

熊本大学法学会発行

熊本法学 第三十四号（一九八二年十一月）抜刷

レークス・バユワリオールムにおける「保障手続」(二・完)

——フランク時代動産不動産訴訟法の一考察——

若曾根 健 治

レークス・バユワリオールムにおける「保障手続」(二・完)

——フランク時代動産不動産訴訟法の一考察——

若曾根 健 治

一 緒言

二 「主たる手続」(以上本誌三十一号)

三 「第二の手続」(以下本号)

四 結語

三

十二 こうして、次に「第二の手続」である。以下では、まず手続の開始・進行を概観し、ついで手続完結後におけるその法的効果について、これが果たして動産と不動産とで異なつたと見るべきかどうかを明らかにしたい。

まず手続の開始・進行である。「第二の手続」は、「主たる手続」で買主のために「保障」を行なった売主と、買主から目的物を追奪せんとして売主の「保障」によって敗訴した原告との間の手続であり、これは、原告が売主を召喚することで開始された。召喚の後原告は、次の如く訴えを起した。⁽¹⁶⁾ まず土地については、『汝は、不正に余の土地 (territorium) につき他人に保障をなしたり、すなわち、偽誓を行ないたり。汝は、その土地を余に返還し、且つ十二ソリドゥスをもって賠償すべし』(XVI. 1. 2)。次に、動産についてはこの種の文言はテキストに知られないが、動産についても「第二の手続」が起り、しかも不動産の場合とほぼ同様の文言をもって訴えが提起されたことは、動産に拘わる XVI. 1. 2 で「原告の戦士が『決闘において売主に』勝ちたるとき」と述べられているところからこれを推察し得る。⁽¹⁷⁾ かくして、目的物が動産のときも原告は例えば『汝は、不正に余の物 (res) につき他人に保障をなしたり、すなわち、偽誓を行ないたり。汝は、その物を余に返還し、且つ十二ソリドゥスをもって賠償すべし』と訴えを起すことになったであろう。⁽¹⁸⁾

ここで、この「第二の手続」がいったい (a) いつ、(b) どのようなときに、(c) なぜ起こったかを明らかにしておかねばならない。

まず (a) については、土地に関してテキストに次のように述べられているのが参照される。『売主から』ワディウムを受け取りたる者「原告」は、『汝は、不正に余の土地につき他人に保障をなしたり……』というべし』(XVI. 1. 1)。これによれば、「第二の手続」は、判決履行契約——これは「保障」の手続完了直後に結ばれた⁽¹⁹⁾——の成立後で、しかし未だ原告がワディウムを売主の保証人に授与せぬ段階で、すなわち保証人設定契約の未成立の時点で、開始されたものようである。しかしこれが、原告はワディウムを保証人に授与した後ではもはや「第二の手続」を

起こし得なかつたことまでも意味するものかどうかは、分からない。いずれにせよ「第二の手続」は少なくとも「保障」の手続が終わつた後ならば、いつでもこれを起こし得たものと見てよい。しかし実際上は、「主たる手続」で売主が「保障」の手続を行つた直後に「保障」の手続の現場で提起されたものであろう。

次に(b)に関しては、やはり土地についてテキストに次の如く知られる。「もし彼ら〔原告と売主〕の間に決闘をなすべき事情が存したるときは、〔原告は〕『汝は、不正に余の土地につき他人に保障をなしたり……』というべし」(XVI, 110)。これによれば「第二の手続」が起こつたのは、原告が、売主との間で「決闘をなすべき事情」の存すると判断したときである。「決闘をなすべき事情 (causa pugnæ)」の「事情」とは、売主の行なつた「保障」——これがために原告は「主たる手続」において敗訴した——が、不正な「保障」、すなわち「偽誓」であつたことである。別言すれば、売主が目的物を自己のものとして偽って買主に譲渡し、さらにその上に、「偽誓」すなわち偽証を犯してまで買主の権利を防禦せんとしたことにある。

このように、偽証の存否が「決闘をなすべき事情」となつていたことは、他に、とりわけ XVII, 215 からよく知られるところである。すなわちこれによれば、原告側隣人証人の陳述⁽¹⁰⁾によって敗訴を喫し、これがために土地から退去せねばならなくなつた被告は、なおも「この土地につき自己に正義ありと思ふ」ときは、新たに、当該証人を召喚し、これに向かつて『汝は余にたいして虚偽を宣誓したり。……汝は〔余に〕十二ソリドゥスをもつて賠償をなし、且つ汝が偽証によりて〔余から〕奪いたるか土地を返還する義務を負うべし』と訴えを起したのである。しかも、ここでは訴えは、はやばやと、証明手段に決闘を申し込んで提起された⁽¹¹⁾と訴えを起したのである。すなわち、被告は右の如く訴えを提起する中で、『汝は余に決闘を誓約せよ。しかして、神は、汝が余にたいして虚偽を宣誓したるや、または真実を宣誓したる

説
やを明らかにするであろう』と要求したのである。偽証をめぐる訴訟では、一般に、証明手段として、神判なかんすく決闘が用いられたことは屢々指摘せられるところである。^(註)
なお、右のXVII. 2. 5を含みXVII. 2. 1ないしXVII. 2. 6に述べられている土地をめぐる訴訟を、以下では、「土地訴訟」と呼びたい。「土地訴訟」はさらに、第一段階の手続(XVII. 2. 1ないし2. 4)と第二段階の手続(XVII. 2. 5u. 6)とに分かれた。

最後に(c)は次のような問題である。原告は「主たる手続」で売主の「保障」の成功によって敗訴し、目的物は買主の手に帰せしめられ、これをもって原告・買主間の争いに決着がついたが、にもかかわらず、なぜ原告は、「偽誓」の疑いのある売主にたいし例えば土地について、『汝は、その土地を余に返還し、且つ十二ソリドゥスをもって賠償をなすべし』と訴え得るのか。この疑問は「土地訴訟」の第二段階の手続についても起こる。すなわちその第一段階の手続(Haupprozess)において、「原告側隣人証人による」宣誓の後に、彼「被告」は「原告にたいし」土地を返還すべし(XVII. 2. 1)とせられて、^(註)この判決手続で原被告間に当該土地について決着がつくはずなのに、被告が第二段階の手続で、偽証の容疑ある証人にたいして、『汝は十二ソリドゥスをもって賠償をなし……かの土地を返還する義務を負うべし』と訴え得るのはなぜかという問題である。勿論売主の「偽誓」(「土地訴訟」の場合証人の偽証)そのものにはたいする訴えは起こり得る。これは、原告(「土地訴訟」の場合被告)が十二ソリドゥスの賠償金を求めるところにあらわれているものである。^(註)

しかるに原告は、単にこれに止まらず、売主が繫争の目的物——右述の場合土地——について実際に、自由な処分権を有しておらぬにもかかわらず、なおも、売主に向かい当該目的物の返還を訴え出たのである。これは次のように

説明できる。原告が『汝「売主」はその土地を余「原告」に返還すべし』と訴えるものは、彼が売主から本当は当該目的物の返還を求めるのでなくて、むしろ実質は当該目的物に代えて、当該目的物に相当する同種のもの——目的物が土地ならば、それ相応の別の土地——を求めるのを目的としていたのである。けだし、当該目的物の回復は、普通の場合、原告はこれをもはや期待できなかったらうからである。⁽¹⁵⁾

十三 原告の訴えにたいしては、ついで被告売主の応答が起こった。すなわち、売主は訴えを認諾する場合は格別、それを拒否しようとするときは、例えば土地について次の如く弁論を行なった。「彼「原告」の土地につき不正に他人に保障をなしたることなく、また彼「原告」の権力に「土地を」返還する責を負わず、また十二ソリドゥスをもって賠償をなす責をも負わず」(XVI, 17, 5)。見られるように、売主は訴えの文言に即して、訴えの文言をいちいち否定したのであった。⁽¹⁶⁾

この弁論手続を経て、次に判決手続が起こり、これに基づき、証明手続が始まった。⁽¹⁷⁾ 証明を行なうのは売主で、証明手続は、決闘か十二名の宣誓補助者と共に行なう宣誓かである。すなわちテキストには次のように知られる。「それから彼「原告」は「被告と」決闘を誓約すべく、「この結果は」神の判断に属すべし」(XVI, 17, 4)。⁽¹⁸⁾ あるいは「しかして、しからざるときは、彼「被告」は、十二人と共に宣誓をもって自己を防禦すべし」(XVI, 17, 5)。後者の場合宣誓をなすべき内容は、右述、被告の弁論におけると同じものである。バイエルン法では、様々の訴訟において、証明方法として屢々、戦士をもって行なう決闘と十二名(あるいは六名)の宣誓補助者と共に行なう宣誓とが、選択的に(alternativ)採用せられており(cum campione se defendat aut cum XVI sacramentales iuret)。⁽¹⁹⁾ 「第二の手続」に見られる証明手続の場合も、これのひとつであるものようである。

ところで「第二の手続」における決闘と宣誓との関係について、かつてA・クヴィッツマンは次のように説いた。売主は原告の主張を斥けるには、雪冤宣誓を行なわねばならず、これを行なわねいときに始めて決闘によって、「保障」が不正なものでなかったことにつき自己の権利を防禦できた⁽¹⁶⁾。クヴィッツマンのこの見解をもう少し敷衍するとすれば、次のようになるであろう。売主は「保障」が偽証にあらずと主張し、これにつき十二名の宣誓補助者と共に宣誓を行なう(XVI. 17. 5)。しかし後刻原告が、売主の宣誓の真なることに疑いを抱くときは、彼自身宣誓を行ない、この中で、売主の宣誓の偽なることにつき決闘をもってこれを証明することを約するのである(XVI. 17. 4)。「それから彼「原告」は「被告と」決闘を誓約すべし」と述べるのは、この意味のものとなる。とすると、「もし彼ら「原告と売主」の間に決闘をなすべき事情が存したるとき」の「事情」とは、既述のように直接不正な「保障」の存在を指すのでなく、不正な「保障」にあらずとする売主の宣誓にたいして抱いた原告の疑い⁽¹⁷⁾にあつたことになる。

以上にたいし、翻つて、テキストを見るに、決闘をあげるXVI. 17. 4の冒頭は、*Si* [= *Wenn*] *causa fuerit inter illos pugnae et* 宣誓に⁽¹⁸⁾ついでXVI. 17. 5の冒頭は、*Sin autem* [= *Wenn dagegen*], *cum sacramento se defendat* と述べ、両構文は対照的な位置関係にある。そしてこのような構文からすると、「しかしして、しからざるとき (*Sin autem*)」とは、「決闘が行なわれざる」とき(世良氏)ではなく、被告が原告とは異なり、「決闘をなすべき事情」の存するとは信じなかつた場合であり、このときは彼は、宣誓をもって自己を防禦すべきものであつた。テキストを右のように解し得るとすれば、XVI. 17. 4と17. 5とはそれぞれ単に証明方法について述べるに過ぎず、証明手続には言及してないこととなり、したがって、このテキストそれ自体からは、右述のクヴィッツマンの見解はおよそ引き出せぬのである。

彼の見解との関連でもうひとつ問題になるのは、売主はどうして宣誓をなし得るのかという点である。それはこうである。売主が「主たる手続」で行なう「保障」は、「土地訴訟」の第一段階の手続で隣人証人が宣誓をもって自己の耳によって聴き眼によって見たものを陳述する(XVI. 2. 3)のと同様に、売主があたかも証人の立場にあるが如く、誓約によって、既述「保障」文言を陳述するものである。ところが問題は、これが原告から「偽誓」=偽証の疑いを受けたとき、売主はこの偽証の嫌疑を晴らすのに、またもや宣誓をもってこれを行なうことになる点である。偽証の容疑を宣誓で晴らすというのは、多少理解に苦しむところである。現に「土地訴訟」の第二段階の手続では、偽証の疑いを受けた証人は、被告の申し出通りに、彼との間で決闘を誓約すべきとされており(XVII. 2. 5)。他の証明手段は一切許されていない。これは、続いてXVII. 2. 9が「もし訴うる者(被告)が「決闘に」勝ちたるときは」と述べるところより明らかである。⁽¹⁶⁾ただ、われわれのXVI. 17. 5の場合、売主は、「主たる手続」では単独で、誓約をもって「保障」文言を陳述し得たに反し、「第二の手続」においてはこの「単独宣誓」(Einfach)を「十二人でもって行なう宣誓」(Zwölferei)⁽¹⁶⁾によって改めて保証すべきことを命ぜられているというように、⁽¹⁶⁾相当に困難の伴なう証明手続が問題となっていると見得るならば、この点に限って言えば、全く理解できぬわけではないが。

以上を勘案し「第二の手続」の証明手続につき結論を述べれば、被告は基本的には、「決闘をなすべき事情」の存すると信ずる原告の主張の通りに、決闘でもって自己の権利を防禦せねばならず決闘の誓約を拒否できない。この意味で実質上ここには、いわゆる「決闘の訴え」(Kampflage)⁽¹⁶⁾が起り、これによって被告は宣誓への途が閉ざされたと思われるのである。とすれば、被告が宣誓をなし得るのは、原告が決闘の申し込みを行わず宣誓を阻止しようとしなかった場合に限られる。

