

英法に於ける特定回復(Specific Restitution)

田中, 和夫
九州帝国大学法文学部助教授

<https://doi.org/10.15017/14499>

出版情報 : 法政研究. 3 (1), pp. 1-56, 1932-12-25. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

英法に於ける特定回復 (Specific Restitution) 田 中 和 夫

目次

緒言

第二節 土地の特定回復

第二項 物的訴訟 (Real Action)

第三項 Action of Ejectment

第四項 現在に於ける土地回復訴訟 (Action for the Recovery of Land)

第三節 動産の特定回復

第二項 Appeal of Larceny 及 Action for Res Adiratae

第三項 Trespass, Replevin, Detinue 及 Trover

第四項 現在に於ける動産の特定回復

附言 自力救済

緒言

一 この論文に於て述べんとする所は英法に於ける特定回復 (specific restitution) 即ち英法に於て物の所有者其の他之を占有し得る権ある者がその占有を侵奪せられたる場合にその物自體を回復するこゝが出来るか否かの問題、大陸法系の用語に従へば物上請求權の中の返還請求權についてである。

元來英國普通法に於ては特定回復を許す訴訟即ち物的訴訟 (real action) は土地についてののみしかも土地に關しても封建的物權たる自由保有物權 (freehold estate) についてののみ許され、その他の土地に關する物權及び動産については特定回復が許されず單に損害賠償に終る人的訴訟 (personal action) が許されたのみであつた。この法則はその後數度の變遷を経て今日に於ては土地については一般的に特定回復が許されるやうになつたが、動産については今尙その動産が稀らしい動産である等一定の特種事情の存する場合でなければ特定回復が許されず一般的には動産を侵奪せられたる場合に於ける所有者其の他之を占有し得る権ある者の救濟方法は損害賠償に終らざるを得ない状態にある。

以下に於て土地の場合に不動産の場合に分け、沿革を中心として簡単にこの問題につき説明するつもりとする。本稿を書くに當つて主として参照したる著書論文は次の如くである。

Holdsworth, History of English Law, vol. III, VII.

Pollock & Maitland, History of English Law, 2nd ed., vol. II.

Maitland, Equity.

Salmond, Law of Torts, 7th ed. by Stallybrass.

Ames, Disseisin of Chateils, 3 Harv. L. Rev. 23, 313, 337 (Select Essays in Anglo-American Legal History, vol.

III, pp. 541—590); History of Tover, II Harv. L. Rev. 277, 374 (Select Essays in A.-A. L. H., vol. III, pp.

417—445).

尚この特定回復についてはかゝる訴に於て被告が第三者の権利 (Jus tertii) を有效なる抗辯を爲すことが出来るかの問題即ち被告が——原告の権利よりも優れた権利 (Better title) (占有し得る権利例へば所有權) が自己に存するこゝを立證して勝訴し得るのは當然であるが——原告の権利よりも優れた権利が原告以外の第三者に存するこゝを抗辯として勝訴するこゝが出来るかの問題があり、特に土地の場合につき判例が混亂してゐて興味ある問題であるが頁數の關係上本稿には之を省略するこゝにした。たゞ一言すれば特定回復を請求する者はその

前提として自己に占有し得る権利 (right to possess) ありと主張するものであるから原則としては原告が自己に占有し得る権利あることを立證することゝを要し従つて被告は第三者の權利を有效なる抗辯となすことが出来るのであるが、この原則は占有は權利 (title) の證據なりこの法則及び禁反言 (estoppel) の法則 (例へば賃借人は賃貸人の權利の瑕疵を主張することを禁ぜられる如し) によつて多大の制限を受けるのである (註)。

(註) 土地についてのこの問題に關し S. A. Wren, The Plea of the Jus Tertii in Ejectment, 41 L. Q. Rev. 139—169 なる論文がある。

第一節 土地の特定回復

第一項 物的訴訟 (Real Action)

二 英國普通法に於ける訴訟は早くより物的訴訟 (real action) 人的訴訟 (personal action) 及び混合訴訟 (mixed action) の三種に分けられた。而して通説に従へば物的訴訟とは請求したる物自體を回復することの出来る訴訟であり、人的訴訟とはそれ以外の訴訟即ち結局損害賠償 (金錢賠償) を得るに過ぎない訴訟であり、混

合訴訟は右の兩者即ち物自體の回復と損害賠償とを共に得るこゝの出来る訴訟である(註一)。

尙物的訴訟たるが爲には常に物それ自體の回復を得るこゝの出来る訴訟たるこゝを要するのであつて、後に動産の所で述ぶる *detinue* の訴の如きは動産の特定回復を求める訴であるがその判決は被告に對し動産の返還とその價格の支拂を選擇的に命ずるに過ぎないのであつて、かくの如く被告の意思如何によつては結局原告は損害賠償を得るこゝが出来ゝるに過ぎない場合に於てはその訴訟は人的訴訟である。

(註一) *同上*に述べた所は Blackstone, 3 Comm. 117, 118 によつたのであつて通常用ひられてゐる意義である。しかしこれに對し Bracton の如く中間手續 (*mesne process*) 即ち應訴せざる被告に應訴を強制する手續が物自體に對して爲されるか被告個人に對して爲されるかによつて物的訴訟と人的訴訟との區別とする説がある (Martland, *op. cit.*, p. 370)。

尙この物的訴訟人的訴訟の分類は英國の昔の學者がローマ法より借りて來た分類であるが、その兩法に於ける意義の相違に
 〇 *F. C. Williams, The Terms Real and Personal in English Law, 4 L. Q. Rev. 394-408* 參照。

而して英法に於ては物的訴訟は動産に對しては許されず土地についてのみしかもその中の *seisin* (註二) 即ち封建的占有を伴つた權利たる自由保有物權 (*freehold estate*) に對してのみ許されるこの法理が早くから確立した。自由保有物權以外の不動産物權の代表的なものは賃貸借不動産物權 (*leasehold estate*) である。従つて換言すれば第十二世紀頃に於ては賃貸借不動産物權を有する者は他人より不法に土地の占有を奪はれたる場合にも土

地それ自體を回復することが出来なかつた(註三)。尙英國にはこれらの不動產物權は別に非自由人(villain)の保有してゐた不動產物權があつたがこの權利は第十五世紀頃に至るまで莊園裁判所(manorial court)即ち領主裁判所(lord's court)の保護を受け得たのみで國王の裁判所の保護を受け得なかつたので、従つて普通法上の物的訴訟により保護せられなかつたこと勿論である。

(註一) seisin なる語はノルマン征服(1066)後二世紀の間は土地動產のすべての場合の占有を示す爲に用ひられてゐたが、後に自由保有物權の占有にのみ用ひられその他の場合の占有たる possession を對立するものになつた。尙 Pollock & Maitland, op. cit., pp. 29-33; Maitland, The Seisin of Chattels, 1 L. Q. Rev. 324參照。

(註二) しかし賃借人が賃貸人自身より占有を奪はれた場合には covenant の訴によつて土地自體を回復することが出來た。

右に述べた如く英國普通法換言すれば國王の裁判所は土地についての物權中自由保有物權と賃貸借不動產物權との間に大なる差別を設け——前者には物的訴訟を許すにより之を物的財產權(real property)と稱し、後者には之を許さず動產及び無體財產權と共に人的訴訟のみを許して之等を人的財產權(personal property)と稱した——その前者に對してのみ封建法理を適用したのであるが、このことは當時の政治組織たる封建制度と密接なる關係を有する。

即ち當時國王に對し軍事的其の他の役務並びに諸種の封建的負擔 (註四) の責を負ふ者は封建的土地保有者即ち *seign* を伴ふ不動産物權たる自由保有物權の保有者であつたから、何人がこの *seign* を有するかを明確にするこゝが國王の政府にまつて非常に重要なこゝであり、従つて *seign* につき争あるときは國王の裁判所がそのいづれの主張が正しきやを決し正當なる者にその土地の占有を與へるこゝが必要なきこゝであつた。之に反し賃貸借不動産物權保有者は直接國王に對し役務其の他封建的負擔を提供しなかつたから國王の裁判所は之に對しあまり關心を持たなかつたのである (註五)。

尙又之を経濟的方面から見ても當時の賃貸借不動産物權は主として投資方法として利用せられた、即ち債務者をして債權者に對し名義上の地代で土地を賃貸せしめ債權者はその果實中から利子を納めるか又は有利な賃貸借不動産物權を買取つて土地から生ずる果實を以て投資した金錢の利子として之を納める等の方法によつて投資方法として利用せられてゐたのであつた。従つてこの投資的見地よりすれば賃貸借不動産物權には *seign* なし従つて物的財産權にあらずして封建法理の外に立たしめるを便利とし、且土地の占有を侵奪せられた場合の救濟方法として要するに資本を失つたのみであるから損害賠償を以て充分であつた (註六)。

(註四)

自由保有物權の保有權は單に軍事的役務、經濟的役務等を負ふ外に保有者死亡の場合、保有者未成年の場合、領主の長

男が騎士となり又その長女が婚姻する場合等一定の場合には一定の金銭を領主に支拂はなければならなかつた。これを封建的負擔といふ。尙高柳教授、「現行英國不動産法の研究」中、法協四五卷七二八頁七二九頁參照。

(註五) Jenks, *The Book of English Law*, 2nd ed., pp. 250, 351.

(註六) 高柳教授、「現行英國不動産法の研究」中、法協四五卷九七七頁乃至九七九頁。Jenks, *A Short History of English Law*, p. 88; Holdsworth, *op. cit.*, vol. II, pp. 215, 216.

