

熊本大学法学会発行
熊本法学 第三十一号（一九八一年十二月） 抜刷

レークス・バユワリオールムにおける「保障手続」(I)

—— 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」(一)

—— 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」(以上本号)

三 「第二の手続」

四 結語

一 フランク時代訴訟法の研究は、フランク時代法研究史の上で、とりわけて、これまでに大きな成果をあげてきている分野である。⁽¹⁾しかし、今、その永い研究史を振り返ってみるとき、そこには様様の問題がかくされているのに気付く。そのようなものひとつに、レークス・バユワリオールム第十六章第十一、十二、十七条における *Afirmare* ⁽²⁾の問題がある。本稿ではこれを取り上げてみたい。

L. Bai は、周知のように、その諸箇条の数多くが、レークス・アラマンノールム、西ゴート法典、ロタリー王法

典、レークス・サリカなどの範本諸法典に由来する法典である。このために、L. Bai. は「その編纂当時現行のバイエルン部族法の成文化といふがごとき性格のものとは余程異なる」⁽³⁾「特殊の性格を有するもの」と見られているのである。しかるに、第十六章(「売買について」)中 A. firmare⁽⁴⁾ にかかわる第十一条ないし第十五条、および第十七条は、シュヴェイント刊本におけるテキスト欄外の範本紹介から分かるように、範本法典に由来せず、この意味で L. Bai. における貴重な簡条のひとつなのである。したがって、それらは、少なくとも現段階の範本研究から見れば、編纂時(七四二年ごろ)⁽⁵⁾ 以前のバイエルンの現行法を示すものといえる。さらに、同じような性格をもつものが、第十七章(「証人と彼等の事件について」)の全四簡条である。A. firmare⁽⁴⁾ を問題とするについては、この第十七章(とりわけこれの第二条)⁽⁶⁾ をも参照せねばならないのである。かくして、われわれは右両章(XVI, XVII) 諸簡条を通じて、八世紀前期以前バイエルンにおける固有法の一斑を垣間見ることができよう。

ここで研究史を見ておきたい。L. Bai. の右 A. firmare⁽⁴⁾ の問題は、古く H. ジーゲル『ドイツ裁判手続史』第一卷(一八五八)⁽⁷⁾ によって紹介せられて以後、J. メルケル⁽⁸⁾、A. ホイスラー⁽⁹⁾、W. ハイス⁽¹⁰⁾、R. レーニンク⁽¹¹⁾、S. リーツラー⁽¹²⁾、P. ロンドン⁽¹³⁾、H. G. ゲングラー⁽¹⁴⁾、H. ブルンナー⁽¹⁵⁾、R. ヒュブナー⁽¹⁶⁾、E. ラーベル⁽¹⁷⁾、H. マイアー⁽¹⁸⁾、A. シュルツェ⁽¹⁹⁾、F. ダーン⁽²⁰⁾、O. ギールケ⁽²¹⁾、F. ギリスなどがこれを取り上げ、そして比較的近時の研究は、H. ブルンナー『ドイツ法制史』第二巻第二版(一九二八)における校訂者フォン・シュヴェリーンの所論である。現在のこのブルンナーおよびシュヴェリーンの見解が通説をなすものである。これ以後の欧文献は、管見のかぎり見当らぬようである。わが国における研究としては、田島順氏⁽²²⁾、世良晃志郎氏⁽²³⁾の所論が知られる。このうち世良氏が、およびよそ A. firmare⁽⁴⁾ 研究史上では最近時のものと思われる。世良氏の所論は後に詳しく見る通りであるが、ここでは、同氏が A. firmare⁽⁴⁾ の問題は「未だ完全には解明されていないやうな現状」と指摘せられたのを紹介するに止める。以上諸研究にはほ共通するところは、A. firmare⁽⁴⁾ について、断片的個個的言及はなされているものの、その全体

像を画くということは殆ど行なわれておらず、このことが、本稿を草する直接の契機となったのである。

二 ところ、 \blacktriangle firmare \blacktriangledown とはどのような意味の言葉であるか。 \blacktriangle firmare \blacktriangledown 自体はフランク時代から中世盛期にかけて、様様な意味で用いられた言葉であるが、ここでは L. Bai. 時代のバイエルン法における用語例が問題である。この点につき、すでに L. Bai. XVII, 17, 2 では \blacktriangle vestita est illius manu, cui tradidi, et firmare volo cum lege \blacktriangledown と見えており、これから直ぐ分かるように、 \blacktriangle firmare \blacktriangledown は物権の移転に関連のある言葉のようである。そこで、テオドオル・ヒッツテラウフ編『フライジック司教聖堂寄進文書集』第一巻(七四四—九二六年)によって、寄進文書に知られる \blacktriangle firmare \blacktriangledown (もしくは \blacktriangle confirmare \blacktriangledown) の使用例を探ってみるに、これは \blacktriangle firmare \blacktriangledown を行なう者が (a) 寄進者側の場合と (b) そうでない場合とに分かれる。まず (b) の場合である。ここでは \blacktriangle firmare \blacktriangledown は、これを行なう者が大公、証人、寄進文書作製者であるを問わず、寄進の行為そのものの、あるいは、それに際して作製された寄進文書の「確認をなすこと」を意味した。^{(33)(34)(a)} 次に (a) の場合である。ここでは \blacktriangle firmare \blacktriangledown を行なう者が (イ) 寄進者自身の場合と (ロ) 寄進者の血族の場合とに分かれる。まず (ロ) についてである。ここでは \blacktriangle firmare \blacktriangledown は、寄進者の行なう寄進の行為について「同意をなすこと」を意味した。⁽³⁴⁾ 次に (イ) の場合である。ここでは \blacktriangle firmare \blacktriangledown は大きく三様の意味を有した。第一は右 (b) に同じである。⁽³⁵⁾ 第二は目的物の「占有の引渡をなすこと (investire) 」であり、⁽³⁶⁾ 第三は、一旦行なわれた占有移転 (investitura) を改めて「确实・強固なものとなすこと (stabilire) 」であった。⁽³⁷⁾ そして、われわれの \blacktriangle firmare \blacktriangledown は、この第三の意味すなわち占有の移転を改めて「确实・強固なもの」にすることに繋がる言葉なのである。そこで、これを以下で表記するのに、 \blacktriangle firmare \blacktriangledown \blacktriangle securitatem dare [vel per se, vel per fideiussores] \blacktriangledown と見て「保障をなす」としたい。これはまた、世良氏の訳語に倣うものでもある。そして \blacktriangle firmare \blacktriangledown に関係する「連の手続」を、その名詞形 \blacktriangle firmatio \blacktriangledown に因み、Firmationsverfahren⁽³⁸⁾ (ブルンナーはこう呼ぶ) すなわち「保障手続」とし、また、「保障手続」の中で \blacktriangle firmare \blacktriangledown のみ

にかかわる個別の手続を、"Firmation" すなわち「保障」の手続と呼びたい。

では、「保障手続」(そしてこの一部としての「保障」の手続)とは一体どのような手続か。これについては、実は既に、世良氏が簡潔明快に述べられたものがあり、そこでこれを紹介することで、ひとまず責をふさぎたい。それは次の通りである。

「甲が奴隷またはその他の物を乙に売った。しかるにこの奴隷またはその他の物の真の所有者と称する内が現われて、売買の目的物の返還を請求した。この場合、甲は丙に対抗して乙のために保障 (firmatio) を行はねばならず、乙は甲を連れて来て保障を行はせる。(第十六章) 第十七条 (第一・二項)」。保障の文言は第十一条・第十四条に規定がある。甲が保障を行はないときは、甲は乙に対して賠償義務を負ふ(第十二条)。甲は直ちに保障を行ってもよいし、三日、五日または七日後に行ってもよい。保障の方式は引渡の方式と同一であり、引渡しの手続をくり返すことによつて行はれる(第十七条 (第三項))。保障が行はれると、乙の所有権は不動のものとなり(第十一条第二項)、甲と丙との間の争ひは決闘または宣誓によつて決着されることになる(第十七条 (第四・五項))」。

この紹介からすると、「保障手続」はアネファンク手続に類似の動産回復手続であつたことが分かる。しかし「保障手続」は後述のように動産のみならず不動産にも関係したところから、それは、動産不動産回復手続のひとつであつたことにならう。こうしてわれわれは、バイエルン法の「保障手続」を通して、フランク時代動産不動産訴訟法のひとつの形態を明らかにすることができるのである。しかし「保障手続」が示すところのものは、ひとり訴訟法の分野にかかわるのみならず、動産不動産所有権の変動をめぐる物権法、権利の瑕疵についての責任(追奪担保責任)をめぐる売買法の諸分野にもかかわるものであり、「保障手続」の十分な解明は、これらのおのの分野からの研究を俟ってはじめて達成されるところであるが、本稿はこのうち、とくに訴訟法の観点から問題を考へてみようとするものである。

三 さて世良氏は、「保障手続」を右のように紹介せられ、次いで二つの問題を提起せられたのである。すなわち

(i) 「甲が保障を行った後に証拠手続において丙に敗れた場合（第十七条第四・五項）、乙は目的物を丙に返還することを要するかどうか」、そして(ii) 「丙の乙に対する訴はいかなる性質のものであるか」の二つである。このうち(ii)については氏は、メルケル、ブルンナー、マイアー、シュルツェ、フォン・シュヴェーリンの諸見解を取り上げ、丙の訴えを、アネファンゲの訴え（盜訴訟）とする立場、所有権に基づく返還請求の訴えとする立場を紹介せられた上で、いずれにも難点があることを指摘せられた。但し氏自身の見解は慎重にもこれを提示せられなかった。当面重要なのは(i)である。これは乙の返還義務をめぐる問題であるが、これについては氏ははっきりと、乙には返還義務はないとせられたのである。ところでこの問題は、L. Bai. XVI, 11, 2の解釈に關係していた。すなわち氏は、乙に返還の義務ありとするメルケルの見解を斥け、返還の義務なしとする通説（ジーゲル、ブルンナー、マイアー、フォン・シュヴェーリン）にしたがひ、XVI, 11, 2を次の如く邦訳せられたのである。

「しかしもし彼〔甲〕が保障したるときは、原告〔丙〕の戦士が勝ちたるき」といへども、彼〔甲〕が保障を与えたる者〔乙〕から〔売買の目的物を〕取り戻すことを得ず、但しその者〔乙〕が欲したるときはこの限りにあらず」。

このように XVI, 11, 2を邦訳せられることで、世良氏は、既述の如く「保障が行はれると、乙の所有権は不動のもの」になった、と解釈せられたのである。

四 ところで、右世良氏によって参照せられた L. Bai. XVI, のうち、まず XVI, 11, 14は主として動産（「奴隷」・「役畜」ないし家畜、「装身具」〔ornamenta〕、「家屋」〔domus〕）、次に XVI, 17は主として不動産（「世襲財産」としての「土地」、「森林」）、最後に XVI, 12は動産、不動産双方にかかわったのであるが、右に紹介してきた世良氏の見解は、あたかも、これら動産と不動産との間で「保障手続」に何らの差違をも認めず、この意味で、「保障手続」を統一的に捉えようとするものの如くである。実際は、しかし、そうではないのである。というのは氏は XVI, 17について、ブルンナーおよびフォン・シュヴェーリン（通説）に依拠せられ次のように指摘せられたからである。「売買

の目的物が不動産である場合には、甲が決闘において丙に敗れたときは、乙は丙にその土地を返還しなくてはならない。この点目的物が動産である場合と異なる⁽⁴⁾。したがってこれにしたがえば、「保障が行はれると、乙の所有権は不動のもの」になったのは、もっぱら動産についてあてはまったに過ぎない。しかしながら世良氏や通説のように、動産と不動産とで「保障手続」に相違を認めようとするのは、果して「保障手続」を正しく理解することになるのであろうか。甲が乙のために「保障」を行なった後でも「証拠手続」如何で、乙は目的物の返還を義務づけられることがあったのであろうか。この問題は、「保障手続」をめぐる中心的問題の一つであり、同時に「保障手続」全体の理解にかかわる問題である。したがって、動産・不動産の相違によって「保障手続」が影響を受けたかどうかの問題も、決して蔑ろにできない問題と思われるのである。

五 右問題は、「保障手続」の全体像を画くことではじめて解決できる性格のものであろう。しかも「保障手続」の全体像を画くということは先述の如く、これまで殆ど行なわれてこなかったものなのである。そこでこの観点から本稿は、「保障手続」を「主たる手続」と、「第二の手続」(世良氏指摘の「証拠手続」)とに分けて考察する。「主たる手続」は、世良氏の例でいえば右乙丙、甲乙、甲丙間の三手続を含む。これに対し「第二の手続」は甲丙間の手続である。以下では、二、三で両手続の構造をテキストに即して明らかにし、四で「保障手続」全体の性格を考えてみた。そしてこの四では、世良氏提起の右記(ii)の問題をも取り上げねばならないであろう⁽⁵⁾。

- (一) フランク時代における訴訟法の全体系は、今なお唯一の Heinrich Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, 1892. Zweiter Teil (Rechtsgang) S. 327—535 およびこの改訂版 H. Brunner-Gl. Frhrn. von Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. II, 2. Aufl., 1928. Zweiter Teil (Rechtsgang), S. 435—702 に見出すことができる。概説書におけるにもかかわらず、これらにおけるモノクラフィカルな叙述は、所掲の歴大な文献群とともに、われわれ読者を正

例をこらへに十分なものがあつて、フランク時代訴訟法の研究は依然としてこれに多かれ少なかれ立ちまゝたつてゐるを憚らぬ現状にあるのである。なお、右改訂版の利用にあつては、後註(28)に述べる事情に注意。

- (2) (Lex Baiuvariorum (Bairvariorum) XVI, 11, 1) Et si mancipium aliquin si dicit : 'Istum mancipium ego comprehendi extra terminum ubi dux exercitum duxit' ; et alibi : 'Dux illum per debitam et iustam culpam tulit et mihi licenter tradidit ; reliqua ornamenta : quod mancipii mei ex propria meâ materia laboraverunt et fecerunt' aut 'fabri' huiusmodi si fuerit, 'propterea tradidi et firmabo. Si haec defuerint, in supradictis rebus nullatenus potest firmare.

(1. Bai. XVI, 11, 2) Si autem firmaverit, non potest ab eo cui firmavit, nisi ipse voluerit, retrahere, si campo quaestitoris vicerit.

(XVI, 12) Si firmare promiserit emptori, id est suiron, et non potuerit per haec verba veraciter, ut supra diximus, et constitutum ruperit : tunc pretium reddat et talem terram aut speciem qualem se firmare pollicebat, restituat sine mora, eo quod valde reprehensibilis est res alterius dare, quia aliquotiens exinde scandala nascantur.

(XVI, 17, 1) De his qui propriam alodem vendunt vel quascunque res et ab emptore aliter abstrahere voluerit et sibi sociare in patrimonium. Tunc dicat emptor ad venditorem : 'Terram' aut quaecunque fuerit res, 'abstrahere mihi vult vicinus meus' aut quis fuerit. Et iste respondit : 'Ego quod tibi donavi cum lege integra et verbis testificatione firmare volo'. Super VII noctes fiat constitutum.

(XVI, 17, 2) Si dicit cum utrisque utraque partes conveniunt : 'Cur invadere conaris territorium, quam ego iuste iure hereditatis donavi?' Et ille alius contra : 'Cur meum donare debuisti, quod mei antecessores antea tenuerunt'. Iste vero dicit : 'Non ita sed mei antecessores tenuerunt et mihi in alodem reliquerunt, et

vestita est illius manu, cui tradidi, et *firmare* volo cum lege.

(XVI, 17, 3) Si statim voluerit, liberam habet potestatem : sin autem postea, super III dies aut V aut certe VII ea racione *firmet*. Per III angulos campi aut designatis terminis per haec verba tollat de ipsa terra vel aratorum circumducit vel de herbis aut ramis, silva si fuerit : 'Ego tibi tradidi et legitime *firmabo*.' Per ternas vices dicat haec verba et cum dextera manu tradat, cum sinistra vero porrigat wadium hinc, qui de terra ipsa eum mallet per haec verba : 'Ecce wadium tibi do, quod tuam terram alteri non do legem faciendi. Tunc ille alter suscipiat wadium et donet illud vicesoribus istius ad legem faciendum.

(XVI, 17, 4) Si causa fuerit inter illos pugnac, dicat ille qui wadium suscepit : 'Iniuste territorium meum ateri *firmasti*, id est falsuuirotos, ipsum mihi debes reddere et cum XII sol. componere.' Tunc spondeat pugna duorum et ad dei pertineat iudicium.

(XVI, 17, 5) Si autem, cum sacramento se defendat, id est cum XII, quod suam terram iniuste non *firmaret* alteri, nec suae dicioni restituere deberetur nec cum XII solidos componere. (MGH. Legum Sectio I. Legum Nationum Germanicarum Tomi V. Pars II. Lex Baiuvariorum, ed. E. v. Schwind, 1926, p. 439f., 442 ff.)

