

取得ヲ必要トシタ。然テ *Corpus*ノ取得カナイト
コロ、*Ideelle Gewere*ヲ *Besitz*トシテ認
メナイコト、ナツタ。併シ登記制度カ行ハレテキ
タ地方テハ *Auflassung*、或ハ判決ニヨツテ
取得シタ不動産物権ヲ登記簿ニ登記シタトキニハ
一種ノ無体占有ヲ認メタ。例ヘハ奥地利民法ノ序
者カ *Buchbesitz*トイフモノ、如キハ此ノ種類
ノ無体占有ヲアル。

(VI) *Besitz*ノ保護

羅馬法テハ之カ中心テアツタカ故乙、*Gewe-*
*re*ニハ之カ無カツタ、佛法ニハアツタ。所カ羅
馬法カ直入ツテ來ルトソレヲ受ケ入レタカソレハ
*Besitz*ノ保護、即羅馬法ニ於ケル *Possessio*
ニ関スル *interdictum*ノ制度ハ起ルニモ然
受サレタカソノ継受前ニ伊太利ノ寺院法ニヨツテ
之本著シク變化ヲ受ケタ。而シテソノ變化ハ亦
*Gewere*ノ思想ニ基クモノカ多カツタ。

(A) *Possessorium ordinarium* (普通
ノ占有保護制、中世伊太利ノ語、羅馬ニハ無
イ)。

羅馬法ニ於テ他人ノ妨害ニ対シテ動産若シクハ
不動産ノ占有ヲ保護スルコトヲ目的トシタトコ
ロ、*interdictum uti possidetis*ハ
伊太利ノ寺院法ニヨツテ決メ如キ變化ヲ受ケテ粗
乙ニ輸入サレ、*Possessorium ordina-*
*rium*ノ名ヲ以テ行ハレルコトニナツタ。即チ
ソノ變化ハ

(1) 妨害ト奪取トノ混同

元來 *uti possidetis*ハ動産不動産ノ占
有ヲ妨害サレタモノカソノ妨害ヲ除去シテ占
有ヲ保持スルコトヲ目的トシタ許テアルカソ
ノ始メ占有者カ相手オカラ占有ヲ奪ツタモノ
ヲアルトキニ裁判官ハ却ツテ妨害者ノオヲ現
在ノ占有者ト看做シテ之ヲ保護スル制度ヲア
ツタ。然テ此ノ場合ニハ占有回收ノ新タルト
コロノ効果ヲ生シタ。

コノ事ハ罪カニヨツテ占有ヲ奪ハレタ者ハ
尚ホ一定ノ期間ハ *Gewere*ヲ失ハナイトイ
フ *Ideelle Gewere*ノ思想ト一致スルト
コロカアツタカラ、伊太利ノ學說カ占有ノ奪

取ヲモ切當ニ他ナラナイト看做シテ *uti possidetis* ヲ占有回復ノ爲ニ適用スルコトナツタ。

(2) 古キ占有ノ保護。

羅馬法テハ *uti possidetis* ハ訴ヲ起シタ時期ニ於ケル現在ノ占有者ヲ占有者トシテ保護シタ。之亦 *gewere* ノ影響ニ基クモノテアル。

(3) 占有ノ訴ト本権ノ訴トノ混同

(*Possessorium*) (*Petitorium*)

羅馬ノ *uti possidetis* ハ純然タル占有ノ訴テアリ。本権ノ向敵トハ全然独立テアツタカ伊太利及独乙ノ普通占有ノ訴ニハ訴ノ提起ニハ *Besitztitel* (占有ノ権原) ノ提示ヲ必要トシタ。被告モ亦ソノ権原ヲ以テ抗弁スルコトカ出来タ。ソノ点ニ於テ所謂本権ノ訴ノ分子ヲ含ミ。純然タル占有ノ訴タル性質ヲ失ツテキル。是亦 *gewere* ノ思想ニ影響サレタモノテアル。

(B) *Possessorium summarissimum* (最も簡易ナル占有ノ訴)

前述ノ *possessorium ordinarium* ノ訴ハ本権ノ向敵ヲ含ミ。審査手續ハ長明ヲ必要トシタ。従テ占有回復ノ訴トシテハ甚々不適當テアツタ。(例ニヨルト五十年掛ツタ。本権ノ訴ニハ百年カハツタト)。ソコヲ独乙ニ於テモ伊太利カラ *Possessorium summarissimum* トイフ簡易手續ヲ輸入シタ。之ハ普通占有ノ訴ニ先ツテ極メテ簡便ニ當事者ノ何人ガ最近ノ占有者テアツタカラ審理シ之ニ一應ノ保護ヲ加ヘル手續テ。普通占有ノ訴ノ豫備手續トシテ用ヒラレタモノテアル。

(C) *Spolienklage* 占有回復ノ訴

羅馬法ニ於ケル占有回復ノ訴 *Interdictum unde vi* ハ專ニ不動産ノ占有カ他人ノ暴力 (*vi*) ニヨツテ奪取セラレク場合ニ適用サレタモノテアルカ中世ノ間種々寺院法ニヨツテ變化サレテ *Spolienklage* トナツテ独乙ニ輸入サレタ。コノ訴ハ独乙ノ暴力ニヨル場

△=限ラス 苟クモ不正不法ノ原因ニヨリ占有ヲ
奪ハルル場合ニハ目的物ノ動産タルト不動産タル
トヲ問ハス之ヲ提起スルコトヲ許シ、又独リ
奪取者ニ対シテノミナラズ一般的ニ奪取セラレ
タ目的物ノ轉得者ニ対シテモ提起スルコトカ出
來タ。斯ル實ニ於テ著シク unde vi ト異ル
トコロカアル。

(註) 羅馬ノ思想カ *gewere* ノ觀念ト合シテ
Besitz トナリ。近世ニナツテ *Savigny*
カ羅馬法ノ *Besitz* トイフ本ヲ著キ 近世ノ
占有論ニ回轉機ヲ與ヘタ。曰ク「独乙テ説カ
レルトコロノ羅馬法ノ占有ノ保護トカ *Ani-*
mus domini トカハ誤テアル。之ヲ還
元セホハナラヌ」ト。之カ目的ヲアツタ。中
世ノ伊太利、独乙ノ變化シタ羅馬法カラ不純
ノ分子ヲ去ツテ元ノ羅馬法ニ歸レトイフノカ
根本思想テアリ。 *Besitz* 論ハソノ一ノアラ
ハレテアル。

(評) 併シ之ハ非歴史的ナ研究テアル。羅馬

法カ *German* 法系ノ影響ヲ受ケテ必然的
ニ變化シタ。独乙ニ行ハレルニハ独乙固有ノ
分子ト結ビ着イテビナケルハナラヌ。ソレハ
歴史的必然テアル。 *Savigny* ハソノ變遷
ノ動機ヲ無視シテ太古ノ羅馬法ヲ行ハ。トス
ル非歴史的ノモノト謂ハサルコト得ヌ。是 *Sa-*
vigny ノ大ナル矛盾テアルト謂ハレル所以
近世ハコレカラ又羅馬法的ニナツタ。日本ノ
民法モ餘程羅馬法的テアル。

第二節

不動産所有權

第一款

總說

German 民族ハ初メ所有權トイフ概念ヲ知ラナ
カッタ。單ニ物ガ自己ニ屬スルトイフソノ狀態カラ
見テ之ヲ自己ノ *habe* (所持物) テアルトカ自己ノ
Eigen テアル等ト云ツテ其々ニ通ギナリ。

斯ク第13世紀ノ始頃カラ *Eigenschaft* ト云フ
言葉ヲ生ジ。第14世紀トナツテ今日用フルトコロ

、*Eigentum* トイフ語ガ現ハレ^テ何レモ所有権トイフ
概念ヲ示スコト、ナツタ。

(註) 羅馬法デハ *meum esse* (私ノモノ) トイ
ヒ、ソレガ *Dominium* 或ハ *Proprietas* トナ
ツタ、ハ共和政時代ニ至ツテ、コトデアル。

German 法系、所有権ハ動産ト不動産トニ付テソ
ノ作用ヲ異ニシテ其ノ所ガ多イ。蓋シ動産ハ經濟上
物質 (*Substanz*) トシテ重要視サレタニ反シテ
不動産ハ收益ノ源泉トシテ重要視サレタガ故デア
ルコトニ於テハ羅馬法、*Dominium* ト同デア
ルケレド、不動産所有権ニ至ツテハ他ノ物權ト同ジ
ク物、*Nutzungsgerecht* (用益權) ヲソノ中核
トナシ骨子トシテアルトイフ点ニ於テ羅馬法 *Dom-
inium* ト著シク差異ガアル。

今 *German* 法系、土地所有権ニ付テソノ特徴ヲ
尋ゲルト次ノ如クデアル。

(1) 羅馬法、*Dominium* 或ハ *Proprietas* ハ
所有者ガ他ヲ排シテ己一人目的物、使用收益必
ヲナシ得ベキ排他的、權利デアツタノデア
ル、從

テ最古法ニ於テコノ所有権ヲ制限シ得ベキ他物權
ハ極ク僅少ナルトコロ、*Servitudes* (役權) =
(人役權、地役權) アルノミデアツテコノ *Ser-
vitudes* ハソノ本質ニ於テハ所有権ト相敵視スル
(所有権ガ *serve* 役セラレルトイフ觀念) トコ
ロ、異種類ノ物權デアツタ。之ニ反シ *German*
法系、所有権ト向種類ノ支配權デアツテ共ニ同ジ
ク物上支配權ノ一ノ形態ニ他ナラナイ。而已ナラ
ス後世次第ニ發達シタ他物權ナルモ、モソノ起源
ニ溯ツテ見レハ何レモ所有権ノ内容ガ分化獨立シ
タモ、即チ (*Gierke* ノ語デ) *verselbständig-
te Eigentumsplitter* (獨立シタ所有権ノ木片)
ニ他ナラナイ、サレバ *German* 法系ニ於テハ所
有権ト他物權トノ區別ハソノ本質ニ存セス^單ニ物
ヲ支配スル範圍ノ大小ニ存スル。

(2) 羅馬法、*Dominium* 或ハ *Proprietas* ハ
常ニ同一ノ内容ヲ有ツテ居リ、時ト場合ニ應ジテ
階級若シクハ種類ニ分立スルコトヲ許サバルトコ
ロ、單一ナル抽象的ノ權利デアツタニ反シテ、
German 法系、所有権ハ經濟的ノ需要ニ應シテ

種々ノ階級若シクハ種類ニ分立スルコト可能ナ具體的ナ権利觀念デアツタ、即チ永久的ノ所有權ノ傍ニ期限付、條件付所有權ガアリ、自由所有權ノ傍ニ負擔付ノ所有權カアリ、処分可能ノ所有權ノ傍ニ処分不能ノ所有權カアルカ如キ之ヲアル。

例ヘハ Frank 時代ニ國王カラ臣下ニ贈與サレタ土地所有權ノ如キハ永久的、世襲的ノモノハ却ツテ例外デアツテ、通常ハ一代限り、若シクハ數代限りノ所有權デアツタノミナラス受贈者ガ國王ニ忠實ナルコトヲ條件トシタモノデアアル、又同時代ノ末以來現ハレタ個人間ノ死後贈與 Donatio post obitum (羅馬法、Donatio mortis causa 死因贈與ト似テアルガ法律上ノ構成ハ違フ、後述)ノ如キニアツテハ贈與者ハコノ契約ニヨツテ目的物ノ一生間ノ所有權ヲ留保シ、後贈者ハ將來ノ期待的所有權ヲ取得スルモノデアアル、從テ贈與者ハ之ヲ処分スルノ自由ヲ奪ハレ若シ任意ニ処分シタトキニハ死亡シタモノト看做サレテ受贈者ハ第三者ノ手カラ自己ノ所有物トシテ之ヲ回復スルコトガ出來タ。

此ノ種類、一生間ノ所有權 (*Lebenslängliches Eigentum*) ハ中世ニ於テモ夫婦財產制ニ於テ存続シ又ハ之ニ對シテ *unveräußerliches Eigentum* (讓渡不能ノ所有權) ハ近世迄貴族間ニ於ケルトコロノ世襲財產 (*Familienfideikommiss*) ニ於テ近世迄之ヲ見出し得ル。

又中世小地主ノ所有地ニハソノ地方附近ノ *Landesherr* ノ保護ニ服スル結果トシテ *Zins* (地代)、*Fron* (賦役) 等ノ如キ所謂 *Real-lasten* (地上負擔) ト稱スルトコロノ地上ノ永久的物的負擔トイフモノガ固定シテアル、ガ常態デアツタ、ソレハ所謂 *Zinspflichtiges Eigentum* デアル。

(註) 羅馬法デ *Nuda proprietas* アリ、永小作權；*Emphyteusis* ヲ設定スルト所有權ノ實ハナクナリ、單ニ地代ヲトルノミ、ソレデ虛有權ト云ツタガ羅馬法デハ之モ完全ナ所有權デアアル。

German 法系デハ *Ober eigentum*、*Untereigentum* 等ト分立シタ。

(四) 羅馬法ノ所有權ハ個人主義的ノ概念デアアルノニ
反シ German 法ノ所有權ハ組合時ノ團體的ノ色
彩ヲ帶ビテ居ルトコロガ多イ。即チ家族トカ親族
トカ村落トカ云フ様ナ團體的生治ニ起源シタ種々
ノ制限ヲ受ケルコトガ多イ。又後述スル各種ノ共
有制ノ如キモ共有者相互間ヲ結ビ付ケテキルトコ
コノ人法的(或ハ身分法的) *Personnenrechtlich*
關係ニ拘束サレルトイフ点ニ於テ組合的ノ
構造ヲ示シテキル(共有ノトキ更ニ詳述スル)

(四) German 法系ノ所有權ハ羅馬法ノ *Dominium*
ニ反シテ公法的ノ分子ヲ含ムトコロノ權利デアアル。
蓋シ封建制ノ興衰ニ伴ツテ土地所有權ト地上ノ公
法的支配權トガ混同サレテ。一方ニ於テハ各種ノ
公法的支配權ヲ以テ土地所有權ノ副産物ノ如ク看
做シ他ノ一方ニ於テハ各種類ノ土地公權(*Ge-
bietshoheit*)ヲ無体不動産ト看做シテ其ノ上ニ
所有權ヲ認メタト云フ様ナ公法私法混同ノ結果ニ
出デタ現象デアアル。

(註) 羅馬法テハ所有權ハ近世謂フ如クニ圓滿デハ
ナカツタ。ソレヲ自然法デ完全無缺ノモノトシ

タ。自然法ガアルカナイカ傾向デアアルガ、*Ger-
man* 法デハ所有權ハ斯クアルベシトイフ型ハ
ナイ。歴史的研究ニハ注意セヨ。

第二 款

Sog. Geteiltes Eigentum (所謂共有所有權)

獨乙ニ於テハ中世トナツテ *Lehn* ヲ始メトシテ
各種類ノ *Erbpacht*; *Erbliche* (永小作權、
永代借地)ノ如キ強カナ土地收益物權ガ發生シタガ
之等ノ土地收益權ハ所有權ト同ジ性質ノ *Nutzungs-
recht* デアツテ而モ所有權ノ内容ノ分化獨立シタ
所有權ノ斷片ニ他ナラナカツタ。茲ニ於テカ之等ノ
強カナル土地所有權ヲ一種ノ土地所有權即下級所有
權ト見ルニ至ツタ。之ガ所謂 *geteiltes Eigen-
tum* ノ思想デアツテ。伊太利ニ於ケル *Glossa-
tores* ノ法理論ヲ継受シタモ、デアアル。

此ノ *Justinianus* 帝ハ從來存在シテヲツタ市民
法上ノ (*jus civile*) 所有權ト *Praetor* 法上ノ
所有權 *in bonis esse* (彼ノ財產ニ於テアル、
意ニ *bona* 財產ニ 個人ハ *bona* 所有權ト云フ。

市民法上、所有権ハ *meus esse iure Quiritium* (デアル)ノ區別ヲ廢シテ之ヲ唯一ノ *Dominium*; *proprietas*ニ統一シテシマツタガ *Digesta*ノ編纂者ハ不注意ニモ亦所々ニ於テ二重所有権時代ノ學說ヲ採録シタ爲ニ *Dominium*ニ關スル規定ハ屢々矛盾衝突ヲ示シテキタ。茲ニ於テ第12世紀以來 *Glossatores* 學派ハ此ノ矛盾ヲ調和スルガタメニ *Justinianus*ノ改革後ニ於テモ尚舊ノ *bona* 所有権、繼續テアツテ *rei vindicatio utilis* (*actio utilis* 准用訴權ニヨツテ保護サレ、所有権類似ノ効力ヲ有スル一種ノ所有権ヲ認メ之ヲ解級上 *Dominium utile* (准所有権)ト名ケテ、而シテ眞ノ所有権ヲ *Dominium directum*ト称シテ二者ヲ成立セシメタ。然ルニ第13世紀以來ノ *Glossatores* ハ此ノ准所有権ノ思想ヲ更ニ他物權デハアルガソノ効力ハ所有権ニ比スベキ程度ニ強大デアツタトコロノ *Emphyteusis* (永小作權)、*Superficies* (地上權)ニ及ボシテ之等ノ權利ヲモ *Dominium utile*ト看做シテ了ツタ。此ノ *Glossatores*ノ法理論ハ既ニ早クノ3世紀中独乙

ニ繼承サレテ先ヅ *Lehn*ニ付テ適用サレテキタ、次デ他ノ^{土地}收益物權ニ適用サレテ來タガ近世ニナツテハ *Dominium directum*、方ヲ *Ober Eigentum* 上級所有権 *Dominium utile*、方ヲ *Untereigentum* 或ハ *Nutzbares Eigentum* 收益的的所有權等ト称スルニ至ツタ。

(註) A: 土地所有權者ハ *Ober Eigentum*ヲ有スルガソレハ地代ヲトル位デ Bニ *Lehn*ヲ興ヘルトキ Bハ實際ニ使用收益シ得ル、從テ *Untereigentum*ハ効力が大デアツタ。

ソノ沿革ハ *rei vindicatio utilis*カラ來タ。

Digesta (學說彙纂)ニハ *Paulus, Gaius*等ノ學說ヲ集メテ以テ法典トシタガ其ノ法文ニハ *Interpolatio*ガアル。即チ改竄シテアル。

例ヘバ *Manipatio*ハ共和政時代ニハ存在シタガ帝政時代ニハ存在セズ、從テ法文ニハ *Interpolatio*ガアル。之ハ未ダ極メテ新シイ発見デ今日ノ羅馬法研究ハ *Interpolatio*ノ研究デアルトイフモ通言デハナイ、而シテコノ羅馬法ノ鮮

我カ German 法ニ継受サレタノモ偶然的デハナク
German, 土地所有権ノ性質ガ分化シテ所ハ法
理論ガ適シタ。近セハ *Obereigentum* ヲヤメ、
Untereigentum ヲ以テ所有権ト看ル様ニナツ
タノハ主客顛倒シテキルト云ヒ得ル。

第三款

Das gemeinschaftliche Eigentum (共同所有権)

German 法系デハ羅馬法ト異ツテ種々ノ共有関係
ヲ認メタ。

- 第一 *Gemeinschaft zur gesamten Hand*
Gemeinschaft zu gesamnter Hand
Gesamthand, 総手的共有或ハ合手的共有

羅馬法, *Communio* ハ純然タル物權法上ノ関係
デアツテ各共有者ハ所有権ノ目的物ヲ共同ニスルガ
故ニ之ガ処分ニ關シ互ニ制限ヲ受ケルケレドモ各自
ハ其上ニ特定ノ確定シタ持分ヲ有シ。ソノ持分ヲ單
独ニ処分スルノ自由ヲ有シ又 時デモ目的物ノ分割
ヲ請求スルノ權利ヲ有ツテキル。即チ個人主義的ノ

共有制トイフベキモノデアル。

之ニ反シテ独乙, *Gesamthand* ニアツテハ各
所有者ノ持分ハ潜在的デアツテ始カラ確定セズ。ソ
ノ中ノ一人ガ直系卑屬ヲ残スコトナクシテ死亡シタ
場合ニハソノ持分ハ他ノ相続人ニ移轉セズ。却ツテ
他ノ共有者ノ持分ニ添増スルニ至ルモノデアル。即
チ羅馬法, *Communio* ハ *Miteigentum zu*
festen Anteil (確定持分, 共有—広義) デア
ルノニ反シテ German 法, *Gesamthand* ハ
Miteigentum zu beweglichen Anteil (變動的持分, 共有) 或ハ *Miteigentum mit*
gegenseitigen Anwachsungsrecht (相互
添増權附共有) ノ如キ共有デアルコトガ出味ル。コ
ノ三語ハ John, 論文ニアル。從テ各共有者ハ持
分ヲ処分スル場合ニ於テモ目的物全部ノ処分ト同
様ニ共有者總體ノ意思ト共同ノ行爲トニヨルコトヲ
必要トシタ。コノ共有ヲ *Gesamthand* (古イ本
ニハ *Communio manus* 共同ノ手, *Communi*
manus (by) 共同ノ手ニヨツテ) ト称スルハ其
ノ始メ目的物ヲ処分スルニ當ツテ各共有者ガ手ヲ總

合(連結)シテ共同ニ法律行為等ヲナス形式ニ違ツ
タ、斯ノ如ク *Gesamthand* ニアツテハ各共有者
ハ總体ノ共同意思ニヨツテ互ニ拘束サレテ互ニ
フ關係ニ立ツテ居ルトイフ點ニ於テ此ノ共有ハ單純
ナル物權法上ノ關係ヲナクシテ所謂人法的 *personen-*
rechtlich 關係ヲ和味シテキルモノデアルト云
ハネバナラヌ、併シテ各共有者ハ之ガ為ニ相連結
シテ団体人ヲ形成スルノデハナイ、單ニ多數人ガ集
合的單一体 *Kollektiveinheit* トシテ權利義務ヲ
共有ニシテキルトコロノ特別ノ法律關係ニ他ナラナ
イ。

(註) $A+B+C+D$ デアリ $abcd$ デハナイ、

之ハ *genossenschaft* ト關シタモ、

コノ *Gesamthand*、共有者 *gesamthän-*
der ヲ後世迄 *Coheredes*, *Ganerben*, *Consortes*
等ト稱シタガソノ語ノ意味ハ共同相続人(或ハ引ク
仲間)トイフ意義ヲ元來 *Gesamthand*、制度ハ
家父ノ死後遺產ヲ相続シタトコロノ共同相続人ノ共
産制ニ起源シタモノデアルコトヲ示シテキル。併シ
テ既ニ古クカラ *Gesamthand* ハ共同相続人

以外ノ共有關係ニモ適用サレタ、例ヘバ *Frank*
時代以來ノ父子共産制、夫婦共産制、中世以來発達
シタトコロノ農家共産制、騎士家族共産制、並ニ合
名会社、合資会社ノ如キ、何レモ *Gesamthand*
ヲ其ノ基礎トシタ制度デアル。

依テ前述ノ諸原則モ場合ニヨツテ種々ニ変化ヲ受
ケテキル、即チ純粹ナル *gesamthand* ニアツ
テハ共有物ノ管理及処分ハ共有者總体ノ合意ト行爲
トニヨルコトガ必要デアツタガ或ル種類ノ *Gesam-*
thand ニアツテハソノ中ノ一人ガ管理及処分權
ニ付テ優越權ヲ有スルコトモアル、例ヘバ父子共産
制、夫婦共産制ニ於ケル父又ハ夫ハ他ヨリモ優越ヲ
アツタ如キデアル。

或ハ又或ル種類ノ *Gesamthand* ニアツテハ
或^{早ク}ニ多數決ノ主義ガ全全一致主義ニ代ツタモノモア
ル、ソノ他純粹ナル *gesamthand* ニアツテハ
各共有者ノ持分ハ不確定デ潜在的デアルガ或ル *ge-*
samthand ニアツテハ各種ノ確定持分ヲ認メ
且之ガ單獨処分ヲスラ許シクモノガアル。

(註) 斯クテ羅馬法ノ *Communio* ト相距離^{コト}ル^ハ意カラマ

モ、が出タ。

Gesamtkhand, 各種類、中父子共産制、夫婦共産制、二者ハ後ニ譲リ以下ニハ中世史上有名トシテ、家族共産制、即チ近世迄南独ノ農民間ニ行ハレテ来タリ、*Gemeinderschaft* (或ハ *Zusammensetzung*) ト *Ritter*, 間ニ行ハレテ来タリ、*Ganerbschaft*, 二種ニ就テ述ベル。

(I) *Gemeinderschaft* (南独トハ今ノ瑞西ヲ含ム)

農民間ノ *Gemeinderschaft* ハ独リ親族デアルトコロノ共同相続人ニ限ラズ、独立ノ妻家族ノ間ニ於テモ契約ニヨツテ成立シ得タモノデアツテ、同一ノ家屋ニ住居シ、食事ヲ共通ニシ (*in einem Haus und Brot* ... 彼等ハ食物(ジヤム)トパンニ於テ生活スル) 柴枯ヲ共ニスル (*auf gemeinsamen Gedeih und Vortheil sitzen*) トコロノ共産制デアル、共産ニ屬スル財産ハ地方ニヨツテ区々デアルガ共同相続人向ニ於テハ相続財産ノ全部ニ及ブノガ常デアル、而シテ妻ガ有ラシ来ツタ財産及ビ各共有者ガ公積ニヨツテ取得シタ財産ハ各自ノ特有産ニ屬スルモノデアル、共

有財産ノ管理ハ年長男子ガ之ニ當リ、彼ハ外部ニ對シテハ共産ヲ代表シ法律行為ヲナスモノデアル、併シテ下ラ共産ノ処分ヲスルニハ共有者全部ノ同意ヲ必要トシタ、共有者ノ持分ハ不確定デ、一人ガ直系卑屬ヲ殘スコトナクシテ死亡シタトキハ他ノ共有者ニ歸スルコトガ原則デアツタ、

共産ノ分割ハ少クモ後世ニハ甚ク容易デ共有者ノ一人ガ死亡シタトキニ他ノ共有者ハ分割ヲ請求スルコトガ出来タ、或地方デハ共有者ハ何時デモ分割ヲ請求スル権利ヲ有ツテ来タ、*Gemeinderschaft* ハ近世迄瑞西地方ニ存続シテ来タガ、1907ノ瑞西民法ハ更ニ此ノ制度ヲ復活シタ、(有名ナ § 336. ff)

(註) 之ハ農民保護ニ有效デアツタ、地方々々ニヨリ異ツテ来タ、Franceニモアツタカ後デハ禁止スル政策ヲ採ツタ、一年間共同ニ生活シテ来ルト動産不動産ハ尺テ共産トナツタ、分割スルトキハ強割トスルガソコデ金持、① 5,000圓ト② 20圓トガアリ、A 2人トB 3人トガ共産トナリ分割スルトナルト①ハ人数少ク損ヲスル(弊

害が起ツタ) 従テ文書デ契約スルコトト要件ヲ嚴
重ニシタ。

(II) *Ganerbschaft*

Ritter 向, *Ganerbschaft* ハ主トシテ *Lehn*
(封)ニ付テ行ハレタ。而シテ始メ共有者, 同居ヲ
必要トシ, 別居ノ場合ニハ分割ヲ行フ制度デアツ
タガ, 後世ニハ契約ヲ以テ更ニソノ後ニハ慣習法
トシテ別居ヲナス際ニハ *Mutschinrung* トイ
フ分割法ニヨツテ分割ヲナシタ, 之ハ決定的ノ分
割, 即チ *Tot (Todt) teilung*ニ非ズシテ單ニ
事實上土地ノ分割ヲナスニ止リ法律上ハ尚共有,
性質ヲ失ハナイモノデアル,

Fürsten, 階級, 向デハ *Ganerbschaft*,
制度ハ行ハレナカッタガ併シ同ジク *Gesammt-*
handprinzip (總手的共有, 主義)ヲ基礎トシ
タ *Erbverbrüderung* (世襲的ニ兄弟分トナル)
トイフモノガ行ハレテタ, 之ハ二人以上, *Für-*
*sten*ガ契約ヲ以テ互ニソノ領地 (*Fürstentum*
ニ(公侯国)ヲ *Gesamthand*トナスモノデ
アル,

而シテソノ形式トシテ互ニ印章, 榮珮ヲ共用シ
互ニ他ノ領民カラ服従ノ宣誓ヲ受ケ互ニ他ノ領地
ニ於テ名義上, *Rekognitionszins* (承認地代)
ヲ設定スルモノデアル, 但シ領地ノ政治的支配ハ
各別ニ行フモノデアル, 斯ノ如キ *Erbverbrü-*
*derung*ノ契約ガ締結サレタ場合ニハ各關係者ガ
同意スルニ非ザレバ之ヲ処分スルコトガ出来ナイ,
又一方ノ家が断絶シタ場合ニハソノ領地ハ当然他
ノ家ニ帰属スルニ至ルモノデアル。

(註) 権利ヲ持ツテオトルコト (例, 地主権)ヲ承認
セシムルタメニ安イ地代ヲトツタ, A, Bトイ
フ地ガオ互ニトツテ行クノガ *Rekognition-*
*zins*デアル,

(C)父ガ A, B, 兄弟ニ *Gesamthand*ニシテ
置ケト契約スルト処分ヲスルトキハ親族会ヲ開
キ又一方ノ直系卑屬ガナクナツタトキハ A, B,
領地ハ王ニ移ルコトナク永ク子孫ニ傳ハ残スコ
トが出来タ。

第二. *Anteilmassiges Miteigentum* (持分=及ヘル共有性) ローマ法ノ *Communisio* = 相當スル独立持分ノ共有ハ 後述ヲモ中世 = アツテ 繁達シタ。例一ノ家屋、船舶ヲ 数人カ 共有スル場合 = 於テコノ種類ノ 共有制カ 適用サレテキタ。

之ハ 餘リ 広ク 行ハレ + カツタ。

第三. *Gesamkeigentum* 總有 (廣義ノ 共有 = 入ル) *Gesamkeigentum* ノ 語ハ 學者 = ヲツテハ 前述ノ *Gesamtbund* ト 同意義 = 使用サレテキル。

茲 = ハ *Gierke* 及 *Kübner* 等ノ 説 = 從テ 所有權ヲ 構成シテアル 各種ノ 權能カ 團體トシテ 組織シテキル 組合員トノ 間 = 分屬シテキル場合ヲ *Gesamkeigentum* ト 称スル。例ハ *allmende* (共同使用地ハ 不述) ノ 如キハ *Markgenossenschaft* ノ 單純所有ヲモナク。又 組合員ノ *Gesamtbund* = モ 屬セス。之カ 処分及ヒ 管理權ハ *Markgenossenschaft* 全体 = 屬シ。之カ 用益權ハ 各 組合員ノ 持分トシテ 彼等 = 屬スルトイフ 点 = 於テ 全体ト 組合員トノ *Gesamkeigentum* テアル。

Kübner ハ *Körperschaft* (法人) ノ 性質ヲ 有

シナイ *Genossenschaft* / *Gesamtheit*
ヲ *Genossenschaftliches Gesamteigentum*
ト云ヒ *Körperschaft* 全体トソノ各組合員全体トノ
間ニ屬シテキル *Gesamtheit* / *korporatives*
Gesamteigentum ト云ヒ互ニ區別シテキル。

(註) *Gierke* ハ *alt. genos. Gesamteigentum*
ト云ツタカ言葉ヲハ區別シテキナイ。

(1) 所有權ハ個人 (*Gierke* ノ云フ) ノ上カヲ
云ハハ A = 屬スル、餘有 = アツテハ ABCD 全体ノ
上テ処分權ヲ持テキル、從テ合議ヲ決セヌハナラス
全体ト個人トテ所有權ヲ有テキル。「不 不離」ノ
關係 = アル。

(2) 餘有ト云フ關係カラ
全体カ浮ヒ上ツテ單一體トナル (*Körperschaft*)
ソシテ組合員カ使用收益權ヲ有シテキル、之ハ
Korporatives Gesamteigentum

(3) 日本ノ入會權ハ市町村トイフ團體 = アリ、市
町村民ハ使用收益權ヲ有スル餘有テハ市町村ト個人
ト集テ一ノ所有權ヲ有スル *Korporatives Gesam-*
teigentum

(4) ... 時代 (有史前) = ハ存在
シタラウトノ説カ成立テキル、伊ノソレハスグ =
個人的 = ナツタ。

第四款

不動産所有權移轉ノ方式

(甲) *Germanische - u. Fränkische Zeit*

German 固有法ノ原則 = ヨルト不動産物權ノ移轉
= ハ目的物ノ *Gewere* ヲ伴フト云フコトヲ必要トシ
タ。且ソノ移轉行為ハ他人ノ視聽 (耳目) = 能レ得
ヘキ方式 (*hörbar und sichtbar*) 即チ公示主義
Publizitätsprinzip = ヨルコトヲ必要トシタ。從テ
不動産所有權ノ移轉 = モ亦コノニノ原則 = 依ツテ、
手ト口 [或ハ指ト舌] (*mit Hand u. Mund;*
ore et manū) [*mit Finger u. Zunge; lingua*
et digito] トノ動作ヲ伴フ所ノ方式 = ヨツテ行ハレ
タ。

German 時代及 *Frank* 時代 = 行ハレタ此方式
= ハ新古西禮 存在シタ。

(註) 日本人ハ手マロ = 表ハサス、表ハスコトヲ卑

シノヲ、西洋人ハ *Symbol* トシテ之ヲ表ハサネ
ハ止マナカツタ。

(I) Reale Investitur

German 法ニ於ケル最古ノ不動産所有權ノ讓渡
方式ハ今日ノ學者ノ所謂 *Reale Investitur* ト称ス
ルモノテアツテ讓渡土地ノモノノ上ニ於テソノ土
地ノ *Gewere* (= *Investitura*) ノ現實的ノ引渡ニ
ヨツテナサレタ、而シテソノ方式ハ更ニ次ノニ段ノ
行動ヲ成立シテアル。

(1) *Sala* (*Traditio* ローマ法固有ノ意味トハ
遠フ、英語ノ *Sale* (賣ルコト) ト同義

讓渡當事者カ立会ヒ証人ヲ伴ツテ讓渡地ノ上ニ赴
イテ特定ノ文言ニヨツテ讓渡 ヲナシ、讓渡
人カテ讓受人ニ對シテ手袋ソノ他ノ支配權ノ記号物
Herrschafts-symbole ヲ引渡ス行為ヲアツテ今日
ノ所謂物權契約ニ相當スルモノテアル。

(2) *Gewere* (*Investitura*)

Gewere ヲ引渡ス行為ヲアツテ讓渡人ハ讓受人ニ
讓渡地ノ代表物テアル所ノ土塊ノ芝草ノ樹枝等ヲ交
付シタ後ニ、ソノ土地ノ境界ヲ讓受人ヲ伴ツテ、共

ニ一同シ、最後ニ讓渡人ハ讓渡地ノ他ニ儀式的ニ退
去スル (*Exire*) ノテアル。

sachsen ナハコノ際 *Curvatis digitis* (屈指テ)
ノ記号的行為ニヨツテ占有拋棄ノ意思ヲ表示シタカ
Salische Franken (*Salii* 於) ナハ斯ノ如キ現實
ノ退去ヲナス代リニ特定ノ文言ニヨツテ退去ヲナス
旨ヲ宣言スル (*seexitum dicere*) トノ意思表示ヲ
ナシ *Festuca* (*Lab* 棒 *Halm* 莖) ヲ相手方ノ胸
ニ投ケレコトカソノ方式ヲアツタ、故ニコノ退去宣
言ヲ *Exfestucatio* ト云ツテ居ツタ、コノ退去ハ即
Gewere ノ拋棄ヲ意味シタモノテアルカ故ニ一ニ之
ヲ *Verlassung* 或ハ *Auflassung* (*uplaten* 占有
拋棄) ト呼ンテ平タ。

(註) (1) 權利 及 (2) 權利ノ目的物、ヲ *Symbol* ナ
表示シ。

(3) 範圍。

(4) 拋棄シタ *Exire* 一言葉ニ代ツタ

(II) *Symbolische Investitur* (佛テハ *Symboli-
que*) ナハ *Frank* 時代トナツテ發生シタ方式テソ
ノ特徴ハ讓渡地以外ニ於テ記号物ノ授受ニヨツテナ

ス、斯ノ不動産所有権並ニ占有引渡ノ方式ヲアル。而
シテ之ニ二種類存在シタ。

(A) 訴訟上ノ Investitur

Frank 時代ニ 裁判所ニ於テ判決ニヨツテ不
動産ノ占有引渡ヲ命セラレタ者ハ即時ニ法廷ニ於テ
Exfestucatioノ行為 (Festuca; stab Halm
カノアリ) ニヨツテ相手方ニ係争地ノ Gewere
ノ返還ヲナスコトヲ必要トシタ。