ここで右述証明手続との関連で、「第二の手続」が「保障手続」全体の中で占めた位置について明らかにしておくべき。既述の如くギールケおよび世良氏は右の証明手続を捉え、これを「主たる手続」で「保障」がなされた後の「証拠手続」と見る^(註)。言い換えれば、「第二の手続」は「主たる手続」における証明手続に他ならず、この意味で「保障手続」は「主たる手続」に尽きると見るのである。しかしこれは、疑問に思われる。けだし、われわれが XVI、17、4 および 17、5 に基づき上述してきた証明手続は、原告による売主にたいする訴えの提起が起こった後で、開始されたものだからである。すなわち『汝は、不正に余の土地につき他人に保障をなしたり、すなわち、偽誓を行ないたり』(XVI、17、4)が示すものは、「主たる手続」にたいして「偽証訴訟」という独立の手続を導く新たな訴えの提起なのであり、^(註)この提起によって、原告・売主間で弁論、判決手続、そして右述決闘、あるいは十二人の補助者をもって行なう宣誓による証明手続が進行し、これら諸手続が、「第二の手続」を形作る。こうして XVI、17、4 の決闘、宣誓は、あくまでも「第二の手続」の証明手続をなすものである^(註)。以上のように見てくれば、ギールケおよび世良氏のように「第二の手続」を「主たる手続」の証明手続と位置づけることは正しくなく、「保障手続」は「主たる手続」と「第二の手続」の両手続から成るものと捉えねばならない。

十四 次に手続完結後における「第二の手続」の法的効果である。右証明手続の結果被告が決闘に勝ちあるいは宣誓に成功するときは、彼が「第二の手続」に勝訴し原告の主張は斥けられるために、買主の目的物所有権に変動は生じないが、問題は逆の場合である。すなわち被告が原告との決闘に敗れ、あるいは宣誓に失敗するときは原告が勝訴するが、このとき買主の権利はいかなる変動を受けるかである。今やこの問題に移らねばならないが、この点につき通説は既述の如く、「第二の手続」の法的効果は目的物が動産か不動産かで異なつて作用し、動産については買主の

権利に変動は起ころぬが、これにたいして不動産については、買主はこれを原告に返還することを義務づけられたとするのである。以上にたいし筆者は、動産か不動産かにかかわらず、買主の目的物所有権には変化はないと考えるものである。

さて、通説が、目的物の動産か不動産かで買主の権利に相違が生じ、特に不動産については買主は目的物を返還せねばならなかったとしてあげる根拠は、次の三点であるように思われる。(a)被告がたとえ「第二の手続」で決闘に敗れるときでも、買主が目的物を返還する必要なしとする XVI. II. 2 は、専ら動産について述べるものである。(b)「第二の手続」では土地について、原告は『汝はその土地を余に返還すべし』と訴えを提起し(XVI. 17. 4)あるいは、被告が原告にたいし「彼〔原告〕の権力に〔目的物を〕返還する責を負わず」と弁論を行なっており(XVI. 17. 5)。ここには、土地の返還がはっきり謳われている。(c)『フライジック司教聖堂寄進文書集』第一巻収録の八二九年一月十一日附文書における事例。

以下では、通説のあげるこれらの根拠がなりたたぬことを証明するのであるが、最初に便宜上(c)からとりあげたい。

八二九年作製のこの文書は、Emmeringにおいて開催中の国王巡察使裁判所で下された判決と、この判決に基づき後刻行なわれたある法律行為とを記録したものである。それによれば、Alprijnなる者が、Schmiechen村の他人の土地を附属物と共にフライジック教会に寄進をするという不法を犯したため、彼は、判決によって、右土地に代わる彼の別の所有物をもって同教会に償いをなすべく命ぜられ、これにしたがい彼および彼の二人の息子は、彼らが Allingにおいて有する世襲財産(proprium)すなわち家屋一、奴隸六、家畜十二、九〇デュルナーリスの土地、乾草四〇荷車、

説
製粉所一および家屋・圃い地・耕地・採草地附コロニア⁽¹⁴⁾を同教会に譲渡したのであるが、問題は、その中で「保障」について次のように述べられているものである。「しかして彼 [Alprich] は、この教会に与えたるこの [Schmiechen村] の寄進地につき、これを保障し確固たらしむること能わず、このために、一旦フライジント司教 Hiltio に司教のフォークト Spultic の手を通して譲渡したる」この寄進地を再び上述フォークトの手から「返還されて」受け取り、しかし「これを」Chonratius に [Chonratius の] 世襲財産として引き渡した⁽¹⁵⁾とである。

以上は、フォークトが巡察使裁判所の面前で陳述したものであったが、巡察使はこれを聴聞した上で、次のように判決を下したが、これも右との関連で参照されよう。すなわち、「国王巡察使 Anzo は、Alprich にたいし、彼 [Alprich] がかの教会に与えたるかの寄進地につき、「これが不法な寄進によるものであったがゆえに」保障をなし得なかつた代わりとして、司教と彼 [司教] のフォークトに正当に法の要求するところをなすように命じた⁽¹⁶⁾」。

さて以上より推測するに、ここで問題となっているのは次のような事件と思われる。

Chonratius なる者が、フライジント教会所有の Schmiechen 村の土地および附属物につき、これらの真の権利者と主張し同教会にそれらの返還を求めた。これにたいし教会は、当該土地および附属物は Alprich なる者から正当に寄進を受けたとして争うと同時に、Alprich を召喚し、これに、右土地・附属物について Chonratius に対抗してフライジント教会のために「保障」をなすよう要求したが、しかし、Alprich はこれを適法に行ない得なかつたのである。

このように見てくれば、この事件は、他人の土地を不正に譲渡した者が法の定める「保障」をなし得ず、このため譲受人が当該土地を本来の権利者のために手放さねばならなくなつたがゆえに、譲渡人はこの譲受人にたいして別の土地でもって償いをなすよう義務づけられたことを示すものであることがわかる。とすれば以上は、既述の如くまさし

くXVI. 12が述べるところのものではあるが、これに反し、譲渡人が、譲受人と追奪者との争い(「主たる手続」)において「保障」に成功し、しかるに彼と追奪者との新たな争い(「第二の手続」)で敗訴したところの、当面われわれが問題としている事例には該当しない。

したがって右八二九年の事例は、通説の主張するように「主たる手続」で「保障」をなし得た土地の売主が「第二の手続」で敗れ、この結果買主が当該土地を返還せねばならなかった点の例証とはなり得ないものである。

十五 次に右述(a)および(b)であるが、これらは以下でひとまとめにして述べたい。

さて通説は前述の如く、目的物が不動産のときは動産の場合と異なり、「第二の手続」で売主が原告に敗訴した場合、買主は土地を返還せねばならなかったとする根拠を、原告が売主にたいし『汝はその土地を余に返還すべし』と訴えるところに求める。しかし、この種の訴えは、決して不動産に特有のものではなく、既述のように動産においても起こった。すなわち原告は例えば『汝はその物を余に返還すべし』と訴えを提起したのである。したがって、専ら訴えの文言内容そのものから買主の目的物返還義務を引き出そうとするのであれば、買主は不動産についてのみならず動産についても返還義務を負うことになるはずである。にもかかわらず、通説が特に不動産について返還義務の存在を主張するには、実はそれ相当の理由があった。これが、XVII. 11. 2の述べるものなのである。

XVI. 11. 2によれば、売主が「第二の手続」で原告に敗訴しても、買主は目的物の返還を義務づけられなかったが、通説は、この簡条は専ら動産に拘わるもので、不動産についてはこの種のものとはテキストに知られないとし、このことから、目的物が不動産のときは訴えの文言通りに、買主はその返還を義務づけられたものと見るのである。

XVI. 11. 2は、これと前簡条XVI. 11. 1との繋がりから見れば、疑いもなく動産に拘わるものである。しか

し、当簡条をただ動産にのみ拘わるものと見て、不動産を全く考慮に加える必要がないのかどうかは、問題である。⁽¹⁷⁾
 この点を以下で明らかにするのであるが、その前に、フランク時代動産不動産訴訟法に關係するものの中で相当にユニークな該簡条の正確な内容を伝えておかななくてはなるまい。

十六 さて XVI. 11. 2 は次のように述べる。「しかして、もし彼〔売主〕が保障をなしたるときは、彼は、彼が保障をなしたるその人〔買主〕から、この人〔自ら〕が〔目的物を放棄することを〕欲したのでなければ、たとえ原告の戦士が〔決闘において売主の戦士に〕勝ちたるときでも、〔当該目的物を〕取り戻し得ない⁽¹⁸⁾」。右簡条で多少難解なのは、「たとえ原告の戦士が勝ちたるときでも (si campo questionis victricis)」であるが、これはブルンナー II フォン・シユヴェリーンの通説にしたがい、⁽¹⁹⁾ 右記のように理解した。また「原告の戦士が勝ちたるとき」とは多言を要するまでもなく、「第二の、手統」の証明、手統において、原告が売主と決闘の誓約 (Kampvertrag) を結び、双方の戦士による決闘の結果、原告が勝ち、これによって原告は、「主たる手統」で売主の行なった「保障」が偽証であることの証明に成功した場合を指すものである。

XVI. 11. 2 は、見られるように、「保障」の手統の完結した後で「保障」の有する法的効果を定めるものである。このことは、該簡条を以下のように解剖して見るとますますよく分かる。すなわち、「彼が保障をなしたる」ときは、(イ)「彼は、彼が保障をなしたるその人から、取り戻し得ない」のであり、次に (エ)「彼は、たとえ原告の戦士が勝ちたるときでも、取り戻し得ない」し、最後に (ハ)「彼は、この人が欲したのでなければ、取り戻し得ない」。これを要するに、「彼は取り戻し得ない」というのが、XVI. 11. 2 における中心命題なのであり、「保障」の法的効果はそこに集中的にあらわれている。そこでこの法的効果の問題に關しては次の二点に注意したい。

第一に、XVI. 11. 2 が直接述べるものは、売主と買主との間の法的関係であって、売主と原告とのそれではない。売主はひとたび買主に「保障」を行なったからには、後日にこの同じ買主から目的物を回収するが如きことはもはや行ない得ない。換言すれば、「保障」の法的効果は「保障」の手続の後でたとえ「第二の手続」が起ころうとも、この結果如何に拘わりなく、売主にたいして原則上永続的に作用した。そして買主が一切目的物の返還義務を負わず、したがって原告が「第二の手続」に勝訴しても当該目的物を恢復し得なかつたのは、その反射的效果を示すものにはならなかつた。ただ、買主自身が目的物の返還を望むときは、売主は一旦これを買主より回収した上で、原告に引き渡すことがあつたに過ぎないのである。

第二に、XVI. 11. 2 が右の如く「保障」の法的効果を定める趣旨は、次の通りである。原告は、「第二の手続」で売主にたいし目的物の返還を求める。売主が証明手続に敗れるときは、彼は判決手続に基づき当該目的物の返還を義務づけられるに至る。そこで売主はこの義務を履行せんがため、目的物を買主から回収しようとする。しかし売主がこれの回収をなさんとするや、当然買主は目的物を確保し得なくなる。そこで、XVI. 11. 2 は売主にたいし買主からの目的物の回収を許さず、これによって買主の目的物所有権を不動のものたらしめんとしたこと、これである。なお、「第二の手続」で勝訴したのにもかかわらず目的物を恢復し得なかつた原告には、売主は、十二ソリドゥスの賠償金とは別個に、買主の所有に帰した目的物と同種同等のものを償なわねばならなかつたものと推察される。

十七 以上が XVI. 11. 2 の述べるものである。筆者は、通説とは違つて該簡条は必ずしも動産に限定する必要はなく、不動産の場合もこれに含めて考えたいのである。勿論この点はテキストからは明らかにできない。およそ該簡条自体は直接目的物に関して、動産とも不動産とも述べてはいないのである。しかし該簡条と次条 XVI. 12 との

説 比較考察から、該簡条が動産および不動産を対象としたものと見たく思うのである。そこで、この点を第一に、「保障」をめぐる法的効果の問題、第二に、原告にたいする補償の問題から説明したい。

第一は、法的効果の問題である。XVI, 11, 2は売主が「保障」の約束通りこれを行なったときの法的効果を示し、XVI, 12は売主が「保障」の約束に違背しこれを行なわなかった場合の法的効果を示し、いずれも「保障」をめぐる法的効果に関するものである。さらにこれら内容について見るに、前者においては、売主は買主から目的物を回収し得ず、これによって買主は目的物を確保し得、返還の必要はない。これにたいし後者においては買主は目的物を確保し得ず返還を義務づけられ、売主は、買主から目的物を回収した上でこれを原告に引き渡した。このように見るとXVI, 11, 2とXVI, 12とは、「保障」をめぐる法的効果の点でまさに対照的な規定といえる。このことに留意した上で、XVI, 12が既述の如く、売主が「保障」の約束に違背したとき「彼は、彼が保障をなすことを約束したると同種の土地または物を (terram aut speciem) 遅滞なく賠償すべし」と述べるところに改めて注意を喚起したい。ここでは、右に「土地または物」と知られるように、動産と不動産とは同様に取り扱われて、目的物の相違は特別に問題とはなっていない。⁽¹²⁾このように、「保障」をめぐる法的効果の上で、一方でXVI, 12が動産と不動産とに等しく適用されているときに、他方でXVI, 11, 2についてだけ、ここでは特に、動産と不動産とは異なって取り扱われているとか、あるいは、不動産が排除せられているとかと、理解する必要は殆んどないように思われるのである。