右の如く自由保有物權に關してのみ物的訴訟が許されたのであるが當時の政治組織たる封建制度の「封地 (tenure) は裁判權 (jurisdiction) を伴ふ」らの法理を關係して更に考慮すべき問題が生じる。即ち國王の裁判所が國王より直接に封地せられたる者即ち *tenant in capite* に關しての土地の争に裁判權を有するのは當然であるが、國王より封地せられたる者が再封地したる場合にはその再封地の領主即ち中間領主 (*mesne lord*) が自己の裁判所に於てその土地の再封地關係の争について裁判を爲すことを要求するのである。しかしながらウィリヤム王 (1066—1087) 及びその子孫は政治上公法上に於けるかゝる封建的機構の打破を主張し約一世紀間の争の結果遂に英國の封建制度をして大陸と異り大いに中央集權的なるもの爲した (註七)。ここに述ぶる土地に關する訴訟についても第十二世紀の末には既に次に述ぶる如く何人も國王の令狀 (*writ*) なしにはその保有する自由保有物權につき提起せられたる訴訟につき答辯する必要なしの法則及び自由保有物權を判決に基かずして奪はれた

る者は國王裁判所へその占有の回收を訴へることを得るこの法則を確立して著しく中央集權的な制度を造り上げること成功し、又その後も漸次國王裁判所の裁判權を擴張して行つた(註八)。

(註七) 高柳教授、「現行英國不動産法の研究」中、法協四五卷七一七頁乃至七二〇頁參照。

(註八) Jenks, *The Book of English Law*, 2nd. ed., pp. 250, 251.

三 次に右の如き物的訴訟の最も重要なものについて述べる。古くより物的訴訟には本權即ち所有權に基く訴訟と占有權に基く訴訟とが對立してゐたが、後にその兩者の中間に位する訴訟も生じて來た。

(一) 所有權に基く訴訟——*Writ of Right* (註九)

(イ) *Writ of right* 司法權の中央集權の傾向の一としてヘンリ二世(1154—1189)は國王の令狀(*writ*)なしには何人もその自由保有物權につき提起せられたる訴訟に於て答辯する必要なし、換言すれば自由保有物權に關する總ての訴訟は國王の令狀なしにはいづれの裁判所に對しても(即ち國王の裁判所に對してのみならず領主裁判所に對しても)訴訟を提起することを得ずこの一般原則を敕令を以て公布した。國王の權限を廣げることにもさしも汲々たりしヘンリ二世も決して自由保有物權に關する總ての訴訟を國王の裁判所へ提起すべしといふが如き封建制度を全く矛盾することを主張したのではなく、再封地の土地に關してはその再封地の領主即ち中間領

主の裁判所に於て裁判することは認めるのであるが、唯國王の平和 (king's peace) の維持 (註一〇) に密接なる關係ある占有の尊重の理由によつてここに述べた法則——これを占有の尊重を中心として述べれば他人の占有してゐる自由保有物權を自己のものなりを要求する者は國王の裁判所又は領主裁判所に於て裁判を受ける前提として先づ國王の令狀を得なければならぬとの趣旨である——を後に占有權に基く訴訟の所で述ぶる自由保有物權の占有を判決に基かず不法に侵奪せられたる者は常に國王の裁判所へ訴へ出るこゝが出来ることの法則との二つの法則を確立したのである。

而してここに述べてゐる writ of right (breve de recto tenendo) は再封地せられたる土地についての訴訟を提起する前提として利用せられた國王の令狀であつて、この令狀はその土地を再封地した領主に對し當該自由保有物權につき裁判を爲すべしを命令するものである (註一一)。尙かゝる場合に領主がその命令に反し裁判權を行使せざるときは國王裁判所がその事件につき裁判を爲すこゝが出来た (註一二)。

(註九) writ of right は本來令狀 (writ) の名であるが、通常この令狀によつて開始せられる訴訟の意味にも用ひられる。其の他の令狀についても同様である

(註一〇) 國王の平和 (king's peace) の維持は國王の關心事なりとして、これを中心に國王裁判所は大いにその裁判權の範圍を

擴張したのである。このことは後に述ぶる trespass の訴の所でも明確にあらはれる。

(註一一) この令狀は封印せられたから writ of right patent (breve de recto patens) と稱せられる。

(註一二) Holdsworth, op. cit., vol. III, p. 5.

(ロ) Praecipe in capite 右に述べた所でわかるやうに國王より直接に封地せられたる土地 (tenancy in capite) に關しては右の令狀を用ひる餘地がなくこの場合には praecipe in capite なる令狀を用ひた。この令狀は執行官 (sheriff) に向けられたものであつて、その内容は被告に對し土地を原告に返還すべし若し返還せざるときはその返還せざる理由を述べに國王の裁判所に出頭すべしを命ずべきことを執行官に命令したものである。尙この令狀が再封地の土地についても用ひられたことがあつたが、大憲章 (Magna Carta, 1215) によつてこの令狀は自己の裁判所を有する中間領主より保有してゐる土地については用ゑべからずかゝる場合には右に述べた writ of right によつてこのことが定められた。

尙後には writ of right 中の文字が praecipe in capite をも含めて用ひられるやうになつた (註一三)。而してこの writ of right 即ち所有權に基く物的訴訟は甚だ形式を重んじる訴訟であつて時間が多くかゝつた爲甚だ不便であつた (註一四)。

(註一三) *praecipe in capite* 及び *writ of right* を呼ぶに至つた理由は占有權 (possession) と所有權 (property) との對立に基くものである。即ち當時占有權を *seisin* と云つたに對し所有權を *right* を稱したのであり、この *praecipe in capite* は所有權に基く訴訟であつたので之をも *writ of right* と云ふやうになつたのである (Maitland, op. cit., p. 318)。

(註一四) *writ of right* の裁判方法は本來 *trial by battle* であつたが、ヘンリ二世は敕令を以て被告の選擇により *grand assize* (of our lord the king) なる裁判方法によることが出来る旨を定めた。この裁判方法を選ぶと事件が國王の裁判所に移送せられたのであり、その裁判方法は十二人又は十六人の *knights* によつて原被告いづれに權利ありやが決められたのである。この裁判方法によらんことを選擇し得たのは被告即ち占有を有するものであつて、こゝにも國王が占有の爲に干渉するところがあらはれてゐる。 (Maitland, op. cit., pp. 320, 321)。

(二) 占有權に基く訴訟

(一) *Assize of novel disseisin* この訴は自由保有物權の占有を判決に基かず不法に侵奪せられたる者が國王の裁判所へその占有の回復を求めて提起する訴である。この訴は占有權に基く訴訟であり、しかもその占有の侵奪が *novel* 即ち新しきものなることを必要とする。その新しき程度換言すれば侵奪後この訴を提起し得る期間は時々敕令を以て定められた (註一五) (註一六)。

尙この訴は占有權に基く訴であるからこの訴に於て敗訴したる被告も後に所有權に基く *writ of right* を提起

して自己の所有權を立證する。この出來た場合にその土地を更に回復し得ることを勿論である。

(註一五) この訴の提起し得る期間については Pollock & Maitland, op. cit., pp. 50, 51 參照。

(註一六) この訴は侵奪者の生存中は侵奪者より占有を讓受けたる者又は侵奪者より更に占有を侵奪した者に對しても之を提起し得る。しかしこの訴は被侵奪者及び侵奪者のいづれか一方の死亡したる後は之を提起することが出來ず、又占有が讓渡又は相續によつて二度以上の移轉ありたるときはその轉得者に對し之を提起することが出來ない。

(註一七) Assize of mort d'ancestor への訴は右の訴に全く類似した訴であつて、自由保有物權の占有者が死亡したる場合に於てその家督相續人 (heir) がその土地へは入り (entry) 之を占有するに至る迄の間に他人が之を占有したるときに家督相續人よりその他人に對し占有の移轉を要求する訴である (註一七) (註一八)。

(註一七) 第十三世紀に於ては被相續人が占有してゐた場合に、その死亡により家督相續人が當然に占有 (即ち seisin at law) を有すその法理が未だ存在してゐず、家督相續人が占有を有するに至るにはその土地へはいる (entry) を必要としたのである。若し seisin at law の法理が存在するならば、かかる場合にも當然 assize of novel disseisin を提起することが出來たのであるが、この法理が存在しなかつたが爲に別にこの assize of mort d'ancestor が必要であつたのである。

(註一八) この訴はその家督相續人が死者の息子、娘、兄弟、姉妹、甥又は姪なる場合に限り許されたのである。後に死者が家督相續人の祖父、曾祖父、縦兄弟姉妹なる場合につき夫々 *heir* の訴、*heir* の訴、*coverture* の訴が創設せられた。

尙この訴には占有侵奪を理由とするものでなく被告たるべき者については何等の制限も存しない。

writ of right は、ヘンリ二世以前より存した訴であるが、右の二つの訴はヘンリ二世によつて創設せられた訴であつて後にはこれらも時間が多くかゝるこの非難を蒙るに至つたが初は writ of right に比して簡易迅速な手續であつた(註一九)。

(註一九) 二つらの assize は前に述べた grand assize に對し、petty assize 又は possessory assize と稱せられる。二人の者によつて裁判せられる。しかしこの assize は jury とは異なる制度である(Maitland, op. cit., pp. 328, 329)。

(三) 右兩者の中間に位する訴訟——Writ of Entry

右に述べた諸種の物的訴訟に後れて第十二世紀の末より第十三世紀にわたりて生じて來た物的訴訟に一團の writs of entry (brevia de ingressu) がある。この令狀は praecipe in capite と同様の形をとり、被告に對し土地を原告に返還するか又は原告の請求に答辯する爲國王の裁判所へ出頭すべきことを命令するものである。

而してこの訴訟に於て原告の主張する所は被告の所有權に特定の瑕疵がある換言すれば被告は令狀に書かれた方法によつてのみ土地の事實占有 (entry) を得たものであるがその方法によつては土地の所有權を得るものではないからその前に占有 (seisin) してゐた原告(又はその前に占有してゐた者の家督相續人たる原告) にその土地の占有を返還すべしと云ふのである。その令狀に於て主張する瑕疵ある事實占有の取得方法には非常に多く

の種類があるのであるが、最もよく利用せられたのは被告は原告より土地の占有を奪ひたる者を通して(例へば讓渡により)土地の事實占有を得たるに過ぎないを主張する場合(註二〇)、被告は妻の自由保有物權につき爲したる夫の讓渡により事實占有を得たるに過ぎないを主張する場合、及び被告は未成年者の爲したる讓渡により事實占有を得たるに過ぎないを主張する場合等である。

