

古代ローマに於ける自力救済

明 石 三 郎

まえがき

自力救済より公力救済への法の發展過程は各国法制の歴史に見られるところであるが、現代の諸国の法制のよ
うに、自力救済を許さないとする原則の形成のためには、相当長い自力救済の歴史的過程があつたことは法制史
家の一般に認めるところである。殊にローマ法に於ては自力救済の時代が長く、その制限規定の發達が遅かつた。
即ち共和政末期に至つて漸く私力行使の制圧の要望が明かとなつたと云われる。これは、一面にはローマ人が一
般に秩序を重んじ訓練を尊んだために国家が特に私力を制限する制度を確立する必要が少かつたことによるもの
と説明される⁽¹⁾。兎も角もローマ法の自力救済の歴史を見ることはこれと密接に結びついている民事訴訟手続の發
展過程を見る上にも重要であり、また同時に法そのものの歴史を考察することにもなる。私は自力救済の研究の
一環としてローマの自力救済を研究して見たいのであるが、十二表法以前に付ては、とりわけ資料も乏しく、學說
もまちまちのようであり、また法制史に付て私は素人なのであるから、以下主として一般に言われるところに従

古代ローマに於ける自力救済（明石）

つて考察しよう。

先ず比較的古いローマの手續法に付て注意すべきことは、民事訴訟の觀念が今日の近代文化國家に於けるそれとは全く異ると云うことである。今日權利の満足を得る手續と云えば、主權者またはその代理人が、優越的權威者として、利害關係者間に介入するところの裁判手續を想像するが、ローマに於ては、少くも共和政時代まではこのようなことはない。ここでは權利の実現は純粹の私事と考えられた。權利を有すると信ずる者は裁判を要求しないで、自力で實現しえた。⁽²⁾この点は近代法を支配するものとは根本的に異なる。現代では裁判は國家統治權の從屬物であり、従つて公權力の機能であるが、古代ローマ法では反對に「國家の裁判機能」と云う觀念はなく、精々權利確認的仲裁手續があつたのにすぎない。しかもそれはどこまでも個人のためのものである。

本来自力救済は自己の權利を確信する者の自然の感情の流露でもあり、權利實現の最近道でもあることは時代と場所とによつて異らない。⁽³⁾然しまた反面自力救済は (1) 強者にとつてのみ都合がよいが、弱者の用いえない手段であつて、所詮眞の權利の満足を得られない。また (2) 社會の秩序を混亂に導くものでもある。ローマ法に於ても専主政時代になると統治權の一作用としての裁判權が確立した。私は諸學者の意見を参照し、ローマ法に於ける自力救済より公力救済に至る發展過程を次の五段階に分つて考察する。⁽⁴⁾

一 單純なる自力救済の時代 有史以前並に要式的差押 (pignoris capio) を含む。

二 法手續的自力救済の時代 拿捕式法律訴訟 (legis actio per manus iniectionem) と神聖賭金式法律訴訟 (legis actio sacramenti) を含む。

三 任意的贖罪金の時代 裁定人申請式法律訴訟 (*legis actio per iudicis postulatio*)、⁶ 訴訟物評価手続 (*arbitrium liti aestimandae*)、⁷ 通告式法律訴訟 (*legis actio per condicionem*) を含む。

四 義務的贖罪金の時代

五 完全なる国家的裁判の時代

本稿に於ては第一のものだけを取扱う。

註(1) 船田博士・羅馬法四卷三九五頁

- (2) 「けだし盗人に対して決定権を有するものは、盗人に対して、訴訟をする必要がないからである」*Neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare* とはローマ法上の一つの標語であつて、⁸ トネリントはこれを引用し、権利実現に官憲の協力を求める義務を権利者に負わせる規定がローマ古法にあることを知らない……その協力は決して最古の執行手続の一環をなすものではない」旨を述べている (*Jhering, Geist des römischen Rechts, 14, 1924, S. 123*; 原田慶吉氏監修訳・「ローマ法の精神」第一卷(1)一八三頁)。元首政の確立するまでは、仲裁に服すべきことが規定されるようになった後でも、仲裁人は当事者が自ら選ぶのであり、政務官は仲裁に服するものを監督するに止つた。仲裁判断に基く執行力を用いえなかつたのである。(Comp. Crémieu, *La justice privée*, 1908, p. 96.)
- (3) Wenger, *Institutes of the Roman law of civil procedure* 1940, p. 8; Crémieu, *ibid.*
- (4) Crémieu, *op. cit.*, p. 98 船田博士・前掲三九一頁参照。

