務者本人ではない者を救い出すことにあるのだ、ということではない。そうではなく、一般的法が示すところは、こうである。報復的差押えはがんらい正当な行為ではない。債権者が債権者の都市において債務者本人を捕らえることができな、言い換えれば差押えができなるときは、先ず、正規の裁判手続きに訴えて、債務者を裁判所に告訴すべきなのである。²⁷¹そしてこうした一般法こそは、帝国法上は、例えば一三二一年の諸侯のための取り決めのなかに述べられていた。すなわち、原告は、被告が裁判籍をおく法廷に訴えを起すべし、とあつた訴訟法

の原則である。²⁷²

(4) 以上を發展史的にみるとこうなる。訴訟法上の右の一般原則がおよそ裁判籍をめぐるがんらい唯一の原則であった。これ以外の訴訟法はすべて後代の發展に属している。報復的差押えも後代における形成物のひとつである。しかも、もつばら裁判拒絶という非常の事態に対応するために登場してきた。²⁷³

つぎに、報復的差押えの法的性格についてプラーニッツの所論をみると、裁判拒絶は債務者がひとりの裁判民として所属する裁判団体 *Gerichtsgemeinde* そのものが犯した不法行為を意味していた。裁判拒絶は、つぎのいずれかのかたちをとって起こった。裁判団体は、債権者が債務者を訴え出ようとすることを妨げた、あるいは、裁判団体は、債務者に債務を履行させるように強制する諸種的手段をもっていたにもかかわらずこれを債権者のために用いなかった。²⁷⁴ もちろん、債務者本人も裁判拒絶を犯すことがあった。それは、裁判所に出頭しないとか、下された判決にしたがわないときである。こういった場合には、裁判団体は、債務者を処罰するとか、債権者が満足する処置をとるとかすべきたったのに、これを怠った。裁判団体のこういった懈怠はまさに不法行為なのであり裁判拒絶を意味した。²⁷⁵

プラーニッツによれば、債務者本人に代わってその同僚が債権者による差押えの危険に晒られるのは、裁判団体そのものが裁判拒絶を犯したという、裁判団体そのものの犯罪的行為に理由があった。債務者もその同僚もこの裁判団体の裁判民であったから、債務者本人を意の通りにできなかった債権者が、債務者の同胞裁判民——これは、誰でもよかつた——にたいし差押えを実行するのは、そうした理由によつた。したがつて、同胞裁判民が負う責任は、他人が犯した犯罪のために責任を負うとか、他人の債務について責任を負うとか、といった意味をもたない。同胞裁判民みずからが——ということとは裁判団体そのものが——裁判拒絶を犯したことにたいして責任をとることなのである。²⁷⁶ 報復的差押えと裁判拒絶との関係をこのように主張することでプラーニッツは、「合手的な債務保証」——

数名の者が一つの債務を共同して履行することを保証するもの——の一形態として報復的差押えを捉える⁽²⁷⁾。いわば純粹の私法学的考察を退けた^(27B)。

以上を要約すれば、債権者は、債務者本人を裁判し損ねたことにたいする仕返しとして、債務者が一裁判民として所属する裁判団体そのものに^{（は）}優先を向ける。具体的にはこの構成員を、債務者本人に代えて差し押える。このところに、報復的差押えの意義がある。裁判団体による裁判拒絶というこの「拒絶」の行為は、裁判団体による一種の犯罪を意味した。こうした犯罪にたいする報復が、債務者本人以外の者にたいする差押えを意味していた。

さて、ブラーニッツの所論にたいしては、ここで、三点(A)(B)(C)の問題をとりあげたい。

(A) 裁判拒絶のあることが報復的差押えの「本質」をなしていたとはいえない。裁判拒絶が存するというのは、報復的差押えに特有の現象ではなく、ひろく外人差押えに見いだされるものだからである。これを事例で示せば、前述の一三三八年クラークンフルト市の特権状が挙げられる⁽²⁸⁾。さらに、一二五六年七月二十二日ブランデンブルク辺境伯ヨハン一世およびオットー三世がブリッツヴァルク Pritzwalk 市に授与した特権状にも、こうみえる^(28B)。