この訴を提起する爲にはこの瑕疵が近頃 (recent) のものなること、換言すれば原告又は原告の先祖が近頃まで占有を有してゐたことを必要とした。而してこゝに近頃とはかゝる瑕疵ある占有者被告との間に二回を超ゆる移轉なきことであつたが(註二一)、この近頃といふ要件は後に Statute of Marborough, 1267 によつて撤廢せられ、瑕疵ある占有者被告との間に度々の移轉があつてもこの訴を提起し得るやうになつた(註二二)。

この訴は右に述べたやうに原告又は原告の先祖が占有を有してゐたことを基礎とするのであつてこの占有を基礎としてゐる點がすべての自由保有物權に關するこの訴を國王裁判所の裁判權に服せしめた理由である。この訴は右に述べた如くその起源に於ては占有權に基くものではあるが前に述べた assizes を提起出来ない程前に占有を失つた場合にも提起出来るのであり、且 writ of right の如く一時に全所有權について裁判するものではないが争はれる所は被告の所有權の特定の瑕疵であるから單に assizes の場合の如く占有に關してのみでなく、從つ

てこの訴訟は所有權に基く訴訟ニ占有權に基く訴訟との中間に位するものである。しかもその作用に於ては寧ろ所有權的である。

この訴は甚だよく利用せられ前に述べたすべての訴訟の殆んそ全部がその地位を奪はれるに至つたが(註三)その理由はこの令狀の基く原理の柔軟性即ち諸種の場合に對し模倣によつて諸種の令狀を容易に作り得たことによるのである。

(註一〇) *これを writ of entry sur disseisin となす。*

(註一一) 即ち例へば占有侵奪者の相續人より讓渡を受けた者に對してはこの訴を提起し得るが、かゝる讓受人より更に讓渡を受けたる者には最早この訴を提起することが出来ないのである。

(註一二) *かゝる場合の writ of entry を writ of entry "in the post" となす。*

(註一三) *writ of entry 及 writ of right が煩雜であり且 assize of novel disseisin の適用範圍が狭いのを救濟せんが爲に出來た訴であるが、後にはよく用ひられてこれらの地位を殆んそ奪ふに至つた。尙その結果として、前に Magna Carta によつて praecipe in capite は中間領主の裁判權を侵奪すべからざる定められたが、この封建制度の勝利は writ of entry の發達によつて殆んそ全く名義上のものとなつてしまつた。*

右には物的訴訟の最重要なるもののみを掲げたのであつて、權利の種類當事者間の關係の如何等によつて物的

訴訟の種類は甚だ多かつた。

尙以上に述べた總ての物的訴訟は他の殆んど總ての物的訴訟及び混合訴訟と共に Real Property Limitation Act, 1833 (3 & 4 Will. IV, c. 27) によつて形式上も廢止せられるに至つたが、實際にはそれよりずっと前からその活動の領域は殆んど總て後に述べらる ejectment の訴によつて奪はれてしまつてあつた。

第二項 Action of Ejectment

四 不動産物權の中自由保有物權以外のもの殊にその代表的なる賃貸借不動産物權は賃貸人と賃借人との間の契約關係なりと考へられ、賃貸借不動産物權を有する者即ち賃借人は第三者より土地を不法に侵奪せられてもその土地の特定回復を得ることが出来なかつたことについては前に一言した。しかし賃借人は賃貸人又はその子孫に對しては、その土地を引渡さず又は一度引渡したる土地を侵奪したる場合に、その契約の履行を求めらる covenant の訴を提起して土地自體を回復することが出来た（註三四）。之に反し賃借人が賃貸人以外の者より占有を奪はれた場合には賃貸人に對し右と同じ covenant の訴によりて土地を安全に貸さなかつたことに對し損害賠償を請求し得たのみで第三者に對し土地自體の回復を請求することが出来なかつたのである。

(註三四) この covenant の訴はずべての契約につきその契約の履行を求める爲に利用し得た訴である。しかし十三世紀の前半に於てはこの訴は賃貸借不動産物權の爲以外には殆んぞ用ひられなかつた。尙この土地自體を賃貸人に請求する場合には特に之を covenant real を稱し、土地そのものを回復し得るのであるから物的訴訟の一なりを云はざるを得ない (Maitland, op. cit., p. 371)。

右の状態から數個の段階の發達によつて遂に賃貸借不動産物權についてもすべての場合に土地自體の特定回復を得ることが出来るやうになつたのであつて、次にその發展の順序を述べる。

(イ) 一二三五年頃に最高裁判官たる William Raleigh が writ of quare eject infra terminum を作り出し、これによつて賃貸人に基きて權利を主張する者 (claiming under the lessor) 即ち例へば賃貸人より不動産物權を買ひ又は再封地せられたる者によつて占有を侵奪せられたる場合に於てはその者より土地自體を回復し得ることがなつた。しかしこの訴はその土地の權利に全然關係なき第三者によつて占有を奪はれたる場合には之を提起することが出来なかつた (註三五)。

(註三五) Bracton は如何なる者によつて占有を奪はれてもこの訴で土地を回復出来るを考へたが、後にさうでなく右の如き制限あることが確定せられた。

(ロ) エドワード二世 (1307—1327) の時代になつて當時非常に重要性を増して來た人的訴訟の一種たる

trespass の訴によつて賃貸借不動産物權の占有が保護せられるやうになつて來た(註二六〇)(註二七)。即ちその占有は trespass の訴 (trespass vi et armis) の一種なる trespass quare clausum fregit によつて一般的に保護せられるやうになつた(註二八)。而してこの間に問題となつてゐる占有を奪はれた (ejected) 場合については trespass quare clausum fregit より分化したる trespass de ejectione firmæ (writ of ejecto firmæ) によつて保護せられたのである。この訴は (イ) の訴の如き制限なく何人たるを問はず占有を侵奪したる者に對して提起するこゝが出来たが、注意すべきはこの訴に於て賃借人の得た所は當時に於ては損害賠償に過ぎなかつた。

(註二六) 尙この trespass の訴によつて holder in villeinage もその占有を保護せられるやうになつた。

(註二七) かくして土地によつては seisin を possession なる二種の占有が生じるに至つたのである。前者は自由保有物權の封建的占有であり assize によつて保護せられ、後者は現實の占有であつて trespass の訴によつて保護せられる。而して賃貸借不動産物權の場合にはこの二種の占有が別人の手に歸するのである。

(註二八) trespass の訴については第二節に於て説明する。

(ハ) しかし第十五世紀の中頃になつてこの ejecto firmæ の訴によつて土地自體を回復するこゝが出来たのだとの意見があらはれ、遂に第十五世紀の末に至つて土地自體を回復し得るを爲す判決が下されるに至つた(註二九)。而してこの土地そのものを回復し得るやうになつた理由は、當時に於ては最早賃貸借不動産物權が

投資の目的物として存在しなくなり現代と同様に賃借人の生活の資料として存在するやうになつた爲賃借人は土地の占有を侵奪せられた場合に單に金錢賠償を得たのみにては救済方法として不充分であつて土地そのものの回復を必要と爲したるに似、政府が當時の耕作地を牧畜地に變更することによる田舎の人口減少の傾向を阻止せんを欲したるに似るのである(註三〇)。兎に角かくの如くにして *ejectio firmæ* の訴は物そのものの回復なる物的訴訟の重要な特性を有するに至つた(註三一)。而してかゝる *ejectio firmæ* の訴が *ejectment* の訴と呼ばれるやうになつた。

(註二九) この意見及び判決の年數については Maitland, *op. cit.*, p. 361 參照。

(註三〇) Holdsworth, *op. cit.*, vol. III, pp. 216, 217.

(註三一) しかるは *action of ejectment* が物的訴訟なりや否か問題が生じる。この問題につき物的訴訟及び混合訴訟を殆ん全部廢止した *Real Property Limitation Act, 1883* 中には物的訴訟の二種なるものを示すやうな文句を用ひてゐるが、それ以前にはさうも物的訴訟なりと爲されたことはない。しかし土地そのものを回復出来るのであるから通常の定義に従へば之を物的訴訟と爲すことを不可とする理由がない。同時に之を物的訴訟とするも賃貸借不動産物權自體が物的財産權となつたものでないことは明らかである。當時に於ては既に物的財産權人的財産權の種類性質が定まつてゐたのであつて、賃貸借不動産物權につき特定回復が許されるやうになつても決して賃貸借不動産物權に適用せられる法則に變更があつたのではない。

即ち例へば相續には依然として人的財産權の相續法が適用せられた。

五 右に述べたやうに *ejectment* の訴は賃貸借不動産物權の賃借人を保護する爲に發達して來た訴であるが、その物的訴訟に優る點が多かつたが爲自由保有物權の保有者がその自由保有物權の特定回復の爲にもこの訴を利用するに至つた。

尙この物的訴訟の缺點はその手續が煩雜専門的形式的であり時間が多くかゝつたことであつた。従つて訴訟を爲す者が *ejectment* の訴を利用することを欲したのは當然であるが、同時に裁判所も亦 *ejectment* の訴によることを欲したのである。その理由は物的訴訟は *Court of Common Pleas* に專屬してゐたのに對し *ejectment* の訴は普通法のいづれの裁判所に於ても提起することが出來た爲、*Court of King's Bench* 及び *Court of Exchequer* の裁判官が自己の收入を増加する爲自由保有物權についてもこの訴により自己の裁判所に於て裁判することを欲したのである(註三二)。

(註三二) Holdsworth, *op. cit.*, vol. VII, pp. 8, 9.