コノ制度ハソノ後 Volksgericht (民衆裁判所)
ニ於テモ採用サレタカ土地ノ譲渡ヲ目的トスル當事
者ハ訴訟ヲ提起シテ此ノ方式ニヨツテ所有権並ニ占
有ヲ移轉スルコトニナツタ。

(B) Traditio (Investitura) per Cartam
(Carta 証文ニヨル引渡)

ローマノ末以來不動産譲渡ノ証書即 Cartam ヲ相手
方ニ交付スルコトニヨツテソノ所有権ヲ移轉スルコ
トカ行ハレタ。コノ慣習ハ Frank 時代ニ Frank
王國內ニモ傳スルコトニナツタ。併シテ German
人ハ尚旧慣ヲ固守シ Cartam 添フレニ手袋、土塊、
ソノ他在來ノ Investitur 用ヒタ。Symbol ヲ

以テシ。且ソノ授受ニ對シテ Exfestucatio ヲ伴ハ
シメタ。

ソノ後ニハ Cartam 用ヒテ Symbol ト看做シ最
後ニハ Cartam ヲ用ヒス單ニ Symbol ヲ用ヒテ授受ノ
ミニヨツテ Investitur ヲナスニ至ツタ。

コノ Investitura per Cartam ニ於テモ始メ
ハ Sala 卜 Investitura 卜同時ニナスコトヲ必要
トシタカ 以來ハ次第ニコノ二者ハ時ヲ異ニ
シテ行ハレレコトニナツタ。

(註) 手袋ハ Herrschaftersymbol 土塊ハ
Investitursymbol ニアツタ。

以上ニ述ベタ Symbolische Investitur 是ヨリ
移轉サレタ Gewere 前記ノ Idelle Gewere ニア
ル。現實ノ占有ニ至ツテハ譲受人カ自己ノカヲ以テ
之ヲ取得スルコトカ出来タ。又独リ譲渡人ニ對シテ
ノミナラス第三占有者ニ對シテモ占有引渡ノ請求カ
出来タ。

(註) 法律行為ヲスルトキハ立會証人ヲ以テシタ。
爭アルトキハゴノ人ニヨツテ証明シ、之ハ一般
民衆ニ代ツテ目撃者トナツタ。

(乙) 中世

中世 = ナツテモ第十二世紀頃迄ハ昔ノ *lala* ハ
Gabe 或ハ *Anfgabe* (権利ヲ移轉スル) ノ名 = 於
テ *Investitura* ハ *Gewere* 又ハ *Fertigung* ノ名
= 於テ占有拋棄ノ意思表示 (今日ノ *Verzichts-*
erklärung) ハ *Auflassung* 或ハ *sich verzich-*
ten ノ名ヲ以テ存続シテ居ツタ。而モ不動産所有権
移轉ノ要件テアツタ。係シテ各行為ノ形式ハ種
々 = 変化サレ混同サレテ *Gabe* ハアル地方テハ尚
手袋ノ如キ *Herrschaftssymbol* ノ記号ヲ用ヒタカ
他ノ地方テハ單純ナル口頭ノ宣言ノミ = ヨリ *Gewere*
モ亦アル地方テハ芝草、樹枝等ノ *Investitur* = ヨ
リ。或地方テハ後述ノ *Handschlag* (握手) ノ形式
= ヨツテ行ハレ。 *Auflassung* モ、*Franken* 法ヲ
繼續シタ地方テハ昔ノ *Exfestucatio* ノ形式 = ヨリ
(今日ノ學者ハソレヲ *Auflassung mit Halm u.*
Mund ト名ク) *Sachsen* 地方テハ屈指或ハ指ノ
方法 (即チ今日ノ學者ハ前者 = 對シテ之ヲ *mit*
Finger u. Zunge トスル) = ヨリ。或ル地方テ
ハ單 = 特定ノ文言ノミヲ行ハレタ。

稍後世テハ *Gabe* カラ *Auflassung* = 至ル迄全部
ノ行為即チ不動産所有權及占有移轉ノ全手段ヲ
Auflassung 或ハ *Fertigung* ト云フ = 至ツタ。中
世 = 於ケル不動産所有權讓渡行為ノ一大変化ハ十一
世紀後半以來讓渡行為ヲ法定 = 於テ裁判官立会ノ下
ニ行フコトヲ頻繁トナツタコトヲアル。即チソレヲ
今日 *Gerichtliche Auflassung* トイフ。

ソノ理由ハコノ *Auflassung* = ハ証拠トシテ最重
要視サレタ所ノ *Gerichtszengnis* (裁判所カ証人ト
ナルコト) ト *Gerichtsurkunde* (裁判文書、帳簿
= 記入スルコト) トノニ着カ伴ツテキルコト。コノ
Auflassung = ハ權利取得者ヲ 三名ノ攻撃 = 對シ
テ保護スル特別ノ手段カ伴ツテキタコト (後述)。
道 = *Gerichtsberr* (裁判主、世襲的 = 裁判權ヲ
トシテ賣フソノ主) カソノ管轄内ノ不動産ノ所在並
ニ移轉ノ狀態ヲ詳 = スル必要カ存在シタコト。等ノ
諸原因 = 基イテ發達シタ。今ソノ手續ヲ略述スレハ
讓渡當事者ハ法定 = 出テ裁判官ノ面前 = 於テ讓渡ノ
意思表示ヲナシ而シテ *Auflassung* ヲ行フ。然ルト
キハ裁判官ハコノ讓渡 = 對シテ異議ヲ有スル者ハ直

= 申立ツハキコトヲ三回催告スル (中世ノ民衆裁判
チアルカラ参加シテキル) 法廷ニ出席シテアル民衆
カラ何等ノ異議ノ申立カナイトキニハ直ニ裁判官ハ
譲渡不動産ニ対シテ *Friedebann* ヲ宣告スル即罰
カヲ以テソノ不動産ノ侵害ヲ禁止スルコトヲ宣言ス
ル。然レトキニハ出席民衆ハ最早ニ異議申立ノ権利
ヲ失ヒ缺席者ハ *Fahr u. Tag* ヲ経過シタトキニハ
同シク此ノ権利ヲ失フニ至ル。然テ裁判所ニ於テ移
轉サレタ不動産ノ *Gewere* ハ *Fahr u. Tag* ヲ経過
シタトキハモハヤ何人モ争フコトノ出来ナイ所ノ権
利トナツテシマフ。所謂ソレヲ *rechte Gewere* ト
化スルトイフノチアレ、コノ *rechte Gewere* ハ始
メテ *Gerichtliche Auflassung* = ノミ伴フ效果ヲアツ
タカ第十五世紀以後ニハ或地方チハ凡テ通法ニ行ハ
レタ *Auflassung* = 付テモ同一ノ效力ヲ附與シ且
Fahr u. Tag ノ期間モ往々ニソテ延長サレタリ或
ハ短縮サレルニ至ツタ。

(註) ソノ長クナツタモノハ 1 *Fahr* 6 *wochen*
3 *Tag*

裁判所ヲ開ク期間カ短イカラ延長シタモノチアル。

第十ニ世紀以來北部独逸ノ都市テハ不動産ニ關ス
ル所ノ法律行為ヲ公簿 *Stadtbuch, Schreinbuch*
ic = 記録スル慣例カ發生シ第十三世紀中ニハ独逸
各都市ニソレカ傳ツテソノ公簿ノ形式モ亦次第ニ整
フコトナツタ。ソレ以來 *Stadtgericht* 或ハ
Stadtrat (市会) = 於テ行ハレル所ノ *Auflassung*
アルトキハ常ニソノ *Auflassung* = 關スル記事ヲ公
簿ニ記入スルコトナツタ。尤モ此ノ登録ハソ
ノ始メ單ニ証明用ニ過キナカッタカ後次第ニ *auflassung*
ノ要件トナリ更ニ進ンテハ不動産所有權並ニ
Gewere ハ *auflassung* = 接続シタ登記ニヨツテ始
メテ移轉スルコトニナツタ。之カ即チ近世ニ於ケル
不動産登記制度ノ起源チアル。併シ中世ノ間亦タ一
般的制度トナルニ至ラナカッタ。

Köln 市 (ライン河ノ左岸) ヲ以テ始トスルト云
ハレテキル。

(四) 近世

近世ローマ法ノ継受ノ後動産不動産ニ通シテソノ
所有權ノ移轉ハ無形式ノ *Traditio* (ローマ法ノ占有
ノ引渡) = 依ルコトヲ以テ足レリトスル原則ハ独逸

＝於テモ行ハレルコト、ナツタ、條シテ無條件＝
ローマ法ノ主義ヲ採用シタ地方ハ比較的少數ヲアリ
多クノ地方テハ收回有法ノ小千殊ニ公示主義ヲ加味
スルコトニ努メタ。從テ近世ニ於ケル不動産所有權
讓渡ノ方式ハ地方ニヨツテ區々ニ互ルカ光ツ之ヲ大
別スルト次ノ二種ノ主義ニ分ツコトカ出來ル。

(I) *Insinuation* ノ主義 (差出呈示)

或ル地方テハ不動産所有權ノ移轉ニハ *Traditio*
ノ他ニ讓渡契約カ特定ノ形式ヲ伴フコトヲ要件トセ
シメタ。即チ當事者ヲシテ裁判官ニソノ讓渡契約ヲ
呈示セシメ (*insinueren*) 裁判官カソノ契約ノ實
質上ノ要件ヲ審査シ、然ル後之ニ對シテ確認ヲ與ヘ
ル。而シテ之ヲ公簿ニ登録スル制度ヲアル。

若シ當事者カコノ形式的要件ヲ履マナカツトキ
ハ或地方テハソノ讓渡ヲ無効トシアル地方テハ損害
ヲ支拂ヒ既ニ履行シタ讓渡ヲモ解除スルコトヲ得ルモ
ノトシタ。又或ル地方テハ *Insinuation* ノモノニ
auflassung 或ハ *Kraditio* ノ效力ヲ附與シ之ニヨ
ツテ移轉スルモノトシタ。

(II) *Gerichtliche Auflassung* ノ主義

(218)

或地方テハ中世ノ *Gerichtliche Auflassung* カ保
存ナレ而モ別ニ登記ヲ必要トシナカツタ。 *Jadsen*
地方ノ法ハ完全ナル不動産所有權 (*Dominium*
Civile) ハ *Auflassung* 即チ讓渡人カ法廷ニ於テ一
度所有權ヲ裁判官ニ對シテ *Auflassen* (讓渡ス) シ
裁判官カ之ヲ讓受人ニ引渡ストイフ方法ニ依
テ移轉スルモノトシタ尚ローマ法ノ原則ニ從テ
Traditio タケテ移轉スル所ノ一種ノ所有權 *Dominium*
naturale (自然所有權: 不完全ナル所有權) ヲ認
メタ。

或ル地方テハコノ *Gerichtliche Auflassung* ノ後
ニ登記スルコトヲ命ジテキル。

(II) *Eintragung* (登記) ノ主義

或ル地方テハ不動産所有權ハ *raditio* ニヨツテ移
轉スルコトヲ認メテキルカ取得者ハ所有不動産ノ上
ニ實權ソノ他ノ物的ノ設定スル權利ヲ取得スル
爲ニハ讓受人ノ登記ヲナスコトヲ必要トシタ。

茲ニ於テカコノ地方ニモ所有權ニ *Bucheigentum*
(登記簿ニ記入サレタ) 或ハ *formelles Eintragung*
ト *materielles Eintragung* トノ兩種別ヲ生シテ居

(219)

ル。

(註) ローマ法ノ主義ヲ認メントスルコトハ、公示主義トテ係用セントシテ、二重所有權ヲ生シテ複雑シテ來タ。

(丁) 最近世

上述ノ如ク近世救済ノ不動産移轉ノ方式ハ地方ニヨリソノ制度異レ橋メ不便カクカラス、第十九世紀ニナツテ獨固有法ノ *Gerichtliche Auflassung* / *Grundbuchsystem* (不動産登記 制度) ヲ普及セウトノ運動カ諸方ニ發生シテ種々ノ地方的方法ヲ見ルニ至ツタ、ソノ中最モ固有法ノ精神ヲ發揮シテキルモノハ、1872年5月5日ノ *Preussen* ノ……土地所有權取得法並ニ同日ノ……不動産ノ登記簿法ニアル、之ニヨルト土地ノ讓渡ハ法廷ニ於ケル讓渡ノ意思表示即チ *Auflassung* ト之ニ接続シテ *Eintragung in das Grundbuch* トニ依ルヘキモノトシタ、茲ニ所謂 *auflassung* ハ昔ノ *Sala* 中世ノ *Sale* ニ相當スルモノトテ特異ノ原因ヲ必要トセサル抽象的ノ讓渡行為即チ物權契約ヲアツテ *Eintragung* ハ丁度 *Investitur* ニ當ルモノト

アル、コノ *Preussen* ノ立法ハソノ後次第ニ救済各地方ニ於テ模倣サレ現行民法亦ソノ精神ヲ踏襲シタ。

(註) 日本ノ民法ハ併主義ニヨリ第三者ニ對抗スル要件トシタ。

元來ハ占有拋棄ノ意思表示ヲ退去テ示シ

Auflassung = *Sala* トナリ *Eintragung* モ十二世紀以來現ハレタモノトテ之ハ公示主義

第五款

不動産所有權ノ制限

救済ニ於ケル不動産所有權ハソノ公示式ハソノ処分ニ於テ公法上私法上種々ノ制限ヲ受ケテキルカ以下ニハ所謂 *Regalien* 即チ國王或ハ領主 (*Jandesherr*) ノ收入公權ニ基礎ヲ有スル所ノ *Forstrecht* (森林法) *Jagdrecht* (狩獵法) *Bergrecht* (鑛山法) *Salzrecht* (製鹽法) *Wasserrecht* (水利法) ノ如キ法ノ制限ハ之ヲ除キ、歴史的ニ最モ重要ナル *Nachbarrechte* (相隣的關係ニ基ク權利) ト *Näherrechte* (近い關係ヲ持ツテキル者) トノ二者ニ付テ述ヘル。

第一 Nachbarrechte

之ハ相隣地關係ニ基ク所ノ所有權ノ制度デアリ
ソノ由ナルモノハ German 時代末ノ村落土地共
産制及ヒ耕作法ニ起源シテキルローマ法ノ継受以來
アルモノハ單ニ地方的ノ制度トシテ存続スルニ止ル
モノカアツタ。今中世法ニ現ハレテキル所ノ Nachbar-
recht ノ中主ナルモノハ次ノ如キモノデアル。

(I) Notweg 通行權 (必要ト途トイフ意味)

之ハ農作ノ目的ノ爲メ他人ノ所有地ヲ通行スル權
利ヲ古代ノ村落土地共産制ニ起源スルモノデアル。

(II) Kehrrecht (或ハ Anwenderrecht)

鋤ヲ隣地ニ返ス權利デアル。ソノ起源亦古代ノ村
落土地共産制度ニ存スル。

(III) Überhangsrecht (蔽ヒカブヤレタモノヲ取得スル權利)

一ノ土地ノ樹枝カ隣地ニ蔽ヒ被ツタ場合ニハソノ隣
地ノ所有者ハ自己ノ土地ニ蔽ヒカハツタ樹枝ヲ切り
取り之ヲソノ所有物トスルコトカ出來タ。

(IV) Überfallsrecht

土地所有者ハ隣地カラ差シカハツテ來タ所ノ樹枝
カラ自己ノ所有地ニ落下シタ所ノ果實ヲ取得スル權

利ヲ有シテキタ。樹木ノ所有者カ果實ヲ擗ヒ落シタ
場合ニ於テモ亦同様デアル。ソレ故ニ Was in des
Nachbars Hof fällt, das ist sein. 「隣人ノ
宅地ニ落テ來タ物ハ彼ノデアル」トノ格言カアル。
蓋シ他ノ一方ニ於テハ隣地ノ所有者ハ樹枝ノ投影ヲ
忍ハナケレハナラナカソタカ故デアル。サレハ

Wer den bösen Tropfen genießt, genießt
auch den guten. 悪イ渣リヲ甘受スルモノハ良イ
渣リモ亦甘受セネハナラス。トノ格言モアル。

(V) Hammerschlagsrecht u. Leiterrecht (槌打ツ權利) (標ノ權利)

土地所有者ハ自己ノ家屋ヲ修繕スル爲ニ隣地ニモ
入り (Hammerschlag) 或ハ又足場ヲ設ケ (Leiter)
ル權利ヲ持テキル。

(VI) Fensterrecht u. Lichtrecht

土地所有者ハ隣地ニ向ケ窓ヲ設ケルコトハ出來ナ
イ (Fensterrecht) 又隣地ノ建物ノ立線ヲ遮ルマ
ウナ建設物ヲ作ルコトハ出來ナイ。

(VII) Lastige od. gefährliche Anlage (イヤラ シイ危険施設) ノ禁止權

隣地 = 危害或ハ迷惑ヲ及ホスヲナシ建設物例ハハ
廁、厩、鐘、肥料溜、等ヲ境界線ニ接近シテ設ケル
コトハ出来ナイ。

第二 *Näherrechte*

Näherrechte ハー = *Retraktrecht* 或ハ *Zug-*
recht 或ハ又 *Losungerecht* (買戻権或ハ引戻権)

ト稱スルモノヲアツテ、不動産所有者カ之ヲ賣却
シタトキ特定ノ範圍ノ人ニ屬スル所ノ買戻権ヲアレ
併シコノ買戻権ハ 數的ノモノヲハナクシテ賣却以
前ニ於テ既ニ存在シ賣却ニヨツテ始メテ主張サレ
ル所ノ不動産物權 *Gierke* ノ所謂 *Anwartschaftliches*
Sachenrecht (期待物權) ヲアレコトカ特徴テア
ル。

中世法ニ現ハレテキル所ノ *Näherrechte* ハ此ノ最
種ヲアレ。

(I) *Erblosung* (*Retrait lignager* 親族ノ持
ツテキレ引戻権)

之ハ *Frank* 時代カラ存在シテキル所ノ制度ヲア
ル。 *Frank* 時代 = ハーノ *Familie* ノ財產ハ動産不
動産ノ別ナク父子ノ共有 (之ハ總手的共有ノ一種)

ニ屬シテキタ、父カ存在シテキル時ハ父ハ *Munt*
(保護權 — *mundium*) ノ作用ニ依リ此ノ共有財產
ヲ管理シ收益スル權利ヲ持ツテキタ、子ハ父ノ死後
ニ於テ始メテ自ラ之ヲ管理收益スルコトカ出来タ。

(註) 共有ヲハ平等ニ管理シ收益スルカ父子共有制
夫婦財產制テハ

從テ亦父ハ始メノ制度テハ家產ヲ任意ニ処分スル
權利ハ有テキナカツタ。 *Frank* 時代ニナツテカラ
寺院ハ俗人ノ寄附ヲ奨励スルコトニ盡カシタ結果ト
シテ多クノ民族法典テハ父ハ先ツ子トソノ共有財產
ヲ分割シテ自己ノ部分タケテ寺院ニ寄附スルコトヲ
許シ、稍後ノ立法ハ更ニ進ンテ分割ヲナサスシテ單
ニ父ノ持分タケテ寄附スルコトヲ許シタ。之カ所謂
Freiteilrecht (自由分法) ト稱セラル、制度ヲ
アレ。

但リ *Jachsen* ノ法律テハ斯ノ如キ *Freiteilrecht*
ヲ認メス。家長カ所有不動産ノ有價的処分ヲナス場
合ニハ始メ最近相続人ノ承諾 (*Erbenlaub*) ヲ得
ルコトヲ必要トシ若シ此ノ承諾ヲ得スシテ処分シタ

場合 = ハ最近ノ相続人ハ一年ト一日以内 = 相手方カ
ヲソノ不動産ヲ取戻ス権利ヲ有テキタ、即チ *Beis-*
pruchsrecht 或ハ *Einspruchsrecht* ヲ有シテキ
タ。(異議権)

コノ *Sachsen* 法系ノ *Beispruchsrecht* 権利ハ
中世ノ始メ = ハ *Freiteilrecht* 収シテ、之 =
代リ、独逸ノ各地 = 一般 = 傳播スルコト、ナツタ、
併シテ種々ノホ = 於テ変化ヲ蒙ツタ、即チ

(I) 都市テハ *Beispruchsrecht* ハ相続不動産
(*Erbgut* 現在ノ持主カ直系尊属カラ傳來シタ、相
続、贈與) = 付テノミ維持サレ自己カ他ノ原因 = 依
テ取得シタ *Kaufgut* 或ハ *Gewinnland* (自己取
得権、必スシモ買フ = 限ラヌ、之ハ他 = モ *Ancestral*
property self-acquired property トアリ、印
度等家ヲ重ニスル地方 = 存在スル、佛ヲハ中世
propres ト *acquêts* トイフ、法律上取扱カ遠ヒ家傳
來ノ財産ヲ與サウトスル思想) = 付テハ所有者ノ單
独処分權ヲ認メタ。

(註) 都市ハ自由ヲ個人主義

他ノ地方テハ Aノ不動産ハ *Beispruchsrecht* =

アリ。

都市テハ *Erbgut* = 限ルカラソコ = 自由主義
思想カ發ツテキル。

(2) = ハ他ノ地方テハ始メ緊急ノ需要アルトキハ
所有者ハ先ツ最近ノ相続人 = 對シテ売却ヲ申出テ若
シ應シナカツタトキハ任意 = 他人 = 売却スルコトヲ
許シタ、從テ *Beispruchsrecht* ハ最近相続人ノ
Vorkaufsrecht (先買権) ト變シタ。

(3) = 更 = 中世ノ末トナリ、多クノ地方テハ *Beis-*
pruchsrecht Vorkaufsrecht 最近相続人 =
屬スル所ノ買戻権 *Retrachtsrecht* ト變化シタ、即チ
所有者ハ自由 = 売却ヲナフコトヲ得ルカ最近相続人
ハ売却ノ日カラ *Jahr u. Tag* ノ時ハソノ代價ト損害
トヲ支拂ツテ取得者ノ手カラ之ヲ買戻ス權即チ
Erblosung (ノ權利) ヲモツコト、ナツタ。

(II) *Marklosung* (*Retrakt* ノ名チアラハサルコ
トモアル)

之ハ *Markgenossenschaft* ノ組合買カソノ組合
内ノ土地ヲ組合外 = 売却シタトキ = 他ノ組合員カ行
使スル所ノ *Retraktrecht* (買戻権) テアル。

(III) Nachbarlösung

之ハ相隣地者ノ一人ニ屬スル隣地ノ Retraktrecht
ヲアル、一年ト一日トノ間ニ買戻シ得ル、之モ夫差
制ニ基イタモノトラウト云ハレルカ確實チナイ。

(IV) 共有者ニ屬スル Retraktrecht

共有者カソノ持分ヲ他人ニ売却スル場合ニ他ノ共
有者カ行使スル Retraktrecht ヲアル、殊ニ共同相
続人間ニ行ハレテキタ、独新民法ノ共同相繼人相互
ニ屬シテキル所ノ持分ノ Vorkaufrecht (先買權)
ハコノ共有者間ニ屬スル Retraktrecht カラ變化シ
タモノヲアル。

(V) Theillösung

曾テ一ノ地域ヲナシテキタ兩個ノ土地所有者カ互
ニ他ノ所有地ニ付テ有スル所ノ Retraktrecht ヲアル。

(VI) Grundherrliches Retraktrecht (地主ノ
有スル

Lehnsherr カ Lehnsmann ノ oben - 付テ普通ノ
地主カ Bauerngüter ニ付テ有スル所ノ Retraktrecht
ヲアル。

(VII) 契約上ノ Näherrecht

中世ノ不動産讓渡又ハ貸與ノ際ニ讓渡人 或ハ地主
カ第二者ノ為ニ皆ハソノ讓渡人 (地主) ノ為ニ契約
ヲ以テ物權的ノ Vorkaufrecht (先買權) ヲ留保シ
タコトカアル、ローマ法ノ時代以來斯ノ如キ物權的
ノ Vorkaufrecht ノ效力ヲ否認シ之ヲ債權的ノ
Vorkaufrecht ヲアルト見ルニ至ツタ、殊ニ近
近世ニ於テハ收回有主主義ニカヘリ、斯ノ如キ契約
上ノ Vorkaufrecht ハ登記簿ニ登記シタトキハ物
的效力ヲ有スルモノトシタ、我民法ハ之ニ從テキル。

第 三 節

Leihe u. Bauerngüter

(貸與、特ニ百姓カ有テキルモノノ負擔カ付テキル)

第一. Leihe

故ニハ Frank 時代以來種々ノ強カト土地收益物
權カ暴達シ、中世トナツテハ各地方ノ土地制度ニ從
テ Leihe (土地貸借) ノ種類並ニ之ニ關スル方法
カ区々ニワタツテキタ、今便宜上之ヲ

Ländrechtliche Leihe.. Hofrechtliche Leihe,

Lehnrechtliche Leihe, Stadtgerichtliche Leihe
ノ四種ニ大別シテ之ヲ説明スレコトハスル。

(A) *Landrechtliche Leihe*

之ハ地主ト借地人トカ *Landrecht* = 従テ封塞ノ
關係ニ從テナス所ノ土地ノ *Leihe* テアリ之ニヨル法
律關係ハ普通裁判所即チ古クハ *Grafengericht*。
中世半後ハ *Landgericht* 管轄ニ屬スルモノナ
ル。ソノ種類ヲ挙グレハ次ノ如キモノナ
ル。

(I) *Precaria (Precarium)*

Landrechtliche Leihe 及 *Hofrechtliche*
Leihe 二者ニ通シテ最も古イ契約ハ *Frank* 時代
ニ主トシテ寺院ノ地ニ行ハレテキタ *Precaria*、
方法ヲアツテローマノ末世ノ不動産ノ *Precaria* カ
ラ變化シタモノナアル。ローマノ *Precaria* ハ元來
契約ヲハナク、單ニ地主カ放スル爲メノ土地收奪ヲ
他人ニ奪スル所ノ事實的ノ奪取行為ニ他ナラナカ
タカ *Frank* 時代ニハ既ニ契約ト變シ而シテ之ニハ
地主カ任意ニ回收シ得ヘキモノナアリ 年間ノモノ
ナアリ、一生間ノ(借地人) 時トシテハ數代間ノモ
ノニ存在シテヲツタ。借地人ハ先ツ地主ニ對シテ

Precaria ト稱スル所ノ懇望狀ヲ差出シテ地主カ之
ニ對シテ *Praestaria* (日本ノ古代ハ宛券狀、宛狀)
ヲ發スレコトヲ以テ契約成立ノ形式トシテ居ツタ
一ニ之ヲ *Beneficium* ト稱シテキタカソレハ全ク
コノ *Precaria* カ地主ノ恩惠ニ基クモノナアルトイ
フ思想ニ基イタ名稱ナアル。地主カソノ所有地ヲ
Precaria トナス場合 (*Precaria data* 英ヘラレ
タル *Precaria*)、他ニ小地主カ寺院ソノ他ノ大地
主ノ保護ノ下ニ自己ノ土地ヲ置カンカ爲メソノ所有
地ヲ彼等ニ寄進シソノ寄進契約ニ依テ再ヒ旧地主ノ
手ニソノ土地ヲ *Precaria* トシテ受取ル場合カアル。
所謂之ヲ *Precaria oblata* (*offer* シテ後 *Precaria*
トシテ借リルカラコノ名カアル) ト稱ス。時トシテ
ハ寄進シタ土地ト寄進ヲ受ケタ地主ノ所有地トヲ合
セテ *Precaria* トシテ受取ル場合カアル。所謂
Precaria remuneratoria 之ナアル。(*repay*、
reward 報酬トシテ保セテ返シテ貰フノ意)

(註) 寺院ノ土地ハ迄今出來ナイ。地代ハ殆ソト

Nominal ナイ時代、恰モ保護料ニ過キナカ
タ。

第九世紀以來ハ中世ノ領地ニ於テハ所謂 *Precaria data* ハ殆ント消滅シテ *Precaria oblata*、

Precaria remuneratoria、ニ着クケカ行ハレ、且 *Precaria* 恩賞状ヲ發出スコトハモハマ契約ノ要件タルコトヲ候クニ至ツタ。コノ *Precaria* ノ借地人ハ地主ニ對シテ自然物スハ金銭カヲ成ツテキル所ノ地代 (*Zins*) 夫役 *Fronden* 等ヲ提供スルヲ常トシタ。但シコノ *Zins* ノ如キハ種ク僅少ノ額カヲ成ツテキル所ノ地主權承認料 *Rekognitionszins* = 止ツタコトカアレ。

(II) *Erbliche*

中世トナリ各地ニ強カナル永代借地權カ察達シタカソノ原型ハ *Frank* 時代カラ行ハレテキタ所ノ *Precaria oblata* ナリ。蓋シコノ *Precaria oblata* ハ寄進者ハ *Precaria* ノ權利ヲ自己ノ子孫ニ嗣保スルコトカ常テアツタカ故テアル。十一世紀以來ハコノ種類ノ *Erbliche* = 模倣シテ諸方ニ成立シ、*Erbliche* カ察達シタ。例ハ森林地ヲ開拓者ニ與ヘテ所ノ *Erbzinsrecht* (*Erbzinsgut*) 獨立ノ東方ニ於ケル内地植民ニ對シテソノ地方ノ大地主カラ

與ヘテ *freie Erbleihe* (自由永代借地) ノ如キニテアル。

(III) 身分上ノ *Erbleihe* (莊園) ト區別ス

低部ノ *Niedersachsen* 地方ヲハ大地主ハ自己ノ收益ヲ増加スル爲ニ自己ノ *Hof* (莊園) = 屬スル所ノ隸民 (前述) ヲ解放シテ自由人トナシ從來彼等ニ與與シラキタ所ノ少數ノ耕地 (*Hufe*) ヲ結合シテ大地域トナシテ之ヲ彼等解放サレテ自由民 = *Landrecht* = 從テ賞與ヘタ。之カ *Heiergut* (*Heierrecht*) + *Leihe* (即 *Zeitpacht*) テアツタカ十六世紀及十七世紀ノ立法ハ之ヲ *Erbpacht* (世襲借地) = 変更シテ了ツタ。

以上ニ述ヘタ各種ノ *Erbleihe* ハ何レモ皆強カク收益物權ヲ生スルモノテ地主ノ所有權ハ *Zins*、*Fronden* ノ徵收、權利移轉ノ費 = 手数料ヲ收メル權利及ヒ或ル場合ニソノ土地ヲ回收スル (後述) 權利等トシテ行使サレ、= 過キナカツタ。從テ近世以來ノ法理論ハ之等ノ收益物權ヲ *Untereigentum* (下級所有權) 地主ノ所有權ヲ *Obereigentum* (上級所有權) ト看做シテシマツタ。

(II) Zeitpacht

期限付、Leihe 亦地方 = ヨリ種々 / 名ヲ以テ行ハレタ。今述ハク Meiergut 第十六世紀頃迄ハ Zeitpacht ニアツタ。

(B) Hofrechtliche Leihe

之ハ借地人カ地主ノ専制權ヲ排シソノ 民トシテ自由身分ヲ失フ結果ヲ伴フ所ノ Hofrecht / Leihe ナル。之亦 Frank 時代 = 半自由民マ奴隷 = 賞與ハク Precaria = 起源スルモノナル。中世トナリ地主 = 對スル隷屬關係ハ貸借地ソノモノ = 固定シテシマツタ。斯ノ如キ土地ヲ借耕スル者ハ自由人テアルト非自由人テアルトヲ問ハス地主ノ隷屬民トナリソノ土地ヲ離レル自由ヲ失フノ結果ヲ生スルノテアル。コノ Hofrechtliche Leihe 始ハ永クトモ一生間ノ収蓄地 = 止ツタカ第十世紀以來次第 = 借地權ノ相續ヲ許ス = 至ツタ。借地人ハ莊園ノ管理者ノ支配ヲ受ケ Fronhof = 對シテ Zins / Franden ヲ租借シ相續ノ = ハ後述ノ Besthaupt 或ハ同種類ノ提供物ノ納付シナケレハナラヌ義務カアツタ。

第十四世紀以來獨東方 = ハ強大 + Rittergüter +

發達シタコトハ前述ノ如ク、ソノ結果附近ノ自由農民ノ占有地ハ Ritter / 压迫ヲ受ケテ Leisgut ト云フモノ = 變化シテシマツタ。之ハ Zins / 代リ = 短制限ノ夫役 Franden ヲ賣フモノテアツテ且借地人ハ皆地主タル所ノ Ritter / 支配權ノ下 = 服スル所ノ半自由身分ノ地位 = 立ツモノテアルヲ Leisgut / 最モ有利トモノハ世襲的 / Leisgut ナルカソノ數ハ寧ロ少ク大多數ハ借地人ノ一生涯ヲ限リ或ハ地主カ何時テモ自由 = 回收シ得ヘキ權利ノ極メチ不確實ト Leisgut ニアツタ。

(C) Lehnrechtliche Leihe

之ハ後述ノ Lehn / 一種テアリ、農民 = 其ハヲレタ Lehn ナル。但借地人ハ Ritter = 固有ナル軍事勤務ノ代リ = Zins ヲ提供セヨメル = 止ツタ。但シ 之 = ヨツテ生スル法律關係ハ凡テ Lehnrecht = ヨツテ支配サレタ。

Bauerlehn ト稱サレタ Ritterlehn = 對ス

(d) Stadtrechtliche Leihe (Städtische Leihe)

都市ノ地主カ都市ヲ建設スル爲メ = 招集シテキタ商工業者 = 家屋ノ敷地トシテ賞與シタ所ノ Lehn

(*freie Leihe* 身分上ノ隷屬關係ヲ生シテ、所謂今日ノ學者ノ云フ *Gründleihe*) ナル。借地人ハ極ク僅少ノ地代 *Freizins* ; *Wurtzins* 等ヲ支拂フニ止ツタ。而モ之ハ始メカラ *Erbleihe* ナラツタカ爲ニ稍後世ニハソノ借地ハ借地人ノ所有地ト看做サレ地主カ徵收スル *Zins* ハソノ土地ノ上ニ固定スル所ノ *Reallast* ト變化スルニ至ツタ。

コノ *Gründerleihe* = 次ヲ牽連シテモノハ市民相互間ノ土地及家屋ノ *Erbleihe* ナラツタ。條シテ稍後世ニハ家屋ヲ目的トスル *Leihe* (*Häuserleihe*) ハ家屋ノ *Miet* (賃賃借カ牽連シテ來タ爲ニ消滅シ。コノ都市内ノ家屋ノ *Miet* ハ元來ハ物權ヲ牽生シタモノナル。ソレ故ニ *Miet bricht Kauf* (賃賃借ハ売買ヲ破ル一物權的ナル) トノ格言カアツタ。條シテラ少数ノ地方 *Friessen*, *Lachsen* テハ反対ニ *Kauf bricht Miet* トイフ原則カ行ハレテキタ。コノ反対ノ原則ハ却ツテローマ法ニ合致スルカ故ニ近世ノ *Gemeines Recht* = ナルコトハ、ナツタ。後ノ新民法ハ固本法ノ主義ヲ復活シタカ、條シ果シテ *Miete und Pacht* カ物權ナルカ否カニ付テハ等

説ハ一致シテ居テナシ。

條ニ、*Bauer(n)güter* 農民占有地

中世以來 *Bauer* カ占有シテキル土地ハ法律上特別ノ財産、トシテ特別ノ、法制ヲ支配サレテキタ。コノ特別ノ *Bauergüter* / 大多數ハ、地主カラ *Erbleihe* 又ハ *Zeitpacht* トシテ賃賃サレタ土地ヲアレケレト時トシテハ農民自身ノ所有地ナルコトカアツタ。併シ中世間ニ自由農民ト所有地ハ著シク減少シ、偶々決存シテキル者トモ附近ノ大地主或ハ *Ritter* ノ裁判權、保護權 *Vogteirecht* = 服シ、ソノ保護主 (*Vogtfern*) = 對シテ *Zins* ソノ他借地人ト同種類ノ負担ヲ負フテキル所ノ *Zinspflichtiges Eigentum* (或ハ *Zinsbelastetes Eigentum*) = 化シタカ爲ニ事實ニアリテハ純然タル *Zinsgut* ト治ント區別ハナク、又實際上ソノ區別ハ判然シナイ場合カ多カツタ。然レテコノ二者ハ同様ニ看做サレタ。