(3) 拙著『シュテュクス・バウワリオールム研究』『バウワリオールム法典』(一九五二)復刊一九七七)一一九頁。

(4) H. Siems, Lex Baiuvariorum, in : Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 16 (1978), Sp. 1892 ff. L. Bai. XVI, 2—10 (UStV 42—85) K. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, I, 1972, S. 99—100. 拙著『シュテュクス・バウワリオールム研究』(一九五二)復刊一九七七)Codex Iuricianus (um 475) 286, 287, 289—294, 297 (UStV 40 286—287, 289—293) Kroeschell, a. a. O., S. 34—5. 拙著『シュテュクス・バウワリオールム研究』(一九五二)復刊一九七七)XVI, 9. 拙著『シュテュクス・バウワリオールム研究』(一九五二)復刊一九七七)

保責任を被かう XVI, 9, 2, 3, 4, 5 は範本に由来しなり) が、これに於て XVI, 11, 12, 17 (を以て後に紹介する XVI, 13, 14, 15) については範本の指摘はない。しかし他方、H. Siems, a. a. O., Sp. 1897 以下は、L. Bai, XVI, 4, 9, 11, 12 における売買法は、西ローマ法典を範本としており、しかもこれの differenzierte Ausformungen を示すものとせられ、かつ、この点で、問題が全く残らないというわけではない。但し、この H. Siems の指摘を悉くしも明快ではない。例を以て、L. Bai, XVI, 4 完全全訳 C. Eur. 289 (cf. Kroeschell, a. a. O., S. 34) を参照しよう (cf. E. v. Schwind (ed.), a. a. O., S. 433—4)。この点に於て Ausformungen は存するのことは明らかである。この點に、L. Bai, XVI, 9, 1 (この中に反して 9, 2, 3, 4, 5 は右述のごとく範本に由来しない売主瑕疵担保責任の規定。この規定は、他のいかなる部族法典にも知られないエニクなものとしてせられる。cf. H. Siems, a. a. O., Sp. 1897) についても同様にして、この範本は C. Eur. 294 2480^o cf. E. v. Schwind (ed.), a. a. O., S. 437 ; E. Wohhaupter (ed.), Gesetze der Westgoten, Germanenrechte, 11 (1936), S. 14)。

(5) L. Bai. の成立事情については、Kroeschell, a. a. O., S. 32 の簡潔な指摘を見よ。また、H. Siems, a. a. O., Sp. 1890 によれば、L. Bai. は大公 Odilo (736—48) Althuchert (725—35) の時代に成立し、これが、成立年代をめぐらざる限りありの共通見解とされている。

(6) 世良、前掲書、四五頁註(一)参照。

(7) 世良氏はこの第二条(全六項)を「ゲルマン訴訟法における弁論手続の典型的な構造」を示すもののひとつとせられた(前掲書、三三三頁註(三))。

(8) これに対し、周知の如く、ハイマンは、L. Bai. I, 1, 2 24—25 VII の Novellen (彼は、これをを教会のイニシアチブによるものと)の成立を Childbert II. (575—95) 24—25 Chlotar II. (584—629) 両王時代(見を)を除く。L. Bai. の「根本テクニク」(Grundtexte) の成立は、これを Theudebert I. 王 (532—48) 時代と見、その最終改修を Dagobert I. 王 (623—39) 時代と稱すのである (F. Beyertle, Die beiden süddeutschen Stammesrechte, ZRG, Germ.

Abt. 73, 1956, S. 128-9)。また cf. H. Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1962, S. 133; K. Reindel, Neue Forschungen zur Lex Baiuvariorum, Z. f. bayerische LG., 21-1, 1958, S. 131 mit Anm. 16, S. 132 (因みにラインデルは、現在までのところ L. Bai. の刊本として最良のものは右エックハルトの刊本(前註(4)参照)とすべし。S. 131 mit Anm. 9)。このようにバイアレは L. Bai. の成立をフランクの強力な王テウデバルト(なお、世良、前掲書一〇八頁註(八七)参照)の立法活動に帰し、L. Bai. の成立につき「第六・七世紀に始まる長期間のテクスト発展を考へる」(世良、前掲書、一三八頁註(二))ととりなすのである。このようなバイアレの L. Bai. 成立論にはほぼ全面的に依拠しているのが、M. Spindler (hrsk.), Handbuch der bayerischen Geschichte, I, 1968 (以下、K・ラインデル(Reindel)の所論に依り、S. 178-9)。この中で彼は L. Bai. の成立年代および成立態様に関し研究は今日まで一致した見解に到達してはいないとしても、L. Bai. は段階的に成立し、したがって成立年代を異にする多くの部分からなると思、しかもこの見解が今日有力であるとなし、バイアレの前掲論稿およびその旧稿(すなわち、Die süddeutschen Leges und die merovingische Gesetzgebung, ZRG, Germ. Abt. 49, 1929, S. 264 ff.、これについては、世良、前掲書、一〇二頁以下参照)を引く、とくに彼は、L. Bai. の編纂は L. Bai. の序文に知られるようにフランク人との共同作業の所産だったこと、また、L. Bai. は決して klösterliche Rechtsaufzeichnung (cf. Kroeschell, a. a. O., S. 96, 99) (すなわち、バイエルンの修道院の修道士の手になる私撰の法律書(K・バイアレ)) (世良、前掲書、八〇頁参照)とどうも如きものでなく、その編纂はフランク王國の「高級行政官と法律家」(cf. K. Reindel, Neue Forschungen, a. a. O., S. 137 (Anm. 48)) (以下、バイアレ指稿の「政治家」) „Gesetzgebung ist nun einmal politisch bestimmt: es sind die Staatsmänner, welche Recht und Staat gestalten.“ F. Beyerle, Die beiden süddeutschen Stammesrechte, a. a. O., S. 123) に類せられべきことを強調するのである。そして、L. Bai. の成立年代に関しては、バイアレの右所論をそのまま踏襲してこののである。右「バイエルン史」の如き教本における所論としては、ラインデルの影響は大きいといわねばならないであろう。

L. Bai. の成立を比較的早期の時代に求めようとする K・バイアレの考察態度の背景には、第一に、諸部族法典の立法作業

によってフランク國家の確立を図らうとした Theudebert I. の政治家としての活動を強調しようとし（バイアレは L. Bai. の序文は史実を伝えるものに見え、Beyerle, a. a. O., S. 124, 125）、第二に L. Bai. の範本にちなむ Codex Euricianus の意義を強調しようとする（eurizianische Vorlage、バイアレンは「この法典はフランク時代の全部族法典中で ein schulfähig reordnetes Gesetzbuch であつた見地」、Beyerle, a. a. O., S. 115, 126, 127, 128）考えがあるように思われる。とりわけ、彼は L. Bai. XV および XVI の両章を L. Bai. におらうて法を定めるものと、L. Bai. が C. Eur. を借用したのは、私法を抜かうこれら両章に最も顯著にあつたわけであると思ふ（S. 98）。これにしたがつてあえて推測すれば、バイアレは、わが XVI, 11, 12, 17（ヤコブ）XVI, 13, 14, 15）を、C. Eur. の今日逸亡の部分に由来するものと見んとするのかも知れない。勿論このように見ることが、全く不可能というわけではない。ただし、L. Bai. の範本として利用された C. Eur. がこの法典の「今日伝存の部分のみであつたと考へること」は「もとより無理」（世良、前掲書、五二頁）だからである。しかしながら、L. Bai. における範本の問題については一般に、まず、H. Siems, a. a. O., Sp. 1891 は近時次のように述べているのである。すなわち、従来の範本研究はしばしば極端に走り、たいてい、極く僅かにのみ存するに過ぎない類似、また、さほど重要ではない用語上の類似すらもこれを外部的影響によるものとし、これでもって事足りりとしてきた。次に、右の如く L. Bai. 成立年代等をめぐり F. バイアレにはほぼ全面的に依拠した K・ラインデルすら、L. Bai. の編纂過程において広汎にバイエルンの法慣習が参酌され、そしてこの参酌はとくに Hubert および Odilo の両大公のものと起つたとする（M. Spindler (Hrsg.), a. a. O., S. 178）（因みに、このことが、ラインデルによれば、L. Bai. の成立年代をこれら両大公の時代に帰す（前註（5）参照）という誤りを冒すことになつたとせられる）。

以上、F・バイアレの L. Bai. 成立論をめぐる問題を見てきたが、しかし、本稿にとつて問題は次の点にあるのである。すなわち、一方では L. Bai. を六世紀からの漸次的段階的成立に見、他方ではそれを八世紀前半期における一時的統一的成立に見る両見解が併び立つように、L. Bai. の成立時期をめぐる見解に大きな隔たりの窺える現状の中で、わが XVI, 11, 12, 17 における「firmare」の如き、特定の、しかもバイエルン法固有のものと推定せられる法制度につき、これの歴史的意義

もしくは性格を理解しようとするのは、**「firmare」**の解明にあたり前もつて L. Bai. の成立年代・成立態様を明らかにするのなければ、本当は正確を期し得ず、極めて問題を孕むものとならざるを得ないのである。したがってこの意味で、本来ならば XVI, 11, 12, 17 を含め **「firmare」**にかかわる諸箇条テキスト (XVI, 11—15, 17) がどのような過程を経て L. Bai. の中に現在の如き形態で編入せられるに至ったのかの問題 (テキスト成立史ないし発展史の問題) (例えば、B・クルシットによれば、XVI, 15, 16 は「原初テキスト」に対するに「追加条項」の一つとせられる。世良、前掲書、二二〇頁。)に向かわねばならぬところなのである。さらに右の問題と関連して重要なのは、それらテキストが全体として一体何時の時代の法をあらわし、また何時の時代の社会を示すものなのかの問題である。残念ながら、以上諸点について、筆者はこれを解明する余裕がなく、差し当って本文の如く、**「firmare」**の諸箇条は、少なくとも、大方の意見にしたがい八世紀前半期、およびこれに多少遡る時期(七世紀の末葉)の法と社会を示すものという、甚だ漠然たる回答で済まし、問題はすべて、後日に残さざるを得ないのであり、この点は読者諸氏の御海容を乞わなければならぬものである。

(9) H. Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, I, 1857, S. 259—64.

(10) シーゲル以前に、多少ともハイムレン法の **「firmare」**に似たものとして G. Beseler, Die Lehre von den Erberträgen, I (Die Verzahnungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte), 1835, S. 36, Anm. 38. K. F. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, I, 5. Aufl., 1843, S. 345—6 mit Anm. D; F. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte, II, 2. Aufl., 1857, S. 213 f. など(註釈など)をあげれば、K. A. Rogge, Ueber das Gerichtswesen der Germanen, 1820, S. 226, Anm. 324 など知られるが、しかし、本格的にそれをはじめ取り上げたのは、シーゲルとゴットマンである。

(11) J. Merkel, Das Firmare des bairischen Volksrechtes, ZRG, II, 1863 (この取纏の論文はメルケルの遺稿による、集綴にハイムレン法の **「firmare」**を扱ったものを含む中の種々一節などあり)、S. 109—117.

(12) A. Heusler, Die Gewere, 1872, S. 30—33.

- (23) W. Haiss, *Traditio und Investitura*, 1876, S. 102—5.
- (24) R. Löning, *Der Vertragsbruch und seine Rechtsfolgen*, I, 1876, S. 109 ff.
- (25) S. Riezler, *Geschichte Baierns*, I, 1879, S. 138—140.
- (26) P. London, *Die Anfangsklage in ihrer ursprünglichen Bedeutung*, 1886, S. 416—33. ルビニテ案ヲ以テシテ M. Pappenheim ルビニテ案ヲ以テシテ
- (27) H. G. Gengler, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Baierns*, I, 1889, S. 4 mit Anm. 26 (S. 16)
- (28) H. Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, I, 1880, S. 266—70 ; derselbe, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, 1892, S. 510—11, 516—17.
- (29) R. Hübner, *Die donaciones post obitum und die Schenkungen mit Vorbehalt des Nießbrauchs im älteren deutschen Recht*, 1888, S. 57 ; derselbe, *Der Immobiliärprozeß der fränkischen Zeit*, 1893, S. 115—18.
- (30) E. Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, 1902, S. 173—4, 291—2.
- (31) H. Meyer, *Entwertung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht*, 1902, S. 39—42 ; derselbe, *Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht*, 1909, S. 16. Anm. 12.
- (32) A. Schultze, *Gerüfte und Markkauf in Beziehung zur Fahrnisverfolgung*, Festgabe f. F. Dahn, 1905, S. 6—8 ; *Die Bedeutung des Zuges auf den Gewähren im Anfangsverfahren*, *Festschrift f. O. Gierke*, 1911, S. 770—72.
- (33) F. Dahn, *Die Könige der Germanen*, 9/2, 1905, S. 259, 353—56.
- (34) O. Gierke, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, 1910, S. 304—12.
- (35) F. Gillis, *Gewährschaftszug und Laudatio auctoris*, 1913, S. 37—9.
- (36) ルビニテ案ヲ以テシテ H. Zoepfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III, 4. Aufl., 1872, S. 147—8, 153, 156—7, 289—90

- R. Sohm, Das Recht der Eheschließung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt, 1875, S. 39—40 ; K. Rauch, Spurfolge und Anfang in ihren Wechselbeziehungen, 1908, S. 19 mit Anm. 4 ; derselbe, Gewährschaftsverhältnis und Erbgang nach älterem deutschen Recht, Festgabe K. Zeuner, 1910, S. 533 mit Anm. 1 ; J. Brissaud, Cours d'histoire generale du droit francais public et privé, II, 1904, p. 1452, n. 5 など参照。
- (27) Brunner-v. Schwerin, Deutsche Rechtsgeschichte, II, 2. Aufl., 1928, S. 671, Anm. 125 (シユヴェリーンの見解は、動産の「保障手続」に関するものである)。
- (28) J. Bai, の *«Financé»* に関しては、校訂者フォン・シユヴェリーンの見解は、『ブルンナー「ドイツ法制史」第二巻初版における著者の見解を基本的に支持しており、これを多少敷衍したものであるが、これに対し、問題によっては、フォン・シユヴェリーンは、初版におけるブルンナーの所論に大幅に手を加え、原著のある部分を削り、校訂者自身の見解をこれに代えて挿入しており、したがってブルンナー『ドイツ法制史』第二巻第二版を利用する場合、個々の叙述について、これが果してブルンナー自身の見解かそれともフォン・シユヴェリーンの独自の見解かを注意深く見てみる必要がある。この点の一、二の例については、拙稿「追跡手続とアネフアング手続」レークス・サリカ第三七章解釈試論—『法学』四四の五・六、一一八頁註(15)、一二六頁註(20)を参照。なお、右拙稿においては、アングロ・サクソン時代アネフアング手続をめぐるわが國の貴重な研究、林深山「早期 Anglo-Saxon 法に於ける Anfang に関する若干の考察」『英米私法論集』(一九六三)二六三頁以下をあげることを取り、この点、この紙面を拝借し、林氏および読者諸氏の御海容を乞うものである。
- (29) 田島順『民法一九二条の研究』(一九三三)四二頁以下、四八頁註(12)。なお、ここで田島氏が主として依拠せられた W. Schelling, Die Anfangsklage der Volksrechte und die Bestimmungen der Lex Baiuvariorum über die Mobilienindikation, 1909, は残念ながら参照しえなかつた。〔付記。本稿脱稿後これを入手した。〕
- (30) 世良、前掲書、三二二頁以下。

donator scripsi et subscripsi propria manu et testes *firmavi*》(Nr. 39, a. 770) • ◀ego Tassilo dux Bauuariorum rogante me Ursone presbitero in villa publica que dicitur Uffusin... donavi ad ecclesiam beati Stephani... Ut et ista donatio firma et stabillis permaneat, ego Tassilo propria manu mea scripsi et *confirmavi*》(Nr. 35, a. 769). 聖教書に於て「*firmare*」(「*confirmare*」) 聖教書に於て「*firmare*」(「*confirmare*」) cf. H. Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, i, 2. Aufl., 1906, S. 559 (Ann. 20) ; Schröder-Künzberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1919, S. 290, Ann. 10 ; v. Schvertin-H. Thieme, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 1950, S. 60 ; Planitz-Eckhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 3. Aufl., 1971, S. 78—9. 144 H. Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen u. germanischen Urkunde, I, S. 220.

- (28) 聖教書に於て「... per episculum haec *confirmo*, dono atque transfundo casas curtes pratas pascuis silvis aquis aquarum decursibus mancipias iumentas pecodes et omnem utensilium in eadem modum》(Nr. 9 (a), a. 757) • ◀Et ipse Heres episcopus firmiter ipsam traditionem *firmavi* super supradictum altarem sanctae Mariae firmiter tradidit et *transfirmavi* quicquid ad ipsam locum pertinere videbatur quod dicitur Linta》(Nr. 21, a. 764—7) • ◀Sigo presbiter patrimonium suum post obitum suum fratribus suis consentientibus sancte Marie... tradebat... Similiter et Roadperht presbiter patrimonium suum *firmavi* per testes》(Nr. 64, a. 773) • ◀Similiter vero ego Lanfrid presbiter frater Kerolti presbiteri tradidi et *confirmavi*, ut firmiter permaneat ad domum sancte Marie usque in perpetuum》(Nr. 54, a. 772—80) • ◀... pro salute anime mee cum ipsa cartula donationis ego Helmoinus dono trado atque *firmabo* deo omnipotenti et sanctae dei genetrice Marie in praedicto loco...》(Nr. 166 (a), a. 793) • ◀... quicquid ibidem habuimus totum ex integro ad praedictum domum sanctae Mariae tradidimus atque cum testibus *confirmavimus*...》(Nr. 136,

a. 790—808).

- (37) 例(2)に▲Post haec peracta traditione pariter manu commune cum filio meo iterando *firmam* super ipsum altarem in eadem verba ut superius▶ (Nr. 30, a. 769) ●Et alia traditione ipse Helmoinus et filius eius Hadumar pariter ambi *firmaverunt* ipsam traditionem quam antea fecit ipse praefatus Helmoinus, quando iter carpebat partibus Rome▶ (Nr. 166 (1b), a. 793—802) ●Ego itaque Karolt presbiter compunctus divina misericordia iam olim tradidi propriam hereditatem meam... Nunc autem valde magna egritudine depressus iam pristinam traditionem *confirmare* decrevi▶ (Nr. 220, a. 805—8)

- (38) Du Cange, Glossarium madae et infimae Latinitatis, III (1883—7), p. 507.