しかし本來賃貸借不動産物權の賃借人をその土地の不法侵奪より保護する爲の訴を自由保有物權の存否の問題を決する爲に利用するには非常な工夫が必要であつた。而してその工夫には次に述ぶる如き二階段があつた。

(イ)かゝる場合に、ejectionの訴を提起する爲には自由保有物權の保有者が賃貸借不動産物權を設定しその賃借人が占有を奪はれるといふ形式を採つたのである。而して賃貸借不動産物權の設定には賃貸人がその土地にはいる (enter) ことを必要とした (註三三)。従つて (a) 自由保有物權を有するを主張する者 (實質上の原告) がその土地にはいり、(b) 賃借人たるべき者 (名義上の原告) に賃貸借不動産物權を設定し、(c) その者即ち賃借人がその賃貸借不動産物權に基いてその土地にはいり換言すればその土地を占有し、(d) 現にその土地の自由保有物權を保有してゐる者又はその他の第三者によつて追ひ出される (ejected, ousted) 即ち占有を奪はれるまで占有を續け、(e) 追ひ出されるをその追ひ出したる者が現にその土地の自由保有物權を保有してゐる者 (この場合にはこの者が實質上も名義上も被告) たるを第三者 (“casual ejector”) (この場合にはこの第三者が名義上の被告にして現に自由保有物權を保有してゐる者が實質上の被告) たるを問はずその追ひ出したる者に對し ejection の訴を提起するといふ方法を用ひた。而してかゝる場合に第三者が被告になつたときは現にその土地の自由保有物權を保有してゐる者は當然の權利としてその訴訟に参加し自己の權利を防禦するこゝが許されてゐた。しかしかゝる第三者が原告を共謀するこゝが多かつたので後には自由保有物權の保有者の權利を確保する爲に裁判所は原告は現實の土地保有者に訴狀の寫を引渡して訴訟の通知を爲すに非ずんば換言すれば現實の

土地保有者に訴訟に参加する機會を與へるに非ざればかゝる訴を繼續することを得ずと定めた。

この訴に於て原告が勝訴する爲には (a) 原告の請求の基礎としてゐる賃貸借 (lease)、(b) その賃貸借に基づく原告の占有 (entry)、(c) 被告による占有侵奪 (ouster) 及び (d) 原告の賃貸人 (實質上の原告) の賃貸借不動産物權を設定し得る權利即ち自由保有物權の存在を立證しなければならなかつた。即ちかくの如くにして自由保有物權の存否が ejectment の訴に於て問題となり、寧ろこの問題がその訴訟に於ける唯一の眞の争點であつた。そして實質的には賃貸借、占有、占有侵奪の三者は單なるからくり過ぎない。しかしこのからくりは必要であつて、かゝる込み入つた手續が共和政府時代 (Commonwealth, 1649—1660) まで續いた。

(註三三) 賃貸人が土地へはいらすに賃貸借不動産物權を設定するの maintenance の罪を責はされたのである。

(ロ) 共和政府時代に至つて Chief Justice の Rolle が擬制によつて新しい便利な方法を作り出した。その方法は實質上の被告即ち現實に自由保有物權を保有してゐる者が ejectment の訴訟に於て防禦することに許される爲にはその條件として右の賃貸借、占有並びに占有侵奪を承認 (confess) しなければならぬといふ法則を作つたことであつて、これによつて賃貸借、占有、占有侵奪の三者が實際には存在しなくとも擬制せられるに至り、單に原告は訴狀にこの三者を記載することを要するのみとなり時間と費用とが大いに省けるやうになつた。

而して實際の訴訟に於ては占有侵奪を爲したる者が現實の土地保有者でなく第三者なる場合の形式を用ひ、賃借人（名義上の原告）を John Doe と稱し占有侵奪を爲したる第三者（名義上の被告）を Richard Roe と稱し、土地の自由保有物權の保有者なりと主張する者（實質上の原告）X が John Doe の名に於て名義上 Richard Roe を相手として訴訟を提起し、現實にその土地の自由保有物權を保有してゐる者（實質上の被告）Y に對し、その訴狀に、Richard Roe はこの訴訟に於て防禦しないから Y に於て裁判所へ出頭し被告として防禦せんことを裁判所へ申立つべきことを勸告する旨の Richard Roe 名義の通知を送るのである。かくして Y が出頭して賃借、占有、占有侵奪の三者を承認した上で結局その土地に對し X と Y といづれが自由保有物權を有するかについて争ふのである。而してこの奇妙なる形式が第十九世紀まで續いた。

かゝる訴訟の名稱を Doe d. X v. Roe (Doe on the demise of X v. Roe; Doe v. Roe) と稱し、引用の爲には通常 Roe の代りに實質上の被告の氏名を書き Doe d. X v. Y と爲す。

以上の如き工夫乃至擬制を用ひて ejectment の訴が自由保有物權の場合に於ても物的訴訟の代りに用ひられるに至つた。尙第十六世紀の末には copyholder (昔の holder in villenage) にもこの訴による保護が與へられるやうになり（註三四）、第十七世紀の初に既に Coke は「今日に於ては土地の總ての權利は最大部分 ejectment の

訴によつて裁判せられる」(註三五)(註三六)。

(註三四) Melwich v. Luter (1588), 4 Co. Rep. 26a, 76 E. R. 935.

(註三五) Alden's Case (1601), 5 Co. Rep. 105a, at f. 105b; 77 E. R. 217, at p. 218.

(註三六) しかし尙 ejectment の訴によつては保護せられない場合があつた。即ち例へば自由保有物權の保有者が例外的にその土地にほゞる權利(right of entry)を有してゐない場合があるが、かかる場合に於ては賃貸借が如何に制限となつてしまつたかを於つても尙 ejectment の訴を提起するものが出来なかつた(Maitland, op. cit., p. 354)。

六 その後 ejectment の訴は益々盛に利用せられ、Real Property Limitation Act, 1833 (3 & 4 Will. IV, c. 27)によつて殆んど總ての物的訴訟及び混合訴訟が廢止せられたが、この訴は廢止せられず却つて今までの制限が除かれ總ての普通法に基く(註三七)土地回復の訴訟がこの訴に依るべきものとなつた。

(註三七) ejectment の訴は普通法上の訴であるから衡平法上の權利の保護に用ひられなかつたこと勿論である。

更にこの訴は Common Law Procedure Act, 1852 (15 & 16 Vict. c. 76), ss. 168—221 によつて改革せられ、訴訟手續が單純化し最早擬制が廢止せられて眞の原告被告の名に於て訴訟を爲すことが出来るやうになつた。尙この法律によつて從來の訴訟の種類を選択を誤りたるのみにて敗訴となるこの意味に於ける訴訟形式 (forms of action) は原則として廢止せられ一の訴と他の訴との峻別が緩和されたが、しかし尙訴訟の繼續中に於ける當事

者の主張 (pleading) については従來の各訴訟の先例による法則に束縛せられてゐた。この訴訟形式の完全なる廢止は一八七三年の裁判所構成法の大改正によつて遂に爲し遂げられるに至るのである。

第三項 現在に於ける土地回復訴訟 (Action for the Recovery of Land)

七 Supreme Court of Judicature Act, 1873 (36 & 37 Vict. c. 66) によつて訴訟形式は完全に廢止せられ (註三八) 土地回復の爲にも事物の性質に基く差異以外には他の訴訟と訴訟手續上差異がなくなつた。尙又同法並びに之に基く Rules of the Supreme Court の條文上に於ても ejectment なる言葉がなくなり、土地回復の訴 (action for the recovery (or possession) of land) を呼ぶやうになつた (註二九)。しかし尙實際には依然としてこの訴を ejectment の訴と稱してゐる (註四〇)。

(註三八) 同法の Schedule なる Rules of Procedure, s. 1 參照。

(註二九) 土地回復の訴は High Court に提起するを原則とするが、その土地の年價格が百磅 (最初は五十磅、一九〇三年に百磅となる) を超過せざれば County Courts Act, 1888 (51 & 52 Vict. c. 43) によつて county court へ提起する事が出来、又 Small Tenements Recovery Act, 1838 (1 & 2 Vict. c. 74) によつて年價格二十磅を超過せざる期間七年以下の賃貸借に於て賃借人が賃貸借終了後その占有を續けてゐる場合は court of summary jurisdiction の warrant によ

りその占有を奪ふことが出来る。

(註四〇) 尙又この土地回復の訴には昔の ejectment の訴に適用せられた特殊な手續法則のあるもの尙殘存してゐる (per Jessel, M. R. in *Gledhill v. Hunter* (1880), 14 Ch. D. 492, at pp. 495, 496)。

尙この Judicature Act, 1873 によつて生じたる重大なる變化はその土地回復請求者の權利が普通法上のものたることを要せず衡平法上のものであつても差支ないことになつたことである。同法までは普通法と衡平法とが異りたる裁判所によつて取扱はれ ejectment の訴は普通法上の訴であるから普通法上の權利に基く土地回復にのみ用ひられたのであつて (註四一)、衡平法上の權利については全部衡平法裁判所が取扱ひ普通法裁判所に於ける訴たる ejectment の訴の關與せざる所であつた (註四二)。しかるを同法によつて普通法と衡平法とが同一の裁判所に於て取扱はれることになつた結果として衡平法上の權利についてもその土地の占有を主張し得る限りの者に對しては同一の訴により土地の占有を回復し得るやうになつたのである (註四三)。

(註四一) これは當然のことであるが Lord Mansfield は *Weakly d. Yea v. Bucknell* (1776), 2 Cowp. 473, 98 E. R. 1193 に於て ejectment の訴に於て衡平法上の權利に效果を與へなかつた。しかつて Lord Mansfield は *Lord Kenyon* に於て破棄せられた (*Doe d. Hodsdon v. Staple* (1788), 2 T. R. 684, at p. 696; 100 E. R. 368, at p. 374)。

(註四二) 衡平法上の占有し得る権利に、き如何なる方法によつてその占有の回復を強行し得たかについての研究は將來に期し度。

(註四三) *General Finance Co. v. Liberator Soc.* (1878), 10 Ch. D. 15, at p. 24, per Jessel, M. R.