「ブリッツヴァルク市民のだれも、辺境伯領の別の都市において、差し押えられたり抑止されたりすること無し。まづもつて (primo)、彼「ブリッツヴァルク市民」の「都市の」裁判長の前に訴えられることがないかぎりは。」

(B) 報復的差押えそのものについても、それが許されるためには裁判拒絶のあることが前提になっていたか、どうかについては、諸文書の状況は区々であった(前述)。ブラーニッツは裁判拒絶の存在は報復的差押えの「本質」に関わる問題であるとみる。しかし、現実には諸文書において、裁判拒絶が告示されないままで、報復的差押えの禁止が述べられている場合が少なからず存在したことは、看過できない。言い換えれば、諸文書における状況が区々であったということは、つぎのことを意味していないか。裁判拒絶の存することが報復的差押えが許される前提として重

視されていたとは、必ずしもはっきりとはいえないことである。もちろん他方で、報復的差押えが裁判拒絶の存否に關係する事例があつたことは、諸証書に明らかである。しかしながら、諸証書の状況が一樣ではないことからいつて、裁判拒絶の存否が報復的差押えの（本質）問題を形成していたとは考えにくい。この点をもう少し敷衍したい。

（イ）都市法や特権状、ラント平和令、それに司法契約において、報復的差押えの禁止が繰り返し述べられていたということは、こうした禁止箇条のあるにもかかわらず、現実には、債務者本人以外の者にたいする報復が度々実行に移されていたことを示しているものとみななければならない。²⁶¹もしそうでなかったら、諸証書においてかくも頻繁に報復的差押えの禁止が挙げられるということは、まずなかつたはずである。現実には報復行為は頻繁に起きていた。例えば、一三三一年にベーメン国王ヨハンがレーゲンスブルク市民とその財産とを彼の保護下におくことで、報復的差押えの負担から同市民たちを解放しようとした²⁶²のも、現実には、こうした差押えが頻繁に起きていたことによつていたというように理解する必要がある。

この点に關連していえば、市場とりわけ大市において報復的差押えが禁止されているということも、じつさいにはそこにおいて差押えが頻繁に起きていた事情を示しているのではないか。市場における報復的差押え禁止の一例としては、アウクスブルク都市法書に後代（十四世紀）に加えられた補遺に、こう述べられている。²⁶³（つぎのことを知るべし。「アウクスブルクにおける」復活祭の市においては、だれ「債権者」も左のことをなしてはならない。すなわち、なんびと「A」をも、見知らぬ者の代わりに für den andren 差し押えたり pfenden 強要したり noeten することを。ただし、その者「A」が「同時に」、彼「債権者」に債務を負う者じしんであるとき、もしくは、その者が彼「債務者」の保証人であるときは、除いて。すなわち、その者が「債務者と」連帯して unverschädenlichen「債務を」負う保証人であり、そのために「つまり、債務者に代わつて債務を負うべく」定め置かれていたときは、その

者を差し押えることができる。〕

そしてとりわけ大市についていえば、クーリツシエルによれば、それは一種の「避難所」であった。ここでは、報復的差押えは無効とみなされた。⁽²⁸⁴⁾ このことは、大市が避難所たる特権を享受したことに由来していた。そのわけは、大市におけるさまざまな慣行の形成に与かっていた要素が「各国民が相互に抱いていた不信」⁽²⁸⁵⁾ であり、あるいは「外来者との交易には信用を置くことがすくなかった」という中世的特殊事情⁽²⁸⁶⁾ であつたからである。「一般に商業に対する信用が薄」いという事情が、ほかならぬ、さまざまな規制を含んだ市場制度を生み出した。⁽²⁸⁷⁾ 例えば、大市の開催中は「外人商人は指定された宿に泊まることを命じられ、一般市民との直接取引はかたく禁じられていた」⁽²⁸⁸⁾ のも、外人商人にたいする不信の觀念によつていた。