- (39) したがって、先に掲げた諸文献は、ほぼ、訴訟法、物權法、売買法のこれら三分野のいずれかにかかわるものである。

- (40) この「家産 (casa)」については、直接「保身手続」に關係する XVI, 11, 12, 13, 14, 17 に使われることが、前掲 (33) と同く XVI, 15, 17 に「hoc est de mancipiis, de terra, *casus* vel silvis, ut postea non sit contentio」に使われることと、無難にのちの「家産」を、寄進文書における見られる「土地」と結び、その後「世襲財産」の一部として取り扱われたこととある。例(2) ▲... in omnibus trado atque transfundo ad iam dictum domum in manus Ermberti episcopi in praesentia cuncte familiae sancte Marie, id est *casas* curtes campis pratis pascuis silvis aquis aquarumque decursibus mancipias iumentis pcedos et omnem utensiliam in ea vero ratione firma donatione▶ (Nr. 1, a. 744) ●... dono atque transfundo *casas* curtes mancipias servos liberos tributales omnem cultam non cultam campis silvis pratis aquis aquarum decurrentibus multinos vineas kreges iumenta vel quicquid ad ipsum confinium pertinebat, ut haec donatio firma atque stabiles permaneat stibulatione subnexa▶ (Nr. 7, a. 754) の如く(引用は前掲 (32) 所引から) 以下同 (2)。

(41) 世良、前掲書、三二七頁註(四〇)。

(42) 以下、L. Bai. 諸箇条の邦訳は、世良氏の貴重な邦訳を参照させていただいたが、筆者自身の考えで多少変えたところもある。この点は氏の御海容を乞うものである。

二

六 ます「主たる手続」である。これは、(一)裁判期日以前手続と(二)裁判期日手続とに分かれ、はじめに、(一)を問題としたい。この手続は、目的物の、非占有者、現占有者、前主(前権利者)のそれぞれによる手続からなりたっていた。

第一に、非占有者の手続である。これは、非占有者(第三者)が、現占有者に対し、現占有者の占有する目的物を自己のものとして主張すること(Ansprache Dritter)、すなわち返還を求めることにある。まず、現占有者の目的物とは動産および不動産であり、それぞれの内容は既述の通りである。ただ、*proprium alodem vel quascunque* (「*自己の世襲財産または自らの物を*」)・*terram aut quacunque fuerit res* (「*土地を*」または*いかなる物ならん*」) (L. Bai. XVI, 17, 1) のように、*alodis* あるいは *terra* に併記せられておられる *res* が、はつきり動産をあらわす(あるいは少なくとも動産をきむことを示す)ものかどうかは明らかではない。いすれにせよ、「保障手続」が動産不動産の双方にかかわったことは、ここに銘記しておかねばならない。次に、右の如き主張にあらわれた非占有者の行為は、テクストに、次のように知られる。すなわち、非占有者は、占有者の占有するものを「*自己のもの*」(*sibi sociare*) (XVI, 13) あるいは「*自己の財産とせん*」(*voluit sibi sociare in patrimonium*) (XVI, 17, 1)。とさうで、非占有者のこの行為は、次の二形態のいずれかをとり得る。すなわち、

(α) 非占有者は、右の主張をなしつつも、終始、非占有者の地位に止まっていたる場合と、(β) 非占有者が、事實上、占有者の動産を奪回し、あるいは土地に侵入すること、自力で (auf eigene Faust) 新たな占有者となる場合である。右 *Actio sociaria* にあらわれた非占有者の行為は、右 (α) の場合のものであろう。これに対し、(β) の場合においては、XVII, 2, 1 に知られるように、占有を事実上奪われた者が占有を奪った者を訴えるのであるが、このとき、被告 (自力による新占有者) は、裁判期日手続で原告 (占有を奪われた者) に向かい次のように主張するのである。「[原告のものを] われのものなりと要求せん (suum voluerit vindicare)」。右被告が、裁判期日手続において *vindicare* の主張をなすときは、彼は、次のような弁論を行なうよう命ぜられた。すなわち、「余は、六ソリドゥスをもつて賠償し且つ [土地から] 立ち退く義務を負わず (debeo nec exire)」。このように見ると、非占有者の行為が右 (β) の形態をとるに至ると、「保障手続」はもはや用いられず、これに代わり、占有を奪われた原告 (Vindicant) が、占有を奪った被告 (Vindicat) に対し召喚手続によって出頭を求める訴訟手続が起こったものようである。このような訴訟手続にあっては、原告は、裁判期日手続で、被告に対して、土地についていえば、「[被告は] 法律に反して不法に侵入 (contra legem malo ordine invadere) をなしたり」[「被告は」六ソリドゥスをもつて賠償し且つ立ち退くべし (cum VI solidis componat et exeat)] (XVII, 1) と訴えを提起し、これに対し、被告は原告に向かい、土地は「われのものなりと主張す (dicit suum esse) 」のである。すなわち「余は法律に反して侵入したるにあらず (non invasi contra legem) 」 (XVII, 2, 1) と述べるのである。最後に、右 (α) の場合でも、「保障手続」が起るのは、非占有者に対して現占有者が特定の手続をとるときのみである。

こうして第二に、現占有者の手続である。これは、現占有者が非占有者に向かつて、目的物は前主から譲り受けたものであり、この前主を担保引受人 (Gewährsmann) として援用する旨を答えることにある。勿論このような前主援用は、非占有者自身が占有者に向かい、前主を提示するように要求し、占有者がこの求めに応ずることによって起

こつたこともある。但し、非占有者自ら、現占有者に対する彼の目的物返還の主張において、自己の前主を援用し得たかどうかは不明である。⁽⁸⁵⁾ いずれにせよ、まず、現占有者が右の如く答へ得るのは、彼が目的物を売買によって取得していたときである。テキストには、現占有者が、売買以外にさらに、贈与(寄進)あるいは交換によって取得したものについては、必ずしも明快には述べられていないが、これらの目的物も「保障手続」に服したものと見てよい。⁽⁸⁶⁾ 実際ジーゲルは、XVI, 13 (「何びとかの所有物を譲渡し(donaveri)、これによって、彼が決して所有しておらなかつたものを不正な計略によって自己のものにする者」[XVI, 12と]同様なるべし)を、贈与の目的物に關する「保障手続」と見る。なお、前主が貸与あるいは寄託したものについては、テキストに不明である。本稿では売買を主にして述べた。そこで次に、買主(現占有者)が、第三者(非占有者)に向かつて、売主(前主)を引き合ひに出すと、一方で第三者は「保障手続」に応じねばならず、他方で買主は前主の居場所へ赴き、そして前主に対し、第三者が目的物の権利を主張するの旨を告知する。例えば、土地については、次の如く「買主は売主に訴えるべし(dicat emptor ad venditorem)」。『余の隣人は土地を余から奪い取らんとする(abstrahere mihi vult)』(XVI, 17, 1)。買主は前主に対しこのように告知して、買主のために買主の権利の防禦を引き受けてくれるように求めるのである。

こうして第三に、前主の手続である。これは、前主(売主)が買主の求めに応じ買主のために、第三者に対し裁判期日手続において権利の防禦を引き受け、これによって買主の目的物所有権を擁護しようとする(Promissio)ことである(XVI, 12)。この約束は土地については、前主が次のように「答える(respondit)」ことで成立した。『余は、余が汝に与へたるものを(汝のために)完全な法律をもつて且つ要式の文言をもつて(cum lege integra et verbis testificatioe)、保障をなさん(firmare)と欲す』(XVI, 17, 1)。ここに、売主は「保障」を行なうのに、バイエルン法の定める「要式の文言」をもつてせねばならなかつたことが明白に示されている。⁽⁸⁷⁾ 売主は、買主のこの申込みに対し必ず「保障」の約束をなさねばならなかつたのか。これは明らかでない。⁽⁸⁸⁾ ヒュブナーによれば、売主は

「保障」の約束を拒否できた。というのは、買主が過ってあるいは故意に、前主でない者に「保障」を求めることがあったからである。しかし、このヒュプナー見解も根拠が明快なわけではない。ただ、後述のように、売主は、一旦「保障」の約束をなすと、自ら、前主を援用し得なかったから、もし、買主に売った売主の目的物がこれ自体売主の前主に由来するような場合は、売主は、「保障」を約束せずに済ませることができたと思われるのである。⁽⁶⁸⁾

七 以上、非占有者（第三者）、現占有者（買主）、前主（売主）の三つの口頭手続をもって、裁判期日以前手続が成立した。三当事者の手続の中で、裁判期日以前手続の中心をなすものは、前主が現占有者に与えた「保障」をなさんと欲す⁽⁶⁹⁾の約束であり、この約束（Zusage）によってはじめて前主は、裁判期日において「保障」をなす義務を負ったのである。このような約束の成立によって、ここに、バイエルンにおいてフランク時代、「保障手続」が、動産不動産をめぐる特別の訴訟手続として形成されるに至ったのである。ここで、裁判期日手続に移る前に、次の三点を指摘しておきたい。

第一に、買主が売主から「保障」の約束を得ると、「保障」の手続の期日が問題となってくるが、これは、当時、法によって定められていた。すなわち、「買主・売主間で」取り決められたるもの（constitutum）は、七夜後に行なわれるべし⁽⁷⁰⁾（XVI, 17.1）。こうして買主・売主における合意の成立のときから七夜以後最初に開催される裁判集会において、「保障」の手続が起こったのである。⁽⁷¹⁾「保障」の手続の期日はおそらく第三者が加わって確定せられるか、さもなければ確定せられた期日を買主が第三者に通告するかしたであろう。いずれにせよ、こうして、裁判所に第三者・買主・売主が出頭するに至る。第二に、「保障」をめぐるこのような合意は、一種の「訴訟契約（Streitredinge）」と見ることがができる——一般に、バイエルンにおける裁判期日手続開始の通常形態は、「訴訟契約」にあったといわれる⁽⁷²⁾——が、単純な「訴訟契約」ではなく、同時に「証明契約（Beweisvertrag）」⁽⁷³⁾であったとせねばなるまい。「証明契約」に関する問題は、後に改めて述べたい。⁽⁷⁴⁾第三に、売主が買主に「保障」の約束をするとき

は、第三者は「保障手続」に応じねばならず、召喚手続に訴え得なかったが、問題は次の点にある。すなわち、買主が前主を知らないとき、あるいは彼が前主を捜索するにもかかわらず、死亡・行方不明などで、これを見出し得ぬときは、当然「保障」の約束はできず、「保障手続」は成立しない。このとき、買主は第三者に目的物の返還を義務づけられたか。この点は、盗品動産の回復手続(アネファンク手続)については *Lex Ribuaria* 37 (38), 4 および *L. Bal. IX, 8* に多少は明らかであるが、ここ「保障手続」に関しては全く分らない。これがテクストの上で少しでも明らかならば、「保障手続」の法的性格をめぐる論争にも、いくばくか解明の光を当てることができようが、誠に残念である。全くの推測を述べることが許されるとすれば、買主が前主を知り得ぬとき、あるいはこれを見出し得ぬときは、第三者は、そのままでは、買主から目的物の返還を受け得ず、改めて、買主を被告として召喚手続を踏まざるを得なかったのではあるまいか。

八 次に(II) 裁判期日手続である。裁判所では、「双方当事人 (*utraque partes*) が双方相互に出会いたるや」(XVI, 17, 2) この手続が始まる。まず、第三者が買主に対して訴えを提起する。テクストには訴えの提起の文言は知られず、のみならず訴えがそもそも買主と前主とのいづれに対し提起されたかすら明らかでない。ここでは、後述「第二の手続」との関係から見ても、訴えは形式的には右の如く買主に対し提起されたものと考えたい。かくして第三者は、買主に向かい目的物を「自己のものなりと要求する (*sum vindicare*) 」こととなるのである。この訴えに対して、被告¹¹買主は目的物はこれを前主より買いたるものであるとして、前主を援用する。ここに、前主が買主の権利防禦のために裁判期日手続に加わる。かくして訴えの提起の後の手続は、第三者と前主(双方当事人)との間で起る。したがって、実質的には、前主が買主の地位を引継ぎ被告となったといってもよい。但し、後述「保障」の方式をめぐるところから分るように、買主が以後全く手続から脱落してしまうわけではない。

さて、訴えの提起に続いて、第三者¹²原告と前主¹³売主との間に弁論および「保障」の両手続が起る。両手続が

進行するのは、例えば土地について、原告の『何ゆえに汝は不正に余の土地を他の者に譲渡したるや (Cur territorium meum iniuste alteri donavisti)』の主張に対し、売主がこれを認諾せず、『然らず (non ita)。余は不正に汝の土地を他の者に譲渡したるにあらず (non donavi iniuste alteri territorium tuum)』と答えるべきである。⁽⁹⁾そこで土地について、まず弁論手続である。(イ) 売主が『何ゆえに汝は、余が世襲の権利に基づき正当に、⁽¹⁰⁾譲渡したる土地に侵入を企てるや』と主張するときは、原告は『然らず (non ita)。余は汝の土地に侵入を企てるにあらず (non invadere conor territorium tuum)』と答えるのである。⁽¹¹⁾ここで、売主の『何ゆえに汝は土地に侵入を企てるや』の主張は「見、原告が事実上買主の土地に侵入しておったものの如くである。例えば、XVII, 21の被告弁論(余は、汝〔占有を奪われた原告〕が余よりも先になしたる作業〔の土地〕に法律に以て侵入したる (invasi) にあらず)〔それゆえに立ち退く義務を負わず〕」におけるような土地の侵入占拠である。しかし、売主は原告に対し主張するに『何ゆえ汝は土地に侵入したる (invasisti) や』とでなく、『何ゆえに汝は土地に侵入を企てる (invadere conaris) や』とであった (XVI, 17, 2) ところから、また、買主は、原告が土地を買主より「奪い取らんとする (abstrahere voluerit) 」と述べた (XVI, 17, 1) 、「奪い取った (abstraxit) 」とは述べておらないところからみて、原告は、確かに買主の土地への侵入を窺うことはあるものの、土地に事実上侵入しこれを占拠してしまっているものではない。もし事実上侵入してしまっているときは、原告はそもそも「保障手続」を求め得なかつたと思われ、また、土地に侵入した者が原告となるときは筋が通らない。⁽¹²⁾ (ロ) 以上売主の主張に「対して (contra) 」原告が、『何ゆえに汝は、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 (debusisti) や』と主張するときは、売主は『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』と答えるのである。そして、さらに再び、売主の主張原告の応答が起り、次にまた、原告の主張売主の応答が始まることもある。このようにして、原告・売主が放回にわたり主張と応答とを繰り返すことで、弁論手続が展開していったものと

思われる。ここで注意を払うべきは、第一に、原告・売主はいずれも祖先からの遺産の承継を根拠に目的物の権利を主張しており、したがって第二に、原告・売主共に、売買・交換・贈与等の前主を引き合いに出すことはなく、第三に、原告自身は目的物につき自己の主張を証明しようとはせず、すなわち、例えば XVII, 2.2 の原告(占有を事実上奪われた者)の弁論(「余は、余の父が『土地を』彼『父』の財産として余に遺したことを知る証人を有す」)におけるような、証明の申し出が起ころないのである。

次に「保障」の手続。これは次のような売主の手続である。「しかして『目的物は現在』余が譲渡したる者の手に引き渡されてあり (vestia est illius manu) ⁽⁶⁾ 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 (intendevolo)』 (XVI, 17, 2)。すなわち、売主は (i) 買主のために、(ii) 目的物について、「保障」を行ない、しかもこの「保障」は (iii) 原告に向かつてなすものであることを言明するのである。動産に関する弁論および「保障」の手続も、ほぼ以上の如くである。すなわちまず弁論手続。目的物が奴隷のときは、例えば、売主『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』、また装身具のときは、例えば「品質の性質によりては」、売主『それは』余の職人 (fabri) が余自身の材料から作業し且つ『これを』製作したり』のようである。これに対する原告の弁論はテキストには知られない。次に「保障」の手続である。売主『かかることによって取得したる』がゆえに、余は『このもの(動産)を買主に』引き渡したり、かくして余は保障をなすであらう (tradidi et firmabo)』 (XVI, 14, 1)。以上売主は、裁判期日以前手続における約束に基づいて、このように、「保障」の義務を履行するのである。なお、売主が弁論に失敗し、あるいは、原告の弁論を認諾したときは、「保障」の手続を俟つまでもなく、直ちに、被告敗訴の終局判決が下されたものと思われる。

以上、売主による「保障」は、目的物が不動産であれ動産であれ、売主の、例えば、「余の祖先が余に世襲財産として遺せり」・『余がこれを捕えたり』・『余の職人がこれを製作したり』等の弁論に直接引続いて起こったのであ

り、この意味では、いわば、「保障」は弁論の一形態であったともこれよう。しかし「保障」は、その法的性格の上では、弁論とは異なったのである。この点は、注意を要し、改めて述べることになる。ここで、差し当って指摘しておくべきは、第一に、「保障」の実体は、「余は保障をなさんと欲す」・「余は保障をなすであろう」の売主の陳述そのものにあり、第二に、売主はこの陳述をなすにあたり特定の所作（外面的行為 *Formatact*）でもってせねばならず、この意味で「保障」は要式行為であった点である。そこで以下では、このうちとくに第二点を不動産を中心に紹介したいが、この前に、動産の場合を略記しておこう。動産のときは、「保障」の方式は、売主が「余は保障をなすであろう」と唱え、目的物そのものを再び買主に引き渡すこと（*Widerholung des Traditionsaktes*）にあつた。ただし、通常、繫争動産については、裁判期日以前においてであれ、裁判期日手続開始にあつてであれ、売主は「受託者として物の返還を受け」、目的物は裁判所に持ち込まれていたからである。これに対し不動産のときは、「保障」の方式は目的物の現地における所作であつた。これについては、テキストに比較的詳細である。そこで、不動産手続については、これを少し遡って述べたい。