かくの如くにして現在に於てはこの土地回復の訴によりて普通法に基くミ衡平法に基くミを問はずすべて土地を占有し得る權利を有する者はその土地の特定回復を請求するミが出来、その訴の相手方は不法に占有を侵奪したる者たるミ合法的權利の消滅後不法にその占有を續けてゐる者たるミ又はこれらの者より侵奪し若は移轉を受けたる者たるミを問はない。

この訴の裁判並びに執行の手續は *Judicature Acts* 及び *Rules of the Supreme Court* に於て定められてゐる。この訴に於て原告勝訴の判決を得たる場合には原告は占有令狀 (*writ of possession*) を得て強制執行を爲すミが出来、この令狀は執行官 (*sheriff*) に對し「その土地には入り (*enter*) 遲滯なく原告にその土地の占有を與ふるべし」ミ命ずるものである (註四四)。

尙土地の占有を不法に妨げられてゐる者は土地回復の訴權の外にその占有を妨げられてゐる期間中に蒙つた總ての損失に對し損害賠償の訴權を有し、その請求の訴を中間利益請求の訴 (*action for mesne profits*) ミ云ふ。

今は Rules of the Supreme Court によつて土地回復の訴に併合することを許されてゐるから通常之に併合して請求する。

(註四四) その裁判及び執行の手續については Odgers, Common Law, 3rd ed., vol. II, pp. 485, 590—607; Bullen & Leake's Precedents of Pleadings, 8th ed., pp. 53—64, 241—252, 480—486, 734—737; City's King's Bench Forms, 16th ed., pp. 743—783 参照。

第二節 動産の特定回復

第一項 Appeal of Larceny 及び Action for Res Adiratae

八 第十二三世紀に於ける占有し得る權利 (right to possess) を侵害せられたる動産所有者の救済方法については自由保有物權についての物的訴訟の如き新なる方法が考へ出されずアングロ・サクソン時代と同様の状態であつた。而して動産が所有者の占有を最初に離れたこゝが所有者の意思に基く場合と然らざる場合とによつて法則を異にして居り、次の如くであつた。

(一) 動産が所有者の意思に基かずしてその占有より離れた場合 かゝる場合に於ける救済方法を以ては被告を窃盜の罪ありとて訴へる窃盜の訴 (appeal of larceny) に單に被告の占有してゐる動産が自己の意思に基かずしてその占有より離れたる物 (res adiratae) なり主張する res adiratae 請求の訴 (action for res adiratae) の二種があつた。

(4) Appeal of larceny (註一) (註二) この訴は民事刑事兩方面を有する訴であつて、窃盜を爲したる者を罰するに以て盜品を所有者に回復するに以てを目的としてゐた。被告が窃盜を爲したる場合に於ては被告を死刑に處し盜品を原告に回復せしめ、又被告が盜品を有するも第三者より善意に買ひ又は寄託を受けたものなりと主張すればその第三者を取調べ順次かくして窃盜を爲したる者を發見してその者を死刑に處し盜品を原告に回復せしめたのである (註三)。しかし盜品の回復を得るには諸種の要件の具はるに以てを必要とした (註四)。

(註一) Bracton 45の訴を actio furti (action of theft) と云つた。しかし内容はロー法の actio furti とは異なる (Holdsworth, op. cit., vol. III, p. 320)。

(註二) かゝる場合に於ける appeal とは現在の意義に於ける appeal 即ち下級裁判所の判決に對する上級裁判所への不服申立てではなくして、私人の爲す刑事訴追である。即ち昔は刑事訴追の方法に appeal, indictment, information の三種あり、appeal は私人の爲す訴追、indictment は grand jury による訴追、information 45 Attorney General 又は Master of

the Crown Office に於て訴追せられた。

尚 appeal の裁判は本来 trial by battle であつた。

(註三) 上の手續については Ames, op. cit., 11 Harv. L. Rev. 278—280 参照。

(註四) 上の要件については Ames, op. cit., 11 Harv. L. Rev. 280—282 参照。

(p) Action for res adiratae 上の訴は右の appeal of larceny の一變形であつて、その原告の主張より窃盜の主張を除外したる場合である。即ち全然民事的に被告の占有してゐる動産は原告の意思に基かずして占有を離れた原告の所有物なるを以てその返還を要求したるに被告は之に應ぜず尙不法に留置してゐるこのことを原因とする動産返還請求の訴である。しかしこの訴に於ては原告はその動産の價格を指定することを要し、被告は必ずしも動産そのものを返還することを要せずして右指定の價格を支拂ひてその責を免れることが出来た。

これらの訴訟は最初は國王の裁判所以外の裁判所即ち領主裁判所や地方の裁判所によつて取扱はれてゐたのであるが、後には漸次國王の裁判所も之に取扱ふやうになつた(註五)。

しかしこれらの訴の訴訟手續は形式的且煩雜であつた爲、その民事的方面は漸次第十三世紀中に於て發達して來た國王裁判所に於ける trespass の訴によつて壓倒せられ、appeal of larceny は被害者より盜人を訴追する刑事訴訟手續としてのみ存續するやうになつた。trespass の訴については後に説明することにするが、かく

して刑事訴訟手續となつてしまつた appeal of larceny に於ても尙盜品が所有者に返還せられる場合があつた。

それは appeal of larceny に於て被告が有罪となると同時に犯人の固有財産のみならず盜品も總て國王に沒收せられる (forfeit) の法則が國王の財政を安固にする爲に作られてあつたが、被害者の訴追 (appeal) が速かなりし場合には國王は恩惠的にこの盜品沒收の權を拋棄しその動産を被害者即ち所有者に返還せしめたことに依るのである。即ち所有者の權利としてでなく國王の恩惠として事情によりその動産を回復し得る場合があつたのである (註六)。

尙この窃盜の場合に盜品の所有者に返還せられることは後にヘンリ八世 (1509—1547) の時代に成文法 (註七) により恩惠としてではなく權利として確保せられるに至り、現在に於てもその法則が残つて居る (註八)。

appeal of larceny は形式上は一八一九年 (註九) に至り漸く廢止せられたのであるが刑事訴訟手續しても他の手續に壓倒せられそれより前から用ひられなくなつてゐた。

(註五) Holdsworth, op. cit., vol. III, p. 321. 尙この訴が刑事訴訟手續としてのみ残つた頃に於ては領主裁判所及び地方の裁判所は次第に衰へて來たので國王裁判所に於て取扱つたことは明らかである。

(註六) ヘンリ二世 (1154—1189) は窃盜の場合に indictment によりても訴追し得ることを定めたが、かゝる訴追ありたる場

合にも被害者が同時に appeal of larceny によつて訴追すれば同様に動産を回復し得た。

(註七) 21 Hen. VIII, c. 11 (1529).

(註八) 現在に於ける成文法は Larceny Act, 1916 (6 & 7 Geo. V, c. 50), s. 45 による。

(註九) 59 Geo. III, c. 46.

(二) 動産が最初所有者の意思に基きその占有より離れたる場合、所有者がその意思に基いて動産の占有を他人に引渡す取引を廣く寄託 (Bailment) といひ、かかる場合に動産がその他人即ち受寄者 (bailee) の占有よりその意思に基かずして離れた場合に前に述べた appeal of larceny 及び action for res adriatae を提起し得る者は占有者たる受寄者であつて所有者たる寄託者 (bailor) ではなかつた。勿論この法則に對應して受寄者は寄託者即ち所有者に對し動産の喪失につき絶対責任を負はなければならなかつたのであるが(註一〇)、ここにかく、る場合に於ては所有者は自ら第三者に對し動産の回復を請求することが出来なかつた。

(註一〇) Holmes, The Common Law, pp. 166, 167; Holdsworth, op. cit., vol. III, pp. 336—339.

第二項 Trespass, Replevin, Detinue 及び Trover

九 動産の占有を侵奪せられたる場合の救済方法を以て appeal of larceny 及び action for res adriatae の後



trespass, replevin, detinue 及び trover の各訴があらはれて來た。これらの訴はいづれも國王裁判所に於て作り出された訴である。

(一) Trespass de bonis asportatis 第十三世紀の中頃より動産の占有を侵奪せられたる場合の救済方法として當時發達して來た trespass の訴が從來の訴訟に代つて用ひられるやうになつた。これ從來の訴訟によつて救済を得るこゝの出來る爲には諸種の要件の具はるこゝを要し且その手續が形式的且煩雜であつたのに對し、trespass の訴に於ては確實に救済が與へられ且その手續が合理的(註二二)にして時間が多くかゝらなかつたからである。

trespass の訴即ち trespass vi et armis の訴は暴力を以て (vi et armis || with force and arms) 原告の身體土地又は動産に對して直接なる干渉を加へた場合に提起し得る訴であつて、かゝる場合には國王の平和を破る (contra pacem regis || against the king's peace) しの理由によつて國王裁判所が裁判權を行使したのである(註二二)。而してこの訴も本來は刑事的色彩を有してゐたのであつて被告は相當に重く罰せられたのであるが、後世の發達はその民事的方面に於てであつて訴訟形式 (forms of action) の大部分は trespass より發達したものである。而してこの訴は第十三世紀の初頃より生じたが第十三世紀の後半より盛に用ひられるやうになつた。trespass vi et armis の中主要なる種類は身體に對する trespass in assault and battery、土地に對する trespass

quare clausum fregit' 動産に對する trespass de bonis asportatis であつた。而して、ついに述べらる動産を持ち去つた場合に適當する trespass は trespass de bonis asportatis であつた。

しかしこの訴につき注意しなければならないことは從來の訴と異り原告は動産そのものを回復することが出來ずその價格を得ることが出來たのみなることである(註二二)。又從來の訴と異り現實の侵奪者に對してのみ之を提起することが出來侵奪者よりの轉得者には之を提起することが出來なかつた(註一四)。

寄託の存する場合に於ては最初はこの訴も從來の訴と同様に受寄者のみが提起することが得たのであるが、第十四世紀の前半以後寄託が寄託者の意思によつて何時にても終了せしめ得る(at will)場合に於ては寄託者も受寄者と同じくこの訴を提起することが出來るやうになつた。

(註二一) その裁判方法は trial by jury であつた。

(註二二) 本稿第一節註一〇参照。この訴は國王の平和を破つたことをその原因としてゐるのであるから、土地及び動産に關する場合に訴を提起し得る者は現に占有を有する者である。