第二は、補償の問題である。XVI, 12は右述の如く、「同種の土地または物を遅滞なく賠償すべし」と述べ、売主の行なうべき補償が問題となっているが、これがXVI, 11, 2にもいえるのである。しかもこれはXVI, 11, 2の「この人が欲したのでなければ (nisi ipse voluerit)」に如実に示されているのである。言い換えれば、右文言が

XVI. 11. 2 の中心命題の中に挿入せられた所以のものは、売主が「第二の手続」に敗れた結果負わねばならなかった補償の問題にあつたのである。但しここでは、XVI. 11 とは異なつて売主の買主にたいする補償ではなく、売主の原告にたいする補償である。

右文言が補償の問題に拘わつていたので、もう少し敷衍するならば次の通りである。XVI. 11. 2 における中心命題は既述のように「彼(売主)は取り戻し得ない」にあつた。買主は売主にたいし目的物の返還を義務づけられないのであつた。しかし他面、これはあくまでも買主が義務を負わなかつたことだけを意味するに過ぎない。別言すれば、売主と買主とは相対づくで争いの解決を図り、これに基づいて後者が前者に目的物を返還し前者が代金を返却する。これによって売主は買主から目的物を「取り戻し得る」、すなわち回収し得ることになつたのである。このように見ると、かの「この人が欲したのでなければ」の「この人が欲したる」とは一見して、右のような相対づくの解決で、買主が目的物を手放すことがある場合を示すものようである。しかし、ただ単にこれだけのことのために、わざわざ「この人が欲したのでなければ」の文言が挿入せられたものとはいひ難く、むしろ該文言の背後にあるのは、売主にたいして命じられたところの補償の問題であつたと思われてくるのである。

十八 これを一層明瞭にするために多少とも役立つのは、「土地訴訟」の第二段階の手続を定める XVI. 2. 5 および 2. 6 である。すなわち、原告側証人の陳述によつて敗訴し土地を退去せざるを得なくなつた被告が新たに証人を相手に、「汝は余にたいして十二ソリドゥスを賠償し、且つ汝が偽証によりて奪いたるかの土地を返還する義務を負ふべし」(XVI. 2. 5) と訴えを提起した後、証明手続で被告と証人との間に起こつた決闘の結果「もし訴うる者(被告)が「決闘に」勝ちたるときは、彼(証人)は「被告にたいし」十二ソリドゥスをもつて賠償すべく、且つかの土

地を「被告に」返還すべし」(XVII. 2, 6)とされたことである。⁽¹²⁾

ところが、この XVII. 2, 6 は続けて、「しかし、もし彼「証人」が「決闘に勝ちたる被告に」この土地を与え得るときは、一サイカの価値ある斧を投じ「この斧が達し」得る範囲の近傍において、「被告に」他の土地を「与えるべし」と述べるのである。この「彼がこの土地を与え得るとき」とは世良氏によれば「原告が土地返還を肯んじないやうな場合」⁽¹³⁾を指した。この場合には証人は、別の土地をもつて被告に賠償をなさねばならなかつた。⁽¹⁴⁾これにたいし、「原告が土地返還を肯んじるときは、当然「彼がこの土地を与え得」る。つまり敗訴証人は被告にその土地を返還し得たのである。しかし、い、たい、「原告が土地返還を肯んじ」るようなことは普通に起こり得た現象であろうか。そうとは思われない。けだし原告は、被告が占拠していた土地の返還を求めて訴えを起し、六名の宣誓補助者をもつて行なう被告による宣誓の途を隣人証人の提出によつて閉ざし、⁽¹⁵⁾この証言によつて勝訴し、これにより土地は原告の所有に帰した。にもかかわらず、再度当該土地をめぐる被告と原告側証人との間に新たな争いが起こり、結果被告が勝訴したからといって、それだけで原告が当該土地を被告に返還するが如きは、通常、到底考えられないことだからである。この意味では、XVII. 2, 6 が「もし訴うる者が勝ちたるときは、彼「証人」はかの土地を返還すべし」と規定するところは、殆んど現実的な意味を有さなかつたものと言わざるを得ないであろう。これにたいし、むしろ現実的な意味を持つものは既述、証人が被告にたいして証人自身所有の他の土地をもつて行なうところの補償の方なのである。⁽¹⁶⁾

さてここで XVII. 11, 2 の問題に立ち返れば、「この人が欲したのでなければ」における「この人が欲したる」とは、右の例でいえば、「原告が土地返還を肯んじ」、「彼「証人」がこの土地を与え得」る場合に相当する、特別

の場合を意味するのではないであろうか。とすれば「この人が欲したる」ときが特別の場合であれば、逆に「この人が欲したるのな」ときとは、普通の場合を指すものとなる。要するに、XVI. 11. 2が「この人が欲したるのな」でなければ」と述べるとき、ここに前提となっているのはまさにこの普通の場合なのであり、しかもこの場合こそ本當に現実的な意味を持ち得たものなのであった。すなわち、「主たる手続」で「保障」に成功し「第二の手続」に敗れた売主が原告にたいして、「保障」の目的物と「同種の土地または物」をもって行なうところの補償が、この場合なのである。

十九 以上、レックス・バウワリオールムの「保障手続」においては、目的物が動産であれ不動産であれ、売主が「主たる手続」で「保障」の手続に成功したるときは、彼がたとえ「第二の手続」で敗訴しても、原告にたいする補償は起こるものの、基本的には、(すなわち、買主自らが目的物の放棄を「欲したるのでなければ」)買主の目的物所有権は不動のものとなつたのである。(19)これについて右述十七・十八で行なつてきた諸考察の多くは今日のところ、憶測の域を出でず詳細は他日を期さなくてはならぬが、問題の解明に多少とも役立つものがあるとすれば、幸いである。

二十 右述本稿が、「第二の手続」の法的効果に関して動産と不動産との間に差違を認めず、この意味で「保障手続」を統一的に理解しようとしたわけは、「保障手続」の法的性格をできるかぎり正しく捉えんとすることにあり、他方それはまた、「保障手続」の対象となつて目的物の概念そのものにも由来するのである。そこで以下では、この点を指摘しておきたいと思う。

さて、これを指摘するのに、差し当って次の問題から始めるのが便宜である。すなわち動産の「保障手続」と不動産の「保障手続」との間の史的連関をめぐる問題である。これを見るに、例えばP・ロンドンによれば、「保障手続」

説
論

は、元来、不動産に固有の手続で、それが始めて、L. Bat. XVI, II ならして通過して動産訴訟の上でも拡がったものである。⁽¹⁸⁾これにたいし、ブルンナーフォン・シュヴェーリンは、バイエルン法の第三者による追奪をめぐる手続は不動産訴訟の場合には「動産訴訟において行なわれた保障手続」と類似の形態をとって展開したと述べる。⁽¹⁹⁾ここには、「保障手続」は始源的には動産について起こり、それが不動産にも拡大適用されるに至ったものと捉えられている如くである。

以上が、動産の「保障手続」と不動産のそれとの間の史的連関をめぐる見解の一斑であるが、右ロンドン、ブルンナーフォン・シュヴェーリンにかぎらず、「保障手続」が本来動産と不動産とのいずれにおいて成立したとするにせよ、一般に未だこの点についての論証は行なわれておらず、しかもこの問題はここ当面は証明の極めて困難な領域に属する問題のようである。これはともかく、われわれにとってここで問題なのは次のことである。すなわち、「保障手続」が本来動産(あるいは不動産)に固有の手続であり、これがやがて不動産(あるいは動産)の手続にも拡大せられたとする見解に窺えるように、目的物を殊更に動産と不動産とに分け、しかも両者を対立的に捉えることが、少なくともレックス・バウワリオールムにおける「保障手続」の対象となる目的物の概念の正しい理解に繋がるであろうが、これである。

この問題を考えるのに最初に参考となるのは、XVII, 15 であり、これは次のように述べる。⁽²⁰⁾「人が売りあるいは買いたるものは、いかなる種類のものたりとも (quascunque res) すべて、あるいは証書によりあるいはこれを証明し得る証人により、確認せらるるべし (sint firmata)」。これは、後日争いが生ぜざらんがために、奴隷につき、土地、家屋あるいは森林につき「行なはるるもの」である。⁽²¹⁾ここに知られる「firmata」は既述の通り直接「保障」の手続と

は拘わりはない。⁽²¹⁾しかし「保障」の手続と全く無関係なものというのではない。何となれば、 \wedge firmare \vee ——この主体が売主であるか第三者であるかを問わず——の意義をひろく保証(Sicherstellung, Bekräftigung, Bestätigung, Ver-sicherung)に求めるとすれば、証書の提示も証人の陳述も、そして「保障」の手続もすべて、この保証のひとつをなすものであるからである。⁽²²⁾このうち「保障」が起るのは、売買自体の有無でなく、売買の目的物にたいする売主の自由な処分権の存否が争われるときであつて、⁽²³⁾けだしこの場合には、売買の証書や証言は役に立たないからである。

これはともかく、当面重要なのは右箇条の後段部分である。ここには、土地・森林と奴隷・家屋とは等しく、証書や証言による保証の対象となるものとされている。これら動産不動産は、XVI. 17. 1が「自己の世襲財産または何らかの物を(proprium alodem vel quascunque res)売りたる者について、第三者(galen)が「それを」買主より奪い取り、自己の財産とせんとするときは」と述べるところの「世襲財産または何らかの物」を構成するものであり、⁽²⁴⁾この中にはさらに主要なものとして家畜も含まれたことは、前掲八二九年の文書で「世襲財産」のひとつに土地、家屋、奴隷、製粉所などと併んで「家畜」が述べられていたところに知られるであろう。⁽²⁵⁾このように特に土地、家屋、奴隷、家畜は、証書・証人・「保障」を手段とした、売買をめぐる保証の際の重要な目的物であつた。しかもこれらのうちで家屋、奴隷、家畜は、これが様々の法取引で土地と一緒に処分の対象となつていたところから見ると、⁽²⁶⁾土地に結び付き、土地と共に全体として売主のひとつの財産を構成するものと観念されていたと思われるのである。これにたいし、XVI. 11. 1で、奴隷の外に「保障」の目的物となつていた装身具・装具などの動産(reliqua ornamenta)は、右の如き、土地と比較的容易に結び附いたところの家屋、奴隷、家畜とは異なつて、⁽²⁷⁾別個の財産をなすものと捉えられ得る如くである。

これは、かつて久保正幡氏が古ゲルマン人の所有財産につき通説にしたがい、「土地・奴隸・家畜・耕作用具などの家の経営資財 (Wirtschaftsgut)」⁽¹⁾「家産」と「武器・衣服・装身具などの個人的使用に供せられる物」⁽²⁾「特有産」とを区別せられ、そしてこれがフランク時代に入って、前者も後者と「同じく各家族員の単独所有に属す」⁽³⁾に至ったが、なおもそれぞれにたいする所有権は「多少その性質を異にしたかのやうに思はれる」と指摘せられた所以のものである。しかし他面で「保障手統」の目的物としての装身具・装具などの動産は、既述の如く売主の供給する材料から売主の所有する奴隸・職人の手によって製作せられ、こうしてそれらが売主の所有財産(材料・奴隸・職人)から生まれ売主の特有財産に含まれた点に注目するとすれば、右の形態で生産された製造品は、土地、家屋、奴隸、家畜と共に、再び全体として売主所有にかかるひとつの財産を構成したものと見ることができよう。

このような動産不動産を売主のものひとつの特有財産たらしめていた契機は、最後に、それらを取得した方法にあつた。すなわち売主は、それらを、既述のように特殊の場合を除いて、⁽⁴⁾第三者から譲り受ける承継取得によつてではなく、専ら原始取得と父祖の遺産の承継とによつて取得し所有していたのである。このようにレークス・パワリオルムで「保障手統」の対象となつた三種類の財産、(イ)土地・森林、(ロ)家屋・奴隸・家畜、(ハ)装身具・装具などの製造品は、売主が原始取得と遺産承継とによつて得たものであつた。⁽⁵⁾「保障手統」の目的物たるの意義は、これら動産不動産がまさにこの取得方法によつて獲得せられたものであつたことにあり、目的物がこの範疇のものであるかぎり、それが果たして動産であつたか不動産であつたかは、「保障手統」の法的構造にとつて本質的意義を有さなかつたものといえるのである。