売主は、不動産の「保障」を、弁論手続の直後に行なつてもよかつた。「もし彼「売主」が直ちに「保障をなすこと」を欲するならば、「これにつき」彼は自由なる権利を有すべし」（*XVI. 17. 3*）。しかし彼は直ちに行なわずともよく、この場合には「彼は、その後、三日または五日後に、または少なくとも七日後には、次の方法により（*ea ratio*）保障をなすべし」（*XVI. 17. 3*）とせられた。このように、「保障」の手続が猶予せられたのはおそらく、繫争地の所在、種類、境界等等に不確かなところがあり、このために売主が目的物の現地に赴き、予めこれを見分する必要が生じたからであり、そしてこの見分が、猶予せられた期間内に行なわるべきであつたことによる。第二回裁判期日を具体的に三日、五日もしくは七日後のいずれとするかは、第一回裁判期日において、原告と売主との間の契約でもって取り決められた。すなわち、この第二回裁判期日には売主は、原告が彼を召喚したときは、（おそらく買主を

伴なつて(召喚に応ずるよう)に取決めが交わされたのである。こうして原告は「その土地について彼(売主)を召喚する者 (qui de terra ipsa cum [「venditorem」] mallet)」と呼ばれたのである。第二回裁判期日においては、おそらくもはや、訴えの提起と弁論手続とは改めて繰り返されることなく、直ちに、「保障」の手続が起こつたものと思われらる。この手続は第二回裁判期日においてはある象徴的行為を伴なつて執り行なわれた。すなわちこの行為とは当時、占有移転の契約 (Tradition) および占有の引渡 (Investitur) からなつた土地譲渡において行なわれていた要式行為であつて、Erde または Gras を象徴物に用いるものであつた。すなわち、売主は「広野の四隅で、あるいは表示せられたる境標」の場所)において、「目的物たる」その土地から「土塊を」取り上げるか動を引いて廻るか、もし「目的物が」森林なりしときは、芝生または樹枝から「一部を」取り上げるかすべし」。彼が土塊、芝生・樹枝の一部を土地より取り上げたときは、これを、買主に「右手でももて引き渡す」と同時に、「余は」土地を「汝に引き渡したり、かくして適法に保障をなすであろう」と唱える。しかも、この言葉を三回繰り返して述べるのである (Per terras vices dicat haec verba)。これが、「手口ロウツツネ」(mit Hand und Mund) 不動産の「保障」の方式であつたのである。

九 こうして、動産不動産の「保障」の手続は、売主が「保障」文言の陳述と「保障」方式の踐行とに成功することとで完了した。このような「保障」の手続には、動産不動産を通じていくつかの特徴が見られる。第一に、「保障」文言は、バイエルン法における法定の決まり文句であつた。すなわち「保障」は、「法律にしたがい (cum lege)」(XVI, 17, 2)、「要式の文言をもつて (cum verbis testificacione)」(XVI, 17, 1) また、「適法に (legitime)」(XVI, 17, 3)、「上述の如き文言をもつて真実に (per haec verba veraciter)」(XVI, 12) これを行なわねばならなかつたのである。法定の文言に違背した「保障」(すなわち rechtswidrig-formwidrig な「保障」)は「保障」たるの法的効果を生まず、被告は直ちに敗訴宣告を受けねばならなかつた。ここに、「保障」の手続における、当時の訴訟

法に共通の嚴格形式的性格⁽⁶⁵⁾ (Formstrenge des Prozesses) があらわれているのである。

第二に、「保障」文言の内容を見るに、これは売主の次の三つの言明からなっていた。すなわち、まず(イ)目的物はこれを法定の取得原因によって取得し、次に(ロ)目的物は買主に既に引き渡されており、最後に(ハ)「保障」は買主のためにこれを行なう、の言明である。この中で「保障」文言の中心をなすのはテキストに *Tradidit et firmabo*、*Tradidit et firmare volo* と見えるように、「余は引き渡したりかくして余は保障をなす」(tradidit et firmo) の陳述にあつた。では「保障をなす」とは一体いかなる性格の行為か。これについては、テキストに端的に次の如く述べられているのが参照せられる。「彼「売主」が買主に保障をなすこと、すなわち、誓約をなすこと (saurion) を約束す。」(XVI, 12)。また、「汝「売主」は不正に余「原告」の土地につき他人に保障をなしたり、すなわち、偽誓 (farsaurion) を行なしたり」(XVI, 17, 4)。こゝして、「保障をなす」とはバイエルの国語では「誓約をなす (saurion)」、「不正に保障をなす」とは同じく「偽誓を行なう (farsaurion)」と述べられたのである。⁽⁶⁶⁾ すなわち「保障」は「誓言」(Eid)、⁽⁶⁷⁾ 「保障をなす」は「誓約する」(schwören) を意味し、それらは一種の証明行為⁽⁶⁸⁾ (eine Beweishandlung) であつたのである。このような「誓言」II「保障」を行なうのに売主は、補助者を必要としなかつたのである (cf. 以上 *Eid per se*)。「誓言」は次の三つの誓約を含んだ。第一に、目的物は売主が法定の取得原因 (後述) によって取得しており、これ以外の取得原因に由来せざりしこと、第二に、目的物は既に買主に *Tradition* および *Investitur* を済みたりし (*Tradidit*) こと、第三に、目的物は売主の所有にかかりしものでありしが、現在は買主の所有物たりしことの三つである。右の如き「保障」は、確かに「引渡の手續をくり返すことによつて行はれ」(世良氏) だが、しかし注意すべきは、「引渡の繰返し」(*Wiederholung des Investiturfalles*)⁽⁶⁹⁾ テキスト自体に見えているようにあくまでも、「保障」の「方法」(ratio) (XVI, 17, 3) に過ぎなかつた点である。これに対し、「保障」の本質は、占有の「引渡の繰返し」⁽⁶⁹⁾ にはなくて、所定の文言 (*haec verba*) であつて「誓言を

唱えること」(Sprechen des Eides) にあつたのである。ここで、不動産をめぐる「保障」の所作の中心をなすが、右述紹介の如く、『余は汝に引き渡したり、かくして適法に保障をなすであらう』との陳述にあつたことをもう一度銘記しておきたい。売主が「保障」の手続に成功を収めるか否かは、このような陳述そのものの成否に掛つてゐた。以上の意味で、「保障」の実体と「保障」の手段とはこれを決して混同してはならないのである。⁽⁸⁶⁾

第三に、既に右述より分かる如く、「保障」の目的物は、売主が法定の取得原因によつて取得したものであつた。すなわち、目的物は、まず奴隸については、売主が、(イ) 大公領外の大公の戦場で(おそらく)捕虜として獲得したもの、(ロ) 大公から譲り受けたもの(以上 XVI, 11, 1)、(ハ) 父の「遺産(hereditas)」として得たもの、(ニ) 売主の家において売主所有の別の奴隸から出生し養育されたもの(以上 XVI, 14, 1)、次に役畜あるいは家畜については、(ホ) 父の遺産として得たもの、(ヘ) 家において他の役畜あるいは家畜から誕生し飼養されたもの(以上 XVI, 14, 2)、そして、その他動産とりわけ装身具については、(ト) 売主の奴隸や職人が売主自身所有の材料から製作したもの(XVI, 11, 1)、最後に土地については、(チ) 売主の祖先が「世襲財産(alodis)」として遺したものの(XVI, 11, 2)、であつた。右のうち、(ロ) の特殊な場合を除けば、「保障」の手続の対象となつた動産不動産の取得原因は、すべて、原始取得と遺産承継であつた。換言すれば、前主の権利に依存する承継取得(abgeleiteter Eigentums-erwerb) を援用するのは、遺産承継の場合を除き、テクストに知られないのである。また、とくに不動産について、XVII, 2, 1; 2, 2 では、原被両造は目的物の事実的利用状態(占有)を引き合いに出すのに反し、「保障手続」のテクストはこの点についても沈黙している。このように、売主が「保障」をなし得る目的物は、テクストによる限り彼が(イ) ないし(チ) の取得原因に基づき得たものだった。

では、目的物は右のような取得原因によるものに限定されていたのか。この点につき、テクストにはつきりしてゐるのは右(イ)(ロ)(ト) の場合のみである。すなわち、(イ)(ロ)(ト) の「かかることがもし存在せざるな

心は (si haec defuerint) 上述のものにつきて彼 (売主) は決して「保障をなし得ず」(XVI, 11. 1)。この場合「かかること」とは目的物の法定取得原因と同時に「保障」文言をも意味していよう。すなわち「かかることがもし存在せざるならば」は、「かかる文言でもって保障をなさざる限りは」とも解し得るのである。いずれにせよ、では右(ハ) (ニ) (ホ) (ヘ) (チ) についても「かかることがもし存在せざるならば」売主は「保障」をなし得なかったであろうか。残念ながらこの点はテキストに明らかでない。

もしこのように、バイエルン法が「保障」の適用可能な場合を所定の目的物に狭く限定しようとするのであれば、当然の結果として、前主が目的物を売買 (あるいは贈与・交換) で得、これをさらに他に売ったときでも、彼は自己の前主を引き合いに出せないのである。このようなことは、見奇異に感じられよう。ただし実際の取引では、売主自身が目的物を売買・交換等承継取得で得る例は、原始取得や遺産承継による取得と併んで、少なからずあったはずだからである。この点は、レークス・サリカが動産のアンファング手続裁判期日手続について、次のように定めるところからも一層その感を深くする。すなわち「そしてこの裁判期日には、その馬またはその物を売りあるいは交換しあるいは支払いのために与えた者は、彼らがなん人いようとすべてこの裁判期日内に召喚されるべく、すなわち彼の取引相手たちはおのおの一方が他方を召喚すべし」(L. Stat. 47. 1)。ここでは、前主自身が動産を承継取得によって得るが如きことは、まるで自明のこととせられているのである。では、バイエルン法領域においては、目的物の転々売買せられるが如きことは極く僅かにしか見られず、このことが、「保障」の目的物を所定のものに限定する根拠となつたのか。しかし、このようなことは、XVI, 9. 2. 3. 4. 5 が既述の如く、家畜・奴隷に関し売主の瑕疵担保責任を詳細に定めるところより推察すれば、少なくとも動産については売買法はバイエルンにおいてよく発展していたと見られることから、直ちには想定し難い。ただ、不動産の転々売買はこの時代には当然動産と同列に置くことはできないが、いずれにせよ、少なくとも動産目的物が転々売買せられるような経済生活が日常的に行なわれていたにもか

わらず、バイエルン法が、特定の取得原因の目的物について述べるに過ぎぬのは、「保障」の手続の適用を目的物の上でとくに制限したものと捉えざるを得なくなるのである。ということは、売主が目的物を売買・交換等承継取得していたときは、彼は、そもそも、既に裁判期日以前手続において、目的物の「保障」を約束し得なかつたと考えねばならない。⁽⁹⁸⁾ この意味では、「必ずしもすべての売主が保障の義務を負うものでは」⁽⁹⁹⁾ なかつたということになるのである。と同時に、一旦「保障」を約束した上は、売主は裁判期日において、自ら前主を引き合いに出すが如きは許されず、仮に、売主が事実上、裁判期日手続で前主を援用しても、もはや、ここには「保障手続」は成立しなかつた。⁽¹⁰⁰⁾ このように見てくるとき、バイエルン法が取得原因の上で「保障」の目的物を狭く限定しているのは、何らかの理由があつてのことと考えねばならなくなってくる。この点を推量するに、それは、動産不動産をめぐる事件について「保障手続」が余りに安易に用いられて、このため虚偽の「保障」が起こるのを防ごうとしたことであつたのではないであらうか。とくに、「保障」は前述のように、何ら補助者を伴わず売主一人の誓言によつてこれをなし得たからである。

以上、諸点について、本稿は多く推測の域を出ず、問題を将来に残さざるを得ないのである。ただここでは、「保障手続」の適用例は、現占有者が売買(あるいは贈与・交換)によつて取得した目的物について見るだけでも、事実上⁽¹⁰¹⁾ 当然に限られていたようだと指摘するに止めておこう。

十 「保障」の手続が完了すると、判決手続に基づき、被告Ⅱ買主は勝訴し、この結果原告Ⅱ第三者の主張は斥けられ、目的物は確定的に、(definitiv) 買主の所有に帰せしめられるに至る。これは、売主が第三者に対して、買主の権利の防禦に成功したからであり、かくして目的物は、確かに売主が「保障」に成功するまでは追奪せられる虞れはあつたものの、現実には、追奪せられずに済んだのである。いかえれば第三者は、目的物を追奪せんとしたが、現実には、追奪者 (der siegreiche Evincent) になり得ずに終わった。こうして、第三者は敗訴したが、彼が目的物を

裁判期日手続で判決を得て追奪せんとしたる行為は、何ら「不遜・不法 (presumptio)」(XVII, 1) を犯したるものではないから、彼は、目的物を事実上奪還しこれを占拠していた場合は格別、賠償金の支払い義務づけられなかったものと思われる。いずれにせよ、第三者には「第二の手続」に訴える途は残されたものの、これをもって、「主たる手続」は終了した。このように、「主たる手続」において売主が「保障」に成功すれば、買主の目的物所有権は確定したのである。ということは、買主の所有権が、この後に起こるかもしれない「第二の手続」の結果如何によって影響を被ることはなかったのである。しかもこのことは、動産・不動産を問わず起こったものなのである。この最後の点は、通説および世良氏見解とは異なるところのものである。と同時に、以上諸点は、実は、「第二の手続」の構造にかかわる問題なのであり、「第二の手続」の構造の解明を俟ってはじめて、明らかとなる性格の問題なのである。こうして今や、この「第二の手続」の構造の解明に移らねばならないことになったのであるが、その前に、「主たる手続」裁判期日手続の構造に関して、今までふれてこなかった次の三点を指摘しておかねばならない。

十一 第一に、売主が、裁判期日以前手続において買主に「保障」を約束したにもかかわらず、(イ) 裁判期日に出頭しないとき、あるいは(ロ) たとえ出頭するも「保障」を行なおうとせず、または「保障」を行なうも、これが法定の「保障」ではなかったときの手続である。このうち(ロ)は、売主が裁判期日手続における「保障」の手続に失敗した場合であり、したがって、被告は判決手続に基づき敗訴し、この結果売主には賠償義務が生ずる。第三者は、目的物の追奪 (Eviction=Entwehrung) に成功したのである。テキストが次のように述べるものは、主に、この場合のものであろう。「もし彼(売主)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し、しかして上述のごとき文言をもって「保障を」真実に「なし」得ず、かくして(買主・売主間に)取り決められたるものを破りたるときは、彼は、代金を返却すべく、且つ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遅滞なく賠償すべし」(XVI, 12)。これによれば、第一に買主は目的物の所有権を失なった。目的物は原告(第三者)に返還せられ、

こうして、原告は判決の結果として追奪者となったのである。ただ、この場合手続上は買主が目的物を直接原告に返還したのでなく、売主がそれを一旦買主から回収した上で、売主が原告に返還した。⁽¹⁰²⁾ いかえれば買主が目的物を返還したのは、直接には売主に対してであった。この点は次章で述べる如く、XVI, 11, 2 の解釈と関連するところである。第二に、今や追奪担保義務者となった売主は目的物の代金を買主に返却すると共に、これに加えて別個に、「保障」の目的物と同等価値の不動産あるいは動産を (talem terram aut speciem qualem se firmare pollicetur) 買主に償わねばならなかった。⁽¹⁰³⁾ これが、売主の追奪担保責任なのであった。等価物をもってする賠償については、XVI, 1⁽¹⁰⁴⁾ が、「もし誰かが、男奴にても女奴にてもまたいかなるものにも、他人のものをその所有者の意思によらずして売りたるときは、彼は法律にしたがいてこのものを「所有者に」返還し、且つ「所有者に」他の類似のものを (consistitem aliam) 賠償すべし」と述べるところが参照せられるであろう。以上に對し、右 (イ) についてはテキストに明らかでない。(イ) における売主の追奪担保責任は、(ロ) におけるとはほ同様と見てよいのではなからうか。⁽¹⁰⁵⁾ だ、このような法的効果 (Evictionsfolgen) が、果して、売主の唯一回の不出頭によって直ちに生じたものかどうかは問題とならう。おそらく、売主不出頭ときは、買主は繰り返し売主に出頭を求めたことであろう。⁽¹⁰⁶⁾ したがって、右追奪担保責任が発生したのは、買主による数回に及ぶ出頭請求にもかかわらず、売主が遂に出頭しなかったときのように思われる。

第二に、これまで、買主 (實質的には売主) の勝訴あるいは敗訴は判定手続に基づいて宣告せられたと述べてきたのであるが、この判決手続がどのように行なわれたかは、テキストに明らかでない。そこで、判決手続について一般にブルンナーおよびフォン・シュヴェーリンが述べる⁽¹⁰⁷⁾ ところを参考にすれば、概略次のように推測できる。勿論ここで問題となるのは、当事者の一方が他方の弁論を容認しない場合における判決手続である。

アハト事件 (Achtsachen) ⁽¹⁰⁸⁾ においては、判決は単純な証明判決に過ぎず、判決手続以後行なわれる証明手続の結

果にしたがって、新たに、第二の判決が終局判決として下されたのに反し、被告に対し何らかの給付行為を求めるような事件 (Bussachen) においては、西ゲルマン人の間では、いわゆる「二枚舌判決」が下された。これは、証明判決であると同時に終局判決である。そこでは、証明問題と法律問題とが選択的に決定されたのである。すなわち、判決は例えば、「適法に宣誓をなすか、もし責あるときは、賠償するかせよ (aut legitime juret aut, si culpabilis est, componat)」である。⁽¹⁰⁾したがって「保障手続」の場合では、「二枚舌判決」は「保障をなすべしきもなくば目的物の代金を返却し賠償をなすべし」となる。しかし厳密にいうと、元来、右のような「二枚舌判決」は狭義の「判決」ではなくて、被告に対して次の如く「誓約」をなすよう求めるものに過ぎなかった。すなわち被告は宣誓か賠償かのいずれかをなすことを誓約せよと。判決手続史上このような原初的段階から新たな発展段階になると、判決は、判決内容についてもはや誓約を求めるものでなくなり、直接に、判決内容の履行を求めるものとなったが、しかし、この新たな発展段階（これは既にメーロヴィンガ朝時代に起きたとせられる）となっても、被告の給付義務は、判決そのものから直接引き出されたのではなく、判決履行契約（これについては後述する）に基づき発生したのであり、実質的には、判決手続史上、原初的段階と変わりはなかった。⁽¹¹⁾ところで、「二枚舌判決」は、法律問題を未決定にしたままで下されることがあった。こうなると、判決は例えば、「宣誓をなすか法の欲するところをなすかせよ」となり、「保障手続」では、それが「保障をなすべしきもなくば法律の定むる如く法の要求するところをなすべし (secundum legem et faciat iustitiam sicut legem habet)」⁽¹²⁾となるであろう。この場合も判決は、「保障」をなすか「法の要求するところをなす」かのいずれかを行なうよう売主に誓約を求めるものに過ぎなかった。売主が原告に対してこのようないずれかの誓約を行なわなかったとき、あるいは売主が誓約を行なうも「保障」の手続に失敗したときは、別個に新たな判決が終局判決として下され、これによって、売主がなすべき「法の要求するところ」の内容が決定された。但し、当事者が予め「法の要求するところ」の内容について合意に達しておれば、終局判決の必要はなかった。このよ