他ノ一方ニ於テハ自由農民ト莊園ノ隷屬民トノ身分上ノ區別モソノ占有地カ *Bauergüter* ナレトイフコトニ付テ何等ノ影響ヲ及サナカツタ、蓋シ自由農民ニシテ隷屬民ヨリ過重ナル負担ヲ負ツテキル者カ

多カツタ 爲テアレ。

之等ノ *Bauergüter* = 固有ナル法制ハ國ヨリソノ種類ニヒク又ソノ地方ニ依テ異ルカ先ツ大体ニ對テ述フレハ次ノ如キモノテアレ。

(I) *Bauergüter* ノ貸與ハ地主カソノ *Hofgericht* ニ於テナスノカ常テアツタ。或ル地方ニハ *Erbleihe* = 付テモ借地人カアル年期毎ニ形式上ハ貸借ノ更新ヲ地主ニ對シテ求メルコトカ必要テアツタ。蓋シ庄園内ノ借地ハソノ始メ有期的ノモノテアツタカ故テアレ。而シテコノ貸借更新ノ際ニ地主ハ手数料 *Laudemium* ヲ納付センメルノカ常テアツタ。
Bauergüter カ買取付ノ *Eigentum* テアル場合ニ於テモ之ヲ他人ニ譲渡ス場合ニハ譲受人ヲシテ *Vogtherr* = *Laudemium* ヲ納付セシメ、ソノ土地ノ形式的貸與ヲ求メシメタ地方モアレ。

(II) *Bauergüter* ノ譲渡、賣入等ニハ地主若クハ *Vogther* ノ承諾ヲ必要トシタ。始メ純然タル同姓ノ借地ハ譲渡ヲ禁止サレテキタ爲ニ譲渡人カテ一度ソノ土地ヲ地主ニ返還シ地主ヲシテ更ニ之ヲ譲受人ニ貸與スル形式ヲ履ンテキタカ後ニハ單ニ地主ノ

承諾ヲ求メテ譲渡ヲ許スコトニナツタ。併シテ地主ハ尚コノ際ニ譲受人カ耕作ニ適當スルモノナリマ否マ即チ *persona Labilis* (有能ナ者) ヲ取捨シ場合ニ於テハハ地主ハソノ譲渡地ヲ回收スルコトカ出來タ。受人ハ地主ニ *Laudemium* ヲ納メ地主ノ手カヲ集メテ形式上ノ貸與ヲ受ケルノカ常テアツタ。

日本テハ百姓ノ永代売買ハ禁ツテキタ (徳川時代) 越後ノ長岡。

(III) 農民カソノ土地ヲ換シ或ハソノ買テ義務ヲ急ツタトキハ地主ハ自己ノ威カヲ以テソノ土地ヲ回收スルコトカ出來タ。地代ヲ三年間不納ノ場合亦同シ。
Zinspflichtiges Eigentum = アリテハ *Zins* ノ滞納ハ普通ノ強制執行方法ニヨリ之ヲ取立テ敢テ土地ヲ回收スルコトハナカツタ。

(IV) 多クノ *Bauergüter* ハ *Geschlossenes Gut* (纏マツテキル土地) テアツテ分割カ禁止サレテアル。蓋シ土地ヲ分割スル場合ニハソノ土地ノ買取カ、或換シ地主ノ爲ニ不利テアルカ故テアレ。ソレ故ニ *Bauergüter* ノ相続法ハ單独相続 *Anerbenrecht* テアルコトヲ常トシタ。然レミナラス相続人カ幼少

persona habilis テアルヤ否ヤヲ取捨ノ場合ニヨ
ツテハ他人ヲシテ相続セシメルコトカ出来タ。

(V) *Bauergüter* ハ常ニ *persona habilis* = ヨツ
テ占有サレルコトカ地主ノ利益テアルカ故ニ相続人
カ幼少ノ場合ニハ成年ニ達スル迄 (*maljahre*) 之
ニ代ツテソノ土地ヲ耕作スル所ノ *Interimswirt*
(中継人) ヲ置クコトカ必要テアツタ。通常ハ被相
続人ノ寡婦ト婚姻シタ時ト大テアツテ彼ハ自己ノ計
算ニ於テソノ地ヲ耕作スル一種ノ物權ヲ有スルモノ
テアル。同一ノ理由ニ依テ *Zins* テハ老弱者カソノ
Bauergüter ヲ *erbs* = 讓渡シテシマヒ自己及ヒ
妻ノ為ニ一生間獨立ノ住宅ト扶養料トヲ受ケル所ノ
讓渡ニ固有シテキル物權ノ權利 (即之ヲ *Altenteil* 老
人分ト云ツタ) ヲ留保スルコトカ行ハレタ。上述ノ
Interimswirt 亦相続人カ成年ニ達シテソノ土地ヲ
返還スルトキ斯ノ如キ *Altenteil* ヲ受ケルコトカ常
テアツタ。

日本ノ中継相続人

隱居分ノ隱居料モ之ト同シ。後家分カ昔ハアツタ

Gutsabtretung

第 四 節

Reallasten (地上負擔)

封建ノ中世ニ *Reallasten* カ発達シタ。之ハ特定
ノ土地又ハ家屋ノ收益ヲ權利者ニ同期的ニ給付スル
コトカヲ成ツテキル所ノ不動産ノ負擔テアリソノ不
動産ノ上ニ固定シテキル所ノ物的負擔テアル。コノ
權利ノ性質ニ關シテハ或ハ物權テアルトイヒ或ハ債
權テアルトイヒ或ハ物權ト債權トノ混合シテキル權
利テアルトイヒ種々ノ學說カアルケレトモ獨固有法
ノ精神カラ云フト。特定人ノ負フ債務テハナクシテ
何人テモコノ負擔カ付テアル不動産ヲ占有シテ者ハ
自身テ之ヲ占有スル 稱ソノ給付ヲナス義務ヲ負フ
テキルニ止ルモノテ事實ニ於テハ土地ソノモノノ負
担即チ所謂 *Singliche Schuld* (物的ノ債務) ト
稱シテ差支ナイモノテアル。

ソレ故ニ次ノ如キ諺カアル。

Der Zins geht von Gut, nicht von Blute

地上負擔ハ不動産カラ出テ來ル。血 (人間) カラ
出テ來ルノテハナイ。

(註) 丁度租税 (地租) = アタルモノモ *Reallasten*

ニナツテキル。公私混合ノ時代

此ノ *Reallasten* ノ性質ハ

第一、コノ負担カ固定シテキル土地ヲ占有シタ者ハ何人ナルトモ問ハス自己カ占有スル期間ノ周期ノミナラス占有者カ滞納シテキル分ヲモ納付スル義務ヲ負フテキルモノデアール。

第二、ニハ義務者カソノ土地ノ占有ヲ拋棄スルトキニハ當然ソノ給付義務ヲ免ルモノデアール。

第三、ニハ保シテ下ラソノ目的物カ無主物トナツタ場合ニテ *Reallasten* ハ消滅シナイ。

第四、ニハ義務者カ給付ヲ怠ル場合ニハ権利者ハ單ニ *Reallasten* ノ固定シテキル目的物ニ付テノ強制執行ヲナスコトカ出来ルノミテ義務者ノ有スル他ノ財産ヲ差押ヘルコトカ出来ナカツタ。

此ノ *Reallasten* ノ種類ハ甚ク多イ。或ハ地主、或ハ *Vogtheer* 或ハ寺院等カ有シテキル所ノ支配公権ニ基イテモノデアール。或ハ純然タル私法的ノ原因カラ生シタモノデアール。中世ニハ公権、私権ノ區別ヲシナカツタカ爲メ、ソノ發生原因ノ如何ニ拘ラス同シク之ヲ *Reallasten* トシタ場合カ多イ。

ソノ極ク主要トモノミヲ説明スレハ次ノ如クデアール。

(I) *Grundzins* u. *Fronden*

前述ノ *Baurgüter* ノ負担ニ屬スル *Zins*; *Fronden* ハ *Reallasten* テアル。並シ之等ノ負担ハソノ始メ地主權ニ服従シテキル隷屬民ノ身的負担テアツタカ中世ノ間ニ於テ土地ソノモノニ固定スレ所ノ負担ト看做サレレニ至ツタカ故デアール。之ハ *Zins* ハ古クハ土地ノ收穫、或ハ *Hühner* (鶏) *Wachs* (蠟) *Honig* (蜜) *Wein* (酒) *Bier* ヲノ他ノ天然物カラ成ツテキタカ後世ニハ次第ニ金銀ニ代レコトナツタ。*Zins* ハ滞納ノ場合ニハアレ期間毎ニ遲滞金 (*Putzchergins*) ヲ加ヘテ特定ノ期間ヲ経過シタトキハ地主ハソノ土地ヲ差押ヘルコトカ出来タ。*Fronden* ニモ *Handdienst* 或ハ牛馬ノ如キ *Spaundienst* ノ別カアリ又制限的無制限的ノ別カアル。

(II) *Sterbfall*; *Besthaupt*

前述ノ如ク地主ノ隷屬民ハ相続税トシテ *Sterbfall*, *Besthaupt* ヲ出サネハナラス、之等モ母ハ人的負担テアツタカ中世ニハ之亦土地ニ固定スル *Reallasten*

ト化シタ。

(III) *Zente* 十分ノ一税, *Decima*

之ハ寺院若クハ俗界ノ領主、國王等カソノ領内ノ土地ノ收穫ノ十分ノ一、二十分ノ一、或ハ六十分ノ一等ヲ徵收シ糸モノテ之モ色々ノ細別カ下ツタ。

(IV) *Rente*

*Rente*ノ最古ノモノハ *Seelzins* (靈魂ノ地代) テ之ハ死後ノ冥福ヲ祈ルカ爲ニ自己ノ家屋若クハ土地ノ上ニ永久的ノ同期的給付ヲ設定シテ之カソノ收納權ヲ寺院ニ寄附シタモノテアル。

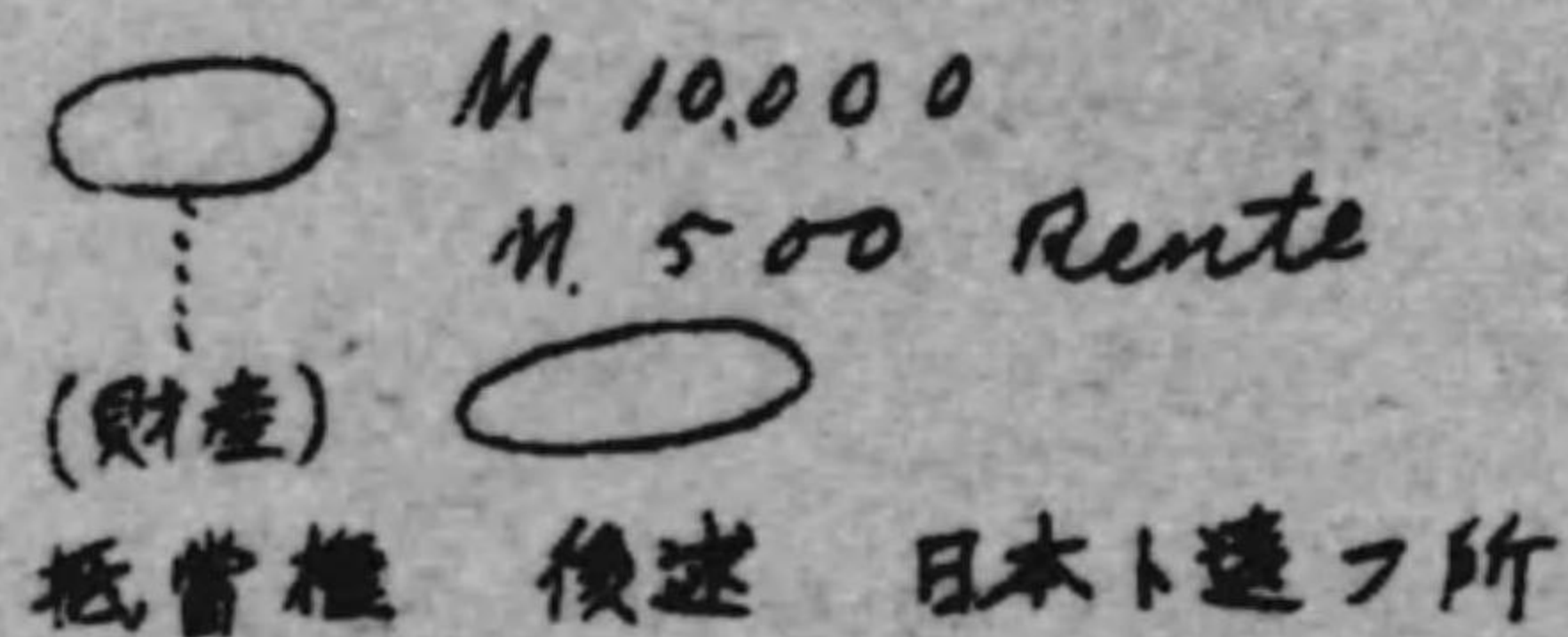
コノ *Seelzins* ハ所謂 *Rente* ノ起源テアル。併シ尔ラ後世廣ク行ハレタ *Rente* ハ *stadt* = 於テ第十四世紀以來發達シタ *Rentenkauf* ト名ツケラレタモノニ起因スル所ノモノテアル。始メ資金ニ逼迫シテキル商工業者ハ資金 富ム者カラ一時ニ纏ツタ資金ヲ受領シ之ニ対シ自己ノ所有家屋若クハ土地ノ上ニ丁度 *Seelzins* ト同種類ノ永久的 *Zins* ヲ資金融通者ノ爲ニ設定シタ、而シテ之ヲ *Rentenkauf* ト称シタ。コノ方法ハ第十四世紀以來資金ノ融通及ヒ投資方法トシテ、又他ノ一方ニ於テハ寺院法ニヨル

所ノ利子禁止法ヲ回避スル手段トシテ各都市ニ廣ク行ハルニ至リ、地方ニヨツテ *Weichbild*, *Burgrecht* 等ト種々ノ名称ヲ以テ呼ンテ居ツタ

コノ *Rente* ヲ設定スルコトハ不動産ノ無形部分譲渡ト考へ看做サレテキタ爲ニ不動産譲渡ノ形式ニ從テ *Anflessung* 次イテ登記等ヲ必要トシタ。又 *Rentenbrief* 即設定ノ証書ヲ受領スルコトヲ常トシタカ之ハ一種ノ有價トシテ融通サルニ至ツタ。

Rente ト受領シタ資金トノ割合ハ始メハ自由契約ニ依ツタカ次第ニ慣習法上決定シテ來テ先ツ資金ノ5%ヲ通例トシタ。 *Rente* ヲ滞納シタ場合ニハ權利者ハ先ツ不動産ノ上ニ存在スル動産ヲ差押ヘ、不足ノ場合ニハソノ不動産ソノモノニ對シテ強制執行ヲナシタ。 *Rente* ハ元來不動産ノ上ノ *Reallast* ナルカ故ニタトヘ之カ存在ヲ知ラスシテソノ不動産ノ所有權ヲ取得シタ者トモ、之ヲ必ス給付スルノ義務ヲ有シタ然レニトラス前所有者カ未納ノ分ヲモ完納スルノ義務ヲ有シテキタ。コノ *Rente* ハ原則上ハ永久的ノモノテ解除不能ノ負担ヲアツタ、ソレ

故 = 始メ権利者ト義務者トカ收護ノ上テナケレハ、
 之ヲ一方的 = 消滅セシメテシマフコトハ出来ナカツ
 タ。併シテラマ、後世 = ハ設定者カソノ設定契約 =
 於テソレヲ解除スルコト、留保スルコト行ハレ。更
 = 後世 = ハ法律上或ル條件ノ下 = 解除権ヲ認メルコ
 トトナツタ。併ノミナラズローマ法継受サレタ後 =
 ハ *Reallasten* / 解除ヲ容易ナラシメルコト = 努
 メタ為 = *Rente* / 権利者 = モ法律上ノ解除権ヲ與
 ヘルコトナツタ。又義務者カ特定ノ不動産ノ *Rente*
 ヲ他ノ不動産 = 依テ、更 = 後世 = ハ自己ノ他ノ財産
 = 依テ担保スルコトヲ許シタ。故 = 於テカ *Rente*
 ハ純然タル *Reallasten* タル性質ヲ失ヒ不動産 = ヲ
 ヲテ担保サレル利息付借金 = 接近シテ來タ。近世 =
 於ケル独逸ノ不動産抵當権カ *Reallasten* ノ性質ヲ
 多ク混ヘテキル所以ハ之カ為メテアル。



以上述ヘタ所ノ *Reallasten* ハ十九世紀 = 入ツテ
 特 = 1848年以來ハ次第 = 頽廢サレ、或ルモノハ無

償 = アルモノハ政府カラ權利者 = 補償ヲ與ヘテ之ヲ
 廢止シテ了ツタ。或ルモノハ國家カラハ個ノ第二保
 護ヲ與ヘテソノ解除ヲ容易ナラシメタ。併シテラソ
 ノ中 *Rente* = 至ツテハ最近世ノ法律 = 於テモ尚之ヲ
 設定スルコトヲ許シテキタ。但シ独ノ新民法ハ
Rentenschuld ヲ *Reallast* ト見ス。後述ノ
Grundschild / 一種ト看做シラシマツタ。

第五節

役権 *Dienstbarkeiten*

地役権ノ意義

故固有法 = ハ地役権ト總稱スル特別ノ概念ハ存在
 シナカツタ。ローマ法継受後ローマ法ノ *servitutes*
 (役権) = 類似シタ物権ヲ強ヒテ綜合シラシメテ

servitutes ト名ツケタケレトモノノ範圍ハ不確定テ
 アリ且ソノ性質モ亦着シクローマ法ノソレトハ異ツ
 テキタ。例ハハ

第一 = ローマ法ノ役権ハ自己ノ所有地 = ハ成立
 シナイ。之ニ反シテ独逸ノ *Dienstbarkeiten* ハ自
 己ノ所有地ノ上 = モ成立スルコトカ出来タ。

Nulli res sua servit (何人モ彼自身ノモノカ
serveシナイ)

第二 = ローマ法ノ *servitutes* ハ所有者ノ消極
的ノ認容 (*patiendi*) ノ原則トシ所謂 *servitutes*
in faciendo (+ スコトノ *servitutes*) ハ極ヲ稀
ナル所例外トシテ認メテ = 過キナイ (*non faciendo*)
カ原則ヲアレ。之ニ及シテ放牧 = 於テハ斯ノ如キ制
限ヲ極ヲ輕視シタ。コノ原則ハ *servitus in faciendo*
consistere nequit (役權ハ作爲 = 依リテ成リ立
ツモノテハナイ) トシテ有名ヲアレ。

第三 = ハローマノ地役權ハ要役地ノ利益ノ爲 =
存シ人ノ爲 = 存シナイ。ケレトモ放牧ハ人ノ爲 =
存在スル土地ノ地役權カ認メラレテ居ツタ。

今放牧近世ノ始メ以來、*Dienstbarkeiten*、中
主ナルモノヲ舉ケルト次ノ如キモノヲアレ。

(I) *Weiderecht* 放牧權

之ノ多クハ昔ノ *Allmende* ノ放牧權 = 由來シタモ
ノヲアレ。而シテ之 = 種類カ多イ。

(1) *Jus Compascuationis simplex*

(*Compascere* (共同 = 放牧スル) トイフ字カラ

由來 : タモノ]

之ハ村落團體ノ他ノ團體カソノ *Gesamtheigen-
tum* = 屬シ若クハ莊園ノ地主カラ之等ノ團體カ
Gesamtrecht トシテ使用ヲ許サレタ共同ノ放牧 =
於テ組合團體員カ共同 = 放牧スル權利ヲアレ。

(2) *Jus Compascendi*

之ハ承役地ノ所有者カ權利者ト共同シテ放牧スル
權利ヲアレ。

(3) *Jus Compascui* (*Compascus* (m) カラ來タ語。
之ハ他人ノ所有地 = 多數人カ共同シテ放牧スル權
利ヲアレ。

(4) *Jus Compascuationis reciprocum* (相互
的ノ共同放牧權)

之ハ兩團體ノ人民カ互 = 他ノ所有地 = 於テ放牧ス
ル權利

(II) *Waldgerechtigkeiten* 森林ヲ色々 = 使フ權
利

之モ本ソノ起源 = 邇タイハ昔ノ *Allmende* = 屬
シタ森林ノ共同使用權 = 起ツタモノテ從テソノ種類
モ亦多イ。例ハハ共同使用森林 他人ノ森林内 = 於

テ建築用或ハ薪用トシテ立木ヲ伐採スル者ハ割レタ
木ヲ採取スル所ノ権利 () 葉落 (Laub) ツ採給
スル所ノ権利、森林ノ果実ヲ以テ放牧シ或ハ果実ソ
ノモノヲ採取スル権利、森林地ノ下草ヲ採取スル權
利ヲアル。

第六節

權利不動產

第一 款

Lehn

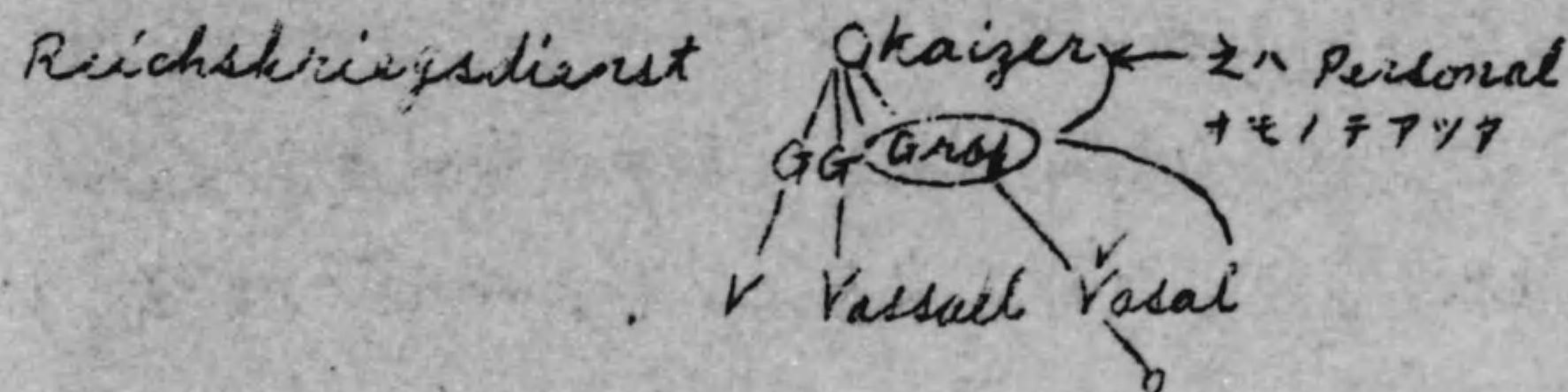
起源ハ公法ヲ述ヘタ所ヲ参照セヨ、フランク時代
ニ就イテ以下ニハ

(甲) 中世

第一 條 說

フランク時代ノ Beneficium ハ起源ノ中世ニハ親
族ノ所有地即チ Allod (Allodium) ニ對シテ Lehn、
Feudum (フテン形トシテ語) 等ト稱シテキリカ第
十ニ世紀迄ノ間ニ著シキ變遷ヲ遂ケタ。中世ノ Lehn
ニハ受封者ノ軍事的勤務ヲ伴フ所ノ Rechtes Lehn
(親族ノ Lehn) + Bauernlehn / 如キ他ノ種類ノ勤

務者ニ給付義務ヲ伴フモノトノ面種類カアツタ。ソ
ノ封建制度ノ中心トナツテキルモノハ Rechtes
Lehn ナリ。アツテ最も普通 Lehn ト稱スルノハ Rechtes
Lehn ヲ意味スルモノナル。コノ Rechtes Lehn
ハ唯 Ritterbürtigen (騎士族) ノミニ之ヲ受ケル能ク
ヲ有シ時トシテハ封主ノ特別ノ恩典トシテ保釋、部
市團體或ハ農民或ハ婦女子ニ對シテ授與サレタコト
カアレケレトモ併シコノ種類ノ受封者ハソノ Lehn
ヲ代表スヘキ適當ノ Ritter ヲシテ軍人的勤務ニ服
セシムルコトカ必要テアツタ。之ヲ Lehnsträger ト
イフ。コノ Rechtes Lehn = 附隨シテキル軍事的勤
務ハ Reichskriegsdienst (帝國軍事勤務) 即チ
kaizerノ命令ニヨル所ノ軍役ニ限ルモノナル。
Lehnノ目的物ハ土地若クハ或地域ニ根基スル所ノ
永久的收益ノ淵源タル所ノ公權私權、例、裁判權
Gerichttlehn 地方官主 Amttlehn 税關、鑄
貨、物權 等ノ權利ヲアル。



戦争 = 行クトキハ V. HG = 従フ
無レ = 私闘ノアルトキ、従ツテ行ク義務ハナシ
V. ハ 40 日契約

Allodium, Feudum. Origin (etimologie)
ハヨク分ヲヌカ *Feudum* ハ南佛ノ家畜 (*Vieh*)
(*Feu*) カヲ出テキルトノ説 *Allod* ハ *Allodis*
al = *all*, *odis* *od* ハ所有權ノ意味ト

第二、授封行為 *Belehnung* (封典行為)

Vassalitat 主従關係 *Benefizialwesen* 恩給制
トカ總合シテ以來封主ト受封者トノ封的關係ハ昔時
ノ *Commendatio* ノ方式カラ發達シタ。 *Benefizial-*
wesen ト云フ行為 = ヨツテ發生シタ。ソノ行為ハ
比ノ = 授ノ方式カラ成立テキレ。

(I) *Hulde*

之ハ *Vassall* カ主人ノ前 = 跪イテ主人 = ヲ授テ
忠誠ト服従トヲ誓約スル行為テアル。 = *Homagium*
(*Homage*) トモ云ツタ。

(II) *Investitur*

之ハ封主カ授封ノ文言 = ヨツテ受封者 = *symbol*
ヲ交附シテ以テ封ヲ授與スル行為テアル。

ソノ *symbol* トシテハ 干袋、帽子、劍、槍、指
環 (*Ring*) 等ヲ用ヒタカ俗界ノ諸侯 *Fürsten* = 封ス
ル所ノ *Fürstentümer* ヲ封與スレ場合 = ハ *Fahne*
(槍ノ先 = 付テレ旗、槍旗) ヲ授ケ教界ノ諸侯 = 封
スル封與 = ハ *Hirtenstab* (杖) 後 = ハ *Scepter*.
(笏) ヲ授ケタ。後ヲ被稱 = 封スル *Lehn* ハ
Fahnlehn, *Scepterlehn* ト稱シテ居ツタ。ヨ
ノ *Belehnung* ハ封ヲ *Vassall* = 封ヲ授與スル場合
= 限ラス封ノ制度アツタ場合 = 於テモ亦相絶ノトキ
カヲ *Jahr u. Tag* ノ間 = *Lehnserneuerung* (封與
ノ更新) ヲナス際 = モ行ハレタ。

Feudi oblatio (*Lehn* ヲ offer スル) *Lehn-*
saufrag トイフコトモアリ。「今ハ *Lehn* ハア
テキナイカラ約束、タケテスル。(條件付 *Belehnung*)
コトモアル。ソレヲ *Lehnvertrag* トイフ。

第三、封關係 *Lehnverhältniss*

Belehnung = 依テ發生スル所ノ封主ト受封者トノ
關係ハ人的關係ト物的關係トノ両方面カラ被ル所ノ
モノテアル。ソノ中始期 = 於テハ人的關係カ中心ヲ
アツタカ。併シテ封ハ次第 = 受封者ノ財產化シタ

結果トシテ後世ニナルト物的關係ノ力カ重キヲナス
コトニナツタ。

(I) 人的關係

人的關係ヲ約定スルト封主ト受封者トノ間ニ於ケ
ル所ノ相互的ノ忠誠(實)義務ヲ基礎トスル所ノ保護
ト勤務トノ關係ヲアル。殊ニ受封者 *Vassall* 或ハ
mann, *Lehnsman* (主人ハ *Lehnsherr*, *Herr* 封
主) ハ此ノ如キ義務ヲ負フ。之 *Lehnspflichten* ト
稱スル義務ヲアル。

(1) *Ehrerbietung* 敬意ヲ表スルコト

Vassall ハ封主ニ對シテ尊敬ヲ表示スル義務ヲ負
フ。

(2) *Lehndienst*; *Vassal* ハ封主ノ軍ニ依テ從軍 スル所ノ義務 (*Heerfahrt*) ヲ有ス。又裁判若ク ハ質問トシテ封主ノ邸宅ニ參召スル義務 (*Hoffahrt* 官廷ニ行ク義務) ヲモ有スル。

(3) *Gerichtspflicht*

封建法ニ依ルト封ニ關スル訴訟ハ同一封主ニ屬ス
ル *Vassall* 即同僚ヲ *Schöffen* 參審官 (判決起草ニ
立会フ) トシテアル所ノ封主ノ *Lehnsgericht* (封

庭裁判所) ニ於テ裁判サレルモノヲアル。而シ *Vas-*
sall ハソノ裁判ニ參加シソノ判決ニ服スル義務ヲ
負フモノヲアル。

1. *Reichskriegsdienst* (前述) ハ一イモノ ヲアル。

(II) 物的關係

受封者ハ封物ノ *Gewert* ト收益物權ヲ有スルモノ
ヲアル。又ハ自己カ主人カラ受ケタ *Lehn* ヲ *Apter-*
Lehn (臣ニ又マル *Lehn*) トシテ自己ノ *Vassall* ニ
再封スル權利ヲ有シテキタ。併シテラ *Lehn* ノ繼承
譲渡ニハ封主ノ同意ヲ要シ之ヲ譲渡ス場合ニハ一度
之ヲ封主ニ返還シ更ニ封主カラ讓受人ニ封與スル形
式ヲ履ンタ。併シ後世ニハ封主ノ許可ヲ得テ直ニ當
事者間ニ譲渡スコトカ出來ル様ニナツタ。

以上述ヘク封的關係ハ始メ封主者ハ受封者ノ何レ
カ一方カ死亡シタトキハ當然消滅シタ。前ノ場合即
封主ノ死亡ノ場合ヲ *Herrnfall*。後ノ場合ヲ *Mann-*
fall ト稱シタ。

併シテラ實際ニ於テハ *Mannfall* ノ場合ニ於テモ
主人ハ死亡者ノ子ニ對シテ遺封ヲ授與シ *Herrnfall*

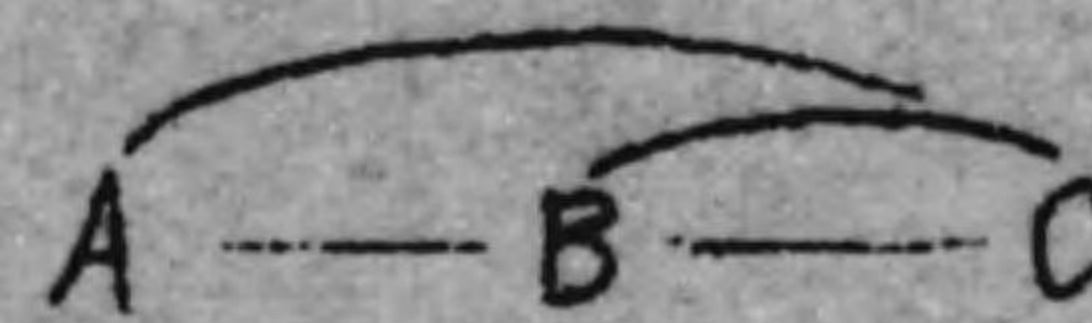
ノ場合 = 於テモ受封者ハ旧主人ノ子 = 對シテ對ノ更
新ヲ求メタノテアル。

斯ノ如キ慣例カアツタ爲 = 第十一世紀 = ナルト多
クノ *Lehn* ハ法律上世襲的ノモノト化シタ。俾シテ
ラ尚古イ形式ヲ述フテ封主或ハ受封者カ変更シノ場
合 = ハ *Lehnsbehebung* ヲ更新スルコトカ必要テ
アツタ。

(註) 御朱印狀、御判物ヲ徳川時代 = ハ
ヲキタ。事實ハ相統ノマウナモノ。鎌倉時代 =
ハ安堵シテ觀キタイト將軍 = 上ル安堵狀 (確認)
ヲイレル、徳川時代 = ハ事實ノ相統。テハ
相統推ノ侵害トシテ主張シテ訴カ出来タ。

封主ハ單独 = 對的關係ノ解除ヲナスコトハ出来
カツタカ條シテ受封者 = 至ツテハ取ハ *Investitur*
Symbol ヲ返還シテ若クハ忠誠拒絶ノ意思表示
(*Widersagung*) ヲナシテ従來ノ主従關係ヲ消滅
セシメレコトカ出来タ。Mannカ *Felonie* (犯罪)
ヲ犯シタトキ即チ忠誠ノ義務ソノ他對的義務 = 違反
シタトキ = ハ封主ハ彼ヲ許ヘテソノ封ヲ取戻スコト
カ出来タ。反対 = 封主カ受封者 = 對シテ忠誠義務ヲ

犯シ保護義務 = 反シタトキモ *Felonie* ヲ犯シタコト
トナリソノ場合彼ハ受封者 = 對シテ有スル所ノ封主
權 (*Lehnsherrlichkeit*) ヲ失ツテ了ヒ、受封者及
ソノ封ハ封主ノ上級封主ノ對的支配權ノ下 = 移ツテ
シマウモノテアル。受封者 = 相統人 (後述) カナイ
トキ = ハ封ハ封主 = 歸ツテ行クノテアル。



(2) 近世

近世ノ始メ = ハ (十五世紀) *Lehn* ハ既 = 政治的
軍事的價値ノ大部分ヲ失ツテシマヒ、封ハ單 = 特種
ノ財產トシテ重キヲナス = 止ツタ (前述) 而シテロ
ーマ法ノ継受ト共 = 伴ヒ行ハレテキタ所ノ *Langobar*
dische Lehnrecht ハ独逸 = モ輸入サレ、且種々
ノ変化ヲ受ケテ遂 = 獨ノ封建法ヲ普通法 *Gewewines*
Recht トナツタ、條シテラ尚ホ *Sachsen* テハ独
固有ノ封建法主義ヲ維持シテキタ爲 = 独逸ノ封建法
ハ自ラ = 大系統即チ獨逸系統及ヒ伊太利系統 = 分離
シタ。

近世ノ独逸ノ諸邦 = 於テハ自己ノ領國內ノ封建制

度ヲ廢止スルコトヲ計ツタカ殊ニ Prussia 國ニテハ
Friedrich Wilhelm I. ノ 1717 年ノ法律ヲ以テ
貴族ノ法 *Adelskint Bauerlehn* ノ廢止ヲ行ツタ。
佛革命カアツタ後一時佛ノ勢力範圍ニナツタ地方
(ライオンランド) ニハ佛革命ノ精神ニ依テステニ早
ク *Lehn* ヲ廢止シタカ他ノ諸國テハ漸ク 1848
年以來 *Lehnsherr / Obereigentum* ヲ廢止シ *Lehn*
ヲ後述ノ世襲財産ニ類似シタ特別財産トシタ。係シ
テ後述ノ世襲新民法ノ下ニ於テモ或ル地方ニ於テモ尚昔
ノ *Lehnrecht* ノ存続ヲ許シテアル。(我國ノ革命ヲ
ハナクナツタ筈)

第二 款

Stammgüter (家産)

第十三世紀ノ後半以來高級貴族ノ間ニ於テハ屢々
相続ソノ他ノ原因ニ依テ家産ノ分割ヲ行ツタカ漸
クソノ家ノ勢力ト存立トヲ危クスル虞カ出テ來タ。從
テ第十四世紀以來、高級貴族ノ家ニハソノ自ラ有ス
ル所ノ自主權 (*Autonomie*) ニ基イテ家法 *Haus-*
gesetz 若クハ慣例ニヨツテ祖先カラ傳來セル土地

(*bona aviatia*, *bona stemmatica* 血統ノ財
産ト昔カラ云ツテ來タ)。若クハ之ニ準スヘキ土地
ヲ *Stammgüter* トシテソノ分割及ヒ処分ヲ禁止シテ
單枝相続法ニ依テ之ヲ子孫ニ傳フルコトヲ計ツタ。
コノ *Stammgüter* ハ相続權ヲ有スル凡テノ *Agnaten*
(男系親族) ノ同意ヲ得ルニ非サレハ當主ト會モ之
ヲ処分スルコトカ出來ナイ。又ソノ相続順位ヲ變更
スルコトモ出來ナカシ。若シ當主カ不法ニ之ヲ処
分シタトキニハ期待權ヲ有スル凡テノ親族ハ第三取
得者カラ之ヲ回收スルコトカ出來タ。コノ *Stamm-*
güter ノ所有權ハ何人ニ屬スルカニ付テハ近世ニ種
ノ説カアル。第一説ハ高級貴族ノ家ヲ法人 *Körpers-*
chaft (Genossenschaft) ナリト解シ之ヲ以テ
Stammgüter ノ所有權ノ主体ヲアルトスル所ノ説
テアリ。第二説ハソノ所有者ハ當主テアル。係シテ
親族 (*Agnaten*) ノ期待權ニ依テ制限セラレテ
キル所ノ制限的ノ所有權ナリト解スル説テアル。