他方で、外人商人にたいする不信の觀念はこのように大市に集中的に現われる——この意味で、大市は外人相互の「不信の体系」といへなくはない——ことで、かえつて、大市じたいは避難所たる特権を享受しえたのである。これは、大市を訪れ取引を交わしうる者が、すべて他所者とりわけ外来商人、しかも遠隔地商人を中心としていたことに起因している。他所者は他所者のままで、外来商人は外来商人のままで、大市に集中的に、かつ大量的にいわば封じ込められた状況にあるといえるのである。したがつて、大市においては、例えばハノーファー市においてハノーファー市民とヒルデスハイム市民とが向き合うようにひとりの外人市民とひとりの内輪の市民とが向き合う、というのではない。言い換えれば、一都市内における外人と市民との相違といった状況は大市における根本的かつ現実的な状況ではない。原告は、被告が裁判籍をおく都市の裁判所に訴え出るべしといった、一都市と一都市との関係を主題とする訴訟法の原則もここでは関係がない。外来商人は大市そのものの保護のもとにおかれる。彼らは「大市の守備隊以外のなものによつても逮捕されず、拉致されず、妨害されない。」⁽²⁸⁹⁾ 大市は個々の都市共同体の外側にある存在であ

る。「市場は、「共同体」内部ではあまり巨大な制度とはならないが、一共同体の外部あるいは一対外的な制度としては十分に巨大化する」というわけである。²⁹⁰

大市においては商人は大市以外の場所であつた同胞商人の債務のゆえに報復的差押えを被ることはない、との商慣習が形成されるのは、ほかならぬ大市において、現実には、報復的差押えが度々起きていたことに理由があつたと考えられる。²⁹¹ というわけは、大市にこそは、諸々の都市、諸々の領邦、諸々の裁判区から、すべて外人として商人が蟄集した。不信の観念は、そこにおいて極度に高まるはずである。それは、大市という格好の機会をえて、存分に沸騰したはずだから。そしてそれと共に、債権者にとつては、債務者本人そのものは見いだせなくとも債務者本人の同胞の者に比較的容易に遭遇しうる。この遭遇現象が現実には、ある形態をとつて沸騰したのが、報復的差押えであつたに違いない。クーリツシエルは「大市を訪れる商人は、大市以外の場所と同郷人によつて結ばれた債務、あるいは大市以外の場所と同郷人によつて起きた非行については、責任を問われることがなかつた」と述べた²⁹²（既述）が、この後に、つぎのように続けているのが、注目されよう。「しかしながら、この原則は、「大市の」現場で起きた法違反についてはあてはまらなかつた。このことは、通常、とりわけて強調された。」つまり「いつ再び遭ふとも分かれぬ人々を相手に商売する時、できるだけ其の場の利益を増加しようとするのも自然である」ということだ。²⁹³

翻つて考えるに、クーリツシエルが既述のように²⁹⁴「ある都市が、逃亡債務者の引き渡しを拒絶するときは、この「引き渡しを拒絶した」都市の商人とその商品とは、どこであろうとも、抑留されてもやむをえなかつた」——ただし大市においてだけは、別であつたが——と述べるとき、こうした報復的差押えには、外来商人を含めてひろく商人そのものについて不信の念が背景となつていなかつたであらうか。

商人にたいする不信の念には、「商業は卑しいものであると云う観念が強かつた」²⁹⁵、ことが働いていたかもしれない。

商業への軽蔑の観念は、ピレンヌによれば、がんらいは十、十一世紀から十二世紀に勃興期の専門的商人（「商業の遍歴者」、浮浪者 *rover vagabond of trade*）にたいして貴族が抱きフランス革命の時代まで根強く残存したものののだが、²⁹⁶ 他方で十三世紀中頃以降、商人が貴族化し「もはや社会的な集団ではなく法律上の階級」となって今度はこの商人じしんがそういった観念を抱くようになる。²⁹⁷ 商人は「胡椒袋」といわれて嘲笑されたとすれば、また、差別された人や職業のなかに「共同体相互をつなぐもの（かつては商人、のちには遍歴者）」「旅する人びと」、その世話をする宿屋の主人」²⁹⁸ がいたとすれば、そこには、中世的商業の活動のありかたが大きく関係していたであろう。