うに見てくれば、「二枚舌判決」は、これが法律問題を未決定のままにしているときは、アハト事件における先の証明判決と実質上変わりはなくなる。以上、「保障手続」における判決を「二枚舌判決」と見てきたが、これに対し、それを単純に「証明判決」(すなわち「保障をなすべし」の判決)と見ることもできないわけではないし、またさらに、これまで述べてきたところは、判決手続が弁論手続の後、「保障」の手続の前に起こったことを前提としてきたが、しかし、「主たる手続」における判決が「保障」の手続の後ではじめて下された可能性も全く否定してしまふわけにはいかないのである。⁽¹¹⁸⁾

第三に、原告(第三者)と売主との間に判決履行契約が結ばれた点である。これは、「訴訟契約」・「証明契約」と併ぶ「訴訟上の契約」のひとつであり、「保障手続」においてテキストに直接知られるのは、不動産の「保障」の場合である。ここでは、判決履行契約の締結は、「保障」の手続と同時に行なわれた。売主は、「二枚舌判決」に即応する内容の誓約(すなわち、「保障をなす」か「目的物の返還をなし目的物の代金を返却し賠償をなす」かのいずれかを行なうの誓約)をなすと申し出ることで、そして原告がこれを受領することで、契約が成立した。⁽¹¹⁹⁾ この契約は、売主が原告に交附するワディウム(wadium)をもつて要式行為として締結された。当時いかなる品物がワディウム(= Pfandsynbol)として用いられたかは、明らかでない⁽¹²⁰⁾、また、ワディウム交附の際に交附者が何らかの財産を担保に供したのかも明らかでない。⁽¹²¹⁾ いずれにせよ、判決履行契約の申出は、次の文言、すなわち、「いざ、余(売主)は、汝(原告)の土地を他の者に与えざりしことにつき、法律を守りて汝にワディウムを与える」(XVI, 173)を用いて行なわれた。⁽¹²²⁾ まさに、この「汝の土地を他の者に与えざりし」ことが、既述の如く、「保障」文言の一部をなしていたのである。⁽¹²³⁾ 売主はこの文言を唱え、「左手でもって」ワディウムを原告に交附した。原告がこれを受領することで、ここに判決履行契約は成立した。債務者となったのは、ワディウム交附者たる売主であった。ところで、このような Weilvertrag としての判決履行契約は、単純に、責任発生契約(キールケ)⁽¹²⁴⁾ とはいいい得ず、それは、売主に判決履

行の債務そのものを生じせしめ、のみならず同時に、判決履行債務を担保するために、売主に責任を負わしめるものなのであった。⁽¹²¹⁾ こうして、判決履行契約は、「本質的には Schuld の性格を持しつつも、同時にそれ自体」「債務の責任を担保するという重疊的性格」を持ったものといえるのである。⁽¹²²⁾

さて、一般に、ワディウム授受手続 (vadatio) はバイエルン法の諸分野にひろく知られており、⁽¹²³⁾ 右判決履行契約は、このようなワディウム授受手続の一適用例を示し、この手続を経て締結された責任契約 (Haftungvertrag) の一種でもあったのである。ところで、売主が責任を負うべき債務は、判決に次のようにあらわれていた。それは、彼が (i) 「保障」か、(ii) 目的物の返還 (そしてこれに伴ない買主への代金の返却・等価物の賠償) (cf. XVI. 12) かのいずれかを履行することであった。これに関連しここで、ギールケが次のように述べるものを取り上げておこう。「追奪担保人 (Gewährer)」「(売主) は、彼が証明手続で敗れると、土地を返還し十二ソリドゥスの賠償金を支払わねばならない」。⁽¹²⁴⁾ 問題はここに述べられている「証明手続」である。これは、実は、本稿での「第二の手続」を指すのである。すなわち、ギールケによれば、売主がワディウムの交附によって責任を負ったのは、「第二の手続」における敗訴判決に関してであったのである。⁽¹²⁵⁾ しかし、ワディウム授受手続による判決履行契約が、前述の如く、「保障」の手続と併行して結ばれたという点に注意を払うとき、ワディウムの交附によって売主が債務と責任を負ったのは、あくまでも、「主たる手続」における判決の履行に關してであったと見なければならぬであろう。この点は、「保障手続」全体の中における「第二の手続」の位置づけの問題とも関連するところである。いずれにせよ、ワディウムを交附した売主は、右の如く、「保障」をなすか目的物を返還 (そして買主には代金を返却し等価物を賠償) するかのいずれかの責務を履行することで、ワディウムの請戻 (Einlösung) を果さねばならなかったのである。⁽¹²⁶⁾ 売主が債務不履行に陥ったときは、責任契約でもあった判決履行契約によって、彼に責任が発生した。ワディウムの授受の要式契約 (Formalschäft) によって成立するこの責任の種類は、人的責任、物的責任に対するに財産責任 (キールケ) で、そ

の内容は中田博士の言葉を借用すれば、ワディウム交附者（ここでは売主）所有の「総動産ノ質入レニ外ナラサル」ものであり、そしてワディウムは、ワディウム交附者の「総動産ヲ代表スル棒杖ソノ他任意ノ記号物ヨリ成ル一ノ仮粧動産質」とされる。このワディウムは、ワディウム交附者が債務を履行すれば彼に返還されたが、彼が債務不履行に陥れば、債権者（ワディウム受領者、ここでは原告）によって、彼の総動産は裁判所外の差押えを被ったのである。

ところで、売主からワディウムを受領した原告は、「主たる手続」においてはさらに、それを売主の保証人（*cores = fideiussores*）に授与したのである。すなわち「次いで他方の者（原告）はワディウムを受け取り、法律を遵守せんがために、それを、かの者（売主）の保証人に与えるべし」（XVI, 17, 3）。このように、ワディウム授受手続は、判決履行契約の締結に用いられたと同時に、保証人設定契約にも使われた。保証人設定契約がワディウム授受手続と結びついたことは、周知のごとく、ランゴバルド法やフランク法によく知られており、わがバイエルン法にもこれをしばしば見ることができるのである。⁽¹²⁾こうして、保証人がワディウムを原告の手より受領すること、ここに、保証（*Bürgschaft*）の契約が成立した。原告がワディウムを保証人に授与するときに、何かしらかの文言を唱えたか否かは分からない。債権者（原告）がワディウムを債務者（売主）設定の保証人に授与することは、ランゴバルド法の表現を用いれば、債権者がワディウムを債務者の手へ「保証人の手を通して返還すること（*per fideiussores reddere*）」を意味したのであった。⁽¹¹⁾ゾームは、このランゴバルド法における保証をバイエルン法の「保証手続」における保証にも認め、ワディウムは、債務者によって債権者に「交附せられ（*geben*）」、そしてこのワディウムが「債務を負いたる者（*sich Verpflichtender*）」つまり保証人の手に「受領せられて（*nehmen*）」、かくして「同一」のワディウムが、主たる債務者と彼の保証人との双方を義務づける、「いかえれば「象徴物（ワディウム）の同一たること（債務者と保証人との）債務の同一たることを意味する」（*una obligatio, una vadia*）」とす。再びランゴバルド法によれば、ワディウムを債権者に交附し、そして同時に保証人を設定する債務者は、ワディウムを「保証人によって

解く (per fideiussores liberis)⁽¹³⁴⁾、あるいは「彼の保証人によって取り戻さんとする (valerit recipere)」者と呼ばれ、ここに、債務者が保証人を設定することでワディウムを請け戻そうとしたことがよくあらわれているのである。

「保障手続」における、パイエルン法の保証がいかなる種類の保証であったかは明らかでない。すなわちそれが、F・パイアレによる分類によつていえば、⁽¹³⁵⁾ 原初的な「差出保証」(保証人は、債務者が不債務履行に陥ったときに債務者の身柄を債権者に引き渡すことを約束し、これで債権者に対する責任を果たした)であったか、それとも既に「執行保証」(保証人は債務者の財産を差し押えて、これを債権者に引き渡す。債務者が差押え可能な財産を持たぬときは、保証人は彼の身柄を債権者に引き渡す)の段階に達していたか、さらに、この「執行保証」のもとで発展した「執行的支払保証」(保証人は債務者の財産を差し押えて、これを債権者に引き渡す。債務者が差押え可能な財産を持たぬときは、保証人はもはや債務者の身柄を債権者に引き渡すというのではなく、自ら自己の財産でもって債権者を満足させねばならなかった。したがって、この保証形態は、右「執行保証」の一形態で、「支払保証」の一形態ではない)であったか、あるいは、最終的な「純粹な支払保証」(保証人は、債務者に代わり債務者の弁済に先立って、債権者に対し債務そのものを履行し、後日これを債務者に求償する)の段階にあったかは、問題のままで今後に残さざるを得ない。ただ、ゾームによれば、XVI. 17. 3 の保証人は、彼が主たる債務者に代わつて「ワディウムを受け取り法定の賠償金の支払いを約束する (lexem faciendi) 点で主たる債務者のA代理人 (Stellvertreter) 』とせられる。⁽¹³⁶⁾ ゾームのいうこの保証人がいかなる段階のものかは依然分らないが、これを推測するに右「執行的支払保証」もしくは「純粹な支払保証」段階の保証人といえないだろうか。⁽¹³⁷⁾ いずれにせよ、債務者(売主)は、ワディウム授受手続に基づき保証人を設定することで、自らは初発から、債権者(原告)に対する責任は免がれて、補償について保証人に対し責任を負うに過ぎない。この意味で、保証人の責任は、「補充的 (akzessorisch)」でなく、「第一次的 (prinzipal)」⁽¹³⁸⁾ であった。勿論保証人の責任が債権者に対して現実的となるのは、「純粹な支払保証」は別として、債務者が債務履行遅滞に陥った後であった。フランク法によれば、「しかしてもし」[債務者と保証人

との「双方共に生存せしときは、ワディウムを〔債権者に〕与えし者〔債務者〕が、〔これによって債権者に〕誓約した
もの (quod spondit) 〔債務〕を〔債権者に〕支払うべし。しかししてもし、人〔「債務者」〕が支払わねば、彼〔債務者〕
が誓約せし限りのものを、保証人が、債務者の怠慢〔「誓約違反」〕に代えて、支払う⁽¹³⁾べきとせられた。保証人がこ
の責任を果さないときは、次の通りである。「もし、これ〔保証人が支払うこと〕がなければ、彼〔保証人〕は、裁判
所欠席のゆえに科さるる賠償金として (pro iecto) 十五ソリドゥスを、これに加えて、彼〔債務者〕が〔債権者に対し〕
誓約せしものを、賠償すべし⁽¹⁴⁾」。では債務者が責任契約を締結した後で、保証人が死亡したときは、債務者の責任が
復活したのか。これについては、再び右フランク法によれば、次のようである。「債務者がワディウムを与えたる後
に、もし保証人が死亡せしときは彼〔債務者〕は、彼〔保証人〕が債務者に放ちたる〔「返還せし」〕ワディウムに関し
て〔責任から〕解放される〔「ワディウムの請戻を免がれる」〕⁽¹⁵⁾」。かくして、保証人の死亡のときも、債務者の責任は復
活しなかつたのである。ギールケによれば、これは保証人の責任が保証人の相続人によって承継されなかつた一例と
される。いずれにせよ、これら諸点は、「保障手続」の保証人については、依然、今後の問題として残さざるを得な
い問題なのである。

以上、多少長くなつたが、右三点の説明でもって、「主たる手続」の構造の問題を終え、次に「第二の手続」の構
造の問題に入りたい。

(43) この res は alodis あるいは terra に付属の動産とりわけ **▲ familia** **▼** **▲ mancipia** **▼** を指し alodis あるいは terra
の処分の際し運命を共にしたものととれないだろうか。例えば、次の寄進文書を参照。 **▲ ego peccator Chuniberht rem
proprium meam quam genitor meus Adalperht mihī in hereditatem reliquit dono atque transfundo ad
ecclesiam sancti Zenonis... dono atque transfundo ad ipsa loca sanctorum... omnia quicquid habemus in**

vico qui dicitur Paingas cum rebus omnibus adquisitis quicquid ibidem pertinet sub nostra potestate, hoc sunt mansos X cum familiis (Nr. 6. a. 752) • Ego Chunperht preces... propriam meam alodem dedi precenodio anime mee tam mancipia quam territorium cum universa utilitate ibidem pertinentia ad locum qui dicitur Piburch (Nr. 98. a. 779). 434' alodis • terra • territorium (XVI. 17. 2) 次の各種用語は使われしるのを参照。例へば、quicquid ad ipsum pertinebat locum de nostro alode vel adtracto de nostro iure (Nr. 13 (a), a. 759) • Omnia pertinentia ad hunc locum de alode nostro seu acquisitione (Nr. 13 (b), a. vor 767) • omnem territorium sub nostro iure et alode pratis pascuis silvis quod ad me pertinere legibus videbatur (Nr. 18, a. 762—4) • territorium pratis pascuis silvis atque mancipiis et omnia quae pertinent ad illum locum (Nr. 21. a. 764—7) • tertiam portionem de terra vel pratis silvis et omnium quae ad me de alode pertinere legibus videbantur in ipso loco (Nr. 25, a. 765—70) • rem propriam quae in alode mihi patrimonio evenerat in loco Pertinpan nuncupante (Nr. 44, a. 772) 435' 右の各alodisは、取得財産に対する世襲財産である (Dahn, a. a. O. S. 289 (Ann. 6)) •

(44) このことをはじめ強調したのが、メルケルである (Merkel, a. a. O. S. 109) • また、Afirmarが動産不動産に關係したことに、Löning, a. a. O. S. 110, Ann. 17 も注意を向ける。Kanzler, a. a. O. S. 139. したがって、既述の如く、世良氏が、第三者の買主に対する訴えの性格を問題とせられ、この訴えをアネファングの訴えあるいは所有権に基づく返還請求の訴えに求める諸見解のそれぞれを検討せられたのであるが、このように、「保障手続」が動産不動産双方に關係したのであれば、そもそもアネファングの訴えは、初発から問題とはならぬのではなからうか。ただし、アネファングの訴えは、一般に、盗品動産、恢復の訴えとせられているからである。(勿論、「保障手続」を動産と不動産とで全く別個に性格づけることも可能であろうが、しかし、こうなると、「保障手続」の法的性格の統一・全体的理解は得られなく、裏れが出てくるであろう。) 但し、右の点について、ヒュプナーの見解は多少異なる。彼は、第三者は不動産についても、この不動産

に「アネファンク」の所作を行なうことによつて、アネファンクの訴えを提起することができたとする。そして、アネファンクの訴えは、訴訟契約や召喚と共に、既に古くから、不動産訴訟手続においてもこの開始手続の一形態として知られていたといつのである。これについて、彼は、リウトブランド王勅令一四八(七三五年)をあげる(Hübner, Der Immobilienprozess, S. 241f)。ブルンナーも、当勅令に述べられている、「もし何びとかが、官憲の命令なしに自力で、他人の土地を、それはわれのものたるべしと述べて、わらはうきをたてるとき (Si quis ex sua auctoritate terra aliena sinti publico infauerit dicendo, quod sua debeat esse) 」といひ、「わらはうき (wiffa)」を土地に立づることは、アネファンク的方式 (Anfangsform) であつたのであり、これによつて原告 (第三者) は土地の返還を求め得た (裁判期日以前手続) といふ (Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II, S. 459 mit Annm. 16, S. 514 mit Annm. 13; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 502 mit Annm. 19, S. 675 mit Annm. 16)。なお、Die Gesetze der Langobarden, übersetzt von F. Beyerle, II (Novellen), 1962, S. 84 によつて稿浩「ランゴバルド部族法典附加勅令邦訳 (二) 」『神戸法学雑誌』一一八一頁、同 (七) 『神戸法学雑誌』四〇九頁一四八 (一) 参照。しかしながら、右勅令一四八には確かに、動産における「アネファンク」の所作 (これについては、前掲拙稿、一〇四頁註⑤) 本文参照) に類似した、不動産をめぐる「アネファンク」の方式が述べられているものようであるが、しかし、そこには、この方式に基づく不動産に対する訴えが、裁判期日手続における前主援用手続 (すなわち, *Gewährreuzug* の手続) を伴つたかどうかについては、一切述べられておらず、したがつてこの点は全く明らかでないのみならず、およそ、右勅令は、第三手続たるアネファンク手続 (この点についても前掲拙稿、一一六頁註⑥) など参照) とは一切かかわりはないようなのである。ただし、同勅令は、右箇所に続いて次のように述べるからである。すなわち「しかして後に、彼が、それが彼のものたることを証明し得るときは、彼は、他人の土地に種を打ち込みたる人の場合と同様に、六ソリドゥスを賠償すべし (et postea non poterit prouare quod sua sit, componat solidos sex, quomodo qui palo in terra aliena figit) 」。ここには、原告が証明を行なうように義務づけられているのである。これは被告による前主援用とをさす異なる手続であり。

(45) J. F. Niermeyer, *ibid* (1959/64), p. 975 (sociare) 1^o U^o XVI, 17, 1 ④ sibi sociare 2^o s'appropriate-to engross 之解(1)に於て ④ sibi sociare 2^o 條約の ④ vindicare ④ (XVII, 1 : XVII, 2, 1) の 4^o のことばは「法律上放棄」を加えられたか「物の返還を請求する」(米橋三郎『契約法』五六頁)とかの意味ではなく、¹⁾ 事實上第三者が現所有者から目的物の占有を奪はつた疑ひが、しかし條法 XVII, 2, 1 2^o の條命令條で「未だ完全の占有を奪へてしまへば、この行為を指すものではないのである」。

(46) (XVII, 2, 1) ④ Si autem suum voluerit vindicare illum agrum aut pratum vel exartum vel unde illa contentio est, taliter vindicet; iuret cum VI sacramentalibus et dicat: Ego tua opera priora non invasi contra legem nec cum VI solidis componere debeo nec exire, quia mea opera et labor prior hic est quam tuus ④.