第一 有史以前

ローマ人も他の諸民族と同様、その未開の時代に於ては、権利の救済として自力救済以外にみとめられなかつ

古代ローマに於ける自力救済(明石)

た。⁽¹⁾ 十二表法以前に遡れば未だローマ国家は形成されず、組織された唯一の集団は家長 *pater familias* の絶対的権力に服する家族があるのみであった。家族内部の紛争は家長の絶対的意思によつて規律されたが、家族集団間の紛争は実力と暴力に頼るほかに解決の道はなかった。自力救済こそは権利実現の *normal* な方法であった。このことは十二表法中に不法行為による損害の填補を被害者自身で追求できる権利を多くみとめていることによつても知りうる。例えば現行盗に付き、夜間の現行盗では、被害者は直ちに殺害しうるし(八表十二)、昼間の現行盗では、盗人が武器で抵抗するときは、被害者は大声を發して隣人を証人に呼び集めて盗人を殺害することができた(八表十三)⁽²⁾。また四肢破壊 (*membrum ruptur*) の場合に於て、被害者は自己の決めた贖金で相手が妥結しないときは同害報復をなした(八表二)⁽³⁾。然しその他の不法行為(例、骨折・非現行盗等)に於ては法定の贖金で満足すべく私的復讐をなしえない旨が規定されている。然しまたこのような禁止規定のあること自体が、十二表法以前には私的復讐があらゆる場合に広くみとめられたことを証するものであろう。

また同様のことは *pignoris capio* や *manus injectio*, *legis actio sacramenti* 等の反面解釈からも言ううることであらう。即ち *pignoris capio* は、後述のように債権者が債務者の財産を一定形式の宣言をなして、債務者の留守中でも侵奪することをみとめる制度であるが、有史後に於てはこの差押手続は国家の利益のため且つ特定債権者のためのみに許されたにすぎない。然し有史後にこのような制限のあることは起源的にはこの権利が広く存したことを証明するものであろう。何となればすべての一般的制限はそのなされる前は無制限に存在したことを予定するからである。国家形成前の個人の孤立時代に私力差押権が個人に属していたことは想像に難くなく、

国家の強大化と共に、公共平和のため私力差押権が漸次国家に奪われたと解される。ここで尙お注意すべきことは後述の如く *pignoris capio* の制度自体が未だ国家の創造した公的強制手段とは言いえず、むしろ私力行使であったことである。次に他の法律訴訟たる *manus injectio* に付ても同様である。これも稿を改めて述べるつもりであるが、当事者の宣言する一定形式の宣誓、期限の遵守及び政務官の統制に服することを除けば、他は残酷な自力救済を容認するものである(十二表法三表⁽⁴⁾)。即ち賭金を提供して債務者を殺害することも、また減刑して奴隷にすることもできた。そのほか *legis actio sacramenti in rem* (対物的神聖賭金式法律訴訟) の形式もあつた。この手続は仮装の鬭争によつて行われ、当事者は政務官の面前に出て、単に外観だけ腕力に訴える振りをする。自己の所有物だと主張する物を、その面前に引出して、政務官が停止を命ずるまで仮装的鬭争を継続する。然しこのような仮装行為は既に消滅した制度の名残としてよりほかには説明の仕方のないものである。この仮装的鬭争が昔は真剣なものであつたことは間違ひなからう。従つて目的物の所有権を有効に争うために腕力に訴えた時代、腕力によつて争訟の解決された時代が嘗つてあつたことを示す。また政務官の要式的な介入は、第三者(最初は私人、後には国家の機関)が争いを平和的に解決するために介入したことを証明する。占有に関する特示命令 (*interdictum*)——政務官が占有回収または占有の保持を命じ暴力に依ることを禁ずる命令——は自力救済を避けしめるために裁判官の案出した手段としか考えられない。禁止は訴訟当事者の一方の要求により政務官の発する命令である。それを受けた当事者がそれに服すれば問題はないが、もし拒絶した場合は、原告が禁止命令をうる権利があるか否かに付き、裁判官の面前で手続が開始される。裁判官の役目はただこれの証明に限られ、*legis actio*