(註) 日本ト異ツテ佛ハ分割相続ヲアツタ。尚
後述スル所参照。

第三款

Familienfideikommiss

下級ノ貴族ハ *Autonomie* ヲ有シナイカ爲ニ
Stammgüter ヲ設定スルコトハ出來ナカツタ、併
シ自己ノ家ノ繁榮 (*splendor familiar*) ヲ維持
スル必要上、マハリ *Stammgüter* = 類似シタ所
ノ制度ヲ有スルコトカ必要テアツタ、從テ既ニ古ク
カラ生前ノ行爲又ハ遺言ヲ以テ相続人ニ對シテ家産
ノ分割ヲ禁スルコトカ行ハレタ。

ローマ法カ継受サレテ後ニテ *Fideikommiss* ト
稱スルニ至ツタカ併シローマノ *Fideicommissum* トハ
別物ナリ而シテミナラズ確定ノ相続法ヲ伴ハナカツ
タ、然ルニ十七世紀トナリ後進ノ法律ニ於テハ
Spain = 行ハレテキタ所ノ *Majorat* (世襲
財産法) ノ制度ヲ模倣シ他ノ一方ニ於テハローマノ
Fideicommissum quod familiae relin-
quitur (家族ニ殘サレタ遺贈ノ制度ヲ論據トシテ
獨有ノ *Familienfideikommiss* ヲ作り上ケタ。

1654年ニ著述シタ所ノ *Philipp Knipschild*
ノ著書ハコノ制度ノ發達ニアツカツテカアツタモノ

ト傳ヘラレテキル。

コノ *Familienfideikommiss* ハ設定者ノ遺言
又ハ生前行爲ニ依ツテ設定サレル、而シテソノ制度
ノ骨子トナレモノハ子孫ニ對シテ特定ノ不動産若ク
ハ貴重品ノ一箇ノ処分並ニ分割ヲ禁シ男系ノ單独相
続ニ依テ相続スヘキコトヲ命令スルコトニアツタ、
若シコノ設定行爲ニ違反シテ當主カコノ処分ヲシタ
トキハ次ノ相続順位ニアル者ハ取戻權ヲ完行シテ之
ヲ取戻スコトカ出來タ、近世ノ立法ヲハ或ハ當主ノ
所有權ヲ *Untereigentum* テアルト看做シ

Obereigentum ハソノ *familie* = 區ストナシ、
或ハ當主ト全部ノ利害關係者トノ共同所有ニ屬スル
モノトナシタモノモアレ、併シテ當主ノ所有權ハ
利害關係者ノ期待シタ權利ニ依ツテ制限サレテキル
所ノ制限的所有權テアルト視ル方ノ説カ當ヲ得タモ
ノト思ハレル、佛革命以來コノ *Familienfidei-*
kommiss ハ發達ニ於テモ政治的ニモ經濟的ニモ
弊害多キモノト考ヘラル、多クノ地方テハ廢止サレ
タ、併シテ十九世紀後半以來或レ地方テハ又別ノ形
ニ於テ回復サレタ所モアル。

(註) 日本ノ鎌倉以後ニ事實ハアル

以前ハ分割相続ヲアツタカ(男モ女モ)世襲財産的ニ單純相続トナリ、家ヲ盛ニシヨウト努メ
タ。

(相続ノ順位) 参照

(不動産ニ關スル質入抵當ハ、債權ノ方ヲ述フ)

(便宜上)

第三章 動產物權

第一節 動產 *Gewere*

德國有法ニ於ケル動產ノ *G.* ハ又事實上ノ支配ヲ
アルコトニ於テハ、不動産ノ *G.* ト異ルコトハナ
ク、不動産ノ *G.* ノ如ク目的物ノ *Nutzung* (用益)
ヲ以テ *G.* ノ形式トナス、單ニ物ノ事實的ノ保持
(或ハ保管) *Innehabung*; *Gewahrsam* ヲ以
テソノ形式トスルニ止マツタ。此ノ點ニ於テ不動産
ノ *G.* ト異ルノカアル、然ツテ動產ノ *G.* ハ物ノ現
實ノ占有ニ依テ取得ナレ又移転ナレ、及対ニ物ノ現
實ノ支配ヲ失フコトニ依リテ當然ソノ *G.* ヲ失フモノ
ナアル、然テ又所謂 *Mittle Gewere* ナルモノハナ
ク、又不動産ノ *G.* ト異ツテ動產ノ *G.* ハ一個ノ動
產ノ上ニ數個ノ *G.* ヲ並ヒ立ツコトハナク、惟ツテ
依ノ現行民法ハ不動産ノ *G.* ニ固有ナル *Nutzung*
ノ要件ヲ除キ去リ他ノ一ヲニ於テハ動產ニ付テモ、
直接占有ト間接占有() トノ競合ヲ認め、斯
ノ如クニシテ動產不動産ノ占有ヲ統一シテラマツタ。
中世ノ頃テハ不動産ノ *G.* ヲ有スルモノハ當然ソノ

不動産ノ上ニ存在スル動産ノG.ヲ占有スルモノヲ
アツタ、

ル)ローマ法ノ *Possessio* カアツタノハ

*Possessio*ノ保護カアツタカラテアル、故法ヲ
保護ハナイ、不動産ニ付テ別ノ意味カアリタ

リ、

第二節 動産ノ追及權(追及)

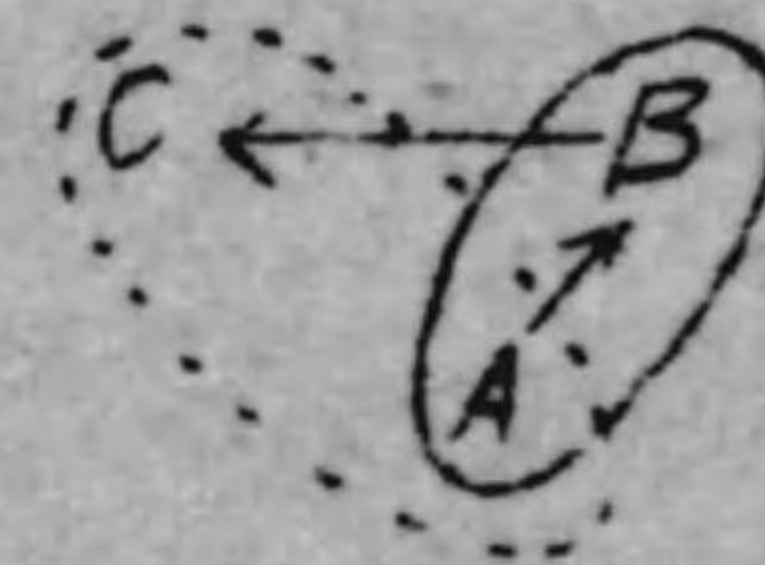
独占有法ニ於ケル動産ノ追及權ニ於テ注目スルハキ
点ハニアル第一ニハ物ノ所有者ノミナラス、凡
テ物ノ *Gewere*ヲ存スル方ハソノ動産ノ追及權ヲ有
スルモノテアル、第二ニ係ラレコノ動産ヲ第三取
得者ノ手カラ回収スルコトハ単ニ占有者カ自己ノG.
ニ及シテソノG.ヲ失ツタ場合ニ限ラレタリ、
更ニ詳述スルハ次ノ如クテアル、

甲) *Frankische Zeit*

第一、自己ノ意見ニ基イテG.ヲ引渡シタ場合、
動産ノ所有者(ニ限ラヌカ)カ寄託或ハ貸貸
借、賃入等ノ契約ニ基イテ自己ノ意思ヲメテ目

(264)

的物ノG.ヲ相手方ニ委託シタ場合ニ於テ、相
手方カ不法ニソノ物ノ返還ヲ拒絶シタトキニハ
所有者ハ相手方ヲ訴ヘテ目的物ノ返還ヲ求ムル
コトカ出来ヌカモシモ相手方カ目的物ヲ第三者
ノ手ニ移転シ若ハ第三者ノ有ニ奪ハレタ場合ニ
於テハ所有者ハモハマソノ動産ヲ第三者ノ手カ
ラ取得スルノ途ナク、唯相手方カ損害賠償ヲ
成メラルハニ止マル、コレカ後世ニナツテ有名
ナ *Hand muss Hand wahren* 或ハ簡
單ニ *Hand wahre Hand* (手カ手ヲ担保シ
ナケレハナラヌ)ノ原則テアツテ、ソノ意義ハ
他人カラ物ノG.ヲ受取ツタ者(第一Hand)
ノミカ交付者(第二Hand)ニ対シテソノ返還
ヲ担保スルト云フ意味テアツタ、



第二、自己ノ意思ニ及シテG.ヲ失ツタ場合、

所有者カソノ動産ヲ窃取スル、或ハ強奪サレタ
場合ニハソノ物カ他人ノ手ニ転讓スルモ、現占有

(265)

者ヲ之ヲ取得スルコトヲ出来タ、而シテ *Frank*
時代ニ之ニ對スル訴訟方法ニ種々存在シタ、

I *Spurfolge* (追跡)

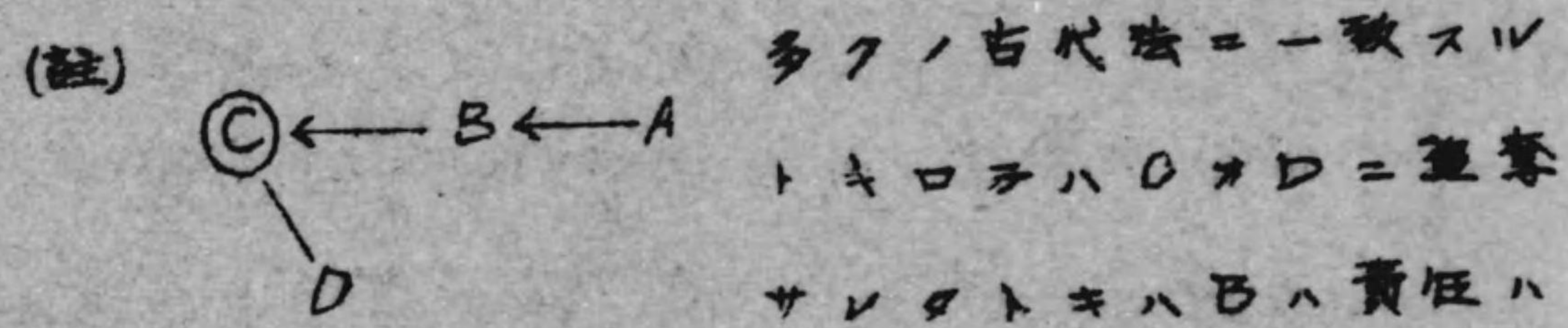
German 時代以來ノ慣習法ニヨリハ自己ノ
動産ヲ竊マレタモノハ *Gerüfte* (或ハ *Gerüchte*
ト云フ叫聲ヲ發シテ隣人ノ注意ヲ求メ、彼
等ト共ニ盜賊ヲ三夜 (ゲルマー 八日ヲ夜ヲ
數フル) ノ間追跡スルコトヲ出来タ、而シテソ
ノ間ニ嫌疑者ヲ発見シタ時ハソノ者ニ對シテ家
宅搜索ヲ行ハシメ嫌疑者ヲ之ヲ拒絶スルトキハ之ヲ
強行スルコトヲ出来タ、而シテ若シ追跡者カ家
宅搜索ヲ行ツタカ、ソノ盜品ヲ発見シ得ザルト
キハソノ追跡者自身ヲ罰金ヲ支拂ハネハナラヌ
之ニ及ツラ追跡者カ家宅搜索ヲ行ツテ盜品ヲ
発見シタトキハ自カヲ以ツテ、之ヲ取戻シ、而
シテソノ家主ハ盜賊ト見ラレ、盜犯ニ處セラレ
ル、若シモ相手方ヲ追奪担保義務者ヲアルトコ
ロノ前権利者 (即自己ニソノ物ヲ讓渡シタ第三
者) ヲ指名スルトキニハ、追跡者ハ他日相手方
ノ訴ヲ待ツテ、或ハニ於テ後ニ說明スルハキ

Drittbandsverfahren (第三手) ヲナス
ハキコトヲ舊約スルコトヲ以ツテ物品取戻ノ要
件トシタ

II *Anefang* (物ヲ握ル)

被害者カ三者ノ後ニ於テ盜難品ヲ他所ニ於テ
発見シタトキハソノ所持者ニ對シテ、ソノ物品
ヲ捕戻 (*Anefang*) (右ノ耳ヲツカセハテ花ノ
尻ヲドウトオ *formal* オアツタ) シテ自己ニ
屬スルトコロノ品物ヲ而モ盜難品ヲアルコトヲ
宣告スルノヲ必要ヲアツタ、之ニ對シテ現占有
者ハ自己ニソノ物ヲ讓渡シタ追奪担保義務者即
前権利者即 *Dritte Hand* ヲ指名ツ且ツ持戻
ノ期間内ニ彼ヲ法廷ニ出頭セシムルコトヲ舊約
ヲテソノ目的物ヲ自己ニ追保スルコトヲ出来タ
指名サレタトコロノ追奪担保義務者ハ更ニ自
己ノ前者ヲ、彼ハ更ニ自己ノ前者ヲ指名スルコ
トヲ出来タ、若シソノ時ノ後ニカノ担保義務者
カ約定ノ期日ニ到ツテ法廷ニ出席シタトキニハ
讓渡物カ現占有者ノ手カラ出席担保義務者ノ手
ニ推移 *Schul* ④ → ⑤ *empfang den*

Schub.) サレ、コ、ニ彼ハ現占有者ニ代ツテ原告(被害者)ト由直ヨ争フニ至ルモノヲアル之レ即チ *Priobanashverfahren* デアル、若シニ追奪担保義務者カ期日ニ法廷ニ出席セス、或ハ *Schub* ヲウケトヲナイトキ、或ハ争ニ破レタトキニハ現占有者ハソノ原争物ヲ被害者ニ返還スルコトヲ約シ、且ツ自ラ *Reinigungseid* (暫時的宣誓) ヲ以テ之ヲ取得シタモノヲアルト云フ事實ヲ証明セサル限リハ自身ヲ盜賊ノ罰金ヲモ支拂ハナケレハナラナカツタ、但シ時ニ追奪担保義務者カラ賠償金ヲ請求スルコトヲ出来タ、モシ及チニ被害者カ此ノ訴ニ敗レタトキハ不法ニ *Anfang* ヲ行ツタメニ罰金ヲ支拂ハナケレハナラナカツタ、



アル、即チBハ防禦義務ノ賠償義務ヲアル、Cニ代ツテBハCノ權利ヲ防禦スル、ソレニ破レルト取戻サレル、ソノトキハ賠償義務ト

ナル、ローマ法ヲハ早ク防禦義務ハナクナリ賠償義務トナツタ、*German* 法ヲハ兩者共アリ、併テハ極近世マテ防禦義務ハアツタ、破滅ナリ、

Cカ責ケタトキハソノ善意ヲ証明セネハナラヌ。

小サナ、前権利者ノ死亡、原債取得、相続ノ場合年々マノ事實証明ノ苦シスルコトカアリ *Utrite* ハ入ラス(答)

(乙) 中世

以上述ヘテ諸原則ハ中世ニナツテモ大体ニ於テ維持ナレタカ、種々ノ流ニ於テ変化ヲ示シタ、ソノ重ナル流ヲアツレハ

第一、*Hand muss Hand wahren* ノ原則ニ対スル例外、

一部ノ都市法テハ、交易者ハ寄託シタ物品加エノダメニ手エ者ニ引渡シタ物品カ、後等ノダメニ他人ノダメニ譲渡サレタリ、買入カノ或ハ盗難ニアツタトキニハ、ソノ所有者ハ第三取得者ノ手カラ償金ヲ支拂ツテ之ヲ回収スルコト

カ許サシテ。

第二、Schlichte Klageノ発達

中世ニハ *Leupfolge* ノ制度ハ消滅シタカ
nefange ノ制ハ依然トシテ存続シタ。俵ソ
下ヲ之ト並ンテ盗難品又ハ紛失品ヲ現占有者ノ
手カラ回収スル絶然タル民事上ノ訴即 *Schlichte*
Klage カ発達シテ末タ。

第三 盗難品及紛失品ノ訴訟ニ對スル制限カ生シ タ。

アル地方テハ盗難品及ヒ紛失品ト雖モ公刑市
場ニ於テ取得シタモノハ所有者ハソノ代價ヲ償
フニ非レハ之カ返還ヲ求メルコトハ出来ナイト
シタ。又 *Kansestädte* (ハンザ同盟ニ加ハツ
タ埠) ニ於テハ外國カラ海ヲ越エテ輸入ヤレタ
物品ニ付テハ絶然ニ、陸路ヲ輸入ヤレタ物品
ニ對シテハ *Jahn u. Jof* ノ間ハタトヒソレカ
盗難品、或ハ紛失品ヲアツテモ所有者ノ返求ヲ
許サナイト云フ法律カ行ハレタ。

以上中世迄大体ニ於テ維持サレテ居ツタ独自
有法ノ動産及制ハローマ法ノ継受後ニ於テモ

カク地方ノ特別法ニ於テ残存シテ居ツタ。

第三節 果實

果實ニ關スル故中世迄ノ特徴ハ

第一、果實ハ未ダ母体ト分離シナイ以前ニ、独立ノ
物体トシテ所有權ノ目的物トナツタコト

第二、果實ノ所有權ハ之ヲ生産シタモノニ屬スル、
原則テアツタコトノニ流ラアル、ソレ故ニ *Wer*

säet, der mähet (種ヲ蒔イタ人ハ刈ル)

Wat die Egge das Land bestrichen,
ist die Saat erworben (鋤クソノ土地
ヲ一ペソ耕セハ恣エテ者カ

ト云フ諺カアツタ、即独自有法テハ母ノ成分テハナ
ク又母体ノ所有權ト必ズ相伴フモノテハナイ、全
獨立ノ物体トシテ母体カラ分離スル前ニソノ生産者
ニ屬スルモノテアル、之カローマ法ノ主意即果實ヲ
分離スル時期ニ於ケル母体ノ所有者ニ歸屬セシムル
主義ト異レテアル、但シ独自有法ニ於テモ果實ノ生
産者ハ收益權ヲ有スルカ若クハ母体ノ善意ノ占有者

タルコトヲ必要トシタ (*Produktionsprinzip*、^{ドイツ}之ニ及シテ、ローマ法テハ *Substantialp* デアツタ、而シテソレハ根本的ノ差異デアル、

第三編 債務法及責任法

第一章 *Schuld u. Haftung*

ノ概念 代当責任

*Germanen*ノ諸法ハ債務ト債務不履行ノ場合ニ於テ *Gr.*ニ適及ヲ與ヘル責任即チ債務ニ代当スルトコロノ責任トノ區別ヲ明カニ知ツテキタ、債務ハ *Germanen*ノ古語テハ *Skuld*トイツタカ、之ハ名詞ニスルト *Skulan* = *sollen*トイフ古語カラ出タ語ガ、*folgen*ノ状態(元来ルハ状態ヲ示ス)ヲ意味シタ、即チ *Germanen* 最古法ノ *Skuld*ハ二人ノ中デ一人カ他ニ対シテ *Leisten-sollen* (給付)ヲ有シ他ノ者ニ之ニ対シテ

Beikommen-sollen (受領(納))ヲ有スル各自ノ法律上ノ状態ニアルコトヲ意味スルモノデアルカレバ *Germanen*ノ古法ヲハ債権者ニ債務者モ共ニ *Sollender*ノ共ニ *Schuld*ヲ有スル者デアルト云ハナケレバナラナイ、ソレハ *Germanen* 法等ノ諸国テハ *Schuldner*ト云フ名称ハ、独リ債務者ノミナラズ、債権者ヲモ意味シ *Schuld*ト

イフ語ハ独リ債務ノミナラス債権ヲモ意味シテキタ
例ハ多イ、例ハハ *Sweden, Norway* ノ北部
Germanen ノ法ニ於テハ *skuld; skuldsmann*
(*Schuldmann*); *skuldugher*、如キ、大陸
ノ *Sachsen*、中世法ニ於ケル *skuld, Schuldman*
Schuldiger, Schuldner、如キ何レモ前述ノ二
ノ意味ヲ有シテキタ語ヲアル、

フランク時代ノ民族法、中テモ *Burgunden,*
Wisigoten ノ法令ニハ債権者ノコトヲ *debitor*
ト記シテ居ルカ之ハ特ニ *German* 語ノ *Schuldner*
ヲ変更シタモノヲアル、

フランスノ中世テモ *debt; debitur* (債権者)
トシタ例モアル、

sollen 当然ダ、日本テハ善ダノ意味、

オクノ如ク債務法律上ノ *folle* テアル、即チソ
ヲ詳言スルハ、法律上ノ当然ノ運命ヲアル

(*Rechtliches Bestimmtheitssein*) ノデアル、ソレ
故ニソレ自身ニ於テハ何等ノ強制ヲ伴フモノヲハナ
イ、即チ債権者ハ單ニソノ債務ヲ履行スルコトヲ法
律上当然トスルニ止マリ、必要ニ之ヲ履行セサルハ

カラスト云フ義務ヲ負フテキルコトハナイ、然ツテ
又債権者ハ債務ノ履行ヲ強制スル權利ハ有ラ居テ
カワタ、尺債務者カソノ法律上ノ当然ノ運命ニ於テ
任意ニ債務ヲ履行シタトキハコ、ニ債務ハ完全ニ消
滅スル点ニ於テ法律上ノ效果ヲ伴フモノヲアル、

代当責任ハ *Germanen* ノ語テハ *verbunden;*
becheften; Verstricken, haften (*Haftung*)
ラテノ語ニ記シテハ *obligare* (*Obligatio*) 等ト云
フテキタ、之ハ債務不履行ノ場合ニ於テ人若クハ物
カ代当ス [*pro stare* 或ハ *pro stare*;

Einstehen (成立)] ベク法律上ニ羈束サレテキル
ト云フ状態ニ他ナラナイ、而シテコノ羈束ハ債務不
履行ノ場合ニ於テ *Haftung* ノ目的物タルトコロノ
人スハ物ヲ債権者ノタメニ攻撃 (*Zugriff*) ヲ加ヘ

ヘラレルコト即チ北部 *Germanen* ノ法律ニ於
テ *take* ヲ加ヘラレルコトニ伴スル、コノ意味ニ於
テ *Haftung* ハ *Schuld* = 対スル担保ヲアル、ソレ

故ニ我ノ中世法テハ *Haftung* ヲ *warantia,*
securitas トモヨハレタコトカアル、債務ノ担保
ハ又債務ノ原証ニ外ナラナイ、ソレ故ニ *Borgen,*

Borgt といふは、又債務者カ自己ノ債務ノタメニ特ニ Haftung / 引受ヲ特約スルコトヲ指シ中世法テハ ipse fideiubere (彼自身ニ保証スル、自己保証) ト云ヒカフ、如ク D. 1. 1. § 1. selber Bürge (自己保証人) ト云ツテ居タ。

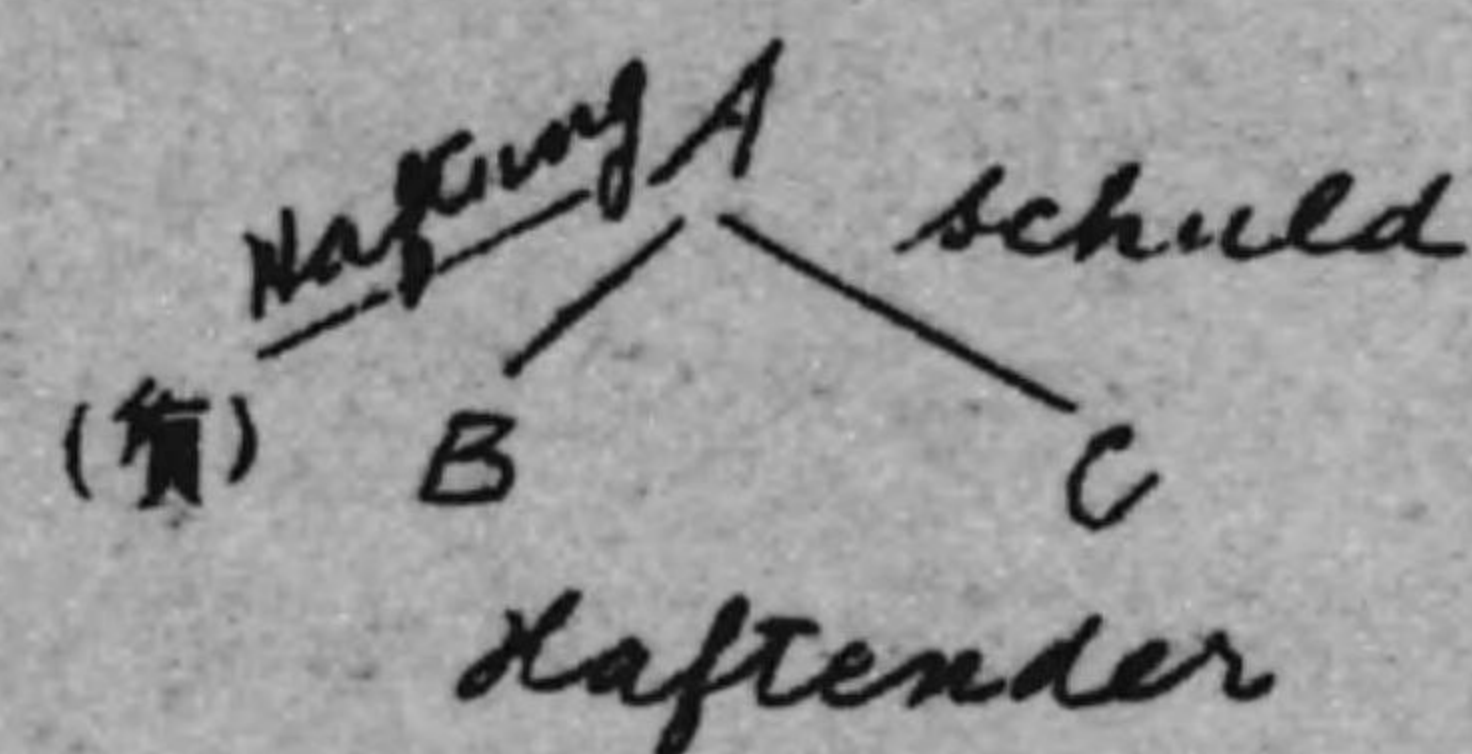
Haftungハ Schuldノ履行ヲ確保シ保障スル責任ヲアル故ニ第ニ債務ノタメニ (pro debito obligare) 存在スルモノヲアルケレトモ、元来コノ兩者ハ独立シタトコロノ別種ノ概念ヲアル故ニ、第ニ此ノ兩者ハ必ずシモ同一人ニ屬スルモノヲハナシ、例ハ Germanenノ古法ニ於テ保証人ヲ立テタトコロノ債務者ハ債権者ニ對シテハ債務ノミヲ負フニ止マリ、何等ノ Haftungヲ負フコトカナイ、即チ此ノ場合ニハ Schuld ohne eigene Haftung (債務者自身ノ Haftung Schuld) ナシス。

及チ他人ノ債務ヲ保証シタ者ハ単ニ保証債務ニ對スル Haftungヲ負フニ止マリ、自己自身ノ何等ノ債務ヲ負フモノヲナシ、即チ此ノ場合ニハ及チニ Haftung ohne eigene Schuld ナシス

11、

第ニ此ノ兩者ハ必ずシモ同一ノ方面ニヨリ同時ニ發生スルモノヲハナシ、例ハ German 諸法ニハ単ニ Schuldヲ發生セシメル種々ノ法律行為 (reine Haftungsgeschäfte) ナシテ、債務契約ノ他ニ独立シテ Schuldノ引受ケルコトノ方ニ利用ヤレタ居ツタ。

(註) D. 1. 1. ハ別ノ概念ヲ從ツテ主体モ別テアツタ



例 I Schuldノ為ニ生スル、

質物ト同シク (保証人ハ) 差押ラレ、取替トナリ、時ニハ之ヲ流スコトモアツタ、

例 II 家父ハ Haftung

家子 (誤) Schuld } 不法行為ニヨリ生ツタ
 債務ハ家族カ負フカ責任ハ家父ニ負ハヤレタ。

Schuldハ sollenヲアルカ故ニ人ノミカニ負フ、條ヲ下ラ之ニ及シテ、Haftungハ束縛ヤレ

ト云フ概念ヲアルハ故ニ人ノミナラズ物モ亦之ノ
 此ヨリ負フコトヲアル、サレハ此ハ自ラ

Persönliche Haftung (obligatio personalis)
Sachhaftung (obligatio rei)

ノニ種類ニ分ケル、前者ハ人ノ身体及ヒソノ有ス
 ル財産ヲ以テ債務ニ担当スル責任ヲアル、*Leibliche*
H. u. Vermögenshaftung (担当責任ト財産
 責任)ヲ人的責任ヲアル、

前者ノ典型ハ保証ヲアリ、後者ノ典型ハ質物(広義
 担当ヲ含ム)ヲアル、今日處ノノ意味ヲ有スルトコ
 ロノ *Pflicht* ハ中世ヲハ人又ハ物ゾオヘルル此ノコ
 トヲ意味シタ言葉ヲアリ、今日債務ノ履行ヲ請ボス
 ルコトヲ意味スルトコロノ *fordern* ノ語ハ、中世
 並ハ *Personen haftung* 實現ヲボメ、或ハソノ
 實現ヲボムルトコロノ訴ヲ起スコトヲ意味シタキテ

(註) *Personen h* < *Leiblich* (肉體)
 Vermögens h (財産上)

Sachh. ノニ分主債ニ對シテ三分主義
 (世ノ奉者ニヨル) *Gierke* { *Personen* (*Leiblich*)
 Vermögens h
 (全部ノ財産ニ對シ)
 Sachh. (個々ノ財産ニ對シ)

研究ノ結果 *Gierke* ノ説破レテキル、

此ノ本質ハ債務不履行ノ場合ニ於テ此ヨリ負フ
 人若クハ物ヲ唯一ノ担当物トシテ第一ニ且ツソ
 ノミ攻撃ヲ受ケルコトニ存スル、即チ債務者カ保
 証人ヲ立テタ場合ニハ外ニ債務ノ履行ヲシナイ場合
 ニモ債権者ハ彼ニ對シテ并テ之ヲ強制シ得ルニ何等ノ
 權利ヲ有セス、單ニ保証人ニ對シテノミソノ責任ノ
 實現ヲボムルコトヲ得ルニ止マル、而シテ保証人死
 亡シタトキハソノ責任ハ当然消滅シ、ソノ相続人ニ
 ハ及ボナイ、同様ニ質物ヲ以テ債務ヲ担保シタ場合
 ニハ質物ハソノ債務ニ對スル唯一ノ担当物トシ、債務
 不履行ノ場合ニ於テハ債権者ハ單ニ并テ之ヲ質
 物ノミヲ所有ヲ得ルニ止マリ、質物ノ價格カ債務額
 ニ不足ヲアル場合ニ於テモ、ソノ不足ノ未済ヲ債務
 者ノ他ノ財産ニ付テボムルコトハ出来ナイ、及對ニ
 質物ノ價格カ過分ヲアル場合ニ於テモ、ソノ過剰分
 ヲ返還スル必要ハナイ、

(附) 沿革

S. H. トノ區別ハ *German* 法ヲ永ク明カ
 ニ致シテキタ、

(II) ローマ法テハ ^{obligare} ハ債權、或ハ債務ト云フ意味ヲメニハ S, H. トハ結竹クテ考ヘヨレテキル、1874 ローマ法學者ノ Bring ハアル雜誌テ obligatio, obligare ハ債權ノ意味デアリ、アル零細ナ証據ヲシテ Haftung 意味テアルコトヲ看取シタ、ソノ以前ニ於テハ學者ハ rei (債) トハ物ヲ債務ヲ負フマツニ見タトコロノタトヘテアル、語ノ借用デアルトシテキタ、ソノ當時通説ハ Bring ノ説ヲ顧ミナカッタ、

(III) ソノ後 V. Amira (ゲルマン法ノ大家) ガ Nordgermanisches Obligationenrecht 2 Bde 1882—1895 ニ於テ(北方ゲルマンノ法) 殆ト中世紀債ノ法制ノ残ヲ存シテキル所デアリ)

Bring ガローマ法ヲ認メタ事ガゲルマン法ヲ明クニ残ツテキルト証明シタ、ソコデ Bring ハ意ハサレルコトトナツタ、殊シキヲ後ニ V. Amira ト Bring トノ論争ヲ始マツタ、之ハ北部 G. ノミカ或ハ G. 全体ニ通ジタモノカ問題トナリ又模倣ニ依リテ學者ノ研究ガ

起リ

(IV) Pantschart, Schuldvertrag u. Treugelöbnis des sachsichen Rechts im Mittelalter 1895
 南 G. ノ最ニ保守的ナ Sachsen 研究ノ基本トナツタ、氏ノ著ハ“中世ノ債務契約ト信託”(後述) ト題シタ研究ヲ Bring カ云ツタ所ノ S ト H トカ充分ニアラハレテキル、尤モ S, H. トノ契約ニ付テハ Amira ト Pantschart トハ異論ヲアツタ、之ニ對シテ

(V) Egger, Vermögenshaftung u. Hypothek nach fränkischen Recht 1903.
 フランク時代ノ法主トシテ爾ノ Vermögenshaftung ト Hypothek トヲ研究シテコ、ニモ S, H. トカ存在シタトワカッタ、

(VI) Lappine, Geschichte des englischen Pfandrechts
 英ノ債權ノ歴史 ----- 人的 H.
 ----- 物的 H. ----- 質、抵当
 ノ歴史ノ中ニ S, H. ハ

アングロサクソンの中ニ存在スルト証明シタ、
今マゲルマーネン全部ノQトナツタ、殊シ之ハ
マダ組織的ニハ研究サレテナク、ソコブクニ
ハ

(VI) *Gierke, Schuld u. Haftung 1910.*

以上ノ前述ノ著書及ソノ他ノ小論文ママトメ
テ説明シタ、而シテ此ノ著書ハ 1915.6年ニ出
タトコロノ *Privatrecht III* ノ準備トシテ出
版サレタモノヲアツタ、スルト直ニ *V. Amira*
ハ上書ノ批評トシテ *Zeitschrift des*
Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
Bd XXXI ヲ公ニシ更ニソノ批評ガ尺ラストコ
ロヲ *Wadition 1911* ヲ発表シタ。

之ヲ見ルト“*Gierke* ハ兼理ニマトメタガ
— 事實ハソレ程明テハナク”ト述ヘテ居ル、
後ノ學者ハ *V. Amira* ノヲニ賛成シタ。

Gierke ハ *Privatrecht III* デハ、ソノ攻
撃ニ対シテハ少シモ改メテナク、

Gierke ハ *V. Amira* ヲ攻撃シテ “*氏ハ*
Schuld ト *Haftung* トヲ混同シテキル”ト云

ツタ、スルト *V. Amira* ハ折ニ *S. H. T.* ノ衆
見ノ先祖ヲアルカラ之ヲメテ *Tragi-Komodie* (悲
喜劇) デアルト云ヘテキル、而シテソノハ正当
ナ云テアル、而シテ論難攻撃ノ中ニ學問ノ進歩
ニ行ハレド

(VII) 他國ニ於テモ之ノ區別ハアリハシナキト研
究シテ、ソノ存在スルコトヲ知ツダノハ即チ
Partsch, Griechisches Bürgerrecht
1909 Bd I グリーキノ保証ニモ存在シタコト

(VIII) *Koschaker, Babylonisch-assyrisches*
Bürgerrecht 1911

バビロン、アッシリヤノ独立前ノ掘出物ヲ研
究シテ、之ハ *Semitic* (上述ノトコロハ *Aryan*
人種) ニ存在シタコトヲ明カニシタ。

(IX) 東洋ヲハ、支那→日本ニモアツタト中田先
生ノ研究カアル。

スルト *Amira* ノ云ツタ通り、コノ區別ハドコ
ノ国民ガ (*National*) 區別ヲキダト云フノ
テハナク、*S. H. T.* ハ概念上ノ區別ヲアル、ソ
レハ今日ハ混同シタト云フカソウデハナク、