(13) Schelling (前註(29)参照)は、この訴えを、原告が売主にたいして行なった次のような宣誓批難を意味するものという。すなわち売主は、「保障」をなすことと買主の権利の防禦を引き受け(前註(58)参照)、しかもこれは宣誓の形態をとって行なわれる。ところが、原告は、これに批難を加えこれによって売主にこのような宣誓を行なわせないようにする。この場合には売主・原告間の決闘でもって決着がつけられると(S. 67 (Ann. 25))。見られるように Schelling はマルンナーにしたがい、宣誓批難者は、宣誓者、宣誓をなす以前に、宣誓批難を行ない、これによって宣誓者による宣誓の途を閉じたとする(Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II, S. 431 (Ann. 57); Schelling, a. a. O., S. 62 (Ann. 13)。なお、宣誓批難については、林屋礼二「民事訴訟の歴史」(『法学』四十四(二))一〇頁註(49) 該当本文以下参照)。そして、この後述の如く(註(169) 該当本文参照)、「主たる手続」の証明手続ではなく、「主たる手続」とは独立の新たな手続(『第二の手続』)であったと同時に、XVI, 17, 4には原告が、『不正に汝は保障をなしたり』(firmasid)と述べて、『不正に汝は保障をなさんど』(firmabis)とは述べて、すなわち XVI, 17, 4における原告の主張は、既に行なわれた「保障」にたいして提起了れたことに注意を払わねばならぬからである。

(14) Siegel や Quitzmann は、この訴えを「中間訴訟」(Zwischenklage)のひとつと見なす。それによれば、これは、訴訟の進行中の任意の時点で提起され得、しかも証明手続が必然的に Kampfodal である(註(169) 該当本文参照)。Siegel, a. a. O., S. 129, Nr. 5; A. Quitzmann, Die älteste Rechtsverfassung der Baiwaren, 1886, S. 349 mit Ann. 2)。

(15) 後附十六参照。

(16) 但し動産については賠償金額は動産の価値によって異なつたであろう。奴隷について十二ソリドゥスの賠償金を定めるものとしては、XIII, 9が知られる(「もし誰かが、他人の奴隷を逃亡に使喚し、しかして彼を境界を越えて、すなわちマルグを越えて連れ行ききたるときは、十二ソリドゥスをもって賠償すべく、且つその奴隷を連れ戻るべし」。なお、女奴隷のときは二四ソリドゥスをもって賠償せねばならなかつた)。また動産の中で、十ソリドゥスの価値の役畜(jumenta)、家畜(pe-

cora)「十二リドゥッスの価格の馬 (equum) を奴隷 (mancipium) が存した」といふが、IX, 3 や IX, 9 を参照。
 (147) XII, 17, 3 に「それは、既述の如く、¹⁾ 売主は、特定の文言を唱えて土地・森林を²⁾ 樹木の³⁾ 一部を「右手で⁴⁾ 握り、左手で⁵⁾ 握り (cum sinistra)」特定文言を唱えて原告にマニッウトを与えること、⁶⁾ 売主・原告間に判決履行契約が締結された。これに「Schelling」の「保障」の手續が、Ubergabe des Traditionssymbols の Fundsetzung とから成り、したがってマニッウトの授与は、「保障」の手續自体の第二部分とする (a. a. O., S. 64, 66)。⁷⁾ しかし、マニッウト授与は判決履行契約を結ぶためのもので、「保障」の手續を形成するものではない。⁸⁾

(148) 「これを証言せんと欲するその人は、彼〔原告〕の隣人たるべし、⁹⁾ しかして六リドゥッスの財物を有し、且つ同価値の耕地を有する者たるべし」(Ille homo qui hoc testificare voluerit, commarcatus eius debet esse et debet habere VI solidorum pecuniam et similem agrum) (XII, 2, 3)。¹⁰⁾ Vgl. H. Brunner, Die Entstehung der Schwurgerichte, 1872, S. 66, Anm. 3.

(149) \blacktriangleright Tunc ille defensor, si sperat, quod iustitia de illo agro suo frisset...dicat ad illum testem: Mendacium iurasti contra me...et componere debes cum XII sold. et illum terram reddere, quam mendaciter abstulisti \blacktriangleright (XII, 2, 5).

(150) Vgl. H. Brunner, a. a. O., S. 58 (eine kampfbedürftige Meineids- und Ersatzklage).

(151) \blacktriangleright Sponde mihi pugnam duorum et manifestet Deus, si mendacium an veritatem iurasti, contra me \blacktriangleright (XII, 2, 5).

(152) Schröder-v. Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl., 1932, S. 399 (Anm. 58): Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 559, Anm. 107.

(153) 藤田 (89) 參照。

- (20) Vgl. H. Zeller, Über Zeugen und Eideshelfer im deutschen Recht, 1898, S. 29 (Anm. 102) (Meineidsbusse); K. Cosack, Die Eidhelfer des Beklagten nach ältestem deutschem Recht, 1885, S. 66 (Anm. 30).
- (21) Vgl. Schröder-v. Künhberg, a. a. O., S. 399, Anm. 57 (Die Meineidsklage war stets zugleich Ersatzklage hinsichtlich des durch den Meineid verlorenen früheren Prozesses).
- (22) Concilium Neuchingense (772), c. 6 ◯◀Reus vero contra dicat: 'Nec hoc abstuli nec componere debeo' ▶
 擧証 (Schelling, a. a. O., S. 54, 57(Anm. 1))°
- (23) 』の証面半條は、ヤの擧げ廻りて行なはるる人のたむらひ、コトホキヤ行ゆる証面半條の證條は、ベリキマンがじりたはらじ川、民衆のじりて後 (cf. XII, 17, 3) に擧げらるる人の證條なる。
- (24) マークス・ベノマリキールトに於ては、擧げられたる證條は、擧げられたる證條なるを、ベノマリキールト (Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 543 (Anm. 22))° 民衆證條に入はるるのじりたはるる證條 (◀hoc in praesente populo fiat▶ (XII, 2, 5) (Vgl. F. Gutmann, Die soziale Gliederung der Bayern zur Zeit des Volksrechtes, 1906, S. 2 (Anm. 7)))°
- (25) L. Bai. IX, 2, 4; IX, 3; X, 4, 3; XII, 8, 2; XII, 9 (Vgl. Siegel, a. a. O., S. 208-9; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 507(Anm. 51)).
- (26) Quitzmann, a. a. O., S. 169(Anm. 1).
- (27) 』の擧げ証に於て、Lex Frisionum XIV, 5 』◀Ille autem, si hoc sacramentum negare velit, iuret et contra ipsum cum armis suis in campum procedat▶に於て、ゆはるる證條。
- (28) Vgl. H. Zeller, a. a. O., S. 29 (Anm. 107).
- (29) Vgl. W. Schelling, a. a. O., S. 62 (Anm. 12); London, a. a. O., S. 427-9 (Anm. 10, 11).
- (30) 』かゝる XII, 6 に於ては、證條の擧げや證條に於ては、証人及び「もし彼が正法に宣誓したることを認め、其口の擧げに於て、となわぬ決闘に於て其口を防禦すべし」(defendat se cum campone suo, si recte iuravit, hoc est pugna duorum)』に

われば、決闘手続のみが問題となつてくるのである。

- (21) Vgl. Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 523 (Anm. 71). なるノークト・バチカールトでは、十四名の指名宣誓補助者 (sacramentales nominati) (I, 6, 6) (即ち「前掲書」一七八頁註(25)) にある場合を除けば、十二名による宣誓が普通「宗全宣誓」(Vollleid) である。

- (18) 宣誓補助者の役割は、証明当事者の宣誓を制約するものではない。補助者の宣誓は、証明当事者の行なう宣誓が偽真となつてを証明するもので、自ら宣誓の証明作用を担はなかつた (Zeller, a. a. O., S. 11)。

- (19) Miltreis-Liebertich, Deutsche Rechtsgeschichte, 15. Aufl., 1978, S. 38; A. Gál, Der Zweikampf im fränkischen Prozeß, ZRG. G. A. 28 (1907), S. 267 (Anm. 2). 下記の註は、Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 507 (Kampfklage = eine antizipierte Eideschelte)。

- (20) 補註(21)(22) なる註は誤りである。

- (21) 下記のドイツ語は、トマンナーなる者の手記による。Nach Lex Baiuw. [XVI, 17] erhebt der Kläger gegen den firmierenden Gewährsmann den Klagevorwurf (Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II, S. 517, Anm. 26)。

- (22) 「十聖書」の條に、宣誓の手續を述べ、トマンナー・トマン・シタカ・トマン・シタカ等の語へ、*endigem Verfahren* und ohne sich dadurch von der Erfüllung des Urteils zu befreien (Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit, in: Forschungen, 1894, S. 100 mit Anm. 1). (23) Sind die Zeugen geschworen, so kann das Beweisergebnis für die schwebende Streitfrage nicht mehr angefochten werden. Doch mag der Sachfällige *nachträglich* gegen die Zeugen eine Meinids- und Ersatzklage erheben (Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 579 mit Anm. 160)。

- (23) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 670-1 mit Anm. 123.

- (21) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 679 mit Anm. 34.
- (22) Th. Bitterauf (Hrsg.), a. a. O., Nr. 579, S. 495-6. Vgl. R. Hübner, Gerichtsurkunden der fränkischen Zeit, I, 2RG. G. A. 12(1891), S. 46 (Nr. 260) (原ルリ)P241八二八年及びP242。
- (23) «...talem proprium quod habuerunt ad Allingas, hoc est casam cum aliis aedificiis infra curte et mancipiis sex, viros tres et feminas tres in iuventute permanentes et pecora XII et iurales XC, de pratis carradas XL, molinam I et alias colonias IV cum casis et curtiferis cum terra cum pratis...»
- (24) «Ei hanc ipsam traditionem ad ipsa casa dei firmare et stabilire non potuit, sed iterum de manu supra nominati advocati illam traditionem suscepit et Chonrado dimisit in proprium.»
- (25) «Anzo missus domini regis iussit Alprico legaliter iustitiam facere episcopo et advocato eius pro eo quod illam traditionem ad ipsa casa dei firmare nequiverat.»
- (26) この点に關して、世良氏の見解には多少の混乱があるように思われる。すなわち、氏は一方で、既述の如く買主は不動産については返還を義務づけられたとする点で通説に依拠する(前註(40))が、他方で、次のようにも述べるからである。「甲[売主]が保障を行った後に証拠手続において丙[原告]に敗れた場合(「第十六章」第十七条第四・五項)でも「乙[買主]は目的物を丙に返還することを要するかどうか」は、「第十六章」第十一条第二項の解釈に關連するのである」が、通説にしたがえば乙は「返還する要なし」(世良、前掲書、三三二頁(イ))だ。
- (27) この点に關して、とりわけ注目すべきはXVI, 11, 2を全くもつて不動産をめぐる箇条と見る Quitzmann の所論である(a. a. O., S. 327 mit Anm. 2)。その点については論証はなされてないが、彼がXVI, 11, 2に与えた解釈が、ほぼ筆者の見解(後註(15))該当本文参照)と軌を一にするものがある。
- (28) 原文は前註(2)参照。
- (29) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 671 (Anm. 123): Aber auch im Falle unrechtmäßiger firmatio, d. h. wenn der

パェワリオールムでは一般に“*es*”が動産、不動産を意味した点については Schelling, a. a. O., S. 46 (Anm. 3) を見よ。

(188) 前註(149)(151)参照。

(189) *Si vincerit ille qui querit, componat cum XII sold. et illam terram reddat* (XIII, 2, 6)

(190) *Et illam terram non poterit donare, aliam in proximo quantum iactus est de secure saiga valente* (XIII, 2, 6)

(191) 世良、前掲書、三三三頁註(九)。

(192) Siegel a. a. O., S. 195 (Anm. 5) (eine Ersatzverbindlichkeit [der Zeugen]). また「たい」(Quitzmänn) Quitzmänn, a. a. O., S. 356-7 は「被告」(Vindicant)が決闘に勝ったときは「偽証証人でなく原告が、しかも本来の競争地そのものを返還せねばならなかったとする」。

(193) Vgl. Zeller, a. a. O., S. 32 (一方当事者の差し出す Zeugenbeweis は「他方当事者提起の Beweis mit Eideshelfer として無条件に優先した」)。

(194) 次のような事情は、この点を理解するのに一助とならないであろうか。すなわち XIII, 2, 6 は「前註(190)所掲の規定に続いて、敗訴証人が近傍に土地を有しない場合、また、近傍において土地を買うこととの不可能な場合に、近傍以外の場所で補償地を取得せねばならない際の詳細な手続を定めているのである」。

(195) Vgl. Meyer, a. a. O., S. 40 (Anm. 12) (Die Sache selbst aber kann er [= Veräußerer] nicht herausgehen, da er sie nicht besitzt)。

(196) Siegel a. a. O., S. 263 (Von dem Ausgange dieses neuen Streites hängt die Frage der Entschädigung, und... nur diese ab)。

(197) このことが、ブルンナー・フオン・シュェヴェリンが「保障手続」について次のように述べる所以である。すなわちレークス・パェワリオールムは確かに特定の場合に所有権訴訟を認めたが、「しかし、この「訴訟の」効果は著しく (in einsch-