sacramenti の場合と同様に、裁判官は政務官のなした命令の終局的執行を保障する必要はない。その執行はただ原告の自力救済にのみ委ねられる。この特示命令から自力救済が排除されたのは方式書訴訟の時代になってからだと考えられる。政務官が特示命令を言渡し、それを受けた当事者がその命令を実行しないときは、裁判官が原告に特示命令をうくべき権利があるか否かを吟味し、この立証がなされると、——昔のように原告の自力執行を許す旨の判決はなさず——反対に被告が政務官によつて与えられた命令を履行することを条件として原告敗訴の判決をなす。そこでもし被告が抵抗するときは原告は後続方式書 (Judicium Securarium) による特別の訴訟をなさねばならない。この訴訟はその役割と性質上、判決債務履行請求訴訟 (Actio Judicati)——判決後の通常手続——と呼ばれる。この新訴訟の裁判官は、調査の結果、被告の不履行をみとめたならば、原告を誓約 (sponsio) に基いて免責し、被告を相互義務 (recipulatio) と後続方式書に基いて敗訴せしめる⁽⁵⁾。以上のように特示命令手続は民事訴訟と同様の発展過程を辿つたものであり、また自力救済と同一の起源を有するものである。

次に自力救済の形態や実行方法に付て考察しよう。自力救済はその時代と場所とによつて集団的形態をとる場合と個人的形態をとる場合とがある。ゲルマン法では集団的形態を採つた。即ち一人の争いが全体の争いに転化し、自力救済も家族全員に拡大された。個人の犯した罪もその属する集団全員の連帯責任となった。各集団即ち Sippe に付て所謂 Fehde の権利とそれを受けて立つべき義務とを生じたのである。更に家族成員は全員、契約や譲渡の私的行為にも参加した。彼等は家族的結合性を誇大に強調し、且つ契約者の各側に於てその行為を防衛した⁽⁶⁾。ところがローマに於てはこのような集団的形態は早くから失つていたと考えられる⁽⁷⁾。Girard はこの点に

関し「ローマ法は他の多くの立法より進んで居り、復讐は個人に対して行われ、彼の属する団体に対してはなされなかつた」と。⁽⁸⁾ それでは個人は自己の権利を実現するためにどのようにして自力を行使したであろうか。またどのようにして債権者が債務者に履行を強制したか。当時損害を被つた個人は損害賠償を得るためには自力に頼るほかに方法がなかつたのであるが、自分の力の不十分であることが判ると屢々欺計を用い策略を弄した。即ち債務者を辺鄙な土地に連れ出したり、路上に待伏せして、不意に躍り掛つて債務者を捕捉し、身体の自由を奪つた後に損害賠償またはその他の債務の弁済を督促する。もしそれを拒否すれば、債権者は債務者を自由に処分することもできた。即ち債権者の一個の所有物として取扱われ、債務者を殺害して身につけている所有物を奪ひ、或いは鎖で縛つて債権者の私獄に拘禁し、最後に奴隸として売却することもできた。然し必ずしも事態はこの筋書通りには進行せず、債務者の危機を知つた隣人、親戚、友人達は彼の援助に赴く。そのときは債権者は自己の使用している実力を一応中止する義務がある。彼は債務者の捕縄を解き、第三者達の介入の理由を問う。もし第三者達が債務者を保護するために介入したのであり、且つ代つて債務を弁済するのであれば、債権者は満足を表明し、万事終了する。もし反対に、正当な根拠に基かない介入であるときは、債権者はその介入者達に対し、憤怒を燃し、債務額の二倍に相当する復讐ができた。蓋し、その介入に紛れて債務者は逃走し、債権者の担保物を失つたことになるからである。

原始ローマ法に於ける自力救済は以上の如きものであるが、このことはその後歴史上に現れている前述の *manus injectio* (拿捕式法律訴訟) を通じて知りうるものである。 *manus injectio* に於ては、債務の弁済期後三

古代ローマに於ける自力救済(明石)