(債務ノ履行) 学者カソレヲ意識スルコトカナ
イノミテアルト、ソレハ *Guertze* ガゲルマン法
ニ於ケル新シイ発見テアルト書イテキゾオラテ
ソノ攻撃トシテ述ヘタノテアル。

コノ區別ハ民法上必要ヲアルカ否カト云フ
学者モアルカ *V. Amira* ハ曰ハク “概念上存
在スルノテアル、必要カ否カノ問題ヲハナイト
区、ローマ法テハ更ニ *Bring* ノ足ラストコロヲ
研究シタトコロ *Mittels* カ 1901 = 之ハム
ヲ口想像テアルトイフコトヲ *Stipulatio* (口
頭契約) ノ起リヲ研究シタ書物ヲ述ヘテ、ソレ
ハ *H.* ヲ説スルモノヲアラウト結論シタ
然ツテ此ノ五六年前カヲ出版ノローマ法教科書
ハ *S. H.* ノ區別ヲ書イテキル、味シマダマ
ダ論争マ、不明ナ点カアルコトハ云フ迄モナシ

第二章 *Personalliche Haftung*

(*Personenhaftung* 人的代当責任)

第一節 *Personenhaftung* ノ範圍

及ソノ實現方法

(284)

第一 *Germ. u. Fränkische Zeit*

Germanen ノ古法ニ於テモ *Schuld* ノ發生
原因ニハ不法行為、*Delikt*、*Versprechen*
(*Vertrag*) ノニツテアル。而シテ、前者ハ
Busschuld (罰金、贖金) ヲ生シ、後者ハ之ニ
対シテ *Versprechenschuld* (約束ニヨリ生ス
ル債務) ヲ生スル。而シテソノ、何レノ、
Schuld ヲトヨクハス、債務者カ債務不履行ノ
故ヲ以テ訴ヘラレタル場合ニ法吏ニ出頭スルコトヲ
拒絶シ或ハ判決ノ争スルトコロニ服シナイ場合ニ
ハ裁判所ハ債務者ニ対シテ *Friedlosigkeit* (平
和刑奪) ノ刑ヲ科スル制度ヲアルト蓋シ最古法ニ
於テハ *Versprechenschuld* ヲ独立ニ裁判ス
ル手段ハ存在シナイ、凡テ *Versprechenschuld*
違反、不履行ハ之ヨリ、*Delikt* ト看做シ違反者
ニ *Buss* ヲ科スルコトニ依リテ *Versprechenschuld*
ニ *Busschuld* ヲ附加シ而シテ *Sy* ガ之ノ面貌
ノ債務ヲ完済シナイ場合ニハ他ノ *Busschuld*
ノ不履行ノ場合ト同様ニ、彼ヲ *Friedlosigkeit*
ニ処シタテ故テアル。斯クノ如ク最古法ニ於テハ

(285)

凡テノ債務不履行ハ、結局ニ於テハ唯 *Friedlosigkeit*
ト云フ刑事責任ニ依ツテ担保サレテキヌモノヲア
ル。所ヲモ *Friedlosigkeit* ト云フモノノ刑
ニ及セラレダ者ハスハソノ身体ハ公衆カ一般ノ
自由被害ニ及ス。ソノ所有財産ハ没收サレ
ラシマイ。ソノ一部分ハ債権者ニ交付サレル制度
ヲアツタ故ニ *Friedlosigkeit* ハ刑罰ヲアル
ト同時ニ民事上ニ於テ *leibliche Haftung*
u. *Vermögenshaftung* ヲ含有シテキダト云テ
可ナリテアル。

ソノ後法律ノ進歩スルニ依ツテ債務不履行ノ場合
ニ於テ *Friedlosigkeit*、效果ヲ債権者若クハ
目的ヲ達スルニ範圍ト程度内ニ限リ限定シマウ
ト、質問ヲ生シタ、即ケモシモ当事者ヲ特別ノ代
当契約 *Haftungsgeschäft* (*Haftungs-*
vertrag) ヲ以テ債務ヲ確保シタ場合ニハ債権
者ハ訴ヲ起シテ *Friedlosigkeit*、宣告ヲボム
ル代リニ自カヲ以テ代当者ノ財産、差押 *Kredger*
ヲ *nam* 即ケ *Eigenmächtige Pfändung* (或
ハ *andergerichtliche Pfändung* ヲマリ

簡單ニ *Privatpfändung* ト云フ) ヲナス、権
利ヲ失ハラレ。又裁判所ニ、債務者カ不履行ノ場
合ニ於テ之ニ對シテ直チニ *Friedlosigkeit* ヲ科
スルコトナク、マツ判決ヲ以テ債務者ニ對シテ、
判決執行契約 (*Urteilerfüllungs-gelübde*)
即ケ判決サレタ債務ヲ履行スルト云フ代當契約ヲ
債権者ト締結スルコトヲ命シタコ、契約ニ違反シ
タ場合ニハ、更ニ債権者ノ請求ニヨリ裁判所カ債権
者ノ財産差押 *Gerichtliche Pfändung*;
Richterlich Pfändung; 或ハ *Amtliche*
Pf. (官憲的) ヲ行ヒ。財産不足ノ場合ニハ、債
務者ノ身体ヲ拘禁シテ債権者ニ交付スル (*Gerichtliche*
Preisgabe des Schuldner) コトヲ普通ノ手段
トナツタ。

編ニ於テカ嘗ツテ *Friedlosigkeit* ノ中ニ含
マレテキタトコロ、*leibliche Haftung* 及ヒ
Vermögenshaftung ハ次第ニ *Friedlosigkeit*
カラ分ル独立シテキテ、債務ニ對スル独立ノ民事
的責任トナルニ至ツタ。而モソノ實現方法モ
亦 *Eigenmächtige Pf.* 或ハ *Gerichtliche*

Preisgabe / 如キ独立ノ方法ニ分化シテキタ。
 (註) ローマ法ニ Fides (信) ヲ被ルコトハ刑法上
 ノ責任ヲアルトシテ、ソレヲ詐ヲ起スコトカ出
 来ル、例ヘハ Fiducia, 寄託、委任等ハ民事上
 ノ actio ハ民事責任ハ片ハ不法行為上ノ actio
 ヲ生シタ、要スルニ Bonusschuld / 謀合ニヨ
 ツテ始メテ起生シタ、始ハ人ニ債務ヲ拂ハヌノハ
 Raub (泥棒) ト同視セラレタ。

Friedlosigkeit { 身体 — 死刑 — (Gr.) 身体責任
 自由 — 放逐
 財産 — 没收 — 之ハ債務不履行
 ニ限ラス Misseten (家ヲ荒ス) ト云ツテ時ノ中世
 迄ハ衰ツテキタ。

Fides facta (代当契約) アルトキハ、財産
 責任ノミヲ滿スルコト、アツタ、後述(A) 各限
 凡テノ原始時代ニ於ケルト同様ニ German 教ニ
 ニ於テニ刑事責任ト民事責任トハ分化独立シテ異
 ツタ、ソレヲ分化独立シテ行クノハ法律ノ進化テ
 アツタ、今以下ニフランク時代ニ於ケル

Personenhaftung / 内容及之カ實現方法ニ於
 (258)

於テ更ニマ、委シテ述ヘルコト、スル、

(I) Vermögenshaftung

財産責任ノ實現方法ハ Sn. カ債務不履行ノ場
 合ニ於テソノ財産ヲ差押ヘルコトヲアル、條シ
 依テ最古法ニ於テハ旧人ノ自由処分ヲナシ得ハ
 キ財産ハ只動産ノミヲアツタ故ニ差押ヘ得ル
 財産ノ範圍ニ亦ソノ始メハ單ニ Sn. ノ動産ニ限
 ラレテキタ、而シテフランク時代ノ財産差押ニ
 ハ私的差押ト裁判上ノ差押トノ二種類ヲ存在シ
 タ、

(A) 私的差押 (Privatpfändung - nam)

ゲルマン法ニ於テ古ノ財産差押方法ハ、
 私的差押方法ヲアツタ、即チ Gr. 自身カ自身
 フキテ Sn. ノ動産ヲ差押アル方法ヲアル、
 但シ之カ為メニハ當事者ノ間ニ條々 Fides facta
 (信約) ノ如キ要式的ノ行為ヲ以テ代當責任ヲ
 約定シテオコトヲ必要トシタ、Gr. ハ先ツ
 差押物ノ上ニ債權ヲ取得シ、代當者カ特定ノ
 期間内ニ受戻フナサナイトキニ於テ始メテ

Gr. ノ所有ニ歸スルニ、ヲアル、即チ Anpfändung
 (258)

之テアル。コノ *privatpfandung* ハフランク時代ニハ次第ニ制限サレテキタル民族ヲハ豫メ裁判所ノ許可ヲ必要トスル私的差押ト化シ、アル民族ヲハ *Gerichtliche Pf.* ト変シラシマツタ。

(B) 裁判上ノ差押。

北部 Germ. テハ遙カ近世ノ第140、迄モ尚 *Friedlosigkeit* 或ハ *nam* ノ他債承者ニ対スル強制執行方法ハ存在メナカッタガ、惟シトテ南 Germ. ニアツテハステニ *Frank* 時代ニ於テ更ニ裁判上ノ差押カ発達シテ来タ、而シテコノ差押ノ発達ハ民族ニヨツテ異リ、或ハ其ノ制限ニ起源シ、或ハ私的差押カヲ変化シテアル、惟シトテフランク時代ニ至ツテハ既ニ *Privatpfundung* ニ代ツテ財産差押ノ一般的原则トナルニ至ツタコノ差押モ亦動産ノミニ適用サレタカ、ソノ始メハ私的差押ト異ツテ裁判所カ差押物ヲ *Gr.*ニ交付シタ、差押物ハ債権ノ保証物トシテ *Gr.*ノ所有ニ歸スルト云フ制ヲアツタ。

即チ *Auspfändung* ニテアル。係ラトテ相。近世ニナツテハ遂ニ私的差押ノ效果ト同一ニナツタ即チ *Anpfändung* ニ化シタモノテアル。

前述ノ如ク代当者 (*Gr.*)ノ財産代当責任ハソノ始メ章ニ所有動産ノ範囲ニ限定サレタタカ、*Frank* 時代トナリ王室裁判所カ、裁判拒否 (*Ungehorsam* 裁判所カ呼ビ出シテモ故ナク出頭シナイ、判決モ実行シナイ)者ニ対シテ科シタ刑罰 *missio in bannum* (*Bannus* 公法文書ニ章第1節、罰金ヲ科シテ命令スル ---- ニマテオクノ意) 即チ裁判拒否者ノ動産、不動産ノ全部ヲ没収シテ、ソノ一部分ヲ *Gr.*ニ交付スル差押方法カ發展ヲ次第ニソノ通用ノ範囲ヲ広メテ遂ニハ一般の財産代当責任實現ノ方法トシテ用ヒラル、コト、ナツタ、惟シマツ動産差押ノ不足ノ場合ニ於テ不動産ニ及フ順序トツタ。

(註) 始メハ動産不動産總財産ニ対シテ、第三者モ之ニ対シテ付クルコトハ出来ナイト命

令ヲ出シ、アル時期迄ニ解除シテ、ソレヲ没収シテマウ、ソノ時Gルアルハ、ソノ一部ヲGルニ充テル、ト云フ意味——*Friedlosigkeit*ニ刑罰ヲアツダコト、ニ前記——ソレカ便宜ヲアツダカラ他ノ場合ニモ利用シタ、カクテ不動産等ノ質ヲ充テシテ、併シ之ハ王室裁判所ニ一般ニハ及ハナカツタ、

(II) *Leiblich Haftung*

代当者ノ財産ヲ所有セサルカ若クハ差押財産カ不充分ノ場合ニ於テハ、Gルハ代当者ノ身体ノ差押ヲナスコトヲ出来タ、然レモコノGル、差押ハGル自身ニ代当者ノ身体ヲ差押ヘタカFrank時代ノ末マテニ裁判所カ判決ヲ以テ代当者ヲ差押ヘ之ヲGルニ委付(*Gerichtliche Preisgabe*)スル方法ヲ発達シテ次第ニ一般的人身差押手續トナルニ至ツタ、而シテ裁判所ニヨリテ委付サレタ代当者ノ身体ハ、ソノ然レモGルノ自由身分ニ委ネラレ、Gルハ彼ヲ被告ニ売却スルノ自由ヲ得シテマタ、但シ代当者ハ若シモ自身ヲ奴

隷トシテGルニ自己ノ身体ヲ委付シテ場合ニハ裁判上ノ委付ヲ免ル、コトヲ出来タ、(ソノトキハ奴隷トナルノミ)

Selbstverknechtung 尚、次註参照、然レモソノ儀ニナツテ、裁判所ハ判決ヲ以テ代当者ヲ以テGルノ奴隷トシテ交付スル制度ヲ発達シテ遂ニ裁判上ノ委付(*Preisgabe*)ニ代ルコトニナツタ、ソレヲ*Gerichtliche Schuldverknechtung* (債奴制) 或ハ執行ノ一法ヲアルカラ*Exekutive Schuldverknechtung*ト云フ、

(註) ソレニ対シテ*Solutorische S.*ハ自分ヲ違フヲ委付スル原因ヲ違フ、コトニモ

Gerichtliche Preisgabe カ例外的ニ許サレタ*Selbstverknechtung*カ遂ニ原則トナツタトコロニ法ノ進化ヲミル、コノ*Schuldverknechtung* (債奴) 是的ノ自由喪失ニ他ナラナカツタカ故ニKaroling朝トナリソノ境遇ニ改善サレ、債奴カ自己ノ勞務ヲ以テ債務ヲ消却シテ場合或ハ彼ノ親族ソ

、他、第三者カ債務ヲ支拂ツテウケ出シタ場合ニハ自由身分ヲ回復スルコトヲ出来タ、即 *Schuldenechtschaft*、*Pfandnechtschaft*ニ変化シタ。

(註) 身体ヲ自由ニスルコトハ昔ハドコテモ行ハレタコトハ色々、資料ニアラハレラキル之ハ、復讐ノ觀念ヲアツテ、債務ノ決済ノ觀念ヲハナイ。ソレカ奴隷トナルト決済ト云フ觀念トナル、ドイツニハナイヲ北部ゲルマン法ヲハアル場合 *Gn*ハ債務者ノ身体ヲ打ツコトハ勿論、耳、鼻ヲ切ルコトモアツタ、之ハ昔ノ *Friedlosigkeit* カラ分化シタモノト云ハレテキルカ、*Norway* トラハ債務ヲ失私ハ又者ヲ任意ニ *Schuldenecht* ナレハヨイカ然ラサレハ *Gn*ハ彼ヲ引引シテ親族ソノ他ニ受取スマ否マヲ問ヒ、何人モ受取サヌトキハ法ノ規定ニヨリ債務者ノ身体ヲ上ヨリナリトモ下ヨリナリトモ思フマ、ニ新ルコトヲ出来ルト定メ、カ、ル地方ニハ

「債務ノ價格ニ相当スルダケ四肢五体ヲ切取

得ル、ト定メ尚「但シ先ツ最モ價值少キ部分ヨリ切リハジムヘシ」等ト制限シテアル。

「*Sr*」ヲ死セシメル程切リトリ或ハ長期ニワタル者トナスコトハ出来ヌカ打ツコト及ヒ損傷スルコトハ許スト規定ツテアル、法ノ進化ハ次第ニ債務者ヲ寛大ニ扱フコトハシテキルノヨリ取リ得ル。

ローマ法ノナニ表法ノ中ニ *Gn* 五人アルトキ *Sr*ノ身体ヲ五ニ切ツテヨイトノ親族カアル、之ニツイテハ取ツテ之ヲ実行シタカ、或ハソノ規定ハ比喩ナノカ議論ヲアルカ、格メハ財産ニ対シテモ復讐スルト云フ觀念ヲアツタ、即チローマ法ヲハ或ル場合 *Pignoris capio*ハ咄嗟押ヘテ償サネハナラヌ、決済ニ充テルノヲハナイ。

*Sr*ニ差押ヘテモ元来財産ハ少イカラ、ソノ復讐トツテ、持テル物ハ壊セ、身体ハ切取レト云フ思想ヲアツタ。

*Schekelfeare*ノ人肉賣入裁判、

モ、ノ肉ヲ賣入シテ切リトリトキ、丁度一介

切リトリ、*Schekelpearle* カ空想ヲ描イタノヲ
ハナシ、中世迄方々ニ残ツテキタノヲ、ソレ
ヲ利用シタノヲアル。

牧野博士「生ノ法律ト理ノ法律」三三頁ハ
惟フニホーソマノ裁判ハシエクスピアノ作ト
ハ云ヒケヲ、一ツノ作ハ話ニスキナシ、云々
尚三四頁参照

第二、中世

中世法ニ於テモ、代当者ノ人的代当責任ハ、

第一ニハ *Vermögenshaftung*、第二ニハ
Leibliche Haftung テアル、殊ニ右ハ、ノ範
圍及ヒ實現方法ハ大ニ変化シテキタ。

(I) *Vermögenshaftung*

中世ニ於テ *Vermögenshaftung*、範圍ハ代当者ノ
凡テノ財産即チ動産、不動産ニ及ツテキタ。殊
ニ先ツ動産ヲ差押ヘテ不戻ノ場合ニ不動産
ニ及フガ順序ヲアツタ、而シテ動産ノ差押ハ
通常ハ *Gerichtliche Pfändung* ニ依ツタ
殊ニ先ツ差押動産ハ即時ニ *Gr*ノ所有ニ歸セス

アル期間内ニ代当者カ受取スコトヲ許シ、若シ
モソノ期間ニ受取サナカツタ場合ニハ或ハ裁判
所テ之ヲ売却シテ、ソノ代償ヲ以テ債務ノ弁済
ニ充當スルコトガアリ。或ハソノ現物ヲ以テ
*Gr*ノ所有ニ歸セシメタ、不動産ノ差押ハ
Fronung ト云ヒ、ソノ手續ハ *Frank* 時代ノ
shistio in bannum カラ出タモノテアツ
テ、先ツソノ不動産ニ對シテ罰令ヲ以テ平和ヲ
加定シ (*Friedbann* 物ニ觸レテハナラマ、
物ハ平和即チ秩序ノ下ニオカレタト云フ意味)
所有者ノ処分ヲ禁止シ、特定ノ期間内(一年ト一
日)ノ間ニ代当者カ之ヲ解除シナカツタ場合ニ
ハ裁判所カ之ヲ売却シ或ハソノ売却物ヲ *Gr*ニ
交付シタ、フランク時代迄行ハレテキタ、私的
差押ニ中世ニ於テハ例外的ニ許サレテキタ、
然ツテ此ノ三種ノ場合ニ限ラレテキタ。

(II) *Viehpfändung* (家畜ノ差押)

コノ *Viehpfändung* ハゲルマン時代以來
ノ制度ヲアル、*Germ*、諸民族ノ法律ニヨ
ルト、土地ノ所有者ハ自己ノ土地ニ侵入シテ

末ヲ損害ヲ生セシメタ他人ノ家畜ヲ、自ラ
 ヲテ冠押ヘルコトヲ許サレタキダ、好メ家畜
 ノ所有者ヲ損害ノ賠償ヲナサナラツタ場合、
 被害者ニ差押家畜ニ対シテ復讐ヲ加ヘルノ権
 ヲ有シテキタナリ、Frank時代以來、差押被
 害者ノ権利ハ単ニ損害賠償ヲ強制スレタメニ
 アル期間差押家畜ヲ村境内ノ *Parcus*
 (*Pfundstall* 今日ノ公園ノ語源)公園(
 馬ヲツナグ厩)ニ留置スル權利ト成リシマ
 ヲツタ。中世トナツテハ若シ家畜ノ所有者ヲ損
 害ヲ賠償シナイ場合ニハ裁判所ハ差押家畜ヲ
 売却シテソノ價格ヲ以テ賠償セシメルコト
 ナリシタ。

(註) *Maine*ノ論文ニハ英ニ於テモ亦
infounding オ行ハレタゴトヲ記ス、
Parcus ハ公ノ家畜ノ羊キノマウナモノ、
 ソコヘ是迄ヲテ食物ハ水トソノ他少量ノ食
 物ヲ與ヘ、毎メハ五日間畜メソレヲ経過ス
 ルト改述スル一詩ニハ色々ノモノヲ畜育
 ハセタリシタ。

捕、積ニ中世並然ツキキダ、人間ヲ無益ナ
 コトヲセスマウニナラツタ、法律ニ於テモ之
 等ノ手続ハ消滅シテシマツタ、ソレハ文
 化ノ進歩ヲ語ルモノナラシム。

(2) 借地料 *Zins* ノ意解シタ場合ノ差押、

地主ハ借地人ノ *Zins* ノ意解シタ場合ニ
 ハソノ借地ノ上ニ存在シテタル借地人ノ動産
 ノ私的差押ヲナスコトヲ許サレタ

(3) 船泊料ノ不納ニヨル差押、

旅館ノ主人ハ旅客ノ船泊料ヲ支払ハナイ場
 合ニハソノ荷物ヲ差押アル權利ヲ有シタキダ、

II) *Leibliche Haftung*

中世ニ於テ身体責任ハ甚ダ緩和サレ且地方ニ
 コリ又債權ノ種類ニヨツテ種々ノ形式ニ於テ便
 現サレタ。

(1) *Schulddienstbarkeit* 債權、

フランク時代ノ *Schuldnechtschaft* (債
 奴制) ハ中世 *Sachsen* 地方ニハ
Schulddienstbarkeit (債僕制) ニ緩和サ
 レタ、此ノ場合ニ於テハ代當者ハ自由身分ヲ

表スルコトナク、自己自身若クハ傍ニ者ヲ
債務ヲ支払フ迄 *Gn* ノ下ニ下僕トシテ
(*Gesinde*) 勞役ニ服スルニ止マルモノデア
ル。

(2) *Schuldhaft* (Sノ為ニ拘置サレルコト、
適当ナ談話ナシ)

之ニ主トシテ締結スルニ行ハレダ制度ヲ *Gn*
ガ代当者ヲアル期間持来ノ場所ニ拘禁シテ、
債務ノ履行ヲ強制スル手段ヲアル。然ツテア
ル期間ヲ経過シテモ尚不履行ノ場合ニハ彼ヲ
収監シテシマウ。始メ *Gn*、ハ目定若クハ彼
ヲ送死シテ場所ニ於テ代当者ヲ拘禁スルコト
ヲ出来タラ都市ニ於テハ公設ノ *Schuldkerker*
(債獄)
或ハ *Schuldturn* (債塔) ニ拘禁スルコトカ
次等ニ行ハレ私的 *Schuldhaft* ニ代ハルコ
トニナツタ。

(3) *Einlager*

之ハ後述スルトコロノ人質別 (*Geiselschaft*)
ヲ進化したトコロノ身体責任ノ一種ヲアル
債務不履行ノ場合ニ於テ代当者カ裁判所ノ命

ニ従ツテ債権者ノ指矢シタトコロノ場所例ハ
ハ旅館ニ自身時トシテハ夜者ヲ伴ツテ、アル
期間、債務者ノ費用ヲ以テ滞在シテアル制度
ヲアツテ之モ亦、債務支拂ヲ強制スル手段テ
アル。コノ *Einlager* ノ制度ハ多クノ場合
ニ於テ保証人ノ法外責任トシテ行ハレ或ハ特
殊ノ債務ニ伴フトコロノ責任トシテ行ハレテ
キタ。

(註) A B
⑤A 保証人ハ *Hotel* ハ滞在シ。

Ritter ノ間ヲ行ハレダコト多ク、餐沢ヲス
ルコトニ依リ ⑤A = 費用ヲ支払ハセ間接強
制ヲシタ。保証人ニ備ハレル人ヲ出来タ程
ニ餐沢ヲシテ邸客起リ後ニ禁止サレタ。

Aハ保証人トシテ自身ヲ代当シテ *Hotel* =
居テモヨイ。費用ヲアルカ早ク払フコ
トニナル。

14テ *Etage* ト云ヒ中世迄行ハレテキタ。

独ノアル地方テハ一ヶ月 *Einlager* ト
シテ *Schuldhaft* トシタ。間接方法ヲアツ

アノ之カ行ハレタ。

以上述ハテ法典ノ *Personenhaftung* /
他ニ中世ヲハ 当事者カ特約ヲ以テ法典ノ 責任ヲ
制限シ或ハ拡大スルコトカ許サレテキタ。併シ
ソノ特約ニ付テハ 後述スルコト、スル。

第三 近世

近世テハローマノ 債務法カ入ツテ 独債務法ノ
基礎ヲナスコト、ナツタ。従テ *S. t. H.* トノ 區別
ハ不明トナリ又オノ *Leibliche H.* ノ如キハ 次第
ニ廢止サレテシマツタ。唯 *Schuldhaft* ノミハ 手
形債務ニ付フトコロノ 特別ノ 責任 (*Wechselhaft*)
トシテ 最モ 永ク 存続シテキタヲ 1868
於ヒテ 全依廢止ケレテシマツタ。従ツテ 近世ニ於
ケル所ノ 債務強制執行方本ハ 單ニ 對スル 強制執行
タルニ 止マツテキタ。従ツテ 又 近世ノ 法律ニ於テ
Personlich H. 或ハ *Personalexekution*
(人的強制執行) ハ 何レモ 財産責任或ハ 財産ニ對
スル 強制執行ヲ 意味スルニ 他ナラナイ。

Personlich H. — 之ハ 野蠻ヲ以テ 消滅シタ。
Vermogenh. — *Person* (人) 有スル 財産全体ニ對スル
攻撃ヲ以テ 對スル 強制執行ヲハ 行

第一節 *Personenhaftung*ノ 發生原因

*P. H.*ノ 發生原因ハ 契約及ヒ 不法行為ヲ以テ
(ソノ 他ニ *Arten* 有テ、阿彌テ *Arten* カ 略ス)

第一款 契約

Griechen 一派ノ 説ニヨリハ 古法ニ於テハ 債務
契約ト 代当契約ハ 獨立ノ 行為ヲ以テ、 簡單ニ云ヘハ
Schuldvertrag ト *Haftungvertrag* トハ 別ヲ以
テ、 前者ハ 無形式ノ 行為ヲ以テニ及ジ、 代当契約ハ
Realvertrag (要物契約) ヲ 除ク、 他ハ 要式契約ヲ
以テコトフニ 必要トスル。ト 述フ、 ヲノ 説ハ 債務ト 代
当責任トノ 區別ヲ アマリニ 廢止シテ 嫌アルノ ミナラ
ス。所謂 無形式ノ 債務契約カ 獨立ノ 固有法ニ 存在シタ
ト云フ 確實ノ 証拠ハ 見出シ 難イ。従ツテ 反對論者ハ
獨立ノ 古法ノ 契約ヲ *Schuld* ト 同時ニ *Haftung* ヲ
生スルトコロノ *Schuld-u. Haftungsgeschäft* ト
單ニ *Haftung* タケテ 發生スル *reines Haftungsgeschäft*
(純然タル 責任契約) ト、 ニツニ 大別シ
テキル。

(註) 又 *symbol* が必要ナル。

(甲) *Schuld - n Hafnungsgeschäft*

德國有法 = 於テハ *Schuld* 及ヒ *H.* ヲ發生セ
ル契約ハ *Realverträge* ヲ若ハ *Formbedürftige*
Verträge ナリ何レカ一ニ屬スルモノヲアツテ、
所謂諾成契約 *Consensualverträge* ハ新ク直世
ニナツテ廢止ヲタズノチアル。

第一. *Formalverträge*

フランス時代以來彼ニ介ハレテキテ要式契約
ノ最ニ重要ナルモノハ之ノ四種類ヲアル。

(I) *Fides facta* (中世近世ニモ行ハレタ)

ゲルマン諸民族ニ通シテ *B.* ト *H.* トヲ發生ス
ル古ニ古ク用ヒラレテキタ。要式契約ハ當事
者ノ持来ノ文書ト *Handsale* (後世ノ言葉
ヲハ *Handschlag*) ノ行爲トニヨツテ締結
サレル契約ヲアル。 *Handsale* トハ當事者
ノ右手ヲ伸ハシテ互ニ打合ハセル行爲ヲアツ
テ當事者ノ間ニ *Treue* (*Fides* 信) ノ授受
ヲナスコトヲ意味スル所ノ記号的行爲ヲアル
蓋シ *Germ.* ノ國ニハ右ノ手ハ信ヲ代表シ、

信ハ人格 (*Persönlichkeit*) ヲ代表スル
モノヲアツテ右ノキヲ人ニ授ケルコトハ、結
局人格ノ復入ヲ意味シタモノヲアツタ。サレ
ハフランス族ヲハコノ *handsale* = ヨル契
約ヲ *Fidem facere* (信約) 或ハ *Fidem*
dare (信與) ト稱シテキタ。併シテフランス
族ノ *Fidem Facta* ハ *Handschlag*
ノ他ニ別ニ保証人ヲ立テルトコロノ行爲、

wadiatio ト結合シテキル。即チ債務者ハ
Handschlag ヲナスニ先ツテ *Wadia*
(*Festuca*) ト云フモノヲ右手ヲトツテ、債
權者ニ交付シ、更ニ *Gr.* カラ之ヲ左ノ手ヲ受
取ツテ然ル後 *Handschlag* ヲ行ツタ。

コノ *wadiatio* ハ元來保証人ヲ立テル契約
ヲアリ。之カフランス族ニ於テ *Handschlag*
ト結合シテコトハ *Handschlag* オ自己保
証ノ契約ヲアルコトヲ更ニ明確ニスル目的ニ
出テタモノデ直世ノ変化ヲアル。

Handsale = *fidem facere* 元來債權記帳

Wadiatio B — A

コノ *Fides facta* ノ種々ノ債務契約ニ実行カレヲキテ、売買、貸借、判決、執行、契約ノ如キ何レモコノ *Fides Facta* = ヨツテ行ハレタ、コノ *Fides facta* ハ債務ヲ発生スルト同時ニ之ニ対スル債務者ノ人的責任即財産責任ト身体責任トヲ伴セテ発生スルモノヲアツタ。

(註) 信ハ論語ニモソノ重要ナコトカ説カレテアル。

ローマヲハ右ノ手カ信ヲ表ス

日本ヲハ右ミギリ、マカリ $\left\{ \begin{array}{l} \text{migi-ri} \\ \text{Maga-ri} \end{array} \right.$

右 *Yida ri* 常陸 直垂 ヒタヒ

リニ是ル事トカ正シキモノトシタラシイ、之ハ英語デ *right* $\left\{ \begin{array}{l} \text{右} \\ \text{正シイ} \end{array} \right.$ ト云フト反対

テアル、ローマヲ *Promittere* (前ニオク) "約束スル" ト云フ事ノ意義モ右ノ事ヲ前ニ置イテ約束シタノヲアルトノ論ヲアル。

(4) ヘブリユニモ行ハレヲキタ *Kandschlag* ヲ約束シタ。

(5) バビロン、アソリヤニモ"保証スル" ト

イフ言葉ヲハ *Geben* テアル、何ヲ *Geben* スルオト云フニ手ヲ *Geben* スル、保証人ハ *Hand* トカ或ハ *Herr der Hand* (手ノ主人) ト云ツタ、言葉ノ日カラ "何カノタメニ *Geben* スル" ソノ地方マノ語ヲ保証人トキト関係アル例ハ多イ。

(6) *Greek* テハエソギアスダイ (自分ヲ他人ノ手ニ渡ス) ト云ヒ

(7) 日本ヲ契約ヲチギリト云ヒ、本居宣長ハソレハ "テニギリ" ト云フ意味テアルト云フ果シラセノ解釈カ正シイトスレハ日本ヲモキト関係カアル、日本ノ俗間子供ノ中ニテ "エビヤリ" ト云フ約束ノ形式カ行ハレヲキタ、チギリハ或ハテギリテアルカモ知レヌ何トナレバ古代ヲハ指トキトハ同意義ニ用ヒラレヲキタカラ。

フランク時代ノ *Fides Facta* ハ中世トナツテモ *Handgelübde* (手約) 或ハ *Trengelübde* (信約) ト云フ名ニ於テ存続シテ

シテキテ、之不信 (Trene) ヲ相手方ノ手
(Hand)ニ投入スルト云フ契約ヲアツテ、ソ
レ故ニ投入セリタ所ノ信 (Trene) ヲ Hand-
trene (fides mannalis) ト云ヒ、或ハ
fides corporaliter prestata 形体的ニ投入
セリタ信) 等ト云ツテキテ、

コノ Handgelübdeニ普通ノ場合特異ノ文
言 Treuwort (信詞) ト Handschlag トノ
ニツニヨツテ締結ナレタカ、條ノ或ル地方テ
ハ Handschlagノ代リニ當事者ヲ等ニ右手
ヲ高クアケテ互ニ等ヲ触レ合フト云フ方式ヲ
用ヒ (Tasten) アル地方テハ又右手ヲ拳テ、
人指ヲ立テル方式ヲ用ヒ、アル地方テハ手
ノ代リニ手袋ヲ授受スル方式ヲ用ヒタ、コノ
Handgelübdeヲアル地方テハ Wetteト稱
シタカ、コノ語ハ Wadiaノ語ヲアツテ
Fides factaト結合シタトコロノ Wadiatio
ノ形式ヲ起シタモノテアル。

Wette (1) アケ

(2) 中世ガハ罰金等ト色々ノ交通ヲ示シタ
語ヲアル。

(308)

併シテ中世ニ於ケル Handgelübde ハフラ
ンク時代ノ Fides facta ノ如ク厳正ナル財
産責任及ヒ身体責任ノ発生ヲ目的トスルモノ
テハナクシテ寧ニ債權ヲ保フトコロノ法定ノ
人的責任ヲ更ニ変更スル目的殊ニ之ヲ加重ス
ル目的ヲ以テ利用ナレタ、蓋シ Treugelübde
ニ違及シタ者ハ裁判ノ結果信ヲ失ツテシマフ
(Rechtlosi und Ehrlosig 等ニ第一編第
一章自然人、権利能カ、第六(1)等點) オ故テ
アル、中世ノ末ニハコノ Handgelübde ハ更
ニソノ固有ノ形式ト意味トヲ失ツテ、ソノ結
果次ノニツノ發意ヲ全スルコト、ナツタ。

(1) Treuwort ohne Handschlag

中世ノ末以來當事者ハモハマ Handschlagヲナ
サス、証書面ニ於テ bei Treue geloben (信
ニヨツテ約束スル) 或ハ auf Treue geloben
(信ノ上ニ約束スル) ノ如キ語ヲ記載スルコト即
チ寧ニ Treuwortノ以テ契約ヲ締結スルコトヲ
行ハレルコト、ナツタ。

(2) Handschlag ohne Treuwort

(309)

中世ノ末以來 *Treuwort* ヲ用ヒス、專ニ
Handschlag ヲナシテ契約ヲ確保スルコトカ、
行ハレタ、コノ *Handschlag* ハ通常ハ相當責任
發生ノ手段ヲハナクシテ債權契約ノ確定、即
チソノ契約ニ對シテ當事者ハ一方的ノ *W.* ヲ以
テ自由ニ之ヲ解除スルコトヲ得ナイ、ト云フ效
力ヲ附與スル手段ニ通キナクツタ、故ノ新民法
1789ハ債權人カ債權事項ヲ認定ニ履行スル義
務ヲ負フオダメニ裁判官ト *Handschlag* ヲナ
スヘキコトヲ命ジテキル、ソレハ殘ツテキル所
テアル、

故ノ大學宣誓式ニ於テモ *Handschlag* ヲナ
スコトヲ規定シテキル、(之ハ法律本デアルガ)

(II) *Eid* 宣誓、

フランク時代以來 *Eid* ハ *Fides facta* 或ハ
Handgelübde ト同一ノ效力ヲ有シテキタ。
條シキヨ *Eid* ノ遠及ハ寺院法上ノ裁判ヲウケル
点ニ於テ普通民事上ノ契約ヨリハ強イ責任ヲ生
スルモノテアル、故ニ中世ヲハ信託ト *Eid* トノ
ニツヨク契約ヲ確保シタ例モ多イ、

(III) *Gelöbnis an dem Gerichtsstab*

中世アル地方ヲハ裁判官ニ對シアル種族ノ義
務履行ヲ約スル場合ニハ裁判官カ手ニシテキル
所ノ *Gerichtsstab* (法杖) ニツテ約言スル
コトヲ行ハレ、而モソノ效力ハ信託ト同様ナレ
ヲキタ、