1909, S. 53 (Anm. 123) (但しこれは西ヨーロッパの指摘である)。

(210) 久保、前掲書(前註(57))、十六、二六頁。

(211) 前註(94)参照。

(212) 筆者はこれを既述の如く、売主の「保障」の文言内容から見たが、Schelling は「開墾による土地取得 (cf. XVI, 2, 1)」をもこれに含める (a. a. O., S. 63)。しかしこれははは原始取得に相当するものといえよう。

(213) 原告は追奪者が『余の物 (meus)』(XVI, 17, 2)と主張するところのものは、このような取得方法によって獲得せられたものであったろう。とすればこの種の目的物は前主は売主にとっても「余の物」であったわけであり、このように見ると、「保障手続」は原告・売主の両当事者が、所有権者と主張するところの訴訟の性格を有した如くである。

四

二一 以上「主たる手続」・「第二の手続」の構造を見てきたところによれば、レークス・バンワリオールム第十章第十一、十二、十七条における「保障」(Affirmare)には、諸見解によって従来はほ次の三様の意義が付与されてきた。(イ)「占有の引渡の繰返し」(Wiederholung des Traditions-od. Investituraktes)⁽²¹⁾(ロ)「追奪担保義務の履行」(Durchführung der Gewährleistungspflicht)⁽²²⁾(ハ)「権利関係に関する担保引受人の誓言」(Eid des Auctors über die sein Recht an der Sache begründende Tatsache)⁽²³⁾がこれである。これらの一つひとつは、それぞれに理由のあるものであり、相互に決して排他的な関係にあるのではない。むしろ「保障」はこれら三様の意義すべてに拘わったものといえるのである。ただ問題は、これら三つのものの相互関係がこれまで十分に整理されて考察されなかったことにあ

るのである。

「保障」(C. Bai. XVI, II, 12, 17)が、広義に於ては XVI, 15 の「Firmare」の如きは I, 1, 2・XVII, 3, 1 の「confirmare」と同様で、ひるひ「festmachen」・「bestätigen」(「保証をする」)を、そして狭義では「Gewährleisten」(「担保責任を引き受ける」)を意味した。つまり売主は、彼が買主に占有を移転した動産不動産について、原告＝「第三者(alter)」(XVII, 17, 1)が其の権利者と主張しこれを取り戻そうとするときは、担保引受人として買主の権利を防禦する義務を負ったが、このような義務の履行を意味するのが「保障」であった。売主はこの義務を履行するに、まず一旦買主から目的物の返還を受け、次いで再びこれの占有を買主に移転すること(neuerliche Traditionshandlung)、換言すれば占有の引渡を繰返すことでもってした。すなわち「占有の引渡の繰返し」は、売主が担保引受人として果たすべき防禦義務の唯一の履行形態であり、しかもそれは特定の文言を唱え特定の所作を履んで行なうべき法定の儀式(Formalhandlung)であった。売主はこの儀式を通して、第三者が買主から目的物を追奪せんとするときに、買主の目的物所有権に保証を与えたのである。

この儀式が証明行為(Beweishandlung)を意味した点に注意を喚起したい。「保障」の手続は「主たる手続」における証明手続を形成したのである。証明主題となったのは、第一は、目的物および買主の同一性である。すなわち、目的物については、「引渡の繰返し」の儀式において改めて買主に引き渡される目的物が最初の占有移転(Frühere Traditions-handlung)のときに買主に譲渡されたものに他ならず、次に買主については、「引渡の繰返し」の儀式を通して改めて目的物の引渡を受ける買主が最初の占有移転の際に目的物を譲り受けたひとに間違いのないことである。以上を次のような土地をめぐる売主の弁論・「保障」の文言に即して見ると、次の通りである。すなわち売主『然らず。

「その土地は」余の祖先が所有し、しかして余に世襲財産として遺せり。しかして「目的物は現在に」余が譲渡したる者「買主」の手に引き渡されてあり、かくして「これにつき」余は法律にしたがい保障をなさんと欲す』(XVII. 17. 2)のうちで、『しかして「目的物は現在に」余が譲渡したる者「買主」の手に引き渡されてあり』の部分が、この第一の証明主題に相当したものと見えるのである。

しかし証明主題はこれに尽きるのではなく、次に証明主題となったものの第二は、売主の目的物にたいする処分権能である。売主が最初の占有移転のときに買主に譲渡した目的物は、売主の自由な処分権に服したものであったことである。これは右例 XVII. 17. 2. における、売主の弁論・「保障」の文言から見ると、売主『然らず。』「その土地は」余の祖先が所有し、しかして余に世襲財産として遺せり』がこの第二の証明主題に属したものと見えるのである。ここに『然らず』と売主が述べるものは、原告に追奪者の次のような訴えにたいする主張なのである。すなわち原告『何ゆえに汝「売主」は余の祖先が以前に所有したる余のもの「土地」を「買主に」譲渡するを許されたるや』(XVI. 17. 2)。特にこのうちで、目的物は『余の祖先が以前に所有したる余のもの (mens)』と訴える原告にたいする主張なのである。このような売主の主張は動産については既述の如く例えば、売主『それは』余の職人が余自身の材料から作業し且つ「これを」製作したり』(XVI. 11. 1)、『その奴隷は、(大公領の)境界の外にて大公が軍隊を率いて出陣したるところで、余がこれを捕えたり』(同)、『余の父は彼「奴隷」を遺産として余に遺せり』(XVI. 14. 1)、『余は余の家において彼「奴隷」を、余の所有する奴隷より生まれたるものとして、育てたり』(同)などにあらわれたものである。動産をめぐるこのような売主の主張も、不動産におけると同じく、目的物は「余のもの」と訴える原告にたいして向けられたものと推測せられるのである。

すなわち、ここにおける証明主題は次のようである。売主が最初の占有移転において買主に引き渡した目的物はすべて、売主が原始取得と父祖の遺産の承継とによって(但し奴隷の一部分については大公の贈与にもよって)取得したといふ、法定取得原因に基づくものであったことである。そしてこの証明主題こそが、先述第一の証明主題に比較して、「占有の引渡の繰返し」を通して行なう「保障」の手続の中心となるものである。けだし、原告が売主にたいし『何ゆえに汝は、余の祖先が以前に所有したる余のものを譲渡するを許されたるや』と訴え、これにたいし売主が『然らず。余の祖先が所有し、しかし余に世襲財産として遺せり』と主張するとき、ここに争われている問題は、鬻争目的物がかつて売主によって当該買主に譲渡せられたものかどうかという、当事者間における譲渡行為そのものの存否であるよりはむしろ、売主が本来自由な処分権を持たないにもかかわらず当該目的物を買主に譲渡したのかどうかという、処分者の処分権能の存否であつたからである。

これら二様の証明主題が、買主に向けた売主による「占有の引渡の繰返し」を通して立証されると、これによって、売主は第三者に追奪者にたいし自己の目的物所有権の存在を明らかにし得ると同時に、買主は買主で売主の目的物処分権の存在にはっきりとした確信を抱くに至る。この意味で、「引渡の繰返し」という売主による担保義務履行の現象形態には、大きな意義を認めねばならないであらう。

最後に右二様の証明主題がどのような手段を用いて証明されたかを見るに、これが売主による「誓約」(Eidengesetzung)であり、このことが、「彼が買主に保障をなすこと、すなわち、誓約をなすことを約束する(Firmare promissionis emptori, id est suavitron)」(XVI. 12)と述べられたところに知られるように、「保障」が「誓約」とされている所以である。別言すれば、「誓約」が「保障」なのではなく、「誓約」は「保障」の方法なのであつた。売主の「保障」によ

説 いて、買主は目的物所有権を確保した。

二二 右のような「保障」を中心とする「保障手続」、なかんずくその「主たる手続」の法的性格を以下で問題としたい。より具体的にいえば、緒言で述べた如く、世良氏指摘の問題、つまり追奪者Ⅱ原告の買主Ⅱ被告にたいする訴訟が、「いかなる性質のものであるか」なのである。世良氏は、既述の如く原告の訴えがアネファングの訴えか所有権に基づく返還請求の訴えかをめぐる諸見解を紹介検討されたが、筆者もこれに倣って行きたい。

「保障手続」においては、アネファングに基づく訴えは殆んど問題にならないであろう。第一に、「保障手続」は動産のみならず不動産にも拘わり、しかも動産と不動産とにおいて「保障手続」の構造・効果には本質的な相違は存しなかった。これにたいしアネファングの訴えは基本的に動産訴訟に用いられたものである。⁽²⁰⁾ 第二に、では動産をめぐる「保障手続」に限っていえば、ここにおける訴えはアネファングの訴えであろうか。これも否定せねばなるまい。けだし、レークス・パユワリオールムでアネファングの訴えを規定するとされる「 $\text{N.}\infty$ 」は冒頭「もし誰かが盗人より善意にて〔何物かを〕買いたるときは、時間の猶子を受けて売主を捜索すべし」と述べる。これは、原告が目的物は所有者ないし保管者から盗まれたものと主張しこれの返還を買主に求めた場合を定めるものであり、この場合買主は捜索によって発見した売主Ⅱ前主に当該盗品を引き渡し、始めて、盗人の嫌疑を免がれる。⁽²¹⁾ これは「 $\text{N.}\infty$ 」に「彼〔買主〕が盗人を隠匿せんと欲し、しかして後に、〔盗人が〕発見せられ、彼〔買主〕が〔捜索によって〕盗人の発見し得ざりしことにつき先に宣誓をなしたるにもかかわらず、盗人隠匿によって」偽誓したることが明らかになりたるときは、それがゆえに、彼はかの盗人の如く処罰せらるべし」と述べられたところより分かる。すなわちここでは、買主は原告によって盗品と主張せられたものを売主に引き渡さうとはしなかったがゆえに、盗人と見なされたのである。

これを要するに、アネファングの訴えは盗品、恢復手続であり、被告Ⅱ買主は盗人として処罰されることのないように、原告が盗品と主張するところのものを一刻も早く放棄しこれを前主Ⅱ売主に引き渡さざるを得なかった。ここには、盗品と主張された目的物をそのままいつまでも占有することが、占有者Ⅱ買主の盗人たるを推定せしめるとする思想が表明されている。繫争目的物を所持することそのものから、Verdachtsmoment des Diebstahlsが発生したものである。⁽²⁵⁾これにたいし、「保障」の手続においては買主が目的物を放棄するところか、逆に、目的物の買主にたいする最初の占有移転が売主によって改めて買主に向かい繰り返されている。買主は確かに一旦は前権利者Ⅱ売主に目的物を引き渡し、「保障」をなそうとする売主は買主からこれを受け取るが、しかし彼はこれを更に彼自身の前主に引き渡すことはせず、再び買主に譲渡してしまうのである。この譲渡によって買主の目的物所有権は不動のものとなる。このような「保障」の手続にあらわれた思想は、かのアネファングの訴えに見られる思想とはよほど異なるものといわざるを得ないものである。

ただここで右述(二)との関連で注意すべきは、アネファングの訴えにおける目的物の前主への引渡と「保障」の手続に見られる「占有の引渡の繰返し」とは確かに基本思想のうえでこのように大きく異なり、両者の法的効果は正反対に作用したものの、他面法的性格の上では両者の性質は同じであり、いずれも証明行為であったのである。アネファングの訴訟において買主が盗品の疑いのある目的物を売主に引き渡し、これを放棄するのは、彼自身が盗人の嫌疑を避けこれを売主に転嫁せんがためのいわば *leidliche Beweissung* を意味し、⁽²⁶⁾そしてこのように、繫争目的物を占有移転する中に *leidliche Beweissung* が存したとするならば、「保障」そのものの法的性格はこの *leidliche Beweissung* にあつたといえるのである。すなわち、売主Ⅱ前主は一度目的物を買主から受け取り、「引渡の繰返し」

一 説
を通じて再度買主にこの目的物の占有を譲渡することで、彼は、当該目的物につき本来的に自由な処分権を有した趣旨の *leibliche Beweisung* を果たしたのである。

論
さらに第三に、「保障手続」がアネファングの訴訟と拘わりを有しない点については、XVI. 12 後段が参照される。

XVI. 12 の前段は既述の如く、動産不動産について「保障」の約束に違背し「保障」をなさず、あるいは「保障」をなすもこれが法定の「保障」でなかった場合に、売主に課されるべき制裁を規定するが、注目すべきは後段に「保障」の手続に失敗した売主にたいするこの制裁の根拠として、「けだし、他人の物 (*res aliena*) を譲渡することは、屢々これより争いが生ずるがゆえに、極めて非難せらるるべきことなればなり」と述べられたものである。この箇所はつとにブルンナーが、「保障手続」をアネファングの訴訟と見なした当時の通説(28)にたいして、注意を喚起したものである。すなわち、XVI. 12 後段における「他人の物」が「売主の窃取した物」だとしたならば、XVI. 12 後段自体が殆んど無意味な (*absurd*) 規定となってしまうであろうと。

すなわちブルンナーは、右簡条を論拠のひとつに「保障手続」を所有権に基づく訴訟と見たのであるが、この点については世良氏が彼の所論を次のように簡明に紹介せられたのを参照しておこう。「保障手続」に見られる原告の買主にたいする「訴を盗訴訟と解すれば、右の一文 (XVI. 12 後段) は全く自明のことを述べているにすぎないことになり、従ってこの訴は盗訴訟 (アネファングの訴) とは性質を異にするものと認められねばならない」。因みに世良氏は後述の如く、「保障手続」を所有権に基づく訴訟としたブルンナーの見解には批判的なのであるが、ブルンナーが XVI. 12 後段を自説の論拠とした点については特に論評は加えられなかった。