十日を経て満足な弁済がなされない場合は、債権者は債務者を発見し次第、どこに於てもそれを逮捕する権利がある。債権者はその逮捕のためにどのような方法——欺瞞、奸計、伏兵等——でも使用することができる。⁽⁹⁾次に逮捕した債務者を政務官の面前に連行し、債権者は sacrament (神聖賭金) の宣誓をなし形式に従つて債務者の体の上に手を置く。その場合に差押の事実と法律上の理由とを述べる。被告はこの際は自己の身体の差押に対して反抗することはできない。ただ債務を弁済するか、または vindex (保護者) が介入してくれるか、何れかによつて始めて差押より解放される。この vindex は債務者に味方する第三者であつて、債務者に付て債務の不存在と債権者の要求の不当を争ひ、被告の弁護人となつた者である。もしそこで vindex の主張がみとめられず敗訴すると、債務額の二倍の罰金が科せられた。またもし債務者が弁済もなさず、vindex の介入もない場合は政務官は addictio (原告の主張の正当性の確認判決) を宣言する。債権者は債務者を連行して自己の私獄に拘禁することができる。その後更に六十日を経てなお債務者が履行せず且つ第三者も履行のため介入しない場合は債権者はその被拘禁者を自由に処分することができる。即ち殺害しまた奴隷として売却することも可能である。

以上のような manus injectio の手続の中でそれを法的手続たらしめている形式即ち sacrament (神聖賭金) の宣誓、手を置く儀式、遵守すべき期間、政務官の立会等を除くならば前述したような純粹の自力救済が浮彫されて来るのである。即ち Girard も言うように、⁽¹⁰⁾ 債務者の逮捕に政務官が立会うことは、それに裁判手続的性格を与えるために比較的早くから用いられた一手続にすぎない。また訴訟の儀式を構成するところの債務者に手を置いたり、宣誓したりすることは、自己を被害者だと判断する者が、通常は自己より腕力の強い敵(債務者)を奇

襲によつて逮捕し、しかも第三者の介入の場合はそれを解くのを余儀なくされる者(債権者)の取扱を忠実に表現しているにすぎない。債務者が *manus injectio* に反抗しえないと云う事實は、本来原告は奇襲によつて債務者を逮捕することにより、鬭争に於ける優位を確保しようと努めることを立証するものと考えられる。次に *vindex* の介入は逮捕された債務者を機械的にしかも決定的に解放する効果を有するが、本来債権者の注意を一瞬外らして早く債務者を逃亡させることになることを証明するものである。原始時代に於て介入者の *manum depellere* (腕力によつて逃亡させる) は實際上債権者の *manum injiceret* (腕力による逮捕) に對抗するものとして現れていたのである。また違法に介入した者が債務額の二倍の罰金に服すべき義務は、嘗て近親の者の救済のために介入する者が自己の危険に於て介入すべきであり、もしその介入の正当性がみとめられない場合は債権者たる差押人の二倍の復讐を受けねばならなかったことと合致する。

註(一) これは社会的に優越的権力者が居らなかつたことも確かに大きな原因ではあるが、原始民族は一般に正義の觀念が現在人とは異つていたと考えられる。応報の原理 (*principle of retribution*) が社会秩序の根本原理だと信じ、これが社会的統制の強化を促進した。「最大の違法行為は侵害の認容であり、第一の徳行は応報である」と云われ、侵害に応報することが最大の義務とされた (*Kelsen, Society and nature, 1946, pp. 64, 65*)

(2) 船田博士・前掲三卷三一三、三一四頁、末松博士・ウルピアヌス羅馬法範二八八頁参照、なお窃盜に対し殺害がみとめられることを示すが、イエリソグもいうように、現代に比すると財産と人格との關係は低い文化段階に於ては著しく密接であつたためである。財産の価値は獲得の困難さに応じて規定され、生命を打込んで獲得した物は身体の一部とも考えられ、従つて金銭の代りに四肢が、四肢の代りに金銭が認められることは当然のことだつたようである (*Hering,*

古代ローマに於ける自力救済 (明石)

op. cit., S. 134, 原田慶吉監訳一卷(1)一九九頁)