中世的商業の活動のありかたとは、ひとつには、がんらい専門的商人が「遊歴的で冒険的な存在」たるがゆえに「機会さへあれば強奪も掠奪も辞さない」という²⁹⁹、商業活動と略奪・劫掠行為とのあいだの親縁性である。「商人の」中には本来商人であり、交易を目的として来たものでも、少しく意に反することあらば、中頃にして海賊に変ずることとは、古来珍しからぬ事実であった。³⁰⁰ これは、交易が度々「海賊や盗賊の跋扈及び競争国の掠奪妨害」に遇ったこととたいする対応策・自衛策でもあったろう。さらに、堀江保蔵はこう述べている。「自給自足の生活をするための条件の欠如が商人発生の重要な条件であったとすれば、商人は多少とも盗賊の性質を帯び、帯びていなかったとしても、取引には不等価交換すなわち掠奪の要素が混入していた。そこで商業と盗賊稼業とは、発生的には、同一母胎から生まれた双生児だということになる。このようなわけで、商業と盗賊稼業とはながらく一体の関係において行われていた。」³⁰¹ その著名で先駆的な事例が、あわせて平和的商取引にも携わった、八世紀末から十世紀にかけてのヴァイキング³⁰²であり、日本では倭寇³⁰³であった。

もうひとつには、時代の宗教的倫理的要素の問題がある。「都市経済政策の理想は宗教的理由によつて決定された。これは観念と経済生活の問題」³⁰⁴である。またカンニングham W. Cunningham の言葉でいえば、「経済問題が形而上学

的方法に熟した学者によって論ぜられた。かれらは当時の思索方式に従つて特別な商行為に実現さるべき理想的立場を定め、そこに公正相場の一定した概念を求めようと努めた。³⁰⁴ その一つの代表的問題が徴利断罪の問題である。キリスト教会による徴利断罪は、旧約聖書諸編（レビ記二十五の三十六、申命記二十三の二十など）や、ルカによる福音書六の三十五（へしかし、あなたがたは敵を愛しなさい。人に善いことををし、何も当てにしないで貸しなさい）を典拠とした。³⁰⁵ また教会人のつぎの所論によつていた。「もし、諸君が、貨幣を使用させる代償として利子をとつたなら、諸君は、諸君が売ることをゆるされていない時間売ることになつたのだ。時間は神のものであり、諸君はこれを売る権利をもつてはいなかつたのだ。」³⁰⁶ まさにこのところにジャック・ル・ゴッフは「商人の時間」にたいするに「教会の時間」を見てこう述べた。「商業資本主義の黎明期における全経済生活が、ここで問題にされている」ともあれ、宗教的倫理的要素の問題とは、同じくル・ゴッフがこう述べる³⁰⁷ ところに関係する。「社会的エリトといふよりは、まともな職業として認知されるのにたいへん苦勞した一三世紀の商人の周りには、常に高利「貸」の臭気がつきまどつている」と。それはグレーヴィチによれば、すでに教父の見解でもあつた。「商売は必然的に欺瞞と結びついており、それゆゑに「魂にとつて危険である」（聖ヒエロニムス）³⁰⁸ というわけである。トマス・アクィナスも「商業には、道德的危険（暴利と偽瞞）がつき物である」と述べている³⁰⁹。商人にたいする不信にいつそう拍車をかけたものには、つぎの事情がある。教会は徴利を禁じたが、その場合「利子取得と讓渡利潤あるいは融資に対する反対給付の取得との間に明確な區別を設けていなかった」³¹⁰ ことである。要するに「金銭と金銭の使用とは離すことの出来ないものであるから、二つが別々に対価を發生するのではない。従つて利子を払うといふことは、二重であつて、之を受取ることは不当利得である」といふことなのである。³¹¹