(註二三) 従つて動産それ自體を回復せんことを欲する者は尚 appeal of larceny——前に述べたやうにこの訴で盜品を回復し得る爲には諸種の要件の具はることが必要であり、従つて果して回復し得るや否やは甚だ疑問であつたけれども——を利用した。

(註一四) trespass は註一二に述べたやうに占有 (possession) に對する不法行爲であり、轉得者は所有者の占有し得る權利 (right to possess) を侵すが所有者の占有自體は之を侵すものではないから、所有者は轉得者に對し trespass の訴を提起するものが出來ないのである。

(二) Replevin 第十二世紀の末又は第十三世紀の初より replevin なる手續が生じた。この手續は元來借地人が地主より不法なる動産差押 (distress) (註一五) を受けた場合に用ひるものであつて、この手續に於ては申立人 (即ち借地人) がその動産差押の不法なることを訴訟 (この訴訟を action of replevin 云ふ) を提起して主張すること及びその訴訟に於て敗訴したるときはその動産を返却することに對し保證を立てしめた上で、執行官 (sheriff) が直ちに差押された動産を申立人に取り戻す (replevy || redeliver) のである。而して後に提起したる訴訟に於て申立人が勝訴すればかくして取り戻した動産の占有を續けることが出來たのであつて、かくして不法なる動産差押を受けたる者はその動産それ自體の回復を得ることが出來たのである。正確に云へば replevin の訴は不法なる動産差押に對して損害賠償を求める訴であるが、その中間手續に於て動産の特定回復を得ることが出來たのである。

動産差押によつては地主はその動産に對し所有權も又占有權をも得るものでなくその動産は法律の保管 (cust-

body of the law) 内にありませられ、従つて不法に動産差押を爲したる場合にも本來は前述の trespass の訴を提起することが出来なかつた。然るに第十四世紀及び第十五世紀の間に於て漸次 replevin の代りに trespass の訴を提起することが許されるやうになり、又逆に replevin の手續が動産差押の場合に限らず廣く trespass de bonis asportatis の代りに用ひられ得るやうになつた。しかしこの後者即ち trespass の代りに replevin を用ひることは實際には殆んど行はれなかつた(註一六)。尙この手續も trespass の訴と同様に直接申立人より占有を奪つた者に對してでなければ利用することが出来なかつた。又注意すべき點はその動産が侵奪の行はれたる county 外即ち執行官の管轄權外へ持ち去られたる場合には最早動産それ自體の回復は許されなかつた(註一七)。

この手續は現在も同じく(實際には動産差押の場合に限りて)利用することが出来るが、たゞこの手續につきて有せし執行官の權限が County Court の Registrar に移つてゐる(註一八)。

(註一五) 動産差押(distress)たる例へは地代(tenant)を支拂はない場合等に地主が自力救済としてその貸地の上にある借地人の動産を差押へる(註一六)である。その動産を賣却する權利も一六八九年に至り成文法(2 Will. & M. c. 5)によつて與へられた。

(註一六) 動産差押の場合でなく普通の動産の不法侵奪の場合に replevin の手續を利用することは第十四世紀の中頃以來實際

には行はれなかつたが、第十九世紀に至り數度かゝる場合にても replevin の手續が利用せられた(Mellor v. Leather (1853), 1 El. & Bl. 619, 118 E. R. 569)。

(註一七) かゝる場合にはその代りに差押へられた動産と同價値の差押者の動産を逆に差押へることが出來た。

(註一八) 今の手續は County Courts Act, 1888 (51 & 52 Vict. c. 43), ss. 133-137 及び County Court Rules, 1903 がある。

(三) *Debtine detinue* の訴はその雙生兒たる *debt* の訴と共に國王裁判所に於て最も早く發達した訴訟形式であつて、その令狀 (*writ*) は *praecipe in capite* に似てゐた。即ち一定の土地の代りに一定の動産又は一定額の金錢が置き代へられたのみであつた元來。當時に於ては物を所有する ("I own")、かつ債權を有する ("I am owed")、かつの間には殆んど差異がなく債務者が借金を返さないのは債權者に屬する一定額の金錢を不法に留置してゐるものなりを考へたのであつて、従つて最初は *debt* の訴が *debtine* の訴が分化せず單一の *debt-detinue* の訴とも稱すべきものであり之が特定の動産に對する *debtine* の訴が一定額の金錢に對する *debt* の訴に分化したのは第十三世紀のことに屬する(註一九)。

この *debtine* の訴は前項(二)に於て述べたる場合の訴即ち寄託者 (*bailor*) が寄託 (*bailment*) によつて引渡したる動産(註二〇)の返還を受寄者 (*bailee*) に對して要求する訴である。従つてこの訴の訴訟原因の要點 (*gist*)

は寄託者の要求あるにも拘らず受寄者が返還義務に違反して不法に動産を留置してゐるに過ぎない。この訴に於て受寄者は寄託者に對し絶對責任を負ふに過ぎない第一項に於て述べた通りである。しかしながらこの訴に於て注意すべきことは被告たる受寄者は常に動産自体を引渡すか又はその價格を支拂ふかについて選擇權を有してゐるに過ぎない。即ち第一節に於て述べたやうにこの訴も人的訴訟であつて物的訴訟ではない(註二一)。

deftine の訴は右に述べたやうに元來寄託ありたる場合に於て寄託者より受寄者に對して提起することを得る訴であるが、Holdsworthの説(註三二)によれば第十四世紀に於て既にそれ以外の場合に於ても用ひられた。即ち *appeal of larceny* の民事的方面の用ひられなくなつたと同時に用ひられなくなつた *action for res adiratae* の任務の一部分を果す爲、換言すればその意思に基づいて動産の占有を失ひたる動産所有者が現實にその動産を奪ひたる者以外のその動産の不法留置者——現實にその動産を奪ひたる者に對しては前述の *trespass* の訴を提起し得たからそれで充分である——に對する救濟方法を以てこの *deftine* の訴を用ひ得たものと云ふのである(註三三)。

(註一九) 學者によつては *debt* の訴より *deftine* の訴が分化したのだといふ。しかし實質は同じである。

(註二〇) 即ち動産が動産所有者の意思に基きてその占有より離れた場合のことである。

(註二一) ハの點に於て Bracton の有名な言葉に「動産に real action なし」の言葉がある。

(註二二) Holdsworth, op. cit., vol. II, pp. 324—327.

(註二三) Holdsworth はかく解しないを第十四世紀に於てはその意思に基かずして動産の占有を失ひたる動産所有者が現實に占有を失ひたる者以外の不法留置者に對しては全然救済方法を有しないこととなるが、かゝることは不合理なりとするのである。No. 20) action for res adiratae ≠ detinue の訴も共に不法留置が訴訟原因の要點 (gist) であるから、action for res adiratae が detinue の訴によつて代られたのであらうとするのである。

Holdsworth の主張する action for res adiratae の代りに用ひられた場合はしばらく別として論ずれば、元來 detinue の訴は受寄者が動産の返還義務に違反したること即ち契約義務の違反を原因としてゐるのであるから寄託者は受寄者を相手としてのみこの訴を提起することが出來、受寄者よりその動産を更に寄託された者買ひたる者又は盗みたる者に對しては寄託者はこの訴を提起することが出來なかつた。この法則は第十四世紀の後半にも尙明らか存してゐた。しかるに第十五世紀にはいつて detinue の訴は受寄者よりその動産を轉得したる者にも之を提起し得るやうになつた(註二四)。この場合の訴を detinue deventurum ad manus (= came to the hands) と云ふ。更に第十五世紀の中頃に至り寄託の全然存せざる場合に於ても何人たるを問はず原告の動産を占有してゐるその返還を要求するものに應ぜざる者に對し、原告が喪失したる動産を被告が発見したるものなりと主張し

て *detinue* の訴を提起するこゝが出来るやうになり (註三五)、この主張が簡單な爲その後は受寄者自體に對しては從來通り寄託を理由としてこの訴を提起したが、それ以外のすべての場合即ち受寄者より動産を轉得したる者に對しても喪失及び發見を理由としてこの訴を提起するやうになつた。而して寄託を理由とするこの訴を *detinue sur bailment* と云ひ、喪失及び發見を理由とするこの訴を *detinue sur trover* (= *on finding*) と云ふ。

尙この點につき *Holdsworth* は第十四世紀の初より動産所有者がその意思に基かずして動産の占有を失ひたる場合にはその動産の不法留置者に對し *detinue* の訴を提起出来たのであつて、之に倣つて動産所有者が最初にその意思に基きて動産の占有を手離したる場合に於てその動産が受寄者以外の者の中に歸してゐる場合にもその者に對しこの訴を提起し得るやうになつたのであると説明してゐる (註二六)。

しかし要するに第十五世紀の中頃には動産所有者は何人たるを問はず自己の動産を不法に留置してゐる者に對し *detinue* の訴を提起するこゝが出来るやうになつた。換言すれば所有者の權利が何人に對しても完全に認められるに至つたのである。而してこの訴の訴訟原因の要點 (*gist*) は不法留置 (*wrongful detention*) である (註二七)。

しかしながら前にも述べた通りこの訴に於ても必らずしも動産自體を得るこゝが保證されなかつた。その理由は恐らく當時に於ける動産は主として家畜であり従つて死亡するこゝも多く裁判所が之を原告に回復せしこゝを引

受けることは困難なりを考へたるに因り、同時に原告はその動産の價格を得るのみで救済方法として充分であるを考へたるに由るのであらう(註二八)。

尙この訴に於ては被告が *wager of law* (註二九) を用ひ得たので尙更原告に不便であつた。それ故第十六世紀の中頃に發達して來た *trover* の訴によつて壓倒せられるに至つた。因この *wager of law* は一八三三年に至つて漸く *Civil Procedure Act, 1833* (3 & 4 Will. IV, c. 43), s. 13 によつて廢止せられ *detinue* の訴が再び用ひられるやうになつた。

(註二四) 受寄者死の際にその遺言執行者 (executor) に對してこの訴を提起し得ることは第十四世紀の前半より定まつてゐた。

(註二五) *Y. B. 38 Hen. VI. f. 26, pl. 12, (1465)* に於て *Littleton* が *Prisot, C. J.* の意見に反對して *detinue* の訴を寄託以外の場合に於ても之を提起し得ることを主張し、この積極的が後に行はれるやうになつたのである。