(IV) *Schuldurkunde* ノ交付、

フランク時代以來借金証書、ソノ他債權証書
ヲ當事者間ニ授受スルコトニ依ツテ、債權ト代
當責任トヲ發生セシメタコトヲアル、

(註) 神聖ローマノ「法杖」ニ關ルハコトハ
日本ヲハ「刀ノ手前」約束スルト云ヒ(之モ
遠及スルトキ切腹スルトイフノカ、刀ヲ奪ハ
ルハト云フ意味ハ不明)

故ノアル所テハ「私ノ職ニカケテ約束スル」
ト云ヒ遠及シタトキハ職ヲ切リトラレタ、

第二、*Realverträge* 要物(或成)契約、

フランク時代ニ於テモ當事者ノ一方カ、相手
方オラ物ヲ受領スルコトニヨツテ他日之ヲ返還
スルノ義務ヲ負ヒ或ハ自ラ及對給付ヲ爲スノ義

券ヲ預フ所、*Realvertrag* オ存在シ
 シキ。例ハハ物ノ使用貸借或ハ消費貸借ノ如
 キ場合ニ於テ備平カソノ貸借ノ目的物ヲ受領ス
 ルコトニ依リ他日之ヲ返還スルト云フ債券ヲ預
 亡、又売買交換ノ場合ニ於テ当事者ノ何レカ一
 方カ先ツ自己ノ給付ヲナスコトニ依リテ相手方
 ニ及対給付ヲナスノ債券ヲ預ハシメタマフナ場
 合ニアル、併シテ之等ノ *Realverträge* ガ
 同時ニコノ種類ノ債券ニ付テ代当責任ヲ発生
 シタ否カニ付テハ學者ノ間ニ異論カアル。

Gierke ハ *Frank* 時代ノ *Realverträge* ハ
Schuldvertrag ヲハナクテ *Haftungsgeschäft*
 テアル、当事者ノ間ノ債券ハ無形式ノ契約ニ於
 テ既ニ発生シテ居ル物ノ授受ハ既ニ発生シテキ
 ル債券ニ対シテ代当責任ヲ散見スル形式テアル
 即チ *Frank* 時代ニ於テ *Empfangshaftung*
 ト云フ一種ノ此ノ発生原因カ存在シテ居タト
 主張スル、併シ之ニ対シテハ有オナ及対論カア
 リ又 *Frank* 時代ノ実例ニヨリハ売買ノ貸借ヲ
 ナシテ当事者ハ信約 (*Fides facta*) ヲ以テ

各自ノ債券ヲ確保スルノカ帯ヲアツタ、ソレ故
 ニ *Amira, Hubner, Schrodet* 等ノ如キハ
 古法ニ於ケル *Realverträge* ヲ以テ物ヲ授與ス
 ルコトニ於テ相手方ニ他日之ヲ返還シ或ハ自ラ
 及対給付ヲナス債券ヲ預担セシムル交付、即チ
 物ノ預担付授與 (*Gabe mit Auflage*) テア
 ツタ、受領者カソノ負担テアル債券ヲ履行シナ
 カツタ場合ニハ授與者ハ唯授與物ノ返還ヲ強制
 ヲ得ルニ止マリテ、債券ノモノニ対スル代当
 責任ヲ強制スルコト能ハス、之カテノハ当事
 者間ニ豫メ *Iderfacta* ノ如キ特別ノ代当責任
 ヲ締結シテオノコトカ必要ヲアツタト主張シテ
 アル。

Gierke ノ新イ派ノ一ツハ *Schuld* ト *Haftung*
 トノ區別ヲ誇張シタコト。

<i>Schuld</i>	<i>Haftung</i> (形式)(物授與)
無形式 <i>Realvertrag</i>	

買 → 売
 主 ← 主 物ヲ受取ルコトニヨリ

此ガ弊スルニ *Empfangshaftung*

中世ニナツテハ *R. V.* ノ種類モ増加シテ来テ

売買交換、質貸借、請負、雇傭ノ如キ所謂双務契約ハES R.V. = ヨツテ成立シ而モ然当責任ヲ生スルコト、ナツタ、コノR.V. ノ飛達ト密接ナ關係ヲ有スルモノハ手附契約ヲアル、

始メ双務的單物契約。、。 = 於テハ当事者ノ同レカ一方オ自己ノ給付ノ全部ヲ相手方ニ交付スルコトニヨリ、相手方ニ及対給付ヲナスノ債務ヲ負ハシムル制度ヲアツタ、而シ之ハ取引上甚ダ不便ヲアツタ、ステ = *Frank* 時代ニ当事者一方オ給付ヲナス代リニ、ソノ一部分ヲ形式上ノ一部給付ヲナスコトニ代リテ相手方ニ及対給付ヲナスノ債務ヲ負ハシムルニ至ツタ、即之ヲ売買ノ際買主オ売主ニ交付シタトコロノ *Arrha* (手付) ニアリ、始メハ價格ノ一部支払ヲアツタ、從ツテ始メコノ *Arrha* ハ受領者ニ対シテ及対給付ヲナストコロノ債務ヲ負ハシメルノ效ヲ生スルニ止マツタオマカテ後世ニハ交付者及受領者双方ニ対シテ、独リ債務ノミナラス代当責任ヲモ負ハシメルコトナツタ、コノ変遷カ如何ナル經過ヲ以テ生シタカニ付

テハ手証ハ一致シナイ(零)

中世ニナツテ *Arrha* ハ売買ノミナラス種々ノ形式ニ付テ利用サレ、ソノ效カモ変化シ又種々ノ種類ヲ生スルコト、ナツタ、

(1) *Praufgabe*

Arrha ハ始メ代償ノ内払即内金 *Angeld* (手金 *Handgeld*) / 性償ヲ有シタカ中世ニハ代償支払ノ際ニ差引勘定ヲナサナイ所ノ外金 *draufgabe* (ソノ上ノ、--- / 10 + 1 / 4 / 性償ヲ有スルモノヲ生シタ、而シテ当事者ノ一方オ契約ニ違反シタ場合ニ受領者ハ之ヲ返還シ交付者ヲ逮及スルト或ニ同額ヲ支払フ法ヲアツタ

(2) *Gottespfening u. Weinkauf*

draufgabe ハ毎々契約成立ノ証拠トシテ用ヒラレタ、從ツテ契約成立後当事者カ之ヲ棄放上ノ目的ノタメニ寄附シ (*Gottespfening*) 或ハ之ノ手附ヲ以テ当事者オ証人ト飲酒シタ (ソレハ *Weinkauf* ニアリ)

1477 *denier a Dieu* オアリ、上ノ

Gottepfennig = 1. 又 Vin du
marché の Weinkauf = 相当スルモノ
ヲアル、

(3) Reugeld 後悔金 (日本、古語テハ悔金
ト云ツタモノオアル)

Anka ハ始メ契約ニ拘束カヲ附與スル手段
ヲ守世ニナツテハ屢々一度成立シテ契約ヲ当
事者オ一方的ニ解除スルノ自由ヲ恢復スル手
段トシテ利用サレタ、即ケソノ場合ニハ手付
ハ Reugeld 或ハ Handelpön ト称セラレ
テキタ、コノ場合ニハ手付交付者ハ手付ヲ損
失シ手付ノ受領者ハソノ賠償ヲ交付者ニ返還
スルコトニ依ツテ契約ハ解除スルコトヲ出来
タ、

(註) (1)ノ証明用

(2)違ニ利用ヲテ解除ノ場合ノ責任トシ
タ、日本テハ手附流、手付賠償ト称セラレ
タノカ (3)ニ相当スル、ローマ法ヲモ本法
テモ種々アル、'手附'ニ付テハ厚イ本モア
ル位テアル、

第三、無形式契約

中世ノ寺院法學者ハローマ法ヲ振興トシテ凡
テ凡テ契約ハ無形式ノ單純ナル合意ノミニヨツ
テ成立スルコトヲ出来ルト云フコトヲ主張シタ
ヲ、コノ説ハ近世初ニモ次第ニ継受ナレ特ニ
取引ノ發達迅速ヲ導フトコロノ商業界テハ之ノ
法理論ヲ親近シタタメニ近世初期ノ他ノ法典ハ
商取引ニ關シテハ無形式ノ契約ノ效力ヲ認ムル
コトヲナツタ、惟シ近世ニ於テモ尙特殊ノ契約
ニ至ツテハ証書ニ依リ或ハ裁判所ヲ歸結セシメ
或ハ又公正証書ニヨルコトヲソノ成立ノ要件ト
シテキル、

(乙) Reine Haftungsgeschäft

第一、Baiulvertrag 人質契約

人質契約ノ最モ古イモノハ人質契約ヲアツテ
之ハ人質ヲ債物 (狭イ占有債 Faustpfand) ト
シテ Grnニ引渡スモノヲ最モ普通ノ人間ハ人
ノ家族或ハ弟ニ者ヲアルケレトモスル自身カ自
己自身ヲ質入シタ場合ニアル、Grnハ人質ヲ特
定ノ場所ニ留置シテオキ、債務不履行ノ場合ニ

ハ之ヲ流頂トシテソノ身体ヲ自己ノ自由専断スルコトヲ出来タ

中世ニナツテハ絶然タル人質制(契約)ハ既ニ消滅シタカ、條ヲ右ノ人質カラ進化シタ

Einlagerノ制度ヲ存柱ヲテヨリ後述ノ如ク特約ヲ以テEinlagerスルコトヲ出来タ

第二. Bürgschaftsvertrag 保証契約.

他人ノ債務ニ対シテ代当責任ヲ負フトコロノ保証契約モ亦前述ノ人質契約カラ進化シタモノヲアツテ、保証人ハソノ名ニ人質相当テアツタ(之ハ先占有頂テアル)即チ債務不履行ノトキ迄ハGrハ保証人ノ自由ヲ許シ、債務不履行ノ場合ニ於テ、ソノ身体ノ委付ヲ受ケテ奴隷トスル制度ヲアル、保証契約ハフランク時代ニハWadiatioト云フ要式契約(所為)ニ依ツテ締結サレタモノテアル。即チGr, SA, 保証人三人カ立会ヒノ上マツSAヲ右ノ手テFestuca(stab)ヲWadiaト云フ名辭ヲ以テ(説カアル+ゼソウ云フカ後述)Grニ交付シ、Grハ更ニ之ヲ右ノ手テ保証人ニ交付シ保証人ハ之ノ

ノ際ニソノ債權者ニ対シテ

Handschlag(固有名詞ノ意味

ニ於テFidesfacta)ノ契約

ニアツテ保証ヲナスノM.

ヲ表示シ、ソノ後ソノ保証人



ハソノ更取ツテWadia(Festuca)ヲSAニ返還シタモノヲアル、

コノWadiatioノ意味亦Festucaノ梗葉ノ意味ニ付テハ踏踏カアル、ガ條ヲトテ並時Amiraニヨツテ榮養ヲKubner, Schroda等カナル學者ノ養成ヲ得テ説ニヨレハ(註A)コノFestucaハGerman民族ノ古來ノ習慣ヲアルトコロノBotenstab(使命棒)一竿ニテモ棒ノ先ニ付ケテモツテ斬ツタ)ヲアツテ、SAオ之ヲGrニ交付スルノハ保証人ニ対シテ保証引受ノコトヲ委任スルコトヲ意味シ、保証人オ之ヲ更領スルコトハGrニ対シテ保証引受ノ使命、承諾ノ意味ヲ有シ更ニ之ヲ保証人オテSAニ返還スルノハSAニ対シテ保証引受ノ委任ヲ承諾シテコトヲ報告スル、意味テアルトイ

同一ノ債務 (idem 目的物) ヲ負フ所ノ債務者ヲアルニ及シテ、ゲルマン法系ノ保証人ハ自己自身ニハ何等ノ *Schuld* ハ及ハス事ニ他人ノ *Schuld* = 代当スル責任ヲ負フ所ノ *Haftender ohne eigene Schuld* (ローマ法ノハ *Schuldner* 今日ヲハ從テハ債務者ト云フ、之ト異ル所以ヲアル) ニスキナリ。而シテ保証人ヲ立テタルル自身ハ *Gr* = 対シテハ何等ノ代当責任ヲ有シナイトコロノ *Schuldner ohne eigene Haftung* (ローマ法ヲハ *Sch* ハ帶 = *Haftung* ヲ含) テアツタ

斯ノ如クゲルマン法系ノ保証人ハ純然タル代当責任者ヲアツタカ故ニ、ソノ地位ハ所謂質物ト称シド固一ヲアル、ヤレハ備ノ中世法ヲハ保証人ノコトヲ称シテ *Plege parlant* (物云フ質物) ト云ヒ、舊乙中世ノ法語ニモ *Wan man borgen setzet umb Schult ego werden die borgen pfande für die Schult* ト云ツヲキル (今日ト同

ハ更フ——若シモ人オ債務ノ為メニ保証人 (*Bürgen*) ヲ設テシタナラハ、然レトキニハ此ノ保証人ハソノ *Sch* = 何ツテ質物トナル、第ニ、ローマ法ノ保証人ハ第二次的ノ補充的ノ (*Susidiäre*) *Schuld* ヲ負フトコロノ債務者ヲアル、故ニ *Gr* ハ先ツ主タルルノ財産ニ付テ着戻ヲホメ、不戻ノ場合ニ於テ第ニ次ニ保証人ノ債務ヲ取立テルニテアル、所謂檢索ノ利益 *Beneficium excussionis Ben ordinis* カ之ヲアル。

及之ゲルマン法系ノ保証人ハ債務ニ対スル所ノ唯一ノ代当責任者ヲアルカ故ニ *Gr* ハ *Sr* ノ履行ヲナシナイ場合ニ於テハ直ニニ保証人ニ対シテノミソノ責任ノ實現ヲ強行スルコトヲ出来ルニテアツテ、コノ場合ニ保証人カソノ責任ヲ免ル、タメニハ自身ノ財産カテ或ハ先ツ自己ニ対スル債務者ノ代当責任ヲ實現セシメソノ結果ヲ以テ債權者ニ弁済ヲナス他途ヲナシ、惟シテ之ハ債務ノ履行ヲハナイソレハ自身ヲ負フトコロノ代当責任ヲ免ルル

コトヲアル、

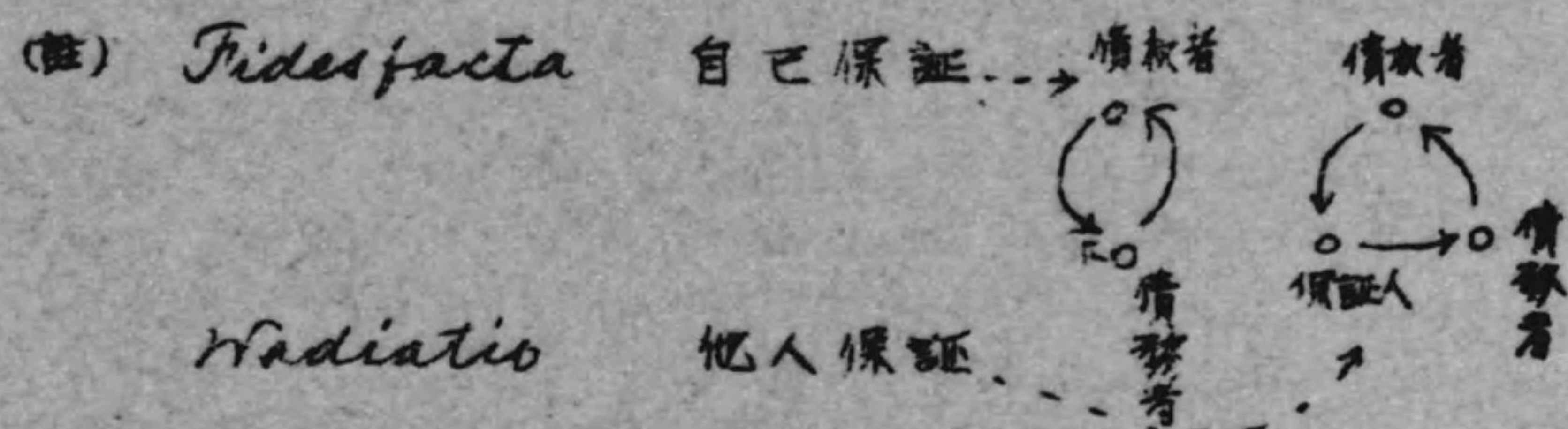
コノ *Wadiatio* ハ二種ノ效果ヲ生スル、即
保証人ハ Gr = 対シテ *Fidesfacta* (*Handschlag*)
ヲナシタコトニヨリ、債務ニ代当スルト或フ人
的代当責任ヲ負ヒ、又 Gr ハ保証人ニ対シテ保
証ノ委任ヲナシタコトニヨリテ保証人ニ対シテ
方ノ場合ニ於テ代償ヲナス、債務ト之ニ対ス
ル人的代当責任ヲ負フニ至ルモノヲアル、

(註) 人ト人トノ信用ノ
問題ニヨツテ三人ノ
間ニカ、ル複雑ナ関
係ヲ生セシメダノテ
アル、



サキニ *Frank* 族ノ *Fidesfacta* ハ後世ニハ
Wadiatio ト結ニ付イテキルコトヲ述ヘタカ、
ソノ結合ハソレ自身ニ於テ自己保証テアルトコ
ロノ *Fides facta* = 対シテ特ニソノ保証行為ヲ
アルコトヲ一層明確ニスル為メニ *Wadiatio*ノ
形式ヲ加味シタモノヲアツテ後世ノ変化テアル
ソレ故ニ *Frank* 族ノ *Fides facta* = 於テハ

Sr ハ右キテ *Gr* = *Festuca* ヲ交付シ更ニ、
右キテ之ヲ *Gr* オ受領ソツ、*Handschlag* ト
シタ、之ノ場合右キハ自己カ保証人テアルコト
ヲ示シタ行為テアル、



(註A) *Amira*, *Das stab in der germanischen
Rechtsymbolik*, 1909

之ハ非常ニ大キナ研究テアル、之ニ対シテ
Gierke ハ 1910 = 及取ヲ

Amira, *Wadiatio*, 1911 = 於テ更ニ及
取ヲ及取ニ且補充シテアル、

梓、藝術ヲ行フモノテアルト実教上ノ信仰
ヲ説明シタ人モアリ、ソノ他色々説ヲアル、

ケルマン法系ノ保証人ハローマ法系ノ保証人ト
ソノ性質ヲ異ニスルモノテアルカ、今ソノ顯著
ナ差異ヲ挙ケルト次ノ如クテアル、

第一、ローマ法ノ保証人ハ Gr = 対シテ *Sr* ト

同一ノ債事 (idem 目的物) ヲ負フ所ノ債權者ヲアルニ及ビテ、ゲルマン法系ノ保証人ハ自己自身ニハ何等ノ *Schuld* ハ負ハス事ニ他人ノ *Schuld* = 代当スル責任ヲ負フ所ノ *Haftender ohne eigene Schuld* (ローマ法ノハ *Schuldner* 今日ヲハ從テハ債權者ト云フ、之ト異ル所以ヲアル) ニスキナリ。而シテ保証人ヲ立テタルニ自身ハ *Gr* = 對シテハ何等ノ代當責任ヲ有シナイトコロノ *Schuldner ohne eigene Haftung* (ローマ法ヲハ *Sch* = *Haftung* ヲ含) テアルナリ。

斯ノ如クゲルマン法系ノ保証人ハ總然タル代當責任者ヲアルカ故ニ、ソノ地位ハ所謂質物ト殆ンド同一ヲアル、サレハ備ノ中世法ヲハ保証人ノコトヲ稱シテ *Plage parlant* (物云フ債物) ト云ヒ、舊中世ノ法語ニモ *Wan man borgen setzet umb Schult* *so werden die borgen pfande für die Schult* ト云ツテキル (今日ト謂

ハ選ブ——若シモ人オ債事ノ為メニ保証人 (*Burgen*) ヲ設ケシタナラハ、然レトキニハ此ノ保証人ハソノ *Sch* = 何ツテ質物トナル。第二、ローマ法ノ保証人ハ第二次的ノ補充的ノ (*Susidiäre*) *Schuld* ヲ負フトコロノ債權者ヲアル、故ニ *Gr* ハ先ツ主タル *Sr* ノ財産ニ付テ満足ヲホメ、不足ノ場合ニ於テ第一ニ保証人ノ債事ヲ取立テルモノヲアル、所謂檢索ノ利益 *Beneficium excussionis Ben ordinis* カ之ヲアル。

及ニゲルマン法系ノ保証人ハ債事ニ對スル所ノ唯一ノ代當責任者ヲアルカ故ニ *Gr* ハ *Sr* ノ履行ヲナサナイ場合ニ於テハ直ニニ保証人ニ對シテノミソノ責任ノ實現ヲ強行スルコトヲ出来ルモノヲアル、コノ場合ニ保証人カソノ責任ヲ免ル、タメニハ自身ノ財産カヲ或ハ先ツ自己ニ對スル債權者ノ代當責任ヲ實現セシメソノ結果ヲ以テ債權者ニ弁済ヲナス他途ヲナシ、併シテ之ハ債事ノ履行ヲハナイソレハ自身ヲ負フトコロノ代當責任ヲ免ル。

トコロノ免責行為ニ他ナラナイ、
第三、ローマノ保証ハ債務ヲアルカ故ニ保証人
ノ相続人ニ当然移転シタゲルマーネン法系ノ
保証ハ一方的ノ *Haftung* デアルニ止マルカ
故ニ被相続性ヲ欠イテオツタ。

以上ゲルマノ法ノ保証ニ関スル特性ハ第ノ4ニ
以テ示シテ来次ニ消滅シテ遂ニローマ法化スルニ至ツ
タ、今ソノ変化ノ要点ヲ述ヘルト次ノ如クアル

(1) 保証人モ亦 *Sch* ヲ負フニ至ツタコトアル
ル、之ハ保証人カ代当契約ヲ為ス際ニ於テ自
ラ債務ヲ負フコトヲ特約スル債習カシテ変化シ
タモノアル、保シテモ保証人ノ特約シテ債務
ハローマ法ニ於ケル如ク、債務者自身債務
ト同一物 (*Idea*) テハナラシマ、ソノ内容ハ
Sch ヲシテソノ債務ヲ實現ヒツメ若クハ債務
者ノ債務ニ代ハルヘキ給付ヲ自ラナスト云フ
(*Ersatzleistung* 代償)
保証人自己自身ノ債務ヲアル、

(註) 之ト同シ様ニ日本ノ徳川時代テハ「保証
人ニ立ナマス、若シ迷惑ヲカケレハ私ヲ払
ヒマス」トイヒ支本ツマツニ *Sch* ニ盡カサ

セル

ローマ法ハ法律論的ニ固マツタ保証契約ヲ
アツタノテ之ト異ル、

(2) 保証人ノ債務ヲ被相続性ヲ有スルニ至ツタ
コト、之ハ保証人カ *Sch* トナツタ当然ノ結果
ヲアル、

(3) 保証人ノ責任ハ第ニ次的補充的ノモノトナ
ツタコト、中世ノ後半以來、凡テノ債務ハソ
ノ發生原因ノ如何ニ拘ラス、法典ノ代当責任
ヲ伴フコト、ナツタダモ保証人ヲ立テタル
モ亦自己ノ債務ニ代当スル責任ヲ負フコトニ
ナツタ、ソノ結果トシテ、一時保証人トナル
トハ連带的ノ債務及ヒ責任ヲ有スルニ至ツタ
カ更ニ後世ニハ保証人ノ債務及ヒ責任ハ債務
者ノソレニ對シテ第ニ次的補充的ノモノトナ
ルニ至ツタ、ソレニ來テモ保証人カ債務者ト連帶
的債務及ヒ責任ヲ負フカ爲メニ特ニ保証人ハ
Selbtschulder 或ハ *Selbitzahler* テアル
ト云フ意味ヲ爲スルカ若クハ姑クカラ *Sch* ト
Gesamthand 總手的ノ債務契約(今日ハ連

帯ト云フ)ヲナスコトヲ必要トスルニ至ツタ。

以上述ヘタトコロノ如ク、独自の法ノ保証ハ
ローマ法継受前ニ於テスラニローマ法ニ於ケ
ル保証制度即チ主タル *sol*ニ對シテ、擔保ノ利
益ヲ得フトコロノ補充的第二次的擔保ニ及ビ
シヲツタ。然ラテローマ法ノ継受後ハ一層
強ノ保証制度ニローマ法化スルコト、ナツタ

フラツク時代ニ保証契約ノ形式トシテ行ハ
レテキタ *Wadiatio*ニ中世ニナツテ消滅シ
而シテ *Wadiatio*ト云フ言葉ノ語(或ハ *Wadia*
ノ語)ヲアムトコロノ *Wette*トイフ名称ハ種
々ノ行爲ヲ意味スルコト、ナツタ。即 強ノ
テテハ *Treugelübde* (信約)ヲ *Wette*ト
稱シソノ他ノ地方テハ罰金ノコト或ハ賭事ヲ
*Wette*ト稱スルコト、ナリ、近世ニハ唯ニ賭
事ノ意味ヲケカ致ツテキル。サレハ中世ノ保
証契約ニハ強ノ形式ハナシ、最モ普通ハ

Treugelübde (信約)ニヨツテ行ハレタ。

(附) 中世以來 *Créance* (債權) *créancier*
債權者ト云フ語ヲアム。元來 *créance*

ハ中世用ヒラレタ語テハ *créancier*,
créancier (債ヲ與ヘル)ト云フ意味ヲア
ツタ。ソシテソレハ變化シテ *Fiduciar*
(信ヲ與ヘル)更ニソレハ變ツテ *Fidem*
*facere*トナルモノヲアム。即チ

clouer foi = *Fidem dare*
代當責任ヲ與ヘル行爲ヲアム。代當者(或
ハ債權者)ヲ債權者ノ方ニ *créance*ヲ與
ヘル、ソノ與ヘルモノヲ *créance*ヲアツ
タ。 *Schuld* = ハ債權トイフ意味アルコ
トヲ照シテ考フヘキコト(本編第一章參照)

第三 *Personlichkeitsgüter* (人格利益)ノ項入
身體責任。(*Leibliche K.*) ハ中世ニハ著シク
緩和スレテ *Schulddienstbarkeit*, *Schuldhaft*,
Einlager 等ノ法定ノ責任トナツタコトハ前述
シタカ、中世ニ於テモ當事者ハ特約ヲ以テ法定
ノ身體責任ヨリモ更ニ強カナル身體責任ヲ設定
シ若ハ法定責任ヨリモ輕イ責任ヲ負フコトハ、
特約ヲ以テ許サレタ。コノ種ノ特約ハ各種ノ人
格利益ノ項入テアル。

(1) 生命ノ復入

第13 C Köln (ライツランド) テハSR
カ裁判官ノ前ニ於テSRニ対シテ債務不履行
ノ場合ニハ生命ヲ絶ツ権利ヲ特約シタ実例
ヲ残ツテオケル。

(2) 肢体ノ復入

第13 C.ノ末項ニハ証書ヲ以テ債務不履行
ノ場合ニハGRカSRノ手又ハ手尺ノ指又ハ
一目ヲ傷ケテモ差支ヘナイトイフ如キ特約ヲ
ナシタ。

(註) 所謂 Veniceノ商人ノ復入権利ハ次シヨ
不法テハナイ、証書ヲ残ツテキルトコロノ
争突ヲアル。

(3) 権利能カノ復入

中世ニハ債務不履行ノ場合ニハReichsacht
(帝國ノ命令ヲ遵放スル) 或ハ寺院法上ノ破門
Excommunicatioニ処セラレヘキコト
ヲ特約シタ例カ多イ。

(4) 自由ノ復入

之ニ特約ヲ以テSchuldhaftノ契約ヲナ

ス場合ヲアル、GRハSRカ債務不履行ノ場
合ニハ裁判所ヲ訴スシテ遂ニ自己ノカヲ以テ
SR = Schuldhaftヲ強制スルコトカ始末
ナ、コノ外中世SR或ハ保証人カ特約ヲ以テ
債務不履行ノ場合ニハEinlagerトイフコト
ヲ約束スルコトカ行ハレタ、ソレヲEinlager-
gedingeト云ツテオケ、併シテラコノ特約
ハ純然タル代当責任契約テハナク、特約者ニ
Einlagerトナルト云フSchuldヲ負ハシ
ムルニ止マルモノヲアル、ソレ故ニ多クノ場
合ニハ如キEinlagergedingeヲ更ニ(信
約) Treugelübde 或ハEid、如キ特約ヲ
以テ確保スル誓カアツタ。

(註) GierkeハHaftungヲアルトシテオ

(5) Ehre (名譽)ノ復入

中世SRハ自己ノ名譽ヲ復入スルコトヲ行
ハレタ(ソノトキハ証書ニEhrenklausel
ヲセヨ入レタ)、債務不履行ノ場合ニハ裁判
ヲ用ヒスシテ復入サレタEhreハ復元レトナリ

復入シタモノハ法律上榮譽ヲ失ツテマフ結果トナツタ(第一編、第一章、第六節)
時トシテハ、*honore*カ復元レノ場合ニ於テ、*honore*カ言語、圖画、詩歌等ヲ以テ、*honore*ヲ嘲笑シ侮辱スルコトヲ特約シタモノアリ、ソレヲ *Ehrenschelte* (*Schelten*) ト云フ、
以上ニ述ヘタ各種ノ人格法益ノ復入ハ近世即チ
第160条以來ハ或ハ法律上榮ヲシテ或ハ事實上
消滅シテマツタ。

(註) *Ehrenverpfändung* 榮譽ノ復入ニハ
色々ノ方法ヲ利用シタ。

Schandgemälde

Spottgedichte 嘲詩之ハ、*Prussia*帝國警察令
ヲ禁止セラレタ。

法協四三卷一ニ多(大正十四年)「榮譽ノ復入」
中田博士論文一頁以下

比較法上又日本法上存在ヲ推測セラレタモノヲ
法上ノコトニモ論及セラレキル、ソノ禁止ノ
命令ニ於テハ、「吾人(裁判所)ハ若干ノ地方
ニ於テ債權者ヲ催告ヲナスモ債務者又ハ保証

人ヨリ交付ヲ受テサル場合ニハ、債權者ヲ不右場
ナル範圍及ヒ吾面ヲ以テ公ニ侮辱シ侮辱シ等
叫ビシムルノ類及、辱口樂罵カ行ハレルコト
ヲ罰ケリ、然レトモ之ハ甚ク侮辱的ニシテ且
多クノ關係ト情態トヲ惹起スルモノナルヲ故
ニ法上罰金ヲ行ハル、地域ニ於テハ罰金ヲ許
スハキコトニアラス、云々。

第四、*Pfändungsklausel* (差押文書)

法律上ノ私的差押ハ中世ニハ例外トシテ特異
ノ場合ニ限ツテノミ許サレタコトハ先ニ述ベタ
如クアラハ、條約ヲ以テ當事者ハ特約ニ依ツテ、
法律ノ場合以外ニ於テモ裁判ヲ經スシテ自カ
以テ、財産ヲ差押フルコトヲ出来タ。コノ
差押特約ハ証書ニ依ツテナスコトヲ要件トシタ
ヲ、ローマ法継受後ハ裁判ヲ經スシテ直チニ裁
判上ノ差押ヲ請ボスル權利ト成リマツタ。

(註) 今日ノ公正証書ハ之ヲ起ツテキル。

第二款 不法行為

第一、一般原則。

ゲルマン民族ノ最古法テハ凡テノ不法行為ハ刑法
 上ノ犯罪タル性質ヲ有シテキタ、然レテ凡テノ
 犯罪ハ必スシモ団体カ自ラ之ヲ受罰シタノテハナ
 イ、前述ノ如ク団体ノ存在ヲ危フスルト云フ如
 キ重罪ハ之ヲ平和ノ破壊 (Friedensbruch) ト
 シテ団体カ之ニ Friedlosigkeit (平和喪失) ト
 云フ刑ヲ科シ、アル犯罪ニ付テハ死刑ヲモ科シタ
 ケレトモ、人ノ生命財産名誉等ノ如キモノヲ毀損
 スル不法行為ニ付テハ公ノ団体自身カ之ヲ受罰ス
 ルコトナク、被害者及ソノ Sippe (氏族) カ被害
 者及ヒ、ソノ (氏族) Sippe ニ対シテ復讐ヲナシ
 テ満足ヲボケルコトカ許サレテキタ。

若シモ被害者及ヒソノ Sippe カ復讐ニ應スル
 コトヲ欲シナイ場合ニハ被害者側ト協定シテ、被
 害者側ニ贖罪金 (Sühngeld) ヲ支払ツテ

Sühnvertrag (贖罪契約) ヲ締結シテ両者間
 ニ於ケル平和ヲ回復スルコトカ出来タ。

コノ贖罪金ハ殺人ノ場合ニハ Wergeld
 (Manngeld) 人命金ト云ヒソノ他ノ場合ニハ
 Busse (或ハラテン形テハ Compositio) ト称

シタカ、コノ Busse ノ語ハ廣義ニ於テハ Wergeld
 ヲ含メテキル場合カアル。

フランク時代ニハコノ Wergeld 及ヒ Busse
 ハ法律上特異シ (身分、貴族ハ平民ノ二倍、半自
 由人ハ $\frac{1}{2}$ 、女ハ男ト異ル) 被害者ハ復讐ヲナス
 代リニ加害者ヲ法律ニ訴ヘテ、法律ノ Wergeld
 或ハ Busse ノ支拂ヲ受ケルコトカ許サレルコト
 ニナツタ、コノ場合ニハ裁判所ハ之等ノ Wergeld
 或ハ Busse ノ他ニ不法行為者タル Fredus
 (Friedensgeld 平和金) ト云フ特別ノ罰金ヲ徴
 収シタ

Busse { Wergeld
 B. in e. S.
 Fredus.