以上に関連して付言すれば、徴利問題からくる（もしくは、ひよつとすると商業と略奪・劫掠行為との親縁性から

もくる)商人にたいする不信と、ある意味で重なっている事情が、ひとつある。それは、商業とくに遠隔地商業と賭博とが結びついてしたこと、商人が賭博師を兼ねていたことである。この点について、清水廣一郎によれば、「商人兼ばくち打ちというのは当時の社会で特に珍しい存在ではなかった。」この一例に、フィレンツェの門閥出身商人ブオナツコロツ・ピッツェイ(一三五四—一四三〇年ころ)があげられる。彼じしんの覚書(一四二一—一四三〇年)の言葉でいえば、(その後われわれは賭博を始めた。私を持ち合わせていたのはヴェネツィアの少額貨幣で五五ソルテイーニにすぎなかったが、それで四フィオリノを儲けた。そのうちに何人ものユダヤ人やドイツ人がやってきた。彼らはこのバルトロメオの所にしばしばくちを打ちにやって来るのだつた)云々。彼はまた「ブラバン公と賭博の勝負をするためにブリュッセルへ行くこと」もあつた。³¹²⁾

賭博師とペテン師とは紙一重のところがある。ペテン師については定期市をめぐるつぎの記述をみられたい。定期市の「旗の下には、定期市監督官たちの大テントがはつてある。かれらは寸法や日方をごまかすやつがないかどうか、つかうお金がほんものかどうか、売る品物がインチキでないかどうか、目を光らせている。そこにはまたさらし柱というものが立っている。ペテン師や、パン、酒、あるいはビールにたいして、めつぼう高くふんだくつた連中を、この柱にしばりつけて、さらしものにするのである。」³¹³⁾十四世紀のあるロンドン商人の言葉が残されている。

「今日、ヨーロッパの東から西のはてまで、どこにもかしこにもいる商人、彼の名前は、ほとんどの人々によく知られている『ごまかし』^{トリック}である。悪知恵が彼の本性だ。」³¹⁴⁾

いささが脇道に逸れてしまつたが、元にもどして、こう問いたい。報復的差押えが起きるのは、じつさに債権者が裁判拒絶を被つていたことからきているのであろうか。残念ながら、このあたりの事情は、究極的には明らかではない。ただ、諸文書に裁判拒絶について言及されない事例がしばしば存したことから推察するとき、裁判拒絶の有無

にかかわらず、報復的差押えが禁じられていたのではないだろうか。これは、逆にいえば、裁判拒絶の有無いかに
かかわらず、現実には、報復的差押えが頻繁に起きていたということではないか。言い換えれば、報復的差押えは、
事前の裁判拒絶がなくとも、実務上は実行されていたこと——このことが、裁判拒絶について言及されない事例が
しばしば存したことに反映していたのではないかと考えられる。

(ロ) 報復的仮差押えについて裁判拒絶の有無にはあまり大きな重きはおかれていなかったとみられるのは、つぎ
に、以下のような手続きの事情が関係していたのではないか。

報復的差押えは裁判拒絶が起きたときにのみ許されるというのが、ブラーニッツの所論であった。となると、その
手続きというのは、この所論によれば、こうなるであろう。債権者Xは、債務履行に応じようとしぬ債務者Y——
XとYとは外人関係にあった——を、先ず、裁判所に訴え出る。しかるに、裁判所で裁判拒絶に遭遇するときは、Y
じしんに代えて、Yの同僚市民を差し押える、ということである。いま、こうした状況のもとで、手続きの事情を考
えてみよう。

さて、X（原告）がY（被告）を訴え出るといふとき、Xはどの裁判所に訴えるのか。まず考えられる例は、Xが
Xの地元の都市に住んでいる場合である。Xは、この都市に滞在していた、つまり外人であるYを、Xじしんの都市
の裁判所に訴え出る。Xが外人Yを、Xじしんの都市の裁判所に訴え出ることができるようにしようとしたのが、司
法契約の目差したところであった（第四節）。ところで、そうなると、Xが、Yにたいする裁判においてXじしんの
都市の裁判所で裁判拒絶に遭遇し、これがゆえに、Yの同僚市民を差し押える、といった状況が考えられる。しかし、
こうした状況は報復的差押えが問題となる状況とはほとんど関係がない。Xが裁判拒絶に遭遇したというのは、ブラ
ーニッツによれば、Xじしんを含んだXの都市の裁判民が裁判拒絶を犯したところに理由があった。したが、こう