- (3) 船田博士・前掲三卷三三三頁、春木一郎「十二表法の *iniuria* に付て」・法協三七卷四号四九八頁、末松博士・前掲二〇二、二七九頁。
- (4) 船田博士・前掲四卷四六五頁以下。然し十二表法以後は *manus injectio* は適用範囲を拡大すると共に効果に於ける残酷性が緩和され、債務者の殺害とか、奴隷としての売却等のみとめられなくなった(船田博士・同四七〇頁)。
- (5) *Crémieu*, op. cit., p. 104, 船田博士・前掲二卷二八三頁以下参照。
- (6) この家族的連帯は古代ヘルシヤにもあった。そこでは家族集団はその成員のなした契約に付て保証する。ヘブライに於ても支払不能の債務者が逃走した場合はその子供達は債権者の奴隷となった。またエヂプトに於ても債務者の近親者は当然その保証人乃至は担保とされた(*Crémieu*, op. cit., p. 105)。
- (7) โรม法も起源的には他の原始立法と同様に家族成員間の法律上並に事実上の連帯をみとめた。団体が負うところの無能力者後見の義務、加害または殺人の場合の復讐の義務、支払不能者が苛酷な執行に曝されているときの援助の義務等の中にその根拠をみとめうる。更に団体による種々の保証の制度、例えば被告の出頭を保証する *vades*、また *manus injectio* の場合の *vindex* 等も家族的連帯性に基くものである。(Crémieu, *ibid.*)
- (8) Girard, *Traité de droit romaine*, p. 293. cité par Crémieu, op. cit., p. 106.
- (9) Keller, *La procédure civile des romains*. Traduction Capmas. *manus injectio*, XIX, p. 79. cité par Crémieu, op. cit., p. 107.
- (10) Girard, op. cit., cité par Crémieu, op. cit., p. 108.

第二 要式的差押 (pignoris capio)

pignoris capio は manus injectio と共に要式的自力救済の一つであるが、法律訴訟と一般に言われるものの中では最も古く、ローマの有史以前からのものである。然し十二表法の時代になると既に消滅し、或る特殊な場合にだけ許されるにすぎない。pignoris capio と云うのは債権者が一定の式語を唱えるのみで債務者の所有財産を侵奪することのできる場合であるが、それは債務者の不在中でも、且つ判決もなく、また公権力の何等の統制も受けることもなく実行されうる私力差押である。pignoris capio の本質に付ては学説に争いがあり、或る説によれば、有史前にはそれ程広くは行われていなかった、と云うのであるが、この説は、この手続が公法制度に起源を有すること、即ち政務官の命令を執行しない個人の財産を没収する国家の権利の中にある、と考えるのである。従つて pignoris capio は政務官の権限を強化するための強制手段であつて、それは原則として政務官以外には使用しえない強制手段の公平な使用を、特に法の定めた個人に許したところの公権力の委任と考えねばならない、と云うのである。⁽²⁾ 然しこのような学説によると、実際に債権者が債務者の財産を侵奪する際にすべき債権者の要式的宣言の義務の根拠を説明しえない。この義務はその時迄は専ら私的行為であつた差押手続を規律するために法の創造した手段と見る以外には説明が困難である。従つて上述の説には従いえない。有史後の pignoris capio は十二表法以前はむしろ広く一般的妥当性を持つていた古い制度の名残りであると考えらるべきである。pignoris capio は公権でなくて私権に起源を有し、且つ国家でなくて個人に帰属するものである。そ

して、その実行が禁止されたこと及び政務官の命令を尊重せしめるための政務官による強制手段に変形したのは、公権力の主体がその意思を個人に強制しうるだけの実力を有するに至った時代のことである。