(47) U^o の 4^o の 4^o 被^レ告^レに 4^o vindicare ④ のことば cf. C. G. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, 1948, S. 287, 301 : v. Bethmann-Hollweg, Der germanisch-romanische Zivilprozeß im Mittelalter, I, 1868, S. 54, Anm. 3 : H. Zoepfl, a. a. O., III, S. 155 mit Anm. 4 等語。

(48) 被告は、この弁論をなすに、六名の補助者と共に宣誓するに、¹⁾ 被告は被告になつた(たなひは ④ vindicare ④ 同時に証明行為)が、しかし、もし原告が、自己の弁論におきて証人を提出することを主張し(XVII, 2, 2) ④、これによる証明に成功すると、被告による宣誓は法的効果を生ずる、原告も勝訴し(XVII, 2, 4) ④、被告は「六ノソックスを奪つて歸還し且つ返すべからば」になつたか、(XVII, 1) の 2^o の 4^o cf. v. Bethmann-Hollweg, a. a. O., S. 55, Anm. 5, (XVII, 2, 2) ④ Tunc dicat ille qui quaerit : Ego habeo testes qui hoc sciunt, quod labores de isto campo semper ego tui nemine contradicente, exaravi, mundavi, possedi usque hodie et pater meus relinquit mihi in possessionesua ④ (XVII 2, 4) ④ Tunc ille testis iuret taliter : Quia ego hoc meis auribus audiivi et oculis meis vidi, quod istius hominis priora opera fuerunt in isto agro quam tu, et labores fructuum ille tulit. Post sacramentum reddat agrum ④ (XVII, 1) ④ Si quis homo pratum vel agrum vel exartum alterius contra legem malo ordine

- invaserit, et dicit suum esse, propter praesumptionem cum VI solidis componat et exeat」(Dahn, a. a. O., S. 258 ; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 455. Anm. 3, S. 673. Anm. 6, S. 677. Anm. 24 参照)
- (49) 但し、後註(78)を見よ。
- (50) cf. Merkel, a. a. O., S. 112, Anm. 8.
- (51) v. Behmann-Hollweg, a. a. O., S. 26 mit Anm. 4 ; Hübner, a. a. O., S. 35 mit Anm. 3, S. 44, Anm. 3 ; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 673 mit Anm. 6. この「malo ordine invadere」の訴訟は、周知の如く、不動産訴訟手続が、元来、刑法的性格を有したことが認められる(Heubner, a. a. O., S. 40, 44, 109)。
- (52) すなわち、右(51)の場合においても、通常、非占有者(第三者)が、現占有者を召喚し、これに向かつて、目的物(不動産・不動産双方を含む)を「汝は不法に占有したり(malo ordine possidisti)」と訴えを提起し、これに対して、被告が「余は不法に占有せず(non possedi malo ordine)」と答える(「この法は、後代の法律 ein Mann, ein Wort の如く)と云ひ、弁護手続が開始されたか否かを」cf. Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts, I, 1885, S. 387 ff. 参照。ウェーバー『法社会学』(世良晃志郎訳)六七頁も見よ。
- (53) 因みにメルケルによれば、ドイツ法は中世、原則として、あらゆる占有権(Besitzrecht)について、前主の担保引致(Gewährschaft)による証明を「事業者」課したが、この概念「Deliktssklage (Anelang) の如きは被告が、これに對して Civil-od. schlichte Klage の如きは、原告が、前主を援用して起す場合にのみ認められる(Merkel, a. a. O., S. 114 (Anm. 11))。
- (54) 交換(commutatio)については、XVI, 8 (=C. Eur. 293) 及び「売買と同様の効力を有する」(commutatio, hoc est quod cambias, talem qualem entio habeat firmitatem)に「参照せよ」cf. Walter a. a. O., II, S. 214 mit Anm. 20 Dahn, a. a. O., S. 298 mit Anm. 9.
- (55) 關於この点 cf. Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 671 (Anm. 125). 更に、Dahn, a. a. O., S. 356 及び「この如く(49) (die Verpflichtung nur des Verkäufers, nicht auch des Schenkens), dem Käufer für sein Besitzrecht

zu halten) が、しかし、他面、S. 354 は贈与を含めていゝ。なお、十二表法時代のローマ法においては、被告(現占有者)が目的物を贈与 (Geschenk) によつて取得したときは、彼は前主(すなわち贈与者)を援用できず、「事件を独立して防禦」せねばならなかつたとせられる (M. Kaiser, Römische Privatrecht, 9. Aufl., 1976, S. 110. 柴田光藏訳『ローマ私法概説』二一七頁)。

(29) Siegel, a. a. O., S. 260. cf. Rabel, a. a. O., S. 168 mit Anm. 5.

(25) (XVI, 13) ≙ Simili modo, qui propria donaverit, ut quibusdam iniustus machinamentis sibi sociaret, quod nunquam tenuerat. 〓、なお、久保正輔『西洋法制史研究』二二六頁註(30)も見よ。

(28) このことば、ドイツ法史教科書では、次のように述べられてゐる。„dem Käufer gegen die Eviction [=Entwehrung] Gewähr zu leisten und ihm gegen Dritte zu vertreten“ (Walter, a. a. O., II, S. 213 mit Anm. 4). なお、前主 (auctor) によつて「権利の防禦 (defendere)」は、「口頭手続におもむく被告の権利主張 (例へば、XVII, 2. 1) における如く) の場合と同様」に、≙ vindicare」と呼ばれたとせられる (Zoepfl, a. a. O., III, S. 155 mit Anm. 4 (a) ; Rabel, a. a. O., S. 174, Anm. 2)。

(26) と同じで、これまで、とくに第三者による目的物返還の主張 (Ansprache Dritter, Drittransprüche) について述べてきたが、中田博士によれば、「売主の担保は古代に於ては、(一) 売主違約担保 (守約担保) (二) 相続人妨害担保 (clausula hereditum) (三) 親族妨害担保 (第三者妨害 (追奪) 担保) の四つがあり、後世は、(一) (二) は「当然の事実として特別の担保たる価値を失ひ」、(三) は既に「吸收され」、この結果 (四) のみが売主の担保として存続したとせられた (『日本古法に於ける追奪担保の沿革』「法制史論集第三卷上」七九頁)。この点に関連して、バイエルンの始との寄進文書には、右の (一) ないし (四) に相当する、(イ) 寄進者自身、(ロ) その相続人、(ハ) その血族、および (ニ) 第三者が、後日、寄進目的物 (donatio, traditio) (Dahn, a. a. O., S. 343 (Anm. 7)) に妨害を加えるときは、国庫に賠償金を支払うべく命ぜらるる旨の文言が挿入されているのが、参照せられよう。ところで、二例のみを紹介すれば次の通りである。(寄進者自身、相続人および第三者について) *Asi quis vero*

quod fieri non credo *ego ipse* aut *aliquis ex herediis meis* vel *quis appositus persona* contra hanc donationem venire temptaverit, cum deo iudice omnium et agmina sanctorum excommunicatus appareat et causam quod repetit vindicare non valeat et insuper in fisco culpabilis solidos CCCC componat et nihilominus praesens epistula firma permanent (Nr. 17, a. 752). (相続人、血族および第三者について) *Et siquis de herediis meis* aut *fratres mei* quod fieri non credo aut *quislibet opposita persona*, qui contra hanc donationem venire aut frangere voluerit, imprimis iram dei omnipotentis incurrat et ab omnibus sanctis excommunicatus existat et haec donatio nihilominus firma permanent et ille anathematatus sit ab omni communione Christianorum et hoc quod repetit evindicare non valeat et pro hoc inferat fisco auri libram I, argenti pondus V coactus exsolvat (Nr. 12, a. 758—63). これら二は、(一)寄進目的物に対し妨害を加えんとする者 (qui contra hanc donationem venire voluerit) は、*破門*をもちて処断せらるるべし、(ii)目的物に対しその返還請求の訴えを起し、これによつて目的物を裁判によつてわがものとなさんとす者 (換言すれば、勝訴判決を得て目的物を追奪せんとする) が如きことは不可能たる (hoc quod repetit evindicare non valeat) こと、(iii)目的物の返還請求を訴え出ること自体が賠償金の支払いに処せらるること、などを述べられてゐる。なお、これら寄進文書に述べられた諸文言が、当時の法律文例集における書式の中に見られる点は、Niermeyer, *ibid.*, p. 1071 (venire 2), p. 384 (evindicare 1) の諸例に知られる通りである。これら寄進例、そして他の寄進諸例において、右の如く、*国庫*に対する賠償金の支払いは問題となつてゐるが、これに対し、第三者などが、目的物に対し妨害をなし、これを追奪せんとし、あるいは追奪したるとき、寄進者が、寄進を受けた教会に対して、負ふべき担保責任にひいては、例え、*Formulae Andecavenses* Nr. 1 (これにひいては、Kroeschell, a. a. O., I, S. 60 所掲を見よ) に知られるようなこと(すなわち、目的物自体の価値の二倍額返還、目的物が時と共に価値を増したときの増加分の二倍額返還) など(また、中田、前掲、七四頁所掲法律文例集の例も参照) は、はつきり述べられてゐないようである。ただ、寄進文書に、しばしば、例え、*haec autem omnia loci huius utensilia plenissima devotione ad prae-*

例として用いられるところ。最後に「Dahn, a. a. O., S. 354 (◀Firmare▶▶ローマ法の◀evictionem praestare▶▶(▶Gewährten)◀)。カーザー、前掲書、二七三頁参照。

(61) こうして、フランク時代において、「売主の担保義務は、買主の請求に応じて法廷に於て、第三者に対して買主を防禦することを其骨子」(中田、前掲、七四頁)としており(cf. Gierke, a. a. O., S. 89-86)、すなわち、◀Firmare▶の場合も裁判期日以前手続における「保障」の約束に基づき成立した売主の担保義務は、第一次的には、裁判期日手続で買主のために第三者に対して履行されるべき防禦義務(Gewährschaftsschuld)であつて、未だ、「追奪の場合に於ける弁償義務」(中田、前掲、七九頁)ではなかつたのである。後者は、「売主が防禦に敗れたる場合に於ける、第二次的補充的責任」(中田、前掲、八〇頁)に過ぎなかつた。

(62) これまで、既述(α)の場合における、買主の前主援用について述べてきたのであるが、これに対し、既述(β)の場合においては果して、被告(目的物を事実上奪回した新占有者)が、自己に権利ありと主張せんために、原告(占有を事実上奪われた元の占有者)に対して、前主を援用するといつことを全く許されなかつたのであろうか。XVII. 2. 1によれば、被告は、既述の如く、六名の補助者と共に宣誓をなすことを許されたに過ぎないのであるが、これは、被告がそもそも前主援用を許されなかつた趣旨なのかは明らかでない。

(63) この問題は、売主の防禦義務の法的性格をめぐる問題にかかわる。すなわち、この防禦義務が訴訟法に基因する法定の義務なのか、それとも、売買法に由来する義務なのか、売買法に由来するとしても、それは、売買法から直接に発生する当然の義務なのか、それとも、当事者が売買に際しとくに締結した約束に基づく義務なのか、の問題である。中田博士はこの点につき、「追奪担保義務は法定の義務なりしも、実際に於ては当事者は売買の際特約を以て更に之を確保することを慣例」とした(前掲、七三頁)(cf. R. Hübnér, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl., 1930, S. 578)とせられた。ギールケによれば、当事者に別段の取決めが存しないときには、売主の担保義務は「売買契約【自体】の法定の効果」として発生したが、他面、当事者の約束でもつて担保義務を発生せしめ、ないこともできたところ(Gierke, a. a. O., S. 86 mit Anm. 21)。

とくにこのキールケに対し、近時、G・バルチュは、売主の防禦義務 (Gewährleistungspflicht) を訴訟法から導く見解と、それを売買契約の中に求める見解とについて、それぞれの研究史を概観した上で、部族法典時代のフランク法においては、未だ、売主の防禦義務は売買契約によって発生するものと観念されてはゐなかつたといふ (G. Partsch, Zur Entwicklung der Rechtsmängelhaftung des Veräußerers nach mittelalterlichen südfranzösischen und spanischen Quellen, ZRG, Germ. Abt. 77, 1960, S. 104)。また、同様の趣意を以て、古くはG・オット、H. Meyer, Zum Ursprung der Vermögenshaftung im deutschen Recht, Festschrift f. Gierke, 1911, S. 1000—1002, 36—37, 77—78, タイヌスリーベックによれば、売主の防禦義務は、もともと、訴訟法上の防禦負担 (Schirmungslast) を意味したのであって、ここでは、売主は窃盗の嫌疑を暗らすことが問題であつた。しかし、この防禦負担は、既に早期に、売買契約の中へ取り入れられることによつて、実体法 (売買法) 上の防禦義務 (Schirmungspflicht) に変わり、後代、この防禦義務が、慣習法もしくは成文法によつて、法定義務となつた (Mitteis-Lieberich, Deutsches Privatrecht, 7. Aufl., 1976, S. 145)。こうして、売主の法定防禦義務が成立すると、売主は、裁判所に出頭し、買主のために買主の権利の防禦を引き受けねばならず、出頭を拒否したり権利の防禦に失敗すると、彼に対し追奪担保義務が課せられたのである (H. Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., 1949, S. 150)。なお、右のバルチュ、そして右・タイヌスリーベック (フラー・マツカウレ同) の両氏解に拠つて、G. Gudian, Gewährschaftspflicht, in: HWB zur deutschen Rechtsgeschichte 7, 1970, Sp. 1942 を見よ。以下、売主の防禦義務をめぐる諸説および史的概観を指摘するに止めておく。ただ、ハイエマン法の \blacktriangle firmare \blacktriangledown の中には、右「訴訟法上の防禦負担」と「実体法上の防禦義務」とが併存していたように思われる (右述中田博士の見解参照)。

- (84) けだし、ヒヨブナーは、先述 \blacktriangle ego quod tibi donavi cum lege integra et verbis testificatione firmare volo \blacktriangledown (XVI, 17, 1) における売主の約束から、本文右述のように推定したのである (Hübner, Der Immobilienprozess, S. 117) が、「どつどつ」の文言から「のように推定可能なかは判然としない。おそろく、『保障をなさんと欲す』の言葉より、『保

障」を行なうかどうかは売主が任意に決めることができたと思ふことからくるものの如くである。

(65) 後註(98)を参照。

(66) このバイエルン法における「保障」の義務を含め、一般に、部族法典時代ないし中世のゲルマン固有法において、売主の防禦義務をその主眼としたる追奪担保責任が、とくに十二表法時代のローマ古法のそれと「いかに共通の思想に立っていた」かを強調せられたのが、柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』八〇頁註(1) 八一頁註(2)であった。ローマ法における追奪担保責任については、中田、前掲、五九頁以下、船山亨二『ローマ法』第三卷、一五九頁以下、吉野悟『ローマ所有権法史論』五三頁以下、カーザー、前掲、二一六―一七頁、柚木馨編『注釈民法(4)債権(5)』二二七―一八頁、高木多喜男『他人の物の売主の責任(一)』『神戸法学雑誌』八の四、五九九頁以下など参照。高木氏は、古代ローマ法上の追奪担保責任とゲルマン法上のそれとの「酷似」を、ローマ法における追奪担保責任の内容が「Eius(物の事実上の支配)の保証」、ゲルマン法におけるそれが「Gewereの保証」であったところに見る(前掲、六〇五頁)。要するに、いずれの法においても、売主に「完全な権利の供与義務」を課してはいなかった(柚木馨編、前掲、一二八頁、カーザー、前掲、三三五―六、三三九頁)ところに「共通の思想」があり、これはまた、中田博士によれば、売主の防禦義務が「刑事訴訟法上の責任」であった(前掲、八三頁)ところに求められるであろう。なお、柚木教授は、「追奪担保責任の領域においては、古代諸法はいずれも軌を一にして早期の発展をとげた(柚木、前掲著、七九頁)とせられた(因みに、中国法では、「売買証書のうちに第三者追奪担保文書が記された」のは西暦一八四年のこととされる(仁井田陞『中国売買法の沿革』『補訂中国法制史研究土地法取引法』三九三頁)が、同じく売主の防禦義務といっても、ハンムラビ法典の規定(第九、一〇条)における場合は、売主が買主を防禦する本来の目的は、彼が目的物を「買主の手許にのこらせる」ためではなく、売主自身が盗人として殺されないよう、「自己の生命を全うする為め」なのであった(原田慶吉『楔形文字法の研究』一三六頁)。ここには、原初の時代における売主の防禦義務の極端な刑法的性格が窺えて興味深い。

(67) cf. Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 446.