した裁判拒絶を理由にXが報復行為に出るといふのは、まったく意味をなさないことだからである。

そうすると、当然、XがYを訴え出るのは、Yの裁判籍がある都市の裁判所 *forum rei* にたいしてということになる。しかも、これが、既述（第四節）のとおり、裁判籍をめぐる一般原則であった。こうして、被告Yの郷里都市の裁判所に訴え出るといふことは、Xは、Yの都市にたいして、外人原告として裁判手続きに臨むことになる。ところで、この場合、XがXの地元都市に住んでいて、Xの都市にとって外人であるYを訴え出るために、XがXの都市を出立してYの都市にまで赴くといったことは、既述（第四節）のように、司法契約でもって回避されんとしたところである。こうしてみると、XがYを訴え出るといふ究極的な状況とは、XはYの都市に外人として滞在していたおりに、この都市の市民Yを、Yの裁判所に訴え出るといふことである。

では、こうした状況にあるとき、XがYを訴え出て、債権の満足という所期の目的にとって、果たして成果はあるのであろうか。おそらく、その見込みは、そうとうに低いのではないか。なにせ、原告Xは、外人である。被告Yの都市の外来者法廷がXのために手早い対応をおこなってくれるとは、あまり期待できない。Yは郷里都市の勢力を頼んで裁判所に出頭しないことも、十分予想できる。そうすると、外来者法廷に訴えて——結局のところ、裁判拒絶に陥るかもしれない——その審理を待つといった方途をとるよりも、むしろ、Xは、つぎの方法をとるのではないだろうか。すなわち、Yに代えて、Yの同胞市民Zをじかに捕らえて差押えを実行し、これによって間接的にY本人に圧力をかける。これによってYにたいする訴訟を実現できるようにする。というわけは、Yは、できるかぎり早急に差押え状態から同僚市民Zを解放するために、債務履行に應じる挙に出るといふことが、大いに期待できるから³¹⁶。

以上の手続き的事情が、諸文書において報復的差押えと裁判拒絶の存在とが必ずしも緊密な関係にはなかつたことを、示していたのではないか。もしそうとすると、裁判拒絶の存することが報復的差押えの「本質」となつていた

(プラーニッツ) というのは、現実味のない議論となろう。諸文書において報復的差押えが禁止されるとき、裁判の拒絶の点から発展史的にみると、つぎのようではなかったか³¹⁾。比較的初期の時代においては、裁判の拒絶の有無に拘わらず、報復的差押えは実行されていた。こうした状況にたいして、しだいに、報復的差押えをおこなうことができないのは裁判の拒絶が有るときにかぎられる、といった観念が全面に押し出されてくる。報復的差押えが禁止されるようになるのは、裁判権力がいつそう積極的に関与してくるといふ時代的変遷に由来する。既述(はじめに)にあげた穂積陳重の「進化紀」の構想でいえば、自力報復としての差押えの発展史の第三紀「公力干渉の時代」に変わったということである。この時代には、裁判権力は「差押の方法を定めて、「差押には」予告または立会を要するものとすに至る」。こうして、裁判権力の関与が不発に終わったときに報復的差押えを認めるといふのは、ひとつの発展の所産とみられるのである³²⁾。

この点にいささか関連する事例と思われるので、西川洋一の紹介するところにしたがつて、フリードリヒ二世の一三二〇年南イタリア、カープア Capua の立法をあげておこう。これが奇しくも、報復としての差押えの禁止について述べているからである。すなわち、それは、自力救済を禁じ、つぎのように事件をシチリア王国の裁判所に訴え出るべきことを命じている。³³⁾「しかして、誰も自らの權威に基づいて、既に行なわれた、もしくは今後行なわれるべき暴行もしくは犯罪に対して復讐したり、差し押さえ (pressalia) もしくは報復的差し押さえを行なったり、あるいは戦いを仕掛けたりしてはならない。そうではなくて、magister iustitarius [シチリア王国宮廷大法官] もしくは iustitarius の前で、自らの正義を訴え出るべきである。」(ここでは、報復的差押えが、どのような状況のもとでおこなわれていたのか——これについては、第六節(むすび)でとりあげる——が垣間うかがえる点で、注目されよう。