(註) Fredus ハ裁判官ヲ受領スル、何トナレハ
 古来裁判官ハ仲裁ノ役ヲシタコトハローマテマ
 然リテ、手取料ト云フ意味ヲ有シテキル。

コノ法律若クハ協定ノ Busse (広義) ハ私的罰
 金 Privatstraf (私刑) テアツテ同時ニ損害賠
 償タル性質ヲ兼有シテキル (本人カ受領スル)

中世トナルト不法行為ニ基テトコロノ刑事責任
 損害賠償義務ハ自ラ分離シ、*Busse* ハ純然タ
 ル私的罰金トルシマツタ。不法行為者ハ、被
 害者ニ対シテ *Busse* ノ外別ニ損害賠償ヲ拂フコ
 トニナツタ。

下ツテ近世ニ至ツテハ所謂 *Busse* ハ殆ント消
 滅シテシマツタ

(註) *Schmerzensgeld* 慰濟料ニテモノテ
 物復的ノ損害ノ他ニ精神的ノ損害モ拂フタ

Busse { 罰金
 損害賠償

ゲルマン民族ノ最古法ニ於テハ、不法行為ノ結
 果ニ重キアオイヲ、行為者ノ犯意ノ有無ニ至ツテ
 ハ殆ント之ヲ顧ミナカツタ。即チ *Die That*
tötet den Mann (He fait jure l'homme)
 行為ヲ人ヲ殺ス(ソノ意味ハ事實ハ人ヲ害シスル)
 ト云フ原則カアツタ。従ツテ不法行為ニ於テハ
dolus (*Vorsatz* 故意); *Culpa* (*Fahrlässigkeit*
 過失) *Causus* (*Zufall* 不可抗力ナドト云フ
 天然ノ事實)ノ如キ區別ヲ設メナイ。又未成年者

心神喪失者ノ不法行為ニ付テモ彼等ニ責任ヲ負
 ハシメタ。又エフロンク時代ニ於テハ或ル犯罪
 ニ付テハ既ニ有意犯 *Willenswerte* (*Gefährwerte*)
 ト無意犯 (*Ungefähr* ---- 過失、*Zufall* ヲ含
 ム)ヲ區別シテ、無意犯ノ場合ニハ公刑ヲ科セ
 ス復讐 *Fehde* (私闘)ヲ禁シ、又 *Busse* ダケ
 ヲ科スルコトニ止マツタカ、併シテハ、損害賠
 償ニ関シテハ、中世迄モ尚 *Gefährwerte* トカ
 過失 *Fahrlässigkeit*, *Zufall* (*Unglück* 災
 害)ノ別ヲ問ハス、又未成年者或ハ心神喪失者
 ノ行為テアツテモ原則トシテハ之ヲ同様ニ取扱
 ヲツテ、同様ノ損害賠償義務ヲ負ハシメタ。之ヲ
 要スルニ中世ニ於テモ独法ニ於テハ *Wer un-*
willig getan, muss willig zahlen ①
 (*Wer Schaden thut muss Schaden*
bessern) ②

① 心ヲ失フ行為ヲシタ人ハ意思ヲ以テ私
 意思ヲ以テ不法行為ヲナシタト同様ニ損害
 賠償ノ義務ヲ負フ。

② 損害ヲナシタ人ハ損害ヲ回復セホハナラヌ。

ノ原則ヲ依然トシテ行ハレテキダ、即チ近世ノ
学有ノ語ヲ以テ云ヘハ *Verwachsungsprinzip*
(原國主義) ノ行ハレテキダ、ソレハ

Verschuldungsprinzip (責任—故意過失
—ヲ要スル主義) モノヲアル、

ローマ法ノ継受ノ後、ローマ法ノ不法行為
(或ハ私犯 *delictum*) ニ関スル法制カ独ニ於
テモ不法行為ノ基礎トナツダ、惟シテラ、ゲル
マン法系テハ凡テノ權利侵害ハ損害賠償ノ義務
ヲ生シタルニ依リ、ローマ法ハ法律ニ規定シテ
不法行為ニ付テノミ損害賠償ノ訴ヲ許シ且ツ、
ローマ法テハ不法行為ニ依ルトコロノ不法行為ヲ
認メナカツダ点ニ於テ、ローマ法ノ不法行為ハ
他國有法ニ比シテ狭益テアツダ故ニ近世ノ立
法ハ一方ニ於テハローマ法ノ *Verschuldungsprinzip*
ヲ認メタト同時ニ他ノ一方ニ於テハ他國有法ノ
精神ニ依ツテ權利侵害ノ凡テノ場合ニ損害賠償
ノ義務ヲ負ハシメタ、

第二、第三者ノ不法行為ニ基ク責任、

他國有法ニ於テハハテ第三者ノ行為ニ依ツテ

責ヲ負フ場合オ多イ、ソノ主ナモノヲニツキケラ
オク、他ハ他ノ事ヲ述ヘルコトトスル、

(1) 奴隸 (元來物ヲアルカ第三者ノ中ニ入レル)
ノ不法行為、

フランクノ時代ニハ奴隸ノ主人ニ奴隸カ他人
ニ損害ヲ加ヘタ場合ニ於テ、ソノ不法行為ヲ自
己自身ノ不法行為トシテソノ責ニ任シタ、但シ
主人ガソノ奴隸ヲ被害者ニ委付シタトキニハ、
主人ハ *Ungefähr* トシテソノ責ニ任スルニ止
マツタ、稍後世ニハ、ソノ不法行為ヲナシタ奴
隸ヲ被害者ニ委付シタトキハ主人ハ全クソノ責
任ヲ免ル、コト、ナツタ、

(2) 使用人ノ不法行為

中世ニハ主人ハ自己ノ使用人ノ不法行為ニ付
テ自ラソノ責ニ任シタ、但シ多クノ地方テハ主
人オ不法行為ノ事實ヲ知ツダ後直チニ彼ヲ解雇
シタトキニハソノ責ヲ免レタ、

第三、動物及ヒ物体カ惹起シタ損害、

フランクノ時代ノ諸法典ニヨレハ家畜ノ飼養者ハ
家畜カ他人ニ加ヘタ損害ヲ賠償スル責ニ任シタ、

租シ主人ハソノ家畜ヲ被害者ニ交付シタソノ責ヲ免ル、コトヲ以テ、而ツ野獸ノ飼養者ニトツテハソレカ惹起シタ損害ニ対シテハ自己ノ責任トシテ無條件ニ賠償スル義務ヲ負ハサレヲキタ

以上ノ原則ハ中世ニナツテモ大體ニ於テ変化ナク維持サレテキタ、*Sachsenspiegel*ニヨレハ家畜・飼養者カ被害ノ事實ヲ知ルト同時ニ加害家畜ヲ被害者ニ交付シタスカ、若クハ抱養シタ場合ニハ全責任ヲ負レルカ、加害ノ事實ヲ知ツタ後尚之ヲ函保シタ場合ニハ損害賠償ノ責ニ任スルキモノトシタ、又ソノ*Sachsenspiegel*ニヨレハ野獸カ惹起シタ損害ニ付テハソノ飼養者ニ對シテ無條件ニ責ヲ負シメラサル、

フランク時代ノ諸法典ハ物体カ偶然ニ他人ニ損害ヲ加ヘタ場合ニモソノ所有者ニ於テ損害賠償ノ責ヲ負ハシメラサル、然レテ所有者ハソノ物体ヲ被害者ニ交付シテソノ責任ヲ免レタ、中世ニハクテ、如キ法制ハ消滅シテシマツタ、

(註) 人ノモツテキタニヨリ、例ハハ不可抗カニヨツテ損害ヲ惹起シタマツテ場合ニモ責任カ

アリ、ソノ説明トシテハ諸説カアツタヲ、例ニハ惡魔ヲ指ツテキルカヨソレヲ被害者ニ交付スレハ責任ヲ免レルト云フ説モアツタ、

第三節 債權ノ讓渡及代理

第一、債權讓渡

法國有法ハフランク時代カラ中世ノ末マテルンノ承諾ナクシテルンカ單獨ニ債權ヲ他人ニ讓渡スコトヲ許サナオツタ、蓋シ契約ハソノ文言ニ依ツテ嚴格ニ解釈ヤレルコトヲ要ストノ原則カアツタ爲メニ契約当事者ヲナイトコロノ第三者ハ特異ノルンカ負フテホル債務及ヒ代當責任ニ対シテ何等ノ請求ヲナス權利ヲ有スハキヲナカツタカララアル、

中世末ニナツテ漸ク或ル都市テ、原則上債權ノ讓渡ヲ認メルニ至ツタヲ、ローマ法ノ繼受以後ハローマ法ノ原則ニ依ツテ一般ニ債權ノ讓渡ノ自由ヲ認メルコトトナツタ、

第二、代理

独逸固有法ヲハ、フランク時代以來例外的ニ私法上ノ代理ヲ許シテオマカ、私法上ノ取引ニ於ケルトコロノ直接代理ハ第ノ必シク、未マテ之ヲ認めナカッタ。第ノ必シク以來裁判官ノ承諾ヲ経テ委任ニヨル私法的ノ代理人ヲ指定スルコトヲ許サレタカ、尙本人ヲ相手方ト同一ノ法律行為ヲ繰返スコトヲ必要トシタ、カクノ如ク独逸固有法ニ於テハ所謂直接代理ハ中世ノ末迄発達ヲ遂ケルニ至ラナカッタ。カ間接ニ代理ノ目的ヲ達スル手段ハ既ニフランク時代以來多ク存在シテオマ、今ソノ主要ナルモノヲ挙クレハ次ノ如クアラル。

(I) 第三者ノタメニスル契約。

フランク時代以來当事者ノ一方ノ相手方以外ノ第三者ニ給付ヲナスコトノ義務ヲ負ヒ或ハ相手方若シハ第三者ノ何レカニ給付ヲナス義務ヲ負フトイフ契約ハ有数ヲアツテ代理及ヒ債權譲渡ノ目的ヲ到達スル手段トシテ屢ニ利用サレテオマ、コノ第三者ノタメニスル契約ハローマ法ノ原則ト異ツテ第三者ヲ別ニ受諾シナサナフトモ、コノ契約ニ依ツテ当然ニ債權ヲ取得スル效

果ヲ生スルモノヲアル。

コノ独逸固有法ノ原則ハローマ法継受ノ後ニローマ法ノ原則ノタメニ一時压倒サレ、第三者カ他人間ノ契約ニ依ツテ債權ヲ取得スルタメニハソノ債權ヲ受諾スルコトヲ必要トスルニ至ツタカ、独逸現行民法ハ独逸固有法ノ原則ヲ回復シタ。

(II) Wertpapier 手形

フランク時代以來各種ノ Wertpapier カ発達シタカ之ノ又第三者ノタメニスル一場合ニ他ナラナイノヲ、之亦代理、債權譲渡ノ目的ヲ達スル手段トシテ屢ニ利用サレタ、今 France 時代以來発達シタ Wertpapier ノ種類ヲ述フレハ、次ノ如キモノアラル。(今日ノ学者ノ分類ニヨル)

1) Exaktionsklausel (取立文言) ヲモツテオルモノ

最古ノ Wertpapier ハ *br. o. Gr.* ニ計シ若シハ債權者カ債權取立ノタメニ証書ヲ交付シタ者ニ対シテ支拂ヲナス旨ノ文言ヲ記載シテオルトコロノ証書アラル。即チ之ヲ詞ヲ云フト(古イラテシテ) *tibi aut cui*

dederis ad exigendum

(汝 = (債権者) 若クハソノ債務取立ノ目的ヲ
為カコノ証書ヲ交付シタソノ人 = 交付者ニシマ
ス)

2) *Begebungsklausel* (交付文言)

之ハ債務者カ債権者若クハGrヲコノ証書
ヲ交付シタ者ニ対シテ支払ヲ為スト云フ旨ヲ
記載シタトコロノ証書ヲアル、コノ文言ハフ
ランク時代ニハ次ノ如キ形式ヲアル、

*tibi aut cui cautionem in manum
miseris (cui cartam dederis)*

汝オ、或ハ汝オソノ証書ヲ手ニ交付シタ人
(証書ヲ受ヘタ人)
ニ対シテ補フ、

17ノ30以来ハ

*dir oder wer diesen Brief mit
deinem Willen innehat (汝若クハ汝
ノW.ヲ以テ之ノ証書ヲ持ツ人ニ付)*
交付シタ

コノ場合ニハ、証明書ヲ要スルオソノ目的ハ限
シテナク、或ハ

dir oder dem getreuen Inhaber

(汝ニ若クハ、汝オ信託シタ所持人ニ)

フランスニハ中世ニ

tibi vel cui mandaveris (汝ニ若クハ
汝オ信託シタ人ニ)

à NN ou à son command (或ハ) ^{某々ハ彼ノ}
" *commis* ^(委託ヲ受ケル者)
受任者ニ

伊太利ニハ

tibi vel cui ordinaveris (汝若クハ汝
オ指図ヲシタ人ニ)

等ノ如キ形式ヲ用ヒテオタカ、1000以
来ハフランスニ於テ *à NN ou à son ordre*
(某々ハソノ指図人ニ) ト云フ形式カ行ハレ
ソレカマオテ独ニモ輸入ヤレシキテ *dir
order an Ordre* (汝オソノ指図人) トイ
フ形式カ行ハレルコト、ナツタ

(3) *Stellvertretungsklausel* 代理文言

フランス時代ニハ之ノ文言ノ書式ハ *tibi
aut cui hoc scriptum vice tua in
manu paruerit*、之ノ証書カアタニ代

ツテ (ノダメニ) 入手スルノ人ニ持フ。

独ノ中世ニハ

*Sir oder wer diesen Brief von
deinetwegen innehat* (之ノ証書ヲ汝ニ
付ツテコノ証書ヲモツノ人ニ持フ)ノ如キモ
ノテアツタ

4) *Alternative Inhaberklausel* 黙示的
所持人持ノ文言。

フランク時代ノ書式ハ *tibi aut cui hoc
scriptum in manu paruerit*
(汝カ、若クハソノ証書カキニ入ツタ人カ何レ
カニ持フ)

独中世テハ

Sir oder wer diesen Brief innehat

5) *Reine Inhaberklausel* 純然タル所持人
持文言。

フランク時代ニハ

*ad hominem, apud quem hoc scriptum
in manu paruerit*、之ノ証書カキニ入ツ
タ人(第三者、誰テモヨイ)ニ持フ。

独中世ヲハ極ノ簡易ニ

dem Inhaber dieses Briefs (コノ証書
持人)

以上五種ノ *Wertpapier*、中テ (1) (2) (3) ノ
三種ニハ所謂特別條件付(制限的)ノ所持人持
Inhaberklausel、モノテアツテ之カ交付ヲ
受ケタ所持人カ支払ヲ請求スルタメニハ、名宛
人カ之ノ証書ノ交付ヲ受ケテコトヲ証明スル
コトカ必要ヲアツタ、而シテ之ノ証明ハ (1) 及
(2) ニアリテハ殆メ名宛人ノ *Wirebrief* (渡シタ
トコロノ証明書, *W. L.*) ニヨル、(3) ノ場
合ニハ委任状ニ依ツタ、或ルニ屏ニ於テ第ノワ
C. = 証書ノ裏面 = *In dorso* (*in dos*) =
簡單 = *ordre* 指図(サイン書)ヲ記入スル方
法即チ今日ノ裏書ノ慣習カ発生シテ之カ独ニ
モ輸入サレルニ至ツタ。

普通ノ *Inhaberpapier* = 至ツテハ性質上之
事ノ証明ヲ必要トシテアツタカ、第16C. 中條
ノ等號ハローマ法ノ影響ヲ受ケテ所持人持ノ所
持人本ソノ權利ヲ主張スルオダメニハ最初ノ名

宛人ヲ債權ノ讓渡若クハ債權取戻ノ委任ヲシ
ケダコトヲ証明セネハナラズト云フ慣習カ生シ
タ、而シテ故ソノ他ノ諸國ニ影響ヲ及ホシテ
間ニテ諸國ニ及動起レリ、

純然タル *Inhaberklause* ノミハ証書ヲ呈示
スルノミテ權ヲ主張スルコトカ出来ルコト、ナ
リ而シテ形式的ノ所持人トシテ、近
世ノ指圖書文書ノ証書ノ飛達スルニ伴ッテ自
消滅シテシマッタ、

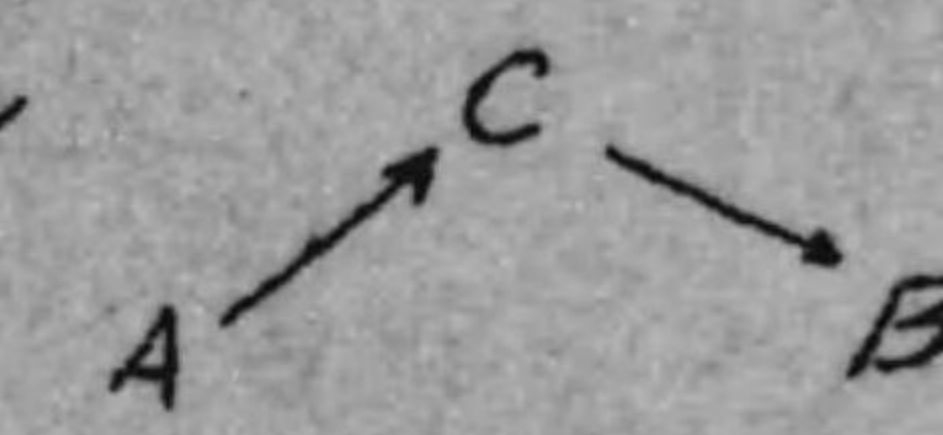
(四) *Salmann* (*Trennhändler*) 信託 (英ノ
ニ相当スルモノ)

Salmann ノ制度ハフランク時代ニ適言ノ
代用ヲシタルトコロ、*affatomie* ト云フ制度(相
續法後述)ノ中介人カ飛達シタモノテアツテ
中世ニ於テハ種々ノ場合ニ利用サレタカ、ソノ
中代理ノ目的ヲ達スルモノ利用サレタモノヲ舉
グレハニ種々アル、

1) *Landrecht, Salmann*

之ハフランク時代ニ *affatomie* ノ場合ニ
用ヒラレタ *Salmann* トソノ性質ヲ同シ

クシ、他日第三者ニ對シテ讓渡ヲナスト云フ
條件ノ下ニアル者カ讓渡ヲウケタ中間者

Mittelsmann  テアル

Salmann ハ中世ヲハ次ノニ場合ニ於テハ
事實上ハ代理人タル任務ヲ行ツタモノテアル
即チソレハ (A) 不動産ノ所有者カ不在中ニアル
者ニ對シテ、不動産ノ讓渡行爲ヲナスコト
ヲ信託シテ、豫メ *Salmann* ニ對シテソノ
不動産ヲ讓渡ヲナス場合テアル、

(註) 前 不動産ノ讓渡ニハ *Investitur* 等ノ
行爲ヲアルカヲ)

コノ場合ニハ *Salmann* ハ信託者ニ代ツテ
後日ノ讓受ケタ不動産ヲ更ニ指圖書レタ者
(受益者)ニ讓渡ス義務ヲ有スル者テアル、

(B) 自己ノ不在中ニアル者カラ不動産ノ讓渡
ヲウケルコトヲ信託シテ豫メ *Salmann* ヲ
送付スル場合テアル、コノ場合ニハ *Salmann*
ハ信託者ノ不在中相手方カラソノ不動産ノ讓
渡ヲウケ信託者カ歸還シタ後更ニ之ヲ信託者

= 移転スルモノテアル。

以上ノ二ノ場合ニ於 *Salmann* ハ譲渡
ナシ不動産ノ所有権及ヒ *Gewere* ヲ取得スル
モノテアル。然レテハ彼ハ *Salmann* = 送
付シテ之ヲ保シ居ル者 *Treugeber* = 対シテ前
述ノ *Treugelübde* (信約) ヲナシテ、ソノ
委託ヲ忠実に履行スルコトヲ信約スルモノテ
アルカ故ニ彼ノ所有権及ヒ *Gewere* ハコノ信
約ニ基イテ、ムシロ廣域的ニ制限ヲウケルモ
ノテアル。中世ノ法理ハ *Salmann* ノコト
ヲ *fidelis manns* (信ノ手) *Treuhand*
又 *Salmann* = 対シテ不動産ノ讓渡ヲナス
コトヲ *in fidei ei committitur* (相
手ノ位ニマテ委スル) ト云ツテキアラ、之
ハ *Salmann* カソノ義務ノ履行ヲ信約ニヨ
リテ確保シタカダノテアル。

2) *Stadtrecht* / *Salmann*

之ハ中世新ニ発生シタ *Stadtrecht* ^{cht} _テ ノ特徴
ハ不動産ノ所有権ヲ取得スル能カキモノニ
テシテ之ヲ取得シ保シ居ルノ目的ヲ有スルコ

トニアル。中世ノ都市法ニハ都市ノ不動産
所有権ハ原則トシテソノ市民ニ限リテ許サレ
ズ、亦ツテ市民權ノナイ外人ハ市民ヲ *Salmann*
トシテ彼等ノ手ニヨリテ間接ニ不動産ヲ取得
シ且ツ之ヲ保シ居ルノカ事ヲアツタ。之ノ設
定ハ法理ニ於テ之ヲ行ヒシ。ハ *Treugeber*
ニ対シテ *Treugelübde* ヲシテソノ義務ノ
履行ヲ確保スルコト *Landrecht* / *Salmann*
ニ同シイ。然レテハ彼ノ義務ハ *Landrecht*
ノイノ義務ト大ニ異ル。先ツ第一ニ彼ハ一
度不動産ノ所有権ヲ取得シタノテ、アル期間
彼ノノ不動産ノ *Gewere* ト *Nutzung* トヲ
Treugeber = 移転スルノ義務、第二ニ
Treugeber = 代ツテ不動産所有権ヲ第三者
ニ対シテ保シ居ルノ義務、第三ニ *Treugeber*
ノ命令スルトキハソノ不動産ヲ他ニ讓渡スル
義務、ノ三ノ義務ヲ負フモノテアル。

コノ *Stadtrecht* ノ *S.* 本都市法ノ上テ
ハソノ取得不動産ノ唯一ノ所有権者テアル。
然レテハ彼ハ *Treugeber* = 対スルコトノ

信約 = ヨツテ自ラノ不動産ヲ処分スルノ権
能カナイ點ニ於テ全ク名義上ノ所有者ニ他ナ
ラナイ。

然レニ芽ノ如ク末 *Salmann* ノ不動産
所有權ヲ取得シテ場合ニ法律上当然ニ *Treugeber*
ニ依テ共同ニ之ヲ取得シタモノト看做サレ
ルニ至リテ、茲ニ於テ *Treuhand* ノ法律
内容ハ一及シテ *Treugeber* ト *Treuhänder*
トノ間ニ於ケル一種ノ *Gesamthand* (總
的權利關係) ノ如ク看做サレルニ至リテ、

(註) 之ハ日本ヲモテハレド、

ソノ後ハ外國人ハ地位ヲ進メテ外國人ノ權
利ハ認メテシテキテ、幾ツテコノ制度ヲ不
用トナツタ。

Salmann = 付テハ今般ノ研究ヲ強シテキ
ル。

日民ノ遺言執行者ハゲルマン法ノ中ニ採ラ
れル、ローマ法ニハ存在シナイ、

Beyerle; *Das Salmannenrecht* 1900
最ニ詳細ヲアル。

普通ノ教科書ニ於テハ *Salmann* ノ説明
ヲ *System* ノ上ヲ何處ニ置カス問題トナツ
テキル位、コノ研究ハ進メテキナイモノテ
アル。

第三章 *Sachhaftung* 物的代當責任 第一節 動産質 *Fahnispfand*

ゲルマン法ニ於ケル最古ノ質ハ動産質ニ限ツテヲ
シテ、而シテコノ動産質ハ私的或ハ官憲的ノ差押
Pfändung = 依テ発生スルカ或ハ契約ニ依ツテ設
定セラレテコトアル。最古法ヲハ差押質 *Genossenes
Pfand* ノコトヲ *Pfant* (d) ト云ヒ契約ニ依ツテ成
立ツ質ノコトヲ *Wadia* (*Wette*) ト云ヒ

(註) *Gege* 質、故、*Wa* → *gwa* → *fa*

此ノ兩者ヲ區別シテキテ、條ヲ中世ニハ *Pfant* ト
イフ名稱ハ兩者ニ通用サレルコト、ナツタ。

最古法ノ動産質ハ所謂占有質 (*Besitzpfand* ;
Faustpfand) テアル即チ目的物ノ占有 (*Pfandgewere*)
ヲ質權者ヲ取得スルコトヲシ、成立要件トシテ、

ソレ故ニ Ohne Faust kein Pfand (権ヲ
ナケレハ質ハナイ) ト云フ事カアル

(註) Pfandハ質ニモ抵当ニモ使ハレル。

旧民テモ質ハ抵当ノコトモ質ト云ツタ、中世徳川
時代ニモ見エル

之ノ動産質ハ質券ニ対スル豫前的ノ弁償 (Provisorische
Bargahlung) Hingabe an Zahlungsstatt

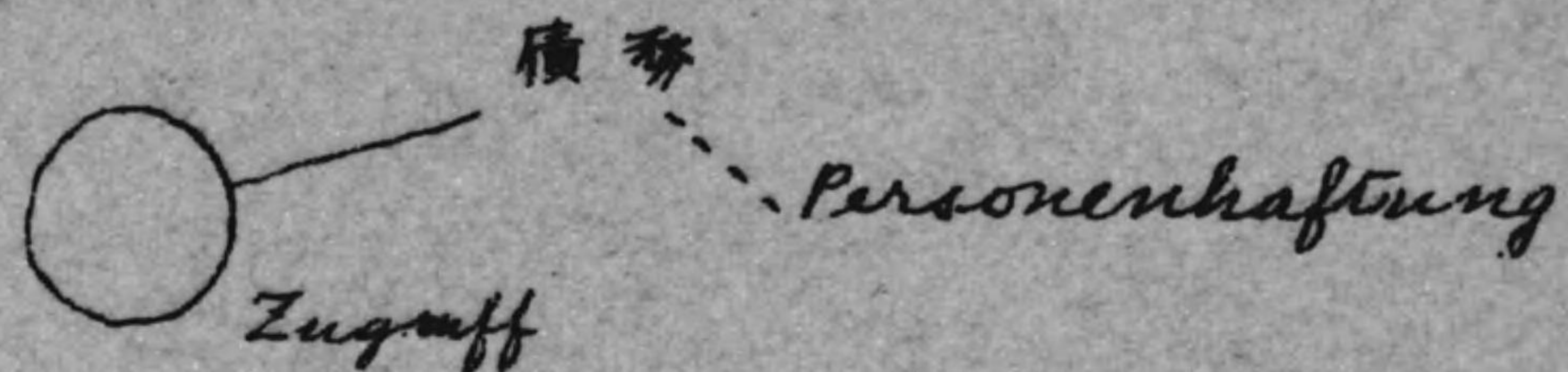
(支払ノ代リニ与ヘル)ノ性質ノモノデアリ、從テ
若シモ質入人カ債務ヲ完済シタトキハ質取主ハ之ヲ
受領シタ当時ノ價格ニ於テ質入人ニ返還シナケレハ
ナラナイ、從テ特約ノナイ限りハ目的物ノ價格ヲ減
少スルカ如キ方法ニ於テ之ヲ使用シ或ハ処分シ或ハ
他人ニ転賣スル等ノ如キハ出来ナクツタ、又質取人自
己ノ責ニ歸スヘキ事由ニヨリテ目的物カ損害ヲウケ
タ場合ハ勿論タトハ偶然ノ出来事ニ Zufall ニヨッ
テ目的物カ毀失毀損シタ場合ニモ之カ損害ヲ賠償セ
ルハナラナクツタ、條ヲ依テ既ニ Sachsenpiegel
ハ嚴正ナル質取人ノ責任ニ對シテ除外例ヲ設テ、所
謂家畜質 Essendes Pfand ニ付テハ Zufallノ
場合 (例ハ、疝氣)ニ於ケルトコロノ質取人ノ賠償

責任ヲモ免除スルト規定シテオルフ、ソレモ後各地
ノ法律ハコノ除外例ヲ拡張シ遂ニ Zufallニ依リテ
目的物カ消滅シタ場合ニハ、損益ヲ質取人ト質入
トノ間ニ均分スルノ主義ニ依テ、債権者ノ方ハ債権
ヲ失ヒ質入人ハ質入物ノ價格ヲ失フコト、ナツタ、
略言スレハ Zufallニ依テ質物カ滅失シタルトキハ
債権ハ当然消滅スルコト、ナツタ、

動産質ハ純然タル物的責任 seine Sachhaftung
即チ質物ノミカ債務ニ代当スル責任ヲ負フモノデア
ル、故ニ債務不履行ノ場合ニ於テハ債権者ハ質物ノ
所有權ヲ取得スルニ止マリ、故令ソノ價格カ債権額
ニ不足スルモ、ソノ不足分ノ額ニテ債務者ノ他ノ財
産ニ付テ求ムルコトハ出来ナイ、又對ニ質物ノ價格
カ債権額ヲ超過シテオルフ場合ニ於テモソノ超過ノ價
格ヲ債務者ニ返還スルノ必要ハナイ、然ルニ第13
0、又未當串者カ特約 (Geloben zum phunde)
(質入ニ添ヘテ契約)ヲ以テ債務者ハ質物ノ價格ノ
不足分他ノ財産ニヨツテ支払ヒ、之レニ對シテ債権
者ハ超過分ヲ債務者ニ返還スルコトヲ約定スルコト
行ハレルニ至リ、之ノ慣例ハ多クノ地方テハ直チニ

= 法律トナツタ、論 = 於テカ動産法ハ *reine*
sachhaftung / 性質ヲ変シテ債權ヲ確保スルト
 コロノ單純ナル担保方法ノ一様トナツタ。

N. B.



債物ハ *sachhaftung* オヲ *Verhaftung* = ナツ
 タトアル人オ云ツタ。

Verhaftung / 語ハヨイ語テハナイ。

今日 = 於テハ (*sachhaftung* + *Personenk*) /

如キモノヲアル点 = 於テ異ル。

最古法 = 於ケル動産債ハ *Verfallpfand* 歸屬債

(承債) ヲアル、即チ債務不履行ノ場合 = ハ債物ハ
 債權者 = 歸屬スルモノヲアル、或ルニ是ノ以テ末
 所謂債入特約ヲ發達スルニ伴ツテ *Verkaufpfand* .

(賣却債) = 此シテキタ即チ債務不履行ノ場合 = 債
 權者ハ債物ヲ賣却シテ之ノ代價ニ付キテ其債ヲ受ケル
 コト、ナツタ而シテコノ債物ノ賣却ハ特約ノナイ限
 リハ裁判所ニ經テ之ヲ行ヒ、若シモ賣却不可能ノ場

合 = ハ裁判所ハソレヲ評價シテ債權者 = 歸屬セシメ
 タ。

動産ノ無占有債 *Neuere Satzung am Fahrenis*
 (動産ノ新債) ハ新ク中世ノ末 = ナツテ商業
 地ノ *Lubeck Hamburg* ソノ他ノ都市 = 於テ発
 達シ、場所ヲ取スル = 不便ヲ貨物、農作物、農具、
 船舶、等ノ買入 = 付テ行ハレタキタ、而シテ之ヲ改
 定 = ハ証人ノ立會及 *Stadtbuch* (都市 = ハ法律
 行爲、不動産登記法ヲ書入ル) / 如キ公ノ帳簿 = 目
 的物ヲ登記スルコトヲ要件トシタ、殊ツテ各個人
 債物ヲ債權者ノ手ヲ前シテ第三者ノ手ニ移ツタ場合
 = ハ *Hand muss Hand wahren* / 原則カ適
 用サレテ債權者ハモハマソノ者 = 對スル債權ヲ失フ
 ノ結果ヲ伴ツタ。

(註) 之ハ大クハ價格ノ大キナ包括的ノモノヲアル、
 例ハハ酒屋ノ店ノモノヲ債 = 入レ、ソノ中ノ酒
 樽カ (盜マレダ場合ヲ除キ) 第三者ノ手ニ入ツ
 タトキハ買取人ハ之ヲ追求スルコトハ出来ナイ
 不完全ナモノヲアル、中世マテ行ハレ、イマリ
 發達シナカッタ。

第二節 不動産債

第一、Eigentumspfand 所有権債。

Frank 時代ノ前半マテハ純然タル不動産債ハ存在シテマツタ、單ニ債權担保ト云フ目的ヲ以テ、不動産ノ條件付所有権讓渡ノ方法ノミ存在シタ。之ノ條件付不動産ノ讓渡ニハソノ別カニ種類アツク。

(1) 解除條件付ノ讓渡

之ハ債權者カ借金ヲ返済シタトキハ当然解除カレト云フ旨ヲ約守シテ債權者ニ特定ノ不動産所有権ト Gewere トヲ移転スル方法ヲアル之カローマ法ノ有名ナ Fiducia ト異ル點ハ、之ノ條件カ物權的效力ヲ有スル點ニ存スル。後世ニナツテ純然タル不動産ノ債ヲ充てテマノケニ於テモ、之ノ種類ノ方法ハ依然トシテ存続シテキタ。中世ニハ *Verkauf auf Wiederkauf* (買戻ノ約款付売買) ト同サレタ、併シテ賣取人ハ目的物ヲ他人ニ売却スルコトヲ得ナイ點ニ於テ純然タル *Verkauf auf Wiederkauf*

ト異ル點ヲアル、

(註) 日本テモ同様テ、耳季売トシテ本錢返

(モトベニカヘ) スト目的物ヲ返シテクレタ。

2) 停止條件付ノ讓渡。

之ハ甚タ稀ニ行ハレタ方法ヲアルカ債權者カソノ借金証文ニ於テ、若シ債務ヲ支払ハナイトキニハ証文面ノ日付ヲ以テ不動産ノ讓渡ヲナシタメノト看做スト云フコトヲ當事者間ニ約束スル方法ヲアル、

以上ニ種類ノ條件付讓渡ハ債權担保ノ債ノ目的ヲ重スルタメニ不動産ノ所有権ヲ債權者ニ讓渡スルモノヲアルカ故ニ近世ノ學者ハ之ヲ *Eigentumspfand* 或ハ *Proprietätspfand* ト名付ケテアル。

第二、*ältere Satzung*

(*Satzung mit Gewere* ト今日ノ學者ノ稱スルモノヲアル)

純然タル不動産債ハフランク時代ノ末ニナツテ充てテシ、中世ニハ主トシテ *Land* 地方ニ行ハレテキタ、所謂 *ältere Satzung* (古賣) 或ハ *Land* ニ行ハレタカラ *Landrechtliche Satzung*

ト云フヲレ、佛蘭西テハ中世迄之ヲ *engagement*
ト云ツタ。而シテ之ノ債 (*batzung*) = 於テハ目
的物ノ *Gewere*ト *Nutzung*トヲ債取人ニ移転ス
ルコトヲソノ成立要件トシタモノヲアル。(一ツノ
占有債 *Besitzpfand* ヲアル) 而シテ之ノ *deltere*
setzung = モニ種ノ區別ヲアツタ。

1)

之ハ債取人ノ債物ノ収益ヲ全部若クハ一部、
債取元本ノ利息ニ代ヘテ取得スルモノヲアル。
故ノ中世テハ單ニ之ヲ *Pfandschaft* ト云ツテ
ホタカ、佛ノ中世迄テハ特別ノ名ヲ付シ、即チ
mort-gage ト云ツテホタ。

債入人ハ債物受戻ノ権利ヲ有シテホタカ、之
ヲ受戻ノ義務ヲ有スルモノヲハナク、縱ツテ債
取人ハ債物ノ受戻ナキ間ハ何年モ目的物ノ収益
ヲ繼續シテユク權利ヲ有シテホタ。ソレ故ニ一
名永久債 (*Swigsatzung* ト稱セラレタコトモ
アル。始メ債取人ハ債物ノ収益ノ全部ヲ取得ス
ルコトヲ許サレタカ、中世ノ寺院法之ヲ以ツテ
不當ナリトシソノ収益ヲ巨額ニナツタ場合ニハ

債入人ニ返還セシメ或ハ債取人ヲ以テ債入人ニ
Zins (地代) ヲ支拂ハシメタ。

債入ノ当業者ハ特約ヲ以テ債物受戻ノ期日ヲ
定ムルコトヲ得タ。コノ場合ニハ債入人ハ受戻
期日ヲ経過スルコトニ依ツテ永スニソノ受戻権
ヲ失ツテシマウ。然レテハ債取人ハ債物ノ所有
権ヲ取得スルコトハ出来ス。單ニ受戻サレサル
債物トシテソノ債物ヲ永スニ収益シ又永スニ債
物トシテ之ヲ他ニ讓渡ス權利ヲ有スルニ止マソ
タ。然レテホマ、後世テ更ニ特約ヲ以テ特定ノ
期間受戻サヌトキハ、債物ノ所有権ヲ債権者ニ
帰屬セシメ、所謂 *Verfallpfand* (帰屬債) カ
行ハレタ。稀ニハ法廷ノ許可ヲ得テ債権者カ債
物ヲ売却シ、ソノ代價ニ付キ未済ヲ受クルトコ
ロノ *Verkaufpfand* (売却債) ト云フ特約モ
出来タ。

2) *Todsatzung* 死債 (中世テハ *Todsatz* ト云
ツタ)

之ハフランス中世ノ *Nif-gage* = 相当スルモ
ノヲアル、之ノ債ニアリテハ債権者カ取得スル

トコロノ質物ノ収益ハ債権元本ノ償却(ナツグ
ツシ)ニ充当サレルヲアル、然ツテ債権者カ
特ニ受取ヲナサナクテモ、収益カ債権ヲ償却シ
ツクシタトキハ当然債権者ニ償却スル、

以上ニ述ヘテニ種類ノ古債ハ前述ノ所有権質

*Eigentumspfund*ト異リ單ニ債物ノ用益權
(*Nutzungsrecht*)ヲ債権ノ担保ニ渡シタモノヲ

アル、ソレ故ニ今日ノ學者ハ之ヲ *Nutzungspfund*
用益質ト稱シ *Eigentumspfund*ト稱セシメテ

アル、コノ古債モ亦 *reine Sachhaftung* (純
然ナル物的責任)ヲアル即チ特約ナキ限リハ、債
権者ハ債権者ノ他ノ財産ニ對シテ債権ノ弁償ヲ求
ムルコトハ出来ナカツタ、

(註) *Vif-gage*ト *Mort-gage*トハ擔保ハ
類制シテキルカ、ソレハ見方ノ差ヲ(1)ニ於テ
ハ故法ノ *Mort-gage*ハ収益カ元本ノ償却ヲ云
フ *Sr.*ノタメニハ死シテキルカラテアル、ト
コロイ(2)ニ於テハ収益カ元本ヲ償却シテキク
カラ *vif-gage*ト考ヘタモノヲアル、

第三. *jungerer Satzung* 新債

Satzung ohne Gewere

近世ノ抵当、ムラハ中世ニ

*Obligation*ト云ヒ

*Engagement*ト對立セシノル、

コノ頃ハ中世ニ発達シタ不動産ノ無占有權(抵
当)ヲアリ、最古ニハ売買ノ場合ニ於ケル追奪担保
義務ノ如キ將來ノ債権ヲ担保スル方法トシテ用ヒ
ラレタキダカ、惟シ後ニハ都市ニ於テ家屋ヲ担保
トスル方法トシテ盛ニ利用サレルコト、ナツタ、
然ツテ學者ハ新債ノコトヲ *stadtrechtliche*
*Satzung*ト云フ (*Landrecht. S.*ニ對スルモノ
ヲアルカソレハ主ニ行ハレタキダト云フニ過キナ
イ。)コノ *jungerer Satzung*ハ前述ノ不動産
ノ *Fronung* (*Missio in bannum* 平和加
定、罰令下)ノ手續ヲ利用シテ、*Sr.*ヲ *Gr.*ニ對
シテ懲メ待テ、不動産ヲ強制執行ノ目的物トシテ
指定シタモノヲアル、ソレ故ニ今日ノ學者或ハ
Executionspfand 或ハ *Fronungspfand*
ト云フ、即チソノ設定ハ當事者カ法廷ニ出頭シ、
債権ノ存在ヲ確認シテ、之カ担保物即チ債物トシ