- (68) Hübner, a. a. O., S. 20 ; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 443 mit Ann. 9.
- (69) cf. Brunner, a. a. O., II, S. 366 ; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 494.
- (70) ところで上述の如き「保障手続」開始に向けて起こった、売主・買主間の「保障」の約束すなわち「訴訟契約」は、果してフランク時代バイエルンに比較的によく行なわれた *wadiatio* (Wettvertrag) (参見前掲 Niemeyer, *ibid.* 1976, p. 1120—23 に数多く収録せられてゐるフライジントク教聖堂寄進文書からの諸事例を参照) の形態をとりて締結されたものであつたか、またこのとき「訴訟契約」の履行を担保するために保証人が設定されたであらうか (cf. F. Beyerle, *Das Entwicklungslingsproblem im germanischen Rechtsgang*, I, 1915, S. 94)。これらの点は、残念ながら分からぬ。ただ、*waditio* がバイエルンにおいてひろく用いられた事実 (後註 (12) (13) 参照) から、肯定的に考えた。 (なお、寄進目的物の引渡 (*firmare*) (前註 (28) 参照) と *waditio* にごつては、次の寄進文書の例を見よ。▲ *Aliud vero posterior domus dei a Starchoffo qui praesens nondum fuerat, sed per manus nepoti sui Tisoni presbyteri tradidit et filiorum eius firmavit et potestatem illis et wadium dedit hanc traditionem agere et firmiter firmare quorum nomina Rimdeo, Ratolt, Hiltolt* (Nr. 91, a. 778). cf. Niemeyer, *ibid.* p. 1122 f.) とすれば、一般に、古ゲルマン時代訴訟法および初期フランク時代 (メーロウガ朝期) 訴訟法の形成発展において、契約 (*Gedinge*) の果した役割には極めて大きなものがある。召喚手続 (*mannitio*) もまたこのよりの契約 (「訴訟契約」) から発展してきたものでもある (F. Beyerle, a. a. O., S. 107)。このよりの契約およびその変化 (すなわち、当事者の自由な合意 (*Parteiwillkür*) から、官位による強制 (これに違反するときは *Bannbuße* の支払いが義務づけられた。) に基づく契約締結への変化) から、訴訟法の構造およびその変遷を明らかにしようとするのが、F. Beyerle, a. a. O. における著者のテーマのひとつである (cf. S. 89)。訴訟法にあらうて契約の有する意義については、やはり Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 493ff. (§ 104 *Die Wette im Rechtsgang*)、広中俊雄『契約と法の法的保護』二九—三〇頁、同「契約形態の歴史について」『民法論集』一七四頁、ウエーバー、前掲書、一一五—一六頁参照。

(71) ここでは、被告(現占有者)は、前主(auctor, fordro)を知らぬ旨を六人の補助者をもって宣誓することと義務づけられた。この宣誓は隠匿行為(hide faciat)であつた。◀Quod si in ipsa hora, quando res intertatur, responderit, quod fordlronem suum nesciat, tunc in praesente sacramento sibi septima manu fide faciat et super XIV noctes cum iurare student, quod auctorem vel casa seu postem ianuae auctoris sui nesciat et ipsam rem sine damno reddat▶ (Fr. Beyerle-R. Buchner, ibidi, p. 90)しかし、被告が宣誓を行なつたのは、窃盜の贖罪金を免れるために過ぎず、動産自体は原告に返還せねばならなかつた(なお、前掲拙稿、一〇五頁註(58)本文を参照)。

(72) ここでは、被告(盗人より善意取得した現占有者)は、売主(盗人)を発見し得ぬときは、「宣誓と証人とでも」「無実の証明を義務づけられた。▶Si quis a iure nesciens comparavit, requiret accepto spatlo venditorum: quem si non potuerit invenire, probet se cum sacramento et testibus innocentem. Et quod apud cum cognoscitur, ex medietate restitualet furem quaerere non desistat...▶ (Ul. Vis, VII, 2, 8) の証明に成功するまで、被告は動産の半分の返還を義務づけられた(なお、世良、前掲書、二六六頁註(三三)参照)。

(73) なお、フオン・シユヴァエリーンは、不動産をめぐる前主援用の手続について一般に、前主(売主)が死亡してしまつたときは、被告(現占有者・買主)は、鬻争の土地は死亡前主がこれを被告に売却したものであることを証明すればよかつたといはる(Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 679 (Ann. 35))。しかしその根拠は明らかでない。また、これは、次のように、Extravaganlia B zur Lex Salica c. 7 を根拠として言及されてゐる。▶Et si ille mortuus est, qui vendidit, debet probare quia illo die quando sibi vendidit [in sua] proprietate habebat quieto ordine, et mortuus est, et non debet ille [alios] testes dare super ipsius testes▶ (H. Gefleken, Lex Salica, 1898, S. 94; J. Fr. Behrend, Lex Salica, 2. Aufl., 1897, S. 167; J. H. Hessel, Lex Salica, 1880, col. 421)。また、この箇条の下に、R. Hübler, Der Immobilienprozess, S. 114 mit Ann. 2, S. 115; K. Rauch, Spurfolge und Anfang, S. 39; derselbe, Spurfolge und Dritthandverfahren in der fränkischen Rechtentwicklung, ZRG, Germ. Abt.

68, 1951, S. 7 mit Anm. 14 を見よ。ただ、フォン・シュウエリンは、この場合、被告が証明に成功すれば確かに盜犯の贖罪金は支払わなくてもよいが、しかし不助贖自体はこれを返還せねばならなかつたかどうかについては明言していない。この点についてラウフによれば、被告は、第一に目的物はこれを返還せねばならなかつたかどうかについては明言していない。第二に、前主が被告に目的物を売った時点において前主は目的物を同じくとも妨げられずに (quieto ordine) 占有しておつたこと、の二点を証明し得たときはじめて目的物を返還せずに済む、これに対し、第二点の証明に失敗する、賠償金には処せられないものの目的物はこれを原告に返還せねばならなかつたもの如くである (Rauch, Spurfolge und Dritthandverfahren, S. 8 (Anm. 8, 9))。

- (74) ンイヘルン法では、原告は *quasiator* (XVI, 11, 2) ・ *ille qui quaerit* (XVII, 2, 2) ・ *ille qui quaerit causam suam* (XIII, 2, 1) などを用いて、被告を起すこと *interpellare* (XV, 6, 2) (例 *inter* ・ *ibique surrexit in praesentia Regimertus advocatus Hittonis episcopi [von Freising] et interpellavit Nidkerum episcopum [von Augsburg] et defensorem eius Anthugi pro ecclesiam quae est constructa in loco nuncupato Chenperc dicens ipsam supradictam ecclesiam ad Chenperc cum omnibus ibidem pertinentibus in episcopatum sancte Marie ad Frisinga pertinere debere* (Nr. 475, a. 822) を参照)。これに対し、召喚は *ンイヘルン法* ではなくて *malare* ・ *malatio* (XIII, 2 ; XVI, 17, 3 参照)。

- (75) cf. Dahn, a. a. O., S. 259 (Anm. 5, 6) ; Brunner-v. Scherwin, a. a. O., S. 679 mit Anm. 33 (「原告は、担保引受人〔売主〕に対し、土地の不正な侵入 (malo ordine invasio) ではなく、土地の不正な譲渡 (iniusta donatio) について、非難を加えるものである」)。

- (76) ラテン語を付したる部分は、筆者の作文である。

- (77) 前註(49) (50) の本文を参照。

- (78) しかしながら他面、このような土地占拠の起る場合、被占拠者(買主)については、次の如き事例が完全には排除せられないことに注意。すなわち、第三者が土地に侵入しこれを占拠する(場合によっては、土地に侵入しこれを占拠する虞れが

ある)とき、これに対抗して、土地の占有を奪われた(場合によつては、土地の占有を奪われる虞れがある)買主が、土地の売主を担保引受人(前主)に引き合ひに出しつゝ、第三者に向かい土地の返還を求める(場合によつては、土地への侵入占拠の虞れを排除する)というが如き事例である。こうなると、買主が原告、第三者が被告となる。しかも、売主の既述「何れに汝は、余が世襲の権利に基づき正当に」買主に「譲渡したる土地に侵入を企てるや」の主張は、むしろ、このような事例においてこそよく理解できるところなのかも知れないのである。いずれにせよ、従来の研究では、「保障手続」が現実に起るのは目的物をめぐる当事者のいかなる状況の下においてであるかが、おぼろ明かかたは、いかなるものである。

- (79) cf. R. Sohn, Fränkisches Recht und römisches Recht, ZRG. Germ. Abt. 1, 1880, S. 31 (Ann. 41), S. 32, Anm. 41. なお、W. ヘルの次の見解も参照。„Der Handschuh als *manus vestita*—überreicht, hingeworfen, oder zugesandt—wird zum Wahrzeichen des Besitzes wie der Botschaftsfertigung.“ (W. Ebel, Recht und Form. Vom Silwandel im deutschen Recht, in: Probleme der deutschen Rechtsgeschichte, 1978, S. 263)

- (80) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 670.

- (81) 栗橋三郎『契約法』五六頁。なお、前掲拙稿「一六頁註(9) 該書本文および一二六頁註(8) 参照。これに対し、不動産に就いては、ヒュプナーによれば、前主は目的物の返還を受けようとはなかつたと言われ (Hübner, a. a. O., S. 117 (Ann. 1))。フレンナーは、不動産に就いてはこれが起つたと言われ (Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, II, S. 516 (Ann. 24) ; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 679 (Ann. 32))。後代、ザクセンニコミューゲルによれば、前主(担保引受人)は、動産・不動産につき裁判の間、これの返還を受けた。「誰か所有地あるいは動産を売りし者は、このことにつき、彼は、彼が生存する間は担保引受人たるべし。しかし、彼が目的物を防禦する間は、人は、目的物を、これを彼が保持すべきこととなるも失はざることなるも (zu behaltene unde ze vorliesene) 彼のゲサエーレの中に委ねるべし」(『Swer eigen oder varende habe verkouft, des sol her gewere sin die wile her lebt : men sol aber ime dez güt läzen in sine gewere zu behaltene unde ze vorliesene, die wile her is vorstän sol』) K. A. Eckhardt, Sachsens-

piegel Landrecht, 1933, S. 128 (≡ 83 § 3). 久保・石川・直屋『ザクセンシビールゲルラント法』三四四 五頁參照。
 なす。右 \blacktriangle zu behaldene und ze vorlesene \blacktriangledown の意味に \blacktriangledown として J. W. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im
 Mittelalter, 1879, S. 541 を見よ。

- (82) これら移転契約 (traditio) と占有引渡 (investitura) とは、周知の如く、発展の初期段階にあつては、土地の譲渡行為
 において、決して分離せられ得ない統一的行為としてあらわれており(しかし、概念的には、発展の初期段階について、こ
 れら二つのものは相互に異なるものとして区別せねばならぬ)。Brunner, Zur Rechtsgeschichte der römischen u.
 germanischen Urkunde, I, S. 273。土地の現場で行なわれた現実的な引渡行為であつた。この引渡行為は史料で traditio
 \blacktriangledown と呼ばれた。 \blacktriangle investitura \blacktriangledown なる言葉はこの意味の \blacktriangle traditio \blacktriangledown と同義語であつた (Heusler, a. a. O., S. 16—7)。や
 してこのよつな現実的な引渡行為は特定の象徴物 (Investitursymbole) を用いて行なわれねばならず (Schröder-Künz-
 ber, a. a. O., S. 305)。しかし、この象徴物は、原初的には、引渡の目的物たる土地自体から切り取つたものでなければ
 ならず、これが土塊 (Erdstolle) や芝生 (Rasen) であつたのである (Brunner, a. a. O., S. 276)。土地譲渡行為が、
 現実の上でも、これら移転契約と占有引渡とに分離せられるに至つたのは、ホイストラーによれば、八世紀中頃に降であり、こ
 の契機となつたのは、寄進行為にあり(寄進行為における熱狂性)。ここでは、土地の移転が、理職者の説教途中にこの説
 教に感激して、教会の祭壇の前で、即座に約束せられるに至つたのである。こうしてかの \blacktriangle traditio \blacktriangledown はもはや土地の現業で
 行なわれずともよくなり、そしてこのよつなものとなつた \blacktriangle traditio \blacktriangledown を補充するものとして今や別個に \blacktriangle investitura \blacktriangledown が
 出現したとせられる (Heusler, a. a. O., S. 17—8)。ただ、わが「保障」の手續に窺える後述の要式行為は、未だ、発展の
 初期段階にあつた土地譲渡行為すなわち統一的現実的な引渡行為 (\blacktriangle traditio \blacktriangledown) であつたものと思われる。

(83) J. Grimm, Deutsche Rechtserörterer, I, 4, Aufl., 1899, S. 160, 180.

(84) O. Gierke, Schuld u. Haftung, S. 305 (Anm. 40).

(85) cf. R. Sohm, Die fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung, 1871, S. 138f.; E. Kaufmann, Die Erfolgs-

- haftung, 1958, S. 33f.
- (87) J. Grimm, a. a. O., II, S. 87, Nr. 3 : Schmeller-Frommann, Bayerisches Wörterbuch, II, 1872-77, Sp. 646 (farsuifrotos, forsaueritos < farsuerian, perjurare). Sp. 645 (hehd, schwören : mhd, swern : ich swer, ich swuor, gesworn; ahd, suarhan, suerian, suerran. . .) ; G. Köhler, Althochdeutsch-lateinisches Wörterbuch, 1974, S. 193 (swerran (schwören) : (fir) swerran (falsch schwören) ...perjurare).
- (87) この点を強調するのが London, a. a. O., S. 422 以下のこの問題は改めて扱った。
- (88) この点に関しては、売主が、判決履行契約(後述)において、彼が買主に売った土地につき『余は、故(第三者+原告)の土地を他の者に与へたりしこと (quod tuam terram alteri non do)』(XVI, 17, 3) ‘すなわち土地を第三者自身の所有物であるたうことをなかり説明ししるはたうこととを参照。
- (89) これが、大方の見解である。例えば Siegel, a. a. O., S. 250 ; Haiss, a. a. O., S. 103 ; Gengler, a. a. O., S. 4 ; Brunner, Zur Rechtsgeschichte, a. a. O., S. 256; Hübner, a. a. O., S. 116 ; Gierke, a. a. O., S. 305 (Anm. 40) ; Grimm, a. a. O., I, S. 160, II, S. 87 ; Gillis, a. a. O., S. 38 (Anm. 6) ; Dahn, a. a. O., S. 354(到)或(到) ; Brunner v. Schwerin, a. a. O., S. 679 (Anm. 33) など。この土地を異なすのが、前掲(8) 前掲 Rabel, Löning, Heusler, Dahn の見解。この点、前掲(8) London の所論は、同く、Merkel, a. a. O., S. 118 (《firmare》=《soleenne Vertragsverlaubarung》) ; Meyer, Entwurfung und Eigentum, a. a. O., S. 41 (《firmationseid》) を参照。なお、右の Haiss は、他前、XVI, 17 の《firmare》は土地の「占有の引渡」(Investitur) のものとも見て、したがってこの意味で、《firmare》自体は何のシステムも法に特有なものではない。システム法に特有なのは、《firmare》が前主にその Gewährschaft に利用された点にある (S. 105, Anm. 1) の《firmare》= Investitur の見解は、メルケルが、《traderere》=《firmare》= eine Handlung であることを見ることが出来る (Merkel, a. a. O., S. 118 (Anm. 17.)). 右の如き見解は、《firmare》をかりし、前掲(8) の意味に解して、たうことである。例えば、

- メルケルは次の例を挙げるのわけ (Merkel, a. a. O., S. 118, Anm. 16 (ウラビ' Anm. 17 の誤植を免す。))
- ▲*Præfatam ecclesiam in antedico loco cum rebus ipsis iam dictis prædicti traditores confirmaverunt, hoc sunt septem mancipia duos curtes...* (Nr. 228 [H. Meichelbeck, *historia Frisingensis* I, 2, 124 n. 198], a. 806)
- (90) メルケルは、引渡の「縁返」は「純粹に偶然なもの」であり、「外部的な事情によつて惹起されたもの」をすべし。換言すれば、「保障」の行為 (Firmationsact) は、「保障」に先立って行なわれていた最初の引渡行為 (frühere Tradition) とは独立のものとしてのわけ (Merkel, a. a. O., S. 118)。ダーンは、これに対し、売主の最初の引渡に際し相続人が同意を与えておかなかったときに、相続人な▲*Firmation*でもしてその追完をなす場合があるとする (Dahn, a. a. O., S. 354)。
- (91) Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 670 mit Anm. 122.
- (92) (XVI, 14, 1) ▲*Si mancipium fuerit et dicit: 'pater meus mihi reliquit in hereditatem' aut 'ego in propria domo enutrivit eum de propriis meis mancipiis natum'* (XVI, 14, 2) ▲*Similiter de iumentis vel huiusmodi quæ fuerint adserere* cf. Krauch, *Spurfolge und Anfang*, S. 38 mit Anm. 5.
- (93) Merkel, a. a. O., S. 109—110.
- (94) 大公が売主に譲渡したこの奴隷は、罪を犯した奴隷であった。すなわち「大公は、彼〔奴隷〕を、〔償いをなすべき〕義務ある法律上の罪のゆえに、捕え、余〔売主〕に適法に譲渡したり (tradidit)」(XVI 11, 1)。普通、この奴隷譲渡は、単純に、大公の贈与を意味するものとせられていて (Merkel, a. a. O., S. 110; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 670) が、これに対処するには、大公が、自己所有の奴隷の犯した罪について大公自身責を負うべき代りに、逃亡せんとする奴隷を捕えてこれを被害者に委付するこゝで責を免れ (bloße Sachhaltung)、これによつて奴隷自身が刑事責任を負うべきとなされた (Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 724) 4つの場合は、全く想定され得ないだろうか。