右のような見解は更に次のような考察によつても支持されるべきものである。即ち第一にこの考え方は原告が一定の要式的宣誓をなす義務を負うべき理由を説明するに役立つ。この形式は債権者のなす差押を一般に周知せしめるのに用いられる。即ち債務者の親、友人、隣人達が宣誓を聞いて、危険に瀕している債務者を励まし、弁済をすすめることになる。次に上の考え方は *pignoris capio* の手続が、後には例外的な場合を除き、原則として個人には認められず、国家の代表者たる政務者によつては常に実行された理由を説明できる。それは最初は国家の統治権が弱く、個人の私力行使を妨止できず、また私力行使に一定形式の遵守を命ずることもできなかったが、次第に個人の権利を制限し、個人の既得権を放棄するを止むをえざらしめる程の強大な権力を政務官の手に発生せしめるに至ったからである。従つて十二表法前の時代に於ては私力差押は何等の統制にも服せず、また何等の形式を守ることも必要としないで自由にそれを実行しうる個人の権利であつたものと考えられる。この見地に於て原始ローマ法も一般にその発展の初期には私力差押を重視したところの他の大部分の立法と酷似してゐる。Girard は「*pignoris capio* は或る意味に於て常に民衆の良心の中に生きてゐる精神から自然に出て来る強制の一方法であり、且つ裁判組織が不完全で債権者の自力を禁止しえないような後進的立法の下では多少は役立つ強制方法である⁽³⁾」と言うのである。

自力差押はゲルマンの慣習にもあつた。ここでも最初は一定の形式もなければ他の要件もなしに実行されえ

た。然し後に部属法たる蛮法 (Voi Barbaries) はこの手続を規定し、且つ差押人に形式遵守の義務を課した。差押開始の要件として予め判決がなされることと、政務官の介入とを必要としたことは確かである。⁽⁴⁾ またアイルランドに於ても債権者は債務の弁済を命じて後、債務者の所有物を奪取することができた。一般には債務者が私獄に拘禁されて一定期間を経て債務を履行しないときは、債務者自身が差押人の所有物となつた。この私力差押は中世には非常に広く行われ、これが特定の例外的債権者にも制限されたのは中世末期の十三世紀になってからである。ローマに於ても私力差押の絶滅運動が次第に擡頭し、十二表法の時代には既にこれを時代錯誤の制度と非難され、原則として個人には禁止され、債権者は例外的な一定の場合にだけ適法とされた。例えば(1)軍隊の報酬たる軍事給与金、騎馬購入金、馬匹飼料費等に関して *pignoris capio* を実行しえた。⁽⁵⁾ また宗教上に於ては、犠牲用の動物の代価に付て、或いは輓駄用家畜の所有者がこれを賃貸して取得する金銭を、春冬下種祭の供御用費用に充てる目的で賃貸した場合の賃料に付て、不払の債務者に対して私力差押を実行しえた。⁽⁶⁾ また財政上の *pignoris capio* として、国有地賃料徴集の請負人は、法律上の賃料納入の義務を怠った者に対して差押をなしうることも規定された。⁽⁷⁾ 然し(1)と(3)は恐らく政務官の代行者により、また(2)は神官によつて行使されたものと解される。従つて一般私人による行使は十二表法時代には既に認められなかったと言えよう。

最後にこの *pignoris capio* の法的性格に付て考察した。この手続は *legis actio* (法律訴訟) の一種ではあるが、むしろ本質的には純粹の自力救済の部類に属するものと考ええる。然しこの点に付ては争がありうる。本来 *pignoris capio* を法律訴訟に入れるべきか否かに付て *Gaius* の時代から争があつた。多数説はこれを法律訴訟

だとするが、少数の反対説がある。反対説の理由は、第一に *pignoris capio* は法廷外に於て、換言すれば法務官の立会もなく、しかも債務者不在の場合に於ても執行されるのであるが、これに反して他の法律訴訟の実行は法務官並に相手方の面前に於てなされることを要した。次に *pignoris capio* は非開廷日即ち法律訴訟の許されな5日でもこれを執行することができた。Gaius 自身は *pignoris capio* のことを *legis actio extra jus per agebatur* (事実行為による法外の法律訴訟) だとのべて、少数説に従っているようである。⁽⁸⁾ イエリングも *manus injectio* と *pignoris capio* とは共に執行が自力によりうるものであるから、他の法律訴訟と同列に置くのは論理的に矛盾しているとし、殊に *pignoris capio* がそれ自身決して訴訟に至ったことのない法廷外の自力救済であることは一般にみとめられている、とするのである。然しイエリングも結局に於てこれを法律訴訟だともとめるのであるが、それは事後に於て債務者が債権者の自力救済をなす権利を争った場合に限り、と云う条件附である。⁽⁹⁾