ところで、裁判の拒絶と報復的差押えをめぐる発展史の問題で、もう一つ、注目されるのは、南ドイツにおける司

法契約をとりあげたヴィルトの所論である。彼も発展ということを考える。ヴィルトによれば、報復的差押えが起きていたのには、理由があつた。それは、裁判の拒絶が日常化していた現実があつた。シュトラースブルクとザールブルク（一二五九年）、シュトラースブルクとライナウ（二二六七年）のそれぞれの司法契約³²¹において報復的差押えが裁判拒絶のあるときには許されていたというのは、報復的差押えそのものではなくて、その濫用のみを禁じようとする趣旨なのである。これががんらいの、古い時代の状況であつた。こうした状況は、当初は、都市と都市、都市と領主、領主と領主といった諸々のヘルシャフトが相互の（つまり外來者と内輪者とのあいだの）司法問題を契約によつて取り決めるということがほとんどなかつたことによる。あるいは、契約が交わされることがあつたときでも、右のような問題について立ち入つたかたちでは取り決めがなされなかつたことによる。報復的差押えの正当性は、こうした状況に求められる。

ところが、司法契約が訴訟当事者の裁判籍や和解裁判手続きについて立ち入つて取り交わされる時代になると、「裁判拒絶の諸事例が減少してきて、したがつて理由のある報復的差押えも尠なくなつてくる。」³²²言ひ換えれば、報復的差押えを正当化する理由がなくなつてくるのである。こうなると、かつては報復的差押えそのものではなくて、その濫用——言ひ換えれば裁判の拒絶に遭遇してないのにもかかわらず報復的差押えを実行すること——のみを禁じていた司法契約が、いまや、報復的差押えそのものを端的に禁止するようになる。こうした新しい時代の司法契約には、例えば、つぎのものがある。シュトラースブルクとフライブルク・イム・ブライスガウ（二二二三年）、シュトラースブルクとフライブルク、バーゼル（二二二六年）、シュトラースブルク、フライブルク、バーゼル、マインツ、ヴォルムス、シュバイアー他五都市とキープブルク *Kiureg* 伯（二二二七年）、それにシュトラースブルクとマインツ、ヴォルムス、シュバイアー（二二四〇年）——これについては、前述した³²³の諸契約である。³²⁴

以上のヴェルトの所論は、司法契約の締結前後の時代、すなわち古い時代と新しい時代といった時代の変遷を考慮した点で注目される。しかし、他方で、すでに古い時代についても司法契約が交わされており、しかも裁判の拒絶をめぐっては事情が区々であったのである。このことにも注意する必要がある。

ともあれ、こうして、裁判権力がいつそう積極的に関わってくる時代とか、新しい司法契約の時代とかといった発展的状况には、無視できないものがある。にもかかわらず、他方でもつと注意すべきは、こういった時代になっても、裁判の拒絶の有無にかかわらず、報復的差押えはおこないうるとの観念は依然として残っていたことである。ヴェルトが新しい時代の契約の例としてあげた右の一三三三年から一三四〇年にいたる司法契約において報復的差押えの禁止がうたわれていたという事情そのものがすでに、報復的差押えが実務上は依然として起きていたことを物語っている。この、報復的差押えは可能とみる観念が維持されていたことが、裁判の拒絶と、報復的差押えとの関係が前述のようにさまざまであったところに反映していた、と見られるのである。

この点については、例えば、右の一三三三年のシュトラースブルクとフライブルクの司法契約¹³⁴が参照されよう。〈われらフライブルクの市民のなんびとも、裁判によるのであれ、裁判によらずにであれ mit berrichte noch ane berrichte シュトラースブルク市民を「債務者」本人以外の者の債務 *fremde schulde* のゆえに差し押えるべからず。彼「シュトラースブルク市民」がそれ「債務の存在」を手「の宣誓」によって誓約したのでなければ。〉また、一三四七年十二月十三日づけのラント平和令が参照されよう。これは、シュトラースブルク司教、エッティンゲン Öttingen 伯ルートヴィヒとフリードリヒの兄弟、それにエルザスの十都市（シュトラースブルク、ハーゲナウ、コルマール、シュレットシュタット、オーバーエーンハイム [Oberheim]、ロスハイム [Roshelm]、ミュールハウゼン、ミュンスター [Münster]、テュルクハイム [Türkheim]、カイザースベルク [Kaysersberg]）のあつだて交わされた。そのな