(註二六) *Holdsworth, op. cit., vol. III, p. 349.*

(註二七) *Gledstane v. Hewitt (1831), 1 Cr. & J. 565, 148 E. R. 1548.* 寄託の主張の如きを單なる *inducement* に過ぎぬと認められた。

(註二八) *Maitland, op. cit., p. 356* 參照。

英法に於ける特定回復 (第三卷第一號)

(四二)

四三

(註二九) *wager of law* とは一種の裁判方法であつて、被告が原告の請求の理由なきことを宣誓し一定数の者がその被告の宣誓の偽りに非ざることを宣誓したるときはそれのみにより被告勝訴となす裁判方法である。この宣誓補助者 (*oath-helper*) を *compurgator* とす。

(四) *Trover* の訴は右に述べた何れの訴よりもずつち後れて第十六世紀の中頃に發生した訴である。既に述べたやうに *trespass* の訴は不法侵奪の總ての場合に不法行爲者に對し之を提起する。こゝが出来、*detinue* の訴は總ての不法留置者に對し之を提起することが出来たが、尙動産所有者の保護に欠くる所があつた。即ち例へば受寄者が受寄物たる動産を消滅せしめてしまつた場合には *detinue* の訴を提起し得るが、受寄者が寄託者の要求に應じて動産に損害を與へたる状態に於てその動産を返却したる場合に於ては *detinue* の訴をも *trespass* の訴をも提起することが出来なかつた。而してかゝる場合の救済方法を以て用ひられたのが *action on the case* (*action of trespass on the case*, *special action on the case*, *case*) によつて損害賠償を求めらるゝのであつた (註三〇)。この *action on the case* は前述の *trespass* の訴より分化したる訴であつてその中より暴力 (*vi et armis*) の主張を除外したものである。第十五世紀の間に於て *trespass* の訴はこの *case* の訴との區別が明瞭になつて來たのである (註三一)。

この case の訴の適用範圍が次の如く順次廣げられて行つて遂に trover なる更に分化した一種の訴を生ずるに至つた。(a) 受寄者以外の占有者が動産を破壊したるときは留置といふことが最早存在しないから detinue の訴を提起することは出来なかつた爲(受寄者はかゝる場合に於ても絶對責任を負ふものなることは既に第一項に於て述べた)かゝる場合の救済方法として同様に case の訴を提起することが許された。(b) 第十五世紀の後半には更に一步を進めて受寄者自身がその動産を破壊したる場合にも detinue の訴と並んで case の訴をも提起し得るやうになつた。この場合の事件に於て初めて被告が原告の動産を「自己の便益の爲に冒認した」(“converting to his own use”)なる言葉を用ひてゐる。(c) 第十六世紀にはいつて受寄者が動産を不法に賣却したる場合にもこの case の訴を提起することが出来るやうになつた。而して第十六世紀の中頃に至つて以上の如き場合に於て detinue sur trover に倣つて原告の喪失したる動産を被告が發見し (loss and finding) 且之を自己の便益の爲に冒認したるの主張を爲す慣例となり、漸く action on the case より分化したる一種類として認められるやうになりこの訴を trover の訴と稱し、この不法行爲を動産冒認 (conversion) と呼ぶやうになつた。かくしてこの訴が受寄者に對してもその他の者に對しても廣く用ひられるやうになつたが、尙 trespass de bonis asportatis は動産の不法侵奪の場合の救済方法であり detinue の訴は不法留置を理由とする訴でありこの trover の訴は冒

認 (conversion) 即ち破壊毀損賣却等積極的不法行爲 (positive act of misfeasance) を理由とする訴であつて、その相互の適用範圍に差別があつた。

しかるに detinue の訴に於ては前述の如く wager of law が行はれてゐるのに對し trover の訴に於ては陪審による裁判が行はれてゐた爲 trover の訴は歓迎せられて detinue の訴を壓倒するに至り更に他の訴の適用範圍にも侵入するに至つた。この點につき次の如き順序を採つた。(a) 第十六世紀の末に動産の發見者が所有者に對し單にその返還を拒絶したる場合に trover の訴を提起するこゝが許され、(b) 第十七世紀の初には動産を不法に侵奪した場合にもこの訴が許され、(c) 一六七五年には遂に受寄者がその受寄物の引渡を拒絶した場合にも——それまでは屢々かゝる場合に trover の訴を提起するこゝが拒否せられてゐたが——この訴が許さるるに至り(註三)かくして trespass の訴に detinue の訴を提起するこゝを得る總ての場合に trover の訴を提起するこゝが出来るやうになりこれらの訴を壓倒してしまふに至つた(註三)。(d) しかのみならず一七七〇年に至つては不法なる動産差押 (distress) の場合にも——動産差押の場合には前述の如く差押者は所有者の權利を承認してゐるのであるから長らく trover の訴を提起するこゝが許されてゐなかつたが——この訴を提起するこゝが許されるに至り(註四)、trover の訴は replevin の訴の適用範圍にも侵入するに至つた。

以上に述べた如く trover の訴は甚だ廣く適用せられたのであるが、注意すべきはこの訴に於ては原告は動産そのものを得ることが出来ず單に損害賠償として動産の價格を得ることが出来たのみであることである。

(註三〇) かゝる場合の救済として action on the case が一四六一年に既に許されてゐる。

(註三一) action on the case の發生は Statute of Westminster II (1285) に基く。即ち當時に於ては不法行爲を受けた者もその事件に適當なる writ なきものは何等の救済を與へられない状態にあつた爲、之を緩和せんとして右の成文法よつて Chancery に對し從來存する writ によつて保護せられる事件と同様の事件に對しては新しい writ を發行し得る權限が與へられたのである。この權限に基き Chancery は諸種の writ を作り、その中には writ of trespass を同様の事件に對し與へられたるもの多く、且その中には vi et armis の言葉がなく又は contra pacem regis の言葉のないものもあつたが、これら Chancery Register の中に本來の writ of trespass として書かれてあつた爲やはり writ of trespass を呼ばれてゐた。しかしかゝる場合には原告は upon his case 又は upon his special case に於て訴を提起すると云はれてゐた。所が第十四世紀の末に至り法律家はこれが一種の特別の訴訟形式なることに氣が付き手續も少し writ of trespass を異なるやうになり、第十五世紀の間この兩者の區別が明瞭になつたのである (Maitland, op. cit., pp. 359-361)。

(註三二) Sykes v. Wales (1675), 3 Keb. 282, 84 E. R. 722.

(註三三) 従つて現在に於ても動産冒認 (conversion) なる不法行爲は (イ) 不法に動産を侵奪する行為 (taking)、(ロ) 不法に動産を留置する行為 (detaining)、及び (ハ) 不法に動産を處分する行為 (disposing, conversion) の三つの場合に成立する

(Salmond, op. cit., p. 375)。

（註三四） Tinkler v. Poole (1770), 5 Burr. 2657, 98 E. R. 396.

一〇 第十三世紀より第十六世紀に亙りて右に述べた諸種の訴が動産の占有を有せざる動産所有者に對する救濟方法として發生したが、その中動産の特定回復に關係あるのは *replevin* の訴と *detinue* の訴との二種であつた。而して前者は實際には動産差押の場合のみに限りて用ひられ且その動産がその差押の行はれた *county* より持ち去られた場合には動産それ自體の回復を得るこゝが出来ず、後者に於ては被告は常に動産それ自體を返還するこゝその價格を賠償するこゝについて選擇權を有してゐた。かくの如く右いづれの訴に於ても換言すれば普通法上に於ては（註三五）動産所有者は確實に動産の特定回復を得る權能を有しなかつた。

（註三五） 以上に述べた四つの訴はすべて國王裁判所の發達せしめた訴即ち普通法上の訴である。

しかしながらかくては動産所有者の利益保護に欠くる所のある場合があつた爲衡平法裁判所は特定の場合に限るその衡平法的且自由裁量的管轄權を行使して動産の特定回復を命じた。而してその特定の場合には（イ）その動産が珍奇無二又は特種價値を有してゐてその喪失に對し普通法上の救濟方法たる損害賠償を與へたのみにては救濟方法として不充分 (*inadequacy of remedy at law*) なる場合（註三六）及び（ロ）その動産の侵奪が本人代

理人受益者受託者等の如き信賴關係の濫用 (abuse of fiduciary relationship) なる場合 (註三六) である (註三八)。

(註三六) Pusey v. Pusey (1684), 1 Vern. 273, 23 E. R. 465; Duke of Somerset v. Cookson (1755), 3 P. Wms. 390, 24 E. R. 1114.

尙々の動産が deed 又は document of title なる場合に於て衡平法裁判所がその特定回復を命じたる (Jackson v. Buttler (1742), 2 Atk. 306, 26 E. R. 587; Gibson v. Ingo (1847), 6 Hare 112, 67 E. R. 1103) なるものは「一聯合なる」場合に於てのみ出来ぬ。

尙かゝる動産の賣買契約に於ては同じく衡平法裁判所がその契約の特定履行 (specific performance) を命ずる。拙稿「英法に於ける特定履行」中、加藤先生遺稿祝賀論文集七五四頁參照。

(註三七) Falls v. Read (1796), 3 Ves. 70, 30 E. R. 899; Lowther v. Lowther (1806), 13 Ves. 45, 33 E. R. 230; Wood v. Rowcliffe (1842), 2 Ph. 382, 41 E. R. 990.