- (95) cf. London, a. a. O., S. 422.
- (96) *¶* *fit in ipso placito, quanti fuerint, qui caballum ipsam aut <rem ipsam> aut vendiderunt aut cambiauerunt aut fortasse in solutionem dederunt, omnes intra placitum istum communeantur. hoc est <ut> unusquisque <de> cumnegotiatoribus < suis> alter alterum admoveat* (MGH. Legum Sectio I. Tom. IV. Pars I. Pactus legis Salicæ. hrsg. v. Eckhardt, K. A. 1962. p. 183. 邦訳は「世良鬼吉郎「レークス・サリカ」」西洋法制史料選中世』十二頁に於いた)。
- (97) 前註(4)を見よ。
- (98) したがって、売主が買主に売った目的物がこれ自体売主の前主に由来するときは、おそらく、売主は、裁判期日以前手続において、自己の前主を援用し、これによって、自らは「保障」の約束を免がれ、そしてこうなると、買主は、さらにこの前主に「保障」を求めることになつたのではないだろうか。この場合、買主がその度に前主の居場所に赴くこともあつたろうが、裁判期日以前手続において前主の全員が一堂に会し、ここで買主は、目的物の原始取得・相続による承継取得を主張する前主に対し「保障」の約束を求める場合もあつたろう。メルケルは、これに対し、裁判期日手続において、フランク法(先の「I. Sal. 47. 1」)におけるように、前主全員が一堂に会し、この場で買主が、最後に、原始取得・相続による承継取得を援用した前主に対してのみ「保障」を求め(Merkel, a. a. O., S. 116 mit Ann. 13)・他の前主(これらは自らも前主を援用した)は、手続から脱落したものとす(a. a. O., S. 116)。
- (99) 世良、前掲書、三二三頁(メルケル所論の紹介の箇所)。
- (100) したがって、この場合すなわち自ら前主を援用した売主は、「保障」の約束を果さなかつた者として、後述の如く、追奪担保護義務を負つた(XVI. 12) と思われ。
- (101) また、もし、前主が現占有者に対し貸与あるいは寄託した目的物(commodatam または commendatam) (cf. XV. 1) については、「保障」を約束し得なかつたもの(チクスト)には、例えば現行日本民法第五五九条に相当する規定は知ら

れない」とすれば、まず列すことにて「保障手続」の適用範囲は狭くならざるを得ないのであろう。

- (102) このことは、少なくとも動産については、売主が受託者として目的物の返還を受け、訴訟の終結に至るまでそれを保管していたから、容易に起こったことであらう（前註(81)参照）。

- (103) この二語 *terra* と *species* とを「保障」の目的物が不動産であったときと動産でもたゞまことに關係させ得ないのであろうか。いしかえれば、XVI, 12 は、動産、不動産双方の「保障手続」に關係していたものと捉え得ないのであろうか。

- (104) ラーセルはこの「代金返却」と「等価物賠償」とを、古代ローマ法の「担保手続」(actio auctoritatis) における「売主の売買代金二倍額 (duplum) 返還義務 (船田、前掲書、一五九頁、カーザー、前掲書、七二、三三九頁参照) との類似性を認めつつも、古ゲルマン法に由来するものであり、バイエルン法においても最古の法に属するものとして見る (Rabel, a. O., S. 291 mit Anm. 1, 2)。なる、フォン・マツラも、古スエーデン家畜売買法について、売主の「等価物賠償」責任を最古の法 (廣務法) に属するもの *S. v. h. r. v. K. v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht, I, 1882, S. 562 (Anm. 2.)*。

- (105) フォン・シハヴィントは、この XVI, 1 の「絶本」について C. Fur. 286 をみる (H. v. Schwind, a. a. O., p. 431) が、実際には絶本の影響は窺えなく (cf. E. Wohlhaupter (前註(4)), a. a. O., S. 12) 。H. Siems (前註(4)) は XVI, 1 について絶本を指摘してゐるが、E. Wohlhaupter, a. a. O., S. 12, Anm. 2 が C. Fur. 286 を絶本として見る (XVI, 2 について) に過激なものでないか。したがって XVI, 1 は、少なくともバイエルン法の固有法を示すものとするならぬ。(XVI, 1) *Si quis vindiderit res alienas sine voluntate domini sui aut servum aut ancillam aut quaecumque rem, ipsam per legem reddat et consilium aliam reddat,...*

- (106) レネーニクはこれと同義見である。因みに、彼は (イ) (ロ) における担保義務違反 (Bruch der Gewähr) を契約違反として、しかも「代金返却」と「等価物賠償」を「二倍額の罰金」(poena dupli) と呼ぶ (Löning, a. a. O., S. 112)。

- (107) cf. Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 449 (Anm. 48) (古フランス法によれば、担保手続における「原告は最大限回復

の口陳を必要としたらう)。

- (108) Brunner-v. Schwerin, a. a. O. S. 481—5 (Brunner, a. a. O. II. S. 362—4).
- (109) イノト事件の諸形態について、F. Beyerle, a. a. O., S. 27—30 (三種の形態を挙げる) が詳し。
- (110) (L. Alamannorum, 36, 3) ▲*Et in primo mallo spondeat sacramentalis et fideiussores praebent, sicut lex habet, et wadium suum donet ad ipsum comite vel ad filio centenario qui praest, ut in constituto die aut legitime iuret aut, si culpabilis est, componat, qualiter per neglectum non evadat* (Germanenrechte, 2, II, p. 24)。
- (111) 被告の給付義務が直接判決から導き出されるようにして (F. Beyerle, a. a. O., S. 150) のは、一般に、判決不服従者に対する執行手続が形成されてはじめて起ったのであり、しかし、これは、フランク時代には萌芽のままに止まったといわれ (Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 485 (Ann 74, 75) ; Brunner, a. a. O., S. 363)。
- (112) (XIII, 2) ▲*et postea [der vorgeladene u. vor Gericht gegenwärtige Beklagte] respondeat secundum legem et faciat iustitiam, sicut legem habet*。 *144* ▲*iustitiam facere* (の意味は同じ) ； Brunner, a. a. O., S. 340, Ann. 48 ; Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 453, Ann. 69 を参照。
- (113) 例として XVII, 2, 4 で未だに「宣誓の後には土地を返還する」(Post sacramentum reddat agrum) による述べて、これは、原告(土地の占有を奪われた者)側証人が原告の権利につき証言を行ない、こうして原告が権利の証明に成功するとき、被告は原告に繫争地を返還するべきことを命ずるものであるが、これにつき世良氏は「原告が証人による証明をすませたわけであるから、この最終判決が下され、たとせられるのである」(世良、前掲書、三三三頁註(七))。但し、▲*Post sacramentum reddat agrum* が、果して本首に「証明手続後の判決手続を示しているものか、この文言だけでは分からなかつたであらう。
- (114) 判決履行契約締結の発展諸形態については、Beyerle, a. a. O., S. 139ff. を参照。すなわち、①原被告当事者が当事者自身

に向けて契約を締結する。②当事者の一方が裁判官に向けて契約締結を誓約し、他方の当事者は、裁判官の手を通して給付を受け取る。③裁判官が直接当事者に対し契約締結を命ずる。の諸段階である。前註(10)のL. Al. 36, 3は、バイアレによれば、右第二段階のものが与えられる(S. 148. cf. Sohn, Fr. R. u. G. V., S. 178 (Ann. 137))。但ジョン・オン・シヤサマリーン(17)に懷疑的である(Brunner-v. Schwerin, a. a. O., S. 485. Ann. 75)。本ドイツ法における判決履行契約の形態は、いろいろもたれ、右第一段階のものである。

(115) Gierke, a. a. O., S. 312 (キールケは、フラインジントウ教壇堂の寄進文書に「*in forma*」のよりに述べて)。

(116) 但し、キールケは、この点は蓋然性があるのを見做す(a. a. O., S. 313)。

(117) H. Zoepfl, Die Fauna Chamavorum, 1856, S. 50.

(118) 前註(8)参照。

(119) Gierke, a. a. O., S. 259, 313.

(120) 前註(11)の本文参照。14号 H. Brunner, Die fränkisch-romanische Urkunde als Wertpapier (1877), in: Forschungen (1894), S. 592. Ann. 3 (Wadium=Perfektionsmittel des Vertrags).

(121) H. R. Hagemann, Fides facta und wadium, ZRG, G. A. 83, 1966, S. 25-6. ニーゲマンは fides facta (トマンク法)・wadium (ランコンド法) (後述) (この二れも要式契約) に「*in forma*」これと「債務契約 (Schuldvertrag) かもしくは責任契約 (Haftungsgeschäfte) か」ところように、二者択一的に理解する考え方を排し、これに対し、それらの本質を、債務契約と責任契約との Kombination に見らうとするのである(S. 33)。

(122) 上山安敏「ゲルマン部族法時代に於ける債権関係の一考察」(『法字論叢』六二の四)八九頁。

(123) Niermeyer, *ibid.*, p. 1121-2. ニヤイ、L. Bai, ニヤイは「wadium」文書の全四例、そのうち、そのXVI. 17, 3を「*debitor* who, in consequence of an unlawful act or a contract, has assumed obligations towards the opposite

party (the creditor) の諸例の一部分として掲載され、さらに、フラインク司教聖堂寄進文書集における諸例も九例掲載せられており、ワティウム授受手続が、これの古典的領域たるランユバルド法領域と併んで、バイエルン法領域においてもいかに発展していったかが窺えよう。因みに、I. Bai. に於ける XVI. 17. 3 を除く他の三例を紹介すれば次の通りである(いずれも範本に由来しなく)。 (I, 6, 7) ▲quisquis de rebus ecclesiae furtivis probatus fuerit, ad partem fisci pro fredo praebeat *fideiussorem* et donet *nuadium* de XL solidis et tantum solvat, quantum iudex iusserit▼。(II, 14, 4) ▲De omni causa quae componenda sunt, qui contra legem fecit, componat, sicut lex habet, et donet *nuadium* comiti illo de fredo, sicut lex est▼。(XI, 4) ▲Postquam intraverit [alienam domum] et se cognoscit rerum, injuste quod intrasset, det *nuadium* domino domus : et si ille defuerit, mittat ipsum *nuadium* supra liminare et non cogatur amplius solvere quam III solidos▼これらの三例は、罰金や賠償金の支払いを約束するときにワティウムが交附せられる一例として、これに対し、XVI. 17. 3 の例は、ある行為の合法性、あるいは裁判所における陳述の正当性について責任を引き受けるときにワティウムが交附せられる一例として、それぞれ紹介せられているものである。なお、バイエルン法におけるワティウム授受手続については、Gierke, a a. O., S. 304ff. を参照。

(124) Gierke, a. a. O., S. 305 (Anm. 43).

(125) 世良、前掲書、三三六頁註(三三) も同し。

(126) ホイスラーは、ワティウム授受手続 (Wadation) は、原初的には、象徴的な要式契約 (Formalcontract) ではなくて現実的な担保物設定行為 (reelle Pfandsatzung) であつたといふ (Heuser, a. a. O., II, 1886, S. 248)。そして、ここで、ワティウムの請戻は、担保に供せられた、ワティウム交付者の誠実や名譽の請戻を意味したのであつた。この点については、モースが次のように述べるのを参照。「このようにして渡された担保物にはそれを交附した者の個性がしみ込まれてゐる。それが受取った者の手中にあるという事実によつて、それを交附した者は契約を履行し、その物を取戻すことによつて解放されたいという気持ちに駆立てられるようになる」と (マルセル・モース『贈与論』(有地亭訳) 二二六頁)。

(127) Gierke, a. a. O., S. 77f. なおこの「人的責任」・「物的責任」・「財産責任」については、小早川欣吾『日本担保法史序説』(一九七九)四四七頁以下参照。

(128) 中田薫『独仏中世法ニ於ケル債務ト代当責任トノ區別』(『法学協会雑誌』二九の十二)三八頁。

(129) Sohn, Das Recht der Eheschliessung, a. a. O., S. 38 mit Anm. 32; Gierke, a. a. O., S. 284ff., 294ff.; Schröder-v. Künberg, a. a. O., S. 317ff., 320 (Anm. 115); Brunner, Die fränkisch-romanische Urkunde, a. a. O., S. 592ff. 十山『前掲論文』七頁以下。とべりマンホント法ビロジは、オムド、Niermeyer, ibid., p. 1120—1

所掲の Ed. Roth, 360, 361 さびの Littrandi leg. 15, 36, 37, 38, 40, 128 の諸例を参照。また、アードルフ・ヴァッハ『仮差押訴訟の歴史的発展』(三) (中務俊昌・岡徹訳)『法学論叢』一〇四の一、九四頁註⑥、九六頁註⑦の諸例を参照。

(130) 例々は、(一) L. 6, 7 (前註(12)参照)、(ロ) Kroeschell, a. a. O., I, S. 101—2 所掲例(《Fideiussor Uuofleoz wadiavit omnia similia, item Uuofleoz fideiussor pro altare XL solidos, item Uuofleoz fideiussor》(Nr. 401a, a. 813)。キールケによれば、この例は、保証人自身による wadiatio の事例、すなわち、保証人は債務者交附のワディウムを受け取るのではなく、自分自身のワディウムを債権者に交附し債務者の債務を引き受ける事例とされる。Gierke, a. a. O., S. 312 mit Anm. 75)。なお、フライジック司教聖堂の寄進文書から初期の二例を紹介すれば次の通りである。(一) 《Et sponderunt se Engilhardus et Hrochoflus, quod hanc hereditatem amplius querere non debuissent nec unquam hoc movere praesumerent nec Uuagone[m] clericum amplius inquietare et dederunt wadium confirmationis et fideiussor inde est Ksathardus iudex et pacificaverunt eos et haec hereditas evindicata est a Uuagone clerico et ad Helmoinum advocatum eius》(Nr. 227, a. 806)。(《evindicare》=obtenir en justice l'adjudication de la chose revendiquée, avoir gain de cause. Niermeyer, ibid., p. 384) (二) 《Et reddidit eam per wadium suum et fideiussorem Hagunonem dedit. Et evindicavit eam ipse advocatus》(Nr. 251, a. a. 807)。右二例における保証人は、債務者が権利を放棄しこれによって教会や聖職者の有に帰せしめられるに至った土地が、再び債務

者による侵奪せられたるの起るはなごために認定されたものなり。cf. Gierke, a. a. O., S. 307 (Anm. 54), S. 308 mit Anm. 55.

(131) 次の例を参照。▲Si quis dederit unadia, et eam recipere neglexerit, componat, sicut in anteriore edicto legitur. Et si ille, qui ipsa unadia acceperit, reddere neglexerit per fideiussores et apud eum remanserit, sic componat, quomodo et ille, qui unadia sua recipere neglexerit (Liutprandi leg. 36) (邦訳は前註(12)所掲『法学叢書』一〇四の二、九四頁註(9)参照)

(132) フルンナーは、これに対し、保証人がワディウムを受け取るのは、「債務を負いたる者」としてではない、すなわち、保証人は、彼が債権者の満足のために債務者の財産を差押える「法的権力」を獲得せんために、ワディウムを受領するのであると云ふ (Brunner, a. a. O., S. 593, Anm. 5)。

(133) Sohm, a. a. O., S. 38, 39 (Anm. 35), 40, Anm. 35. なる世説、前掲齊三三六頁註(三八)参照。因みに、ノームは、wadiatio を真正契約に於いて債務者及び担保に於ける之の差押ふるに比して (Hagemann, a. a. O., S. 1 mit Anm. 7) (たゞ(14)Wette) ←der obligierende [=verpflichtende] Vertrag, der den Schuldner bindende Vertrag. Sohm, a. a. O., S. 35 (Anm. 23), 36)。

(134) 次の例を参照。▲Si quis alteri homini unadia dederit, et antequam eam per fideiussorem liberit, uiolenter de manu illius abstraxerit, cui eam dedit, componat ei, cui ipsa unadia abstraxerit, solidos 24 (Liutprandi leg. 37). 邦訳は次を参る前註(12)と同一。▲Si quis alii unadia dederit, et noluerit eam per fideiussores suos recipere (Ib. 38) 担保(12)の趣を具す。

(135) Fr. Beyerle, Der Ursprung der Bürgerschaft, ZRG. G. A. 47 (1927), S. 590—2. cf. Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 508—13; E. Kaufmann, Bürgerschaft, in: HBW zur deutschen RG, 3 (1966), Sp. 567. 高浩「ロータリ王法典邦訳」(五)『神戶法學雜誌』四三〇一—三頁。

- (136) Sohn, a. a. O., S. 40, Anm. 35.
- (137) 因みに、バイブルによれば、リットブランド王勅令（とくにこのうち七二〇年代のもの）における保証人は、「執行的支払保証」と「純粹な支払保証」の二段階の保証人を含んだという（稿浩、前掲、三〇三頁末尾参照）。
- (138) H. Gelfcken, Lex Salica, a. a. O., S. 287 (Postquam ⑤頁)。Schröder-v. Künzberg, a. a. O., S. 317 (Anm. 104)。
- (139) «Et si vivent ambo, quod spondit qui vuadium dedit. Et si homo non dat, fideiussor quantum spondit pro neglectu debitoris det» (Lex Salica. Extravagantia. B. VI. Gelfcken, a. a. O., S. 94)
- (140) «si non, pro iecto componat XV solidos et supra quod spondit» (a. a. O.) 149' 前註 (註) ヲ其レト十ニ「前掲論文」七六頁註⑤の本文参照。因みに「Iectus」＝「Ungelohrsamsstrafe (Sohn, Fr. R. u. G. V., S. 169 (Anm. 96))」。
- (141) «Postquam autem debitor vuadium dederit, liber erit, si fideiussor moritur, propter vadium quod emisit in debitore» (a. a. O.) 110の箇所を註して「Sohn, a. a. O., S. 40, Anm. 35, S. 44, Anm. 43 ; K. v. Amira, Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik, 1909, S. 152 mit Anm. 5 ; Gierke, a. a. O., S. 274 mit Anm. 55, S. 296 mit Anm. 13 ; Schröder-v. Künzberg, a. a. O., S. 324, Anm. 324 参照参照」。
- (142) Gierke, a. a. O., S. 296, Anm. 13.

【未完】