かで、こう述べられている。⁽²⁵⁾「このラント平和の境界内においてなんびとも、彼の債務者本人ではない者を、裁判によるのであれ、裁判によらずにであれ攻撃したり差し押えたりすべからず。」これらに見える「裁判によるのであれ、裁判によらずにであれ」報復的差押えを禁止するとの文言は、裏側から読めば、裁判所の手を借りて、あるいは借りないで、報復的差押えがこれまで現実に起こっていたこと、しかも、報復的差押えをおこなうのに裁判所の手を借りることすらあつた状況を示している。この状況は、右の一三四七年のラント平和令が交わされた後といえどもおそらく実際にはほとんど変わらなかつたであろう。

こうした状況は、裁判の拒絶のあることを報復的差押えの（本質）をなすものとみるプラーニッツの所論とはそうとうに隔たつている。むしろ、報復としての差押えは裁判の拒絶の有無にかんによらず起こつていたというのが、実相にヨリ近いのではなからうか。

（C）プラーニッツは司法契約が結ばれねばならなくなつた。時代の状況というのを、十分には理解していないと思われる。これを右述の点から説明すればこうである。XはYの都市に外人として滞在していたおりにこの都市の債務者市民Yの代わりにYの同胞市民Zを差し押える。こうした差押えが起こりうる蓋然性は現実的にいつて高いのかどうかはともかく、Xは裁判拒絶に遭遇してであれ、じかにであれ、Yに代えてYの同胞市民Zを差し押えるのである。ところで、ここには、都市勢力を背後にした、外来者市民（債権者）と内輪者市民（債務者）とのあいだの力関係が少なからず働く。このことが都市間の敵対関係を招くようになれば深刻な事態となりかねない。報復的差押えの禁止をめぐる司法契約は都市が互いにこうした事態を回避せんがためにこそ交わされたのではないか。プラーニッツにはこの点の考察が十分ではない。この問題は、債権者が債務者の同胞市民を差し押える報復的差押えがいかなる状況のもとで起こるのか、の問題に関係している。この点については、諸文書からは事情がよくわからない。プラーニ

ツツも報復的差押えの起きる状況については、ほとんど言及していない。

そこで、多くは推測に頼らざるをえない。(a) 蓋然性の高低はともかく、右のような形態での報復的差押えが起きる他に、現実問題として、報復的差押えが起き易い状況としては、(b) Xが、Xの郷里都市において、この都市に外人としてたまたま滞在していた、Yの同胞市民Zを差し押えるという場合がある。つまり、Xは、かつてYの都市に外人として滞在していたおりに、債務者Yを差し押え損ねてしまった。そこで、Xは、好機をえたときに、このYじしんの代わりに、しかも、Xじしんの都市において、Xの都市に外人として滞在していた、Yの同胞市民Zを差し押えるという状況である。さらに他の状況としては、(c) XがYの同胞市民Zを差し押えるのは、ある第三の都市において起きることもあろう。また、(d) 街道その他、都市の外の諸所領において生じることあろう。そして(e) 報復的差押えが起きるのは、必ずしもほんらいの債務者を裁判し損ねて、あるいは差し押え損ねて時を移さず同胞市民Zに矛先を向けることによるのではなからう。むしろ、機会をうかがい——すなわち、同胞市民Zを発見するとか、ましてやそれを捕らえるとかというのには、時間が必要であるため——しばらく時が経過した後にならざるをえないというのが、実相にヨリ近い事態ではなからうか。ともあれ、こういった多様な状況が考えられる。

そして、以上のように、ブラーニツツの所論にたいして考察をめぐらすことは、そもそも報復的差押えとはいったいかなる事情に由来していたのかという一つの根本的な問題に繋がってこざるをえない。