テ特定ノ不動産ヲ担保スルコトヲ必要ヲアツダ、
即チソノ設定ハ *Publizität* (公示主義) ト
Spezialität (特殊()主義) ノニ主義ニヨル
コトヲ必要ヲアツダ、ソノ後叙判官ハコノ不動産
ニ対シ *Fronnung* / 場合ノ如ク *Friedebann* (平
和加) ヲ加シテ之ヲ公ノ帳簿ニ登記セシムル
ノヲアル、然レトキハコノ不動産ハ他日債務カ弁
済サレナイトキニ於テハ裁判ヲ経ルコトナシニ、
強制執行ノ目的物トナルコトノ拘束ヲ蒙ルニ至ル
ノヲアル、但シ尙独ニニ於テハ平和加ノ要件ハ
スラニ早ク消滅シラシマツダ故ニ法吏ニ於ケル当
事者ノ意思表示ト債物ノ登記トヲ以テ上述ノ效カヲ
発生セシムルコトヲ出来タ。

債務不履行ノ場合ニ於ケル債物ノ差押ハ裁判所
ノ之ヲ行フ、而シテ該ハ債物ノ所有権ヲ弁済ニカ
ヘテ *GA*ニ共ハ、或ハ之ヲ売却シテソノ代價ニ付
テ弁済ヲウケシメタ、買入人ハ始メ目的物ヲ他人
ニ譲渡シタリ、或ハ他人ニニ重ニ買入スルコトハ
禁止サレテキタ、條シテ後世ニナツテハ譲渡ヲ
許サレズ債物カ第一債権ノ價格ヲ超過スル範囲内

ニ於テハ第一債権、第三債権ヲ確保スルヲメニ債
入スルコトヲ許サレルニ至ツダ、而シテ一般原則
トシテハ強制執行ノ順序ハ設定時期ノ前後ニ依ッ
タ。

(註) コーマ法ト大分違ッラカル

コノ *jüngere Satzung* ニホ *ältere*
Satzung ト同様始メハ純然タル代当責任ヲアツ
タ、即チ *GA* ハ債物ノミニ付テ満足ヲ求メルコト
ヲ出来タ、條シテ中世ノ末ニハ多クノ地方ノ法
律ハ債物カ弁済ニ不足ノ場合ニハ *GA* ハ債務者ノ
他ノ財産ニ付テソノ不足額ノ満足ヲ求ムルコトカ
許サレズ対ニ債物ノ價格ニ餘分アルトキハソノ餘
分ヲ *Sr*ニ返還スル義務ヲ負ハシメタ。

第四 家賃

中世ノ末ニ家屋ノ所有者ハ自ラ *Hausbrief* (= *Eigentumsbrief*) 所有証ヲ作成シ之ヲ家屋ノ
代表物トシテ相手ヲニ引渡ス、ソノ家屋ノ無占有
債ヲ設定スルコトヲ出来タ。

(註) 日本ハ 賃ニ入レル、名主ノ証名カ必
要ヲアツダ、

Ältere Satzung 都市ニ行ハレタ理由
營業、住家ノ債權者ニ債サネハナラスノカ

Ältere Satzung フアルカ、ソレハ債權者ハ
困リ又債權者モ不便ヲ感シ、都市ニ *Rentenkauf*
ヲ發達シダト同様ノ理由ニ依リ、始メハ債權者
ハ債トルト (占有債) 債權者ニスフニ貸付ケ
テ家賃ヲトツテ以テ両方ノ不便ヲサケタ、カソ
レカラ *jüngere Satzung* ヲ發達シタノテアル。
家賃モ亦然リテアル。

第五、ローマ法継受後ノ不動産債

ローマ法継受ト共ニローマ法ノ *Hypothek* (抵
当)ハ独乙ニ輸入サレタタメニ、獨ノ不動産法ニ固有
ナル諸原則ハ或ハ全然消滅シ或ハ著シク変更ヲ蒙
ルニ至ツタ、今ソノ影響ヲ約言スレハ

(1) ローマ法継受ノ結果トシテ非公式ノ抵当設定
カ一般ニ行ハレテキテ、法廷若クハ市會ニ於ケル
登記ニヨル設定(換言スレハ公示主義ニヨル抵
当設定)ハ債カニ少数ノ地方ニ於テ維持サレルニ
止マツタ。

(2) ローマ法カラ *Generalhypothek* (包括的

ノ抵当カ輸入サレタタメニ、前述ノ

Specialität モ亦一般ニ消滅シテシマツタ。

(3) *Gesetzliche Hypothek* (法理上一定シテホ
ル抵当)ノ輸入サレタタメニ古來ノ契約設定ノ
主義ニ破壞サレテシマツタ。

以上及此ノ結果ニハ債ニ抵当ニ關スル法制ヲ極
端ナラシメ、取引信用ノ安全無効ヲ阻害スルコ
ト、弊ヲ重ク伏ツテ不安起リ、第1780ホカラ
第180ノ始メニワタリ一層破壊サレタ

Publizität; *Spezialität* 及ヒソ、他ノ固有

ノ原則ヲ復活セントスル傾向カ各地ニ發生シ、
所謂近世ニ於ケル抵当制度改革ノ嚆矢ヲナシ、

1782 以來ニ於ケル *Preussen*ノ立法、殊

ニ 1783ノ *Hypothekenordnung* ハ独乙ニ

於ケル同種ノ運動ニ影響ヲ及ホスコトカ甚ク大
キヲツタモノテアル。之等ノ改革ハ独リ單ニ抵

当ノ設定形式ノミナラス、抵当權ノ実質ニ關シ
テモ独乙主義ヲ復活セントノ主義ヲトツタカ独

乙ノ抵当權ハ中世以來前述ノ *Reallasten* ト
混同ヲ生シタタメニ上述ノ改革的立法ハ何レモ

抵当権ヲ基本債権原因カラ分離シテ抵当物ノ上
ノ独立ノ物權トナスト云フ傾向、換言スレハ抵
当トナツテキル土地カラ債權ノ満足ヲウケル所
ノ独立ノ物權ヲアルト云フ主義ニ依ツテ置テ
行ツタ、即チコレ

Das Prinzip der Selbständigkeit
des Grundpfandrechts (土地
抵当独立ノ主義) ナアル

ローマ法マ日本民法ハ *akzessorische* ノモ
シアル点ニ於テ大ニ異ルコトヲ注意セヨ。
今此ノ新シイ傾向ヲ略述スレハ、次ノ如キモノ
ヲアル。

A) 抵当権ヲ以テ独立ノ *dingliche Schuld*
ヲ担保スル所ノ物的代当責任トミタコトナラ
ル。之ハ近世ノ抵当権カ *Reallasten* 殊ニ
Rente ノ思想ヲ加味シタ結果ヲアル、依ツテ
ソノ後ノ傾向カラ次ノ如キ結果ヲ生スル。

1) アル場合ニハ抵当権ハ債權ノ運命ヲ伴
スルトコロノ債權ニ付随スル (*akzessorische*)
物權ヲアルナレトモ (之ヲ独民法等ヲハ

Sicherungshypothek (タイプ) 最ニ普通
ノ抵当権ハ債權ニ從屬スルコトヲ云フ *Grund* 若
抵当物ヨリ満足ヲウケル自己ノ独立ノ物權
ヲアル (之ヲ独民法ハ *Verkehrshypothek*
ト云フ)

2) 依ツテ抵当物ノ各取得者ハ独立ニ抵当権
ノ *Soll* トナレモノヲアル、取得者ハ之ノ場
合ニハ検索ノ義務ヲ負フナシ。

3) 債權ヲ支拂ハレナイ場合ニハ抵当 *Grund* ハ
抵当物ハ何人ノ手ニアルヲ問ハス直接ニ之
ニ付テ満足ヲ求メルコトヲ出来ル。

4) 然レトモ抵当債權ニ對スル代当責任ハ抵
当物ノミニ之ヲ負ヒソノ所有者オ、根本債權
者ヲアル場合ノ他ハソノ者ノ他ノ財産ニ及
ハナイ。

B) 抵当債權ヲ *Causa debendi* (債權原因)
カラ分離独立セシメタコトヲアル。コノ分離
独立ヲ極度マテ貫徹セシメタモノハ

Mecklenburgische Hypothek、近世ノ
民法ノ *Grundschuld* (前者ト性質ハ同シ)

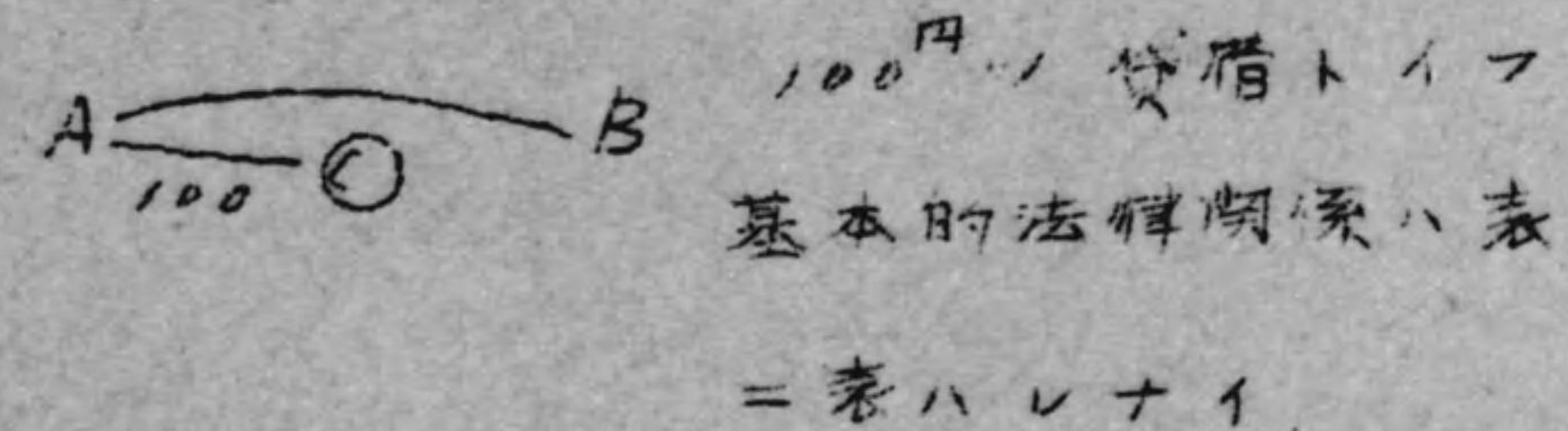
之ヲアル、之ハ独リ *Causa debendi* オ
 シ独立シタノミナラス依然人的債務ヲ独立
 シタモノヲ抵当土地ソノモノカラ、權利者カ
 特定額ノ満尺ヲウケルトココノ独立ノ物權ニ
 スキナイ、即チ *Abstrakte Hypothek* ヲ
 アル様シテ普通ノ *Hypothek* ニアツテハ
 抵当債權者カ基本的法律關係、債權者タリ、
 抵当物所有者カ根本債務者若クハソノ債務引
 受人ヲアル間ハ債務者ハ基本的法律行為カラ
 発生スル抗弁アリテ、*Gr* = 對抗スルコトヲ
 得ルモ、抵当債權ヲ有債 = 取得シタ善意ノ第
 三者ハ全然 *Causa debendi*、他 = 独立
 スル債權ヲ取得スルモノヲアル。

(註) A 債權者 抵当債權者
 B 債務者 所有者
 ○ 基本的法律行為ノ債權者。

例ハ、貸借テ、モシ貸借ヲ詐欺ヲアルトキ
 ハ取消シウル、抗弁 = ヨリ直チ = 無効トナ
 リ成立シナイ、コノ場合ハ *akzessorische*
 テアル。

A B 第三者 (善意) = 抵当
 債ヲ譲渡ストキハ ①ハ
 ① 抵当債權者ヲ A. B. /
 關係ハ ① = 影響シナイ、抵当債ハ独立テ
 アルガヲ響カナイ、即チ *Selbständig* テア
 ル。

Grundschild

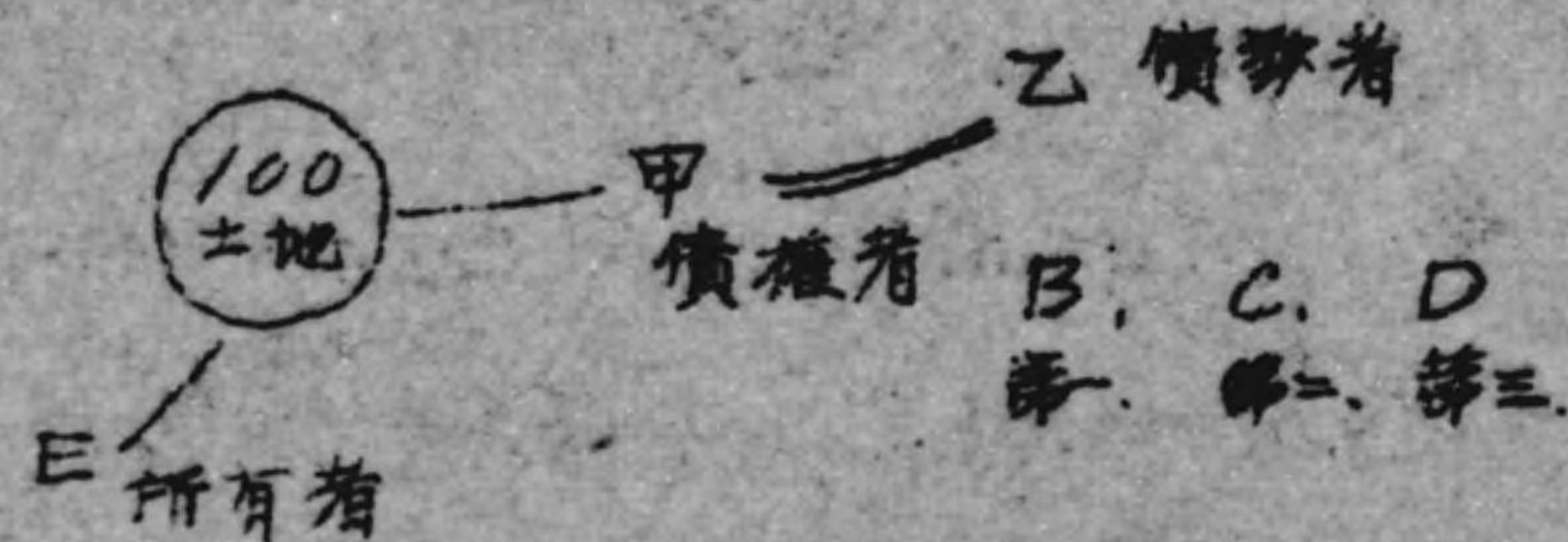


(C) 抵当債ト債權ノ結合ヲ緩カニシタコト、即
 チ抵当債ヲ成立スルカタメニハ債權ヲ始メカ
 ヲ存在シ或ハ確定スルコトヲ必要トシナイ。結
 果ハ *Eigentümerhypothek* (所有者抵当)
Maximalhypothek (最高價格抵当) ヲ
 認ムルニ至ツタ。 *Eigentümerhypothek*
 ハ所有者カ自己自身ノ土地ノ上ニ有スル抵当
 債ヲイフ、ソノ主タル目的ハ所有者自身ニ後
 順位ノ抵当債者ニ対シテ先順位ノ抵当債ヲ保
 保スルコトニアル。例ハ、抵当地ノ所有者カ

泥河 = 依り 抵当権ヲ取得シテ場合、或ハ自ラ
 支拂ヲナシテ抵当権ヲ消滅セシメテ場合 = 於
 テ所有者抵当トシテ所持スルコト = 依リテ優
 優先者 = 対シテ自ラ先順位ノ抵当権ヲ担保ス
 ル利益ヲ有スルコトヲ出来ル限 = 存スルモノ
 テアル、而シテ *Maximalhypothek* ハ
 抵当土地カ代当責任ヲ負フヘキ、債権ノ最
 高金額ノミヲ表記シテ之ヲ担保スルトコロノ
 抵当物ナアル。

(註) *Maximalhypothek* 「将来生スヘ
 キ百円」ヲ担保スル

Eigentümerhypothek



100円ノ抵当 = Eヲ自己所有ノ土地ヲ抵当
 トシテトキEヲ甲ヲ相続スルトソノ抵当権
 ヲ取得スル、然ルトキハソノ抵当権ハ消滅
 シテモヨイカ、ソウスルト他ノ債権者B,
 C, DガEヨリ先順位トナルヲ以ツテ、不

利益トナルカラ、所有者抵当トシテ所持ス
 ルノテアル、

Hypothek

Grundschuld

Rentenschuld

Gült 等

現行独乙民法 = ハソノ内容ノ透ツタ色カノ制
 度カアリ、之等ヲ微妙 = 自由 = 変化シテ運用
 スルコトヲ出来ル、極メテ複雑ナモノテアツ
 テ日本民法ノ抵当トハ根本 = 於テ (抵当権カ
 独立性ヲ有スルコト =) 差異ヲアルモノテアル、
 而シテソレノ詳細ハ独乙民法ノ講義 = 俟
 ツヘキモノテアル、

(378頁 = 續ク)

第四編 親族法

第一章 Sippe 及び Hans

第一 Sippe (Sippschaft) 氏族

German 民族法ニ於テハ同一始祖カラ出タ所ノ男系親族ノ一団体ヲ *ahd.* デハ *Sippe* ト云ヒ。
ag.s. デハ *sib.* トイフ等ノ方言即チ後世ノ *n.d.* デハ *Sippe* ト称シテキタ。コノ *Sippe* ハ一ノ平和団体 (*Friedensverband*) ヲ形成シテキタ。ソレ故ニ *ag.s.* ノ *sib* トイフ語ハ又平和 (*Frieden*) トイフコトヲ意味シ。 *got* 語ノ *sibjis* トイフ語ハ *friedlich* トイフ意味ヲ有シテキタ。スーツノ保護団体 *Schutzverband* ヲ形成シタリ故ニ同一 *Sippe* = 属スル者ヲ。 *ahd.* デハ *frumt*; *ags* デハ *frēond* (今日ノ *Freund* 友人 *frīe* = *liebend*) ト称シテキタ。

族ツテ同ジ *Sippe* = 属スル族人ハ互ニ平和ヲ維持スルノ責任ト互ニ保護スル義務トヲ有シテキタ。而シテコノ關係ニ基ク族人各自ノ權利義務ノ主ナル

モ、ヲ拳ゲルト次ノ如キモノデアアル。

第一ニ自己ノ *Sippe* ノ族人ガ他ノ *Sippe* ノ者カラ生命身体荣誉ニ対スル攻撃ヲ受ケタ場合ニハ相悽同シテ加害者及ビソノ族人ニ対シテ復讐ヲ行フ義務ヲ有シ、反対ニ加害者ノ族人ハ相互ニ他ノ *Sippe* ノ復讐ニ対シテ協同シテ応戦スル義務ヲ有シテキタ。

第二ニハ上述ノ場合ニ於テ、若シ加害者側ガ贖罪金ヲ提供シタ場合ニハ、被害者側ノ氏人ハソノ受領シタ贖金ヲ特定ノ割合ニ於テ分配スルノ権利ヲ有シ、反対ニ加害者ノ族人ハ特定ノ割合ニ従ツテソノ贖罪金ヲ分配提出スルノ義務ヲ負ツテキタ。

第三ニハ、同一 *Sippe* ニ属スル者ハ同族中ノ寡婦、未成年者等ノ為メニ共同養育ノ権利ヲ有シテキタ。

第四ニ、一ノ *Sippe* ニ属スル族人ガ訴訟ヲナス場合ニハ、仲介ノ氏人ハ訴訟ノ補助ハトシテ法廷ニ出頭シテ、種々ノ保護(補助)ヲ与フル義務ヲ負フテ居タ。(詳細ハ後見ニ付テ)

(註) *Wergeld*, *Busse* ヲ提出スルノガ主ナ義務デ、但シソノ者ガ惡イトキハ除族ヲナシ得ル。

Sippe ハ又曾チ一ノ經濟的ノ団体ヲ形成シテキタコトデアアル。即チ *Caesar* ノ時代(土地制度参照)ニハ *Pagus* 内ニ於ケル土地ノ分配ハ *Sippe* ヲ單位トシテナシタ。従ツテ後世ニ於テモ *Germanen* ノ定住地ハ普通ニ同一ノ *Sippe* カラ成立シテキタ。又 *Sippe* ハ古クカラ軍隊ノ一部隊ヲナシテキタ。従ツテ *Lang.* 族ノ語デ *fora* (ニ親族) ハ又他ニ *Fahrtgenossen* (出征(軍)仲間) トイフ名称トナツテキタ位デアアル。コノ *Sippe* ハ共同ノ始祖カラ出タ男系ノ親族ノミヲ包含スル血族団体デアアル。女子ガ婚姻ニヨツテ夫ノ *Sippe* ニ入ルガ故ニ女系ニヨル親族ハ *Sippe* カラ除外サレテキタ。即チ *German* 族ノ *Sippe* ハ極ク古クハ *agnatische Verfassung* (男系親族) 的ノ組織ヲ有シタ。コノ *German* 民族ノ *Sippe* ハ又東洋ノ諸氏族ニ見ルガ如キ族長的団体 *Patriarchalischer Verband* デハナクシテ組合的 (*Genossenschaftlicher*) 団体デアリ。即チ族長トイフモノハ存在セズ、*Sippe* 内部ノ關係ハソノ *Sippe* ニ属スル各 *Familie* ノ家長ノ總意ニヨ

ツテ決セラレタ。即チ共和的デアルノヲ特色トシタ。

(註) 日本デハ各氏族ニハ氏上トイフモノガ居リ、

イスラエルニモ *Patriarch* ナルモノガ存在シ

タ。

以上ニ述ベタ如キ *agnatische Verfassung* ト *genossenschaftlicher Charakter* ヲ有シタ *Sippe* ハ *Frank* 時代ニ崩壊シ各個人ノ男女兩系統ノ親族 (*agnatische u. kognatische Verbandschaft*) ヲヨリ成ル所、各個人中心ノ血族団体ガ首、*Sippe* = 代ツテソノ權利義務ヲ繼承スルニ至ツタ。カクノ如キ個人中心ノ血族団体ヲモ亦 *Sippe* ト稱シタコトガアル。從テ述古ノ學者ハ古代ノ *Sippe* ヲ *ferste Sippe* ト稱シ兩者ヲ區別シテキル。

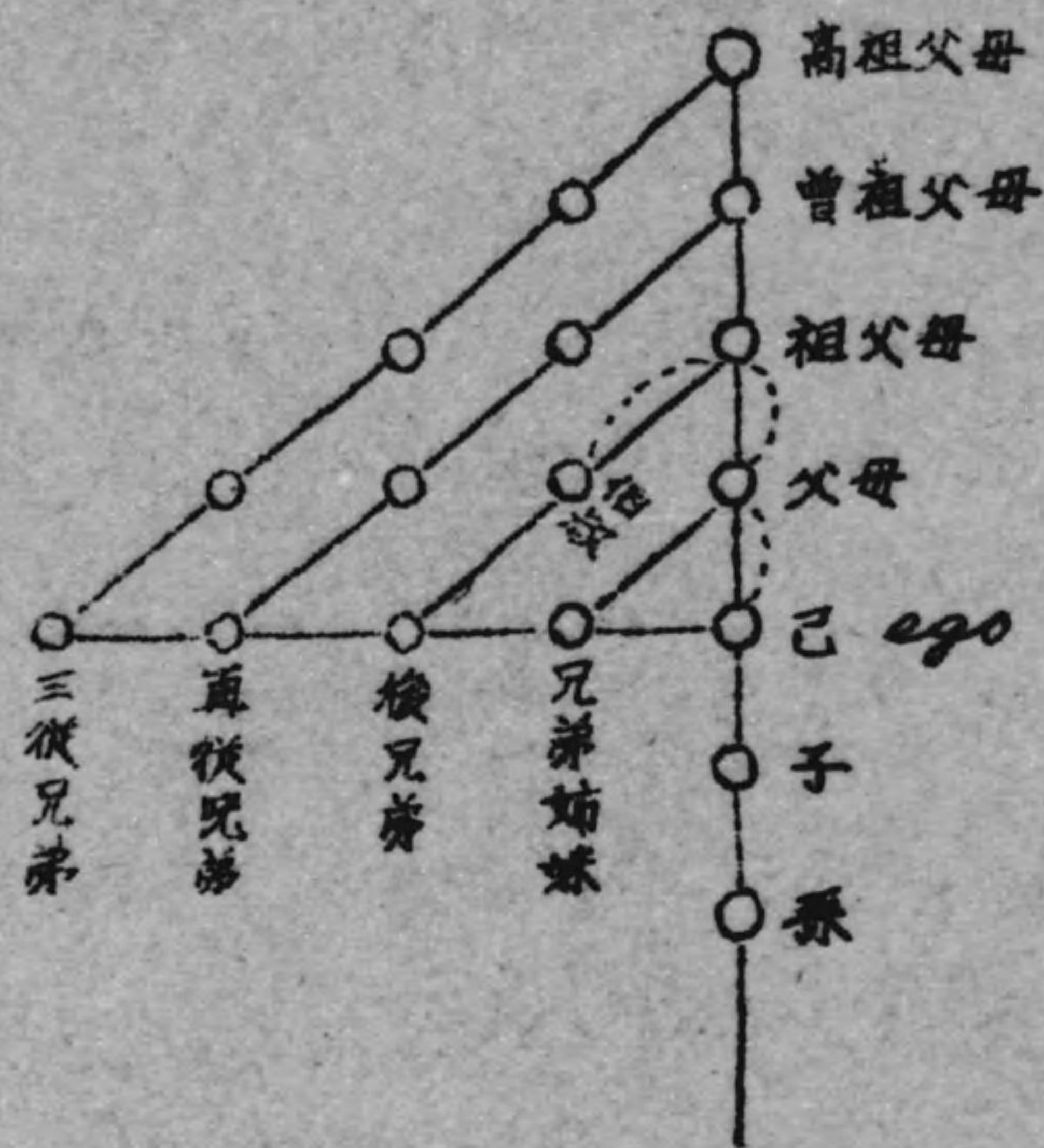
第二、親等ノ計算法

German 民族ハ各個人ノ男女兩系統親族ヲ、或ハ *Sippe* ト云ヒ、或ハ *Nagen* (*Mageschaft*) ト稱シテキタガ、古クカラヨノ血族団体ヲ人体ニ比シテ、各親族ヲ人体ノ各局部ニ比等スル方法ヲ用ヒ

タ。即チ父子一世ノ間隔 *Generatio* ヲ人体ノ一關節即チ古語ノ *Genus, geniculum* 即チ今日ノ語デ *Knie* (佛語デ *genon*) トイヒ、最近ノ共同ノ始祖ニ對スル *Knie* ノ數、即チ換言スルト *Generatio* ノ數ヲ計算シテニツノ傍系親族ノ親等ヲ示シ若シモ此ノニ人ガソノ最近ノ始祖ニ對シ同一世數即チ同一 *Knie* = アル場合ニハ共通ノ *Knie* ノ數ヲ擧ゲテ相互ノ親等ヲ示シ、之ニ反シテ兩人ガ共同始祖ニ對シテ互ニ相異ナレル *Generatio* (*Knie*) ノ數ニアル場合ニハ自己ノ *Knie* ノ數ヲ擧ゲテ互ニ對照スル(後圖ニ付キテ参照セヨ)。例ヘバ兄弟姉妹ガ父母ヲ最近ノ共同始祖トナシ、之ニ對シテ共ニ一世ニアルガ故ニ「互ニ彼等ハ第一 *Knie* ノ親族デアル」トイフ。同様ニ從兄弟姉妹ハ祖父母ヲ以テ最近ノ始祖トナス故ニ「互ニ第一 *Knie* ノ親族デアル」ト稱スル。

同様ニ再從兄弟姉妹ハ第三 *Knie* ノ親族デアル。之ニ反シテ伯叔ト甥トハ祖父母ヲ以テ最近ノ共同始祖トナスガ、伯叔ノ方ハ之ニ對シテ第一世、甥ノ方ハ第二世デアルガ故ニ「彼ト此トハ第一 *Knie* ト第二

ニ *Knie* の間柄デアルト稱スル。



(註) German 法 此ノ計算法ヲ *Zählung nach Doppelknieen* ト稱セラレル。伯叔ト

己トハ祖父母ヲ最近ノ共同始祖トスル。彼ト此トハ第一 *Knie* ト第一 *Knie* ノ間柄、ローマ法デハ *Gradus* デ數ヘル (梯ニヨトヘラレ、梯ハ上ツテオリル、従テ兄弟ハニ、伯叔ト己トハ三親等トナル。

ゲルマン法デハ、共同ノ始祖ノ何世ニアルカ、全体カラ見テ何世ニアルカヲミル。之ニ反シテローマ法デハ個人個人ヲミル。誰カラ生レダカ

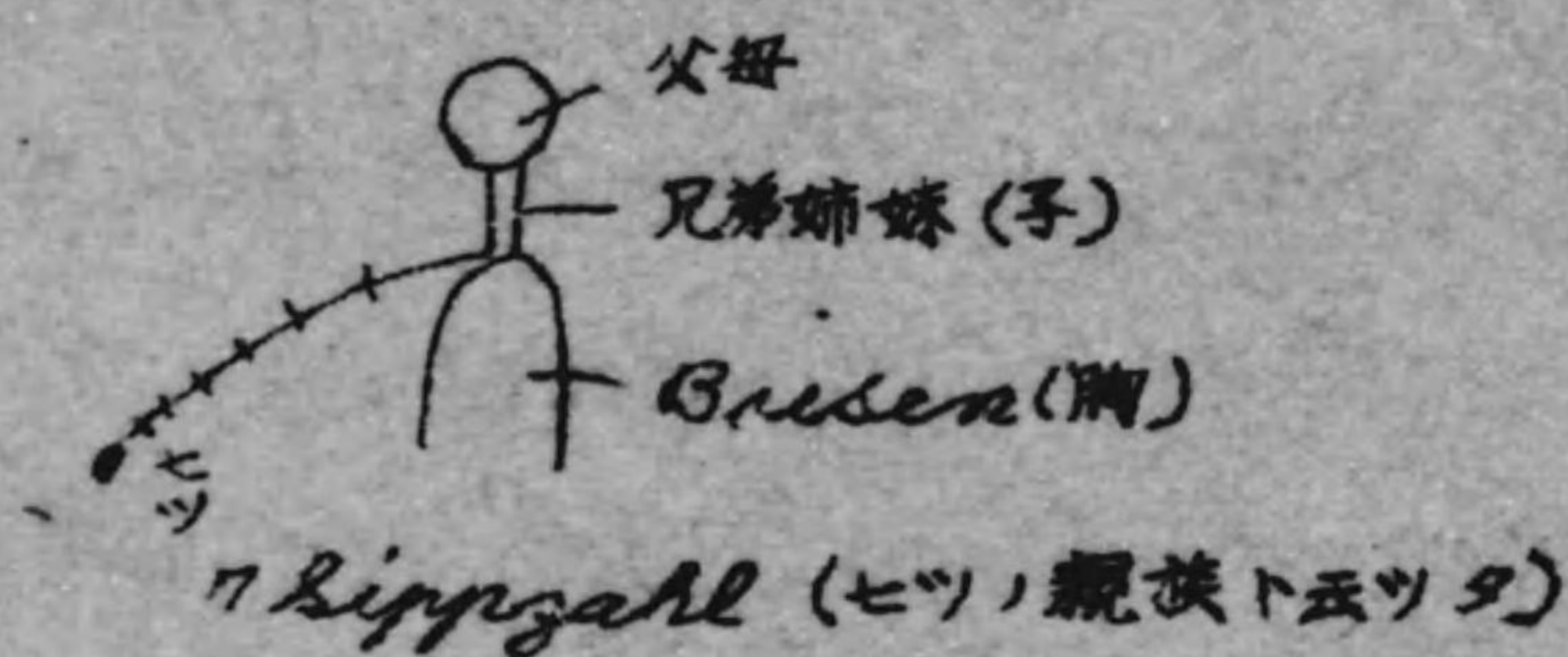
ヲ見ル。従ツテ此ノ計算法ニ於テ German 法ノ団体的精神ガ Roma 法ノ個人的精神ニ明カニ相對シテキルノヲ看取スルコトガ出來ル。

斯ノ如キ親等ノ計算法ハ Frank 時代ニハ *Salii* 族間ニ行ハレ、又第八世紀ノ頃カラハ寺院法ノ継受スル所トナリ、*Computatio canonica* (婚姻ハ寺院ノ方デヤカマシクナツタガ為デアル) トナリ、中世ニハ南獨乙地方ニ残ツテキタ。従シテラ

German 族最古ノ法制デハ父母、子、兄弟姉妹之等ノ家ヲ同ジウスル最近親トソノ以外ノ遠親ト、ニ個ノ所云 *konzentrische Kreise* (集團) ニ區別シテ、前者ヲ入身ノ胸ニ比シ German ノ古語デハ *fachum* (言語学ニ於テハ之ガアツタト假定サレル。ソレデハ印アリ) = *Busen ags.* デハ *fädm* トイヒ、且ツ之ヲ *Knie* ニ依ル計算法、他ニ置イタ。従ツテ彼等ヲ *binnen onedwe* (*Knie* ノウチ) ノ親族デアルト云ヒ、従ツテ *Knie* ニ依ル計算法ノ所謂遠親即チ狹義ノ *Magen* ノミニ適用サレタ。即チ此ノ計算法ニヨルト従兄弟姉妹 (左圖参照) カラ起算ンテ、彼等ヲ第一 *Knie* トイヒ、再兄弟姉

妹ハ弟ニ *Knie* トイヒ、三從兄弟姉妹オ階ニ *Knie* トナル。カ、ル計算方法ヲ *eine zurückbleibende Zählung* ト云ツテキタ。

而シテ此ノ最古ノ計算方法ハ *Frank* 時代ニハ *Ribnari* 族 *Angli* 族等ノ間ニ行ハレ、又一時寺院法ノ計算法ニモ採用サレタコトガアル。中世ニナツテハ *Sachsen* 地方ニ保存サレテキタ。 *Sachsenspiegel* ニ依ルト之モ亦上述ノ方法ニ起源シタモノデアルガ、ソレハ父母ヲ頭ニ、兄弟姉妹(子)ヲ首ニ、ソノ以外ノ傍系親ヲ総稱シテ *Magen* トイヒ、從兄弟姉妹カラ始メテ肩ト肘ト手首トノ三關節指ノ三關節及爪先等ノ各關節ニ配当シ、又直系血族ヲ総稱シテ *Busen* (胸) ト云ツテキタ。



之ガ *German* 法デハ肝腎デアリ、相續モコノ範圍ニ止マツテキタ位デアル。尚相續編参照。

German 時代ニハ計算サルベキ親族ノ範圍ニハ

制限ハナカッタ。從ツテ後世迄 *Freundesblut wallt, wenn es auch nur ein Tropfen ist.*

“一滴デモ親類ノ血ガ流打ツテキル者ハ親族デアルト言フ格言ガ行ハレタ。

Frank 時代トナリ、右民法法ハ親族ノ限取ヲ限定スルコトハナリ、多クノ法ハ五 *Knie* ノアルモノ；六 *Knie* アルモノ；七 *Knie* 迄トシテキル。中世ノ *Sachsen* 法モ又 *Sippzahl* ヲ以テ親族ノ限取トシタガ、コノ七等親ノ限取ハ寺院法ニ於ル禁婚親ノ影響ヲ受ケタモノノ如ク思ハレル。

(註) ローマ法デハ七親等以外ノモノハ婚姻ヲ禁ジタ。而シテ寺院法ガローマ法ヲ継受シタモノデアル。

以上述べタ *German* 古有法ノ親等計算法ハ中世後半カラハローマ法ノ *gradus* ニ依ル計算法ノ為ニ次第ニ排除サレテ遂ニ消滅スルニ至ツタ。

第三、親族ノ分類

(I) *Schwertmagen* u. *Spindelmagen*