筆者はブルンナーの所論に基本的には賛成なのであるが、ただ、彼が XVI. 12 後段にいう「他人の物」を単に「売

主が窃取した物」と限定的に解釈したのは疑問に思う。というのは、H・マイアーが指摘するように、⁽²⁹⁾ 売主(すなわち買主の直接の前主)が他によって窃取された目的物を盗品と知りあるいは知らずに買主に譲渡する如き場合も、盗品が問題となっておれば依然「非難せらるべきこと」に含まれるからである。但しマイアーは、XVI, 12 後段の「他人の物」に右述の場合を含めて考えることで、該後段はおよそ盗品をめぐる訴訟(アネファングの訴訟)の「根拠」(Fundament)とはならないものとして、ブルンナーの「所有権訴訟」説を批判するわけであるが、この点は疑問である。ただし、売主より前主が他から窃取された目的物を譲渡する場合を XVI, 12 後段の「他人の物」の譲渡に含めても、原告によって目的物が盗品の疑いあるものと主張されている限りでは、ここにアネファングの訴訟が提起されることに何ら変わりはないからである。

以上によって「保障手続」がアネファングの手続に属さないことがほぼ明らかとなったと思われるが、問題を一層厳密にしておくために、最後に両手続の相違に関するフォン・シュヴェエリートの見解にふれておきたい。売主が「主たる手続」で追奪者になりたいし「保障」に成功するときは、「保障」はこれによって *endgültig* な効果をもたらし、買主の目的物所有権は *definitiv* なものとなった。しかもこれは、「第二の手続」でたとえ原告が売主の「保障」の偽証たるの証明に成功しようとも、これによって売主の原告にたいする補償義務の問題は生ずるものの、何ら変わりはなく、買主は目的物返還義務を負わない。⁽³⁰⁾ このようなことは——とフォン・シュヴェエリオンは強調する——「アネファングの手続をもってしては不可能である。これが可能であるのは、ただ保障 (*Limatio*) からのみ説明のできることなのである」。以上フォン・シュヴェエリートの所論は、世良氏がメルケルにたいする H・マイアーの見解として次の如く紹介するところとほぼ同趣旨のものである。「一般のアネファングの訴の場合には、甲〔売主〕が訴訟を引き

説 受けて敗れたとき、丙〔原告〕は乙〔買主〕の手から目的物を取り戻し得るのに、甲が保障した場合には、たとへ証

拠手続において甲が敗れても丙は目的物を取り戻し得ない⁽²¹⁾というものである。

ここには、売主が買主に代わって訴訟を引き受け敗訴したとき原告はアネファングの手続の場合には買主から目的物を取り戻し得たのに反し、「保障手続」においてはこれを恢復し得なかつたものとされている。こうしてアネファングの手続と「保障手続」とは売主が訴訟を引き受け、しかも敗れたときの法的効果つまり目的物の帰属の点で、一見対照的な手続であるかの印象を受ける。そしてこのことに、フォン・シュヴェリーンは「保障手続」とアネファング手続との間における最大の相違を求めようとした。しかしこの見解は本当は正しくない。それは次のようである。

アネファングの手続で買主に代わって売主が「訴訟を引き受けて敗れた」ときとはどのようなときかを見るに、それは売主が自ら目的物につき自己の前主を差し出し得ず、または、彼が目的物につきこれの相続による取得・原始取得を証明し得なかつた場合である。このうち、売主⁽²²⁾前主が本来目的物の相続に基づく取得あるいは原始取得を援用し得たかどうかは屢々争われる問題であり、ここでは立ち入る術はないが、最も原始的ないし基本的な援用方法とは売主が自己の前主を引き合いに出すことにあつた点は、問題はなからう。これはともかく、重要なのは、売主が「訴訟を引き受けて敗れた」ときとは彼が訴訟に加わるものの、彼自身前主を差し出し得ず（あるいは事情によっては目的物の相続による取得・原始取得を証明し得ず）、これによって自己の盗人たるの嫌疑を晴らし得なかつた場合であつた。とするならば、アネファングの手続において売主が「訴訟を引き受けて敗れた」ときとはまさしく「保障手続」で売主が「保障」の約束に違背し「保障」をなさず、また「保障」が適法な「保障」となり得ず、こうして結局彼が「保障」の手続に敗れた場合に相当した。しかも売主がこのように「保障」に失敗したときは、XIII²前段が述べるよ

うに原告は、目的物を取り戻し得たが、これは、アネファングの手続において売主が「訴訟を引き受けて敗れた」場合に、目的物が原告に復帰したのと全く同じ趣旨のものなのである。

このように見てくれば、アネファングの手続で売主が「訴訟を引き受けて敗れた」ときとは、「保障手続」でいえば売主が「保障した」にもかかわらず「証拠手続に……敗れて」しまったとき(世良氏)ではなく、右の如く売主がおよそ適法な「保障」に失敗した場合であったのがわかる。この意味で、アネファングの手続と「保障手続」との相違を、売主が敗訴したときに原告が目的物を取り戻し得たかどうかに見るのは、正しくないのである。すなわち、原告が目的物を取り戻し得るのは、アネファングの手続と「保障手続」とのいずれでも、売主が法定の方法を用いて買主の権利の防禦をなし得なかった(アネファングの手続では売主自身前主を援用し得ず、「保障手続」では売主が「保障」をなし得なかった)ときであり、これにたいし、原告が取り戻し得ないのは両手続のいずれでも、売主が適法的手段に基づき買主の権利を防禦し得た(売主自身前主を引き合いに出し得、また「保障」に成功した)ときであつたのである。

右から直ぐ分かるように、「保障」をめぐるフォン・シュヴェリオン(そしてこの点では世良氏もこれに加えてよいであらう)と、筆者との間における大きな相違は、次のようであらう。右述の世良氏の言葉を借りれば、売主が「保障した」にもかかわらず「証拠手続において……敗れて」しまった場合に、いったい、売主は「保障」に成功したと見るべきか失敗したと考えるべきかである。筆者はこのような場合(すなわち、売主が「第二の手続」に敗訴した場合)でも、売主が「保障」そのものには成功したものと捉えたことは本論に詳述した通りである。このように、売主が「主たる手続」で「保障」をなし、この「保障」をめぐる「第二の手続」で原告に敗れても、彼は「保障」そのものには成功したのであり、これによって買主は返還義務を負わなかつた。では、このような構造の手続に相当するものが、アネ

ファングの手續の中に存するであろうか。現在までのアネファングの手續研究では管見の限り、これは否定せねばならない。⁽²¹⁾この意味では、売主がたとえ「第二の手續」で收訴しても買主が目的物の返還を義務づけられなかったのは、まさに、「ただ保障からのみ説明のできること」(フォン・シュヴェリン)といえるのである。

こうして結局「保障手續」がアネファングの手續と異なつた決定的な点は、それが盗品⁽²²⁾恢復手續であつたか否かであつた。アネファングの手續は周知の如く、本来、担保引受人(追奪担保義務者)の系列を遡り、最後にもはや前主を差し出し得ぬ担保引受人を盗人として処罰しようとした。原告は、このような盗人たる当該担保引受人の手から始めて盗品を取り戻し得たからである。「保障手續」においては、適法な「保障」をなし得ずこれがゆゑに買主の権利を防禦し得なかつた売主は、しかし盗人として処罰されることはなかつた。これは *XVI* 前段から明らかである。ここには「保障」に失敗した売主は、買主にたいして第一に代金の返却、第二に売主が「保障」をなすことを約束したると同種の土地または物の賠償の義務を負つたが、これは、売主が買主・売主間に「取り決められたるもの」(*contractum*)を破りたる「こと」に由来し、これにたいし窃盜贖罪金(*Diebstahlsbusse*)に処せられるが如きは一切問題となつていないのである。

二三 次に「保障手續」を所有権に基づく目的物返還請求訴訟と捉える見解を見るに、ここで特に注目すべきはブルンナーの所論である。彼は、動産の「保障手續」で原告が買主にたいし起こした訴訟を所有権に基づく目的物返還請求訴訟と見て、しかもここに西ゴート法典の影響を推測しようとする。ブルンナーの校訂者フォン・シュヴェリン⁽²³⁾もほぼ同様であつた。すなわちこれを世良氏の言葉を借用し紹介すれば、「Cod. Euric. 289. l. Visigoth. V. 4. ⁽²⁴⁾には所有権に基づく返還請求の訴がアネファングの訴とは別に規定されているが、これが本「バイエルン部族」法典に

継受されたものと解される⁽²³⁾」というわけである。因みに西ゴート法典におけるアネフアングの訴えはブルンナーIIフオン・シュウエリーンによれば、Cod. Euric. 280. I. Visigoth. V. 5. 3 (Antiqua), VII. 2. 8 (Recessvindus), XI. 3. 1 (Antiqua)に知られるものである⁽²⁴⁾。

ところで右のようなブルンナーおよびフオン・シュウエリーンの見解にたいしては、世良氏は次のように批判を加えられたのである。「西ゴート法典の上掲の規定〔Cod. Euric. 280. I. Visigoth. V. 4. 8〕は専ら不動産に関するものであり、動産に関する限りは Hand wahre Hand の原則が西ゴート法においても妥当したといふ A・シュルツェの反対論が、シュウエリーンの駁論にもかかわらず、なお完全に克服されてはいない⁽²⁵⁾」と。ここでシュウエリーンの駁論とは、シュルツェが専ら不動産に関するもの⁽²⁶⁾のはせいぜい、Cod. Euric. 289 に過ぎず、L. Visigoth. V. 4. 8 はこれの末尾簡条に知られるように動産にも拘わつたとするにある⁽²⁷⁾。フオン・シュウエリーン以後、この問題に関しては未だ決着がつかないようである。例えば E・レヴィーは、西ゴート法典の右両規定とも動産に関するものとして、しかもそこに盗品にたいするアネフアングの手続を見る⁽²⁸⁾に反し、P・D・キングはシュルツェと同じく L. Visigoth. V. 4. 8 を元来は土地に拘わるものと捉える⁽²⁹⁾。筆者はここでは、特殊西ゴート法典に関するこの問題にここでこれ以上立ち入る余裕はなく、当面の「保障手続」の問題を先にすすめたい。

さて、右世良氏の提起せられた批判から推察すると、氏は「保障手続」をあたかも専ら動産に拘わるものと見られるものようである。しかし「保障手続」が不動産にも関係した点は明白であり、氏も決してこれを否定されないところであろう。とすれば、少なくとも動産の「保障手続」については、Cod. Euric. 289. I. Visigoth. V. 4. 8 が継受されたものとなり、氏はこれを認めざるを得ないものと思われる。これに反し動産の「保障手続」においては

原告は所有権に基づく返還請求の訴訟ではなく、盗品をめぐるアネファングの訴えを提起したものと、しかもこれはひろく諸部族法典において——したがってレークス・パニワリオールムにあつても——Hand wahre Handの原則が妥当したと見るシュルツェの所論と完全に一致するところのものなのである。以上が右の世良氏の批判から導き出される帰結である。

これにたいし筆者の考えを述べれば、第一にこのように動産と不動産とで「保障手続」の法的性格を別個に捉えることには賛成し難い。本稿は既述の通り動産不動産に関して「保障手続」の構造・効果の統一的な解明を行なつてきたのであり、「保障手続」の法的性格もこの観点に立つて始めて正しく把握できると思われるからである。第二に、西ゴート法典の右両規定が「保障手続」についてレークス・パニワリオールムに継受されたというのを具体的に証明するものは何もない。右両規定は L. Bai. XVI. 4 (「売られたる物についての争ひについては」) にほぼそっくり継受されてはいるものの XVI. 11, 12, 13, 14, 17 の「保障手続」はその影響は全くといつてよい程見受けられないのである。「保障手続」は緒言で述べたように——またこの点については H・マイアー⁽²⁸⁾にたいし A・シュルツェや K・ラウフ⁽²⁹⁾が正しく主張する如く——西ゴート法典に由来せず、バイエルン法に固有の存在であり、このことは、本稿所引の僅かのフライジンク司教聖堂寄進文書⁽³⁰⁾からでもほぼ明らかことなのである。この意味では、筆者は、「保障手続」を西ゴート法典の響影下に見るブルンナーの見解に賛成できない。

二四 以上の二点を踏まえて得られる結論は次の通りである。すなわち、レークス・パニワリオールムの「保障手続」においては、原告(追奪者)が被告(買主)にたいし提起した訴訟は、動産に関する不動態に拘わるとを問わず、所有権に基づく目的物返還請求の訴訟であつて、しかもこれは、バイエルン部族固有の法のひとつを形成した。これ