(註三八) 此の衡平法の管轄權は次に述べる Common Law Procedure Act, 1854, s. 78 によつてその重要性が減じられたが今尙存する。尙この衡平法上の救済方法も他の場合と同様に衡平法上の條件の下に於てのみ評される (Lodge v. National Union Invest. Co., [1907] 1 Ch. 300)。

第十九世紀の中頃に至り Common Law Procedure Act, 1854 (17 & 18 Vict. c. 125), s. 78 によつて普通法裁判所に對しても *definue* の訴に於て被告に動産の價格を支拂ふべきことを命じて動産を留め置く選擇權を與へる。

なしに動産の返還を爲さしむる執行を命ずる権限が與へられた(註三九)。しかしかゝる執行を命ずることは裁判所の自由裁量による所であつて原告が權利として請求し得る所ではない。即ち裁判所が被告に動産の引渡をその價格の支拂との選擇を許すことが不正義であり被告はその動産を返還すべきものなりを考へた場合に於てのみこの命令を發するのであつて、それ以外の場合に於ては被告は依然として普通法が彼に與へた動産の特定回復とその價格の支拂との選擇權を享樂することが出来る(註四〇)。

(註三九) 而してかゝる執行の命令ある場合にその動産が見付からないときは被告がその動産を引渡すまで被告の土地及び動産を差押へて置くべきことが出來又原告が自己の選擇によつて動産の價格についての執行を爲すことが出来る(同條文參照)。

(註四〇) *Chilton v. Carrington* (1855), 15 C. B. 730, at p. 740; 139 E. R. 612, at p. 616, per Maule, J.

第三項 現在に於ける動産の特定回復

一 右に述べた Common Law Procedure Act, 1854, s. 78 によつて與へられた普通法裁判所の動産の特定回復を命ずる権限は Supreme Court of Judicature Act, 1873 によつて現在の裁判所に保存せられた(註四一)。しかる Common Law Procedure Act, 1854 の際には訴訟形式は Common Law Procedure Act, 1852, s. 3 によつて

よつて既に改革せられてあつたことは云へ未だ全廢せらるるには至つてゐなかつた爲(註四二) 同法による命令は *definue* の訴の場合にのみ適用せられたに過ぎなかつたが、第一節に於ても述べたやうに *Judicature Act, 1873* によつて訴訟形式が全然廢止せられたからこの救済方法が一般的に換言すれば動産の不法留置の總ての訴に於て與へられ得るやうになつた(註四三)。

しかしながら *Judicature Acts* の下に於ても換言すれば現在に於てもこの動産の特定回復は依然として原告の權利として與へられるものではなく裁判所の自由裁量によるものである。故に場合によつては或はその申立は全然排斥せられ或は裁判所が當事者間の正義を全うするに必要なりと考へる條件を附して與へられる(註四四)。而してその動産が通常の賣買によつて買ひ得る物品であり且原告に限り特別なる價值のある物品でなく損害賠償を以て充分なりと考ふるときは裁判所はこの特定回復を命ずる裁量權を行使しない(註四五)。尙又被告が動産を侵奪してから自己の勞働又は費用によつてその動産の價格を増加したるときは原告はその増加したる價格を請求するこゝを得ず侵奪の際の價格を回復するこゝが出来るのみであるが(註四六)、かく動産の價格が原告の回復し得る損害賠償額を超過する場合に於て原告がその動産の特定回復を求めた場合には裁判所は特定回復を全然拒絶するか又は原告より被告に對しその増加したる價格に對し公平なる支拂を爲すべし等の條件を附して特定回

復を命じる (註四七)。

(註四一) 同法 ss. 16, 24, 73 及びその Schedule たる Rules of Procedure, s. 1 並びに Rules of the Supreme Court, Order 48 參照。

(註四二) Common Law Procedure Act, 1852, s. 3 以下之 writ of summons (訴訟形式を書く必要なくなつた即ち換言すれば訴訟形式の強權を誤つたが爲に訴訟に最初より敗つたものとなつたが、尙今訴訟はその先例により拘束されて時々の pleading に関する訴訟形式が強へを配してゐる (Maitland, op. cit., p. 375)。

(註四三) 今の訴訟は High Court へ提起するを通常のものに價額百鎊 (最初は五十鎊) を超過するもの訴訟にして County Courts Act, 1888 (51 & 52 Vict. c. 43) 以下之 county court なる管轄權を定むる。

(註四四) Peruvian Guano Co. v. Dreyfus Bros., [1892] A. C. 166, at p. 176, per Lord Macnaghten. 尙 Judicature Act 節の判決に於て前註四一參照。

(註四五) Whiteley, Ltd. v. Hill, [1918] 2 K. B. 808, at p. 819, per Swinfen Eady, M. R.

尙動産の賣買契約の場合に於ては Sale of Goods Act, 1892 (56 & 57 Vict. c. 71), s. 52 以下に同様の裁量權が裁判所に與けらるゝもの。尙 Cohen v. Roche, [1927] 1 K. B. 169 拙稿「英法に於ける特定履行」中、加藤先生還曆祝賀論文集七五四頁參照。

(註四六) Reid v. Fairbanks (1853), 13 C. B. 692, 138 E. R. 1371; Taylor v. Mostyn (1856), 33 Ch. D. 226. 勿論

その價格の増加が被告の行爲によらざるべきはその増加したる額を回復する事が出来る (Greening v. Wilkinson (1822), 1 Car. & P. 625, 171 E. R. 344)。

(註四七) Pervian Guano Co. v. Dreyfus Bros., [1892] A. C. 166, at p. 176, per Lord Macnaghten.

動産の特定回復の執行方法としては引渡令狀 (writ of delivery) を用ひる (註四八)。この令狀には動産の引渡
こその價格の支拂ミの選擇權を被告に與へてゐるものか、選擇權を與へず動産の引渡のみを命じてゐるもの
があるがそのいづれが發せられるかは判決の趣旨如何により定まるのである。而して眞に動産の特定回復に役
立つのはその選擇權を與へざる場合であつて、これは既に述べた通りその事件の事情により裁判所がその自由裁
量權を行使して動産の價格を支拂ひ得る選擇權を與へず動産それ自體の回復を命じたる場合に發せら
れるのである。尙又動産の特定回復を命じる判決は writ of attachment 又は writ of sequestration によつても間
接的に之を強行することが出来る (註四九)。前者は裁判所の判決に従はざる者を法廷侮辱として禁錮すべき
ミを命ずる令狀であり、後者は裁判所の判決に従はざる者の財産の差押を命ずる令狀である。

(註四八) Rules of the Supreme Court, Order 48; City's King's Bench Forms, 16th ed., pp. 541—544 參照。

(註四九) Rules of the Supreme Court, Order 42; Odgers, Pleading and Practice, 9th ed., pp. 362—364; City's

King's Bench Forms, 16th ed., pp. 545, 593 參照。

尙現在に於ても理論上は不法侵奪の總ての場合に於て且實際上に於ては不法なる動産差押の場合に於ては *replevin* の手續によつてその動産の特定回復を得ることが出来る。このことについては既に前項に於て述べた。又衡平法上の特定回復を命ずる自由裁量權も *Judicature Act, 1873* によつて現在の裁判所に受け繼がれてゐるわけであるが、この權限は前述の *Common Law Procedure Act, 1854, s. 78* によつて普通法裁判所に與へられた權限によりその實效が少ない(註五〇)。

(註五〇) 前註三九參照。

附言 自力救濟

一二 以上に述べた所は裁判上の手續による特定回復であるが次に自力救濟としての特定回復即ち取戻し(*re-entry, retaking*) につき一言する。

(一) 土地の取戻し(*re-entry on land*) 土地を占有し得る權利を有する者は實力(*force*)を用ひず平和的に

自己の行爲を以てその占有を取戻すことが出来る（註一）。又實力を用ひて取戻したる場合に於ても刑事上は Statutes of Forcible Entry（註二）によつて犯罪となるが民事上は不法行爲ならず相手方はその土地を回復することを得ざるは素より損害賠償の訴をも提起することが出来ない（註三）。

しかし従來はこの實力による取戻しの際に相手方に對し暴行（assault）を爲し又はその土地の上にある動産に對し損害を與へたるときはその獨立したる權利侵害に對しては損害賠償の責任あるものとせられたが（註四）、この點も最近に至り控訴裁判所により否定せられその實力の行使が占有の取戻しに合理的に必要な範圍を超えざる限りはかゝる獨立の權利侵害に對しても責任を負はざることに定まつた（註五）。

（註一） Taunton v. Costar (1797), 7 T. R. 431, 101 E. R. 1060.

（註二） 5 Rich. II, c. 2 (1381); 15 Rich. II, c. 2 (1391); 8 Hen. VI, c. 9 (1429).

（註三） Turner v. Meymott (1823), 1 Bing. 158, 130 E. R. 64; Burling v. Read (1850), 11 Q. B. 904, 116 E. R. 711.

（註四） かつての點については損害賠償責任あるとする反對の判例もあつた。例へば Hilary v. Gay (1833), 6 Car. & P. 284, 172 E. R. 1243 如し。

（註五） Newton v. Harland (1840), 1 Man. & G. 644, 133 E. R. 490; Beddall v. Maitland (1881), 17 Ch. D. 174.

(註五) Hennings v. Stokes Poges Golf Club, [1920] 1 K. B. 720.

(二) 動産の取戻し (retaking of chattels, recaption of chattels) 動産の場合にありては平和的に又は相當なる實力を用ひて不法侵奪者又は不法留置者より占有を取戻すことが出来、實力を行使したるときもそれが占有の取戻しに合理的に必要な範圍を超えざる限り民事上の不法行爲とも刑事上の犯罪ともならない (註六)。

この點に關し一つの問題はこの動産取戻しの權がその動産の存在する土地へ立ち入ることを迄をも正當なるものとするかの問題である。これについては判例は必らずしも一致してはるないやうであるが場合を二つに分つて考慮する(註七)を要し、(イ)その動産が土地占有者自身の行爲によつてその土地に置かれた場合に於てはその土地への立入を正當とし(註七)、(ロ)かゝる證明の爲されざる場合に於ては之を正當とせざる(註八)もの爲す如くである。

(註六) Blades v. Higgs (1861), 10 C. B. N. S. 713, 142 E. R. 634; Rex v. Milton (1897), 1 M. & M. 107, 173 E. R. 1097.

(註七) Patrick v. Colerick (1838), 3 M. & W. 483, 150 E. R. 1235.

(註八) Anthony v. Haneys (1832), 8 Bing. 186, 131 E. R. 372.