思うに *pignoris capio* は実際には債権者によって自由に実行されえた差押であつて、ただ差押を債務者またはその近親者達に認識せしめるための要式の宣誓が要求されるだけであつた。債権者は債務者に所属の財産を何なりとも奪取する権利を有した。しかも政務官や債務者自身の立会の有無を問わない。然し右の宣誓を要求されるが故に純粹の暴力でもなく、強盗でもないものと考えられた。⁽¹⁰⁾ それでは次に裁判外の手続たるこの *pignoris capio* が裁判上のものとなるか否か、即ち債権者の自力差押が訴訟手続に結びつけられるか否か。第一に債務者がその差押を争わず、甘受して了つた場合は何等訴訟手続に至りえないことは言うまでもない。第二に差押の際に債務者が理由を争い抵抗した場合にも差押の要件たる形式さえ充ておれば差押を中止せしめる効力はなく、

債権者は債務者の抵抗を無視してそのまま実行することが出来る。後から異議が生じなければ、そのまま有効である。然し第三に差押後に於て債務者が債務の不存在を争うときに訴訟手続が開始されるか否かは争われる⁽¹¹⁾。一般に原始的慣習では、権利がなくて担保を自力でとるものは窃盜に類する不法行為と考えられた。それ故に債権者でないのに *pignoris capio* を実行したのも同様に考えられたものと思われる。従つて被差押人は差押人に対して窃盜としての責任を追求し、この方向からの救済を得られたものと考えられる。然し *pignoris capio* 自体は債務者の不在中でも実行されうる点から考察して、それは裁判外の手続であつて訴訟手続に入らないと解すべきではなからうか⁽¹²⁾。従つてこの手続の法的性格は単純な自力救済の範囲に属するものと考えられる。然し一定の形式を必要とした点に於て多少社会的な統制力の萌芽を見ることが出来る。

註(1) イエリニングは比較的古い法に於ける自力救済として三つの型を示している。即ち無方式の自力救済、要式的自力救済、純粹の仮装行為としての自力救済である。(Jhering, op. cit., S. 150.) 原田慶吉監修訳一卷(1)二二九頁)。後二者は比較的新しい法に於ては見当らないが、殊に古ローマ法に於ては相当広く行われた。

なお因に原田慶吉監修訳・前掲は莊重な自力救済(*solenne Selbsthilfe*)—二二九頁、また莊重行為(*solenne Act*)—二三四頁、莊重証人(*Solennitätszeuger*)—二一六頁と云うように“*solennis*”の語と「莊重」と訳しておられるのであるが、これは「要式的」と訳すべきものと思う。なるほどわが国の独和辞書には「莊重」の訳しか見当らないが、語源はラテン語 *solenne* (形式)にあり、英語の *solemn* (正式)、『フランス語の *solennel* (要式的)と語源を同じくするものである。また「莊重式」では法律用語としても不適當であつて、その意味がわからない。

(2) Comp. Crémieu, op. cit. p. 110.

(3) Girard, op. cit., p. 971; cité par Crémieu, op. cit., p. 112.

- (4) Crémieu, op. cit., p. 112 : Loi des Wisigoths, Édit de Théodoric, droit alaman et danois.
- (5) ガイウス法学提要四卷二七。(6) 同二八、(7) 同二八 (8) 同二九
- (9) Jhering, op. cit., S. 151 ; 原田慶吉監訳前掲二三〇頁。
- (10) Tobbé-Duval, Études sur l'histoire de la procédure romaine, I, p. 9, cité par Crémieu, op. cit., p. 114.
- (11) この点は非常に争のあるところである。即ちこの訴訟手続が如何なる意味のものであるか。イエリングは第一に差押の合
法性の検討のための手続を持たない、*pignoris capio* は考えられないとし、次に差押人(債権者)が差押物件の請戻をす
るように被差押人に要求する、と云う形となり、前者が原告で後者が被告となるのだと云う。これに対して Huschke,
Mulra p. 42 (cité par Crémieu, op. cit., p. 115, note 2) は「争あるときは被差押人が原告となり、一種の *vindicatio*
(所有物回収訴訟)として差押人を訴えるのだと云う。
- (12) Crémieu, op. cit., p. 115, 船田博士・羅馬法四卷四七一、四七二頁。