をテキストに即して見ると、占有を喪失した所有者たる原告は、「保障手続」においては、買主に代わって被告の地位に就いた売主¹¹前権利者にたいし既述の如く次のように訴えたのである。『何ゆえに汝は、余の祖先が以前に所有したる余のものを譲渡するを許されたるや』(XVI. 17. 2)。ここには原告の所有権主張がはっきりとあらわれており、更にそのうちの『余の祖先が以前に所有したる余のもの』(meum)⁽²⁸⁾の中には原告による所有権の主張の根拠、すなわち、相続に基づく取得が特に提示されているのである。「保障手続」における以上のような訴えには、盗品をめぐるアネファングの訴えを思わせるような趣旨のものは殆んど窺い知れない。かくしてローマ法の所有権保護で有名な所有物返還請求訴訟 (rei vindicatio) は、このレークス・パェワリオールムにあつては「保障手続」なるバイエルン法に固有の形態をとつて眼の当たりに見ることが出来る。ブルンナーが「保障手続」を所有権に基づく目的物返還請求の訴訟と捉えながらも、これを西ゴート法典に由来するとしたのは、「保障手続」の中に、西ゴート法典なからず、Coul. Emic. 289 を通して窺えるローマ卑俗法の影響を認めようとしたため⁽²⁹⁾に他ならない。しかしこの見解が正しくないことは、右述の通りである。

右記結論に関連して左に五点を指摘したい。

(一) バイエルン法の動産訴訟には、盗品にたいするアネファングの手続 (manus immissio, hantelod)⁽³⁰⁾と併んで、「保障手続」の形態をとつた別の訴訟が存した。ブルンナーは右述のようにこれを所有権に基づく訴えと規定し、P・ロンドンやW・シエリングはそれを「單純訴訟」(gehliche Klage)と呼んだ。後二者は、レークス・パェワリオールムの中に、盗犯によるゲヴェーレンの侵奪 (Gewehrbruch) を訴えの根拠とするアネファングの手続とは別個に、「單純訴訟」を認め、これを「保障手続」に求めた。⁽³¹⁾しかし「保障手続」を「單純訴訟」の名で呼ぶには多少問題がある。

「單純訴訟」はアネファングの手續との関連でいへば、アネファングの手續そのものの後世（十三世紀以降）における發展形態を示し、そこでは「アネファング」なる手の所作（*initia manum super eam*）の儀式がもはや履まれなくなつたものと解されているからである。またこの場合に「單純訴訟」が元来の刑法的性格を全く失つてしまつたものかどうかもひとつの問題である。いずれにせよ、レークス・バウワリオールの動産訴訟に関する詳細な個別研究を行なつたシニリングの趣旨は、おそらく「單純訴訟」でもって盜品（*theft*）でなく所有權（*Erbenum*）に依拠した訴訟を意味させようとするのであろうが、「單純訴訟」を強調する割には、これの法的性格が積極的にかなるものかを明らかにしなかつたのは惜しまれる。

(二) バイエルン法の不動産訴訟においても、原告（占有を有さぬ所有權者）が被告（占有を有する非所有權者）にたいし土地の不法な侵奪・占有（*malo ordine invasisset, malo ordine possidere*）を訴える手續と併んで、「保障手續」の形態をとつた別の訴訟があつた。これが所有權に基づく訴訟であつたことは、既述原告『何ゆえに汝は、余の祖先が以前に所有したる余のものを譲渡するを許されたるや』の主張にあらわれている。ロンドンやシニリングによれば、右述動産の「單純訴訟」は不動産訴訟を模倣したものという。とすればこの不動産訴訟自体「單純訴訟」と捉えられることになるが、いずれにせよここでは、動産の「保障手續」に深い影響を与えたと強調せられる割には、不動産訴訟の法的性格については殆んど明らかにされていないのは残念である。

(三) 「保障手續」はアネファングに基づく訴えにたいしても適用されたとするシニリングの見解がある。この見解にしたがうと、原告がアネファングの訴えを提起するのにたいして、盗人に到達するまで担保引受人の系列をたどるところの前主接用手続を始めるか、それとも「保障手續」をとるか、被告Ⅱ買主が事情に応じて決め得ること

あり、全く被告の自由な選択に委ねられたことにならう。このことは全く同様に買主の前主Ⅱ売主についてもあてはまる。ここでもアネファングの手続に入るか「保障手続」を行なうかは彼の選択に委ねられる。とりわけ、被告Ⅱ買主あるいはその前主Ⅱ売主がアネファングの手続において自己の前主を差し出す以外に、目的物の相続による取得や原始取得をも援用し得た場合には、アネファングの手続を行なうか「保障手続」に入るかの相違は被告あるいはその前主にとって殆んど意義を持たないものになってしまうであらう。

しかしこのような見解は正しくない。「保障手続」を行なうかどうかは、被告あるいはその前主が任意に決定し得る問題ではなかった。すなわち——以下では特に前主Ⅱ売主について述べれば——、売主は、彼が既に買主との取引において交していた「保障」の約束に基づいて、原告Ⅱ追奪者があらわれたときに「保障」の手続に入ったのである。このような「保障」の約束については、屢々引用する八二九年の寄進文書が参照される。そこには、Alpithが息子二人と共にフライジnk教会にたいし補償として行なった寄進について、次のように述べられているのである。更に、そこから、彼ら「寄進者」が訴訟を起すべき権利を有しないことを、彼らは「一人ひとり」同じように、彼らのワデアウムでもって保証をなした(firmaverunt)と。ここに知られるのは、寄進者父子自身が将来寄進の目的物に関して教会に異議を申し立てない旨の保証に止まらず、第三者が将来異議を申し立てるときに寄進者が教会の権利を防禦する旨の保証の約束である。この後者の約束こそが「保障」の約束であった。こうして XVI. 12 が、「彼が買主に保障をなすことを約束する(firmare promiserit)」「彼が保障をなすことを約束したる(Se firmare pollicetur)」「彼が取り決められたるものを破りたる(Constitutum ruptum)」とそれぞれ述べるものはすべて、追奪時における売主による「保障」の約束のみならず、取引時における「保障」の約束にも拘わっており、追奪時における約束はおそらく

説 取引時における約束に基づくものと見ることを得よう。

論

このような取引時の「保障」の約束に関しては更に右寄進文書によると、寄進行為についての証人 (*videntes vestiture ipsius*) とは別に、「保障」の約束についても証人 (*qui hoc viderunt et audierunt*) が立てられたのに注目される。このことは、当時取引において「保障」の約束を取り交わすことがいかに重要なことと見なされていたかを理解するのに、一助となるものであろう。

(四) H・マイアーは、「**売主**が「**保障**」 (*Firmationseid*) を行なうときは原告Ⅱ所有権者が目的物を取り戻さないことで、ブルンナーのように「**保障手続**」を所有権訴訟 (*Eigenumsklage*) と見るのに反対する⁽²¹⁾。しかしこれは、「**保障**」がひとつの証明行為であった点を看過するものである。これと関連してフォン・シュヴァエリンの次の議論にも注意を払っておきたい。売主が「**保障**」をなすのは、これによって、目的物を譲渡する (*Übertreten*) のでなく、単に最初の譲渡行為を確認する (*acknowledge*) に過ぎない。したがって、売主の「**保障**」の結果買主が目的物の返還を義務づけられない所以は、この最初の譲渡行為の中にあつた⁽²²⁾。しかしこの見解もやはり、「**保障**」が同時に証明であつたのを理解しないものである。というのは、最初の譲渡が行なわれたにもかかわらず、売主が「**保障**」に失敗したときは買主が目的物を返還せねばならなかつた (XVI, 12) のは、売主が「**保障**」に失敗したからに他ならず、このことに知られるように「**保障**」の法的効果は、これを最初の譲渡行為でなく、「**保障**」そのものの中に、すなわちこの法的性格に求めねばならないのである。

(五) 動産の「**保障手続**」と *Hand wahre Hand* の命題との関係について、フォン・シュヴァエリンは、レークス・パネワリオールムは他の諸部族法典と同様、一般に該命題の立場に立っていた (シユルツニ) と見、ただレークス

・バウワリオールムが他の諸部族法典と異なるのは該命題が「保障の儀式」の形態をとって行なわれたところにあるとし、この点では、「保障手続」を動産に関する限り盗品にたいするアネファングの手続と見るシニルツニと見解を異にする。要するにフォン・シュヴェリンによれば、レークス・バウワリオールムの場合 *Hand wahre Hand* の命題は「保障手続」そのものの中に具体的にあらわれていたわけである。

フォン・シュヴェリンのこの見解は彼が「保障手続」に服する目的物をどのような性格のものと考えたかに関係する。それはこうである。XVI. 12 後段が「他人の物 (*res aliena*) を譲渡することは、廢々これより争いが生ずるがゆえに、極めて非難せらるべき」なりと述べる「他人の物」について考えるに、これは、XVI. 1 の「他人のもの (*res aliena*) をその所有者の意思によらずして売りたる時」の「他人のもの」と同様、容易に、寄託や使用貸借における目的物が思い当たるであらう。すなわち受寄者あるいは借主が、寄託あるいは使用貸借の目的物を、寄託者あるいは貸主の意思に反して、換言すればこの目的物をあたかも自己の物の如く装って、第三者に引き渡すところの「不当売買」(*iniusta venditio*) ・ 「不正譲渡」(*iniusta donatio*) の場合がこれである。この点を一層徹底したのがフォン・シュヴェリンなのである。すなわち彼は次のように述べて、「保障手続」に拘わった目的物を右の如き「不当売買」・ 「不正譲渡」におけるものに限定しようとする。売主が「保障」をなすことで買主は返還義務を負わなかったが、このような「保障」の効果は売主が買主に引き渡したものが盗品であったときには生ぜず、「保障」の効果が発生するのは目的物が所有権者によって売主に「委ねられていた (*anvertraut war*) ときのみ」なのであると。

彼がこのように「保障手続」の目的物を受寄物・借用物に限定して考える所以は、第一にレークス・バウワリオールムにも *Hand wahre Hand* の命題が妥当したはずとの大前提に立って、第二に「保障手続」を見るにここでは買

主は売主が「保障」に成功するときには目的物返還義務を負わず、原告がこれを取り戻し得なかった点に注目した点にある。しかも「保障手続」と Hand wahre Hand の命題との関係に関するこのようなフォン・シュヴェーリーンの見解は、「保障手続」の法的性格についての彼の理解と深く拘わっていたのである。それはこうである。該命題の意味するところはブルンナー・フォン・シュヴェーリーンの⁽²⁰⁾によれば、受寄者・借主が受寄物・借用物を横領し、第三者に譲渡したるときは、被害者（寄託者・貸主）はこの第三取得者にたいしては、ア、ネ、ファン、グの訴えを起し得なかつたとする⁽²¹⁾にある。フォン・シュヴェーリーンは、このような内容の該命題がレークス・パニワリオールムにも行なわれたものと見るのであるが、このことと、彼が「保障手続」の法的性格をブルンナーと共に所有権に基づく目的物返還請求訴訟に求めることが、直接に結びついていたのである。こうして彼によれば、「保障手続」において被害者（寄託者・貸主）が、受託者・借主の横領によつて失いたる目的物（寄託物・貸与物）を第三取得者（買主）から取り戻すために起こした訴訟が所有権訴訟であったのは、被害者が第三取得者にたいして、ア、ネ、ファン、グの訴えを提起することが、Hand wahre Hand の原則によつてできなかつたからなのである。

無論このようなフォン・シュヴェーリーンの所論は何か具体的なデータに基づいてのものではないし、およそそれは差し当たつて証明の極めて困難な問題分野に属するものであろう。シュヴェーリーンは、原告がア、ネ、ファン、グの訴えを起すのに代えて、所有物返還請求訴訟を提起したとし、そしてこの訴訟を「保障手続」と捉えるについては、「保障手続」においては売主が買主を防禦し「保障」をなすと原告が目的物を取り戻し得なかつたのを論拠とするに過ぎない。しかし翻つて、右所論における彼本来の趣旨を探るに、原告が目的物を取り戻し得なかつた所以は、売主が「保障」に成功したことであつたというよりはむしろ、レークス・パニワリオールムにおいて Hand wahre Hand の命

題が妥当したことにあつたといわざるを得ないのである。原告が目的物を取り戻し得なかつたのは、したがって、Hand wahre Hand の命題がレークス・パユワリオールムに妥当したところの反射的效果に他ならなかつた。

かくしてフォン・シュヴェリーンの所論の中心にあるのは、「保障」ではなくてあくまで Hand wahre Hand の命題である。しかし該命題が、自由意思に基づく目的物の占有移転(例えば右の寄託・使用貸借)の事例のすべてに一樣に妥当したと見ることは、近時深い疑問が提起されており、これによれば、該命題を、古い時代に誕生しこの時代にひろく行なわれたドイツ動産法の一般原則としてそして中世に遺されるに至つた**い**わばなごりとして、解するのでなく、むしろ、中世になって始めて比較的高度に發展するところの商取引法の所産と捉えるべきものとされるのである。⁽²³⁾このように見れば、レークス・パユワリオールムを含め部族法典時代に既に Hand wahre Hand の原則がひろく行なわれていたとする見解そのものが、少なくとも現段階の研究状況に照らして見て問題とならざるを得ない。いづれにせよ、シュヴェリーンが「保障手続」を Hand wahre Hand 原則の一適用と見るのには賛成できない。

二五 以上「保障手続」の法的性格をめぐる諸問題を不十分ながら指摘し得たと思う。最後に(イ)フランク時代動産不動産訴訟法中に占めた「保障手続」の意義、(ロ)「保障手続」の後世における發展の問題にふれて、本稿の筆を擱きたい。

(イ)レークス・パユワリオールムの「保障手続」は、これが所有物返還請求訴訟の性格を有した点で、一般には、フランク時代動産不動産訴訟の中で特異なものに映つたかもしれない。そうであるとすればおそらくこれは、次のような従来の共通見解に由来するものであろう。「ゲルマン諸部族法典は古典「ローマ」法、ユースティニアヌス帝法および現行法の意味における対物訴権 (actiones in rem) なるものをおよそ知らない」。⁽²⁴⁾しかしこのような共通見解

自体改めて検討して見る必要がある。ここではこの問題には立ち入ることはできず、単に、フランク時代部族法典の中には、自由意思に基づく占有移転にあつても第三取得者にたいし所有権訴訟が可能なることを示す簡条がいくつか存したとする見解^(註)のあることを指摘するに止めざるを得ないのである。

いずれにせよ「保障手続」は、繫争目的物における現占有者^(註)、買主の権利を、非占有者^(註)に追奪者の訴えにたいして、相当程度保護していた。そこには、買主が目的物そのものを前主援用によって防禦し、これを獲得し得るとする思想^(註) (Erhaltung der Sache) が比較的顕著にあらわれていた。この意味で、訴訟手続が目的物の現占有者でなく盗犯被害者の立場から形成されていたアネファングの手続^(註)とは大きく異なつたし、また一般にフランク時代訴訟手続の特徴と見なされてきたその刑法的性格は当然稀薄であつたのは理解できるところである。

「保障手続」がこのような意義を有した所以について見るに、これは、実体私法なかんずく売買法の領域に求められねばならない。それが売買において当事者間に締結せられた「保障」の約束にあつた。これを筆者は次のように推測する。レークス・パヌワリオールム時代、動産不動産売買契約において、売主は屢々買主と「保障」の約束を結んで来た。これは売主が買主にたいし次のような義務を引き受けることを内容とした。売主は、第三者による目的物の追奪の危険がある場合に買主の権利を防禦し、また、防禦に失敗し目的物が追奪された場合に買主にたいし補償の義務を負ふことであつた。義務の中心は防禦にあつた。このような「保障」の約束は、当時、バイニルンの慣習法としてひろく展開していたのである。裁判手続としての「保障手続」は裁判所外のこのような「保障」の約束の上を始めて成り立ち、これによって右述の意義を取得し得たのである。「保障手続」が動産不動産取引に拘わるこのような実体私法を背後に有したという意味で、刑法および訴訟法、とりわけて訴訟法の領域にその本質が求められる^(註)ところのア

ネファングの手続とはその性格を異にしていたことが分かる。

ひろくフランク時代動産不動産訴訟法の中には、「保障手続」のような特殊の性格のものが存したという事実を指摘することは、フランク時代動産不動産訴訟法の多様な姿を浮び上がらすのに、何らか資するものがあるであろう。

(ロ)「保障手続」がレークス・バユワリオールムの時代以降いかなる運命をたどったかについては、多少とも確かなことはここでは殆んど何も述べることができない。ただ、一、二の気づいた点を指摘するならば、W・メルクは、不動産に関して、レークス・アラマンノールムおよびレークス・バユワリオールムにおける „firmatam facere per cartam“ (L. Al. I, 1), „confirmare per epistolam“ (L. Bai. I, 1), „firmare promittere“ (L. Bai. XVI, 12) における \wedge firmare \vee から、中世南ドイツにおける追奪担保責任に関する契約・法が発展したとの見通しを立てた。^(註)しかし彼のその後の研究「ボーデン湖畔メールスブルクにおける土地譲渡」では、十四ないし十六世紀土地譲渡者の追奪担保義務の実態に論及がなされてはいるもの^(註)、 \wedge firmare \vee の部族法典時代から中世に至る発展過程は不問にされたままである。またH・シュロツサー『中世後期バイエルンにおける民事訴訟』によれば、十三ないし十五世紀バイエルンにおいては、不動産をめぐるすべての取引で、売主が追奪担保義務を強制的に引き受けさせられており、これによって、買主は、売主が裁判所で行なう土地譲渡 (Fertigung) 以前に既に、負担の付かない土地所有権を保證された^(註)。しかしシュロツサーも、このような後世における発展とレークス・バユワリオールムにおける「保障手続」との関係については何ら言及していない。

問題はこのようにいずれも今後に残されている。にもかかわらず筆者は、「保障」の約束を背景に形成されたレークス・バユワリオールムの「保障手続」が、中世バイエルンにおける追奪担保法の成立・発展に大かた少数な影響を

説 及ぼしたものと憶測するものなのである。これが果たして正しいかどうかは、今後の筆者自身の作業にまたねばならないが、「保障手続」の後世への発展を明らかにするひとつの手がかりを与えるのが、フライジック司教聖堂寄進文書に知られる▲firmare▼であるので、差し当たってはこの点から更に研究を深めて行かねばならないであらう。

(214) 前註(89)参照。

(215) 前註(60)(24)参照。

(216) 前註(87)参照。

(217) R. Hübner, Der Immobilienprozess, a. a. O., S. 118 (dann muss vielmehr der Auktor selbst sein Recht zur Investitur beweisen); A. Heusler, Die Gewere, S. 32 (wo die Veräußerungsbefugnis des Autors damit angefochten wird); Schelling, a. a. O., S. 68 (wenn dem Auktor der Beweis seines Rechts gelingt).

(218) 家畜についても同じである。「役畜またはこの種のものについては、同様の文言により要求する」(Adserere(= usserere))を伴う(XVI, 14, 2)。

(219) Schelling, a. a. O., S. 65におけるシーゲル批判参照。

(220) 前註(44)参照。更に、ブルンナー＝フォン・シェヴェリンは、不動産訴訟開始手続のひとつとして確かに、ブネファンタの儀式による開始手続の行なわれた諸例を挙げる(Brunner-v. Scherwin, a. a. O., S. 674-5 (Anm. 12-16))。しかしブルンナー＝フォン・シェヴェリンがそこで述べるのはあくまで開始手続としてのブネファンタによる手続であり、このブネファンタの手続が裁判所における前主援用手続(Gewährenzug)を伴ったかどうかについては一切言及していない。それどころか、不動産について、動産におけるブネファンタの手続の場合と同様に前主援用手続が起こった例として挙げるのはむしろ、他ならぬ「保障手続」のみなのである(S. 679 (Anm. 33, 34))。ところが、ブルンナー＝フォン・シェ

ウヒリンは、この「保障手続」がメネマンタによる開始手続によって開始されたものとは一切述べてはいないのである。
 だが、E. Levy, *Eine actio in rem im frühen Westgothenrecht ?* in: *Gesammelte Schriften* I, 1963, S. 250, Anm. 16 の末尾参照。

- (221) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 662 (Anm. 85); P. London, a. a. O., S. 180 (Anm. 5).
- (222) ◀ *Si quis a fure nesciens comparavit, requirit accepto spatio venditorem* ▶
- (223) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 659 (Anm. 71).
- (224) ◀ *Quod si furem celare voluerit periturs, et postea detectus inventus fuerit, tanquam ille fur ita in criminis damnatur* ▶
- (225) リスは、London が「前件採用手続とせむる目的物の義禁 (Die Bedeutung der Sache beim Gewähnszuge)」と題して強調する点に注意せよ (S. 194ff., bes. 205)。
- (226) だが、メネマンターをむネン・メハウヒリンの前提とせむる「メネマンタの訴訟」説の主な一覧は、Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 671, Anm. 125 四頭を知られ、リスは更に H. Kayner, a. a. O., S. 54 を加えよう。
- (227) H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 1892, S. 511, Anm. 101.
- (228) 世良、前掲註、三三三頁⑤。
- (229) Meyer, a. a. O., S. 41.
- (230) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 672, Anm. 125 (v. Schwerin).
- (231) 世良、前掲書、三三三頁⑥。
- (232) Vgl. K. Rauch, *Spurfolge und Anfang*, a. a. O., S. 171f.; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 663-4.
- (233) 原始取得の採用をめぐる問題の一斑は、拙稿「前掲論文(前註(28))」一八頁註(13)参照。
- (234) メネマンタの手続においては、盗犯被害者の立場から手続が形成されており、これにたいし、盗人と盗犯被害者との中

- (249) 前註(37)参照。
- (250) 吉野、前掲書(前註(69))、八八頁(註(一))によれば、十二表法時代「*in eus*」は「所有を表現する言葉」とされる。
- (251) H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, I, 1906, S. 487, Anm. 22.
- (252) *Qui manum inmissione resistit, quod hantatod dicunt*, XL *solidos solvat in publico et ipsam rem querenti reddit vel aliam simitem* (Concilium Neuchingenses (772), c. XIII) (邦訳は、世良、前掲書、二八四頁註(七)参照)。*Vgl.* Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 652 mit Anm. 31.
- (253) London, a. a. O., S. 107; Schelling, a. a. O., S. 52, 70.
- (254) 別巻関連の註、Schöder-v. Klumborg, a. a. O., S. 391 (Anm. 28) 参照。
- (255) 拙稿、前掲論文、一〇四頁註(15) 本文参照。
- (256) Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 1930, S. 443 (Anm. 2); Minneis-Lieberich, Deutsches Privatrecht, 7. Aufl., 1976, S. 113 („schlichte Klage“ ohne Anrufang).
- (257) Meyer, a. a. O., S. 81 (Anm. 8) は「單純訴訟」の刑法的性格を認め、これをたいし、世良晃志郎・広中俊雄訳『ドイツ私法概説』は「*トネンメン*」などの「單純訴訟」を「純民事的な訴」と見る(二二八頁⑨)。
- (258) Schelling, a. a. O., S. 69.
- (259) この註の Schelling, a. a. O., S. 71 (Anm. 6) がロレンツンにたいする批判(前註(198) 参照)をたいて、動産の「保障手続」は「單純訴訟」を *Delikt* (盗訴訟) から発展したものとするのは、シェリング自身の所論に照らして、少なからず疑問がある。
- (260) *Vgl.* Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 673 (Anm. 6).
- (261) Schelling, a. a. O., S. 69.
- (262) Schelling, a. a. O., S. 48 (Anm. 9) は原始取得の援用が許されたとする。

- (263) \blacktriangleright Alprith ei filii eius...contrapactabant omnem acquisitionem in omnibus causis quam ad ipsa casa dei habuissent, ut ultra querendi inde facultatem non haberent, cum eorum uacatio illi pariter firmaverunt \blacktriangleright
- (264) H. Meyer, a. a. O., S. 41.
- (265) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 672. Anm. 125 (v. Schwerin).
- (266) 前註 (18) 参照。
- (267) この点は「不正な贈与」(Vrl. Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 671 (Anm. 125)) 以下「第 XVI, 13 (前註 (57) 註 附本文) 以下」の各条に於ける。
- (268) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 671 (Anm. 124), 679, Anm. 33, 841, Anm. 124.
- (269) 前註 (26) 以下同。
- (270) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 669 (Anm. 113).
- (271) すなわち、被害者は「受寄者・借主」たる「A」しかして、ネフマンダの「手続」は「A」でなければならず、 Rückgabe の要求は Schadenersatz の請求を以てしたる「A」に於てのみ (Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 699 (Anm. 114), 811; Dahm, a. a. O., S. 93 (Anm. 3))。
- (272) 「これは「たゞ」 P. Koschaker, Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, 1917, S. 47 (Anm. 3, 4) に於ては「Hand wahre Hand」の命題は「受寄者・借主」の「A」から「受寄物・借用物が窃取された場合に適用されたもの」である。Brunner-v. Schwerin には「A」のように「受寄物・借用物が窃取された場合に、被害者(寄託者・貸主)が果たして「ネフマンダ」の訴えを第三取得者になしし提起し得たかどうかについては明らかでない。
- (273) W. Ogris, Hand wahre Hand, in: HBW. z. deutschen RG., 8. Lief. (1971), Sp. 1931-3.
- (274) E. Levy, a. a. O., S. 249.
- (275) Schelling, a. a. O., S. 72 (Anm. 7).

- (117) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 669, Anm. 117 (v. Schwerin).
- (118) H. Planitz, Fahrnisverfolgung im deutschen Recht, ZRG. G. A. 34 (1913), S. 426. 拙註(註) 近江の論議。
- (註) W. Merk, a. a. O.; S. 167 (Anm. 3).
- (註) W. Merk, Die Grundstücksübertragung in Meersburg am Bodensee, ZRG. G. A. 56 (1936), S. 311ff.
- (註) H. Schlosser, Spätmittelalterlicher Zivilprozess nach bayerischen Quellen, 1971, S. 257 (Anm. 78, 79).

〔付記〕 本稿は昭和五十六年度文部省科学研究費一般研究(C)による研究成果の一部である。

〔終〕